8. En politik med uens priser, der gør det muligt for en virksomhed i en dominerende stilling over for handelspartnere at anvende ulige betingelser for ensartede ydelser, således at disse stilles ringere i konkurrencen, udgør et misbrug af en dominerende stilling.
9. Et misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel 86, litra a) kan bestå i anvendelse af en for høj pris, som ikke står i rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse; spørgsmålet, om grænsen for det rimelige er overskredet, ville for eksempel kunne bedømmes objektivt ved hjælp af en sammenligning mellem salgsprisen for den pågældende vare og varens produktionspris, en sammenligning som ville vise fortjenstmargenens størrelse.

I sag 27/76

UNITED BRANDS COMPANY, selskab med hjemsted i New Jersey, USA,

og

UNITED BRANDS CONTINENTAAL B.V., nederlandsk selskab med hjemsted, 3002 Rotterdam, 3 Van Vollenhovenstraat, repræsenteret og bistået af advokaterne Ivo Van Bael og Jean-Francois Bellis, Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg på advokaterne Elvinger og Hoss' kontor, 84, Grand Rue,

sagsøger,

mod

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER, repræsenteret af sine juridiske konsulenter, Antonio Marchini-Camia og John Temple Lang, og med valgt adresse i Luxembourg hos Mario Cervino, Bâtiment Jean Monnet,

sagsøgte,

angående et krav om annullation af Kommissionens beslutning »IV/26 699 Chiquita« — (EFT L 95 af 9. 4. 1976, 1 ff), ved hvilken Kommissionen den 17. december 1975 konstaterede, at sagsøgerne i forbindelse med salg af bananer, de selv havde produceret og importeret, havde overtrådt EØF-traktatens artikel 86, samt angående krav om erstatning og ophævelse eller nedsættelse af den bøde, som Kommissionen har pålagt United Brands Company,

afsiger

DOMSTOLEN

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

generaladvokat: H. Mayras
justitssekretær: A. Van Houtte

følgende

DOM

Sagsfremstilling

De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og parternes anbringender kan sammenfattes således:

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

»United Brands Company« (herefter kaldet UBC), New York, blev oprettet i 1970 ved fusion mellem United Fruit Company og American Seak Kap Corporation.

UBC er for tiden verdens største banankoncern og stod i 1974 for 35 % af verdenseksporten. Selskabets europæiske datterselskab, United Brands Continentaal BV (herefter kaldet UBCBV), hvis hjemsted er i Rotterdam, koordinerer banansalget i alle EØF's medlemsstater, bortset fra Det forenede Kongerige og Italien.

1. Sagsbehandling forud for beslutningen

Den 19. marts 1975 besluttede Kommissionen i medfør af artikel 3, stk. 1 i forordning 17/62 af 6. februar 1962 (EFT 1959-62 s. 81; org.ref. JO 13 af 21. 2. 1962, s. 204/62 ff) på grund af klager, som den havde modtaget den 20. februar 1974 fra virksomheden Th. Olesen, Valby (Danmark), og den 27. maj 1974 fra virksomhederne Tropical Fruit Co. og Jack Dolan Ltd., Dublin, samt fra Banana Importers, Dundalk (Irland), at indlede en procedure mod UBCBV for overtrædelse af EØF-traktatens artikel 86.

Den 11. april 1975 meddelte Kommissionen UBCBV, at selskabet efter Kommissionens opfattelse misbrugte en dominerende stilling, navnlig:

— fordi selskabet forpligtede sine forhandlere og modnere til ikke at sælge grønne bananer;

— fordi selskabet over for sine forhandlere og modnere i forskellige medlemsstater uden objektiv begrundelse krævede meget forskellige priser for bananer af samme kvalitet, uanset at markedsbetingelserne var praktisk talt identiske;

— fordi selskabet over for sine forhandlere og modnere krævede priser, der varierede helt op til 138 %;

— fordi selskabet nægtede at levere bananer af mærket Chiquita til det danske firma Olesen med den begrundelse, at dette selskab havde deltaget i en annoncekampagne for et konkurrerende mærke.

Ved samme skrivelse meddelte Kommissionen selskabet, at dette i henhold til artikel 19, stk. 1 i forordning 17/62 og i henhold til forordning 99/63 (EFT 1963-1964 s. 42; org.ref. JO 127 af 20. 8. 1963 s. 2268 ff) kunne udtale sig vedrørende de af Kommissionen meddelte klagepunkter.

UBC og UBCBV svarede bl.a. ved skriftligt indlæg af 12. juni 1975. De berørte parter er blevet hørt og konfronteret, navnlig ved et møde, der fandt sted den 24. juni 1975.

2. Faktiske omstændigheder, der er lagt til grund i beslutningen og under den administrative procedure. Kommissionens begrundelse. Konklusion

Ved afslutningen af den således indledte procedure vedtog Kommissionen den 17. december 1975 beslutningen »IV/ 26.699 Chiquita« (EFT L 95 af 9. 4. 1976), som den forkyndte for UBC og dettes datterselskab i Nederlandene.

I sin fremstilling af sagens faktiske omstændigheder beskriver Kommissionen først det samlede bananmarkeds struktur og derefter UBC's og dets datterselskabs stilling og adfærd på dette marked.

A — Markedsstrukturen

a) Verdensmarkedet for bananer

Friske bananer (position 08.01 i Bruxelles nomenklaturen) er et yderst fordærveligt frugtprodukt, som dyrkes hele året i tropiske egne.

EØF's medlemsstater importerer omkring en tredjedel af de bananer, der eksporteres i verden. I 1974 beløb denne import sig til 1 978 000 tons; heraf gik 30 % til Tyskland, 25 % til Frankrig, 16 % til Italien, 15 % til Det forenede Kongerige, 6 % til Nederlandene, 4,5 % til BLØU, 2 % til Danmark og 1,5 % til Irland. Der findes forskellige bananarter, herunder »Gros Michel« og »Cavendish«; af sidstnævnte, der er en krydsning af »Gros Michel« og en sort fra De kanariske Øer, er skabt undersorten »Valery-Cavendish«. I 1969 udgjorde »Cavendish«-bananerne 85 % af verdenseksporten af bananer, medens dette mærke i begyndelsen af 1960'erne kun tegnede sig for 30 %. Alle disse bananarter emballeres allerede i produktionslandet og skal, da de nu altid eksporteres i grøn tilstand, modnes kunstigt ved deres ankomst til forbrugslandet. Denne modningsproces — der kræver lufttætte ventilations- og afkølingsanlæg — udføres som regel af importør/grossisterne, og undertiden af selvstændige modnerier.

Der er sket en kraftig udvikling i salg af »mærkede« bananer, ledsaget af annoncekampagner, hvilket kræver, at hver hånd bananer, undertiden hver banan, mærkes i produktionslandet. Denne salgspolitik blev indledt af United Fruit Company i 1967 med henblik på salg af bananer af sorten »Cavendish-Valery« under mærket »Chiquita«. Først senere fulgte de andre virksomheder denne udvikling.

b) United Brands Companys position

Verdensmarkedet for bananer domineres af enkelte store amerikanske virksomheder, bl.a.:

— United Brands Company of New York,

— Castle & Coke Company of San Francisco,

— Del Monte Company of California.

UBC har desuden interesser i talrige andre sektorer inden for landbrug, kemi, emballage, transport, telekomunikation etc. . . .

Eftersom forgængeren, United Fruit Company, var blevet begrænset i sine aktiviteter inden for banansektoren ved Final judgement af 4. februar 1958, afsagt af de amerikanske antitrustmyndigheder med hjemmel i Sherman Act section 1 og 2 og under henvisning til, at nævnte firma begrænsede og monopoliserede bananmarkedet, udgjorde firmaets produktion, transport, distribution og markedsføring af bananer i hele verden i 1973 kun 18,5 % af den samlede årsomsætning, som beløb sig til omkring 2 mia dollars.

UBC, der er den største banankoncern i verden, ejer mere end 30 000 hektarer bananplantager og solgte i 1974 omkring 2 mio tons bananer (35 % af verdenseksporten).

UBC har oprettet et anseligt antal datterselskaber, der er spredt over hele verden, og hvis aktiviteter dirigeres af selskabets centrale organer i New York.

a) For så vidt angår *produktion* af bananer opererer UBC i Columbia, Costa Rica, Honduras og Panama. Selskabet køber desuden næsten hele produktionen fra Surinam, Cameroun og republikken Guyana, samt en betydelig del af produktionen på Jamaica, Guadeloupe, Filippinerne, i Ecuador og Den dominikanske Republik.

b) UBC har ligeledes en meget stærk stilling inden for oceantransporten af bananer.

Selskabet ejer eller befragter mere end 40 køleskibe; dets egne skibe har en kapacitet på knap 10 mio kubikfod.

De vigtigste lossehavne i EØF er Bremerhaven, Rotterdam, Antwerpen, Hamburg og enkelte havne i Frankrig, Italien og i Storbritannien.

c) UBC har en kraftigt struktureret salgsorganisation i Europa, hvor selskabets aktiviteter koordineres af tre 100 %-datterselskaber:

a) United Brands Continentaal BV, Rotterdam,

b) Fyffes Group Limited, London, som varetager salget af bananer (og andre produkter) i Det forenede Kongerige,

c) Compagnia Italiana delle Frutta SpA, Milano.

d) Da bananen er et meget let fordærveligt produkt, er modningsproblemet meget vigtigt, og UBC tillægger dette spørgsmål særlig betydning. UBC har i visse medlemsstater egne modningsanlæg. I BLØU, Det forenede Kongerige og Italien ejer selskabet en tredjedel af modningsanlæggene.

I Tyskland sælger selskabet hovedsagelig bananer til Scipio-koncernen, som ejer over en tredjedel af de tyske modningsanlæg. I de medlemsstater, hvor selskabet ikke ejer modningsanlæg, har det tilbudt et begrænset antal virksomheder at foretage modning og forhandle Chiquita-bananerne men har samtidig stillet krav om, at disse virksomheder havde sådanne modningsfaciliteter, som opfyldte UBC's tekniske krav. Undertiden yder UBC disse forhandlere/modnere lån for at gøre det muligt for dem at opføre eller modernisere deres modningsanlæg, men dette sker i princippet uden salgsmæssige forpligtelser.

Selskabet har ligeledes oprettet en serviceafdeling, der yder teknisk bistand og fører kontrol, virker som konsulent for

modnerne, udfører installeringsplaner, fastlægger de metoder som skal anvendes, uddanner personalet og aflægger periodiske kontrolbesøg.

e) UBC's *handelspolitik* er helt baseret på salget af selskabets bananer under mærket »Chiquita«, og selskabet drager til stadighed omsorg for, at dets bananer opfylder meget høje kvalitetskrav. UBC fastlægger salgspolitikken for alle de bananer, som selskabet selv sælger eller sælger gennem mellemhandlere. Mærket »Chiquita« anbringes kun på bananer af bestemte sorter, i det væsentlige sorten »Cavendish-Valery«, som har en størrelse på mindst 8 tommer, en hel glat skal, som er ensartet gul og ikke deform. Bananer, som ikke opfylder disse kriterier, sælges uden mærke.

Denne handelspolitik gør det muligt for UBC at sælge Chiquita-bananerne til en pris, der ligger — i gennemsnit 30-40 % — højere end de af selskabets bananer, der sælges uden mærke.

UBC organiserer store annoncekampagner for sine bananer samt salgsfremstød hos detailhandlere og supermarkeder i form af demonstrationer, ved at stille salgsfremmende materiale til rådighed og ved gaver. Selskabet bruger i gennemsnit 1½ mio regningsenheder om året til reklame.

f) UBC's *stilling* i EØF kan opgøres således:

— UBC forhandler 40 % af de bananer, der sælges i *Nederlandene;*

— selskabet forhandler 50 % af de bananer, der sælges i *Belgien og Luxembourg;*

— en stor del af de af selskabets bananer, der går til *Tyskland,* sælger UBC til Scipio-koncernen, som selskabet har samarbejdet med i mere end 30 år. De bananer, der forhandles af denne koncern, udgør mere end 35 % af de bananer, der sælges i Tyskland;

— UBC sælger desuden Chiquita-bananer til forskellige andre forhandlere/modnere, og dette salg udgør 10 % af salget i Tyskland. Tilsammen repræsenterer UBC's bananer således omkring 45 % af banansalget i Tyskland;

— UBC-bananer repræsenterer omkring 45 % af de bananer, der sælges i *Danmark;*

— i *Irland* er salget af UBC-bananer steget bemærkelsesværdigt: 3 % i slutningen af 1973, 25 % i 1974;

— i *Frankrig* sælges UBC's bananer uden mærke; de udgør 20 % af banansalget;

— i *Italien* sælger UBC 40 % af de bananer, der forbruges;

— i *Det forenede Kongerige* dækker UBC 40 % af det nationale bananforbrug under mærket Fyffes.

c) UBC's konkurrenter

UBC's største konkurrenter er følgende:

— *Castle & Cooke,* som hovedsagelig opererer i USA (37 %) og i Asien. Dette selskab sælger sine bananer under mærket »Dole« til flere europæiske importører, der er sammensluttet i selskabet Eurobana i Hamburg og har overtaget banansalget fra selskabet Gérard Koninkx Frères i Antwerpen. Det sælger 13 % af de bananer, der sælges i Tyskland, 18 % i Nederlandene, 22 % i BLØU, 15 % i Italien og 20 % i Danmark, eller 9 % af samtlige de bananer, der sælges i Fællesskabet.

— *Del Monte*, som arbejder i USA (10 %) og i Japan, sælger bananer til Fællesskabet under mærket »Del Monte« gennem en eneimportør: selskabet Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert und Co. i Hamburg.

Det sælger 9 % af de bananer, der sælges i Tyskland, 15 % i Nederlandene, 3 % i BLØU, 24 % i Danmark, 35 % i Irland, 2 % i Frankrig, 1 % i Italien, eller omkring 5 % af de bananer, der sælges i Fællesskabet.

— *Alba*-koncernen i Hamburg, som består af et halvt dusin europæiske importører, der råder over 9 skibe og sælger 15 % af de bananer, der sælges i Tyskland, og 5 % i Danmark, forhandler omkring 5 % af de bananer, der sælges i Fællesskabet under mærket »Onkel Tuca«.

— *Belhoba*-koncernen består af 3 nederlandske og belgiske importører. Den sælger sine bananer under mærket »Sandrop« og »Bonita«: 7 % af de bananer, der sælges i Tyskland, 20 % i Nederlandene, 24 % i BLØU, 12 % i Danmark, eller omkring 6 % af de bananer, der sælges i Fællesskabet.

— Selskabet *Geest Industries Ltd* sælger 30 % af de bananer, der afsættes i Det forenede Kongerige. Det har 8 skibe og kontrollerer lidt under 6 % af banansalget i Fællesskabet under mærket »Geest«.

— Selskabet *Mercantile d'Oltremare* sælger udelukkende bananer i Italien; dets salg udgør 20 % af de bananer, der sælges i dette land; bananerne sælges under mærket »Somalita«, og selskabet kontrollerer lidt over 3 % af de bananer, der sælges i Fællesskabet.

— Selskabet *W. Bruns* i Hamburg, som sælger 10 % af de bananer, der sælges i Tyskland, og 2 % i Nederlandene, under mærket »Bajella«, har 6 skibe og kontrollerer lidt over 3 % af de bananer, der sælges i Fællesskabet.

— *Forskellige andre selskaber* navnlig i Frankrig, Italien og Det forenede Kongerige, sælger tilsammen 6 % af de bananer, der sælges i Fællesskabet.

I årene 1971-1976 solgte UBC i gennemsnit 40-45 % af de bananer, der blev solgt i Fællesskabet. På grundlag af de oplysninger, der er givet i Kommissionens beslutning, kan man herefter forsøge at fremstille fællesskabsmarkedet for bananer som vist i oversigten på modsatte side.

B — UBC's adfærd

a) Almindelige salgsbetingelser

Siden 25. januar 1967 har UBC forbudt sine forhandlere/modnere at sælge andre bananer end dem, som dette selskab leverede dem, at videresælge UBC's bananer til konkurrerende modnere og pålagt dem en forpligtelse til ikke at videresælge grønne bananer.

Som følge af Kommissionens indgriben ophævede UBC alle disse klausuler undtagen klausulen om, at grønne bananer kun må sælges til Chiquita-modnere, en klausul, der blev håndhævet strengt i alle medlemsstater over for UBC's importører/forhandlere/modnere, herunder Scipio-koncernen og denne koncerns datterselskaber.

b) Prispolitikken

Bortset fra de bananer, som UBC sælger i Det forenede Kongerige, Frankrig og Italien, har de bananer af mærket »Chiquita«, som UBC sælger til kunder i andre medlemsstater, alle samme

Procentvis af antal solgte bananer	UBC	Castle & Cook	Del Monte	Alba	Belhoba	Geest	Société Mercantile d'Oltremare	Bruns	Andre
Tyskland	45 %	13 %	9 %	15 %	7 %	—	—	10 %	—
Nederlandene	40 %	18 %	15 %	—	20 %	—	—	2 %	—
BLØU	50 %	22 %	3 %	—	24 %	—	—	—	—
Danmark	45 %	20 %	24 %	5 %	1 %	—	—	—	—
Irland	25 %	—	35 %	—	30 %	—	—	—	—
Frankrig	20 %	—	2 %	—	—	—	—	—	6 %
Italien	40 %	15 %	1 %	—	5 %	—	20 %	—	6 %
Det forenede Kongerige	40 %	—	—	—	—	30 %	—	—	6 %
Fællesskabet	45 %	9 %	5 %	5 %	6 %	6 %	3 %	3 %	6 %
Under mærket	Chiquita	Dole	Del Monte	Onkel Tuca	Sandrop og Bonita	Geest	Somalita	Bajella	
Antal skribe	40			9		8		6	

geografiske oprindelse, er af samme sort, og man kan sige, at de alle har samme kvalitet. Disse bananer, der for det meste aflæsses i Bremerhaven og Rotterdam, er bortset fra to tilfælde videresolgt på samme salgsbetingelser og betalingsvilkår, efter at de af UBC var losset på købernes (forhandlere/modneres) kølevogne (tog eller lastbiler). Alene til Scipio-koncernen sælger UBC sine Chiquita-bananer fob afskibningshavn Mellemamerika, medens bananerne i Irland sælges til en pris cif Dublin, hvortil de med lastbil og færge transporteres fra Rotterdam. I 1973 var transportomkostningerne fra Mellemamerika til Europa 1,12 dollar pr. karton, der vejer 20 kg brutto og 18,5 kg netto. I 1974 var prisen pr. karton 5 dollar. Transporten med lastbil og færge fra Rotterdam til Dublin koster omkring 1,10 dollar pr. karton.

For nærmere at bestemme de enkelte dele af kostprisen skal det anføres, at bananer fra lande i dollarzonen ved deres fortoldning undergives EØF's fælles ydre toldtarif, som for bananer udgør 20 %. Kun Tyskland har fået tilladelse til frit at lade et bestemt kontingent indføre, der fastsættes hvert år i medfør af »protokollen vedrørende toldkontingent for indførsel af bananer«, et bilag til Rom-traktaten. I øvrigt kan bananer fra lande, der har tilsluttet sig Lomé-konventionen, frit indføres i EØF. Endelig vil de tre nye medlemsstater først gradvis anvende den fælles ydre toldtarif (1974: 8 %, 1975: 12 %); de når først den almindelige sats den 1. juli 1977.

UBC's priser er i almindelighed højere end de konkurrerende virksomheders, bortset fra de priser, der faktureres til irske kunder; skønt UBC's bananer sælges under mærket »Chiquita«, f.o.r. (free on rail = frit på bane) Bremerhaven eller Rotterdam, varierer de priser, som UBC fastsætter hver uge desuden betydeligt efter den medlemsstat, hvor dets kunder har forretningssted, og hvor bananerne afsættes. De maksimale ugentlige forskelle, der er konstateret for to modtagere, har i årsgennemsnit været følgende: 1971 17,6 %; 1972 11,3 %; 1973 14,5 %; 1974 13,5 %. De *største* ugentlige forskelle mellem to modtagere af varer, der er afgået fra samme havne, har pr. karton været følgende:

— *i 1971:* 32 % mellem tyske og belgisk-luxembourgske kunder
og
37 % mellem tyske og nederlandske kunder;

— *i 1972:* 21 % mellem tyske og belgisk-luxembourgske kunder
og
30 % mellem tyske og nederlandske kunder;

— *i 1973:* 18 % mellem tyske og belgisk-luxembourgske kunder
og
43 % mellem tyske og nederlandske kunder,
24 % mellem danske og belgisk-luxembourgske kunder
og
51 % mellem danske og nederlandske kunder;

— *i 1974:* 25 % mellem tyske og belgisk-luxembourgske kunder
og
54 % mellem tyske og nederlandske kunder,
16 % mellem danske og belgisk-luxembourgske kunder
og
17 % mellem danske og nederlandske kunder.

Sammenligninger mellem de bananer, der sælges i Italien, Frankrig og Det forenede Kongerige er ikke af så stor værdi, fordi hverken produkterne eller

markedsføringsvilkårene er helt de samme.

For så vidt angår Irland kan man konstatere, at den pris, der betales af den belgiske kunde, gennemsnitlig er 80 % højere end den pris, som den irske kunde betaler, og at en dansk kunde betaler 2,38 gange så meget som en irsk; angående disse prisforskelle har UBC i et brev af 10. december 1974 til Kommissionen erklæret, at det havde besluttet at sælge sine bananer i Irland i en forsøgsperiode på et år, men at de priser, selskabet tog i dette land, indbragte det en betydelig mindre fortjeneste end i andre medlemsstater.

c) Afslaget på at sælge til Th. Olesen

I 1967 udpegede UBC otte forhandlere/modnere til at sælge sine »Chiquita«-bananer i Danmark, herunder Lembana, som sælger mere end halvdelen, og Th. Olesen, som i 1967 blev UBC's næststørste forhandler/modner. Alle UBC's andre forhandlere/modnere i Danmark sælger udover Chiquita-bananerne forskellige mængder af andre bananmærker samt bananer uden mærke. Men i 1969 blev Th. Olesen eneforhandler i Danmark for den nederlandske importør af »Dole«-bananer, der sælges af gruppen Castle & Cooke, og fra denne dato nedsatte UBC regelmæssigt Th. Olesens ordrer; i begyndelsen af 1973 med 15-20 %, i slutningen af 1973 med 40-50 %. Fra 1972 har Olesen solgt flere »Dole«-bananer end »Chiquita«-bananer.

I april, september og oktober 1973 lancerede Castle & Cooke en reklamekampagne for mærket »Dole« i samtlige europæiske lande, og Th. Olesen deltog heri, således som firmaet i øvrigt havde samarbejdet med UBC i september 1973 i forbindelse med en reklamekampagne for mærket »Chiquita«.

Den 10. oktober 1973 meddelte UBC Olesen, at det fremover ikke ville levere bananer til denne, og begrundede denne beslutning med, at Olesen havde støttet kampagnen for »Dole«-bananerne. Dette var grunden til, at Olesen indgav klage til Kommissionen. Men den 11. februar 1975 indgik UBC og Olesen en aftale, hvorefter UBC genoptog leverancerne til Olesen, som tilbagekaldte sin klage til Kommissionen.

C — Kommissionens bedømmelse af situationen og beslutningens begrundelse

Kommissionen giver først sin definition af en dominerende stilling; den fastslår, at en virksomhed indtager en sådan stilling, når den har mulighed for at optræde uafhængigt uden at tage hensyn til konkurrenter, købere eller leverandører; dette er tilfældet, når virksomheden på grund af sin markedsandel alene eller markedsandel i forbindelse navnlig med virksomhedens know-how, råden over råstoffer, kapital eller andre betydelige fordele, såsom et populært varemærke, har mulighed for at bestemme prisen på eller kontrollere produktionen eller salget af en væsentlig del af de pågældende varer; det er ikke nødvendigt, at virksomheden fuldstændigt dominerer markedet, således at den kan eliminere enhver selvstændig udfoldelse hos de øvrige markedsdeltagere; det er tilstrækkeligt, at virksomhedens samlede dominans er stærk nok til, at virksomheden kan fastlægge sin egen uafhængige markedsstrategi, selv om virksomhedens indflydelse på de forskellige delmarkeder kan variere.

Kommissionen går derefter over til at undersøge det relevante marked og fastslår herom, at bananmarkedet ikke er det samme som markedet for frugter i almindelighed. Kommissionen anfører

som bevis herfor de undersøgelser, som er foretaget på markederne i Rungis (Frankrig), Frankfurt og London, og som har vist, at virkningen af priserne på andre frugter og de disponible mængder heraf er alt for begrænset i tidsmæssig henseende, alt for ringe og for ualmindelig til, at man heraf kan udlede, at disse andre frugter indgår i det samme marked som bananerne eller kan substituere disse. Kommissionen bemærker videre, at det relevante geografiske marked, som skal undersøges med henblik på at fastslå, om UBC har mulighed for at hindre en effektiv konkurrence, er begrænset til Tyskland, Danmark, Irland, Nederlandene og BLØU. Fra det nævnte marked må man således udelukke Frankrig, Italien og Det forenede Kongerige på grund af de særlige forhold, der gør sig gældende dér med hensyn til importordninger og afsætningsvilkår, og fordi der i disse lande sælges bananer af forskellige sorter og oprindelse.

Kommissionen behandler derefter UBC's dominerende stilling, og hvorledes selskabet har opbygget denne. Den fremhæver, at UBC's markedsandel på omkring 45 % skyldes den markedsføringspolitik, som selskabet har praktiseret siden 1967; denne politik har været koncentreret om salg af bananer under mærket »Chiquita« og har været baseret på intensive og gentagne reklamekampagner, ledsaget af en reorganisering af produktions-, emballerings-, transport-, modnings- og markedsføringssystemerne for bananer. Denne politik gav UBC en betydelig fordel og gjorde det muligt for selskabet at konsolidere denne fordel i forhold til selskabets konkurrenter, idet konkurrenterne ikke alene har været stillet over for de høje omkostninger, der er forbundet med sådanne reklamekampagner, men ligeledes over for vanskeligheden med at fremskaffe store mængder bananer af ensartet kvalitet. For tiden bevirker den popularitet, som mærket Chiquita nyder hos forbrugerne, at UBC indtager en stærk stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, og det forhold, at selskabet sælger bananer i samtlige medlemsstater, giver det samtidig en fordel hvad angår dets salgsorganisation, fordi det derved har mulighed for fleksibilitet og navnlig kan dirigere bananerne til forskellige bestemmelsessteder, således at det kan udnytte eksisterende prisforskelle mellem de forskellige medlemsstater. Denne mulighed for at føre en sådan markedsføringspolitik, baseret på salget af Chiquita-bananer, skyldes følgende forhold:

— UBC's meget stærke stilling for så vidt angår bananforsyningen fra de tropiske lande og på verdensmarkedet, hvor selskabet kontrollerer omkring 35 % af den samlede bananeksport i verden;

— det forhold, at selskabet ejer en meget stor flåde af køleskibe, hvilket er nødvendigt for en regelmæssig oceantransport af bananer;

— den omfattende viden, som UBC har opnået i forhold til sine konkurrenter i forbindelse med forskning vedrørende nye banansorter, der er mindre udsatte for sygdomme og stormskader;

— UBC's økonomiske styrke og nedsatte risici, der skyldes selskabets multinationale oplysning og spredningen af dets aktiviteter (i 1973 udgjorde selskabets produktion, transport, distribution og markedsføring af bananer i hele verden kun 18,5 % af selskabets samlede årsomsætning).

På grundlag af disse omstændigheder konkluderer Kommissionen, at UBC må anses som en virksomhed, der indtager

en dominerende stilling, eftersom selskabet har en sådan grad af uafhængig optræden på det pågældende marked, at det er i stand til at hindre en effektiv konkurrence inden for denne del af Fællesskabet.

Ud fra denne konklusion indtager Kommissionen det standpunkt, at UBC har udnyttet denne dominerende stilling på en række punkter:

a) For det første fordi selskabet forbyder sine forhandlere/modnere at videresælge dets bananer i grøn tilstand; denne klausul medfører imidlertid, at de — skønt de ofte er de vigtigste banan-modnere i de pågældende stater — er afskåret fra at konkurrere med UBC eller andre importører/forhandlere på bananmarkedet i importleddet, hvor der nødvendigvis udelukkende handles grønne bananer. Forbudet mod at videresælge UBC's bananer i grøn tilstand har en tilsvarende virkning som et eksportforbud og forvrider de normale handelskanaler. Forbudet bidrager desuden til at opretholde en relativt effektiv opdeling af markedet, navnlig fordi det omfatter alle de bananer, der sælges af UBC til selskabets kunder i en del af EØF, og forbudet kan derfor berøre handelen mellem medlemsstater føleligt. Som svar på UBC's argument om, at denne forpligtelse bidrager til at sikre kvaliteten af det produkt, der sælges til forbrugeren, anfører Kommissionen, at det pågældende forbud ikke blot angår videresalg af sådanne bananer i grøn tilstand til forbrugeren, men omfatter alt videresalg af grønne bananer i ethvert afsætningsled.

I meddelelsen om klagepunkterne har Kommissionen præciseret, at dette forbud på grund af risikoen for beskadigelse af gule bananer faktisk var ensbetydende med et forbud mod alt videresalg af bananer i engrosledet. Dette misbrug af en dominerende stilling, der forhindrer UBC's forhandlere i frit at optræde som grossister, bidrager til at opretholde en effektiv opdeling af markedet mellem de pågældende medlemsstater;

b) endvidere fordi UBC over for sine forhandlere/modnere i de forskellige berørte medlemsstater i havnene Bremerhaven og Rotterdam uden objektiv begrundelse tager forskellige priser for ensartede leveringer og mængder. Disse prisforskelle kan i nogle uger andrager 30 til 50 % for ensartede leveringer, og er for Tyskland, BLØU's og Nederlandenes vedkommende blevet praktiseret siden 1971, for Danmarks vedkommende siden begyndelsen af 1973 og for Irlands vedkommende siden november 1973. Disse prisforskelle forhindrer en medlemsstats forskellige forhandlere/modnere i at videresælge bananerne på samme konkurrencevilkår i en anden medlemsstat, så meget desto mere som de ikke må videresælge bananerne i grøn tilstand. På grund af denne prispolitik fordrejes konkurrencen. UBC har ganske vist som begrundelse for disse prisforskelle anført, at selskabet tilpasser sin pris til den højeste pris, som hvert af de pågældende markeder kan bære, idet disse forskellige priser er begrundet i det forskellige prisniveau for videresalg af modne bananer i de forskellige berørte medlemsstater. Heroverfor svarer Kommissionen, at afsætningsvilkårene i medlemsstaterne i vidt omfang er ens, og desuden at det forhold, at en virksomhed med en dominerende stilling systematisk sætter sine priser så højt som muligt, hvilket medfører store prisforskelle, ikke er en objektiv begrundelse for forskellige priser, navnlig såfremt denne virksomhed med en dominerende stilling i øvrigt opretholder en opdeling af markedet. UBC's politik med forskellige priser udgør følgelig et misbrug, fordi selskabet i forhold til sine handelspartnere

anvender forskellige vilkår for ensartede leveringer, hvorved disse stilles ringere i konkurrencen. Under alle omstændigheder kan disse forskellige priser på grund af det forskellige prisniveau i de forskellige medlemsstater tilskynde til eller afholde fra eksport af de omhandlede bananer fra en medlemsstat til en anden, og således føleligt påvirke samhandelen mellem medlemsstater.

c) Endvidere har UBC misbrugt sin dominerende stilling ved at kræve urimelige salgspriser af visse af sine forhandlere/modnere, hvilket har ført til store forskelle uden objektiv begrundelse. De laveste priser tages af de irske kunder; disse priser giver dog — efter UBC's egne udtalelser — selskabet en vis fortjeneste; de kan altså betragtes som vejledende, i det mindste for virksomhedens omkostninger i forbindelse med det pågældende produkt, og det er følgelig rimeligt at antage, at forskellene, der undertiden overstiger 100 %, mellem disse priser cif Dublin ab Rotterdam, og UBC's andre priser ved salg f.o.r. (frit på bane) Rotterdam eller Bremerhaven, dækker over en fortjeneste af tilsvarende størrelsesorden. Følgelig er de priser, som UBC tager i det pågældende område bortset fra Irland, for høje i forhold til den økonomiske værdi af den præsterede ydelse.

Det er derfor ikke urimeligt at kræve, at UBC nedsætter de priser, som det for tiden håndhæver over for tyske (undtagen Scipio-koncernen) og danske kunder, med mindst 15 %. De gældende priser er altså urimelige og udgør derfor et misbrug af en dominerende stilling, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart, idet en sådan håndhævelse af urimelige priser må tilskynde til eksport fra medlemsstater, hvor der ikke tages sådanne priser, og omvendt.

d) Endelig har UBC misbrugt sin dominerende stilling ved at ophøre med at levere Chiquita-bananer til en af sine forhandlere/modnere, det danske selskab Olesen, under henvisning til, at dette selskab havde deltaget i en reklamekampagne for bananer, der sælges under et konkurrerende mærke. Efter leveringsnægtelsen, som daterer sig til oktober 1973, henvendte Olesen sig til UBC's andre forhandlere i Danmark samt til Scipio-koncernen i Hamburg for at få grønne Chiquita-bananer. Alle afslog Olesens anmodning. Olesen mistede herved flere kunder og led også tab som følge af, at en del af firmaets modningsanlæg pludselig stod uudnyttet. Dette leveringsstop har følgelig skadet denne forhandler/modners forretning og har derfor tilskyndet ham — ligesom de øvrige forhandlere/ modnere — til at ophøre med at sælge bananer af et konkurrerende mærke eller i det mindste til ikke længere at reklamere for et sådant mærke, skønt reklame og salgsfremstød er en udbredt praksis i forbindelse med salg af bananer. Herved opnår UBC, at selskabets hovedforhandlere/modnere forbliver inden for selskabets eget markedsføringsnet, og forhindrer sine konkurrenter i at få adgang til disse mellemmænd, der ofte er uundværlige, eftersom bananerne skal modnes, før de afsættes; selskabet forhindrer altså herved reelt konkurrenterne i at få adgang til markedet, hvilket befæster UBC's dominerende stilling. I øvrigt har leveringsstoppet for Olesen, som er en af de største forhandlere/ modnere af bananer i Danmark, kunnet påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart, idet dette bevirkede, at Olesen, som kunne have udstrakt sine aktiviteter til andre medlemsstater, blev afskåret herfra; der skete tillige påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne ved, at Olesen siden leveringsstoppet ikke længere kunne importere de samme mængder bananer til Danmark.

Ved bedømmelsen af, hvilken sanktion, der skulle anvendes som følge af disse klagepunkter, lagde Kommisionen til grund, at UBC ved disse overtrædelser i det mindste har udvist uagtsomhed, idet selskabet kendte eller i al fald burde have kendt de restriktive virkninger, som dets misbrug måtte få for konkurrencen, så meget desto mere som i hvert fald nogle af disse former for misbrug udtrykkeligt er nævnt i EØF-traktatens artikel 86; ved bedømmelsen af disse forskellige former for misbrug har Kommissionen også og navnlig måttet tage hensyn til, at de i deres økonomiske og juridiske sammenhæng er indbyrdes forbundet.

Kommissionen har desuden taget hensyn til varigheden af overtrædelserne: forbudet mod at videresælge bananer i grøn tilstand har siden januar 1967 været pålagt kunder i Tyskland, Nederlandene og BLØU, siden januar 1973 danske kunder, og siden 1973 irske kunder.

UBC's prispolitik har været anvendt siden 1971 i Tyskland, Nederlandene og BLØU, siden januar 1973 i Danmark og siden november 1973 i Irland.

Endelig varede leveringsstandsningen over for Olesen fra 10. oktober 1973 til 11. februar 1975.

