II

(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 18 juli 1988

inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (Zaak nr. IV/30.178, Napier Brown — British Sugar)

(Slechts de tekst in de Engelse taal is authentiek)

(88/518/EEG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (1), laatstelijk gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Spanje en Portugal, en met name op artikel 3, lid 1,

Gezien het overeenkomstig artikel 3 van Verordening nr. 17 tot de Commissie door, onder andere, Napier Brown and Company Ltd op 19 september 1980 gerichte verzoek, zoals nadien gewijzigd en uitgebreid, inhoudende de bewering dat British Sugar plc de mededingingsregels schendt,

Gezien de beschikking van de Commissie van 3 juli 1986 om een procedure in deze zaak in te leiden,

Na de betrokken partij overeenkomstig artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17 en Verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van Verordening nr. 17 van de Raad (2) in de gelegenheid te hebben gesteld haar standpunt kenbaar te maken ter zake van de punten van bezwaar welke de Commissie in aanmerking heeft genomen,

Na raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Overwegende hetgeen volgt :

(1) PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.
(2) PB nr. 127 van 20. 8. 1963, blz. 2268/63.

DE FEITEN

A. Inleiding

(1) Deze beschikking heeft betrekking op een door Napier Brown and Company Ltd, hierna „NB" te noemen, en enkele andere Britse suikerhandelaren overeenkomstig artikel 3 van Verordening nr. 17 ingediend verzoek — een klacht welke medio 1985 door NB werd ingediend en uitgebreid. NB beweerde dat British Sugar plc, een onderdeel van de grote multinationale groep S & W Berisford, in strijd met artikel 86 van het EEG-Verdrag misbruik had gemaakt van de machtspositie welke zij inneemt op de Britse kristalsuikermarkt.

B. De partijen

(2) British Sugar plc, hierna „BS" te noemen, met hoofdkantoor te Peterborough, Verenigd Koninkrijk, is de grootste fabrikant en verkoper van suiker in het Verenigd Koninkrijk en de enige verwerker van suikerbieten in het Verenigd Koninkrijk. British Sugar's omzet bedroeg in 1984/1985 637 712 000 pond sterling en de winst voor belastingheffing bedroeg 53 564 000 pond sterling.

BS is een dochteronderneming van S & W Berisford plc, hierna „Berisford" te noemen. Berisford heeft BS in augustus 1982 overgenomen na een onderzoek naar deze fusie door de „Monopolies and Mergers Commission". Deze Commissie heeft in haar verslag aanbevolen dat de fusie doorgang kon vinden, en dat de mogelijke negatieve gevolgen voor het algemeen belang konden worden vermeden door een door Berisford aangegane verbintenis :

— om geen handel meer te drijven in Tate & Lyle-suiker en -suikerprodukten, behalve voor de aankoop van suiker voor de verwerking in Berisford's en BS' eigen produkten ; en

— om BS als een afzonderlijke dochteronderneming te handhaven zonder ingrijpende wijzigingen in haar activiteiten of doelstellingen.

In 1981 werden de verbintenissen met de Britse staatssecretaris overeengekomen en de fusie vond doorgang. In overeenstemming met deze verbintenissen verkocht Berisford aan NB : S & W Berisford (Sugar) Ltd, Berisford's Britse Suikerhandelsmaatschappij. Berisford's huidige suikerbelangen zijn beperkt tot de produktie van suiker door BS alsmede tot de aan- en verkoop van suiker op de wereldmarkt voor de rekening van Berisford door haar dochterondernemingen J. H. Rayner Ltd te Londen, Lonray Inc. te New York, Etlafric SA te Parijs en Intertransazuckerhandels GmbH te München.

(3) In de „Sugar Act" van 1956 werd BS een wettelijk monopolie gegeven voor de produktie van bietsuiker in het Verenigd Koninkrijk. BS stelde daarbij vrijwillig een beperking van 640 000 ton aan het volume geraffineerde suiker dat zij produceren zou waarbij de overschotten ruwe suiker aan de rietsuikerraffinaderijen werden verkocht. Bij de toetreding tot de Gemeenschap kwam de Britse suikermarkt onder de suikerregeling van het gemeenschappelijk landbouwbeleid.

Als de enige Britse bietsuikerproducent ontving BS de gehele Britse basishoeveelheid suiker op grond van de EEG-suikerregeling ; BS is daarmee de enige Britse onderneming die zich bezighoudt met de produktie van bietsuiker.

(4) NB is de grootste suikerhandelaar in het Verenigd Koninkrijk. De vennootschap houdt zich bezig met de aankoop en verkoop van suiker (invoer en vervoer inbegrepen) als handelaar voor eigen rekening en voor rekening van derden. De omzet van NB bedroeg in 1985 300 398 479 pond sterling en haar winst vóór belastingheffing over haar gewone activiteiten bedroeg 1 512 817 pond sterling.

Als suikerhandelaar koopt en verkoopt NB op twee manieren suiker : voor eigen rekening („real merchanting"), waarbij de handelaar de suiker in bulk koopt en deze met een prijsopslag aan andere afnemers doorverkoopt, en *handel* — voor rekening van derden („nominal merchanting"), waarbij een afnemer via een handelaar een bestelling plaatst zodat de handelaar tot taak heeft voor zijn klant de beste condities te verkrijgen. De handelaar ontvangt voor deze dienst betaling. De handelaar kan er de voorkeur aan geven de suiker met gebruikmaking van zijn eigen vervoermiddelen aan zijn klant te leveren ; NB heeft inderdaad met het oog daarop haar eigen vervoermiddelen.

(5) Eind 1984 werd 39 % van de aandelen van NB aangekocht door Whitworths Holdings Limited, hierna „Whitworths" te noemen. Whitworths is een onderneming die zich bezighoudt met de invoer en verkoop van produkten als gedroogde vruchten, rijst, noten en specialiteitssuiker. Als onderdeel van de bovengenoemde transactie beloofde Whitworths dat alle verkopen van suiker onder de naam „Whitworths" in de toekomst zouden plaatsvinden door NB en niet door Whitworths zelf. Dit betrof kristalsuiker, witte suiker en specialiteitssuiker.

C. Het produkt

(6) Het produkt waarop deze beschikking betrekking heeft, is kristalsuiker uit suikerbiet of suikerriet.

Deze suiker wordt voor de kleinhandel dan wel voor industrieel gebruik verkocht. Voor industrieel gebruik wordt de suiker in bulk (tankers) of in zakken van 50 kg verkocht. Voor de kleinhandel wordt de suiker verpakt verkocht, gewoonlijk in papieren zakken van 1 kg.

Kristalsuiker heeft voor de kleinhandel of de industrie ongeacht of deze suiker uit suikerbiet of uit suikerriet is geproduceerd, dezelfde eigenschappen. Kleinhandelssuiker is in feite industriesuiker die voor de kleinhandel is verpakt.

D. De klacht

(7) Met een formeel verzoek van 19 september 1980 volgens artikel 3 van Verordening nr. 17 dienden NB en enkele andere Britse suikerhandelaren bij de Commissie een klacht in die inhield dat BS in strijd met artikel 86 van het EEG-Verdrag handelde.

De oorspronkelijke klacht was gebaseerd op de bewering dat BS, door klanten aan te trekken die rechtstreeks met haar en niet via handelaren zouden moeten handelen, misbruik maakte van haar machtspositie. Een deel van dit geschil, dat grotendeels de oorspronkelijke specifieke beweringen in de bovengenoemde klacht omvatte, werd na onderhandeling bijgelegd of is door een verandering in de omstandigheden achterhaald. NB hield echter staande dat BS een gedrag volgde dat uiteindelijk bestemd was de handelaren van de Britse suikermarkt te verdrijven.

(8) In oktober 1983 besloot NB een poging te doen handel voor eigen rekening te drijven in kleinhandelssuiker, hetgeen vroeger door handelaren alleen met grote hoeveelheden industriesuiker was gedaan. NB bestelde 50 000 ton kleinhandelssuiker (Silver Spoon) bij BS. Na langdurige onderhandelingen kwam NB tot de overtuiging dat met BS voor de aankoop van deze suiker geen overeenstemming mogelijk was. Om dit probleem op te lossen kwam NB met Whitworths overeen industriesuiker onder het merk „Whitworths" voor de kleinhandel te verpakken. Met het oog daarop werd 25 000 ton industriesuiker in bulk door NB bij British Sugar gekocht, te leveren in de periode juli 1985 tot en met december 1985 [1]. Een deel van deze suiker

[1] Contracten nr. 1/338 en nr. 1/340 van 21. 2. 1985.

was bedoeld voor verpakking in kleinhandelspakken. Bij de aankoop was British Sugar niet van het voorgenomen gebruik van de suiker op de hoogte.

NB begon haar nieuwe merk medio 1985 te verkopen en kort daarna trad een „nieuwe fase" in de zaak in, toen NB beweerde dat BS pogingen deed haar uit de kleinhandelssuikermarkt te verdrijven. Deze „nieuwe fase" in de zaak ving daadwerkelijk aan op 26 juli 1985, toen NB voor het eerst de aandacht van de Commissie vestigde op de problemen die zij bij haar verpakkingsoperaties ondervond, naar zij beweerde als gevolg van het optreden van BS. NB breidde vervolgens haar formele klacht uit met de bewering dat BS met het oogmerk NB van de kleinhandelssuikermarkt te verdrijven, onder andere de hierna omschreven gedragingen volgde. Deze beweerde gedragingen van BS brachten NB ertoe op 20 december 1985 een verzoek om tussentijdse maatregelen in te dienen om haar positie, hangende een eindbeschikking van de Commissie over de zaak ten principale, te vrijwaren.

E. Mededeling van punten van bezwaar, houdende voorlopige maatregelen; verbintenis van BS

(9) De Commissie zond BS op 8 juli 1986 een mededeling van punten van bezwaar houdende voorlopige maatregelen. Vervolgens bood BS de Commissie per brief van 5 augustus 1986 over de in de bovengenoemde mededeling aangestipte punten een verbintenis aan. De Commissie aanvaardde deze verbintenis bij brief van 7 augustus 1986. In deze brief merkte de Commissie op dat:

„Het aanvaarden van deze verbintenis niet vooruitloopt op de uiteindelijke beslissing over de zaak die, ceteris paribus, zal worden voortgezet tot een eindbeschikking".

(10) Hierna deelde BS de Commissie, in oktober 1986, mede dat zij een algeheel nalevingsprogramma wilde uitvoeren om ervoor te zorgen dat de vennootschap in de toekomst al haar verplichtingen uit hoofde van artikel 85, lid 1, en met name artikel 86 van het Verdrag, zou nakomen. Dit programma is vervolgens vastgesteld (1). De Commissie beschikt niet over aanwijzingen dat BS sinds zij de verbintenissen aanbood, met het misbruiken van haar hierna omschreven machtspositie is doorgegaan.

De Commissie erkent dat noch de verbintenis van BS in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar houdende voorlopige maatregelen, noch het vaststellen van een nalevingsprogramma op enigerlei wijze gelijk zou staan met een erkenning van aansprakelijkheid door BS ten aanzien van de beweringen jegens haar in die mededeling.

F. Aangelegenheden waarop deze beschikking betrekking heeft

(11) Het onderdeel van het verzoek van NB dat in deze beschikking wordt behandeld, heeft betrekking op de bewering van NB dat BS na de uitbreiding van haar activiteiten naar de kleinhandelssuikermarkt onder andere:

— weigerde aan NB suiker te verkopen,

— prijsstellingspraktijken volgde die ten doel hadden NB van de kleinhandelssuikermarkt te verdrijven,

— weigerde suiker te leveren af fabriek,

— weigerde NB alleen bietsuiker te leveren,

— een bepaalde inkoopgroep, waarvan de leden bij Napier Brown kochten, „groepsverbintenis- of getrouwheidsbonussen" bood, ten einde de gehele groep ertoe te bewegen uitsluitend suiker bij British Sugar te kopen.

