8. Een politiek van ongelijke prijzen, die een onderneming met een machtspositie in staat stelt haar handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties op te leggen en hen daardoor in een ongustige concurrentiepositie te brengen, levert misbruik van een machtspositie op.
9. Het toepassen van een te hoge prijs, die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie, kan misbruik van een machtspositie zijn in de zin van artikel 86, sub a; het buitensporige karakter van die prijs kan onder meer objectief worden vastgesteld door de verkoopprijs van het produkt te vergelijken met de kostprijs en aldus de grootte van de winstmarge aan te tonen.

In de zaak 27/76,

UNITED BRANDS COMPANY, een vennootschap ingeschreven in New Jersey, Verenigde Staten van Amerika,

en

UNITED BRANDS CONTINENTAAL BV, een Nederlandse vennootschap gevestigd te Rotterdam, Van Vollenhovenstraat 3, ten deze vertegenwoordigd en bijgestaan door I. Van Bael en J.-F. Bellis, advocaten te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Elvinger & Hoss, advocaten aldaar, Grand'Rue 84,

verzoeksters,

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, ten deze vertegenwoordigd door haar juridisch adviseurs A. Marchini-Camia en J. Temple Lang, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij M. Cervino, Bâtiment Jean-Monnet,

verweerster,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking „IV/26.699-Chiquita" van de Commissie van 17 december 1975 (PB 1976, L 95, blz. 1), waarbij is vastgesteld dat verzoeksters bij het in de handel brengen van door hen geproduceerde en ingevoerde bananen inbreuk hebben gemaakt op artikel 86 EEG-Verdrag, alsmede betreffende verzoeken om schadevergoeding en intrekking dan wel verlaging van de door de Commissie aan UBC opgelegde boete,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

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

advocaat-generaal: H. Mayras
griffier: A. Van Houtte

het navolgende

ARREST

Ten aanzien van de feiten

Overwegende dat de feiten, het procesverloop en de argumenten van partijen kunnen worden samengevat als volgt:

I — De feiten en het procesverloop

De „United Brands Company" (na te noemen „UBC"), te New York, is in 1970 voortgekomen uit de fusie van de United Fruit Company en de American Seal Kap Corporation.

UBC is thans de grootste groep op de wereldbananenmarkt; in 1974 verzorgde zij 35 % van de wereldexport. Haar Europese dochteronderneming „United Brands Continentaal BV" (na te noemen (UBCBV), gevestigd te Rotterdam, coördineert de verkoop van bananen in alle Lid-Staten van de EEG, met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk en Italië.

1. De procedure vóór de beschikking

Op 19 maart 1975 besloot de Commissie krachtens artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17/62 van 6 februari 1962 (PB 1962, blz. 204) een procedure wegens schending van artikel 86 EEG-Verdrag in te leiden tegen UBCBV, op grond van klachten die op 20 februari 1974 bij haar waren ingediend door de onderneming Th. Olesen, te Valby (Denemarken), en op 27 mei 1974 door de ondernemingen Tropical Fruit Co. Jack Dolan Ltd., te Dublin, en Banana Importers, te Dundalk (Ierland).

Op 11 april 1975 deelde de Commissie aan UBCBV mee dat zij zich haars inziens schuldig maakte aan misbruik van een machtspositie, met name door:

— haar distributeurs/rijpers te verplichten geen groene bananen te verkopen;

— zonder objectieve rechtvaardiging haar distributeurs/rijpers in de ver-

schillende Lid-Staten sterk uiteenlopende prijzen in rekening te brengen voor bananen van dezelfde kwaliteit en bij nagenoeg gelijke marktvoorwaarden;

— jegens haar distributeurs/rijpers prijzen toe te passen die tot 138 % konden verschillen;

— te weigeren de Deense firma Olesen te bevoorraden met bananen van het merk Chiquita, op grond dat deze firma aan een reclamecampagne voor een concurrerend merk had deelgenomen.

Tevens stelde zij UBCBV overeenkomstig artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17/62 en verordening nr. 99/63 (PB 1963, blz. 2268) in de gelegenheid haar standpunt ter zake van de genoemde punten van bezwaar kenbaar te maken.

UBC en UBCBV antwoordden bij memorie van 12 juni 1975. Op 24 juni 1975 werden de betrokken partijen in elkaars aanwezigheid gehoord.

2. De in de beschikking en tijdens de administratieve procedure gestelde feiten. Motivering van de Commissie. Dispositief

De door de Commissie gevoerde procedure werd afgesloten met de vaststelling van beschikking „IV/26.699-Chiquita" van 17 december 1975 (PB 1976, L 95), die aan UBC en haar Nederlandse dochteronderneming ter kennis is gebracht.

In haar uiteenzetting van de feiten begint de Commissie met een beschrijving van de structuur van de bananenmarkt in haar geheel en behandelt vervolgens de plaats en de gedragingen van UBC en UBCBV op die markt.

A — De structuur van de markt

a) De wereldmarkt voor bananen

De banaan (post 08.01 van de nomenclatuur van Brussel) is een uiterst bederfelijk produkt van de fruitteelt, die het hele jaar door in tropische streken wordt gekweekt.

De Lid-Staten van de EEG importeren ongeveer een derde van de in de wereld geëxporteerde bananen. In 1974 bedroeg die import 1 978 000 ton, waarvan 30 % naar Duitsland, 25 % naar Frankrijk, 16 % naar Italië, 15 % naar het Verenigd Koninkrijk, 6 % naar Nederland, 4,5 % naar de BLEU, 2 % naar Denemarken en 1,5 % naar Ierland. Er bestaan verscheidene bananenvariëteiten, waaronder de „Gros-Michel" en de „Cavendish", die verkregen is door kruising van de Gros-Michel en een variëteit uit de Canarische eilanden. Hieruit is weer de subvariëteit „Valery-Cavendish" ontstaan. In 1969 leverde de Cavendish 85 % van de wereldbananenexport, terwijl dit aandeel in het begin van de jaren zestig nog slechts 30 % bedroeg. Alle bananenvariëteiten worden in het produktieland voorverpakt en aangezien zij groen worden geëxporteerd, moeten zij bij aankomst in het land van verbruik kunstmatig worden gerijpt. Deze rijping — waarvoor hermetisch afgesloten installaties met ventilatie- en koelapparatuur nodig zijn — wordt voornamelijk verzorgd door de importeurs-grossiers, soms door onafhankelijke rijpers.

De verkoop van „merkbananen" heeft een grote vlucht genomen: daartoe wordt elke tros, soms zelfs elke banaan afzonderlijk, in het land van herkomst van een etiket voorzien; bovendien moeten voortdurend uitgebreide reclamecampagnes worden gevoerd. Deze verkooppolitiek werd in 1967 gelanceerd door de United Fruit Company voor de afzet van haar Cavendish-Valery-bananen onder het merk „Chiquita". De andere on-

dernemingen hebben deze ontwikkeling eerst later gevolgd.

b) De positie van de United Brands Company

Op de wereldmarkt voor bananen zijn voornamelijk enkele grote Amerikaanse ondernemingen werkzaam, met name United Brands Company te New York, Castle & Cooke Company te San Francisco en de Del Monte Company of California.

UBC is bovendien werkzaam in tal van landbouwsectoren, in de chemische en de verpakkingsindustrie, op het gebied van het vervoer en de telecommunicatie, enzovoort.

Mede rekening houdende met de beperkingen aan haar rechtsvoorgangster, United Fruit Company, uitsluitend op het gebied van de bananenhandel opgelegd bij het op de artikelen 1 en 2 van de Sherman Act gebaseerde „Final judgement" van 4 februari 1958 van de Amerikaanse anti-trustinstanties — die haar verweten de bananenmarkt te beperken en te monopoliseren —, vormden UBC's activiteiten met betrekking tot de produktie, het vervoer, de distributie, en de verkoop van bananen in de gehele wereld in 1973 slechts 18,5 % van haar totale jaaromzet, die ongeveer twee miljard dollar bedraagt.

UBC, 's werelds grootste bananengroep, bezit meer dan 30 000 hectaren bananenplantages en verkocht in 1974 meer dan twee miljoen ton bananen (35 % van de wereldexport). Zij bestaat uit een groot aantal dochtervennootschappen, die over de gehele wereld zijn verspreid en wier werkzaamheden centraal vanuit New York worden geleid.

aa) Wat de *produktie* van bananen betreft, is UBC aanwezig in Colombia, Costa Rica, Honduras en Panama. Bovendien koopt zij nagenoeg de gehele produktie van Suriname, Kameroen en de republiek Guyana alsmede een groot gedeelte van de produktie van Jamaïca, Guadeloupe, de Filippijnen, Ecuador en de Dominicaanse Republiek.

bb) UBC neemt voorts een zeer sterke positie in bij het bananen*vervoer* over zee. Zij bezit of bevracht meer dan 40 koelschepen, waaronder bijna 10 miljoen kubieke voet in eigen schepen. De voornaamste lossingsplaatsen in de EEG zijn Bremerhaven, Rotterdam, Antwerpen, Hamburg en enkele havens in Frankrijk, Italië en Groot-Brittannië.

cc) UBC bezit een sterk gestructureerde *distributie*organisatie in Europa, waar haar werkzaamheden door drie 100 %-dochtermaatschappijen worden gecoördineerd:

— United Brands Continental BV te Rotterdam,

— Fyffes Group Ltd. te London voor de verkoop van bananen (en andere produkten) in het Verenigd Koninkrijk,

— Compagnia italiana delle Frutta Spa te Milaan.

dd) Omdat de banaan een zeer bederfelijk produkt is, is *het rijpen* een zaak van het grootste belang, waaraan UBC bijzonder veel aandacht besteedt. In sommige Lid-Staten bezit zij eigen rijpingsinstallaties; in de BLEU, het Verenigd Koninkrijk en Italië heeft zij een derde van de rijperijen in handen.

In Duitsland verkoopt UBC haar bananen hoofdzakelijk aan de Scipio-groep, die meer dan een derde van de Duitse rijperijcapaciteit bezit. In de Lid-Staten waarin zij geen rijperijen in eigendom heeft, heeft zij een beperkt aantal ondernemingen het voorstel gedaan Chiquitabananen te rijpen en te distribueren op voorwaarde dat zij over rijpingsinstallaties beschikken die aan UBC's eisen voldoen. Soms leent UBC geld aan deze rijpers/distributeurs om hen in staat te stellen die installaties te bouwen of te

moderniseren, maar in het algemeen zonder commerciële dwang uit te oefenen.

Tegelijkertijd heeft zij een dienst voor technische bijstand en controle in het leven geroepen, die de rijpers advies geeft, installatieplannen uitvoert, de toe te passen rijpingsmethoden vaststelt, het personeel opleidt en periodieke controles verricht.

ee) Het *marketingbeleid* van UBC is volledig afgestemd op de verkoop van bananen van het merk Chiquita; voortdurend wordt erop toegezien dat de kwaliteit hiervan aan zeer hoge eisen beantwoordt. UBC bepaalt zelf het verkoopbeleid voor al haar bananen, of zij ze nu rechtstreeks zelf verkoopt dan wel via tussenhandelaren. Het merk Chiquita wordt alleen aangebracht op bananen van bepaalde variëteiten (voornamelijk Cavendish-Valery) met een minimum grootte van acht duim en een zeer gladde huid, die goed van vorm zijn en egaal geel kunnen worden. Bananen die niet aan deze eisen voldoen, worden zonder merk verkocht.

Dank zij dit marketingbeleid kan UBC haar Chiquita-bananen verkopen tegen een prijs die gemiddeld 30 à 40 % hoger is dan die van ongemerkte bananen.

UBC voert uitgebreide reclamecampagnes voor haar bananen, zij organiseert verkoopbevorderingsacties bij detaillisten en supermarkten door middel van demonstraties, het beschikbaar stellen van materiaal en cadeaus. Haar jaarlijks reclamebudget bedraagt gemiddeld anderhalf miljoen rekeneenheden.

ff) De *positie* van UBC in de EEG kan als volgt worden geschetst:

— In *Nederland* is 40 % van de verkochte bananen afkomstig van UBC.

— In *België en Luxemburg* bedraagt haar aandeel 50 %.

— Een groot gedeelte van de voor *Duitsland* bestemde bananen wordt door UBC aan de Scipio-groep verkocht, waarmee zij al meer dan 30 jaar samenwerkt; 35 % van de in Duitsland verkochte bananen komen via de Scipio-groep in de handel. Daarnaast verkoopt UBC Chiquita-bananen — 10 % van de Duitse verkopen vertegenwoordigend — aan verschillende andere distributeurs/rijpers. In totaal neemt UBC dus ongeveer 45 % van de Duitse bananenverkopen voor haar rekening.

— Van de bananenverkoop in *Denemarken* bedraagt het aandeel van UBC eveneens ongeveer 45 %.

— In *Ierland* is het marktaandeel van UBC op spectaculaire wijze gegroeid: van 3 % eind 1973 tot 25 % in 1974.

— In *Frankrijk* worden de UBC-bananen zonder merk verkocht; zij vertegenwoordigen 20 % van de totale bananenverkopen.

— In *Italië* heeft UBC een marktaandeel van 40 %.

— In het *Verenigd Koninkrijk* is 40 % van de bananenverkopen afkomstig van UBC (merk Fyffes).

c) De concurrenten van UBC

De voornaamste concurrenten van UBC zijn:

— *Castle & Cooke,* die hoofdzakelijk in de Verenigde Staten (37 %) en Azië actief is. Deze onderneming verkoopt haar bananen onder het merk „Dole" aan verscheidene Europese importeurs die zijn gegroepeerd in de vennootschap Eurobana te Hamburg. Castle & Cooke heeft ook de bananenactiviteiten van de vennootschap Gérard Koninkx Frères te Antwerpen opgekocht. Haar marktaandeel in Duitsland bedraagt 13 %, in Nederland 18 %, in de BLEU 22 %, in Italië 15 % en in Denemarken

20 %; in de Gemeenschap als geheel bedraagt dat aandeel 9 %.

— *Del Monte*, aanwezig in de Verenigde Staten (10 %) en Japan, verkoopt in de Gemeenschap onder het merk „Del Monte" via een alleenimporteur: Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert & Co te Hamburg. Haar marktaandeel in Duitsland bedraagt 9 %, in Nederland 15 %, in de BLEU 3 %, in Denemarken 24 %, in Ierland 35 %, in Frankrijk 2 %, in Italië 1 %; in de gehele Gemeenschap omstreeks 5 %.

— De *Alba-groep* te Hamburg, waarbij een zestal Europese importeurs is aangesloten, beschikt over negen schepen, controleert ongeveer 5 % van de bananenverkopen in de Gemeenschap (15 % in Duitsland, 5 % in Denemarken). Merk: „Onkel Tuca".

— De *Belhoba*-groep, gevormd door een Belgische en een Nederlandse importeur. Merken: „Sundrop" en „Bonita". Marktaandeel: Duitsland 7 %, Nederland 20 %, BLEU 24 %, Denemarken 12 %; in de gehele Gemeenschap omstreeks 6 %.

— *Geest Industries Ltd.* neemt 30 % van de bananenverkopen in het Verenigd Koninkrijk voor haar rekening, en 6 % van de verkopen in de Gemeenschap als geheel. Deze vennootschap bezit 8 schepen. Merk: „Geest".

— *Società Mercantile d'Oltremare*, die uitsluitend in Italië verkoopt (marktaandeel 20 %, over de gehele Gemeenschap berekend ruim 3 %). Merk: „Somalita".

— De vennootschap W. *Bruns* te Hamburg heeft in Duitsland een marktaandeel van 10 %, in Nederland van 2 %, in de Gemeenschap als geheel ruim 3 %. Merk: „Bajella".

— Diverse *andere vennootschappen*, voornamelijk in Frankrijk, Italië en het Verenigd Koninkrijk, controleren tezamen ongeveer 6 % van de bananenverkopen in de Gemeenschap.

In de periode 1971-1976 nam UBC gemiddeld 40-45 % van de bananenverkopen in de Gemeenschap voor haar rekening. Met behulp van de in de beschikking der Commissie vermelde gegevens kan de situatie op de bananenmarkt van de Gemeenschap aldus worden samengevat (zie overzicht blz. 215).

B — Het gedrag van UBC

a) De algemene verkoopvoorwaarden

Sinds 25 januari 1967 verbood UBC haar distributeurs/rijpers de verkoop van andere dan door UBC geleverde bananen, de verkoop van UBC-bananen aan concurrerende rijpers en de doorverkoop van groene bananen.

Na tussenkomst van de Commissie werden deze bepalingen door UBC afgeschaft, behalve het verkoopverbod ten aanzien van groene bananen, met uitzondering van zulke verkopen aan Chiquita-rijpers. Deze clausule werd in alle Lid-Staten strikt op alle importeurs-distributeurs-rijpers van UBC toegepast, ook op de Scipio-groep en de dochterondernemingen hiervan.

b) De prijspolitiek

Afgezien van de door UBC in het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Italië verkochte bananen, zijn de Chiquita-bananen die in de andere Lid-Staten worden afgezet, alle van dezelfde herkomst, dezelfde variëteit en dezelfde kwaliteit. Voornamelijk gelost in Bremerhaven en Rotterdam, worden zij — behalve in twee gevallen — alle op dezelfde algemene voorwaarden doorverkocht na door UBC in de spoorwagons of de koelauto's van de kopers (distributeurs/rijpers) te zijn overgeladen. Alleen de Scipio-groep koopt de Chiquita-bananen fob vertrekhaven Centraal-Amerika, terwijl zij naar Ierland cif Dublin worden verkocht waarheen zij vanaf Rotter-

% van verkochte bananen	UBC	Castle & Cook	Del Monte	Alba	Belhoba	Geest	Società Mercantile d'Oltremare	Bruns	andere
Duitsland	45 %	13 %	9 %	15 %	7 %	—	—	10 %	—
Nederland	40 %	18 %	15 %	—	20 %	—	—	2 %	—
BLEU	50 %	22 %	3 %	—	24 %	—	—	—	—
Denemarken	45 %	20 %	24 %	5 %	1 %	—	—	—	—
Ierland	25 %	—	35 %	—	30 %	—	—	—	—
Frankrijk	20 %	—	2 %	—	—	—	—	—	6 %
Italië	40 %	15 %	1 %	—	5 %	—	20 %	—	
Verenigd Koninkrijk	40 %	—	—	—	—	30 %	—	—	
Gemeenschap	45 %	9 %	5 %	5 %	6 %	6 %	3 %	3 %	6 %
Merk	Chiquita	Dole	Del Monte	Onkel Tuca	Sundrop en Bonita	Geest	Somalita	Bajella	
Aantal schepen	40			9		8		6	

dam per koelauto en veerboot worden vervoerd. In 1973 bedroegen de transportkosten Centraal-Amerika — Europa 1,12 dollar per doos (20 kg bruto, 18,15 kg nettogewicht). In 1974 bedroeg de prijs per doos 5 dollar; het vervoer per koelauto en veerboot van Rotterdam naar Dublin kost omstreeks 1,10 Dollar per doos.

Met betrekking tot de elementen waaruit de kostprijs is opgebouwd, moet erop worden gewezen dat de bananen uit de dollarzone bij hun inklaring worden onderworpen aan het gemeenschappelijk douanetarief dat door de EEG wordt toegepast. Voor bananen is dit 20 %. Alleen Duitsland heeft vergunning het gemeenschappelijk douanetarief voor een bepaald contingent, dat elk jaar wordt bepaald krachtens het Protocol inzake het tariefcontingent voor de import van bananen (bijlage bij het EEG-Verdrag), niet toe te passen. Verder kunnen bananen uit de landen die zijn toegetreden tot de Overeenkomst van Lomé, vrij van rechten in de EEG worden ingevoerd. De nieuwe Lid-Staten ten slotte hebben het gemeenschappelijk buitentarief slechts geleidelijk overgenomen (1974: 8 %, 1975: 12 %) en eerst per 1 juli 1977 het algemene peil van 20 % bereikt.

Afgezien van de prijzen die zij aan haar Ierse afnemers berekent, zijn de prijzen van UBC in het algemeen hoger dan die van de concurrerende ondernemingen, en hoewel haar bananen van het merk Chiquita for Bremerhaven of Rotterdam worden verkocht, past UBC elke week een verkoopprijs toe die aanzienlijk uiteenloopt naar gelang de Lid-Staat waar haar klanten zijn gevestigd en waar de bananen worden verkocht. De maximale wekelijkse verschillen tussen twee bestemmingen bedroegen gemiddeld voor een heel jaar: 17,6 % in 1971, 11,3 % in 1972, 14,5 % in 1973 en 13,5 % in 1974. De wekelijkse *grootste* verschillen tussen twee bestemmingen bij vertrek uit dezelfde haven bedroegen (per doos):

— *1971:* 32 % tussen klanten in Duitsland en in de BLEU,
37 % tussen klanten in Duitsland en in Nederland;

— *1972:* 21 % tussen klanten in Duitsland en in de BLEU
30 % tussen klanten in Duitsland en in Nederland;

— *1973:* 18 % tussen klanten in Duitsland en in de BLEU
43 % tussen klanten in Duitsland en in Nederland
24 % tussen klanten in Denemarken en in de BLEU
51 % tussen klanten in Denemarken en in Nederland;

— *1974:* 25 % tussen klanten in Duitsland en in de BLEU
54 % tussen klanten in Duitsland en in Nederland
16 % tussen klanten in Denemarken en in de BLEU
17 % tussen klanten in Denemarken en in Nederland.

De prijzen van de in Italië, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk verkochte bananen geven bij vergelijking minder significante verschillen te zien, aangezien noch de produkten noch de verhandelingsvoorwaarden aldaar volledig homogeen zijn.

Wat Ierland betreft, stelt men vast dat de Belgische klant gemiddeld 80 % meer betaalt dan de Ierse klant, en de Deense klant 2,38 maal zoveel. Met betrekking tot deze prijsverschillen verklaarde UBC in een brief van 10 december 1974 aan de Commissie, dat zij had besloten haar bananen gedurende een proefperiode van één jaar in Ierland te verkopen en dat die prijzen haar een aanzienlijk geringere winstmarge lieten dan in de andere Lid-Staten.

c) De beëindiging van de leveranties aan Olesen

In 1967 koos UBC acht distributeurs-rijpers uit voor de verkoop van Chiquita-bananen in Denemarken, daaronder Lembana, die meer dan de helft ervan verkoopt, en Th. Olesen, die in 1967 UBC's tweede distributeur-rijper werd. Alle anderen verkopen naast Chiquita-bananen meer of minder grote hoeveelheden bananen van andere merken als ook ongemerkte bananen. In 1969 werd Olesen echter de exclusieve Deense distributeur van de Nederlandse importeur van Dole-bananen (Castle & Cooke) en vanaf dat tijdstip begon UBC de bestellingen van Olesen geregeld te verminderen: begin 1973 met 15-20 %, eind 1973 met 40-50 %. Vanaf 1972 verkocht Olesen meer Dole- dan Chiquita-bananen.

In april, september en oktober 1973 voerde Castle & Cooke in alle Europese landen een grote reclamecampagne voor haar merk Dole. Ook Olesen nam daaraan deel, zoals hij overigens in september 1973 had meegewerkt aan een reclamecampagne van UBC voor Chiquita-bananen.

Op 10 oktober 1973 deelde UBC aan Olesen mee dat zij hem geen bananen meer zou leveren; als reden vermeldde zij Olesens medewerking aan de campagne voor Dole-bananen. Vandaar de klacht van Olesen bij de Commissie. Op 11 februari 1975 evenwel sloten Olesen en UBC een overeenkomst, waarna UBC zijn leveringen aan Olesen hervatte en deze zijn klacht bij de Commissie introk.

C — Beoordeling van de situatie door de Commissie en motivering van de beschikking

De Commissie omschrijft eerst het begrip machtspositie: ondernemingen nemen een machtspositie in wanneer zij een mogelijkheid hebben tot onafhankelijk gedrag dat hun in staat stelt op te treden zonder veel rekening te houden met concurrenten, kopers of leveranciers. Dit is het geval wanneer zij, gezien hun marktaandeel of hun marktaandeel met name in verband met de beschikking over technische kennis, grondstoffen, kapitaal of andere belangrijke factoren zoals bij voorbeeld het recht op een merk, de mogelijkheid hebben de prijzen te bepalen of de distributie voor een belangrijk deel van de betrokken produkten te controleren. Deze mogelijkheid behoeft niet noodzakelijkerwijze voort te vloeien uit een volstrekte beheersing, die de ondernemingen die haar bezitten, in staat stelt iedere wil van de zijde van haar economische partners uit te sluiten; het volstaat dat zij over het geheel genomen sterk genoeg is om deze ondernemingen een globale onafhankelijkheid van handelen te verzekeren, zelfs indien er op de verschillende deelmarkten verschillen bestaan in de intensiteit van hun invloed.

Vervolgens onderzoekt de Commissie welke in casu de relevante markt is, en concludeert dat de bananenmarkt niet dezelfde is als de markt van fruit in het algemeen. Ten bewijze hiervan verwijst zij naar studies gemaakt op de markten van Rungis (Frankrijk), Frankfurt en London, waaruit blijkt dat de invloed van de prijzen en de beschikbare hoeveelheden van ander fruit in de tijd veel te beperkt is, veel te zwak en veel te weinig algemeen om te kunnen concluderen dat die andere vruchten als vervangingsprodukten tot dezelfde markt zouden behoren als bananen. Verder merkt zij op dat de relevante geografische markt waarop UBC's mogelijkheid een daadwerkelijke concurrentie uit te schakelen, moet worden onderzocht, bestaat uit Duitsland, Denemarken, Ierland, Nederland en de BLEU. Frankrijk, Italië en het Verenigd Koninkrijk moeten daartoe niet worden gerekend omdat in deze landen een bijzondere situatie be-

staat ten aanzien van invoerregelingen, verhandelingsvoorwaarden en de kenmerken van de aldaar verhandelde bananen.

Met betrekking tot UBC's machtspositie en organisatiestructuur merkt de Commissie op, dat genoemde onderneming een aandeel van 45 % van de relevante markt bezit dankzij haar marketingpolitiek. Sedert 1967 is deze politiek gericht op de verkoop van Chiquita-bananen; daartoe werden intensieve en herhaalde reclameacties gevoerd, welke vergezeld gingen van een reorganisatie van het produktie-, verpakkings-, transport-, rijpings- en verkoopsysteem. Hiermee heeft UBC een aanzienlijk voordeel behaald op haar concurrenten, die zich niet alleen geplaatst zagen voor de hoge kosten van zulke reclamecampagnes, maar ook voor het probleem om grote hoeveelheden bananen van uniforme kwaliteit te leveren. Door de gehechtheid van de consumenten aan het merk Chiquita neemt UBC thans een machtige positie in op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt: haar aanwezigheid in alle Lid-Staten verschaft haar tevens een voordeel bij de organisatie van haar distributie omdat zij daardoor flexibel kan reageren, met name door de bestemming van de bananen te wijzigen en aldus de prijsverschillen tussen de Lid-Staten uit de buiten. Deze mogelijkheid om een op het merk Chiquita afgestemde marketingpolitiek te voeren, berust op de volgende feiten:

— de verregaande controle van UBC over de bananenproduktie en de bevoorrading in de tropische landen, en haar machtige positie op de wereldmarkt (35 % van de totale wereldexport van bananen);

— het bezit van een omvangrijke vloot van koelschepen, die nodig zijn voor het regelmatige vervoer van bananen over de oceaan;

— de in vergelijking met de concurrenten hoge graad van know-how, die zij heeft ontwikkeld bij de research van nieuwe bananenvariëteiten, die minder gevoelig zijn voor ziekten en stormschade;

— de grote financiële macht en de spreiding van risico's dank zij haar vestigingen in tal van landen en het sterk conglomeraat karakter van haar activiteiten (de produktie, het vervoer, de distributie en verhandeling van bananen in de hele wereld vormden in 1973 slechts 18,5 % van haar totale jaaromzet).

Op al deze gronden concludeert de Commissie dat UBC — beschikkende over een mate van algemene handelingsvrijheid op de relevante markt, die haar in staat stelt een daadwerkelijke mededinging in het betrokken deel van de Gemeenschap te verhinderen — een onderneming met een machtspositie is.

Hiervan uitgaande oordeelt de Commissie dat UBC deze machtspositie door een aantal gedragingen misbruikt:

a) In de eerste plaats door haar distributeurs/rijpers te verplichten haar bananen niet in groene staat door te verkopen. Terwijl zij vaak de voornaamste bananenrijpers in de betrokken staten zijn, belet deze verplichting hen in het stadium van de invoer en de groothandel, waar de doorverkoop van bananen in groene staat dient plaats te vinden, concurrentie aan te gaan hetzij met UBC zelf, hetzij met de andere importeurs/distributeurs. Het verkoopverbod voor groene UBC-bananen heeft dezelfde gevolgen als een uitvoerverbod en verhindert de natuurlijke loop van de handelsstromen. Het houdt een tamelijk doeltreffende compartimentering van de markt in stand, met name omdat het geldt voor alle bananen die UBC aan haar afnemers in een deel van de EEG verkoopt, waardoor het de handel tus-

sen Lid-Staten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden. Op het betoog van UBC, dat deze verplichting ertoe bijdraagt de kwaliteit van het aan de consument verkochte produkt te waarborgen, antwoordt de Commissie dat het verbod niet enkel betrekking heeft op de verkoop van groene bananen aan de consument, maar op de doorverkoop van groene bananen in elk stadium van de commercialisatie. In haar mededeling van de punten van bezwaar had de Commissie erop gewezen dat dit, vanwege het risico van beschadiging van gele bananen, in feite neerkomt op een verbod van alle doorverkopen van bananen in het groothandelsstadium. Dit misbruik van machtspositie belet de distributeurs van UBC vrijelijk als groothandelaars op te treden en draagt aldus bij tot de instandkoming van een doeltreffende afscherming van de verschillende nationale markten.

b) Vervolgens maakt UBC misbruik van haar machtspositie door zonder objectieve rechtvaardiging jegens haar in de verschillende Lid-Staten gevestigde distributeurs/rijpers zowel in de haven van Rotterdam als in Bremerhaven ongelijke prijzen toe te passen bij gelijke prestaties bij de verkoop van Chiquita-bananen. Deze prijsverschillen, die in bepaalde weken 30-50 % kunnen bedragen, worden sedert 1971 toegepast voor Duitsland, de BLEU en Nederland, sedert begin 1973 voor Denemarken en sedert november 1973 voor Ierland. Zij verhinderen de distributeurs/rijpers in een bepaalde Lid-Staat de bananen onder gelijke concurrentievoorwaarden door te verkopen naar een andere Lid-Staat, temeer omdat zij de bananen ook niet in groene staat mogen verkopen. Door deze praktijken wordt de mededinging vervalst. UBC tracht die prijsverschillen te rechtvaardigen met de verklaring dat zij haar prijzen heeft aangepast aan het hoogste peil dat elk deel van de markt kan verdragen; de ongelijke prijzen zouden dus hun verklaring vinden in het verschil in de wederverkoopprijzen van de gerijpte bananen in de verschillende Lid-Staten. Hierop antwoordt de Commissie dat de verhandelingsvoorwaarden in de Lid-Staten grotendeels vergelijkbaar zijn, en dat bovendien een systematisch toegepaste prijsstelling op een zo hoog mogelijk niveau, die tot grote prijsverschillen leidt, voor een onderneming in een machtspositie geen objectieve rechtvaardiging van ongelijke prijzen kan opleveren, zeker niet wanneer die onderneming daardoor ook nog een compartimentering van de markt in stand houdt. Bijgevolg vormt deze politiek van ongelijke prijzen een misbruik, omdat UBC jegens haar handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toepast en hen daarmee in een nadelige concurrentiepositie brengt. In elk geval kunnen die ongelijke prijzen de export van bananen van de ene naar de andere Lid-Staat bevorderen dan wel bemoeilijken — al naargelang het prijspeil in de verschillende staten — en aldus de handel tussen Lid-Staten op merkbare wijze ongunstig beïnvloeden.

c) Bovendien heeft UBC haar machtspositie misbruikt door onbillijke verkoopprijzen aan haar distributeurs/rijpers op de leggen, hetgeen zonder objectieve rechtvaardiging tot grote prijsverschillen heeft geleid. De laagste prijzen (die aan de Ierse afnemers) laten UBC niettemin naar haar eigen zeggen nog een winstmarge; deze kunnen dus op zijn minst beschouwd worden als een aanduiding van de kosten die de onderneming voor het betrokken produkt moet maken. Bijgevolg mag worden aangenomen dat de verschillen van soms meer dan 100 % tussen de prijzen cif Dublin herleid Rotterdam en de prijzen for Rotterdam of Bremerhaven winsten van overeenkomstige grootte uitdruk-

ken. De prijzen die UBC in het betrokken gebied zonder Ierland maakt, zijn dus te hoog in vergelijking met de economische waarde van de geleverde prestatie. Een verlaging van het prijsniveau met minstens 15 %, onder de thans jegens de Duitse (met uitzondering van de Scipio- groep) en de Deense klanten toegepaste prijzen, lijkt dus aanvaardbaar. Die prijzen zijn derhalve onbillijk en vormen daarom een misbruik van machtspositie, die de handel tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden, aangezien het berekenen van zulke onbillijke prijzen de uitvoer uit Lid-Staten waar zij niet worden toegepast, onvermijdelijk moet bevorderen, en vice versa.

d) Ten slotte heeft UBC misbruik van haar machtspositie gemaakt door de levering van Chiquita-bananen aan één van haar distributeurs/rijpers — de Deense firma Olesen — te staken op grond dat deze aan een reclamecampagne voor bananen van een concurrerend merk had deelgenomen. Na die verkoopweigering, in oktober 1973, wendde Olesen zich tot andere wederverkopers van UBC in Denemarken en tot de Scipio-groep in Hamburg om groene Chiquita-bananen te verkrijgen, doch allen weigerden aan zijn verzoek te voldoen. Daardoor heeft Olesen verscheidene afnemers verloren en ook overigens verliezen geleden door de plotselinge leegstand van een deel van zijn rijpingsinstallaties. De verkoopweigering heeft deze distributeur/rijper dus commercieel nadeel berokkend en bijgevolg hem — en ook de andere distributeurs/rijpers — ertoe gebracht geen bananen van een concurrerend merk meer te verkopen of althans er geen reclame meer voor te maken, terwijl reclame en verkoopbevordering in de bananenhandel toch een zeer algemene praktijk is. Op deze wijze slaagt UBC erin de voornaamste distributeurs/rijpers binnen haar marketingorganisatie te houden en haar concurrenten de toegang tot deze tussenpersonen — die vanwege de noodzakelijke rijping dikwijls onmisbaar zijn voor de verkoop van hun bananen — en dus tot de markt te ontzeggen, hetgeen de machtspositie van UBC nog versterkt. Bovendien kon de beëindiging van de leveringen aan Olesen, een van de belangrijkste distributeurs/rijpers van bananen in Denemarken een merkbaar ongunstige invloed hebben op de handel tussen Lid-Staten, want daardoor werd Olesen, die anders zijn werkzaamheden in andere Lid-Staten had kunnen ontplooien, buiten staat gesteld dat te doen; de invloed op de handel tussen Lid-Staten blijkt ook uit het feit dat Olesen door de stopzetting van de leveringen niet meer in staat was dezelfde hoeveelheden bananen in Denemarken te importeren.

Bij het bepalen van de boete die wegens al deze punten van bezwaar moest worden opgelegd, heeft de Commissie mede in aanmerking genomen dat UBC bij die inbreuken minstens van grove onachtzaamheid had blijk gegeven, aangezien zij de concurrentiebeperkende gevolgen van haar onrechtmatige gedragingen kende of althans had kunnen kennen, zulks temeer daar sommige van deze gedragingen worden opgesomd onder de in artikel 86 EEG-Verdrag genoemde misbruiken. Bij haar beoordeling moest de Commissie die onrechtmatige gedragingen tevens beschouwen in hun economisch en juridisch verband en met name rekening houden met hun onderlinge samenhang.

Daarnaast moest ook de duur van de inbreuken een rol spelen: het verkoopverbod voor groene bananen dateert voor de klanten in Duitsland, Nederland en de BLEU van januari 1967, voor de Deense klanten van januari 1973 en voor de Ierse van november 1973.

De misbruiken op het gebied van de prijspolitiek zijn in Duitsland, Nederland en de BLEU ten minste sinds 1971 gepleegd, in Denemarken sinds januari 1973 en in Ierland sinds november 1973.

De stopzetting van de leveringen aan Olesen ten slotte heeft geduurd van 10 oktober 1973 tot 11 februari 1975.

