FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. REISCHL FREMSAT DEN 19. SEPTEMBER 1978 [1]

Høje Ret.

Den sag, vi beskæftiger os med i dag, angår en beslutning, som Kommissionen for De europæiske Fællesskaber i henhold til EØF-traktatens artikel 86 har truffet vedrørende »misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet«.

Sagsøgte er den verdensomspændende Hoffmann-La Roche-koncerns moderselskab. Moderselskabet har hjemsted i Basel og har datterselskaber i næsten alle Fællesskabets medlemsstater med undtagelse af Luxembourg og Irland. Hoffmann-La Roche — som jeg herefter vil benævne »Roche« — fremstiller bl.a. uemballerede syntetiske vitaminer. Denne produktion blev til dels allerede påbegyndt i trediverne og fyrrerne; patenterne herpå synes i mellemtiden at være udløbet. Roche har inden for fællesmarkedet ca. 5 000 kunder inden for medicinalvare-, levnedsmiddel — og foderstofindustrien. Med en række af disse — nemlig 22 aftagere, som driver produktions- og salgsvirksomhed inden for fællesmarkedet — blev der i perioden fra 1963 til 1973 indgået kontrakter om dækning af deres efterspørgsel; jeg vil senere komme nærmere ind på kontrakternes til dels ret forskellige indhold. Ifølge Kommissionens fremstilling havde de til formål at knytte hovedaftagerne af vitaminer til sagsøgerne, ikke ved hjælp af udtrykkelige købsforpligtelser med hensyn til hele eller størstedelen af deres efterspørgsel, men ved hjælp af — forskelligt udformede — loyalitetspræmier eller præferencepriser.

Disse forpligtelser skal have bestået indtil udgangen af 1974, og Kommissionen betragter aftalerne som stridende mod fællesskabsretten. Kommissionen mener nemlig at kunne fastslå, at Roche indtog en dominerende stilling på en række vitaminmarkeder, og den er af den opfattelse, at sådanne aftaler er egnede til at gøre indgreb i købernes valgfrihed og ligebehandling.

Sagsøgerne deler ikke dette standpunkt, men har over vor Domstolen forsikret, at de allerede efter det første besøg af tjenestemænd fra Kommissionen i efteråret 1974 tog skridt til at ændre de pågældende kontrakter. Kontrakterne blev ophævet eller ændret allerede inden vedtagelsen af den anfægtede beslutning. I januar 1975 blev der åbenbart fremsendt nye rammekontrakter til Kommissionen til bedømmelse. Desuden fik Kommissionen i juni 1975 efter alt at dømme forelagt nye affattelser af de kontrakter, som skulle indgås med firmaet Merck, en af de involverede købere.

I juli 1975 indledtes der imidlertid alligevel en konkurrenceprocedure mod Roche med hensyn til det tidligere praktiserede salgssystem. Proceduren blev — efter at sagsøgerne og deres medkontrahenter havde afgivet udtalelser om de af Kommissionen fremsatte klagepunkter,

1 — Oversat fra tysk.

efter høring af parterne og efter, at de anmodninger om oplysninger, som var rettet til sagsøgernes kunder og datterselskaber inden for fællesmarkedet var besvaret — afsluttet med, at der den 9. juni 1976 vedtoges en beslutning.

I beslutningen fastslog Kommissionen, at sagsøgerne inden for fællesmarkedet indtog en dominerende stilling på syv vitaminmarkeder (A-, B_2-, B_6-, C-, E- og H-vitamin samt pantotensyre). Sagsøgerne gjorde sig skyldig i et misbrug som nævnt i EØF-traktatens artikel 86 som følge af de forpligtelser, der på forskellig måde var pålagt en række af deres købere, og som følge af ulige behandling af disse. Følgelig udstedtes der i beslutningens artikel 2 et påbud om at bringe denne adfærd til ophør. Med den begrundelse, at overtrædelsen af artikel 86 var forsætlig eller i det mindste uagtsom, blev der desuden i medfør af artikel 15, stk. 2 i forordning nr. 17 pålagt en bøde, dog kun for så vidt angår tidsrummet fra 1970 til 1974. Denne bøde, som skulle betales inden for tre måneder fra meddelelsen af beslutningen, var ifølge artikel 3 på 300 000 regningsenheder, og den blev, da sagsøgerne har et datterselskab i Forbundsrepublikken Tyskland, i beslutningen omregnet til 1 098 000 DM.

Den 27. august 1976 anlagde Roche sag i anledning af denne beslutning, som principalt påstås fuldstændig annulleret, medens der subsidiært er nedlagt påstand om, at beslutningens artikel 3, dvs. bødepålægget, annulleres.

Efter en udførlig behandling af sagen i omfangsrige processkrifter, efter at parterne har afgivet supplerende indlæg som svar på en lang række spørgsmål fra Domstolens side og efter grundige forhandlinger under retsmødet den 31. maj 1978 skal jeg herefter tage stilling til sagen som følger.

I — I nogen tid kunne der herske uklarhed over, om sagsøgerne kun lagde vægt på en annullation af bøden, dvs. af beslutningens artikel 3, eller på en annullation af hele beslutningen. Herom er der nu ikke længere tvivl, særlig efter de udtrykkelige erklæringer under den mundtlige forhandling. Sagsøgerne opretholder også deres principale påstand, som går ud på annullation af udtalelsen om, at de på nogle vitaminmarkeder indtager en dominerende stilling, som de ved hjælp af udformningen af de af sagsøgerne tidligere indgåede leveringskontrakter har misbrugt.

II — Undersøgelsen må altså indledes med det temmelig kontroversielle spørgsmål, om sagsøgerne på det pågældende tidspunkt, særlig fra 1970 til 1974, indtog en dominierende stilling. I tilslutning hertil vil jeg undersøge, om de nævnte leveringskontrakter må anses som et misbrug, som nævnt i EØF-traktatens artikel 86, og først derefter vil jeg komme ind på de øvrige søgsmålsgrunde, for så vidt de ikke i mellemtiden er bortfaldet, som f.eks. anbringendet om, at Kommissionen med urette, nemlig i strid med artikel 18 i forordning nr. 17, har fastsat bøden i en medlemsstats valuta.

1. Der findes allerede en vis retspraksis om begrebet »dominerende stilling« i EØF-traktatens artikel 86.

Ifølge denne retspraksis foreligger der en dominerende stilling, når konkurrencen i væsentlig grad hindres (sag 6/72, Europemballage Corporation og Continental Can Company Inc. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, dom af 21.2.1973, Sml. 1973, s. 215), og når en virksomhed — som det udtales i dommen i sag 78/80 (Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mod Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG, dom af 8.6.1971, Sml. 1971, s. 125) — kan hindre en effektiv konkurrence på en væsentlig del af det marked, der kommer i betragtning. Ved afgørelsen heraf skal der — hvilket ligeledes fremgår af sidstnævnte dom — navnlig tages hensyn til, om der findes producenter, der afsætter tilsvarende produkter, og til disses stilling på markedet.

Markedsandele er blevet tillagt betydning i forbindelse med artikel 86 bl.a. i den berømte sukkersag (de forenede sager 40 etc./73, Coöperative vereniging »Suiker Unie« UA m.fl. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, dom af 16. december 1975, Sml. 1975, s. 1663). Heraf kan sluttes, at man i tilfælde, hvor markedsandelene på bestemte, definerbare markeder er meget store (85, 90 og 95 %), og importen er af ganske ringe omfang, uden videre, dvs. uden yderligere undersøgelser, kan gå ud fra, at den pågældende virksomhed har mulighed for at forhindre en effektiv konkurrence.

En betydningsfuld yderligere afklaring af spørgsmålet er ligeledes sket ved dommen i sag 27/76 (United Brands mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, dom af 14. 2. 1978), som især Kommissionen har henvist til. Fra denne dom må især fremhæves den generelle konstatering, at det karakteristiske for en virksomhed, som indtager en dominerende stilling, er, at den i et vist omfang ikke behøver at tage hensyn til konkurrenter, kunder og forbrugere. Endvidere fremhæves det i dommen, at en dominerende stilling i almindelighed er et resultat af flere forskellige faktorer; der må nødvendigvis foretages en undersøgelse for det første af den pågældende virksomheds struktur og for det andet af konkurrencesituationen på markedet. Med hensyn til virksomhedens struktur blev der i dommen i sag 27/76 lagt vægt på en hel række faktorer, f.eks. udpræget vertikal integration, benyttelse af egne transportmidler, teknisk viden, effektiv markedsorienteret reklame med det resultat, at forbrugerne foretrækker netop denne vare, et begrænset antal kunder og en bevidst fremkaldt knaphed på varerne. Med hensyn til konkurrencesituationen på markedet — hvis man vil, vedrører nogle af de allerede nævnte faktorer også dette aspekt — blev der lagt vægt på United Brands' markedsandel på mellem 40 og 45 %. Derudover blev det imidlertid fastslået — og først derefter nåede Domstolen frem til den antagelse, at der forelå en dominerende stilling — at United Brands var den mest betydningsfulde banankoncern; endvidere blev der foretaget undersøgelser vedrørende konkurrenternes antal og styrke, og det blev fastlået, at der trods gentagne meget heftige konkurrencefremstød på enkelte markeder — som sagsøgerne dog var i stand til at modstå — ikke skete nogen forskydning af markedsandelene. Det spillede ikke mindst en rolle, at adgangen til markedet på grund af en herved fornøden omfattende investering er vanskeliggjort, og at

det derfor ikke er sandynligt, at der viser sig nye konkurrenter på markedet, medens rentabilitetsbetragtninger og muligheden for at bestemme priserne ikke blev tillagt betydning.

2. Herefter forekommer det mig at være nyttigt også at kaste et kort blik på de nationale retsordener, som kender begrebet dominerende stilling. Ifølge den udvikling, der er sket på dette område i teori og praksis, kan man faktisk have indtryk af, at den netop omtalte banandom — for så vidt angår de markedsandele, der kommer i betragtning, og de undersøgelser, der går ud over dette forhold — ligger på linje med, hvad der generelt anses for rigtigt.

Det er således af interesse, at markedsandele på omkring 50 % i Frankrig ofte anses for relevante, hvortil kommer yderligere overvejelser, f.eks. andre konkurrenters styrke og betydning, deres tekniske og kommercielle organisation og lignende (jf. R. Collin i La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire, Semaine de Bruges 1977, s. 244 ff). Også i tysk ret har markedsandele af denne størrelsesorden betydning (jf. Bundesgerichtshofs afgørelser af 3. 7. 1976 og af 16. 12. 1976, Wirtschaft und Wettbewerb 1976, s. 783, samt 1977, s. 255). Hertil kommer imidlertid detaljerede undersøgelser af konkurrenceforholdene, f.eks. konkurrenternes stilling, markedsstrukturen, markedsudviklingen og de involverede virksomheders adfærd; også de økonomiske og tekniske ressourcer, en førende virksomhed på markedet råder over, tages i betragtning. Noget lignende synes at gælde for de nordiske lande (jf. La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire, Semaine de Bruges 1977, s. 301 ff). Således tales der i Finland om en dominerende stilling, hvis en virksomhed kontrollerer mere end 50 % af markedet. For så vidt markedsandele på 25 % eller mellem 25 og 50 % er tilstrækkelige i andre nordiske retssystemer (Norge, Danmark og Sverige), må man ikke glemme, at det relevante marked fortolkes meget snævert i disse lande. Endelig afviger retstilstanden i USA, hvor der findes en meget righoldig praksis på monopolrettens område, næppe heller fra dette billede. Holley giver en træffende redegørelse for retstilstanden i USA i form af en oversigt over retspraksis i den ovenfor nævnte publikation: Semaine de Bruges 1977, s. 174 ff. Ifølge denne oversigt kræves der ikke yderligere argumenter, hvis virksomheden kontrollerer 90 % af markedet. Men allerede ved en markedsandel på 75 % gælder dette ikke længere; her kommer også andre faktorer i betragtning, men der gælder en stærk formodning om en dominerende stilling, der er vanskelig at afkræfte. Hvis markedsandelene er mindre (60—70 %), lægges der større vægt på de øvrige relevante faktorer; hvis markedsandelene kun er noget større end 50 %, må stærke indicier af anden art tale for en dominerende stilling, og hvis markedsandelene er mindre end 50 %, påhviler der ifølge USA's ret åbenbart den, der vil hævde, at der foreligger en domierende stilling, en meget tung bevisbyrde.

3. Hvis vi på denne baggrund går over til at undersøge det foreliggende tilfælde, må det først bringes i erindring, at Kommissionen har antaget, at sagsøgerne indtog en dominerende stilling, særlig i betragtning af størrelsen af deres markedsandele på de forskellige vitaminmarkeder og i betragtning af de næststørste producenters stilling. Det var imidlertid også af betydning for Kommissionen, at sagsøgerne er den største vitaminproducent og råder over en dertil svarende fleksibilitet og økonomisk styrke, at sagsøgerne kan tilbyde et meget stort vitaminsortiment af egen produktion, og at virksomheden i forhold til sine konkurrenter har et teknologisk og kommercielt forspring, hvorved der tænkes på den tekniske know-how og sagsøgernes stærkt udviklede salgsnet.

Herimod har sagsøgerne for det første anført, at Kommissionen har taget sit udgangspunkt i et utilstrækkeligt talmateriale; i virkeligheden har sagsøgerne lavere markedsandele for de enkelte vitaminer. Endvidere er nogle af de aspekter, Kommissionen derudover har lagt vægt på — nemlig sagsøgernes store vitaminsortiment og deres økonomiske styrke — når konkurrenternes situation tages i betragtning, uden betydning for bedømmelsen af sagsøgernes indflydelse på markedet. Desuden har Kommissionen med urette undladt at tage andre faktorer i betragtning. I denne forbindelse har sagsøgerne ønsket en undersøgelse af markedssituationen og markedsadfærden gennem et længere tidsrum, idet det i denne forbindelse navnlig er af betydning, at vitaminmarkedet er i stærk ekspansion; sagsøgerne er heller ikke i stand til at bestemme priserne, idet prisudviklingen tværtimod også er et resultat af andre konkurrenters — herunder også potentielle konkurrenters — indflydelse. Kommissionen har heller ikke taget adgangen til markedet for de nødvendige leverancer til vitaminproduktionen i betragtning, hvor sagsøgerne i modsætning til de vigtigste konkurrenter er udsat for visse vanskeligheder, fordi de med hensyn til råstoffer er afhængige af andre producenter.

4. Det er herefter på sin plads først at omtale de markedsandele, sagsøgerne har for hvert enkelt vitamins vedkommende. Der er her enighed om, at vitaminmarkederne må undersøges hver for sig, fordi hvert vitamin kræver særlige fabrikationsanlæg, og fordi vitaminer ikke er substituerbare. Efter at Kommissionen havde fremlagt konkurrenternes salgstal, blev der under sagens behandling også opnået enighed om visse tal, hvilket fremgår af parternes fælles besvarelse af de af Domstolen stillede spørgsmål. I det omfang, der fortsat er uenighed, vil jeg omtale dette under behandlingen af de enkelte vitaminmarkeder.

a) A-vitaminet kan omtales forholdsvis kortfattet. Herom har sagsøgerne anført, at det af Kommissionen i den anfægtede beslutning nævnte tal — en markedsandel på 47 % i Fællesskabet — må anses som korrekt og som repræsentativt for årene 1970 til 1974.

Sagsøgerne har kun anført — og dette vedrører alle de vitaminer, der skal omtales — at Kommissionen ikke burde have ladet ude af betragtning, at der på delmarkeder kan konstateres til dels betydelige udsving — sagsøgerne har anført tal for Danmark og Belgien og for årene 1971 til 1974. Dette punkt kan man — for alle vitaminers vedkommende — vanskeligt betragte som betydningsfuldt, og dette gælder ikke alene, hvor der — som for B_3- og B_6-vitaminernes vedkommende — kun kan konstateres en *stigning* i markedsandelen på de nævnte områder. For det første er årsagerne til udsvingene ikke klarlagt; fremfor alt kan det ikke udelukkes, at de beror på en bestemt markedsstrategi. Men selv hvis man antager, at udsvingene er udtryk for, at der er konkurrence på markedet, må der tillægges en udtalelse i den ovenfor nævnte banandoms betydning, nemlig at selv det forhold, at der er konkurrence på delmarkeder, ikke udelukker, at der antages at foreligge en dominerende stilling, hvis det viser sig, at virksomheden med held har kunnet modstå eventuelle konkurrenters fremstød på markedet, idet en stabilisering af markedsandelen i fællesmarkedet som helhed er et indicium herfor.