(12) Deze beschikking houdt ook rekening met een onderwerp, namelijk het BS-beleid van „afvoering van de lijst" („de-listing"), dat door Napier Brown in haar klacht niet werd aangesneden, maar waarover de ambtenaren van de Commissie informatie verkregen bij een inspectie ten kantore en via latere informatie.

G. „Afvoering van de lijst"

(13) De Commissie kreeg kennis van de feiten in deze afdeling als gevolg van het kopiëren van bepaalde documenten door haar inspecteurs tijdens een bij BS uitgevoerde verificatie. Hoewel de Commissie over de volgende feiten geen beschikking uit hoofde van artikel 85, lid 1, of uit hoofde van artikel 86 wil nemen, moeten bepaalde gedragingen van BS worden geschetst ten einde haar onderliggende strategie bestaande uit gedragingen welke de Commissie als misbruik van BS' machtspositie beschouwt, in een juiste samenhang te plaatsen.

(14) Whitworths verpakt industriesuiker voor NB in kleinhandelszakken. NB verkoopt deze suiker vervolgens onder het handelsmerk van Whitworths.

(15) De Commissie heeft kunnen vaststellen dat BS, in dezelfde tijd waarin NB de kleinhandelssuikermarkt binnenkwam, met een beleid aanving waarbij zij belangrijke verkooppunten voor kleinhandelssuiker zou bezoeken en deze een of meer BS-produkten tegen zeer interessante prijzen zou aanbieden onder voorwaarde dat deze afnemer dan Whitworths-produkten „van de lijst zou afvoeren" of zou weigeren in voorraad te nemen.

(1) De tekst van dit programma kan worden verkregen bij de Commissie, Brussel, tel. (02) 235 23 64.

(16) Zo wilde BS offerten maken waaraan niet noodzakelijk de voorwaarde was verbonden dat de klant bereid zou zijn om zijn behoeften aan een of meer produkten bij BS te dekken, maar waarbij de klant zich bereid zou verklaren geen of bepaalde produkten niet meer bij Whitworths te kopen. Uit interne documenten waarvan bij de inspectie bij BS kopieën werden gemaakt, blijkt duidelijk dat bij BS een dergelijk beleid in bespreking was en werd overwogen. Uit verdere documenten blijkt dat BS ook trachtte dit beleid te volgen en latere pogingen om Whitworths van de lijst af te voeren hadden niet slechts betrekking op kristalsuiker maar ook op specialiteitssuiker en gedroogde vruchten, gebieden waar Whitworths van oudsher een goede reputatie heeft.

(17) Onder de documenten die bij BS werden verkregen en waaruit blijkt dat de firma trachtte deze gedachten in praktijk te brengen, bevindt zich een document onder de titel „anti-Whitworths actie", waarin betreffende merksuiker van Whitworths het volgende is te lezen :

„Zij hebben een goede distributie bij Browns, Dems, etc. U moet per rekening hun kracht omschrijven en specifieke voorstellen doen om hen van de lijst af te voeren. U moet agressief zijn. Ik weet dat er al veel werk in die zin is verricht. Een en ander bijwerken, a.u.b.

...

Willen wij erin slagen de bedreiging van Withworths af te wenden, dan MOETEN wij op alle fronten aanvallen. Het is tijd om lastig te worden !".

(18) Onder de documenten die bij BS werden verkregen en waaruit blijkt dat BS vervolgens dit beleid in praktijk trachtte te brengen, bevinden zich de notulen van een vergadering in antwoord op de „anti-Whitworths actie"-nota. In deze nota vindt men de voornaamste kopers van specialiteitssuiker, onder vermelding van die bij wie Whitworths wel en bij wie niet op de lijst stond. Van de betrokken ondernemingen is het volgende van betekenis :

„[...] (1) — volledig van de lijst afgevoerd.

[...] — is er aanwezig. Ons voorstel is als enige te leveren (thans T & L en Whitworths). NTG in actie.

Cash & Carry/Wholesale — sterke aanwezigheid van Whitworths. Wij hebben goede offerten maar slechte distributie. NGT/SP moet op de volgende onderhandelingsvergadering geëntameerd.".

(19) Uit deze feiten blijkt duidelijk dat BS een beleid had waarbij verwijdering van NB uit de kleinhandelssuikermarkt met alle beschikbare middelen moest worden verhaast. De diensten van de Commissie hebben echter geen geval kunnen constateren waarin dit „van de lijst afvoeren" met succes bleek te zijn bekroond. In dit licht gezien acht de Commissie het niet nodig in deze zaak een beschikking te geven waarbij wordt vastgesteld dat BS met het volgen van dit beleid van haar machtspositie misbruik maakte.

(1) In de voor bekendmaking bestemde versie van deze beschikking zijn enige gegevens weggelaten, conform de bepalingen van artikel 21 van Verordening nr. 17 betreffende het niet-prijsgeven van zakengeheimen.

H. De beweerde misbruiken

Leveringsweigering

(20) NB beweerde in haar klacht dat BS impliciet weigerde NB industriesuiker te verkopen, zodat deze duurdere voorraden moest kopen bij ondernemingen in andere Lid-Staten, en voorts dat BS deze weigering uitsprak om ervoor te zorgen dat NB zich uit de kleinhandelssuikermarkt zou terugtrekken.

(21) De overeenkomsten van 21 februari 1985 tussen BS en NB voor de levering van suiker tussen juli en december 1985 liepen in december 1985 af. Inzake leveringen na december 1985 waarschuwde NB telefonisch op 3 oktober 1985 BS dat zij suiker nodig zou hebben, gevolgd door een formele schriftelijke bestelling van 30 000 ton suiker per brief van 17 oktober 1985. BS deelde de diensten van de Commissie vervolgens mee dat zij de bestelling zou behandelen na de bijeenkomst met DG IV op 28 november 1985. De diensten van de Commissie deelden BS mede dat de Commissie geen betoog van BS dat zij al haar A/B-quota tussen NB's bestelling en BS' ontmoeting met de diensten van de Commissie had verkocht als rechtvaardiging voor een weigering om aan NB suiker te verkopen, zou accepteren.

(22) Op de genoemde bijeenkomst met de diensten van de Commissie zette BS haar bedoelingen uiteen :

— volgens de vorige overeenkomst had NB een aantal partijen suiker geweigerd omdat de korrel van de suiker buitensporig groot was in vergelijking tot de type-analyse van BS die overal beschikbaar was. BS bood daarom 30 000 ton per jaar suiker van een speciale korrelomvang aan tegen een toeslag boven de prijs van standaard-kristalsuiker van minimaal 26,32 pond sterling per ton (een contract van vijf jaar met een prestatieconditie), waarbij de levering ongeveer juli 1986 zou beginnen, indien een speciaal sorteringsapparaat kon worden geïnstalleerd ;

— BS besefte dat zij als gevolg van de EEG-suikerregeling beperkte voorraden suiker te koop zou hebben en verwachtte in het seizoen 1985/1986 suiker tekort te komen, omdat zij van klanten gedurende de eerste maanden van het nieuwe seizoen een ongewoon sterke vraag had ondervonden. Om de continuïteit van de levering aan haar afnemers te waarborgen, had BS een quotasysteem ingevoerd : elke klant zou slechts hoeveelheden mogen kopen die gelijk waren aan die welke hij in het voorafgaande seizoen had gekocht (en niet die welke hij was

overeengekomen). Voor NB zou dit quotasysteem ten gevolge hebben dat BS haar het volgende aanbod zou doen : van de contracten nr. 1/338 en nr. 1/340 voor levering tussen juli en december 1985 had NB volgens de op deze regeling toe te passen berekeningen gedurende het suikerjaar 1984/1985 (1 oktober 1984 tot en met 30 september 1985) 17 148 ton afgenomen. Zou NB de „speciale korrel"-offerte niet aanvaarden dan zou zij daarom recht hebben op 17 148 ton in het suikerjaar 1985/1986, waarvan NB reeds was overeengekomen dat zij tussen oktober en december krachtens de contracten nr. 1/338 en nr. 1/340 10 000 ton zou afnemen. Zo zou BS nieuwe extra contracten voor standaard-korrelsuiker sluiten voor een totaal van 17 148 − 10 000 ton = 7 148 ton, aan NB te leveren in het suikerjaar 1985/1986.

Deze offerte werd NB door BS gedaan per brief van 11 december 1985, met de contracten nr. 1/872 en nr. 1/873, waarmee vervolgens deze offerte werd uitgevoerd.

(23) De Commissie onderzocht NB's beweringen door overeenkomstig artikel 11 van Verordening nr. 17 inlichtingen te vragen en later door een inspectie ten kantore van BS uit hoofde van artikel 14, lid 2, van Verordening nr. 17. Na deze verificaties concludeerde de Commissie dat de weigering van BS om aan NB haar behoeften aan industriesuiker te leveren niet door een tekort aan suiker kon worden gerechtvaardigd. Het door BS ingevoerde quotasysteem was onnodig, werd op een discriminatoire wijze jegens NB toegepast en alleen ingevoerd om BS' weigering om te leveren te rechtvaardigen. Voorts kan deze weigering niet worden gerechtvaardigd door BS' „speciale korrel"-offerte. De Commissie onderzocht deze offerte in het licht van alle beschikbare feiten en concludeerde dat zij evenals het quotasysteem onnodig was en alleen werd gemaakt in een poging de weigering van BS om aan NB standaard-industriesuiker te leveren, te rechtvaardigen.

De feiten die de Commissie tot deze conclusie hebben gebracht, zijn :

a) Sommige documenten welke gedurende de inspectie bij BS door de Commissie zijn ontdekt, tonen aan dat BS overwoog te weigeren aan NB suiker te verkopen en daarover sprak. Een nota van de „Executive Marketing and Sales Director" (1), in het dossier opgenomen onder „Whitworths", luidt als volgt :

„NB/whit.

...

NB : — continent
— kosten
— overeenkomst afsnijden
— geen nieuwe overeenkomst
— T/L geen nieuwe overeenkomst".

Dit document werd volgens de bovengenoemde directeur ongeveer in augustus 1985 geschreven. Daaruit blijkt dat BS toen overwoog levering aan NB te weigeren. In dit verband moeten de volgende feiten worden gezien waaruit blijkt dat het quotasysteem alleen werd ingevoerd als grond voor de weigering van BS om aan NB te leveren.

b) Ondanks het feit dat de „Managing Director" van BS (2) op een bijeenkomst met de diensten van de Commissie eind november 1985 verklaarde dat de toepassing van het quotasysteem jegens al de klanten van BS algemeen was geweest en nog was, ontdekte de Commissie later dat BS was overeengekomen in het seizoen 1985/1986 aanzienlijk meer suiker aan bepaalde klanten te verkopen dan de onderneming in het seizoen 1984/1985 had gedaan.

In sommige gevallen werden de overeenkomsten inzake deze verhoogde industriesuikerleveranties nog in oktober 1985 gesloten, de maand waarin NB om extra levering van industriesuiker van BS verzocht.

c) Uit een aantal documenten waarvan bij de inspectie bij BS kopieën werden gemaakt blijkt dat BS zelfs na de formele invoering van de quotaregeling suiker was blijven aanbieden, vooral in de kleinhandel, aan andere klanten en met name aan klanten of voormalige klanten van NB.

Het belang van BS bij een uitbreiding van haar verkopen aan suikerkopers blijkt bij voorbeeld uit de notulen van haar „Sales Production Coordinating Committee" van 14 november 1985 :

„Kleinhandel

i) SP bevestigde dat er in periode 1 een tekort was van 4 000 ton ten opzichte van de voorspellingen — men verwachtte dat het tekort in periode 2 zou dalen tot 1 000 ton ondanks de algemene daling van de Britse markt met ongeveer 6 %.

ii) Ondanks het bovenstaande verwacht men dat de voorspelling van dit jaar van [...] ton kan worden gehaald.

iii) SP vatte de voornaamste klantenactiviteit als volgt samen :

[...] per jaar totaal gebruik onderhandelingen voortgezet.

