HOFFMANN-LA ROCHE ΚΑΤΑ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ GERHARD REISCHL της 19ης Σεπτεμβρίου 1979 *

Κύριε Πρόεδρε,
Κύριοι δικαστές,

Η υπόθεση που μας απασχολεί σήμερα αφορά απόφαση, την οποία εξέδωσε η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων βάσει του άρθρου 86 της Συνθήκης ΕΟΚ, περί «καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως δεσποζούσης θέσεως εντός της κοινής αγοράς».

Η προσφεύγουσα στην υπόθεση αυτή είναι η μητρική εταιρία του ομίλου Hoffmann- La Roche με παγκόσμιο πεδίο δράσεως, με έδρα τη Βασιλεία, και θυγατρικές εταιρίες σ' όλα σχεδόν τα κράτη μέλη της Κοινότητος εκτός από το Λουξεμβούργο και την Ιρλανδία. Η Hoffmann-La Roche — στο εξής θα την αποκαλώ κατά σύντμηση Roche — παρασκεύαζε μεταξύ άλλων μη συσκευασμένες συνθετικές βιταμίνες. Αυτή η παραγωγή άρχισε εν μέρει ήδη στη δεκαετία του 1930 και του 1940· εν τω μεταξύ φαίνεται πως έληξαν τα σχετικά διπλώματα ευρεσιτεχνίας. Η Roche έχει στην Κοινή Αγορά περίπου 5 000 πελάτες, που απασχολούνται στον τομέα της φαρμακευτικής παραγωγής, της παραγωγής ειδών διατροφής και ζωοτροφών. Με ορισμένους από αυτούς — πρόκειται για 22 αγοραστές, που μετέχουν στην Κοινή Αγορά ως παραγωγοί και πωλητές — συνήψε από το 1963 έως το 1973 συμβάσεις για την κάλυψη των αναγκών τους, επί του εν μέρει διαφορετικού περιεχομένου των οποίων θα επανέλθω στη συνέχεια. Κατά την άποψη της Επιτροπής, οι συμβάσεις αυτές είχαν ως σκοπό να κάνουν τους κύριους αγοραστές βιταμινών να εξαρτώνται από την προσφεύγουσα, και μάλιστα είτε με τη βοήθεια ρητών υποχρεώσεων προμηθείας όσον αφορά το σύνολο ή το μεγαλύτερο μέρος των αναγκών είτε με τη βοήθεια — διαφορετικά διαμορφωμένων — εκπτώσεων υπέρ πιστών πελατών ή τιμών προτιμήσεως.

Αυτές τις συμφωνίες — οι δεσμεύσεις πρέπει να υφίσταντο μέχρι τέλους 1974 — η Επιτροπή τις θεωρεί αντίθετες στο κοινοτικό δίκαιο. Συγκεκριμένα πιστεύει ότι διαπιστώνεται δεσπόζουσα θέση της Roche σε μία σειρά αγορών βιταμινών και θεωρεί ότι τέτοιου είδους συμφωνίες είναι ικανές να πλήξουν την ελευθερία επιλογής και την ίση μεταχείριση των αγοραστών.

Η προσφεύγουσα δεν συμμερίζεται αυτή την άποψη. Όμως — όπως μας διαβεβαίωσε, ήδη έπειτα από μια πρώτη επίσκεψη υπαλλήλων της Επιτροπής το φθινόπωρο του 1974 — άρχισε την τροποποίηση των επικρινομένων συμβάσεων. Οι συμβάσεις αυτές λύθηκαν ή τροποποιήθηκαν ήδη πριν την έκδοση της προσβαλλομένης αποφάσεως. Φαίνεται πως νέες συμβάσεις-πλαίσια διαβιβάστηκαν τον Ιανουάριο 1975 στην Επιτροπή για γνωμάτευση. Εκτός αυτού φαίνεται πως τον Ιούνιο 1975 υποβλήθηκαν στην Επιτροπή προς κρίση νέες

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

διατυπώσεις των συμβάσεων που έπρεπε να συναφθούν με την επιχείρηση Merck, έναν από τους αγοραστές για τους οποίους πρόκειται.

Εντούτοις, όσον αφορά το προηγουμένως εφαρμοζόμενο σύστημα πωλήσεων, κινήθηκε τον Ιούλιο 1975 διαδικασία αθέμιτου ανταγωνισμού κατά της Roche. Η διαδικασία αυτή περατώθηκε στις 9 Ιουνίου 1976 με την έκδοση αποφάσεως, αφού έλαβαν θέση η προσφεύγουσα και οι αντισυμβαλλόμενοί της επί της αιτιάσεως που διατύπωσε η Επιτροπή, αφού ακούστηκαν οι ενδιαφερόμενοι και αφού δόθηκαν απαντήσεις στις αιτήσεις πληροφοριών που απευθύνθηκαν στους πελάτες και στις θυγατρικές εταιρίες της προσφεύγουσας στην Κοινή Αγορά.