For så vidt angår A-vitamin, kan det herefter fastslås, at der foreligger en markedsandel af en størrelse, som er relevant i forbindelse med artikel 86, en markedsandel som må betragtes som et indicium for, at der foreligger en dominerende stilling.

b) Også med hensyn til B_2-vitaminerne er situationen temmelig uproblematisk. Ifølge oplysningerne i den fælles besvarelse af Domstolens spørgsmål havde sagsøgerne mellem 1972 og 1974 — hvis man går ud fra de solgte mængder — markedsandele på mellem 74,8 og 84,5 % og — hvis man går ud fra leverancernes værdi — på mellem 80,6 og 87 %. I alle tilfælde anser sagsøgerne dog en markedsandel på ca. 70 % som korrekt for 1971.

Disse tal, der vel er af tilstrækkelig størrelsesorden, kan vi sikkert lægge til grund. Faktisk ses der ikke at foreligge uigendrivelige indvendinger mod de nævnte tal. Dette gælder for det første sagsøgernes argument om Roche's angiveligt lavere andel af verdensmarkedet. Denne andel kan naturligvis ikke i sig selv tjene som søtte for, at de tal, der i første række er fremskaffet af Kommissionen — som anført af sagsøgerne — skulle være for høje. Dette gælder også sagsøgernes henvisning til de fermentationsanlæg, som åbenbart for størstedelens vedkommende findes i USA. Disse er for øjeblikket ikke i drift, men det må antages, at de på ny vil blive inddraget i produktionen, hvis priserne stiger. Ved beregningen af markedsandelene er det afgørende naturligvis kun, hvad der bringes på markedet, ikke den potentielle konkurrence, som jeg først vil omtale i anden sammenhæng.

c) For B_6-vitaminet tegner der sig et lignende billede. Ifølge oplysningerne i den fælles besvarelse havde sagsøgerne i årene 1972 til 1974 markedsandele, som beregnet på grundlag af de solgte mængder udgjorde mellem 84,2 og 88,4 %. Også disse tal kan vi lægge til grund, fordi sagsøgerne til støtte for, at tallene skulle være lavere, kun kunne henvise til deres redegørelse vedrørende Roche's verdensmarkedsandel.

For tiden forud herfor, for hvilken Kommissionen ikke har nævnt noget tal, kan det derimod på grundlag af sagsøgernes skøn antages, at deres markedsandel udgjorde ca. 68 %. Selv hvis man går ud fra dette tal, foreligger der nemlig i forhold til de talstørrelser, der kan udledes af Domstolens retspraksis og national praksis, stadig en meget høj markedsandel, som absolut er relevant ved afgørelsen af, om der foreligger en dominerende stilling som nævnt i artikel 86.

d) For så vidt angår H-vitaminet (biotin), er parterne enige om, at sagsøgerne indtil 1970 havde et absolut monopol, og at deres markedsandel indtil 1974 faldt til 93 %.

Bortset fra de overvejelser, der senere skal gøres rede for, vedrørende betydningen af, hvilken fase markedet befinder sig i, er spørgsmålet i denne sammenhæng kun, om det har betydning, at dette produkt, som sagsøgerne har hævdet, i gæringsindustrien kan substitueres med andre produkter. Jeg vil senere behandle spørgsmålet om substituerbarheden i forbindelse med C- og E-vitaminerne, men i denne forbindelse forekommer det mig i og for sig, at Kommissionens indvending om, at sagsøgernes oplysninger er for ubestemte, er berettiget, og særlig at de — hvad angår de af Kommissionen bestridte oplysninger om substituerbarheden — ikke er tilstrækkelig dokumenteret. I sidste instans er der dog ikke behov for en uddybning af dette spørgsmål, ganske enkelt fordi man — selv hvis man accepterer de tal, der er nævnt af sagsøgerne, som mener, at deres markedsandel på denne måde reduceres med ca. 15 % — stadig ville stå over for en overordentlig høj markedsandel, som absolut tåler sammenligning med de hidtil nævnte tal, og som dermed er relevant i forbindelse med artikel 86.

e) Beregningen af markedsandelen for C-vitaminernes vedkommende giver for så vidt ikke anledning til vanskeligheder, som begge parter går ud fra, at sagsøgerne, hvis man kun betragter vitaminet, fra 1971 til 1974 i mængde havde en markedsandel på mellem 63 og 64,4 % eller, hvis salgsværdien lægges til grund, på mellem 64,8 og 66,2 %. For årene 1970 og 1971 skulle sagsøgernes markedsandele efter deres egne oplysninger have været 1 til 2 % lavere, hvilket imidlertid klart intet ændrer ved den relevante størrelsesorden.

Men som jeg allerede har antydet, er det et spørgsmål, hvorledes man skal betragte den af sagsøgerne hævdede konkurrence fra substitutionsprodukter. Sagsøgerne har herom anført, at C-vitaminerne i betydelig grad — ifølge sagsøgerne må et tal på 30 % af deres salg lægges til grund (idet de dog ikke kan nævne nøjagtige tal) — anvendes til teknologiske formål, dvs. at de ikke anvendes på grund af deres biologisk-ernærende, men på grund af deres kemiske og fysiske egenskaber, særlig som et såkaldt antioxidant. I denne henseende kan C-vitaminet substitueres med andre produkter. Men hvis man medregner disse produkter til det relevante marked, bliver deres markedsandel lavere, idet den således for året 1974 udgør 46-47 %, selv om sagsøgerne også på dette område er henvist til at foretage en skønsmæssig vurdering.

For så vidt angår dette særlige spørgsmål, kan vi foreløbig lade det stå åbent, om sagsøgerne faktisk, som Kommissionen mener, går ud fra alt for høje tal, og at deres beregninger allerede derfor må korrigeres. Som bekendt, tænker Kommissionen her på substitutionsproduktet citronsyre, som i sagsø-

gernes beregninger indgår med en stor procentdel (60 %). Lad mig herom kun bemærke, at citronsyre ganske vist ifølge de allerede da gældende EF-direktiver 70/357 og 70/524 ikke betragtes som et antioxidant, men at dette ifølge direktiv 70/357 kan forstærke andre stoffers antioxiderende virkning og således delvis kan substituere C-vitamin. Endvidere må det ikke overses, at sagsøgerne i deres beregninger kun har taget ca. en fjerdedel af den samlede mængde citronsyre, der bringes på markedet, i betragtning.

Det er nemlig af væsentlig betydning, hvorledes begrebet »substituerbarhed« skal forstås i konkurrenceretten. For så vidt har Kommissionen efter min overbevisning ret, når den kun anerkender en sådan i tilfælde, hvor det ud fra køberens synspunkt og på grundlag af den brug, han gør af en vare, kan siges, at et andet produkt tjener til opfyldelse af samme behov. Herom kan der henvises til den amerikanske Supreme Court's praksis og dennes opfattelse af begrebet »reasonable interchangeability«; noget lignende gælder også ifølge tysk konkurrenceret, hvilket fremgår af den allerede nævnte afgørelse, der blev afsagt af Bundesgerichtshof den 3. juli 1976 og af de deri indeholdte redegørelser for den funktionelle substituerbarhed set fra brugerens synspunkt. For mig at se er det dog overordentlig tvivlsomt, om der kan siges at bestå en sådan substituerbarhed med hensyn til C-vitamin og andre antioxidanter. I virkeligheden står vi kun over for en delvis substituerbarhed, da en substitution med andre antioxidanter for den, der har en biologisk-ernæringsmæssig anvendelse for øje, naturligvis ikke kommer i betragtning. I denne situation — og her kan man ligeledes tænke på begrebet, den ringe substituerbarhed, som anvendes i banandommen — synes det faktisk ikke at kunne forsvares at afgrænse markedet på den måde, sagsøgerne hævder, og først derefter, dvs. efter at de egentlige antoixianter er medregnet, bestemme sagsøgernes markedsandel.

Det man imidlertid kunne overveje, er at lade den del af C-vitaminproduktionen, som kommer på tale til teknologisk anvendelse, ude af betragtning, selv om anvendelsen ikke kan kontrolleres nøjagtigt, og det formål, produktet skal anvendes til, frit kan ændres. Denne fremgangsmåde medfører imidlertid næppe en ændring af markedsandelene på den af sagsøgerne hævdede måde. Man må nemlig på dette punkt give Kommissionen ret i, at udgangspunktet må være, at også sagsøgernes konkurrenter henregner en tilsvarende del af deres salg til sådanne anvendelsesformål; men det er åbenbart yderst vanskeligt at skabe klarhed på dette punkt. Herfor taler imidlertid ikke mindst sagsøgernes anbringende i bilag 3 til den fælles besvarelse af Domstolens spørgsmål, hvor det udtales, at det anførte forhold (at 30 % af vitaminsalget er bestemt til teknologisk anvendelse) er repræsentativt for det samlede C-vitaminsalg i Fællesskabet.

Endelig kunne det anføres, at der, selv hvis man anerkendte sagsøgernes argumenter vedrørende substitutionsspørgsmålet og anså alle de af sagsøgerne foretagne skøn for korrekte, stadig ville være en markedsandel tilbage, som, set i forhold til størrelsesordener, der blev lagt til grund i banandommen, måtte

betegnes som absolut relevant i forbindelse med artikel 86. Der ville da kun rejse sig det spørgsmål — som jeg alligevel senere vil komme ind på — om den yderligere efterprøvning, Kommissionen har foretaget, er tilstrækkelig til, at sagsøgerne på dette marked kan siges at indtage en dominerende stilling, og om de af sagsøgerne anførte supplerende betragtninger kan rokke ved en sådan foreløbig bedømmelse.

f) For så vidt angår E-vitaminerne, hvor der opstår samme problem, udgjorde sagsøgernes markedsandele, hvis man lader substitutionskonkurrencen ude af betragtning, ifølge Kommissionens ubestridte oplysninger i årene 1972 til 1974 50 til 60 %, hvis den solgte mængde lægges til grund, 54 til 64 %, hvis værdien lægges til grund. Ifølge sagsøgernes oplysninger skulle der fra markedsandelene for årene 1970 og 1971 have været trukket et tal på ca. 7 i forhold til 1972; dvs. at markedsandelen må antages at have udgjort 43 % beregnet efter mængden og 47 % beregnet efter værdien.

Hvis man her fulgte sagsøgernes opfattelse med hensyn til substituerbarheden med andre produkter og accepterede beregningerne på dette punkt — dvs. at 60 % af salget skulle være bestemt til teknologisk anvendelse — ville markedsandelene for 1973 og 1974, forudsat at de af sagsøgerne i denne sammenhæng anførte mængder er korrekte, stadig ikke afvige fra de allerede gentagne anførte størrelsesordener, idet et fald i markedsandelene på 14 %, som sagsøgerne anser for korrekt, stadig ville betyde, at markedsandelene i 1974 udgjorde mellem 40 og 44 % og i 1973 mellem 46 og 50 %. For tiden forud derfor ville dette næppe være korrekt, men markedsandelene ville dog udgøre 36 henholdsvis 40 % og for de forudgående år 29 henholdsvis 33 %.

Imidlertid gælder også her, hvad der ovenfor er anført om mulighederne for at substituere C-vitamin. Tillige har sagsøgerne draget den følgeslutning, som i sig selv ikke forekommer overbevisende, at det — fordi foderstoflovgivningens krav om et bestemt E-vitamininhold allerede er opfyldt gennem blandfoderets naturlige vitamininhold — må antages, at højst 20 % af den tilsatte mængde E-vitamin tjener biologisk-ernæringsmæssige formål, dvs. at 80 % af vitaminmængden anvendes på grund af den antioxiderende virkning, der også kan opnås ved hjælp af andre stoffer. Desuden kunne Kommissionen med rette henvise til sagsøgernes publikationer, ifølge hvilke det for aftagerne skulle være mere fordelagtigt at benytte E-vitamin i stedet for andre antioxidanter, idet E-vitaminet også har andre egenskaber, som taler for at anvende det i den animalske produktion.

Selv om man imidlertid som for C-vitaminets vedkommende eventuelt anså det for tilladeligt at lade E-vitaminsalget til teknologiske formål ude af betragtning, ville det af Kommissionen tegnede billede af markedsandelene heller ikke her ændre sig fundamentalt. Som det fremgår af den allerede nævnte besvarelse fra sagsøgernes side, gælder det nemlig også for E-vitaminets vedkommende, at en tilsvarende andel af de konkurrerende virksomheders salg ligeledes er bestemt til teknologisk anvendelse.

Også for E-vitaminets vedkommende kan det således fastslås, at sagsøgerne i

hele det relevante tidsrum havde markedsandele af en størrelsesorden, som uden tvivl er relevant i forbindelse med artikel 86.

g) Med hensyn til markedet for B_3-vitaminer fremgår det af de oplysninger, der findes i parternes fælles besvarelse, at der kun har været tale om markedsandele af en for artikel 86 relevant størrelsesorden i 1974, hvor sagsøgernes andel udgjorde 41,2 % beregnet efter mængde og 51 % efter værdi. For de forudgående år blev der derimod nævnt lavere tal: 23,4 henholdsvis 34,9 % for 1973 og 18,9 henholdsvis 28,9 % for 1972; desuden skal sagsøgernes markedsandele i 1970 og 1971 have været 6 points lavere. Endvidere er markedsandelene, beregnet på grundlag af værdien af de solgte vitaminer — i modsætning til, hvad der gælder for de øvrige vitaminer — væsentlig større, end hvis den solgte mængde lægges til grund.

Af disse oplysninger kan udledes, at der kun for året 1974 kan siges at være et indicium for en dominerende stilling, og at dette endog forekommer tvivlsomt, hvis man lægger mængdeberegningen til grund, og denne desuden skal korrigeres, hvilket ifølge sagsøgerne ville være korrekt. Med hensyn til dette stridsspørgsmål mener Kommissionen, at en beregning på grundlag af værdien er mere pålidelig, fordi vitaminer sælges i forskellige koncentrationer, og der derfor er temmelig betydelige prisforskelle, hvilket netop indførsler fra Schweiz viser. Sagsøgerne går derimod ind for at lade en beregning på grundlag af de solgte mængder være afgørende, da en beregning ud fra værdien ville give et forvansket billede, fordi den endelige salgspris ville blive lagt til grund for sagsøgernes salg, medens importpriserne uden told, der er 30 % lavere end den endelige salgspris, ville blive lagt til grund for importen. I forbindelse med Kommissionens beregninger af mængden er sagsøgerne desuden af den opfattelse, at det med urette ikke er taget i betragtning, at en del af importen ikke kan tilregnes sagsøgerne, samt at der, for så vidt angår en del af leverancerne fra Schweiz, har været tale om varebevægelser inden for koncernen, hvor varerne ikke er bragt på markedet.

Efter min opfattelse må en beregning på grundlag af de solgte mængder principielt foretrækkes. Der er på denne måde bedre muligheder for at foretage sammenligninger, idet en omregning af varer med forskellig koncentrationsgrad ikke skulle give anledning til alt for store vanskeligheder; det synes også at være den fremgangsmåde, Bundesgerichtshof i første række har anvendt, hvilket fremgår af de to ovenfor nævnte afgørelser. Jeg er dog ikke ganske sikker på, at Kommissionens mængdeberegninger faktisk skal korrigeres i betydeligt omfang. For så vidt er der i givet fald anledning til at foretage en korrektion, som 10 t af importen fra Schweiz med urette skulle være henregnet til sagsøgerne. Med hensyn til sagsøgernes anbringende om, at Kommissionen med urette også har medregnet 23 t rent interne transporter inden for Roche-koncernen, kan der vel henvises til bilag 1 til parternes fælles besvarelse af Domstolens spørgsmål, hvoraf det fremgår, at indførsler fra Schweiz henregnedes til

Roche og dermed ikke yderligere blev taget i betragtning i »import«-kolonnen, som har betydning for beregningen af markedsandelen.

