CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL G. REISCHL VAN 19 SEPTEMBER 1978 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Het gaat in dit geding om een beschikking, door de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 86 van het EEG-Verdrag genomen wegens „misbruik van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt".

Verzoekster is de moedermaatschappij van het wereldconcern Hoffmann-La Roche, dat gevestigd is te Bazel en dochtermaatschappijen heeft in bijna alle Lid-Staten van de Gemeenschap, Luxemburg en Ierland uitgezonderd. Hoffmann-La Roche — hierna te noemen: „Roche" — vervaardigt onder meer onverpakte synthetische vitaminen. Met die produktie werd ten dele reeds in de jaren dertig en veertig begonnen; de desbetreffende octrooien schijnen inmiddels te zijn verstreken. Roche heeft op de gemeenschappelijke markt plusminus 5 000 afnemers, en wel geneesmiddelen-, levensmiddelen- en veevoederproducenten. Met een aantal hunner, namelijk 22 afnemers die op de gemeenschappelijke markt als fabrikanten en verkopers optreden, werden in het tijdvak 1963-1973 toeleveringscontracten aangegaan, waarvan de deels zeer verscheiden inhoud nog zal worden besproken. Volgens de Commissie waren die contracten erop gericht de voornaamste afnemers van vitaminen aan verzoekster te binden, hetzij met behulp van bedingen waarbij zij zich uitdrukkelijk verplichtten zich voor hun behoeften geheel of grotendeels tot verzoekster te wenden, dan wel langs de weg van allerlei „trouw"-premies of preferentiële prijzen.

De Commissie acht die afspraken — die tot eind 1974 zouden hebben gegolden — met het gemeenschapsrecht in strijd. Zij meent te kunnen vaststellen dat Roche op een aantal vitaminenmarkten een machtspositie heeft ingenomen en vindt dat zulke afspraken ten koste kunnen gaan van de vrijheid der afnemers zelf hun leverancier te kiezen en aan een gelijke behandeling der afnemers in de weg kunnen staan.

Verzoekster is het daarmede niet eens. Zij heeft evenwel — naar zij ons verzekerde, reeds na een eerste bezoek van ambtenaren der Commissie in de herfst van 1974 — stappen in de richting van een wijziging der gewraakte overeenkomsten gezet. Nog vóór de omstreden beschikking zouden zij zijn ingetrokken of gewijzigd. Het schijnt dat er in januari 1975 nieuwe kaderovereenkomsten ter fine van advies bij de Commissie zijn ingezonden. Bovendien schijnt men in juni 1975 haar oordeel te hebben ingewonnen omtrent de nieuwste versies van bedoelde overeenkomsten, zoals ze met de firma Merck, een der afnemers, zouden worden aangegaan.

Het tevoren toegepaste afzetsysteem leidde er evenwel toe dat er in juli 1975 tegen Roche een procedure, haar concurrentiesysteem betreffende, werd ingeleid. Deze werd, nadat verzoekster en haar partners op de punten van bezwaar van de Commissie hadden gereageerd, nadat

1 — Vertaald uit het Duits.

betrokkenen waren gehoord en verzoeken om inlichtigen aan verzoeksters dochtermaatschappijen op het gebied van de gemeenschappelijke markt waren beantwoord, op 9 juni 1976 met een beschikking besloten.

Daarin stelde de Commissie vast, dat verzoekster binnen de gemeenschappelijke markt, en wel op zeven vitaminenmarkten (die voor vitamine A, B_2, B_6, C, E en H alsook die voor pantothenzuren) een machtpositie innam. Wegens de verschillende manieren waarop zij een aantal afnemers aan zich had gebonden, alsook ter zake van de ongelijke behandeling dier afnemers zou aan verzoekster misbruik in de zin van artikel 86 van het EEG-Verdrag kunnen worden verweten. In artikel 2 der beschikking werd dan ook verlangd dat verzoekster de gewraakte handelwijze terstond zou beëindigen. Voorts werd haar, met de motivering dat de overtreding van artikel 86 als opzettelijk althans door onachtzaamheid begaan moest worden beschouwd, een geldboete ex artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 opgelegd, die evenwel uitsluitend het tijdvak 1970-1974 betrof. Die binnen drie maanden na betekening der beschikking te betalen boete bedroeg volgens artikel 3 der beschikking 300 000 rekeneenheden, en werd, omdat verzoekster een dochtermaatschappij in de Bondsrepubliek Duitsland heeft, omgerekend op 1 098 000 DM.

Tegen die beschikking is Roche op 27 augustus 1976 in beroep gekomen. Zij verlangt allereerst dat de beschikking in volle omvang zal worden vernietigd. Subsidiair wenst zij alleen artikel 3 der beschikking, dat wil zeggen de oplegging der geldboete, te zien vernietigd.

Nu het geschil in lijvige documenten uitvoerig is behandeld, partijen in antwoord op een groot aantal vragen van het Hof van Justitie tal van nadere verklaringen hebben gegeven en de zaak op 31 mei 1978 uitvoerig is toegelicht, meen ik als volgt mijn standpunt te moeten bepalen:

I — Het was een tijdlang niet helemaal duidelijk of het verzoekster alleen om vernietiging van de haar opgelegde geldboete, dat wil zeggen van artikel 3 der beschikking, dan wel om nietigverklaring van de gehele beschikking begonnen was. Vooral na hetgeen ten deze bij de mondelinge behandeling met zoveel woorden verklaard werd, bestaat er op dat punt geen twijfel meer. Verzoekster handhaaft ook haar primair verzoek om nietigverklaring van de vaststelling, dat zij een machtspositie op enige vitaminenmarkten zou innemen, waarvan zij via de vroegere toeleveringscontracten misbruik zou hebben gemaakt.

II — Het onderzoek moet derhalve beginnen bij de zeer omstreden vraag of verzoekster destijds, vooral in het tijdvak 1970-1974, een machtpositie heeft ingenomen. Vervolgens zal ik nagaan, of het afsluiten van de genoemde toeleveringsovereenkomsten als misbruik in de zin van artikel 86 van het EEG-Verdrag is te beschouwen, en pas dan zal ik op de verdere grieven, voor zover inmiddels niet ingetrokken, kunnen ingaan alsook op de bedenking dat de Commissie de boete ten onrechte, namelijk in strijd met artikel 18 van verordening nr. 17, in de valuta van een Lid-Staat zou hebben vastgesteld.

1. Met betrekking tot de in artikel 86 van het EEG-Verdrag gebezigde term „machtspositie" zijn er reeds een aantal uitspraken.

Volgens die jurisprudentie is er van een machtspositie sprake wanneer de mededinging wezenlijk wordt belemmerd (zaak 6/72, Europemballage Corporation en Continental Can Company Inc. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, arrest van 21 februari 1973, Jurispr. 1973, blz. 215), wanneer een onderneming — in de formulering van het arrest 78/70 (Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH tegen Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, arrest van 8 juni 1971, Jurispr. 1971, blz. 487) — over de mogelijkheid beschikt een daadwerkelijke mededinging op een belangrijk deel van de betrokken markt te belemmeren. Mede blijkens laatstgenoemd arrest is daarbij met name van belang of er fabrikanten zijn die soortgelijke produkten verkopen, en welke marktpositie deze fabrikanten innemen.

Van marktaandelen was, in verband met artikel 86, onder meer sprake in de beroemde suikerzaak (40 e.v./73, Coöperatieve vereniging „Suiker Unie" UA e.a. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, arrest van 16 december 1975, Jurispr. 1975, blz. 1663). Blijkens dat arrest mag in een geval waarin de aandelen op bepaalde lokaliseerbare markten zeer hoog (85, 90, 95 %) en de invoeren van zeer weinig betekenis zijn, zonder meer, dat wil zeggen zonder nader onderzoek, worden aangenomen dat de betrokken onderneming over de mogelijkheid beschikt een daadwerkelijke mededinging te belemmeren.

De zaak werd verder in belangrijke mate tot klaarheid gebracht in het arrest 27/76 (United Brands tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, arrest van 14 februari 1978), dat vooral door de Commissie werd geciteerd. Van belang is vooral de algemene overweging dat de positie van een „marktbeheersende" onderneming gekenmerkt wordt door de omstandigheid dat hij in zekere mate in staat is tot een van concurrenten, afnemers en consumenten onafhankelijk marktgedrag. In het arrest werd voorts overwogen dat een machtspositie in de regel van complexe aard is en dat men enerzijds op de structuur van de betrokken onderneming en anderzijds op de mededingingssituatie op de markt zal hebben te letten. Wat eerstbedoeld aspect betreft, speelden in het arrest 27/76 een groot aantal factoren een rol, bij voorbeeld een duidelijke verticale integratie, de mogelijkheid over eigen vervoermiddelen te beschikken, knowhow, een efficiënte merkreclame, leidende tot een bepaalde voorkeur aan de zijde der verbruikers, een beperkt aantal afnemers en het beperkthouden der produktie. De mededingingssituatie op de markt, die men desgewenst als mede door enige reeds genoemde factoren bepaald kan beschouwen, werd door verzoeksters marktaandeel — 40 à 45 % — beïnvloed. Daarnaast werd evenwel overwogen — en pas daarna kwam het Hof tot zijn oordeel dat er ten deze van een machtspositie sprake was — dat verzoeksters onderneming het belangrijkste bananenconcern is; voorts betrok het Hof het aantal — en de positie — der concurrenten in zijn overwegingen, terwijl ook werd overwogen dat er ondanks de aanhoudende, zeer hevige concurrentie op bepaalde markten, waaraan verzoekster het hoofd kon bieden, geen verschuiving der marktaandelen had plaats gehad. En niet in de laatste plaats was van belang dat de toegang tot de markt door de daartoe nodige belangrijke investeringen was bemoeilijkt, zodat met het

aan de markt komen van nieuwe concurrenten niet behoefde te worden gerekend, terwijl beschouwingen betreffende de rentabiliteit en de mogelijkheid van prijszetting als niet belangrijk werden beschouwd.

2. Vervolgens zou ik in het kort willen stilstaan bij die nationale rechtsorden waar het begrip „marktbeheersing" bekend is. Afgaande op de ontwikkeling van doctrine en praktijk, krijgt men de indruk dat het genoemde bananenarrest zich, wat de in aanmerking te nemen marktaandelen en de verdere te onderzoeken factoren betreft, beweegt in de lijn van hetgeen algemeen voor juist wordt gehouden.

Interessant is bij voorbeeld dat in Frankrijk dikwijls marktaandelen van rond 50 % als relevant worden beschouwd, waarbij dan verdere overwegingen — bij voorbeeld betreffende de positie en omvang van andere concurrenten, technische en commerciële organisatie, en dergelijke — komen (vgl. R. Collin in La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire, Semaine de Bruges 1977, blz. 244 e.v.). Ook in het Duitse recht zijn marktaandelen in die orde van grootte relevant (vgl. de beschikkingen van het Bundesgerichtshof van 3 juli 1976 en 16 december 1976, Wirtschaft und Wettbewerb 1976, blz. 783, en 1977, blz. 255). Daarbij komen evenwel gedetailleerde analyses van de concurrentieverhoudingen, onder meer betreffende de positie van concurrenten, de marktstructuur, de marktontwikkeling en het marktgedrag van de betrokkenen; ook wordt op de financiële en technische ressources van een „marktleider" gelet. Een dergelijke ontwikkeling schijnt zich in de Noordeuropese landen voor te doen (vgl. La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire, Semaine de Bruges, blz. 301 e.v.). Zo wordt in Finland van een machtspositie gesproken, wanneer meer dan 50 % van de markt wordt gecontroleerd. Als in andere rechtsorden (Noorwegen, Denemarken en Zweden) met marktaandelen van 25 % of 25-50 % genoegen wordt genomen, dient men te bedenken dat het begrip „relevante markt" aldaar in zeer enge zin wordt opgevat. Ten slotte vertonen ook de Verenigde Staten — waar men met het monopolierecht zeer veel ervaring kon opdoen — nauwelijks een ander beeld. De situatie in de VS wordt treffend gekenschetst in Holleys overzicht van de jurisprudentie aldaar, zoals die in de reeds genoemde publikatie van de Semaine de Bruges 1977 (blz. 174 e.v.) te vinden is. Volgens dat overzicht kan, wanneer de markt voor 90 % wordt gecontroleerd, van verdere argumenten worden afgezien. Bij een marktaandeel van 75 % zal men evenwel ook andere factoren in aanmerking dienen te nemen, ook al kan er dan van een zo sterk vermoeden van marktbeheersing worden gesproken, dat het leveren van tegenbewijs erg moeilijk wordt. Bij lagere marktaandelen (60-70 %) wordt het gewicht van de accidentele factoren groter; liggen de marktaandelen niet hoger dan ± 50 %, dan moeten er sterke aanwijzingen van andere aard ten gunste van marktbeheersing spreken, en bij nog lagere marktaandelen worden er naar het recht der Verenigde Staten strenge eisen gesteld aan het bewijs dat er van een machtspositie sprake zou zijn.

3. Zetten wij ons er, tegen de achtergrond van deze feiten, toe het onderhavige geval in onderzoek te nemen, dan zij er in de eerste plaats aan herinnerd dat de Commissie verzoekster vooral vanwege de grootte van haar marktaandelen op de verschillende vitaminenmarkten en de positie der in omvang na haar komende producenten een machtspositie heeft toegedacht. Ook achtte de Commissie van belang dat verzoekster de grootste fabrikante van vitaminen — en dienovereenkomstig flexibel en kapitaalkrachtig — is, dat zij een zeer groot vitaminenassortiment uit haar eigen produktie kan aanbieden en dat zij tegenover haar concurrenten in technologisch en commercieel opzicht in het voordeel is, waarbij aan de technische know-how en aan het krachtige netwerk van wederverkopers te denken valt.

Verzoekster brengt daartegen in de eerste plaats in dat de Commissie niet van de juiste cijfers zou zijn uitgegaan; in werkelijkheid zou zij voor de verschillende vitaminensoorten over geringere marktaandelen beschikken. Bovendien zouden enkele door de Commissie alsnog in aanmerking genomen aspecten — een breed assortiment vitaminen; verzoeksters financiële positie — , de situatie der concurrenten in aanmerking genomen, over verzoeksters marktmacht niets zeggen. Ook zou de Commissie ten onrechte op een aantal andere factoren geen acht hebben geslagen. Verzoekster denkt daarbij aan de marktsituatie en het marktgedrag over een langere periode, waarbij vooral van belang is dat de vitaminenmarkt in een toestand van sterke expansie verkeert; ook zou zij niet vrijelijk de prijzen kunnen bepalen: veeleer zou de prijsontwikkeling mede onder druk van andere concurrenten, waaronder potentiële rivalen, worden bepaald. Bovendien zou de Commissie de toegang tot de bevoorradingsmarkten niet in aanmerking hebben genomen, ofschoon verzoekster daar, anders dan haar voornaamste concurrenten, op moeilijkheden stuitte, omdat zij voor „voorprodukten" van andere fabrikanten afhankelijk is.

4. Het verdient daarom aanbeveling eerst een onderzoek in te stellen naar verzoeksters marktaandelen voor de onderscheiden vitaminensoorten. Men is het er wat dat betreft over eens dat de vitaminenmarkten ieder afzonderlijk dienen te worden bezien, omdat er voor iedere vitaminensoort andere installaties nodig zijn, terwijl de vitamines elkander niet kunnen substitueren. Ten processe kon, nadat de Commissie de afzetcijfers van verzoeksters concurrenten had overgelegd, ook omtrent bepaalde cijfers overeenstemming worden bereikt, zoals moge blijken uit de gemeenschappelijke memorie, die partijen in antwoord op de vragen van het Hof van Justitie hebben ingediend.

a) Over vitamine A behoeft betrekkelijk weinig te worden gezegd. Verzoekster heeft verklaard dat het door de Commissie in de bestreden beschikking genoemde cijfer — een marktaandeel van 47 % in de Gemeenschap — als juist is te beschouwen en voor de jaren 1970-1974 representatief mag worden geacht.

Verzoekster meent alleen — maar dat betreft alle te bespreken vitaminensoorten —, dat de Commissie niet buiten beschouwing mocht laten dat er op deelmarkten deels aanzienlijke schommelingen zijn waar te nemen, en verzoekster noemde cijfers voor Denemarken en België, alsook voor de jaren 1971-1974. Dit kan voor alle hier bedoelde vitaminensoorten moeilijk als relevant worden beschouwd, en wel niet alleen waar — zoals met de vitaminensoorten B_3 en B_6 het geval is — slechts een *toename* van het marktaandeel in genoemde gebieden kan worden geconstateerd. In de eerste plaats zijn de oorzaken dier schommelingen niet opgehelderd; en vooral mag de mogelijkheid niet uitgesloten worden geacht, dat zij tot een bepaalde marktstrategie te herleiden zijn. Maar zelfs wanneer het er voor zou mogen worden gehouden dat zich in die schommelingen een marktconcurrentie manifesteert, dan nog geldt in zoverre de overweging uit het reeds genoemde bananen-arrest, dat zelfs concurrentie op deelmarkten niet wil zeggen dat er van een machtspositie niet zou mogen worden gesproken, wanneer — naar uit de stabilisatie van het marktaandeel voor de gehele gemeenschappelijke markt mag worden afgeleid — de betrokken onderneming met succes het hoofd aan eventuele concurrenten heeft kunnen bieden.