Με την απόφαση αυτή η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η προσφεύγουσα έχει στην Κοινή Αγορά δεσπόζουσα θέση σε επτά αγορές βιταμινών (βιταμίνη A, B_2, B_6, C, E, H και παντοθενικό οξύ). Η προσφεύγουσα θα μπορούσε να κατηγορηθεί για κατάχρηση κατά την έννοια του άρθρου 86 της Συνθήκης ΕΟΚ όσον αφορά την κατά διαφόρους τρόπους επιτευχθείσα δέσμευση μερικών αγοραστών της και τη διαφορετική τους μεταχείριση. Γι' αυτό το άρθρο 2 της αποφάσεως απαιτεί να σταματήσει χωρίς καθυστέρηση η επικρινόμενη συμπεριφορά. Εκτός αυτού, με την αιτιολογία ότι η παράβαση του άρθρου 86 έγινε εκ προθέσεως, ή τουλάχιστον εξ αμελείας, επιβλήθηκε πρόστιμο σύμφωνα με το άρθρο 15, παράγραφος 2 του κανονισμού 17, αφού όμως ελήφθη υπόψη μόνον το χρονικό διάστημα από 1970 έως 1974. Αυτό το πρόστιμο που πρέπει να καταβληθεί εντός τριών μηνών από της επιδόσεως της αποφάσεως ανέρχεται, σύμφωνα με το άρθρο 3 της αποφάσεως, σε 300 000 λογιστικές μονάδες και επειδή η προσφεύγουσα έχει θυγατρική εταιρία στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, μετατράπηκε στην απόφαση σε 1 098 000 γερμανικά μάρκα.

Κατά της αποφάσεως αυτής άσκησε η Roche προσφυγή στις 27 Αυγούστου 1976. Σύμφωνα με το κύριο αίτημά της πρέπει να ακυρωθεί ολόκληρη η απόφαση αυτή. Επικουρικώς ζήτησε η Roche να ακυρωθεί μόνο το άρθρο 3 της εν λόγω αποφάσεως, δηλαδή η επιβολή του προστίμου.

Αφού υποβλήθησαν εκτενείς προτάσεις επί της διαφοράς — οι διάδικοι έδωσαν πολλές πρόσθετες διευκρινήσεις έπειτα από εκτενές ερωτηματολόγιο του Δικαστηρίου — και αφού έγινε λεπτομερής συζήτηση στη συνεδρίαση της 31ης Μαΐου 1978, λαμβάνω την εξής θέση επί του ζητήματος.

I — Για ένα διάστημα μπορεί να υπήρχε ασάφεια, αν η προσφεύγουσα ζητεί μόνο την ακύρωση των προστίμων που της επιβλήθηκαν, δηλαδή του άρθρου 3 της αποφάσεως, ή την ακύρωση ολόκληρης της αποφάσεως. Επ' αυτού δεν υπάρχουν πια αμφιβολίες, μετά από ρητή διευκρίνηση στην προφορική συζήτηση. Η προσφεύγουσα επιμένει και στο κύριο αίτημα, που αφορά την ακύρωση της διαπιστώσεως ότι η προσφεύγουσα κατέχει δεσπόζουσα θέση σε ορισμένες αγορές βιταμινών, την οποία καταχράστηκε με τη διαμόρφωση των συμβάσεων προμηθείας που είχε προηγουμένως συνάψει.

II — Η εξέταση πρέπει επομένως να αρχίσει με το πράγματι αμφισβητούμενο ζήτημα, εάν η προσφεύγουσα κατείχε στο επίμαχο διάστημα, ιδίως από το 1970 έως το 1974, δεσπόζουσα θέση. Κατόπιν θα εξετάσω, αν η σύναψη των αναφερθεισών συμβάσεων προμηθείας πρέπει να αξιολογηθεί ως κατάχρηση, κατά την έννοια του άρθρου 86 της Συνθήκης ΕΟΚ, και μόνο έπειτα θα εξετάσω τους λοιπούς λόγους της προσφυγής στο μέτρο που δεν έχουν εν τω μεταξύ εγκαταλειφθεί, όπως η αιτίαση ότι η Επιτροπή παράνομα, και συγκεκριμένα

κατά παράβαση του άρθρου 18 του κανονισμού 17, καθόρισε το πρόστιμο στο νόμισμα ενός κράτους μέλους.