Ten aanzien van de zwaarte van de inbreuken stelt de Commissie vast dat de gedragingen van UBC duidelijk in strijd zijn met het oogmerk van de integratie der markten en de totstandbrenging van een stelsel van vrije concurrentie; daarenboven mag er niet aan worden voorbijgegaan dat de verschillende gedragingen op lange termijn hetzelfde doel dienden: versterking en consolidatie van de machtspositie van UBC. Bij de vaststelling van het boetebedrag heeft de Commissie evenwel de navolgende verzachtende omstandigheden in aanmerking genomen:

a) UBC heeft zijn algemene verkoopvoorwaarden voor Nederland op 15 november 1968 bij de Commissie aangemeld; tot die algemene voorwaarden behoorde ook het verkoopverbod voor groene bananen. Ofschoon die aanmelding enkel op Nederland betrekking had, meent de Commissie dat UBC te goeder trouw kon denken dat daarmee ook de algemene voorwaarden voor alle andere betrokken Lid-Staten waren gedekt. De Commissie concludeert dat bijgevolg alle gedragingen van UBC na 15 november 1968, die binnen de in de aanmelding omschreven grenzen zijn gebleven, niet behoeven te worden beboet, aangezien geen onzorgvuldigheid van UBC kan worden vastgesteld.

b) Het is de eerste keer dat de Commissie een grondig onderzoek van een gehele prijspolitiek in het licht van artikel 86 EEG-Verdrag heeft ingesteld, en voorts behelst de beschikking de verplichting om gedurende een bepaalde termijn de Commissie op de hoogte te houden van de toegepaste prijzen, zodat zij toezicht kan houden op de rechtmatigheid van UBC's gedragingen.

c) Na de tussenkomst van de Commissie heeft UBC spontaan een einde gemaakt aan de stopzetting van de leveringen aan Olesen.

Alvorens met het oog op de daadwerkelijke beëindiging van de vastgestelde inbreuken op artikel 86 EEG-Verdrag haar beschikking te geven, heeft de Commissie een uiteenzetting willen geven van de maatregelen die zij ging vaststellen.

Ten aanzien van de opheffing van het verkoopverbod voor groene bananen, werd UBC niet enkel verplicht dit verbod in de algemene verkoopvoorwaarden te schrappen, maar hiervan ook mededeling te doen aan alle distributeurs/rijpers in de betrokken Lid-Staten, aan wie zij bananen verkoopt.

Ten aanzien van het niet meer toepassen, jegens haar handelspartners, van niet objectief gerechtvaardigde ongelijke prijzen, wordt UBC verplicht de ongelijkheden tussen de prijzen die zij haar distributeurs/rijpers oplegt, op te heffen voor zover de geleverde prestaties gelijkwaardig zijn.

Wat ten slotte de toepassing van onbillijke prijzen betreft ten aanzien van haar afnemers in Duitsland (behalve de Scipio-groep), Denemarken, Nederland en de BLEU, wordt UBC verplicht zodanige prijzen niet meer toe te passen, al blijft zij volledig verantwoordelijk voor de vaststelling van de prijzen. De Commissie dient UBC echter aanwijzingen te verschaffen om haar te helpen met een genoegzame graad van zekerheid te bepalen op welke wijze de inbreuk kan worden beëindigd.

Volgens de Commissie moet dit geschieden door de prijzen berekend aan de afnemers in Duitsland (behalve de Scipio-groep), Denemarken, Nederland, en de BLEU, te verlagen tot een niveau dat gemiddeld minstens 15 % onder de huidige door UBC aan Duitse en Deense afnemers berekende prijzen ligt, met dien verstande dat UBC nadien vrij blijft andere prijzen te berekenen, met name aan de hand van haar kosten, zonder dat deze prijzen echter onbillijk worden. Dit laatste moet blijken uit de controle van de prijzen, die UBC gedurende een periode van twee jaar elke zes maanden aan de Commissie moet meedelen.

D — Dispositief van de beschikking van 17 december 1975

Op grond van al deze overwegingen stelde de Commissie beschikking IV/ 26.699 vast, waarvan het dispositief luidt als volgt:

„Artikel 1

Vastgesteld wordt, dat UBC de volgende inbreuken heeft gepleegd op artikel 86 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap:

a) zij heeft haar dealers/rijpers die gevestigd zijn in de BLEU, Denemarken, Ierland, Nederland en Duitsland verplicht geen bananen van UBC in groene staat door te verkopen;

b) zij heeft voor haar verkopen van Chiquita-bananen ten opzichte van haar handelspartners en met name van haar dealers/rijpers in de bovengenoemde Lid-Staten — met uitzondering van de Scipio-groep — ongelijke prijzen toegepast bij gelijkwaardige prestaties;

c) zij heeft voor haar verkopen van Chiquita-bananen aan haar klanten die in de BLEU, in Nederland, in Duitsland (met uitzondering van de Scipio- groep) en in Denemarken zijn gevestigd, onbillijke verkoopprijzen toegepast;

d) zij heeft haar leveranties van Chiquita-bananen aan de vennootschap Th. Olesen te Valby, Kopenhagen, Denemarken van 10 oktober 1973 tot 11 februari 1975 gestaakt.

Artikel 2

Aan UBC wordt een geldboete opgelegd van één miljoen rekeneenheden voor de in artikel 1 vastgestelde inbreuken op artikel 86 van het Verdrag.

Artikel 3

UBC is verplicht:

a) onmiddellijk aan de in artikel 1 vastgestelde inbreuken een einde te maken, voor zover zij zulks niet reeds uit eigen beweging heeft gedaan;

b) en daartoe met name om:

— zonder verwijl, de opheffing van het verbod bananen in groene staat door te verkopen mede te delen aan al haar dealers/rijpers, die in Duitsland, Denemarken, Ierland, Nederland en de BLEU gevestigd zijn en dit feit aan de Commissie ter kennis te brengen voor 1 februari 1976;

— aan de Commissie twee maal per jaar — uiterlijk op 20 januari en op 20 juli, en voor de eerste maal op 20 april 1976 — gedurende een periode van twee jaar, de prijzen mede te delen, welke in het voorafgaande halfjaar werden berekend aan haar klanten die in Duitsland, Denemarken, Ierland, Nederland en de BLEU gevestigd zijn.

Artikel 4

Aan elk van de in artikel 3, sub b), genoemde verplichtingen is een dwangsom verbonden van duizend rekeneenheden per dag van verwijl na de data die in dit artikel zijn vermeld.

Artikel 5

Deze beschikking vormt executoriale titel overeenkomstig artikel 192 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap.

Artikel 6

Deze beschikking is gericht tot de United Brands Company te New York, Verenigde Staten van Amerika, en tot haar vertegenwoordiger, de vennootschap United Brands Continentaal BV, Van Vollenhovenstraat 3, Rotterdam-3002, Nederland, aan wie de kennisgeving van deze beschikking zal geschieden."

3. Procedure in rechte na de beschikking

Op 15 maart 1976 hebben UBC en UBCBV tegen deze beschikking beroep ingesteld bij het Hof (rolnummer 27/76), daarbij concluderende tot nietigverklaring ervan en betaling van schadevergoeding en, subsidiair, tot intrekking of verlaging van de geldboete.

a) Procedure in kort geding

Bij afzonderlijke akte van 18 maart 1976 hebben verzoeksters krachtens artikel 185 EEG-Verdrag de President van het Hof in kort geding verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 3, sub a en b, eerste streepje, van de beschikking totdat het Hof op het beroep tot nietigverklaring uitspraak zou hebben gedaan.

Ter staving van dat verzoek voerde UBC een aantal argumenten aan en wees erop dat reeds bepaalde maatregelen in overeenstemming met de beschikking van de Commissie waren getroffen.

Ten aanzien van de door de Commissie opgelegde verplichting het verkoopverbod voor groene bananen op te heffen, verklaarde verzoekster bij circulaire van 30 april 1976, gericht aan al haar distributeurs/rijpers, de betwiste clausule te hebben verduidelijkt door de toevoeging „behalve voor de verkoop tussen Chiquita-rijpers".

Ten aanzien van het bevel een eenvormige prijs toe te passen, merkte UBC op deze verplichting „onbegrijpelijk, tegenstrijdig en onuitvoerbaar" te achten, zulks wegens de fluctuaties op de markt voor bananen, die een uiterst bederfelijk voedingsprodukt zijn, dat de onverwijlde toepassing ervan haar aanzienlijke en onherstelbare schade zou berokkenen en negatieve gevolgen zou hebben voor de gehele markt en met name voor de winstmarges van haar distributeurs/rijpers die daardoor in een moeilijke positie zouden komen te verkeren ten opzichte van hun plaatselijke concurrenten.

Tevens merkte zij op dat de prijzen al vijftig jaar op de oude wijze worden vastgesteld, en uit al deze overwegingen trok zij de conclusie dat de Commissie niet staande kon houden dat het plotseling dringend noodzakelijk is dat verzoekster van een zo langjarige praktijk afziet; om haar goede wil te tonen, was zij evenwel bereid haar prijzen aan de Commissie mee te delen.

In haar op 29 maart 1976 ingediende memorie bestreed de Commissie alle argumenten ten gronde, doch refereerde zich aan het oordeel van de rechter in kort geding.

Op 5 april 1976 gaf de President van de Tweede Kamer, optredend als President van het Hof krachtens de artikelen 85, tweede alinea, en 11, tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering, na te hebben overwogen:

„dat uit de stukken blijkt dat het verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging in feite betrekking heeft op:

— de verplichting om een einde te maken aan het aan de dealers/rijpers opgelegde verbod bananen van UBC in groene staat door te verkopen, als-

mede om dit verbod onverwijld mede te delen aan alle betrokken dealers/rijpers en de Commissie hiervan uiterlijk op 1 februari 1976 in kennis te stellen (artikel 3a, juncto artikel 1a; artikel 3b, eerste streepje);

— de verplichting om een einde te maken aan de toepassing jegens de dealers/rijpers van ongelijke prijzen bij gelijkwaardige prestaties (artikel 3a, juncto artikel 1b);

— de verplichting om de toepassing van onbillijke verkoopprijzen te staken (artikel 3a, juncto artikel 1c);",

en na akte te hebben genomen van de verklaringen van partijen inzake de wijziging van de clausule betreffende de verkoop van groene bananen, onder aanhouding van de beslissing omtrent de kosten, de navolgende beschikking:

„De tenuitvoerlegging van artikel 3, sub a en sub b, eerste streepje, van de beschikking der Commissie van 17 december 1975 (IV/26.699) wordt tot de uitspraak ten gronde in de zaak 27/76 opgeschort, voor zover verzoeksters niet reeds uit eigen beweging een eind hebben gemaakt aan de door de Commissie in artikel 1 dier beschikking gewraakte gedragingen."

b) Conclusies van partijen

In hun beroepschrift concluderen *verzoeksters* dat het den Hove behage:

„1. De bestreden beschikking nietig te verklaren

— wegens schending van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag en de rechtsregels betreffende de toepassing dier artikelen, inzonderheid verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962;

— wegens motiveringsgebreken, schending van wezenlijke vormvoorschriften en onduidelijkheid.

2. De Commissie te bevelen aan verzoekster voor vergoeding van morele schade te betalen een bedrag van één rekeneenheid.

3. Zo de beschikking zelf in stand zou blijven, de door de Commissie opgelegde boete in te trekken of te verlagen.

4. De Commissie in de kosten te verwijzen."

In hun repliek hebben verzoeksters bij hun vorderingen gepersisteerd.

Verweerster concludeert in haar verweerschrift en in haar dupliek dat het den Hove behage:

„1. Het beroep van UBC als ongegrond te verwerpen.

2. Verzoekster in de kosten te verwijzen."

II — Overzicht van de middelen en argumenten van partijen

Opmerking vooraf

Verzoeksters zijn het niet eens met de beschikking van de Commissie en oefenen kritiek op de eraan ten grondslag liggende overwegingen. Hun beroep is gebaseerd op verscheidene middelen, die men voor een goed begrip van de argumenten van partijen dient te volgen:

1. Zij bestrijden de analyse van de Commissie met betrekking tot *de relevante markt*, zowel wat de produktmarkt als wat de geografische markt betreft.

2. Huns inziens spreken alle marktfactoren ertegen dat zij een *machtspositie* in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag zouden bezitten.

3. Zij menen geen *te hoge prijzen* te hebben toegepast.

4. Zij menen geen *discriminerende prijzen* te hebben toegepast.

5. De clausule inzake de voorwaarden voor de *verkoop van groene bananen* zou worden gerechtvaardigd door de noodzaak de kwaliteit van het produkt bij de verkoop aan de consument te waarborgen.
6. Zij willen aantonen dat de *weigering* aan de Deense firma Olesen *te verkopen*, gerechtvaardigd was.
7. Ten slotte maken verzoeksters algemene en bijzondere opmerkingen met betrekking tot de *geldboete* en het bedrag hiervan.

1. De relevante markt

Volgens *verzoeksters* is in een zaak op grond van artikel 86 de omschrijving van de relevante produktmarkt van wezenlijk belang, aangezien een realistische beoordeling van de concurrentiemogelijkheden enkel mogelijk is wanneer men rekening houdt met de kenmerken van het produkt en de gebieden waarin het in de handel wordt gebracht.

Verweerster lijkt geen bezwaar te hebben tegen dit onderscheid, dat zij in haar opmerkingen overneemt.

a) De produktmarkt

Verzoeksters betwisten de stelling van de Commissie, dat er een bananenmarkt bestaat die zowel gemerkte als ongemerkte bananen omvat.

Zij betogen dat de bananenmarkt een onderdeel vormt van de markt van vers fruit, aangezien bananen voor de consument redelijkerwijs vervangbaar zijn door andere soorten vers fruit, bij voorbeeld appels, sinaasappels, druiven, perziken, aardbeien, enzovoort; deze andere soorten, die in dezelfde winkels als de bananen en tegen vergelijkbare prijzen worden aangeboden, kunnen de bananen in het stadium van de consumptie, de distributie en de groothandel vervangen.

Hieruit volgt dat het voorhanden zijn van andere soorten vers fruit een uiterst belangrijke factor is waarmee bij de bepaling van de bananenprijs rekening moet worden gehouden (verzoeksters leggen grafieken over, blijkens welke bananen het best worden verkocht in de periode maart-medio juni, wanneer het aanbod van ander fruit gering is en de prijzen ervan relatief hoog). Uit twee studies van de FAO van 1969 en 1973, met behulp waarvan de Commissie het zelfstandige karakter van de bananenmarkt tracht aan te tonen, trekken verzoeksters tegengestelde conclusies, welke bevestiging vinden in een meer recente FAO-studie, getiteld „Elasticité des prix de détail de la banane", en in een studie van het Belgische Landbouweconomisch Instituut betreffende de appelmarkt in België (Le marché de la pomme en Belgique. Analyse globale de la fluctuation des prix à la production de 1950 à 1967 — Jansen (1969), p. 58-59).

In haar verweerschrift merkt de *Commissie* op geenszins te hebben beweerd dat bananen en ander fruit nooit of nagenoeg nooit onderling vervangbaar zijn.

De vervangbaarheid van produkten is nagenoeg nooit absoluut, maar praktisch altijd een zaak van meer of minder. De vraag is niet of bananen door andere vruchten kunnen worden vervangen, maar welke mate van vervangbaarheid volgens het mededingingsrecht nodig is om te kunnen zeggen dat twee of meer verschillende soorten fruit tot een zelfde „produktmarkt" behoren, zodat men dus vervolgens de vraag kan beantwoorden of een onderneming op die markt een machtspositie bezit.

Om twee produkten als behorend tot één produktmarkt te kunnen beschouwen, dienen zij in grote mate onderling vervangbaar te zijn (of om een uitspraak van het Amerikaanse Supreme Court te citeren: „Elk produkt is uiteindelijk ver-

vangbaar. Maar een relevante markt kan in redelijkheid niet zo een onbepaalde reeks van produkten omvatten. De kring moet nauw worden getrokken." Zaak Times-Picayune, 1953).

De mate van vervangbaarheid wordt bepaald aan de hand van alle eigenschappen van de betrokken produkten en van alle factoren die bij de keuze van de consument een rol spelen.

De bijzondere eigenschappen van bananen zijn van verschillende aard:

— natuurlijke (uiterlijk aanzien, chemische samenstelling, smaak, zachtheid, gehalte aan vitaminen en mineralen);

— functionele (eenvoudige en hygiënische handelbaarheid, gemakkelijk te consumeren, grote voedingswaarde, lichte verteerbaarheid);

— economische (gelijkmatige produktie gedurende het hele jaar, aanbod gemakkelijk aan te passen aan de vraag, commercialisatiemogelijkheden als bij een industrieel produkt).

Geen enkele andere fruitsoort bezit al deze eigenschappen of kan op dezelfde wijze als de banaan zo specifiek aan blijvende behoeften voldoen.

Aanbod en vraag zijn bij de banaan niet tot een bepaald seizoen beperkt; het is een vrucht die het hele jaar door beschikbaar is. Het onderzoek betreffende de vervangbaarheid dient zich bijgevolg over het gehele jaar uit te strekken.

Wat de prijzen betreft, blijkt uit de twee FAO-studies dat de bananenprijs slechts in zeer beperkte mate en enkel in de zomermaanden (met name in juli) door de prijs van andere vruchten, en dan nog alleen perziken en tafeldruiven, wordt beïnvloed (FAO-studie 1973, blz. 1, paragraaf 6).

Men mag derhalve aannemen dat de invloed van de prijzen en het aanbodvolume van andere vruchten in de tijd veel te beperkt is, veel te zwak en veel te weinig algemeen om te kunnen concluderen dat die andere vruchten als vervangingsprodukten tot dezelfde produktmarkt behoren als de bananen.

Samenvattend kan volgens de Commissie worden gesteld dat bananen „slechts in geringe mate vervangbaar zijn door andere produkten", aangezien zij „bijzonder geëigend" zijn om aan blijvende behoeften van de consument te voldoen.

Verzoeksters beginnen hun bespreking van de aard van de betrokken markt in hun repliek met een belangwekkende korte beschrijving van de wereldhandel in bananen en met name de handel in Chiquita-bananen, dat wil zeggen een beschrijving van:

— de bevoorradingsbronnen,

— de hoeveelheden, kwaliteit en kosten van de aangeboden en gekochte produkten, die zo talrijk zijn omdat verse vruchten in zo grote mate onderling vervangbaar zijn en alle aan dezelfde behoeften kunnen voldoen (dit blijkt uit een vergelijkende analyse van de seizoensconsumptie van vers fruit),

— de bederfelijke aard van het produkt, dat — als het goed genoeg is om onder het merk Chiquita te worden verkocht — met zorg moet worden vervoerd, gerijpt, gedistribueerd, gecontroleerd en gemerkt,

— de commercialisatie en de prijsbepaling, rekening houdend met seizoensfluctuaties en geografische factoren (wat dit laatste betreft, uit het werk „De gemeenschappelijke bananenmarkt" blijkt het bijzondere karakter van de Duitse markt alsmede de onmogelijkheid om het door de Commissie als de relevante markt aangemerkte gebied als één geografische markt te beschouwen),

— de daaruit resulterende prijsniveaus.

In haar dupliek betoogt de *Commissie* dat het voornaamste punt van geschil tussen haar en verzoeksters de vraag betreft of de relevante markt die van vers fruit dan wel, zoals zijzelf staande houdt, de bananenmarkt is. Het Hof heeft beslist dat er een beperkte mate van onderlinge vervangbaarheid kan bestaan tussen produkten die wel en produkten die niet tot een bepaalde markt behoren, en dit betekent dat er een onbeperkte of althans een zeer grote vervangbaarheid moet bestaan om te kunnen vaststellen dat de betrokken produkten tot dezelfde markt behoren. De doorsnee consument evenwel maakt verschil tussen bananen en ander vers fruit; dit is wat de FAO noemt „het verlangen naar afwisseling bij de consumptie van fruit"; de gewone huisvrouw en de kleinhandelaar denken er juist zo over. Maar het is nog duidelijker op het niveau van de groothandel: typerend is hiervoor het geval van Olesen, die toen hij van verzoeksters geen bananen meer kreeg, in de grootste moeilijkheden kwam te verkeren, zowel vanwege de aard van de vraag als vanwege het bijzondere karakter van zijn installaties. De banaan is dus in geringe mate vervangbaar door andere soorten vers fruit; dit is met name het geval geweest in de periode sinds de tweede Wereldoorlog, toen de banaan als direct voor consumptie geschikt voedingsprodukt in de gehele wereld de tweede plaats is gaan innemen na melk (aldus UBC's jaarverslag 1972, bijlage II b bij haar verweerschrift!). Telt men de volgende factoren bij elkaar op:

— de smaak (enkel een banaan ... smaakt als een banaan!)

— uiterlijk, zachtheid, eenvoudige en hygiënische handelbaarheid, pitloos: daardoor een uitgelezen voedsel voor een ieder, en speciaal voor bepaalde groepen consumenten

— chemische samenstelling, gehalte aan vitaminen en mineralen, voedingswaarde en lichte verteerbaarheid

— kan het hele jaar door vers worden geleverd en geproduceerd als ware het een industrieel produkt,

dan komt men tot de conclusie dat de banaan bijzonder geschikt is om aan blijvende behoeften te voldoen en slechts in zeer geringe mate door andere produkten kan worden vervangen. Zij is dus inderdaad het produkt van de relevante markt, zoals ook blijkt uit de anti-trustprocedures die in de Verenigde Staten tegen verzoeksters zijn gevoerd.

Door onderzoeken van deskundigen zijn drie dingen ten stelligste aangetoond:

— er bestaat geen constante onderlinge vervangbaarheid tussen de banaan en alle andere soorten vers fruit;

— er bestaat geen algemene kruislingse elasticiteit tussen de banaan en andere soorten vers fruit die eveneens het hele jaar verkrijgbaar zijn (FAO-studie van 1973);

— zelfs bij seizoenvruchten is geen significante kruislingse elasticiteit aangetoond, al kan deze bij enkele soorten wellicht worden aangenomen.

Zelfs indien men alle argumenten die voor UBC's opvatting pleiten, zou aanvaarden, blijft het niettemin waar dat de eventuele vervangbaarheid van bananen door seizoenvruchten per definitie beperkt is tot een gedeelte van het jaar en tot slechts enkele van die vruchten. Van de twee vruchten die het hele jaar door beschikbaar zijn (sinaasappel en appel), kan de eerste de banaan niet vervangen, terwijl dat bij de tweede in 1969 slechts in geringe mate mogelijk is gebleken en in 1975 in slechts twee van de zeven onderzochte landen. De relevante markt is dus stellig de markt van bananen, zowel volgens de feitelijke criteria van het Europese als van het Amerikaanse recht

(vgl. de zaak-Cellophane en de zaak-Brown Shoe).

Ter weerlegging van deze gegevens heeft UBC, als bijlage bij het beroepschrift en vervolgens bij de repliek, nota's overgelegd van twee FAO-ambtenaren, Viton en Perkins, waarvan men zich afvraagt of zij de mening van hun organisatie weergeven en de processtukken niet hebben gelezen (dit voor wat de tweede betreft). De Commissie verzoekt het Hof:

„om, indien het twijfel koestert omtrent de uitlegging van de in casu als relevant te beschouwen punten van de FAO-studies, een deskundige van de FAO te horen, die gemachtigd is tot het afleggen van een duidelijke en gezaghebbende verklaring betreffende het standpunt van die organisatie."

Het argument van de nota van Perkins is dat in de prijzen en de hoeveelheden van de verkochte bananen periodieke schommelingen optreden. Deze zijn weliswaar zwak doch reëel en schijnen te duiden op het bestaan van een geringe, aan het seizoen gebonden kruislingse elasticiteit. Hieruit kan men de conclusie trekken dat „met schommelingen in de prijzen en hoeveelheden van bananen slechts rekening moet worden gehouden voor zover er een kruislingse elasticiteit uit blijkt. Omdat deze kruislingse elasticiteit zich zo onregelmatig en gedurende korte tijd uit, kan zij geen grond bieden voor een omschrijving van de relevante produktmarkt als de markt van alle verse vruchten."

b) De geografische markt

In hun beroepschrift stellen *verzoeksters* dat in principe „alleen gebieden waarin de mededingingsvoorwaarden homogeen zijn, tot de relevante markt kunnen worden gerekend".

De Commissie nu sluit Frankrijk, Italië en het Verenigd Koninkrijk wegens de daar bestaande speciale omstandigheden van die markt uit:

— Frankrijk, wegens de overheidsmaatregelen die de bananenmarkt monopoliseren ten gunste van de produktielanden die bijzondere betrekkingen met Frankrijk onderhouden,
— het Verenigd Koninkrijk, wegens de „Commonwealth preferences",
— Italië, omdat het vroegere staatsmonopolie tegen het midden van de jaren zestig is afgeschaft en vervangen door invoerquota ten gunste van landen die geen lid zijn van de EEG; toch worden in Italië bananen van de variëteit Cavendish verkocht als ook Chiquita-bananen.

Verzoeksters verwijten de Commissie geen rekening te hebben gehouden met de verschillen in de mededingingsvoorwaarden in de andere Lid-Staten, waar drie sterk verschillende douanetarieven gelden:

— in Duitsland het nultarief,
— in Denemarken en Ierland een overgangstarief,
— in de Benelux het gemeenschappelijk buitentarief van 20 %.

Deze markten onderscheiden zich verder door andere, even belangrijke factoren, zoals grootte, consumentengewoonten (het jaarlijkse fruitverbruik per hoofd van de bevolking bedraagt in Duitsland 109 kg — oftewel 2,5 maal dat in Ierland en twee maal dat in Denemarken —, in Nederland 93 kg en in België 76 kg), de concentratie op verschillende niveaus (zeer hoge concentratiegraad in Duitsland), verschillen op monetair gebied.

Al deze elementen brengen verzoeksters tot de conclusie dat de geografische markt gebieden omvat waarin de concurrentievoorwaarden zozeer uiteenlopen, dat zij niet als één enkele markt kunnen worden beschouwd, en dat de beslissing van de Commissie ten aanzien van Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Italië even goed dient te gelden voor de zes overige Lid-Staten.

De *Commissie* merkt op dat zij die drie landen niet tot de „relevante markt" heeft gerekend omdat de daar geldende nationale regelingen preferenties scheppen voor andere dan UBC-bananen en deze laatste er niet onder dezelfde voorwaarden kunnen worden verkocht. Daarentegen is de Duitse markt volkomen vrij evenals die van de andere vijf Lid-Staten, afgezien dan van de toepassing van bepaalde niet-discriminatoire tariefposten.

Als niet serieus verwerpt de Commissie het argument dat de in aanmerking te nemen markt, zo zij al niet homogeen is, in elk geval geen „merkbare" ongelijkheden moet vertonen.

2. De machtspositie

In hun beroepschrift verwijten *verzoeksters* de Commissie volstrekt geen rekening te hebben gehouden met het bijzondere karakter van de banaan als landbouwprodukt. Bij gebreke van stabilisatiemaatregelen worden de prijzen van de landbouwprodukten gekenmerkt door vaak optredende sterke schommelingen. Een verkoper van landbouwprodukten moet daarom ruime mogelijkheden van controle over de bevoorrading hebben om het aanbod voldoende te kunnen beheersen en de prijzen te kunnen beïnvloeden.

Die prijsinstabiliteit is nog groter voor bederfelijke landbouwprodukten waarbij opslag niet mogelijk is en die zo snel mogelijk tegen onverschillig welke prijs moeten worden afgezet. De banaan nu is zo'n uiterst bederfelijk en voor opslag ongeschikt produkt: eens geplukt moet zij na ten hoogste ongeveer 20 dagen bij de consument op tafel liggen; daarna is zij niet meer verkoopbaar.

Gezien deze bijzondere kenmerken van het produkt, is de bananenhandelaar wel verplicht te verkopen en zijn zijn mogelijkheden om de prijzen te controleren, uiterst beperkt. Aldus is het praktisch uitgesloten dat een onderneming de prijzen daadwerklijk bepaalt, tenzij zij de produktie voor nagenoeg 100 % in handen zou hebben; de prijzen worden immers rechtstreeks beïnvloed door de omvang van het aanbod. En zelfs dan is er geen enkele zekerheid dat die onderneming haar prijzen werkelijk kan opleggen, vanwege de grote vervangbaarheid en concurrentie tussen bananen en andere vruchten (zie hiervóór, onder 1a).

Verzoeksters verwijten de Commissie voorts bij de beoordeling van de toegeschreven machtspositie onvoldoende rekening te hebben gehouden met de aanwezigheid van sterke, agressieve concurrenten, die een garantie vormt voor zo laag mogelijke bananenprijzen. Te noemen zijn:

— *Castle & Cooke,* een grote gediversifieerde onderneming met een jaaromzet in 1974 van 753 131 000 dollar en een vast personeelsbestand van 23 000 man plus 9 000 seizoenarbeiders. Zij verkoopt haar bananen onder het merk „Dole" in de Verenigde Staten, Canada, Japan en Europa, en onder het merk „Cabane" in Zuid-Europa. In 1974 was „Dole" het grootste merk in de Verenigde Staten en Canada met een marktaandeel van 41 %, en in Japan van 25 %. Castle & Cooke is aldus volledig in staat om op de wereldmarkt van bananen te concurreren. In Europa opereert zij via een groep bananenimporteurs (Eurobana), die een marktaandeel heeft van 16 %.

— *Del Monte,* die 250 verschillende soorten verse voedingsmiddelen vervaardigt en onder het merk „Del Monte" verkoopt. De jaaromzet in 1974 bedroeg 1 042 608 000 dollar, het personeel bestaat uit 32 000 vaste krachten en 7 000 tot 41 000 seizoenarbeiders. Zij bezit twaalf koelschepen voor bananenvervoer, grote

plantages in Latijns-Amerika en op de Filippijnen, en beheerst 10 % van de markt in het gebied bestaande uit Duitsland, Denemarken, de Benelux en Ierland. Deze markt profiteert mede van de neveneffecten van haar reclame voor andere vruchten; Del Monte is een sterke concurrent op alle markten van het betrokken gebied.

— *Alba,* die bananen verkoopt onder het merk „Onkel Tuca" en 12 % van de Duitse en de Deense markt in handen heeft.

— *Bruns,* met zes koelschepen voor het vervoer van zijn „Bajella"-bananen en een marktaandeel in Duitsland van 10 %.

— *Van den Brink,* een Nederlandse onderneming, die „Bonita"-bananen verkoopt in Duitsland en Nederland.

— *Velleman & Tas,* een Nederlandse fruitimporteur, die is begonnen met de distributie van „Turbana"-bananen. Door de daardoor veroorzaakte scherpe concurrentie op de Nederlandse markt, daalden de prijzen tot een ongekend laag peil vergeleken met die op de andere markten.

Als bewijs voor de agressiviteit van hun concurrenten vermelden verzoeksters de lancering van het merk „Dole" door middel van een publiciteitscampagne die op 26 april 1973 in Hamburg begon met een persconferentie die een „ware oorlogsverklaring" aan UBC was, het „breken" van de prijzen door Alba in Duitsland en vooral in Denemarken, en de invoering van het merk „Turbana" op de Nederlandse markt, een mededingingssituatie waarvan de Commissie impliciet het bestaan erkent wanneer zij in haar beschikking opmerkt dat de voornaamste concurrenten van verzoeksters hun verkopen voortdurend trachten te vergroten.

Verzoeksters wijzen er ook op dat de toegang tot de Europese markt niet is geblokkeerd en dat men er des te gemakkelijker op kan doordringen omdat de bananenproduktie veel en veel groter is dan de afzetmogelijkheden in de verbruikslanden, dat de banaan niet octrooirechtelijk is beschermd, dat vanwege de homogeniteit van het produkt de reclame niet die produktdifferentiatie schept welke op industriële markten wordt aangetroffen, en dat de toegang tot rijpers en distributeurs niet wordt belemmerd.

Daardoor kon in 1972 Del Monte op de Europese markt doordringen, in 1975 Velleman & Tas, die zich in Nederland een marktaandeel van 23 % heeft veroverd, en na maart 1976 de Duitse firma T. Port die bananen importeert en verkoopt onder het merk „Golden B".

Vervolgens merken verzoeksters op dat de Commissie bij de beoordeling van de mededingingsvoorwaarden onvoldoende rekening heeft gehouden met de grote macht van de afnemers, die een tegenwicht vormt voor UBC's vermeende macht om de prijzen te bepalen.

Dit geldt voor haar voornaamste klant, de reusachtige Duitse *Scipio-groep,* „de grootste combinatie van bananenrijpers/distributeurs ter wereld", waarover zij geen enkele controle bezit en die bananen inkoopt bij alle leveranciers die in Duitsland opereren, met uitzondering van Del Monte, en die zelfs bepaalde hoeveelheden bananen koopt bij onafhankelijke planters op Martinique.

De fob-aankopen van deze groep bij UBC omvatten circa 250 000 ton per jaar (twee maal het totale Nederlandse verbruik) ofwel 80 % van UBC's verkopen op de Duitse markt, 56 % van haar verkopen op de relevante markt en 12 % van haar wereldverkoop. De Scipio-groep controleert circa 50 % van de Duitse rijperijcapaciteit, verdeeld over meer dan vijftig steden; zij bezit een

vloot van acht bananenschepen en speciale losinstallaties in Bremerhaven. Tegenover een onafhankelijke afnemer van zo'n omvang en gegeven de aanwezigheid van tal van agressieve concurrenten kan, aldus verzoeksters, geen enkele onderneming de prijzen dicteren.

UBC's tweede klant, *Edeka*, is evenmin een kleine onderneming. Deze groep omvat 29 000 detaillisten in de voedingsmiddelenhandel en neemt 17 % van de omzet in de Duitse kruideniersbranche voor haar rekening.

In 1975 heeft Edeka 915 830 dozen bananen van verzoeksters gekocht, dat wil zeggen 26,2 % van haar rijperijcapaciteit; 60 % daarvan is gereserveerd voor de „Onkel Tuca"-bananen van de Albagroep, waarvan Edeka een der voornaamste aandelhouders is. Daarnaast koopt Edeka Bajella-, Dole- en Del Monte-bananen alsook ongemerkte bananen.

De derde klant van verzoeksters in Duitsland is *Van Wylick*, een grote onderneming met eigen rijperijen in heel Duitsland.

Hetzelfde geldt voor *Banacopera* in België, een coöperatie van rijpers/distributeurs.

Deze vier klanten, die in genen dele onder controle van UBC staan en de produkten van haar concurrenten kunnen verkopen, nemen 73 % van UBC's verkopen in het betrokken gebied voor hun rekening met uitzondering van de verkopen aan Spiers, een 100 %-dochteronderneming van UBC.

UBC merkt op dat de aan Edeka en Van Wylick berekende prijzen niet verschillen van die welke zij in rekening brengt aan de kleinste rijpers/distributeurs, die 7 % van haar verkopen in Duitsland vertegenwoordigen en die dus profiteren van de druk welke door de grote klanten wordt uitgeoefend.

De onafhankelijkheid van de klanten blijkt inzonderheid hieruit, dat zij zich te allen tijde geheel of gedeeltelijk bij andere leveranciers kunnen gaan bevoorraden. Zo is bij voorbeeld København Frugtauktioner in 1973 klant van Onkel Tuca geworden, en Migros, de grootste Zwitserse distributeur/rijper, dekt sinds 1975 50 % van zijn behoefte bij Del Monte.

Aangezien de klanten niet door langlopende contracten zijn gebonden, zich vrij tot de concurrentie kunnen wenden en voor hun activiteiten niet enkel van de bananenhandel afhankelijk zijn, staan zij niet onder controle van UBC.

Als bewijs voor de sterke mededinging op de bananenmarkt is daar bovendien het feit dat de bananenprijzen blijkens rapporten van de FAO en de Unctad de laatste 20 jaar een reële daling van 50 % te zien hebben gegeven. Geheel in tegenstelling tot een monopolistische gesloten markt wordt de bananenmarkt gekenmerkt door sterke maandelijkse en zelfs wekelijkse prijsschommelingen. En het feit dat verzoeksters niet op elke nationale markt dezelfde prijzen toepassen, bevestigt de stelling dat zij niet bij machte zijn de prijzen te bepalen; zouden zij immers een machtspositie bezitten, dan konden zij dat doen op een eenvormig niveau waarop zij hun winsten zouden maximaliseren.

Uit dit alles én uit het feit dat haar financiële positie de laatste vijf jaar vaker door verliezen dan door winsten is gekenmerkt, trekt UBC de conclusie dat niet is komen vast te staan dat zij op de Europese bananenmarkt een machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag bezit.

Zo gezien moet men zich zelfs afvragen of UBC's marktaandeel de conclusie toelaat dat zij een machtspositie kan bezitten.

Vooreerst valt op te merken dat marktaandelen in de landbouwsector van veel

minder belang zijn dan in de industriële sector; met name bij bederfelijke landbouwprodukten zijn die marktaandelen niets anders dan een indicatie van de hoeveelheden die op een bepaalde markt in de handel zijn gebracht.

Op korte termijn zijn de geproduceerde hoeveelheden inelastisch, terwijl zij tegelijkertijd aan de risico's van allerlei onvoorzienbare omstandigheden blootstaan (orkanen, ziekten, enz.). Eenmaal op de markt gebracht, moéten zij worden verkocht omdat opslag niet mogelijk is. In het geval van landbouwprodukten kan men uit marktaandelen dan ook geen enkele conclusie trekken met betrekking tot economische macht, omdat controle over produktie en/of prijzen niet mogelijk is.

Omdat de bananen een homogeen landbouwprodukt zijn, wordt het marktaandeel van een onderneming die op een gegeven moment niets aanbiedt, onmiddellijk door haar concurrenten overgenomen. Zo is bij voorbeeld in Ierland het marktaandeel van verzoeksters, dat in 1972 39 % bedroeg, na zeven maanden afwezigheid gedaald tot 3 % in 1973.