For så vidt angår overtrædelsernes grovhed finder Kommissionen, at UBC's adfærd klart er i strid med målene vedrørende integration af markederne og udformning af en konkurrenceordning, og at det desuden ikke må overses, at de forskellige af UBC udviste forhold på langt sigt kan styrke og befæste selskabets dominerende stilling. Imidlertid har Kommissionen ved fastsættelsen af den bøde, der skal pålægges UBC, taget hensyn til omstændigheder, der taler til fordel for selskabet:

a) UBC's anmeldelse den 15. november 1968 til Kommissionen af sine almindelige salgsbetingelser for Nederlandene, som indeholdt forbudet mod at videresælge bananer i grøn tilstand. Skønt denne anmeldelse kun vedrørte Nederlandene, mener Kommissionen, at UBC i god tro kunne gå ud fra, at den omfattede samtlige berørte medlemsstater, og Kommissionen finder derfor, at UBC, for så vidt angår de af selskabet efter den 15. november 1968 udviste forhold, der ligger inden for grænserne for den erhvervsudøvelse, som anmeldelsen vedrører, ikke kan antages at have handlet uagtsomt, hvorfor disse forhold ikke bør sanktioneres med en bøde.

b) Den omstændighed, at det er første gang, Kommissionen foretager en grundig undersøgelse af samtlige aspekter i en prispolitik ud fra EØF-traktatens artikel 86, og at beslutningen desuden bestemmer, at Kommissionen skal holdes underrettet i en periode af 2 år om de priser, som UBC opkræver, for at Kommissionen kan efterprøve, hvorvidt der er tale om et misbrug.

c) For så vidt angår leveringsnægtelsen det forhold, at UBC efter Kommissionens indgriben af egen drift standsede den pågældende overtrædelse.

Af samtlige disse grunde har Kommissionen for at sikre, at beslutningen kan få virkning som tilsigtet, fundet det rigtigt, før den traf den omtalte beslutning, som skal bringe de af Kommissionen konstaterede overtrædelser af artikel 86 til ophør, at forklare de forholdsregler, der skulle vedtages.

For så vidt angår ophævelsen af forpligtelsen til ikke at videresælge bananer i grøn tilstand, forpligter beslutningen ikke blot UBC til at slette dette forbud i de almindelige salgsbetingelser, men

også til at meddele samtlige de forhandlere/modnere, til hvilke selskabet sælger bananer i den berørte medlemsstater, at dette forbud er ophævet.

For så vidt angår pligten til at ophøre med over for sine handelspartnere at anvende forskellige priser, der ikke er objektivt begrundede, forpligter beslutningen UBC til at ophæve de prisforskelle, som den håndhæver over for sine forhandlere/modnere, for så vidt de leverede ydelser er ensartede.

For så vidt endelig angår selskabets anvendelse af urimelige salgspriser over for sine tyske (med undtagelse af Scipio- koncernen) danske, nederlandske og BLØU-kunder forpligter Kommissionens beslutning UBC til ikke længere at håndhævne sådanne priser, og det anføres, at ansvaret for prisfastsættelsen påhviler virksomheden selv.

Imidlertid påhviler det Kommissionen at give virksomheden sådanne retningslinjer, som kan sætte denne i stand til med fornøden sikkerhed at bedømme, hvorledes den kan bringe denne overtrædelse til ophør.

Ifølge Kommissionen kan dette ske ved, at UBC nedsætter de priser, selskabet håndhæver over for tyske (undtagen Scipio-koncernen), danske, nederlandske og BLØU-kunder til et niveau, der i gennemsnit ligger 15 % lavere end de priser, som UBC for tiden håndhæver over for tyske og danske kunder, dog således at UBC derefter frit kan fastsætte andre priser ud fra sine omkostninger, for så vidt disse priser ikke er urimelige, hvilket vil fremgå af kontrollen med de priser, som UBC skal fremsende halvårligt i to år til Kommissionen.

D — Konklusion i beslutningen af 17. december 1975

Det er ud fra disse grunde, at Kommissionen har vedtaget beslutning IV/ 26 699, hvis konklusion lyder således:

Artikel 1

Det konstateres, at UBC har overtrådt artikel 86 i traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab:

a) ved at forpligte sine forhandlere/modnere, der virker i Tyskland, Danmark, Irland, Nederlandene og BLØU, til ikke at videresælge bananerne fra UBC i grøn tilstand;

b) ved i forbindelse med sine salg af Chiquita-bananer at anvende ulige priser for ydelser af samme værdi over for sine handelspartnere, de forhandlere/modnere, med undtagelse af Scipio-koncernen, der virker i ovennævnte medlemsstater;

c) ved i forbindelse med sine salg af Chiquita-bananer til de kunder, der virker i Tyskland (med undtagelse af Scipio-koncernen), Danmark, Nederlandene og BLØU, at anvende urimelige salgspriser;

d) ved fra den 10. oktober 1973 til den 11. februar 1975 at have standset sine leveringer af Chiquita-bananer til selskabet Th. Olesen i Valby, København, Danmark.

Artikel 2

Der pålægges UBC en bøde på 1 mio regningsenheder for de i artikel 1 konstaterede overtrædelser af artikel 86 i EØF-traktaten.

Artikel 3

Det pålægges UBC:

a) at bringe de i artikel 1 konstaterede overtrædelser til ophør for så vidt det

ikke har bragt dem til ophør af sig selv;

b) og med henblik herpå

— uopholdeligt at give sine forhandlere/modnere, som virker i Tyskland, Danmark, Irland, Nederlandene og BLØU, meddelelse om ophævelsen af forbudet mod at videresælge bananerne i grøn tilstand og senest den 1. februar 1976 at give Kommissionen meddelelse herom;

— senest den 20. april og derefter 2 gange årligt (senest den 20. januar og den 20. juli) at give Kommissionen meddelelse om de priser, selskabet i løbet af det foregående halvår har taget af de af sine kunder, der virker i Tyskland, Danmark, Irland, Nederlandene og BLØU.

Artikel 4

Hver af de i artikel 3, litra b), pålagte forpligtelser håndhæves ved en tvangsbøde på 1 000 regningsenheder pr. dag at regne fra de datoer, de er fastsat i artikel 3, litra b).

Artikel 5

Denne beslutning kan tvangsfuldbyrdes i medfør af artikel 192 i traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab.

Artikel 6

Denne beslutning er rettet til United Brands Company, New York, samt til dettes repræsentant, selskabet United Brands Continentaal B.V. Van Vollenhovenstraat 32, Rotterdam 3002, Nederlandene, hvem denne beslutning meddeles.

3. Sagens behandling ved Domstolen efter beslutningens vedtagelse

UBC's og dette selskabs nederlandske datterselskab har mod denne beslutning indgivet et søgsmål, der er registreret på Domstolen den 15. marts 1976 under nr. 27/76, med påstand om, at beslutningen annulleres, og at de tilkendes erstatning, subsidiært om, at bøden ophæves eller nedsættes.

a) Begæring om foreløbige forholdsregler

Ved særskilt dokument har sagsøgerne i medfør af traktatens artikel 185 den 18. marts 1976 fremsat en begæring om foreløbige forholdsregler, hvori Domstolens præsident anmodes om at udsætte fuldbyrdelsen af beslutningens artikel 3, litra a) og litra b), 1. afsnit, indtil der er truffet afgørelse i det annullationssøgsmål, der verserer for Domstolen.

Til støtte for denne begæring har UBC fremført en række anbringender samt, at selskabet allerede har truffet foranstaltninger i overensstemmelse med visse af Kommissionen udstedte påbud.

For så vidt angår den forpligtelse, som Kommissionen har pålagt selskabet til at ophæve forbudet mod at videresælge bananer i grøn tilstand, har det sagsøgende selskab anført, at det allerede den 30. januar 1976 ved skrivelse til samtlige sine forhandlere/modnere klarlagde betydningen af den omstridte klausul ved at tilføje forbeholdet »undtagen ved salg mellem Chiquita-modnere«.

For så vidt angår påbudet om at anvende ensartede priser har UBC gjort gældende, at denne forpligtelse under hensyn til prisudsvingene på markedet for bananer, et yderst fordærveligt fødemiddel, forekom selskabet »uforståeligt, selvmodsigende og uigennemførligt«, og at en pludselig opfyldelse ville påføre selskabet betydelig skade, som ville være uoprettelig, og som ville påvirke hele markedet negativt, navnlig fortjenstmargenen for selskabets modnere/forhandlere, der herved ville blive bragt i en vanskelig situation i forhold til deres lokale konkurrenter.

Selskabet har også anført, at prisfastsættelsen er sket på samme måde i de sidste 50 år; det udleder af alle disse betragtninger, at Kommissionen ikke kan hævde, at det pludselig skulle være påtrængende nødvendigt, at sagsøger ophører med denne praksis; selskabet er imidlertid for at vise sin gode vilje gået ind på at give Kommissionen meddelelse om sine priser.

Ved skriftligt indlæg, indgivet den 29. marts 1976, har Kommissionen bestridt de fremførte anbringender i realiteten men har ellers forladt sig på rettens afgørelse.

Ved kendelse af 5. april 1976 har formanden for Domstolens anden afdeling under varetagelse af præsidentens opgaver i medfør af procesreglementets artikel 85, stk. 2 og artikel 11, stk. 1 bestemt følgende:

»Det fremgår af sagsakterne, at begæringen om udsættelse af fuldbyrdelsen i praksis vedrører:

— pligten til at ophæve forbudet mod, at forhandlerne/modnerne videresælger UBC's bananer i grøn tilstand, samt pligten til uopholdeligt at give samtlige berørte forhandlere/modnere meddelelse om, at dette forbud er ophævet, og til at underrette Kommissionen herom senest den 1. februar 1976 (artikel 3, litra a og artikel 1, litra a, sammenholdt med artikel 3, litra b, første led);

— pligten til over for forhandlerne/modnerne at ophøre med at anvende uens priser for ensartede ydelser (artikel 3, litra a, sammenholdt med artikel 1, litra b);

— pligten til at ophøre med at anvende urimelige salgspriser (artikel 3, litra a sammenholdt med artikel 1, litra c).«

Parternes udtalelser om ændringen af klausulen om videresalg af bananer i grøn tilstand er ført til retsbogen, og der er ud fra ovennævnte grunde afsagt følgende kendelse:

»Fuldbyrdelsen af artikel 3, litra a) og litra b), første led i Komissionens beslutning af 17. december 1975 (IV/26 699) udsættes, indtil der er afsagt dom vedrørende realiteten i sag 27/76, for så vidt sagsøgerne ikke allerede af sig selv har bragt de forhold, som Kommissionen har pålagt ved artikel 1 i den nævnte beslutning, til ophør«.

Der er taget forbehold for sagsomkostningerne.

b) Parternes påstande

Sagsøgerne har i deres stævning nedlagt påstand om følgende:

»1. Den anfægtede beslutning ophæves

— fordi den udgør en overtrædelse af artikel 85 og 86 i traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab samt af reglerne om gennemførelse af disse artikler, navnlig Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962;

— fordi den savner fornøden begrundelse, overtræder væsentlige formforskrifter og er uklar.

2. Kommissionen tilpligtes at betale sagsøger et beløb på 1 regningsenhed i erstatning for ideel skade.

3. De af Kommissionen ikendte bøder ophæves eller nedsættes, såfremt beslutningen opretholdes i realiteten.

4. Kommissionen dømmes til at afholde sagsomkostningerne«.

Sagsøgerne har i replikken henholdt sig til disse påstande.

Sagsøgte har i sit svarskrift og i sin duplik nedlagt påstand om:

»1. Frifindelse.

2. Sagsøger dømmes til at afholde sagsomkostningerne«.

II — Oversigt over de af parterne under skriftvekslingen fremsatte søgsmålsgrunde, indsigelser og øvrige anbringender

Indledning

Sagsøgerne protesterer mod Kommissionens beslutning og kritiserer beslutningens grunde: Sagsøgerne støtter deres søgsmål på forskellige anbringender, som af praktiske grunde vil blive lagt til grund i det følgende.

1. Sagsøgerne bestrider Kommissionens fremstilling af det *relevante marked*, såvel det relevante varemarked som det geografiske marked.

2. De finder, at samtlige forhold på markedet taler imod, at sagsøgerne skulle indtage en *dominerende stilling* i den betydning, der er forudsat i traktatens artikel 86.

3. De finder, at de ikke har taget *for høje priser.*

4. De finder, at de ikke har anvendt *diskriminerende priser.*

5. De finder, at klausulen om betingelserne angående *salg af bananer i grøn tilstand* er berettiget af hensyn til kvaliteten af det produkt, der sælges til forbrugeren.

6. De vil påvise, at *leveringsnægtelsen* over for det danske firma Th. Olesen var berettiget.

7. Endelig er sagsøgerne fremkommet med generelle og specielle betragtninger om *bøden* og dennes størrelse.

1. Det relevante marked

Sagsøgerne anfører, at det er af en afgørende betydning at afgrænse det relevante varemarked i en sag om artikel 86, eftersom konkurrencemulighederne kun kan vurderes konkret på grundlag af de særlige karakteristika for denne vare og for de områder, hvor den markedsføres.

Sagsøgte synes ikke at modsætte sig denne sondring, som er fulgt i sagsøgtes indlæg.

a) Det relevante varemarked

Sagsøgerne bestrider Kommissionens opfattelse om, at der skulle eksistere et bananmarked, som såvel omfatter mærkede bananer som bananer uden mærke.

De hævder, at bananmarkedet er en del af markedet for friske frugter, fordi bananer for forbrugeren i vidt omfang kan erstattes med andre sorter af friske frugter: for eksempler æbler, appelsiner, vindruer, ferskner, jordbær osv. . . ., og fordi disse forskellige slags frugter, når de lægges frem på de samme hylder til sammenlignelige priser, er substitutionsprodukter for bananer i forbrugerleddet, i distributionsleddet og i engrosleddet.

Det følger heraf, at tilstedeværelsen af andre sorter af friske frugter er en faktor af afgørende betydning, som der navnlig må tages hensyn til ved fastsættelsen af prisen for bananer (sagsøgerne har fremlagt grafiske oversigter, der viser, at bananer sælges bedst fra marts til midten af juli, hvor der kun udbydes små mængder af andre frugter til relativt høje priser). Af to undersøgelser, som FAO har foretaget i 1969 og 1973, og som Kommissionen har henvist til til støtte for, at bananmarkedet er et uafhængigt marked, uddrager sagsøgerne andre konklusioner end Kommis-

sionens. Sagsøgerne finder, at deres konklusioner bekræftes af en nylig undersøgelse fra FAO, »Elasticité des prix de détail de la banane«, og af en undersøgelse af markedet for æbler i Belgien foretaget af Institut économique agricole belge (Le marché de la pomme en Belgique. Analyse globale de la fluctuation des prix à la production de 1950 à 1967 — Jansen (1969) s. 58-59).

Kommissionen bemærker i sit svarskrift, at den aldrig har udtalt, at bananer og andre frugter aldrig eller næsten aldrig er substitutionsprodukter.

Substitutionsmuligheden mellem to produkter er næsten aldrig total, men er et spørgsmål om grader. Problemet er altså ikke, om bananer kan erstattes af andre frugter; det afgørende for, om en given virksomhed indtager en dominerende stilling på et bestemt marked, er hvilken grad af substitution, der i konkurrenceretten kræves, for at to eller flere forskellige frugter ikke anses som hørende under et og samme »varemarked«.

I konkurrenceretten er det, for at to varer skal anses som tilhørende et fælles varemarked, væsentligt, om der mellem dem er en høj grad af substitutionsmulighed (som det udtales i en dom fra den amerikanske højesteret: »For every product substitutes exist. But a relevant market cannot meaningfully encompass that infinite range. The circle must be drawn narrowly« (For enhver vare findes der substitutionsmuligheder. Men det relevante marked kan rimeligvis ikke omfatte en ubegrænset kreds af varer. Denne kreds bør altså afgrænses snævert) (Sagen Times-Picayune, 1953).

Graden af substitutionsmulighed må bedømmes på grundlag af samtlige de pågældende varers karakteristika og samtlige de faktorer, der påvirker forbrugerens valg.

Bananer har imidlertid særlige kendetegn:

a) fysisk (fremtræden, kemisk sammensætning, smag, blød konsistens, indhold af vitaminer og mineraler);

b) funktioner (de er lette at have med at gøre, de er hygiejniske, de er lette at spise, de har en bestemt næringsværdi, de er lette at fordøje);

c) økonomisk (et konstant produktionsniveau hele året, en relativt ukompliceret planlægning af udbud og efterspørgsel, markedsføring på de vilkår, der gælder for industriprodukter).

Ingen anden frugt har samtlige disse kendetegn. Bananen er desuden særlig egnet til at tilfredsstille konstante behov.

Bananen er en frugt, som der er sæson for hele året, hvorfor enhver undersøgelse af substitutionsmuligheder i forhold til et andet produkt må vedrøre hele året.

For så vidt angår prisen viser de to undersøgelser fra FAO, at bananprisen kun i begrænset omfang og kun i sommermånederne, nærmere bestemt i juli, påvirkes af prissvingninger for andre frugter (og kun for ferskner og druer til spisebrug) (FAO studies 1973, s. 1, § 6).

Det må derfor antages, at indvirkningen fra andre frugters priser og disponible mængder er alt for begrænset i tidsmæssig henseende, alt for ringe og for ualmindelig til, at man heraf kan udlede, at disse andre frugter som substitutionsprodukter udgør en del af det samme varemarked som bananen.

Sammenfattende anfører Kommissionen, at bananen »kun i ringe grad kan erstattes af andre varer«, idet den er »særlig egnet« til at opfylde et konstant forbrugerbehov.

Sagsøgerne indleder deres replik, hvori de behandler det pågældende markeds art, med en interessant sammenfatning

af verdenshandelen med bananer, navnlig Chiquita-bananer, omfattende:

— forsyningskilder;

— mængde, kvalitet og omkostninger for de varer, der bliver udbudt og opkøbt, varer der er så meget mere talrige, som der består en meget høj grad af substitutionsmulighed med friske frugter, idet disse alle kan opfylde de samme behov (som det fremgår af sammenlignende undersøgelser over sæsonforbruget af frisk frugt);

— det forhold, at det råstof, som skal transporteres, modnes, distribueres, kontrolleres og som — for så vidt angår bananer af en tilstrækkelig høj kvalitet til at kunne udbydes under mærket Chiquita — skal mærkes, er let fordærveligt;

— markedsføring og prisfastsættelse ud fra sæsonmæssige og geografiske forandringer (på sidstnævnte punkt beviser dokumentet »Le marché commun de la banane«, at det tyske marked er privilegeret, og at det er umuligt at anse det af Kommissionen omhandlede marked som et enkelt geografisk marked);

— de heraf følgende prisniveau.

Kommissionen anfører i sin replik, at den væsentligste uenighed mellem Kommissionen og sagsøgerne angår spørgsmålet, om det relevante marked er markedet for frisk frugt eller, som Kommissionen mener, markedet for bananer. Domstolen har udtalt, at varer, som tilhører et bestemt marked, og varer, som ikke tilhører dette marked, i et vist begrænset omfang kan være substitutionsprodukter, hvilket betyder, at substitutionsmuligheden må være ubegrænset eller i det mindste meget høj, for at der skal være tale om et og samme marked for de pågældende varer. En gennemsnitsforbruger skelner imidlertid rent faktisk mellem bananer og andre friske frugter; det er dette, FAO kalder »ønsket om afveksling i frugtforbruget«; den normale husholdning tænker på samme måde; detailhandleren ligeledes. Men situationen er endnu klarere i grossistleddet, og tilfældet Olesen er typisk; denne forhandler, der ikke kunne få leveret bananer fra sagsøgerne, blev udsat for meget store vanskeligheder både på grund af efterspørgslens karakter og på grund af firmaets særlige anlæg. Der er følgelig meget ringe muligheder for, at andre produkter kan træde i stedet for bananen, navnlig i efterkrigstiden, hvor bananen på verdensbasis kun er overgået af mælk som et fødemiddel, der direkte kan forbruges (jf. UBC's egen årsrapport for 1972, der er vedlagt svarskriftet som bilag II b!). Set under ét må følgende faktorer:

— smagen (kun en banan ... smager som en banan!);

— udseendet, den bløde konsistens, det forhold, at bananen er let at have med at gøre og er hygiejnisk, at der ikke er kerner, alt dette gør, at bananen er et efterspurgt næringsmiddel for samtlige forbrugere og især for bestemte grupper af forbrugere;

— den kemiske sammensætning, indholdet af vitaminer og mineraler, næringsværdien og det forhold, at bananen let kan fordøjes;

— muligheden for at producere en frisk frugt efter industrinormer hele året;

give som resultat, at bananen er særligt egnet til at tilfredsstille et konstant behov, og at den i meget ringe grad kan erstattes af andre produkter. Den udgør derfor det relevante varemarked, således som antitrust-sagerne mod sagsøgerne i USA har vist.

Ekspertundersøgelser har uden for enhver tvivl godtgjort følgende tre forhold:

— der er ingen konstant substitutionsmulighed mellem bananer og andre friske frugter;

— der er ingen almindelig krydselasticitet mellem bananer og andre frugter, der som bananen kan købes hele året (FAO-undersøgelse fra 1973);

— selv for sæsonfrugter har der ikke kunnet påvises nogen signifikant grad af krydselasticitet; i alt fald har en sådan kun kunnet påvises for bestemte frugter.

Selv i det tilfælde, at alle de forhold, der taler for UBC's opfattelse, måtte godkendes, er muligheden for at erstatte bananen med sæsonfrugter ikke desto mindre pr. definition begrænset til en del af året og til en del af disse frugter; for de to frugter, der kan købes hele året (appelsiner og æbler), er der for den førstes vedkommende ingen substitutionsmuligheder, og for så vidt angår den anden blev der i 1969 kun godtgjort en relativ grad af substitutionsmulighed, medens en sådan mulighed i 1975 kun blev oplyst for to ud af syv undersøgte lande. Det relevante marked er altså markedet for bananer, hvad enten man følger de materielle kriterier, der anvendes i europæisk ret, eller de, der anvendes i amerikansk ret (se sagerne Cellophane og Brown Shoe).

Heroverfor har UBC som bilag til stævningen og senere til replikken fremlagt to dokumenter, udarbejdet af to tjenestemænd ved FAO, Viton og Perkins; man kan her stille det spørgsmål, om disse personer udtaler sig på deres organisationers vegne, og om de ikke har haft kendskab til visse sagsakter (for sidstnævntes vedkommende). Kommissionen anmoder om:

»at Domstolen, hvis den er i tvivl om fortolkningen af enkelte punkter i FAO-undersøgelserne, som den finder relevante for nærværende sag, afhører en repræsentant for FAO, som er fornødent kvalificeret og bemyndiget til klart og officielt at give udtryk for denne organisations synspunkt.«

Argumentet i Perkins-dokumentet er, at der er sæsonmæssige svingninger for priser og mængder af banansalget. Skønt disse periodiske bevægelser er korte, findes de og synes at tyde på en vis sæsonmæssig krydselasticitet. Det kan heraf sluttes, at »svingninger i priser og mængder for banansalget kun kan tages i betragtning, for så vidt de genspejler en krydselasticitet. Denne krydselasticitet udelukker, fordi den er uregelmæssig og kort, en definition af det relevante varemarked, der omfatter al frisk frugt«.

b) Det geografiske marked

Sagsøgerne opstiller som princip i deres stævning, at »alene de områder, hvor konkurrencebetingelserne er homogene, kan medregnes i det relevante marked«.

Kommissionen har imidlertid fra dette marked udelukket Frankrig, Italien og Det forenede Kongerige på grund af de særlige forhold i disse lande:

— for så vidt angår Frankrig på grund af statslige foranstaltninger, der forbeholder bananmarkedet for produktionen fra de lande, som har særlige forbindelser til Frankrig;

— for så vidt angår Det forenede Kongerige, fordi det nyder godt af »Commonwealth-præferencerne«;

— for så vidt angår Italien, fordi det statsmonopol, som regulerede markedet, blev ophævet i midten af tresserne og erstattet af importkvoter for bananer fra lande, der ikke er medlemmer af EØF; der

sælges imidlertid bananer af »Cavendish«-sorten samt bananer af mærket »Chiquita« på dette marked.

Sagsøgerne bebrejder Kommissionen, at denne ikke har taget hensyn til de forskelle i konkurrencebetingelserne, der består mellem forskellige toldordninger i dette område:

— en 0-tarif i Tyskland,

— en overgangstarif i Danmark og Irland,

— den fælles ydre tarif, dvs. 20 %, i Benelux-landene.

Andre lige så signifikante faktorer adskiller disse forskellige markeder, såsom deres størrelse, forbrugervaner (det årlige forbrug af frisk frugt pr. person i Tyskland er 109 kg, eller 2,5 gange forbruget i Irland, 2 gange forbruget i Danmark, medens forbruget er 93 kg i Nederlandene og 76 kg i Belgien), koncentrationen i forskellige led (meget stærk koncentration i Tyskland) samt monetære forskelle.

Af alle disse faktorer udleder sagsøgerne, at det geografiske marked omfatter sådanne områder, hvor konkurrencebetingelserne er så forskellige, at de ikke kan antages at udgøre et enkelt marked, og at den beslutning, som Kommissionen har truffet i forhold til Frankrig, Storbritannien og Italien, også bør anvendes over for de andre seks medlemsstater.

Kommissionen bemærker, at den har udelukket disse tre lande fra »det relevante marked«, fordi de gældende nationale regler i disse lande skabte en fortrinsstilling for andre bananer end UBC-bananer, således at disse ikke var ligestillet med de andre bananer, der solgtes i disse tre stater; derimod udgør Tyskland et fuldstændig frit marked, og de andre fem medlemsstater udgør ligeledes et frit marked, bortset fra at der anvendes visse ikke-diskriminerende toldpositioner.

Kommissionen kan ikke acceptere, at det relevante marked skulle være om ikke homogent så i det mindste uden »væsentlige« forskelle; den finder ikke dette argument seriøst.

2. Den påståede dominerende stilling

I stævningen bebrejder *sagsøgerne* Kommissionen, at den helt har undladt at tage hensyn til bananens særlige karakter af landbrugsprodukt. Når der ikke anvendes stabiliseringsforanstaltninger, er priserne for landbrugsprodukter kendetegnet ved kraftige og hyppige svingninger. Heraf følger, at en sælger af landbrugsprodukter bør kunne have vide muligheder for at kontrollere forsyningerne for i fornøden grad at kunne dirigere udbudet og øve væsentlig indflydelse på priserne.

Denne manglende stabilitet i priserne er endnu større for så vidt angår fordærvelige landbrugsprodukter, idet disse ikke kan oplagres og hurtigt må afsættes uanset prisen. Bananen er imidlertid netop et yderst fordærveligt levnedsmiddel — uegnet til oplagring — idet produktets levetid fra plukningen til forbrugerens bord er omkring 20 dage; efter denne frist er produktet usælgeligt.

På grund af disse særlige kendetegn ved det pågældende produkt er banansælgeren forpligtet til at sælge, og sælgernes mulighed for at kontrollere priserne er meget begrænset. Derfor vil det være praktisk talt umuligt for et firma at bestemme salgspriserne effektivt, såfremt dette firma ikke havde fuldstændig kontrol med nærved 100 % af produktionen, idet priserne påvirkes af de mængder, der bringes på markedet.

Og selv i det tilfælde vil det ikke være sikkert, at det pågældende firma kan fastholde sine priser, idet der mellem bananer og andre frugter er en høj grad af substitutionsmulighed og konkurrence (se ovenfor 1a).

Sagsøgerne bebrejder ligeledes Kommissionen, at den ikke ved bedømmelsen af deres påståede dominerende stilling har taget tilstrækkeligt hensyn til, at der findes stærke og aggressive konkurrenter, som udgør en garanti for, at bananpriserne forbliver så lave som muligt. De nævner her:

— firmaet *Castle and Cooke*, der er en stor, meget alsidig virksomhed, hvis omsætning i 1974 beløb sig til 753 131 000 dollars, som har mere end 23 000 fuldtidsbeskæftigede og 9 000 sæsonarbejdere. De bananer, firmaet sælger, bærer mærket »Cabana« i Sydeuropa. I 1974 var »Dole« det førende mærke i USA og Canada med en markedsandel på 41 % og i Japan 25 %. Castle and Cooke har således bragt sig op på verdensniveau i konkurrencen på bananmarkedet. Firmaet handler i Europa gennem en gruppe bananimportører, kaldet Eurobana, som står for 16 % af markedet.

— firmaet *Del Monte* fremstiller 250 forskellige slags friske fødevarer, der distribueres under mærket »Del Monte«. I 1974 var selskabets omsætning 1 042 608 000 dollars, og det havde omkring 32 000 heltidsansatte og mellem 7 000 og 41 000 sæsonarbejdere. Det ejer en flåde på 12 bananskibe, store plantager i Latinamerika og på Philippinerne, og det dækker 10 % af markedet i området Tyskland, Danmark, Beneluxlandene og Irland. På dette marked sker der en afsmitning fra selskabets reklame for andre frugter; Del Monte er en betydelig konkurrent på det pågældende marked.

— *Alba* sælger bananer under mærket »Onkel Tuca« og dækker 12 % af det tyske og danske marked.

— *Bruns* ejer 6 bananbåde, der anvendes til transport af selskabets bananer »Bajella«, og det står for 10 % af det tyske marked.

— *Van den Brink*, et nederlandsk selskab, sælger bananer under mærket »Bonita« i Tyskland og i Nederlandene.

— *Velleman og Tas*, en nederlandsk frugtimportør, begyndte at sælge »Turbana«-bananer, og den hårde konkurrence, der som følge heraf i 1975 opstod på det nederlandske marked, fik priserne til at stagnere i forhold til priserne på andre markeder.

For at karakterisere konkurrenternes agressivitet nævner sagsøgerne et salgsfremstød for mærket »Dole«, en reklamekampagne, der begyndte i Hamburg den 26. april 1973 med en pressekonference, hvorunder der blev afgivet en »veritabel krigserklæring« over for UBC, en »prisnedskæring«, som Alba gennemførte i Tyskland og navnlig i Danmark, og indførelse af mærket »Turbana« på det nederlandske marked; denne konkurrencesituation anerkender Kommissionen indirekte, idet den i sin beslutning anfører, at »sagsøgernes største konkurrenter søger konstant at forøge deres afsætning«.

Sagsøgerne fremhæver endvidere, at det europæiske bananmarked ikke er aflukket, og at adgangen dertil er så meget desto lettere, som den producerede mængde bananer langt overstiger den mængde, som kan markedsføres i forbrugerlandene, fordi bananen ikke er beskyttet af noget patent, fordi reklamen på grund af produktets ensartethed ikke fører til den grad af produktdifferentiering, som man kender ved

industrimarkeder, og fordi adgangen til forhandlere/modnere ikke er afskåret.

Disse vilkår abnede mulighed for, at Del Monte i 1972 kom ind på det europæiske marked, at Velleman og Tas kom ind på det nederlandske marked i 1975 med en andel på 23 %, og at det tyske firma T. Port, der importerer bananer under mærket »Golden B«, kom ind på det europæiske marked fra marts 1976.

Sagsøgerne bemærker dernæst, at Kommissionen ikke ved bedømmelsen af konkurrencevilkårene i tilstrækkelig grad har taget hensyn til, at kunderne har en ganske stærk stilling, hvilket udelukker, at UBC som påstået har mulighed for at fastsætte priserne.

Det gælder for UBC's hovedaftager, den store tyske koncern Scipio, *»verdens* største sammenslutning af bananforhandlere/modnere«, som UBC ikke har nogen kontrol over, som køber bananer hos samtlige forhandlere i Tyskland bortset fra »Del Monte«, og som endog har købt nogle sendinger fra uafhængige plantager på Martinique.

Denne koncerns fob-køb hos UBC ligger på omkring 250 tons bananer om året (2 gange det samlede forbrug i Nederlandene), hvilket udgør 80 % af UBC's afsætning på det tyske marked, 56 % af modningskapaciteten i Tyskland, fordelt på mere end 50 byer; koncernen ejer en flåde på 8 bananskibe og har særlige losningsanlæg i Bremerhaven. Sagsøgerne konkluderer, at intet selskab er i stand til at kontrollere priserne, når der findes en uafhængig kunde af en sådan størrelse og desuden talrige aggressive konkurrenter.

UBC's næststørste kunde, *Edeka*, er heller ikke ubetydelig. Denne koncern omfatter 29 000 detailhandlere, der er specialiseret i salg af fødevarer og står for 17 % af omsætningen inden for den tyske kolonialvarehandel.

I 1975 købte Edeka af sagsøgerne 915 830 kartoner, eller 26,2 % af sin modningskapacitet, hvoraf 60 % var forbeholdt »Onkel Tuca«-bananer fra Alba-koncernen, hvor Edeka er en af hovedaktionærerne. Edeka køber også bananer af mærkerne Bajella, Dole, Del Monte samt bananer uden mærke.

Sagsøgernes tredjestørste kunde i Tyskland er *Van Wylick*, en stor virksomhed, der har modningsanlæg i hele Tyskland.

Det samme gælder for *Banacopera* i Belgien, et kooperativ, der består af modnere/forhandlere.

Disse fire kunder, som på ingen måde er underlagt UBC's kontrol, og som kan forhandle produkter fra UBC's konkurrenter, står alene for 73 % af UBC's salg i det her omhandlede område, bortset fra salg til Spiers i Belgien, et datterselskab, som fuldt ud ejes af UBC.

UBC bemærker, at de priser, der faktureres til Edeka og Van Wylick, er de samme priser, som faktureres de mindste modnere/forhandlere, der repræsenterer 7 % af selskabets salg i Tyskland; disse drager således fordel af den pression, der udøves af de store kunder.

Kundernes uafhængighed fremgår navnlig af, at de til enhver tid kan standse deres indkøb helt eller delvist, således som det for eksempel er sket i følgende tilfælde: Københavns Frugtauktioner, der i 1973 begyndte at købe Onkel Tuka-bananer, og Migros, den største svejtsiske forhandler/modner, som i 1975 gav 50 % af sine ordrer til Del Monte.

Da kunderne ikke er bundet til langtidskontrakter, da de har mulighed for at konkurrere, og da de i deres omsætning ikke udelukkende er afhængige af salg af bananer, er de ikke underlagt kontrol fra UBC.

I øvrigt kræves der ifølge sagsøgerne ikke yderligere bevis for, at der er en meget hård konkurrence på bananmarkedet, end det forhold, at bananpriserne i løbet af de sidste tyve år er faldet med 50 % i absolutte tal, som det fremgår af rapporten fra FAO og Unctad, samt at de bananmarkeder, hvor der ikke er konkurrence, og som er kontrolleret af et monopol, omvendt karakteriseres ved store månedlige og endog ugentlige prissvingninger. Og den omstændighed, at sagsøgerne ikke holder samme pris på alle de omhandlede nationale markeder, bekræfter den opfattelse, at de ikke har mulighed for at fastsætte priserne på samme niveau og herved opnå maksimale fortjenester.

Af samtlige disse eksakte oplysninger, suppleret med redegørelsen for selskabets økonomiske situation i de sidste fem år, der viser mere tab end fortjeneste, drager UBC den konklusion, at det ikke er godtgjort, at selskabet på det europæiske bananmarked har en dominerende stilling i henhold til traktatens artikel 86.

Under disse omstændigheder kan man endog stille det spørgsmål, om der ud fra UBC's markedsandel overhovedet kan drages den slutning, at selskabet på nogen måde kan indtage en dominerende stilling.

Først må der gøres den bemærkning, at markedsandelene inden for landbrugssektoren har en langt mindre betydning end i industrisektoren, og at disse andele, når det drejer sig om fordærvelige fødevarer, blot angiver de mængder, som markedsføres på et givet marked.

På kort sigt er der ingen mulighed for at tilpasse produktionen kvantitativt, og samtidig kan varerne blive udsat for uforudsigelige omstændigheder (uvejr, sygdomme etc. . . .). Når varerne er bragt på markedet, skal de nødvendigvis afsættes, eftersom de ikke kan oplagres. Derfor giver markedsandelen intet grundlag for en slutning om den økonomiske styrke, når det drejer sig om et fordærveligt landbrugsprodukt, for disse andele indebærer ingen kontrol, hverken af produkter eller af priser.