Met betrekking tot vitamine A kan derhalve worden gezegd dat er van een voor artikel 86 als relevant te beschouwen en op een machtspositie wijzend marktaandeel mag worden besproken.

b) Ook bij vitamine B_2 doen zich weinig problemen voor. Volgens de gemeenschappelijke memorie lagen verzoeksters marktaandelen tussen 1972 en 1974 — uitgaande van de afgezette hoeveelheden — tussen 74,8 en 84,5 %, respectievelijk — uitgaande van de waarde der leveranties — tussen 80,6 en 87 %. Voor het jaar 1971 zou er evenwel volgens verzoekster ten hoogste van een aandeel van ± 70 % mogen worden gesproken.

Op die cijfers, die stellig ook op voldoende grote marktaandelen betrekking hebben, mogen wij wel afgaan. De er tegen ingebrachte argumenten zijn niet steekhoudend. Dit geldt in de eerste plaats voor verzoeksters bewering, dat Roche's aandeel op de wereldmarkt lager zou liggen. Dat wil natuurlijk nog niet zeggen dat de in eerste aanleg door de Commissie berekende cijfers — zoals verzoekster meent — te hoog zijn. Het geldt evenzeer voor de door verzoekster ter sprake gebrachte stilgelegde fermentatiecapaciteit(en) die vooral in de Verenigde Staten moet worden gezocht en bij oplopende prijzen waarschijnlijk opnieuw zal worden benut. Want bij de berekening van de marktaandelen gaat het natuurlijk alleen om hetgeen er op de markt komt, en niet om potentiële concurrentie. Die komt pas later, in ander verband, ter sprake.

c) Precies dezelfde situatie doet zich voor bij vitamine B_6. Volgens de gemeenschappelijke memorie lagen verzoeksters marktaandelen in de jaren 1972-1974, op grondslag van de afgezette hoeveelheden berekend, tussen 84,2 en 88,4 %. Ook op dit cijfer mogen wij afgaan, omdat verzoekster zich voor haar opvatting dat er van lagere waarden moet worden uitgegaan, uitsluitend op haar voorstelling van zaken met betrekking tot haar aandeel in de wereldmarkt kon beroepen.

Voor de tijd daarvoor — de Commissie heeft in zoverre geen cijfers genoemd — mag daarentegen van de juistheid van de schatting van verzoekster — die haar aandeel in zoverre op ± 68 % stelt — worden uitgegaan. Zelfs dan is er namelijk, gezien de waarden welke volgens onze jurisprudentie en de nationale praktijk moeten worden aangehouden, nog altijd van een zeer groot, voor marktbeheersing in de zin van artikel 86 stellig relevant aandeel sprake.

d) Met betrekking tot vitamine H (biotine) zijn partijen het erover eens dat verzoekster tot 1970 een volstrekte monopoliepositie innam en dat haar marktaandeel tot 1974 tot 93 % is teruggelopen.

Het is hier, afgezien van hetgeen hierna met betrekking tot de betekenis der marktfase zal worden overwogen, alleen de vraag of betekenis dient te worden gehecht aan de omstandigheid dat dit produkt, zoals verzoekster heeft beweerd, in de gistfabrieken door andere produkten kan worden vervangen. In zoverre acht ik, de vraag der onderlinge vervangbaarheid voorshands uitstellend tot de hierna volgende bespreking van de vitaminen C en E, het gelijk gelegen aan de zijde van de Commissie, die verzoeksters opgaven te onbepaald acht en bovendien, wat de door de Commissie betwiste omvang der substituabiliteit betreft, niet voldoende gedocumenteerd. Uiteindelijk behoeft deze vraag in dit stadium evenwel niet verder te worden behandeld, en wel om de eenvoudige reden dat er, ook uitgaand van de door verzoekster genoemde waarden — dat wil zeggen een ± 15 % lager marktaandeel — nog altijd een zeer hoog, met genoemde waarden zeer wel vergelijkbaar en dus voor artikel 86 relevant marktaandeel zou overblijven.

e) Bij vitamine C biedt de berekening van verzoeksters marktaandeel in zoverre geen moeilijkheden, dat beide partijen het voor de periode 1972-1974 — bij kwantitatieve berekening — op 63 à 64,4 % stellen en — uitgaande van de afzetcijfers — op 64,8 à 66,2 %. Voor de jaren 1970 en 1971 moeten verzoeksters aandelen volgens haar eigen opgave 1 à 2 % lager hebben gelegen, hetgeen evenwel kennelijk weinig uitmaakt.

Het is hier slechts de vraag — ik heb er reeds op gewezen — hoe het met de door verzoekster ter sprake gebrachte substitutieconcurrentie gesteld is. Verzoekster betoogde dat vitamine C voor een belangrijk deel — zij stelt het op omstreeks 30 % van haar afzet, maar kon geen precieze cijfers noemen — voor technologische doeleinden, dus niet vanwege zijn biologisch-nutritieve, doch op grond van zijn chemisch-natuurkundige eigenschappen wordt gebruikt, en wel met name als „anti-oxydans". In die hoedanigheid zou het door andere produkten kunnen worden vervangen. En rekent men die tot de relevante markt — ook in zoverre moet verzoekster het van schattingen hebben —, dan zou haar aandeel voor 1974 op slechts 46 à 47 % komen te liggen.

Wat dit speciale probleem betreft: wij kunnen voorlopig in het midden laten of verzoekster werkelijk, zoals de Commissie meent, van te hoge cijfers uitgaat, hetgeen op zichzelf reeds aanleiding tot correctie zou moeten geven. De Commissie denkt daarbij, zoals bekend, aan het substitutieprodukt citroenzuur, waarvoor ver-

zoekster in haar berekeningen een hoog aandeel (60 %) uittrekt. Ik zou slechts willen opmerken dat citroenzuur weliswaar volgens de reeds destijds geldende richtlijnen nrs. 70/357 en 70/524 niet als anti-oxydans wordt beschouwd, en ten deze nochtans in aanmerking zou kunnen worden genomen omdat het volgens richtlijn nr. 70/357 de anti-oxyderende werking van andere stoffen versterkt en derhalve vitamine C ten dele kan vervangen. Voorts dient men te bedenken dat verzoekster in haar berekeningen slechts ongeveer een vierde van hetgeen er in totaal aan citroenzuur op de markt komt in aanmerking heeft genomen.

Van wezenlijk belang is namelijk hoe men het begrip „substituabiliteit" in het mededingingsrecht heeft te verstaan. Ik meen namelijk dat de Commissie in zoverre gelijk heeft, dat er van substituabiliteit slechts zou mogen worden gesproken in gevallen waarin, bekeken van het standpunt van de koper en in aanmerking genomen het door hem van een bepaalde waar gemaakte gebruik kan worden gezegd dat een ander produkt tot bevrediging van dezelfde behoeften kan worden gebruikt. Gewezen zij in dit verband op de rechtspraak van de Amerikaanse Supreme Court en het begrip „reasonable interchangeabilitiy", zoals het aldaar wordt gehanteerd; hetzelfde geldt voor het Duitse mededingingsrecht; men zie slechts de reeds genoemde beschikking van het Bundesgerichtshof van 3 juli 1976, waarin de functionele substituabiliteit uit de gezichtshoek van de verbruiker gezien, ter sprake kwam. Ik acht het evenwel hoogst twijfelachtig dat er met betrekking tot vitamine C en andere anti-oxydantia van een dergelijke substituabiliteit zou mogen worden gesproken. In werkelijkheid hebben wij hier slechts met een partiële substituabiliteit te maken, immers kopers van vitaminen voor biologisch-nutritieve doeleinden zijn met een vervanging door andere anti-oxydantia uiteraard niet gebaat. Maar dan gaat het — men denke in dit verband ook aan het in het bananen-arrest gebezigde begrip „geringe mate van vervangbaarheid" — uiteraard niet aan de markt op de door verzoekster bepleite wijze te omgrenzen om vervolgens — dat wil zeggen na echte anti-oxydantia erbij te hebben opgeteld — haar aandeel te bepalen.

Hoogstens zou eraan kunnen worden gedacht het vitamine C-aandeel dat voor technologisch gebruik bestemd is, buiten beschouwing te laten, ondanks het feit dat de bestemming niet precies onder controle wordt gehouden en naar goeddunken kan worden gewijzigd. Maar op die manier verkrijgt men nauwelijks een wijziging der marktaandelen in de door verzoekster voorgestane zin. De Commissie heeft namelijk het gelijk aan haar zijde, wanneer zij beweert dat ook verzoeksters concurrenten moeten worden geacht een dienovereenkomstig deel van hun afzet — maar opheldering dienaangaande blijkt uiterst moeilijk te krijgen — voor zulke doeleinden te hebben bestemd. Daarvoor spreekt niet in de laatste plaats ook hetgeen verzoekster in bijlage 3 van de gemeenschappelijke memorie in antwoord op de vragen van het Hof heeft gezegd, namelijk dat het opgegeven percentage (30 % van de vitamineverkoop zou aan technologische doeleinden moeten worden toegerekend) voor de totale afzet van vitamine C in de Gemeenschap representatief is te achten.

Tenslotte zou er nog op kunnen worden gewezen, dat er, zelfs wanneer men verzoeksters posita betreffende het probleem der substituabiliteit en al haar schattingen zou aanvaarden, altijd nog een marktaandeel overblijft dat, gemeten aan de in het bananen-arrest genoemde

cijfers, als voor artikel 86 alleszins relevant moet worden aangemerkt. Het zou dan alleen nog de vraag zijn — en daarop komen wij terug —, of er op grond van de nadere onderzoekingen der Commissie op deze markt van een machtspositie van verzoekster mag worden gesproken, en of de door verzoekster nader aangevoerde overwegingen zulk een voorlopig oordeel kunnen ondergraven.

f) Verzoeksters marktaandelen voor vitamine E — waar zich dezelfde problematiek voordoet — beliepen, afgezien van de substitutieconcurrentie, volgens de onbetwiste opgaven der Commissie over de jaren 1972-19784 50 à 60 % — berekend naar afgezette hoeveelheden — en 54 à 64 % — berekend op grondslag van de afzetwaarde —. In de jaren 1970 en 1971 moeten de aandelen volgens verzoekster ongeveer 7 % lager hebben gelegen dan in 1972 het geval was; bij de berekening der afgezette hoeveelheden zou het aandeel derhalve op 43 % en bij berekening van de waarde op 47 % moeten worden gesteld.

Zou men ten deze met verzoeksters opvatting betreffende de substituabiliteit meegaan en de desbetreffende berekeningen — 60 % van de afzet zou voor technologisch gebruik bestemd zijn — als juist aanvaarden, dan zouden weliswaar de marktaandelen voor 1973 en 1974, uitgaande van de juistheid van de door verzoekster aangehouden hoeveelheden nog niet buiten de herhaaldelijk genoemde orde van grootte komen te liggen, immers een vermindering van 14 % — als door verzoekster bepleit — zou altijd nog resulteren in aandelen van 40-44 % voor 1974 en 46-50 % voor 1973. Voor de daaraan voorafgaande periode zou dit evenwel niet opgaan, immers voor 1972 zou men aandelen van slechts 36 respectievelijk 40 % overhouden, en voor de jaren daarvoor aandelen van 29 onderscheidelijk 33 %.

Intussen geldt ook hier hetgeen bij vitamine C met betrekking tot de substituabiliteit werd opgemerkt. Verzoekster vermocht mij reeds niet te overtuigen, toen zij betoogde dat het in het voedingsmiddelenrecht verlangde gehalte aan vitamine E reeds door het natuurlijk vitamine E-gehalte van mengvoer wordt gedekt, zodat het ervoor moet worden gehouden dat hoogstens 20 % van het toegevoegde vitamine E voor biologisch-nutritieve doeleinden wordt gebruikt en 80 % vanwege de anti-oxyderende werking, die ook met andere middelen kan worden teweeg gebracht. Voorts kon de Commissie terecht wijzen op bepaalde publikaties van verzoekster, volgens welke het voor de cliëntèle voordelig is vitamine E in de plaats van andere anti-oxydantia te gebruiken, omdat vitamine E ook andere, voor de veeteelt gunstige eigenschappen zou bezitten.

Acht men het evenwel — juist zoals bij vitamine C — hoogstens aanvaardbaar de vitamine E-afzet voor technologisch gebruik buiten beschouwing te laten, dan zou ook hier de door de Commissie gegeven voorstelling der marktaandelen zich niet principieel wijzigen. Ook voor vitamine E geldt namelijk — ook blijkens de reeds genoemde memorie van verzoekster — dat van de afzet van verzoeksters concurrenten eveneens een (even groot) aandeel voor technologisch gebruik bestemd is.

Daarmede komen wij ook voor vitamine E tot de conclusie dat verzoekster in het

hier bedoelde tijdvak steeds marktaandelen in een voor artikel 86 ongetwijfeld relevante orde van grootte heeft bezeten.

g) Volgens de gegevens die in de gemeenschappelijke memorie van partijen te vinden zijn, kan er met betrekking tot de vitamine B_3-markt alleen voor het jaar 1974, toen verzoeksters aandeel bij kwantitatieve berekening 41,2 % en bij berekening naar waarde 51 % zou hebben bedragen, van een voor artikel 86 relevante orde van grootte worden gesproken. De waarden over de voorafgaande jaren zouden lager zijn geweest: 23,4 respectievelijk 34,9 % voor 1973, 18,9 respectievelijk 28,9 voor 1972; in de jaren 1970 en 1971 zouden verzoeksters aandelen nog 6 % lager zijn geweest. Anderzijds komt men hier, anders dan bij de overige vitaminensoorten het geval was, bij berekening naar afzetwaarde tot veel hogere percentages dan wanneer men van de afgezette hoeveelheden uitgaat.

Een en ander leidt tot de conclusie dat er alleen voor het jaar 1974 van aanwijzingen voor een machtspositie kan worden gesproken, en dat die conclusie zelfs aanvechtbaar schijnt te worden, wanneer men zich aan de berekening der afzetcijfers houdt, die bovendien volgens verzoekster moeten worden gecorrigeerd. De Commissie geeft in zoverre aan een berekening naar waarde de voorkeur, en wel omdat vitaminen in verschillende concentraties worden afgezet, hetgeen — naar juist uit de importen uit Zwitserland blijkt — tot zeer aanzienlijke prijsverschillen leidt. Verzoekster bepleit daarentegen de kwantitatieve berekening, en wel omdat een berekening naar waarde tot een valse voorstelling van zaken zou leiden, immers de afzet wordt naar detaillistenprijzen berekend, de import zonder doorberekening van de douanerechten naar de prijzen bij invoer, die 30 % beneden de detaillistenprijzen liggen. Ook meent zij dat de Commissie in haar kwantitatieve berekeningen ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten dat een deel van de importen niet aan verzoekster mag worden toegerekend, terwijl het bij de leveranties uit Zwitserland ten dele zou zijn gegaan om goederenbewegingen binnen het concern, zodat de betrokken partijen niet op de markt zijn gekomen.

Ik geef principieel de voorkeur aan een kwantitatieve berekening. Ik meen dat die methode met beter vergelijkbare gegevens werkt — een herberekening voor waren met verschillende concentratiegraden biedt wellicht geen overwegende moeilijkheden —, en ook het Bundesgerichtshof schijnt blijkens de beide geciteerde beschikkingen in eerste instantie die weg te hebben bewandeld. Ik betwijfel evenwel of de kwantitatieve berekeningen van de Commissie wel in belangrijke mate correctie behoeven. Er bestaat hoogstens aanleiding toe voor zover 10 ton van de importen uit Zwitserland ten onrechte aan verzoekster zijn toegerekend. Voor zover verzoekster betoogt dat de Commissie haar ten onrechte 23 geheel binnen Roche's interne bedrijfssfeer gebleven tonnen zou hebben aangerekend, mag worden verwezen naar bijlage 1 van de gezamenlijke memorie van partijen, waaruit blijkt dat importen uit Zwitser-

land aan Roche werden toegeschreven en om die reden onder de rubriek „importen" waarop het voor de berekening der marktaandelen aankomt, niet verder in aanmerking zijn genomen.