Als het marktaandeel van verzoeksters 45 % zou bedragen, is dat ongeveer de helft van wat de Commissie tot nu toe beschouwde als een aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie op het gebied van industriële produkten. UBC haalt ten deze de vijf beschikkingen van de Commissie aan die met toepassing van artikel 86 zijn gegeven. De desbetreffende ondernemingen bezaten een quasi monopoliepositie. In casu is dit echter niet het geval; omdat het bovendien om landbouwprodukten gaat, is de Commissie uiterst ondoordacht te werk gegaan. Zij heeft een aanzienlijk lichter criterium gehanteerd om de mate van marktbeheersing te meten, terwijl zij juist het tegenovergestelde had moeten doen, want bananenimporteurs bevinden zich in een situatie die totaal verschilt van die welke men op andere produktmarkten aantreft. Voor het vermoeden dat verzoeksters een machtspositie hebben, had dus het bezit van bijzonder grote marktaandelen moeten zijn aangetoond.

Het aan verzoeksters toegeschreven marktaandeel van 45 % moet evenwel tot 20 % worden verlaagd, omdat transacties fob niet mogen meetellen. Bedoeld zijn de transacties fob met de Scipio-groep, die 56 % van UBC's verkopen in de betrokken sector vertegenwoordigen en ten aanzien waarvan de Commissie niet heeft gesteld dat zij tot toepassing van onbillijke en discriminatoire prijzen hebben geleid.

Het beweerde marktaandeel van 45 % moet ook worden verlaagd met het percentage van de omzet van ongemerkte bananen, aangezien de bezwaarpunten van de Commissie betreffende het misbruik van machtspositie uitdrukkelijk geen betrekking hebben op dit type produkt en zij overigens zeer sterke argumenten meent te kunnen ontlenen aan de invloed van de reclamecampagne voor merkbananen. Laat men de ongemerkte bananen buiten beschouwing, dan komt men voor verzoeksters tot de volgende marktaandelen in 1975 (met inbegrip van de verkopen fob aan Scipio):

— Duitsland:	35,9 %	
— Nederland:	31,4 %	gewogen
— BLEU:	42,5 %	gemiddelde:
— Denemarken:	43,5 %	35,5 %

UBC bespreekt de verschillende nationale markten waarop zij misbruik van haar vermeende machtspositie zou hebben gemaakt, en wijst onder aanvoering van cijfers op twee factoren:

— op elk van die markten hebben haar concurrenten een groter marktaandeel dan zijzelf;

— op de meeste van die markten hebben de concurrenten na 1970 hun marktaandeel ten koste van UBC vergroot.

Dit feit en deze tendens vormen „allesbehalve een aanwijzing voor een machtspositie". UBC voert hierop opnieuw het argument aan betreffende de relevante produktmarkt en met betrekking tot de vervangingsprodukten; hun aanwezigheid vermindert proportioneel de verhoudingen en percentages die voor de bananenmarkt alleen zijn berekend.

UBC meent vervolgens de aandacht te moeten vestigen op twee fouten van de Commissie:

— de ene betreft het nieuwe marketingbeleid sedert 1967, dat volgens de Commissie door UBC zou zijn uitgevonden en de produktie-, verpakkings-, transport-, rijpings- en verkoopsystemen omvat. In werkelijkheid zijn verzoeksters tot deze reorganisatie van de produktie en de verpakking gedwongen door de verwoestingen welke waren aangericht door de ziekte van Panama, veroorzaakt door een schimmel die de bananenplanten van de variëteit Gros-Michel had aangetast, en door de algemene invoering van een nieuwe variëteit, de Cavendish, waartoe overigens Castle & Cooke als eerste was overgegaan;

— de andere fout betreft de merkreclame, welke volgens de Commissie pas sinds 1967, doch in werkelijkheid al sinds 1920 bestaat; de opzet van de reclamecampagne van 1967 was niet de markt te monopoliseren, maar de consumenten te informeren over de vervanging van het merk Fyffes door Chiquita, hetgeen verband hield met het merkenprogramma voor de Verenigde Staten; een zelfde publiciteitscampagne is trouwens gevoerd door Standard Fruit, toen deze haar merk Cabana verving door Dole. Verzoeksters merken op dat tussen 1971 en 1975 hun reclamebudget voor Duitsland en de Benelux, ten bedrage van gemiddeld 1,1 miljoen dollar per jaar, normaal was voor de sector van de fruithandel en niet zo erg hoog vergeleken met andere sectoren [1].

Ook de concurrenten van verzoeksters voeren dergelijke reclamecampagnes; het gebruik van merken is de consumenten ten goede gekomen omdat importeurs en handelaren daardoor ertoe zijn gebracht enkel bananen van de beste kwaliteit te verkopen.

Voorts beweert de Commissie dat de concurrenten van verzoeksters moeilijkheden ondervonden om zich met grote hoeveelheden bananen van gelijke kwaliteit te bevoorraden, maar alle officiële rapporten erkennen unaniem dat de wereldproduktie van bananen door een aanbodoverschot wordt gekenmerkt.

UBC verklaart nog dat, wat de Commissie op bladzijde 13 van de beschikking ook moge beweren, het nooit haar politiek is geweest de bestemmingen van transporten te wijzigen ten einde de prijsverschillen tussen de Lid-Staten uit te buiten.

De Commissie legt veel nadruk op de verticale integratie van UBC's activiteiten op bananengebied, als een bewijs van de machtspositie van deze onderneming.

Verzoeksters stellen evenwel vast dat de door UBC gecontroleerde bananenplantages slechts 50 % van haar behoeften dekken; de rest wordt gekocht bij zelfstandige producenten. Voor de bevoorrading van Europa gebruiken verzoeksters bovendien geen eigen schepen, maar doen zij een beroep op de chartermarkt; afgezien van het netwerk van Spiers, bezit UBC geen enkele rijperij en ten slotte controleert zij geen enkel bedrijf in het kleinhandelsstadium.

Haar verticale integratie is niet verder doorgevoerd dan die van haar voor-

1 — In 1974 beschikten de EEG-instanties over een budget van 3 miljoen rekeneenheden voor een reclamecampagne ter bevordering van het vleesverbruik.

naamste concurrenten, Standard Fruit en Del Monte, en minder ver dan die van Alba en Bruns. De know-how van UBC wordt door haar concurrenten gedeeld [1].

Verzoeksters merken nog op dat van 1971 tot 1974 haar totale verliezen 24 548 000 dollar bedroegen, terwijl in dezelfde periode Castle & Cooke en Del Monte een globale winst hebben behaald van respectievelijk 92 871 000 en 110 243 000 dollar [2].

Met betrekking tot haar vermeende machtspositie vestigt UBC bij wijze van conclusie de aandacht op het feit dat de Commissie

„niet heeft weten aan te tonen dat verzoeksters de macht bezitten de prijzen in belangrijke mate te controleren, zoals artikel 85 vereist, en evenmin rekening heeft gehouden met tal van factoren die het bestaan van een machtspositie van verzoeksters weerleggen, zoals de bijzondere aard van het produkt, de concurrentie van vervangingsprodukten, de aanwezigheid van andere machtige bananenondernemingen, de macht van de consument, het lage en instabiele prijspeil en het ontbreken van monopoliewinsten bij verzoeksters."

In haar verweerschrift gaat de *Commissie* in op de verschillende factoren die tot de conclusie betreffende UBC's machtspositie hebben geleid.

a) Kenmerken van het produkt

Om te beginnen merkt de Commissie op dat anders dan bij de meeste andere landbouwprodukten de produktie en de oogst van bananen tamelijk regelmatig over het gehele jaar is verspreid.

Daarom is de banaan bijzonder geëigend voor produktie en commercialisatie in industriële trant. Alleen in de produktiefase is er een zekere inelasticiteit in het aanbod, maar daar staat tegenover dat UBC slechts circa 50 % van de door haar verhandelde bananen zelf teelt, en dit in een groot aantal verschillende landen, en vooral optreedt als importeur en distributeur.

De importeur heeft een sterke positie, omdat hij de distributie van een zeer bederfelijke waar in het beginstadium controleert, en dus in staat is het volume van het voor de importmarkten bestemde aanbod te regelen.

In die omstandigheden heeft de bederfelijke aard van de banaan voor hem niet dezelfde betekenis als voor de bananentelers die zich van een oncontroleerbare produktie hebben weten te ontdoen.

Anders gezegd, de bederfelijkheid van de banaan zou voor UBC slechts een ernstig nadeel betekenen indien zij het opnemingsvermogen van de markt verkeerd zou beoordelen, en dit kan de verklaring zijn van het feit dat de vervoerde hoeveelheden bijna steeds kleiner zijn dan de bestellingen van UBC's klanten.

b) Prijzen

Opgemerkt zij dat ook de vraag tamelijk inelastisch is. Als de prijs inderdaad door de vraag wordt bepaald, is het probleem vooral om uit te maken of, en zo ja in hoeverre, de leverancier bij machte is de prijzen bij een bepaalde grootte van de vraag te controleren.

In alle onderzochte landen is evenwel vastgesteld dat de prijselasticiteit aan de vraagzijde kleiner is dan min één, hetgeen betekent dat als de prijzen met een bepaald percentage worden verhoogd, het verbruik slechts met een kleiner percentage zal afnemen.

De prijselasticiteit van de vraag beweegt zich tussen min 0,72 in Duitsland en min 0,44 in Nederland: een prijsstijging met 100 % zou dus in Duitsland de

1 — Zo is de cultuur van de variëteit Cavendish, die bijna 100 % van de wereldexport vertegenwoordigt, het eerst door Standard Fruit ontwikkeld.

2 — Verzoeksters hebben gedurende drie jaar geen dividend over gewone aandelen betaald; daarentegen hebben Castle & Cooke en Del Monte in 1974 respectievelijk 12 200 000 en 15 300 000 dollar aan dividend uitgekeerd.

vraag met 72 % en in Nederland met 44 % doen verminderen.

Bovendien kan de leverancier door middel van reclame de relatieve inelasticiteit van de vraag vergroten.

c) UBC's marktaandeel

UBC's marktaandeel is door de Commissie concreet becijferd op 45 %, want om het bestaan van een machtspositie te kunnen vaststellen, dient men te beoordelen hoe groot de macht van een onderneming is. In casu is er dus geen reden om bij de berekening van het marktaandeel de verkopen fob aan Scipio en de verkopen van ongemerkte bananen buiten beschouwing te laten [1]. Dit aandeel heeft stellig bewijswaarde voor de macht van UBC op de bananenmarkt.

De Commissie heeft nooit beweerd dat de concurrentie is uitgeschakeld. Om het bestaan van een machtspositie te bewijzen behoeft niet te worden aangetoond dat de onderneming het vrije spel van de mededinging heeft verhinderd; men kan volstaan met aan te tonen dat die onderneming in de gelegenheid was een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen.

De gedragingen van de concurrentie, en met name van Castle & Cooke, mogen „agressief" zijn geweest, maar de „oorlogsverklaringen" hebben hun doel gemist en Castle & Cooke is er niet in geslaagd haar marktaandeel belangrijk te vergroten.

De Commissie houdt mitsdien staande:

— dat UBC erin is geslaagd „Chiquita" tot het grootste bananenmerk te maken;

— dat UBC, doordat zij het grootste afzetvolume heeft in vergelijking met haar concurrenten en een organisatie voor kwaliteitscontrole die minstens gelijk is aan die van haar voornaamste concurrenten, en doordat zij in de gehele Gemeenschap actief is, het meest van alle ondernemingen profiteert van „besparingen door schaalvergroting" op het gebied van de reclame;

— dat UBC, doordat zij in de gehele Gemeenschap bananen verkoopt, gebruik kan maken van een meer flexibel distributiesysteem, waardoor zij de prijsverschillen tussen de Lid-Staten kan uitbuiten (evenals de prijsverschillen die de markt in de verschillende Lid-Staten kan verdragen).

d) Verticale integratie

UBC kan niet ontkennen dat haar verticale integratie zeer ver is doorgevoerd. Bij de beoordeling van haar machtspositie dient men wel voor ogen te houden dat dit van invloed is op elke schakel van de distributieketen, die zich uitstrekt van de plantage tot de consument.

Slechts zeer weinig concurrenten bezitten een ver doorgevoerde verticale integratie en dan *nooit* op dezelfde schaal als UBC.

UBC trekt ook voordeel uit haar know-how en de resultaten van haar research.

Ten slotte, de reden waarom de Commissie het multinationale karakter van UBC en haar voor een conglomeraat typerende actieradius heeft vermeld, is haar overtuiging dat deze kenmerken tezamen met alle andere in de beschikking opgesomde voordelen bijdragen aan de vestiging van UBC's machtspositie.

e) Belemmeringen voor de toegang van concurrenten tot de markt

De grootste belemmering voor een eventuele concurrent om toegang tot de markt te krijgen, is een factor die slechts bij één van de voornaamste concurrenten van UBC wordt aangetroffen, namelijk de verticale integratie.

1 — Volgens het Duitse recht „wordt een onderneming vermoed de markt te beheersen indien zij een marktaandeel bezit dat ten minste gelijk is aan een derde van de gehele markt van een bepaald produkt". Het Engelse recht vereist een marktaandeel van 25 %.

Voor wat Del Montes toegang tot de markt betreft, behoeft men slechts te bedenken dat deze enkel mogelijk was dank zij een „consent decree" van de Amerikaanse autoriteiten, waarbij UBC's rechtsvoorgangster, United Fruit Company, in november 1972 werd verplicht een gehele sector van haar activiteiten op bananengebied af te stoten.

De Commissie ontkent dat Scipio en andere klanten enig tegenwicht zouden kunnen bieden, want Scipio kan het niet stellen zonder de verkoop van Chiquitabananen, waarvan de kwaliteit niet kan worden betwist, die door reclame en verkoopbevorderingsacties wordt ondersteund. Scipio accepteert het technisch toezicht van UBC, heeft zich verplicht geen groene bananen te verkopen en heeft in dertig jaar nooit een poging gedaan zich onafhankelijk van UBC op te stellen.

f) Winsten en bedrijfsresultaat

Volgens de Commissie kan men niet staande houden dat de winsten van UBC op het geheel van haar activiteiten dan wel enkel op haar activiteiten op bananengebied abnormaal laag zijn geweest of dat de onderneming gedurende een langere periode in het geheel geen winst heeft gemaakt.

Maar dat doet er overigens weinig toe, want bij een monopolie is de eerste en belangrijkste vraag of er een machtspositie is, en niet of daarvan een redelijk gebruik is gemaakt. Elk criterium waarbij de macht van een onderneming wordt afgemeten aan haar bedrijfsresultaten, heeft niet meer dan een beperkte waarde.

Een kleine winstmarge kan immers heel goed met een monopoliepositie samengaan, juist zoals in een situatie van daadwerkelijke mededinging grote winsten mogelijk zijn. Bij de toepassing van de regels van het mededingingsrecht kunnen derhalve de bedrijfsresultaten geen criterium zijn voor het al dan niet bestaan van een machtspositie.

Maar „het beste en eenvoudigste bewijs dat verweerders de vereiste macht bezitten om de marktprijzen en de toegang van hun concurrenten tot de markt te beïnvloeden, is het feit dat zij daadwerkelijk gebruik maken van die macht" (rapport van de Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, 31 maart 1955).

Hoe groter nu de macht van de distributeurs/rijpers is (zoals UBC deze heeft voorgesteld), des te groter moet UBC's eigen macht zijn om hen ervan te weerhouden hun bananen te exporteren of in groene staat te verkopen.

Op soortgelijke wijze vormt UBC's praktijk om verschillende (en soms buitensporig hoge) prijzen bij gelijkwaardige transacties toe te passen, een bevestiging van de omvang van haar macht.

De Commissie is van mening dat UBC's machtspositie blijkt uit haar overheersend marktaandeel, mede gezien in verband met tal van andere voordelen, die niet steeds alleen of in bepaalde gevallen zelfs maar voornamelijk aan UBC ten goede komen, maar waaruit, alles tezamen genomen, enkel UBC in staat is voordeel te trekken.

In hun repliek stellen *verzoeksters* dat, waar het in casu gaat om verwijten betreffende misbruik van een machtspositie in strijd met artikel 86 EEG-Verdrag, de Commissie in de eerste plaats *feitelijk* heeft te bewijzen — en niet kan volstaan met te stellen — dat verzoekster een machtspositie heeft op wat in redelijkheid als de relevante markt kan worden beschouwd. Zolang dat niet is bewezen, kan er geen sprake zijn van misbruik.

Omdat het Verdrag de term „machtspositie" niet definieert, dient men in de eerste plaats uit de context af te leiden

welk begrip er achter die term schuilgaat. Uit de context van artikel 86 blijkt dat de verdragsauteurs het oog hadden op een marktpositie die een onderneming in staat stelt onbillijke en concurrentiebeperkende praktijken toe te passen.

Een „machtspositie" onderstelt dus dat op een markt waarop een bepaalde onderneming actief is, onvoldoende concurrerende krachten aanwezig zijn om de activiteiten van die onderneming te beperken en, in het bijzonder, om onbillijke en concurrentiebelemmerende praktijken te voorkomen of in te tomen. Kortom, de stelling dat een onderneming een machtspositie op een bepaalde markt bezit, houdt in dat op die markt onvoldoende concurrentiekracht aanwezig is. Als daarentegen een analyse van de markt voldoende tegenkrachten aan het licht brengt, dan kan men niet meer concluderen dat een bepaalde onderneming op die markt een machtspositie heeft.

Bij haar pogingen een machtspositie van verzoeksters aan te tonen, heeft de Commissie dus iets willen bewijzen wat per se onbewijsbaar is, want wat verzoeksters aanbieden, is één soort verse vruchten, en dat op de markt die alle soorten verse vruchten in al hun variëteiten omvat. In redelijkheid valt niet te ontkennen dat de markt van verse vruchten sterk concurrerend is: de verkopers van de verschillende soorten vechten om een deel van de totale uitgaven die de consument aan verse vruchten besteedt.

Om aan deze moeilijkheid te ontkomen, tracht de Commissie de produktmarkt enger te omschrijven, namelijk door te stellen dat er voor bananen een „afzonderlijke vraag" bestaat (punt II A 2, 2e alinea, van de beschikking). Maar deze poging de bananen te isoleren, is toch werkelijk in strijd met alle gezond verstand, want het is zonneklaar dat zij met andere vruchten concurreren en dat het aanbod en de prijzen van die andere vruchten ontegenzeglijk consequenties hebben voor de hoeveelheid bananen die een markt kan opnemen, en voor de prijzen die er voor bananen kunnen worden verkregen. Bananen hebben stellig bepaalde bijzondere kenmerken: zij zijn een „industrieel produkt" dat het hele jaar door wordt geproduceerd; de andere vruchten — zelfs de industriële — vertonen die kenmerken niet in dezelfde mate. Maar het is sofisterij om die verschillen zo te beklemtonen, en bovendien is het irrelevant in deze context, tenzij eruit zou blijken dat andere vruchten niet in belangrijke mate met bananen concurreren — quod non. De enige juiste methode om een produktmarkt te omschrijven, is om er alle produkten toe te rekenen die met het oog op een zelfde gebruik in belangrijke mate met het betrokken produkt concurreren. Als men dit criterium aanlegt, is het duidelijk dat de relevante produktmarkt de fruitmarkt in zijn geheel is (en dus is het cijfer van 45 % van de bananenmarkt alleen irrelevant).

Maar zelfs indien deze zienswijze onjuist zou zijn en de bananen het enige produkt op de relevante markt zijn, is het niettemin onwaarschijnlijk dat verzoeksters daar een machtspositie zouden hebben. Bananen zijn een landbouwprodukt en bovendien een vers en bederfelijk produkt dat niet kan worden opgeslagen: aan de vraag van vandaag kan niet worden voldaan met het overschot van gisteren. Het is een produkt waarvan de op korte termijn inelastische vraag een prijsbeleid aan de aanbodzijde onmogelijk maakt. Met zo'n produkt kan geen produktdifferentiatie worden bereikt die het merk tegen de druk van de markt beschermt. Een onderneming kan bijgevolg in principe slechts dan een machtspositie op een bepaalde markt verwerven als zij erin slaagt het grootste deel van de beschikbare voorraden in de wacht te slepen of als zij een zo sterke

controle heeft over de distributieketen, dat zij andere ondernemingen de toegang ertoe praktisch volledig kan ontzeggen. Er bestaan geen precieze cijfers waaruit men a priori een automatische controle over één bevoorradingssector zou kunnen afleiden, en waaruit feitelijk en zonder grondig onderzoek van de situatie zou volgen dat er een machtspositie bestaat.

Verzoeksters hebben zulk een positie niet. Zoals zij reeds menen te hebben aangetoond, controleren zij slechts een klein gedeelte van het voor de wereldmarkt bestemde bananenaanbod. Er bestaan twee andere groepen op die markt, die in wezen dezelfde positie innemen en elk grote hoeveelheden bananen op de door de Commissie gekozen geografische markt verkopen, terwijl anderzijds de daarvan deel uitmakende nationale markten door de aanwezigheid van andere belangrijke importeurs worden gekenmerkt. Op geen van die markten (met uitzondering van België, waar zij een dochteronderneming hebben die als distributeur/rijper optreedt) bezitten verzoeksters belangen in de distributieketen en kunnen zij hun concurrenten de toegang ertoe beletten.

Omdat het zo gezien uitermate onwaarschijnlijk is dat verzoeksters een machtspositie in eigenlijke zin bezitten, en de Commissie anderzijds niet kan ontkennen dat er op de markten van de Gemeenschap in feite een daadwerkelijke concurrentie tussen de bananenondernemingen bestaat, is zij gedwongen het begrip machtspositie anders te omschrijven. In werkelijkheid gaat zij uit van een definitie van machtspositie, die volledig berust op de kenmerken van een onderneming met dezelfde eigenschappen als verzoeksters vertonen. Vervolgens verklaart zij dat verzoeksters, aangezien zij de enigen zijn die deze eigenschappen vertonen, een machtspositie hebben in de zin van de definitie. Een onderneming, aldus de Commissie, heeft een machtspositie wanneer zij het grootste individuele marktaandeel bezit, in alle Lid-Staten actief is, in de gehele Gemeenschap reclame maakt, verticaal geïntegreerd is, research verricht, een „conglomeraat" vormt. Met andere woorden, de Commissie definieert machtspositie met een beschrijving van UBC. Zij verklaart dat geen enkele concurrent aan die beschrijving beantwoordt en trekt daaruit de conclusie dat UBC een machtspositie heeft. Deze redeneertrant is bijzonder duidelijk bij het argument betreffende de reclame, die door alle concurrenten wordt gemaakt . . . en waarvan a priori de gehele bananenhandel de vruchten plukt. Het is al even duidelijk bij het argument betreffende de verticale integratie, die in casu duidelijk niet betrekking kan hebben op de eigendom van produktie-, transport-, rijpings- en distributiemiddelen, maar die een noodzaak is welke uitsluitend voortvloeit uit de bederfelijke aard van het onderhavige produkt. Dit geldt ook voor de zogenaamde controle over de bevoorradingsbronnen in een situatie van wereldwijde overproduktie . . . Tal van andere technische voorbeelden kunnen worden genoemd:

— UBC's „grote vloot" omvat slechts 7 % van 's werelds koelschepenvloot,

— het betere bedrijfsresultaat van UBC, dankzij haar know-how, is niet noodzakelijkerwijze groter dan van haar concurrenten,

— de moeilijkheden van technische aard, om toegang te krijgen tot de markt, zijn door ondernemende concurrenten overwonnen,

— de financiële resultaten van UBC zowel op de wereldmarkt als op de thans in geding zijnde markt zijn niet meer dan een normale winst uit haar investeringen.

Afgezien van de eigenaardige redeneertrant van de Commissie, is het nu eenmaal zo dat een onderneming concurrentievoordelen en een groter marktaandeel dan al haar mededingers kan bezitten zonder dat de markt daardoor haar sterk concurrerend karakter verliest, en aldus zelfregulerend werkt bij elk optreden dat de concurrentie in belangrijke mate beperkt. Voor het aantonen van een machtspositie is meer nodig: men dient duidelijk te maken dat de betrokken onderneming haar beleid kan bepalen zonder in belangrijke mate door de concurrentie te worden gehinderd, dat wil zeggen, vrijelijk kan handelen zonder veel rekening te moeten houden met concurrenten, kopers en leveranciers.

De Commissie toont niet aan en tracht zelfs niet aan te tonen dat het mededingingselement op de markt ontbreekt. Zij stelt eenvoudig dat verzoeksters de enige onderneming op de bananenmarkt zijn die alle door haar vermelde concurrentievoordelen geniet een daardoor in staat is de daadwerkelijke mededinging van haar concurrenten in belangrijke mate te verhinderen. De Commissie verwaardigt zich niet nader aan te geven hoe verzoeksters daarin slagen. De stelling van de Commissie is niet het resultaat van enig onderzoek, maar simpelweg een *ipsa dixit.* In werkelijkheid en in feite zijn verzoeksters niet bij machte de concurrentie van andere verkopers op de markt te verhinderen, tenzij door zelf daadwerkelijk te concurreren op het gebied van prijzen, kwaliteit en dienstverlening.

Aangezien de Commissie niet erin is geslaagd feitelijk en op basis van wettelijke en geëigende criteria aan te tonen dat verzoeksters een machtspositie bezitten, dient de litigieuze beschikking nietig te worden verklaard. Verzoeksters betogen daarnaast dat, ook indien zij geacht zouden worden een machtspositie te bezitten, de Commissie niet heeft aangetoond dat zij daarvan op enigerlei wijze misbruik hebben gemaakt.

In haar dupliek meent de *Commissie* in UBC's voorstelling van een machtspositie tegenstrijdigheden te kunnen aanwijzen. Volgens de Commissie onderstelt een monopolie niet een absolute marktbeheersing; artikel 86 spreekt bovendien alleen van machtspositie; hiermee wordt bedoeld „een concurrentiepositie die zoveel sterker is dan die van gelijk welke concurrent, dat de betrokken onderneming daaraan een marktpositie ontleent, die haar een belangrijke voorsprong verschaft op haar concurrenten, op een wijze of in een mate die in een situatie van daadwerkelijke mededinging niet mogelijk zou zijn". Wat men moet doen, is in het licht van zowel artikel 85 als artikel 86 onderzoeken of een bepaalde mate van marktbeheersing is bereikt en hoe ernstig het vrije spel van vraag en aanbod daardoor wordt belemmerd.

Het effect van de machtspositie en de mate waarin daartegen verzet wordt geboden, behoeft niet overal en bij iedereen gelijk te zijn: dat hangt af van de reactiemogelijkheden en het reactievermogen van de betrokkenen.

Als het criteria voor het vaststellen van een machtspositie naast elkaar worden gezet, blijkt vaak dat zij elk op zich niet noodzakelijkerwijze beslissend zijn; evenals in de beschikking-Continental Can is het de combinatie van verschillende marktfactoren (marktaandeel, technische kennis, beschikking over grondstoffen en kapitaal) die de conclusie kan wettigen dat er een machtspositie bestaat. Een bepaalde vorm van gedrag, van welke aard ook, heeft slechts gevolgen in een bepaalde context.

Daarom kan men zeggen dat een machtspositie iets relatiefs is.

De toepassing van artikel 86 en ook van artikel 85 — de twee instrumenten die

de verdragsauteurs de Commissie op het gebied van de mededinging ter beschikking hebben gesteld — maakt het met behulp van dergelijke beoordelingscriteria mogelijk te zorgen voor de verwezenlijking van de algemene doelstelling van artikel 3, sub f, EEG-Verdrag.

Om dat resultaat te bereiken acht de Commissie het noodzakelijk:

„— bij de omschrijving van de mate van macht die voor het bestaan van een machtspositie is vereist, rekening te houden met de ernst van de belemmeringen die de betrokken onderneming voor het normale spel van vraag en aanbod kan opwerpen;

— het begrip machtspositie een zodanige inhoud te geven, dat elke belangrijke belemmering van het normale spel van vraag en aanbod door een onderneming die van haar macht gebruik maakt, als misbruik van machtspositie kan worden aangemerkt;

— het bestaan van een machtspositie vast te stellen niet slechts op grond van een *a priori* beoordeling van de kenmerken van de markt, maar ook op grond van de uitingen van de macht van de onderneming en van de concurrentiebeperkende gevolgen van die uitingen".

Via die benadering, die ook duidelijk is terug te vinden in rechtsoverweging 25 van het arrest-Continental Can, kan men zich er een globale en samenhangende voorstelling van vormen welke mate van mededinging dient te worden nagestreefd. Met deze primaire doelstellingen voor ogen, kan men overgaan tot een onderzoek van de bijzondere kenmerken van de onderhavige zaak.

a) De mate van mededinging en de elasticiteit van de markt

De argumenten waarmee UBC het bestaan van een concurrerende markt wil aantonen, zijn de seizoenschommelingen — besproken onder Ia — en het lage prijspeil van bananen. De Commissie erkent dat die prijzen eerst hebben gestagneerd, vervolgens zijn gedaald en zich ten slotte weer enigszins hebben hersteld. Dit is een gevolg van de langetermijnpolitiek van UBC, die de totale bananenconsumptie wil vergroten en op lange termijn streeft naar maximum winst via maximalisering van de afzet. Door de prijzen laag te houden heeft UBC haar concurrenten ervan kunnen weerhouden zich uit te breiden of zich op de markt te begeven, dan wel het hen onmogelijk gemaakt op grote schaal de markt te veroveren door hen ervan te weerhouden naar een hoge graad van verticale integratie te streven, hetgeen grote investeringen zou vergen om een tamelijk goedkoop produkt te kunnen verkopen. Wat ook haar prijspeil is, UBC's gedrag is dat van een onderneming met een machtspositie: discriminerende en onbillijk hoge prijzen, verkoopweigering/sancties. En als complement hiervan het negatieve gedrag — het uitblijven van enige reactie — van de distributeurs/rijpers, die de uiteenlopende en soms buitensporige prijzen maar hebben te accepteren en niet in staat blijken een andere oplossing te vinden.

Dit laatste punt verdient nadere beschouwing. De distributeurs/rijpers ondervinden de invloed van een machtspositie met verreikende gevolgen:

— zij dienen zich te verzekeren van een continue bevoorrading met de hoeveelheden bananen die zij nodig hebben voor doorverkoop;

— zij verkeren in de noodzaak zich kwaliteitsbananen te verschaffen;

— zij moeten Chiquita-bananen hebben.

De gevolgen van de machtspositie zijn des te ernstiger vanwege de compartimentering van de nationale markten ten gevolge van het verbod bananen in groene staat te verkopen.

Vervolgens weerlegt de Commissie de argumenten van verzoeksters. Zij wijst om te beginnen op een aantal detailpunten:

— vervoer van gele bananen — ook gekoeld — over grote afstanden is onmogelijk;

— niet enkel UBC brengt ongemerkte bananen op de relevante markt;

— de procedures van de distributiekanalen voor bananen vertonen eerst na het importstadium een zekere overeenkomst met die van fruit in het algemeen; de rol van de rijper en het rijpingsproces zijn typisch voor de bananenhandel;

— UBC verlaagt zijn prijzen niet volgens de eisen van de markt;

— de risico's van de bananenhandel worden niet door de importeur gedragen;

— UBC omschrijft haar positie — die volgens haar geen machtspositie is — enkel in verband met de wereldmarkt.

Vervolgens wijst de Commissie op enkele punten van groter belang, die verband houden met het begrip machtspositie:

— het feit dat er nog een zekere mate van concurrentie bestaat, betekent niet dat er geen sprake kan zijn van een machtspositie;

— een machtspositie is het vermogen daadwerkelijke mededinging te verhinderen of (niet *en)* de prijzen te controleren;

— bij vergelijking van verschillende rechtsstelsels blijkt dat al bij een marktaandeel van 25-40 % van een machtspositie kan worden gesproken;

— de machtspositie behoeft op de in aanmerking te nemen markt niet overal gelijk te zijn; bovendien kan zij tijdelijk kleiner worden zonder geheel te verdwijnen, wanneer het niet de voornaamste concurrenten zijn die ervan profiteren.

Wat de bananenmarkt zelf betreft, verklaart de Commissie:

— bananen worden het hele jaar door in voldoende hoeveelheden geproduceerd om aan de vraag te voldoen;

— er is rekening gehouden met de elasticiteit van de vraag en de bederfelijke aard van het produkt;

— UBC's produktie vertegenwoordigt slechts 10-12 % van de economische waarde van haar belangen bij de bananenhandel;

— het risico van noodzakelijke spoedaankopen elders in geval van een produktietekort wordt verminderd door de geografische spreiding van de bevoorradingsbronnen;

— de overige bananentelers produceren bananen, maar houden zich niet bezig met de distributie; deze is rationeel georganiseerd door UBC, met de mogelijkheid van prognoses op korte termijn, zo nodig gevolgd door onmiddellijke actie door UBC, die haar produkten drie maal per week lost;

— een leverancier met een marktaandeel van slechts 45 % kan een machtspositie innemen wanneer de overige 55 % worden gedeeld door een groot aantal andere leveranciers, wier activiteiten over de gehele markt zijn verspreid;

— de elasticiteitscurve van de vraag heeft slechts betekenis wanneer zij betrekking heeft op een lange pe-

riode; die inelasticiteit van de vraag is door de FAO aangetoond;

— prijsschommelingen zijn geen bewijs dat er geen machtspositie bestaat, indien de overheersende onderneming de prijzen bepaalt en alle andere marktdeelnemers de prijsverlaging moeten volgen;

— tot UBC's marktaandeel van 45 % zijn mede te rekenen de verkopen aan Scipio, ook indien UBC jegens deze groep geen misbruik van haar macht maakt, en de verkopen van ongemerkte bananen: gemerkte en ongemerkte bananen zijn immers onderling vervangbaar, aangezien er geen verschil in kwaliteit, maar enkel in presentatie is en het verkoopverbod voor groene bananen voor beide categorieën geldt (het verschil in het marktaandeelpercentage zou trouwens minimaal zijn);

— de uitwerking van de Chiquita-reclame zou een zeer duidelijk en berekenbaar prijsverschil tussen Chiquita-bananen enerzijds en andere merkbananen en ongemerkte bananen anderzijds mogelijk maken; deze reclame, die uitstekend wordt samengevat in de slagzin „Zeg nooit zo maar banaan tegen een Chiquita", heeft Chiquita de eerste plaats op de markt bezorgd zonder dat zij kwalitatief beter is dan andere bananen.

b) De verticale integratie van UBC

Vervolgens bespreekt de Commissie de verticale integratie van UBC, die de kwaliteit en de ontwikkeling van haar produkt van de plantage tot de kleinhandel controleert en haar afnemers dwingt deze controle te gedogen.

— In de eerste plaats controleert UBC haar bevoorradingsbronnen, hetzij doordat zij uitgestrekte plantages bezit, hetzij doordat de produktie groter is dan de behoeften van de markt, dat wil zeggen het uitvoervolume.

— In de produktielanden bezit UBC fabrieken van verpakkingsmateriaal, spoorwegen en een infrastructuur die zich uitstrekt tot de kunstmestfabricage.

— UBC heeft een grote vloot veelal moderne koelschepen; sommige zijn eigendom van UBC, andere zijn gecharterd; UBC's jaarverslag over 1971 vermeldt dat de onderneming een sterk concurrerende vervoerskostenstructuur heeft opgebouwd.

— UBC heeft bananenvariëteiten ontwikkeld die weinig gevoelig zijn voor wind en ziekte en bovendien een hoge opbrengst geven.

— Door haar conglomeraatkarakter — dat overigens ook bij andere ondernemingen wordt aangetroffen — beschikt UBC over een financiële draagkracht die haar in staat stelt om overeenkomstig haar commerciële politiek de resultaten van bepaalde sectoren van haar activiteiten te compenseren.

— Dit alles stelt UBC in staat de markt te beheersen zonder de toegang ertoe te blokkeren; zij kan genoegen nemen met optimale opbrengsten.

— Aangezien dit wordt erkend, heeft het bewijs dat men heeft trachten te leveren van een soms laag winstpeil, geen gevolg voor het bestaan van een machtspositie, aangezien de hoogte van de met deze machtspositie behaalde winst geen criterium kan zijn voor het al dan niet bestaan van een machtspositie; volgens hetgeen in de zaak-Continental Can is overwogen, komt het enkel aan op de mogelijkheid de mededinging op de betrokken markt uit te schakelen.

— Zo een verticale integratie kan enkel worden ondermijnd wanneer afne-

mers concurrenten worden; de enige afnemer van UBC die groot genoeg is om die rol te spelen, is de Scipio-groep, maar deze schijnt vanwege het voordeel dat het gebruik van het merk Chiquita haar bezorgt, daar niet voor te voelen. Omdat UBC's afnemers zelf van het beschreven geïntegreerde systeem profiteren, moeten zij in elk geval hun bananen in de praktijk tegen een hogere prijs verkopen dan die van de concurrerende leveranciers.

3. Misbruik van machtspositie door toepassing van te hoge prijzen

Verzoeksters verklaren dat de stelling die zij willen bewijzen, hierop neerkomt: aangezien hun prijzen door de markt worden bepaald, kunnen zij niet onbillijk en te hoog of ook nog discriminerend zijn (zie hierna, punt 4).