1. Επί της εννοίας «δεσπόζουσα θέση» του άρθρου 86 της Συνθήκης ΕΟΚ υπάρχει ήδη κάποια νομολογία. Σύμφωνα με αυτή γίνεται λόγος για δεσπόζουσα θέση όταν παρεμποδίζεται ουσιωδώς ο ανταγωνισμός (υπόθεση 6/72, Europemballagen Corporation και Continental Can Company Inc. κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 1973, Slg. 1973, σ. 215), όταν μία επιχείρηση — όπως αναφέρεται στην απόφαση επί της υποθέσεως 78/70 (Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH κατά Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, απόφαση της 8ης Ιουνίου 1971, Slg. 1971, σ. 487) — είναι σε θέση να εμποδίζει τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό σε σημαντικό τμήμα της εν λόγω αγοράς. Κατά την εξέταση αυτή πρέπει ιδίως να ληφθεί υπόψη — αυτό προκύπτει επίσης από την τελευταία απόφαση — αν υπάρχουν παραγωγοί που κυκλοφορούν παρεμφερή προϊόντα και ποια θέση έχουν αυτοί στην αγορά.

Για μερίδια αγοράς έγινε μεταξύ άλλων λόγος σε σχέση με το άρθρο 86 στην περίφημη υπόθεση της ζάχαρης (υποθέσεις 40 κ.λπ./73, Coöperatieve vereniging «Suiker Unie» UA και λοιποί κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 1975, Slg 1975, σ. 1663). Από αυτή συνάγεται ότι στην περίπτωση αυτή, όπου τα μερίδια σε ορισμένες αγορές που μπορούν να οριοθετηθούν είναι πολύ υψηλά (85, 90, 95%) και οι εισαγωγές έχουν πολύ μικρή έκταση, μπορεί άνευ ετέρου, δηλαδή χωρίς πρόσθετη έρευνα, να θεωρηθεί ότι η εν λόγω επιχείρηση έχει τη δυνατότητα να εμποδίσει τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό.

Μια σημαντική πρόσθετη διευκρίνηση έγινε με την απόφαση επί της υποθέσεως 27/76 (United Brands κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, απόφαση της 14ης Φεβρουαρίου 1978), στην οποία ιδίως παρέπεμψε η Επιτροπή. Σημαντική από την απόφαση αυτή είναι η γενική διαπίστωση ότι χαρακτηριστικό για κάποιον που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά είναι ότι δεν χρειάζεται, μέχρις ορισμένου σημείου, να λαμβάνει υπόψη του ανταγωνιστές, πελάτες και καταναλωτές. Περαιτέρω τονίζεται στην απόφαση ότι η δεσπόζουσα θέση προκύπτει γενικά από περισσότερους παράγοντες· απαραίτητη είναι αφενός η εξέταση της δομής της εν λόγω επιχειρήσεως και αφετέρου της καταστάσεως που επικρατεί στην αγορά από πλευράς ανταγωνισμού. Όσον αφορά το πρώτο σημείο, στην απόφαση 27/76 έπαιξε ρόλο ολόκληρη σειρά στοιχείων, όπως η σημαντικού βαθμού κάθετη ολοκλήρωση της επιχειρήσεως, η ύπαρξη ιδιωτικών μεταφορικών μέσων, οι τεχνικές γνώσεις, η αποτελεσματική διαφήμιση που οδηγούσε σε προτίμηση των καταναλωτών, ο περιορισμένος αριθμός πελατών και η μικρή παραγωγή προϊόντων. Όσον αφορά την κατάσταση της αγοράς από πλευράς ανταγωνισμού — από μια άποψη και μερικά από τα παραπάνω στοιχεία αναφέρονται σ' αυτή — το μερίδιο αγοράς της προσφεύγουσας, που κυμαίνεται μεταξύ 40 και 45%, είναι σημαντικό. Επιπλέον όμως διαπιστώθηκε — και μόνο μετά τη διαπίστωση αυτή δέχθηκε το Δικαστήριο την ύπαρξη δεσποζούσης θέσεως — ότι η προσφεύγουσα ήταν ο σημαντικότερος όμιλος στον τομέα της μπανάνας· περαιτέρω διεξήχθησαν έρευνες για τον αριθμό και τη δύναμη των ανταγωνιστών και διαπιστώθηκε ότι παρά τον επανειλημμένο, πολύ έντονο ανταγωνισμό σε μεμονωμένες αγορές, στον οποίο μπόρεσε να αντισταθεί η προσφεύγουσα, δεν άλλαξαν τα μερίδια αγοράς. Σημαντικό ρόλο έπαιξε επίσης ότι η πρόσβαση στην αγορά έγινε δύσκολη, λόγω του ότι απαιτούνταν μεγάλης εκτάσεως επενδύσεις, και ότι γι' αυτό δεν υπήρχε πιθανότητα εμφανίσεως νέων ανταγωνιστών στην αγορά, ενώ αντίθετα δεν θεωρήθηκαν σημαντικές οι σκέψεις για την αποδοτικότητα και τη δυνατότητα καθορισμού των τιμών.