Da bananen er et homogent landbrugsprodukt, forholder det sig endvidere således, at en konkurrents markedsandel øjeblikkeligt opsluges af de andre konkurrenter, når den pågældende ikke længere bringer varer på markedet. Således er sagsøgernes markedsandel i Irland, som i 1972 lå på 39 %, for eksempel faldet til 3 % i 1973 efter 7 måneders fravær.

Den markedsandel, som sagsøgerne har, udgør 45 %; det er kun omkring halvdelen af det, Kommissionen hidtil har anset for nødvendigt for, at der forelå en dominerende stilling inden for sektoren for industrielt fremstillede produkter. UBC anfører i så henseende de fem beslutninger, hvor Kommissionen har anvendt artikel 86. I disse fem tilfælde havde de pågældende firmaer et næsten fuldstændigt monopol. Dette er ikke tilfældet her; da det drejer sig om landbrugsprodukter, har Kommissionen endvidere handlet overilet. Den har anvendt en væsentligt lavere norm ved bedømmelsen af, om der forelå kontrol, skønt den burde have gjort nøjagtig det modsatte, fordi importørerne befandt sig i en ganske anden situation end den, der gælder på de øvrige markeder. For blot at skabe en formodning for, at sagsøgerne indtog en dominerende stilling, burde Kommissionen således have bevist, at de havde særlig høje markedsandele.

Imidlertid bør sagsøgernes påståede markedsandele på 45 % nedsættes til 20 %, fordi fob-handelerne ikke kan medregnes. Det drejer sig om fob-handeler med Scipio-koncernen, som

udgør 56 % af UBC's salg i den pågældende sektor; Kommissionen har ikke hævdet, at disse handeler indebar urimelige og diskriminerende priser.

Sagsøgernes påståede markedsandel på 45 % bør også nedsættes i forhold til selskabets omsætning med bananer uden mærke, eftersom Kommissionen udtrykkeligt har udelukket denne type varer fra sine anklagepunkter om misbrug af en dominerende stilling, og eftersom den i øvrigt har fremhævet virkningen af reklamekampagner centreret om mærkerne. Hvis man udelukker bananer uden mærke, udgør sagsøgernes markedsandele i 1975 (herunder fobsalgene til Scipio) følgende:

— Tyskland:	35,9 %	
— Nederlandene:	31,4 %	vejet
— Belgien/		gennemsnit:
Luxembourg:	42,5 %	35,5 %
— Danmark:	43,5 %	

UBC gennemgår de forskellige nationale markeder, hvor selskabet skulle have udnyttet en dominerende stilling, og fremhæver med støtte i tal to forhold:

— på hvert af disse markeder havde konkurrenterne en markedsandel, der var højere end UBC's;

— på de fleste af disse markeder har konkurrenterne siden 1970 forøget deres markedsandel til skade for UBC's markedsandel.

Dette forhold og denne tendens tyder »på alt andet end en dominerende stilling«. Og UBC anfører her igen argumentet om hvilket produkt, der skal lægges til grund ved bestemmelsen af markedet, et argument som vedrører substitutionsprodukter; eksistensen af substitutionsprodukter nedsætter i samme omfang de størrelsesforhold og procentdele, der er udregnet for bananmarkedet.

UBC mener dernæst at burde fremhæve to fejltagelser fra Kommissionens side:

— For det første hævder Kommissionen, at UBC var ansvarlig for en ny markedsføringspolitik fra 1967 for produktion, emballering, transport, modning og afsætning; imidlertid var en reorganisering af produktion og emballering nødvendig dels på grund af ødelæggelser som følge af Panamasygdommen, der igen var fremkaldt ved en svamp, som dræbte bananträerne af Gros Michel-sorten, og dels den udbredte indførelse af Cavendish-sorten, et initiativ der udgik fra Castle and Cook.

— For det andet er den mærkereklame, som ifølge Kommissionen startede i 1967, rent faktisk blevet praktiseret siden 1920; reklamekampagnen i 1967 blev ikke foretaget for at monopolisere bananmarkedet men for at oplyse forbrugerne om, at mærket »Fyffes« var udskiftet med mærket »Chiquita«, hvilket skete af hensyn til det mærkeprogram, der var bestemt for USA. Standard Fruit har i øvrigt foretaget en lignende reklamekampagne, da dette selskab besluttede at udskifte mærket Dole med mærket Cabana; sagsøgerne bemærker, at deres reklamebudget for Tyskland, Nederlandene og Belgien/Luxembourg mellem 1971 og 1975, som i gennemsnit udgjorde 1,1 mio dollars årligt, var normalt for sektoren for frugthandel og ikke særlig højt i forhold til andre sektorer [1].

I øvrigt gennemfører sagsøgernes konkurrenter lignende reklamekampagner, og brugen af mærker er kommet forbrugerne til gode, idet

1 — I 1974 fik EØF-myndighederne bevilliget 3 mio regningsenheder til en reklamekampagne, der skulle stimulere forbruget af kød.

bananimportørerne og de handlende herved motiveres til kun at sælge frugter af højeste kvalitet.

Kommissionen har endvidere hævdet, at sagsøgernes konkurrenter har vanskeligheder med at forsyne sig med store mængder bananer af ensartet kvalitet, skønt samtlige officielle rapporter overensstemmende udtaler, at verdensproduktionen af bananer er karakteristisk ved, at udbudet overstiger efterspørgslen.

UBC tilføjer, at selskabet aldrig — hvad end Kommissionen anfører på side 13 i sin beslutning — har praktiseret en politik, hvorefter der blev manipuleret med forsyningerne på en sådan måde, at selskabet kunne udnytte eksisterende prisforskelle mellem de forskellige medlemsstater.

Kommissionen har i vidt omfang bygget sin argumentation på den vertikale integration af UBC's aktitiviter på bananområdet til støtte for, at selskabet skulle indtage en dominerende stilling.

Sagsøgerne fastslår imidlertid, at de plantager, som UBC kontrollerer, kun kan dække 50 % af selskabets behov, medens resten må købes hos uafhængige producenter. Endvidere benytter sagsøgerne ved forsendelsen af bananer til Europa ikke deres egne skibe, men anvender »charter«-skibe; bortset fra Spiers- kæden ejer UBC ikke et eneste modningsanlæg, og endelig kontrollerer selskabet ingen afsætningskanal i detailledet.

Selskabets vertikale integration er ikke mere udtalt end den vertikale integration hos de to væsentligste konkurrenter Standard Fruit og Del Monte, og mindre udtalt end hos Alba og de Bruns; dets konkurrenter har samme know-how som UBC selv [1].

1 — Dyrkningen af Cavendish-sorten, som repræsenterer nær ved 100 % af verdenseksporten, blev først udviklet af Standard Fruit.

Sagsøgerne bemærker videre, at deres totale tab for 1971 til 1974 var på 24 548 000 dollars, medens Castle and Cook's og Del Monte's samlede fortjeneste i samme periode var henholdsvis 92 871 000 dollars og 110 243 000 dollars [2].

Vedrørende spørgsmålet om den påståede dominerende stilling konkluderer UBC, at Kommissionen

»ikke har ført afgørende bevis for, at sagsøgerne har mulighed for at kontrollere priserne i væsentligt omfang, således som det kræves i artikel 86; Kommissionen har desuden ikke taget hensyn til en række faktorer, der taler imod, at der skulle foreligge en dominerende stilling for sagsøgerne, såsom varens specielle art, konkurrencen fra substitutionsprodukter, eksistensen af andre bananhandlende og disses styrke, aftagernes styrke, det lave prisleje og prisernes manglende stabilitet samt det forhold, at sagsøger ikke har haft monopolfortjeneste.«

I sit svarskrift gennemgår *Kommissionen* ét for ét de forskellige forhold, som har ført Kommissionen til at antage, at UBC indtog en dominerende stilling:

a) Det omhandlede produkts karakteristika

Kommissionen bemærker først, at til forskel fra de fleste andre landbrugsprodukter er produktionen og høsten af bananer ret jævnt fordelt over hele året.

Af denne grund er bananen en frugt, som er særlig velegnet til en industripræget produktion og afsætning. Det er kun i produktionsleddet, at udbudet er relativt uelastisk, og det må desuden tages i betragtning, at UBC kun direkte dyrker omkring 50 % af de bananer,

2 — Sagsøgerne har ikke udbetalt udbytte i 3 år for de almindelige aktier, medens Castle and Cook og Del Monte i 1974 udbetalte henholdsvis 12 200 000 dollars og 15 300 000 dollars i udbytte.

som det markedsfører, og at dette sker i et stort antal forskellige lande; UBC er navnlig importør og forhandler.

Importøren er i en styrkeposition, eftersom han kontrollerer det første led af distributionen af en vare, der er yderst fordærvelig; importøren er følgelig i stand til at kontrollere omfanget af udbudet på importmarkederne.

Under disse omstændigheder har det forhold, at bananen er et fordærveligt produkt, ikke større betydning for importøren end for de banandyrkere, som det er lykkedes at afsætte en produktion, som de ikke kontrollerer.

Med andre ord vil det forhold, at bananen er at fordærveligt produkt, kun udgøre et alvorligt handicap, hvis UBC fejlvurderer markedets evne til at aftage bananer, og dette kan forklare, hvorfor de konstaterede mængder næsten altid er lavere end de ordrer, som UBC's kunder har afgivet.

b) Priser

Det må ligeledes bemærkes, at efterspørgslen også er relativt uelastisk. Hvis det er korrekt, at prisen er afhængig af efterspørgslen, må det i særlig grad fastslås, om og i bekræftende fald i hvilket omfang forhandleren er i stand til at udøve kontrol med priserne på et bestemt efterspørgselsniveau.

I samtlige de undersøgte lande er det imidlertid blevet konstateret, at den priselasticitet, der er afhængig af efterspørgslen, er mindre end — 1, hvilket betyder, at en bestemt procentuel forhøjelse af priserne kun vil medføre et procentuelt mindre fald i forbruget.

Den priselasticitet, der er afhængig af efterspørgslen på bananer, ligger på fra — 0,72 i Tyskland og — 0,44 i Nederlandene, hvilket betyder, at en 100 % prisforhøjelse kun ville føre til et fald på 72 % i efterspørgslen i Tyskland og et fald på 44 % i efterspørgslen i Nederlandene.

Endvidere kan forhandleren ved hjælp af reklamekampagner yderligere styrke efterspørgslens relative mangel på elasticitet.

c) UBC's markedsandel

Kommissionen har konkret vurderet UBC's markedsandel til 45 %; for at godtgøre en dominerende stilling er det nemlig nødvendigt at vurdere virksomhedens størrelse; der kan altså ikke i det foreliggende tilfælde være tale om, at fob-salgene til Scipio og salgene af ikke- mærkede bananer [1] holdes uden for beregningen af markedsandelen; denne del har en ubestridelig bevismæssig værdi for så vidt angår UBC's styrke på bananmarkedet.

Kommissionen har aldrig påstået, at konkurrencen var ophævet; bevis for en dominerende stilling kræver ikke, at det påvises, at den pågældende virksomhed har hindret konkurrencens frie spil; det er tilstrækkeligt at påvise, at denne virksomhed har haft mulighed for at hindre effektiv konkurrence på det relevante marked.

Konkurrenterne, navnlig Castle and Cook, har nok udvist en »agressiv adfærd«, men »krigserklæringerne« har trukket i langdrag, og det er ikke lykkedes Castle and Cook at øge deres markedsandel væsentligt.

Kommissionen fastholder derfor:

— Det er lykkedes UBC at gøre »Chiquita« til det førende bananmærke.

1 — Ifølge tysk lovgivning »formodes en virksomhed at dominere markedet, hvis den har en markedsandel på mindst en tredjedel af hele markedet for et bestemt produkt«.
Ifølge engelsk lovgivning kræves der en markedsandel på 25 %.

— Fordi UBC har det højeste salg i forhold til sine konkurrenter og en organiseret kvalitetskontrol, som mindst er på højde med dets væsentligste konkurrenters, og fordi selskabet handler i hele Fællesskabet, er det det selskab, som opnår de største »stordrift«-fordele på reklameområdet.

— UBC kan, fordi selskabet sælger bananer i hele Fællesskabet, benytte et mere fleksibelt distributionssystem, der gør det muligt at udnytte prisforskellene mellem de forskellige medlemsstater (og at drage fordel af de prisforskelle, som markedet i de forskellige medlemsstater kan bære).

d) Vertikal integration

UBC kan ikke nægte, at selskabet i meget udtalt grad er vertikalt integreret, og ved bedømmelsen af selskabets dominerende stilling er det nødvendigt at tage hensyn til, at det øver indflydelse i hvert enkelt led i den distributionskæde, der fører fra bananplantagen til forbrugeren.

Der er kun et ganske ringe antal konkurrenter, som har en udtalt vertikal integration, og i intet tilfælde i samme omfang som UBC.

UBC drager også fordel af selskabets know-how og af resultatet af dets forskning.

Når Kommissionen endelig har talt om UBC som et multinationalt selskab med en række forskellige aktiviteter, skyldes det, at Kommissionen finder, at dette særlige træk sammen med samtlige de andre fordele, der er anført i beslutningen, har bidraget til at sikre UBC den dominerende stilling, som selskabet indtager.

e) Hindringer for konkurrenternes adgang til markedet

Den største hindring for en eventuel konkurrents adgang til markedet består i et forhold, der kun gælder for en af UBC's væsentligste konkurrenter, nemlig den vertikale integration.

For så vidt angår Del Montes adgang til markedet er det tilstrækkeligt at anføre, at det synes, som om dette kun blev muligt ved et »consent decree« (indenretsligt forlig) med de amerikanske myndigheder, hvorved United Fruit CO, UBC's forgænger, i november 1972 blev forpligtet til at skille sig af med en hel gren af selskabets aktiviteter inden for bananområdet.

For så vidt angår spørgsmålet, om Scipio og andre kunder kan opveje UBC's stærke stilling, benægter Kommissionen dette, for Scipio er nødt til at sælge Chiquita-bananer, eftersom disses kvalitet er ubestridelig, og salget støttes af reklame- og salgsfremstød. Scipio underkaster sig rent faktisk UBC's tekniske kontrol, koncernen er forpligtet til ikke at videresælge bananer i grøn tilstand, og den har i 30 år aldrig forsøgt at handle uafhængigt af UBC.

f) Fortjeneste og udbytte

Kommissionen bemærker, at det ikke kan antages, at den fortjeneste, som UBC har haft ved samtlige aktiviteter under ét eller for de aktiviteter alene, der vedrører bananområdet, har været unormalt lav, eller at virksomheden overhovedet ikke har haft fortjeneste i en længere periode.

Men dette har i øvrigt mindre betydning, for når det drejer sig om monopoler, er det første — og væsentlige — spørgsmål, som rejser sig, om der foreligger en dominerende stilling, og ikke om denne er misbrugt. Kriterier, som støtter sig på en vurdering af en virksomheds styrke ud fra dens rentabilitet, kan kun have begrænset værdi.

En ringe fortjenestmargen er nemlig meget vel forenelig med et monopolistisk marked, ligesom høje fortjenester kan være forenelige med et marked, hvor der er effektiv konkurrence. Følgelig kan overskuddets størrelse ikke anvendes som kriterium ved afgørelsen af, om der foreligger en dominerende stilling i relation til anvendelsen af de konkurrenceretlige regler.

Men »det bedste bevis på, at den anklagede har tilstrækkelig mulighed for at påvirke markedspriserne eller bestemme over konkurrenternes adgang til markedet, er den faktiske brug af denne mulighed« (rapport fra Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, 31. 3. 1955).

Imidlertid må det være sådan, at jo stærkere forhandlerne/modnerne er — og UBC har hævdet, at de har en vis styrke — jo stærkere må UBC have været for at kunne kræve af dem, at de afholdt sig fra at eksportere selskabets bananer eller at sælge dem i grøn tilstand.

Tilsvarende bekræftes UBC's styrke ved dets praksis med forskellige priser (og undertiden urimelige priser) for ensartede handeler.

Kommissionen har fundet, at UBC's dominerende stilling var godtgjort derved, at selskabet havde den overvejende del af markedet, hvilket skal ses i sammenhæng med en hel række fordele, som ikke altid kun kom UBC til gode, og som i visse tilfælde endog gav andre mere end UBC, men hvor det i hvert fald var således, at UBC — som den eneste — havde samtlige fordele.

Sagsøgerne anfører i deres replik, at da nærværende sag angår anbringender om misbrug af en dominerende stilling i strid med traktatens artikel 86, bør Kommissionen først bevise, og ikke blot hævde, at sagsøgeren *faktsisk* indtager en dominerende stilling på det, som med rette må anses som det relevante marked. Hvis dette ikke bevises, kan der ikke være tale om misbrug.

Da traktaten ikke definerer, hvad der skal forstås ved en »dominerende stilling«, må det først præciseres ud fra konteksten, hvilket begreb der opereres med i det pågældende punktum. Konteksten i artikel 86 viser, at traktatens forfattere har tænkt på en stilling på markedet, der gør det muligt for en virksomhed at udøve urimelig og konkurrencestridig adfærd.

Følgelig forudsætter en »dominerende stilling«, at et marked, hvor en bestemt virksomhed opererer, savner den grad af konkurrence, som er nødvendig for at begrænse virksomhedens aktiviteter, og navnlig for at undgå eller begrænse virksomhedens aktiviteter, og navnlig for at undgå eller begrænse enhver væsentlig urimelig eller konkurrencestridig adfærd. Kort sagt: at hævde, at en virksomhed indtager en dominerende stilling på et bestemt marked, svarer til at hævde, at der ikke foregår konkurrence af væsentligt omfang på det pågældende marked. *Omvendt,* hvis der ved undersøgelsen viser sig at være konkurrence på det pågældende marked, må dette udelukke, at en virksomhed, der opererer på dette marked, kan indtage en dominerende stilling.

Når Kommissionen søger at bevise, at sagsøgerne indtager en dominerende stilling, er der tale om et bevis, som det pr. definition ikke er muligt at føre, for det som sagsøgerne sælger, er et udvalg af friske frugter på det samlede marked for friske frugter med alle dets forskellige arter af frugter. Man kan ikke med rimelighed benægte, at markedet for friske frugter i udpræget grad er et konkurrencemarked, hvor sælgerne af de forskellige frugtsorter kæmper for at opnå en del af det samlede beløb, som forbrugerne anvender på frisk frugt.

Kommissionen viger uden om dette ved at definere produktmarkedet snævrere, dvs. ved at hævde, at der for bananer består et »særligt behov« (beslutningens pkt. II. A. 2,2 afsnit). Men det er i virkeligheden at gøre vold på den sunde fornuft, hvis man søger at islolere bananer på denne måde, når det er fuldstændigt klart, at de må konkurrere med andre frugter, og at udbudet af og priserne på disse andre frugter ubestrideligt indvirker både på den mængde bananer, der kan afsættes på et bestemt marked, og på de priser, som bananerne kan afsættes til. Bananer har uden tvivl visse særlige kendetegn: således er bananen en »industriel frugt«, den produceres hele året; dette gælder ikke i samme omfang for de andre frugter — selv industrielle frugter. Men det er forsøgt at fremhæve disse forskelle, som i øvrigt er uden betydning i nærværende sammenhæng, medmindre de fører til det resultat, at andre frugter ikke i væsentlig grad konkurrerer med bananerne, hvilket ikke er tilfældet. Det eneste princip, der kan anvendes ved afgrænsningen af et produktmarked, er under dette marked at inddrage alle de produkter, som i væsentligt omfang indgår i konkurrencen med det nævnte produkt ved salg til den samme anvendelse. Hvis man anvender dette kriterium, er det relevante produktmarked klart markedet for frugter i sin helhed (og tallet 45 % af bananmarkedet alene er derfor irrelevant).

Selv om man gik ud fra, at dette var forkert, og at bananen måtte anses som det eneste produkt på det relevante marked, er det ikke desto mindre usandsynligt, at sagsøgerne skulle indtage en dominerende stilling på dette marked. Bananen er et landbrugsprodukt og dertil et frisk landbrugsprodukt, det er fordærveligt, kan ikke oplagres, og man kan ikke tilfredsstille efterspørgslen med tidligere produktionsoverskud. Det er et produkt, hvis efterspørgselskurve er uelastisk på kort sigt og ikke tillader en prispolitik på udbudssiden. Med et sådant produkt er det ikke muligt at sikre en sådan varedifferentiering, som effektivt kan bringe mærket i ly for markedspres. Følgelig kan en erhvervsdrivende principielt ikke opnå en dominerende stilling på et bestemt marked, medmindre det er lykkedes ham at lægge beslag på den største del af de disponible forsyninger, eller han kontrollerer distributionskæden i en sådan grad, at han næsten fuldstændigt kan hindre andre erhvervsdrivende adgang hertil.

Der findes ikke præcise tal, der kan påvise, at der består en sådan automatisk kontrol med en udbudssektor, at man uden en fuldstændig undersøgelse af situationen kan antage, at der faktisk er tale om en dominerende stilling.

Sagsøgerne har ikke en sådan dominerende stilling. Som påvist har sagsøgerne kun kontrol over en mindre del af de bananer, der er beregnet til eksport til verdensmarkederne. Der er to andre koncerner på verdensmarkedet, der i det væsentlige indtager samme stilling, og som hver sælger store mængder bananer på det geografiske marked, som Kommissionen har valgt, medens hvert af de nationale markeder, som tilsammen udgør nævnte marked, er karakteriseret ved, at de forsynes af andre store importører. På intet af disse markeder (undtagen Belgien, hvor sagsøgerne ejer et datterselskab der opererer som forhandler/modner) har sagsøgerne interesser i distributionskæden, og de har ikke magt til at forbyde deres konkurrenter adgang hertil.

Da det under disse omstændigheder er helt usandsynligt, at sagsøgerne indtager en dominerende stilling i egentlig forstand, og da Kommissionen i øvrigt ikke kan benægte, at der faktisk består en effektiv konkurrence mellem banan-

handlende på fællesskabsmarkederne, må Kommissionen nødvendigvis definere begrebet »dominerende« på en anden måde. Den har faktisk lagt sig fast på en definition af udtrykket dominerende stilling, som udelukkende bygger på netop de træk ved en virksomhed, som sagsøgerne har. Da sagsøgerne er den eneste virksomhed med disse karakteristika, erklærer Kommissionen derefter i kraft af sin egen definition, at de indtager en dominerende stilling. En virksomhed indtager ifølge Kommissionen en dominerende stilling, når den har den største enkelte del af markedet, når den operer i samtlige medlemsstater, når den reklamerer i hele Fællesskabet, når den er vertikalt integreret, når den udfører forskning, og når den har en række forskellige aktiviteter. Med andre ord, Kommissionen definerer udtrykket dominerende stilling ved at beskrive UBC; den hævder, at ingen anden konkurrent svarer til denne beskrivelse, og slutter heraf, at UBC indtager en dominerende stilling. Dette er særlig symptomatisk for argumentet om reklame, som samtlige konkurrenter udfører, ... og som under alle omstændigheder pr. definition kommer hele bananhandelen til gode; dette er ligeledes klart for så vidt angår argumentet om den vertikale integration, der, som det fremgår af det foreliggende tilfælde, ikke kan sigte til ejendomsrettighed til produktionsmidler, transportmidler, forarbejdningsmateriel og distributionsmidler, men som er en nødvendighed, fordi det produkt, som er genstand for den pågældende handel, i sig selv er fordærveligt; dette gælder også for den påståede kontrol med forsyningskilderne i en situation med overproduktion på verdensbasis ... Man kunne fortsætte med tekniske eksempler:

— UBC's »betydelige flåde« udgør kun 7 % af verdens køleskibsflåde;

— det højeste udbytte, UBC kan få på grund af sin know-how, er ikke nødvendigvis højere end konkurrenternes udbytte;

— vanskelighederne ved at komme ind på markedet — af tekniske grunde — er blevet overvundet af foretagsomme konkurrenter;

— UBC's økonomiske udbytte er hverken på verdensmarkedet eller på det her relevante marked mere, end hvad der svarer til et normalt afkast af en investering.

Helt bortset fra Kommissionens særlige form for argumentation står det fast, at et firma kan have fordele i konkurrencen og en større markedsandel end enhver af de øvrige konkurrenter, uden at markedet mister sin karakter af at være stærkt præget af konkurrence, således at markedet i sig selv regulerer enhver mere betydende konkurrencestridig adfærd. For at bevise, at der foreligger en dominerende stilling, må man gå videre og påvise, at den pågældende virksomhed i det væsentlige kan fastlægge sin politik uden nogen konkurrencebegrænsning, at den altså frit kan handle uden i særlig grad at tage hensyn til sine konkurrenter, sine kunder og sine leverandører.

Kommissionen beviser ikke og søger end ikke at bevise, at markedet ikke er præget af konkurrence. Den nøjes med at hævde, at sagsøgerne er den eneste virksomhed på bananmarkedet, der har samtlige de konkurrencefordele, som Kommissionen har opregnet, og at sagsøgerne derfor i væsentlig omfang er i stand til at hindre en effektiv konkurrence fra deres konkurrenters side. Kommissionen nedlader sig ikke til at give detaljer om, hvorledes sagsøgerne udfører denne obstruktionsmanøvre. Kommissionens anbringende bygger ikke på nogen analyse; det er intet

andet end en kategorisk udtalelse. I virkeligheden og i praksis er sagsøgerne ikke i stand til at »hindre« konkurrence fra andre sælgere på markedet, medmindre der skulle være tænkt på, at sagsøgerne selv fører en effektiv konkurrence på priser, kvalitet og service.

Da Kommissionen ikke på grundlag af relevante og lovlige kriterier har godtgjort, at sagsøgerne faktisk indtager en dominerende stilling, må den anfægtede beslutning annulleres. Sagsøgerne hævder imidlertid, at Kommissionen, selv om det måtte antages, at de indtog en dominerende stilling, ikke har bevist, at de på nogen måde har misbrugt denne stilling.

Kommissionen anfører i sin duplik, at den mener at kunne påvise visse modsigelser i UBC's opfattelse af en dominerende stilling. Kommissionen henviser til, at et monopol ikke forudsætter en fuldstændig kontrol over markedet, og at artikel 86 i øvrigt kun taler om dominerende stilling; dette sigter til »en konkurrencemæssig position, der er så meget stærkere end en hvilken som helst konkurrents, at den for den virksomhed, som har en sådan position, indebærer en stilling på markedet, som uden tab af kunder i forhold til konkurrenterne medfører sådanne og så væsentlige fordele, som ikke ville være mulige under effektiv konkurrence«. Det drejer sig om at bedømme, om virksomheden har opnået en bestemt grad af markedsmagt, og hvor meget markedets frie konkurrence er hæmmet, og denne bedømmelse skal ske såvel i forhold til artikel 85 som i forhold til artikel 86.

På grund af de pågældende virksomheders muligheder for og vilje til at reagere behøver en dominerende stilling ikke nødvendigvis at få virkning overalt, i forhold til alle og med samme styrke og ej heller møde samme grad af modstand.

Hvis man anvender samtlige kriterier for en dominerende stilling, kan man ofte konstatere, at de enkeltvis ikke nødvendigvis er afgørende; det er som i *Continental Can*-sagen ud fra samtlige de forskellige karakteristika ved markedet (markedsandel, know-how, rådighed over råstoffer og kapital), at man kan drage den konklusion, at der foreligger en dominerende stilling. En bestemt adfærd, ligegyldig af hvilken art, kan kun have virkning i en sammenhæng.

Det er derfor, man kan konkludere, at spørgsmålet om en dominerende stilling er et gradsspørgsmål.

Anvendelsen af artikel 86 og af artikel 85, de to midler, som traktatens forfattere har givet Kommissionen i konkurrencesektoren, gør det med sådanne bedømmelseskriterier muligt at sikre overholdelsen af det generelle mål, der er nedlagt i EØF-traktatens artikel 3, litra f.

Dette resultat kræver ifølge Kommissionen:

«— at der ved fastlæggelsen af den grad af magt, som er ensbetydende med en dominerende stilling, tages hensyn til det omfang, hvori den pågældende virksomhed kan hindre markedets normale funktion;

— at begrebet dominerende stilling tillægges en sådan rækkevidde, at enhver væsentlig hindring for markedets normale funktion, som en virksomhed fremkalder ved udøvelsen af sin magt, kan anses som misbrug af en stilling;

— at påvisning af, at der foreligger en dominerende stilling, ikke alene sker ud fra en a priori-vurdering af markedets karakteristika, men også på grundlag af udslag af virksomhedens markedsmagt samt på grundlag af de ugunstige virk-

ninger for konkurrencen af sådanne udslag.«

Denne fremgangsmåde, som gør det muligt at danne sig en samlet og sammenfattende ide om den grad af konkurrence, der skal foreligge, genfindes klart i præmis 25 i *Continental Can*-dommen. Det er altså først, når man har disse formål klart for sig, at man kan gå videre til en undersøgelse af den konkrete sags karakteristika.

a) Graden af konkurrence og markedets elasticitet

UBC's argumenter for, at der foreligger et konkurrencepræget marked, er de sæsonmæssige svingninger — som er omtalt under I a) — og det lave prisniveau for bananer. Kommissionen anerkender, at disse priser først er stagneret, derefter er gået ned og endelig er steget noget. Denne situation skyldes UBC's langsigtede politik, som går ud på, at det totale bananforbrug skal sættes i vejret, og denne politik skal på lang sigt give en maksimal fortjeneste ved en maksimal forøgelse af salget. Ved at holde lave priser har UBC været i stand til at afholde konkurrenterne fra at udvide deres andele eller at komme ind på markedet, eller det har gjort, at de ikke har kunnet komme ind i større omfang, fordi de har ladet sig afskrække fra at forsøge at gennemføre en bekostelig vertikal integration med henblik på salg af et relativt billigt produkt. UBC's adfærd er derfor, hvorledes prisniveauet end er, en adfærd, som skyldes en dominerende stilling; diskriminerende priser, urimeligt høje priser, leveringsnægtelse/sanktion; hertil svarer den negative adfærd — en mangel på reaktion — fra de modnere/forhandlere, der var udsat for forskellige og undertiden for høje priser, og som ikke var i stand til at finde andre løsninger.

Dette sidste punkt fortjener en nærmere undersøgelse. Forhandlerne/modnerne er undergivet en dominerende stilling, som har vidtrækkende følger:

— de er nødt til at sikre sig, at de til stadighed kan få tilsendt de mængder bananer, som de har brug for til deres videresalg;

— de er nødt til at købe kvalitetsbananer;

— de har brug for Chiquita-bananer.

Denne dominerende stilling er så meget desto mere alvorlig, som de nationale markeder er opdelt ved hjælp af forbud mod at videresælge grønne bananer.

Kommissionen går derefter over til at imødegå sagsøgernes argumenter. Den anfører først en række enkeltpunkter:

— det er ikke muligt at transportere gule bananer over lange afstande, selv når disse er nedfrosne;

— UBC er ikke den eneste, som indfører umærkede bananer på det relevante marked;

— distributionskanalerne for bananer kan kun i importleddet sammenlignes med dem, der gælder for frugt i almindelighed;

— modneren og modningsprocessen er typiske for denne særlige handel;

— UBC nedsætter ikke sine priser på grund af forholdene på markedet;

— bananhandelens risici bæres ikke af importøren;

— UBC definerer udelukkende sin stilling — der ifølge selskabet ikke er dominerende — i relation til verdensmarkedet.

Kommissionen anfører derefter nogle vigtigere punkter, som angår selve begrebet dominerende stilling:

— det forhold, at der fortsat består en vis grad af konkurrence, bevirker ikke, at der ikke længere er tale om en dominerende stilling;

— en dominerende stilling er ensbetydende med magt til at forhindre en effektiv konkurrence eller (og ikke »og«) til at udøve kontrol over priserne;

— i komparativ ret anerkendes det, at der tages hensyn til dominerende stillinger på fra 25 til 40 %;

— en dominerende stilling behøver ikke at være ensartet på det pågældende marked; den kan i øvrigt midlertidigt afsvækkes uden at bortfalde, når blot de væsentligste konkurrenter ikke drager fordel heraf.

Vedrørende selve bananmarkedet præciserer Kommissionen:

— bananen produceres gennem hele året i tilstrækkeligt omfang til at tilfredsstille efterspørgslen;

— der er taget hensyn til efterspørgslens elasticitet og til, at varen er let fordærvelig;

— UBC's produktion udgør kun 10 til 12 % af den økonomiske værdi af selskabets bananinteresser;

— risikoen for, at indkøb kan blive nødvendige for at afbøde produktionsknaphed, formindskes på grund af spredningen i forsyningskilderne;

— de øvrige bananproducenter er kun producenter og deltager ikke i distributionen, der er rationelt organiseret, og som kan underkastes kortsigtede prognoser, der — om fornødent — kan følges op af øjeblikkelige aktioner fra UBC's side, som afskiber sine varer tre gange om ugen;

— en leverandør, der kun har 45 % af markedet, kan have en dominerende stilling, hvis de resterende 55 % er fordelt mellem en række leverandører, som handler spredt ud over markedet;

— efterspørgslens elasticitetskurve kan kun have betydning, hvis den vedrører en lang periode; og efterspørgslens manglende elasticitet er blevet bevist af FAO;

— prissvingningerne er ikke bevis for, at der ikke foreligger en dominerende stilling, når det er indehaveren af denne stilling, der fastsætter disse priser, og når samtlige markedsdeltagere er underkastet prisfaldet;

— i de 45 % af markedet, som UBC dækker, skal medregnes salg til Scipio, selv om UBC ikke misbruger sin magt over for denne koncern; ligeledes ikke-mærkede bananer, idet der ikke er substitutionsmulighed mellem mærkede bananer og ikke-mærkede bananer, fordi der er forskel, ikke i kvaliteten, men i udseendet, og fordi forbudet mod at videresælge bananer i grøn tilstand såvel gælder for bananer med som for bananer uden mærke (forskellen i den procentuelle markedsandel er i øvrigt ganske ringe);

— virkningen af reklamen for Chiquita- bananer skulle gøre det muligt at opretholde en betydelig og forudberegnelig prisforskel i forhold til bananer med andet mærke og til ikke-mærkede bananer.

Denne reklame, som meget godt sammenfattes under sloganet »når du køber bananer, skal du sige Chiquita«, har givet Chiquita-bananerne et reelt fortrin frem for andre bananer af samme kvalitet.

b) UBC's vertikale integration

Kommissionen gennemgår derefter den vertikale integration, som er indført af UBC, der kontrollerer produktets kvalitet og udvikling fra dyrkningen til den endelige distribution, og som underkaster sine kunder denne kontrol.

— For det første kontrollerer UBC sine forsyningskilder, dels derved at selskabet ejer store plantager, dels fordi produktionen overstiger markedets behov, dvs. eksportomfanget.

— UBC ejer emballeringsfabrikker og jernbaner i dyrkningsområdet samt en infrastruktur, som endog omfatter produktion af frø.

— UBC har en stor flåde med overvejende moderne fryseskibe; nogle ejes af UBC, og andre er chartret; i UBC's årsrapport fra 1971 udtales det, at selskabet i henseende til transportomkostninger har opbygget en meget konkurrencedygtig struktur.

— UBC har udviklet banansorter, der er meget lidt følsomme over for vind og sygdom, og som giver et højt udbytte.

— Det forhold, at UBC har mange forskellige aktiviteter — hvilket ikke er noget specielt for dette firma — betyder, at det har finansielle ressourcer, der gør det muligt for selskabet alt efter den fulgte handelspolitik at kompensere for resultaterne i bestemte sektorer.

— Alt dette har gjort det muligt for UBC at dominere markedet uden at spærre adgangen hertil; det er tilstrækkeligt for selskabet at sikre, at det kan opnå et optimalt udbytte.

— Eftersom dette står fast, kan det anførte bevis for, at der undertiden er forsøgt holdt et lavt profitniveau, ikke ændre noget ved det forhold, at der foreligger en dominerende stilling, idet udbyttet heraf ikke nødvendigvis er afgørende for, om en sådan dominerende stilling foreligger; som det udtales i Continental Can-sagen er det væsentligt at kunne eliminere konkurrencen på det relevante marked.