Uiteindelijk behoeft dit punt, dat ook tijdens de mondelinge behandeling omstreden bleef, niet verder te worden besproken, zoals ook geen antwoord behoeft te worden gegeven op de vraag of met de in bijlage 2 bij de gemeenschappelijke memorie toegepaste aftrek voor 45 procentswaar die ter omrekening in 100 procentswaar nodig werd geacht, ter correctie van de importcijfers kan worden volstaan. Want zelfs wanneer men aanneemt dat de kwantitatieve cijfers voor 1974 op een machtspositie wijzen, dan nog behoeft dat in casu geen rol te spelen, en wel zulks om de enkele reden dat de toeleveringscontracten, naar wij vernamen, uiterlijk in 1973 tot stand zijn gekomen, dat wil zeggen op een tijdstip waarop verzoekster op de B_3-markt nog geen machtspositie innam, terwijl verzoekster terstond na het eerste bezoek van ambtenaren der Commissie — in de herfst van 1974 — het nodige tot beëindiging der contracten heeft gedaan.

Op grond van een en ander kan worden geconcludeerd dat men in de omstreden beschikking voor de toepassing van artikel 86 ten onrechte ook de B_3-markt in aanmerking heeft genomen.

5. Na deze opmerkingen betreffende de marktaandelen, blijkens welke er met betrekking tot de vitaminensoorten B_2, B_6, A en C nauwelijks een nader onderzoek nodig is naar de vraag of er van een machtspositie mag worden gesproken — het is alleen anders voor vitamine A, alsook voor vitamine E, wat een deel van het ten deze relevante tijdvak betreft — zou ik thans willen stilstaan bij de feiten en omstandigheden welke de Commissie in haar beschikking „nader" heeft aangevoerd, opdat blijke of daarin steun kan worden gevonden voor ons voorlopig oordeel met betrekking tot de door verzoekster ingenomen machtspositie.

a) In de eerste plaats zijn de marktaandelen van verzoeksters concurrenten van betekenis.

Ons blijkt dat het marktaandeel der in grootte op verzoekster volgende concurrenten voor vitamine B_2 en B_6 gedurende het jaar 1974 onderscheidelijk slechts 8, 3 en 7 % heeft bedragen. Voor vitamine C volgen op verzoekster een concurrent met 15 % en een tweede met 7 %. Bij vitamine A luiden deze cijfers 27 % en 18 %, bij vitamine E 16 % en 6 %, bij vitamine B_3 23 % en 3 %.

Wat de ons thans nog interesserende soorten vitaminen betreft, verkrijgt men de indruk dat verzoekster een overheersende positie op de markt innam, die haar tot een grote invloed op de markt in staat stelde en haar ruimte liet voor onafhankelijk optreden. Daaraan doet niet af dat er, wat vitamine A betreft, kennelijk een kapitaalkrachtige en agressieve concurrent, BASF, te vinden is, die na in 1970 op de markt te zijn verschenen, zich voormeld marktaandeel in een paar jaar heeft veroverd. Verzoekster wist namelijk haar positie te handhaven, zodat haar marktaandeel praktisch ongewijzigd bleef. Hetzelfde geldt voor vitamine E, waar BASF in 1971 aan de markt zou zijn gekomen. Verzoeksters marktaandeel in die sector is namelijk van 1970

tot 1973 nog aanzienlijk gestegen en ligt ook in 1974 nog steeds op zodanig niveau, dat verzoekster zeer wel in staat moet worden geacht haar marktpositie te verdedigen.

Op de B_3-markt was er evenwel een sterke concurrent, een Japanse maatschappij, die in de voorafgaande jaren nog aanzienlijker marktaandelen, 30,3 % in 1973 en zelfs 43 % in 1972, bezat.

b) De Commissie achtte voorts van belang, dat verzoekster een ruim assortiment vitaminen vervaardigt en als enige onderneming alle belangrijke vitaminensoorten produceert. Op verbruikers die veel vitaminesoorten nodig hebben, gaat daarvan een zekere aantrekkingskracht uit, hetgeen nog tot versterking van verzoeksters machtspositie leidt.

Verzoekster brengt daartegen in, dat hetzelfde kan worden gezegd van een aantal grote concurrenten, immers niet het fabricage-, doch het commercialisatieprogramma geeft de doorslag. Voorts betoogt zij dat haar vitaminenassortiment voor de meeste afnemers niet van belang is, omdat het voor hen maar op een paar vitaminensoorten aankomt. Niet in de laatste plaats dient te worden bedacht, dat de voornaamste afnemers van vitaminen levensmiddelen- en voederfabrikanten zijn. Zij hebben en groot aantal additieven nodig, maar slechts enkele vitaminensoorten; in de levensmiddelenfabricage gaat het bij voorbeeld alleen om vitamine C, en die vitaminen maken slechts een gering aandeel van de additieven uit. De weinige benodigde vitaminensoorten worden echter ook door verzoeksters voornaamste concurrenten aangeboden, die ten opzichte van verzoekster bovendien in het voordeel zijn doordat zij alle wezenlijke additieven kunnen leveren.

Naar aanleiding van dit betoog van verzoekster kan allereerst worden opgemerkt, dat de door haar genoemde grote concurrenten, als ik het goed zie, niet alle vitaminen *vervaardigen* en op geen stukken na de hoeveelheden kunnen leveren die verzoekster aan te bieden heeft. Betrekt men deze beide voor de marktpositie belangrijke aspecten in zijn overwegingen, dan mag worden gezegd dat verzoekster in zoverre in het voordeel verkeerde.

Verzoekster betoogde voorts dat haar afnemers meestal maar weinig vitaminensoorten betrekken, zoals bij voorbeeld in 1977 589 van de 815 Duitse afnemers slechts een, twee of drie vitaminensoorten betrokken, maar doorslaggevend is niet het aantal afnemers, doch de omzet. Blijkens de memorie waarmede de Commissie op verzoeksters antwoord op de vragen van het Hof van Justitie heeft gereageerd, betrokken de afnemers waarmede verzoekster de ons thans interesserende overeenkomsten heeft afgesloten — en zij vormen ongetwijfeld een belangrijke kring van afnemers — maar ook andere genoemde afnemers, wel degelijk een groot aantal vitaminensoorten.

Voor de andere additieven der levensmiddelen- en voederfabrikanten, waaraan een belangrijk percentage van de vitamine-afzet moet worden toegerekend, dient weliswaar te worden erkend dat de aanwezigheid van additieven in het aanbod der concurrenten — met name voor zover het om schaarse stoffen of zelfs om monopolieposities gaat — voor de

beoordeling van de marktpositie van belang is. Anderzijds ben ik evenwel van mening dat deze factor geen zeer grote rol speelt. In de eerste plaats niet omdat er in de veevoedersector een vrij groot aantal vitaminensoorten, en niet slechts weinige — zoals verzoekster meent — nodig zijn; volgens de opgaven der Commissie hebben de in de veevoedersector werkzame afnemers van verzoekster inderdaad een vrij groot aantal vitaminensoorten afgenomen. Anderzijds ligt het voor de hand dat de aantrekkingskracht die van de additieven in het aanbod der concurrenten uitgaat, eerder een rol speelt bij de kleinere en middelgrote ondernemingen, terwijl grote veevoederfabrikanten, die grote hoeveelheden afnemen, en met name de zogenaamde mengbedrijven, als hun dat zo uitkomt de nodige stoffen uit verschillende bron betrekken.

Al met al levert het feit dat verzoekster alle belangrijke vitaminensoorten in grote hoeveelheden uit eigen produktie kan aanbieden, ook ondanks het ontbreken van bepaalde andere additieven, toch een gezichtspunt dat bij de beoordeling van marktmacht in aanmerking moet worden genomen. Verzoekster zelf noemt in haar marktinformaties van augustus 1971 een breed aanbod aan vitaminensoorten een voordeel, en in ieder geval levert de omstanigheid dat verzoekster als gevolg van het ontbreken van andere additieven in haar aanbod in bepaalde afzetgebieden en voor bepaalde afnemers een minder gunstige mededingingspositie inneemt, in zoverre geen volledige compensatie op.

c) Voorts heeft de Commissie het in haar beschikking relevant geacht dat verzoekster de grootste vitaminenproducente ter wereld is, met een grotere omzet dan alle andere fabrikanten tezamen. Gezien deze alom ter wereld dominerende marktpositie, komt de Commissie tot de slotsom dat Roche zich aan de concurrentie binnen de gemeenschappelijke markt in mindere mate gelegen behoeft te laten liggen, omdat zij tot het opvangen van conjunctuurschommelingen beter in staat is.

Ik meen dat verzoekster ook hiertegen niets van belang kan inbrengen. Omdat het hier niet om de financiële positie van ondernemingen op zichzelf gaat, baat het haar niet te wijzen op de gezamelijke omzet en de kapitaalmacht van concurrenten die ook vitaminen vervaardigen, maar slechts een betrekkelijk gering aandeel van die markt in handen hebben. Waar voorts uitsluitend de marktpositie op de vitaminenmarkt de doorslag geeft, is het stellig van gering belang dat bepaalde grote concurrenten met behulp van andere produkten tot risicocompensatie in staat zijn. Bovendien kan worden gezegd dat zulke grote ondernemingen, die verzoekster op bepaalde markten concurrentie aandoen, veelal een per afdeling gedecentraliseerd beleid voeren, hetgeen de mogelijkheid van risicocompensatie beperkt, zoals ook in aanmerking dient te worden genomen dat bij verzoekster zelf vitaminen slechts ongeveer een vierde van haar gezamenlijke omzet uitmaken.

d) Als de Commissie vervolgens ook de technologische en commerciële voorsprong van verzoekster ter sprake brengt, bedoelt zij daarmee dat verzoekster als pionier op het gebied van de synthetische vervaardiging van vitaminen — en het gebruik dier vitaminen voor industriële doeleinden —, ook al mochten de octrooien inmiddels zijn verstreken, een

veelomvattender en degelijker know-how bezit dan haar concurrenten. Anderzijds doelt de Commissie hier op het speciale commercialisatienet, dat verzoekster op dit gebied heeft opgebouwd en dat haar in staat stelt om, met behulp van geschoold personeel, voor een snelle, betrouwbare toelevering van steeds verse vitaminen in grote hoeveelheden te zorgen en ook haar afnemers behoorlijk van advies te dienen.

Ten processe kreeg ik de indruk, dat verzoekster ook de relevantie van deze factoren niet wezenlijk heeft kunnen ondergraven.

aa) Wat dan in de eerste plaats verzoeksters technologische voorsprong betreft: voor het ogenblik kan buiten beschouwing blijven of de door de Commissie te berde gebrachte niet-kosteloze timesharing-service van verzoekster — computerprogrammering voor veevoederfabrikanten — wel zo belangrijk is. Verzoekster kon er in ieder geval op wijzen dat een zelfde situatie zich bij veel andere ondernemingen voordoet, dat die serviceverlening bij haar heel weinig te betekenen heeft en — naar zij met documenten uit haar interne administratie aantoonde — voor de afnemers vrijwel van geen belang is.

Evenmin behoeven wij nader stil te staan bij de opmerking van verzoekster, dat er, wat de procédés ter vervaardiging van vitaminen betreft, veel uitvindingen worden gedaan en dat belangrijke fabricageprocédés voor vijf andere vitaminensoorten zich in handen van andere ondernemingen bevinden. Het gaat in zoverre namelijk slechts om bepaalde vitaminen (A, B_1, B_2, B_3, B_6, E en H), waarvoor verzoekster ontegenzeggelijk belangrijke pioniersarbeid heeft verricht, terwijl zij er op de markt veel succes mee heeft behaald. De Commissie spreekt dan echter meer dan een vermoeden uit, wanneer zij vaststelt dat verzoekster op grond van haar lange ervaring, met de vervaardiging van grote hoeveelheden opgedaan, in staat is een betere kwaliteit en eerste klas service — met technische adviezen van gelijk niveau — te bieden. Het gaat om meer dan de ervaringen, door verzoekster met het industrieel gebruik van vitaminen in de levensmiddelen- en voederfabricage opgedaan, in dezelfde richting wijzen ook verzoeksters eigen publikaties, bij voorbeeld voor zover daarin van „improvement of manufacturing methods" sprake is, wanneer zij op haar technische know-how wijst of er de nadruk op legt dat zij zich door het openen van nieuwe toepassingsmogelijkheden op de markt heeft kunnen handhaven. Op grond van een en ander kan gerust van een technologische voorsprong worden gesproken.

bb) Wat het standpunt der Commissie met betrekking tot verzoeksters commercialisatienet betreft: dat verzoekster over een voortreffelijk distributiesysteem beschikt, is buiten kijf. In de meeste Lid-Staten geschiedt de vitaminenfabricage door dochterfirma's. Daar worden, niet ver van de afnemers, verse vitaminen in depot gehouden en de afnemers kunnen er — zoals verzoekster trouwens in haar eigen publikaties stelt — advies inwinnen.

Ten processe heeft zij slechts betoogd, dat twee grotere concurrenten (BASF en AEC) een nog fijnvertakter commerciali-

satienet zouden bezitten, terwijl zij althans in de veevoedersector ook beter voor de afnemers bereikbaar zouden zijn, omdat zij de beschikking hebben over een afzetsysteem voor meststoffen en onkruidbestrijdingsmiddelen. Bovendien zouden bijna alle vitaminen lange tijd houdbaar zijn.

Ik heb evenwel niet de indruk, dat daarmede de door de Commissie aangevoerde argumenten zijn ontzenuwd of wezenlijk aan belang kunnen inboeten. Verzoekster kan er stellig niet mee volstaan te verwijzen naar het afzetsysteem van twee concurrenten, die veel minder vitaminen afzetten dan verzoekster, terwijl zij, anders dan verzoekster, ook niet als vitamine-specialisten zijn te beschouwen.

e) Ten slotte heeft de Commissie in haar beschikking gewezen op de moeilijkheden waaraan men, om toegang tot de vitaminenmarkten te krijgen, het hoofd moet bieden, moeilijkheden die met de noodzaak van omvangrijke speciale investeringen en een capaciteitsplanning op lange termijn samenhangen. De Commissie komt tot de slotsom dat „destijds" het verschijnen van nieuwe concurrenten verzoeksters positie niet merkbaar kon wijzigen.

Wederom verkrijgt men de indruk dat de vaststelling der Commissie in hoofdzaak buiten twijfel staat. Omdat iedere vitaminensoort om speciale installaties vraagt en men zich bij de capaciteitsplanning op de behoeften op lange termijn instelt, zijn voor de aanleg van nieuwe installaties — bij investeringen voor uitbreiding van de capaciteit kan de situatie anders liggen — grote bedragen nodig, die alleen door sterke ondernemingen, vooral de grote chemische bedrijven, kunnen worden opgebracht. Tot de produktie met inbegrip van de inloop- en experimenteerfase verstrijkt er in het algemeen zeer veel tijd, hetgeen juist uit het voorbeeld van BASF weer eens blijkt. Het is dan ook niet misplaatst aan te nemen, dat met een wezenlijke verandering van de produktie- en marktomstandigheden, vooral wanneer het ganse vitaminen-„palet" ermeer gemoeid is, op korte termijn niet te rekenen valt. Daarvoor spreekt onder meer het feit, dat BASF en AEC zich tot de fabricage van enkele vitaminensoorten beperkten, terwijl Hoechst niet verder is gekomen dan het experimentele stadium. Ook heeft verzoekster zelf tijdens de hearing door de Commissie betoogd, dat de grote chemische industrie meer in andere produktietakken geïnteresseerd is, als onomstreden staat voorts vast, dat er op wereldschaal met betrekking tot de vitaminenfabricage van overcapaciteit mag worden gesproken. Anderzijds noemt verzoekster voorbeelden van op handen zijnde capaciteitsuitbreidingen (beroepschrift, blz. 59), maar dat zegt weinig, reeds omdat het daarbij kennelijk om landen buiten de Gemeenschap gaat, alsook om andere dan de ons thans interesserende vitaminensoorten. Bovendien zullen de gevolgen van de uitbreidingen zich eerst in de toekomst doen gevoelen, zodat er voor de beoordeling van verzoeksters marktmacht in het onderhavig tijdvak geen invloed aan mag worden toegekend.

f) Aan het einde van dit gedeelte van onze conclusie komen wij derhalve tot de slotsom, dat aan de nadere argumen-

ten van de Commissie — betreffende verzoeksters marktmacht — stellig betekenis moet worden gehecht. Reeds daarom dient het standpunt van de Commissie, voor zover vitaminen met een zeer hoog marktaandeel betreffende, zoals vitaminen B_2, B_6, H en C, alsook — voor gedeelten van het onderhavige tijdvak — vitaminen E, juist worden geacht.