Endelig er der vel ikke behov for at uddybe dette punkt, der stadig var omstridt under den mundtlige forhandling, og det kan også henstå som et åbent spørgsmål, om det fradrag for varer med en koncentrationsgrad på 45 %, som blev foretaget i bilag 2 til den fælles besvarelse, og som ansås for nødvendigt med henblik på omregningen til koncentrationsgrad 100, er en tilstrækkelig korrektion af importtallene. Selv om man nemlig antager, at mængdeberegningen er et indicium for, at der i 1974 forelå en dominerende stilling, må dette dog i det foreliggende tilfælde være uden betydning, allerede fordi leveringsaftalerne, som vi har set, senest kom i stand i 1973, dvs. på et tidspunkt, hvor sagsøgerne endnu ikke indtog en dominerende stilling på markedet for B_3-vitaminer, og fordi sagsøgerne straks efter det første besøg af Kommissionens tjenestemænd i efteråret 1974 tog alle nødvendige skridt til at bringe kontrakterne til ophør.

Under denne synsvinkel kan det om B_3-vitaminmarkedet faktisk siges, at det i den anfægtede beslutning med urette er taget i betragtning i forbindelse med anvendelsen af artikel 86.

5. Efter disse bemærkninger vedrørende markedsandelene, hvoraf det fremgår, at spørgsmålet om den dominerende stilling på markedet for B_2-, B_6-, H- og C-vitaminernes vedkommende næppe kræver yderligere undersøgelser af nogen betydning — alene i modsætning til A-vitamin og E-vitamin for en del af det her relevante tidsrum — skal jeg herefter gå over til de faktorer, Kommissionen derudover udtrykkeligt har anført i sin beslutning, for at afgøre, om den foreløbige vurdering vedrørende sagsøgernes dominerende stilling på markedet yderligere kan underbygges.

a) Det er i første række de med sagsøgerne konkurrerende virksomheders markedsandele, der har betydning.

Her viser det sig, at de næststørste konkurrerende virksomheder i 1974 for B_2- og B_6-vitaminerne samt biotin kun havde markedsandele på 8,3 og 7 %. For C-vitaminets vedkommende havde sagsøgernes nærmeste konkurrent en markedsandel på 15 %, og derefter fulgte en anden virksomhed med 7 %. For A-vitamin er de tilsvarende tal 27 og 18 %, for E-vitamin 16 og 6 % og for B_3-vitamin 23 og 3 %.

For de vitaminer, der fortsat kommer på tale, må indtrykket herefter være, at sagsøgerne absolut har en overlegen stilling, som giver mulighed for en betydelig markedsindflydelse og spillerum for uafhængig adfærd. Dette gælder uden tvivl også for A-vitaminet, hvor der åbenbart findes en kapitalstærk og angrebslysten konkurrent, BASF, som har erhvervet den nævnte markedsandel få år efter at være gået ind på markedet (1970). Sagsøgerne kunne dog holde stillingen og opnå, at deres markedsandel forblev praktisk talt uændret. Noget tilsvarende gælder for E-vitamin, hvor BASF skal være gået ind på markedet i 1971. Her er sagsøgernes markedsandel

fra 1970-1973 endog steget betydeligt og er også for 1974 stadig af en størrelsesorden, som kan begrunde den konstatering, at sagsøgerne absolut var i stand til at forsvare deres markedsstilling.

For B_3-vitaminets vedkommende havde derimod en stærk konkurrent, et japansk selskab, i de forudgående år endnu højere markedsandele, nemlig 30,3 % i 1973 og endog 43 % i 1972.

b) For Kommissionen var det endvidere af betydning, at sagsøgerne fremstiller et bredt vitaminsortiment og er den eneste virksomhed, som fremstiller alle væsentlige vitaminer. Dette er til en vis grad attraktivt for forbrugere, der har brug for mange slags vitaminer, og denne omstændighed er derfor egnet til at styrke sagsøgernes markedsstilling.

Herimod har sagsøgerne anført, at det samme gælder en række af deres store konkurrenter, idet det ikke er produktions-, men salgsprogrammet, der er afgørende. Sagsøgerne gør endvidere gældende, at deres vitaminsortiment for de fleste kunder er uden betydning, da de kun er interesseret i få vitaminer. Ikke mindst må det erindres, at hovedaftagerne af vitaminer er levnedsmiddel- og foderstofproducenter. Det afgørende for disse er mange forskellige slags tilsætningsstoffer (additiver) og kun få vitaminer — for levnedsmidlernes vedkommende f.eks. kun C-vitamin — idet disse kun udgør en ringe andel af tilsætningsstofferne. Også sagsøgernes hovedkonkurrenter tilbyder at levere de få vitaminer, der er behov for, og disse konkurrenter havde desuden den fordel frem for sagsøgerne, at de også kunne levere alle væsentlige tilsætningsstoffer.

Om denne argumentation må det først bemærkes, at de nævnte store konkurrenter — så vidt jeg kan se — ikke *fremstiller* alle vitaminer og langt fra er i stand til at levere de mængder, sagsøgerne kan tilbyde. Her er der uden tvivl tale om to aspekter, som har betydning for markedsstillingen, og som kan begrunde, at sagsøgerne kan siges at have et vist forspring.

Med hensyn til argumentet om, at de fleste af sagsøgernes kunder kun køber få vitaminer — f.eks. købte i 1977 af 815 tyske kunder de 589 kun ét, to eller tre vitaminer — kan det afgørende ikke være antallet af kunder, men udelukkende hvilken omsætning de tegner sig for. Her står det, efter hvad Kommissionen har anført i sin udtalelse vedrørende sagsøgernes svar på Domstolens spørgsmål, fast, at de af sagsøgernes aftagere, med hvem de her omhandlede kontrakter blev indgået, og som utvivlsomt udgør en betydningsfuld aftagerkreds, uden undtagelse køber en lang række vitaminer af sagsøgerne, og at dette også gælder andre af de anførte kunder.

Med hensyn til de øvrige tilsætningsstoffer, som anvendes af levnedsmiddel- og foderstoffabrikanterne, der tegner sig for en stor del af vitaminsalget, må det ganske vist erkendes, at det forhold, at konkurrenterne fører additiver i deres sortiment, har betydning for bedømmelsen af markedsstillingen, nemlig i det omfang der er knaphed på stofferne eller der endog er tale om monopolsitua-

tioner. Jeg er på den anden side af den opfattelse, at denne faktor ikke har så forfærdelig stor betydning.

For det første fordi der også på foderstofområdet er behov for et større antal vitaminer og ikke, som sagsøgerne har anført, kun for nogle få; ifølge Kommissionens oplysninger har sagsøgernes kunder i foderstofsektoren faktisk alle aftaget et større antal vitaminer. For det andet forekommer det indlysende, at den tiltrækningskraft, det har, at konkurrenterne også fører additiver, snarere spiller en rolle for små og mellemstore virksomheder, medens betydelige foderstofproducenter, som køber store mængder, navnlig de såkaldte »grovvareselskaber« (»Vormischer«), hvis det forekommer dem interessant, anvender forskellige forsyningskilder for de stoffer, de har brug for.

Alt i alt er den omstændighed, at sagsøgerne kan tilbyde alle betydningsfulde vitaminer i store mængder af egen produktion — også selv om visse andre additiver mangler i deres sortiment — dog et argument, som har betydning ved vurderingen af markedsindflydelsen. Dets betydning opvejes ikke fuldt ud af det forhold, at sagsøgerne, der i deres oplysninger om markedsforholdene for august 1971 selv betegnede det brede vitaminsortiment som en fordel, på bestemte salgsområder og i forhold til bestemte aftagere har et vist handicap i konkurrencen, fordi andre additiver savnes i deres sortiment.

c) Endvidere anså Kommissionen det i sin beslutning for væsentligt, at sagsøgerne er verdens største vitaminproducent, og at deres omsætning er større end samtlige andre producenters. Af denne enestående stilling på verdensmarkedet udleder Kommissionen, at Roche i mindre grad behøver at tage hensyn til konkurrencen i fællesmarkedet, fordi koncernen er bedre i stand til at tilpasse sig konjunktursvingninger.

Heller ikke på dette punkt har sagsøgerne efter min opfattelse kunnet fremføre afgørende modargumenter. Da der ikke simpelthen er tale om virksomheders økonomiske styrke, kan sagsøgernes henvisning til den samlede omsætning og kapitalkraft, som de konkurrenter, der også fremstiller vitaminer, men som har en forholdsvis lille andel af dette marked, råder over, ikke være afgørende. Da det afgørende endvidere kun er markedsstillingen på vitaminmarkedet, er det sikkert kun af ringe interesse, at visse store konkurrenter har mulighed for at fordele risikoen på andre produkter. Desuden er det sikkert korrekt, at sådanne store virksomheder, der konkurrerer med sagsøgerne på enkelte markeder, ofte har decentraliseret ledelsen af deres enkelte afdelinger, hvilket begrænser mulighederne for at fordele risikoen, ligesom det også er af interesse, at vitaminerne for sagsøgerne selv kun udgør ca. en fjerdedel af omsætningen.

d) Når Kommissionen derefter omtaler sagsøgernes teknologiske og kommercielle forspring, menes der dermed, at Roche som pioner på området for syntetisk fremstilling af vitaminer samt disses anvendelse i industrien — også selv om

fremgangsmådepatenterne i mellemtiden er udløbet — er i besiddelse af en mere omfangsrig og indgående know-how end sine konkurrenter. Hermed tænkes der også på sagsøgernes stærkt udbyggede specielle salgsnet, som ved hjælp af uddannet personale sikrer hurtige og pålidelige leverancer af til enhver tid friske vitaminer i store mængder samt en værdifuld kundevejledning.

Desuden er det mit indtryk efter sagens behandling, at sagsøgerne heller ikke i virkeligt omfang har kunnet afkræfte disse faktorers relevans.

aa) For så vidt angår sagsøgernes teknologiske forspring, kan det henstå som et åbent spørgsmål, om Kommissionens oprindelige anbringende vedrørende sagsøgernes time-sharing-service mod vederlag — udfærdigelse af EDB-programmer til brug for foderstofproducenter — faktisk er et betydningsfuldt argument. Sagsøgerne kunne dog hertil anføre, at noget lignende praktiseres af mange andre virksomheder, at denne service for sagsøgerne kun er af ganske ringe omfang, og at den — hvilket blev påvist ved hjælp at interne dokumenter — er så godt som uden betydning for aftagerne.

Det kan også stå hen, hvorledes man skal bedømme sagsøgernes indvending om, at der findes mange opfindelser vedrørende fremstillingsmetoder for vitaminer, og at andre virksomheder skulle råde over vigtige fremstillingsmetoder for fem andre vitaminer. Her er der nemlig kun tale om bestemte vitaminer, om hvilke (A, B_1, B_2, B_3, B_6, E og H) det vel er utvivlsomt, at sagsøgerne har udført et væsentligt pionerarbejde og har haft enorm succes på markedet. Når det forholder sig således, er det imidlertid ikke kun en formodning, når Kommissionen fastslår, at sagsøgerne på grundlag af deres mangeårige erfaringer med hensyn til fremstilling af store mængder er i stand til at tilbyde bedre kvalitet samt førsteklasses kundeservice med den dertil svarende tekniske rådgivning. Endvidere kan der på dette punkt ikke alene henvises til sagsøgernes erfaringer med hensyn til industriel anvendelse af vitaminer ved fremstilling af levnedsmidler og foderstoffer; herfor taler også sagsøgernes udtalelser i deres publikationer, f.eks. når der tales om »improvement of manufacturing methods«, når sagsøgernes tekniske know-how fremhæves, eller når det understreges, at sagsøgerne ved at have åbnet nye anvendelsesområder har kunnet gøre sig gældende på markedet. Dette er uden tvivl tilstrækkeligt til at antage, at sagsøgerne har et teknologisk forspring.

bb) Med hensyn til Kommissionens konstateringer vedrørende sagsøgernes salgsnet er der vel ingen tvivl om, at sagsøgerne råder over et udmærket distributionssystem. I de fleste medlemsstater fremstilles vitaminerne af datterfirmaer, som i kundernes nærhed lagerfører friske vitaminer, og som varetager vejledningen af kunderne, hvilket sagsøgerne i øvrigt selv fremhæver i sine publikationer.

Under sagen gjorde sagsøgerne kun gældende, at to store konkurrenter (BASF og AEC) havde endnu mere

omfattende salgsnet, og at de i hvert fald i foderstofsektoren havde bedre muligheder for at opnå kontakt med aftagerne, fordi de var i besiddelse af et salgssystem for gødningsstoffer og plantebeskyttelsesmidler. Det er desuden af betydning, at næsten alle vitaminer kan oplagres i lang tid.

Jeg har dog ikke indtryk af, at de af Kommissionen anstillede overvejelser dermed mister deres værdi eller fratages en væsentlig del af deres vægt. Hertil er det sikkert ikke tilstrækkeligt at henvise til det salgssystem, der anvendes af to konkurrenter, hvis vitaminsalg er langt mindre end sagsøgernes, og som i modsætning til disse ikke kan siges at have specialiseret sig i vitaminer.

e) Endelig har Kommissionen i sin beslutning omtalt vanskelighederne ved at trænge ind på vitaminmarkederne; årsagen til disse vanskeligheder er, at det er nødvendigt at foretage omfattende og specielle investeringer samt en langfristet kapacitetsplanlægning. Heraf kan sluttes, at det »for tiden« ikke mærkbart kan ændre sagsøgernes stilling, at der opstår nye konkurrenter.

Også på dette punkt må man få det indtryk, at kernen i Kommissionens konstatering ikke kan drages i tvivl. Da særlige anlæg er nødvendige for hvert enkelt vitamin, og da kapaciteten indrettes efter behovet på lang sigt, kræver i hvert fald nye anlæg, at der investeres store beløb, som kun kan tilvejebringes af økonomisk set stærke virksomheder, særlig inden for den kemiske storindustri, medens det måske forholder sig anderledes, når der er tale om investeringer i udvidelser af bestående anlæg. Fra planlægningsstadiet og indtil produktionen kommer i gang, herunder indkørings- og afprøvningsperioden, går der i almindelighed meget lang tid, hvilket netop eksemplet med BASF's indtræden på markedet tydeligt viser. Det er derfor ikke forkert at antage, at der ikke inden for et kortere tidsrum må påregnes en væsentlig ændring af produktions- og markedsforholdene, navnlig ikke for hele vitaminsortiments vedkommende. Herfor taler blandt andre forhold også den omstændighed, at BASF og AEC begrænser sig til at fremstille nogle få vitaminer, og at Hoechst ikke er kommet ud over eksperimentstadiet. Under Kommissionens høring har sagsøgerne ligeledes selv udtalt, at den kemiske storindustri snarere interesserer sig for andre produktionsgrene; det er endvidere ubestridt, at der på verdensplan kan konstateres en overkapacitet med hensyn til vitaminfremstilling. Når sagsøgerne derimod anfører eksempler på forestående kapacitetsudvidelser (stævningen s. 59), kan dette vel ikke tillægges afgørende vægt, allerede fordi udvidelserne åbenbart hovedsagelig vedrører lande uden for Fællesskabet og andre vitaminer end dem, der er relevante i denne sammenhæng. Desuden vil de først få virkning for fremtiden og kan derfor ikke få indvirkning på bedømmelsen af sagsøgernes markedsindflydelse i det her relevante tidsrum.

f) Ved slutningen af dette afsnit kan vi derfor fastslå, at de af Kommissionen anførte supplerende overvejelser — med

hensyn til sagsøgernes markedsindflydelse — absolut er af betydning. Dette er tilstrækkeligt til at anerkende, at Kommissionens bedømmelse er korrekt, for så vidt der er tale om vitaminer med en meget høj markedsandel, som f.eks. B_2-, B_6-, H- og C-vitaminerne samt — for en del af det her relevante tidsrum — også for E-vitaminet.