— En sådan vertikal integration ville kun kunne brydes, hvis kunderne blev konkurrenter; den eneste af UBC's større kunder, som kunne spille en sådan rolle, ville være Scipio-koncernen, der næppe synes at være indstillet herpå, eftersom denne koncern har fordel af at anvende Chiquita-mærket; i praksis lykkes det under alle omstændigheder for UBC's kunder, der selv har fordel af det omhandlede integrerede system, at sælge deres bananer til en højere pris end den, som de kan få for bananer fra konkurrerende leverandører.

3. *Påstået misbrug i form af for høje priser*

Indledende angiver *sagsøgerne* princippet i den opfattelse, de ønsker at bevise: eftersom deres priser bestemmes af markedet, kan de hverken være urimelige eller for høje, og i øvrigt heller ikke diskriminerende (se punkt 4 nedenfor).

De anfører først det meget lave prisniveau for bananer i alle led af forhandlerkæden; for eksempel kunne en ton bananer i 1956 importeres til 697 DM, medens prisen i 1973 var faldet til 458 DM, hvilket svarer til et fald på 50 % i absolutte tal. Det følger logisk heraf, at hele Kommissionens argumentation, der fører til den konklusion, at sagsøgerne har misbrugt en dominerende stilling, er fejlagtig, eftersom den er støttet på et brev af 10. december 1974 fra UBC, hvori det hed at, »det havde solgt bananer til irske modnere til priser, der gav en betydelig mindre margen end i visse andre medlemsstater«; imidlertid

er indholdet af dette brev, som blev skrevet før udgangen af regnskabsåret, ved to forskellige lejligheder blevet dementeret af sagsøgerne, og et dokument, der er bilagt stævningen, viser, at de priser, der blev taget i Irland, medførte tab.

Det følger heraf, at Kommissionen har truffet sin beslutning på urigtigt grundlag, skønt den havde fået de korrekte oplysninger meddelt rettidigt, og skønt Kommissionens slutning fra situationen i Irland (som i 1974 kun udgjorde 1,6 % af den samlede import) til sagsøgernes samlede omkostningsstruktur er skønsmæssig og vilkårlig; det er derfor uberettiget, når Kommissionen (s. 15 i beslutningen) anfører, at man kan betragte »priserne cif Dublin som vejledende for... denne virksomheds omkostninger, hvad angår den pågældende vare«, eftersom man ikke med føje uden bevisførelse kan anvende priser og fortjenester, som er beregnet alene for et år, på et følgende år.

Det kan heller ikke med føje antages, at de priser, der kræves af kunderne på det relevante marked (med undtagelse af Scipio-koncernen), undertiden ligger mere end 100 % over de priser, der kræves af de irske kunder, og derfor medfører en meget høj fortjeneste, for herved overses det helt, at bananpriserne er ustabile, og at en sådan forskel ikke er konstant.

Hvis man således — rent hypotetisk — antager, at den gennemsnitlige irske pris i 1974 svarede til sagsøgernes produktionspris, har deres gennemsnitlige fortjeneste i 1974 været af følgende størrelsesorden:

— 14,42 % i Tyskland og Danmark,

— 21,60 % i Nederlandene,

— 23,55 % i Belgien/Luxembourg.

Hvis man anvender den samme beregningsmetode på 1975, vil det give følgende resultat:

— 2,3 % i Tyskland,

— 6,9 % i Danmark,

— 1,4 % i Nederlandene,

— 8,4 % i Belgien/Luxembourg.

Imidlertid ligger disse tal, hvor rimelige de end måtte forekomme, »langt over virkeligheden«, eftersom de priser, som sagsøgerne har opnået på markedet, ikke har givet fortjeneste i de sidste fem år bortset fra 1975 (se bilag 1 til stævningen).

Sagsøgerne protesterer endvidere mod den del af Kommissionens beslutning (s. 16), hvor det konkluderes, at prisen for Chiquita-bananer, sammenlignet med prisen for bananer uden mærke (den gennemsnitlige forskel er på mellem 30 og 40 %), udgør et misbrug, og de påviser i detaljer, at de foranstaltninger, der træffes fra bananernes plukning til salget til forbrugeren, mere end berettiger denne forskel, idet bananer uden mærke er affaldsbananer.

De kan heller ikke anerkende Kommissionens udtalelse om, at de konkurrerende mærker er af »en kvalitet, der kan sammenlignes med kvaliteten af Chiquita-bananer«. Sagsøgerne påpeger under henvisning til en håndbog om kvalitetskontrol, der indeholder en liste med samtlige kvalitetsstandarder, at der faktisk er kvalitetsforskelle mellem Chiquita og de andre mærker, og at prisforskellen, som gennemsnitligt lå på 7,4 % mellem 1970 og 1974, svarer til disse kvalitetsforskelle.

Som afslutning på dette kapitel om »for høje priser« finder UBC endelig, at »påbudet om en prisnedsættelse på 15 % (s. 16 og 19 i beslutningen) er uforståeligt, uigennemførligt og selvmodsigende«.

UBC forstår ikke, hvorfor Kommissionen har anvendt priserne i Tyskland og i Danmark, især fordi der i disse to lande ikke findes egentlige priser, da priserne svinger fra uge til uge; selskabet bemærker, at gennemførelsen af påbudet om prisnedsættelse ville betyde, at selskabet måtte sælge under de priser, som dets konkurrenter tager, at påbudet om en prisnedsættelse til et gennemsnitsniveau strider mod påbudet om at nedsætte de normale priser, uden at der i øvrigt findes nogen referencedato for efterlevelsen af denne beslutning, og på trods af at priserne svinger fra uge til uge.

Det skal endvidere bemærkes, at Kommissionen på det tidspunkt, da beslutningen blev truffet, i december 1975, ikke kendte de priser, som UBC havde taget i hele året 1975.

UBC finder i øvrigt, at dette pålæg ikke kan træffes med hjemmel i artikel 86, for da nedsættelsen på 15 % langt overstiger prisforskellen mellem Chiquita-bananer og bananer af konkurrerende mærker, drejer det sig ikke længere om en konkret foranstaltning men om en beslutning, som berører hele bananseksektoren.

Da imidlertid det grundlæggende mål for konkurrencepolitikken er at opretholde konkurrencen, bør prisnedsættelsen og den heraf følgende interventionspolitik være en undtagelse og forbeholdes markeder, hvor konkurrencen helt er bortfaldet.

Det tilsyn med sagsøgernes priser, der er forudset i Kommissionens beslutning, forekommer også sagsøgerne at være uberettiget og at stride mod artikel 3, stk. 1 i forordning nr. 17/62, som på ingen måde foreskriver en pligt til i detaljer at meddele Kommissionen de priser, der vil blive anvendt i fremtiden. UBC forstår i øvrigt ikke, at det kræves, at selskabet meddeler sine priser, når det ikke også kræves, at det meddeler sine omkostninger.

Endelig kan sagsøgerne ikke tage det alvorligt, når Kommissionen på s. 17 i beslutningen udtaler, at »den omstændighed, at der tages urimelige salgspriser af kunderne i nogle medlemsstater, kan have direkte indflydelse på de mængder Chiquita-bananer, der omsættes mellem medlemsstaterne, idet der herved tilskyndes til eksport fra medlemsstater, hvor der ikke tages sådanne urimelige priser, og omvendt«. Men under hensyn til afstanden mellem Irland (det eneste land hvor der skulle være taget rimelige priser) og de andre lande samt til det forhold, at bananer er meget skrøbelige, vil en sådan samhandel næppe være sandsynlig.

Ifølge *Kommissionen* fremgår det af oversigterne over de ugentlige priser ved salg dels i Rotterdam og Bremerhaven, dels i de forskellige berørte medlemsstater, at der er prisforskelle på op til 20 og undertiden 30 %. Disse tal er til og med alle oplyst af UBC selv. Her har man beviset for, at der er taget diskriminerende og for høje priser.

Kommissionens anbringende om, at priserne er for høje, er blevet bestridt af UBC, som hævder at have lidt tab; det er i så henseende tilstrækkeligt at henvise til UBC's årsrapporter, hvorefter disse »tab« enten ikke findes, og at det kun drejer sig om mindre høje fortjenester, eller at de er små men reelle og skyldes særlige forhold. I alt fald var fortjenesterne i 1975 på ny betydelige efter de ugunstige konjunkturer i 1974. De påståede tab i Europa dementeres klart af det brev af 10. december 1974, hvorved UBC erklærer over for Kommissionen, at salget i Irland foregik på mere ugunstige vilkår end andre steder og derfor gav en »betydeligt lavere« fortjenstmargen. Disse modsigelser fra UBC's side skyldes frygten for en under-

søgelse angående eventuelt dumpingsalg i Irland og for en eventuel upræcis eller usikker beregning af tab, fortjenester og interne transaktioner for UBC. Under alle omstændigheder viser de produktionspriser, som UBC har oplyst, og som er anført i undersøgelserne fra FAO, at der allerede fra starten forekom en stærk stigning i de gennemsnitlige varepriser. Kommissionen udleder af sin undersøgelse, at UBC kun har lidt et lokalt begrænset tab i Tyskland i 1971 og i øvrigt har haft en betydelig fortjeneste.

Dette var baggrunden for, hvad UBC har kaldt »pålægget om en prisnedsættelse« på 15 %, som kun er vejledende — og ikke en matematisk formel — for, hvad der kræves ifølge traktaten; i denne forstand var de på s. 19 i beslutningen anførte grunde ikke nogen del af konklusionen og sigtede ikke på indførsel af en enhedspris. Kommissionens skridt er altså i overensstemmelse med princippet om minimale indgreb i virksomhedernes udøvelse af deres normale handelsfrihed. Kommissionen har ikke fastsat en »rimelig« maximalpris, men har givet en vejledning og har således forbeholdt sig ret til senere at indlede en ny administrativ procedure, såfremt det skulle blive nødvendigt. UBC er frit stillet til at nedsætte sine priser, som selskabet ønsker, og kan selv vælge tid og sted.

Det er muligt at tilpasse priserne; en hurtig gennemgang af omkostningerne på det irske marked, som er særligt oplysende, synes at afgive bevis herfor, idet visse grundlæggende data for beregningen af produktionsomkostningerne ikke stemmer med dem, der gælder for råvarer på andre markeder. Imidlertid er der kun én pris »ab Rotterdam«, hvilket forenkler beregningen og viser, at forskelle i salgspriserne undertiden er udtryk for, at der tages for høje priser.

For så vidt angår det foreslåede beløb har UBC ikke benægtet, at bananer, som ikke er mærket Chiquita, sælges 30-40 % billigere. En forskel i varens udseende ville ikke kunne berettige en sådan prisforskel. Der er derfor et prisoverskud, der skal bringes ud af verden under Kommissionens kontrol og i det omfang, den har foreslået en nedsættelse af prisen for mærkede bananer.

Herom har UBC hævdet, at Kommissionens påbud om, at selskabet skal oplyse Kommissionen om sine priser, går ud over denne institutions beføjelser. Imidlertid er den beføjelse, som Kommissionen har til at pålægge virksomhederne at meddele den oplysninger med henblik på at sikre traktatens overholdelse, fastslået i Domstolens retspraksis (*Transocean Marine Paints — Ass. mod Kommissionen*, Sml. 1974, s. 1063).

Angående risikoen for, at Kommissionen skulle bruge disse oplysninger til at opnå en aftale mellem sagsøgerne og Kommissionen om prisfastsættelsen for bananer, er det tilstrækkeligt at fastslå, at Kommissionen ikke har til hensigt at sætte sig i UBC's sted med henblik på prisfastsættelsen. Faktisk er UBC fortsat frit stillet til at fastsætte andre priser ud fra sine omkostninger.

Hvilken virkning har urimelige priser på samhandelen mellem medlemsstater?

Det er sjældent, at UBC har taget samme priser for bananer til to forskellige medlemsstater. Disse diskriminerende og urimelige priser, som UBC har taget, tilskynder til eksport fra medlemsstater, hvor priserne er lavest, til medlemsstater, hvor de praktiserede priser er højest. Men forbudet mod at videresælge bananer i grøn tilstand begrænser denne handel. UBC kan ikke ud fra det forbud, som de har opstillet, argumentere for, at de af selskabet praktiserede priser ikke påvirkede samhandelen mellem medlemsstater, når det i

praksis var klart, at de nævnte priser havde en virkning på denne samhandel.

I deres replik anfører *sagsøgerne*, at de ikke er i stand til at kontrollere priserne, fordi de ikke kontrollerer deres eget udbud, eftersom der dels er tale om en »industriel frugt«, dels gælder de samme begrænsninger som for en landmand. Efterspørgslen, der på lang sigt er relativt uelastisk, er det ikke på kort sigt, og man kan ikke kontrollere denne.

Det er derfor yderst usædvanligt, at der påtvinges sagsøgerne en prisnedsættelse på grundlag af forældede oplysninger eller oplysninger, som ikke stammer fra sagsøgerne selv. Og det er underligt, at man fortsætter med at støtte sig på en enkelt sætning i brevet af 10. december 1974 om de irske priser; det er en kendsgerning, at en regnskabsmæssig gennemgang af omkostningerne ville bevise, at UBC's salg i Irland sammenlagt har givet et væsentligt tab; at en gennemgang af bilagene til svarskriftet viser, at Kommissionens beregninger støtter sig på simple skøn, der som sådanne beviser, at påbudet om at nedsætte priserne med 15 % i visse tilfælde netop ville ændre en fortjeneste til et tab! I øvrigt er den såkaldte prisforskel mellem mærkede bananer og ikke-mærkede bananer ikke 30-40 %, men var i 1975 8 %, hvilket skyldtes en fejltagelse ved valg af referencepris! Og disse forskelle er kvalitetsforskelle, der såvel angår produktets udseende som dets kvalitet med henblik på fortæring, hvilket er blevet anerkendt i fællesskabsbestemmelser vedrørende den fælles markedsordning for frugt og grønsager. Forholdet pris/kvalitet er derfor rimeligt, og Kommissionens vurdering — man leder forgæves efter kriterier — er vilkårlig. Endelig er forholdet pris/kvalitet, når det drejer sig om et biprodukt, ikke nogen god vejledning for et kvalitetsprodukts økonomiske værdi; for at indse dette er det tilstrækkeligt som eksempel at henvise til vin.

Endelig må artikel 3 i den anfægtede beslutning læses på bagrund af den pressekonference, som blev holdt af det ansvarlige kommissionsmedlem. Det drejer sig faktisk om påbud, og det har intet formål, når Kommissionen i sit forsvar for Domstolen fremover forsøger at fremstille det på en anden måde og vil anse det for en simpel vejledning eller et råd.

Kommissionen anfører i sin replik, at UBC til forskel fra sine hovedkonkurrenter ændrer sine priser fra uge til uge og sikrer sine forhandlere/modnere relativt konstante fortjenstmargener. Men både disse priser og de leverede mængder er dikteret af UBC. Ordren fremsendes på et givet tidspunkt, og den leverede mængde er i almindelighed lavere end ordren. De påberåbte »lokale omstændigheder« forhindrer ikke, at der for hver medlemsstat fastsættes en ugentlig pris. Dette er kernen i et system, som viser UBC's styrke, og som fremgår af sagsakterne, navnlig de akter, som UBC selv har fremlagt. Kommissionen anfører de tre grunde, som har ført til dens beslutning:

— der består objektivt set uberettigede forskelle mellem de enkelte f.o.r.-(frit på bane) priser fra de forskellige havne (Bremerhaven og Rotterdam);

— priserne for bananer, der losses i Rotterdam med henblik på videresalg cif Dublin, afspejler UBC's omkostninger;

— de priser, der praktiseres over for modnerne i de andre medlemsstater, er undertiden mere end 100 % højere end de irske priser.

Kommissionen har været nødt til at arbejde med disse oplysninger, eftersom

de fleste af UBC's regnskaber befinder sig uden for Fællesskabet og ikke er fremlagt.

Kan man anvende artikel 86 på landbrugsprodukter? Artikel 86 finder anvendelse, når der foreligger en dominerende stilling (selv om denne ikke udnyttes på en sådan måde, at det er umuligt at betale de krævede priser). Sagen *Suiker Unie* (40-49/73, Sml. 1975, s. 1663) viser, at artikel 86 finder anvendelse på de produkter, der er opregnet i traktatens bilag II, og som er omhandlet i en landbrugsforordning. Endelig viser det forhold, at forordning nr. 26/62 (EFT 1959-1962, s. 120; org.ref. JO 20. 4. 1962) kun giver delvis fritagelse fra artikel 85 inden for landbrugsområdet, at artikel 86 finder anvendelse på alle landbrugsprodukter. UBC, som er klar over, at kritikken af selskabets prissystem er objektiv, anfører i stedet, at kriterierne i konkurrenceretten ikke gælder for bananer eller for noget andet landbrugsprodukt. Imidlertid kan der findes monopoler inden for landbrugsområdet ligesom inden for ethvert andet område, hvor der forekommer prissvingninger.

Kommissionen svarer dernæst på tre indvendinger fra UBC's side:

— når de anvendte priser ikke er vejet, skyldes det, at de af UBC oplyste priser ikke er vejede;

— de anvendte priser er ikke de højeste priser, men de af UBC oplyste ugentlige priser (bilag V);

— sagsakt nr. 20 fra UBC, som angiver selskabets priser fra 1969-1974 reguleret i henhold til leveomkostningerne, tager intet hensyn til de tilsvarende meget væsentlige omkostningsbesparelser, som kunderne aldrig har fået fordel af.

Kommissionen har aldrig forsøgt at pålægge eller begrunde en enhedspris, hverken i tidsmæssig henseende eller på stedet for det endelige salg. Når alle kunder har fordel af den samme f.o.r.-pris og har ret til at videresælge bananer i grøn tilstand, vil der faktisk være forskelle mellem dem, men disse vil være objektivt begrundet.

Kommissionen gentager, at UBC har en dominerende stilling på et ikke konkurrencepræget marked, men ikke er underkastet nogen priskontrol, også selv om de urimelige priser tages som bevis for udnyttelse af denne dominerende stilling. »Urimelige« priser er ikke det samme som »faste« priser; hvis priserne havde været rimelige, er det svært at se, hvorfor UBC skulle have gjort alt for at forhindre omlægninger i handelen, hvilket kun kan forklares ved UBC's ønske om at bevare fordelen ved for høje priser. Og det er forskellen mellem de anvendte priser, som har henledt opmærksomheden, først på det forhold at visse af priserne var for høje, dernæst på hele systemet.

Bevisførelsen ud fra de irske priser, som herefter antages at have ført til et såkaldt tab, forbliver gyldig. Det fremgår af flere sagsakter, at denne pris ikke alene omfatter købsprisen, men desuden »en del af de almindelige administrationsomkostninger«, og at den endvidere »genspejler« transportomkostningerne. Og argumentet, som støttes på et muligt tab i 1974, modsvares af ekstraordinært høje transportomkostninger. Den måde, Kommissionen har anvendt de irske priser på, er således gyldig.

Den fortjeneste, UBC har haft, og de fortjenstmargener, som fremgår af bilag VII, og som skal lægges oven i den fortjeneste, der er hentet hjem i Latinamerika, tyder herpå, men heller ikke mere, for Domstolen har ikke alle de

fornødne oplysninger herom; det er UBC, som skal fremlægge disse oplysninger.

Forskellen mellem prisen på mærkede og umærkede bananer (30-40 % af prisen på de førstnævnte) vidner om en urimelig pris, uanset at forskellen mellem dem, hvilket UBC selv erkender, skyldes deres udseende og ikke deres kvalitet. Tallene for 1974 kendes nu og gør det muligt at opstille følgende oversigt, som supplerer bilag V til svarskriftet:

Pris i dollars pr. karton	BLØU	Nederlandene	Tyskland (f.o.r.-frit på bane)	Danmark
Chiquita	5,14	5,06	4,77	4,76
Ikke-mærkede bananer	4,16	3,82	3,86	3,78
procentuel forskel (i % af prisen for ikke-mærkede bananer)	23,5 %	32,5 %	23,5 %	26 %

Heraf fremgår prisforskelle, der ikke er berettiget i hensynet til forbrugeren. Og kvalitetskriteriet vedrører således den del af bananen, der ikke kan spises. Dette forklarer, at den økonomiske værdi af den mærkede Chiquita-banan er overdrevet.

4. Påstået misbrug i form af diskriminerende priser

Sagsøgerne kan ikke anerkende, at de har misbrugt en påstået dominerende stilling »ved at anvende uens priser for ensartede ydelser uden objektiv begrundelse«. De påviser ved hjælp af grafiske fremstillinger, at priserne i gennemsnit varierer på de forskellige markeder i ringe grad, eftersom den gennemsnitlige prisforskel for Chiquita-bananer mellem de berørte markeder i 1975 kun var på 5 %, medens Kommissionen har bygget sin sammenligning på de højeste og laveste priser.

Selv disse priser, som kun er lidt forskellige, er objektivt begrundet, for til forskel fra forarbejdede produkter fastsættes priserne for landbrugsprodukter i overensstemmelse med markedslovene. Når en landmand bringer sin produktion på et marked, som endnu ikke er underkastet regulering, og som følgelig fuldt ud er undergivet loven om udbud og efterspørgsel, har han ikke andet alternativ, når hans produkt er fordærveligt og underkastet sæsonbestemte svingninger samt svingningerne som følge af udbud og efterspørgsel, end at sælge produktet til den pris, som han kan få af en køber, uden hensyn til forholdet mellem denne pris og hans omkostninger; priserne fastsættes med andre ord i alle led i distributionskæden på grundlag af den pris, som man antager, at forbrugeren vil betale på et givet fremtidigt tidspunkt, og i bananhandelen udarbejdes priserne for grønne bananer ligeledes på grundlag af markedet (se de grafiske fremstillinger s. 125 og 126 i stævningen).

Den prispolitik, som UBC har udviklet, er dikteret af følgende særlige træk ved bananmarkedet: Hver uge udregnes priserne således, at de så vidt muligt genspejler den beregnede markedspris for modne bananer i den følgende uge.

Takket været sin egen organisation og den, som de vigtigste af selskabets kunder på nationalt grundlag har oprettet med forgreninger i hele landet, fastsætter UBC en enkelt ugentlig pris — ikke for hvert lokalt engrosmarked — men for hvert nationalt marked.

Disse priser er bestemt ikke fastsat ensidigt og vilkårligt, men fastsættes af Rotterdam-ledelsen efter diskussion og forhandling mellem sagsøgernes lokale repæsentanter og de berørte modnere/forhandlere.

Disse priser er ikke diskriminerende — som Kommissionen hævder — for de tager, nødvendigvis, hensyn til de forskellige særlige, konkurrencemæssige forhold for de forskellige landes modnere/forhandlere; den »objektive berettigelse« for disse priser skal søges i den gennemsnitlige, beregnede markedspris.

Hvis sagsøgerne skulle anvende ensartede ugentlige priser for samtlige modnere/forhandlere i Belgien/Luxembourg, Danmark, Irland, Nederlandene og Tyskland, således som Kommissionen har pålagt dem, ville disse priser netop være diskriminerende og vilkårlige, idet de ville være uden forbindelse med markedet, hvorimod prisforskellene i realiteten skyldes, at markedsforholdene ændrer sig: vejret, mulighederne for at købe andre sæsonfrugter, forbrugervaner, ferier, strejker, regeringsforanstaltninger, forskellen i valuta, etc. . . .

Og når Kommissionen hævder, at sagsøgernes prispolitik bevirker, at forhandlerne/modnerne får ulige konkurrencevilkår, idet de ikke kan sælge deres bananer i grøn tilstand, så er det fordi Kommissionen fuldstændig misforstår funktionen som modner/forhandler; denne skal først og fremmest anvende sine modningsanlæg til at tilfredsstille en lokal efterspørgsel; Kommissionen overser desuden, at bananen er et fordærveligt produkt, som ikke egner sig til spekulativ handel mellem landene.

Ifølge *Kommissionens* svarskrift er priserne ikke alene urimelige som *helhed;* også den geografiske anvendelse er urimelig, hvilket vil sige, at de er diskriminerende.

Kommissionen hævder, at prisforskellene mellem de forskellige nationale markeder er tilstrækkelige til at udgøre en krænkelse af artikel 86, afsnit c, fordi enhver forskelsbehandling, som er tilstrækkelig til at medføre konkurrencestridige virkninger, udgør en krænkelse af traktaten.

Det står nemlig klart, at UBC solgte samme vare på samme sted på samme betingelser og under samme omstændigheder, men at selskabet anvendte forskellige priser alt efter varens destination og køberens nationalitet. Det forhold, at UBC af enhver medlemsstats forhandlere/modnere krævede den højeste pris, som markedet i denne stat kunne bære, er ikke en grund, der kan berettige anvendelsen af forskellige priser.

Denne prisdiskrimination skaber for forhandlerne/modnerne et handicap i konkurrencen i forhold til andre modnere og i forhold til UBC. En dominerende virksomhed er ikke frit stillet med hensyn til at anvende diskriminerende priser, samtidig med at den forbyder videresalg af bananer i grøn tilstand, idet dette fordrejer konkurrencen. Disse to former for misbrug må derfor bedømmes i sammenhæng.

Sagsøgerne anfører i deres replik, at det misbrug, som Kommissionen henviser til, er, at UBC uden objektiv begrundelse både i Bremerhaven og Rotterdam tager uens priser for ydelser af samme værdi i forbindelse med salget af Chiquita-bananer til selskabets forhand-

lere/modnere, som virker i de pågældende medlemsstater (beslutningen s. 14). Kommissionens tankegang i så henseende er klart fremstillet på side 99 i svarskriftet, hvor det hedder:

»Kommissionen finder, at UBC bør anse selskabets salg i Rotterdam og Bremerhaven som »tilsvarende transaktioner« (artikel 86), og at UBC ikke kan have ret til at udnytte forskelle i detailprisniveauet mellem de forskellige nationale markeder på et givet tidspunkt«.

Samtlige forbrugere på de forskellige markeder skulle således være forskelsbehandlet, herunder irlænderne!

Det er vigtigt at forstå, hvad det er Kommissionen egentlig forsøger at sige, når den hævder, at sagsøgeren har begået et misbrug i så henseende. Det af Kommissionen anførte er ensbetydende med, at en virksomhed, der har en dominerende stilling, har pligt til at omdanne de eksisterende nationale markeder til ét enkelt marked, og at virksomheden, hvis dette ikke lykkes, gør sig skyldig i misbrug. Dette kan ikke være rigtigt. Hvis Kommissionen nægter at anerkende, at bananpriserne varierer fra land til land, at bananmarkederne forbliver nationale eller endog regionale i størrelse, og at disse markeder har deres egne karakteristika og deres egne forhold mellem udbud og efterspørgsel, så er det Kommissionen selv, som bør træffe de nødvendige og egnede foranstaltninger for at skabe et enhedsmarked. Geografien er ikke blevet harmoniseret på grund af Fællesskabet, som det bevises ved forekomsten af visse sæsonfrugter eller frugter, der er særligt følsomme over for klimaet. Det er ikke sagsøgerne, der har skabt opdelingen af de nationale bananmarkeder, og man kan ikke for alvor hævde, at den bestemmelse i selskabets salgsbetingelser, der vedrører grønne bananer, er årsagen til, at disse opdelinger fortsat består. Selv om sagsøgerne skulle have en dominerende stilling, ville det ikke være misbrug af denne stilling, at de tog markederne som de fandt dem, at de, således som de har gjort, fastsatte priserne for hvert af disse markeder ved anvendelse af de priser, som fremkommer ved en ubegrænset konkurrence på markedet for det modne produkt: Hvert af de forskellige led i bananhandelen påvirkes i øvrigt i et vist omfang af efterspørgslens størrelse og af det valg, som udbudet giver. Sådanne udtryk som »tilsvarende transaktioner« eller »uden objektiv begrundelse« kan ikke gøre denne stilling mindre klar. Enten er transaktionerne ud fra den samlede økonomiske sammenhæng, hvori de befinder sig (se stævningen s. 133 og 134), ikke »tilsvarende transaktioner«, eller også giver forskellene i forholdet mellem udbud og efterspørgsel i de forskellige berørte lande og de øvrige karakteristika ved markederne i disse lande en objektiv begrundelse for prisforskellene. Det ville givetvis være at anlægge en for snæver synsvinkel, hvis man som Kommissionen ved et sådant produkt som bananen anser ydelserne som tilsvarende, blot fordi køberne tilhører den samme kategori, og fordi salgsomkostningerne er de samme, eller hvis man anser, at salgsomkostningerne i sig selv udgør en objektiv begrundelse. Dette gælder navnlig, fordi priserne for et landbrugsprodukt som bananer må accepteres, som de opstår på markedet, uden hensyn til om omkostningerne er dækket ind eller ej.

For så vidt angår anbringendet om diskriminerende priser er det væsentligt at bemærke, at Kommissionen nu i sit svarskrift nægter at have haft til hensigt at kræve, at sagsøgerne anvender en ensartet pris.

»Kommissionen har, som den allerede har anført (s. 90), ikke forlangt, at UBC

skulle anvende en »ensartet« pris ... ej heller forbudt UBC at anvende forskellige priser, hvis der er en objektiv begrundelse herfor, for eksempel ved at selskabet nedsætter sin pris i ethvert område, hvor der er konkurrence på priserne.« (s. 100)

Denne erklæring, der findes i svarskriftet, er væsentlig på to måder. Først og fremmest drejer det sig om et af de talrige tilfælde, hvor Kommissionen i svarskriftet anerkender, at bananmarkedet er et konkurrencemarked. For det andet tilintetgør denne udtalelse totalt Kommissionens anklage om anvendelse af diskriminerende priser. Hvis man antog, at forholdet mellem udbud og efterspørgsel i Danmark kommer ud af balance, medens markederne i Tyskland, Belgien/Luxembourg og Nederlandene forbliver relativt stabile, vil konsekvensen være, at engrosprisen for bananer i Danmark falder. Dette vil få indvirkning på prisen for grønne bananer, og sagsøgernes konkurrenter, der er frit stillet til at anvende forskellige priser, vil følge den nedadgående tendens på markedet. Sagsøgerne vil følgelig ligeledes være frit stillet til at gøre dette for at imødegå denne konkurrence. Der vil således blive anvendt forskellige priser for de af sagsøgernes bananer, der sælges i Danmark, og de, der sælges på de andre nationale markeder, men der vil være en »objektiv begrundelse« for denne forskel. Præcis den samme situation vil til et hvilketsomhelst tidspunkt indtræde på ethvert nationalt marked med undtagelse af markedet med de højeste priser. På samtlige markeder vil sagsøgernes konkurrenter fastsætte deres priser i overensstemmelse med markedsvilkårene, og sagsøgerne vil være berettiget til at sætte deres priser ned under de priser, som gælder på markedet med de højeste priser, på grund af den konkurrence på priserne, som sagsøgernes konkurrenter indleder. Følgelig vil situationen være præcis den samme som nu. Sagsøgerne vil anvende forskellige priser på hvert enkelt marked i samme omfang, som de gør nu — og med en objektiv begrundelse. Der er ingen forskel på den objektive begrundelse i de tilfælde, hvor sagsøgerne er stillet over for priskonkurrence fra konkurrenternes side, som reagerer på markedsvilkårene, og i de tilfælde, hvor sagsøgeren selv direkte reagerer på disse vilkår.

Af det af Kommissionen side 100 i svarskriftet anførte følger således:

1) at sagsøgerne ikke misbruger en dominerende stilling ved at anvende forskellige priser på forskellige nationale markeder;

2) at Kommissionens beslutning på ingen måde ændrer ved denne situation eller bringer den til ophør. Kommissionens beslutning ville kun kunne have denne virkning, hvis den pålagde sagsøgerne at anvende en enhedspris, hvilket Kommissionen har nægtet at have til hensigt.

Faktum er, at hvis og når de forskellige lande udgør et enkelt bananmarked (men kun i dette tilfælde), vil prisforskellene forsvinde. Men så længe størrelsen og karakteren af de forskellige markeder forbliver nationale eller regionale, og de følger deres egne forhold mellem tilbud og efterspørgsel vil det være umuligt at undgå, at der findes forskelle mellem disse markeder. I en sådan situation vil det, hvilket Kommissionen nu erkender, være helt urealistisk og uigennemførligt at kræve, at sagsøgerne skal anvende en ensartet pris. Hvis denne enhedspris skal være konkurrencedygtig på alle nationale markeder, må den nødvendigvis fastsættes således, at det er muligt at sælge på det af de nationale markeder, som har den til enhver tid laveste pris. Denne situation

må nødvendigvis blive ruinerende for sagsøgerne. Hvis imidlertid enhedsprisen ikke skulle blive fastsat på det laveste prisniveau, ville konsekvenserne af enhedsprisen være de samme, om muligt endnu mere katastrofale. På de markeder, hvor konkurrenceprisen lå under enhedsprisen, ville sagsøgernes salg gå ned; sagsøgerne kunne aldrig på forhånd skønne over den mængde, der skulle læsses til et bestemt marked, og de ville lide væsentlige tab på deres fordærvelige produkt.

I sin duplik gentager *Kommissionen,* at ifølge den sagsfremstilling, den allerede har givet, er det forhold, at priserne er diskriminerende, det indicium, som har gjort det muligt at anse dem som for høje. I losningshavnene er f.o.r.-priserne forskellige efter destinationen; UBC er klar over denne forskelsbehandling og vil afværge faren for en reaktion fra grossisternes side ved klausulen om forbudet mod at videresælge grønne bananer (se ovenfor punkt 5). Behovet for en enhedspris eksisterer ikke, når forskellene er begrundet i objektive omtændigheder. Men i et fællesmarked er en *a priori* sondring efter den medlemsstat, der er adressat, ikke en objektiv omstændighed. En lokal priskrig kunne være en objektiv omstændighed, ligeledes ferier, vejrliget, strejker, konkurrence fra andre frugter. Men sådanne omstændigheder har intet til fælles med en varig generel politik, baseret på særskilte priser efter medlemsstater, en politik der forstærkes af den opdeling, der skyldes klausulen om forbudet mod at videresælge grønne bananer.

UBC har anført, at selskabet tager, hvad markedet »kan bære«. Markedsprisen er et resultat af forskellige kræfter, af hvilke UBC kun kontrollerer den ene; imidlertid kan diskrimination kun være ensidig. I så fald ses det ikke, hvorfor UBC opdeler markedet ..., hvis ikke for at opnå den højest mulige pris på hvert af de nationale markeder, der på denne måde er etableret eller retableret.

UBC har endelig anført, at prisforskellene ikke er væsentlige. Det fremgår af de tal, der er oplyst i svarskriftet (side 76-77 og bilag), og som stammer fra UBC selv, at forskellene undertiden har været mere end 30 %. I Domstolens retspraksis (Suiker Unie, Sml. 1975, s. 1663, præmis 499-528) er det antaget, at langt mindre forskelle var diskriminerende. Kommissionen forklarer sin beregningsmetode og de omregninger af priserne, der skal gøre en sammenligning mulig.

5. Påstået misbrug i forbindelse med salgsbetingelserne for bananer i grøn tilstand

Sagsøgerne minder om, at Kommissionen har pålagt dem at »give sine forhandlere/modnere, som virker i Tyskland, Danmark, Irland, Nederlandene og BLØU, meddelelse om ophævelsen af forbudet mod at videresælge bananer i grøn tilstand og senest den 1. februar 1976 at give Kommissionen meddelelse herom«.

Sagsøgerne finder, at det ikke er muligt at rette sig efter dette påbud, »fordi det er ulogisk og uberettiget«, idet de kontrakter, der er indgået med modnerne/forhandlerne, går ud på, at produktet først skal modnes, og at det modnede produkt derefter skal forhandles.

Endvidere gælder klausulen kun for grønne bananer af mærket »Chiquita« og ikke for grønne bananer uden mærke. Ydermere har sagsøgerne tilbudt Kommissionen at fritage salg af Chiquita-bananer mellem modnere fra forbudet.

Men sagsøgerne kan ikke gå længere, for hvis den restriktive klausul blev ophævet, ville sagsøgerne ikke længere kunne garantere kvaliteten af deres bananer over for forbrugeren.

Den grønne banan er et halvfærdigt produkt. Det er nødvendigt, at den modnes efter højt udviklede tekniske regler, for at den kan blive et kvalitetsprodukt for forbrugeren.