6. Omdat bij onderzoek naar de marktaandelen in bepaalde sectoren (vitamine A en ten dele vitamine E; vitamine B_3 blijft om andere redenen buiten beschouwing) slechts waarden werden verkregen, die aan de grens van de relevante orde van grootte liggen, terwijl in het reeds genoemde bananen-arrest een zeer diepgaand nader onderzoek — van allerlei aard — is ingesteld, zal ik thans nog stilstaan bij de aspecten, door verzoekster genoemd om op haar eigen marktmacht af te dingen.

a) Het gaat verzoekster daarbij vooral om de marktresultaten en het marktgedrag, en vooral om de ontwikkeling der prijzen op de hier bedoelde markten. Daaruit zou duidelijk blijken dat zij de prijzen niet naar haar hand kan zetten; zij zou de vitaminenprijzen geenszins naar goeddunken kunnen vaststellen, doch zich aan de marktprijzen moeten oriënteren. Voorts acht zij het opvallend, dat het bij vitaminen ten dele tot aanzienlijke prijsdalingen is gekomen, ondanks het feit dat de kosten over de gehele linie zijn gestegen, terwijl de vraag toenam.

aa) Reeds de juistheid van de stelling, dat een machtspositie naar de bedoeling van het EEG-Verdrag slechts mag worden aangenomen wanneer men de prijzen kan „zetten", is aan twijfel onderhevig. Ook met verwijzing naar het EGKS-Verdrag en de jurisprudentie op dat Verdrag (zaak 13/60, Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaften „Geitling", „Mausegatt" en „Präsident" tegen Hoge Autoriteit van de EGKS, arrest van 18 mei 1962, Jurispr. deel 1962, blz. 175) komt verzoekster niet verder. Wel van belang acht ik de in het reeds genoemde bananen-arrest voorkomende overweging dat rentabiliteits- en prijszettingsvragen ten deze geen grote rol spelen, dat de aanwezigheid van concurrenten niet wil zeggen dat er van een machtspositie geen sprake kan zijn, wanneer de verdere aanwijzingen voor zulk een machtspositie sterk genoeg zijn. In ieder geval kan mijns inziens de macht tot prijszetting niet de doorslag geven, wanneer het — als in casu — gaat om een geval van misbruik, dat niet de prijsvorming betreft, doch de grondslagen van de mededingingsstructuur en de vraag of andere concurrenten aan de markt kunnen komen.

bb) Wil men nochtans de ontwikkeling der prijzen mede in zijn beschouwingen betrekken, dan dient er bovendien op te worden gewezen, dat men zich niet aan de in het beroepschrift voorkomende grafieken dient te houden, waaruit van bepaalde mundiale trends — wat de hoeveelheden en prijzen betreft — zou moeten blijken. Die grafieken zeggen in casu weinig, niet alleen omdat het alleen maar om „trends" gaat, doch ook omdat het kiezen van verschillende indicatoren voor de prijs en de hoeveelheid tot een scheve voorstelling van zaken leidt. Interessant

is echter, dat er ook prijsstijgingen aan kunnen worden afgelezen. Dit geldt voor het tijdvak 1970-1974 voor vitaminen C en B_2, terwijl er, wat vitaminen A, B_6, E en B_3 betreft, althans in de jaren 1970-1974 van een stijgende tendens kon worden gesproken.

cc) Houdt men zich aan de andere ten processe overgelegde tabellen, die op grondslag van de gemiddelde prijzen in de Gemeenschap voor de belangrijkste in de handel komende doseringen, die ongeveer 70 % van de omzet uitmaken, werden opgesteld, dan blijkt het volgende:

Bij *vitamine A* zijn de prijzen van 1970 tot 1972 gedaald, om vervolgens weer te stijgen en in 1974 bijna het niveau van 1971 te bereiken. Bij *vitamine E* zijn de prijzen van 1970 tot 1972 eveneens gedaald, vervolgens gestegen, om in 1974 boven het niveau van 1971 uit te komen. Bij *vitamine C* — hier wordt bij 1971 begonnen — zijn de prijzen van 1971 tot 1972 gestegen, tot 1973 gedaald, om vervolgens tot boven het niveau van 1971 te stijgen. Bij *vitamine* B_2 zijn de prijzen van 1970 tot 1971 sterk gestegen, daarna enigszins, maar niet tot het niveau van 1970, gedaald, om in 1974 een niveau te bereiken dat aanzienlijk, namelijk ongeveer 50 %, boven dat van 1970 lag. Bij *vitamine* B_6 zijn de prijzen van 1970 tot 1972 gedaald, vervolgens wederom gestegen en in 1974 ongeveer 6 % boven het niveau van 1970 komen te liggen. Bij *vitamine H* zijn de prijzen van 1970 tot 1971 licht gedaald, in 1972 licht gestegen, om vervolgens wederom te dalen. Bij *vitamine* B_3 tenslotte, produkt waarvoor verzoekster althans in 1974 een machtspositie innam, zijn de prijzen van 1973 tot 1974 duidelijk gestegen om vervolgens werderom sterk te dalen.

Uit een en ander blijkt in de eerste plaats, dat de prijsontwikkeling zeker niet overal dezelfde is geweest, niet eens op markten als die voor de vitaminen A, E en B_3, waar verzoekster zeer agressieve concurrenten zou zijn tegengekomen.

Het is anderzijds ook van belang de ontwikkeling van verzoeksters marktaandelen en de ontwikkeling van haar produktie en omzet mede in onze beschouwingen te betrekken. Van de marktaandelen weten wij reeds, dat zij deels vrijwel ongewijzigd bleven (vitaminen A en C) deels zelfs groter zijn geworden (vitaminen B_3 en B_6) of hoogstens enigszins, maar geenszins spectaculair, zijn gedaald (vitamine E in het jaar 1974, waarin de prijzen stegen, vitamine B_2 in 1972 en vitamine H wanneer men de jaren 1970 en 1974 met elkander vergelijkt).

Nog interessanter is de ontwikkeling, die verzoeksters afzetten en omzetcijfers binnen de gemeenschappelijke markt destijds te zien gaven. De afgezette hoeveelheid nam in de jaren 1970 en 1974 duidelijk toe bij vitamine A (43 %), vitamine E (150 %), vitamine C (54 %), vitamine B_2 (33 %), vitamine B_6 (100 %), vitamine H (186 %) en vitamine B_3 (25 %). Naar door de Commissie onbetwist gesteld is (vgl. de memorie, waarin zij reageerde op verzoeksters beantwoorden van de vragen van het Hof, blz. 9) kon de naar waarde berekende afzet van vitaminen A en E, waarbij zij met een bijzonder felle concurrentie te maken zou hebben gekre-

gen, in de jaren 1972-1974 in alle Lid-Staten worden opgevoerd. Gezien die feiten — men lette bij voorbeeld op de vergroting van het marktaandeel aan vitamine B_6 bij gelijktijdige prijsdaling en (beweerdelijk) tijdelijke schaarste; een zelfde situatie doet zich bij vitamine E voor — moet wel worden geconcludeerd, dat de prijsontwikkling door verzoekster zelf — in het belang van de uitbreiding van haar afzet — mede bepaald werd en dus geenszins alleen aan de concurrentie mag worden toegeschreven — en in dit verband kan, wat BASF's optreden op de markt voor vitamine A betreft, worden gewezen op een „management-information" van verzoekster uit het jaar 1970. In ieder geval kan uit de naar buiten tredende markt- en concurrentiesituatie geenszins worden afgeleid dat verzoekster zich ondanks het feit dat zij haar marktaandelen met succes kon verdedigen, toch niet in een machtspositie zou hebben bevonden.

b) Voorts wijst verzoekster op de potentiële concurrentie, die de Commissie buiten beschouwing heeft gelaten, hoewel zij in het Continental Can arrest (zaak 6/72, arrest van 21 februari 1973, Jurispr. 1973, blz. 215) als belangrijk werd aangemerkt. Ook potentiële concurrentie kan de markt onder druk zetten, hetgeen betekent dat zij ondanks hoge marktaandelen toch geen machtpositie zou innemen.

Naar mijn overtuiging kunnen ook deze redenering — en de argumenten waarmede verzoekster haar tracht te staven — het standpunt van de Commissie niet aan het wankelen brengen.

Zo is het, wat betreft de niet benutte fermentatiecapaciteit die zich vooral in de Verenigde Staten moet bevinden, voor de vitamine B_2-markt van belang dat daarvan blijkbaar geen effect op de prijsontwikkeling uitgaat, want juist de prijzen van vitamine B_2 zijn van 1970 tot 1974 met 50 % gestegen.

Over de mundiale overcapaciteit voor de vitaminenfabricage werden ons geen nadere inlichtingen verschaft. Bovendien kan, aangenomen al dat zij het marktgedrag en de marktresultaten hebben beïnvloed, worden gewezen op het feit dat verzoekster in ieder geval haar positie op de in casu relevante vitaminenmarkten jaar in jaar uit heeft weten te handhaven.

Ten slotte zij er met betrekking tot de aan de grote chemieconcerns toegeschreven mogelijkheid te allen tijde met de produktie van vitaminen te beginnen, voor zover zij die niet reeds vervaardigen, op gewezen dat zulks tot nu toe op slechts weinig markten is geschied, en dat verzoeksters positie er niet door aan het wankelen werd gebracht. Het is mogelijk dat de reeds genoemde overcapaciteit daarbij een rol gespeeld heeft, alsook het feit dat de belangen dier concerns, naar ten processe kon worden vastgesteld, principieel in andere richtingen moeten worden gezocht. In ieder geval acht ik het, mede in aanmerking genomen de lange tijd die met de verwezenlijking van investeringsprogramma's gemoeid is, hoogst onwaarschijnlijk dat de marktprijzen daardoor zo zeer onder druk zijn komen te staan dat verzoekster, ondanks haar zeer grote marktaandelen, geen overheersende invloed op de markt zou hebben gehad.

c) Verzoekster meent dat voorts in aanmerking moet worden genomen, in welke fase de onderzochte markt zich be-

vindt. Voor de vitaminenmarkten zou een sterke, nog steeds aanhoudende expansie kenmerkend zijn. Dat zou betekenen dat aan hoge marktaandelen een geringere betekenis moet worden toegekend dan in een stagnerende marktsituatie het geval zou zijn, immers de markt is voor alle belanghebbenden voldoende toegankelijk en geeft alle deelnemers voldoende speelruimte.

Hiermede heeft vezoekster niet geheel ongelijk, ook al zou men bij vitaminen, afgezien van biotine, eerder van een „rijpings"fase kunnen spreken, want de kunstmatige vervaardiging van vitaminen is sinds lang met succes ter hand genomen. Uiteindelijk acht ik dit argument evenwel van onvoldoende gewicht om met betrekking tot verzoekster niet van een machtspositie te willen spreken.

Ik acht in dit verband niet doorslaggevend dat andere concurrenten de toegang tot de markt kan worden belet of aanzienlijk bemoeilijkt. Ook als de fabrikanten zeer wel aan de markt kunnen komen, meen ik dat veel meer gewicht moet worden toegekend aan het feit dat verzoekster op een sterk expanderende markt jaar in jaar uit haar overheersende positie heeft kunnen handhaven en aan de concurrentie van newcomers met succes het hoofd heeft kunnen bieden, waartoe hoogstwaarschijnlijk ook de hierna te bespreken alleenvertegenwoordigingsovereenkomsten hebben bijgedragen.

Wat in het bijzonder biotine betreft: het is juist dat de markt voor dit produkt zich eerst in de jongste tijd heeft ontwikkeld. Aan de door verzoekster overgelegde documenten kan worden ontleend dat zij tegen het einde der jaren veertig met de produktie en in het midden der jaren vijftig met de verkoop van dit produkt is begonnen en dat pas enkele jaren geleden alsnog een aantal Japanse concurrenten op de markt zijn verschenen. Daargelaten dat de omzet van alle marktdeelnemers sterk toeneemt, geeft het voor mij ook in zoverre de doorslag dat verzoekster haar oorspronkelijke monopoliespositie vrijwel heeft kunnen handhaven, immers na vier jaar concurrentie heeft zij nog altijd een marktaandeel van 93 %. Mogelijkerwijs heeft daartoe bijgedragen dat zij op het aan de markt komen der concurrenten met Fidelity Contracts heeft gereageerd; ook zou het wel eens een rol kunnen spelen — men zie de als bijlage 7 bij het beroepschrift overgelegde notitie betreffende een European Bulk Managers Meeting —, dat verzoeksters produkten eigenschappen vertonen die men in de produktie der concurrentie tevergeefs zoekt.

d) Ten slotte heeft verzoekster — onder meer met verwijzing naar § 22 van het Duitse Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen — betoogd dat bij de beoordeling van een marktpositie ook de toegang tot de grondstoffenmarkten in aanmerking moet worden genomen — hetgeen door de Commissie zou zijn verzuimd —. In zoverre zou de situatie gekenmerkt worden door het feit dat verzoeksters voornaamste concurrenten, grote chemische bedrijven, chemische voor- en tussenprodukten voor de vervaardiging van vitaminen zelf fabriceren, terwijl verzoekster voor haar grondstoffen bijna volledig van derden afhankelijk, maar deels ook op levering van concurrenten aangewezen zou zijn. Zo zou zij zich voor grondstoffen ter vervaardiging van vitamine B_6 vooral tot BASF, Hoechst en een onderneming van het

AEC-concern, voor grondstoffen ter vervaardiging van vitamine A goeddeels tot BASF en voor grondstoffen ter vervaardiging van vitamine E in de toekomst in belangrijke mate tot BASF moeten wenden. Ten slotte zouden grondstoffen ter vervaardiging van vitamine C, behalve van een Amerikaanse firma, afkomstig zijn van een Franse firma die in nauwe relatie tot het AEC-concern staat.

Bij nader toezien blijkt ook dit gezichtspunt in casu niet van doorslaggevende betekenis.

Van belang is reeds dat het ten deze niet gaat om stoffen die in de natuur slechts in beperkte omvang voorkomen, doch om produkten die in willekeurige omvang kunnen worden aangemaakt. Ze zijn niet slechts verkrijgbaar voor degene die ze zelf vervaardigt — zoals met verzoekster als chemische onderneming blijkbaar het geval is —, doch voor wie ze zonder moeilijkheden op de markt kan betrekken. Dat verzoekster op zulke moeilijkheden zou zijn gestuit, is ten processe niet gesteld.

Wat met name de relatie tussen verzoekster en enige concurrenten betreft: ten processe is gebleken dat de fabrikanten van halffabrikaten voor vitamine B_6, die vitamine niet zelf vervaardigen en dat Hoechst, *een* fabrikant van het halffabrikaat voor vitamine A, die vitamine evenmin zelf produceert. Alleen bij vitamine A kan van een concurrentieverhouding worden gesproken, omdat halffabrikaten voor die vitamine bij BASF worden betrokken, terwijl BASF zelf ook vitamine A vervaardigt. Zolang wij in het geheel niets over leveringsproblemen vernemen, vermag die omstandigheid op zichzelf geen twijfel doen rijzen met betrekking tot de machtspositie die aan verzoekster, wat vitamine A betreft, op grond van tal van indicaties kan worden toegeschreven.

7. Op grond van een en ander dient te worden aangenomen dat de Commissie in de bestreden beschikking terecht heeft vastgesteld dat verzoekster op de markten voor vitamine A, B_2, B_6, C, E en H een machtspositie inneemt. Een andersluidend oordeel is alleen voor vitamine B_3 op zijn plaats. Weliswaar had verzoekster ook voor dit produkt voor 1974 een marktaandeel in de voor artikel 86 relevante orde van grootte. Gezien de marktaandelen der concurrenten en de prijsontwikkeling voor deze vitaminensoort dient deze partiële markt evenwel, vooral ook omdat de ons interesserende overeenkomsten op zijn laatst in 1973 werden afgesloten, buiten beschouwing te blijven.

III — Thans zal moeten worden nagegaan of verzoekster haar machtspositie ook heeft misbruikt.

Volgens de Commissie ligt zodanig misbruik besloten in 26 overeenkomsten, door verzoekster in de jaren 1963-1973 met 22 afnemers gesloten. In die overeenkomsten zouden de afnemers zich, voor bepaalde vitaminen c.q. voor alle door betrokkenen benodigde vitaminen, aan Roche hebben gebonden. Bovendien zouden de afnemers in die contracten verschillende, niet aan de bij Roche verkregen rabatten evenredige voordelen zijn ingeruimd. Op die manier zou afbreuk zijn gedaan aan de vrijheid der afnemers bij

de keuze van hun leveranciers, de mededinging tussen de fabrikanten van vitaminen zijn beperkt en aan andere fabrikanten de toegang tot die afnemers zijn belemmerd, zodat er zou mogen worden gesproken van een inbreuk op het beginsel van artikel 3 f) van het EEG-Verdrag, volgens hetwelk de mededinging tegen vervalsingen moet worden beschermd. Ook zou het in artikel 86, lid 2, letter f, omschreven beginsel van gelijke behandeling zijn miskend.