6. Da undersøgelsen af markedsandelene imidlertid på nogle områder (A-vitamin og til dels E-vitamin; B_3-vitaminet kan af andre grunde lades ude af betragtning) har ført til, at der er konstateret værdier, som ligger på grænsen af de relevante størrelsesordener, og da der på dette punkt i den ovenfor nævnte banandom blev foretaget mange forskellige, meget grundige supplerende undersøgelser, vil jeg ligeledes omtale de aspekter, sagsøgerne har anført med det formål at drage opfattelsen af deres markedsindflydelse i tvivl.

a) Sagsøgerne lægger i denne forbindelse størst vægt på betragtninger vedrørende markedsresultaterne og markedsadfærden, særlig prisudviklingen på de relevante markeder. Det fremgår heraf tydeligt, at sagsøgerne ikke kan bestemme priserne; de kan på ingen måde fastsætte vitaminpriserne efter forgodtbefindende, men må indrette sig efter markedspriserne. De anfører, at det især er påfaldende, at der er sket til dels betydelige prisnedsættelser for vitaminer, og dette til trods for almindelige prisstigninger og udvidet efterspørgsel.

aa) I denne forbindelse kan man vel allerede betvivle rigtigheden af påstanden om, at en dominerende stilling ifølge de betragtninger, der ligger til grund for EØF-traktaten, kun kan antages at foreligge, når virksomheden selv kan fastsætte priserne. Til støtte herfor kan der heller ikke henvises til EKSF-traktaten eller retspraksis om denne (sag 13/60, Salgsforeningerne for Ruhr-kul »Geitling«, »Mausegatt« og »Præsident« mod Den Høje Myndighed for Det europæiske Kul- og Stålfællesskab, dom af 18. 5. 1962, Samling af Domstolens Afgørelser 1954-1964, s. 317). Derimod forekommer det mig at være betydningsfuldt, når det i den ovenfor nævnte banandom udtales, at rentabiliteten og muligheden for at bestemme priserne ikke er afgørende, og at heller ikke den omstændighed, at der er konkurrence på markedet, udelukker, at der antages at foreligge en dominerende stilling, hvis andre indicier med fornøden styrke taler herfor. I alle tilfælde bør det afgørende efter min opfattelse ikke være muligheden for at bestemme priserne, når der som her er tale om et tilfælde af misbrug, ikke i forbindelse med prisfastsættelsen, men derimod i forbindelse med en konsolidering af konkurrencestrukturen samt andre konkurrenters adgang til markedet.

bb) Vil man imidlertid alligevel tage prisudviklingen med i betragtning, må det straks fremhæves, at det ikke ville være rimeligt at gå ud fra de diagrammer over mængde- og pristendenserne på verdensmarkedet, som findes i stævningen. Disse diagrammer har i denne sammenhæng kun ringe betydning, ikke alene fordi der kun er tale om tendenser, men også fordi valget af forskellige indikatorer for pris og mængde fører til, at billedet bliver skævt. Det er dog interes-

sant, at der af diagrammerne også kan udledes prisstigninger. Dette gælder for tiden fra 1970 til 1974 for C- og B_2-vitaminerne, medens der for A-, B_6-, E- og B_3-vitaminerne i det mindste må noteres prisstigninger i årene 1972—1974.

cc) Tager man sit udgangspunkt i de øvrige tabeller, som er fremlagt under sagen, og som er udarbejdet på grundlag af gennemsnitspriserne i Fællesskabet for de vigtigste salgsformer, der udgør ca. 70 % of omsætningen, fremgår der følgende nærmere oplysninger:

*A-vitamin*priserne faldt fra 1970 til 1972; derefter steg de igen, og i 1974 nåede de op på næsten samme niveau som i 1971. *E-vitamin*priserne faldt ligeledes fra 1970 til 1972, hvorefter de imidlertid igen steg og i 1974 lå over niveauet for 1971. For *C-vitaminernes* vedkommende steg priserne — med udgangspunkt i 1971 — fra 1971 til 1972, hvorefter de faldt til og med 1973 for derefter igen at stige til over 1971-niveauet. *B_2-vitamin*priserne steg kraftigt fra 1970 til 1971, hvorefter de igen faldt noget, men ikke helt til 1970-niveauet, og de lå også i 1974 på et niveau, som var betydeligt — nemlig ca. 50 % — højere end niveauet i 1970. *B_6-vitaminerne* faldt fra 1970 til 1972; derefter steg de igen og lå også i 1974 ca. 6 % over niveauet i 1970. *H-vitamin*priserne faldt en smule fra 1970 til 1971; i 1972 indtrådte der en let stigning, hvorefter priserne igen faldt. Endelig indtrådte der på *B_3-vitamin*området, hvor sagsøgerne i hvert fald i 1974 må antages at have indtaget en dominerende stilling, en klar prisstigning fra 1973 til 1974; derefter faldt priserne imidlertid igen betydeligt.

Af denne fremstilling fremgår for det første, at prisudviklingen på ingen måde er forløbet på samme måde, ikke en gang på de markeder, hvor der — som f.eks. på A-, E- og B_3-vitaminmarkederne — ifølge sagsøgerne findes særlig ivrige konkurrenter.

For det andet er det også betydningsfuldt at tage den udvikling, der er sket med hensyn til sagsøgernes markedsandele, produktion og omsætning med i betragtning. Om markedsandelene ved vi allerede, at der til dels så godt som ingen ændringer er indtrådt (A- og C-vitamin), at de til dels endog er blevet større (B_3- og B_6-vitamin) eller at der dog er sket visse, på ingen måde opsigtsvækkende, fremstød (f.eks. for E-vitamin i 1974, hvor der må noteres en prisstigning, for B_2-vitamin i 1973 og for H-vitamin, hvis man sammenligner årene 1970 og 1974).

Endnu mere interessant er udviklingen med hensyn til de af sagsøgerne solgte mængder samt sagsøgernes omsætning på det pågældende tidspunkt inden for fællesmarkedet. I 1970 og 1974 indtrådte der en klar stigning i de solgte mængder A-vitamin (43 %), E-vitamin (150 %), C-vitamin (54 %), B_2-vitamin (33 %), B_6-vitamin (100 %), H-vitamin (186 %) og B_3-vitamin (25 %). Kommissionen har — uden at dette er blevet bestridt (jf. dennes udtalelse vedrørende sagsøgernes svar på Domstolens spørgsmål, s. 9) — anført, et salget af A- og E-vitaminer, hvor konkurrencen skulle være særlig

intensiv, i årene 1972-1974 steg i alle medlemsstaterne, hvis salgsværdien lægges til grund. I betragtning af disse kendsgerninger — af hvilke f.eks. forøgelsen af markedsandelen for B_6-vitamin samtidig med, at priserne faldt, og der angiveligt herskede en midlertidig knaphed, er bemærkelsesværdig (og noget lignende gælder situationen for E-vitaminerne) — kan det ikke afvises som en nærliggende mulighed, at sagsøgerne selv har haft medindflydelse på prisudviklingen af hensyn til en forøgelse af salget, dvs. at prisudviklingen på ingen måde alene kan føres tilbage til konkurrencen; på dette punkt kan der f.eks. med hensyn til BASF's indtræden på A-vitaminmarkedet henvises til en »Managementinformation« fra sagsøgernes side i 1970. I alle tilfælde kan det af markeds- og konkurrencesituationen, således som denne foreligger oplyst, på ingen måde udledes, at sagsøgerne — selv om de med held har forsvaret deres markedsandele — ikke har indtaget en dominerende stilling.

b) Desuden henviser sagsøgerne til den potentielle konkurrence, som Kommissionen har ladet ude af betragtning, selv om den i Continental Can-dommen (sag 6/72, dom af 21. 2. 1973, Samling af Domstolens Afgørelser 1973, s. 215) blev betegnet som betydningsfuld. Også fra en sådan konkurrence kan der udgå en indflydelse på markedet, således at der trods store markedsandele ikke foreligger en dominerende stilling.

Efter min overbevisning kan heller ikke denne betragtning og de i denne forbindelse detaljeret anførte argumenter i særlig grad rokke ved Kommissionens konstatering.

Således er det med hensyn til de uudnyttede fermentationsanlæg, der frem for alt skal findes i USA, for B_2-vitaminmarkedet af betydning, at de åbenbart ikke havde indvirkning på prisudviklingen, idet man netop for B_2-vitaminet fra 1970 til 1974 kan konstatere en prisstigning på 50 %.

Om den overkapacitet i vitaminproduktionen, som findes på verdensplan, er der ikke fremført nærmere enkeltheder. Endvidere kan der herom — hvis man forudsætter, at den har haft indvirkning på markedsadfærden og markedsresultaterne — henvises til den omstændighed, at sagsøgerne i hvert fald gennem flere år har kunnet hævde sin position på de vitaminmarkeder, der er relevante i denne sag.

Med hensyn til de store kemiske koncerners mulighed for, såfremt de ikke allerede fremstiller vitaminer, på et hvilket som helst tidspunkt at optage en sådan produktion, er det endeligt interessant, at dette indtil nu kun er sket på få markeder, og uden at sagsøgernes stilling er bragt i fare. Her kan den allerede nævnte overkapacitet og den under sagen trufne konstatering af, at disse koncerners interesser principielt ligger på andre områder, have spillet en rolle. I hvert fald forekommer det mig højst usandsynligt — ikke mindst fordi det er meget tidskrævende at gennemføre investeringprogrammer — at der herigennem faktisk kunne være øvet tryk på markedspriserne, og at det dermed skulle kunne sluttes, at sagsøgerne trods betydelige markedsandele ikke havde en dominerende markedsindflydelse.

c) Efter sagsøgernes opfattelse er det også vigtigt at tage hensyn til, hvilken

fase det pågældende marked befinder sig i. Det er karakteristisk for vitaminmarkederne, at der gennem mange år har kunnet konstateres en stærk ekspansion, som stadig fortsætter. I en sådan situation har store markedsandele ringere betydning end i et stagnerende marked, idet markedet er tilstrækkeligt åbent for alle interesserede og giver alle de virksomheder, der opererer på markedet, fornødent spillerum.

Denne tankegang vil man sikkert ikke kunne frakende enhver berettigelse, heller ikke selv om det for vitaminernes vedkommende — bortset fra biotin — er mere nærliggende at tale om en »modningsfase«, da kunstig fremstilling af vitaminer er praktiseret med held i lang tid. Endelig kan den næppe begrunde den antagelse, at sagsøgerne i dette tilfælde ikke indtager en dominerende stilling.

Efter min opfattelse er det i denne henseende ikke afgørende, om der er mulighed for at forhindre eller i betydelig grad at vanskeliggøre andre konkurrenters indtrængen på markedet. Også når andre producenter absolut er i stand til at operere på markedet, er det afgørende snarere, at sagsøgerne på et stærkt ekspanderende marked gennem mange år har kunnet hævde deres fremtrædende position og med held har imødegået konkurrencen fra »newcomers«, hvortil de aftaler om enerettigheder, der skal behandles i det følgende, højst sandsynligt har bidraget.

Særlig med hensyn til biotin er det vel korrekt, at der først i den seneste tid har udviklet sig et marked. Det fremgår af de dokumenter, sagsøgerne har fremlagt, at de påbegyndte en biotin-produktion i slutningen af fyrrene, hvorefter salget begyndte i midten af halvtredserne, medens en række japanske virksomheder først for nogle år siden også er begyndt at operere på dette marked. Jeg ville for så vidt — og uanset at alle leverandørernes omsætningstal på dette marked er i stærk stigning — anse det for afgørende, at sagsøgerne næsten har kunnet bevare deres oprindelige monopolstilling, idet de selv efter fire år i en konkurrencesituation stadig har en markedsandel på 93 %. En ledsagende årsag hertil kan have været, at sagsøgerne, da konkurrenterne trængte ind på markedet, reagerede med at indgå Fidelity Contracts (loyalitetskontrakter); det synes også at spille en rolle — og her kan jeg henvise til bilag 7 til stævningen, som indeholder et referat af et såkaldt european bulk managers meeting — at der er visse fordele forbundet med sagsøgernes produkter, som konkurrenternes produkter mangler.

d) Endelig gør sagsøgerne — bl.a. under henvisning til § 22 i den tyske lov om konkurrencebegrænsninger — gældende, at der ved bedømmelsen af markedsstillingen også må tages hensyn til adgangen til markederne for de nødvendige råstoffer, hvilket Kommissionen ligeledes har undladt. I denne henseende er situationen karakteriseret ved, at sagsøgernes hovedkonkurrenter, store kemiske virksomheder, selv fremstiller udgangs- og mellemprodukterne til vitaminfremstillingen, medens sagsøgerne med hensyn til deres råstofleverancer er fuldstændig afhængige af andre virksomheder og for nogle råstoffers vedkommende endog er henvist til konkurrenterne. Sagsøgerne indkøber således i vidt omfangt råstofferne til fremstilling af

B_6-vitamin hos BASF, Hoechst og en virksomhed under AEC-koncernen; råstofferne til A-vitaminfremstillingen købes i stort omfang hos BASF, og råstofferne til fremstilling af E-vitamin købes for fremtiden i vidt omfang hos BASF. Desuden stammer råstofferne til C-vitaminproduktionen fra et fransk firma, som står i nøje forbindelse med AEC-koncernen, og fra et amerikansk firma.

Ved en nærmere betragning viser det sig ganske vist, at heller ikke dette synspunkt kan have afgørende betydning i det foreliggende tilfælde.

Det er således allerede af betydning, at der ikke er tale om stoffer, som kun forekommer i begrænset omfang i naturen, men om produkter, som kan fremstilles i de ønskede mængder. Adgang til at erhverve produkterne har ikke alene virksomheder, som selv fremstiller dem — hvilket sagsøgerne som en kemisk virksomhed også selv må kunne — men sådanne virksomheder, som uden vanskeligheder kan erhverve dem på markedet. Under sagen er der imidlertid intet fremført om, at sagsøgerne skulle være stødt på sådanne vanskeligheder.

Særlig for så vidt angår sagsøgernes forhold til nogle af konkurrenterne, er det af sagens behandling fremgået, at de virksomheder, som fremstiller udgangsprodukter til B_6-vitaminet, ikke selv fremstiller dette vitamin, og at heller ikke Hoechst, som er *en* af producenterne af udgangsproduktet til A-vitaminet, selv fremstiller dette vitamin. Kun for A-vitaminets vedkommende kan der tales om et konkurrenceforhold, fordi udgangsprodukterne hertil leveres af BASF, og BASF selv fremstiller A-vitamin. Uden nærmere oplysninger om nogen som helst leveringsproblemer kan denne omstændighed i sig selv sikkert ikke være tilstrækkelig til — i sagsøgernes tilfælde, hvor adskilligt, også for A-vitaminets vedkommende, taler for en dominerende stilling — i sidste instans at sætte spørgsmålstegn ved, at en sådan stilling foreligger.

7. Alt i alt må man gå ud fra, at Kommissionen i den anfægtede beslutning med rette har fastslået, at sagsøgerne indtager en dominerende stilling på markederne for A-, B_2-, B_6-, C-, E- og H-vitamin. Kun for B_3-vitaminets vedkommende kan man nå til et andet resultat. Også for dette produkt havde sagsøgerne i 1974 ganske vist en markedsandel af en størrelsesorden, som er relevant i forbindelse med artikel 86. I betragtning af størrelsen af konkurrenternes markedsandele samt prisudviklingen for dette vitamin, men navnlig fordi de pågældende aftaler blev indgået senest i 1973, bør dette delmarked lades ude af betragtning.

III — Det skal herefter undersøges, om sagsøgerne faktisk har misbrugt deres dominerende stilling.

Efter Kommissionens opfattelse er den omstændighed, at sagsøgerne fra 1963 til 1973 indgik 26 kontrakter med 22 af deres kunder, udtryk for et sådant misbrug. Ved hjælp af disse kontrakter blev aftagerne på forskellig måde pålagt forpligtelser i forhold til Roche med hensyn til indkøb af enkelte eller alle de vitaminer, den enkelte kunde måtte have brug for. Desuden indrømmede sagsøgerne kunderne forskellige fordele, som ikke var afpasset efter de af Roche opnåede besparelser. Eftersom aftagernes

valgfrihed på denne måde formindskes, da konkurrencen mellem vitaminproducenterne begrænses, og da andre producenter afskæres fra at levere til disse aftagere, kan der siges at foreligge et brud på princippet i EØF-traktatens artikel 3, litra f), hvorefter det skal sikres, at konkurrencen ikke fordrejes. Desuden foreligger der en krænkelse af ligebehandlingsprincippet i artikel 86, stk. 2, litra c).