Eftersom sagsøgerne ikke selv ejer noget modningsanlæg (undtagen Spiers i Belgien, der repræsenterer 3 % af modningsanlæggene på det pågældende marked), er de afhængige af andre med hensyn til at opretholde en høj kvalitet hele vejen igennem den vigtige modningsproces.

Efter at frugternes emballering i kartoner sker i tropiske egne, foregår udvælgelsen og påføringen af etiketten ligeledes der, og afgørelsen om kvaliteten af Chiquita-frugten træffes oversøisk. Heraf følger, at UBC har en legitim interesse i at sikre sig, at bananerne modnes på korrekt vis af professionelle modnere, der opfylder de kvalitetskrav, som UBC har fastsat.

Kommissionens udtalelse (s. 4 i beslutningen), om, at bananerne midlertidigt kan oplagres, er ukorrekt. Det forhold, at bananen er et yderst fordærveligt produkt, medfører, at den nødvendigvis må viderebefordres så hurtigt som muligt ved hjælp af de tilgængelige transportmidler til et modningsanlæg, så snart de er blevet taget ud af køleskibenes kølerum, og modningsanlæggene skal befinde sig så nær ved forbrugeren som muligt. Dette forklarer, at modningsanlæggene er spredt over hele det pågældende marked, og at deres kapacitet svarer til befolkningen i det område, som de dækker.

I praksis er alle modnere frugtgrossister, hvis bananssalg udgør 10-20 % af hele deres salg, og hvis opgave det er at forsyne et lokalt marked inden for et område af 30-50 km.

Hvis der er nogen handel med grønne bananer, er den allerhøjst marginal.

Denne form for salg er ikke økonomisk rentabel. Det er nemlig vanskeligt at forudse prisforskelle mellem de berørte lande, idet priserne svinger fra uge til uge; desuden umuliggør markedsmekanismerne generelt set en sådan handel, fordi eventuelle kunder ønsker en kontinuerlig levering, og fordi en spekulant pr. definition først sælger, når priserne er tilstrækkeligt attraktive.

Denne klausul er således nødvendig for at sikre, at den høje kvalitet af den grønne frugt ikke går tabt i de forskellige led, og navnlig i de sidste led af den lange vej, der fører fra plantagen til forbrugeren, men klausulen har aldrig — hverken tilsigtet eller i praksis — haft til formål eller virkning at forhindre eller begrænse konkurrencen.

Desuden er den omtvistede klausul, såfremt man antager, *uden at erkende*, at den skulle have påvirket konkurrencen, behørigt anmeldt til Kommissionen, som burde have undersøgt, om den opfyldte betingelserne for en undtagelse efter artikel 85, stk. 3. Dette burde Kommissionen have gjort, eftersom en praksis, der kan undtages efter stykke 3, ikke kan anses som misbrug efter artikel 86.

Kommissionen anfører i svarskriftet to argumenter. Dels hævder Kommissionen, at der foreligger misbrug i henhold til EØF-traktatens artikel 86, dels forsøger den at imødegå den parallelle processuelle indsigelse, der er støttet på, at artikel 85 kunne være anvendt.

For så vidt angår misbruget bemærker Kommissionen, at dette forbud mod salg af bananer i grøn tilstand ligger til

grund for og udgør rammen for de tre andre misbrug, som UBC har gjort sig skyldig i.

Det forbud har gjort det muligt for UBC at kræve diskriminerende og for høje priser på de forskellige nationale markeder, idet UBC holdt de nationale markeder skarpt adskilt, og forbudet har for eksempel bevirket, at leveringsnægtelsen over for Th. Olesen er alvorligere, end hvis Olesen havde kunnet købe Chiquita-bananer i grøn tilstand fra andre af UBC's modnere.

Forbudet mod at videresælge bananer i grøn tilstand gjaldt, således som det var formuleret, både for mærkede bananer og for bananer uden mærke samt for salg til virksomheder, som foretog modning af Chiquita-bananer.

UBC bestrider ikke, at den først har rundsendt det cirkulære, der ændrede ordlyden af den omtvistede klausul, og som gav Chiquita-modnerne ret til at sælge grønne bananer til andre Chiquita-modnere, efter at Kommissionens beslutning var blevet meddelt selskabet.

Det er helt naturligt, at en modner sikrer sig, at bananerne bliver modnet. Men det er en konkurrencebegrænsning, hvis modneren forpligtes til ikke at videresælge bananerne, sålænge de ikke er modnet, og hvis hans salgsvirksomhed begrænses til de detailhandlende. Dette gælder, selv om bananens karakter af et fordærveligt produkt i praksis begrænser mulighederne for videresalg.

Generelt set kan en leverandør ikke indskrænke en købers frihed til at disponere over de goder, han har købt.

Enhver begrænsning i denne frihed udgør en konkurrencebegrænsning, som, hvis den i øvrigt rammes af traktatens bestemmelser, må støttes på særlige grunde [1]. UBC's bananhandel kunne altså kun foregå gennem UBC's distributionsnet, hvilket anses som en konkurrencebegrænsning [2].

Denne klausul hindrede desuden salg inden for Fællesskabet af bananer i grøn tilstand, idet den medførte en opdeling af markedet, og idet den mellem de forskellige markeder opretholdt prisforskelle, som UBC havde fordel af.

UBC har ret til at opretholde et system, der på rimelig vis garanterer kvaliteten af selskabets mærkede bananer, men kun hvis konkurrencen ikke herved underkastes alvorligere restriktioner end dem, der er nødvendige for gennemførelsen af dette mål.

Dette forbud fastholder modnerne i »rollen som leverandør til et lokalt marked«; de kunne imidlertid så meget desto lettere gå ud over denne rolle, som de alle får leveret fra de samme to havne.

Den omstændighed, at UBC's salgsbetingelser oprindelig indebar et forbud mod eksport, kan kun forklares ved selskabets ønske om at forbyde modnerne at videresælge ud over grænserne i de medlemsstater, hvor UBC fra tid til anden opkrævede højere priser.

Angående muligheden for klausulens fritagelse efter EØF-traktatens artikel 85, stk. 3 bemærker Kommissionen, at UBC har anført, at eftersom den omtvistede klausul blev anmeldt til Kommissionen, burde denne have undersøgt, om klausulen opfyldte betingelserne for fritagelse efter artikel 85, stk. 3. Men Kommissionen anfører, at klausulen, som den var udformet, forbød ethvert videresalg af bananer i grøn tilstand, endog til modnere af Chiquita-bananer og selv hvis bananerne ikke var

1 — Suiker m.fl. mod Kommissionen — Sml. 1975 (præmis 173).

2 — Frubo mod Kommissionen — Sml. 1975, s. 563.

mærkede (bortset fra den danske klausul). Følgelig kunne den nævnte klausul, som den var udformet, ikke anses som en klausul, der efter artikel 85, stk. 3 var »nødvendig« for at sikre, at Chiquita-bananerne opfyldte visse kvalitetskrav.

Det forhold, at UBC har ændret klausulen efter vedtagelsen af Kommissionens beslutning, berører naturligvis ikke gyldigheden af den afgørelse, hvorved Kommissionen erklærede, at den nævnte klausul, som den var formuleret, krænkede artikel 86.

Hvis UBC ønsker, at der for den således ændrede klausul udstedes en negativattest eller en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, vil selskabet uden tvivl meddele dette til Kommissionen, der er enekompetent på dette område, idet dette spørgsmål ikke skal behandles i nærværende sag.

I deres replik understreger *sagsøgerne*, at Kommissionen hævder, at det er klausulen om grønne bananer, som er beviset for den brug, som sagsøgerne har gjort af den magt, som monopolet giver dem, og følgelig beviset for, at sagsøgerne har denne monopolistiske magt. Dette argument er ifølge sagsøgerne »absurd«. Det har aldrig nogensinde i den økonomiske teori været hævdet, at en klausul i salgsbetingelserne kan anses som indicium for monopolistiske magtbeføjelser. Endvidere kan en salgsbetingelse, der udelukkende sigter på at garantere modningens kvalitet, der aldrig er blevet anvendt og aldrig har været genstand for nogen klage, næppe være bevis for, at der er anvendt monopolistiske magtbeføjelser.

Kommissionen har ligeledes henvist til, at sagsøgerne i 1967 anbefalede ikke at eksportere; det drejede sig her om en midlertidig foranstaltning, der skyldtes, at de to sorter, der dengang var på markedet, krævede en forskellig modningsteknik. Klausulen om forbud mod videresalg af bananer i grøn tilstand har ifølge Kommissionen aldrig været et undtagelsesfrit forbud og er aldrig blevet nedskrevet for så vidt angår de to typiske markeder: Tyskland (på grund af størrelsen og de lave priser) og Irland (på grund af det lave prisniveau). Denne klausul blev ikke gentaget i fakturaerne. Da sagsøgerne den 30. januar 1974 ved circulære meddelte, at forbudet ikke berørte Chiquita-modnerne, var der ingen, der blev overrasket, lige så lidt som Kommissionen var blevet overrasket herover igennem de forløbne 7 år. Dette »forbud«, der sigter mod at opnå en bestemt modningskvalitet, har i øvrigt aldrig indvirket på konkurrencen, eftersom der er tale om en frugt, hvis modning skal foregå hurtigt, og hvor modningen udgør modstykket til UBC-modneren/køberens fortjenstmargen, før han bliver forhandler af modnede frugter til købere uden for UBC-blokken. En vis spekulation i lavprisfrugter kan ud fra det økonomiske grundlag for markedet for denne frugt ikke forklare, at der mellem modnere består et marked for bananer i grøn tilstand. I øvrigt er samhandelen mellem medlemsstater ikke blevet påvirket, for Kommisssionen — hvem bevisbyrden påhviler — har ikke tilbudt at bevise, at der rent faktisk har været mellemstatslig handel med bananer i grøn tilstand i dette led af omsætningen; transit eller transport betyder ikke salg. Endelig har Kommissionen, der behørigt har fået en henvendelse i henhold til artikel 85 om klausulen vedrørende videresalg af grønne bananer — såfremt den overhovedet skulle have reageret — forværret UBC's situation ved at forholde sig passiv fra 1968 (datoen for forelæggelsen af klausulen) og navnlig fra 1971 (datoen for undersøgelsen af denne klausul). Alle virkninger af denne undersøgelse — som i det foreliggende tilfælde var negative — må undersøges af Kommissionen ex officio.

De udtryk, der er anvendt i de belgiske, nederlandske og danske betingelser (de eneste betingelser, der er skriftligt nedskrevet), er af en sådan art, at det under hensyn til almindelig sprogbrug må antages, at det opstillede krav udelukkende vedrører vertikale salg gennem hele distributionskæden. Hvis der var nogen tvivl om betydningen af de anvendte udtryk, skulle denne være forsvundet allerede, da den blev set i sin sammenhæng. Kommissionen støtter sig således ikke på ordlyden af den omtvistede klausul men tillægger denne en betydning, som den ikke kan have ud fra et sprogligt synspunkt. Hvis Kommissionen ønsker at bevise, at klausulen har en sådan betydning, kan det kun ske ved, at det bevises, at Chiquita-modnerne var enige i, at udtrykkene skulle forstås som hævdet af Kommissionen. Kommissionen har ikke ført et sådant bevis: Den har blot fastslået en kendsgerning (s. 62). Det kan således antages, at hele opbygningen af Kommissionens anbringender angående klausulen om grønne bananer, hvorpå Kommissionen bygger sine udtalelser om det påståede misbrug fra sagsøgerens side, hviler på den forudsætning, at klausulen har en betydning, som ikke dækkes af ordlyden, og som på ingen måde er godtgjort. Kommissionen accepterer (s. 70), at sagsøgerne principielt har ret til at opretholde et system, som i rimeligt omfang sikrer dem, at deres mærkede bananer har en vis kvalitet, forudsat at dette system ikke begrænser konkurrencen mere end nødvendigt. Kommissionen har ikke bevist, at sagsøgernes salgsbetingelser overskrider denne grænse.

In sin duplik gentager og udvikler *Kommissionen* argumenterne fra sit svarskrift, og den anfører, at forbudet ikke blot vedrørte vertikale salg men også horisontale; beviset herfor fremgår allerede af kontrakternes udtrykkelige indhold og af den måde, hvorpå dette indhold er blevet forstået eller forklaret af UBC (brev af 11. 12. 1974 bilag III i, og brev af 13. 2. 1975, bilag III i til svarskriftet); denne klausul er tilsyneladende blevet nøje overholdt. Forbudet mod horisontale salg har klart haft til virkning at forhindre eksport, selv om forbudet mod videresalg ikke formelt set var et forbud mod at eksportere.

Hvis klausulen var blevet nedskrevet af hensyn til kvaliteten af modningen, er det svært at forstå, hvorfor denne kvalitet var så forskellig fra land til land, at det var nødvendigt at forhindre bananerne i at blive omsat. Den kontrol, som UBC udøver over for samtlige modnere, undergraver i sig selv denne argumentation.

Når Kommissionen, skønt denne klausul har været aftalt igennem nogen tid, ikke har reageret tidligere, skyldes det, at den først har truffet beslutning, efter at den kunne bedømme den samlede virkning af den nævnte klausul og de diskriminerende priser.

Kommissionen henleder opmærksomheden på flere forhold:

— der er så meget desto større mulighed for en vis horisontal handel med grønne bananer, som der allerede i et vist omfang foregår horisontalt salg af gule bananer;

— salgsforbudet gjaldt såvel mærkede bananer som ikke-mærkede bananer;

— sammenligningen mellem UBC's systemer og konkurrenternes systemer er næppe relevant, eftersom salget hos de forskellige virksomheder var helt forskelligt organiseret;

— UBC's tilbageholdenhed med hensyn til handelen med grønne bananer, efter det anførte af respekt for de

lokale detailhandlende, er kun forklarlig på et marked, hvor de udbudte mængder forsætligt begrænses;

— det kan ikke anføres, at modnerne havde interesse i at videresælge modne bananer med 40 % fortjeneste i forholdet til f.o.r.-prisen, når der er undertiden langt højere forskelle mellem f.o.r.-priserne for grønne bananer alt efter modtagermedlemsstaten: hvordan skulle i øvrigt disse modnere, som kun modtager begrænsede mængder, kunne spekulere i grønne bananer, som de ikke frit kan disponere over?

— en eventuel spekulation i grønne bananer kunne ske før transporten til modnernes anlæg, og ville altså være endnu mere rentabel end antaget;

— et muligt salg af grønne bananer ville undergrave UBC's dominerende stilling, så meget mere som transporten og opbevaringen af disse er lettere end af gule bananer, hvor der — og med god grund — ikke gælder noget forbud mod horisontalt salg.

Kommissionen angiver endnu engang, på hvilke punkter handelen mellem de forskellige medlemsstater af Fællesskabet er blevet påvirket: handelen mellem modnere i forskellige medlemsstater, modnernes mulighed for at oprette nye anlæg ud over grænserne, transporten af produktet. Disse angreb er så meget desto lettere, som UBC kun leverer reducerede mængder, som selskabet selv har fastsat. Der er her ikke kun tale om et angreb på transithandelen; der er tale om en begrænsning med hensyn til destinationen af forbrugsgoder og af grossisternes valg.

For så vidt angår den eventuelle anvendelse af artikel 85, stk. 3 fremhæver Kommissionen, at den i første omgang overvejede at anvende denne bestemmelse under hensyn til klausulen, således som den var nedskrevet, og derefter som den blev ændret. Den oprindelige klausul opfyldte ikke kravene efter artikel 85, stk. 1 og stk. 2. Den anfægtede beslutning angår denne oprindelige klausul. Herefter gjorde UBC sit forbud mod videresalg »klarere«. Denne nye formulering kan ikke udskilles fra de andre faktorer, der er omtalt i sagsakterne; det er under alle omstændigheder uden for enhver diskussion, at klausulen — da det drejer sig om 40 % af de bananer, der er solgt i hele Fællesskabet — angår »en væsentlig del af de pågældende varer«, og at den henhører under Fællesskabets konkurrenceret.

6. Påstået misbrug i forbindelse med leveringsnægtelsen

Sagsøgerne finder, at Kommissionens beslutning, for så vidt det heri er antaget, at UBC har misbrugt sin påståede dominerende stilling ved at standse leverancerne af Chiquitabananer til Th. Olesen, en dansk modner/ forhandler, må antages at være behæftet med faktiske og retlige mangler.

Sagsøgerne hævder, at deres distributionspolitik er mere liberal end deres konkurrenters, hvoraf enkelte handler på det pågældende marked gennem eneforhandlere.

Sagsøgernes modnere er ikke alene frit stillet til at sælge produkter af konkurrerende mærker, men også til at reklamere for disse produkter. Hvis de ikke kan acceptere den forlangte pris, kan de nedsætte deres ordrer, annullere dem og købe andetsteds. De kan bringe deres forretningsforbindelse med UBC til ophør, når de ønsker det.

Selv i det meget begrænsede antal tilfælde, hvor sagsøgerne har ydet lån til modnerne, har disse ikke været »bundet«, idet ingen af lånebetingelserne forhindrede modneren i at skifte leverandør, når han fandt det hensigtsmæssigt.

Ophøret af leverancerne til Th. Olesen skal ses på denne generelle baggrund, idet det må bemærkes, at det var første gang, sagsøgerne i Europa bragte en forretningsforbindelse til ophør, som havde bestået i mere end 15 år. Mærket Chiquita blev introduceret på det danske marked i 1967. I foråret 1967 sluttede Th. Olesen sig sammen med en anden modner af Chiquita-bananer, A. W. Kirkebye, og Olesen blev herved den største modner af Chiquita-bananer i Danmark. UBC forsatte imidlertid at behandle sine 8 danske modnere ligeligt, uanset det kraftige pres, som Th. Olesen udøvede for at opnå særlige betingelser (rabat, kredit) samt en begrænsning af antallet af modnere.

Dette kan forklare, hvorfor Th. Olesens holdning over for sagsøgerne allerede fra starten rejste flere problemer, end sagsøgerne kendte til fra andre modnere, for eksempel angående udnyttelse af mærker og angående forsinkelse med betalingen.

Samme forhold forklarer uden tvivl også, at Th. Olesen i oktober 1969 blev eneimportør/forhandler for Standard Fruit, hvorved firmaet opnåede den førende importørstatus, som sagsøgerne havde nægtet at give det.

I 1973 erklærede Standard Fruit på en pressekonference i Hamburg krig over for UBC, idet selskabet erklærede, at »Dole«-bananerne skulle erstatte »Chiquita«-bananerne i hele verden.

Th. Olesen solgte herefter færre og færre Chiquita-bananer, idet firmaet bevidst fremmede salget af »Dole«-bananer. Endvidere var Th. Olesen ikke så omhyggelig med modningen af sagsøgernes bananer som med modningen af bananer af andre mærker.

De økonomiske realiteter synes at vise, at Th. Olesen og Standard Fruit handlede hånd i hånd med henblik på at sikre »Dole«-mærkets fremgang på bekostning af Chiquita-mærket. Det synes bevist, at Olesen valgte at tage parti for »Dole«, ikke alene af finansielle grunde, men også fordi Th. Olesen var utilfreds med den handelspolitik, som UBC førte, idet denne politik havde åbnet markedet til skade for Olesen. Uoverensstemmelsen, som udviklede sig langsomt, afbrudt af talrige samtaler og drøftelser, førte til et brud, som hverken var pludseligt eller uforudseligt. UBC finder derfor, at beslutningen om ikke længere at levere til Olesen var fuldt ud berettiget som følge af denne situation, hvor der forelå en interessekonflikt.

Sagsøgerne finder, at den skade, som Olesen måtte have lidt, hvis der overhovedet er nogen, må være minimal. Th. Olesen kunne nemlig erstatte Chiquita-bananerne med »Dole«-bananer efter behov. Desuden er det bevist, at Olesen efter UBC's leveringsnægtelse øgede sit personale.

Den nævnte foranstaltning, der var begrundet i omstændighederne, har ikke kunnet udgøre et misbrug, eftersom denne leveringsnægtelse ikke har grebet ind i den effektive konkurrence på det danske marked. Olesen er nemlig kun en af talrige danske modnere; desuden er mange større modnere i Danmark (som i andre lande) — som kan nævnes ved navn — ikke kunder hos UBC, hvilket viser, at konkurrenterne havde rimelig adgang til de vigtigste anlæg.

Faktisk er der i Danmark en væsentlig overkapacitet, og UBC's beslutning om at indstille leverancerne til Olesen

sammenholdt med den omstændighed, at Olesen samtidig mistede Københavns Frugtauktioner som kunde, medførte ikke en fordrejning af konkurrencen, der på 2 uger i slutningen af 1974 medførte en nedsættelse på 40 % af detailpriserne for Chiquita-bananer.

Endelig har leveringsnægtelsen til Olesen ikke haft væsentlig virkning for samhandelen mellem medlemsstaterne, for »Dole«-bananerne passerer kun Tyskland in transit fra Hamburg, på samme måde som Chiquita-bananerne fra Bremerhaven; faktisk er der ikke tale om samhandel mellem Fællesskabets medlemsstater, men i realiteten om handel mellem Danmark og det tredjeland, hvorfra bananerne kommer.

Endelig blev der den 11. februar 1975 — før Kommissionen officielt indledte en procedure — indgået en aftale mellem Olesen, som trak sin klage tilbage, og UBC, som genoptog sine leverancer.

Ifølge *Kommissionen* består det fjerde misbrug i nægtelsen af at sælge bananer til Olesen. Hverken det forhold, at Olesen deltog i et salgsfremstød for en konkurrent til UBC, eller nogen af de andre anførte argumenter, var tilstrækkelig grund for UBC til at nægte at levere til Olesen, der gennem lang tid havde været fast kunde. Med henblik på at sikre de små og mellemstore forhandleres uafhængighed i forhold til virksomheder i en dominerende stilling, er det nemlig væsentligt, at de førstnævnte ikke er udsat for truslen om en ulovlig leveringsnægtelse. Denne uafhængighed indebærer ret til at foretrække produkter fra virksomheder, der er konkurrenter til virksomheden i en dominerende stilling. Det er denne ret, som UBC har krænket ved at nægte at levere til Olesen. Der er følgelig tale om en overtrædelse af artikel 86.

Nægtelsen af at levere til Olesen har berørt samhandelen mellem medlemsstater, eftersom Olesen var nødt til at købe bananer fra en anden leverandør, hvilket gjorde indgreb i de naturlige handelsbevægelser og i øvrigt forhindrede Olesen i at gøre fremstød i andre medlemsstater.

I henhold til *UBC's* replik er Kommissionens argumentation på dette punkt fra starten behæftet med en grundliggende logisk fejl. I sit svarskrift (s. 105) anfører Kommissionen nemlig, at »spørgsmålet ... er, om der var en lovlig begrundelse for *en i øvrigt ulovlig handling*«. Der er imidlertid intet i artikel 86, som skaber en formodning for, at der, såfremt en virksomhed i en dominerende stilling nægter at levere til en bestemt kunde, er tale om misbrug af denne stilling. Man kan højst antage, at en leveringsnægtelse kan ligestilles med et misbrug. Det er Kommissionen, der skal bevise, at leveringsnægtelsen under de konkrete omstændigheder i en bestemt sag må ligestilles med et misbrug og desuden, at leveringsnægtelsen påvirker samhandelen mellem medlemsstater mærkbart.

Sagsøgerne hævder, at det kun er i særlige tilfælde, nemlig hvor virkningen af leveringsnægtelsen er klart konkurrencestridig, at en leveringsnægtelse kan anses som misbrug af en dominerende stilling. Desuden må man være meget tilbageholdende med at behandle en leveringsnægtelse fra en leverandør til en forhandler som misbrug. En leverandør som sagsøgerne har interesse i at opnå et rimeligt samarbejde med de modnere/forhandlere, som den pågældende forhandler sælger til, således at salget til den endelige forbruger kan opretholdes eller øges, og at det kan garanteres, at varerne når denne forbruger på de bedst tænkelige betingelser. Forekomsten af en dominerende stilling kan ikke medføre, at en virksomhed, der befinder sig i en sådan stilling, fratages retten til at tage hensyn til

sine egne *rimelige* handelsinteresser, når dens adfærd kritiseres, og der må i et rimeligt omfang gives den pågældende virksomhed mulighed for at tage sådanne skridt, som den finder hensigtsmæssige for at beskytte sine handelsinteresser. Under alle omstændigheder har sagsøgerne ikke handlet vilkårligt eller urimeligt ved at nægte at levere til Th. Olesen.

I retlig henseende må det bemærkes, at det alene er i fransk ret, at den leveringsnægtelse som sådan er ulovlig, og at Domstolen i sagen Commercial Solvents (6-7/73) ikke har truffet nogen sådan afgørelse. Det er alene indvirkningen på konkurrencen, der kan komme i betragtning. Kommissionen har imidlertid ikke bevist, at Th. Olesen har lidt skade, og heller ikke fundet, at Olesen udviste særlig loyalitet over for andre mærker, medens UBC accepterer, at alle dets kunder har andre leverandører. Olesen, som i øvrigt er en vanskelig kunde, har ofret salget af Chiquita-bananer for salg af andre varer, og det er interessant at bemærke, at UBC's leveringsnægtelse har kunnet åbne det danske marked for konkurrence. Olesen har i denne sag kun mistet en enkelt kunde, og firmaets salg er ikke gået ned. Samhandelen mellem staterne har ikke lidt skade herved, hvis man ikke lægger vægt på sælgerens nationalitet, men på varernes destination. Kommissionen har således ikke beskyttet konkurrencen men har beskyttet en konkurrent ... og indirekte Olesens nye midlertidige leverandør.

Ifølge *Kommissionens* duplik udgør en leveringsnægtelse fra en virksomhed i en dominerende stilling normalt et misbrug. I det foreliggende tilfælde er der ikke anført noget »vigtigt objektivt argument« til begrundelse af leveringsnægtelsen over for Olesen; i medfør af artikel 86, litra a), c) og d) bør der, under forudsætning af at denne bestemmelse finder anvendelse, normalt stilles et sådant krav til begrundelsen for, at en forretningsforbindelse bringes til ophør; forskelsbehandling er nemlig i sig selv allerede forbudt ved traktaten, og den er så *meget desto mere* forbudt i form af en leveringsnægtelse.

Desuden ville UBC, såfremt Olesen ikke havde indgivet klage til Kommissionen, muligvis have kunnet begrænse andre modneres frihed til at reklamere for andre mærker; UBC's aktion over for Olesen er af de danske monopolmyndigheder sammenholdt med tilfælde i 1973, da UBC indstillede sine leverancer til en anden dansk modner/forhandler, Københavns Frugtauktioner, som havde deltaget i en reklamekampagne for mærket Onkel Tuca, der tilhører Alfakoncernen. Dette viser, at en sådan leveringsnægtelse rent faktisk var en del af UBC's politik, og at Olesen ikke var udvalgt specielt på grund af de andre handlinger, der var lagt firmaet til last, navnlig det forhold at firmaet havde åbnet sine modningsanlæg for konkurrenter. Desuden er det først efter leveringsnægtelsen, at UBC har forsøgt at give denne begrundelse for sanktionen mod Olesen. Under alle omstændigheder har UBC ikke ret til at forbyde konkurrenternes adgang til modningsanlæggene; og det forhold, at disse indgreb ikke har fået retlig status ved at blive indføjet i en kontrakt, ændrer intet ved deres natur eller virkning. Den konkrete behandling, som Olesen har fået, har kunnet have afskrækkende virkning, som rækker ud over det enkelte tilfælde. Alle modnere vidste, at UBC herefter skulle behandles mindst lige så godt som konkurrenterne, og at UBC således beskyttede sin dominerende stilling. Man kan sammenholde denne situation med Domstolens afgørelse i sagen Suiker Unie vedrørende den praksis, der gik ud på at yde en bonus, som begrænsede konkurrencen og forhindrede nye eller andre producenters adgang til

konkurrencen (Sml. 1975, s. 1663 og 2004, præmis 526-527). Her forhindrer UBC, som har en dominerende stilling, sine forhandlere i at reklamere for konkurrenterne og kan således rent faktisk forhindre salg af konkurrenternes produkter. Dette vil ikke sige, at UBC nødvendigvis skal åbne sine egne modningsanlæg for konkurrenterne; det må blot ikke forhindre dem i at udnytte de modningsanlæg, som er disponible.

Tilbage står argumentet om nedgangen i den mængde Chiquita-bananer, som blev solgt af firma Olesen, der deltog i salgsfremstødet for Dole-bananer. Olesen ofrede ikke en offentlig interesse ved i særlig grad at sørge for modningen af Dole-bananer og ved at deltage i reklamekampagnen for disse bananer; firmaet har højst kunnet ofre UBC's interesser, men har aldrig undladt at opfylde sine retlige forpligtelser over for UBC og således aldrig optrådt retstridigt. Var firma Olesen så integreret i Castle and Cook, som ejer mærket Dole, at UBC måtte stille sig det spørgsmål, om Olesen ikke var fuldstændig afhængig af konkurrenten? Dette var ikke tilfældet, for Olesen havde siden 1969 været eneforhandler for Castle and Cook, og leveringsnægtelsen skete først i oktober 1973; og Olesen har aldrig været eneforhandler for UBC i Danmark, hvilket betyder, at bestemmelserne i forordning nr. 67/67 om eneforhandlere ikke kan anvendes i denne sag. Under alle omstændigheder er leveringsnægtelsen ikke begrundet i »hensynet til konkurrencen«.

Men kunne UBC kræve en »loyal salgsbestræbelse«? Forordning nr. 67/67 finder af følgende grunde ikke anvendelse:

— Olesen er ikke eneforhandler for UBC (se ovenfor);

— Olesen er ikke blot forhandler men industriel forarbejder;

— hvis Olesen havde accepteret ikke at arbejde for konkurrenterne, ville firmaet have overtrådt artikel 85, stk. 1 og ville således have ofret sig for en dominerende stilling, og dette tilfælde hører ikke ind under den ovennævnte forordnings anvendelsesområde.

Ifølge forslaget til afgørelse fra generaladvokat H. Mayras i sagen Suiker Unie (Sml. 1975, s. 2081) er der her tale om en situation, hvor en stærk virksomhed truer en svagere med at bringe den i en økonomisk ufordelagtig situation — altså dominerende stilling —. Beviset herfor er i det foreliggende tilfælde, at UBC »kræver«, endog når selskabet handler med så betydelige modnere som Olesen, der dog senere synes at have beroliget UBC . . .

Endelig bør det over for den tidligere anklage om »ond tro« mod Olesen anføres, at en eventuel anklage om ond tro kunne henhøre under de danske retters kompetence, og at der ikke kan være tale om ond tro, hvis man undertiden med større held sælger konkurrenternes produkter, selv efter at man har gjort reklame for disse, hvilket stadig er UBC's grundlæggende anklage (se det omtvistede telex fra UBC).

Hvilket tab har Olesen lidt?

— Det er betydeligt, for Olesen sælger siden leverancernes genoptagelse mindst 1 000 kartoner om måneden; på tidspunktet for afbrydelsen af leverancerne kunne UBC under alle omstændigheder ikke opgøre det tab, som selskabets adfærd ville koste Olesen;

— skønnet over tabets størrelse kan tjene til at fastlægge bødens størrelse, men spiller ingen rolle ved afgørelsen af, om artikel 86 er overtrådt eller ved bedømmelsen af den ulovlige adfærd *(Commercial*

Solvents 6-7/73, Sml. 1974, s. 252, præmis 26);

— under alle omstændigheder fremgik det af den undersøgelse, som tjenestemænd ved Kommissionen, bistået af deres danske kolleger, har foretaget, at Olesen som kunde helt har mistet FDB, der købte 50 % af Olesens bananer, at firmaet har mistet talrige forretninger og dertil sin rolle som hovedleverandør for et antal kunder (se de respektive bilag). Olesen havde generelt for få bananer og naturligvis navnlig for få Chiquita-bananer; de to største kunders køb hos Olesen har endnu ikke i dag nået det tidligere niveau (dokument 39 fra UBC) på trods af UBC's genoptagelse af leverancerne. Dette fremgår klart af den undersøgelse, som de danske myndigheder har foretaget.

Ifølge Kommissionens opfattelse har leveringsnægtelsen haft virkning for samhandelen inden for Fællesskabet. UBC anfører det modsatte argument, at alle bananerne kommer fra Latinamerika og blot passerer igennem fællesmarkedslandene, før de når den stat, hvor de skal forbruges. Ifølge denne argumentation indgår produkter fra tredjelande ikke i samhandelen inden for Fællesskabet; ifølge Waelbroeck (Droit de la concurrence CEE, bind 4 nr. 35, s. 33) er transit i sig selv ikke nok. Men professor Waelbroecks hypotese bekræftes ikke af det foreliggende tilfælde, for:

»da Olesen blev afskåret fra sine leverancer, var han ude af stand til at købe Chiquita-bananer i Bremerhaven og at udstrække sine aktiviteter til andre medlemsstater samt til at importere samme mængder bananer til Danmark som tidligere. Olesen var ligeledes nødt til at købe andre bananer end Chiquita-bananer uden for Danmark hos andre leverandører end UBC og til at importere disse til Danmark.«(s. 158 i duplikken).

Hvis UBC's argument var gyldigt, ville ingen handel i Europa, som vedrørte varer fra tredjelande, falde ind under fællesskabsretten. Angående karteller blev det i Frubo-dommen antaget, at artikel 85 kunne anvendes på konkurrencestridige aftaler, der vedrørte produkter, der var importeret i Fællesskabet (Sml. 1975, s. 582-583, præmis 35 og 38). En række andre sager giver en fast praksis på dette område *(Emi* i 1976, *Commercial Solvents* i 1974, *Beguelin* i 1971, *ICI* i 1972). Ifølge traktatens artikel 36 falder transithandelen givet under samhandel mellem medlemsstaterne.

Sammenfattende anfører Kommissionen:

»UBC's leveringsnægtelse over for Olesen, der var en trofast kunde, kan ikke begrundes objektivt ved de grunde, som UBC oprindeligt eller senere har anført. Det drejer sig om et uberettiget indgreb i Olesens forretningsledelse, som har påført dette firma et tab og medvirket til at afholde UBC's modnere fra at sælge bananer af konkurrerende mærker eller i det mindste fra at gøre reklame for disse. Det var derfor fuldt ud berettiget, at beslutningen konkluderede, at UBC havde overtrådt traktatens artikel 86 ved sin leveringsnægtelse over for Olesen«.

7. Bøden

Sagsøgerne bemærker — under henvisning til samtlige det af dem anførte — at det ikke kan hævdes, at de vidste eller blot burde vide, at de indtog en dominerende stilling, og ihvertfald ikke, at de har misbrugt denne dominerende stilling forsætlig eller uagtsomt. Faktisk kan man ikke se bort fra den anven-

delse, som Kommissionen allerede tidligere har gjort af artikel 86.

I alle de tilfælde, hvor det indtil nu har været antaget, at en virksomhed har overtrådt artikel 86, befandt denne sig i en monopolstilling og kontrollerede en betydelig del af markedet, medens det i talrige beslutninger fra Kommissionen er blevet antaget, at virksomheder med markedsandele svarende til UBC's ikke var i stand til at forhindre en effektiv konkurrence.

Sagsøgerne anfører desuden, at de konstant har ført en lavprispolitik, at de har lidt betydelige tab, at der er kommet nye konkurrenter ind på markedet, og at disse har vist sig ret aggressive.

For så vidt angår salgsbetingelserne for grønne bananer bemærker sagsøgerne, at der i henhold til artikel 15, stk. 5 i forordning nr. 17 ikke kan pålægges bøde for handlinger, der foretages efter, at der er sket anmeldelse til Kommissionen, og inden denne træffer sin beslutning om at bevilge eller nægte anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3. Sagsøgernes salgsbetingelser er imidlertid anmeldt til Kommissionen den 15. november 1968, og Kommissionen har aldrig truffet afgørelse i henhold til artikel 15, stk. 6, hvilket den selv klart har anerkendt.

For så vidt angår bødens størrelse sammenligner sagsøgerne denne med de bøder, som Kommissionen har pålagt andre selskaber (f.eks. sagerne *Det internationale Kininkartel, Commercial Solvents, farvestofsagerne, Pittsburgh Corning Europe, Formica Belgium — Hertel)* og bemærker, at den UBC pålagte bøde — skønt det drejer sig om et nyt område (priser) — er fem gange højere, selv om alle de kompetente internationale organisationer inden for banansektoren er enige i, at den stadige forhøjelse af kvaliteten er sket parallelt med en nedgang i priserne.