Zij wijzen in de eerste plaats op het zeer lage niveau van de bananenprijzen in alle distributiefasen: als voorbeeld diene de prijs per ton, welke bij invoer in Duitsland in 1956 DM 697 bedroeg, en in 1973 nog slechts DM 458 in reële termen een daling met 50 %. Logischerwijze volgt hieruit dat de gehele redenering van de Commissie, uitlopend op de conclusie dat verzoeksters misbruik van een machtspositie hebben gemaakt, onjuist is, omdat zij is gebaseerd op een brief van UBC van 10 december 1974, waarin wordt gezegd „dat zij aan Ierse rijpers heeft verkocht tegen prijzen die een aanzienlijk geringere winstmarge lieten dan in bepaalde andere Lid-Staten . . ." De juistheid van deze, vóór het eind van het boekjaar geschreven brief is door verzoeksters bij twee verschillende gelegenheden ontkend: blijkens één van de bij het beroepschrift gevoegde stukken hebben de in Ierland toegepaste prijzen verlies opgeleverd.

De Commissie heeft haar beschikking dus op onjuiste veronderstellingen gebaseerd, ofschoon de concrete feiten haar tijdig waren medegedeeld. De extrapolatie van de globale kostenstructuur van verzoeksters aan de hand van de situatie in Ierland (de verkopen aldaar vertegenwoordigden in 1974 slechts 1,6 % van het totale invoervolume) is willekeurig en ondoordacht. Het is mitsdien niet gerechtvaardigd, zoals de Commissie op bladzijde 15 van de beschikking schrijft, te aanvaarden „dat de cif Dublin-prijzen voor Ierse klanten . . . een aanduiding bevatten van de kosten van deze onderneming voor het betrokken produkt", zoals het ook onredelijk is om zonder nader onderzoek de voor een enkel jaar berekende prijzen en winsten als grondslag te nemen voor de berekening ervan voor het jaar daarop.

Even onredelijk is de conclusie dat de prijzen die aan de klanten in de relevante markt (met uitzondering van de Scipio-groep) worden berekend, soms meer dan 100 % hoger zijn dan die welke voor de Ierse klanten worden toegepast, en dus zeer grote winsten meebrengen. Deze conclusie immers houdt volstrekt geen rekening met de instabiliteit van de bananenprijzen en met het feit dat die prijsverschillen allesbehalve constant zijn.

Wanneer men gemakshalve veronderstelt dat de gemiddelde Ierse prijs in 1974 gelijk was aan de kostprijs van verzoeksters — quod non —, dan bedroeg het gemiddelde winstpercentage in 1974:

— 14,42 % in Duitsland en Denemarken,

— 21,60 % in Nederland,

— 23,55 % in België/Luxemburg,

Dezelfde berekening geeft voor 1975 het volgende beeld:

— 2,3 % in Duitsland,

— 6,9 % in Denemarken,

— 1,5 % in Nederland,

— 8,4 % in België/Luxemburg.

Deze cijfers, hoe redelijk zij ook mogen lijken, liggen echter nog ver boven de werkelijkheid, want de door verzoeksters verkregen marktprijzen hebben de laatste vijf jaar, behalve in 1975, geen winst opgeleverd (zie bijlage I bij het beroepschrift).

Verzoeksters protesteren verder tegen de conclusie in de beschikking van de Commissie (blz. 16), dat de prijs van Chiquita-bananen vergeleken met die van ongemerkte bananen (het gemiddelde verschil bedraagt 30-40 %) overdreven is. Zij tonen omstandig aan, dat de van de pluk tot de verkoop aan de consument betrachte zorgvuldigheid dat verschil ruimschoots rechtvaardigt, aangezien de ongemerkte bananen uitschot zijn.

Voorts bestrijden zij de opmerking van de Commissie dat de concurrerende merken van gelijke kwaliteit zijn als Chiquita. Onder verwijzing naar een handboek voor kwaliteitscontrole, dat een lijst van alle mogelijke standaardkwaliteiten bevat, betogen zij dat er reële kwaliteitsverschillen bestaan tussen Chiquita en de andere merken, en dat het prijsverschil van gemiddeld 7,4 % in de jaren 1970 tot 1974 daaraan beantwoordt.

Tot besluit om het hoofdstuk over de „te hoge prijzen" verklaart UBC ten slotte dat „het bevel de prijzen met 15 % te verlagen (blz. 16 en 19 van de beschikking), onbegrijpelijk, onuitvoerbaar en tegenstrijdig is."

UBC begrijpt niet waarom de Commissie daarbij is uitgegaan van de Duitse en Deense prijzen, te meer omdat deze van week tot week verschillen; in werkelijkheid is er niet één prijs voor die twee landen. Zij stelt vast dat zij, zou zij zich aan het bevel conformeren, beneden de prijzen van haar concurrenten zou moeten verkopen, dat het bevel de prijzen met een gemiddeld percentage omlaag te brengen in tegenspraak is met het bevel de dagprijzen te verlagen, terwijl daarbij bovendien niet is aangegeven welke datum als uitgangspunt moet dienen en de prijzen van week tot week variëren.

Daarenboven wijst UBC erop dat de Commissie in december 1975, toen zij haar beschikking gaf, de in het gehele jaar 1975 toegepaste prijzen nog niet kende.

UBC meent voorts dat dat bevel niet op artikel 86 kan steunen, want omdat de verlaging met 15 % veel groter is dan het prijsverschil tussen Chiquita-bananen en die van concurrerende merken, gaat het niet meer om een individuele maatregel, maar om een beschikking die de gehele bananensector raakt.

Waar evenwel de instandhouding van de mededinging de fundamentele doelstelling van het mededingingsbeleid is, zou men slechts in uitzonderlijke gevallen zijn toevlucht moeten nemen tot gedwongen prijsverlagingen en de daarmee gepaard gaande overheidsbemoeiing, en deze ingrepen moeten beperken tot markten waar de mededinging volledig is verdwenen.

Het bij de beschikking voorziene toezicht op de prijzen van verzoeksters lijkt hun evenzeer ongerechtvaardigd en in strijd met artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17/62, dat niets zegt over verplichte mededeling aan de Commissie van gegevens betreffende de in de toekomst toe te passen prijzen. UBC begrijpt trouwens niet waarom wel mededeling van de prijzen, maar niet tevens van de kosten wordt verlangd.

Ten slotte is het verzoeksters onmogelijk de verklaring van de Commissie op

bladzijde 17 van de beschikking serieus te nemen, namelijk dat „de oplegging van onbillijke verkoopprijzen aan klanten van sommige Lid-Staten rechtstreeks van invloed is op de hoeveelheden Chiquita-bananen, die al dan niet tussen de Lid-Staten zullen worden verhandeld en bij voorbeeld ingevoerd uit Lid-Staten waar zulke prijzen niet worden toegepast en omgekeerd".

Gezien de afstand tussen Ierland (het enige land waar de prijzen billijk zouden zijn) en de andere Lid-Staten alsmede de grote kwetsbaarheid van bananen, is dat handelsverkeer evenwel ondenkbaar.

Volgens de *Commissie* blijken uit de wekelijkse prijslijsten bij verkoop in Rotterdam of Bremerhaven enerzijds en in de diverse betrokken Lid-Staten anderzijds prijsverschillen van 0 tot 20 en soms 30 %. Deze gegevens zijn afkomstig van UBC zelf en vormen een duidelijke aanwijzing voor discrimerende en te hoge prijzen.

Dit laatste wordt bestreden met het argument dat UBC verlies zou lijden; men behoeft slechts de jaarverslagen van UBC op te slaan, om te constateren dat die verliezen ofwel nul zijn en uiteindelijk neerkomen op minder grote winsten, ofwel dat zij klein doch reëel zijn en te wijten aan bijzondere omstandigheden. In elk geval is in 1975, na het ongunstige jaar 1974, weer behoorlijk winst gemaakt. De bewering dat in Europa verlies zou zijn geleden, wordt duidelijk tegengesproken door de brief van 10 december 1974 aan de Commissie, waarin UBC verklaart dat de verkopen in Ierland, onder omstandigheden die veel ongunstiger waren dan elders, toch nog winst hadden opgeleverd, zij het aanzienlijk minder dan normaal. Deze contradicties bij UBC komen voort uit de vrees voor een onderzoek van beschuldigingen betreffende in Ierland toegepaste dumpingspraktijken of van mogelijke onduidelijke en dubieuze specificaties van UBC's winsten, verliezen en interne overdrachten. In elk geval tonen de door UBC en in de FAO-studies berekende produktiekosten duidelijk aan dat de gemiddelde prijzen van het produkt vanaf het begin werden opgedreven. Uit haar eigen onderzoek concludeert de Commissie dat UBC in 1971 alleen in Duitsland een gering verlies heeft geleden en in de rest van Europa grote winsten heeft bepaald.

Vandaar hetgeen UBC noemt het „bevel tot prijsverlaging" met 15 %. Dit is een aanwijzing — en niet een rekenkundige formule — betreffende de manier waarop aan de eisen van het Verdrag kan worden voldaan. In die zin behoren de overwegingen op bladzijde 19 van de beschikking niet tot het dispositief en beogen zij niet de totstandbrenging van een eenvormige prijs. Het optreden van de Commissie is dan ook in overeenstemming met het beginsel om de normale keuzevrijheid van ondernemingen bij hun commercieel beleid zo min mogelijk te beperken. De Commissie heeft geen „billijke" maximum prijs bepaald, maar zich met de aanwijzing het recht voorbehouden in de toekomst zo nodig een nieuwe administratieve procedure in te leiden. UBC blijft vrij zelf haar prijzen te verlagen, waar en wanneer zij wil.

Aanpassingen zijn mogelijk; een snel onderzoek van de kosten op de Ierse markt, die bijzonder veelzeggend zijn, lijkt dit te bevestigen, want bepaalde basisgegevens voor de berekening van de kostprijs kloppen niet met die betreffende het basisprodukt voor andere markten. Er is echter slechts één prijs „herleid Rotterdam", wat de berekening vereenvoudigt en waaruit blijkt dat de verschillende verkopen in bepaalde gevallen tegen te hoge prijzen geschieden.

Met betrekking tot de omvang van de voorgestelde prijsverlaging ontkent UBC niet dat haar niet van het merk Chiquita voorziene bananen 30 tot 30 % goedkoper worden verkocht dan de bananen met dat merk. Een eenvoudig verschil in presentatie kan geen rechtvaardiging zijn voor een zo groot prijsverschil. Er is dus een extra prijsopslag die onder controle van de Commissie dient te verdwijnen voor zover zij een prijsverlaging voor gemerkte bananen voorstelt.

In dit verband betoogt UBC dat de Commissie met haar bevel dat UBC haar op de hoogte houdt van de toegepaste prijzen, haar bevoegdheid te buiten gaat. De bevoegdheid van de Commissie ondernemingen te gelasten inlichtingen te verstrekken, zodat zij zich ervan kan vergewissen dat het Verdrag wordt geëerbiedigd, is door 's Hofs rechtspraak bevestigd (Transocean Marine Paints, Jurispr. 1974, blz. 1063).

Met betrekking tot het gevaar dat de Commissie die inlichtingen zou gebruiken om verzoeksters ertoe te brengen hun bananenprijzen in overleg met de Commissie vast te stellen, zij volstaan met de opmerking dat de Commissie niet voornemens is op de stoel van UBC te gaan zitten om de prijzen te dicteren. In werkelijkheid blijft UBC vrij haar prijzen vast te stellen in relatie tot haar kosten.

Welke is dan de invloed van onbillijke prijzen op de handel tussen Lid-Staten?

Maar zelden heeft UBC dezelfde prijzen berekend voor bananen die voor twee verschillende Lid-Staten waren bestemd. Deze discriminerende en onbillijke prijzen van UBC kunnen de uitvoer uit de goedkoopste naar de duurste Lid-Staten bevorderen. Maar deze mogelijkheid wordt gefrustreerd door het verbod bananen in groene staat te verkopen. UBC kan zich niet op dat door haar uitgevaardigde verbod beroepen om te betogen dat haar prijzen geen invloed hadden op de handel tussen Lid-Staten, terwijl dat toch zonneklaar wel het geval is.

In hun repliek betogen *verzoeksters* dat zij niet bij machte zijn de prijzen te controleren omdat zij hun eigen aanbod niet kunnen controleren; zij hebben immers enerzijds te doen met een „industriële vrucht" en anderzijds verkeren zij tegelijkertijd in een zelfde dwangsituatie als een landbouwer. De vraag, die wel op lange, doch niet op korte termijn betrekkelijk inelastisch is, laat zich niet controleren.

Het is dus zeer ongewoon verzoeksters een prijsverlaging op te leggen op basis van verouderde of niet van hen afkomstige gegevens. En het is vreemd om maar te blijven hameren op één zin uit de brief van 10 december 1974 betreffende de Ierse prijzen. Zoveel is zeker dat UBC's verkopen in Ierland blijkens een kostenanalyse aanzienlijke verliezen hebben opgeleverd; en uit de bijlagen bij het verweerschrift blijkt zonneklaar dat de berekeningen van de Commissie louter op schattingen zijn gebaseerd, die als zodanig aantonen dat de opgelegde prijsverlaging van 15 % de winst in sommige gevallen in feite in verlies zou doen verkeren. Bovendien bedraagt het zogenaamde prijsverschil tussen gemerkte en ongemerkte bananen niet 30 tot 40 %, maar in 1975 welbeschouwd slechts 8 %; dat komt ervan als men de verkeerde referentieprijs kiest! Daarbij gaat het trouwens om verschillen in kwaliteit, niet slechts wat het uiterlijk, maar ook wat de eetbaarheid van het produkt betreft, zoals ook in de gemeenschapsregelingen betreffende de gemeenschappelijke marktverordening in de sector groenten en fruit is geconstateerd. De verhouding tussen prijs en kwaliteit is dus redelijk en de beoordeling van de Commissie — naar de criteria waarvan men tevergeefs zoekt — willekeurig. De

verhouding prijs — kwaliteit van een nevenprodukt vormt ten slotte een slechte indicatie voor de economische waarde van het kwaliteitsprodukt; men behoeft maar aan het voorbeeld van de wijn te denken om de juistheid hiervan in te zien.

Om artikel 3, sub a, van de beschikking te begrijpen moet men het lezen in het licht van de door het in casu verantwoordelijke lid van de Commissie gegeven persconferentie. Dit artikel is inderdaad een bevel, en het is zinloos het thans, met het oog op de verdediging in rechte, anders te willen interpreteren en het te willen beschouwen als een eenvoudige aanwijzing of suggestie.

In haar dupliek wijst de *Commissie* erop dat UBC, in tegenstelling tot haar voornaamste concurrenten, haar prijzen van week tot week wijzigt en haar wederverkopers/rijpers in feite betrekkelijk constante winstmarges bezorgt. Maar deze prijzen worden hen opgelegd, evenals de geleverde hoeveelheden. Er wordt een bepaald quantum besteld en de geleverde hoeveelheden zijn doorgaans kleiner dan de bestelde. De „plaatselijke omstandigheden" waarvan UBC spreekt, beletten niet dat per Lid-Staat een weekprijs wordt vastgesteld. Dat is de kern van het systeem, dat de macht van UBC aantoont en duidelijk naar voren komt uit de processtukken, met name uit die welke UBC zelf heeft overgelegd. De Commissie vestigt nogmaals de aandacht op de drie factoren die voor haar aanleiding waren de beschikking te geven:

— de prijzen for haven lopen te Bremerhaven en Rotterdam sterk uiteen en zijn objectief niet te rechtvaardigen,

— de prijzen van de in Rotterdam geloste bananen, bestemd voor verkoop cif Dublin, zijn indicatief voor de kosten van UBC,

— de aan de rijpers in de andere Lid-Staten berekende prijzen zijn vaak het dubbele van de Ierse prijzen.

De Commissie heeft zich heel wat moeite moeten getroosten om deze gegevens te achterhalen, aangezien UBC's bedrijfsboekhouding zich grotendeels buiten de Gemeenschap bevindt of niet is overgelegd.

Kan men artikel 86 toepassen op landbouwprodukten? Artikel 86 is van toepassing zodra er van een machtspositie sprake is (zelfs wanneer hiervan niet een zodanig gebruik wordt gemaakt, dat de toegepaste prijzen onbetaalbaar zijn). Uit de zaak-Suiker Unie (zaak 40-49/73, Jurispr. 1975, blz. 1663) blijkt dat artikel 86 van toepassing is op de produkten van bijlage II van het Verdrag, die onder een landbouwverordening vallen. En het feit dat verordening nr. 26/62 (PB 1962, blz. 993) alleen ten aanzien van artikel 85 een gedeeltelijke afwijking op landbouwgebied toestaat, wijst erop dat artikel 86 op alle landbouwprodukten van toepassing is. Omdat UBC de juistheid van de kritiek op haar prijssysteem niet kan ontkennen, gooit zij het liever over een andere boeg door te betogen dat de criteria van het mededingingsrecht niet gelden voor bananen en andere landbouwprodukten. Ook op landbouwgebied kan er evenwel een monopolie-situatie bestaan juist zoals op elk ander gebied met fluctuerende prijzen.

De Commissie antwoordt vervolgens op drie bezwaren van UBC:

— als de gebruikte prijzen niet gewogen zijn, dan is dat omdat ze in deze vorm door UBC zijn verstrekt;

— de gebruikte prijzen zijn geen piekprijzen, maar de door UBC verstrekte weekprijzen (bijlage V);

— document nr. 20 van UBC, met de prijzen van 1969 tot 1974, aangepast

aan de kosten van levensonderhoud, houdt geen rekening met de aanzienlijke kostenbesparingen in dezelfde periode, die nooit aan de verbruikers zijn doorgegeven.

De Commissie heeft nooit een eenvormige prijs voor een bepaalde tijd of voor de eindfase van de distributie willen opleggen of rechtvaardigen. Als alle klanten dezelfde for prijs krijgen en het recht hebben groene bananen te verkopen, dan kunnen er nog feitelijke verschillen optreden, maar die zullen dan objectief gerechtvaardigd zijn.

De Commissie herhaalt dat UBC een machtspositie op een niet-concurrerende markt bezit, doch niettemin niet aan een prijscontrole is onderworpen, zelfs indien men de onbillijke prijzen beschouwt als een bewijs dat zij haar machtspositie heeft uitgebuit. „Billijke" prijzen wil niet zeggen „vaste" prijzen; als de prijzen billijk waren, valt niet in te zien waarom UBC alles in het werk heeft gesteld om verlegging van het handelsverkeer te voorkomen; de enige verklaring hiervoor is haar wens de winst die de te hoge prijzen opleverden, veilig te stellen. Het is het verschil tussen de toegepaste prijzen dat de aandacht heeft gevestigd op het overdreven karakter eerst van sommige prijzen, daarna van alle.

Het bewijs ontleend aan de Ierse prijzen, waarvan thans wordt beweerd dat zij verlies hebben opgeleverd, blijft geldig. Blijkens verscheidene documenten omvatten die prijzen niet enkel de inkoopprijs, maar ook een „aandeel in de algemene administratiekosten" en bovendien de vervoerskosten. Het argument dat in 1974 mogelijk verlies zou zijn geleden, is gebaseerd op buitengewone vervoerskosten. Op het gebruik dat van de Ierse prijzen is gemaakt, valt dus niets af te dingen.

De door UBC behaalde winsten en de uit bijlage VII blijkende winstmarge, gevoegd bij de winsten die in Latijns- Amerika zijn gemaakt, zijn veelzeggend — zij het ook niet meer dan dat, want het Hof beschikt niet over alle ten deze relevante informatie. Het is UBC die die gegevens dient te verschaffen. Het verschil tussen de prijzen van gemerkte en ongemerkte bananen (30 tot 40 %), een verschil dat volgens UBC zelf alleen verband houdt met de presentatie en niet met de kwaliteit, is een bewijs van het onbillijke karakter van die prijzen. Aan de hand van de cijfers voor 1974, die thans bekend zijn, kan als aanvulling op bijlage V bij het verweerschrift de volgende tabel worden opgesteld:

Prijs in dollars per doos	BLEU	Nederland	Duitsland (for)	Denemarken
Chiquita	5,14	5,06	4,77	4,76
Ongemerkt	4,16	3,82	3,86	3,78
% verschil (% van de prijs van ongemerkte bananen)	23,5 %	32,5 %	23,5 %	26 %

Dit zijn prijsverschillen die niet door het belang van de consument worden gerechtvaardigd. De kwaliteitscriteria hebben trouwens betrekking op het niet-eetbare gedeelte van de bananen. Hieruit blijkt dat de economische waarde van de gemerkte Chiquita-banaan overdreven is.

4. Misbruik van machtspositie door toepassing van discriminerende prijzen

Verzoeksters ontkennen misbruik te hebben gemaakt van een vermeende machtspositie „door zonder objectieve rechtvaardiging ongelijke prijzen toe te passen bij gelijke prestaties". Met behulp van grafieken tonen zij aan dat de prijzen op de diverse markten gemiddeld weinig verschillen, aangezien het gemiddelde prijsverschil voor Chiquita-bananen op de betrokken markten in 1975 slechts 5 % bedroeg, terwijl de Commissie haar prijsvergelijking op uitersten baseert.

Maar ook die enigszins ongelijke prijzen zijn objectief gerechtvaardigd, want anders dan bij industrieprodukten worden de prijzen van landbouwprodukten door de markt bepaald. Wanneer een landbouwer zijn produktie tracht af te zetten op een nog niet geregelde markt, die dus volledig door de wet van vraag en aanbod wordt beheerst, heeft hij, wanneer zijn produkt bederfelijk is en afhankelijk van seizoensinvloeden en van de fluctuaties van vraag en aanbod, geen andere keus dan te verkopen tegen de prijs die de koper wil geven, ongeacht de verhouding tussen de opbrengst en de kosten; met andere woorden, in alle fasen van de distributie worden de prijzen bepaald door de prijs welke de verbruiker op een gegeven moment bereid is te betalen, en in de bananenhandel wordt de prijs van groene bananen eveneens door de markt bepaald (zie de grafieken op blz. 125 en 126 van het beroepschrift).

Het zijn deze bijzondere kenmerken van de bananenmarkt die de prijspolitiek van UBC bepalen: elke week worden de prijzen zo berekend, dat zij zo nauwkeurig mogelijk zijn afgestemd op de voor de volgende week verwachte marktprijs van rijpe bananen.

Dank zij haar eigen organisatie en dank zij de organisatie op nationaal vlak van haar voornaamste klanten met vertakkingen in het gehele land, weet UBC één enkele weekprijs te bepalen — niet voor elke plaatselijke markt op groothandelsniveau, maar voor de gehele nationale markt.

Deze prijzen worden door de Rotterdamse centrale geenszins eenzijdig en willekeurig bepaald, maar na gesprekken en onderhandelingen tussen de plaatselijke UBC-vertegenwoordigers en de betrokken rijpers/distributeurs.

Zij zijn niet discriminerend, zoals de Commissie beweert, want zij houden rekening — en dat moeten zij wel — met de uiteenlopende karakteristieken van de mededingingssituatie waarin de rijpers/distributeurs van elk land werken, en zij vinden hun „objectieve rechtvaardiging" in de verwachte gemiddelde marktprijs.

Als verzoeksters aan alle rijpers/distributeurs in Duitsland, de Benelux, Denemarken en Ierland uniforme weekprijzen in rekening zouden brengen, zoals de Commissie wil, dan eerst zouden die prijzen discriminerend en willekeurig zijn omdat elke relatie met de markt zou ontbreken, terwijl de prijsverschillen in werkelijkheid zijn toe te schrijven aan telkens wisselende marktfactoren: het weer, het van land tot land verschillende aanbod van concurrerende seizoenvruchten, consumentengedrag, vakanties, stakingen, overheidsmaatregelen, valutaverschillen, enzovoort.

En wanneer de Commissie beweert dat de distributeurs/rijpers door de prijspolitiek van verzoeksters in een ongelijke mededingingspositie worden geplaatst, omdat zij hun bananen niet in groene staat kunnen verkopen, dan is dat een volstrekte miskenning van de functie van de rijper/distributeur — die zijn rijperijen in de eerste plaats moet gebruiken om aan de plaatselijke vraag te vol-

doen — en van het bederfelijke karakter van de banaan, die zich niet voor een speculatieve internationale handel leent.

Volgens het verweerschrift van de *Commissie* zijn de prijzen niet slechts onbillijk *in globo,* maar ook wat de geografische uitwerking van hun toepassing betreft, dat wil zeggen dat zij discriminerend zijn.

De prijsverschillen tussen de verschillende nationale markten, aldus de Commissie, zijn groot genoeg om een inbreuk op artikel 86, sub c, op te leveren, want elke discriminatie die nadelige gevolgen kan hebben voor de mededinging, vormt een inbreuk op het Verdrag.

Het is immers duidelijk dat UBC hetzelfde produkt op dezelfde plaatsen, onder dezelfde voorwaarden en in dezelfde omstandigheden verkocht met toepassing van verschillende prijzen al naar gelang de bestemming van de waar en de nationaliteit van de kopers. Het feit dat UBC de rijpers/distributeurs van elke Lid-Staat de hoogste prijs vroeg welke de markt van die staat kon verdragen, vormt geen rechtvaardiging van de toepassing van verschillende prijzen.

Deze prijsdiscriminatie brengt de distributeurs/rijpers in een nadelige mededingingspositie tegenover andere rijpers en tegenover UBC. Een onderneming met een machtspositie is niet vrij discriminerende prijzen toe te passen en daarnaast de doorverkoop van groene bananen te verbieden, want dit is een distorsie van de mededinging. Deze twee gewraakte praktijken moeten in hun onderlinge samenhang worden bezien om de betekenis ervan te kunnen beoordelen.

In hun repliek zetten *verzoeksters* uiteen dat het door de Commissie bedoelde misbruik hierin bestaat dat UBC zowel in Rotterdam als in Bremerhaven aan haar in de betrokken Lid-Staten gevestigde rijpers/distributeurs zonder objectieve rechtvaardiging bij gelijke prestaties verschillende prijzen voor Chiquitabananen in rekening brengt (blz. 14 van de beschikking).

De zienswijze van de Commissie ten aanzien van dit punt is duidelijk weergegeven op bladzijde 99 van haar verweerschrift:

„De Commissie meent dat UBC haar verkopen in Rotterdam en Bremerhaven als ‚gelijkwaardige transacties' (artikel 86) dient te beschouwen, en dat UBC niet het recht heeft voordeel te trekken uit niveauverschillen in de detailhandelsprijzen, die op een gegeven moment tussen de nationale markten bestaan."

Alle consumenten op de verschillende nationale markten zijn dus gediscrimineerd, met inbegrip van de Ierse!

Men dient goed te begrijpen wat de Commissie eigenlijk beweert wanneer zij verzoeksters misbruik op dit punt verwijt. De Commissie zegt in wezen dat een onderneming met een machtspositie verplicht is van de bestaande nationale markten één markt te maken, en als zij daarin niet slaagt, maakt zij zich schuldig aan misbruik. Dat kan toch niet waar zijn! Als de Commissie niet wil dat de bananenprijzen van land tot land verschillen, dat de bananenmarkten nationale of zelfs regionale markten blijven met eigen kenmerken en een eigen vraag-aanbod-verhouding, dan dient zijzelf de nodige geëigende maatregelen te nemen om de gewenste markteenheid tot stand te brengen.

Geografische factoren worden door het bestaan van een Gemeenschap nu eenmaal niet geharmoniseerd; dit blijkt wel uit het verschijnen van bepaalde seizoenvruchten of van vruchten die een bepaald klimaat vereisen. Verzoeksters zijn niet verantwoordelijk voor het ontstaan van gescheiden nationale markten en men kan in redelijkheid niet beweren dat het voortbestaan ervan te wijten is aan het in hun verkoopvoorwaarden ver-

vatte verkoopverbod voor groene bananen. Ook als verzoeksters een machtspositie zouden bezitten, maken zij daarvan geen misbruik door de markten te nemen zoals deze zijn, en door voor elk ervan prijzen vast te stellen met inachtneming van de door een onbeperkte concurrentie bepaalde prijzen op de markt van het rijpe produkt; elk der verschillende stadia van de bananenhandel ondergaat bovendien in zekere mate de invloed van de grootte van de vraag en van de variëteit van het aanbod. Uitdrukkingen als „gelijke prestaties" en „zonder objektieve rechtvaardiging" kunnen deze situatie niet versluieren. Ofwel zijn de transacties, gelet op de totale economische context waarin zij tot stand komen (zie beroepschrift, blz. 133 en 134), geen „gelijkwaardige transacties", ofwel leveren de verschillen in de vraag-aanbod-verhouding in de diverse betrokken landen en de andere kenmerken van de diverse nationale markten een objectieve rechtvaardiging voor de prijsverschillen. Men moet wel oogkleppen dragen om bij een produkt als bananen van gelijkwaardige transacties te spreken zoals de Commissie doet, enkel omdat de kopers tot dezelfde categorie behoren en de commercialisatiekosten gelijk zijn, dan wel om de kosten van de leverancier als bepalend voor een objectieve rechtvaardiging te zien. Dit is inzonderheid het geval omdat men bij een landbouwprodukt als de bananen de prijzen maar heeft te accepteren op het door de markt bepaalde niveau, onverschillig of zij kostendekkend zijn of niet.

Wat het verwijt van discriminerende prijzen betreft, moet worden opgemerkt dat de Commissie thans in haar verweerschrift ontkent voornemens te zijn geweest van verzoeksters toepassing van uniforme prijzen te verlangen.

„Zoals reeds uiteengezet (blz. 90) heeft de Commissie niet van UBC verlangd dat zij ‚eenvormige' prijzen zou toepassen, noch UBC verboden verschillende prijzen toe te passen indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat, bij voorbeeld door in een gebied waar prijsconcurrentie bestaat, haar prijs te verlagen" (blz. 100).

Deze verklaring in het verweerschrift is in tweeërlei opzicht van belang. In de eerste plaats is dit een van de vele gevallen waarin de Commissie in haar verweerschrift erkent dat de bananenmarkt een concurrerende markt is. In de tweede plaats vormt deze verklaring een volstrekte weerlegging van de beschuldiging dat UBC discriminerende prijzen toepast. Veronderstellen wij dat het evenwicht tussen vraag en aanbod in Denemarken wordt verstoord, terwijl de markt in Duitsland, de BLEU en Nederland betrekkelijk stabiel blijft: het gevolg zal zijn dat de groothandelsprijzen van bananen in Denemarken dalen. Dat heeft consequenties voor de prijs van groene bananen en verzoeksters concurrenten, die vrij zijn om verschillende prijzen toe te passen, zullen de dalende trend van de markt volgen. Verzoekster zal dat dus ook mogen doen om zich tegen die concurrentie te verweren. Mitsdien zullen er verschillende prijzen gelden voor verzoeksters bananen in Denemarken en voor die op de andere nationale markten, maar dat zal „objectief zijn gerechtvaardigd". Precies dezelfde situatie zal zich op elk moment op elke nationale markt voordoen, behalve op die waar de hoogste prijzen gelden. Op elke markt zullen verzoeksters concurrenten hun prijzen aanpassen aan de markt en vanwege deze prijsconcurrentie zal verzoekster haar prijzen mogen verlagen tot beneden die welke van toepassing zijn op de markt met de hoogste prijzen. De situatie zal dus precies dezelfde zijn als thans. Verzoekster zal op elke markt verschillende prijzen toepassen in dezelfde mate als zij thans doet — en met een objectieve rechtvaardiging. Die objectieve rechtvaardiging is precies

dezelfde, of verzoekster zich nu teweer stelt tegen de prijsconcurrentie van haar concurrenten die zich aan de markt aanpassen, dan wel of zij zich rechtstreeks zelf aan de markt aanpast.

Uit de verklaring van de Commissie op bladzijde 100 van het verweerschrift volgt dus:

1. dat verzoekster, door het toepassen van verschillende prijzen op de diverse nationale markten, geen misbruik maakt van een machtspositie,
2. dat de beschikking van de Commissie aan die situatie niets kan veranderen of ze kan beëindigen. Dit zou alleen mogelijk zijn indien de Commissie verzoekster wilde verplichten een eenvormige prijs toe te passen; de Commissie ontkent evenwel dat dit ooit haar bedoeling is geweest.

De prijsverschillen zullen alleen verdwijnen indien en wanneer de verschillende landen een enkele markt gaan vormen, maar zolang de afzonderlijke nationale en regionale markten, elk met hun eigen vraag-aanbod-situatie, blijven bestaan, zijn prijsverschillen onmogelijk te voorkomen. In zo'n situatie zou het, zoals de Commissie thans ook toegeeft, volstrekt onrealistisch en onuitvoerbaar zijn om van verzoekster de toepassing van een eenvormige prijs te verlangen. Wil zo'n eenvormige prijs op alle nationale markten concurrerend blijven, dan moet zij telkens op zodanig peil worden vastgesteld, dat de verkoop ook op de nationale markt met de laagste prijzen mogelijk blijft. Dat zou voor verzoekster desastreus kunnen zijn. Zou de eenvormige prijs evenwel niet op het peil van de laagste prijzen worden bepaald, dan zou dat gelijke of nog ernstiger gevolgen hebben. Op de markten waar de eenvormige prijs boven de concurrerende lag, zou verzoekster geen afzetmogelijkheden meer hebben; zij zou niet meer in staat zijn betrouwbare schattingen te maken van het naar die markten te verschepen volume, waardoor waarschijnlijk grote hoeveelheden van haar bederfelijk produkt op de mesthoop zouden belanden.

In haar dupliek herhaalt de *Commissie* dat volgens de reeds door haar uiteengezette feitelijke situatie het discriminerende karakter van de prijzen tevens het feit aan het licht heeft gebracht dat zij te hoog zijn. De prijzen for haven van aankomst verschillen naar gelang de bestemming. UBC is zich van deze discriminatie bewust en tracht met het verkoopverbod voor groene bananen een reactie van de groothandelaars te voorkomen (zie hieronder, punt 5). Het is niet noodzakelijk naar een uniform prijsniveau te zoeken wanneer de prijsverschillen hun verklaring in objectieve omstandigheden vinden. Maar in een gemeenschappelijke markt is een *a priori*-onderscheid naar gelang de Lid-Staat van bestemming geen objectieve omstandigheid. Een plaatselijke prijzenoorlog kan dat wel zijn, evenals de vakanties, het weer, stakingen, de concurrentie van andere vruchten. Maar deze soort omstandigheden is iets geheel anders dan een vaste algemene politiek van verschillende eenheidsprijzen voor elke Lid-Staat, gecomplementeerd door een beleid van marktverdeling met behulp van het verkoopverbod voor groene bananen.

UBC verklaart dat zij uit de markt haalt wat deze „kan verdragen". De marktprijs is de resultante van een aantal krachten waarvan er slechts één door UBC wordt gecontroleerd; discriminatie kan bovendien enkel eenzijdig zijn. Het is in zo'n geval niet duidelijk waarom UBC de markt zou willen compartimenteren ... tenzij om op elk der aldus gevormde of wederom gevormde nationale markten de maximum prijs te verkrijgen.

Ten slotte heeft UBC verklaard dat de prijsverschillen niet erg groot zijn. Blijkens de in het verweerschrift vermelde cijfers (blz. 76-77 en bijlagen), die afkomstig zijn van UBC zelf, bedroegen die verschillen soms meer dan 30 %. In de rechtspraak van het Hof (zaak-Suiker Unie, Jurispr. 1975, blz. 1663, r.o. 499-528) zijn al heel wat kleinere verschillen discriminatoir verklaard. De Commissie geeft een toelichting op haar berekeningsmethoden en de prijsconversies die zijn toegepast om vergelijkbare zaken te kunnen vergelijken.

5. Misbruik van machtspositie door het verkoopverbod voor groene bananen

Verzoeksters herinneren eraan dat de Commissie hen heeft verplicht „de opheffing van het verbod bananen in groene staat door te verkopen mede te delen aan al haar dealers/rijpers die in Duitsland, Denemarken, Ierland, Nederland en de BLEU gevestigd zijn, en dit feit aan de Commissie ter kennis te brengen voor 1 februari 1976."

Verzoeksters menen dit bevel niet te kunnen opvolgen „omdat het onredelijk en ongerechtvaardigd is", immers, het contract dat zij met de rijpers/distributeurs hebben gesloten, houdt in dat deze eerst het produkt rijpen en vervolgens het rijpe produkt distribueren.

Bovendien geldt de clausule enkel voor bananen met het merk Chiquita, en niet voor ongemerkte bananen. Daarnaast hebben zij de Commissie voorgesteld de verkopen tussen Chiquita-rijpers van het verbod uit te zonderen. Verder kunnen verzoeksters niet gaan, want als die beperkende clausule wordt afgeschaft, kunnen zij niet meer instaan voor de kwaliteit van hun bananen bij levering aan de consument.

De groene banaan is een onaf produkt. Om er een kwaliteitsprodukt voor de consument van te maken is een technisch zeer gecompliceerde behandeling nodig.

Omdat verzoeksters geen eigen rijperijen bezitten (behalve die van Spiers in België, die 3 % van de rijpingscapaciteit van de relevante markt vertegenwoordigen), zijn zij voor de handhaving van een superieure kwaliteit gedurende het gehele belangrijke rijpings-proces afhankelijk van derden.