Sagsøgerne gør gældende, at der ikke kan siges at foreligge samme salgssystem; især frembyder aftalerne med Unilever og Merck særegenheder, som berettiger til en særskilt bedømmelse. Det er desuden betydningsfuldt, at kontrakterne ikke er kommet i stand på grundlag af en dominerende stilling, at de altså ikke er betinget af en magtsituation, og at de desuden må anses som absolut sædvanlige i handelsforhold. I det mindste bør der ved bedømmelsen af kontrakterne foretages en interesseafvejning, og der må navnlig tages hensyn til, at den i kontrakterne indeholdte såkaldte engelske klausul har givet konkurrencen fornødent spillerum. Hvad angår de forskelle, Kommissionen har lagt vægt på, er de i det mindste til dels berettigede, fordi de omkostninger, Roche måtte afholde, var forskellige. I intet tilfælde havde de et omfang, som førte til, at aftagernes konkurrenceevne blev formindsket. Endelig må også kontrakternes indvirkning på markedet tages i betragtning. Hvis man ser bort fra de kontrakter, der må betragtes som ubetænkelige, kan det i intet tilfælde antages, at de har haft *mærkbar* indvirkning på konkurrencen og handelen mellem medlemsstaterne.

1. Ved vurderingen af dette stridsspørgsmål vil jeg begynde med at tage stilling til nogle almindeligt holdte argumenter fra sagsøgernes side.

a) Sagsøgerne må sikkert gives medhold, når de vender sig imod, at der tales om et ensartet system af kontrakter. Allerede en overfladisk gennemgang af kontrakterne viser, at der er mange forskelle med hensyn til det saglige og stedlige anvendelsesområde, indgåelsestidspunktet, kontraktperioden og den øvrige uformning af indholdet. Efter min opfattelse har dette dog ingen afgørende betydning for den retlige bedømmelse. Artikel 86 forudsætter i et tilfælde som det foreliggende på ingen måde, at leveringskontrakterne er udtryk for samme tankegang og under ét danner et sammenhængende system. Det betydningsfulde er kun, om de virkninger af kontrakterne, som ifølge deres ordlyd må påregnes, set under ét kun rubriceres under de relevante kategorier af misbrug. Jeg skal senere foretage en detaljeret undersøge af dette spørgsmål. Her vil jeg kun tilføje, at det faktisk ikke forekommer urigtigt, når Kommissionen fremhæver, at der kan påvises et dominerende hovedformål med kontrakterne, nemlig at bevare markedsandelen og at beskytte sig mod uønsket konkurrence. Til støtte herfor kan henvises til de interne dokumenter, som sagsøgerne selv har fremlagt under sagen, nemlig et

cirkulære af 8. maj 1971, forskellige »management informations« med bilag samt et notat om et såkaldt European Bulk Managers meeting.

b) For så vidt sagsøgerne desuden har gjort gældende, at kontrakter som de foreliggende er sædvanlige i handelsforhold, er følgende to bemærkninger herom tilstrækkelige:

For det første er dette for vitaminmarkedets vedkommende på ingen måde dokumenteret. Hertil er de få eksempler, der blev omtalt under sagens behandling, ikke tilstrækkelige. Selv om man forudsatte, at sådanne aftaler anvendtes i vidt omfang, kunne man ikke gå ud fra, at hvad der er tilladt for virksomheder i en konkurrencesituation, også skulle være tilladt for virksomheder, som indtager en dominerende stilling. I det førstnævnte tilfælde begrænses den bestående konkurrence nemlig kun til en vis grad af købsforpligtelserne. Derimod har en virksomhed i det andet tilfælde mulighed for at hindre en effektiv konkurrence og følgelig for at udbygge leverandør/kundeforholdet således, at resultatet bliver en konsolidering og en styrkelse af en allerede bestående betænkelig markedsstilling.

c) Heller ikke sagsøgernes anbringende om, at den på grundlag af artikel 86 anfægtede adfærd fra den dominerende virksomheds side må betegnes som »betinget af en magtsituation«, kan accepteres. Sagsøgerne har fremhævet, at dette ikke er tilfældet i den foreliggende sag, idet kontrakterne ikke er indgået på baggrund af sagsøgernes markedsindflydelse; i særdeleshed blev den engelske klausul ikke påtvunget aftagerne, men den medtoges i mange tilfælde som et resultat af kundernes indflydelse som aftagere.

En sådan forståelse af begrebet »misbrug« kan muligvis være korrekt for nogle af de i artikel 86 nævnte forhold, f.eks. når der tales om påtvingelse af urimelige priser (artikel 86, stk. 2, litra a)), men klart ikke generelt for artikel 86. Dette spørgsmål blev afklaret i Continental Can-sagen (sag 6/72, Europembalage Corporation og Continental Can Company Inc. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, dom af 21. 2. 1973, Samling af Domstolens Afgørelser 1973, s. 215), der drejede sig om det forhold, at en dominerende virksomhed opkøbte en betydningsfuld konkurrent. I dommen fremhævedes det, at det afgørende ikke er, at markedsindflydelsen benyttes, men at der allerede er tale om misbrug, når en virksomhed, som indtager en dominerende stilling, gennem sine handlinger påvirker konkurrencestrukturen. For så vidt er der i den foreliggende sag tale om et i nogen grad lignende tilfælde, som der i det væsentlige også her er tale om en påvirkning af markedsstrukturen ved hjælp af forpligtelser, der pålægges aftagerne. Man kan altså også her gå ud fra et objektivt misbrugsbegreb. Desuden ville jeg imidlertid også mene, at det samme gælder anbringendet om, at der er anvendt ulige vilkår over for aftagerne. Heller ikke dette forudsætter på nogen måde, at en markedsindflydelse er benyttet, da forskelsbehandlingen skal være sket på et marked, der for så vidt ikke er gennemskueligt.

2. Under den videre undersøgelse af det foreliggende tilfælde vil jeg først beskæftige mig med de forpligtelser, der blev pålagt aftagerne i forhold til sagsøgerne. I overensstemmelse med sagsøgernes argumentation vil jeg dog fore-

løbig lade kontrakterne med Unilever og Merck ude af betragtning, idet disse kontrakter skal frembyde særegenheder, som i alle tilfælde måtte føre til en anden bedømmelse.

Kontrakterne indeholder to former for forpligtelser: dels udtrykkelige købsforpligtelser i forbindelse med bonustilsagn, dels forpligtelser, som udelukkende beror på loyalitetspræmier, hvis man kort udtrykt vil betegne de tilsikrede fordele på denne måde.

a) Lad os først se på de kontrakter, som indeholder *udtrykkelige købsforpligtelser.* Disse kontrakter angår hele den pågældende aftagers efterspørgsel, en bestemt procentdel (mellem 70 og 90 %) af efterspørgslen eller den overvejende del af denne, og de gælder *alle* vitaminer, alle de i den forliggende sag relevante vitaminer eller bestemte, nærmere angivne vitaminer. Til denne kategori hører kontrakterne med Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Purina og Upjohn (hele dennes efterspørgsel), kontrakterne med Cyanamid (mindst 90 % af efterspørgslen), Animedica (mindst 80 % af hele efterspørgslen), Guyomarc'h (mindst 70 % af hele efterspørgslen) samt kontrakterne med Nitrovit og Isaac (som vedrører den overvejende del af forretningerne).

For så vidt må man sikkert dele Kommissionens opfattelse af, at sådanne købsforpligtelser, i tilfælde hvor leverandøren indtager en dominerende stilling, er uforenelige med traktatens konkurrenceregler. De fratager aftagerne deres valgfrihed i forbindelse med indkøbene og udelukker andre konkurrenter fra disse markeder, dvs. de sikrer en befæstelse af konkurrenceforholdene og en styrkelse af den allerede bestående dominerende stilling på markedet. Det er i denne forbindelse uden forskel, om hele eller kun en del af efterspørgslen skal dækkes hos den dominerende virksomhed, i hvert fald når der, som her, er tale om den overvejende del af efterspørgslen. Det kan heller ikke være afgørende, om kontrakterne omfatter alle vitaminer, aftagerne har brug for, eller kun bestemte vitaminer, da Roche jo på alle de markeder, der har betydning for sagen — bortset fra B_3-vitaminmarkedet — indtager en dominerende stilling.

Det må dog overvejes, for det første, om det har betydning, at nogle af aftalerne gælder for et år eller indeholder opsigelsesbestemmelser, således at de kun indebærer en begrænset forpligtelse eller en forpligtelse, som kan ophæves med forholdsvis kort varsel, og for det andet, om det forhold, at kontrakterne indeholder en engelsk klausul, kan ændre den principielle vurdering, der må anlægges.

aa) Fremfor alt med henblik på det første spørgsmål har sagsøgerne — hvis jeg ser ret — fremdraget *interesseafvejningssynspunktet,* hvis relevans de udleder af Kommissionens GEMA-beslutning (JO 1972, L 166). Desuden henviser de i denne forbindelse til dommen i sag 127/73 (Belgische Radio en Televisie og Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs mod SV/SABAM og NV Fonior, dom af 21. 3. 1974, Samling af Domstolens Afgørelser 1974, s. 313), hvor det i tilknytning til artikel 86 fremhævedes, at det afgørende er, om en eksklusivforpligtelse er mere omfattende end tilladeligt, og at der må tages hensyn til parternes interesser, idet det må sikres, at der for disse består et afbalanceret forhold. I det foreliggende tilfælde er det i denne sammenhæng for det

første af betydning, at aftagerne selv havde interesse i kontrakterne, som gav dem mulighed for at rationalisere deres indkøb, der kunne foretages til fordelagtige priser, og som bevirkede, at der var sikkerhed for leverancer på et til dels kaotisk marked uanset midlertidige knaphedsperioder. Mange aftagere lægger desuden vægt på en garanti for konstant kvalitet, nemlig for så vidt som blandingerne sjældent bliver ændret og i de tilfælde, hvor der af hensyn til specielle fabriksanlæg ikke kan tolereres ændringer i forbindelse med indkøbene. Leverandøren har af hensyn til en fornuftig produktionsplanlægning interesse i med tilstrækkelig sikkerhed at vide, hvilke mængder der kan sælges; desuden vil det ikke med rimelighed kunne forlanges, at leverandøren skulle påtage sig ensidige leveringsforpligtelser uden sikkerhed for afsætningen. Endelig tages der desuden hensyn til tredjemands og aftagernes interesser, når der indføres en tidsbegrænsning i kontrakterne og en engelsk klausul, som giver mulighed for at tage mere fordelagtige tilbud fra anden side i betragtning.

Hvad angår dette problem, må det indrømmes, at der faktisk i dommen i sag 127/73 er holdepunkter for tanken om en interesseafvejning. Det er ligeledes korrekt, at sådanne overvejelser også findes i den juridiske litteratur (jf. Von Gamm: »Das Kartellrecht der EWG«, s. 81, hvor behovet for en interesseafvejning omtales, og hvor det anføres, at der kun kan antages at foreligge et misbrug, når medkonkurrenternes eller forbrugernes berettigede interesser er krænket på en måde, som virker stødende). Det kan imidlertid betvivles, om dette kan betragtes som den almindelige opfattelse i forbindelse med artikel 86; og det kan ligeledes forekomme tvivlsomt, om de overvejelser, der i den nævnte dom er anstillet vedrørende et særegent sagsforhold, uden videre lader sig overføre til det foreliggende tilfælde. Desuden er det vel et spørgsmål, om det på vitaminmarkedet faktisk er en sædvanlig og i vidt omfang anvendt fremgangsmåde, at større aftagere bestiller hele årets forbrug på én gang, og at væsentlige aftagerinteresser derfor skulle tale for at tillade en sådan forpligtelse. Det synes dog at stå fast, at kun en ringe del af sagsøgernes kunder har indgået sådanne kontrakter.

I sidste instans behøver vi af følgende grunde imidlertid ikke at afgøre spørgsmålet.

Således gjaldt der for nogle af de kontrakter, der indeholdt udtrykkelige købsforpligtelser — nemlig kontrakterne med Guyomarc'h, Purina og Upjohn — ingen tidsbegrænsning. Her kan de anførte overvejelser, som vel i givet fald kan retfærdiggøre, at man accepterer forpligtelser for kortere tidsrum, alligevel ikke få betydning.

Andre kontrakter indeholdt imidlertid en tidsbegrænsning på et år (Isaac). De var indgået for ét år med mulighed for forlængelse, hvis de ikke blev opsagt inden den 1. oktober eller den 31. oktober (Afico, Cyanamid, Animedica, Organon), eller de kunne opsiges med et vist varsel — tredive dage, to eller tre måneder (Isaac, Nitrovit, Dawe's, Provimi). Det må dog ikke overses, at også præmieydelsen generelt spiller en rolle. For disse kontrakters vedkommende opstår der altså i det mindste det spørgsmål, om der ved hjælp af præmiefordelen indføres en relevant forpligtelse, som afholder kunderne fra at afbryde forretningsforbindelsen. Af denne årsag kan det efter min opfattelse ikke på

nuværende tidspunkt forsvares at lade de nævnte kontrakter ude af betragtning som ubetænkelige; det må derimod være rigtigere at tage dem i betragtning i forbindelse med undersøgelsen af de »forpligtelser«, der pålægges ved hjælp af præmierne, som vi senere skal komme ind på.

bb) Hvad derimod angår den såkaldte *engelske klausul,* hvorefter mere fordelagtige tilbud fra konkurrenternes side kan spille en rolle, må det ganske vist erkendes, at der på denne måde forbeholdes konkurrencen et vist spillerum. Det er imidlertid væsentligt — rent bortset fra, at denne klausul overhovedet ikke findes i kontrakten med Guyomarch — at forpligtelsen over for sagsøgerne på denne måde ikke fjernes helt, men dog mildnes. Som regel er klausulen nemlig udformet således, at køberne, når der forelå et mere fordelagtigt tilbud, ikke simpelt hen blev frit stillet, men derimod skulle underrette sagsøgerne og give dem mulighed for at indtræde i de mere fordelagtige vilkår. Dette gælder — hvis der anlægges en fornuftig fortolkning — også kontrakten med Afico, idet formuleringen »såfremt Roche ... ikke kan levere til en konkurrencedygtig pris« sikkert må forstås således, at Roche skulle have lejlighed til at levere til konkurrencedygtig pris. Det afhang derfor udelukkende af sagsøgerne, om konkurrenterne fik overdraget leverancerne eller ej. Desuden må det erindres, at klausulen i mange henseender var formuleret temmelig snævert. F.eks. kom kun tilbud fra producenter, ikke fra handlende, i betragtning (Animedica) eller endog kun fra navngivne producenter (Afico, Cyanamid, Provimi) eller jævnbyrdige konkurrerende producenter (Organon), hvilket muligvis — idet vi dog ikke behøver at gå nærmere ind på dette spørgsmål — betød, at det skulle oplyses, hvem konkurrenten var. I nogle tilfælde taltes der også om alvorligt mente skriftlige tilbud (Isaac, Nitrovit) og om sammenlignelige, regelmæssige leverancer.