2. Χρήσιμη επομένως μου φαίνεται μια σύντομη ματιά στις εθνικές έννομες τάξεις, που γνωρίζουν την έννοια της δεσποζούσης στην αγορά θέσεως. Σύμφωνα με τις θεωρητικές γνώμες και την πρακτική που έχουν αναπτυχθεί εκεί, μπορεί πράγματι να θεωρηθεί, ότι η απόφαση για τις μπανάνες που μόλις αναφέρθηκε, όσον αφορά τα μερίδια αγοράς που πρέπει να ληφθούν υπόψη και τις πρόσθετες εξετάσεις, ακολουθεί μία γραμμή που γενικά θεωρείται ορθή.

Έτσι είναι ενδιαφέρον ότι στη Γαλλία πολλές φορές μερίδια αγοράς περίπου 50% θεωρούνται σημαντικά, πράγμα στο οποίο προστίθενται έπειτα περαιτέρω σκέψεις — όπως δύναμη και μέγεθος άλλων ανταγωνιστών, τεχνική και εμπορική οργάνωση και παρόμοια (βλ. R. Collin στο *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droît communautaire,* Semaine de Bruges 1977, σ. 244 και επόμενες). Και το γερμανικό επίσης δίκαιο δίνει σημασία σε τέτοιου μεγέθους μερίδια αγοράς (βλέπε τις αποφάσεις του Bundesgerichtschof της 3ης Ιουλίου 1976 και 16ης Δεκεμβρίου 1976, *Wirtschaft und Wettbewerb* 1976, σ. 783, και 1977, σ. 255). Σ' αυτά όμως προστίθενται ακόμη λεπτομερείς έρευνες των σχέσεων ανταγωνισμού, της θέσεως των ανταγωνιστών, της δομής της αγοράς, της εξέλιξης της αγοράς και της συμπεριφοράς των ενδιαφερομένων· ακόμη λαμβάνονται υπόψη οι οικονομικές και τεχνικές πηγές του δεσπόζοντος στην αγορά. Το ίδιο φαίνεται ότι συμβαίνει στις βόρειες χώρες (βλ. *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises doninantes en droit communautaire,* Semaine de Bruges 1977, σ. 301 και επόμενες). Έτσι στη Φινλανδία γίνεται λόγος για δεσπόζουσα θέση, όταν ελέγχεται περισσότερο από το 50% της αγοράς. Στο μέτρο που σε άλλες έννομες τάξεις (Νορβηγία, Δανία και Σουηδία) αρκούν μερίδια αγοράς ύψους 25% ή μεταξύ 25 και 50%, δεν πρέπει να λησμονείται ότι εκεί η οικεία αγορά ερμηνεύεται πολύ στενά. Τέλος δεν παραλλάσσει καθόλου και η εικόνα που εμφανίζουν οι Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής με την πλούσια πρακτική που παρουσιάζουν σε ζητήματα δικαίου των μονοπωλίων. Χαρακτηρίζεται με επιτυχία από μια επισκόπηση της νομολογίας που παρουσιάζει ο Holley στο δημοσίευμα της Semaine de Bruges 1977, που μόλις αναφέρθηκε, στις σελίδες 174 και επόμενες. Σύμφωνα με αυτή δεν χρειάζονται περαιτέρω επιχειρήματα όταν η αγορά ελέγχεται σε ποσοστό 90%. Ήδη όταν το ποσοστό συμμετοχής στην αγορά είναι 75% αυτό δεν ισχύει πια· στην περίπτωση αυτή πρέπει να ληφθούν υπόψη επιπλέον και άλλοι παράγοντες, αλλά υφίσταται τόσο ισχυρό τεκμήριο κυριαρχίας της αγοράς, ώστε είναι δύσκολο να ανατραπεί. Αν τα μερίδια αγοράς είναι κατώτερα (60-70%), το βάρος των παραγόντων που πρέπει να ληφθούν επιπρόσθετα υπόψη είναι μεγαλύτερο· αν τα μερίδια αγοράς μόλις υπερβαίνουν το 50%, η κυριαρχία της αγοράς πρέπει να προκύπτει από ισχυρές ενδείξεις άλλου είδους, και αν τα μερίδια αγοράς είναι κάτω από 50%, σύμφωνα με το δίκαιο των Ηνωμένων Πολιτειών της Αμερικής, είναι προφανώς πολύ δύσκολο να αποδειχθεί η ύπαρξη δεσποζούσης θέσεως στην αγορά.