[...] — wij hebben [...] van hun handel en stellen alles in het werk om dit percentage tot [...] te verhogen.

(1) Medio 1986 nam een nieuwe „Executive Marketing and Sales Director" deze functie over.

(2) Medio 1986 nam een nieuwe „Managing Director" deze functie over.

[...] — wij hebben thans [...] van hun totale verbruik en hopen dit te verhogen tot [...]

Solus — waaronder [...] enz., wij hopen slechts dat wij onze positie bij deze klanten kunnen handhaven.".

d) Uit sommige BS-documenten waarvan tijdens de verificatie afschriften zijn vervaardigd, blijkt dat het „suikertekort" dat naar BS beweert de toepassing van haar quotasysteem zou rechtvaardigen, in feite door BS niet als een reëel probleem werd beschouwd. Hoewel de leveringen aan industriële klanten ten opzichte van het voorafgaande jaar stegen, compenseerde de teruggang in de kleinhandelssector deze stijging en bestond er geen werkelijk tekort.

In een document „suikerverkopen tot op heden" (30 december 1985) is te lezen :

„Op het huidige activiteitspeil bedraagt de jaarlijkse raming voor industriële verkopen ongeveer [...] ton. [...] van de voorspelling voor de campagne is tot op heden behandeld. Desondanks kan het volledige jaareffect van de huidige activiteit nog niet worden beoordeeld omdat er nog altijd de mogelijkheid bestaat van een ongunstige afloop van de onderhandelingen met klanten in de tweede helft van het jaar.

Bijgevolg is de laatste jaarlijkse raming (januari 1986) voor industriële verkopen [...] ton, dat is [...] ton boven de voorspelling voor de campagne van [...] ton.

Kleinhandelsverkopen lagen met [...] ton [...] ton onder de voorspelling. Daarin komt het effect tot uiting van de nettoverliezen aan handel tot op heden. Er zijn van de voorspelling voor de campagne van [...] ton drie klanten verloren gegaan met een gezamenlijke jaarlijkse omvang van [...] ton. Daartegenover staan een aantal voordelen, met het netto gevolg dat de jaarlijkse verkopen [...] ton beneden de jaarlijkse raming blijven (januari 1986) van [...] ton. Marketing verwacht dat het tekort in de latere perioden kan worden goedgemaakt.".

Voorts valt in een voortgangsrapport voor een Directievergadering van 28 februari 1986 te lezen :

„Verkopen + afzet

a) Kleinhandel

Naar de huidige schatting zal de kleinhandel voor 1985/1986 ongeveer 6 % dalen ten opzichte van het voorafgaande jaar, aangenomen dat de huidige distributie gelijk blijft. Het winnen van nieuwe klanten om iets van deze verloren hoeveelheid goed te maken blijft momenteel beperkt wegens de actie van NB bij de EEG-Commissie.

b) Industriesuikerverkopen

De trends blijven sterk en 1985/1986 kan naar men verwacht ten minste het budget halen : dit vertegenwoordigt een stijging van 4 % ten opzichte van het voorgaande jaar.

De import blijft op laag niveau en wordt verder beperkt door de geldende prijsverschillen tussen het vasteland en Engeland.".

e) Uit door de Commissie ontdekt bewijsmateriaal blijkt dat de quotaregeling in werkelijkheid alleen jegens NB werd toegepast, omdat BS bereid bleef klanten te leveren die, indien dit noodzakelijk zou zijn om verkopen boven haar quota te dekken, suiker bij andere suikerfabrikanten kochten. In een interne BS-nota aan haar „Managing Director" (januari 1986) staat bij voorbeeld dat de oogmerken van BS bij de suikerverkoop waren :

„onze verbruikersbasis zo groot mogelijk te maken en het aandeel tot voorbij de quotabeperkingen via suikeraankoop uit te breiden ; de kleinhandel tegen NB te beschermen ; de marges voor industrieverkopen boven de bodemprijs te verbeteren.".

f) Uit een document dat bij BS werd gekopiëerd, blijkt dat de feitelijke toepassing van de quotaregeling op discriminerende wijze geschiedde ; NB werd de hoeveelheid suiker waarop zij krachtens de quotaregeling recht had, niet eens aangeboden. Was de quotaregeling op correcte wijze toegepast, dan zou NB volgens de berekeningen van BS zelf in het seizoen 1985/1986 hetzelfde volume suiker hebben ontvangen als zij in het voorafgaande seizoen had gekocht en ontvangen. In een interne BS-nota staat echter :

„Plus factors
Post december 85 — [... ...]

Minus factors
Post december 85 — [... ...]

NB [...]".

g) De quotaregelingen van BS hadden ingrijpende gevolgen kunnen hebben voor een van haar klanten die in het suikerjaar 1985/1986 meer suiker van BS had willen kopen dan het volume dat hij het suikerjaar 1984/1985 van BS had gekocht, omdat BS wegens de quotaregeling gedwongen zou zijn geweest deze klant suiker boven zijn quota te weigeren. Men zou dan ook verwachten dat een verantwoordelijke vennootschap haar vaste klanten over haar quotasysteem zou hebben ingelicht om hun de gelegenheid te geven de nodige regelingen te treffen.

In een antwoord op een verzoek om inlichtingen uit hoofde van artikel 11 van Verordening nr. 17 betreffende de klanten welke BS had medegedeeld dat zij een quotasysteem toepaste, verklaarde BS echter dat zij drie suikerhandelaren te zamen met [...] (een onderneming waaraan BS in het seizoen 1985/1986 meer verkocht dan gedurende het voorafgaande seizoen) en de [...] had ingelicht. In feite deelde BS deze vennootschappen en suikerhandelaren slechts mede dat zij „mogelijk in 1986 in een beperkte leveringssituatie kon verkeren ... (en het dus) noodzakelijk is dat wij indicaties voor een mogelijke verstoring van deze hoeveelheden bespreken.".

Het feit dat BS geen pogingen deed haar oude klanten van het bestaan van de quotaregeling in kennis te stellen, wijst erop dat de quotaregeling in feite alleen was bestemd om op NB te worden toegepast.

h) Uit interne documenten van BS uit januari 1986 blijkt dat BS zich alleen afvroeg of zij de quotaregeling drie maanden na haar invoering al dan niet jegens andere klanten dan NB had toegepast, en alleen belang stelde in de toepassing van de quotaregeling wegens het optreden van de Commissie en niet wegens de schaarste aan suiker.

De volgende nota werd op 23 januari 1986 door de „Executive Marketing and Sales Director" gezonden aan de „Managing Director" en de „General Sales Manager for Industrial Sales":

„Industriesuiker — nieuwe aanvragen van klanten

Ik sluit hierbij twee binnengekomen verzoeken in. Wij moeten eraan denken dat een poging om „ons erin te laten lopen" onder de huidige omstandigheden niet onmogelijk is en dat deze verzoeken om inlichtingen met dat doel kunnen zijn gedaan. Ik geloof dat het onze huidige praktijk is dat deze zaken worden doorgegeven aan de handelaren en verzoek U ervoor te zorgen dat dit in deze twee gevallen gebeurt.

Wij hebben afgesproken geen openbare aankondiging over onze toewijzingsregelingen te doen, om voor de hand liggende commerciële redenen. Niettemin moeten wij zeer zorgvuldig zijn met verzoeken om extra leveranties van klanten die, indien wij ze zonder meer inwilligen, nadelig zouden zijn. Ik wil de verkoopafdeling in het geheel niet afhouden van hun uitbreiding van onze klantenkring en de verkopen die wij met winst kunnen verrichten en hoop dat wij een manier kunnen vinden om aan de vraag van al onze klanten te voldoen zonder onze status te schaden; U zult ongetwijfeld persoonlijk verzoeken om extra leveranties ontvangen — ik zou het op prijs stellen indien U mij daarover op de hoogte houdt.".

i) Deze weigering om te leveren kan niet worden gerechtvaardigd door de „speciale korrel"-offerte van BS, omdat uit de feiten blijkt dat de offerte niet door NB werd gevraagd en bovendien door BS moet zijn gedaan in de wetenschap dat NB de betrokken suiker niet kon kopen en gebruiken tegen de prijzen welke BS berekende.

Rekening houdend met het feit dat een klein verschil in de prijs van suiker (een verbruiksartikel) een aanzienlijk verschil maakt bij de vraag of een handelaar de suiker al dan niet aan een industriële klant kan verkopen, dan wel haar voor de kleinhandel met winst kan verpakken en verkopen in concurrentie met andere kleinhandelssuikerproducenten, moet het BS, toen zij deze „speciale korrel"-offerte maakte, duidelijk zijn geweest dat NB zulk een offerte niet kon aanvaarden omdat zij de betrokken suiker niet met winst in kleinhandelsvorm of aan industriële afnemers onder reële handelscondities had kunnen doorverkopen.

Het prijsstellingsbeleid van BS

(24) NB beweert dat BS tussen begin 1985 en 1986 de kleinhandelssuikerprijzen van NB jegens klanten of potentiële klanten had onderboden tot een niveau waarop een suikerverpakker in het Verenigd Koninkrijk zonder een interne bron aan industriesuiker op lange termijn niet had kunnen overleven, en zo een onrealistisch lage marge tussen haar prijzen voor industriële en kleinhandelssuiker in stand hield met het doel NB uit de markt te verdrijven. NB beweert ook dat BS tot eind 1986 weigerde suiker aan klanten voor gebruik op de relevante markt te leveren anders dan op afleveringsbasis.

Feiten welke door de Commissie met betrekking tot het prijsstellingsbeleid van BS werden vastgesteld

a) Het prijsstellingsbeleid van BS met betrekking tot kleinhandelssuikerverkopen

(25) In een geval als het onderhavige, waarin wordt beweerd dat een onderneming een machtspositie inneemt op de markten voor zowel de levering van een grondstof als een produkt beneden in de bedrijfskolom, en waarin voorts wordt beweerd dat de onderneming met de machtspositie een kunstmatig lage marge tussen de prijs van de grondstof (industriesuiker) en de prijs van het produkt boven in de bedrijfskolom (kleinhandelssuiker) in stand houdt, moet de analyse van de prijsstelling gericht zijn op het verschil tussen de verkoopprijs van de grondstof van de vennootschap met de machtspositie en haar prijzen voor de produkten boven in de bedrijfskolom, in het onderhavige geval op de marge tussen de prijs van BS voor industriesuiker en die welke zij voor haar kleinhandelssuiker berekende (de verpakkingsmarge).

(26) Hierna volgen de herverpakkingsmarges welke door NB en BS zijn medegedeeld (prijs in pond sterling per ton) en betrekking hebben op de betrokken periode :

	NB	BS
Kosten verpakking (met inbegrip van opslag- en financieringskosten)	[...] (1)	[...]
Transportkosten	[...]	[...]
Reclame	[...]	[...]
Winstmarge	[...]	[...]
Totaal	[...]	[...]

(1) Dit bedrag zou met [...] per ton zijn verlaagd indien NB alleen bietsuiker voor herverpakking had ontvangen.

Er dient opgemerkt dat het voornaamste verschil tussen de twee verpakkingsmarges welke respectievelijk door BS en NB zijn opgegeven in het vervoer is gelegen. Dit komt omdat BS een stelsel toepaste van alleen afleveringsprijzen. Zo is de door BS berekende marge (te weten de marge boven de industriesuikerprijs van BS die zelf reeds een standaardbedrag voor de leverantie van die industriesuiker omvatte) niet anders dan de door BS gemaakte kosten voor de aflevering van de kleinhandelssuiker boven haar kosten bij de leverantie van industriesuiker. NB moest daartegenover voor de leverantie van industriesuiker van BS die in de betaalde prijs is berekend (BS weigerde NB toe te staan de suiker af te halen) een standaardbedrag betalen en moest bovendien haar vervoerkosten voor kleinhandelssuiker voor haar rekening nemen.