Med henblik på den engelske klausul, om hvilken Kommissionen med rette har udtalt, at den sandsynligvis har lettet indgåelsen af eneaftalerne, kan man under disse omstændigheder faktisk ikke benægte, at der foreligger en forpligtelse, som er udtryk for et misbrug. Det modsatte kan dog gælde for kontrakten med Upjohn, fordi der i denne kun findes en simpel konkurrenceklausul (»under forudsætning af ... at Roche's priser er konkurrencedygtige«). Herom kan det siges, at Roche ikke fik nogen indflydelse på indkøb hos andre producenter, og man kunne derfor være tilbøjelig til at anse denne form for forpligtelse for ubetænkelig, hvis ikke man i dette tilfælde vil tillægge det afgørende betydning, at der var tale om en forpligtelse uden tidsbegrænsning.

b) Den anden form for *»forpligtelse«,* som Kommissionen har anket over, er — som allerede nævnt — den, der blev pålagt *ved hjælp af bonusydelser.*

Her må det sikkert erkendes, at der, hvis leverancerne er forbundet med fordele, som udmåles i forhold til kundernes loyalitet og ikke i forhold til leverandørens omkostningsbesparelser, kan skabes en tiltrækningskraft, som ligger nært op ad den, der opnås ved hjælp af en udtrykkelig forpligtelse. Hvis nemlig en aftager får en bonus i forhold til sine samlede

indkøb (bonus af den samlede omsætning) under forudsætning af, at han dækker hele eller en stor del af sin efterspørgsel hos den virksomhed, som yder denne bonus, kan en konkurrent kun få del i leverancerne, hvis han indregner køberens mistede bonus i sit tilbud. Dette vil i mange tilfælde — også hvor bonusbeløbet ikke er særlig stort — være overordentlig vanskeligt eller endog umuligt, således at konkurrenten faktisk afskæres fra at levere til sådanne kunder. I overensstemmelse med denne tankegang blev loyalitetspræmier, der ydes i tilfælde, hvor der er tale om at dække hele efterspørgslen, da også betegnet som misbrug i den allerede nævnte sukkersag (sagerne 40 etc./73, Coöperative vereniging »Suiker Unie« UA m.fl. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber). Også i national konkurrenceret betragtes sådanne aftaler med stor skepsis. Jeg kan her henvise til Mestmaecker, »Europäisches Wettbewerbsrecht«, s. 390, samt til en afgørelse fra Bundeskartellamt af 10. september 1971 (WuW/E BKartA 1361). I fransk ret er en dom afsagt af Tribunal de grande instance de Paris den 5. februar 1966 (J.C.P. 67, II. 15029) af interesse samt en udtalelse fra Commission Technique des Ententes et des Positions dominantes af 28. marts 1973 (J.O. D.A. nr. 66, s. 2609). For belgisk rets vedkommende kan der henvises til dom fra Cour d'Appel de Bruxelles af 16. maj 1963 (J.T. 1963, s. 434 ff); desuden er Report on Supply of Flat Glass fra den britiske Monopolies Commission fra 1968 af interesse.

Ud fra dette synspunkt tegner der sig for de i sagen omtvistede kontrakter følgende billede:

I en række af kontrakterne er bonusydelsen knyttet til den forudsætning, at den samlede efterspørgsel dækkes hos sagsøgerne (Dawe's, Organon, Provimi, Radar, Purina); medens den ifølge andre kontrakter gælder for det tilfælde, at en bestemt del af efterspørgslen dækkes hos sagsøgerne (Cyanamid, Animedica, Guyomarc'h, Protector, Ramikal, Trouw); i en tredje gruppe spiller graduerede omsætningsrabatter, som ydes fra og med en bestemt mindsteomsætning, en rolle (Afico, Beecham, Capsugel, Nitrovit, Sandoz, Upjohn, Wyeth); beslægtet hermed er endelig de kontrakter, ifølge hvilke der ydes en gradueret bonus i forhold til, hvilken del af den anslåede omsætning, der dækkes hos Roche (Beecham, Isaac, Pauls). I denne sammenhæng er det også i de tilfælde, hvor bonusydelsen ikke udtrykkeligt er knyttet til en eksklusiv købsforpligtelse, nærliggende at foretage en fortolkning af kontrakterne — til dels anvendes begrebet »loyalitetspræmie«, til dels er den sammenligning med parallelle kontrakter oplysende — og at slutte, at der foreligger en sådan sammenhæng (f.eks. i kontrakterne med Afico, Cyanamid, Organon, Protector, Provimi og Purina).

Under disse omstændigheder må man faktisk konkludere, at Kommissionen principielt med rette har betragtet alle disse kontrakter som omfattet af begrebet misbrug i artikel 86.

Sagsøgernes forsøg på til dels at betegne bonusydelsen som en mængde- og foruddisponeringsbonus, som skulle være berettiget på grund af tilsvarende lavere driftsomkostninger, og fordi der ikke er behov for teknisk rådgivning, når der er tale om store kunder, kan intet ændre heri. Faktisk vedrører bonusbeløbene den

samlede omsætning, dvs. de gælder også små leverancer af enkelte vitaminer, hvor der vanskeligt kan være tale om sådanne besparelser. Desuden fremgår det af sagsøgernes managementinformations, at der for alle køb i forbindelse med loyalitetsaftalerne skulle anvendes den mest fordelagtige pris, hvilket vil sige, at der allerede ved prisfastsættelsen blev taget hensyn til de mængder, der kom i betragtning.

Heller ikke argumentet om, at der, hvor denne betegnelse blev anvendt (f.eks. i kontrakterne med Afico, Capsugel, Provimi og Upjohn), var tale om egentlige delkredere-rabatter, kan føre til et andet resultat. Herom har Kommissionen med rette fremhævet, at der — når det drejer sig om datterselskaber af velanskrevne store koncerner, hvilket generelt er tilfældet — ikke kan siges at foreligge en egentlig betalingsrisiko, som skal dækkes ind og honoreres. Det er i øvrigt interessant, at der i kontrakterne til dels er anvendt forskellige betegnelser på dette punkt (sml. f.eks. kontrakterne med Afico og Provimi).

Også i denne sammenhæng opstår der således kun det spørgsmål, om tilstedeværelsen af den engelske klausul ændrer bedømmelsen. Dette må også her — hvis jeg må sige dette straks — for størstedelen af aftalernes vedkommende besvares benægtende. Det er i denne forbindelse ikke særlig afgørende, at denne klausul, når priserne er ens, åbenbart ikke får betydning, og at den — som Roche selv indrømmer — ikke har den virkning, at indkøb hos konkurrenterne medregnes i bonusydelsen, hvilket vil sige, at den således mistede bonus må kompenseres af konkurrenter. Også her er det snarere af betydning, at Roche, som klausulerne er udformet, kan afgøre, om det er muligt at foretage indkøb hos tredjemand — dette gælder efter min overbevisning også kontrakten med Capsugel — og at aftagerne, såfremt Roche indtræder i handelen, ikke længere er frit stillet, men at de, hvis de foretager indkøbene hos andre virksomheder, ikke længere vil opfylde betingelserne for bonusydelsen. Desuden er det også her af betydning, at den engelske klausul til dels er formuleret temmelig restriktivt, for så vidt den kun tillader, at tilbud tages i betragtning, hvis de er fremsat af producenter (Ramikal, Trouw), af navngivne producenter, førsteklasses producenter eller navngivne førsteklasses producenter (Radar, Purina, Sandoz, Wyeth), for så vidt der kræves alvorligt mente skriftlige tilbud (Beecham, Paul's), eller for så vidt der er tale om sammenlignelige, regelmæssige leverancer eller samme leveringsbetingelser (Beecham, Paul's, Trouw).

Kun i ét tilfælde (Protector) eller, hvis man medtager den allerede i anden sammenhæng nævnte kontrakt med Upjohn, i to tilfælde kan der anlægges en anden vurdering, fordi der her gælder en simpel konkurrenceklausul, og Roche ikke har ret til at indtræde. Her kan det vel være forsvarligt at sige, at forpligtelsen er gjort så lempelig, at der er givet et så vidt og ægte spillerum for konkurrenter, at der ikke længere kan siges at foreligge en begrænsning af konkurrencen, som tager form af et misbrug.

c) Endelig må der med hensyn til, i hvilket omfang der gælder forpligtelser yderligere — og i overensstemmelse med

sagsøgernes anbringender — stilles det spørgsmål, om den *faktiske håndhævelse af kontrakterne i praksis* spiller en rolle ved bedømmelsen af dem, inden det definitivt kan afgøres, om der foreligger et misbrug som nævnt i artikel 86. Herom har sagsøgerne anført, at der i vidt omfang blev gjort brug af den engelske klausul, at der blev foretaget store indkøb hos konkurrenterne, og at disse altså ikke i væsentligt omfang blev holdt ude. Aftagerne havde i mange tilfælde i strid med ordlyden af den engelske klausul overhovedet ikke givet underretning til Roche, og der var heller ikke indtrådt et tab af bonus i de tilfælde, hvor Roche ikke havde fået lejlighed til at indtræde i mere fordelagtige tilbud. Til støtte herfor har sagsøgerne bl.a. henvist til de af Kommissionen under sagen forelagte rapporter om undersøgelser, der er foretaget hos sagsøgernes kunder; desuden har sagsøgerne henvist til de udtalelser vedrørende de af Kommissionen anførte klagepunkter, som nogle af sagsøgernes medkontrahenter har afgivet under den administrative procedure.

Efter min opfattelse er sådanne betragtninger irrelevante. Jeg anser Kommissionens standpunkt for korrekt, når den fremfører, at alene kontrakternes ordlyd og de virkninger, man med rimelighed måtte påregne, er afgørende for, om der foreligger et misbrug som nævnt i artikel 86. Dette standpunkt kan allerede begrundes med, at man må gå ud fra, at kontraktbestemmelser, om hvilke der åbenbart blev ført hårde forhandlinger, også havde praktisk betydning.

Det må derimod kunne overvejes at tage de faktiske virkninger af sagsøgernes salgssystem i betragtning i forbindelse med vurderingen af krænkelsens grovhed — nemlig forstyrrelsen af konkurrenceforholdene inden for fællesmarkedet — med henblik på vurderingen af den pålagte bødes omfang. Dette vil jeg i givet fald vende tilbage til i en senere sammenhæng.

3. Efter at det således har vist sig, at Kommissionen med rette — i hvert fald for så vidt angår flertallet af de foreliggende kontrakter — har antaget, at der i forhold til sagsøgerne forelå forpligtelser, som tog form af misbrug, vil jeg nu gå over til at omtale kontrakterne med Merck og Unilever for at afgøre, om der her må anlægges en anden bedømmelse.

a) Sagsøgerne havde afsluttet tre kontrakter med Merck om levering af A-, E- og B_6-vitamin. De vedrørte denne aftagers samlede efterspørgsel eller den del af efterspørgslen, som lå ud over Merck's produktionskapacitet, og skulle gælde for fem år, hvorefter de forlængedes i to år ad gangen, hvis ikke de blev opsagt rettidigt. Merck fik tilsagn om en bonus på 20 % for B_6-vitamin; for de to andre vitaminer gjaldt der en minimums- og maksimumsbonus på mellem 12,5 (15) og 20 % alt efterprisudviklingen. To af kontrakterne indeholdt ligeledes en engelsk klausul, hvorefter Roche havde ret til at indtræde i andre producenters mere fordelagtige priser og vilkår.

Sagsøgerne har — med hensyn til bonusydelsen — særlig anført, at der for E- og B_6-vitaminernes vedkommende var tale om en mængdebonus og for A-vitaminernes vedkommende om en funktions-

bonus, idet Merck videresolgte dette produkt og således sparede sagsøgerne for salgsudgifter. Desuden har sagsøgerne gjort gældende, at firmaet Merck på grund af sin egen produktionsplanlægning havde interesse i sikre leverancer af store mængder og lagde vægt på at foretage sine indkøb hos en enkelt leverandør, fordi firmaet udadtil optrådte som producent.

Efter min opfattelse kan disse argumenter dog ikke medføre, at kontrakterne med Merck må anses for at falde uden for misbrugsbestemmelsen i artikel 86. I denne sammenhæng kan vi lade spørgsmålet om, hvorledes bonusydelsen må betegnes, stå hen, da Kommissionen — som vi har hørt — ikke i første række har lagt vægt på dette aspekt, men på eksklusivforpligtelsen. Denne forpligtelse og særlig dens varighed er det også nødvendigt at påtale her. Selv hvis det anerkendes, at Merck's interesse i konstante og sikre leverancer er beskyttelsesværdig, kan dette dog ikke retfærdiggøre en forpligtelse af den valgte varighed og intensitet. Det kan med Kommissionen ligeledes betvivles, om Merck's interesse for så vidt er værd at tage i betragtning og at beskytte, som dette firma bestræber sig på udadtil at optræde som producent, medens det i virkeligheden kun udøver en videresalgsfunktion. Endelig gælder det om den engelske klausul, at forpligtelsen ikke dermed ophørte, men kun blev lempet, nemlig for så vidt Roche tillod det, og kun for så vidt der var tale om andre *producenter,* dvs. ikke-forhandlere.

b) Med hensyn til kontrakten med Unilever må det på den anden side fastslås, at den indebar en pligt til at dække den samlede efterspørgsel af A-vitamin for 1974 og en tilsvarende pligt for det følgende år, for hvilket der i december 1974 skulle gives meddelelse om den anslåede mængde. Her var der ikke tale om bonus, men om præferencepriser, og det var aftalt, at forskellen mellem fakturapriserne og de kontraktmæssigt aftalte priser skulle udlignes mellem Unilever-koncernens moderselskab og Roche. Der gjaldt ligeledes en engelsk klausul, som gav Roche ret til at indrette sig efter lavere priser fra andre producenters side.

Herom har sagsøgerne særlig anført, at der intet kan indvendes mod de aftalte særpriser. De var berettiget på grund af den mangeårige forretningsforbindelse og leverancernes omfang, men ikke mindst fordi Roche havde lavere salgsomkostninger og kunne spare den tekniske rådgivning vedrørende anvendelsen af produkterne. Desuden var de kommet i stand under påvirkning af tilbud fra konkurrenter, hvilket fremgår af referatet af et møde med Roche i december 1972 i London. Den måde, hvorpå afregningen foregik, havde i denne forbindelse ingen speciel betydning, men var valgt af regnskabstekniske og skattemæssige grunde.

Hvis jeg ser ret, lægger Kommissionen heller ikke her i første række vægt på de aftalte særpriser, men på Unilever's pligt til at dække sin efterspørgsel hos Roche. Men ved bedømmelsen af denne pligt kan der heller ikke her gælde andet, end hvad der er anført om de øvrige aftaler. Dette gælder også aftalens gyldighedspe-

riode, idet heller ikke aftagere af store mængder nødvendigvis afgiver ordrer for to år; der kan ligeledes henvises til det tidligere anførte om udformningen af den engelske klausul i forbindelse med de øvrige aftaler. Desuden kan det tilføjes, at det ikke forekommer ukorrekt, når Kommissionen af afregningssystemet slutter, at det også har tjent som en kontrol med, at pligten til at dække efterspørgslen blev overholdt. Det ses faktisk ikke, hvilke omstændigheder der bydende skulle tale imod, at datterselskaberne umiddelbart solgte til de priser, der var fastsat efter forhandlinger mellem moderselskaberne.

c) Herefter er der ingen anledning til at bedømme aftalerne med Merck og Unilever anderledes; også disse må betragtes som udtryk for misbrug, i det mindste for så vidt angår aftagernes købsforpligtelser, dvs. fordi deres valgfrihed begrænses, og fordi andre virksomheders indtrængen på disse markeder vanskeliggøres.

4. Jeg skal herefter gå over til en anden form for misbrug, nemlig anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi, hvilket ifølge artikel 86, stk. 2, litra c) ikke er tilladt for virksomheder, som indtager en dominerende stilling. Også på dette punkt kan der henvises til sukkersagen, hvori der netop med hensyn til loyalitetspræmier rejstes en sådan anklage med den begrundelse, at aftagerne på denne måde blev forfordelt i konkurrencen. Det er desuden af interesse, at dette standpunkt genfindes i national ret, f.eks. når det ifølge fransk ret er forbudt at beregne sig ulige priser, som ikke er berettiget som følge af forskellige kostpriser; noget lignende gælder ifølge engelsk ret (jf. rapporten fra Monopolies and Restrictive Practices Commission »on supply of insulated electric wires and cables«).

Det står fast, at aftagerne i det foreliggende tilfælde blev behandlet ulige i forbindelse med bonusberegningen, og dette bestrides heller ikke af sagsøgerne. Hvis man betragter den graduerede bonus af den samlede omsætning, ses det, at der til dels var tale om betydelige forskelle med hensyn til de nødvendige mindstemængder og de på grundlag af mængderne beregnede bonusbeløb, og dette gælder såvel hvis man sammenligner kontrakter, for hvilke der gælder samme møntsort og samme gyldighedsperiode, som hvis man sammenholder kontrakter i forskellige valutaer. Det samme gælder de øvrige loyalitetspræmier, herunder de såkaldte delkrederabatter, hvor satserne svinger mellem 1 og 7,5 %, hvis man lader de beløb, der i aftalen med Merck betegnedes som mængdebonus, ude af betragtning. Disse forskelle kan sikkert heller ikke anses som begrundet i de — til dels sammenfaldende — tidsrum, for hvilke aftalerne var gældende, eller under henvisning til, i hvilket omfang efterspørgslen dækkedes, eller til de faktisk købte mængder, om hvilke der er meddelt oplysninger for 1974. Der er næppe behov for at dokumentere dette i detaljer; en nøje undersøgelse af aftalerne efterlader ikke den mindste tvivl herom.