Sinds de vruchten in de tropen in dozen worden verpakt, worden zij daar ook geselecteerd en van een merketiket voorzien, en de kwaliteit van de „Chiquita" wordt dus overzee bepaald. Mitsdien heeft UBC er een rechtmatig belang bij controle uit te oefenen op de juiste rijping van de bananen door vakbekwame rijpers, die aan de hoge kwaliteitsnormen van UBC voldoen.

De bewering van de Commissie (blz. 4 van de beschikking) dat bananen korte tijd kunnen worden opgeslagen, is onjuist. Omdat zij zo bederfelijk zijn, dienen zij, meteen na het lossen uit het koelschip, met de beste beschikbare transportmiddelen te worden vervoerd naar een rijperij, die zo dicht mogelijk bij de consument moet zijn gelegen. Dit verklaart waarom de rijperijen over de gehele relevante markt zijn verspreid en qua capaciteit zijn afgestemd op de omvang van de bevolking van het gebied dat zij bedienen.

In de praktijk zijn alle rijpers tevens groothandelaren in fruit, voor wie de bananenverkoop 10 tot 20 % van hun totale omzet vertegenwoordigt en die een lokale markt met een straal van maximaal 30 tot 50 km verzorgen.

Als handel in groene bananen mogelijk was, dan zou zij dus nooit meer dan marginale betekenis kunnen hebben en financieel niet de moeite lonen. Het is immers moeilijk de prijsverschillen tussen de betrokken landen te voorzien, aangezien de prijzen van week tot week uiteenlopen. Bovendien zou die handel

door het mechanisme van de markt veelal onmogelijk worden gemaakt, omdat de potentiële klanten regelmatige leveranties zouden verlangen en de speculant per definitie alleen verkoopt wanneer de prijzen aantrekkelijk genoeg zijn.

De gewraakte clausule is derhalve noodzakelijk om ervoor te zorgen dat de hoge kwaliteit van de groene vrucht niet verloren gaat in de opeenvolgende handelsfasen en met name in de laatste fase van de lange reis van de plantage naar de consument; in de opzet van verzoeksters en gezien de wijze waarop zij in de praktijk wordt toegepast, is zij echter nooit bedoeld geweest om de mededinging te verhinderen of te beperken, noch heeft zij dit tot gevolg gehad.

Maar zelfs als de gewraakte clausule de mededinging ongunstig zou hebben beïnvloed — quod non—, dan blijft er het feit dat zij volgens voorschrift bij de Commissie is aangemeld, die toen had moeten onderzoeken of zij in aanmerking kwam voor een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3. Zij had dat inderdaad moeten doen, want een praktijk die voor zo'n vrijstelling in aanmerking komt, kan geen misbruik zijn in de zin van artikel 86.

In haar verweerschrift ontwikkelt de *Commissie* haar betoog langs twee lijnen. Enerzijds stelt zij dat er sprake is van een handelwijze die misbruik in de zin van artikel 86 oplevert, anderzijds tracht zij het formele verweer betreffende de mogelijkheid van toepassing van artikel 85 te ontzenuwen.

Met betrekking tot het gestelde misbruik merkt zij op dat het verkoopverbod voor groene bananen de grondslag en het kader vormt van de drie andere misbruiken waaraan UBC zich heeft schuldig gemaakt.

Dat verbod heeft UBC in staat gesteld discriminerende en te hoge prijzen op te leggen op de verschillende nationale markten door deze strikt gescheiden te houden; daardoor was bij voorbeeld de verkoopweigering jegens Th. Olesen veel ernstiger dan wanneer deze bij andere rijpers van UBC groene Chiquita-bananen had kunnen kopen.

Het verkoopverbod voor groene bananen had in zijn oorspronkelijke formulering zowel betrekking op gemerkte als op ongemerkte bananen en ook op verkopen tussen Chiquita-rijpers.

UBC betwist niet dat zij de circulaire waarbij de tekst van de clausule werd gewijzigd en de verkoop van groene bananen tussen Chiquita-rijpers werd vrijgegeven, eerst heeft verzonden nadat de beschikking van de Commissie haar was betekend.

Het is volstrekt natuurlijk dat een rijper zich bezighoudt met het rijpen van bananen. Maar het is een beperking van de mededinging wanneer hij de bananen eerst na rijping mag verkopen en dan nog alleen aan detaillisten. Dat de mogelijkheden van doorverkoop in de praktijk beperkt zijn wegens de bederfelijke aard van de banaan, doet hieraan niet af.

In het algemeen is het een leverancier niet toegestaan de vrijheid van zijn koper om naar eigen goeddunken over de gekochte waren te beschikken, te beperken. Elke beperking van die vrijheid is een beperking van de mededinging die, indien zij anderszins onder de bepalingen van het Verdrag valt, om bijzondere redenen gerechtvaardigd moet zijn [1]. De handel in UBC-bananen kon dus enkel langs UBC's distributiekanalen verlopen en dit is als een beperking van de mededinging te beschouwen [2].

Daarenboven belemmerde de clausule het intracommunautaire handelsverkeer in groene bananen, waardoor de markt werd gecompartimenteerd en de prijsverschillen tussen de diverse nationale

1 — Suiker Unie e.a./Commissie, Jurispr. 1975, blz. 1663. (r.o. 173).

2 — Frubo/Commissie, Jurispr. 1975, blz. 563.

markten ten bate van UBC in stand werden gehouden.

UBC heeft stellig het recht een organisatie op te bouwen die een redelijke garantie biedt voor de kwaliteit van haar merkbananen, maar de mededinging mag daardoor geen grotere beperkingen ondervinden dan nodig is voor de verwezenlijking van dat doel.

De litigieuze clausule verhindert de rijpers zich los te maken van hun „rol als verzorgers van de plaatselijke markt"; zij zouden dit bovendien heel gemakkelijk kunnen, omdat zij alle in dezelfde twee havens inkopen.

Het aanvankelijk in UBC's verkoopvoorwaarden vervatte exportverbod kan enkel een verklaring vinden in haar bedoeling de rijpers te verhinderen hun bananen te verkopen in de Lid-Staten waar UBC nu en dan hogere prijzen toepaste.

Met betrekking tot de eventuele vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, herinnert de Commissie aan de opmerking van UBC, dat zij na de aanmelding van de clausule had moeten nagaan of deze voor vrijstelling in aanmerking kwam. Volgens de Commissie was de formulering van de clausule echter dusdanig, dat elke doorverkoop van groene bananen, ook aan Chiquita-rijpers, en ook als het om ongemerkte bananen ging, verboden was (behalve in Denemarken, waar ongemerkte groene bananen wel mochten worden doorverkocht).

In die formulering kon de clausule dus niet worden beschouwd als „onmisbaar" — in de zin van artikel 85, lid 3 — ter waarborging om de kwaliteitsmaatstaven van Chiquita-bananen.

Het feit dat UBC de clausule na de beschikking van de Commissie heeft gewijzigd, doet niet af aan de geldigheid van de beslissing dat de clausule in haar toenmalige vorm in strijd was met artikel 86.

Als UBC een negatieve verklaring of een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, voor de gewijzigde clausule wenst, zal zij de Commissie, die ter zake bij uitsluiting bevoegd is, dit stellig meedelen; in de onderhavige procedure evenwel behoeft daarover geen beslissing te worden genomen.

In hun repliek wijzen *verzoeksters* erop dat het volgens de Commissie de groene-bananenclausule is waaruit blijkt dat verzoeksters gebruik hebben gemaakt van hun monopolistische macht, en dus dat zij een monopolistische macht bezitten.

Dit argument is absurd. Nergens in de economische wetenschap wordt geleerd dat een clausule in de algemene verkoopvoorwaarden een aanwijzing kan vormen voor een monopolistische macht. Een verkoopvoorwaarde die uitsluitend de kwaliteit van het rijpingsproces beoogt te waarborgen, die nooit is toegepast en waarover nooit is geklaagd, kan bovendien nauwelijks dienen als bewijs voor de uitoefening van monopolistische macht.

Verder wijst de Commissie op de aanbeveling van verzoeksters uit 1967 om niet te exporteren. Dit was een tijdelijke maatregel, omdat er toen twee variëteiten op de markt waren, die verschillende rijpingsmethoden verlangden. De clausule betreffende de verkoop van groene bananen is echter nooit een absoluut uitvoerverbod geweest en zij is nooit op schrift gesteld met betrekking tot de twee typische markten, Duitsland (vanwege het volume en de lage prijzen) en Ierland (vanwege de lage prijzen). Zij was trouwens ook niet afgedrukt op de facturen. Toen verzoekster bij circulaire van 30 januari 1974 meedeelde dat het verbod niet voor Chiquita-rijpers gold, was niemand daar verbaasd over ... evenmin als de Commissie in de zeven jaar daarvoor. Daar met dit „verbod" de kwaliteit van de rijping werd

beoogd, heeft het nooit gevolgen gehad voor de concurrentiepositie van een vrucht die snel moet worden gerijpt en waarvan het rijpen de tegenprestatie is voor de winstmarge van de rijper, die bij UBC koopt voordat hij de distributeur van de rijpe vruchten buiten het UBC-blok wordt. Enige speculatie met goedkope vruchten is, in de economische context van de bananenmarkt, onvoldoende om een rijpersmarkt voor groene bananen in het leven te roepen. Bovendien zou dat niet van invloed zijn op de handel tussen Lid-Staten, want de Commissie — op wie de bewijslast rust — biedt niet aan te bewijzen dat er in deze handelsfase inderdaad een handelsverkeer in groene bananen tussen de Lid-Staten bestond; doorvoer of vervoer is nog geen verkoop. Ten slotte, als de Commissie, overeenkomstig artikel 85 in kennis gesteld van de clausule betreffende de verkoop van groene bananen, had moeten handelen, heeft zij, door dit na 1968 (toen de clausule haar is meegedeeld) en in het bijzonder na 1971 (toen zij door de Commissie is onderzocht) na te laten, UBC's positie verslechterd.

Alle consequenties van dat — negatief uitgevallen onderzoek moesten door de Commissie ambtshalve worden onderzocht.

De bewoordingen van de Belgische, Nederlandse en Deense algemene voorwaarden (de enige die schriftelijk zijn vastgesteld) zijn zodanig, dat mede gelet op het normale taalgebruik de gestelde eis uitsluitend betrekking heeft op verticale verkopen in de gehele distributieketen. Elke mogelijke twijfel over de betekenis van de gebruikte woorden wordt weggenomen wanneer men ze in hun context beziet. De Commissie gaat dus niet uit van de clausule zoals deze er staat, maar kent er een betekenis aan toe die zij taalkundig niet kan hebben. Als de Commissie wil bewijzen dat de clausule inderdaad die betekenis heeft, dan moet zij aantonen dat, niettegenstaande de gebruikte bewoordingen, de Chiquita-rijpers ze opvatten in de betekenis die de Commissie eraan geeft. Dit bewijs is door de Commissie niet geleverd: zij stelt eenvoudig dat het zo is (blz. 62). De hele argumentatie van de Commissie betreffende de groene-bananen-clausule, waarop zij haar verwijten terzake van de misbruiken waaraan verzoeksters zich zouden hebben schuldig gemaakt, doet steunen, berust dus op de simpele en volstrekt onbewezen bewering dat die clausule een andere betekenis heeft dan men uit de formulering ervan zou afleiden.

De Commissie geeft toe (blz. 70) dat verzoeksters in principe het recht hebben er een systeem op na te houden dat een redelijke garantie biedt voor de kwaliteit van hun merkbananen, mits de mededinging daardoor niet onnodig wordt beperkt. Zij heeft echter niet aangetoond dat UBC's verkoopcondities niet aan die voorwaarde voldoen.

In haar dupliek herhaalt de *Commissie* de bij verweerschrift aangevoerde argumenten en werkt deze verder uit. Zij wijst erop dat het verbod niet enkel gold voor verticale verkopen, maar ook voor horizontale; het enige bewijs hiervoor zijn de uitdrukkelijke bewoordingen van de contracten en de wijze waarop UBC deze opvatte of toelichtte (brieven van 11 december 1974 en 13 februari 1975, bijlage III-i bij het verweerschrift). Aan deze clausule is blijkbaar streng de hand gehouden. Het verbod van horizontale verkopen was stellig een belemmering voor de export, ook al was het formeel niet een uitvoerverbod.

Als de clausule enkel als een garantie voor de kwaliteit van de rijping was bedoeld, valt moeilijk in te zien waarom het handelsverkeer in bananen moest worden verhinderd: was die kwaliteit in het ene land dan zoveel beter dan in het andere? Het toezicht dat UBC op al

haar rijpers uitoefende, ontzenuwt dit argument. Als de Commissie, die al enige tijd met het bestaan van deze clausule bekend was, niet eerder heeft gehandeld, dan is dat omdat zij eerst een besluit heeft genomen nadat zij het cumulatieve effect van die clausule en van de discriminerende prijzen had kunnen beoordelen.

De Commissie vestigt de aandacht op de navolgende feiten:

— een horizontale handel in groene bananen is zeer wel mogelijk want er bestaat ook een horizontale handel in gele bananen;

— het verkoopverbod gold zowel voor gemerkte als voor ongemerkte bananen;

— de vergelijking met de door UBC's concurrenten ingevoerde systemen is nauwelijks relevant te noemen, gezien de totaal verschillende organisatie van de verkopen;

— UBC's terughoudendheid met betrekking tot de handel in groene bananen, zogenaamd om de belangen van de plaatselijke detaillisten te ontzien, is enkel verklaarbaar op een markt waar de aangeboden hoeveelheden opzettelijk worden beperkt;

— men kan niet stellen dat het een belang van de rijpers is rijpe bananen te verkopen met een winst van 40 % op de for prijs, indien de verschillen tussen de for prijzen voor groene bananen in de verschillende Lid-Staten soms nog veel groter zijn; hoe kunnen trouwens deze rijpers, die maar beperkte hoeveelheden ontvangen, ook maar denken aan speculatieve handel in groene bananen waarover zij niet vrijelijk kunnen beschikken?

— speculatie met groene bananen kan eventueel plaatsvinden voordat de vruchten naar de installaties van de rijpers worden vervoerd, en zou dus winstgevender kunnen zijn dan men denkt;

— de mogelijke verkoop van groene bananen zou de machtspositie van UBC des te sterker ondergraven, omdat het transport en het bewaren gemakkelijker zijn dan bij gele bananen, waarvan de horizontale verkoop om zeer goede redenen niet verboden is.

De Commissie wijst nog op de belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer: de handel tussen rijpers van de verschillende Lid-Staten, de mogelijkheden voor de rijpers om nieuwe installaties te vestigen in andere Lid-Staten, het vervoer van het produkt — dat alles wordt praktisch onmogelijk gemaakt. Deze belemmeringen kunnen zich des te gemakkelijker voordoen omdat UBC haar produkt enkel in beperkte hoeveelheden levert. Er is niet alleen een belemmering van de transitohandel; er is een beperking in de bestemming van consumptieprodukten en in de keus van de groothandel.

De Commissie beklemtoont dat zij de eventuele toepassing van artikel 85, lid 3, eerst heeft overwogen toen zij kennis kreeg van de oorspronkelijke versie van de clausule, en nogmaals nadat de clausule gwijzigd was. De oorsponkelijke versie kon de toets van artikel 85, leden 1 en 2, niet doorstaan. De litigieuze beschikking heeft op die versie betrekking. De nieuwe versie kan niet los worden gezien van de andere aspecten van de zaak; aangezien zij geldt voor 40 % van de bananen die in de Gemeenschap worden verkocht — ontegenzeglijk „een wezenlijk deel van de betrokken produkten" —, is het communautaire mededingingsrecht erop van toepassing.

6. Misbruik van machtspositie door de verkoopweigering jegens Olesen

Verzoeksters stellen dat de conclusie van de Commissie, dat UBC misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt door de levering van Chiquita-bananen aan

de Deense rijper/distributeur Th. Olesen stop te zetten, feitelijk en rechtens onjuist is.

Zij betogen dat hun distributiepolitiek liberaler is dan die van hun concurrenten, waarvan sommige via exclusieve distributeurs op de relevante markt opereren.

De rijpers van UBC zijn niet enkel vrij om produkten van concurrerende merken te verkopen, maar ook om reclame voor die produkten te maken. Als zij het niet eens zijn met de toegepaste prijzen, kunnen zij hun bestellingen verminderen of geheel annuleren en zich elders bevoorraden.

Zij kunnen hun relatie met UBC beëindigen wanneer het hun belieft.

Ook in de enkele gevallen dat UBC aan rijpers geld heeft geleend, waren deze niet „gebonden" in die zin dat de voorwaarden van de leningsovereenkomst hen zouden beletten naar eigen goeddunken van leverancier te veranderen.

In deze algemene context moet de stopzetting van de leveringen aan Olesen worden gezien, waarbij nog moet worden opgemerkt dat dit de eerste en enige keer was in een periode van meer dan 50 jaar dat verzoeksters in Europa een zakenrelatie hebben verbroken.

Begin 1967 werd het merk Chiquita op de Deense markt geïntroduceerd. In de lente van dat jaar ging Olesen een fusie aan met een andere Chiquita-rijper, A. W. Kirkebye, en werd daardoor de grootste Chiquita-rijper van Denemarken. UBC bleef evenwel haar acht Deense rijpers op voet van gelijkheid behandelen, ondanks de sterke aandrang van Olesen om hem bijzondere voorwaarden te geven (kortingen, krediet) en het aantal rijpers te verminderen.

Dit verklaart waarom de verhouding tussen Olesen en UBC vanaf het begin meer problemen heeft opgeleverd dan die met andere rijpers, bij voorbeeld in verband met het gebruik van een beeldmerk en met te late betalingen.

Dit vormt stellig ook de verklaring voor het feit dat Olesen in oktober 1969 exclusief importeur/distributeur van Standard Fruit werd en aldus de overheersende positie kreeg die UBC hem niet had willen geven.

In 1973 verklaarde Standard Fruit op de al eerder genoemde persconferentie te Hamburg UBC de oorlog met de aankondiging dat de Dole-banaan de Chiquita-banaan overal ter wereld zou gaan verdringen.

Olesen begon toen welbewust de afzet van Dole-bananen te stimuleren en verkocht steeds minder Chiquita-bananen. Bovendien besteedde hij aan de rijping van UBC's bananen veel minder zorg dan aan die van andere merken.

Alle economische feiten wijzen erop dat Olesen en Standard Fruit samenwerkten om het merk Dole ten koste van Chiquita tot een succes te maken. Zoveel lijkt wel zeker, dat Olesen partij gekozen had voor Dole, niet slechts om financiële redenen, maar ook uit ontevredenheid met de handelspolitiek van UBC, die de markt ten nadele van Olesen had opengebroken. Het geschil, dat zich langzaam had ontwikkeld en aanleiding had gegeven tot talrijke gesprekken en discussies, was ten slotte uitgelopen op een breuk die allesbehalve plotseling en onverwacht was gekomen. UBC meent dan ook dat haar besluit de leveringen aan Olesen te staken door die belangentegenstellingen alleszins werd gerechtvaardigd.

Volgens UBC heeft Olesen daarvan weinig of geen schade ondervonden. Hij kon immers de Chiquita-bananen vervangen door zoveel Dole-bananen als hij maar wilde. Bovendien staat vast dat Olesen na de verkoopweigering van UBC meer personeel heeft aangenomen.

Deze door de omstandigheden gerechtvaardigde maatregel was geen misbruik, aangezien de verkoopweigering de daad-

werkelijke concurrentie op de Deense markt niet ongunstig heeft beïnvloed. Olesen is immers slechts een van vele Deense rijpers; evenals andere landen zijn er ook in Denemarken tal van belangrijke rijpers — zij kunnen met name worden genoemd — die geen klanten van UBC zijn. Hieruit blijkt dat de concurrentie voldoende toegang had tot de belangrijkste rijperijen.

Denemarken bezit in feite een grote overcapaciteit en het besluit van UBC om niet meer aan Olesen te leveren, tezamen met het verlies in dezelfde tijd van de clientèle van Københavns Frugtauktioner, heeft de mededinging geenszins vervalst, doch integendeel geleid tot een verwoede concurrentieslag op de Deense markt, waardoor de kleinhandelsprijs van Chiquita-bananen aan het eind van 1974 binnen twee weken met 40 % is gedaald.

Ten slotte heeft de verkoopweigering jegens Olesen ook geen merkbare gevolgen gehad voor de handel tussen Lid-Staten, want de Dole-bananen worden vanaf Hamburg in transito door Duitsland vervoerd, juist zoals de Chiquita-bananen vanaf Bremerhaven. Dit handelsverkeer heeft in feite geen intracommunautair karakter, maar is in werkelijkheid handelsverkeer tussen Denemarken en de derde landen waar de bananen vandaan komen.

Op 11 februari 1975 ten slotte — dus voordat de Commissie haar procedure officieel had ingeleid — is tussen Olesen en UBC een overeenkomst tot stand gekomen, waarna Olesen zijn klacht heeft ingetrokken en UBC de leveringen heeft hervat.

Volgens de *Commissie* bestaat het vierde misbruik uit de weigering bananen aan Olesen te verkopen. Noch de omstandigheid dat Olesen had deelgenomen aan een verkoopbevorderingsactie van een concurrent van UBC, noch een van de andere aangevoerde argumenten kon voor UBC voldoende grond opleveren voor haar weigering haar oude vaste klant Olesen te bevoorraden. Om de onafhankelijkheid van kleine en middelgrote distributeurs tegenover ondernemingen met een machtspositie te verzekeren, is het immers van wezenlijk belang dat zij niet bang behoeven te zijn voor een onrechtmatige verkoopweigering. Deze onafhankelijkheid impliceert het recht de voorkeur te geven aan produkten van de concurrenten van de onderneming met een machtspositie. Dit recht heeft UBC door haar weigering jegens Olesen geschonden. Daardoor heeft zij inbreuk gemaakt op artikel 86.

De verkoopweigering heeft de handel tussen Lid-Staten beïnvloed, omdat Olesen gedwongen was bananen bij een andere leverancier te kopen, hetgeen de natuurlijke loop van de handelsstromen heeft belemmerd en bovendien Olesen heeft belet activiteiten in de andere Lid-Staten te ontplooien.

Volgens *UBC*'s repliek wordt het betoog van de Commissie op dit punt vanaf het begin gekenmerkt door een fundamentele denkfout. Zegt zij in haar verweerschrift (blz. 105) niet, dat het „de vraag ... is of er een geldige rechtvaardiging was voor een overigens ongeoorloofde handeling"? Welnu, artikel 86 bevat niets wat grond oplevert voor het rechtsvermoeden dat de weigering van een onderneming met een machtspositie om aan een bepaalde klant te leveren, een misbruik van die machtspositie is. Het is de Commissie die moet bewijzen dat de verkoopweigering in de bijzondere omstandigheden van het geval een misbruik in en bovendien de handel tussen Lid-Staten in aantoonbare mate ongunstig beïnvloedt.

Verzoeksters betogen dat slechts in uitzonderlijke gevallen — namelijk wanneer de verkoopweigering duidelijk concurrentiebeperkend is — kan worden aangenomen dat zo'n weigering een misbruik van machtspositie is.

Men dient bovendien erg voorzichtig te zijn om de verkoopweigering van een leverancier jegens een distributeur als misbruik te kwalificeren. Een leverancier zoals UBC heeft belang bij een redelijke samenwerking met de rijpers/distributeurs aan wie hij verkoopt, zulks met het oog op de instandhouding of de vergroting van het volume van zijn verkopen aan de eindverbruiker en om te kunnen waarborgen dat zijn produkten de consument onder de best mogelijke omstandigheden bereiken. Het bestaan van een machtspositie kan nooit een reden zijn om bij de beoordeling van de handelswijze van de betrokken onderneming geen rekening te houden met haar *redelijke* commerciële belangen of om haar een redelijke vrijheid van handelen ter bescherming van die belangen te ontzeggen. Bij hun weigering om aan Olesen te leveren, hebben verzoeksters in elk geval niet willekeurig of onredelijk gehandeld.

Opgemerkt zij dat alleen volgens het Franse recht een verkoopweigering als zodanig strafbaar is; in de zaak-Commercial Solvents (6-7/73) werd de verkoopweigering door het Hof niet onrechtmatig geacht. Het komt enkel aan op de gevolgen ervan voor de mededinging. De Commissie heeft echter niet aangetoond dat Olesen schade heeft geleden, en verzuimd melding te maken van zijn voorkeur voor andere merken, terwijl UBC zich er niet tegen verzet dat haar klanten andere leveranciers hebben. Olesen, die ook nog een lastige klant was, heeft de verkoop van Chiquita achtergesteld bij de verkoop van andere merken, en wat men ook niet mag vergeten, is dat door UBC's verkoopweigering de concurrentie op de Deense mark kon worden vergroot. Olesen heeft door deze affaire slechts één klant verloren en zijn activiteiten zijn er niet minder door geworden. De handel tussen Lid-Staten heeft er niet onder geleden, indien men ten minste niet uitgaat van de nationaliteit van de verkoper, maar van de bestemming van de waren. De Commissie heeft dus niet de mededinging beschermd, maar een concurrent . . . en indirect zijn nieuwe . . . tijdelijke leverancier.

In haar dupliek stelt de *Commissie* dat een verkoopweigering door een onderneming in een machtspositie normalerwijze een misbruik is. In casu is geen enkel „solide objectief argument" aangevoerd dat de verkoopweigering jegens Olesen kan rechtvaardigen; ingevolge artikel 86, sub a, c en d, is dat een normaal vereiste om in een geval waarin dit artikel van toepassing is, het verbreken van een zakenrelatie te rechtvaardigen; en aangezien het Verdrag gewone discriminatie al verbiedt, is een verkoopweigering a fortiori verboden.

Als Olesen zich niet bij de Commissie had beklaagd, had UBC mogelijkerwijs ook andere rijpers kunnen beletten reclame voor andere marken te maken. Het gedrag van UBC jegens Olesen is door de Deense monopolie-instanties vergeleken met een voorval in 1973, toen UBC de leveringen aan een andere Deense rijper-distributeur, København Frugtauktioner had stopgezet, omdat deze had deelgenomen aan een reclamecampagne voor het merk Onkel Tuca van de Alba-groep. Er is dus wel degelijk sprake van een beleid van UBC, en Olesen is niet speciaal aangepakt wegens de andere gedragingen die UBC hem verwijt, in het bijzonder het feit dat hij zijn rijpingsinstallaties aan de concurrentie ter beschikking had gesteld. UBC heeft trouwens eerst na de stopzetting van de leveranties haar represaille tegen Olesen daarmee trachten te rechtvaardigen; in elk geval heeft UBC niet het recht haar concurrenten de toegang tot de rijperijen te beletten, en het feit dat het optreden van UBC niet op contractuele bepalingen berust, verandert niets aan de aard en gevolgen van haar gedrag.

Het voorbeeld dat aan Olesen is gesteld, kan een preventieve werking hebben gehad die verder reikte dan het geval van betrokkene zelf. Alle rijpers wisten nu dat zij UBC ten minste op gelijke voet met haar concurrenten moesten behandelen en dat UBC bereid was haar machtspositie te verdedigen. Een vergelijking dringt zich op met de in de zaak-Suiker Unie door het Hof veroordeelde praktijk van getrouwheidskortingen, die eveneens een concurrentiebeperkend effect hadden doordat ze andere producenten beletten op de markt door te dringen (Jurispr. 1975, blz. 1663 en 2015, r.o. 526-7). Hier belet UBC, als onderneming met een machtspositie, haar distributeurs reclame te maken voor de concurrentie en in feite dus de produkten van de concurrentie te verkopen. Dit wil niet zeggen dat UBC verplicht was haar eigen rijperijcapaciteit voor de concurrenten open te stellen; zij mocht hen echter niet verhinderen de vrije capaciteit te benutten.

Rest nog het argument dat Olesen niet enkel reclame maakte voor Dole-bananen, maar ook steeds minder Chiquita-bananen verkocht. Door bijzondere zorg te besteden aan het rijpen van Dole-bananen en deel te nemen aan de reclamecampagne voor dat merk, heeft Olesen niet in strijd met een algemeen belang gehandeld; op zijn hoogst heeft hij wellicht de belangen van UBC wat minder behartigd, maar hij is nooit in zijn wettelijke verplichtingen jegens haar tekort geschoten en heeft dus nooit onrechtmatig gehandeld. Was Olesen zo zeer geïntegreerd in de organisatie van Castle & Cooke, de rechthebbende op het merk Dole, dat UBC kon menen dat hij volledig van haar concurrent afhankelijk was? Maar Olesen was al sinds 1969 alleenvertegenwoordiger van Castle & Cooke, en de verkoopweigering dateert van oktober 1973; Olesen is nooit exclusief distributeur van UBC in Denemarken geweest, zodat de overwegingen van verordening nr. 67/67 betreffende alleenvertegenwoordigers niet op dit geval van toepassing zijn. In elk geval is de verkoopweigering niet te rechtvaardigen met „het belang van de mededinging".

Kon UBC evenwel een „loyale verkoopsinspanning" verlangen? Verordening nr. 67/67 is niet van toepassing omdat:

— Olesen niet de alleenvertegenwoordiger van UBC is (zie boven);

— Olesen geen gewone distributeur is, maar een „industrieel verwerker";

— door ermee in te stemmen niet voor de concurrentie te werken, Olesen in strijd met artikel 85, lid 1, zou hebben gehandeld en zich met handen en voeten zou hebben gebonden aan een onderneming met een machtspositie; voor zo'n hypothetische situatie is genoemde verordening niet geschreven.

Overeenkomstig de conclusie van advocaat-generaal Mayras in de zaak-Suiker Unie (Jurispr. 1975, blz. 2102) is hier een zwakkere met economisch nadeel bedreigd — en dus is er misbruik van een machtspositie. Het bewijs hiervan in casu is, dat UBC iets „eist", zelfs van rijpers die zo machtig zijn als Olesen, die nadien blijkbaar aan die eis van UBC heeft toegegeven . . .

Wat ten slotte de vroeger aan Olesen verweten „kwade trouw" betreft, zij erop gewezen dat zo daarvan al sprake zou zijn, dit door de Deense rechter zou moeten worden beoordeeld, maar dat het verkopen van concurrerende produkten, soms zelfs met meer succes, geen kwade trouw is, ook niet nadat men voor die produkten reclame heeft gemaakt, en dit laatste is in feite de kern van UBC's klacht (zie de desbetreffende telex van UBC).

Welke schade heeft Olesen geleden?

— Die schade is groot, want sinds de hervatting van de leveringen verkoopt Olesen minstens 1 000 dozen per week; op het moment van de breuk kon UBC in elk geval niet weten hoe groot de schade zou zijn die haar handelwijze aan Olesen zou berokkenen.

— De geschatte omvang van de schade kan van belang zijn bij de vaststelling van het bedrag van de boete, maar is niet relevant voor de omschrijving van de inbreuk op artikel 86 en de beoordeling van het onrechtmatige gedrag (zaak 6-7/73, Commercial Solvents, Jurispr. 1974, blz. 223, 253, r.o. 26).

— In elk geval hebben de ambtenaren van de Commissie met de hulp van hun Deense collega's kunnen vaststellen dat Olesen zijn klant FDB, die 50 % van haar bananen van Olesen betrok, volledig is kwijtgeraakt, tal van bestellingen niet heeft kunnen uitvoeren en zijn positie als voornaamste leverancier van een bepaald aantal klanten heeft verloren (zie de bijlagen betreffende dit punt). Olesen had te weinig bananen in het algemeen en uiteraard te weinig Chiquita-bananen in het bijzonder; ondanks de hervatting van de leveranties door UBC, hebben de aankopen van zijn voornaamste afnemers ook thans nog niet het vroegere peil bereikt (document 39 van UBC). Het onderzoek van de Deense autoriteiten spreekt ten deze duidelijke taal.

Ten slotte, aldus de Commissie, heeft de verkoopweigering ook gevolgen gehad voor de intracommunautaire handel. UBC stelt zich op het tegenovergestelde standpunt en betoogt dat alle bananen uit Latijns-Amerika enkel in transito via andere Lid-Staten naar het verbruiksland worden vervoerd. Produkten uit derde landen zouden volgens deze opvatting dus geen deel uitmaken van het intracommunautaire handelsverkeer; volgens Waelbroeck (Droit de la concurrence CEE, vol. 4, nr. 35, blz. 33) is enkele doorvoer niet genoeg. Maar Waelbroecks hypothese gaat in casu niet op, want:

„Toen de leveranties aan Olesen waren gestaakt, was het hem onmogelijk in Bremerhaven Chiquita-bananen te kopen of in andere Lid-Staten in te kopen en dezelfde hoeveelheden bananen als vroeger in Denemarken te importeren. Olesen was ook gedwongen, buiten Denemarken en bij andere leveranciers dan UBC, andere dan Chiquita-bananen te kopen en ze in Denemarken in te voeren" (dupliek blz. 158).

Als het argument van UBC juist was, zou heel haar Europese handel, die immers produkten uit derde landen betreft, aan de toepassing van het EEG-Verdrag ontsnappen. Ten aanzien van een onderling afgestemde feitelijke gedraging is in het arrest-Frubo beslist dat artikel 85 van toepassing is op concurrentiebeperkende overeenkomsten betreffende produkten die in de Gemeenschap worden ingevoerd (Jurispr. 1975, blz. 584, r.o. 35 en 38). Naar aanleiding van een reeks andere zaken is op dit punt een vaste jurisprudentie ontstaan (EMI in 1976, Commercial Solvents in 1974, Béguelin in 1971 en ICI in 1972). Artikel 36 EEG-Verdrag geldt stellig ook voor goederen in de intracommunautaire doorvoerhandel.

Samenvattende concludeert de Commissie als volgt:

„UBC's weigering om aan Olesen, een vaste klant, te leveren, vindt geen objectieve rechtvaardiging in de redenen die UBC destijds daarvoor heeft opgegeven. Het was een ongerechtvaardigde bemoeienis met Olesens bedrijfsbeleid, waardoor hem schade is berokkend en die de rijpers van UBC ervan moest weerhouden concurrerende merken te

verkopen of althans er reclame voor te maken. De conclusie van de beschikking, dat UBC door de verkoopweigering jegens Olesen artikel 86 EEG-Verdrag heeft geschonden, is dus volstrekt gerechtvaardigd."

7. De boete

In het licht van al hun voorafgaande opmerkingen, aldus *verzoeksters,* kan niet worden gesteld dat zij wisten of moesten weten dat zij een machtspositie bezaten, en dat zij in elk geval uit onachtzaamheid dan wel opzettelijk daarvan misbruik hebben gemaakt. Men mag immers niet vergeten op welke wijze de Commissie in het verleden artikel 86 heeft toegepast.

Alle ondernemingen waaraan tot nu toe schending van artikel 86 is verweten, bezaten een monopoliepositie of beheersten een groot deel van de markt, terwijl de Commissie in tal van beschikkingen heeft geconcludeerd dat ondernemingen met een vergelijkbaar marktaandeel als dat van UBC niet bij machte waren een daadwerkelijke mededinging te verhinderen.

Daarnaast merken verzoeksters op, dat zij voortdurend een politiek van lage prijzen hebben toegepast, dat zij aanzienlijke verliezen hebben geleden en dat nieuwe concurrenten tot de markt zijn doorgedrongen en daar een agressieve verkooppolitiek hebben gevoerd.

Wat de voorwaarden voor de verkoop van groene bananen betreft, merken verzoeksters op dat volgens artikel 15, lid 5, van verordening nr. 17 geen geldboete kan worden opgelegd voor gedragingen welke plaats hebben na de aanmelding bij de Commissie en vóór de beschikking waarbij de Commissie artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag toepast dan wel deze toepassing weigert. UBC's verkoopvoorwaarden nu zijn op 15 november 1968 aan de Commissie meegedeeld, die, naar zij zelf erkent, nooit de bij artikel 15, lid 6, bedoelde beschikking heeft gegeven.

Bij vergelijking van het boetebedrag met dat wat de Commissie aan andere ondernemingen heeft opgelegd (Kinine, Commercial Solvents, Kleurstoffen, Pittsburg Corning Europe, Formica Belgium-Hertel), stellen verzoeksters vast dat het vijf maal zo hoog is ondanks het feit dat de beoordeelde materie (prijzen) nieuw is en ofschoon alle ter zake van de bananenhandel deskundige internationale organisaties het erover eens zijn dat de voortdurende kwaliteitsverbetering gepaard is gegaan met een daling van de prijzen.

Volgens de *Commissie* is de onderhavige zaak de eerste waarin is vastgesteld dat een onderneming zich aan vier verschillende, met artikel 86 strijdige misbruiken heeft schuldig gemaakt.

UBC tracht te verdoezelen dat die misbruiken onderling samenhingen en een cumulatief effect hadden: het verkoopverbod voor groene bananen ligt ten grondslag aan de twee ernstige misbruiken op het gebied van de prijzen en aan de verkoopweigering jegens Olesen. De opgelegde boete is mitsdien volstrekt gerechtvaardigd.

Het bedrag van de boete dient te worden afgemeten aan de jaaromzet van UBC op de wereldmarkt — 2 miljard dollar — en de jaaromzet op de relevante markt — 50 miljoen dollar. En ook een vergelijking met de, dankzij de inbreuken op het Verdrag buitensporige, winstmarges is op haar plaats.