Verzoekster betoogt dat er niet van een uniform afzetsysteem mag worden gesproken; met name de afspraken met Unilever en Merck zouden trekken vertonen die afzonderlijke behandeling rechtvaardigen. Voorts acht zij van belang dat de overeenkomsten niet op grond van een machtspositie tot stand zijn gekomen, dat wil zeggen niet „machtbedingt" zouden zijn en bovendien in het zakenleven zeer gebruikelijk. Op zijn minst zou bij een beoordeling dier contracten tot een afwegen van belangen moeten worden overgegaan en vooral zou men dienen te bedenken dat de in die contracten opgenomen zogenaamde Engelse clausule de concurrentie voldoende speelruimte liet. De door de Commissie ter sprake gebrachte verschillen in behandeling vonden haars inziens althans ten dele een rechtvaardiging in de niet steeds even hoge kosten waarvoor Roche zich geplaatst zag. In geen geval zouden zij evenwel een omvang hebben bereikt die de concurrentiepositie der afnemers kon ondergraven. Ten slotte zou ook rekening moeten worden gehouden met het markteffect der overeenkomsten. Afgezien van afspraken die geen bezwaar kunnen ontmoeten, kan in geen geval worden gezegd dat de concurrentie en de handel tussen Lid-Staten *merkbaar* zijn benadeeld.

1. Bij de beoordeling van deze geschilpunten begin ik met enige door verzoekster voorgedragen argumenten van algemene aard.

a) Verzoekster heeft stellig gelijk, wanneer zij ertegen op komt dat er met betrekking tot de overeenkomsten van een uniforme systematiek wordt gesproken. Want reeds bij oppervlakkige analyse doen zich, wat het zakelijk en lokaal toepassingsgebied, het tijdstip van afsluiting, de looptijd en de overige materiële aspecten betreft, tal van schakeringen voor. Voor de beoordelingen rechtens komt hieraan evenwel mijns inziens geen beslissende betekenis toe. Artikel 86 verlangt in een geval als het onderhavige geenszins dat aan de leveringsovereenkomsten een uniform concept ten grondslag ligt en dat ze een conherent systeem vormen. Het gaat er maar om of de gevolgen waarmede men, gezien de tekst der overeenkomsten, heeft te rekenen, al met al onder de desbetreffende categorieën van misbruik kunnen worden gerangschikt. Wij zullen daarnaar een gedetailleerd onderzoek hebben in te stellen. Voor het ogenblik wil ik er slechts aan toevoegen, dat het niet misplaatst voorkomt, wanneer de Commissie betoogt dat aan de overeenkomsten een en dezelfde grondgedachte, behoud van het marktaandeel en bescherming tegen ongewenste concurrentie, ten grondslag ligt. Te dien aanzien kan op de door verzoekster zelf overgelegde „interne" correspondentie worden gewezen, te weten op een circu-

laire van 8 mei 1971, Management Informations (cum annexis), alsook op een notitie betreffende een European Bulk Managers Meeting.

b) Voor zover verzoekster voorts betoogt, dat overeenkomsten als de onderhavige in de handel gebruikelijk zijn, kan onzerzijds met twee opmerkingen worden volstaan.

In de eerste plaats is dit voor de vitaminenmarkt geenszins bewezen. Enkele voorbeelden, zoals ze ten processe werden genoemd, zijn daartoe onvoldoende. Anderzijds mag, aangenomen al dat zulke overeenkomsten frequent worden afgesloten, niet worden aangenomen dat hetgeen concurrerende ondernemingen vrijstaat, ook aan ondernemingen met een machtspositie geoorloofd is. In het eerste geval wordt namelijk de bestaande concurrentie door toeleveringscondities slechts tot op zekere hoogte beperkt. In het tweede geval daarentegen beschikt een onderneming over de mogelijkheid een daadwerkelijke mededinging te verhinderen, en daardoor relaties tussen leveranciers en afnemers tot consolidatie en versterking van toch reeds bestaande — en bedenkelijke — machtsposities te gebruiken.

c) Het gaat ook niet op, dat het aan artikel 86 getoetste gedrag van de marktbeheersende onderneming als „machtbedingt" moet kunnen worden aangemerkt. Verzoekster betoogt dat daarvan in casu geen sprake is, omdat de overeenkomsten er niet op grond van verzoeksters marktmacht zijn gekomen; met name zou de Engelse clausule afnemers niet zijn opgedwongen, doch veelal vanuit de „vraagmacht" der afnemers te verklaren zijn.

Zulk een opvatting van het begrip „misbruik" moge voor bepaalde elementen van artikel 86 opgaan, bij voorbeeld voor zover daarin van het opleggen van onbillijke prijzen (artikel 86, lid 2 a)) wordt gesproken, doch stellig niet voor artikel 86 in zijn geheel. Dit werd in het arrest Continental Can (zaak 6/72, Europemballage Corporation en Continental Can Company Inc. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, arrest van 21 februari 1973, Jurispr. deel 1973, blz. 215) buiten twijfel gesteld; het ging in dit arrest om de overneming van een belangrijke concurrent door een onderneming met een machtspositie. In dat arrest is overwogen, dat niet de feitelijke uitoefening der marktmacht de doorslag geeft; van misbruik is reeds sprake wanneer een onderneming met een machtspositie door zijn handelen de mededingingsstructuur beïnvloedt. In casu doet zich in zoverre een zelfde situatie voor, dat het ook hier in wezen om een beïnvloeding van de marktstructuur door binding der afnemers gaat. Daarom kan men ook in casu als het ware van objectief misbruik spreken. Ook zou ik menen, dat hetzelfde voor het verwijt van een ongelijke behandeling der afnemers geldt. Ook daartoe is geenszins een feitelijke uitoefening der marktmacht nodig, immers die uitoefening zou hebben plaatsgevonden op een markt die ten deze niet als transparent is te beschouwen.

2. Bij mijn verdere analyse zal ik thans eerst de door verzoekster toegepaste binding harer afnemers bespreken. Op grond van de door verzoekster aangevoerde argumenten, zullen daarbij even-

wel de overeenkomsten met Unilever en Merck — die er anders zouden uitzien, zodat de beoordeling van geval tot geval een andere zal moeten zijn — voorlopig buiten beschouwing blijven.

In de overeenkomsten treffen wij tweeërlei binding aan: uitdrukkelijke afnameverplichtingen in combinatie met toezegging van kortingen, en bindingen die, kort gezegd, alleen op de aan geregelde afnemers toegekende rabatten berusten.

a) Beginnen wij met de overeenkomsten waarin *met zoveel woorden* een *verplichting tot afname* is vastgelegd. Die verplichtingen betreffen de totale behoeften, een bepaald percentage van de behoeften (schommelend van 70 tot 90 %) of verreweg het grootste gedeelte van de behoeften van de betrokken afnemer en gelden voor *alle* vitaminen, alle in het betrokken contract bedoelde vitaminen of bepaalde, afzonderlijk omschreven vitaminen. Daartoe behoren de contracten met Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Purina en Upjohn (volledige behoefte), Cyanamid (minstens 90 % van de behoefte), Animedica (minstens 80 % van de totale behoefte), Guyomarc'h (tenminste 70 % van de totale behoefte), alsook de afspraken met Nitrovit en Isaac (zij betreffen het overgrote deel der transacties).

In zoverre zijn wij het stellig met de Commissie eens, dat zulke afnameverplichtingen, wanneer de leverancier een machtspositie inneemt, met de mededingingsregelen van het Verdrag niet te verenigen zijn. Zij ontnemen de afnemers kun vrijheid van keuze bij de inkoop en sluiten concurrenten van die markten uit, leggen met andere woorden de concurrentieverhoudingen vast en versterken de zonder meer reeds bestaande marktmacht. Het maakt daarbij geen verschil, of de totale behoefte of slechts een deel van de behoefte bij de „marktbeheerser" moet worden ingedekt, althans voor zover het, als in casu, om het overgrote deel van de behoefte gaat. Ook kan niet ter zake doen of het gaat om alle vitaminensoorten die de afnemer nodig heeft, dan wel alleen om bepaalde vitaminensoorten, immers Roche neemt op alle in dit geding relevante markten — van vitamine B_3 afgezien — een machtspositie in.

Hoogstens kan men zich afvragen of het ter zake doet, dat sommige afspraken tot één jaar beperkt bleven dan wel opzeggingsclausules bevatten, zodat de binding begrensd blijft dan wel op betrekkelijk korte termijn opzegbaar is, en voorts of het bestaan van de Engelse clausule onze principiële beoordeling van het geval kan wijzigen.

aa) Vooral met betrekking tot het eerste punt heeft verzoekster, als ik het goed zie, het aspect van de *belangenafweging* ter sprake gebracht. De relevantie van dit aspect leidt zij af uit de GEMA-beschikking der Commissie (PB 1972, L 166). Ook verwijst zij naar het arrest in de zaak 127/73 (Belgische Radio en Televisie en Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs tegen SV/SABAM en NV Fonior, arrest van 21 maart 1974, Jurispr. 1974, blz. 313), waarin met betrekking tot artikel 86 werd overwogen dat het er op aankomt of een exclusieve binding de mate van het toelaatbare overschrijdt, waarbij de belangen van betrokkenen — die met elkander in evenwicht dienen te zijn — in aanmerking moeten worden genomen. In casu zou vooral de aandacht verdienen, dat de afnemers zelf belang bij de overeenkomsten hadden.

Zij maakten rationalisatie van de inkoop tegen gunstige prijzen mogelijk en garandeerden een geregelde levering op een deels chaotische markt, ongeacht tijdelijke schaarste. Ook zijn er veel afnemers die zich gaarne een gelijkblijvende kwaliteit gegarandeerd zien, welke garantie is gelegen in de omstandigheid dat het mengpakket zelden wordt gewijzigd, alsook in het feit dat speciale fabrieksinstallaties uitsluiten dat men zich bij inkoop voor wijzigingen geplaatst ziet. De leverancier is, met het oog op een efficiënte planning van zijn produktie, geïnteresseerd te weten hoeveel er zal worden afgezet; bovendien is niet van hem te vergen dat hij zich zonder afnamegarantie eenzijdig tot levering verplicht. En ten slotte zijn een tijdelijke begrenzing der afspraken, alsook de Engelse clausule — volgens welke er op gunstiger biedingen van derden mag worden ingegaan — zowel in het belang van derden als in dat van de afnemers.

Met betrekking tot dit probleem zij toegegeven dat in het arrest 127/73 inderdaad de gedachte van belangenafweging doorklinkt. Ook is waar dat dergelijke overwegingen ook in de literatuur ter sprake komen (vgl. Von Gamm „Das Kartellrecht der EWG", blz. 81, die van de noodzaak van belangenafweging spreekt en slechts van misbruik wil weten, wanneer gerechtvaardigde belangen van de concurrente of verbuikers op een tegen het „Anstandsgefühl" indruisende wijze worden benadeeld). Evenwel mag al aanstonds worden betwijfeld, of dit als een gevestigde rechtsopvatting met betrekking tot artikel 86 is te beschouwen. Voorts lijkt twijfelachtig, of de overwegingen, waarvan het Hof zich in het geciteerde arrest met betrekking tot een zeer bijzondere casuspositie heeft bediend, zonder meer op het onderhavige geval mogen worden getransponeerd. Bovendien staat niet boven twijfel, of het op de vitaminenmarkt werkelijk op ruime schaal gebruikelijk is dat grotere afnemers al hetgeen zij voor een heel jaar behoeven in een keer bestellen — zodat de afnemers in zoverre zeer met een dergelijke binding gebaat zouden zijn. Evenwel schijnt vast te staan, dat slechts een klein deel van verzoeksters afnemers zulke overeenkomsten is aangegaan.

Ik meen evenwel dat dit punt verder onbesproken kan blijven, en wel op grond van de volgende overwegingen.

Voor sommige contracten, waarin met zoveel woorden afnameverplichtingen waren gestipuleerd, namelijk die met Guyomarc'h, Purina en Upjohn, gold geen begrenzing ratione temporis. Voornoemde argumenten, die hoogstens voor het aanvaarden van kortlopende bindingen zouden spreken, gaan in zoverre niet op.

Andere overeenkomsten zijn weliswaar voor de duur van slechts een jaar aangegaan (Isaac) dan wel voor een jaar met de mogelijkheid van verlenging behoudens opzegging voor 1 oktober c.q. 31 oktober (Afico, Cyanamid, Animedica, Organon), ofwel er is een opzeggingsmogelijkheid voorzien met inachtneming van verschillende termijnen — 30 dagen, twee of drie maanden — (Isaac, Nitrovit, Dawe's, Provimi). Men bedenke evenwel dat hier overal ook de toekenning van kortingen een rol speelt. Voor deze overeenkomsten is het dus op zijn minst de vraag, of het toekennen van de korting niet een als relevant te beschouwen binding teweeg brengt, die betrokkenen van het afbreken der relaties weerhoudt.

Mijns inziens kan dan ook niet worden gezegd dat bedoelde overeenkomsten thans als onberispelijk buiten bespreking mogen worden gelaten; integendeel, zij zullen bij de hierna volgende analyse van de binding met behulp van kortingen in aanmerking moeten worden genomen.

bb) Wat anderzijds de zogenaamde *Engelse clausule* betreft — volgens welke gunstiger biedingen van concurrenten een rol kunnen spelen, zij toegegeven dat de concurrentie aldus een zekere speelruimte wordt gelaten. Maar daargelaten dat de clausule in de overeenkomst met Guyomarc'h ontbreekt, is van wezenlijk belang dat de binding aan eiseres op die manier niet geëlimineerd wordt, doch hoogstens losser gemaakt. In den regel is de clausule namelijk zo geredigeerd, dat de afnemers in geval van een gunstiger bieding niet zonder meer hun vrijheid herkrijgen, doch verzoekster op de hoogte moeten stellen en haar in staat moeten stellen tot levering tegen de gunstiger condities. Dit geldt bij een redelijke interpretatie ook voor de overeenkomst met Afico; want de formule „falls Roche ... nicht zu einem konkurrenzfähigen Preis liefern kann" is zeker in die zin te verstaan, dat Roche tot zulk een levering in staat moet worden gesteld. Het hing dus alleen van de beslissing van verzoekster af, of concurrenten op grond van de Engelse clausule aan hun trekken konden komen of niet. Voorts zij eraan herinnerd, dat de clausule in velerlei opzicht erg eng geformuleerd was. Zo kwamen slechts biedingen van producenten — niet van handelaren — in aanmerking (Animedica) of ook alleen van bekende producenten (Afico, Cyanamid, Provimi) dan wel van gelijkwaardige concurrerende fabrikanten (Organon) hetgeen mogelijkerwijze — maar wij zullen er thans niet op ingaan — wilde zeggen dat de identiteit van de concurrent moest worden onthuld. In sommige gevallen is er ook sprake van serieuze schriftelijke biedingen (Isaac, Nitrovit) en van een vergelijkbare geregelde toelevering.

De Engelse clausule — waarvan de Commissie terecht heeft gesteld dat zij het aangaan der alleenvertegenwoordigingsovereenkomsten waarschijnlijk heeft vergemakkelijkt — kan dus geen aanleiding geven de vraag, of er van een als misbruik te beschouwen binding sprake was, ontkennend te beantwoorden. Anders zal ons oordeel hoogstens mogen luiden voor de overeenkomst met Upjohn, waarin slechts een eenvoudige concurrentieclausule te vinden is („unter der Voraussetzung ... daß die Preise von Roche konkurrenzfähig sind"). In dit geval kan worden beweerd dat Roche geen invloed op de afname van andere fabrikanten werd toegekend, zodat men zich geneigd zou kunnen voelen tegen dit soort bindingen geen bezwaar te maken, indien men voor dat geval ten minste geen beslissende betekenis toekent aan het feit dat aan de binding ratione temporis geen grenzen waren gesteld.

b) Voor het andere soort *binding*, waartegen de Commissie bezwaar maakte, werd, zoals gezegd, van *rabatten* gebruik gemaakt.