Sagsøgerne forsøgte derfor også at fremsætte en anden begrundelse. Under den

af Kommissionen afholdte høring i forbindelse med den administrative procedure gjorde de således gældende, at bonusbeløbene og forskellene i disse ikke havde været mærkbare på grund af svingningerne i valutakurserne. Desuden gjorde de gældende, at kundernes konkurrenceevne i intet tilfælde havde lidt skade. Næsten alle aftagerne videreforarbejdede nemlig vitaminerne. I det endelige produkt spillede vitaminerne kun en underordnet rolle; navnlig i levnedsmiddel- og forderstofproduktionen, som størstedelen af salget var bestemt til, repræsenterede de kun en ganske ringe del af prisen for slutproduktet, nemlig 1 % eller derunder. Derfor kunne selv en forskel i bonusbeløbet på 5 % ikke have indvirkning på konkurrenceforholdene.

Det forekommer mig dog, at sagsøgerne ikke med dette modargument kan tilbagevise anklagen for at have gjort sig skyldig i misbrug. Hvad angår det første led i argumentet er det tilstrækkeligt at henvise til, at der også findes forskellige bonussatser i kontrakter, hvori der anvendes samme møntsort. Og hvad angår det andet led i sagsøgernes argumentation, har Kommissionen efter min opfattelse med rette henvist til, at udtrykket »stilles ringere i konkurrencen« i artikel 86, stk. 2, litra c) ikke er ensbetydende med formindskelse af konkurrenceevnen. I samme retning fremhæves det ligeledes i teorien (Siragusa i »Semaine de Bruges 1977«, s. 425), at forskelsbehandling også er forbudt, hvor de pågældende aftagere ikke konkurrerer indbyrdes. Desuden må det ikke glemmes, at aftagerne åbenbart har tillagt bonusydelserne stor betydning, hvilket viser, at de absolut var af værdi for deres markedsstilling og deres økonomiske dispositioner; der skal ligeledes henvises til, at Domstolen også i sukkersagen anså prisforskelle på 5 % for tilstrækkelige til at tale om en overtrædelse af artikel 86, stk. 2, litra c).

Herefter kan det — uden at det er nødvendigt at omtale det åbenbart irrelevante argument om, at også konkurrenterne har ydet bonus af denne størrelsesorden — kun konstateres, at Kommissionen i den anfægtede beslutning med rette har fastslået, at der også forelå et misbrug i form af anvendelse af ulige forretningsvilkår.

5. Efter disse mere principielle konstateringer vedrørende misbrug af den dominerende stilling må vi undersøge, om Kommissionens vurdering, der, som vi har set, for størstedelens vedkommende kan accepteres, kan anfægtes under henvisning til den af aftalerne omfattede omsætning. Det må overvejes, om det afgørende er, om der er sket en *mærkbar* påvirkning af konkurrencen og af handelen mellem medlemsstater, og om det i det foreliggende tilfælde, som hævdet af sagsøgerne, er udelukket af anvende artikel 86 i mangel af en sådan påvirkning. I denne sammenhæng har sagsøgerne navnlig gjort gældende, at det anfægtede salgssystem — hvis man ser bort fra aftalerne med Merck og Unilever og kun ser på de rene loyalitetspræmier og ikke på bonus af den samlede omsætning — i gennemsnit i perioden 1970 til 1971 kun repræsenterede 4 % af vitaminsalget inden for fællesmarkedet.

Det er min overbevisning, at vi heller ikke på dette punkt kan give sagsøgerne medhold. Kommissionen henviser med rette til, at mærkbarhedsdoktrinen er udviklet i forbindelse med artikel 85, dvs. på et område, hvor en i sig selv bestående effektiv konkurrence begrænses ved hjælp af aftaler og lignende. I de situationer, der er omfattet af artikel 86, er konkurrencen derimod praktisk taget elimineret, idet en dominerende virksomhed ikke er udsat for effektiv konkurrence. Her synes det faktisk ikke at være forsvarligt at lade en sådan virksomheds adfærd, som ifølge de i artikel 86 angivne kriterier må betragtes som udtryk for misbrug, ude af betragtning, fordi den ikke påvirker konkurrenceforholdene mærkbart.

Selv hvis man imidlertid anså det for forsvarligt at tolerere eller i det mindste ikke at straffe misbrug i tilfælde, hvor der så at sige kun er tale om »quantités négligeables« (ubetydelige mængder), må det dog alvorligt betvivles, at det foreliggende tilfælde hører under denne kategori. Som vi har set, kan aftalerne med Merck og Unilever på ingen måde lades ude af betragtning, højst aftalerne med Protector og Upjohn, som dog angik mindre end en halv procent af det samlede salg af vitaminer inden for Fællesskabet i 1974. Det er også væsentligt, at der er tale om kontrakter med sagsøgernes betydelige kunder, som koncentrerer sig om fremstilling af levnedsmidler og foderstoffer. Uanset om man imidlertid sammenligner deres omsætning med sagsøgernes samlede salg eller — som sagsøgerne foretrækker — med det samlede salg af vitaminer inden for fællesmarkedet, står vi i intet tilfælde over for størrelsesordener, som — heller ikke når den engelske klausul tages med i betragtning — kan give holdepunkter for at tale om en helt ubetydelig indvirkning på konkurrenceforholdene. Da det desuden drejer sig om kontrakter med virksomheder, som videreforarbejder vitaminer, og hvis aktiviteter ikke er begrænset til en enkelt medlemsstats område, kan der samtidig siges også at foreligge en påvirkning af handelen mellem medlemsstater i en udstrækning, som i hvert tilfælde er relevant i forbindelse med artikel 86.

IV — Efter at de hidtidige overvejelser har vist, at der for den overvejende dels vedkommende ikke kan sættes spørgsmålstegn ved retmæssigheden af Kommissionens beslutning, for så vidt det deri fastslås, at der er sket et misbrug af en dominerende stilling, skal jeg nu gå over til spørgsmålet om, hvorvidt bødepålægget kan anfægtes.

Herom kan der frem for alt fremføres tre betragtninger:

— Den første er baseret på den omstændighed, at der i artikel 86 anvendes ubestemte begreber (dominerende stilling på markedet, misbrug). Herom har sagsøgerne anført, at disse begreber — hvilket endnu ikke var tilfældet, da de foreliggende kontrakter blev indgået — først måtte konkretiseres nærmere gennem forvaltningsafgørelser og om muligt også gennem domme, før det kunne overvejes at pålægge en bøde.

— Den anden vedrører skyldkravet i artikel 15 i forordning nr. 17. Her

gør sagsøgerne gældende, at de befandt sig i en disculperende retsvildfarelse.

— Endeligt påberåber sagsøgerne sig lighedsgrundsætningen, idet der i lignende tilfælde — der tænkes især på loyalitetspræmierne i den ovenfor nævnte sukkersag — ikke blev pålagt bøder.

1. Vedrørende det første punkt har sagsøgerne henvist til § 22 i den tyske lov om konkurrencebegrænsninger (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), hvorefter virksomheder, som indtager en dominerende stilling, og som gør sig skyldig i misbrug, ikke kan pålægges bøder, samt til andre nationale konkurrenceregler, ifølge hvilke bøder kun kan pålægges i tilfælde, hvor konkrete påbud fra kartelmyndighedernes side ikke efterkommes. Sagsøgerne har desuden gjort opmærksom på, at der ved en lov af 1973 blev indført en supplerende forbudsprocedure i den tyske lov om konkurrencebegrænsninger med den begrundelse, at bødebestemmelser ikke er hensigtmæssige til afklaring af spørgsmål i denne forbindelse. Hvis jeg ser ret, går sagsøgerne dog ikke så vidt som til heraf at slutte, at bødestemmelsen i artikel 15 i forordning nr. 17, for så vidt den vedrører EØF-traktatens artikel 86, er fuldstændig retsstridig. De har kun givet udtryk for, at artikel 15 må fortolkes i overensstemmelse med de grundlovfæstede frihedsrettigheder i den forstand, at bøder kun kan pålægges, når der gennem forvaltningsafgørelser er sket en afklaring af retstilstanden.

Et betydningsfuldt udgangspunkt for denne opfattelse er, at virksomheden i det foreliggende tilfælde anklages for at have afsluttet bestemte kontrakter, som absolut var sædvanlige og konkurrenceretligt set ubetænkelige, og om hvilke det må antages, at de kun er forbudte, såfremt virksomheden indtager en dominerende stilling. Med hensyn til spørgsmålet om den dominerende stilling på markedet må det imidlertid erkendes, at det indebærer vanskelige vurderinger af faktiske forhold, og at der herefter, fordi det afgørende ikke alene er markedsandelene og markedsstrukturen, men en hel række yderligere spørgsmål, i det foreliggende tilfælde i det mindste måtte herske begrundet tvivl. Hvis der i en sådan situation pålægges en bøde, opstår der altså en konflikt med princippet om, at straffebestemmelser, før de kan bringes i anvendelse, må være tilstrækkeligt bestemte. Dette princip om reglernes bestemte karakter, som står i forbindelse med retssikkerhedsprincippet, har ifølge teori og retspraksis til dels støtte i national forfatningsret (artikel 103 i den tyske grundlov og artikel 25, stk. 2 i den italienske); desuden har det — hvilket ligeledes kan ses af den juridiske teori — fundet udtryk i menneskerettighedskonventionens artikel 7. For de retsordeners vedkommende, hvor der ikke i forfatningen findes en sådan bestemmelse, som i øvrigt ikke alene vedrører strafferetlige sanktioner, men også pålæggelse af administrative bøder, kan der, for eksempel for så vidt angår belgisk ret, henvises til »in dubio pro reo« — maksimen eller — og dette gælder for andre medlemsstater — til princippet om »nullum crimen sine lege«. Også heraf kan det udledes — også i

forbindelse med overtrædelse af administrative forskrifter — at sanktionen bortfalder, hvis begreberne er uklare, eller der er tvivl om deres fortolkning. I det mindste må ubestemte love fortolkes snævert.

Herimod har Kommissionen anført en række betænkeligheder og indvendinger, som navnlig angår rækkevidden af de anførte forfatningsbestemmelser, bestemmelsen i menneskerettighedskonventionen samt grundsætningen i belgisk ret, hvorfor det i det hele må betvivles, om der består en retsgrundsætning med det af sagsøgerne hævdede indhold. Kommissionen har henvist til, at en sådan grundsætning kan ses at foreligge i de forfatningsretlige regler i to af medlemsstaterne, som kender en domstolskontrol med den lovgivende myndighed, at der er tale om et nyt princip, at det fremfor alt vedrører strafferetten, medens det endnu ikke er endeligt afklaret, om det også gælder for retsområdet for de administrative bøder, til hvilket artikel 15 i forordning nr. 17 må regnes. I alle tilfælde må det antages, at der herefter ikke er grundlag for at drage overdrevent strenge konklusioner. Både i tysk og i italiensk ret accepteres det, at der i lovbestemmelser forekommer generelle begreber, som ikke klart kan fastlægges, og det er herefter først og fremmest af betydning, om de afstukne rammer giver *retten* mulighed for at anlægge en fortolkning, og at de udgør et pålideligt grundlag for retspraksis. Dette gælder ikke mindst for konkurrenceretten, hvor det på grund af det økonomiske livs mangeartethed ikke er muligt at undgå generelle begreber. Her er det tilstrækkeligt, at en bestemmelses nøjagtige indhold lader sig udfinde på grundlag af formålet med normsystemet som helhed, og i denne forbindelse spiller det i et tilfælde som det foreliggende sikkert også en rolle, at en stor virksomhed, som driver international handel, ud fra sit kendskab til de forskellige nationale retsordener kan skaffe sig tilstrækkelige holdepunkter for afgørelsen af, om dens adfærd er tilladelig.

Om denne tvist må det siges, at det ville være overordentlig interessant at forfølge de rejste spørgsmål i detaljer, og jeg har derfor også fremstillet den forholdsvis udførligt. I det foreliggende tilfælde er dette imidlertid — af grunde som klart vil fremgå af det følgende — ikke tvingende nødvendigt.

Det kan vanskeligt accepteres, at bødebestemmelsen i forordning nr. 17 i intet tilfælde skulle kunne anvendes, før der var truffet forvaltningsafgørelser, som nærmere konkretiserer indholdet af artikel 86. Dette er helt klart for vidtgående, idet der med sikkerhed findes sagsforhold, som uden vanskelighed lader sig subsumere under artikel 86, og hvor der ikke er nogen alvorlig tvivl om, at der foreligger en dominerende stilling på markedet og et misbrug som nævnt i de artikel 86 anførte eksempler.

For så vidt der herudover findes områder, hvor retstilstanden er usikker, eller grænseområder, og så længe den administrative praksis endnu ikke er tilstrækkelig udviklet, må det vel i de fleste tilfælde være muligt at tage behø-

rigt hensyn hertil i form af overvejelser med hensyn til skyldspørgsmålet. Således må det i det mindste forholde sig i det foreliggende tilfælde, og det er derfor efter min opfattelse rimeligt at koncentrere undersøgelsen om dette punkt, dvs. om den anden af de betragtninger, sagsøgerne har anført.

2. Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerne culpøst, altså med forsæt eller uagtsomt, har misbrugt sin dominerende stilling, har de henvist til det interessante begreb disculperende retsvildfarelse.

Ved hjælp af indgående retssammenlignende undersøgelser er det da også lykkedes sagsøgerne at påvise, at der er tale om en meget udbredt retlig tankegang, og at det derfor er nærliggende at anerkende begrebet som et progressivt element også i EF-retten og de her gældende bødebestemmelser. Jeg kan her henvise til sagsøgernes redegørelse for, i hvilket omfang retsvildfarelse tillægges betydning i tysk ret, også for så vidt angår mindre alvorlige lovovertrædelser (Ordnungswidrigkeitenrecht), samt til dansk, nederlandsk og fransk ret — i hvert fald hvad angår den dér gældende teori — og jeg skal henlede opmærksomheden på, at Jeschek i sin afhandling »Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften« (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1953, s. 497 ff) er gået ind for den opfattelse, at et sådant princip for EKSF-rettens vedkommende kan udledes af traktatens artikel 36. Det kan derimod næppe tillægges større betydning, at der i engelsk og italiensk ret endnu må konstateres en vis tilbageholdenhed.

Hvis dette standpunkt accepteres, er det afgørende, om det i det foreliggende tilfælde kan siges, at sagsøgerne faktisk har befundet sig i en disculperende retsvildfarelse med hensyn til sin dominerende stilling og den af Kommissionen anfægtede adfærd.

Her må med hensyn til den *dominerende stilling* — og helt bortset fra en eventuel faktisk vildfarelse, for hvilken sagsøgernes andel af verdensmarkedet eventuelt kan spille en rolle — følgende tages i betragtning:

På nogle markeder (A- og E-vitamin) bevæger sagsøgernes markedsandel sig åbenbart i grænseområdet for det relevante. I det omfang dette ikke er tilfældet, kan det være af betydning, at der i den beslutningspraksis, som fandtes før sagsøgerne afsluttede kontrakterne med sine kunder, i alle tilfælde var tale om monopoler eller meget store markedsandele. Det er, uden at dette er bestridt, blevet anført, at selv meget støre markedsandele ifølge tysk praksis før lovændringen i 1973 ikke var tilstrækkeligt grundlag for at antage, at der forelå en dominerende stilling, hvis der samtidig kunne påvises en konkurrence på kvaliteten. Det, der under sagens behandling er fremgået med hensyn til prisudviklingen på vitaminmarkederne og en vis konkurrence på prisen, kan også spille en rolle i denne sammenhæng, navnlig i forbindelse med, at det, der ifølge EKSF-traktaten er afgørende for, om der foreligger en dominerende stilling, er muligheden for at fastsætte priserne. Endelig kan det for sagsøgernes opfattelse af, at

de ikke kunne hindre en effektiv konkurrence, også have haft betydning, at de kendte visse store konkurrenters økonomiske styrke, ligesom det heller ikke kan afvises, at deres vurdering af situationen kunne være påvirket af erkendelsen af, at de opererede på et stærkt ekspansivt marked.