3. Προχωρώντας βάσει αυτών των δεδομένων στην εξέταση της προκειμένης περιπτώσεως, πρέπει κατ' αρχήν να θυμάται κανείς ότι η Επιτροπή συνήγαγε τη δεσπόζουσα θέση της προσφεύγουσας λαμβάνοντας υπόψη ιδίως το μέγεθος των μεριδίων της στις διάφορες αγορές βιταμινών και τη θέση των αμέσως επομένων κατά μέγεθος παραγωγών. Για την Επιτροπή είχε όμως σημασία και το γεγονός ότι η προσφεύγουσα είναι ο μεγαλύτερος παραγωγός βιταμινών και διαθέτει τη σχετική ευκαμψία και δύναμη κεφαλαίου, ότι μπορεί να προσφέρει πολύ μεγάλη ποικιλία βιταμινών δικής της παραγωγής και ότι έχει έναντι των ανταγωνιστών της τεχνολογικό και εμπορικό προβάδισμα, πράγμα που φέρνει στο νου την τεχνογνωσία (know-how) και το πολύ ανεπτυγμένο δίκτυο διανομής της προσφεύγουσας.

Σ' αυτά η προσφεύγουσα αντιτάσσει κατ' αρχήν, ότι η Επιτροπή βασίστηκε σε στοιχεία που δεν ευσταθούν· στην πραγματικότητα η προσφεύγουσα έχει μικρότερα μερίδια αγοράς για τις μεμονωμένες βιταμίνες. Περαιτέρω, μερικές πλευρές που αξιολόγησε πρόσθετα η Επιτροπή — μεγάλη ποικιλία βιταμινών της προσφεύγουσας καθώς και η οικονομική της δύναμη — δεν σημαίνουν τίποτα αν ληφθεί υπόψη η κατάσταση των ανταγωνιστών, όσον αφορά τη δύναμη που έχει η προσφεύγουσα στην αγορά. Εκτός αυτού, εσφαλμένα η Επιτροπή παρέλειψε να λάβει υπόψη της άλλους παράγοντες. Η προσφεύγουσα αναφέρεται στην εξέταση της καταστάσεως της αγοράς και της συμπεριφοράς στην αγορά για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα, όπου ιδιαίτερη σημασία έχει ότι η αγορά βιταμινών βρίσκεται σε μεγάλη ανάπτυξη· ακόμη ισχυρίζεται ότι δεν έχει τη δύναμη να καθορίζει τις τιμές, αντίθετα η εξέλιξη των τιμών συγκαθορίζεται υπό την πίεση άλλων ανταγωνιστών, και δυνάμει ανταγωνιστών. Ακόμη, η Επιτροπή δεν έλαβε υπόψη της την πρόσβαση στις αγορές εφοδιασμού, όπου η προσφεύγουσα, αντίθετα απ' ό,τι οι κύριοι ανταγωνιστές της, αντιμετωπίζει δυσκολίες, επειδή εξαρτάται από άλλους παραγωγούς όσον αφορά τις πρώτες ύλες.

4. Κατά συνέπεια, ενδείκνυται να εξεταστούν κατ' αρχήν τα μερίδια αγοράς που διαθέτει η προσφεύγουσα όσον αφορά τις επιμέρους βιταμίνες. Ως προς αυτό όλοι συμφωνούν ότι οι αγορές των βιταμινών πρέπει να εξεταστούν χωριστά, διότι κάθε βιταμίνη απαιτεί ιδιαίτερες εγκαταστάσεις παραγωγής και η μία βιταμίνη δεν μπορεί να αντικαταστήσει την άλλη. Στη διαδικασία, αφού η Επιτροπή γνωστοποίησε τους αριθμούς πωλήσεων των ανταγωνιστών της προσφεύγουσας, μπόρεσε να επιτευχθεί συμφωνία και ως προς ορισμένα δεδομένα, όπως προκύπτει από την κοινή θέση των διαδίκων επί του ερωτηματολογίου του Δικαστηρίου. Στο μέτρο που εξακολουθούν να υπάρχουν σημεία διαφωνίας, θα τα εξετάσω όταν πραγματευθώ τις επιμέρους αγορές βιταμινών.

α) Θα είμαι σχετικά σύντομος όσον αφορά τη βιταμίνη Α. Επ' αυτού η προσφεύγουσα δηλώνει, ότι ο αριθμός που αναφέρει η Επιτροπή στην προσβαλλόμενη απόφαση — 47% μερίδιο αγοράς στην Κοινότητα — πρέπει να θεωρηθεί αντιπροσωπευτικός για τα έτη 1970-1974.