(27) Aan NB werd in de betrokken periode door BS industriesuiker aangeboden voor [...] per ton en zij kocht deze.

[...], de voornaamste klanten of voormalige klanten van NB, kregen uiteindelijk een aanbod van verpakte suiker van BS tegen een nettoprijs van [...]. [...], een oude klant van BS, die door NB werd benaderd, kreeg ook verpakte suiker door BS aangeboden tegen een nettoprijs van [...] (zie de tabellen hieronder).

Naast de zeer aantrekkelijke prijs van [...], welke door een bestuursvergadering van [...] op 17 december 1985 werd aanvaard, ontving [...] deze met terugwerkende kracht tot [...] als korting in contanten die rechtstreeks aan de [...] werden uitgekeerd.

[...] ontving de offerte van [...] netto per ton [...] en kreeg daarvoor terugwerkende kracht tot [...].

[...] legde uit dat het algemeen gebruik is, wanneer een bepaalde overeenkomst voor de levering van suiker afloopt en de onderhandelingen over toekomstige leveranties nog niet zijn afgesloten, dat suikerverkopen tegen de oude prijs voortgaan, met dien verstande dat de nieuwe prijs tot het eind van de vorige overeenkomst terugwerkende kracht wordt toegekend.

In de onderhavige zaak werd de prijs welke BS door [...] werd betaald op [...] en [...] opnieuw bepaald, omdat er op [...] geen speciale overeenkomst afliep. Zo moeten dergelijke kortingen, rekening houdend met het feit dat de prijs tot een blijkbaar denkbeeldige datum terugwerkende kracht kreeg, en niet tot een datum met ingang waarvan onderhandelingen begonnen over een nieuwe suikerleveringsovereenkomst, worden beschouwd als extra prijskortingen aan [...], die ten doel hadden haar klandizie van NB terug te winnen. In feite kochten de [...] in deze periode [...] ton suiker over een periode van ongeveer [...] maand en ontvingen zij een korting van [...]. Dit komt, aangenomen dat [...] in het volgende jaar equivalente hoeveelheden aankopen, neer op een reële nettoprijs (inclusief korting) van [...] per ton.

(28) Uit de volgende tabellen blijken de prijsbewegingen en de offerten aan deze drie ondernemingen [...]:

Prijs waartegen [...] kleinhandels-kristalsuiker kocht (Bron : Antwoord [...] op artikel 11-brief; gebaseerd op maximum vrachtautolading met jaarlijkse stimuli)

Datum offerte	Aanbieder	Prijs (in pond sterling)	Aanvaard of niet
...	...	...	...
.	.	.	.
.	.	.	.
.	.	.	.
...	...	...	...

(Bron : [...])

Datum offerte	Aanbieder	Prijs (in pond sterling)	Aanvaard of niet
...	...	...	...
.	.	.	.
.	.	.	.
.	.	.	.
...	...	...	...

Prijs waartegen [...] kleinhandels-kristalsuiker kocht (Bron : [...])

Datum offerte	Aanbieder	Prijs (in pond sterling)	Aanvaard of niet
...	...	...	...
.	.	.	.
.	.	.	.
.	.	.	.
...	...	...	...

(29) Voorts heeft BS beneden de prijs van [...] per ton kristalsuiker in kilogrampakken verkocht aan de volgende ondernemingen :

[...]

Een verder onderzoek naar de namen van alle ondernemingen waaraan BS pakken kristalsuiker van 1 kg tegen of beneden de prijs van [...] pond sterling per ton heeft verkocht, is niet noodzakelijk omdat dit voor deze zaak irrelevant is.

(30) Aangenomen dat de herverpakkingsmarge van BS van [...] juist is (dat wil zeggen een winstmarge op de herverpakking buiten beschouwing gelaten), zou het minimum waartegen NB verpakte suiker kon verkopen zonder verlies te lijden (met gebruikmaking van bij BS gekochte industriesuiker), aangenomen dat het tegen de efficiency van BS opkon, [...] zijn. Aldus zouden NB en alle andere even efficiënte herverpakkers als BS met kleinhandelsprijzen onder de [...] onvoldoende marge krijgen om suiker voor kleinhandelsverkoop te verpakken en te verkopen, zelfs indien zij niet zouden proberen winst te maken.

(31) Bepaalde offerten van BS aan klanten of potentiële klanten van NB onderboden de door NB berekende prijzen en werden niet, zoals BS beweerde, gedaan om offerten van NB te evenaren.

Voorts werd in een memorandum van de „Executive Marketing and Sales Director" aan de „Managing Director" en andere „Executive Directors" van 8 april 1985 verklaard dat :

„Whitworths/NB dus dusver niet slaagden in een toename van hun verkoop van kristalsuiker bij een grote klant maar dat zij, naar het schijnt, in wanhoop een offerte maakten aan [...] waarin onze prijs krachtig wordt onderboden. Wij hadden daarom geen andere keus dan te reageren met een nieuwe lagere prijs dan de offerte van de concurrent" (onderstreping aangeduid voor deze beschikking).

In dit licht neemt de Commissie, rekening houdend met het feit dat BS de offerten van NB aan de bovenomschreven klanten heeft onderboden, niet aan dat BS niet wist dat zij in feite door NB gemaakte offerten onderbood.

b) Afleveringsprijzen

(32) Vóór augustus 1986 bood BS geen optie aan voor aankoop af fabriek.

Tijdens bijeenkomsten tussen BS en de diensten van de Commissie in november 1986 beloofde BS suiker te zullen aanbieden niet alleen tegen prijzen inclusief aflevering, maar ook tegen prijzen af fabriek, en zegde de onderneming tevens toe te zullen bestuderen hoe die optie op de beste manier kon worden ingekleed.

Vervolgens legde BS de Commissie als onderdeel van haar nalevingsprogramma een regeling voor waarin de kopers van suiker kunnen kiezen tussen het zelf afhalen van de suiker en leverantie door BS. Deze regeling is vervolgens in toepassing gebracht.

Suiker uit bieten ; discriminatie

(33) NB klaagde dat BS, hoewel de overeenkomst voor de periode september 1985 tot maart 1986 kristalsuiker „code 701" betrof, hetgeen volgens NB suiker alleen uit bieten betekent, weigerde te garanderen dat zij van bieten afkomstig was, ook al was dit in bestellingen van NB onder deze overeenkomst specifiek aangegeven, en dikwijls suiker uit suikerriet leverde die door haar bij Tate & Lyle was gekocht. NB beweerde dat dit, omdat andere afnemers op verzoek wel degelijk uitsluitend bietsuiker ontvangen, een geval van discriminatie oplevert.

Ongeacht het geschil over de betekenis van „code 701" bepaalden de BS/NB-contracten uit februari 1986 (nr. 1/872, nr. 1/873) dat suiker uit bieten niet kon worden gegarandeerd.

(34) NB verlangt bietsuiker omdat zij een EEG-opslagbijdrage ontvangt voor het opslaan van in de Gemeenschap geproduceerde bietsuiker, maar niet voor de opslag van preferentiële rietsuiker.

(35) Er werd de begunstigden van de EEG-opslagkorting in het Verenigd Koninkrijk een formeel verzoek om inlichtingen overeenkomstig artikel 11 van Verordening nr. 17 toegezonden. [..., ..., ..., en ...] hielden vol dat zij op verzoek bietsuiker van BS ontvangen. Slechts één onderneming, [...], antwoordde : „Wij hebben een langdurige overeenkomst met BS dat alle door haar geleverde suiker uit het Verenigd Koninkrijk afkomstige bietsuiker moet zijn. Dit op ons verzoek". Er werd een kopie overgelegd van de brief van BS van 22 maart 1983 waarin dit werd bevestigd.

NB wilde de betrokken industriesuiker niet alleen kopen om deze in zakken voor de kleinhandel te verpakken, maar ook om hem te gebruiken voor verkoop aan haar klanten via haar normale handelsactiviteiten. Het is daarom duidelijk dat NB althans in dit opzicht rechtstreeks concurreert met [...], die in deze periode de optie had om de bij BS gekochte suiker in depot te nemen en de opslagbijdrage te innen welke NB niet kreeg. Ook is duidelijk dat BS zeer wel in staat is grote hoeveelheden bietsuiker te leveren indien zij dit zou willen, bij voorbeeld aan [...]. De Commissie is het derhalve niet eens met de bewering dat BS bij de levering van bietsuiker aan NB op onoverkomelijke moeilijkheden stuitte.

„Getrouwheids"- of „groepsverbintenis"-bonussen

Feiten die door de Commissie werden vastgesteld inzake de aanbieding van getrouwheidsbonussen door BS

(36) De [...] is een groep van [...] coöperaties die als aankoopgroep optreden.

Voordat NB de kleinhandelssuikermarkt binnenkwam, moesten alle coöperaties kristalsuiker kopen bij de „National Co-operative"-aankoopgroep, CWS, omdat BS en T & L niet individueel met leden daarvan handelden.

(37) In juni 1986 besloten twee leden van de groep, de [... en ...], een aanvang te maken met de aankoop van zakken kristalsuiker van 1 kg bij NB, die beloofde rechtstreeks aan individuele coöperaties te verkopen en niet uitsluitend aan CWS.

De offerten van NB aan [...] waren netto de volgende :

[...]
[...]

(38) BS besefte dat zij twee van haar zeven klanten in deze aankoopgroep had verloren en maakte de [...]-groep rechtstreeks met ingang van [...] de volgende offerte :

i) prijs ongeacht het aantal leden van de aankoopgroep dat bij BS koopt : [...].

ii) Getrouwheids-(„groepsverbintenis"-)bonus : [...] alleen beschikbaar indien alle leden van de [...]-groep uitsluitend bij BS kristalsuiker kopen (nettoprijs [...]).

(39) [...] beloofde vervolgens weer bij BS te zullen kopen, maar [...] weigerde. BS verklaarde dat de [...] leden die bij BS kochten onder die voorwaarden de „groepsverbintenis"-bonus konden ontvangen.

JURIDISCHE BEOORDELING

Artikel 86

(40) Krachtens artikel 86 is het onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van hun machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan.

A. De betrokken markt

(41) Opdat de Commissie kan vaststellen of BS een machtspositie inneemt in de zin van artikel 86, moet eerst de betrokken markt worden aangeduid. Deze wordt gevormd door het gebied en de produktensector waarbinnen de economische macht van de betrokken onderneming jegens haar afnemers en concurrenten moet worden beoordeeld.

De relevante produktenmarkt

(42) De relevante produktenmarkt is kristalsuiker. Deze markt kan in twee deelmarkten worden onderverdeeld, suiker voor verkoop aan de kleinhandel en aan industriële afnemers.

Specialiteitssuiker, vloeibare suiker en siroop worden voor andere doeleinden gebruikt dan kristalsuiker en vervullen niet dezelfde behoeften ; zij maken derhalve geen deel uit van de relevante produktenmarkt omdat zij niet vanuit het oogpunt van de verbruikers vervangbaar zijn.

Industrieel vervaardigde vervangingsmiddelen voor suiker zoals saccharine, cyclamaten of aspartamen concurreren met natuursuiker alleen bij beperkte toepassingen zoals „dieet"-produkten ; zij maken daarom geen deel uit van dezelfde relevante produktenmarkt als kristalsuiker (1).

De relevante geografische markt

(43) In de Gemeenschap (2) ontvangt elke Lid-Staat een basishoeveelheid bietsuiker welke hij in quota tussen zijn bietenverwerkende ondernemingen verdeelt. Deze suiker staat bekend als A/B-suiker.

(1) Zie voor meer bijzonderheden over de beschikbare zoetstoffen en hun eigenschappen de paragrafen 2.59 tot en met 2.75 van het rapport van de „Monopolies and Mergers Commission" over bestaande en voorgenomen fusies tussen Tate & Lyle plc of Ferruzzi Finanziaria SpA en S & W Berisford (MMSO (m 89)), hierna het „tweede MMC-rapport" te noemen.