Ifølge Kommissionen er nærværende sag den første, hvori det er blevet fastslået, at en virksomhed har begået fire adskilte misbrug hvert af dem i strid med artikel 86; UBC søger at komme uden om den kendsgerning, at disse misbrug var indbyrdes forbundet og havde kumulative virkninger; forbudet mod videresalg af bananer i grøn tilstand ligger til grund for de to alvorlige misbrug i henseende til priser og leveringsnægtelsen over for Th. Olesen. Den bøde, som Kommissionen har pålagt, er således fuldt ud berettiget.

Bødens størrelse skal sammenholdes med UBC's samlede årlige omsætning, som er på 2 mia dollars og med selskabets omsætning på det relevante marked, som er på 50 mio dollars. Bødens størrelse skal desuden sammenholdes med de alt for høje fortjenstmargener, som selskabet har opnået som følge af overtrædelser af traktaten.

I deres replik påberåber *sagsøgerne* sig komparativ ret og de forskellige beregningsmåder for en pengebøde. De understreger, at det under alle omstændigheder er ubestrideligt, at en del af bøden er pålagt for en klausul (forbud mod videresalg af grønne bananer), som var blevet behørigt anmeldt til Kommissionen. Hvordan er det i øvrigt muligt at fastsætte en bøde på grundlag af såkaldte ulovlige fortjenester, som det viser sig umuligt at udregne? Og når administrationen har vist sig ude af stand til at råde og advare de berørte virksomheder i rette tid? Under alle omstændigheder burde den offentlige omtale, som den myndighed, der idømmer bøden, har givet sagen, medføre, at der blev udvist mådehold ved fastsættelsen af bødens størrelse.

Kommissionen svarer, at UBC ikke ud fra et påstået ukendskab til sin dominerende stilling kan argumentere for, at dets handlinger var lovlige i relation til

artikel 86; denne form for forsvar ville gøre det muligt at undskylde enhver konkurrencestridig handling, når der manglede kendskab til overtrædelsen. Domstolenes retspraksis og de gældende bestemmelser (artikel 15, stk. 2 i forordning nr. 17) sanktionerer overtrædelser, der er begået forsætligt eller uagtsomt. UBC kan heller ikke påberåbe sig ukendskab til Fællesskabets konkurrenceret eller anføre, at spørgsmålet var for komplicerert; skønt UBC blev underrettet allerede i begyndelsen af 1975, afventede selskabet beslutningen om sanktionen, før det reagerede, hvilket er usædvanligt (selv om UBC i mellemtiden lejlighedsvis havde kontakt med andre afdelinger ved Kommissionen end dem, der ledede sagen). Det er med urette, at UBC i forbindelse med bødens fastsættelse fremhæver alle de angiveligt urigtige omstændigheder, som Kommissionen har fremhævet og behandlet i anden forbindelse. Kommissionen finder, at den har afgivet tilstrækkelig forklaring for så vidt angår de for høje priser, og den gentager, at den anbefalede prisnedsættelse på 15 % ikke er et pålæg men skal give en vejledning om Kommissionens fremtidige holdning i så henseende.

8. Krænkelse af forsvarets rettigheder

Sagsøgerne afslutter deres stævning med at anføre, at Kommissionen ikke har taget stilling til bemærkninger om materielle fejl i meddelelsen om klagepunkter, at der er væsentlige spørgsmål, som de ikke har haft lejlighed til at ytre sig om, og at Kommissionen fra starten af sagen har været forudindtaget.

Der er på intet af stadierne i den administrative procedure givet UBC den fornødne tid, hvilket har medført, at de garantier, der er opstillet i reglerne for den nævnte procedure, er blevet illusoriske.

UBC's konklusion er, at den samlede virkning af alle disse forhold må bevirke, at proceduren for Kommissionen er behæftet med mangler, og selskabet anmoder Domstolen om for den ideelle skade, selskabet har lidt, at tilkende det en erstatning med et symbolsk beløb på én regningsenhed.

Det fremgår af samtlige de sagsakter, som er blevet fremlagt, at bevismangel burde have fået Kommissionen til ikke at anlægge sag. Det fremgår af den overfladiske måde, hvorpå man har talt dels om væsentlige fortjenester, dels om det ulyksalige brev af 10. december 1974 vedrørende fortjenstmargenerne i Irland, og dels om »aktuelle« priser i forbindelse med tidligere prislister, at Kommissionen har været partisk! Fremstillingen af flere af de faktiske omstændigheder og af flere dokumenter har været fordrejet eller overdrevet.

Opmærksomheden bør især henledes på den omstændighed, at sagsøgerne er blevet frataget deres ret til at blive hørt. Anklagepunkterne og de anvendte kriterier er således blevet ændret siden de fire korte afsnit, der var viet spørgsmålet om urimelige priser i meddelelsen om klagepunkter, og på samme måde er man sprunget direkte fra det forhold, at der var en forskel i forhold til de irske priser, til en undersøgelse af bananens økonomiske værdi, navnlig støttet på prisforskellen mellem bananer med mærke og bananer uden mærke.

Endelig har Kommissionen brudt de elementære regler, som enhver administration skal overholde, idet den — det ovenfor anførte er et eksempel herpå — har ændret sine bedømmelseskriterier, den har været under pres for at overholde tidsfrister, og den har forsøgt at tilpasse sig Domstolens retspraksis. Kommissionen har endog måttet indrømme, at klausulen om videresalg af grønne bananer, som den blev

klargjort i circulæret af 30. januar 1976, var tilfredsstillende, hvilket herefter burde få enhver anklage om misbrug på dette punkt til at falde bort. Kommissionen har altså ikke været upartisk ved udøvelsen af de retslige funktioner, som tilkommer den i en sådan procedure: »anklageren har taget magten fra dommeren«.

Ifølge *Kommissionen* må sådanne anbringender tilbagevises. Kommissionen mener at have handlet korrekt gennem hele sagen. Dette følger, så længe der ikke foreligger mere præcise anbringender, af de vedlagte dokumenter. Under høringen er UBC ikke fremkommet med nogen indsigelse angående den procedure, der hidtil var fulgt.

Kommissionen hævder, at UBC's anbringender herom vedrører realiteten. Således er f.eks. det forhold, at høringen skulle have været mangelfuld, fordi Kommissionen ikke skulle have forstået en central passus korrekt, ensbetydende med en genoptagelse af diskussionen om priserne for mærkede bananer i forhold til priserne for umærkede bananer. Hvis der har været nogen misforståelse, har den derfor ikke haft nogen betydning.

9. Vedrørende kravet om erstatning

Sagsøgerne kræver under henvisning til de ulovligheder i den administrative sagsbehandling, der er påberåbt ovenfor under punkt 8, at Domstolen tilkender dem erstatning med et symbolsk beløb på en regningsenhed for den ideelle skade, de er blevet påført.

Til den omtalte overfladiske behandling fra Kommissionens side kommer i øvrigt den urimelige offentlighed omkring sagen, desuden den skade der gennem pressen er påført sagsøgernes handelsrenommé etc. hvilket i tilstrækkeligt omfang berettiger, at der tilkendes en symbolsk erstatning; denne sanktion vil lære Kommissionen, at den kun må handle ud fra hensyn til offentlige interesser.

Kommissionen benægter, at der skulle være forekommet nogen administrativ ulovlighed (se under punkt 8), og anfører som svar på sagsøgernes andet argument, at hvis der har været tale om æreskrænkelse gennem pressen, hører dette hjemme under en anden sag og en anden ret.

III — Spørgsmål stillet af Domstolen

Ved brev af 20. maj 1977 fra justitssekretæren har Domstolen anmodet om skriftligt svar inden 20. juni på de nedenfor anførte spørgsmål og bemærkninger til de nedenfor angivne dokumenter i den orden, der er fulgt i overskrifterne til indlæggene:

»1. Det relevante marked

a) Det relevante varemarked · ·

Kommissionen anmodes om at præcisere, på hvilket stadium udkastet til en forordning for banansektoren befinder sig, et udkast, som er nævnt på side 120 i den franske regeringsrapport fra 1973 »Marché commun de la banane«, jf. bilag V a til stævningen.

b) Det geografiske marked

i) Parterne anmodes om, *om muligt i fællesskab*, for det relevante marked at udfærdige et kort over modnerne med deres placering og ved hjælp af grafiske opstillinger at angive deres modningskapacitet og deres afhængighedsforhold til UBC.

ii) Kommissionen anmodes om at fremlægge den klage, der den 27. maj 1974 er indgivet af Tropical Fruit

Co. Jack Dolan Ltd. and Banana Importers of Ireland Ltd. (se henvisningen side 125 i replikken).

2. *Den dominerende stilling*

i) Parterne anmodes om at fremlægge underbilagene XVI, XVII, XVIII og XIX, som skulle være vedlagt bilag III g til svarskriftet (sagsøgernes svar af 13. 9. 1974 på breve af 5. og 12. 8. 1974 fra Kommissionen).

ii) Parterne anmodes om at præcisere, hvorledes stillingen er for UBC (hvis forhold blev undersøgt i 1972) og for forgængeren United Fruit Company, som begge har måttet møde for retter i USA.

iii) Kommissionen anmodes om:

a) at fremlægge det dokument, der omtales i note 1 på side 9 i duplikken (IRCA mod United Brands 358 F Supp. 1363 66-68 (1973))

b) at angive den nærmere procentdel, hvormed samtlige større koncerner har deltaget i markedet incl. »diverse«, således at de procentuelle andele tilsammen giver 100 %.

c) såfremt den er bekendt hermed, at oplyse hvilke salgsbetingelser koncerner, der konkurrerer med UBC, giver sine modnere/ forhandlere.

3. *For høje priser*

Sagsøgerne anmodes om:

i) at fremlægge den aftale med Scipio, som er omtalt s. 43 i stævningen

ii) angående brevet af 10. december 1974 om det irske marked at præcisere datoen for afslutningen af det pågældende finansår.

4. *Diskriminerende priser*

Sagsøgerne anmodes om at fremlægge de forskellige versioner af deres almindelige salgsbetingelser (eventuelt med supplerende forklaringer) for hver medlemsstat og for de europæiske tredjelande fra 1. august 1966 til 1. august 1976 og i givet fald standardkontraktsformularer for aftaler med modnere/forhandlere.

5. *Klausulen om forbud mod videresalg af bananer i grøn tilstand*

a) Har parterne kendskab til, at visse modnere var placeret ved grænserne, således at den omtvistede klausul eventuelt kunne været undgået?

b) Sagsøgerne anmodes om:

i) til sagsakterne at fremlægge de forskellige versioner af den omtvistede klausul i kronologisk rækkefølge fra 1966 til 1976 og for hver medlems- stat for sig.

ii) at angive hvor lang tid der maksimalt går fra plukningen og til salget af grønne bananer. Er denne periode 20 dage som anført i sagsakterne?

iii) at oplyse hvem der står for transporten af bananer fra havnene til modnerne; modnerne selv, UBC eller selvstændige transportselskaber?

6. *Leveringsnægtelsen over for Olesen*

Sagsøgerne anmodes om at fremlægge side 2 i bilag 36 til stævningen.

7. *Bøden*

Kommissionen anmodes om at angive, hvorvidt der er truffet foranstaltninger som følge af proceduren efter artikel 85 angående klausulen om forbud mod videresalg af grønne bananer.

På hvilket stade befinder sagens behandling sig i givet fald?

Har UBC anmodet om fritagelse for den nye udformning af selskabets salgsbetingelser?

8. Forsvarets rettigheder

i) Sagsøgerne anmodes om at fremlægge brevet af 21. 10. 1975 fra Thompson til sagsøgerne (se stævningen side 209).

ii) Sagsøgerne anmodes om at fremlægge brev af 30. 10. 1975 fra UBC til Kommissionen.«

Parterne har afgivet de ønskede forklaringer og fremlagt de ønskede dokumenter i det omfang, det har været muligt, og de har lagt de således fremkomne oplysninger til grund under de mundtlige forhandlinger.

IV — Sammendrag af det af parterne under de mundtlige forhandlinger anførte

De mundtlige forhandlinger er afviklet under retsmødet den 12. juli 1977.

UBC har ved fremlæggelsen af sin opfattelse fulgt den samme orden som i Kommissionens beslutning.

Selskabet har gentaget de væsentligste af de argumenter, der blev anført under skriftvekslingen, og har særligt fremhævet følgende punkter:

Angående det relevante marked har UBC understreget, at værdien af de rapporter fra FAO, som Kommissionen har anvendt, er blevet bestridt af en tjenestemand ved nævnte organisation.

Angående den dominerende stilling har UBC først fremlagt et diagram, ifølge hvilket selskabet ikke befinder sig i en dominerende stilling i produktions- og forsyningsleddet. For så vidt angår salg på det relevante marked fremhæver UBC, at selskabet ikke kunne kontrollere omfanget af udbudet, eftersom mere end halvdelen af de solgte bananer blev udbudt af tredjemænd; udbudets følsomhed fremgår af, at svage forskelle i udbudet medfører betydelige prisforskelle på grund af overkapaciteten i produktionsleddet. For så vidt angår distributionskæderne har UBC anført, at de fleste af de forhandlere/modnere, som er kunder hos selskabet, også køber hos konkurrenterne; herom har Kommissionen givet for generelle svar; beviset på konkurrencens intensitet er, at nye konkurrenter har kunnet komme ind på markedet, hvilket fremgår af de tal, der er fremlagt for Domstolen. Disse konkurrenter er imidlertid lige så — eller næsten lige så — stærke på verdensplan som UBC, og de har afgivet bevis for deres konkurrencedygtighed i den priskrig, som UBC undertiden har måttet betale regningen for; denne konkurrencesituation udelukker, at der kan eksistere nogen form for dominerende stilling efter den definition, som er givet i *EMI* dommen (Sml. 1976, s. 847 til 848). Iøvrigt er nogle kunder, såsom Scipio og visse andre mindre kunder, så store, at en eventuel dominerende stilling på sælgerens side nødvendigvis må blive anfægtet. Resultatet heraf er, hvis man kan stole på de dokumenter fra FAO, UNCTAD og visse regeringer, som er nævnt i sagens akter, at UBC's markedsandel er for nedadgående; man kan fastslå, at der samtidig hermed er sket en nedgang i prisen for Chiquita-bananer, således som det fremgår af en af UBC fremlagt grafisk fremstilling. Andre grafiske fremstillinger viser, at der er reelle prissvingninger på de forskellige bananmarkeder i forhold til de andre friske frugter, der udbydes på markedet, og de viser samtidig sammenhængen mellem salget af de forskellige produkter, som faktisk

konkurrerer indbyrdes. Når disse forhold tages i betragtning, og der endvidere tages hensyn til prisstigningerne for de olieprodukter, der er nødvendige for transporten, er resultatet for UBC af nævnte situation et særligt mærkbart tab i 1974, og det er temmelig paradoksalt, at Kommissionen har valgt dette år 1974 som referenceår i forbindelse med anbringendet om ekstraordinære fortjenester, når selv konjunkturen i nævnte år medførte særligt lave priser; allerede dette eksempel beviser under alle omstændigheder, at der ikke har været tale om en dominerende stilling.

Angående UBC's markedsandel gentager selskabet de argumenter, det har anført under skriftvekslingen, men fremfører nye argumenter på grundlag af Kommissionens svar på de af Domstolen stillede spørgsmål; selskabet har sammenholdt disse svar med Kommissionens første udtalelser. Konkurrencen er ifølge selskabet intens og fri, og det er klart, at der på et sådant konkurrencemarked ikke vil være mulighed for at opretholde nogen som helst form for dominerende stilling.

Vedrørende de misbrug, som selskabet er blevet anklaget for, koncentrerer UBC sig om Kommissionens argument om forskelsbehandling; dette argument byggede på en sammenligning af f.o.r.-priserne ab Bremerhaven og Rotterdam; UBC anfører først, at 53 % af selskabets salg på det relevante marked er beregnet til Scipio, som køber fob, og denne koncerns kundekreds bør udelukkes fra beregningen; i øvrigt har priserne ligget på det niveau, som markedet, altså efterspørgslen, har muliggjort.

UBC fremlægger et dokument, der indeholder en oversigt over prisnedsættelser i de forløbne 5 år, nedsættelser der er foretaget, når de blev nødvendige som følge af udbudet på markedet. Der kan ikke være tale om diskrimination, når situationen er den, at sælgeren er forpligtet til at tilpasse sin pris til efterspørgslen.

Klagepunktet om for høje priser bør undersøges på baggrund af de dokumenter, som beviser, at UBC til tider har lidt alvorlige tab. Hvordan kan der være taget for høje priser for en vare, som er solgt relativt billigt, som er yderst fordærvelig, og når den påståede for høje pris netop ikke er sammenlignelig overalt? UBC fremfører tre specifikke argumenter mod Kommissionens bevisførelse: indholdet af brevet om det irske marked er blevet modbevist af det afsluttende koncernregnskab, og i forbindelse hermed er det nødvendigt efter en grundig undersøgelse af situationen at læsse de fortrolige bilag, der er vedlagt stævningen, og som vedrører det tab, der er opgjort for samme marked; prisforskellen mellem Chiquita-bananer og bananer uden mærke skyldes en kvalitetsforskel, og bananer uden mærke er kun et underprodukt af mærkede bananer, svarende til 15 % af produktionen (idet 5 % kan anses som affald), hvilket svarer til situationen på markedet for samtlige friske frugter, hvor man anerkender forskelle i »klasse« eller »kategori«; prisforskellen mellem Chiquita-bananer og andre mærkede bananer udgør alt efter tidspunktet mellem 5 og 10 % og modsvar en kvalitetsforskel.

De højeste priser, der inden for visse dele af det relevante marked er taget, har været en følge af loven om udbud og efterspørgsel, der fungerer så meget mere rent, som bananmarkedet ikke er reguleret »ved en fælles markedsordning«. UBC har allerede gjort et rationaliseringsforsøg ved at fastsætte en enhedspris pr. land, og selskabet mener at kunne bevise, at denne politik allerede har medført tab på bananmarkedet, som har måttet bæres af leverandøren

og ikke af mellemhandlerne. Under alle omstændigheder ville den prisnedsættelse, som Kommissionen ønsker, at UBC skulle foretage, tvinge denne virksomhed til at sælge under konkurrenternes pris, hvilket ikke er hensigtsmæssigt, eftersom prisen på et frit marked bør fastsættes efter markedsvilkårene; Kommissionen har forstået selskabets vanskelige position så godt, at den ikke har fremsat forslag herom.

Hvad angår klausulen om forbud mod videresalg af grønne bananer anfører UBC de argumenter, der allerede er fremsat under skriftvekslingen, og selskabet understreger, at det ikke kan antages, at der er forbindelse mellem denne klausul og den eventuelle forekomst af for høje priser, eftersom selskabet har bevist, at dets priser følger af markedslovene.

Hvad endelig angår leveringsnægtelsen fremhæver UBC, at man ikke kan sammenligne tilfældet Olesen med den monopolstilling, som kunne fastslås i sagen *Commercial Solvents;* selskabet bemærker i øvrigt, at det ikke var bundet af langsigtede kontrakter, at det har haft vanskeligheder med Olesen, og at de sidste forbindelser, selskabet har haft med dette firma før bruddet, var fuldt ud korrekte. Der har i øvrigt ikke været tale om uovervindelige vanskeligheder for Olesen.

UBC støtter endvidere sit erstatningskrav på det forhold, at Kommissionen er gået ud over grænserne for »normal og rimelig udøvelse af de skønsmæssige beføjelser« navnlig for så vidt angår udøvelsen af en »quasi-judiciel opgave«.

Kommissionen har gentaget de fleste af de argumenter, som den allerede har fremsat under skriftvekslingen.

Det kan bemærkes, at Kommissionen i forbindelse med spørgsmålet om dominerende stilling har imødegået det argument, som UBC søgte at støtte på en personlig opfattelse fra en tjenestemand ved FAO angående det relevante marked. Under henvisning til komparativ ret har Kommissionen endvidere understreget, at de tal, som kan vise, at der er tale om en dominerende stilling, ikke nødvendigvis skal bevise, at der foreligger et monopol; vedrørende den dominerende stilling er det ikke for alvor bestridt, at 40 % af markedet kontrolleres af UBC. I øvrigt skal forekomsten af en dominerende stilling ikke nødvendigvis påvises ved et bestemt prisniveau, men snavere gennem en påvisning af hvor effektiv virksomheden med den pågældende stilling er på markedet.

Kommissionen gentager sine argumenter om prisdiskrimination og mener at have bevist, at der er tale om diskrimination, når den samme vare sælges på samme sted til forskellige priser.

UBC's nægtelse af at levere er allerede blevet beskrevet, men Kommissionen fremhæver, at UBC tilkender sig selv retten til at »insistere« på denne underlige måde for at få mindst lige så megen reklame som konkurrenterne.

Kommissionen anfører angående klausulen om forbud mod videresalg af bananer i grøn tilstand, at denne klausul bør bedømmes, som den blev anvendt forud for Kommissionens beslutning, og at man bør forstå denne klausul således, som den faktisk fungerede.

For så vidt angår diskriminerende priser fastslår Kommissionen, at det er blevet erkendt, at der i visse uger har været tale om prisforskelle, omend kun midlertidige, på mellem 10 og 30 %. Dette er ifølge Kommissionen tilstrækkeligt til, at det må antages, at der er sket en overtrædelse af reglerne i artikel 86. Kommissionens krav har intet at gøre med en priskontrol, og Kommissionen har ikke krævet, at der tages ens priser ved alle salg. Kommissionen gentager

imidlertid, at den samme vare skal sælges til samme pris på samme sted.

Spørgsmålet om urimelige priser bør behandles i forbrugerleddet. Skønt de irske priser stort set dækker UBC's omkostninger, selv om der er blevet noteret visse mindre tab, fremgår det ikke desto mindre af de allerede påtalte diskriminationer, at der har været tale om urimelige priser; dette er tilstrækkeligt i forhold til traktaten, som ikke taler om urimelige fortjenester.

Endelig behandler Kommissionen UBC's svar på de spørgsmål, som Domstolen har stillet, og fremhæver kilden til de tal, som selskabet har anvendt, navnlig den dokumentation, der er indhentet fra visse internationale organisationer. Kommissionen understreger, at den nylige henvisning til rabatter eller nedsættelser med tilbagevirkende kraft, ikke er sket rettidigt.

UBC og *Kommissionen* har svaret på en række spørgsmål, der er stillet af dommerne og generaladvokaten.

Generaladvokaten har fremsat sit forslag til afgørelse i retsmødet den 8. november 1977.

Præmisser

1 Ved stævning, registreret på Domstolens justitskontor den 15. marts 1976, har selskabet United Brands Company, New York (herefter benævnt UBC) og dette selskabs repræsentant United Brands Continental BV, Rotterdam (benævnt UBCBV), nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 17. december 1975, senere offentliggjort i De Europæiske Fællesskabers Tidende L 95/1 af 9. april 1976, hvortil citaterne i nærværende dom henviser;

2 af praktiske grunde vil sagsøgerne i den følgende argumentation blive anført under fællesbetegnelsen UBC.

3 I beslutningens artikel 1 konstateres det, at UBC har overtrådt traktatens artikel 86:

a) ved at forpligte sine forhandlere/modnere, der virker i Tyskland, Danmark, Irland, Nederlandene og BLØU, til ikke at videresælge bananerne fra UBC i grøn tilstand;

b) ved i forbindelse med sine salg af Chiquita-bananer at anvende ulige priser for ydelser af samme værdi over for sine handelspartnere, de forhandlere/modnere, med undtagelse af Scipio-koncernen, der virker i ovennævnte medlemsstater;

c) ved i forbindelse med sine salg af Chiquita-bananer til de kunder, der virker i Tyskland (med undtagelse af Scipio-koncernen), Danmark, Nederlandene og BLØU, at anvende urimelige salgspriser;

d) ved fra den 10. oktober 1973 til den 11. februar 1975 at have standset sine leveringer af Chiquita-bananer til selskabet Th. Olesen i Valby, København, Danmark;

i henhold til artikel 2 pålægges UBC en bøde på 1 mio regningsenheder for de i artikel 1 konstaterede overtrædelser;

5 artikel 3 pålægger UBC:

a) at bringe de i artikel 1 konstaterede overtrædelser til ophør for så vidt det ikke har bragt dem til ophør af sig selv;

b) og med henblik herpå

— uopholdeligt at give sine forhandlere/modnere, som virker i Tyskland, Danmark, Irland, Nederlandene og BLØU, meddelelse om ophævelsen af forbudet mod at videresælge bananerne i grøn tilstand og senest den 1. februar 1976 at give Kommissionen meddelelse herom;

— senest den 20. april og derefter 2 gange årligt (senest den 20. januar og den 20. juli) at give Kommissionen meddelelse om de priser, selskabet i løbet af det foregående halvår har taget af de af sine kunder, der virker i Tyskland, Danmark, Irland, Nederlandene og BLØU.

6 UBC har anlagt sag principalt med påstand om, at beslutningen af 17. december 1975 annulleres, og at Kommissionen dømmes til at betale 1 regningsenhed i erstatning for ideel skade, subsidiært, for det tilfælde at beslutningen opretholdes, med påstand om, at bøden ophæves eller nedsættes;

7 selskabet har til støtte for sine påstande anført otte anbringender:

1) selskabet bestrider Kommissionens fremstilling af det relevante marked, såvel det relevante varemarked som det geografiske marked;

2) det bestrider, at det på det relevante marked har en dominerende stilling i henhold til traktatens artikel 86;

3) det finder, at klausulen om betingelserne for salg af bananer i grøn tilstand er berettiget på grund af kravet om at sikre kvaliteten af det produkt, der sælges til forbrugerne;

4) det vil påvise, at leveringsnægtelsen over for det danske firma Th. Olesen var berettiget;

5) det finder, at det ikke har anvendt diskriminerende priser;

6) det finder, at det ikke har anvendt urimelige priser;

7) det anfører, at den administrative sagsbehandling har været behæftet med mangler;

8) det bestrider bødepålæggelsen og påstår subsidiært bøden nedsat.

8 Efter sagens anlæg har UBC i medfør af traktatens artikel 185 ved særskilt dokument fremsat en begæring om foreløbige forholdsregler, dateret 18. marts 1967, hvori Domstolens præsident anmodes om at udsætte fuldbyrdelsen af beslutningens artikel 3, litra a) og b), 1. led, indtil der er truffet afgørelse i det annullationsspørgsmål, der verserer for Domstolen;

9 ved kendelse af 5. april 1976 har præsidenten ført parternes erklæringer om ændringen af klausulen om videresalg af bananer i grøn tilstand til retsbogen og har bestemt følgende:

»fuldbyrdelsen af artikel 3, litra a) og litra b), 1. led i Kommissionens beslutning af 17. december 1975 (IV/26699) udsættes, indtil der er afsagt dom om realiteten i sag 27/76, for så vidt som sagsøgerne ikke af egen drift har bragt de forhold til ophør, som Kommissionen har påtalt ved artikel 1 i den nævnte beslutning«.

Kapitel I — Forekomst af en dominerende stilling

Afdeling 1 — Det relevante marked

10 Med henblik på bedømmelsen af, om UBC indtager en dominerende stilling på bananmarkedet, må dette marked afgrænses såvel i henseende til den pågældende vare som i geografisk henseende;

11 mulighederne for konkurrence i relation til traktatens artikel 86 må undersøges på grundlag af den pågældende vares karakteristika og ved anvendelse af et bestemt afgrænset geografisk område, hvor varen markedsføres, og hvor konkurrencebetingelserne er tilstrækkeligt homogene til, at virkningen af den pågældende virksomheds økonomiske styrke kan bedømmes.

Paragraf 1. Varemarkedet

12 For så vidt angår varemarkedet bør det først undersøges, om bananer, som hævdet af sagsøger, indgår som en del af markedet for friske frugter, fordi forbrugeren i et vist omfang kan erstatte dem med andre sorter af friske frugter såsom æbler, appelsiner, vindruer, ferskner, jordbær etc., eller om det relevante marked udelukkende er bananmarkedet, der omfatter både mærkede bananer og umærkede bananer og udgør et marked, der er tilstrækkeligt homogent og adskilt fra markedet for andre friske frugter.

13 Til støtte for sin opfattelse gør sagsøger gældende, at bananer konkurrerer med andre friske frugter i de samme forretninger, på de samme hylder og til priser, der kan sammenlignes, fordi der er tale om opfyldelse af de samme behov: de konsumeres som dessert eller som mellemmåltid;

14 de statistikker, der er fremlagt, viser ifølge sagsøger, at forbrugerne køber færrest bananer mellem juni og september, når der er rigeligt med indenlandsk frisk frugt på markedet;

15 undersøgelser foretaget af Fruit and Agriculture Organisation (FAO) (navnlig i 1975) skulle bekræfte, at bananpriserne er relativt lave i sommermånederne, og at f.eks. æblepriserne har en statistisk set signifikant virkning på forbruget af bananer i Forbundsrepublikken Tyskland;

16 ifølge de nævnte undersøgelser kan der observeres et vist prisfald på bananer mod slutningen af året i »appelsinsæsonen«,

17 de sæsonbestemte perioder, hvor der er rigeligt med andre friske frugter, indvirker således ikke alene på bananpriserne, men også på størrelsen af banansalget og følgelig på bananimportens omfang;

18 sagsøger udleder af disse resultater, at bananer og andre friske frugter hører til et og samme marked, og at UBC's handlinger skulle have været undersøgt ud fra denne forudsætning ved afgørelsen af, om traktatens artikel 86 skulle finde anvendelse.

19 Kommissionen hævder, at efterspørgslen på bananer kan adskilles fra efterspørgslen på andre friske frugter, navnlig fordi bananen udgør en vigtig bestanddel af visse befolkningsgruppers kost;

20 bananens særlige egenskaber spiller ifølge Kommissionen ind ved forbrugerens valg, og de medfører, at forbrugeren hverken fuldstændigt eller i væsentligt omfang søger at erstatte bananen med andre frugter;

21 Kommissionen udleder af de af sagsøger anførte undersøgelser, at priserne på eller udbudet af andre frugter har meget ringe indflydelse på priserne på og udbudet af bananer på det relevante marked, og at disse virkninger er alt for begrænsede i tidsmæssig henseende, alt for ringe og alt for almindelige til, at man kan drage den konklusion heraf, at disse andre frugter indgår som substitutionsvarer på det samme marked som bananerne.

22 For at det skal kunne antages, at bananen har et marked, der er tilstrækkeligt adskilt fra markedet for andre frugter, må den kunne individualiseres ved særlige kendetegn, som adskiller den fra andre friske frugter i en sådan grad, at den kun i ringe omfang kan substitueres af disse andre frugter og kun i lidet mærkbart omfang udsættes for konkurrence fra disse frugter.

23 Modningen af bananer foregår året rundt uden hensyn til sæson;

24 produktionen af bananer ligger gennem hele året over efterspørgslen, der nårsomhelst kan imødekommes;

25 som følge af disse særlige forhold er der tale om en frugt med en særlig gunstig stilling, hvis produktion og markedsføring kan tilpasses anden frisk frugts sæsonmæssige udsving, udsving der kendes og kan forudberegnes;

26 eftersom forbrugeren kan købe denne frugt året rundt, er der ikke nogen sæson, hvor det er nødvendigt at udskifte den med andre frugter;

27 da bananen er en frugt, der er på markedet nårsomhelst i tilstrækkelige mængder, skal spørgsmålet om, hvorvidt bananen kan substitueres af andre frugter, afgøres ud fra en periode på et helt år ved beregningen af den grad af konkurrence, der er mellem bananer og andre friske frugter;

28 det fremgår af de undersøgelser over bananmarkedet, der er tilgået sagens akter, at der ikke er nogen signifikant krydselasticitet på lang sigt, og som anført heller ikke nogen generel, sæsonbestemt substituerbarhed mellem bananer og de forskellige årstiders frugter, bortset fra to (ferskner og druer til spisebrug) og kun i et land (Tyskland) inden for det relevante geografiske marked;

29 for så vidt angår de to frugter, der er på markedet hele året (appelsiner og æbler), kan den første ikke substitueres og den anden kun til en vis grad;

30 denne meget ringe grad af substituerbarhed skyldes bananens særlige kendetegn og alle de faktorer, der påvirker forbrugerens valg;

31 bananens udseende, smag, bløde konsistens, mangel på kerner, håndterlighed og konstante produktionsniveau bevirker, at den kan opfylde konstante behov for en betydelig del af befolkningen såsom børn, gamle og syge;

32 for så vidt angår priserne viser to undersøgelser fra FAO, at — faldende — priser på andre frugter (og alene på ferskner og druer til spisebrug) kun påvirker banansalget i sommermånederne, navnlig i juli måned, og her i en størrelsesorden der ikke overstiger 20 %;

33 selv om det ikke kan benægtes, at denne vare i de pågældende måneder og i nogle uger i slutningen af året er udsat for konkurrence fra andre frugter, medfører den betydelige mulighed for at tilpasse størrelsen af importen og markedsføringen af bananer på det relevante geografiske marked, at konkurrencen er meget stærkt begrænset, og at bananpriserne uden større vanskeligheder tilpasser sig de perioder, hvor der er rigeligt med frugt;

34 det fremgår af det anførte, at et stort antal forbrugere, som har et konstant behov for bananer, ikke i udpræget eller blot mærkbart omfang ophører med at købe denne vare, fordi der kommer andre friske frugter på markedet, og at selv det største sæsonbestemte udbud af disse frugter kun påvirker forbruget i begrænset tid og for så vidt angår substitution kun i særdeles begrænset omfang;

35 heraf følger, at bananmarkedet er et marked, der er tilstrækkeligt klart adskilt fra markedet for andre friske frugter.

Paragraf 2. Det geografiske marked

36 Som det geografiske marked, hvor det skal undersøges, om UBC har mulighed for at hindre en effektiv konkurrence, har Kommissionen udvalgt Forbundsrepublikken Tyskland, Danmark, Irland, Nederlandene og BLØU (Den økonomiske Union Belgien Luxembourg);

37 Kommissionen finder, at de økonomiske betingelser i denne del af fællesmarkedet gør det muligt for importører/forhandlere af bananer at markedsføre deres varer på normal vis, uden at UBC i forhold til andre importører/forhandlere er udsat for særlige økonomiske hindringer;

38 omvendt må, ifølge Kommissionen de andre medlemsstater i Fællesskabet (Frankrig, Italien, Det forenede Kongerige) holdes ude fra denne geografiske afgrænsning af markedet, uanset at UBC udøver en omfattende virksomhed i disse stater, idet der dér på grund af importordninger hersker særlige forhold med hensyn til markedsføringsvilkår og udvalget af de dér solgte bananer.

39 Sagsøger gør gældende, at det geografiske marked, hvor en virksomheds økonomiske og handelsmæssige styrke skal bedømmes, kun kan omfatte områder, hvor konkurrencevilkårene er ensartede;

40 Kommissionen har ifølge sagsøger med rette fra det nævnte marked udelukket Frankrig, Italien og Det forenede Kongerige, men den har undladt at tage hensyn til forskellene i konkurrencevilkårene i de andre medlemsstater, idet Kommissionen på grund af disse forskelle burde være

nået til samme resultat i relation til disse stater som i relation til de ovennævnte tre lande;

41 i de pågældende medlemsstater er de tre gældende toldordninger nemlig væsensforskellige: en nultarif i Tyskland for et banankontingent, som dækker størstedelen af efterspørgslen i dette land, en overgangstarif i Irland og Danmark og den fælles ydre toldtarif, det vil sige 20 %, for import til Beneluxlandene;

42 Kommissionen har heller ikke taget hensyn til forbrugervanerne i de enkelte medlemsstater (i Tyskland er det årlige forbrug af frisk frugt per individ 2,5 gange forbruget i Irland og dobbelt så stort som forbruget i Danmark), forskelle i handelsstruktur, i koncentration og i monetær henseende;

43 sagsøger udleder af det anførte, at det af Kommissionen anvendte geografiske marked omfatter områder, hvor konkurrencevilkårene er så forskellige, at de ikke kan antages at udgøre et enkelt marked.