Η προσφεύγουσα όμως υποστηρίζει — και αυτό αναφέρεται σε όλες τις προς εξέταση βιταμίνες — ότι η Επιτροπή έπρεπε να λάβει υπόψη της ότι σε μερικότερες αγορές παρατηρούνται εν μέρει σημαντικές διακυμάνσεις — η προσφεύγουσα ανέφερε αριθμούς για τη Δανία και το Βέλγιο καθώς και για τα έτη 1971-1974. Δύσκολα όμως — και αυτό ισχύει εξίσου για όλες τις βιταμίνες — μπορεί κανείς να θεωρήσει το σημείο αυτό καθοριστικό, και μάλιστα όχι μόνον εκεί όπου — όπως για τις βιταμίνες B_3 και B_6 — παρατηρείται μόνον αύξηση του μεριδίου αγοράς στις αναφερθείσες περιοχές. Κατ' αρχήν δεν έχουν διευκρινιστεί οι αιτίες των διακυμάνσεων· δεν μπορεί προπαντός να αποκλειστεί ότι ανάγονται σε ορισμένη στρατηγική αγοράς. Ακόμη όμως και αν δεχτεί κανείς, ότι οι διακυμάνσεις αποτελούν έκφραση ανταγωνισμού στην αγορά, έχει σημασία η διαπίστωση της αποφάσεως για τις μπανάνες που μόλις ανέφερα, ότι και αυτή η ύπαρξη ανταγωνισμού σε μερικότερες αγορές δεν αποκλείει την ύπαρξη δεσποζούσης θέσεως, όταν φαίνεται — και ένδειξη γι' αυτό αποτελεί η σταθεροποίηση του μεριδίου αγοράς, σε σχέση με το σύνολο της Κοινής Αγοράς — ότι η εν λόγω επιχείρηση μπορούσε επιτυχώς να αντισταθεί στις προσπάθειες ενδεχομένων ανταγωνιστών.

Επομένως, όσον αφορά τη βιταμίνη Α καταλήγει κανείς στο συμπέρασμα ότι υπάρχει μερίδιο αγοράς μεγέθους σημαντικού κατά το άρθρο 86, το οποίο πρέπει να αξιολογηθεί ως ένδειξη για την ύπαρξη δεσποζούσης θέσεως.

β) Κανένα σχεδόν πρόβλημα δεν παρουσιάζει η κατάσταση όσον αφορά τη βιταμίνη B_2. Σύμφωνα με τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην κοινή θέση των διαδίκων, τα μερίδια αγοράς της προσφεύγουσας μεταξύ 1972 και 1974 κυμαίνονταν — αν λάβει κανείς ως αφετηρία τις πωληθείσες ποσότητες — μεταξύ 74,8 και 84,5% και — αν τεθεί ως βάση η αξία των ποσοτήτων που παραδόθηκαν — μεταξύ 80,6 και 87%. Αντίθετα για το έτος 1971 η προσφεύγουσα θεωρεί ορθό ένα ποσοστό περίπου 70% κατά ανώτατο όριο.

Μπορούμε πολύ καλά να στηριχτούμε στα στοιχεία αυτά, των οποίων το μέγεθος είναι οπωσδήποτε επίσης αρκετό. Δεν υπάρχουν πράγματι αντιρρήσεις που να ευσταθούν κατά των αριθμών που αναφέρθηκαν. Αυτό ισχύει κατ' αρχήν για την αναφορά της προσφεύγουσας στο δήθεν κατώτερο μερίδιο της Roche στην παγκόσμια αγορά. Με αυτό μόνο δεν αποδεικνύεται βέβαια ότι — όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα — οι αριθμοί που κατ' αρχήν προσκομίζει η Επιτροπή είναι υπερβολικοί. Το ίδιο ισχύει όσον αφορά την αναφορά της προσφεύγουσας σε εργοστάσια ζυμώσεων που έχουν διακόψει τη λειτουργία τους, τα οποία όπως φαίνεται βρίσκονται κυρίως στις Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής και των οποίων η επαναδραστηριοποίηση είναι πιθανή σε περίπτωση ανόδου των τιμών. Διότι κατά τον υπολογισμό των μεριδίων αγοράς είναι αυτονόητο ότι σημασία έχει μόνο τι συμβαίνει στην αγορά, και όχι ο δυνατός ανταγωνισμός. Αυτός θα εξεταστεί για πρώτη φορά σε άλλη ευκαιρία.

γ) Πανομοιότυπη είναι η εικόνα όσον αφορά τη βιταμίνη B_6. Σύμφωνα με τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην κοινή θέση των διαδίκων, τα ποσοστά συμμετοχής της προσφεύγουσας στην αγορά για τα έτη 1972-1974, υπολογιζόμενα βάσει των ποσοτήτων που πωλήθησαν, κυμαίνονταν μεταξύ 84,2 και 88,4%. Και αυτοί οι αριθμοί αρκούν, διότι η προσφεύγουσα για να υποστηρίξει την άποψή της, ότι καθοριστικές είναι χαμηλότερες τιμές, μπόρεσε να αναφερθεί μόνο στις δικές της απόψεις για το μέγεθος του μεριδίου της στην παγκόσμια αγορά.