In hun repliek vergelijken *verzoeksters* bepalingen van verschillende rechtsstelsels en de manieren waarop een economische boete kan worden berekend. Zij betogen dat een deel van de boete stellig betrekking heeft op de toepassing van een clausule (het verkoopverbod voor groene bananen) die bij de Commissie

was aangemeld. Hoe kan men bovendien een boete bepalen op basis van beweerdelijk onrechtmatige winsten die niet nauwkeurig kunnen worden becijferd en wanneer de administratie niet in staat is gebleken tijdig met de betrokken ondernemingen overleg te plegen en hen te waarschuwen? In elk geval zou de publiciteit die een zaak krijgt doordat een boete wordt opgelegd, voor de instantie die de boete vaststelt, een reden moeten zijn om bij het bepalen van het bedrag ervan enige matiging te betrachten.

De *Commissie* antwoordt dat UBC niet kan zeggen dat haar handelwijze in overeenstemming was met artikel 86 omdat zij zich er niet van bewust was een machtspositie te bezitten: volgens dit verweer zou elke concurrentiebeperkende handeling verontschuldigbaar zijn wanneer de betrokken onderneming zich niet ervan bewust was onrechtmatig te handelen. Zowel 's Hofs rechtspraak als de geldende bepalingen (artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17) sanctioneren inbreuken die uit onachtzaamheid of opzettelijk zijn gepleegd. UBC kan evenmin een beroep doen op haar onbekendheid met het communautaire mededingingsrecht en op het feit dat het probleem zo ingewikkeld is. Ofschoon zij al begin 1975 van de situatie op de hoogte was gesteld, heeft zij eerst na de veroordelende beschikking gereageerd, wat toch wel ongewoon is (ook al heeft zij in de tussenliggende periode wel af en toe contact gehad met andere afdelingen van de Commissie dan die welke deze zaak behandelde). Nu het om de bepaling van de boete gaat, moet UBC niet weer opnieuw terugkomen op alle, door haar onjuist genoemde, maar door de Commissie vastgestelde feiten, die al elders zijn besproken. Wat de te hoge prijzen betreft, meent de Commissie voldoende duidelijk te zijn geweest, en zij herhaalt dat de aanbevolen prijsverlaging met 15 % geen bevel is, maar een indicatie voor het standpunt dat zij in het vervolg waarschijnlijk zal innemen.

8. Schending van de rechten van de verdediging

Ten slotte stellen *verzoeksters* dat de Commissie niet is ingegaan op hun opmerkingen betreffende feitelijke onjuistheden in de mededeling van de punten van bezwaar, dat zij geen gelegenheid hebben gehad hun opvatting ten aanzien van een aantal hoofdpunten uiteen te zetten en dat de Commissie zich in de gehele procedure door vooroordelen heeft laten leiden.

De administratieve procedure tegen UBC is zo haastig afgewikkeld, dat alle waarborgen die in de desbetreffende voorschriften zijn vervat, een lachertje zijn geworden. UBC concludeert dat het cumulatieve effect van dit alles de procedures voor de Commissie ongeldig maakt, en verzoekt het Hof haar een symbolische vergoeding voor morele schade toe te kennen ter hoogte van één rekeneenheid.

Uit het gehele dossier en uit alle overgelegde stukken blijkt dat de Commissie de zaak wegens het ontbreken van bewijs had moeten seponeren. De lichtvaardigheid waarmee is gesproken over grote winsten, over de ongelukkige brief van 10 december 1974 betreffende de winstmarges in Ierland, en over de „huidige" prijzen in samenhang met verouderde prijslijsten, bewijst dat de houding van de Commissie volstrekt partijdig was. Verscheidene feiten en documenten zijn verkeerd weergegeven of het belang ervan is overdreven voorgesteld.

Met name moet erop worden gewezen dat verzoeksters onvoldoende gelegenheid is gegeven verweer te voeren. Na de vier korte alinea's die in de mededeling van de punten van bezwaar aan de onbillijke prijzen worden gewijd, zijn

bij voorbeeld de punten van beschuldiging en de toegepaste criteria gewijzigd, en is men van het eenvoudige verschil met de Ierse prijzen overgestapt op een onderzoek naar de economische waarde van de banaan, met name gebaseerd op het prijsverschil tussen gemerkte en niet-gemerkte bananen.

Ten slotte heeft de Commissie de elementaire en door elke administratie te respecteren regels geschonden en, in tijdnood geraakt en in een poging zich aan 's Hofs rechtspraak aan te passen, de criteria in haar beoordelingen gewijzigd — een voorbeeld daarvan is zo juist genoemd.

Zij heeft zelfs moeten toegeven dat de clausule betreffende de verkoop van groene bananen na de toelichting van de circulaire van 30 januari 1976 aan de eisen voldeed, wat eigenlijk had moeten betekenen dat iedere beschuldiging betreffende misbruik op dit punt werd ingetrokken. De Commissie heeft mitsdien de rechtsprekende functie die zij in zo'n procedure heeft, niet onpartijdig vervuld: zij is meer openbare aanklager geweest dan rechter.

De Commissie wijst deze beschuldiging van de hand en stelt de gehele procedure naar behoren te hebben gevoerd. Zolang UBC haar beschuldigingen niet nader kan toelichten, blijkt dat voldoende uit de overgelegde stukken. Tijdens de hoorzitting heeft UBC geen bezwaren gemaakt tegen het verloop van de procedure tot dan toe.

De Commissie betoogt dat de argumenten van UBC ten deze de kern van de zaak zelf raken. Als UBC bij voorbeeld stelt dat de hoorzitting ongeldig is omdat zij een zeer belangrijke zin niet had begrepen, dan wil zij in feite de discussie over de prijs van merkbananen vergeleken met die van ongemerkte bananen heropenen. Als er al een misverstand is geweest, dan was dat in elk geval niet ernstig.

9. Het verzoek om schadevergoeding

Wegens de onder 8 gestelde onregelmatigheden in de administrative procedure, vragen *verzoeksters* het Hof hun een symbolische schadevergoeding van één rekeneenheid wegens geleden morele schade toe te kennen.

Behalve op het onzorgvuldig optreden van de Commissie wijzen zij op de ongepaste publiciteit die aan de zaak is gegeven, en op de schade die daardoor in de pers is toegebracht aan de goede naam van verzoeksters ... enz. ..., hetgeen ruimschoots grond zou opleveren voor toekenning van een symbolische schadevergoeding; dit zal de Commissie eraan herinneren dat zij zich bij haar optreden enkel door het algemeen belang moet laten leiden.

De *Commissie* ontkent elke onregelmatigheid in de administratieve procedure (zie punt 8) en merkt ten aanzien van UBC's tweede argument op dat indien de goede naam van verzoeksters door de pers zou zijn aangetast, een andere rechtsweg moet worden bewandeld en een andere rechter terzake bevoegd is.

III — Vragen van het Hof aan partijen

Bij griffiersbrief van 20 mei 1977 heeft het Hof partijen verzocht voor 20 juni schriftelijk te antwoorden op de hieronder vermelde vragen en de genoemde stukken nader toe te lichten, een en ander in de volgorde waarin de onderwerpen in de memories zijn besproken.

„1. De relevante markt

a) De produktmarkt

De Commissie wordt verzocht mee te delen hoever zij is gevorderd met de ontwerp-verordening betreffende de bananensector, waarvan sprake is in het Franse regeringsrapport „Marché Com-

mun de la banane" (1973, blz. 120), dat als bijlage V a bij het beroepschrift is gevoegd.

b) De geografische markt

(i) Partijen worden verzocht om, *zo mogelijk tezamen,* op een kaart van de geografische markt de vestigingsplaatsen van de rijpers aan te geven, met een schematische aanduiding van hun rijpingscapaciteit en de mate waarin zij van UBC afhankelijk zijn.

(ii) De Commissie wordt verzocht de klacht van Tropical Fruit Co. Jack Dolan Ltd. en Banana Importers of Ireland Ltd. van 27 mei 1974 over te leggen (vgl. blz. 125 van de repliek).

2. De machtspositie

(i) Partijen worden verzocht de sub-bijlagen XVI, XVII, XVIII en XIX over te leggen, behorende bij bijlage III g van het verweerschrift (antwoorden van verzoeksters van 13 september 1974 op de brieven van de Commissie van 5 en 12 augustus 1974).

(ii) Partijen worden verzocht om toelichtingen op de positie van UBC (zelf in 1972 in de zaak betrokken) en haar rechtsvoorgangster United Fruit Company met betrekking tot de gerechtelijke onderzoeken die in de Verenigde Staten hebben plaatsgehad.

(iii) De Commissie wordt verzocht:

a) het document over te leggen bedoeld in noot 1 op blz. 9 van de dupliek (IRCA/United Brands 358 F Supp. 1363 66-68 (1973);

b) het procentuele marktaandeel van alle grote groepen — inclusief de „andere" — op te geven, zo dat de som van die percentages gelijk is aan 100;

c) de verkoopvoorwaarden aan de rijpers/distributeurs van UBC's concurrenten mee te delen, zo deze haar bekend zouden zijn.

3. De te hoge prijzen

UBC wordt verzocht:

(i) de overeenkomst met Scipio, bedoeld op blz. 43 van het beroepschrift, mee te delen;

(ii) in verband met de brief van 10 december 1974 betreffende de Ierse markt, mee te delen op welke datum het betrokken boekjaar is afgesloten.

4. De discriminerende prijzen

UBC wordt verzocht de verschillende versies van haar algemene verkoopvoorwaarden (met de eventuele verduidelijkingen) voor elke Lid-Staat en voor de Europese derde landen, van 1 augustus 1966 tot 1 augustus 1976, over te leggen alsmede — voor zover deze bestaan — de standaardcontracten met distributeurs/rijpers.

5. Het verkoopverbod voor groene bananen

a) Zijn partijen zich ervan bewust dat de betrokken clausule eventueel kon worden ontdoken doordat sommige rijpers nabij de grenzen zijn gevestigd?

b) UBC wordt verzocht:

(i) het procesdossier aan te vullen met de verschillende versies van de betrokken clausule per Lid-Staat, in chronologische volgorde van 1966 tot 1976;

(ii) de maximum termijn aan te geven die tussen het plukken en de verkoop van de gerijpte bananen mag liggen. Is dat 20 dagen, zoals in het dossier wordt gezegd?

(iii) aan te geven wie het transport van de haven naar de rijper verzorgt: de rijper zelf, UBC of een zelfstandige vervoerder.

6. De verkoopweigering ten aanzien van Olesen

UBC wordt verzocht het dossier aan te vullen met blz. 2 van bijlage 36 bij het beroepschrift.

7. De boete

De Commissie wordt verzocht mee te delen of met betrekking tot de clausule betreffende het verkoopverbod voor groene bananen een procedure als bedoeld in artikel 85 is ingeleid. Zo ja, hoe ver is deze procedure gevorderd?

Heeft UBC om ontheffing gevraagd voor de nieuwe versie van haar verkoopvoorwaarden?

8. De rechten van de verdediging

(i) UBC wordt verzocht om overlegging van de brief van Thompson van 21 oktober 1975 (vgl. beroepschrift blz. 209).

(ii) UBC wordt verzocht om overlegging van haar brief aan de Commissie van 30 oktober 1975."

Partijen hebben de gevraagde toelichtingen en stukken voor zover het hun mogelijk was, verschaft en daarvan tijdens de mondelinge behandeling gebruik gemaakt.

IV — Samenvatting van de tijdens de mondelinge behandeling voorgedragen argumenten

De mondelinge behandeling heeft plaats gevonden ter terechtzitting van 12 juli 1977.

UBC heeft bij haar uiteenzettingen de volgorde aangehouden waarin de Commissie haar argumentatie in de beschikking heeft opgebouwd. Zij geeft een samenvatting van haar voornaamste schriftelijk voorgedragen argumenten en gaat daarbij nader op enkele punten in.

Wat de relevante markt betreft, wijst UBC erop dat de waarde van de door de Commissie gebruikte FAO-rapporten door een van de ambtenaren van die organisatie in twijfel is getrokken.

Met betrekking tot de machtspositie legt UBC een diagram over waaruit blijkt dat zij geen machtspositie bezit in de produktie- en bevoorradingsfase. Ten aanzien van de verkopen in de relevante markt, stelt zij met nadruk de omvang van het aanbod niet te kunnen controleren, omdat meer dan de helft van de verkochte bananen door derden wordt aangeboden. Hoe gevoelig het aanbod is, blijkt uit het feit dat juist vanwege de overproduktie kleine verschillen in het aanbod aanzienlijke prijsverschillen veroorzaken. Wat de distributiekanalen betreft, zet UBC uiteen dat de meeste distributeurs/rijpers aan wie zij regelmatig levert, ook bij de concurrentie inkopen; de antwoorden van de Commissie op dit punt zijn veel te algemeen. De kracht van de mededinging blijkt uit het feit dat ook nieuwe concurrenten tot de markt kunnen doordringen; de aan het Hof voorgelegde cijfers tonen dit aan. Deze concurrenten nu zijn op wereldniveau even — of bijna even — machtig als UBC en hebben hun concurrentiekracht bewezen in de voor UBC vaak nadelig verlopen prijzenoorlog. In zo'n mededingingssituatie is een machtspositie overeenkomstig de daarvan in het arrest-EMI (Jurispr. 1976, blz. 849/850) gegeven omschrijving onmogelijk. Bovendien zijn bepaalde klanten, zoals Scipio en enkele kleinere, sterk genoeg om een eventuele machtspositie van de leverancier aan te tasten. Afgaande op documenten van de FAO, de Unctad en sommige regeringen, die in de processtukken zijn genoemd, heeft dit tot gevolg dat het marktaandeel van UBC kleiner

wordt; tegelijkertijd valt blijkens een door UBC geproduceerde grafiek een prijsdaling voor Chiquita-bananen te constateren. Andere grafieken tonen aan dat de prijsschommelingen van de verschillende bananenmerken vergeleken met andere verse vruchten die op de markt worden aangeboden, zeer reëel zijn; zij bewijzen dat er een samenhang bestaat tussen de verkopen van produkten die feitelijk sterk met elkaar concurreren. Wanneer men al deze factoren alsmede de prijsstijging van de voor het transport benodigde aardolieprodukten in aanmerking neemt, dan resulteert deze situatie voor UBC in een zeer gevoelig verlies in 1974. Het is dus nogal paradoxaal dat de Commissie juist dat jaar genomen heeft als referentietijdvak om buitensporige winsten aan te tonen, terwijl ook het in dat jaar gevoerde economische beleid op korte termijn de reden was voor zeer lage prijzen. In elk geval toont alleen al dit voorbeeld aan dat er geen machtspositie bestaat.

Met betrekking tot haar marktaandeel herhaalt UBC haar schriftelijk aangevoerde argumenten, maar zij ontleent nieuwe argumenten aan de antwoorden die de Commissie op de vragen van het Hof heeft gegeven en die zij vergelijkt met eerdere verklaringen van de Commissie. De concurrentie is sterk en vrij en het is duidelijk dat op een dergelijke concurrerende markt een machtspositie niet zou zijn te handhaven.

Ten aanzien van de haar verweten misbruiken komt UBC terug op het argument van de Commissie betreffende discriminerende prijzen, dat is gebaseerd op een vergelijking van de prijzen for af Bremerhaven en Rotterdam. UBC wijst er in de eerste plaats op dat 53 % van haar verkopen in de relevante markt bestemd zijn voor Scipio, die fob koopt en wiens afnemers buiten de berekening moeten worden gehouden. Bij de overige verkopen werden prijzen toegepast welke de markt, dat wil zeggen de vraag, mogelijk maakte.

UBC produceert een stuk met een lange reeks van prijsverlagingen in de laatste vijf jaar, die zijn doorgevoerd wanneer het grote aanbod ze noodzakelijk maakte. Er kan geen discriminatie zijn als de verkoper gedwongen is zich aan de marktprijzen aan te passen.

Het verwijt betreffende de te hoge prijzen moet worden gezien in het licht van de documenten waaruit blijkt dat UBC op bepaalde nomenten ernstige verliezen heeft geleden. Hoe kan de prijs van een uiterst bederfelijk produkt dat tegen betrekkelijk lage prijzen wordt verkocht, te hoog zijn wanneer die zogenaamd te hoge prijs niet overal nauwkeurig vergelijkbaar is? UBC voert drie specifieke argumenten aan tegen de redenering van de Commissie: de inhoud van de brief betreffende de Ierse markt is na afsluiting van de geconsolideerde jaarrekening weerlegd. Ten deze leze men de vertrouwelijke bijlagen bij het beroepschrift, betreffende het op die markt blijkens grondige analyse geboekte verlies; het prijsverschil tussen Chiquita-bananen en ongemerkte bananen berust op een verschil in kwaliteit, ongemerkte bananen (15 % van de produktie) zijn maar een bijprodukt (5 % kan als uitschot worden beschouwd), zoals ook het geval is op de markt van alle verse vruchten, waar men verschillende „klassen" of „categoriëen" kent; het prijsverschil tussen Chiquita-bananen en andere merkbananen is naar gelang van het tijdstip 5 tot 10 % en berust op een verschil in kwaliteit.

De hoogste prijzen die in bepaalde sectoren van de relevante markt worden toegepast, worden bepaald door het spel van vraag en aanbod, dat des te vrijer is omdat de bananenmarkt niet door een „gemeenschappelijke marktordening" is geregeld. UBC heeft al een poging tot rationalisering gedaan door per land

een enkele prijs vast te stellen, en zij tracht aan te tonen dat dit beleid op de bananenmarkt reeds tot verliezen heeft geleid, niet voor de tussenhandel, maar voor de leverancier. In elk geval zou de door de Commissie gewenste prijsverlaging UBC noodzaken beneden de prijs van de concurrenten te verkopen; dit is onredelijk, want op een vrije markt moet de prijs in overeenstemming met de marktomstandigheden worden bepaald; de Commissie is zich zozeer bewust van de problemen die haar standpunt meebrengt, dat zij alleen maar een suggestie heeft gedaan.

Met betrekking tot het verkoopverbod voor groene bananen werkt UBC haar schriftelijk voorgedragen argumenten verder uit. Zij beklemtoont dat er geen verband kan bestaan tussen die clausule en de eventueel te hoge prijzen; zij heeft immers aangetoond dat die prijzen voortvloeien uit de wet van vraag en aanbod.

Wat ten slotte de verkoopweigering betreft, beklemtoont UBC dat men de affaire-Olesen niet kan vergelijken met de monopoliepositie die in de zaak-Commercial Solvents kon worden geconstateerd. Verder wijst zij erop dat zij geen contracten op lange termijn met Olesen had afgesloten, dat zij moeilijkheden met Olesen had gehad en dat zij Olesen tot aan het moment van de breuk steeds correct heeft behandeld. Bovendien heeft Olesen geen onoverkomelijke moeilijkheden ondervonden.

In verband met haar verzoek om schadevergoeding voert UBC nog aan dat de Commissie de grenzen van een „normale en redelijke uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid" heeft overschreden, met name bij de vervulling van een „quasi-rechterlijke taak".

De *Commissie* gaat nader in op de meeste argumenten die zij schriftelijk heeft voorgedragen.

Zo verwerpt zij met betrekking tot de machtspositie het argument dat UBC ontleent aan de persoonlijke opvatting van een FAO-functionaris betreffende de relevante markt. Blijkens de opvatting in de verschillende rechtsstelsels behoeven de percentages die kenmerkend zijn voor een machtspositie, niet per se het bestaan van een monopolie aan te tonen; wat de machtspositie betreft, wordt niet serieus betwist dat UBC een marktaandeel heeft van 40 %. Bovendien behoeft het bestaan van een machtspositie niet noodzakelijkerwijze door een bepaald prijsniveau te worden bewezen; het bewijs ervan kan ook worden geleverd door de greep die de bezitter van de machtspositie op de markt heeft.

De Commissie herhaalt haar argumenten betreffende de prijsdiscriminaties en meent te hebben bewezen dat er van discriminatie sprake is wanneer hetzelfde produkt op dezelfde plaats tegen verschillende prijzen wordt verkocht.

UBC's weigering om aan Olesen te verkopen, is al beschreven, maar de Commissie beklemtoont het feit dat UBC zich het recht toekent op deze merkwaardige manier te „verlangen" dat voor haar produkten minstens even veel reclame wordt gemaakt als voor die van haar concurrenten.

Met betrekking tot het verkoopverbod voor groene bananen herinnert de Commissie eraan dat deze clausule moet worden beoordeeld in de vorm die vóór de beschikking van de Commissie gold, en in de betekenis die UBC's doel het best diende.

Wat de discriminerende prijzen betreft, stelt de Commissie vast dat UBC prijsverschillen in een orde van grootte van 10-50 % in sommige weken heeft toegegeven, ook al zouden die dan tijdelijk zijn geweest; dit is voldoende om een inbreuk op artikel 86 op te leveren. Wat de Commissie verlangt, is geenszins een prijscontrole en evenmin gelijke prijzen voor alle verkopen.

De onbillijke prijzen dient men te zien op het niveau van de consument. Ook al zijn de Ierse prijzen voor UBC in het algemeen en ondanks enkele lichte verliezen kostendekkend, de reeds aangetoonde discriminatie bewijst niettemin dat er onbillijke prijzen zijn toegepast; dit is wat het Verdrag betreft voldoende, want daarin wordt niet over onbillijke winsten gesproken.

Ten slotte gaat de Commissie in op de antwoorden die UBC op de vragen van het Hof heeft gegeven, en vestigt de aandacht op de bron van de genoemde cijfers en inzonderheid op de door bepaalde internationale organisaties verstrekte gegevens. Zij beklemtoont dat de recente verwijzing naar kortingen en terugwerkende prijsverlagingen niet op het juiste moment heeft plaatsgevonden.

UBC en de Commissie hebben een aantal vragen van de rechters en de advocaat-generaal beantwoord.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 8 november 1977 conclusie genomen.

Ten aanzien van het recht

1 Overwegende dat de vennootschap United Brands Company te New York (na te noemen UBC) en haar vertegenwoordigster, de besloten vennootschap United Brands Continentaal te Rotterdam (na te noemen UBCBV) bij beroepschrift, ingeschreven ter griffie van het Hof op 15 maart 1976, hebben verzocht om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 17 december 1975, gepubliceerd in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, nr. L 95 van 9 april 1976, blz. 1 (de verwijzingen in dit arrest hebben betrekking op deze publikatie);

2 dat om praktische redenen de twee verzoeksters hierna met de ene afkorting UBC zullen worden aangeduid;

3 Overwegende dat in artikel 1 van de beschikking wordt vastgesteld dat UBC de volgende inbreuken heeft gepleegd op artikel 86 EEG-Verdrag:

a) zij heeft haar dealers/rijpers die gevestigd zijn in de BLEU, Denemarken, Ierland, Nederland en Duitsland, verplicht geen bananen van UBC in groene staat door te verkopen;

b) zij heeft voor haar verkopen van Chiquita-bananen ten opzichte van haar handelspartners en met name van haar dealers/rijpers in de bovengenoemde Lid-Staten — met uitzondering van de Scipio-groep — ongelijke prijzen toegepast bij gelijkwaardige prestaties;

c) zij heeft voor haar verkopen van Chiquita-bananen aan haar klanten die in de BLEU, in Nederland, in Duitsland (met uitzondering van de Scipio-groep en in Denemarken zijn gevestigd, onbillijke verkoopprijzen toegepast;

d) zij heeft haar leveranties van Chiquita-bananen aan de vennootschap Th. Olesen te Valby, Kopenhagen (na te noemen: Olesen), van 10 oktober 1973 tot 11 februari 1975 gestaakt;

4 dat wegens de in artikel 1 vastgestelde overtredingen UBC bij artikel 2 een boete wordt opgelegd van een miljoen rekeneenheden;

5 dat UBC bij artikel 3 wordt verplicht:

a) onmiddellijk aan de in artikel 1 vastgestelde inbreuken een einde te maken, voor zover zij zulks niet reeds uit eigen beweging heeft gedaan;

b) en daartoe met name om:

— zonder verwijl, de opheffing van het verbod bananen in groene staat door te verkopen mede te delen aan al haar dealers/rijpers, die in Duitsland, Denemarken, Ierland, Nederland en de BLEU gevestigd zijn, en dit feit aan de Commissie ter kennis te brengen voor 1 februari 1976;

— aan de Commissie twee maal per jaar — uiterlijk op 20 januari en 20 juli, en voor de eerste maal op 20 april 1976 — gedurende een periode van twee jaar de prijzen mede te delen welke in het voorafgaande halfjaar werden berekend aan haar klanten die in Duitsland, Denemarken, Ierland, Nederland en de BLEU gevestigd zijn;

6 Overwegende dat UBC beroep heeft ingesteld, primair tot nietigverklaring van de beschikking van 17 december 1975 en veroordeling van de Commissie tot betaling van één rekeneenheid als vergoeding van morele schade, en subsidiair, zo de beschikking in stand wordt gelaten, tot intrekking dan wel verlaging van de boete;

7 dat zij ter staving van haar conclusies acht middelen aanvoert:

1. zij betwist de analyse van de Commissie betreffende de relevante markt, zowel de produktmarkt als de geografische markt;

2. zij ontkent in de relevante markt een machtspositie te bezitten in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag;

3. zij houdt de clausule betreffende de doorverkoop van groene bananen voor gerechtvaardigd met het oog op de vereiste kwaliteit van het produkt bij de verkoop aan de consument;

4. zij tracht aan de tonen dat de weigering om aan Olesen te leveren, gerechtvaardigd was;

5. zij meent geen discriminerende prijzen te hebben toegepast;

6. zij meent geen onbillijke prijzen te hebben toegepast;

7. zij klaagt over het onregelmatig verloop van de administratieve procedure;

8. zij betwist de oplegging van een boete en verzoekt subsidiair om verlaging ervan;

8 Overwegende dat UBC na het beroep te hebben ingesteld, bij afzonderlijke akte van 18 maart 1976 krachtens artikel 185 EEG-Verdrag de President van het Hof in kort geding heeft verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 3, sub a en sub b, eerste streepje, van de beschikking totdat het Hof uitspraak zou hebben gedaan op het beroep tot nietigverklaring;

9 dat de president bij beschikking van 5 april 1976 partijen akte heeft verleend van hun verklaringen inzake de clausule betreffende de doorverkoop van groene bananen en heeft bepaald dat:

„de tenuitvoerlegging van artikel 3, sub a en sub b, eerste streepje, van de beschikking van de Commissie van 17 december 1975 (IV/26.699) tot de uitspraak ten gronde in zaak 27/76 wordt opgeschort, voor zover verzoeksters niet reeds uit eigen beweging een eind hebben gemaakt aan de door de Commissie in artikel 1 dier beschikking gewraakte gedragingen.";

Hoofdstuk I — Het bestaan van een machtspositie

Afdeling 1 — De relevante markt

10 Overwegende dat om vast te stellen of UBC een machtspositie op de bananenmarkt bezit, het dienstig is deze markt zowel met betrekking tot het produkt als geografisch te omschrijven;

11 dat bij de toetsing van de concurrentiemogelijkheden aan artikel 86 rekening moet worden gehouden met de bijzondere kenmerken van het betrokken produkt en verband moet worden gelegd met een duidelijk omschreven geografisch gebied waarin het in de handel wordt gebracht en waar de mededingingssituatie voldoende homogeen is om de invloed van de economische macht van de betrokken onderneming te kunnen beoordelen;

§ 1. De produktmarkt

12 Overwegende ten aanzien van de produktmarkt, dat vooreerst moet worden onderzocht of, zoals UBC betoogt, de bananen tot de markt van verse vruchten behoren aangezien zij voor de consumenten redelijkerwijze vervangbaar zijn door andere soorten verse vruchten zoals appels, sinaasappels, druiven, perziken, aardbeien enz., dan wel of als relevante markt uitsluitend de bananenmarkt zelf moet worden beschouwd, waartoe dan zowel gemerkte als ongemerkte bananen zouden behoren en die een voldoende homogene en van die van andere verse vruchten onderscheiden markt zou vormen;

13 Overwegende dat UBC ter staving van haar zienswijze betoogt dat bananen met andere verse vruchten concurreren omdat zij in dezelfde winkels, in dezelfde uitstallingen en tegen vergelijkbare prijzen worden aangeboden en in dezelfde behoefte voorzien, namelijk consumptie na de maaltijd of tussen de maaltijden door;

14 dat de overgelegde statistische gegevens zouden aantonen dat de consumenten van juni tot september, wanneer binnenlands fruit in overvloed op de markt komt, het minste geld aan bananen besteden;

15 dat onderzoeken van de voedsel- en landbouworganisatie FAO (met name van 1975) zouden bevestigen dat de bananenprijzen in de zomermaanden betrekkelijk laag zijn en dat bij voorbeeld de appelprijzen een statistisch significante invloed hebben op het verbruik van bananen in de Bondsrepubliek Duitsland;

16 dat volgens diezelfde onderzoeken tegen het eind van het jaar, in het „sinaasappelseizoen", een lichte prijsdaling waarneembaar is;

17 dat het ruime aanbod van andere verse vruchten in bepaalde seizoenen dus niet slechts de prijzen van de bananen zou beïnvloeden, maar ook het volume van de afzet en bijgevolg dat van de invoer;

18 dat UBC uit het voorgaande de conclusie trekt dat bananen en andere verse vruchten één enkele markt vormen en dat de beoordeling van haar gedrag, met het oog op de eventuele toepassing van artikel 86 EEG-Verdrag, in dat kader had moeten plaatsvinden;

19 Overwegende dat volgens de Commissie de vraag naar bananen los staat van die naar andere verse vruchten, inzonderheid omdat de banaan een belangrijk element is van de voeding van bepaalde bevolkingsgroepen;

20 dat de bijzondere eigenschappen van de banaan een rol zouden spelen bij de beslissing van de consument en deze ervan weerhouden ze geheel of grotendeels door andere vruchten te vervangen;

21 dat de Commissie uit de door UBC aangehaalde marktonderzoeken concludeert dat de prijzen en de beschikbare hoeveelheden van andere vruchten slechts een zeer geringe invloed uitoefenen op de prijzen en het aanbod van bananen in de relevante markt, en dat die invloed in de tijd veel te beperkt is, veel te zwak en veel te weinig algemeen om daaruit te kunnen concluderen dat de andere vruchten als substitutieprodukten deel zouden uitmaken van dezelfde markt als de bananen;

22 Overwegende dat de banaan, om als produkt van een voldoende gedifferentieerde markt te kunnen gelden, zich op grond van haar bijzondere kwaliteiten dermate duidelijk van andere verse vruchten moet onderscheiden, dat vervanging door die andere vruchten slechts in beperkte mate mogelijk is en de concurrentie ervan nauwelijks bemerkbaar;

23 Overwegende dat het rijpen van bananen het gehele jaar door en ongeacht het seizoen plaatsvindt;

24 dat de produktie het gehele jaar groter is dan de vraag en hieraan te allen tijde kan voldoen;

25 dat deze karakteristiek de banaan het voordeel geeft dat de produktie en commercialisatie ervan kan worden aangepast aan het bekende en berekenbare, per seizoen wisselende aanbod van andere verse vruchten;

26 dat er zich geen onvermijdelijke substitutie in bepaalde seizoenen voordoet, omdat de consument het hele jaar door bananen kan kopen;

27 dat wegens dit te allen tijde voldoende aanbod, bij de vraag of de banaan door andere verse vruchten kan worden vervangen en in hoeverre zij met die andere vruchten concurreert, de situatie gedurende het gehele jaar in aanmerking moet worden genomen;

28 dat blijkens de bij het dossier gevoegde studies de bananenmarkt evenmin een significante kruislingse elasticiteit op lange termijn vertoont als — zoals gezegd — een seizoengebonden vervangbaarheid in het algemeen tussen bananen en seizoenvruchten, daar deze zich enkel voordoet bij bananen en twee soorten vruchten (perziken en tafeldruiven) in één van de landen (Duitsland) van de relevante geografische markt;

29 dat wat de twee vruchten betreft die het gehele jaar door beschikbaar zijn (sinaasappels en appels), zich bij de eerste geen vervanging voordoet en bij de tweede slechts een geringe substitueerbaarheid bestaat;

30 dat deze beperkte substitueerbaarheid het gevolg is van de bijzondere eigenschappen van de banaan en van alle factoren die de keuze van de consument beïnvloeden;

31 dat de banaan door haar uiterlijk, smaak en zachtheid alsmede doordat zij geen pitten bevat, gemakkelijk handelbaar is en in gelijkmatige hoeveelheden wordt geproduceerd, kan voorzien in de constante behoeften van een grote bevolkingsgroep bestaande uit kinderen, ouderen en zieken;

32 dat wat de prijzen betreft, door twee FAO-onderzoeken is aangetoond dat de bananenprijs enkel in de zomermaanden, en voornamelijk in juli, met ma-

ximaal 20 % daalt onder invloed van de dan lage prijzen van andere vruchten, namelijk perziken en tafeldruiven;

33 dat weliswaar de banaan in die maanden en gedurende enkele weken aan het eind van het jaar ontegenzeglijk de concurrentie van andere vruchten ondervindt, doch de omstandigheid dat het volume van de invoer en het aanbod in de relevante geografische markt gemakkelijk kan worden bijgesteld, maakt dat die concurrentie uiterst zwak is en de bananenprijs zich zonder grote problemen aan die situatie van overvloed laat aanpassen;

34 dat blijkens het voorgaande een grote groep van consumenten met een blijvende behoefte aan bananen zich door het feit dat andere verse vruchten op de markt verschijnen, niet in belangrijke of zelfs maar merkbare mate ervan laat weerhouden bananen te kopen, en ook de seizoenspieken slechts een vrij kortstondige en, wat de substitueerbaarheid betreft, zeer beperkte invloed hebben;

35 dat hieruit volgt dat de bananenmarkt een markt is die zich voldoende onderscheidt van die van andere verse vruchten;

§ 2. De geografische markt

36 Overwegende dat de Commissie het gebied bestaande uit de Bondsrepubliek Duitsland, Denemarken, Nederland en de BLEU, beschouwt als de geografische markt waar moet worden onderzocht of UBC er een daadwerkelijke concurrentie kan verhinderen;

37 dat volgens de Commissie de economische omstandigheden in dit deel van de Gemeenschap de bananenimporteurs/distributeurs in staat stellen hun produkten normaal in de handel te brengen, zonder dat er voor UBC belangrijke economische hinderpalen bestaan vergeleken met andere importeurs/ distributeurs;

38 dat daarentegen de andere Lid-Staten van de Gemeenschap (Frankrijk, Italië en het Verenigd Koninkrijk) ondanks het feit dat UBC daar in belangrijke mate aanwezig is, buiten de geografische omschrijving van de markt dienen te vallen, zulks vanwege de in die Staten geldende invoerregelingen met de daaruit voortvloeiende bijzondere situaties met betrekking tot de commercialisatievoorwaarden en de kenmerken van de aldaar verkochte bananen;

39 Overwegende dat volgens UBC de geografische markt waarop de economische en commerciële macht van een onderneming wordt beoordeeld, enkel gebieden met homogene concurrentievoorwaarden mag omvatten;

40 dat weliswaar de Commissie Frankrijk, Italië en het Verenigd Koninkrijk terecht niet tot die markt rekent, doch niettemin zou hebben verzuimd de verschillen in de concurrentievoorwaarden in de andere Lid-Staten in aanmerking te nemen, welke verschillen haar met betrekking tot deze landen tot dezelfde conclusie hadden moeten brengen als bij de eerder genoemde drie;

41 dat immers in de betrokken Lid-Staten drie wezenlijk verschillende invoerregimes van toepassing zijn: in Duitsland een nul-tarief voor een bananencontingent dat de behoeften van dit land nagenoeg dekt, in Ierland en Denemarken een overgangstarief, en in de Benelux het gemeenschappelijk buitentarief van 20 %;

42 dat de Commissie evenmin oog zou hebben gehad voor de gewoonten van de consumenten in elke Lid-Staat (het jaarverbruik van vers fruit per hoofd van de bevolking is in Duitsland 2,5 maal zo groot als in Ierland en twee maal zo groot als in Denemarken), voor de verschillende handelsstructuur en concentratiegraad en voor monetaire verschillen;

43 dat UBC uit al deze factoren de conclusie trekt dat de geografische markt waarop de Commissie doelt, gebieden omvat met zulke uiteenlopende mededingingssituaties, dat zij niet als één enkele markt kunnen worden beschouwd;

44 Overwegende dat de toepassing van artikel 86 op een onderneming met een machtspositie onder meer een duidelijke omschrijving onderstelt van het wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, waar die onderneming eventueel in staat is op onrechtmatige wijze een daadwerkelijke mededinging te verhinderen, en waar de objectieve mededingingsvoorwaarden voor het betrokken produkt voor alle handelaren gelijk moeten zijn;

45 dat de Gemeenschap geen gemeenschappelijke marktordening in de sector bananen heeft ingesteld;

46 dat dientengevolge de invoerregelingen van de verschillende landen grote verschillen vertonen die een uitvloeisel zijn van de eigen handelspolitiek van elk dier Lid-Staten;

47 dat bij voorbeeld de doorstroming op de Franse markt door de nationale ordening wordt geblokkeerd, enerzijds door een bijzondere invoerregeling en anderzijds door een van overheidswege gecontroleerde kleinhandelsprijs;