Stellig dient te worden erkend dat van toekenning — bij levering — van niet met kostenbesparing aan de zijde van de leverancier verband houdende voordelen aan „trouwe" klanten een aantrekkingskracht kan uitgaan die maar weinig achterblijft bij die welke met een uitdrukkelijke gebondenheid bereikt wordt. Wordt aan een afnemer een korting toegekend over zijn totale aankopen — en onder de

voorwaarde dat hij zijn behoeften geheel of goeddeels dekt bij degene die de korting toekent —, dan komt een concurrent slechts aan bod als hij met zijn aanbod het verlies der korting goedmaakt. Ook als de korting niet zeer hoog is, zal dat dikwijls bijzonder moeilijk of zelfs onmogelijk zijn, zodat juist de facto de weg naar zulke afnemers geblokkeerd is. In de reeds genoemde suikerzaak (40 e.v./73, Coöperatieve vereniging „Suiker Unie" UA e.a. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen) werd dan ook een voor het geval van uitsluitende belevering toegekende „trouw"-korting als misbruik aangemerkt. Ook in het nationale mededingingsrecht worden zulke afspraken zeer critisch bekeken. Ik verwijs te dien aanzien naar Mestmaecker, „Europäisches Wettbewerbsrecht", blz. 390, alsook naar een beschikking van het Bundeskartellamt van 10 september 1971 (WuW/E BKartA 1361). Uit het Franse recht is van belang een uitspraak van de Tribunal de grande instance de Paris van 5 februari 1966 (J.C.P. 67, II. 15029) en een advies van de Commission Technique des Ententes et des Positions dominantes van 28 maart 1973 (JO DA Nr. 66, blz. 2609). Voorts is er de uitspraak van het Hof van Beroep te Brussel van 16 mei 1963 (JT 1963, blz. 434 e.v.), terwijl ook de Report on Supply of Flat Glass van de Engelse Monopolies Commission van 1968 van belang is.

Zo gezien, kunnen de litigieuze overeenkomsten als volgt worden geschetst:

In een aantal overeenkomsten is de korting gebonden aan de voorwaarde, dat men zijn gehele behoefte bij verzoekster zou indekken (Dawe's, Organon, Provimi, Radar, Purina); in andere overeenkomsten is de toekenning van korting voorzien voor het geval dat een bepaald gedeelte van de behoefte bij verzoekster gedekt wordt (Cyanamid, Animedica, Guyomarc'h, Protector, Ramikal, Trouw); in een derde groep overeenkomsten spelen progressieve omzetkortingen, die bij overschrijding van een bepaalde minimumomzet worden toegekend, een rol (Afico, Beecham, Capsugel, Nitrovit, Sandoz, Upjohn, Wyeth); laatstbedoelde overeenkomsten vertonen een zekere gelijkenis met die waarin de grootte der gestaffelde kortingen afhangt van het deel van de geschatte affaire waarvoor men zich bij Roche indekt (Beecham, Isaac, Pauls). En ook in gevallen waarin de korting niet uitdrukkelijk aan exclusieve afname gebonden is, komt men bij uitlegging der overeenkomsten — waarin ten dele van „Treuerabatt" gesproken wordt, terwijl in andere gevallen vergelijking met parallelle afspraken verhelderend werkt — tot de conclusie dat een verband als vorenbedoeld aanwezig is (zo bij Afico, Cyanamid, Organon, Protector, Provimi en Purina).

De conclusie moet dan ook luiden dat de Commissie met betrekking tot al deze overeenkomsten in beginsel terecht misbruik in de zin van artikel 86 aanwezig heeft geacht.

De door verzoekster ondernomen poging de rabatten ten dele aan te merken als kwantitatieve c.q. „Vorausdispositionsrabatte" — rabatten, die hun rechtvaardiging vonden in de besparing van commercialisatiekosten en de overbodigheid van technische adviezen bij afnemers en gros —, doet daaraan niet af. In feite betreffen de kortingen immers de gehele om-

zet, dat wil zeggen zij gelden ook voor kleine leveranties van bepaalde vitaminensoorten, waarbij van zulke besparingen moeilijk kan worden gesproken. Bovendien kan aan de Management Informations van verzoekster worden ontleend, dat bij alle aankopen in het kader van met geregelde afnemers aangegane overeenkomsten, de voor de betrokken hoeveelheid gunstigste prijs moest worden toegepast, hetgeen wilde zeggen dat de in aanmerking te nemen hoeveelheden reeds bij het prijsbeleid werden verdisconteerd.

Ook de opvatting dat er waar deze term werd gebezigd (zoals bij Afico, Capsugel, Provimi en Upjohn), sprake zou zijn geweest van een echt del credere-rabat, kan niet tot een andere beoordeling leiden. De Commissie heeft terecht betoogd, dat er bij dochtermaatschappijen van gerenommeerde grote concerns — waarmee wij ten deze te maken hebben — van een echt betalingsrisico, dat zou moeten worden ingedekt en gehonoreerd, niet kan worden gesproken. Interessant is bovendien, dat men in de overeenkomsten voor bedoelde kortingen niet steeds dezelfde kwalificatie heeft aangehouden (vgl. bijvoorbeeld de overeenkomsten met Afico en Provimi).

Het is wederom slechts de vraag, of de Engelse clausule wijziging in ons oordeel brengt. Die vraag zal — het zij aanstonds gezegd — ook hier voor de meeste afspraken ontkennend moeten worden beantwoord. Het gaat er daarbij niet zozeer om dat de clausule bij gelijke prijsbiedingen blijkbaar niet geldt en dat zij — zoals Roche zelf toegeeft — niet medebrengt dat hetgeen bij concurrenten wordt afgenomen in de berekening der kortingen wordt verdisconteerd, hetgeen wil zeggen dat het uit dien hoofde geleden verlies van de korting door concurrenten moet worden gecompenseerd. Veeleer is ook hier van belang, dat Roche volgens de bewoordingen der clausule over de mogelijkheid vitaminen bij derden te betrekken beslist — naar mijn overtuiging geldt dit ook voor de overeenkomst met Capsugel — en dat de afnemer, wanneer Roche zelf met een bod komt, niet meer vrij is, en niet meer voor de korting in aanmerking komt, als hij zich door anderen doet leveren. Bovendien geldt ook hier, dat de Engelse clausule ten dele zeer restrictief geformuleerd is, voor zover zij alleen toestaat biedingen van fabrikanten in overweging te nemen (Ramikal, Trouw) voor zover er gesproken wordt van gerenommeerde fabrikanten, eerste klas fabrikanten of gerenommeerde eerste klas producenten (Radar, Purina, Sandoz, Wyeth), voor zover er serieuze schriftelijke biedingen worden verlangd (Beecham, Paul's) en voor zover er van vergelijkbare geregelde toelevering, c.q. van gelijke leveringscondities, wordt gesproken (Beecham, Paul's Trouw).

Slechts in een geval (Protector) of, wanneer men het in ander verband reeds genoemde contract met Upjohn mede in zijn overwegingen betrekt, in twee gevallen kan ons oordeel anders uitvallen, omdat wij in die gevallen met een eenvoudige concurrentieclausule te maken hebben, terwijl een „Eintrittsrecht" voor Roche niet is voorzien. De binding is in deze gevallen als zoveel losser te beschouwen — en zij laat zoveel speelruimte voor concurrenten —, dat er van een misbruik opleverende belemmering der mededinging niet meer kan worden gesproken.

c) Voordat wij definitief kunnen vaststellen of er van misbruik in de zin van

artikel 86 sprake is, zullen wij ons met betrekking tot een binding als hier bedoeld — in voege als door verzoekster bepleit — nog moeten afvragen of *de wijze waarop de overeenkomsten in feite ten uitvoer zijn gelegd*, bij hun beoordeling een rol mag spelen. Verzoekster heeft betoogd, dat er in ruime mate van de Engelse clausule gebruik gemaakt is, dat er grote partijen bij concurrenten zijn afgenomen en dat de concurrenten derhalve niet in belangrijke mate zijn uitgesloten. Ook zouden de afnemers, de Engelse clausule ten spijt, Roche dikwijls helemaal niet hebben ingelicht, terwijl de korting ook niet zou zijn ingetrokken in gevallen waarin Roche niet de gelegenheid zou hebben gekregen zelf met een gunstiger bod te komen. Verzoekster beroept zich ten deze onder meer op door de Commissie ten processe overgelegde rapporten, naspeuringen bij haar afnemers betreffende; ook verwijst zij naar de memorie betreffende de door de Commissie opgestelde punten van bezwaar, zoals ze door een aantal van verzoeksters contractpartijen tijdens de administratieve procedure zijn ingediend.

Mijns inziens staat dit alles buiten de zaak. Ik ben het met de Commissie eens, dat alleen de bewoordingen der overeenkomsten en het van die overeenkomsten redelijkerwijze te verwachten effect de doorslag mogen geven, wanneer de vraag moet worden beantwoord of er van misbruik in de zin van artikel 86 sprake is. Dit lijkt mij reeds juist om de enkele reden dat het ervoor mag worden gehouden, dat aan clausules die blijkbaar de inzet van moeizame besprekingen hebben gevormd, ook praktische betekenis toekomt.

Hoogstens zou men het feitelijk effect van verzoeksters afzetsysteem in zijn overwegingen kunnen betrekken, wanneer de ernst van de haar telastgelegde overtreding — benadeling van de mededingingsomstandigheden op de gemeenschappelijke markt — bij de afweging van de haar opgelegde geldboete moet worden beoordeeld. Wij komen daarop eventueel nog terug.

3. Nu derhalve is gebleken, dat de Commissie althans voor de meerderheid der onderhavige overeenkomsten terecht een misbruik opleverende binding aan verzoekster heeft aangenomen, zal ik nog een bespreking wijden aan de met de firma Merck en met de firma Unilever afgesloten contracten, om te zien of ons oordeel in zoverre anders zal moeten luiden.

a) Met de firma Merck heeft verzoekster drie overeenkomsten tot levering van vitaminen A, E en B_6 afgesloten. Zij betroffen de gehele behoefte van de afneemster, c.q. hetgeen Merck boven haar eigen produktiecapaciteit nog behoeft; zij zouden voor vijf jaar gelden en, behoudens tijdige opzegging, telkens voor twee jaar worden verlengd. Aan de firma Merck waren kortingen van 20 % voor vitamine B_6 toegezegd; voor de beide andere vitaminensoorten golden minimum- en maximumkortingen van 12,5 (15) tot 20 %, al naar gelang van de prijsontwikkeling. Twee overeenkomsten bevatten bovendien de Engelse clausule, waarin aan Roche het recht was toegekend gunstiger condities — prijzen en afwikkeling betreffende — van andere fabrikanten over te nemen.

Verzoekster beroept zich ten aanzien van de rabatten vooral op de omstandigheid dat het bij de vitaminen E en B_6 om kwantitatieve rabatten en bij vitamine A om functionele rabatten ging: de firma

Merck verkocht het produkt door en bespaarde verzoekster commercialisatiekosten. Bovendien betoogt zij dat de firma Merck wegens haar eigen produktieplanning belang had bij een gegarandeerde toelevering van grote hoeveelheden en, omdat zij naar buiten toe als fabrikante optrad, prijs stelde op afname bij een enkele leverancier.

Dit alles kan er mijns inziens niet toe leiden, dat de met Merck afgesloten overeenkomsten geacht moeten worden geen misbruik in de zin van artikel 86 op te leveren. Hoe de rabatten moeten worden gekwalificeerd, kan buiten beschouwing blijven, omdat het, naar wij hoorden, de Commissie niet in de eerste plaats daarom gaat, doch om de exclusiviteit van de binding. Maar tegen die binding, en met name tegen haar lange duur, zal ten deze bezwaar moeten worden gemaakt. Zelfs wanneer men meent dat een belang van Merck bij een geregelde, gegarandeerde toelevering bescherming verdient, kan zulks niet een binding van de gekozen duur en intensiteit rechtvaardigen. Ook mag men met de Commissie betwijfelen, of Merck's belang wel consideratie en bescherming verdient, voor zover zij naar buiten toe als fabrikante wil optreden, hoewel zij in werkelijkheid slechts de rol van wederverkoper speelt. Ten slotte kan van de Engelse clausule worden gezegd, dat zij de binding niet opheft, doch alleen losser maakt, dat wil zeggen voor zover Roche het toeliet, en ook slechts voor zover het om andere *fabrikanten* en niet om handelaren ging.

b) Met betrekking tot de overeenkomst met Unilever zij er anderzijds op gewezen, dat daarin een plicht tot dekking van de geschatte behoefte aan vitamine A voor het jaar 1974, alsook voor het volgende jaar, waarvoor de schatting in december 1974 moest worden medegedeeld, was voorzien. In dit geval werden er geen rabatten toegekend, doch preferentiële prijzen, in verband waarmede was bepaald dat het verschil tussen de in rekening gebrachte prijzen en de contractuele prijzen telkens achteraf tussen de „top" van Unilever en Roche zou worden afgerekend. Ook was er een Engelse clausule opgenomen, waarbij Roche de mogelijkheid werd gelaten zich aan het lagere prijsniveau van andere fabrikanten aan te passen.

Verzoekster is nu allereerst van mening, dat de overeengekomen afzonderlijke prijzen geen bezwaar kunnen ontmoeten. Zij vonden hun rechtvaardiging in de jarenlange relaties, in de omvang van de leveranties, en niet in de laatste plaats ook in het feit dat Roche minder aan commercialisatie behoefde uit te geven en van technische gebruiksservice was ontslagen. Bovendien zouden de gewraakte prijzen blijkens de notulen van een in december 1972 met Roche te Londen gehouden bespreking, onder de druk van concurrentiële biedingen zijn tot stand gekomen. Aan de wijze van afrekening zou geen specifieke betekenis mogen worden gehecht; er zouden slechts boekhoudkundige en fiscale overwegingen aan ten grondslag liggen.

Zie ik het goed, dan gaat het de Commissie ook hier niet in de eerste plaats om de afgesproken bijzondere prijzen, maar om de redenen waarom Unilever verplicht was haar behoeften bij Roche te dekken. In zoverre kan deze overeenkomst evenwel niet anders worden beoordeeld dan de reeds besproken contracten.

Dit geldt wederom voor de duur der overeenkomsten — ook grote afnemers bestellen niet noodzakelijkerwijze voor twee jaren —; bovendien kan worden gewezen op hetgeen wij in onze bespreking van de andere overeenkomsten omtrent de Engelse clausule reeds hebben betoogd. Daaraan kan nog worden toegevoegd dat de Commissie onzes inziens niet ten onrechte uit de wijze van afrekening afleidt, dat men ook aan controle op de nakoming van de plicht tot afname heeft gedacht. Immers, niet wel is in te zien om welke dwingende omstandigheden er bezwaar tegen kan bestaan, dat door de directies der concerns bedongen prijzen rechtstreeks door de dochtermaatschappijen worden toegepast.

c) Er bestaat dan ook stellig geen aanleiding de met Merck en Unilever afgesloten overeenkomsten anders te beoordelen. Ook hier dient van misbruik te worden gesproken, hetgeen minstgenomen geldt voor de afnameplicht, voor de beperking der afnemers in de keuze van hun leveranciers en voor de wijze waarop derden de toegang tot deze markten is bemoeilijkt.

4. Daarmede ben ik toegekomen aan een bespreking van de tweede misbruikopleverende factor, het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, zoals het in artikel 86, tweede alinea, letter c, aan ondernemingen met een machtspositie wordt verboden. Ook hier kan worden verwezen naar de suikerzaak, waarin juist kortingen wegens geregelde afname werden gewraakt op grond dat afnemers daardoor concurrentieel in het nadeel zouden worden gebracht. Bovendien verdient opmerking dat zulke waardeoordelen ook in het nationale recht te vinden zijn, bij voorbeeld waar het naar Frans recht verboden is prijsverschillen aan te houden die niet door verschillende inkoopprijzen worden gerechtvaardigd; hetzelfde geldt naar Engels recht (vgl. het rapport van de Monopolies and Restrictive Practices Commission „on supply of insulated electric wires and cables").

Dat de afnemers in casu, wat de berekening der rabatten betreft, verschillend werden behandeld, lijdt geen twijfel en werd door verzoekster ook niet bestreden. Neemt men de gestaffelde rabatten over de totale omzet in ogenschouw, dan treden er, wat de minimaal af te nemen hoeveelheden en de kwantitatieve rabatten betreft, belangrijke verschillen aan de dag, en wel zulks zowel wanneer men de overeenkomsten die in dezelfde valuta luiden en hetzelfde tijdvak betreffen met elkaar vergelijkt, alsook wanneer men overeenkomsten in verschillende valuta naast elkaar legt. Hetzelfde geldt voor de andere kortingen wegens geregelde afname, met inbegrip van de zogenaamde del credere-rabatten, waarbij de percentages tussen 1 en 7,5 % schommelen, wanneer men de als kwantitatieve rabatten aangemerkte kortingen in de overeenkomst met Merck buiten beschouwing laat. Ook de tijdvakken waarvoor de overeenkomsten golden, en die gedeeltelijk samenvallen, of de omvang van de behoeftendekking dan wel de feitelijk afgenomen partijen, zoals ze ons voor het jaar 1974 werden medegedeeld, vermogen die afwijkingen stellig niet te rechtvaardigen. Ik behoef hierop wel niet verder in te gaan; bij zorgvuldige analyse der overeenkomsten kan er op dit punt niet de minste twijfel bestaan.