Για το προηγούμενο χρονικό διάστημα — γι' αυτό δεν ανέφερε αριθμούς η Επιτροπή — μπορεί αντίθετα να θεωρηθεί ότι, όπως συνήγαγε κατ' εκτίμηση η προσφεύγουσα, το ποσοστό της ήταν περίπου 68%. Ακόμη και αν αυτό γίνει δεκτό ως βάση, παραμένει πάντοτε, ιδίως αν ληφθούν υπόψη οι αξιολογήσεις που προκύπτουν από τη νομολογία του Δικαστηρίου και την εθνική πρακτική, ένα πολύ υψηλό ποσοστό, το οποίο είναι οπωσδήποτε καθοριστικό για την κυριαρχία της αγοράς κατά την έννοια του άρθρου 86.

δ) Όσον αφορά τη βιταμίνη Η (βιοτίνη) οι διάδικοι συμφωνούν ότι η προσφεύγουσα μέχρι το 1970 είχε μονοπώλιο 100% και ότι το μερίδιό της αγοράς μειώθηκε μέχρι το έτος 1974 σε 93%.

Εδώ αμφισβητείται μόνο — αν εξαιρέσει κανείς σκέψεις που θα διατυπωθούν αργότερα για τη σημασία της φάσεως της αγοράς — το εάν έχει σημασία το γεγονός ότι το προϊόν αυτό, όπως ισχυρίστηκε η προσφεύγουσα, μπορεί να αντικατασταθεί από άλλα προϊόντα στη βιομηχανία ζυμώσεων. Επ' αυτού — το πρόβλημα της δυνατότητας αντικαταστάσεως θα εξεταστεί και πάλι αργότερα λεπτομερώς όσον αφορά τις βιταμίνες C και E — θεωρώ δικαιολογημένη την ένσταση της Επιτροπής, ότι τα στοιχεία της προσφεύγουσας είναι πολύ αόριστα και μάλιστα ότι δεν είναι αναντίρρητα αποδεδειγμένα όσον αφορά την έκταση της δυνατότητας αντικαταστάσεως, την οποία αμφισβητεί η Επιτροπή. Τέλος, δεν χρειάζεται ευρύτερη διερεύνηση του ζητήματος

αυτού τώρα, απλώς και μόνο διότι ακόμη και αν γίνονταν δεκτοί οι αριθμοί που αναφέρει η προσφεύγουσα — αυτή ισχυρίζεται ότι το μερίδιό της αγοράς θα μειωνόταν κατ' αυτό τον τρόπο περίπου κατά 15% — θα παρέμενε πάντα ένα εξαιρετικά υψηλό μερίδιο αγοράς, καθ' όλα εφάμιλλο προς τα μέχρι τώρα αναφερθέντα στοιχεία και συνεπώς σημαντικό για τους σκοπούς του άρθρου 86.

ε) Όσον αφορά τη βιταμίνη C ο υπολογισμός των μεριδίων αγοράς δεν δημιουργεί προβλήματα, στο μέτρο που και οι δύο διάδικοι δέχονται ως αφετηρία ότι η προσφεύγουσα — αν λάβει κανείς υπόψη του μόνο τη βιταμίνη αυτή — είχε από το 1972 έως το 1974 μερίδιο το οποίο, υπολογιζόμενο κατά ποσότητες, κυμαινόταν μεταξύ 63 και 64,4% ή, με βάση την αξία των πωλήσεων, μεταξύ 64,8 και 66,2%. Για τα έτη 1970 και 1971 τα μερίδια της προσφεύγουσας ήταν, σύμφωνα με τις δηλώσεις της, κατώτερα κατά 1-2%, πράγμα που όμως προφανώς δεν αλλάζει τίποτα όσον αφορά το μέγεθός τους που είναι καθοριστικό.

Προβλήματα όμως δημιουργεί εδώ — όπως ήδη υπαινίχθηκα — το πώς πρέπει να εκτιμηθεί ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί ανταγωνισμού υποκαταστάτων προϊόντων. Επ' αυτού προβάλλει ότι η βιταμίνη C χρησιμοποιείται σε σημαντικό ποσοστό — η προσφεύγουσα δέχεται ότι πρόκειται για το 30% περίπου των πωλήσεών της (δεν μπορεί να αναφέρει ακριβείς αριθμούς)— για τεχνολογικούς σκοπούς, δηλαδή όχι λόγω των βιολογικών-θρεπτικών αλλά λόγω των χημικών και φυσικών ιδιοτήτων της, και μάλιστα ιδίως ως «αντιοξειδωτικό». Ως προς αυτή τη λειτουργία μπορεί να αντικατασταθεί από άλλα προϊόντα. Αν όμως αυτά συνυπολογιστούν στην οικεία αγορά — και ως προς αυτό ακόμη η προσφεύγουσα αναγκάζεται να καταφύγει σε εκτιμήσεις — τότε το μερίδιό της μειώνεται, όσον αφορά το έτος 1974, σε 46-47%.