Med hensyn til den adfærd, Kommissionen anklagede sagsøgerne for at have udvist, kan det — for så vidt der tænkes på spørgsmålet om anvendelse af *ulige vilkår over for aftagerne* — tages med i betragtning, at påvirkningen af konkurrencen var begrænset, og at det for de pågældende virksomheder på daværende tidspunkt ikke uden videre var muligt at indse, at dette ikke er afgørende i forbindelse med artikel 86. Med hensyn til de *forpligtelser, der blev pålagt aftagerne*, må det efter min opfattelse accepteres, når det anføres, at loyalitetspræmier i EKSF-retten og i forbindelse med artikel 86 til dels heller ikke kritiseres i teorien (jf. Van Hecke: »Kartelle und Monopole im modernen Recht«, bind 1, s. 338) og at der på det tidspunkt, de pågældende kontrakter afsluttedes, endnu ikke var vedtaget beslutninger om egentlige eller uegentlige loyalitetspræmier. I særdeleshed gælder det, at sådanne kontrakter, ifølge det af sagsøgerne ubestridt anførte, åbenbart hverken i USA eller ifølge tysk praksis hidtil har givet anledning til, at der er pålagt bøder. Det forekommer heller ikke fuldstændigt ukorrekt, at sagsøgerne var af den opfattelse, at sådanne forpligtelser i et ekspanderende marked var mindre betænkelige, fordi der — i modsætning til situationen i et stagnerende marked — stadig var fornødent råderum for alle virksomheder på markedet. Det kan heller ikke siges at være fuldstændigt forfejlet, når sagsøgerne lagde vægt på interesseafvejningsprincippet, som dog omtaltes i Kommissionens GEMA-beslutning, som vedrørte eksklusivforpligtelser, og i Domstolens dom i Sabam-sagen vedrørende et lignende tilfælde. Ikke mindst måtte den engelske klausul, der fandtes i alle kontrakterne, og sagsøgernes faktiske håndhævelse af denne spille en rolle, særlig med henblik på den omstændighed, at en sådan klausul blev indføjet efter tilskyndelse fra Kommissionen selv i dennes beslutning i Dunlop-sagen (EFT L 323, 1969, s. 21).

I betragtning af alle disse overvejelser bør man uden tøven anerkende, at der har foreligget en disculperende retsvildfarelse i forhold til artikel 86 i dette tilfælde, idet der efter min opfattelse ikke på overbevisende måde kan henvises til, at sagsøgerne kunne have sikret sig gennem indhentelse af oplysninger om retstilstanden, og at de på grundlag af deres kendskab til national ret, hvori der rent faktisk til dels findes divergerende opfattelser, havde haft grund til at udvise forsigtighed. I det mindste kan det forsvares at antage, at der foreligger så ringe en grad af skyld, at der ikke var anledning til at pålægge en bøde, især ikke over for en virksomhed, som, hvilket anerkendes, under den administrative procedure viste sig overordentlig samarbejdsvillig og straks erklærede sig rede til at bringe den anfægtede adfærd til ophør.

3. Det er herefter i grunden ikke nødvendigt at gå ind på spørgsmålet om forskelsbehandling i forbindelse med pålæggelsen af bøden. Hvis spørgsmålet på trods heraf skulle behandles, måtte man i al korthed bemærke, at sådanne betragtninger i det foreliggende tilfælde sandt at sige ikke kan anføres til fordel

for sagsøgerne. For så vidt de i denne sammenhæng har henvist til sukkersagen, må der nemlig gøres opmærksom på, at der dér blev pålagt en bøde også på grund af overtrædelse af artikel 86 ved ydelse af loyalitetspræmier, og at denne bøde af Domstolen kun blev nedsat, om end væsentligt.

4. Såfremt man anser det for korrekt at ophæve bødepålægget, bortfalder ligeledes behovet for at overveje, om ikke i det mindste udmålingen måtte korrigeres. Herom vil jeg dog i det mindste bemærke, at en sådan korrektion i hvert tilfælde ville være på sin plads, idet det af sagens behandling fremgår, at der ikke har foreligget en dominerende stilling på markedet for B3-vitamin, og idet også klagepunktet vedrørende misbrug med hensyn til aftagernes forpligtelser, for så vidt angår to af aftalerne, vanskeligt kan opretholdes. Desuden måtte det i denne sammenhæng muligvis tages i betragtning, at en betydelig del af sagsøgernes lerverancer var bestemt til teknologiske formål, dvs. at de blev tilført et marked, hvor det ikke er bevist, at sagsøgerne indtog en dominerende stilling. Desuden måtte der vel også her tages hensyn til de faktiske virkninger af de pågældende aftaler. Jeg kan på dette punkt erindre om, at sagsøgerne hævdede — til dels under henvisning til kundernes udtalelser som svar på Kommissionens klagepunkter forsøgte at påvise — at aftagerne, ikke mindst takket være den engelske klausul og sagsøgernes lempelige håndhævelse af denne, i vidt omfang følte sig frit stillet, når de skulle foretage indkøb. Jeg kan også erindre om det af Kommissionen anførte, hvorefter de fastlagte forpligtelser åbenbart ikke i alle tilfælde blev overholdt — hvilket tilsyneladende ikke altid blev kontrolleret — og hvorefter det incitament, som bonusydelserne indebar, ikke overalt var så stort som frygtet. Således må det i hvert fald forstås, når Kommissionen sammenfattende fastslog, at de pågældende 22 af sagsøgernes kunder for den *overvejende* dels vedkommende udelukkende eller *i det væsentlige* dækkede deres efterspørgsel hos sagsøgerne. Jeg skal ikke her gå nærmere i enkeltheder, men henvise til det i Kommissionens duplik s. 52 ff anførte, til Kommissionens besvarelse af Domstolens spørgsmål (s. 12 ff) og til de forelagte rapporter vedrørende undersøgelser foretaget hos sagsøgernes kunder.

V — Hermed er undersøgelsen af sagen imidlertid endnu ikke afsluttet. Det er påkrævet at behandle endnu to argumenter, som efter sagsøgernes opfattelse kan anfægte lovligheden af beslutningen som helhed, nemlig en overtrædelse af forbudet mod at benytte dokumenter, som er fremskaffet på ulovlig måde, samt krænkelse af princippet om kontradiktion.

1. Det første punkt kan besvares forholdsvis kort.

Sagsøgerne har herom anført, at interne dokumenter af en tidligere ansat uden beføjelse hertil er overladt Kommissionen, hvilket ifølge schweizisk ret — som det fremgår af den over den ansatte afsagte straffedom — er strafbart. Ifølge den anklagedes udtalelser over for politiet blev denne handling foretaget på Kommissionens foranledning. Dermed har Kommissionen i strid med folke-

retten uden de schweiziske myndigheders tilladelse foretaget undersøgelseshandlinger på schweizisk område. Et sådant indgreb i en ikke-medlemsstats suverænitet må nødvendigvis føre til et forbud mod at benytte de på denne måde fremskaffede dokumenter, og dette må gælde så meget desto mere som en sådan overskridelse af beføjelserne — i betragtning af, at det pågældende sagsforhold uden videre fremgår af de kontrakter, sagsøgerne har forelagt — kan siges overhovedet ikke at have været uomgængelig for Kommissionen og derfor strider mod proportionalitetsprincippet, forstået som princippet om et rimeligt forhold mellem mål og midler.

Kommissionen har især bestridt, at den skulle have opfordret den tidligere ansatte til at foretage de nævnte handlinger. Af den nævnte straffedom fremgår intet sådant. Herfor taler desuden den omstændighed, at Schweiz på ingen måde har gjort forestillinger over for Fællesskabet i anledning af uberettigede efterforskningsforanstaltninger foretaget på schweizisk territorium.

De nærmere enkeltheder i hele denne forbindelse kan vel nu stilles i bero. Det, der har betydning, er nemlig, at sagsøgerne i sidste instans alligevel af egen drift har forelagt de pågældende dokumenter under sagen. Sagsøgerne har også erklæret at give afkald på at gøre forbudet mod at benytte dokumenterne gældende, at har udtrykkeligt overladt det til Domstolens skøn at tage dette spørgsmål op og afklare det. Efter den bedømmelse af sagen, jeg indtil nu er nået til, er der uden tvivl ingen anledning hertil. Jeg mener derfor, vi bør se bort fra at forfølge dette ømtålelige problem videre, ikke mindst fordi vi i så fald under alle omstændigheder måtte udrede, hvilken rolle Kommissionen og dennes tjenestemænd har spillet i forbindelse med fremskaffelsen af de nævnte dokumenter.

2. Hvad angår det andet punkt, nemlig princippet om kontradiktion, har sagsøgerne anket over, at bestemte bevisdokumenter, som omtales i den anfægtede beslutning, ikke er blevet gjort til genstand for en høring. Sagsøgerne gør endvidere gældende, at visse af Kommissionen anvendte informationer vedrørende markedet (konkurrenters markedsandele, vitaminsalget i Fællesskabet, importtal) ikke er blevet gjort tilgængelige for dem, samt at de ikke har fået fuldstændig og rettidig indsigt i de oplysninger, deres kunder har meddelt i rapporterne vedrørende de hos kunderne udførte undersøgelser eller i de udtalelser, kunderne har afgivet i anledning af Kommissionens klagepunkter. Endelig er sagsøgerne helt generelt af den opfattelse, at de med urette er nægtet fuld aktindsigt, hvilket ville have sat dem i stand til at henvise til undskyldende omstændigheder, som ikke er taget i betragtning.

Imod disse argumenter må det fremhæves, at de dokumenter, som efter sagsøgernes opfattelse burde have været gjort til genstand for en høring, stammede fra sagsøgerne selv, og at deres indhold derfor var dem bekendt. Det er ligeledes væsentligt, at der ifølge de om sådanne procedurer gældende fællesskabsbestemmelser principielt kun er pligt til at meddele klagepunkter. Klagepunkterne skal — som det allerede er afklaret i retspraksis — indeholde en angivelse af de væsentlige faktiske omstændigheder i sagen og de dertil

hørende retlige overvejelser, hvorimod der intetsteds er tale om en angivelse af de bilag, Kommissionen støtter sig på. Selv om man antager, at der kan forekomme sagsforhold, hvor en drøftelse af sådanne dokumenter med den eller de berørte parter forekommer at være på sin plads — f.eks. når der er flere fortolkningsmuligheder, eller det er nærliggende at antage, at de er ufuldstændige, og at de af de pågældende kan suppleres med dokumenter, der taler i modsat retning — har det dog betydning i det foreliggende tilfælde, at intet sådant er gjort gældende under sagen. Da de forhold, de pågældende dokumenter er belæg for (kundeforpligtelser ved hjælp af loyalitetspræmier), er tydeligt anført i klagepunkterne, og da de desuden er blevet drøftet indgående under sagens behandling, er der ingen anledning til at annullere Kommissionens beslutning på grund af krænkelse af princippet om kontradiktion på dette punkt.

Med hensyn til det af sagsøgerne fremsatte krav om fuld aktindsigt har Kommissionen efter min opfattelse med rette bemærket, at der intetsteds i fællesskabsretten udtrykkeligt er foreskrevet noget sådant, og at der heller ikke lader sig påvise en almindelig retsgrundsætning af dette indhold. Det er i denne forbindelse af særlig interesse, hvad Kommissionen har anført om de stærkt udbyggede tyske processuelle regler i kartelsager (§ 53 i lov om konkurrencebegrænsninger). Herefter gælder der i den administrative procedure kun det princip, at vedkommende skal have lejlighed til at tage stilling til de mod ham rejste klagepunkter, og at en afgørelse ikke kan støttes på faktiske omstændigheder, som vedkommende ikke har fået kendskab til. Dette princip praktiseres af Bundeskartellamt åbenbart på den måde, at de pågældende kun får meddelelse om det væsentlige indhold af processkrifterne, og at de navnlig kun får meddelelse om hovedindholdet af andre parters indlæg. Bringes en administrativ afgørelse herved for retten, altså i en judiciel procedure, er der ret til fuld aktindsigt. Indsigt i forakter og andre dokumenter, sagkyndige erklæringer og oplysninger gives ifølge § 71 i lov om konkurrencebegrænsninger kun med vedkommendes tilladelse, og hvis tilladelse nægtes under henvisning til tavshedspligten, fremføres kun dokumenternes indhold, således at det kan anvendes under sagen.

Set ud fra disse pincipper skal der med hensyn til sagsøgernes enkelte krav kun bemærkes følgende:

Bortset fra, at visse spørgsmål fra sagsøgernes side blev besvaret ved skrivelse af 13. august 1977 fra generaldirektoratet for konkurrence, og at visse af sagsøgernes anmodninger i det væsentlige blev imødekommet — hvilket fremgår af et brev fra Kommissionen af 16. juli 1976 — er det med hensyn til andre konkurrenters markedsandele — hvorom Kommissionen oprindelig i tilslutning til dommen i sag 45/69 (Boehringer Mannheim GmbH mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, dom af 15. juli 1970, Sml. 1970, s. 153) påberåbte sig sin tavshedspligt — af betydning, at disse tal i neutral form i det mindste blev meddelt

sagsøgerne under sagens behandling for Domstolen, hvilket som bekendt gjorde det muligt i vidt omfang at nå frem til overensstemmende vurderinger med hensyn til markedsandelene.

Med hensyn til de af sagsøgernes kunder afgivne udtalelser i anledning af Kommissionens klagepunkter ville jeg mene, at spørgsmålet om, hvorvidt disse af Kommissionen med rette er blevet behandlet som hemmelige, ikke nødvendigvis skal afgøres. I alle tilfælde var de nemlig for den foreliggende sag af gegrænset værdi — helt bortset fra de overvejelser, jeg straks skal komme ind på — allerede fordi de blev afgivet i forbindelse med en artikel 85-sag, hvor sagsøgernes medkontrahenter ligeledes måtte betragte sig som dem, klagepunkterne var rettet mod.

Endelig er det med hensyn til de oplysninger, som blev indhentet hos sagsøgernes kunder og den hos disse gennemførte kontrol, af betydning, at kun en del af kunderne gav tilladelse til, at disse dokumenter blev videregivet til sagsøgerne. Med denne begrænsning har sagsøgerne fået kendskab til de nævnte dokumenter, ligesom også dokumenter vedrørende andre kunder er stillet til deres rådighed i neutral form. Disse dokumenter ville desuden kun være afgørende, hvis de faktiske virkninger af sagsøgernes salgssystem var relevante for bedømmelsen af den anfægtede beslutning, hvilket efter min opfattelse, hvis man ophæver bøden, ikke er tilfældet.

Også selv om man kan have indtryk af, at Kommissionen under den administrative procedure kunne have ført mere indgående drøftelser med sagsøgerne om de dokumenter, Kommissionen lagde til grund, og at den allerede under den administrative procedure og ikke først under sagens behandling for Domstolen, men under iagttagelse af tavshedspligten, i videre omfang burde have underrettet sagsøgerne om væsentlige faktiske omstændigheder, vil man i det foreliggende tilfælde i sidste instans dog ikke kunne tale om en sådan krænkelse af retten til kontradiktion, som måtte medføre en fuldstændig ophævelse af den anfægtede beslutning.

VI — Lad mig herefter endnu engang sammenfatte min opfattelse.

Jeg er af den opfattelse, at den anfægtede beslutning kan opretholdes, for så vidt det i denne antages, at sagsøgerne indtog en dominerende stilling på markederne for seks vitaminer, dvs. ikke på markedet for B3-vitamin, og for så vidt det fastslås, at sagsøgerne gjorde sig skyldig i misbrug i form af at pålægge tyve af sine kunder forpligtelser, dvs. ikke Protector og Upjohn, samt i form af ulige behandling af de i beslutningen anførte virksomheder. Bødepålægget for overtrædelse af artikel 86 forekommer mig derimod ikke at være berettiget, idet overtrædelsen ikke i tilstrækkelig grad kan tilregnes sagsøgerne. Med denne begrænsning bør Hoffmann-La Roche's påstande imødekommes; i øvrigt bør sagsøgte frifindes. I betragtning af dette resultat bør det statueres, at hver part bærer sine omkostninger.

1 — Processprog: Tysk