Verzoekster poogt zich dan ook op gans andere wijze te rechtvaardigen. Zo heeft zij, tijdens de hearing, door de Commis-

sie in de loop van de administratieve procedure gehouden, betoogd dat de rabatten en de ongelijke hoogte der rabatten zich als gevolg van de monetaire fluctuaties niet hebben doen gevoelen. Ook zou de concurrentiepositie der afnemers niet zijn ondergraven. Bijna alle afnemers verwerken namelijk de vitaminen. In de eindprodukten spelen vitaminen evenwel slechts een rol van ondergeschikte betekenis; vooral bij de fabricage van veevoeders en levensmiddelen — waar de afzetten voor het grootste deel terecht kwamen — werken zij slechts in zeer geringe mate door in de eindprijs, waarvan zij slechts 1 % of nog minder uitmaken. Zelfs 5 % meer of minder rabat kan dus in de concurrentieverhoudingen niet doorwerken.

Het komt mij evenwel voor, dat verzoekster aldus aan het verwijt van misbruik niet kan ontkomen. Met betrekking tot het eerste deel van haar betoog behoeft er slechts aan te worden herinnerd, dat verschillen in de kortingspercentages ook te vinden zijn in overeenkomsten die in dezelfde valuta luiden. Wat het tweede gedeelte van haar betoog betreft: de Commissie heeft er mijns inziens terecht op gewezen, dat de in artikel 86, lid 2, letter c, voorkomende term „nadeel berokkenen bij de mededinging" niet met benadeling van de concurrentiepositie mag worden gelijkgesteld. In gezelfde zin stellen ook de schrijvers (Siragusa in „Semaine de Bruges 1977", blz. 425) zich op het standpunt dat discriminatie ook ongeoorloofd is wanneer de betrokken afnemers niet concurreren. Voorts mag niet worden vergeten, dat de afnemers aan de kortingen blijkbaar grote betekenis hebben toegekend, waaruit de conclusie mag worden getrokken dat zij voor hun marktpositie en ook voor hun dispositie stellig van belang waren; voorts zij eraan herinnerd dat het Hof ook in de suikerzaak prijsverschillen van 5 % voldoende heeft geacht om van schending van artikel 86, lid 2, letter c, te spreken.

Het kennelijk niet ter zake doende argument dat ook concurrenten van verzoekster rabatten in dezelfde orde van grootte zouden hebben toegekend, latend voor wat het is, kunnen wij derhalve slechts concluderen dat de Commissie in de bestreden beschikking terecht de toekenning van verschillende condities als misbruik heeft aangemerkt.

5. Nu onze principiële bespreking van de vraag naar misbruik van een machtspositie tot deze resultaten heeft geleid, zal nog moeten worden onderzocht of de opvatting der Commissie, die — naar wij zagen — goeddeels steek houdt, met een verwijzing naar het volume der door de overeenkomsten bestreken transacties aan het wankelen kan worden gebracht. Wij dienen ons nog af te vragen, of het op een *merkbare* benadeling van de mededinging en van de handel tussen Lid-Staten aankomt en of artikel 86, zoals verzoekster meent, mogelijkerwijs in casu buiten toepassing moet blijven omdat van zo'n *merkbare* benadeling geen sprake is. Zij betoogde te dien aanzien met name, dat het gewraakte afzetsysteem — afgezien van de overeenkomsten met Merck en Unilever en alleen wat de overeenkomsten met geregelde afnemers, met uitsluiting van de rabatten over de totale omzet, betreft — in de jaren 1970-1974 gemiddeld slechts 4 % van de vitaminenverkoop in de gemeenschappelijke markt heeft betroffen.

Ik meen ook op dit punt niet met verzoekster te kunnen meegaan. De Commissie wijst er terecht op, dat de theorie van de merkbaarheid met betrekking tot artikel 85 is ontwikkeld, dat wil zeggen voor een gebied waar een op zichzelf aanwezige, daadwerkelijke mededinging door afspraken e.d. wordt beperkt. Daarentegen is bij casusposities als door artikel 86 worden bestreken, de mededinging praktisch geëlimineerd, in dier voege dat een sterke onderneming aan daadwerkelijke concurrentie niet het hoofd hoeft te bieden. Het gaat mijns inziens niet aan het gedrag van zulk een onderneming dat, aan artikel 86 getoetst, als misbruik is te beschouwen, bij afwezigheid van een merkbare uitwerking op de concurrentieverhoudingen buiten beschouwing te laten.

Maar zelfs wanneer men zou menen misbruiken door de vingers te mogen zien en te dier zake in ieder geval geen straf op te leggen, omdat het slechts om „quantités négligeables" zou gaan, dient toch ernstig te worden betwijfeld of het onderhavige geval wel tot die categorie behoort. Zoals wij zagen, kunnen de overeenkomsten met Merck en Unilever geenszins buiten beschouwing worden gelaten, eventueel wel die met Protector en Upjohn, die evenwel in 1974 van de totale vitaminenverkoop in de Gemeenschap minder dan een half procent bestreken. Van belang is ook dat wij hier te doen hebben met overeenkomsten met belangrijke afnemers van verzoekster, die zich op het gebied van de levensmiddelen- en veevoederfabricage concentreren. Maar om het even of men het volume van hun transacties met de totale afzet van verzoekster dan wel — zoals verzoekster bepleit — met de totale vitaminenafzet in de gemeenschappelijke markt vergelijkt, wij hebben in geen geval te maken met transacties in een orde van grootte die ons, ook bij inaanmerkingneming van de Engelse clausule, toestaan van te verwaarlozen uitwerkingen op de mededingingsverhoudingen te spreken. Waar deze overeenkomsten bovendien zijn aangegaan met vitaminenverwerkende industrieën, wier activiteiten niet tot het gebied van een Lid-Staat beperkt blijven, mag tevens worden aangenomen dat de handel tussen Lid-Staten in een voor artikel 86 in ieder geval relevante mate is benadeeld.

IV — Nu ons bleek dat de rechtmatigheid van de beschikking der Commissie, voor zover daarin misbruik van een machtspositie wordt vastgesteld, voor het overgrote deel niet in twijfel kan worden getrokken, zou ik de volgende vraag willen bespreken, en wel of de oplegging van de geldboete kan worden gewraakt.

Ik acht hier drie aspecten van belang:

— Daar is in de eerste plaats de omstandigheid dat artikel 86 vage termen (machtspositie; misbruik) gebruikt. Verzoekster meent dat die termen — zoals bij het afsluiten der onderhavige overeenkomsten nog niet geschied was — vooreerst in administratieve beslissingen en zo mogelijk ook in rechterlijke uitspraken hadden moeten worden geconcretiseerd, alvorens er aan oplegging van een geldboete te denken viel.

— Daar is in de tweede plaats de in artikel 15 van verordening nr. 17 ge-

stelde eis dat er van schuld sprake moet zijn. Maar verzoekster betoogt dat zij met betrekking tot het hier bedoelde verbod in dwaling heeft verkeerd, hetgeen zou betekenen dat haar geen schuld mag worden verweten.

— Ten slotte beroept verzoekster zich ook op het beginsel van gelijke behandeling: in vergelijkbare casusposities — wij denken met name aan de rabatten wegens geregelde afname, die in de suikerzaak ter sprake kwamen — werden geen geldboeten opgelegd.

1. Met betrekking tot het eerste punt heeft verzoekster naar § 22 van het Duitse Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen — waarin op misbruik van een machtspositie als zodanig geen boete gesteld is — verwezen naar nationale concurrentievoorschriften, waarin boeten alleen voorzien zijn voor het geval dat aan concrete instructies van kartelautoriteiten geen gevolg wordt gegeven. Voorts heeft zij eraan herinnerd dat men in 1973 een nadere verbodsprocedure in het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen heeft geïntroduceerd op grond van de overweging dat bepalingen betreffende op te leggen geldboeten niet tot verheldering der daarmede samenhangende vragen kunnen bijdragen. Zie ik het goed, dan verbindt verzoekster er evenwel niet de conclusie aan dat de boetebepaling van artikel 15 van verordening nr. 17, voor zover artikel 86 van het EEG-Verdrag betreffende, in volle omvang onrechtmatig zou zijn. Zij is alleen van mening, dat artikel 15 „grundrechtskonform" in die zin moet worden uitgelegd, dat er van oplegging van boeten pas sprake kan zijn wanneer door administratieve beschikkingen de nodige duidelijkheid is geschapen.

Een belangrijk argument voor deze opvatting is, dat er in casu bezwaar is gemaakt tegen het afsluiten van bepaalde overeenkomsten, die alleszins gebruikelijk zijn en, aan het kartelrecht getoetst, geen bezwaar kunnen ontmoeten, terwijl zij alleen wanneer er van een machtspositie sprake is, niet door de beugel kunnen. Erkend zou dienen te worden dat er, ter beantwoording van de vraag of er van zo'n machtspositie mag worden gesproken, ten aanzien van de feiten moeilijke waardeoordelen moeten worden uitgesproken en dat er omdat het in casu niet slechts om marktaandelen en marktstructuur, maar om een hele reeks nadere vragen gaat, op zijn minst aanleiding tot ernstige twijfel bestaat. Door in zulk een situatie een geldboete op te leggen, zou men ook in strijd komen met het beginsel dat een voldoende inhoudelijke bepaling van strafvoorschriften — voordat zij kunnen worden toegepast — verlangt. Dit bepaaldheidsbeginsel, dat met het rechtszekerheidsprincipe samenhangt, is, naar uit literatuur en rechtspraak blijkt, ten dele in het nationale constitutionele recht (artikel 103 van het Duitse Grundgesetz; artikel 25, lid 2, van de Italiaanse constitutie) verankerd; bovendien is het, naar eveneens aan de doctrine kan worden ontleend, in artikel 7 van de Conventie betreffende de mensenrechten tot uitdrukking gekomen. Voor zover zulk een constitutionele bepaling, die trouwens niet alleen commune delicten, doch ook „Ordnungswidrigkeiten" betreft, niet voorkomt, kan bij voorbeeld, voor het Belgische recht, worden gewezen op het beginsel „in dubio pro reo" ofwel — voor andere Lid-Staten — op het beginsel „nullum crimen sine lege". Ook daaruit volgt — ook voor „Ordnungswid-

rigkeiten" — dat van straffen geen sprake kan zijn wanneer er wordt gewerkt met onduidelijke begrippen, omtrent welker uitlegging twijfel bestaat. In ieder geval moeten zulke vage wettelijke voorschriften in enge zin worden geïnterpreteerd.

De Commissie heeft tegen deze argumenten een reeks bezwaren ingebracht, die met name de draagwijdte van de aangehaalde constitutionele bepalingen, het voorschrift uit de Conventie betreffende de mensenrechten, alsook het aan het Belgische recht ontleende beginsel betreffen, en acht het twijfelachtig of er wel een algemeen rechtsbeginsel van de door verzoekster gestelde inhoud bestaat. Zij wees erop dat een dergelijk beginsel slechts te vinden is in het constitutionele recht van twee Lid-Staten, die een rechterlijke controle op de wetgevende macht kennen, dat het als een nieuw beginsel dient te worden gekwalificeerd en dat het vooral betrekking heeft op het strafrecht, terwijl nog niet definitief is uitgemaakt of het ook voor de niet als strafrecht stricto sensu te beschouwen sector van het „Ordnungswidrigkeitenrecht" — waartoe boeten ex artikel 15 van verordening nr. 17 te rekenen zijn geldt. Te vergaande conclusies zijn in ieder geval misplaatst. Zowel in het Duitse als in het Italiaanse recht heeft men aanvaard, dat er in wettelijke bepalingen algemene, niet ondubbelzinnig af te bakenen begrippen voorkomen, en dan is vooral van belang, of er binnen het gestelde kader een uitlegging door de *rechter* mogelijk is, en of dat kader voor de rechtspraak als een betrouwbare grondslag is te beschouwen. Niet in de laatste plaats geldt dit voor het mededingingsrecht, waar vanwege de veelvormigheid van het economisch leven algemene begrippen niet kunnen worden ontbeerd. Het is dan voldoende, wanneer de precieze inhoud van een bepaling met behulp van de doelstelling van het normencomplex als geheel kan worden achterhaald, en in een geval als het onderhavige speelt daarbij stellig ook een rol, dat een groot internationaal handelsconcern ter beoordeling van de toelaatbaarheid van zijn handelwijze in zijn kennis van de verschillende nationale rechtsordeningen voldoende houvast vindt.

Met betrekking tot dit — door mij opzettelijk ietwat uitvoerig weergegeven — debat kan stellig worden gezegd, dat het bijzonder verleidelijk ware, de de opgeworpen problemen een voor een te bespreken. Maar om redenen die aanstonds duidelijk zullen worden, bestaat daartoe in casu geen dwingende noodzaak.

Moeilijk te verdedigen lijkt mij de stelling, dat aan een toepassing van de geldboetebepaling van verordening nr. 17 niet zou kunnen worden gedacht, zolang de inhoud van artikel 86 niet in administratieve beschikkingen is geconcretiseerd. Zulk een opvatting zou stellig te ver gaan, want er zijn zeker casusposities die zonder bezwaar onder artikel 86 kunnen worden gebracht en waarin aan de aanwezigheid van een machtspositie en aan misbruik in de zin van de in artikel 86 bij wege van voorbeeld genoemde gevallen niet ernstig kan worden getwijfeld.

Voor zover er daarnevens onduidelijke zones en grensgebieden bestaan, zolang de administratieve praktijk onvoldoende is ontwikkeld, zou in de meeste gevallen

met overwegingen betreffende de verwijtbaarheid kunnen worden gewerkt. In het onderhavige geval is dat in ieder geval mogelijk, en daarom zou ik de nadruk hierop, dat wil zeggen op verzoeksters tweede argument, willen leggen.

2. In verband met de vraag of verzoekster op verwijtbare wijze, dat wil zeggen door schuld of onachtzaamheid, haar machtspositie heeft misbruikt, werd door haar de interessante rechtsfiguur van verontschuldigbare dwaling met betrekking tot de verbodsinhoud geïntroduceerd.

In haar degelijke rechtsvergelijkend betoog is het verzoekster ook gelukt aan te tonen, dat het hier om een rechtsgedachte gaat die veel verbreiding heeft gevonden, zodat het voor de hand ligt haar — als element van een vooruitstrevende rechtsopvatting — ook voor het gebied van de EEG en de aldaar geldende boetebepalingen te erkennen. Ik verwijs te dien aanzien naar verzoeksters betoog betreffende de mate waarin dwaling aangaande de verbodsinhoud in het Duitse recht, ook in het „Ordnungswidrigkeitenrecht" tot gelding mag komen, alsook naar het Deense, Nederlandse en Franse recht — althans naar de aldaar heersende leer —, en ik herinner eraan dat Jeschek in zijn verhandeling „Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften" (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1953, blz. 497 e.v.) de opvatting heeft verdedigd dat een dergelijk beginsel voor het EGKS-recht uit artikel 36 van het EGKS-Verdrag kan worden afgeleid. Dat in het Engelse en Italiaanse recht ten deze nog een zekere terughoudendheid wordt betracht, legt weinig gewicht in de schaal.

Aanvaardt men dit standpunt, dan is het de beslissende vraag of er in casu aan de zijde van verzoekster inderdaad van verontschuldigbare dwaling kan worden gesproken wat haar machtspositie en de door de Commissie gewraakte handelwijze betreft.

Met betrekking tot de *machtspositie* zij daarbij — geheel afgezien van een mogelijke dwaling ten aanzien van de feiten, waarbij verzoeksters aandeel in de wereldmarkt een rol kan spelen — voorts nog het volgende opgemerkt:

Op sommige markten (die voor vitamine A en vitamine E) is verzoeksters aandeel kennelijk marginaal relevant. Voor zover dit niet kan worden gezegd, kan het van belang zijn dat het in de beschikkingspraktijk, zoals die zich vóór afsluiting van verzoeksters overeenkomsten met haar afnemers had ontwikkeld, ongetwijfeld om monopolies of om zeer hoge marktaandelen ging. Onbetwist werd ons voorgehouden, dat volgens de Duitse praktijk vóór de wetswijziging van 1973 ook zeer hoge marktaandelen nog niet de stelling rechtvaardigden dat er van een machtspositie mocht worden gesproken als er niettemin een kwalitatieve concurrentie kon worden waargenomen. In dit verband mag ook een rol worden toegekend aan hetgeen ten processe met betrekking tot de prijsontwikkeling op de vitaminenmarkten en een zekere prijsconcurrentie is komen vast te staan, vooral ook in verband met het feit dat het volgens het EGKS-Verdrag voor een machtspositie aankomt op de macht tot prijszetting. Ten slotte kan voor verzoeksters opvatting dat zij geen daadwerke-

lijke concurrentie heeft kunnen uitsluiten, ook haar kennis van de kapitaalkrachtigheid der grote concurrenten van belang zijn geweest, zoals evenmin kan worden ontkend dat haar beoordeling van de toestand de invloed kan hebben ondergaan van het ervaringsfeit dat zij aan een zeer expansieve markt deelnam.