48 dat, nog afgezien van een jaarlijks vastgestelde richtprijs („prix objectif") en voorschriften betreffende verpakking, kwaliteitsklassen en minimum kwaliteit, deze markt bovendien voor 2/3 is gereserveerd voor de produktie van de overzeese departementen en voor 1/3 voor die van bepaalde landen (Ivoorkust, Madagascar, Kameroen) waarvan de bananen op grond van preferenties vrij van rechten kunnen worden ingevoerd, terwijl het beheer van dit stelsel is opgedragen aan het „Comité Interprofessionnel Bananier" (CIB);

49 dat op de markt van het Verenigd Koninkrijk een stelsel van „Commonwealth preferences" bestaat, dat met name wordt gekenmerkt door het handhaven van een produktieniveau dat gunstig is voor de tot het Gemenebest behorende ontwikkelingslanden, en door een aan de producentenverenigingen betaalde prijs die rechtstreeks aan de verkoopprijs van groene bananen in het Verenigd Koninkrijk is gekoppeld;

50 dat op de Italiaanse markt, na de afschaffing in 1965 van het staatshandelsmonopolie voor bananen, een nationaal contingenteringsstelsel is ingevoerd, waarbij het ministerie van koopvaardij en het nationaal deviezenbureau toezicht houden op de invoer en op de charterovereenkomsten met betrekking tot buitenlandse bananenschepen;

51 dat ten gevolge van deze nationale ordeningen de bananen van UBC op die markten niet op voet van gelijkheid kunnen concurreren met de andere aldaar verkochte bananen, die onder preferentiële regelingen vallen, zodat die drie nationale markten door de Commissie terecht niet tot de in aanmerking te nemen geografische markt zijn gerekend;

52 dat daarentegen de zes overige Lid-Staten ondanks de verschillende tariefbepalingen en de uiteenlopende, doch niet discriminatoire vervoerskosten volkomen vrije markten vormen, waar de mededingingsvoorwaarden voor eenieder gelijk zijn;

53 dat deze zes Staten, voor wat de mogelijkheid van vrije concurrentie betreft, voldoende homogeen zijn om als één geheel te worden beschouwd;

54 dat UBC de commercialisatie van haar produkten organiseert vanuit haar vestiging te Rotterdam (UBCBV), die met het oog daarop de enige centrale is voor heel dat gedeelte van de Gemeenschap;

55 dat de vervoerskosten geen werkelijke belemmering vormen voor het distributiebeleid van UBC, dat erin bestaat in de beide lossingshavens Rotterdam en Bremerhaven for te verkopen;

56 dat deze factoren tot gevolg hebben dat de relevante markt een eenheid vormt;

57 dat uit dit alles volgt dat de geografische markt, zoals deze door de Commissie is omschreven en die een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt is, moet worden beschouwd als de relevante markt bij de beoordeling van een eventuele machtspositie van UBC;

Afdeling 2 — UBC's positie op de relevante markt

58 Overwegende dat de Commissie UBC een machtspositie op de relevante markt toeschrijft, zulks op grond van een aantal factoren die door hun onderlinge wisselwerking UBC een onbetwistbare voorsprong op al haar concurrenten zouden geven: haar marktaandeel vergeleken met dat van haar concurrenten, het grote aantal verschillende bevoorradingsbronnen, de constante kwaliteit van haar produkt, de organisatie van de produktie en het transport, haar commercialisatiesysteem en reclamecampagnes, de diversificatie van haar activiteiten en ten slotte haar verticale integratie;

59 dat met het oog op al deze factoren de Commissie van mening is dat UBC een onderneming is in een machtspositie, met een globale onafhankelijkheid bij het bepalen van haar marktbeleid en in staat om in belangrijke mate een daadwerkelijke mededinging te verhinderen van concurrenten die zich dezelfde voordelen eventueel eerst na langdurige grote inspanningen zouden kunnen verschaffen — een vooruitzicht dat, vooral nu pogingen daartoe reeds herhaaldelijk hebben gefaald, hen weinig stimuleert die weg in te slaan;

60 Overwegende dat UBC deze conclusie betwist en stelt dat zij op een onbewezen bewering berust;

61 dat zij verklaart op het gebied van prijzen, kwaliteit en dienstverlening eerlijk te concurreren;

62 dat volgens UBC een objectieve beoordeling van haar marktaandeel, de bevoorradingsmogelijkheden, de „agressieve" concurrentie van de andere ondernemingen, hun middelen, methoden en integratieniveau, de betrekkelijke vrijheid van de rijpers/distributeurs, het doordringen van nieuwe concurrenten op de markt, de sterkte en de grootte van bepaalde afnemers, de lage en nog voortdurend dalende bananenprijzen, de verliezen die zij de laatste vijf jaar heeft geleden, bij een juiste analyse tot de conclusie zou moeten leiden dat zij noch in haar structuur noch in haar gedragingen de kenmerken vertoont van een onderneming met een machtspositie in de relevante markt;

63 Overwegende dat artikel 86 de uitwerking is van de algemene doelstelling waarvan de verwezenlijking bij artikel 3, sub f, EEG-Verdrag aan de Gemeenschap is opgedragen: de invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst;

64 dat dit artikel de ondernemingen verbiedt misbruik te maken van een machtspositie in een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, voor zover daardoor de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan worden beïnvloed;

65 dat de in dit artikel bedoelde machtspositie betrekking heeft op een economische machtspositie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen;

66 dat in het algemeen een machtspositie ontstaat door de combinatie van verscheidene factoren, die elk afzonderlijk niet per se beslissend behoeven te zijn;

67 Overwegende dat het onderzoek van de vraag of UBC het karakter heeft van een onderneming met een machtspositie in de relevante markt, zich allereerst dient bezig te houden met de structuur van die markt en vervolgens met de daar heersende concurrentieverhoudingen;

68 dat het daarbij nuttig kan zijn zonodig feiten in aanmerking te nemen waarvan is gesteld dat zij misbruiken zijn; zonder deze evenwel noodzakelijkerwijze als zodanig te moeten kwalificeren;

§ 1. De structuur van UBC

69 Overwegende dat achtereenvolgens moeten worden onderzocht de middelen en methoden van UBC bij de produktie, het verpakken, het vervoer, de verkoop en de presentatie van haar produkt;

70 dat UBC een onderneming is met een zeer ver doorgevoerde verticale integratie;

71 dat deze integratie tot uiting komt in elke handelsfase, van de plantage tot de belading van de wagons of de vrachtwagens in de lossingshavens, en dat UBC ook daarna middels een uitgebreid net van agenten nog toezicht houdt op het rijpen en de verkoopprijzen bij de rijpers/distributeurs en de groothandelaars;

72 Overwegende dat wat het produktiestadium betreft, UBC eigenaar is van uitgestrekte plantages in Centraal- en Zuid-Amerika;

73 dat wanneer haar eigen produktie niet toereikend is, UBC zich zonder problemen bij onafhankelijke planters kan bevoorraden, aangezien vaststaat dat, buitengewone omstandigheden daargelaten, de produktie steeds een overschot vertoont;

74 dat tal van zelfstandige producenten bovendien aan UBC zijn gebonden door teeltcontracten en ertoe zijn overgegaan de hen door UBC geadviseerde bananenvariëteiten te telen;

75 dat het risico van bevoorradingstekorten ten gevolge van natuurrampen sterk is verminderd door de geografische spreiding van de plantages en de keuze van variëteiten die weinig gevoelig zijn voor ziekten;

76 dat dit duidelijk is gebleken uit de wijze waarop UBC de gevolgen van de wervelstorm „Fifi" in 1974 heeft kunnen opvangen;

77 dat in het stadium van de produktie UBC er dus zeker van is volledig aan de vraag te kunnen voldoen;

78 Overwegende dat wat het stadium van het verpakken en de presentatie betreft, UBC ter plaatse beschikt over fabrieken, arbeidskrachten, installaties en materiaal, zodat zij zelf de behandeling van het produkt kan verzorgen;

79 dat de bananen met eigen middelen, waaronder spoorwegen, van de plaats van produktie naar de verschepingshavens worden vervoerd;

80 Overwegende dat wat het vervoer overzee betreft, is erkend dat UBC als enige onderneming van haar soort in staat is tweederde van haar export met eigen bananenschepen te vervoeren;

81 dat UBC er dus zeker van is regelmatig, zonder risico voor stilliggen van haar eigen schepen en ongeacht de marktomstandigheden, tweederde van haar gemiddeld verkoopvolume te kunnen transporteren, en als enige voor drie regelmatige aankomsten in Europa kan zorgen, hetgeen een waarborg vormt voor haar commerciële stabiliteit en welvaren;

82 Overwegende dat UBC, wat haar technische kennis betreft, er dankzij voortdurend onderzoek in slaagt de produktiviteit en de opbrengst van haar plantages steeds weer te vergroten door verbetering van de bodem en het ontwateringssysteem en door een doeltreffende bestrijding van plantenziekten;

83 dat zij nieuwe rijpingsmethoden heeft ontwikkeld waaromtrent de rijpers/distributeurs van Chiquita-bananen door UBC's technici worden geïnstrueerd;

84 dat ook deze factor van belang is bij de beoordeling van UBC's positie, daar de concurrerende ondernemingen niet in staat zijn onderzoekactiviteiten op vergelijkbare schaal te ontplooien en in dit opzicht een achterstand hebben ten opzichte van UBC;

85 Overwegende dat wat de afwerking van het produkt en de kwaliteitscontrole betreft, wordt erkend dat UBC niet slechts toezicht uitoefent bij de rijpers/distributeurs die haar rechtstreekse afnemers zijn, maar ook bij degenen die voor rekening van haar grote klanten, zoals de Scipio- groep, werken;

86 dat ook als het verbod tot doorverkoop van groene bananen enkel bedoeld zou zijn om een strenge kwaliteitscontrole mogelijk te maken, het UBC in feite de absolute controle verschaft over de gehele handel in haar produkt zolang dit zich nog in de groothandelsfase bevindt, dat wil zeggen tot het begin van het rijpingsproces, dat een snelle verkoop onvermijdelijk maakt;

87 dat deze algemene controle op de kwaliteit van een homogeen produkt een doeltreffende reclame voor het merk mogelijk maakt;

88 Overwegende dat UBC haar algemene politiek in de relevante markt sinds 1967 op de kwaliteit van haar bananen van het merk Chiquita heeft gebaseerd;

89 dat die politiek UBC stellig de controle verschaft op de verwerking van het produkt tot voor consumptie geschikte bananen, op een tijdstip waarop dat produkt voor het grootste deel niet meer haar eigendom is;

90 dat die politiek is gebaseerd op een grondige reorganisatie van de produktie, het verpakken, het vervoer, het rijpen (nieuwe installaties met ventilatie- en koelapparatuur) en de commercialisatie (een netwerk van agenten);

91 dat UBC haar produkt heeft weten te individualiseren door herhaalde omvangrijke reclame- en verkoopbevorderingscampagnes die bij de consument een voorkeur voor dat produkt hebben aangekweekt, zulks ondanks het prijsverschil van 30-40 % tussen gemerkte en ongemerkte bananen en van 7 tot 10 % tussen Chiquita-bananen en bananen van andere merken;

92 dat zij als eerste de mogelijkheden die het etiketteren in de tropen voor reclame op grote schaal biedt, ten volle heeft aangegrepen hetgeen, zoals UBC zelf zegt, „een omwenteling in de commerciële exploitatie van de banaan heeft teweeg gebracht" (bijlage II a bij het beroepschrift, blz. 10);

93 dat zij dus een bevoorrechte positie heeft verworven door Chiquita tot het eerste bananenmerk ter wereld te maken, met het gevolg dat een distributeur het zich niet kan permitteren het merk Chiquita niet aan de consument aan te bieden;

94 Overwegende dat in het stadium van de verkoop deze produktdifferentiatie, die door de constante kwaliteit van de van dit merk voorziene bananen wordt gerechtvaardigd, UBC een vaste klantenkring verzekert, hetgeen de basis vormt van haar economische macht;

95 dat het feit dat haar verkoopnetten slechts een beperkt aantal afnemers omvatten — grote groepen en distributeurs/rijpers —, een eenvoudiger verkoopbeleid en besparingen door schaalvergroting mogelijk maakt;

96 dat UBC door haar bevoorradingsbeleid — een, ondanks de overproduktie, krappe en vaak onvolledige uitvoering van de bestellingen van Chiquita-bananen — in het verkoopstadium een sterke positie inneemt;

§ 2. De mededingingssituatie

97 Overwegende dat UBC de grootste bananengroep is, die in 1974 35 % van de bananenexport op de wereldmarkt voor haar rekening nam;

98 dat evenwel in casu enkel rekening moet worden gehouden met haar activiteiten in de relevante markt;

99 Overwegende dat wat deze markt betreft, partijen verdeeld zijn ten aanzien van de grootte van UBC's marktaandeel in de Bondsrepubliek Duitsland en van haar globaal marktaandeel in de gehele relevante markt;

100 Overwegende in de eerste plaats, dat UBC van haar globaal aandeel in de gehele relevante markt aftrekt het percentage van de Scipio-groep, die haar bananen fob in Centraal-Amerika koopt;

101 Overwegende evenwel dat dit percentage tot UBC's marktaandeel moet worden gerekend, aangezien Scipio nagenoeg uitsluitend Chiquita-bananen rijpt — waarvan het vervoer naar Europa door de vennootschap Sven Salèn wordt gecoördineerd — en zich onderwerpt aan de technische controle van UBC, dat er tussen de twee groepen leverings- en prijsovereenkomsten bestaan, dat Scipio zich houdt aan het verbod om Chiquita-bananen in groene staat door te verkopen en in een periode van 30 jaar nooit heeft geprobeerd zich onafhankelijk van UBC op te stellen;

102 dat er tussen Scipio en UBC werkovereenkomsten bestaan, dat zij gemeenschappelijke prijzenacties voeren en samenwerken bij de inrichting van verkooppunten en bij reclamecampagnes;

103 dat bovendien moet worden vastgesteld dat de door Scipio toegepaste verkoopprijzen dezelfde zijn als die van de andere rijpers welke door UBC worden bevoorraad;

104 dat UBC en Scipio dus niet met elkaar concurreren;

105 Overwegende in de tweede plaats dat het door de Commissie geschatte marktaandeel van UBC 45 % bedraagt;

106 dat echter volgens UBC dit aandeel in 1975 tot 41 % zou zijn geslonken;

107 Overwegende dat een ondernemer enkel een machtspositie op een bepaalde produktmarkt kan bezitten indien hij erin is geslaagd een niet onbelangrijk deel van die markt te veroveren;

108 Overwegende dat, zonder te treden in een discussie over percentages, die uiteraard bij benadering zijn vastgesteld, als vaststaand kan worden aangenomen dat het aandeel van UBC in de relevante markt in elk geval groter is dan 40 % en dicht bij 45 % ligt;

109 dat evenwel uit dit percentage niet kan worden geconcludeerd dat UBC automatisch de markt beheerst;

110 dat daarbij tevens de kracht en het aantal van de concurrenten in aanmerking moeten worden genomen;

111 Overwegende dat vooreerst moet worden vastgesteld dat in de gehele relevante markt dit percentage grosso modo een aandeel vertegenwoordigt dat verscheidene malen groter is dan dat van UBC's sterkste concurrent, Castle & Cooke, terwijl de overigen eerst op grote afstand volgen;

112 dat dit, tezamen met andere reeds vermelde factoren, kan gelden als een bewijs van de overheersende positie van UBC;

113 dat evenwel een onderneming niet elke mogelijkheid van concurrentie behoeft te hebben uitgeschakeld om een machtspositie te bezitten;

114 dat in het onderhavige geval verschillende malen een felle concurrentieslag is geleverd, bij voorbeeld in 1973, toen Castle & Cooke op de Deense en de Duitse markt een uitgebreide reclame- en verkoopbevorderingscampagne met verlaagde prijzen lanceerde;

115 dat terzelfdertijd Alba de prijzen verlaagde en reclamemateriaal ter beschikking stelde;

116 dat de firma Velleman & Tas in het jongste verleden een zo felle concurrentie heeft geleverd op de Nederlandse markt, dat de prijzen er daalden tot beneden het niveau van de Duitse markt, waar zij van oudsher het laagste zijn;

117 dat evenwel moet worden geconstateerd dat die ondernemingen ondanks hun inspanningen niet erin zijn geslaagd hun marktaandeel op de betwiste nationale markten belangrijk te vergroten;

118 dat erop zij gewezen dat die concurrentieslagen telkens van betrekkelijk korte duur waren en zich tot een gedeelte van de relevante markt beperkten;

119 dat moet worden vastgesteld dat UBC de plaatselijke aanvallen van sommige concurrenten, welke men gerust als „woest" kan betitelen, volledig heeft weten af te slaan, hetzij door haar prijzen tijdelijk aan te passen (zoals in Nederland, als antwoord op de uitdaging van Velleman & Tas), hetzij door indirect druk uit te oefenen op de tussenhandel;

120 dat wanneer men UBC's positie op elk der betrokken nationale markten beschouwt, men verder constateert dat — afgezien van Ierland — zij rechtstreeks en, wat Duitsland betreft, ook indirect via Scipio nagenoeg twee maal meer bananen verkoopt dan haar sterkste concurrent, en dat zelfs indien er nieuwe concurrenten verschijnen, haar prijzen niet merkbaar dalen;

121 dat UBC dankzij haar economische macht een soepele algemene strategie heeft kunnen ontwikkelen tegen nieuwe concurrenten die op de relevante markt voet aan de grond trachten te krijgen;

122 dat de belemmeringen voor concurrenten die op de markt willen doordringen, inzonderheid bestaan in de bijzonder grote investeringen welke voor de aanleg en het exploiteren van bananenplantages zijn vereist, in de noodzaak over vele bevoorradingsbronnen te beschikken om de risico's van plantenziekten en natuurrampen (wervelstormen, overstromingen) te verminderen, in het opzetten van de onmisbare en nauwsluitende organisatie voor het distribueren van een zeer bederfelijk produkt, in de besparingen voortvloeiende uit schaalvergroting, waarvan de nieuwkomer op de markt niet onmiddellijk kan profiteren, en in de eigenlijke aanloopkosten, onder meer bestaande in de algemene kosten die gemaakt moeten worden om op de markt door te dringen, zoals voor het oprichten van een geschikt verkoopnet en voor uitgebreide reclamecampagnes — alle kosten die niet kunnen worden terugverdiend als de poging faalt;

123 dat ofschoon UBC's opmerking, dat de concurrenten dezelfde produktie- en distributiemethoden kunnen aanwenden als zijzelf, dus juist is, zij niettemin op nagenoeg onoverkomelijke praktische en financiële hinderpalen stuiten;

124 dat ook dit een factor is welke kenmerkend is voor een machtspositie;

125 Overwegende evenwel dat UBC gewag maakt van verliezen welke haar bananendivisie zou hebben geleden in de jaren 1971 tot 1976 — toen de concurrentie winst maakte — en daaruit concludeert dat, waar het wezen van een machtspositie erin bestaat dat men de prijzen kan bepalen, het feit dat deze verliezen zijn geleden, het bestaan van een machtspositie weerlegt;

126 Overwegende dat de economische macht van een onderneming niet moet worden afgemeten aan haar rentabiliteit en dat een smalle winstmarge of zelfs tijdelijke verliezen niet onverenigbaar zijn met een machtspositie, juist zoals grote winsten zeer wel verenigbaar zijn met een situatie van daadwerkelijke concurrentie;

127 dat immers het feit dat UBC tijdelijk weinig of in het geheel geen winst heeft gemaakt, in het licht van al haar activiteiten moet worden beschouwd;

128 dat, welke ook de verliezen van UBC mogen zijn, meer belang moet worden gehecht aan het feit dat de klanten, ondanks UBC's hogere prijzen, meer waren bij haar blijven kopen, hetgeen kenmerkend is voor een machtspositie, en dat de vaststelling van dit feit in casu beslissend is;

129 dat aldus het cumulatieve effect van alle voordelen welke UBC geniet, haar een machtspositie in de relevante markt verschaft;

Hoofdstuk II — Het misbruik van de machtspositie

Afdeling 1 — De handelwijze tegenover de rijpers

§ 1. Het verbod tot doorverkoop van bananen in groene staat

130 Overwegende dat de Commissie van oordeel is dat UBC haar machtspositie tegenover de rijpers/distributeurs heeft misbruikt, in de eerste plaats door hen middels een clausule in haar algemene verkoopvoorwaarden te verbieden haar bananen in groene staat door te verkopen;

131 dat zij voorts erop wijst dat UBC van haar rijpers/distributeurs ook had verlangd dat zij, zolang zij als distributeurs van UBC-bananen optraden, geen andere dan door UBC geleverde bananen zouden verkopen en geen UBC-bananen aan concurrerende rijpers of aan buitenlandse handelaars zouden doorverkopen, waarbij zij hen verzekerde dezelfde eis aan de andere buitenlandse rijpers/distributeurs te hebben gesteld;

132 dat UBC tot deze praktijk was overgegaan in 1967, bij de introductie in Europa van de nieuwe bananenvariëteit „Cavendish Valery" onder het merk „Chiquita", welke de plaats moest innemen van de „Gros Michel"-bananen bekend onder het merk „Fyffes";

133 dat het verbod tot doorverkoop van groene bananen, ofschoon niet steeds schriftelijk vastgelegd, vanaf 1967 in alle tot de relevante markt behorende staten strikt was toegepast op alle importeurs/rijpers/distributeurs van UBC, met inbegrip van de Scipio-groep;

134 dat de gevolgen van dit verbod in december 1973 aan de dag waren getreden naar aanleiding van UBC's verkoopweigering jegens de Deense firma Olesen, wier verzoek om levering van groene bananen door alle distributeurs, inclusief de Scipio-groep, werd afgewezen;

135 dat naast het feit dat dit verbod indirect zou bijdragen tot de versterking en bevestiging van UBC's machtspositie, het de handel in al dan niet gemerkte groene UBC-bananen zowel binnen één staat als tussen de verschillende Lid-Staten nagenoeg onmogelijk maakte en aldus een zelfde werking had als een uitvoerverbod;

136 dat het effect van deze clausule nog zou worden versterkt door UBC's politiek om haar klanten steeds minder bananen te leveren dan zij hadden besteld, waardoor hun elke kans om het tussen de staten bestaande prijsverschil door concurrerende activiteiten uit te buiten, werd ontnomen en zij werden vastgelegd op hun rol van rijpers;

137 dat — aldus nog steeds de Commissie — deze verboden en praktijken zowel wezenlijke elementen zijn van een algemeen systeem dat UBC in staat stelt de afzet van haar produkt volledig te controleren en de mededinging te beperken, als ook de grondslag vormen voor de drie andere haar verweten misbruiken;

138 dat UBC eerst op 31 januari 1976 — dus een maand na de beschikking van 17 december 1975 waarbij zij schuldig was verklaard aan inbreuk op artikel 86 EEG-Verdrag en waarin de Commissie 1 februari 1976 als uiterste datum had gesteld voor de kennisgeving van de intrekking van het verbod tot doorverkoop van groene bananen — haar vaste klanten in de relevante markt bij circulaire had meegedeeld dat bedoelde clausule nooit had gegolden voor verkopen van groene Chiquita-bananen tussen erkende Chiquita-rijpers of voor doorverkopen van ongemerkte groene bananen;

139 Overwegende dat UBC in haar verweer tegen deze grieven opmerkt dat de litigieuze clausule in België, Denemarken en Nederland aldus was geformuleerd: „de bananen mogen enkel in rijpe staat worden doorverkocht" (met in de Deense clausule de precisering dat enkel de doorverkoop van bananen van kleur 3 was toegestaan);

140 dat de Nederlandse clausule op 15 november 1968 aan de Commissie was meegedeeld in deze vorm: „de verkoop van door ons geleverde bananen aan concurrerende rijpers is niet toegestaan";

141 dat UBC zich erover verbaast dat de Commissie haar niet heeft verzocht de tekst van de verkoopvoorwaarden te verduidelijken en eventueel te wijzigen met het oog op een mogelijke vrijstelling overeenkomstig artikel 85, lid 3, en zeven jaar nodig heeft gehad om haar beschikking waarbij een inbreuk is vastgesteld, voor te bereiden en af te ronden;

142 dat de litigieuze clausule geen ander doel had dan het merk en dus uiteindelijk de consumenten te beschermen — door een voorbeeldige kwaliteit van de, in de tropen geselecteerde en geëtiketteerde, produkten te waarborgen en deze te reserveren voor ervaren rijpers, beschikkend over installaties die geschikt zijn voor de geavanceerde, door UBC's technici ontwikkelde rijpingsmethoden, en bereid de controle van die technici te aanvaarden — en de Chiquita-bananen op de markt te brengen wanneer hun kwaliteit optimaal is;

143 dat de clausule nooit als een uitvoerverbod was bedoeld, toegepast of uitgevoerd;

144 dat UBC nooit voornemens was geweest bij niet-naleving sancties toe te passen;

145 dat de bananenhandelaars trouwens een uitermate bederfelijk halfprodukt verkopen, dat van nature onmiddellijk moet worden gerijpt en zich niet leent voor horizontale doorverkoop, en dat de handel in groene bananen — als hij bestond — niet meer dan marginaal zou kunnen zijn;

146 dat het de enige taak van de rijper zou zijn de bananen te rijpen en aan de kleinhandelaren te distribueren;

147 dat bovendien de bruto marge van de rijper groter zou zijn dan de winst die hij, afgezien van enkele weken per jaar, zou kunnen behalen met speculeren op de gemiddelde prijsverschillen tussen de verschillende markten, en hij mitsdien geen enkel belang zou hebben bij de horizontale verkoop van groene bananen;

148 dat het geval van Olesen het enige zou zijn waarin de clausule ogenschijnlijk een rol had gespeeld;

149 dat evenwel de achtergrond van dit uitzonderlijke geval moet worden gezocht in een geschil tussen UBC en deze Deense rijper, dat geen enkel verband hield met het verbod tot doorverkoop van groene bananen;

150 dat in elk geval het aan UBC gegeven bevel de clausule af te schaffen, haar „onredelijk en ongerechtvaardigd" voorkomt, omdat zij — afgezien van Spiers in België, die 3,3 % van de rijpingscapaciteit van de „relevante markt" vertegenwoordigt — geen eigen rijpingsinstallaties zou bezitten en bijgevolg niet meer in staat zou zijn de kwaliteit van haar bananen aan de consument te garanderen, hetgeen de ineenstorting van haar gehele handelspolitiek zou betekenen;

151 Overwegende dat 's Hofs onderzoek betreffende het verbod tot doorverkoop van groene bananen zich dient te beperken tot de vorm waarin de betrokken clausule op 15 november 1968 aan de Commissie is meegedeeld, en dat de formulering welke UBC op 31 januari 1976, dat wil zeggen na de beschikking van de Commissie, daaraan heeft gegeven, buiten beschouwing moet blijven;

152 Overwegende dat de in België, Denemarken en Nederland toegepaste clausule, voor zover schriftelijk vastgelegd, de doorverkoop van al dan niet gemerkte groene bananen verbood, zelfs tussen rijpers van Chiquita-bananen;

153 dat UBC het nodig achtte in haar tot alle — ook de Duitse — rijpers/distributeurs gerichte circulaire van 31 januari 1976 te verklaren dat de clausule voor Duitsland niet schriftelijk was vastgelegd, en aldus impliciet het bestaan ervan op de Duitse markt erkent, waar de clausule klaarblijkelijk stilzwijgend of mondeling was overeengekomen;

154 dat volgens de algemene verkoopvoorwaarden van 1967 UBC „haar afnemers dringend verzocht erop toe te zien dat de bananen in hun bezit niet aan buitenlandse handelaars worden doorverkocht, dat zij haar buitenlandse klanten hetzelfde had gevraagd met betrekking tot Nederland, en niet zou aarzelen de nodige maatregelen te nemen indien aan het voorgaande op een of andere manier niet de hand werd gehouden";

155 dat blijkens deze formulering UBC geenszins de gedachte verwierp sancties toe te passen tegen rijpers/distributeurs die zich niet aan haar instructies zouden houden, doch deze mogelijkheid juist als dreigement benutte;

156 dat Olesen trouwens de hardheid van deze clausule heeft ondervonden toen hij na de verkoopweigering van UBC trachtte bij Scipio en erkende Deense distributeurs Chiquita-bananen te kopen;

157 dat het een beperking van de mededinging is de rijpers te verplichten geen bananen te verkopen alvorens ze te hebben gerijpt, en hun activiteiten te reduceren tot contacten met detaillisten;

158 dat ofschoon het aanbevelenswaardig en rechtmatig is een kwaliteitspolitiek te voeren, onder meer door het kiezen van de wederverkopers op grond van objectieve criteria betreffende de kwalificaties van de wederverkoper, zijn personeel en zijn installaties, deze praktijk toch slechts gerechtvaardigd kan zijn wanneer zij geen belemmeringen opwerpt die onevenredig zijn met het beoogde doel;

159 dat in casu, en ondanks het feit dat die keuzecriteria op objectieve en niet-discriminerende wijze zijn vastgesteld, het aan de erkende Chiquita-rijpers opgelegde doorverkoopverbod alsmede het verbod tot doorverkoop van ongemerkte bananen — al is ook vanwege de bederfelijkheid van de banaan die doorverkoop in de praktijk enkel gedurende een bepaalde korte tijd mogelijk — stellig een misbruik van machtspositie vormen, omdat daardoor het aantal afzetkanalen ten nadele van de consumenten wordt beperkt en de handel tussen Lid-Staten, in het bijzonder door het afgrendelen van de nationale markten, ongunstig wordt beïnvloed;

160 dat UBC met deze organisatie van de markt de rijpers vastlegde op een rol als bevoorraders van de lokale markt en hen verhinderde zich te ontwikkelen tot gelijkwaardige handelspartners van UBC, die bovendien haar econo-

mische greep op hen nog verstevigde door hun minder waren te leveren dan zij bestelden;

161 dat uit al deze overwegingen volgt dat de litigieuze clausule, die de doorverkoop van groene bananen verbood, in strijd was met artikel 86 EEG-Verdrag;

162 dat mitsdien de bestreden beschikking op dit punt gerechtvaardigd is;

§ 2. De weigering om aan Olesen te leveren

163 Overwegende dat de Commissie van oordeel is dat UBC inbreuk heeft gemaakt op artikel 86 van het Verdrag door van 10 oktober 1973 tot 11 februari 1975 de levering van Chiquita-bananen aan Olesen te staken;

164 dat volgens een door UBC op 11 oktober 1973 aan Olesen gezonden telexbericht de reden van de stopzetting van de leveringen gelegen was in Olesens deelneming aan een in oktober 1973 in Denemarken gevoerde reclamecampagne voor Dole-bananen;

165 dat Olesen daarop tevergeefs had geprobeerd groene Chiquita-bananen te kopen van de zeven andere rijpers/distributeurs van UBC in Denemarken alsmede van een vennootschap te Hamburg, behorende tot de Scipio-groep;

166 dat deze situatie hem ernstige schade had berokkend als gevolg van verminderde verkopen en het verlies van enkele belangrijke klanten, waaronder de Deense vereniging van verbruikerscoöperaties (FDB), die 50 % van haar bananen bij hem kocht;

167 dat UBC en Olesen op 11 februari 1975 een nieuwe overeenkomst hadden gesloten, waarbij UBC zich verbond de leveranties van bananen aan Olesen te hervatten, terwijl Olesen zich verplichtte de klacht die hij bij de Commissie had ingediend, in te trekken;

168 dat de Commissie in deze objectief niet te rechtvaardigen verkoopweigering een willekeurige inmenging in Olesens bedrijfsvoering ziet, waardoor laatst-

genoemde werd benadeeld en die de andere rijpers van UBC ervan moest weerhouden bananen van andere merken te verkopen — of althans daarvoor reclame te maken —, feiten welke een inbreuk zouden vormen op artikel 86 EEG-Verdrag;

169 Overwegende dat UBC stelt een veel liberaler verkooppolitiek te voeren dan haar concurrenten;

170 dat haar rijpers vrij zouden zijn produkten van andere merken te verkopen, daarvoor reclame te maken, hun bestellingen te verminderen of te annuleren en naar believen de relatie met UBC te verbreken;

171 dat het incident-Olesen in dit kader moet worden geplaatst;

172 dat Olesen in 1967, na de belangrijkste rijper van Chiquita-bananen in Denemarken te zijn geworden, druk had uitgeoefend op UBC om betere voorwaarden te verkrijgen dan de zeven andere, door UBC erkende Deense rijpers;

173 dat hij, toen dit hem was geweigerd, in oktober 1969 exclusief importeur/distributeur van de firma Standard Fruit was geworden;

174 dat Standard Fruit in 1973 op een persconferentie had aangekondigd dat de Dole-banaan in de gehele wereld de Chiquita-banaan zou gaan verdringen;

175 dat Olesen vervolgens steeds minder Chiquita-bananen had verkocht en opzettelijk de verkoop van Dole-bananen had gestimuleerd, en aan de rijping van Chiquita-bananen minder zorg was gaan besteden dan aan die van bananen van andere merken;

176 dat het in deze omstandigheden en na tal van discussies gedurende een lange periode, tot een breuk was gekomen, die stellig niet onverwacht of onvoorzienbaar zou zijn geweest;

177 dat deze breuk dus ruimschoots gerechtvaardigd was, aangezien een onderneming bij een rechtstreekse aanval door haar voornaamste concurrent, die erin was geslaagd een van haar grootste vaste klanten tot zijn exclusieve distributeur voor het hele land te maken, in haar eigen belang en in dat van de mededinging geen andere keus zou hebben dan terug te slaan indien zij niet van de nationale markt wilde verdwijnen;

178 dat, aldus voorts UBC, deze gerechtvaardigde maatregel geen misbruik was, aangezien de verkoopweigering geen ongunstige invloed had gehad op de daadwerkelijke mededinging op de Deense markt, waar eind 1974 een verlaging met 40 % in twee weken van de kleinhandelsprijs van Chiquita-bananen was geregistreerd ten gevolge van de door die ontwikkelingen aangewakkerde mededinging tussen de concurrenten;

179 dat ten slotte de verkoopweigering jegens Olesen geen gevolgen had gehad voor de handel tussen Lid-Staten, aangezien de Dole- en Chiquita-bananen enkel in transito door Duitsland worden vervoerd (de eerste vanaf Hamburg, de tweede vanaf Bremerhaven);

180 dat het handelsverkeer dus niet als intracommunautair verkeer zou kunnen worden aangemerkt, doch in werkelijkheid handel zou zijn tussen Denemarken en de derde landen waar de bananen vandaan komen;

181 dat om al deze redenen, waar de verkoopweigering op zich geen bijzondere inbreuk zou opleveren, UBC meent dat de beschikking, in zoverre haar op dit punt een inbreuk wordt verweten, niet gerechtvaardigd is;

182 Overwegende dat, met het oog op deze tegengestelde opvattingen, vooreerst moet worden vastgesteld dat een onderneming met een machtspositie bij de verhandeling van een bepaald produkt — dat de reputatie van een bekend en door de consument gewaardeerd merk geniet — haar leveranties aan een vaste klant die de normale handelsgebruiken respecteert, niet mag staken wanneer de door die klant geplaatste bestellingen geenszins van ongewone omvang zijn;

183 dat zodanige handelwijze in strijd zou zijn met de doelstellingen van artikel 3, sub f, van het Verdrag, nader uitgewerkt in artikel 86, sub b en c, aangezien een verkoopweigering het aantal afzetkanalen ten nadele van de consumenten beperkt en een discriminatie oplevert die uiteindelijk kan leiden tot de eliminatie van een handelspartner van de betrokken markt;

184 dat mitsdien moet worden onderzocht of de stopzetting van de leveringen door UBC in oktober 1973 gerechtvaardigd was;

185 dat de reden van die stopzetting is vermeld in UBC's brief aan Olesen van 11 oktober 1973, waarin laatstgenoemde uitdrukkelijk wordt verweten te hebben deelgenomen aan een verkoopbevorderingscampagne van een van UBC's concurrenten;

186 dat UBC deze motivering later heeft aangevuld met een aantal klachten, onder meer betreffende het feit dat Olesen de alleenvertegenwoordiger was van UBC's voornaamste concurrent op de Deense markt;

187 dat deze situatie niet nieuw was — immmers reeds vanaf 1969 bestond — en in elk geval niet in strijd was met loyale handelsgebruiken;

188 dat, ten slotte, UBC geen enkel relevant argument ter rechtvaardiging van de verkoopweigering heeft weten aan te voeren;

189 dat al moge het juist zijn, zoals UBC opmerkt, dat een onderneming met een machtspositie niet uit hoofde daarvan het recht verliest haar eigen commerciële belangen tegen aanvallen te verdedigen, en dat men haar in de mate van het redelijke de mogelijkheid moet laten te handelen zoals zij ter verdediging van die belangen wenselijk acht, niettemin dat gedrag niet toelaatbaar is wanneer het juist dient ter versterking van die machtspositie en tot misbruik ervan leidt;

190 dat weliswaar een tegenaanval geoorloofd kan zijn, doch deze in elk geval evenredig moet zijn aan de bedreiging, mede gelet op de economische macht van de betrokken ondernemingen;