44 Det er en forudsætning for, at artikel 86 kan finde anvendelse på en virksomhed med en dominerende stilling, at der foretages en klar afgrænsning af den væsentlige del af fællesmarkedet, hvor virksomheden er i stand til eventuelt at begå misbrug, der kan hindre en effektiv konkurrence, og hvor konkurrencebetingelserne for den pågældende vare objektivt set skal være ens for alle erhvervsdrivende;

45 Fællesskabet har ikke indført en fælles markedsordning for bananer;

46 følgelig er importordningerne yderst forskellige fra stat til stat og er udtryk for, at de berørte stater hver især fører deres egen handelspolitik;

47 det franske marked er således i medfør af nationale regler begrænset i importleddet ved en særlig importordning og i detailleddet bremset af en detailpris, der kontrolleres af myndighederne;

48 udover visse foranstaltninger vedrørende en årligt fastsat »målpris« (»prix objectif«) samt regler om emballering, sortering og minimumskrav til kvaliteten, er dette marked for omkring 2/3's vedkommende forbeholdt produktionen fra de oversøiske departementer og for 1/3's vedkommende produktionen fra visse lande med særligt gunstige handelsforbindelser til Frankrig (Ghana, Madagaskar, Cameroun), hvorfra bananerne importeres toldfrit, og det styres gennem en ordning, hvis forvaltning er overladt til en »Comité interprofessionnel bananier« (CIB);

49 på markedet i Det forenede Kongerige gælder der »Commonwealth Preferences«, en ordning, der navnlig består i, at der opretholdes et produktionsniveau til fordel for udviklingslandene inden for Commonwealth samt en pris, der betales til producentsammenslutningerne, og som er direkte knyttet til salgsprisen for grønne bananer i Det forenede Kongerige;

50 på det italienske marked er der efter ophævelsen i 1965 af det statsmonopol, der stod for salg af bananer, indført en national kontingenteringsordning, søfartministeriet og det nationale valutakontrolkontor kontrollerer importen og befragtningskontrakter for udenlandske både, der anvendes til bananransport;

51 den nationale ordning for disse tre markeder bevirker, at sagsøgerens bananer ikke konkurrerer på lige fod med andre bananer, der sælges i disse stater, idet disse er omfattet af en præferenceordning, og Kommissionen har med rette undladt at inddrage disse tre nationale markeder i det undersøgte geografiske marked;

52 derimod er der i de seks andre stater et fuldstændig frit marked, selv om der gælder særskilte toldbestemmelser og nødvendigvis forskellige, men ikke diskriminerende transportomkostninger, og konkurrencevilkårene på disse markeder er ens for alle;

53 i henseende til mulighederne for, at den frie konkurrence kan udfolde sig, udgør disse seks stater et område, som er tilstrækkeligt ensartet til, at det kan behandles under ét;

54 UBC har organiseret markedsføringen af sine varer fra sit datterselskab i Rotterdam — UBCBV — som koordinerer salget i hele denne del af fællesmarkedet;

55 transportomkostningerne er ingen reel hindring for den distributionspolitik, som UBC har valgt, og som består i at sælge f.o.r. Rotterdam og Bremerhaven, de to havne, hvor bananerne losses;

56 disse forhold bevirker, at det pågældende marked må anses som et enkelt marked;

57 det følger af det anførte, at det af Kommissionen afgrænsede geografiske marked, som udgør en væsentlig del af fællesmarkedet, skal anses som det relevante marked ved bedømmelsen af, om sagsøger har en dominerende stilling;

Afdeling 2 — UBC's stilling på det relevante marked

58 Kommissionen finder, at UBC indtager en dominerende stilling på det relevante marked, og Kommissionen støtter sig herved på en række faktorer, som tilsammen ubestrideligt skulle give UBC en overlegen stilling i forhold til samtlige konkurrenter, nemlig selskabets markedsandel i forhold til konkurrenterne, antallet af dets forskellige forsyningskilder, den ensartede kvalitet af dets produkt, organisationen af dets produktion og transport, selskabets salgssystem og dets reklamekampagner, dets forskelligartede aktiviteter og endelig dets vertikale integration;

59 Kommissionen finder på grundlag af samtlige disse forhold, at UBC er en virksomhed med en dominerende stilling, der under ét betragtet i vidt omfang kan optræde uafhængigt på det relevante marked, og som i vidt omfang har mulighed for at hindre en effektiv konkurrence fra konkurrenterne, der kun ville kunne opnå de samme fordele ved en betydelig indsats over flere år, et perspektiv, som ikke er opmuntrende, navnlig fordi flere forsøg herpå er mislykkedes;

60 UBC bestrider dette og erklærer, at rigtigheden af dette anbringende ikke på nogen måde er bevist;

61 selskabet hævder, at det, det foretager, kun er at udøve fair konkurrence på priser, kvalitet og service;

62 ifølge UBC ville en objektiv bedømmelse af selskabets markedsandel, forsyningsmuligheder, af den »aggressive« konkurrence fra andre virksomheder, disses ressourcer, deres metoder og integrationsgrad, modnerne/forhandlernes relative frihed, fremkomsten af nye konkurrenter på markedet, visse kunders styrke og størrelse, det lave prisniveau og endog prisfald for bananer samt de tab, selskabet har lidt i de sidste fem år, ved en korrekt analyse have ført til den konklusion, at selskabet hverken i henseende til sin struktur eller sin adfærd besidder de træk, der kendetegner et firma med en dominerende stilling på det relevante marked.

63 Artikel 86 udtrykker det almindelige mål for Fællesskabets virke, der er knæsat ved traktatens artikel 3, stk. 3 litra f): gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes;

64 i den udstrækning samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes, forbyder denne artikel, at en virksomhed misbruger en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet;

65 begrebet dominerende stilling i denne artikel angår den situaton, at en virksomhed indtager en så stærk økonomisk stilling, at den har mulighed for at hindre, at der opretholdes effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den nævnte stilling giver virksomheden vide muligheder for uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder og i sidste instans til forbrugerne;

66 en dominerende stilling skyldes i almindelighed en kombination af flere forhold, som hver for sig ikke nødvendigvis ville være afgørende.

67 For at afgøre, om UBC er en virksomhed med en dominerende stilling på det relevante marked, må der først foretages en gennemgang af selskabets struktur og dernæst en gennemgang af konkurrenceforholdene på det nævnte marked;

68 herved kan det være hensigtsmæssigt om fornødent at tage sådanne forhold i betragtning, som hævdes at udgøre misbrug, uden nødvendigvis at kvalificere dem sådan.

Paragraf 1. UBC's struktur

69 UBC's kapacitet og metoder til produktion, emballering, transport, salg og præsentation af varen bør undersøges successivt;

70 UBC er en virksomhed, der i meget høj grad er vertikalt integreret;

71 denne integration kommer til udtryk i hvert led, fra bananerne forlader plantagen, til de læsses på jernbanevogne eller lastvogne i afskibningshavnene, og udover dette led fører UBC gennem et veritabelt net af repræsentanter kontrol med modning og salgspriser helt frem til modnere/forhandlere og grossister.

72 For så vidt angår produktionsleddet ejer UBC store plantager i Mellem- og Sydamerika;

73 såfremt UBC's egen produktion ikke kan dække selskabets behov, kan selskabet uden vanskelighed købe bananer hos uafhængige plantageejere, eftersom det er ubestridt, at der, hvis der ikke foreligger ekstraordinære omstændigheder, er en overskudsproduktion af bananer;

74 talrige uafhængige producenter er desuden knyttet til UBC i kraft af aftaler om dyrkning, hvilket har medført, at de dyrker sådanne banansorter, som UBC har rådet dem til;

75 virkningerne af naturkatastrofer, som kan afbryde forsyningerne, er stærkt reduceret på grund af den geografiske spredning af plantagerne og på grund af valget af sådanne sorter, som er meget lidt udsatte for sygdomme;

76 dette blev bekræftet af den måde, hvorpå UBC kunne reagere på følgerne af orkanen »Fifi« i 1974;

77 i produktionsleddet har UBC således sikkerhed for at kunne opfylde enhver ordre;

78 for så fidt angår emballering og pakning på stedet råder UBC over fabrikker, arbejdskraft, anlæg og materiale, således at det selv kan behandle varerne;

79 bananerne transporteres fra produktionsstedet til afskibningshavnene ved hjælp af selskabets egne transportmidler, herunder jernbaner.

80 For så vidt angår søtransport er det ubestridt, at UBC er den eneste virksomhed af sin art, der kan transportere 2/3 af sin eksport ved hjælp af sin egen bananflåde;

81 UBC har således sikkerhed for regelmæssigt, uden risiko for, at dets egne skibe skal ligge stille, og uanset markedsvilkårene, at kunne transportere 2/3 af sit gennemsnitlige salg, og selskabet er det eneste, der kan sikre tre regelmæssige ankomster om ugen i Europa, hvilket garanterer selskabet handelsmæssig stabilitet og ro.

82 Takket være stadig videnskabelig og teknisk forskning forbedrer UBC kontinuerligt produktiviteten og udbyttet i plantagerne ved at forbedre drænningssystemet, afhjælpe utilstrækkelige jordbundsforhold og effektivt bekæmpe plantesygdomme;

83 selskabet har udviklet nye modningsmetoder, og UBC's teknikere underviser forhandlerne/modnerne af Chiquita-bananerne i disse metoder;

84 der er også her tale om et forhold, der må lægges til grund ved undersøgelsen af UBC's stilling, idet de konkurrerende firmaer ikke kan gennemføre forskning på tilsvarende niveau og i så henseende er handicappede i forhold til sagsøger.

85 Ved den endelige behandling og ved kvalitetskontrollen er det erkendt, at UBC ikke alene kontrollerer de modnere/forhandlere, som er selskabets direkte kunder, men også de modnere/forhandlere, der arbejder for selskabets større kunders regning såsom Scipio-koncernen;

86 selv om klausulen om forbudet mod videresalg af bananer i grøn tilstand kun var beregnet på at sikre en streng kvalitetskontrol, giver den faktisk UBC en absolut kontrol over al handel med selskabets varer, så længe som de kan handles engros, hvilket vil sige før påbegyndelsen af modningsprocessen, der uundgåeligt medfører, at varerne må sælges forholdsvis hurtigt;

87 denne generelle kvalitetskontrol med en ensartet vare bevirker, at reklame for det pågældende mærke bliver effektiv.

88 UBC har siden 1967 koncentreret hele sin politik på det relevante marked om kvaliteten af selskabets mærkevare, Chiquita-bananer;

89 denne politik giver ubestrideligt UBC kontrol med produktets forarbejdning til spisebananer, uanset at størstedelen af produktet ikke længere tilhører selskabet;

90 denne politik er baseret på en fuldstændig reorganisering af produktion, emballering, transport, modning (nye anlæg med ventilation og køling) og salg (et net af repræsentanter);

91 det er lykkedes for UBC at individualisere dette produkt ved massive og gentagne reklamekampagner og salgsfremstød med det resultat, at det foretrækkes af forbrugeren på trods af prisforskellen mellem umærkede bananer (i størrelsesordenen 30 til 40 %) samt mellem bananer af mærket Chiquita og bananer af andet mærke (i størrelsesordenen 7 til 10 %);

92 selskabet var først til at udnytte de muligheder, der ligger i mærkning i tropelande med henblik på omfattende reklame, hvilket ifølge UBC har »revolutioneret den kommercielle udnyttelse af bananerne« (jf. stævningens bilag II a, s. 10);

93 selskabet har således opnået en privilegeret stilling, idet Chiquita er blevet det førende bananmærke på det relevante marked, hvilket har til følge, at forhandleren ikke kan tillade sig ikke at udbyde disse bananer til forbrugeren.

94 I salgsleddet sikrer denne individualisering — der er velbegrundet, fordi bananer med dette mærke altid har samme kvalitet — selskabet en fast kundekreds, hvilket befæster selskabets økonomiske styrke;

95 det forhold, at selskabets salgsnet kun omfatter et begrænset antal kunder, store koncerner eller forhandlere/modnere, indebærer en forenkling af leveringspolitikken og medfører omfattende besparelser;

96 da selskabet — trods overskudsproduktionen — fører den politik kun lige akkurat at efterkomme ordrer på Chiquita-bananer og undertiden kun i begrænset omfang, er UBC's stilling i salgsleddet særdeles stærk;

Paragraf 2. Konkurrencesituationen

97 UBC er den største banankoncern og stod i 1974 for 35 % af al bananeksport på verdensmarkedet;

98 i det foreliggende tilfælde kan der imidlertid kun tages hensyn til selskabets aktivitet på det relevante marked.

99 For så vidt angår dette marked er parterne uenige om UBC's markedsandel i Forbundsrepublikken Tyskland og om selskabets samlede andel af hele det relevante marked.

100 For det første har UBC anført, at selskabets samlede andel af det relevante marked skal reduceres med den procentdel, som vedrører virksomheden Scipio, der køber selskabets bananer fob i Mellemamerika.

101 Denne procentdel må imidlertid medregnes, fordi Scipio næsten udelukkende modner Chiquita-bananer, hvis forsendelse til Europa koordineres af selskabet Sven Salen, fordi Scipio underkaster sig UBC's tekniske kontrol, fordi der foreligger aftaler om levering og priser mellem disse to koncerner, fordi Scipio overholder forpligtelsen til ikke at videresælge Chiquita-bananer i grøn tilstand, og fordi den pågældende koncern i 30 år aldrig nogen sinde har forsøgt at handle uafhængigt af UBC;

102 der findes samarbejdsaftaler mellem Scipio og UBC, og de to koncerner fører fælles prisaktioner, fælles aktioner for at gøre salgssteder attraktive og fælles reklamekampagner;

103 det bør i øvrigt bemærkes, at Scipio tager samme salgspriser som de andre modnere, UBC leverer til;

104 heraf følger, at der ikke er konkurrence mellem UBC og Scipio.

105 For det andet er det af Kommissionen anført, at UBC har en markedsandel, som Kommissionen skønsmæssigt anslår til 45 %;

106 UBC hævder imidlertid, at denne andel i 1975 er faldet til 41 %.

107 En erhvervsdrivende kan kun have en dominerende stilling på et bestemt varemarked, hvis det er lykkedes den pågældende at opnå en ikke ubetydelig del af dette marked.

108 Uden at gå ind på en diskussion om procentdele, der nødvendigvis må være omtrentligt fastsat, må det anses for godtgjort, at UBC's andel af det relevante marked altid er højere end 40 % og nærmer sig 45 %;

109 denne procentdel er imidlertid ikke i sig selv tilstrækkelig til, at det kan konkluderes, at UBC kontrollerer markedet;

110 den pågældende markedsandel må vurderes i forhold til konkurrenternes styrke og antal.

111 Det skal først fastslås, at den nævnte procent på hele det relevante marked groft set udgør en andel, der er flere gange større end den andel, som besiddes af konkurrenten Castle & Cooke, den bedst placerede konkurrent, medens de øvrige konkurrenter ligger langt bagefter;

112 dette kan sammen med andre allerede anførte forhold anses som et bevis på UBC's styrkemæssige overlegenhed;

113 en virksomhed behøver imidlertid ikke at have fjernet enhver konkurrencemulighed for at indtage en dominerende stilling;

114 i det foreliggende tilfælde var der ved flere lejligheder i 1973 faktisk meget livlig konkurrence, da Castle & Cook på det danske og det tyske marked lancerede omfattende reklamekampagner og salgsfremstød med prisrabatter;

115 samtidig gennemførte Alba en kraftig og massiv nedsættelse af sine priser og tilbød salgsfremmende materiale;

116 for nylig har firmaet Velleman et Tas ført en så intens konkurrence på det nederlandske marked, at priserne er faldet ned under priserne på det tyske marked, hvor de ellers traditionelt ligger lavest;

117 det må imidlertid fastslås, at disse firmaer trods deres anstrengelser ikke i videre omfang har forøget deres markedsandel på de nationale markeder, hvor de satte deres fremstød ind;

118 det skal bemærkes, at disse perioder med konkurrence, som tidsmæssigt og geografisk var begrænset, ikke omfattede hele det relevante marked;

119 selv om de lokale fremstød fra visse konkurrenter kan betegnes som »vilde«, må det fastslås, at UBC fuldt ud har modstået dem, enten ved midlertidigt at tilpasse sine priser (i Nederlandene over for Velleman et Tas) eller ved indirekte at lægge pression på mellemhandlerne;

120 hvis man betragter UBC's stilling på hvert af de pågældende nationale markeder, kan man i øvrigt, hvis man ser bort fra Irland, konstatere, at selskabet direkte, og i Tyskland også indirekte gennem mellemhandleren Scipio, sælger næsten dobbelt så mange bananer som den bedst placerede konkurrent, og at selskabets salgstal ikke går mærkbart ned, selv når nye konkurrenter kommer ind på markedet;

121 UBC har således i kraft af sin økonomiske styrke kunnet fastlægge en alt omfattende og fleksibel strategi, der på hele det relevante marked hindrer, at nye konkurrenter etablerer sig;

122 konkurrenters vanskeligheder ved at få adgang til markedet ligger navnlig i de særligt kapitalkrævende investeringer, der er nødvendige for oprettelse og dyrkning af bananplantager, i behovet for talrige leveringskilder for at undgå virkningerne af sygdomme og uvejr (orkaner, oversvømmelser), oprettelse af de uundværlige forsyningsveje, som distribution af en meget fordærvelig vare kræver, de stordriftsbesparelser, som den nyankomne på markedet ikke med det samme kan opnå, samt de faste omkostninger ved adgangen til markedet, herunder de generelle udgifter ved at komme ind på et marked såsom udgifter til oprettelse af et passende handelsnet, omkostninger ved omfattende reklamekampagner, og på alle disse punkter er der tale om finansielle risici, hvor udgifterne er forgæves, såfremt forsøget mislykkes;

123 selv om konkurrenterne som anført af UBC har mulighed for at anvende de samme produktions- og distributionsmetoder som sagsøger, støder de således mod næsten uoverstigelige praktiske og finansielle hindringer;

124 der er også her tale om et forhold, der er karakteristisk for en dominerende stilling.

125 UBC har imidlertid fremhævet tab, som selskabet skulle have lidt ved salg af bananer fra 1971 til 1976 — medens konkurrenterne skulle have haft fortjeneste — og det udleder heraf, at da selve kernen i en dominerende stilling består i muligheden for at bestemme priserne, taler den omstændighed, at der er lidt tab, imod, at der skulle foreligge en dominerende stilling.

126 En virksomheds økonomiske styrke kan ikke bedømmes på grundlag af dens rentabilitet, og en ringe fortjenestmargen eller endog midlertidige tab er ikke uforenelig med en dominerende stilling, lige så vel som høje fortjenester kan være forenelige med en situation, hvor der foreligger effektiv konkurrence;

127 den omstændighed, at der midlertidigt er tale om manglende eller ringe rentabilitet, må bedømmes konkret i forhold til samtlige UBC's aktiviteter;

128 det er vigtigere at fastslå, at kunderne uanset UBC's eventuelle tab fortsætter med at købe flere varer af UBC, som er den dyreste sælger, hvilket er et karakteristisk træk ved en dominerende stilling, og det er beviset herfor, der er afgørende i det foreliggende tilfælde;

129 de fordele, som UBC har, sikrer således tilsammen selskabet en dominerende stilling på det relevante marked.

Kapitel II — Misbrug af denne dominerende stilling

Afdeling 1 — Adfærden over for modnerne

Paragraf 1. Klausulen om forbud mod videresalg af bananer i grøn tilstand

130 Kommissionen finder, at sagsøger har misbrugt sin dominerende stilling over for modnerne/forhandlerne, for det første ved anvendelse af en i selskabets almindelige salgsbetingelser optaget klausul om forbud for selskabets modnere/ forhandlere mod at videresælge selskabets bananer i grøn tilstand.

131 Kommissionen bemærker desuden, at UBC også har insisteret på, at modnerne/forhandlerne ikke solgte andre bananer end dem, UBC havde leveret, at de ikke videresolgte UBC's bananer til konkurrerende modnere eller til udenlandske handlende, idet selskabet forsikrede, at det havde opstillet samme krav over for de øvrige udenlandske modnere/forhandlere;

132 denne praksis startede i januar 1967, da UBC under mærket »Chiquita« forsøgte at introducere den nye banan »Cavendish Valery« i Europa, som erstattede sorten »Gros Michel«, kendt under mærket »Fyffes«;

133 selv om forbudet mod at videresælge bananer i grøn tilstand ikke altid var skriftligt nedfældet, er det ifølge Kommissionen siden 1967 ikke desto mindre i samtlige de stater, der udgør det relevante marked, blevet nøje håndhævet over for UBC's importører/modnere/forhandlere, herunder Scipio- koncernen;

134 et eksempel på dette forbud sås i december 1973, da UBC nægtede at sælge til det danske firma Olesen, som måtte se sig afvist af samtlige de forhandlere (herunder Scipio-koncernen), det havde rettet henvendelse til med henblik på levering af grønne bananer;

135 udover at denne forpligtelse ifølge Kommissionen indirekte bidrager til at styrke og befæste UBC's dominerende stilling, gør den enhver handel med UBC's grønne bananer, mærkede eller umærkede, næsten umulig såvel inden for en enkelt stat som mellem medlemsstater, og denne klausul har således en tilsvarende virkning som et eksportforbud;

136 denne klausuls virkning forstærkes ifølge Kommissionen yderligere af den politik, som UBC har indført, og som består i, at UBC leverer et kvantum bananer til sine kunder, der er mindre end det kvantum, de har afgivet ordre på, hvorved disse bliver ude af stand til at indlede nogen form for konkurrenceaktion over for prisforskellen mellem de forskellige stater, og hvorved de tvinges til at begrænse sig til deres rolle som modnere;

137 disse forbud og disse former for praksis udgør — stadig ifølge Kommissionen — på én gang et væsentligt led i det omfattende system, der gør det muligt for sagsøger fuldstændig at kontrollere salget af selskabets produkt og at begrænse konkurrencen, og udgør samtidig grundlaget for de tre andre former for misbrug, som UBC er anklaget for;

138 Kommissionen anfører endeligt, at sagsøger først i måneden (31. 1. 1976) efter beslutningen af 17. december 1975, hvori sagsøger blev fundet skyldig i overtrædelse af traktatens artikel 86 (og altså før den 1. 2. 1976, som Kommissionen havde fastsat som sidste frist for sagsøger til at give den meddelelse om ophævelse af forbudet mod at videresælge bananer i grøn tilstand), udsendte en cirkulæreskrivelse til sine kunder på det relevante marked, hvori det blev angivet, at formålet med den pågældende klausul aldrig havde været at forbyde en autoriseret modner at sælge grønne Chiquita-bananer til en anden Chiquita-modner og heller ikke at forbyde videresalg af grønne bananer uden mærke.

139 Som svar på disse klagepunkter anfører sagsøger, at den omtvistede klausul for Belgiens, Danmarks og Nederlandenes vedkommende var formuleret således: »Bananer kan kun videresælges, når de er modne« (den danske klausul præciserer, at man kun kan videresælge bananer af farve nr. 3);

140 klausulen for Nederlandene blev anmeldt til Kommissionen den 15. november 1968 i følgende form: »Salg til konkurrerende bananmodnere, som får leverancer fra os, er ikke tilladt«;

141 sagsøger finder det forbavsende, at Kommissionen ikke har anmodet selskabet om at præcisere og i givet fald ændre ordlyden af salgsbetingelserne med henblik på undersøgelsen af, om selskabet kunne få fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, og udtrykker ligeledes forbavselse over, at det har taget Kommissionen syv år at udarbejde og afslutte den fældende beslutning;

142 denne klausul har ifølge sagsøger kun haft til formål dels at beskytte mærket og altså i sidste instans forbrugerne, idet den sikrede varerne — der var udvalgt og mærket i tropelandene — en særlig høj kvalitet ved at lade disse varer være forbeholdt erfarne modnere, der havde de fornødne modningsanlæg, anvendte højt udviklede tekniske metoder, perfektioneret af UBC's ingeniører, og som accepterede kontrol fra de sidstnævnte, dels at bringe Chiquita-bananerne på markedet, når deres kvalitet er på sit højeste;

143 denne klausul har ifølge sagsøger aldrig været tænkt som, anvendt som eller gennemført som et eksportforbud;

144 det har aldrig været sagsøgers hensigt at anvende sanktioner, såfremt klausulen ikke blev overholdt;

145 sagsøger anfører i øvrigt, at de, der handler med bananer, sælger et halvforarbejdet produkt, der er yderst fordærveligt, og som ifølge sin natur bør modnes med det samme snarere end at sælges videre horisontalt, og at handelen med bananer i grøn tilstand — såfremt den overhovedet eksisterede — kun har kunnet være marginal;

146 en modners opgave er ifølge sagsøger kun at modne bananerne og at distribuere dem til detailhandlerne;

147 bortset fra nogle uger hvert år er modnerens bruttofortjeneste i øvrigt højere end den fortjeneste, som han kunne opnå ved at spekulere i gennemsnitlige prisforskelle mellem de forskellige markeder, og han har således ingen interesse i at indlade sig på horisontale salg af grønne bananer;

148 det eneste tilfælde, hvor klausulen tilsyneladende har spillet en rolle, er tilfældet Olesen;

149 UBC anfører, at dette imidlertid er et særligt tilfælde, der skyldes en strid mellem UBC og dennes danske modner, og denne strid har ingen sammenhæng med anvendelsen af forbudet mod salg af grønne bananer;

150 under alle omstændigheder forekommer det sagsøger »urimeligt og uberettiget«, at selskabet er blevet pålagt at ophæve den pågældende klausul, for da sagsøger ikke har noget eget modningsanlæg — bortset fra Spiers i Belgien, der repræsenterer 3,3 % af modningskapaciteten i »det relevante marked« — vil selskabet ikke længere være i stand til at sikre kvaliteten af dets bananer over for forbrugeren, hvilket vil ødelægge hele selskabets handelspolitik.

151 Domstolens behandling vil begrænse sig til klausulen om forbud mod videresalg af grønne bananer, som denne blev anmeldt til Kommissionen den 15. november 1968, og der vil ikke blive lagt vægt på den klausul, som blev udformet af UBC den 31. januar 1976, dvs. en dato, der lå senere end Kommissionens beslutning.

152 Den i Belgien, Danmark og Nederlandene anvendte klausul forbød, for så vidt som den blev nedfældet skriftligt, videresalg af bananer i grøn tilstand, hvad enten disse var mærkede eller umærkede, og endog videresalg mellem modnere af Chiquita-bananer;

153 UBC har ment, at det i cirkulæreskrivelsen af 31. januar 1976 til samtlige modnere/forhandlere, herunder modnere/ forhandlere i Tyskland, burde præciseres, at klausulen ikke var blevet nedfældet skriftligt for Tysklands vedkommende, og UBC har herved indirekte anerkendt, at klausulen var gældende på det tyske marked, hvor den tydeligt nok har været underforstået eller været nævnt mundtligt;

154 ifølge de almindelige salgsbetingelser fra 1967 »insisterede [UBC] over for sine kunder på, at de skulle sørge for, at de bananer, som de havde i deres besiddelse, ikke blev videresolgt til udenlandske handlende, og selskabet oplyste, at det havde krævet det samme af sine udenlandske kunder for så vidt angår Nederlandene, og at det ikke ville tøve med at træffe de

fornødne foranstaltninger, hvis dette på den ene eller den anden måde ikke blev overholdt«;

155 denne formulering indebærer, at UBC ikke forkastede tanken om at indføre sanktioner over for omtvistede modnere/forhandlere, som ikke rettede sig efter UBC's direktiver, men tværtimod holdt denne mulighed åben som en trussel;

156 der er i øvrigt ingen tvivl om, at Olesen har været udsat for de ubehagelige virkninger af denne klausul, da dette firma — efter UBC's leveringsnægtelse — ønskede at købe Chiquita-bananer hos Scipio og hos autoriserede danske forhandlere;

157 der er tale om en konkurrencebegrænsning, når modneren forpligtes til ikke at videresælge bananer, førend han har modnet dem, og når nævnte modners virksomhed begrænses til forretningsforbindelser alene med detailhandlere;

158 selv om forsøg på at føre kvalitetspolitik er anbefalelsesværdige og lovlige, navnlig når det sker ved at udvælge videreforhandlerne ud fra objektive kriterier angående den pågældendes kvalifikationer, personale og anlæg, kan denne form for praksis kun være berettiget, såfremt den ikke opstiller hindringer, hvis virkning går ud over det mål, der skal nås;

159 selv om disse udvælgelseskriterier er blevet fastsat objektivt og ikke er diskriminerende, har forbudet mod videresalg for autoriserede Chiquita-modnere og forbudet mod videresalg af bananer uden mærke — selv om bananens fordærvelige natur i praksis begrænser mulighederne for videresalg ud over en vis periode — i det foreliggende tilfælde ubestrideligt udgjort et misbrug af en dominerende stilling, idet disse forbud begrænsede afsætningen til skade for forbrugerne og påvirkede samhandelen mellem medlemsstater, navnlig ved at opdele de nationale markeder;

160 denne markedsorganisation, som var UBC's egen, begrænsede modnerne til rollen som leverandører til et lokalt marked og forhindrede dem i at styrke deres forhandlingsposition over for UBC, som i øvrigt yderligere forstærkede sit økonomiske greb om dem ved at levere færre varer til dem, end de havde afgivet ordre på;

161 af det anførte følger, at den omtvistede klausul om forbud mod videresalg af grønne bananer udgjorde en overtrædelse af traktatens artikel 86;

162 den anfægtede beslutning er følgelig begrundet, for så vidt angår dette punkt.

Paragraf 2. Nægtelsen af at fortsætte leveringerne til Olesen

163 Kommissionen finder, at UBC har overtrådt traktatens artikel 86 ved fra 9. oktober 1973 til 11. februar 1975 at have indstillet sine leverancer af Chiquita-bananer til Olesen;

164 leverancerne blev — ifølge et telex af 11. oktober 1973 fra UBC til Olesen — indstillet, fordi denne modner/forhandler havde deltaget i en reklamekampagne for Dole-bananer, der var indledt i Danmark i oktober 1973;

165 Kommissionen har videre anført, at Olesen efter denne indstilling af leverancerne forgæves henvendte sig til 7 andre af UBC's modnere/forhandlere i Danmark, samt til et selskab under Scipio-koncernen i Hamburg for at købe Chiquita-bananer i grøn tilstand;

166 denne situation har ifølge Kommissionen påført Olesen alvorlig skade i form af nedsat salg og tab af flere større kunder, herunder sammenslutningen af danske brugsforeninger (FDB), som købte 50 % af firmaets bananer;

167 Kommissionen har videre oplyst, at UBC og Olesen den 11. februar 1975 indgik en aftale, hvorved UBC forpligtede sig til at genoptage leverancerne af bananer til Olesen og firmaet til at tilbagekalde den klage, det havde indgivet til Kommissionen;

168 Kommissionen anser denne leveringsnægtelse, som ikke kan begrundes objektivt, for en vilkårlig indblanding i Olesens forretningsledelse, som skadede Olesen, og som skulle afholde UBC's modnere fra at sælge bananer af konkurrerende mærker eller i det mindste fra at reklamere for sådanne mærker, forhold, der ifølge Kommissionen udgør en overtrædelse af traktatens artikel 86.

169 Sagsøger hævder, at selskabet følger en distributionspolitik, der er langt mere liberal end dets konkurrenters;

170 selskabets modnere kan frit sælge varer med konkurrerende mærker, reklamere for sådanne varer, reducere deres ordrer, annullere dem samt ophøre med forretningsforbindelsen, når de ønsker det;

171 tilfældet Olesen må ifølge sagsøger ses på baggrund heraf;

172 i 1967 udøvede Olesen, der var blevet den største modner af Chiquita-bananer, ifølge sagsøger pression over for UBC for at opnå særligt gunstige vilkår i forhold til de 7 andre danske modnere, der var autoriseret af sagsøger;

173 da UBC afslog dette, blev Olesen i oktober 1969 eneimportør/forhandler for firmaet Standard Fruit;

174 i 1973 meddelte Standard Fruit på en pressekonference, at Dole-bananerne skulle fortrænge Chiquita-bananerne over hele verden;

175 ifølge sagsøger har Olesen herefter solgt færre og færre Chiquita-bananer og har forsætligt fremmet salget at Dole-bananer, og firmaet var ikke så omhyggelig med modningen af Chiquita-bananerne som med modningen af bananer af andre mærker;

176 ifølge sagsøger må bruddet, som hverken var pludseligt eller uforudseligt, ses på baggrund af dette begivenhedsforløb, hvori indgik forskellige drøftelser, som strakte sig over længere perioder;

177 dette brud var ifølge sagsøger følgelig fuldt ud berettiget, idet en virksomhed, der udsættes for et direkte angreb fra sin største konkurrent, hvem det er lykkedes at gøre en af virksomhedens største og ældste kunder til eneforhandler i hele landet, i egen interesse og af hensyn til konkurrencen ikke har andet valg end at reagere eller at forsvinde fra dette nationale marked;

178 sagsøger tilføjer, at denne berettigede foranstaltning ikke udgjorde et misbrug, for leveringsnægtelsen har ikke skadet den effektive konkurrence på det danske marked, som i slutningen af 1974 på to uger kunne notere et prisfald på 40 % i detailpriserne for Chiquita-bananer som følge af den konkurrence, som de nævnte begivenheder havde fremkaldt;

179 endelig har leveringsnægtelsen over for Olesen ifølge sagsøger ikke påvirket samhandelen mellem medlemsstater, eftersom Dole-bananerne og Chiquita-bananerne blot passerer Tyskland, henholdsvis fra Hamburg og Bremerhaven;

180 denne handel er derfor ifølge sagsøger ikke handel inden for Fællesskabet, men i virkeligheden samhandel mellem Danmark og de tredjelande, hvor bananerne kommer fra;

181 af samtlige disse grunde, og eftersom leveringsnægtelsen ikke i sig selv udgør noget specifikt retsbrud, finder sagsøger, at den konstaterede overtrædelse under dette punkt savner fornødent grundlag.

182 Under hensyn til disse modstridende opfattelser må det straks fastslås, at en virksomhed, der har en dominerende stilling hvad angår distribution af en vare — og som udnytter prestigen ved et mærke, der er velkendt og værdsat af forbrugerne — ikke kan indstille sine leveringer til en gammel kunde, som overholder handelssædvanerne, når denne kundes ordrer på ingen måde er unormale;

183 en sådan adfærd vil være i strid med de mål, der er fastlagt ved traktatens artikel 3, litra f, og nærmere angivet i artikel 86, navnlig i litra b) og c), eftersom leveringsnægtelsen ville begrænse afsætningen til skade for forbrugerne og skabe en forskelsbehandling, som i sidste instans kunne føre til, at en handelspartner blev fjernet fra det pågældende marked;

184 det skal derfor undersøges, om UBC's indstilling af leverancerne i oktober 1973 var berettiget;

185 den anførte begrundelse findes i et brev af 11. oktober 1973 fra sagsøger, hvori selskabet klart bebrejder Olesen, at dette firma har deltaget i et salgsfremstød for en af UBC's konkurrenter;

186 UBC har senere til denne begrundelse føjet en række andre ankepunkter, såsom det forhold, at Olesen var enerepræsentant på det danske marked for UBC's største konkurrent;

187 denne situation var ikke ny, eftersom den gik tilbage til 1959, og under alle omstændigheder var den ikke i strid med handelens sædvanlige loyalitetskrav;

188 sammenfattende må det fastslås, at UBC ikke har fremsat noget relevant argument til støtte for leveringsnægtelsen;

189 selv om det, som anført af sagsøger, ikke kan antages, at indtagelse af en dominerende stilling fratager en virksomhed, der befinder sig i en sådan stilling, dens ret til at beskytte sine egne handelsinteresser, når disse angribes, og selv om denne virksomhed i rimeligt omfang må tilstås mulighed for at træffe sådanne foranstaltninger, som den finder egnet til at beskytte sine nævnte interesser, er en sådan adfærd til gengæld ulovlig, når dens formål netop er at styrke og misbruge denne dominerende stilling;

190 selv om det kan tiltrædes, at virksomheden skal have mulighed for at gå til modangreb, skal et sådant under hensyntagen til de pågældende virksomheders økonomiske styrke stå i et rimeligt forhold til truslen;

191 det forhold, at en virksomhed i en dominerende stilling har anvendt leveringsnægtelse som sanktion, går ud over, hvad der eventuelt og med rimelighed kunne forudses som sanktion over for en sådan optræden som den, UBC bebrejdede Olesen;

192 UBC kunne nemlig ikke være uvidende om, at selskabet herved ville afholde sine øvrige modnere/forhandlere fra at reklamere for andre mærker, og at det eksempel, som var givet ved sanktionen over for en af modnerne, yderligere ville forstærke selskabets stærke stilling på det pågældende marked;

193 en sådan adfærd begrænser derfor alvorligt små og middelstore virksomheders uafhængighed i deres forretningsforbindelse med virksomheden i den dominerende stilling, og herved deres ret til at foretrække konkurrenternes produkter;

194 i det foreliggende tilfælde vil en sådan adfærd føre til en betydelig ændring af konkurrencevilkårene på det relevante bananmarked, idet kun de firmaer vil kunne overleve, der er afhængige af den dominerende virksomhed.