(2) Zie voor een grondiger analyse van de mechanismen en regelingen die de EEG-suikerregeling vormen het rapport van de „Monopolies and Mergers Commission" over de voorgenomen fusie tussen S & W Berisford en de British Sugar Corporation Limited van 25 maart 1981 (ISBN 0 10 224181 3), hierna het „eerste MMC-rapport" te noemen, en het tweede MMC-rapport.

BS ontvangt de gehele Britse basishoeveelheid (momenteel 1 144 000 ton per jaar) omdat zij de enige Britse bietenverwerkende onderneming is. Deze „quota" is de maximumhoeveelheid door BS geproduceerde suiker welke zij in de Gemeenschap mag verkopen omdat er voor suiker die in de Gemeenschap wordt verkocht een interventieprijzenregeling van kracht is. Dit suikerquotum kan ook met een exportrestitutie buiten de Gemeenschap worden verkocht. Suiker die boven dit quotum wordt geproduceerd moet naar landen buiten de Gemeenschap worden geëxporteerd zonder exportrestitutie (C-suiker) of worden overgebracht naar het A/B-quotum van het volgende jaar. Bepaalde ondernemingen die in suiker handelen en suiker opslaan komen in aanmerking voor een EEG-suikeropslagbijdrage. Zulk een korting wordt alleen verleend over opslag van bietsuiker.

De Britse basishoeveelheid omvat ongeveer de helft van de totale suikerbehoeften van het land. De rest komt grotendeels uit de invoer van ruwe rietsuiker uit ACS-landen uit hoofde van een Lomé-protocol (1). Deze wordt door Tate & Lyle plc, hierna „T & L" te noemen, geraffineerd. Met inachtneming van de produktie van BS en T & L wordt in het Verenigd Koninkrijk genoeg suiker geproduceerd om de binnenlandse vraag te dekken.

(44) In de afgelopen jaren verzorgde import ongeveer 5 tot 10 % van het totale Britse suikerverbruik. Dit getal lijkt grotendeels een structurele grens aan de invoer te zijn en die zal om de volgende redenen waarschijnlijk niet boven dit cijfer uitkomen :

i) wegens de natuurlijke barrière van het Kanaal die extra vervoerkosten meebrengt, kunnen Britse suikerproducenten een toeslag leggen op de prijs van suiker ten opzichte van die op het vasteland. De Britse prijs wordt in het algemeen door BS iets beneden die waartegen suiker met winst uit het vasteland kan worden ingevoerd en verkocht, gesteld. Dit werd erkend in het „House of Lords Select Committee Report on Sugar Policy" (2) :

waarvan paragraaf 9 luidt :

„Het niveau van de marktprijzen in het Verenigd Koninkrijk wordt bepaald door deze (EEG-)import, hetgeen betekent dat zowel biet- als rietsuiker iets beneden dit niveau wordt geprijsd. Daarom is er een gebrek aan prijsconcurrentie omdat de totale raffinagemarge van Tate & Lyle wordt gedekt door de Britse markttoeslag en de onderneming zich niet kan veroorloven de prijzen aanzienlijk te verlagen, terwijl BS haar prijzen verlaagt zover als nodig is om haar stijgende transito te verkopen, maar niet verder. Wegens deze situatie zijn de industriële suikerafnemers bereid geweest vanaf het vasteland in te voeren als een derde aanvoerbron.".

Deze conclusie werd ondersteund door het tweede MMC-rapport in paragraaf 16.25.

ii) De invoer van suiker voor de kleinhandel uit andere Lid-Staten is nog moeilijker dan die van industriesuiker, omdat daarvoor speciaal zakken in de Engelse taal moeten worden gedrukt en omdat het vervoer nog duurder is omdat de „ladingen" voor de kleinhandel in het algemeen kleiner zijn dan voor industrieverkoop. Dit werd in de beide rapporten van de MMC erkend.

iii) Naast de vervoerkosten is de sterke of zwakke positie van het Engelse pond een relevante factor. Is het pond sterk ten opzichte van de andere EEG-valuta's dan zal de invoer goedkoper zijn. Is het pond zwak dan wordt de invoer duurder. Valutaschommelingen kunnen de prijs tot 15 pond sterling per ton in een van beide richtingen beïnvloeden. Hoewel het EEG-systeem van CMB beoogt de gevolgen van valutaschommelingen zo gering mogelijk te houden, neemt het niet alle distorsies weg. In de eerste drie maanden van 1986 werd bij voorbeeld het pond sterling zwakker ten opzichte van de valuta's van andere Lid-Staten zodat de invoer duur was. Daarom maakt geen onderneming die de sterke prijsschommelingen bij ingevoerde suiker in acht neemt, voor haar suikeraanvoer veel van invoer gebruik. In bepaalde perioden wordt de invoer van suiker echter, grotendeels wegens valutaschommelingen, rendabel. Dan gaan de handelaren wel tot import over.

iv) Veel afnemers voor wie omvangrijke, frequente en snelle leveranties op bestelling van levensbelang zijn, zouden moeten worden bevoorraad uit depots van ingevoerde suiker in Groot-Brittannië ; daaraan zouden extra kosten verbonden zijn.

v) Voorts zou, zoals de MMC in haar tweede rapport verklaarde, om een aanzienlijke ingevoerde hoeveelheid te verzekeren, een prijs nodig zijn die in Engeland aanzienlijk hoger lag dan op het vasteland, omdat aspirant-exporteurs

(1) Protocol 3 over ACS-suiker, bijlage bij de ACS-EEG-Overeenkomst van Lomé, ondertekend op 28 februari 1975, en protocol 7 van de derde ACS-EEG-Overeenkomst, ondertekend te Lomé op 8 december 1984.

(2) Vergadering Hogerhuis 1979/1980, 44e rapport „EEC Sugar Policy" van het „Select Committee on the European Communities" van 19 maart 1980.

wellicht een grote toeslag verlangen om over te gaan tot de uitvoer van grote hoeveelheden suiker naar Engeland, omdat zij bevreesd zijn voor vergeldende uitvoer door de Britse fabrikanten.

(45) Daarom neemt BS een marge in acht waarboven zij de Britse prijzen kan stellen, tussen de EEG-interventieprijs voor suiker en de prijs waarbij in grote hoeveelheden naar Engeland zou worden ingevoerd. Zij kan deze prijzen vaststellen juist onder het niveau waarop invoer vanuit het vasteland (afgezien van perioden waarin de valutaschommelingen invoer winstgevend maken) niet concurrerend is en heeft dit in de hier behandelde periode inderdaad gedaan.

(46) Er komt het Verenigd Koninkrijk niettemin ieder jaar in kleine hoeveelheden invoer binnen die schommelt tussen 5 en 10 % van de totale verkopen per jaar. Deze invoer komt voornamelijk binnen omdat alle grote suikerkopers een derde aanvoerbron van buiten het Verenigd Koninkrijk verlangen om zich van de continuïteit van de aanvoer te verzekeren indien er, zoals in het seizoen 1974/1975, een schaarste zou ontstaan, en om een pressiemiddel jegens de Britse producenten achter de hand te hebben. Voorts voeren de handelaren suiker in als de omstandigheden gunstig zijn.

(47) Gezien deze aspecten is de rol van de invoer op de Britse markt complementair geweest bij binnenlandse suiker en geen echt alternatief in de concurrentie.

(48) Het enige deel van het Verenigd Koninkrijk waar andere omstandigheden heersen, is Noord-Ierland. In Noord-Ierland wordt geen suiker geproduceerd en de voornaamste aanvoer komt, wegens de transportkosten, uit Ierland. Deze conclusie wordt bevestigd in het tweede MMC-rapport (zie paragraaf 16.27).

(49) De Commissie concludeert daarom dat de relevante markt met het oog op artikel 86 de markt is voor kleinhandels- en industriekristalsuiker in Groot-Brittannië, die een wezenlijk deel uitmaakt van de gemeenschappelijke markt.

B. Machtspositie

BS neemt op de Britse suikermarkt een machtspositie in

(50) De factoren waarmee rekening moet worden gehouden wanneer men wil uitmaken of BS al dan niet op de Britse markt voor industrie- en kleinhandelssuiker een machtspositie inneemt, zijn :

i) Marktaandelen op de Britse suikermarkt

Volgens door NB verstrekte cijfers bezette BS in het seizoen 1984/1985 58 % van de relevante markt (kristalsuiker in Groot-Brittannië), Tate & Lyle 37 % en invoer 5 %. Dit geschatte marktaandeel is in overeenstemming met de eigen schatting van haar marktaandeel door BS (vervat in de aanmelding van het nalevingsprogramma van BS), dat volgens de onderneming in het seizoen 1984/1985 ongeveer 58 % bedroeg.

In het tweede MMC-rapport ging men ervan uit dat BS bij de totale witte-kristalsuikersectie van de markt een marktaandeel van 57 tot 61 % innam (zie paragraaf 2.66 van het rapport).

ii) Het vermogen van de andere krachten op de relevante markt om te concurreren

a) Tate & Lyle

(51) De positie van T & L als suikerrietraffinadeur plaatst de onderneming vergeleken met BS in een zeer nadelige situatie. Wegens de EEG-prijsstellingsstructuur lijdt zij nadeel bij de kosten van de rietsuikerraffinage ten opzichte van de verwerking van bietsuiker, hetgeen ertoe leidt dat T & L de prijzen van anderen moet volgen. Dit werd in 1980 erkend door het „House of Lords Select Committee on EEC Sugar Policy" :

„Er is reeds een gemis aan prijzenconcurrentie op de Britse markt, omdat de institutionele prijsstellingsstructuur in de Gemeenschappen tot gevolg heeft dat Tate & Lyle een te geringe marge krijgt om in het Verenigd Koninkrijk met raffinage en verkoop van rietsuiker door te gaan als er niet een aanzienlijke markttoeslag op de interventieprijs wordt gelegd, terwijl dezelfde prijsstellingsstructuur de BSC een heel aantrekkelijke marge verleent (13 pond sterling per ton over de oogst van 1978/1979 ten opzichte van 2 pond sterling per ton voor Tate & Lyle).

Het „Committee" heeft nota genomen van de klacht van de suikerverbruikers inzake het gemis aan prijsconcurrentie op de Britse markt, omdat ondanks beweringen inzake een sterke prijsconcurrentie op de markt blijkt dat de Britse marktprijzen worden gedicteerd door de prijs waartegen suiker van het vasteland kan worden binnengebracht. Ook heeft het de indruk dat een van de twee voornaamste suikerleveranciers op de markt niet in staat is doeltreffend te concurreren wegens zijn kosten als gevolg van de ontoereikendheid van de raffinagemarge die rietsuikerraffinaderijen wordt toegekend in de institutionele structuur van ondersteuningsprijzen voor suikerbieten in de EEG.".

(52) De Commissie is het eens met het oordeel van het Hogerhuis en meent dat de feiten die aan dit oordeel ten grondslag liggen sinds 1981 niet ingrijpend zijn veranderd. Het feit dat BS prijsleider is en T & L als gevolg van de betrekkelijk geringe rietsuikerraffinagemarge de prijs moet volgen, werd ook opgemerkt in het tweede MMC-rapport (zie de paragrafen 16.37 en 16.59).