Ten aanzien van de door de Commissie gewraakte handelwijze kan — voor zover het om een *ongelijke behandeling der afnemers* gaat — in aanmerking worden genomen, dat de uitwerking op de concurrentiepositie binnen bepaalde grenzen is gebleven en dat het de marktdeelnemers destijds niet zonder meer duidelijk was, dat zulks voor artikel 86 niet de doorslag geeft. Voor zover het om de *binding der afnemers* gaat, mag er mijns inziens rekening mede worden gehouden, dat rabatten aan geregelde afnemers in het EGKS-recht, op artikel 86 betrokken, ten dele ook in de rechtsleer niet worden gewraakt (vgl. Van Hecke, „Kartelle und Monopole im modernen Recht", deel 1, blz. 338) en dat er ten tijde van de afsluiting der gewraakte overeenkomsten nog geen beschikking betreffende de werkelijke of schijnbare rabatten aan geregelde afnemers was genomen. Met name werden zulke overeenkomsten, naar door verzoekster onweersproken is gesteld, blijkbaar zowel in de Verenigde Staten als ook in de Duitse praktijk tot nu toe niet met geldboeten bestraft. Ook mag niet zonder meer uitgesloten worden geacht, dat verzoekster in de mening heeft verkeerd dat zulke bindingen in een expansieve marktfase minder bezwaar zouden ontmoeten, omdat alle marktdeelnemers dan, anders dan op de stagnerende markt, voldoende speelruimte overhouden. Ook is het niet zonder meer onjuist ten deze betekenis toe te kennen aan het beginsel der belangenafweging, dat in ieder geval in de GEMA-beschikking van de Commissie — voor een exclusieve binding — en in het SABAM-arrest — voor een dergelijk geval — ter sprake kwam. Niet in de laatste plaats zou in dit verband ook de in alle overeenkomsten voorkomende Engelse clausule, alsook de wijze waarop die clausule in de praktijk door verzoekster werd gehanteerd, een rol kunnen spelen, en wel zulks vooral ook in verband met het feit dat zulk een clausule op instigatie van de Commissie zelf in haar Dunlop-beschikking (PB 1969, L 323, blz. 21) is opgenomen.

Op grond van al deze overwegingen — die mijns inziens niet overtuigend worden ontzenuwd door het argument dat verzoekster zich door de inwinning van juridische adviezen zekerheid had kunnen verschaffen en dat er voor haar, gezien haar kennis van het nationale recht — dat ten dele belangrijke verschillen vertoont —, aanleiding tot voorzichtigheid heeft bestaan dient men niet te aarzelen in casu van een verontschuldigbare rechtsdwaling betreffende de toepasselijkheid van artikel 86 te spreken. In ieder geval is het verdedigbaar een zo geringe mate van schuld aanwezig te achten, dat er tot oplegging van een geldboete geen aanleiding bestond, vooral niet nu het gaat om een onderneming die tijdens de administratieve procedure een verheugende bereidheid tot medewerking aan de dag heeft gelegd en zich zelfs bereid heeft verklaard de gewraakte handelwijze te beëindigen.

3. In dat geval behoeft het aspect van de ongelijke behandeling bij de oplegging van de geldboete eigenlijk geen bespreking meer. Wil men er nochtans op ingaan, dan kan kort en goed worden gezegd dat verzoekster op deze wijze niet

verder komt. Voor zover zij aan de suikerzaak refereerde, zij er namelijk aan herinnerd dat de in die zaak opgelegde geldboete ook schending van artikel 86 door toekenning van kortingen aan getrouwe afnemers betrof en dat die boete door het Hof van Justitie alleen maar is verlaagd, zij het in aanmerkelijke mate.

4. Acht men het juist de opgelegde boete te annuleren, dan wordt eo ipso ook een bespreking van de wenselijkheid van de wijziging der boetebedragen overbodig. Ik wil nochtans opmerken, dat er voor zulk een correctie in ieder geval aanleiding zou bestaan, immers ten processe is gebleken dat van een machtspositie voor vitamine B_3 niet kan worden gesproken en dat ook het verwijt van misbruik, voor zover de binding der afnemers betreft, voor twee andere overeenkomsten bezwaarlijk kan worden gehandhaafd. Bovendien zou in dit verband rekening kunnen worden gehouden met het feit dat verzoeksters leveringen voor een belangrijk deel aan technologische doeleinden ten goede zijn gekomen, dat wil zeggen op een markt beland zijn waarvoor het bewijs van een machtspositie van verzoekster niet geleverd is. Ook zou men hier het feitelijk effect van de gewraakte overeenkomsten in aanmerking dienen te nemen. Ik herinner in zoverre aan verzoeksters stelling dat de afnemers zich niet in de laatste plaats dank zij de Engelse clausule en de liberale wijze waarop verzoekster haar heeft toegepast, in vergaande mate vrij hebben gevoeld te kopen waar zij wilden — en de juistheid van dat betoog heeft verzoekster ten dele trachten te staven met verwijzing naar de memories, door haar afnemers ingediend naar aanleiding van de punten van bezwaar van de Commissie. Ik herinner ook aan de opmerking der Commissie dat de vastgelegde verplichtingen blijkbaar — maar het schijnt nooit te zijn gecontroleerd — niet zonder meer zijn nagekomen en dat de stimulans die van de toekenning der rabatten uitging, niet overal zo groot is geweest als men had gevreesd. Zo is in ieder geval de conclusie van de Commissie te verstaan dat verzoeksters hierbedoelde 22 afnemers *grotendeels* hun behoefte uitsluitend of *in belangrijke mate* verzoekster hebben gedekt. Ik zal hier verder geen gedetailleerde bespreking aan wijden. Ik verwijs in zoverre naar hetgeen de Commissie op bladzijde 52 en volgende van haar dupliek en in haar in antwoord op 's Hofs vragen ingediende memorie (blz. 12 e.v.), alsook in de ons overgelegde rapporten betreffende onderzoekingen bij verzoeksters afnemers heeft gesteld.

V — Het onderzoek van de zaak is daarmede nog niet beëindigd. Er zal nog moeten worden ingegaan op twee argumenten die volgens verzoekster twijfel kunnen doen rijzen aan de rechtmatigheid van de beschikking als geheel: het verbod van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal gebruik te maken zou zijn overtreden, en het recht op „gehoor" zou zijn geschonden.

1. Over het eerste punt behoeft niet veel te worden gezegd. Verzoekster betoogde, dat documenten van interne aard door een van haar vroegere personeelsleden onbevoegdelijk aan de Commissie zouden zijn overhandigd, hetgeen blijkens een tegen dat personeelslid uitgesproken veroordeling naar Zwitsers recht strafbaar zou zijn. Volgens hetgeen die verdachte aan de politie heeft verklaard, zou hij op instigatie van de Commissie hebben gehandeld. Dat wil zeggen dat

de Commissie zonder toestemming van Zwitserland maar op het territoir van die staat met het volkenrecht strijdige instructiemaatregelen zou hebben genomen. Zulk een ingrijpen in de soevereiniteit van een niet-Lid-Staat brengt noodzakelijkerwijze mede, dat de op die wijze verkregen documenten niet mogen worden gebruikt, vooral waar de feiten zonder meer uit de door verzoekster overgelegde overeenkomsten blijken, zodat de Commissie haar bevoegdheden geheel onnodig zou hebben overschreden, dat wil zeggen het evenredigheidsbeginsel geschonden.

De Commissie bestrijdt met name, dat zij verzoeksters voormalig personeelslid tot bedoelde handelingen zou hebben gebracht. Daarvan blijkt uit bedoeld strafvonnis niets. Daarbij komt dat Zwitserland geenszins wegens ten onrechte op haar territoir uitgevoerde instructiemaatregelen bij de Gemeenschap heeft geprotesteerd.

Wij hoeven op dit alles thans niet meer in te gaan. Het gaat er maar om dat verzoekster bedoelde documenten ten slotte eigener beweging nog heeft geproduceerd. Zij heeft ook verklaard het middel, dat er geen gebruik van had mogen gemaakt, niet langer te willen hanteren en zich, voor zover dit probleem opheldering behoeft, met zoveel woorden aan 's Hofs Jurisprudentie gerefereerd. Zoals ik het geval thans beoordeel, bestaat daartoe stellig geen aanleiding. Ik meen dan ook dat deze delicate kwestie moet blijven rusten, vooral omdat dan in ieder geval ook nog zou moeten worden onderzocht, welke rol de Commissie en haar ambtenaren bij het inwinnen van bedoelde stukken hebben gespeeld.

2. Ter adstructie van haar stelling dat het haar principieel toekomende recht op verhoor zou zijn geschonden, beroept verzoekster zich er in de eerste plaats op dat bepaalde bijlagen, waarop in de bestreden beschikking is ingegaan, ten verhore niet ter sprake zijn gebracht. Voorts wraakt zij dat zij tot bepaalde, door de Commissie verwerkte marktgegevens (marktaandelen van concurrenten, vitaminenafzet in de Gemeenschap, invoercijfers) geen toegang heeft gehad en dat zij niet of niet volledig en tijdig de door haar afnemers verstrekte inlichtingen, rapporten betreffende recherches bij haar afnemers en de memories, door haar afnemers in antwoord op de punten van bezwaar der Commissie ingediend, heeft kunnen inzien. Ten slotte stelt zij zich ook nog heel in het algemeen op het standpunt, dat haar ten onrechte een volledige inzage in de stukken — die het haar mogelijk zou hebben gemaakt op niet ingeroepen ontlastende omstandigheden te wijzen — werd onthouden.

In antwoord hierop kan er allereerst op worden gewezen, dat de documenten die volgens verzoekster ten verhore ter sprake hadden moeten worden gebracht, van haarzelf afkomstig waren, zodat zij van de inhoud op de hoogte was. Voorts is van belang, dat volgens de voor zulke procedures geldende communautaire regelen, in beginsel slechts de punten van bezwaar behoeven te worden medegedeeld. Daarin moeten — naar in de jurisprudentie reeds meermalen werd uitgemaakt — de belangrijkste feitelijke omstandigheden en de juridische overwegin-

gen waartoe zij aanleiding geven, te vinden zijn, terwijl daarentegen nergens wordt verlangd dat de bijlagen waarop de Commissie zich beroept, worden vermeld. Meent men evenwel, dat zich casusposities kunnen voordoen waarin een bespreking van zulke stukken met betrokkene(n) gewenst voorkomt — bij voorbeeld omdat zij dubbelzinnig zijn of omdat mag worden aangenomen dat zij niet volledig zijn en door betrokkene met ontlastende documenten kunnen worden aangevuld —, dan is voor het onderhavige geval toch van belang dat zoiets ten processe niet is gesteld. Waar bovendien de feiten waarop de omstreden bijlagen betrekking hebben (binding der afnemers door premies wegens regelmatige afname) in de punten van bezwaar duidelijk zijn genoemd en ook ten processe uitvoerig werden besproken, is er zeker geen aanleiding de beschikking der Commissie in zoverre wegens schending van het recht op verhoor nietig te verklaren.

Voor zover verzoekster voorts stelt dat zij er recht op zou hebben gehad de stukken volledig in te zien, merkt de Commissie mijns inziens terecht op, dat iets dergelijks nergens in het gemeenschapsrecht met zoveel woorden is voorzien en dat een algemeen rechtsbeginsel van die inhoud ook niet boven water komt. Van bijzonder belang is daarbij hetgeen de Commissie met betrekking tot het zeer minutieuze Duitse kartelprocesrecht (§ 53 van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) heeft betoogd. Volgens de Commissie geldt in een administratieve procedure alleen het beginsel, dat betrokkenen de gelegenheid moeten hebben zich over de hun gemaakte verwijten te uiten, en dat een beschikking niet mag worden gebaseerd op feiten die betrokkenen onbekend zijn gebleven. Dit beginsel wordt door het Bundeskartellamt blijkbaar aldus toegepast, dat aan betrokkenen slechts de wezenlijke inhoud der stukken behoeft te worden medegedeeld en dat zij met name alleen over de wezenlijke inhoud van de memories van andere betrokkenen behoeven te worden geïnformeerd. Zelfs in de — als rechtsgeding te beschouwen — klachtprocedure heeft men niet het recht volledige inzage der stukken te verlangen. Inzage in voorstukken, bijkomende stukken, deskundigenrapporten en schriftelijke inlichtingen mag volgens § 71 van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen slechts met toestemming van betrokkenen worden verleend, en wordt die toestemming met een beroep op de geheimhoudingsplicht geweigerd, dan wordt alleen de inhoud voorgedragen, opdat er ten processe rekening mee kan worden gehouden.

Uitgaande van deze beginselen behoeft met betrekking tot verzoeksters afzonderlijke grieven slechts het volgende te worden opgemerkt:

Daargelaten dat vragen van verzoekster in een brief van het directoraat-generaal Concurrentie van 13 augustus 1975 zijn beantwoord en dat bepaalde harerzijds gedane verzoeken, naar aan een brief van de Commissie van 16 juli 1976 kan worden ontleend, in hoofdzaak zijn ingewilligd, is het wat betreft de marktaandelen van andere concurrenten, ten aanzien waarvan de Commissie zich aanvankelijk in aansluiting aan het arrest 45/69 (Boehringer Mannheim GmbH tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, arrest van 15 juli 1970, Jurispr. 1970, blz. 769) op haar geheimhoudingsplicht had

beroepen, van belang dat die cijfers in „geanonymiseerde" vorm althans ten processe aan verzoekster zijn medegedeeld, waardoor het, zoals bekend, mogelijk werd met betrekking tot die marktaandelen tot een vergaande mate van overeenstemming te komen.

Wat betreft de memories, waarin verzoeksters afnemers op de punten van bezwaar van de Commissie zijn ingegaan, zou ik menen dat de vraag of zij door de Commissie terecht als geheim zijn behandeld, thans geen beantwoording behoeft. Er zou namelijk in ieder geval voor de onderhavige procedure slechts een zeer beperkte waarde aan zijn toegekomen, geheel afgezien van de aanstonds te bespreken gezichtspunten, en wel reeds omdat zij zijn ingediend in het kader van een procdure ex artikel 85, waarin ook aan verzoeksters wederpartijen verwijten werden gemaakt.

Ten slotte is het, wat betreft de bij verzoeksters afnemers ingewonnen informatie en de nadere recherches die men bij hen heeft ingesteld, van belang dat slechts een deel dier afnemers in overlegging van bedoelde stukken aan verzoekster heeft toegestemd. Met die restrictie is verzoekster van de genoemde stukken in kennis gesteld — zoals zij in „geanonymiseerde" vorm ok stukken betreffende verdere afnemers heeft kunnen inzien —. Bovendien zouden die stukken slechts een rol spelen, wanneer de feitelijke uitwerking van verzoeksters afzetsysteem ter beoordeling van de bestreden beschikking van belang zou zijn, hetgeen mijns inziens evenwel niet langer het geval is wanneer men de geldboete vernietigt.

Ook al verkrijgt men dus de indruk, dat de Commissie in de administratieve procedure door haar gebruikte stukken uitvoeriger met verzoekster had kunnen bespreken en dat zij, met inachtneming van de geheimhoudingsplicht, reeds tijdens de administratieve procedure en niet pas in rechte een verdergaande informatie van verzoekster over wezenlijke feiten in overweging had moeten nemen, toch kan in casu bezwaarlijk worden gesproken van een zodanige schending van wezenlijke rechten der verdediging, dat de bestreden beschikking geheel zou vernietigd moeten worden.

VI — Ik wil ten slotte mijn standpunt nog eenmaal samenvatten.

Ik ben van mening dat de bestreden beschikking in stand kan blijven, voor zover daarin aan verzoekster een machtspositie op de markten voor zes vitaminen, dat wil zeggen niet op de markt voor vitamine B_3, wordt toegeschreven en voor zover aan verzoekster wordt verweten dat zij op misbruik opleverende wijze twintig afnemers, dat wil zeggen niet de firma's Protector en Upjohn, heeft gebonden en op een evenzeer misbruik opleverende wijze de in de beschikking genoemde ondernemingen verschillend heeft behandeld. De oplegging van een geldboete wegens schending van artikel 86 acht ik bij gebreke van voldoende schuld aan de zijde van verzoekster niet gerechtvaardigd. In zoverre dient het beroep van de firma Hoffmann-La Roche gegrond te worden verklaard; voor het overige dient het te worden afgewezen. Zulk een beoordeling zal mijns inziens tevens aanleiding moeten geven tot de uitspraak dat iedere partij de eigen kosten heeft te dragen.