195 Sagsøgers argument om, at prisfaldet på 40 % for bananer på det danske marked viste, at konkurrencen var upåvirket af leveringsnægtelsen over for Olesen, kan ikke godkendes;

196 dette prisfald skyldes nemlig udelukkende den meget hårde konkurrence — på det pågældende tidspunkt karakteriseret som »banankrig« —, som de to multinationale selskaber UBC og Castle and Cooke havde kastet sig ud i.

197 Sagsøger hævder, at leveringsnægtelsen ikke har kunnet indvirke på samhandelen inden for Fællesskabet, fordi samtlige de bananer, der kommer fra tredjelande (Latinamerika), og som blot passerer landene i fællesmarkedet, før de kommer til den medlemsstat, hvor de konsumeres, ikke indgår i samhandelen inden for Fællesskabet.

198 Hvis dette var korrekt, ville hele UBC's europæiske handel med varer fra tredjelande være unddraget fællesskabsretten;

199 da leverancerne til Olesen blev indstillet, var det faktisk umuligt for dette firma at købe Chiquita-bananer i Bremerhaven og følgelig at importere de samme mængder bananer til Danmark som før den trufne foranstaltning.

200 Olesen var nødt til at købe bananer af andre mærker uden for Danmark og importere disse til Danmark;

201 når indehaveren af en dominerende stilling, som er hjemmehørende i fællesmarkedet, søger at fjerne en konkurrent, der ligeledes er hjemmehørende

her, er det desuden uden betydning, om denne adfærd vedrører samhandelen mellem medlemsstater, når det står fast, at fjernelsen af en konkurrent vil have virkning på konkurrencestrukturen i fællesmarkedet;

202 heraf følger, at nægelsen af at levere til en fast og gammel kunde, som køber med henblik på videresalg i en anden medlemsstat, vil påvirke de normale handelskanaler og have en mærkbar virkning på samhandelen mellem medlemsstater;

203 beslutningens konklusion, hvorefter UBC har overtrådt traktatens artikel 86 ved at nægte at levere til Olesen, er således berettiget.

Afdeling 2 — Prispolitikken

Paragraf 1. Diskriminerende priser

204 Samtlige de bananer, som UBC markedsfører på det relevante marked under mærket Chiquita, har samme geografiske oprindelse, er af samme sort (Cavendish-Valery) og af næsten samme kvalitet;

205 de udlosses i 2 havne, Rotterdam og Bremerhaven, hvor losseomkostningerne kun afviger nogle få procent af en dollar pr. karton med 20 kg, og de videresælges, bortset fra salg til Scipio og i Irland, på samme salgs- og betalingsbetingelser efter at være læsset på købernes jernbanevogne eller lastbiler, idet prisen pr. karton gennemsnitligt ligger på mellem 3 og 4 dollar og i 1974 gik op til 5 dollar;

206 transportpriserne fra lossehavnene til modningsstederne og den eventuelle told, der skal betales ifølge den fælles ydre toldtarif, afholdes af køber, bortset fra købere i Irland;

207 under disse omstændigheder måtte det forventes, at samtlige kunder, der foretog køb i Rotterdam og Bremerhaven, ville få tilbudt samme pris af UBC ved køb af Chiquita-bananer.

208 Kommissionen bebrejder sagsøger, at selskabet hver uge for de bananer, der sælges under mærke — uden objektiv begrundelse — har anvendt en salgspris, som varierer betydeligt alt efter den stat, hvor kunderne er etableret;

209 denne politik, hvorefter der tages forskellige priser for de forskellige medlemsstater, hvortil bananerne skal sendes, har ifølge Kommissionen i alt fald siden 1971 været anvendt over for kunder i Forbundsrepublikken Tyskland, Nederlandene og BLØU, samt fra januar 1973 over for danske kunder og fra november 1973 over for irske kunder;

210 de maksimale ugentlige forskelle, der er konstateret mellem to bestemmelsessteder, har ifølge Kommissionen i årsgennemsnit været 17,6 % i 1971, 11,3 % i 1972, 14,5 % i 1973 og 13,5 % i 1974;

211 ifølge Kommissionen udgjorde de største ugentlige forskelle (pris pr. karton) mellem tyske kunder på den ene side og belgisk-luxembourgske og nederlandske kunder på den anden side:

— 32 % og 27 % i 1971

— 21 % og 30 % i 1972

— 18 % og 43 % i 1973

— 25 % og 54 % i 1974

og mellem danske kunder på den ene side og belgisk-luxembourgske og nederlandske kunder pa den anden side:

— 24 % og 54 % i 1973

— 16 % og 17 % i 1974;

212 den pris, der blev forlangt af de belgiske kunder, var ifølge Kommissionen i gennemsnit 80 % højere end den pris, der blev betalt af de irske kunder;

213 den højeste prisforskel er ifølge Kommissionen 138 % mellem den pris franco Rotterdam, som UBC afkrævede sine irske kunder, og den pris f.o.r. Bremerhaven, som selskabet afkrævede de danske kunder, således at den pris, som de danske kunder betalte, var 2,38 gange større end den pris, som de irske kunder betalte;

214 Kommissionen har bedømt disse forhold som misbrug af en dominerende stilling, idet UBC over for visse handelspartnere har anvendt ulige betingelser for ensartede ydelser, hvorved de nævnte partnere er blevet ringere stillet i konkurrencen.

215 Sagsøger har udtalt, at selskabets priser er bestemt af markedskræfterne, og at priserne derfor ikke kan være diskriminerende;

216 i øvrigt har den gennemsnitlige prisforskel for Chiquita-bananer på de pågældende nationale markeder ifølge sagsøger kun udgjort 5 % i 1975;

217 prisen beregnedes ifølge sagsøger hver uge således, at den så vidt muligt genspejlede den skønnede markedspris for modne Chiquita-bananer i den følgende uge på hvert nationalt marked;

218 denne pris, der blev fastsat af Rotterdam-ledelsen efter drøftelser og forhandlinger mellem sagsøgers lokale repræsentanter og modnerne/forhandlerne, måtte ifølge sagsøger nødvendigvis fastsættes under hensyn til den særlige konkurrencesituation, som forelå i det land, hvor de pågældende modnere/forhandlere havde deres virksomhed;

219 prisen var således ifølge sagsøger objektivt berettiget, idet den var fastsat på grundlag af den skønnede gennemsnitlige markedspris;

220 prisforskellene skyldtes ifølge sagsøger ukonstante markedsfaktorer såsom vejrlig, forskellige mængder af sæsonfrugter på de forskellige markeder, forbrugervaner, ferier, strejker, nationale foranstaltninger, forskellige valutakurser;

221 kort sagt krævede Kommissionen af sagsøger, at selskabet traf egnede foranstaltninger til oprettelse af et enhedsmarked for bananer, selv om selskabet ikke havde mulighed for at opfylde dette krav;

222 så længe fællesskabsinstitutionerne ikke har truffet de foranstaltninger, der er nødvendige for at indføre et enhedsmarked for bananer, så længe de for-

skellige markeder forbliver nationale og bestemmes af deres respektive forhold mellem udbud og efterspørgsel på de pågældende markeder, vil det ifølge sagsøger være umuligt at undgå prisforskelle mellem disse markeder.

223 Det fremgår af de svar, som UBC har givet på Kommissionens anmodning om oplysninger (breve af 14. 5., 13. 9., 10 og 11. 12. 1974 og af 13. 2. 1975), at UBC hver uge for de bananer, selskabet sælger under mærket Chiquita, over for sine kunder fastsætter en salgspris, som differerer med de af Kommissionen anførte procentsatser, alt efter den medlemsstat, hvor kunderne udøver deres virksomhed som modnere/ forhandlere;

224 prisforskellene kan i visse uger andrage 30 til 50 %, selv om de leverede ydelser er ens (bortset fra Scipio-koncernen, om hvilken det skal anføres, at de bananer, der forlader Scipios modnerier, sælges til samme pris som de bananer, der sælges af uafhængige modnere);

225 de bananer, der sælges af UBC, kommer nemlig fra de samme både, de er losset til samme omkostninger i Rotterdam eller Bremerhaven, og prisforskellene vedrører næsten de samme mængder bananer af samme sort, af ensartet modningsgrad, af næsten identisk kvalitet, der sælges under det samme mærke Chiquita på samme salgs- og betalingsbetingelser, og de læsses derefter på transportmidler tilhørende køberne, som i øvrigt skal afholde udgifter til told, afgifter og transport fra de nævnte havne;

226 denne diskriminerende prispolitik er blevet anvendt af UBC over for kunder i Tyskland, Nederlandene og BLØU fra 1971, hvortil fra begyndelsen af 1973 er kommet de danske og fra november 1973 de irske kunder;

227 selv om det ikke påhviler sagsøger at gennemføre enhedsmarkedet for bananer, er selskabet kun berettiget til at forsøge at tage, »hvad markedet kan bære«, såfremt selskabet overholder de i traktaten nedfældede regler om regulering og koordinering af markedet;

228 det er ikke unormalt, at forskelle med hensyn til transportomkostninger, afgifter, told, arbejdsløn, markedsføringsvilkår, forskelle i valutakurser og intensiteten i konkurrencen kan føre til forskelligt prisniveau ved videresalg i detailleddet i de forskellige medlemsstater, men der er i det hele tale om forhold, som UBC kun skal tage i betragtning, eftersom selskabet sælger et

fuldstændigt identisk produkt på samme sted til forhandlere/modnere, som — alene — skal bære alle risici på forbrugermarkedet;

229 loven om udbud og efterspørgsel må efter sin natur kun anvendes i det led, hvor den rent faktisk har virkning;

230 markedsmekanismerne ændres, såfremt prisen ikke beregnes ud fra udbudet og efterspørgslen mellem sælger (UBC) og køber (modnerne/forhandlerne), men såfremt der springes et led over, og prisen beregnes ud fra udbud og efterspørgsel mellem sælger og den endelige forbruger;

231 UBC kunne således på grund af sin dominerende stilling og på grundlag af oplysninger fra sine lokale repræsentanter rent faktisk påtvinge mellemhandleren sin salgspris, og denne pris samt »den tildelte ugentlige kvote« blev bananskibets ankomst til havn;

232 disse priser, der diskriminerer efter medlemsstater, udgjorde ligeså mange hindringer for de frie varebevægelser, og deres virkning er blevet forstærket af klausulen om forbud mod viderersalg af bananer i grøn tilstand og af begrænsningen af leverancerne i forhold til de afgivne bestillinger;

233 der blev således indført en effektiv opdeling af de nationale markeder med kunstige forskelle i prisniveauerne, hvilket stillede visse forhandlere/modnere ringere i konkurrencen, som således blev fordrejet i forhold til den konkurrencesituation, der burde have foreligget;

234 følgelig udgjorde UBC's politik med uens priser et misbrug af en dominerende stilling, idet den gjorde det muligt for UBC over for handelspartnere at anvende ulige betingelser for ensartede ydelser, således at disse blev stillet ringere i konkurrencen.

Paragraf 2. Urimelige priser

235 Kommissionen finder, at UBC også har misbrugt sin dominerende stilling ved over for tyske kunder (med undtagelse af Scipio-koncernen), danske kunder, nederlandske kunder og kunder i BLØU at tage urimelige salgs-

priser, i det foreliggende tilfælde priser, som Kommissionen har karakteriseret som »overdrevent høje i forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse«;

236 UBC har i kraft af sin politik med opdeling af det relevante marked ifølge Kommissionen kunnet håndhæve priser for Chiquita-bananer, der er beskyttet mod effektiv konkurrence, og som for en så omfattende konsumeret fødevare ofte udviste store forskelle, der ikke kunne begrundes objektivt;

237 disse forskelle viser ifølge Kommissionen, at de højeste priser er for høje i forhold til de laveste priser, så meget desto mere som disse sidste er rentable;

238 Kommissionen har på grundlag af et brev af 10. december 1974 fundet det berettiget uden en gennemgang af UBC's omkostningsstruktur at anse de priser, der blev anvendt over for de irske kunder, som vejledende, og forskellen mellem priserne cif Dublin ab Rotterdam og de andre priser, som UBC anvendte ved salg f.o.r. Rotterdam eller Bremerhaven, dækkede ifølge Kommissionen over en fortjeneste af samme størrelsesorden som nævnte forskel;

239 de priser, UBC har anvendt over for sine tyske kunder (med undtagelse af Scipio-koncernen), samt over for kunder i Danmark, Nederlandene og BLØU, er ifølge Kommissionen klart højere og undertiden over 100 % højere end de priser, der er anvendt over for de irske kunder, og de giver selskabet en meget stor fortjeneste, der er for stor i forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse;

240 betydningen af det anførte forstærkes ifølge Kommissionen yderligere af, at der er en prisforskel på 30 til 40 % mellem Chiquita-bananer og ikkemærkede bananer, skønt de sidstnævntes kvalitet kun er en smule ringere end kvaliteten af mærkede bananer, og af, at UBC's største konkurrenter sælger bananer uden mærke og af tilsvarende kvalitet til en lavere pris og alligevel er rentable virksomheder;

241 på denne baggrund finder Kommissionen det begrundet, at der foretages en prisnedsættelse på mindst 15 % i forhold til de priser, som UBC har

anvendt over for sine kunder på det relevante marked, undtagen de irske kunder, fordi de urimelige priser, der er anvendt, udgør et misbrug fra UBC's side af en dominerende stilling.

242 Sagsøger — som bestrider Kommissionens opfattelse — fremhæver, at bananpriserne er meget lave i alle led af bananhandelen, og belyser dette ved et eksempel, ifølge hvilket en ton bananer imorteret til Tyskland i 1956 kostede 697 DM, medens prisen i 1973 var faldet til 458 DM, hvilket svarer til et fald på 50 % i reelle priser;

243 den argumentation, Kommissionen har fremført som bevis for, at UBC tager for høje priser, er ifølge sagsøger forfejlet, fordi den støttes på brevet af 10. december 1974 — hvorefter »UBC solgte bananer til de irske modnere til priser, som gav selskabet en betydeligt mindre fortjeneste end i visse andre medlemsstater« — et brev som blev udformet før den 31. december 1974, datoen for afslutningen af regnskabsåret, og som sagsøger har gendrevet ved to forskellige lejligheder, og ifølge sagsøger fremgår det af et dokument, der er vedlagt stævningen, at UBC's priser i Irland har givet selskabet tab;

244 det er derfor vilkårligt at gå ud fra de irske priser, som selskabet anvendte gennem nogle måneder for at komme ind på det irske marked, der i 1974 kun udgjorde 1,6 % af den samlede import på hele det relevante marked, ved beregningen af de fortjenester, som selskabet ifølge Kommissionen skulle have haft på det øvrige relevante marked og i tidligere år, skønt de anvendte priser ikke gjorde det muligt at opnå fortjeneste på det relevante marked fra 1970 til 1974 inklusive;

245 sagsøger finder, at prisforskellen mellem mærkede bananer og umærkede bananer er berettiget, fordi de forholdsregler, der tages fra plukningen til salget til forbrugeren, fuldt ud forklarer denne forskel;

246 sagsøger har i øvrigt bestræbt sig på at påvise, at der findes reelle kvalitetsforskelle mellem Chiquita-bananer og bananer af andre mærker, og at prisforskellen — i gennemsnit 7,4 % fra 1970 til 1974 — var begrundet;

247 pålægget om at nedsætte priserne med 15 % forekommer sagsøger uforståeligt, idet det drejer sig om priser, der svinger fra uge til uge på hele det

relevante marked, og uigennemførligt, fordi en så stor nedsættelse ville føre til, at UBC måtte sælge bananer, der er af en højere kvalitet end konkurrenternes, til priser, der ligger under disse priser.

248 Det forhold, at en virksomhed i en dominerende stilling direkte eller indirekte påtvinger urimelige købs- eller salgspriser, udgør et misbrug, der vil kunne rammes i medfør af traktatens artikel 86;

249 det skal derfor undersøges, om indehaveren af denne stilling har udnyttet de muligheder, den indbærer, til at opnå handelsfordele, som den pågældende ikke kunne have opnået, såfremt der havde foreligget en normal og tilstrækkeligt effektiv konkurrence;

250 et sådant misbrug ville i det foreliggende tilfælde bestå i anvendelse af en for høj pris, som ikke stod i rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse;

251 spørgsmålet, om grænsen for det rimelige er overskredet, ville for eksempel kunne bedømmes objektivt ved hjælp af en sammenligning mellem salgsprisen for den pågældende vare og varens produktionspris, en sammenligning som ville vise fortjenstmargenens størrelse, men Kommissionen har imidlertid ikke gjort dette, da den ikke har foretaget en gennemgang af UBC's omkostningsstruktur;

252 det skulle i så fald derefter bedømmes, om der består et urimeligt forhold mellem de faktisk afholdte omkostninger og den faktisk opkrævede pris og i bekræftende fald undersøges, om der er tale om påtvingelse af en pris, som enten i sig selv eller i forhold til prisen for konkurrerende varer er urimelig;

253 andre metoder er mulige — og den økonomiske teori har da også opstillet flere sådanne — som angiver kriterierne for, hvornår prisen for en vare er urimelig;

254 selv om det må anerkendes, at der er ikke ubetydelige og undertiden meget store vanskeligheder forbundet med at finde frem til en produktionspris, hvilket undertiden kan indebære en skønsmæssig fordeling af de indirekte

omkostninger og af de generelle udgifter, og som kan frembyde betydelige variationer efter virksomhedens størrelse, dens mere eller mindre sammensatte karakter, det geografiske område den dækker, forskelligartetheden af dens produktion, antallet af datterselskaber og disses indbyrdes forhold, synes produktionsprisen for bananer ikke at frembyde uoverstigelige vanskeligheder;

255 i det foreliggende tilfælde fremgår det nemlig af en undersøgelse af 10. februar 1975 fra United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) at strukturen for produktion, emballering, transport, markedsføring og distribution af bananer kunne have muliggjort en tilnærmelsesvis beregning af produktionsomkostningerne for denne frugt og følgelig gjort det muligt ud fra salgsprisen til modnerne/forhandlerne at bedømme, om prisen var for høj;

256 det måtte ihvertfald påhvile Kommissionen at afkræve UBC oplysninger om alle de faktorer, der indgår i selskabets produktionspris;

257 indholdet af de af UBC fremlagte dokumenter kunne eventuelt have været bestridt, men dette ville i givet fald have været et bevisspørgsmål;

258 ud fra en undersøgelse af de — ifølge Kommissionen for store — forskelle mellem priserne i de forskellige medlemsstater, sammenholdt med den ovenfor omtalte diskriminerende prispolitik, slutter Kommissionen, at UBC har taget for høje priser;

259 Kommissionen støtter sin konklusion på sagsøgers brev af 10. december 1974, hvori det blev erkendt, at margenen ved salg af bananer til irske modnere var betydeligt mindre end i visse andre medlemsstater, og Kommissionen har heraf udledt, at forskellene mellem priserne cif Dublin ab Rotterdam og de andre priser, som UBC har anvendt ved sine salg f.o.r. Rotterdam eller Bremerhaven, dækkede over en fortjeneste af tilsvarende størrelsesorden;

260 da Kommissionen konstaterede, at de priser, der blev anvendt over for modnerne i de andre medlemsstater, var klart højere, undertiden 100 % højere end de priser, der blev anvendt over for de irske kunder, konkluderede den, at UBC's fortjeneste var meget høj.

261 Kommissionen har imidlertid i denne argumentation undladt at tage hensyn til flere breve fra UBC, som var ledsaget af et fortroligt dokument, der dementerer indholdet af brevet af 10. december 1974 og som angiver, at de priser, der er taget i Irland, gav selskabet tab;

262 sagsøger tilføjer, at dets priser på det relevante marked ikke har muliggjort nogen fortjeneste for selskabet i de sidste fem år, bortset fra 1975;

263 disse udtalelser fra sagsøger underbygges ikke af godkendte koncernregnskaber for UBC-koncernen og heller ikke af koncernregnskaber for det relevante marked;

264 uanset hvilke forbehold, der må tages over for det af UBC oplyste (og navnlig det allerede nævnte dokument, hvori der uden støtte af bevis er anført »tab« for det irske marked i 1974), er det ikke desto mindre Kommissionen, som skal bevise, at sagsøger har taget urimelige priser;

265 på grund af UBC's benægtelse, som Kommissionen ikke har imødegået i fornødent omfang, må det antages, at de beregningsgrundlag, som Kommissionen har anvendt til at påvise for høje priser, kan kritiseres, og at der vedrørende dette konkrete punkt består en tvivl, som må komme sagsøger til gode, så meget desto mere som bananpriserne, udregnet i faste priser, i næsten 20 år ikke er steget på det relevante marked;

266 selv om der ganske vist er forskel mellem prisen for Chiquita-bananer og prisen for bananer fra UBC's største konkurrenter, er denne forskel omkring 7 %, en procentsats, der ikke er bestridt, og som ikke uden videre kan antages at være for høj og derfor heller ikke urimelig;

267 under disse omstændigheder må det antages, at Kommissionen ikke i fornødent omfang har ført bevis for de faktiske omstændigheder og de bedømmelser, den har støttet sig på, da den fandt UBC skyldig i direkte eller indirekte at have påtvunget urimelige priser ved dets salg af bananer;

268 artikel 1, litra c) i beslutningen bør følgelig ophæves.

Kapitel III — Om mangler ved sagsbehandlingen

Afdeling 1 — Klagepunkter vedrørende krænkelse af forsvarets rettigheder

269 Sagsøger har beklaget sig over den hastighed, hvormed den officielle administrative sagsbehandling er afviklet, over materielle fejl i meddelelsen om klagepunkter, som selskabet har gjort opmærksom på over for Kommissionen, og som ikke er blevet rettet — såsom de påståede fortjenester i Irland —, over den kortfattede eller tvetydige affattelse af begrundelsen for visse klagepunkter, såsom klagepunktet om urimelige priser, og sagsøger finder, at Kommissionens adfærd har krænket forsvarets rettigheder.

270 Artikel 11 i Kommissionens forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 anbefaler Kommissionen at »tage ... den tid, der er nødvendig til udfærdigelsen af bemærkninger ... i betragtning ...«, og foreskriver, at »fristen ... ikke [kan] sættes til mindre end to uger«;

271 efter en indledende undersøgelse af omkring et års varighed blev den administrative sagsbehandling påbegyndt den 19. marts 1975;

272 UBC har haft to måneder (fra 11. 4. 1975 til 12. 6. 1975) til at afgive sine indlæg, og UBC har selv anmodet om høringen af 24. juni 1975, der fandt sted i henhold til artikel 19, stk. 2 i forordning nr. 17 af 6. februar 1962;

273 det fremgår af disse datoer, at sagsbehandlingen er blevet gennemført inden for de normale frister, og den kan ikke kritiseres for at have været forhastet.

274 For så vidt angår anbringendet om utilstrækkelig begrundelse af klagepunkterne, bestemmer artikel 4 i forordning nr. 99/63, at Kommissionen i sine beslutninger kun kan tage sådanne klagepunkter i betragtning, om hvilke adressaten har haft lejlighed til at udtale sig;

275 beslutningens grunde opfylder dette krav, idet de kortfattet, men dog klart, angiver de væsentlige af de forhold, som Kommissionen har lagt til grund for sin beslutning;

276 i sin meddelelse af 19. marts 1975 har Kommissionen klart anført de væsentlige af de forhold, som har ligget til grund for de omtalte klagepunkter, og den har angivet, i hvilket omfang UBC indtager en dominerende stilling og har misbrugt denne;

277 følgelig kan det ikke tiltrædes, at parternes ret til at forsvare sig er blevet krænket ved sagsbehandlingen for Kommissionen;

278 for så vidt angår de andre klagepunkter vedrører disse realiteten;

279 følgelig kan der ikke gives sagsøger medhold i dette anbringende.

Afdeling 2 — Sagsøgers krav om erstatning

280 Sagsøger har beklaget sig over, at Kommissionen har indtaget en partisk holdning under sagens behandling;

281 sagsøger har til støtte herfor anført følgende grunde: Kommissionen har overdrevet de af den konstaterede prisforskelle mellem landene, den har givet en fejlagtig beskrivelse af selskabets fremskridt på det irske marked, den har givet et vildledende referat af en undersøgelse fra FAO vedrørende konkurrencen mellem bananer og sommerfrugter, den har anført at »bananer kan kun transporteres i grøn tilstand«, og den har givet ukorrekte oplysninger om nedskæringen i leverancerne til Olesen.

282 Undersøgelsen af, om disse kritikpunkter er korrekte, henhører under sagens realitet, og parterne har afgivet længere indlæg herom;

283 der er intet, der gør det muligt at fastslå, at Kommissionen skulle have fremsat tendentiøse citater.

284 Sagsøger erklærer at have lidt et ideelt tab derved, at en repræsentant fra Kommissionen før vedtagelsen af beslutningen har udtalt sig nedsættende til en avis om UBC's handelsmæssige adfærd, hvilke udtalelser blev gengivet i verdenspressen og lod det fremstå som godtgjort, at de påtalte overtrædelser

var begået, skønt de pågældende endnu ikke var fremkommet med deres indsigelser;

285 som følge heraf var Kommissionen ifølge sagsøger ikke længere i stand til at afgive en neutral bedømmelse af sagens faktiske omstændigheder og af de af sagsøger fremsatte argumenter.

286 Der er intet i sagens akter, der kan støtte en formodning om, at den anfægtede beslutning ikke ville være blevet truffet eller ville have haft et andet indhold, såfremt de omtvistede udtalelser, der i sig selv er beklagelige, ikke var blevet fremsat;

287 der er intet, der tyder på, at Kommissionen har indtaget en holdning, som skulle have kunnet ændre sagens normale forløb;

288 under disse omstændigheder kan der ikke gives sagsøger medhold i kravet om erstatning.

Kapitel IV — Sanktioner

289 Til støtte for at pålægge en million regningsenheder for de fire overtrædelser, som Kommissionen har fundet UBC skyldig i, har Kommissionen samtidig med at anføre, at selskabet »i det mindste [har] udvist uagtsomhed«, taget hensyn til overtrædelsernes grovhed, deres varighed og til virksomhedens størrelse.

290 For så vidt angår overtrædelsernes grovhed har Kommissionen betragtet dem i deres økonomiske og juridiske sammenhæng og har herved fastslået deres indbyrdes forbindelse og deres virkninger, som klart var i strid med målsætningen om integration af markederne, og har taget hensyn til det forhold, at bananen er en vare med et stort forbrug.

291 For så vidt angår overtrædelsernes varighed har Kommissionen fundet, at forbudet mod at videresælge bananer i grøn tilstand kun skal lægges til grund for perioden fra januar 1967 til 15. november 1968, da Kommissionen modtog anmeldelsen om de almindelige salgsbetingelser for Nederlandene;

292 heraf skulle følge, at UBC med hensyn til sine handlinger efter 15. november 1968, der har ligget inden for rammerne af den erhvervsudøvelse, som anmeldelsen vedrører, ikke har handlet uagtsom, og der er i øvrigt heller ikke pålagt bøde for disse senere handlinger;

293 under behandlingen den 5. april 1976 af begæringen om foreløbige forholdsregler noterede Kommissionen sig ændringen af den omtvistede klausul, men fandt samtidig, at denne ændring burde være foretaget tidligere.

294 Ifølge Kommissionen varede UBC's leveringsstandsning af Chiquita-bananer til Olesen fra 10. oktober 1973 til 11. februar 1975, og Kommissionen har anført, at den har taget i betragtning, at UBC af egen drift ophørte med denne overtrædelse.

295 Prispolitikken er blevet anvendt i det mindste fra 1971 over for UBC's kunder i Tyskland, Nederlandene og BLØU, siden 1973 over for de danske kunder og siden november 1973 over for de irske kunder.

296 Endelig er bøden ifølge Kommissionen blevet fastsat til en million regningsenheder under hensyntagen til UBC's samlede omsætning, der andrager ca. 2 mia dollars, og til selskabets omsætning på 50 mio dollars for bananer på det relevante marked, samt til den meget store fortjeneste selskabet har haft som følge af sin prispolitik.

297 Endvidere har Kommissionen for at tvinge UBC til at ophøre med disse overtrædelser, for så vidt som selskabet ikke var ophørt hermed af egen drift, under trussel om tvangsbøder pålagt selskabet at give samtlige sine modnere/forhandlere i Tyskland, Danmark, Irland, Nederlandene og BLØU meddelelse om ophævelse af forbudet mod at videresælge bananer i grøn tilstand senest den 1. februar 1976 samt at give Kommissionen meddelelse to gange årligt i en toårig periode om de priser, som selskabet i løbet af det foregående halvår har taget af de samme kunder.

298 Sagsøger hævder, at selskabet ikke var vidende om, at det indtog en dominerende stilling, og derfor endnu mindre om, at det havde misbrugt en dominerende stilling, navnlig fordi det ifølge Domstolens retspraksis kun er virksomheder, som befinder sig i den monopolsituation, eller som kontrollerer en betydelig del af markedet, der indtil nu er blevet anset for at befinde sig i en dominerende stilling.

299 UBC er en virksomhed, som meget længe har været beskæftiget med international og national handel, og den har derfor et særligt godt kendskab til konkurrencelovgivningen, som den allerede er blevet ramt af;

300 UBC har ved at indføre et handelssystem, der indebar en koordination af forbudet mod at sælge grønne bananer, af diskriminerende priser og af mindre leverancer end svarende til de afgivne ordrer, alt sammen med henblik på at fremkalde en effektiv opdeling af de nationale markeder, truffet sådanne foranstaltninger, som selskabet vidste eller burde vide var i strid med forbudet i traktatens artikel 86;

301 Kommissionen har følgelig med rette konstateret, at UBC har begået disse overtrædelser, og at UBC i det mindste har udvist uagtsomhed.

302 Bødens størrelse forekommer ikke uforholdsmæssig stor i forhold til overtrædelsernes grovhed og varighed (samt til virksomhedens størrelse);

303 der bør imidlertid tages hensyn til den delvise ophævelse af beslutningen, således at der bør ske en nedsættelse af det af Kommissionen fastsatte beløb;

304 det forekommer begrundet at nedsætte bødens størrelse til 850 000 (ottehundredehalvtredstusinde) regningsenheder, at erlægge i den nationale valuta for den sagsøgende virksomhed, som har hjemsted i Fællesskabet, eller 3 077 000 HFL (tremillionerogsyvoghalvfjerdstusinde nederlandske gylden).

Vedrørende sagsomkostningerne

305 I henhold til artikel 69, stk. 2 i procesreglementet bliver den part, der taber sagen, dømt til at afholde sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom;

306 i medfør af samme artikel stykke 3 kan Domstolen ophæve sagsomkostningerne helt eller delvis, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde.

307 For så vidt angår sagsbehandlingen i hovedsagen har Kommissionen tabt sagen vedrørende et af de klagepunkter, den har anført mod sagsøger, idet den hertil svarende del af beslutningen er blevet ophævet;

308 hver part bærer sine egne omkostninger.

309 I øvrigt bør omkostningerne ved behandlingen af begæringen om foreløbige forholdsregler ophæves.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1. **Artikel 1, litra c) i Kommissionens beslutning »IV/26.699 Chiquita« af 17. december 1975 (EFT L 95 af 9. 4. 1976, s. 1 ff) ophæves.**

2. **Størrelsen af den UBC og UBCBV pålagte bøde nedsættes til 850 000 (ottehundredeoghalvtredstusinde) regningsenheder, at erlægge i den nationale valuta for den sagsøgende virksomhed, som har hjemsted i Fællesskabet, eller 3 077 000 nederlandske gylden (tremillionerogsyvoghalvfjerdstusinde nederlandske gylden).**

3. **I øvrigt frifindes sagsøgte.**

4. **Hver part bærer sine egne omkostninger, herunder omkostningerne ved behandlingen af begæringen om foreløbige forholdsregler.**

Kutscher Sørensen Bosco

Donner Mertens de Wilmars Mackenzie Stuart Touffait

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 14. februar 1978.

A. Van Houtte
Justitssekretær

H. Kutscher
Præsident

OVERSIGT OVER DOMMEN

Sagsfremstilling 210

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger 210

1. Sagsbehandling forud for beslutningen 210

2. Faktiske omstændigheder, der er lagt til grund i beslutningen, og konklusion 211

A — Markedsstrukturen 211

a) Verdensmarkedet for bananer 211

b) UBC's position 211

c) UBC's konkurrenter 213

B — UBC's adfærd 214

a) Almindelige salgsbetingelser 214

b) Prispolitikken 214

c) Afslaget på at sælge til Th. Olesen 217

C — Kommissionens bedømmelse af situationen og beslutningens begrundelse 217

D — Konklusion i beslutningen af 17. december 1975 222

3. Sagens behandling ved Domstolen efter beslutningens vedtagelse 223

a) Begæring om foreløbige forholdsregler 223

b) Parternes påstande 224

II — Oversigt over de af parterne fremsatte søgsmålsgrunde, indsigelser og øvrige anbringender 225

1. Det relevante marked 225

a) Varemarkedet 225

b) Det geografiske marked 228

2. Den påståede dominerende stilling 229

3. Påstået misbrug i form af for høje priser 243

4. Påstået misbrug i form af diskriminerende priser 249

5. Påstået misbrug i forbindelse med salgsbetingelserne for bananer i grøn tilstand 253

6. Påstået misbrug i forbindelse med leveringsnægtelsen over for Th. Olesen 258

7. Bøden 263

8. Krænkelse af forsvarets rettigheder 265

9. Vedrørende kravet om erstatning 266

III — Parternes svar på de spørgsmål, der er stillet af Domstolen 266

IV — Sammendrag af indlæggene under de mundtlige forhandlinger 268

Præmisser 271

Resumé af de faktiske omstændigheder og af retsforhandlingerne 273

Kapitel I — Forekomst af en dominerende stilling ... 273
Afdeling 1 — Det relevante marked ... 273
Paragraf 1. Varemarkedet ... 274
Paragraf 2. Det geografiske marked ... 277
Afdeling 2. — UBC's stilling på det relevante marked ... 280
Paragraf 1. UBC's struktur ... 282
Paragraf 2. Konkurrencesituationen ... 285
Kapitel II — Misbrug af denne dominerende stilling ... 289
Afdeling 1. — Adfærden over for modnerne ... 289
Paragraf 1. Klausulen om forbud mod videresalg af bananer i grøn tilstand ... 289
Paragraf 2. Nægtelsen af at forsætte leveringerne til Olesen ... 294
Afdeling 2. — Prispolitikken ... 299
Paragraf 1. Diskriminerende priser ... 299
Paragraf 2. Urimelige priser ... 303
Kapitel III — Om mangler ved sagsbehandlingen ... 309
Afdeling 1. — Klagepunkter om krænkelse af forsvarets rettigheder ... 309
Afdeling 2. — Sagsøgers krav om erstatning ... 310
Kapitel IV — Sanktioner ... 311
Vedrørende sagsomkostningerne ... 313
Konklusion ... 314