(53) Zo concludeert de Commissie dat BS op de relevante markt als prijsleider optreedt en T & L als prijsvolger. De Commissie is het met de MMC eens dat T & L, met kwantitatief dezelfde suikerverkopen als die van BS, BS bij individuele klanten concurrentie aandoet; zij vindt echter dat deze marginale concurrentie, gezien het feit dat T & L „niet in staat is op eigen initiatief prijsverhogingen toe te passen en wegens haar financiële positie geen algemene prijsverlagingen wil entameren (1)", BS niet verhindert op de relevante markt een machtspositie uit te oefenen.

b) Invoer

(54) Ingevoerde suiker vervult de rol van limiet aan de prijs welke BS voor haar binnenlandse suiker kan vragen en dus een limiet waaronder BS de Britse suikerprijzen kan bepalen. In de betrokken periode stelde BS de Britse prijzen juist onder die waartegen invoer logisch rendabel zou zijn. De rol van de invoer op de Britse markt was daarom complementair naast binnenlandse suiker; geen werkelijk alternatief in de concurrentie. De Commissie meent derhalve dat de concurrentie van de zijde van ingevoerde suiker in de betrokken periode niet in de weg stond dat BS in de zin van artikel 86 een machtspositie innam.

iii) De mogelijkheid voor BS om eenzijdig de prijzen te verhogen, welke door de markt worden gevolgd

(55) Op 1 juli 1986 verhoogde BS haar kleinhandelssuikerprijs voor al haar klanten met 10 pond sterling per ton. Vervolgens paste BS nog een verhoging van haar kleinhandelssuikerprijs met 10 pond sterling per ton toe op 20 oktober 1986. BS kon deze prijsverhogingen handhaven en de andere fabrikanten van kleinhandelssuiker hebben hun prijzen met gelijke bedragen verhoogd.

Hieruit blijkt dat BS „de macht heeft om voor een voldoende deel van de betrokken produkten de prijzen vast te stellen" (2) en voorts „sterk genoeg is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen" (3).

iv) Belemmeringen voor de toegang

a) Bietsuiker

Krachtens de Verordeningen van de Raad (EEG) nr. 1785/81 (4), laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EEG) nr. 1107/88 (5), en (EEG) nr. 193/85 (6), heeft de Britse Regering de mogelijkheid, maar niet de verplichting om de basishoeveelheid suiker welke door Britse producenten is ontvangen, over verscheidene producenten te verdelen. Momenteel ontvangt BS de gehele Britse basishoeveelheid. Het lijkt onwaarschijnlijk dat de Britse Regering een deel van de toewijzing aan een nieuwe producent zou geven, gezien het feit dat BS reeds voldoende moderne en bruikbare capaciteit heeft om de gehele Britse basishoeveelheid suiker te produceren.

(56) BS heeft een goed ontwikkeld, geïntegreerd produktiesysteem en staat in voor alle produktiestadia, van de verschaffing van zaad aan de kwekers tot de verkoop van het eindprodukt. Dergelijke gevestigde moderne, geïntegreerde operaties maken het voor een nieuwe producent, die slechts op één niveau van de bedrijfskolom werkzaam is, moeilijk rendabel te opereren.

(57) Zo bestaan er bij de produktie van suiker uit suikerbieten grote belemmeringen voor de toegang tot de markt. Het feit dat zich sinds 1936 geen nieuwe producent van bietsuiker in het Verenigd Koninkrijk heeft gevestigd, ondanks het feit dat BS voortdurend winst heeft gemaakt, wijst erop dat deze toegangsbelemmeringen reëel en aanzienlijk zijn.

b) Rietsuiker

(58) Het lijkt onwaarschijnlijk dat een nieuwe onderneming de markt voor de invoer en de raffinage van rietsuiker zal binnenkomen; de kostennadelen die de rietsuikerproducenten thans moeten dragen vergeleken met bietsuikerproducenten, zijn te zwaar.

c) Invoer

(59) Zoals hierboven is opgemerkt vormt de invoer een aanvulling op de binnenlandse Britse suiker en is geen volwaardig alternatief in de concurrentie.

Conclusie

(60) De Commissie concludeert daarom dat BS, gezien haar grote marktaandeel op de relevante markt, het onvermogen van haar voornaamste concurrenten om haar volledig doeltreffend concurrentie aan te doen, de toegangsbarrières op de Britse suikermarkt en het aangetoonde vermogen van BS om de prijs waartegen in Engeland suiker wordt verkocht éénzijdig te beïnvloeden, op de relevante markt, te weten witte kristalsuiker voor kleinhandel en industrie in Groot-Brittannië, een machtspositie in de zin van artikel 86 inneemt.

C. Misbruik van een machtspositie

Leveringsweigering

(61) BS weigerde NB met industriesuiker te bevoorraden. NB verlangde 30 000 ton industriesuiker in het suikerjaar 1985/1986 en BS was slechts bereid

(1) Het tweede MMC-rapport, paragraaf 16.6.
(2) Zie de definitie van een machtspositie, geformuleerd door het Hof van Justitie in Zaak 6/72, Continental CAN, Jurispr. 1973, blz. 215.
(3) Zie de beschikking van het Hof van Justitie in Zaak 27/62, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207.
(4) PB nr. L 177 van 1. 7. 1981, blz. 4.
(5) PB nr. L 110 van 29. 4. 1988, blz. 20.
(6) PB nr. L 21 van 29. 1. 1982, blz. 3.

NB 7 148 ton aan te bieden of 30 000 ton „speciale korrel"-suiker tegen een zo hoge prijs dat NB de suiker niet zou kunnen gebruiken. BS beweert dat haar weigering om aan NB's verzoek te voldoen, wordt gerechtvaardigd door de noodzaak een quotaregeling toe te passen.

(62) Uit het bovenomschreven bewijsmateriaal blijkt echter dat de quotaregeling welke door BS werd toegepast, niet noodzakelijk was en slechts werd aangevoerd om BS's leveringsweigering te rechtvaardigen.

BS weigerde aan NB te leveren, met het oogmerk NB als producent van kleinhandelssuiker uit te schakelen ; het is duidelijk dat het natuurlijke en voorzienbare gevolg van de weigering om NB te bevoorraden zou zijn dat NB's verwijdering van de kleinhandelssuikermarkt zou worden verhaast. Het met de hand geschreven document van de „Executive Marketing Director" van BS waarin het voorstel wordt gedaan NB leverantie te weigeren en de bij BS aangetroffen documenten met betrekking tot BS's beleid van „van de lijst afvoeren", duiden zelfs erop dat de weigering van BS om te leveren juist met dat oogmerk geschiedde.

(63) NB kan niet worden geacht een nieuwe afnemer van BS te zijn met betrekking tot deze leveringsweigering. BS had NB vroeger industriesuiker geleverd (bij voorbeeld in 1984/1985 30 000 ton, een gelijke hoeveelheid suiker van hetzelfde type als NB in deze zaak vroeg). Het feit dat NB een deel daarvan in kleinhandelszakken wilde verpakken en de rest aan industriële klanten verkopen, zoals zij in het verleden had gedaan, kan niet ertoe leiden dat NB met betrekking tot deze zaak als een nieuwe klant wordt beschouwd.

(64) De Commissie meent daarom dat BS misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie door zonder objectieve noodzaak te weigeren aan NB industriesuiker te leveren, met het doel of het voorzienbare gevolg dat de verdrijving van NB uit de Britse kleinhandelssuikermarkt werd verhaast en de concurrentie op die markt verkleind.

Deze conclusie wordt gesteund door het arrest van het Hof van Justitie in de gevoegde Zaken 6/73 en 7/73, ICI en CSC tegen Commissie („Commercial Solvents") (1). Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen betoogt daarin dat :

„... een onderneming — in het bezit van een machtspositie voor de produktie van de grondstoffen en uit dien hoofde in staat de bevoorrading van de producenten van afgeleide produkten te controleren — zich, op grond van haar besluit zelf die derivaten te gaan produceren, waardoor zij de concurrente zou worden van haar vroegere afnemers, evenwel niet zodanig mag gaan gedragen, dat zij de mededinging dier voormalige afnemers — en in casu een van de voornaamste ethambutolproducenten binnen de gemeenschappelijke markt — kan uitschakelen ;

dat, waar zodanig gedrag is, strijd is met de doelstellingen van artikel 3, onder f), van het Verdrag, nader uitgewijd in de artikelen 85 en 86, bijgevolg de bezitter van een machtspositie op de grondstoffenmarkt, die — *ten einde die grondstoffen voor zijn eigen produktie van derivaten te reserveren — de levering ervan weigert aan een afnemer welke zelf producent van die derivaten is, met de kans elke concurrentie vanwege die afnemer uit te schakelen, misbruik maakt van zijn machtspositie in de zin van artikel 86.*". (Cursivering aangebracht voor deze beschikking.)

De prijspolitiek van BS

De prijspolitiek van BS voor haar verkopen van kleinhandelssuiker sinds de binnenkomst van NB op de kleinhandelssuikermarkt

(65) Uit de hierboven weergegeven informatie over de prijsstelling blijkt dat BS een onderbiedingscampagne was aangegaan waarbij voor een verpakker en verkoper van kleinhandelssuiker die even efficiënt werkte als BS zelf, bij haar verpakkings- en verkoopoperaties een te geringe marge overbleef om op lange duur te overleven.

(66) Wanneer een onderneming met een machtspositie, die zowel op de markt voor grondstof als op die voor een derivaat domineert, een marge handhaaft tussen de prijs welke zij ondernemingen berekent die met de dominerende onderneming bij de produktie van het derivaat concurreren en de prijs welke zij voor het derivaat berekent, en die te laag is om de eigen kosten van de dominerende onderneming voor de verwerking tot uitdrukking te brengen (in dit geval de marge welke BS handhaaft tussen haar prijzen voor industriesuiker en kleinhandelssuiker in vergelijking met haar eigen herverpakkingskosten), met het gevolg dat de mededinging bij het derivaat beperkt wordt, is er sprake van het misbruik van een machtspositie (2).

In de onderhavige zaak leidde de actie van BS tot verkleining van de marge tussen haar prijzen voor industriesuiker en voor kleinhandelssuiker, waardoor zij kleinhandelssuiker verkocht tegen een prijs waarin niet langer haar eigen verwerkingskosten waren verdisconteerd, tot het misbruik van een machtspositie en tot beperking van de mededinging in de zin van artikel 86. Uit de bovenomschreven feiten blijkt duidelijk dat NB, of enige andere onderneming die in de verpakking even bekwaam was als BS, zonder een eigen bron van industriesuiker, indien BS deze marge lang zou

(1) Arrest van 6 maart 1974, Jurispr. 1974, blz. 223, overweging 25. Ook Zaak 27/76, United Brands tegen Commissie, arrest van 14 februari 1978, Jurispr. 1978, blz. 207).

(2) Zie voor een soortgelijke zaak betreffende het EGKS-Verdrag : Beschikking van 22 oktober 1975 in Zaak 109/75, National Carbonising Company tegen Commissie, Jurispr. 1975, blz. 1193.

hebben gehandhaafd, verplicht zou zijn geweest van de Britse kleinhandelssuikermarkt te verdwijnen. Daarom meent de Commissie dat de prijspolitiek van BS, in samenhang met de andere misbruiken die hierboven zijn geschetst — en met het feit dat het oogmerk, of het natuurlijke en voorzienbare gevolg, van de handhaving van deze prijspolitiek door BS de verdrijving van NB uit de kleinhandelssuikermarkt zou zijn —, misbruik van een machtspositie oplevert in de zin van artikel 86.

(67) BS verklaart in haar schriftelijk antwoord op de mededeling van punten van bezwaar dat alleen aan haar advokaten en niet aan BS bepaalde documenten werden geopenbaard. Uit die documenten blijkt in bijzonderheden welke kosten NB moest maken voor de herverpakking van industriesuiker in kleinhandelszakken. BS betoogt dat deze documenten alleen zinvol kunnen worden beoordeeld door BS en niet door haar advokaten en dat de Commissie derhalve van de cijfers die daarin zijn vermeld, niet mag uitgaan.