191 dat een verkoopweigering door een onderneming met een machtspositie verder gaat dan wat eventueel als een redelijke sanctie voor het door UBC aan Olesen verweten gedrag ware te beschouwen;

192 dat het UBC immers duidelijk moest zijn dat zij daarmee haar andere rijpers/distributeurs ervan zou weerhouden reclame voor andere merken te maken, en dat haar machtspositie in de relevante markt door de afschrikkende

werking van de tegen één hunner getroffen sanctie nog aanzienlijk zou worden versterkt;

193 dat een dergelijke handelwijze dus een ernstige aantasting vormt van de onafhankelijkheid van de kleine en middelgrote ondernemingen die handelsbetrekkingen met de onderneming met de machtspositie onderhouden, welke onafhankelijkheid het recht inhoudt de voorkeur te geven aan produkten van concurrenten;

194 dat die handelwijze in casu zeer schadelijk kan zijn voor de mededinging in de relevante bananemarkt, doordat alleen het voortbestaan wordt geduld van firma's die van de overheersende onderneming afhankelijk zijn;

195 Overwegende dat het argument van UBC, als zou uit de daling van de Deense bananenprijzen met 40 % blijken dat de concurrentie door de verkoopweigering jegens Olesen niet ongunstig is beïnvloed, niet kan worden aanvaard;

196 dat immers die daling enkel het gevolg was van de zeer felle concurrentie — destijds gekwalificeerd als „bananenoorlog" — tussen de twee multinationale ondernemingen UBC en Castle & Cooke;

197 Overwegende dat UBC betoogt dat de verkoopweigering geen invloed op de intracommunautaire handel kon hebben, omdat volgens haar alle bananen uit derde landen (Latijns-Amerika) enkel in transito door de landen van de gemeenschappelijke markt naar de Lid-Staat van verbruik worden vervoerd en mitsdien buiten het intracommunautaire handelsverkeer blijven;

198 Overwegende dat als dit argument juist zou zijn, de gehele Europese handel van UBC in waren uit derde landen, aan de werking van het gemeenschapsrecht zou zijn onttrokken;

199 dat toen de bevoorrading van Olesen werd stopgezet, het deze in feite onmogelijk was Chiquita-bananen in Bremerhaven te kopen en dezelfde hoeveelheden in Denemarken te importeren als tevoren;

200 dat hij genoodzaakt was buiten Denemarken bananen van andere merken te kopen en in Denemarken te importeren;

201 dat daarenboven, wanneer een in de Gemeenschap gevestigde onderneming met een machtspositie een eveneens daar gevestigde concurrent tracht te elimineren, het er niet toe doet of dat gedrag het handelsverkeer tussen Lid-Staten biïnvloedt, indien vaststaat dat die uitschakeling gevolgen zal hebben voor de concurrentiestructuur in de gemeenschappelijke markt;

202 dat mitsdien de weigering om een traditionele vaste klant te bevoorraden, die inkoopt met het oog op doorverkoop in een andere Lid-Staat, invloed heeft op de normale handelsbewegingen en merkbare gevolgen voor de handel tussen Lid-Staten;

203 dat derhalve de conclusie van de beschikking, dat UBC door haar weigering om aan Olesen te leveren, inbreuk heeft gemaakt op artikel 86 EEG-Verdrag, gerechtvaardigd is;

Afdeling 2 — De prijspolitiek

§ 1. De discriminerende prijzen

204 Overwegende dat de bananen die door UBC onder het merk „Chiquita" in de relevante markt in de handel worden gebracht, dezelfde geografische herkomst hebben, tot dezelfde variëteit (Cavendish-Valery) behoren en van nagenoeg gelijke kwaliteit zijn;

205 dat zij in twee havens, Rotterdam en Bremerhaven, worden gelost, waar de lossingskosten slechts enkele dollarcenten per doos van 20 kg verschillen, en — afgezien van de verkopen aan Scipio en naar Ierland — op dezelfde verkoop- en betalingsvoorwaarden worden verkocht na op de wagons of vrachtwagens van de kopers te zijn geladen, tegen een prijs per doos van gemiddeld 3 tot 4 dollar, in 1974 opgelopen tot 5 dollar;

206 dat de kosten van het transport van de lossingshaven naar de rijperijen en de eventuele invoerrechten van het gemeenschappelijk buitentarief behalve in Ierland ten laste van de koper komen;

207 dat men in deze omstandigheden zou verwachten dat UBC aan alle klanten die zich in Rotterdam en Bremerhaven komen bevoorraden, Chiquita-bananen tegen dezelfde prijs aanbiedt;

208 Overwegende dat de Commissie UBC verwijt elke week voor haar gemerkte bananen zonder objectieve rechtvaardiging aanzienlijk verschillende verkoopprijzen toe te passen, afhankelijk van de Lid-Staat waarin de klant is gevestigd;

209 dat deze politiek van verschillende prijzen naar gelang van de Lid-Staat waarvoor de bananen zijn bestemd, ten minste vanaf 1971 zou zijn toegepast op de klanten in de Bondsrepubliek Duitsland, Nederland en de BLEU, vanaf januari 1973 op de klanten in Denemarken en vanaf november 1973 op die in Ierland;

210 dat de geconstateerde maximale wekelijkse verschillen tussen twee bestemmingen over het gehele jaar 1971 gemiddeld 17,6 % bedroegen, in 1972 11,3 %, in 1973 14,5 % en in 1974 13,5 %;

211 dat de grootste wekelijkse verschillen (prijs per doos) tussen de Duitse klanten enerzijds en de Belgische, Luxemburgse en Nederlandse klanten anderzijds waren:

— in 1971: 32 % en 37 %

— in 1972: 21 % en 30 %

— in 1973: 18 % en 43 %

— in 1974: 25 % en 54 %

en tussen de Deense klanten enerzijds en de Belgische, Luxemburgse en Nederlandse klanten anderzijds:

— in 1973: 24 % en 54 %

— in 1974: 16 % en 17 %

212 dat de van de Belgische klanten gevraagde prijs gemiddeld 80 % hoger zou zijn dan die welke door de Ierse klanten werd betaald;

213 dat er een maximaal verschil van 138 % zou bestaan tussen de prijs herleid-Rotterdam die door UBC aan haar Ierse klanten wordt berekend, en de prijs for Bremerhaven die aan de Deense klanten 2,38 maal meer betalen dan de Ierse;

214 dat de Commissie dit als misbruik van een machtspositie aanmerkt, aangezien de handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties worden opgelegd en zij daardoor in een nadelige concurrentiepositie worden gebracht;

215 Overwegende dat volgens UBC haar prijzen door de wet van vraag en aanbod worden bepaald en dus niet discriminerend kunnen zijn;

216 dat daarenboven het gemiddelde prijsverschil voor Chiquita-bananen tussen de betrokken nationale markten in 1975 niet groter zou zijn geweest dan 5 %;

217 dat de prijs elke week zodanig zou worden berekend, dat zij zo goed mogelijk gerelateerd is aan de voor de week daarop verwachte marktprijs van rijpe Chiquita-bananen op elke nationale markt;

218 dat deze prijs, die door de centrale te Rotterdam na overleg en onderhandelingen met de plaatselijke vertegenwoordigers en de rijpers/distributeurs wordt bepaald, noodzakelijkerwijze rekening zou houden met de specifieke kenmerken van de mededingingssituatie waarin de rijpers/distributeurs in elk land moeten werken;

219 dat zij haar rechtvaardiging zou vinden in de verwachte gemiddelde marktprijs;

220 dat die prijsverschillen zouden zijn toe te schrijven aan wisselende marktfactoren, zoals het weer, het aanbod van seizoenvruchten op sommige markten, het consumentengedrag, vakanties, stakingen, overheidsmaatregelen en wisselkoersen;

221 dat, kortom, de Commissie zou verlangen dat UBC de nodige maatregelen treft om één bananenmarkt tot stand te brengen, iets waarin zijzelf niet is geslaagd;

222 dat zolang de gemeenschapsinstellingen de bananenmarkt niet hebben geünificeerd en de verschillende nationale markten blijven bestaan en aan de wet van vraag en aanbod gehoorzamen, prijsverschillen tussen die markten onvermijdelijk zouden zijn;

223 Overwegende dat blijkens de antwoorden van UBC op de verzoeken om inlichtingen van de Commissie (brieven van 14 mei, 13 september, 10 en 11 december 1974 en 13 februari 1975) UBC wekelijks voor haar onder het merk Chiquita verkochte bananen verkoopprijzen toepast die in de door de Commissie genoemde mate verschillen naar gelang van de Lid-Staat waarin haar klanten als rijpers/distributeurs werkzaam zijn;

224 dat de prijsverschillen in bepaalde weken 30 tot 50 % kunnen bedragen, ofschoon de geleverde prestaties gelijkwaardig zijn (behalve ten aanzien van de Scipio-groep, met dien verstande dat de bananen uit de Scipio-rijperijen tegen dezelfde prijs worden verkocht als die van de zelfstandige rijpers);

225 dat immers de door UBC verkochte bananen met dezelfde schepen worden aangevoerd, met dezelfde kosten in Rotterdam of Bremerhaven worden gelost en dat de prijsverschillen betrekking hebben op in wezen gelijke hoeveelheden bananen van dezelfde variëteit, van gelijke rijpheidsgraad en nagenoeg dezelfde kwaliteit, die onder hetzelfde merk Chiquita op gelijke verkoop- en betalingsvoorwaarden worden verkocht en op 's kopers eigen transportmiddelen geladen, terwijl laatstgenoemde bovendien de invoerrechten, belastingen en transportkosten heeft te betalen;

226 dat deze discriminerende prijspolitiek door UBC vanaf 1971 is toegepast op haar klanten in Duitsland, Nederland en de BLEU, vanaf begin 1973 op haar Deense klanten en vanaf november 1973 op haar klanten in Ierland;

227 dat het weliswaar niet de taak van UBC is één bananenmarkt tot stand te brengen, doch zij niet mag trachten uit de markt te halen „wat deze kan verdragen" dan op voorwaarde dat zij de verdragsbepalingen ter regulering en coördinering van de markt eerbiedigt;

228 dat ofschoon het begrijpelijk is dat verschillen in transportkosten, belastingen, invoerrechten, arbeidslonen, verhandelingsvoorwaarden, valutakoersen en concurrentiedruk eventueel kunnen leiden tot een verschillende kleinhandelsprijs in de diverse Lid-Staten, deze factoren niettemin door UBC slechts in beperkte mate in aanmerking mogen worden genomen, aangezien zij een volkomen identiek produkt op één en dezelfde plaats verkoopt aan rijpers/distributeurs die de risico's van de consumentenmarkt alleen dragen;

229 dat het spel van vraag en aanbod naar zijn aard enkel invloed mag hebben in de handelsfase waarin het zich werkelijk manifesteert;

230 dat de marktmechanismen worden ontregeld als bij de prijsberekening een marktfase wordt overgeslagen en niet wordt uitgegaan van de vraag-aanbod- verhouding tussen verkoper (UBC) en koper (de distributeurs/rijpers), maar van die tussen verkoper en eindverbruiker;

231 dat UBC dankzij haar machtspositie en de informatie van haar plaatselijke vertegenwoordigers aldus in feite in staat was haar verkoopprijs aan de tussenkoper op te leggen, welke prijs alsmede het „toegekende weekquotum" eerst vier dagen voor de aankomst van het schip werden vastgesteld en aan de klant meegedeeld;

232 dat deze van Lid-Staat tot Lid-Staat verschillende prijzen een belemmering vormden voor het vrije verkeer van goederen, welk effect nog werd versterkt door het verbod tot doorverkoop van groene bananen en door de levering van kleinere hoeveelheden dan die welke waren besteld;

233 dat aldus een strikte afscherming van de nationale markten met kunstmatig verschillende prijsniveaus werd verwezenlijkt, waardoor bepaalde rijpers/distributeurs in een ongunstige concurrentiepositie werden gebracht, omdat de mededinging, vergeleken met wat deze had moeten zijn, erdoor werd vervalst;

234 dat mitsdien de politiek van ongelijke prijzen, die UBC in staat stelde haar handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties op te leggen en hen daardoor in een ongunstige concurrentiepositie te brengen, misbruik van een machtspositie opleverde;

§ 2. De onbillijke prijzen

235 Overwegende dat de Commissie van oordeel is dat UBC ook misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt door onbillijke verkoopprijzen toe te passen, in casu prijzen die zij „overdreven" acht ten opzichte van de economische waarde van de prestatie die UBC aan haar klanten in Duitsland (met uitzondering van de Scipio-groep), Denemarken, Nederland en de BLEU levert;

236 dat de politiek van compartimentering van de relevante markt UBC in staat zou hebben gesteld voor haar Chiquita-bananen prijzen toe te passen die niet onderhevig zijn aan een daadwerkelijke mededinging en die voor een

veel gebruikt voedingsmiddel vaak grote en niet objectief te rechtvaardigen verschillen te zien geven;

237 dat uit deze verschillen zou blijken dat de hoogste prijzen buitensporig zijn vergeleken met de laagste, en dit te meer omdat ook laatstbedoelde nog winstgevend zouden zijn;

238 dat na een brief van UBC van 10 december 1974 het de Commissie gerechtvaardigd voorkwam zonder verdere analyse van UBC's kostenstructuur te aanvaarden dat de aan de Ierse klanten berekende prijzen een aanduiding daaromtrent bevatten en dat de verschillen tussen de prijzen cif-Dublin herleid — Rotterdam en de overige door UBC voor haar verkopen for Rotterdam of Bremerhaven toegepaste prijzen winsten van overeenkomstige grootte uitdrukken;

239 dat de prijzen die door UBC aan haar klanten in Duitsland (uitgezonderd de Scipio-groep), Denemarken, Nederland en de BLEU werden berekend, veel hoger — soms meer dan 100 % — zouden liggen dan de aan de Ierse klanten berekende prijzen en haar aanzienlijke en — vergeleken met de economische waarde van de geleverde prestatie — overdreven winsten zouden opleveren;

240 dat het belang van deze opmerkingen nog zou worden beklemtoond door het feit dat er een prijsverschil van 30 tot 40 % bestaat tussen Chiquita-bananen en ongemerkte bananen, alhoewel de kwaliteit van deze laatste slechts enigszins minder zou zijn dan die van de gemerkte, en door het feit dat de prijs van de ongemerkte en kwalitatief vergelijkbare bananen van UBC's voornaamste concurrenten minder hoog is, terwijl die ondernemingen toch rendabel zijn;

241 dat gezien deze omstandigheden de Commissie een vermindering van het prijsniveau met tenminste 15 % onder het niveau van de door UBC in de relevante markt aan haar klanten berekende prijzen (behalve de Ierse) aanvaardbaar acht, aangezien de toegepaste onbillijke prijzen op een misbruik van machtspositie zouden neerkomen;

242 Overwegende dat UBC het betoog van de Commissie afwijst en daarbij de nadruk legt op de zeer lage bananenprijs in alle handelsfasen, bij voorbeeld de prijs van een ton bananen bij invoer in Duitsland, die in 1956 DM 697

bedroeg en in 1973 nog slechts DM 458, dat wil zeggen een reële prijsdaling van 50 %;

243 dat het argument dat de Commissie aanvoert om te bewijzen dat UBC te hoge prijzen berekent, vals zou zijn, omdat het zou steunen op de brief van 10 december 1974 — waarin UBC meedeelde dat zij „aan de Ierse rijpers bananen had verkocht tegen prijzen die haar een aanzienlijke geringere winstmarge lieten dan in sommige andere Lid-Staten" —, welke brief, geschreven vóór de afsluiting van het boekjaar op 31 december 1974, bij twee verschillende gelegenheden door UBC was gedementeerd, en dat uit een bij het beroepschrift gevoegd document zou blijken dat de in Ierland toegepaste prijzen UBC verlies hebben opgeleverd;

244 dat het dus willekeurig zou zijn om uitgaande van de Ierse prijzen, die gedurende enkele maanden waren toegepast om toegang te krijgen tot de Ierse markt — waarop in 1974 slechts 1,6 % van de totale, in de relevante markt ingevoerde hoeveelheden waren afgezet —, de winsten te berekenen die in de jaren daarvóór in de rest van de relevante markt zouden zijn gemaakt, zulks terwijl in de jaren 1970 tot en met 1974 de toegepaste prijzen enkel verliezen hadden opgeleverd;

245 dat volgens UBC het prijsverschil tussen gemerkte en ongemerkte bananen gerechtvaardigd is, aangezien de bijzondere zorg die van de pluk tot de verkoop aan de consument daaraan wordt besteed, dat verschil ruimschoots zou verklaren;

246 dat zij daarenboven tracht aan te tonen dat er daadwerkelijke kwaliteitsverschillen bestaan tussen Chiquita-bananen en bananen van andere merken, hetgeen het prijsverschil — van 1970 tot 1974 gemiddeld 7,4 % — zou rechtvaardigen;

247 dat het bevel de prijzen met 15 % te verlagen, onbegrijpelijk zou zijn, aangezien het om prijzen gaat die elke week in de hele relevante markt variëren, en onuitvoerbaar omdat een dermate sterke prijsverlaging UBC zou dwingen een banaan van betere kwaliteit dan die van de concurrentie te verkopen beneden de door deze berekende prijzen;

248 Overwegende dat een onderneming met een machtspositie, die al dan niet rechtstreeks onbillijke aankoop- of verkoopprijzen oplegt, zich schuldig maakt aan een misbruik in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag;

249 dat mitsdien moet worden onderzocht of de bezitter van de machtspositie de mogelijkheden ervan heeft benut om handelsvoordelen te verwerven die hij in een situatie van normale en voldoende daadwerkelijke mededinging niet zou hebben gehad;

250 dat een dergelijk misbruik in casu zou bestaan in het toepassen van een te hoge prijs, die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie;

251 dat het buitensporige karakter van die prijs onder meer objectief zou kunnen worden vastgesteld door de verkoopprijs van het produkt te vergelijken met de kostprijs en aldus de grootte van de winstmarge aan te tonen, doch dat de Commissie, door de kostenstructuur van UBC niet te analyseren, dit heeft nagelaten;

252 dat het daarbij zou gaan om de vraag of er een al te grote disproportie bestaat tussen de werkelijk gemaakte kosten en de werkelijk gevraagde prijs en zo ja, of er sprake is van het opleggen van een onbillijke prijs, zowel absoluut gezien als in vergelijking met de concurrerende produkten;

253 dat ook andere methoden denkbaar zijn — en de economische theorie heeft er inderdaad verscheidene ontwikkeld — om de criteria te vinden aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of de prijs van een produkt billijk is;

254 dat — met erkenning van de aanzienlijke en soms zeer grote moeilijkheden bij het bepalen van een kostprijs, waarvoor vaak een willekeurige toerekening van indirecte en algemene kosten nodig kan zijn en de grote verschillen kan vertonen naar gelang van de omvang van de onderneming, haar doelstelling, de ingewikkeldheid van haar organisatie, haar geografisch werkterrein, de omstandigheid dat zij één dan wel verscheidene produkten vervaardigt, het aantal harer nevenvestigingen en hun onderlinge relatie — de bepaling van de produktiekosten van bananen geen onoverkomelijke problemen lijkt op te leveren;

255 dat blijkens een studie van de Unctad van 10 februari 1975 en gezien de organisatie van de produktie, het verpakken, het vervoer, de commercialisatie en de distributie van bananen, het in casu immers mogelijk zou zijn geweest de kostprijs van dit produkt bij benadering te berekenen en mitsdien vast te stellen of de verkoopprijs aan de rijpers/distributeurs te hoog was;

256 dat de Commissie UBC ten minste inlichtingen had moeten vragen betreffende de elementen waaruit haar kostprijs is opgebouwd;

257 dat de juistheid van de aldus verstrekte gegevens wellicht in twijfel had kunnen worden getrokken, maar dat het dan een kwestie van bewijs zou zijn geweest;

258 dat de Commissie het bestaan van te hoge prijzen afleidt uit een analyse van de — haars inziens buitensporige — verschillen tussen de in de verschillende Lid-Staten berekende prijzen, gezien in verband met de hiervóór besproken politiek van discriminerende prijzen;

259 dat zij haar argumentatie baseert op UBC's brief van 10 december 1974, waarin werd verklaard dat de winstmarge bij de verkoop van bananen aan de Ierse rijpers aanzienlijk geringer was dan in sommige andere Lid-Staten, en waaruit zij concludeert dat de verschillen tussen de cif-prijzen Dublin herleid-Rotterdam en de prijzen bij verkoop for Rotterdam of Bremerhaven winsten van overeenkomstige grootte uitdrukken;

260 dat zij, constaterende dat de aan de rijpers in de andere Lid-Staten berekende prijzen veel en soms meer dan 100 % hoger waren dan die welke UBC aan haar Ierse klanten berekende, heeft geconcludeerd dat UBC zeer hoge winsten maakte;

261 Overwegende dat de Commissie bij haar redenering evenwel geen rekening heeft gehouden met verscheidene brieven van UBC, die vergezeld gingen van een vertrouwelijk document dat de brief van 10 december 1974 tegensprak en waaruit moest blijken dat de in Ierland toegepaste prijzen verlies hadden opgeleverd;

262 dat UBC hieraan toevoegt dat de in de relevante markt toegepaste prijzen haar hebben belet in de laatste vijf jaar — 1975 uitgezonderd — winst te maken;

263 dat deze beweringen van UBC niet worden gestaafd met accountantsverklaringen betreffende de geconsolideerde jaarrekeningen van de UBC-groep of zelfs maar de geconsolideerde jaarrekeningen met betrekking tot de relevante markt;

264 dat hoe onbetrouwbaar de door UBC verstrekte gegevens ook mogen zijn (inzonderheid het bovenbedoelde document met de berekening van de in 1974 op de Ierse markt geleden „verliezen", waarvan de juistheid niet wordt aangetoond), het niettemin de Commissie is die heeft te bewijzen dat UBC onbillijke prijzen toepaste;

265 dat waar de Commissie de ontkenningen van UBC onvoldoende heeft weersproken, het duidelijk is dat de berekeningsgrondslag die door eerstgenoemde is gebruikt om het buitensporige karakter van de prijzen aan te tonen, de toets der kritiek niet kan doorstaan en er juist op dit punt twijfel mogelijk blijft waarvan UBC het voordeel moet worden gegund, zulks te meer omdat sinds bijna 20 jaar de reële bananenprijzen in de relevante markt niet zijn gestegen;

266 dat er weliswaar een prijsverschil bestaat tussen Chiquita-bananen en de bananen van de voornaamste concurrenten, doch dit verschil slechts 7 % bedraagt, welk percentage niet is bestreden en niet automatisch als te hoog en bijgevolg als onbillijk kan worden beschouwd;

267 dat zo gezien de Commissie de feiten en beoordelingen waarop zij haar vaststelling betreffende de door UBC al dan niet rechtstreeks opgelegde onbillijke verkoopprijzen baseert, rechtens onvoldoende lijkt te hebben bewezen;

268 dat mitsdien artikel 1, sub c, van de beschikking moet worden nietigverklaard;

Hoofdstuk III — De regelmatigheid van de procedure

Afdeling I — De grieven betreffende schending van de rechten van de verdediging

269 Overwegende dat UBC zich beklaagt over de snelheid waarmee de administratieve procedure is afgewikkeld, over materiële fouten in de mededeling van de punten van bezwaar, waarop zij zou hebben gewezen, doch die niet zijn verbeterd — bij voorbeeld betreffende de winsten die in Ierland zouden zijn gemaakt —, over de beknoptheid of onduidelijkheid van de motivering van bepaalde punten van bezwaar — zoals die betreffende de onbillijke prijzen —, en van mening is dat door deze handelwijze van de Commissie de rechten van de verdediging zijn geschonden;

270 Overwegende dat artikel 11 van verordening nr. 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963 bepaalt dat „de Commissie rekening houdt met de voor het formuleren van een standpunt benodigde tijd" en dat „deze termijn tenminste twee weken moet bedragen";

271 dat de administratieve procedure op 19 maart 1975 is ingeleid, na een vooronderzoek van omstreeks één jaar;

272 dat UBC twee maanden tijd heeft gehad (van 11 april tot 12 juni 1975) om haar opmerkingen in te dienen en zelf heeft verzocht om een hoorzitting op 24 juni 1975, overeenkomstig het bepaalde bij artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17 van 6 februari 1962;

273 dat naar uit deze data blijkt, de procedure binnen de normale termijn is afgewikkeld, zodat de grief betreffende overhaasting geen stand houdt;

274 Overwegende ten aanzien van de verweten onvoldoende motivering van de punten van bezwaar, dat artikel 4 van verordening nr. 99/63 bepaalt dat de Commissie in haar beslissingen slechts die punten van bezwaar in aanmerking neemt, waarover degene tot wie de beslissing is gericht, in de gelegenheid is geweest zijn standpunt kenbaar te maken;

275 dat de uiteenzetting van de punten van bezwaar aan dit vereiste voldoet wanneer zij weliswaar beknopt, doch duidelijk de voornaamste feiten bevat waarop de Commissie zich baseert;

276 dat de Commissie in haar mededeling van 19 maart 1975 de voornaamste feiten waarop zij de geformuleerde bezwaren baseerde, duidelijk heeft uiteengezet en heeft aangegeven in welke mate UBC een machtspositie bezat en daarvan misbruik had gemaakt;

277 dat mitsdien niet blijkt dat tijdens de procedure voor de Commissie de rechten van de verdediging zouden zijn geschonden;

278 dat de andere grieven betrekking hebben op hetgeen ten gronde reeds is aangevoerd;

279 dat dit middel derhalve faalt;

Afdeling 2 — De vordering tot schadevergoeding

280 Overwegende dat UBC zich erover beklaagt dat de houding van de Commissie tijdens de procedure door partijdigheid werd gekenmerkt;

281 dat zij ter ondersteuning van deze grief de volgende elementen aanvoert: de overdrijving van de prijsverschillen tussen de Staten in de beschikking van de Commissie, de volgens UBC onjuiste beschrijving van haar penetratie op de Ierse markt, de misleidende weergave van een FAO-onderzoek betreffende de concurrentie tussen bananen en zomervruchten, de bewering dat „bananen enkel in groene staat kunnen worden vervoerd", de onjuiste voorstelling van de vermindering van de leveranties aan Olesen;

282 Overwegende dat bij een onderzoek naar de juistheid van deze verwijten wederom op de zaak zelf zou moeten worden ingegaan en dat partijen hun standpunten daaromtrent reeds in den brede hebben toegelicht;

283 dat er geen enkele grond bestaat om aan te nemen dat de Commissie bedoelde elementen op tendentieuze wijze heeft weergegeven;

284 Overwegende dat UBC verklaart morele schade te hebben geleden doordat een ambtenaar van de Commissie nog vóór de vaststelling van de beschikking zich tegenover een dagblad misprijzend heeft uitgelaten over de commerciële handelwijze van UBC, welke uitlatingen door de wereldpers waren overgenomen en de indruk hadden gewekt als zouden de verweten inbreuken reeds zijn komen vast te staan, terwijl de betrokkenen nog geen gelegenheid hadden gehad zich te verweren;

285 dat de Commissie daardoor niet meer in staat zou zijn geweest de feiten van de zaak en de door UBC aangevoerde argumenten onpartijdig te beoordelen;

286 Overwegende dat het procesdossier niets bevat wat de conclusie kan wettigen dat de aangevallen beschikking niet zou zijn gegeven of anders zou zijn uitgevallen wanneer de gewraakte uitlatingen — welke op zich betreurenswaardig zijn — niet waren gedaan;

287 dat niets erop wijst dat de opstelling van de Commissie zodanig is geweest, dat het normale verloop van de procedure daardoor ongunstig zou zijn beïnvloed;

288 dat in deze omstandigheden de tegen haar ingestelde vordering tot schadevergoeding moet worden afgewezen;

Hoofdstuk IV — De sancties

289 Overwegende dat de Commissie bij het opleggen van een boete van een miljoen rekeneenheden wegens de vier geconstateerde, door UBC gepleegde inbreuken opmerkt dat laatstgenoemde die inbreuken „minstens uit grove onachtzaamheid" heeft gepleegd, en rekening heeft gehouden met de zwaarte en de duur ervan alsmede met de grootte van de onderneming;

290 Overwegende dat zij die inbreuken, wat hun zwaarte betreft, heeft beschouwd in hun economisch en juridisch verband, zulks gelet op hun onderlinge samenhang en op het feit dat hun gevolgen duidelijk in strijd zijn met het oogmerk van de integratie der markten en dat de banaan een produkt van grootverbruik is;

291 Overwegende dat ten aanzien van de duur van de inbreuken de Commissie heeft gemeend het verbod tot doorverkoop van groene bananen enkel in aanmerking te moeten nemen voor de periode van januari 1967 tot 15 november 1968, op welk tijdstip de algemene verkoopvoorwaarden voor Nederland bij haar zijn aangemeld;

292 dat bijgevolg ten aanzien van de gedragingen van UBC, die na 15 november 1968 hebben plaats gevonden en die binnen de in de aanmelding genoemde grenzen zijn gebleven, er geen onzorgvuldigheid van UBC kon worden vastgesteld, zodat die latere gedragingen dus niet behoefden te worden beboet;

293 dat daarenboven de Commissie tijdens de procedure in kort geding op 5 april 1976 akte heeft genomen van de wijziging van de litigieuze clausule, ofschoon zij meende dat de wijziging eerder had moeten plaatsvinden;

294 Overwegende dat volgens de Commissie de leveranties aan Olesen van 10 oktober 1973 tot 11 februari 1975 zijn stopgezet, en dat zij zegt rekening te

hebben gehouden met het feit dat UBC spontaan aan deze inbreuk een einde heeft gemaakt;

295 Overwegende dat de prijspolitiek tenminste vanaf 1971 is toegepast op de in Duitsland, Nederland en de BLEU gevestigde klanten van UBC, vanaf januari 1973 op de Deense klanten en vanaf november 1973 op de Ierse;

296 Overwegende dat volgens de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de boete op één miljoen rekeneenheden ten slotte rekening is gehouden met de totale omzet van UBC, welke omstreeks twee miljard dollar bedraagt, en met de jaaromzet van bananen in de relevante markt ter waarde van 50 miljoen dollar, alsmede met de zeer grote winsten die UBC dank zij haar prijspolitiek zou hebben behaald;

297 Overwegende daarenboven dat de Commissie, om UBC te dwingen een einde te maken aan de inbreuken voor zover zij dat niet eigener beweging had gedaan, haar op straffe van een dwangsom heeft bevolen de afschaffing van het verkoopverbod voor groene bananen uiterlijk per 1 februari 1976 mee te delen aan alle rijpers/distributeurs in Duitsland, Denemarken, Ierland, Nederland en de BLEU, en de Commissie twee maal per jaar gedurende een periode van twee jaar te informeren over de prijzen die zij in de voorafgaande zes maanden aan die klanten heeft berekend;

298 Overwegende dat UBC stelt niet te hebben geweten dat zij een machtspositie bezat en dus nog minder dat zij daarvan misbruik had gemaakt, zulks te meer omdat, volgens 's Hofs rechtspraak, tot nu toe enkel ondernemingen die een monopoliepositie bezaten of een belangrijk deel van de markt beheersten, als ondernemingen met een machtspositie zouden zijn aangemerkt;

299 Overwegende dat UBC een onderneming is die door haar langjarige ervaring in de internationale en nationale handel bijzonder goed bekend is met de wettelijke regelingen op het gebied van de mededinging, waarvan zij de gestrengheid reeds heeft ondervonden:

300 dat UBC door het organiseren van een handelssysteem waarin het verkoopverbod voor groene bananen gepaard ging met het toepassen van discriminerende prijzen en het afleveren van kleinere dan de bestelde hoeveelheden — en dit alles om tot een strikte afgrendeling van de nationale markten te ko-

men —, maatregelen heeft genomen waarvan zij wist of had moeten weten dat zij inbreuk maakten op het verbod van artikel 86 EEG-Verdrag;

301 dat de Commissie dus terecht heeft kunnen vaststellen dat UBC die inbreuken minstens uit grove onachtzaamheid heeft gepleegd;

302 Overwegende dat het bedrag van de opgelegde boete niet onevenredig lijkt vergeleken met de zwaarte en de duur van de inbreuken (en met de grootte van de onderneming);

303 dat evenwel rekening moet worden gehouden met de gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking en dat bijgevolg de door de Commissie vastgestelde boete moet worden verminderd;

304 dat het gerechtvaardigd voorkomt het bedrag van de boete te verminderen tot 850 000 (achthonderdvijftigduizend) rekeneenheden, te voldoen in de nationale valuta van de verzoekende onderneming die in de Gemeenschap is gevestigd, dat wil zeggen 3 077 000 (drie miljoen zevenenzeventigduizend) Nederlandse gulden;

Ten aanzien van de kosten

305 Overwegende dat volgens artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt verwezen voor zover zulks is gevorderd;

306 dat volgens artikel 69, paragraaf 3, het Hof de proceskosten geheel of gedeeltelijk kan compenseren indien partijen onderscheidenlijk op één of meer punten in het ongelijk worden gesteld, en voorts wegens bijzondere redenen;

307 Overwegende ten aanzien van de kosten van de procedure ten gronde, dat de Commissie, ten gevolge van de nietigverklaring van een gedeelte van de beschikking, met betrekking tot één der tegen verzoeksters ingebrachte bezwaren in het ongelijk is gesteld;

308 dat elke partij haar eigen kosten zal dragen;

309 Overwegende dat ook de kosten op het kort geding gevallen, moeten worden gecompenseerd;

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1. **verklaart artikel 1, sub c, van de beschikking der Commissie „IV/ 26.699 Chiquita" van 17 december 1975 (PB 1976, L 95, blz 1) nietig;**

2. **verlaagt het bedrag van de aan UBC en UBC BV opgelegde boete tot 850 000 (achthonderdvijftigduizend) rekeneenheden, te voldoen in de nationale valuta van de verzoekende onderneming die in de Gemeenschap is gevestigd, dat wil zeggen 3 077 000 (drie miljoen zevenenzeventigduizend) Nederlandse gulden;**

3. **verwerpt het beroep voor het overige;**

4. **verstaat dat elk der partijen haar eigen kosten zal dragen, met inbegrip van de kosten op het kort geding vallend.**

Kutscher Sørensen Bosco

Donner Mertens de Wilmars Mackenzie Stuart Touffait

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op veertien februari negentienhonderdachtenzeventig.

De griffier

A. Van Houtte

De president

H. Kutscher

OVERZICHT VAN HET ARREST

Ten aanzien van de feiten ... 210

I — De feiten en het procesverloop ... 210

1. De procedure vóór de beschikking ... 210

2. De in de beschikking gestelde feiten. Motivering van de Commissie. Dispositief ... 211

A — De structuur van de markt ... 211

a) De wereldmarkt voor bananen ... 211

b) De positie van UBC ... 212

c) De concurrenten van UBC ... 213

B — Het gedrag van UBC ... 214

a) De algemene verkoopvoorwaarden ... 214

b) De prijspolitiek ... 214

c) De beëindiging van de leveranties aan Olesen ... 217

C — Beoordeling van de situatie door de Commissie en motivering van de beschikking ... 217

D — Dispositief van de beschikking van 17 december 1975 ... 222

3. De procedure in rechte na de beschikking ... 223

a) De procedure in kort geding ... 223

b) Conclusies van partijen ... 224

II — Overzicht van de middelen en argumenten van partijen ... 224

1. De relevante markt ... 225

a) De produktmarkt ... 225

b) De geografische markt ... 228

2. De machtspositie ... 229

3. Misbruik van machtspositie door toepassing van te hoge prijzen ... 243

4. Misbruik van machtspositie door toepassing van discriminerende prijzen ... 249

5. Misbruik van machtspositie door het verkoopverbod voor groene bananen ... 253

6. Misbruik van machtspositie door de verkoopweigering jegens Olesen ... 257

7. De boete ... 263

8. Schending van de rechten van de verdediging ... 264

9. Het verzoek om schadevergoeding ... 265

III — Vragen van het Hof aan partijen ... 265

IV — Samenvatting van de tijdens de mondelinge behandeling voorgedragen argumenten ... 267

Ten aanzien van het recht ... 270

Samenvatting van de feiten en het procesverloop ... 271

Hoofdstuk 1 — Het bestaan van een machtspositie 273
Afdeling 1 — De relevante markt 273
§ 1. De produktmarkt 273
§ 2. De geografische markt 276
Afdeling 2 — UBC's positie op de relevante markt 279
§ 1. De structuur van UBC 281
§ 2. De mededingingssituatie 284
Hoofdstuk II — Het misbruik van de machtspositie 288
Afdeling 1 — De handelwijze tegenover de rijpers 288
§ 1. Het verbod tot doorverkoop van bananen in groene staat 288
§ 2. De weigering om aan Olesen te leveren 293
Afdeling 2 — De prijspolitiek 298
§ 1. De discriminerende prijzen 298
§ 2. De onbillijke prijzen 302
Hoofdstuk III — De regelmatigheid van de procedure 307
Afdeling 1 — De grieven betreffende schending van de rechten van de verdediging ... 307
Afdeling 2 — De vordering tot schadevergoeding 309
Hoofdstuk IV — De sancties 310
Ten aanzien van de kosten 312
Dictum 313