(68) Met betrekking tot de openbaarmaking van documenten merkt de Commissie op dat:

— de betrokken documenten duidelijk zakengeheimen opleveren in de zin van artikel 20 van Verordening nr. 17 (welke op aandringen van NB jegens BS geheim zijn gehouden) en waartoe BS redelijkerwijze geen toegang mocht hebben;

— de kosten van NB, samengevat onder algemene rubrieken, BS in de mededeling van punten van bezwaar werden medegedeeld. De gedetailleerde informatie dienaangaande werd de advokaten van BS beschikbaar gesteld, met dien verstande dat zij de details niet aan BS zelf zouden bekend maken. Het stond de advokaten van BS derhalve vrij aan hun werkgeefster te bevestigen dat de Commissie zich in het bezit bevond van documenten waarin nauwkeurig de algemeen gegroepeerde cijfers uit de mededeling van punten van bezwaar tot uiting kwamen. BS kon daarom zeer wel reageren op de totaalcijfers in die mededeling.

In het licht van deze feiten meent de Commissie, mede rekening houdend met het feit dat de cijfers alleen in de mededeling van punten van bezwaar en deze beschikking worden geciteerd ter bereiking van het beperkte oogmerk aan te tonen dat BS's actie bij handhaving van de bovenomschreven prijsmarge tot logisch gevolg zou hebben gehad dat NB werd genoodzaakt de Britse kleinhandelssuikermarkt te verlaten, dat de rechten van BS op verweer in deze zaak werden geëerbiedigd.

ii) Prijzen af fabriek

(69) BS heeft erkend dat zij voor 1986 weigerde afnemers suiker te leveren tenzij dezen ermee akkoord gingen dat BS zelf (ongeacht of deze onderneming zelf leverde dan wel via derden in haar opdracht) voor de aflevering van de suiker zorg droeg. Zij behield zich daardoor de afzonderlijke, zij het accessoire werkzaamheid van de aflevering van de suiker voor, welke onder normale omstandigheden had kunnen worden verricht door een individuele contractant die alleen optrad (bij voorbeeld als handelaar die de suiker leverde aan een derde met gebruikmaking van eigen transportfaciliteiten). Zoals de MMC in paragraaf 2.104 van haar tweede rapport verklaarde „... verkopen handelaren ook voor eigen rekening suiker die bij de twee Britse producenten is gekocht. Deze vorm van concurrentie kan, naar verwachting, de Britse producenten weerhouden van het berekenen van buitensporige prijzen voor distributie (niet evenwel indien zij weigeren suiker af fabriek te leveren)".

(70) De Commissie ziet geen objectieve noodzaak voor BS om zich zulk een activiteit voor te behouden en het feit dat BS volgens haar belofte haar klanten de keuze heeft gegeven tussen levering bij hen en levering af fabriek, wijst erop dat er van zo'n objectieve noodzaak ook geen sprake is.

(71) De Commissie meent dat BS haar machtspositie op de suikermarkt heeft misbruikt door te weigeren haar afnemers de keuze te geven tussen de aankoop van suiker af fabriek of geleverd, en zich de accessoire activiteit, de thuisbezorging van de suiker, voorbehield en daarmee alle concurrentie ten aanzien van de leverantie van de produkten uitschakelde.

(72) Deze conclusie wordt ondersteund door het arrest van het Hof van Justitie in de zaak „Centre Belge d'Études de Marché — Télémarketing SA tegen Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA en Information Publicité Benelux SA". In deze zaak betoogde het Hof dat:

„... van misbruik in de zin van artikel 86 sprake is indien een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt zonder objectieve noodzaak voor zichzelf of voor een tot hetzelfde concern behorende onderneming een bijkomende activiteit reserveert die door een andere onderneming zou kunnen worden uitgeoefend als onderdeel van haar activiteiten op een naburige maar afgescheiden markt, met de mogelijkheid alle concurrentie van laatstgenoemde onderneming uit te schakelen".

Bietsuiker; discriminatie

(73) De Commissie meent dat BS „ten opzichte van handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties heeft toegepast, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging" (1), en daardoor misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie door NB uitsluitend bietsuiker te ontzeggen welke zij wel aan anderen leverde.

(1) Artikel 86, onder c), EEG-Verdrag.

Groepsverbintenis- of getrouwheidsbonussen

(74) BS maakte de [...] een offerte die inhield dat BS een korting zou toekennen op de prijs welke zij de leden van de aankoopgroep wilde berekenen die toen uitsluitend bij BS kochten, indien alle leden van [...] beloofden in de toekomst uitsluitend bij BS te zullen kopen.

Zulk een offerte, die tot gevolg had dat bepaalde bestaande afnemers van BS andere ondernemingen moesten noodzaken uitsluitend bij BS te kopen ten einde een lagere prijs voor kleinhandelssuiker te verkrijgen, is, op dezelfde wijze als een getrouwheidskorting, bedoeld om de betrokken kopers van hun keuzemogelijkheid van aanvoerbronnen te beroven of deze te beperken en voorts andere fabrikanten de toegang tot de markt af te snijden.

Als gevolg van de getrouwheidsbonus werd druk uitgeoefend op de leden van [...] die nog niet bij BS kochten om daarmee een aanvang te maken, niet slechts omdat zijzelf van de bonus zouden profiteren, maar ook omdat de resterende leden, mochten zij wegens prijs of kwaliteit elders willen kopen, daarna verplicht zouden zijn een hogere prijs voor hun suiker te betalen. Als gevolg van de offerte van BS schakelde één lid van de groep, [...], die vroeger bij NB kocht, over op aankoop van suiker bij BS.

(75) De Commissie meent dat BS misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie door een overeenkomst aan te bieden en vervolgens te sluiten die een beding inhield betreffende een groepsverbintenisbonus.

(76) Deze conclusie vindt steun in het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Hoffman-La Roche tegen Commissie (1), waarin het Hof de toepassing van artikel 86 overwoog op exclusieve aankoopovereenkomsten en getrouwheidskortingen waarbij een onderneming met een machtspositie betrokken is.

D. Gevolgen voor de handel tussen Lid-Staten

(77) De Commissie meent dat uit de boven geschetste feiten onomstotelijk blijkt dat BS gedragingen volgde die het voorzienbare gevolg hadden dat NB gedwongen zou zijn geweest zich uit de kleinhandelssuikermarkt terug te trekken. Uit het bewijsmateriaal in deze zaak (bij voorbeeld de documenten inzake het „van de lijst afvoeren") blijkt zelfs dat de beweerde misbruiken plaatsvonden met het oogmerk NB van de markt voor kleinhandelssuiker te verdrijven.

De verdrijving van NB van de Britse kleinhandelssuikermarkt zou waarneembare gevolgen hebben gehad voor de handel tussen Lid-Staten en voorts van nadelige invloed zijn geweest op de structuur van de mededinging en de handel binnen de gemeenschappelijke markt.

(78) Een Britse suikerhandelaar als NB heeft twee aanvoerbronnen van suiker — binnenlands en invoer — en zal voor wederverkoop invoeren wanneer bij voorbeeld valutaschommelingen invoer rendabel maken. Zo heeft NB in het verleden wanneer de omstandigheden gunstig waren voor haar kleinhandels- zowel als voor haar industriële operatie suiker uit andere Lid-Staten ingevoerd en wil zij dit in de toekomst blijven doen. In tegenstelling tot hetgeen BS betoogt, kan deze invoer niet als abnormaal en kunstmatig worden beschouwd, maar maakt zij deel uit van het normale handelspatroon.

De invoer van suiker naar het Verenigd Koninkrijk betrof in het verleden bijna uitsluitend industriesuiker (invoer van kleinhandelssuiker is niet alleen moeilijk omdat specifiek voor een dergelijke operatie zakken in de Engelse taal moeten worden gedrukt, maar ook omdat de partijen meestal kleiner zijn voor de kleinhandel dan voor de industriesuiker) (2).

NB kwam de markt binnen met het oogmerk voor haar herverpakkingsoperaties zowel binnenlandse als ingevoerde suiker te blijven gebruiken. Dankzij de binnenkomst van NB op de markt werd de weg geopend waarlangs voor het eerst ingevoerde industriesuiker voor kleinhandelsverpakking zou worden gebruikt telkens wanneer de omstandigheden voor het gebruik van deze suiker gunstig zouden zijn; NB, die de enige Britse herverpakker was zonder eigen binnenlandse aanvoerbron, is zo de enige herverpakker die vrij is zijn suiker voor herverpakking binnenlands of bij invoer te kiezen, naar gelang van welke op dat moment goedkoper is. Zou NB van de markt zijn verdreven, dan zou deze weg waarlangs ingevoerde suiker vrij en zonder moeilijkheden op de Britse kleinhandelsmarkt kon worden verkocht, zijn gesloten.

NB kwam de Britse kleinhandelssuikermarkt binnen omdat zij geloofde dat het verschil tussen de verkoopprijs van verpakte suiker en die van bulksuiker verre de kosten van een efficiënte verpakkingsoperatie zou overtreffen (3). Dit grote verschil ontstond omdat ingevoerde suiker weliswaar, zoals hierboven is erkend, grenzen oplegt aan de prijs die in Engeland voor industriesuiker kan worden berekend, maar zeker niet aan de kleinhandelsprijzen als gevolg van de bovenomschreven moeilijkheden bij het invoeren van kleinhandelssuiker. De komst van NB op de kleinhandelsmarkt

(1) Jurispr. 1979, blz. 461, overweging 89; zie ook Zaak 27/62, United Brands tegen Commissie, Jurispr. 1978, blz. 207.

(2) Zie bij voorbeeld paragraaf 5.8 van het eerste MMC-rapport.
(3) Zie paragraaf 2.104 van het eerste MMC-rapport.

legde de eerste schakel, onafhankelijk van binnenlandse industriesuiker, tussen de prijs van industriesuiker, beperkt door de prijs van de import, en kleinhandelssuiker welke prijs niet in dezelfde mate is beperkt door de prijs van ingevoerde suiker. Zou NB uit de kleinhandelssuikermarkt verdreven zijn, dan zou deze onafhankelijke schakel tussen de Britse kleinhandelssuiker- en industriesuikerprijzen en dus tussen de prijzen voor ingevoerde industriesuiker en die voor de Britse kleinhandelssuiker zijn verbroken.

De Commissie concludeert daarom dat de verdrijving van NB van de markt voor de handel tussen Lid-Staten gevolgen zou hebben gehad. Dit wordt bevestigd door het volgende argument dat BS in 1981 ten overstaan van de MMC naar voren bracht. BS erkent daarin het belang van door handelaren ingevoerde suiker als een rem op de maximumprijzen welke BS op de Britse markt kan berekenen :

„Aangezien BS prijsleider in het Verenigd Koninkrijk was en Tate & Lyle (wegens haar lage marges) prijsvolger, lag de sleutel in de prijsconcurrentie bij uit het vasteland ingevoerde suiker. Zolang er in de Gemeenschap een aanzienlijk suikeroverschot was, betekende de prijs op het vasteland een effectief plafond voor de prijs in ons land en lag het belang van de handelaren bij de verkoop van ingevoerde suiker (waarop zij winst maakten en niet slechts een provisie ontvingen), hetgeen concurrentie tussen de handelaren en BS opleverde.".

(79) Zoals het Hof van Justitie in Zaak 27/62, United Brands (in overweging 201), betoogde, waarin degene die een machtspositie op de gemeenschappelijke markt bezet eveneens een op de gemeenschappelijke markt gevestigde concurrent wil uitschakelen, is het irrelevant of dit gedrag rechtstreeks betrekking heeft op de handel tussen Lid-Staten zodra is aangetoond dat deze uitschakeling repercussies zou hebben op de concurrentiestructuur binnen de gemeenschappelijke markt.

Het Hof betoogde namelijk in de gevoegde Zaken 6/73 en 7/73, Commercial Solvents (in overweging 33), dat het er zelfs niet op aan kwam of de destructieve gedraging gericht was op de uitvoer van de rivaal naar landen buiten de Gemeenschap, indien zij de concurrentiestructuur binnen de Gemeenschap ongunstig zou beïnvloeden. Dit is met name het geval wanneer een onderneming met een machtspositie, zoals in het onderhavige geval, tracht een concurrent, wiens activiteiten de invoer, verwerking en wederverkoop van een produkt omvatten, van de markt te verdrijven.

Zoals hierboven is aangetoond, had het gedrag van BS, met het beoogde of voorzienbare gevolg dat de verdrijving van NB van de kleinhandelssuikermarkt werd verhaast, potentiële gevolgen voor de structuur van mededinging en handel binnen de gemeenschappelijke markt en dus voor de handel tussen Lid-Staten in de zin van artikel 86.

(80) De weigering van BS om NB industriesuiker te verkopen had rechtstreekse, waarneembare gevolgen voor de handel tussen Lid-Staten. Omdat NB geen bietsuiker bij BS kon kopen, kocht zij deze suiker (onder de omstandigheden van de markt in 1986 tegen hogere prijs) bij andere producenten van de Gemeenschap, in Frankrijk, Denemarken en Nederland. Tot 5 juni 1986 was NB niet in staat industriesuiker van T & L voor verpakking te gebruiken omdat [...]. Zelfs indien NB suiker van T & L voor verpakking had kunnen kopen, zou zij deze suiker nog niet voor dit doel hebben willen gebruiken omdat zij de EEG-suikeropslagbijdrage voor de opslag van rietsuiker niet kan ontvangen.

In dit verband dient opgemerkt dat NB tussen oktober 1985 en juni 1986 meer dan tweemaal zoveel vastelandsuiker voor invoer bestelde dan de hoeveelheden welke zij tussen oktober 1984 en september 1985 aankocht.

Zo werd een kunstmatige structuur voor de handel tussen Lid-Staten in leven geroepen omdat NB, zonder de weigering van BS om te leveren, niet een groot deel van deze invoer voor haar rekening zou hebben genomen, maar liever goedkopere suiker bij BS had gekocht. Door het feit dat door de leveringsweigering van BS in feite de handel tussen Lid-Staten toenam, wordt niet verhinderd dat het gedrag van BS de handel in de zin van artikel 86 ongunstig beïnvloedde zoals het Hof van Justitie in de zaak Grundig en Consten tegen Commissie (1) betoogde :

„... dat het hiertoe met name van belang is vast te stellen of de overeenkomst direct of indirect, terstond dan wel slechts potentieel, de vrije handel tussen de Lid-Staten op zodanige wijze kan beïnvloeden, dat de verwerkelijking van de doelstellingen van de gemeenschappelijke markt wordt geschaad ; dat een overeenkomst derhalve, ook wanneer zij — en wellicht zelfs in aanzienlijke mate — tot een toeneming van de handel tussen staten leidt, niettemin zeer wel die handel in bovenbedoelde zin „ongunstig kan beïnvloeden".".

De weigering van BS om NB industriesuiker te leveren had derhalve ongunstige invloed op de handel tussen Lid-Staten in de zin van artikel 86.

De Commissie concludeert daarom dat het bovenbeschreven gedrag van BS de handel ongunstig beïnvloedde in de zin van artikel 86 van het EEG-Verdrag.

E. Conclusie

(81) Op grond van het bovenstaande meent de Commissie dat BS op de volgende wijzen op artikel 86 van het EEG-Verdrag inbreuk heeft gemaakt :

1. door de levering van industriekristalsuiker aan NB te weigeren ;
2. door haar prijzen voor kleinhandelssuiker in zulk een mate te verlagen dat er een te geringe marge bestond tussen haar prijzen voor de kleinhandel en voor industriesuiker ;

(1) Jurispr. 1966, blz. 299.

3. door te weigeren suiker te verkopen anders dan tegen thuisgeleverde prijzen ;

4. door discriminatie te plegen tegen NB door deze onderneming te weigeren uitsluitend bietsuiker te leveren terwijl zij wel uitsluitend bietsuiker aan andere kopers op bestelling leverde ;

5. door „groepsverbintenis"-bonussen aan te bieden.

BEËINDIGING VAN DE INBREUK — RECHTSMIDDEL

(82) De Commissie meent dat het, gezien het alomvattende nalevingsprogramma van BS en het voorbeeldige gedrag van deze onderneming sinds haar ontvangst van haar mededeling van punten van bezwaar houdende voorlopige maatregelen, niet nodig is een beschikking te geven uit hoofde van artikel 3 van Verordening nr. 17 waarbij BS wordt gelast aan de bovengenoemde inbreuken een einde te maken, omdat deze onderneming in de ogen van de Commissie de inbreuken op eigen initiatief beëindigd heeft. Klaagster, NB, is het met dit standpunt eens.

Er dient echter opgemerkt dat de ernst van de betrokken misbruiken van dien aard was dat zij de oplegging van geldboeten voor de gedragingen van BS in het verleden rechtvaardigt. Daarvoor is een formele beschikking van de Commissie nodig.

RECHTSMIDDELEN

a) Geldboeten

(83) Volgens artikel 15 van Verordening nr. 17 kunnen op inbreuken op artikel 86 geldboeten worden gesteld van ten hoogste 1 miljoen Ecu of 10 % van de omzet van de onderneming in het voorafgaande boekjaar, indien bedoeld bedrag hoger is. Bij de vaststelling van het bedrag wordt niet alleen rekening gehouden met de zwaarte, maar ook met de duur van de inbreuk.

(84) Uit de bewijzen blijkt dat BS op een aantal ingrijpende manieren misbruik maakte van haar machtspositie. Deze misbruiken beoogden alle hetzelfde gevolg, te weten de positie van een nieuw gevestigde concurrent op de markt ernstig te schaden of deze zelfs uit te schakelen.

BS wilde met deze gedraging haar machtspositie handhaven of versterken.

In feite beoogden de betrokken inbreuken de concurrentiestructuur op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt ongunstig te beïnvloeden. Bovendien zou, indien de Commissie geen mededeling van punten van bezwaar had uitgegeven die tot toezegging van BS leidde, een concurrent onherroepelijk van de markt kunnen zijn verdreven.

(85) In dit licht gezien is de Commissie van oordeel dat zij BS een geldboete moet opleggen. Bij de vaststelling van het bedrag van deze geldboete houdt de Commissie niet alleen rekening met het onrechtmatige gedrag van BS als hierboven beschreven, maar ook met de voorbeeldige wijze waarop BS zich na ontvangst van de mededeling van punten van bezwaar houdende voorlopige maatregelen heeft gedragen.

(86) Aangezien de onderhavige beschikking uitsluitend betrekking heeft op de gedragingen van BS in het verleden, wordt de geldboete vastgesteld met inachtneming van het feit dat de betrokken misbruiken plaatsvonden in de periode tussen de gebeurtenissen die leidden tot het verpakken van suiker voor de kleinhandelsverkoop door NB en de belofte van BS en het latere EEG-nalevingsprogramma, tussen ongeveer april 1985 en begin augustus 1986.

(87) De Commissie volgt bij de vaststelling van het bedrag van een geldboete de gewoonte zich af te vragen of de concurrentieregels van het EEG-Verdrag door de beschikkingen van de Commissie op een bepaald gebied al dan niet voldoende ontwikkeld zijn (1). Zoals hierboven is vastgesteld beslist de Commissie dat BS door uitsluitend suiker te verkopen tegen een prijs thuisgeleverd, misbruik maakte van haar machtspositie in de zin van artikel 86. Deze beslissing vormt de eerste maal dat de Commissie heeft verklaard dat de toepassing van een prijs thuisgeleverd door een onderneming met een machtspositie het misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 kan opleveren. In dit licht gezien is de Commissie niet voornemens BS voor dit specifieke misbruik een geldboete op te leggen.

Met betrekking tot de prijsstellingspraktijken van BS voor kleinhandelssuiker betoogt BS dat de concurrentieregels onvoldoende ontwikkeld waren toen het misbruik plaatsvond om de oplegging van een geldboete te rechtvaardigen. De Commissie meent dat dergelijke prijsstellingspraktijken, ingevoerd met het oogmerk of het voorzienbare gevolg dat NB van de kleinhandelssuikermarkt zou worden verdreven, een type destructieve gedragingen oplevert dat duidelijk onder artikel 86 valt en zij meent daarom dat BS opzettelijk of althans uit onachtzaamheid in dit opzicht van haar machtspositie misbruik maakte. De oplegging van een geldboete voor deze onrechtmatige gedraging is derhalve gerechtvaardigd. De Commissie erkent echter dat het recht inzake zulk een misbruik door beschikkingen van de Commissie en arresten van het Hof minder is, verduidelijkt dan ten aanzien van de andere misbruiken welke door BS zijn gepleegd en heeft daarmee bij het vaststellen van het bedrag van de geldboete rekening gehouden.

(1) Zie bij voorbeeld Beschikking 78/252/EEG van de Commissie van 23 december 1977 (IV/29.176 — Vegetable Parchment), PB nr. L 70 van 13. 3. 1978, blz. 54, punt 83).

(88) De Commissie is echter van mening dat BS de andere misbruiken die hierboven zijn beschreven opzettelijk of althans uit onachtzaamheid pleegde. Voorts zijn de concurrentieregels van het EEG-Verdrag voldoende ontwikkeld door vroegere beschikkingen van de Commissie en uitspraken van het Hof van Justitie, dan wel voldoende duidelijk uit het EEG-Verdrag op de gebieden waarop deze misbruiken plaatsvonden, om het opleggen van geldboeten dienaangaande te rechtvaardigen,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN :

Artikel 1

British Sugar plc heeft inbreuk gemaakt op artikel 86 van het EEG-Verdrag door jegens Napier Brown een gedraging te volgen die beoogde Napier Brown's bedrijf te schaden of te zorgen voor de verdrijving van deze onderneming van de Britse kleinhandelssuikermarkt, of beide, en waarvan de wezenlijke aspecten waren :

1. impliciet te weigeren Napier Brown industriekristalsuiker te leveren ;
2. haar prijzen voor kleinhandelssuiker zover te verlagen dat er een onvoldoende marge bestond tussen haar prijzen voor kleinhandelssuiker en voor industriesuiker ;
3. suiker aan te bieden uitsluitend tegen een prijs thuisgeleverd ;
4. discriminatie te plegen tegen Napier Brown door te weigeren deze firma uitsluitend bietsuiker te leveren terwijl zij andere kopers wel op bestelling uitsluitend bietsuiker leverde ;
5. „groepsverbintenis"-bonussen aan te bieden.

Artikel 2

Voor de in artikel 1 genoemde inbreuken wordt aan British Sugar een geldboete van 3 miljoen Ecu opgelegd.

Dit bedrag dient binnen drie maanden na de datum van kennisgeving van deze beschikking te worden betaald door storting of overmaking :

a) op rekeningnummer 59000204 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, Brussel, bij de Lloyds Bank plc, The Manager Payments Section, Overseas Centre, PO Box 63, 38a Paradise Street, UK-Birmingham B1 2AB, (bij betaling in Ecu) of

b) op rekeningnummer 108.63.41 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen bij de Lloyds Bank plc, Overseas Department, PO Box 19, 6 Eastcheap, UK-London EC3P 3AB, (bij betaling in pond sterling).

Na afloop van genoemde betalingstermijn is van rechtswege rente verschuldigd op de voet die door het Europees Fonds voor monetaire samenwerking ter zake van zijn verrichtingen in Ecu wordt toegepast op de eerste werkdag van de maand waarin deze beschikking is gegeven, vermeerderd met 3,5 percentpunten, of wel 9,75 %.

Bij betaling in pond sterling geschiedt de omrekening op basis van de wisselkoers van de dag voorafgaande aan die waarop de storting geschiedt.

Artikel 3

Deze beschikking is gericht tot British Sugar plc, PO Box 26, Oundle Road, UK-Peterborough PE2 9QV.

Deze beschikking vormt overeenkomstig artikel 192 van het EEG-Verdrag executoriale titel.

Gedaan te Brussel, 18 oktober 1988.

Voor de Commissie
Peter SUTHERLAND
Lid van de Commissie