Όσον αφορά αυτό το ειδικό πρόβλημα, μπορεί κατ' αρχήν να μείνει ανοικτό, εάν πράγματι η προσφεύγουσα, όπως υποστηρίζει η Επιτροπή, ξεκινά από υπερβολικούς αριθμούς και θα χρειαζόταν ήδη γι' αυτό διόρθωση των υπολογισμών της. Η Επιτροπή αναφέρεται, ως γνωστό, στο κιτρικό οξύ, ένα υποκατάστατο, το οποίο κατέχει υψηλό μερίδιο στους υπολογισμούς της προσφεύγουσας (60%). Ας μου επιτραπεί να παρατηρήσω επ' αυτού μόνον ότι σύμφωνα με τις τότε ήδη ισχύουσες κοινοτικές οδηγίες 70/357 και 70/524, το κιτρικό οξύ δεν θεωρείται μεν ως αντιοξειδωτικό, θα μπορούσε όμως να ληφθεί υπόψη εν προκειμένω διότι σύμφωνα με την οδηγία 70/357 ενισχύει την αντιοξειδωτική δράση άλλων υλών και μπορεί έτσι μερικώς να αντικαταστήσει τη βιταμίνη C. Εκτός αυτού πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι η προσφεύγουσα κατά τους υπολογισμούς της έλαβε υπόψη μόνο το 1/4 περίπου από το σύνολο των ποσοτήτων κιτρικού οξέος που φθάνει στην αγορά.

Σημασία έχει τι νόημα δίνεται στην έννοια «δυνατότητα αντικαταστάσεως» στο δίκαιο του ανταγωνισμού. Ως προς αυτό έχει, πιστεύω, δίκιο η Επιτροπή όταν αναγνωρίζει τη δυνατότητα αντικαταστάσεως μόνο σε περιπτώσεις που, από την πλευρά του αγοραστού και της χρήσεως του εμπορεύματος μπορεί να γίνει λόγος για ικανοποίηση των ίδιων αναγκών από άλλο προϊόν. Επ' αυτού μπορεί να γίνει παραπομπή στη νομολογία του αμερικανικού Supreme Court και στην έννοια που αποδίδει στην «reasonable interchangeability»· ανάλογα ισχύουν και σύμφωνα με το γερμανικό δίκαιο του ανταγωνισμού, όπως προκύπτει από την απόφαση του Bundesgerichtschof της 3ης Ιουλίου 1976 που ήδη αναφέρθηκε και τα όσα εκεί αναπτύσσονται περί λειτουργικής δυνατότητας αντικαταστάσεως από την πλευρά των καταναλωτών. Κατά τη γνώμη μου πάντως είναι εξαιρετικά αμφίβολο αν μπορεί να γίνει λόγος για τέτοιου είδους δυνατότητα αντικαταστάσεως όσον αφορά τη βιταμίνη C και άλλα αντιοξειδωτικά. Στην πραγματικότητα πρόκει-

ται για μερική μόνο δυνατότητα αντικαταστάσεως, διότι για τους αγοραστές βιταμινών, οι οποίοι σκοπεύουν σε βιολογική-θρεπτική χρησιμοποίηση, δεν υπάρχει φυσικά θέμα αντικαταστάσεως με άλλα αντιοξειδωτικά. Σ' ένα τέτοιο πραγματικό — εδώ μπορεί κανείς να σκεφτεί και την έννοια της περιορισμένης δυνατότητας αντικαταστάσεως που χρησιμοποιείται στην απόφαση για τις μπανάνες — δεν φαίνεται πράγματι υποστηρίξιμο να οριοθετηθεί η αγορά έτσι όπως θεωρεί ορθό η προσφεύγουσα, και έπειτα, δηλαδή αφού συνυπολογιστούν τα καθαρά αντιοξειδωτικά, να καθοριστεί το μερίδιό της.

Αυτό που θα μπορούσε να σκεφτεί κανείς, είναι να μην υπολογίσει το ποσοστό βιταμίνης C, το οποίο προορίζεται για τεχνολογική χρησιμοποίηση — και αυτό παρόλο που η χρησιμοποίηση δεν ελέγχεται ακριβώς και ο σκοπός της χρησιμοποιήσεως μπορεί να αλλάζει κατά βούληση. Ακόμη όμως και αν γίνει αυτό, δύσκολα προκύπτει μεταβολή του μεριδίου αγοράς κατά την έννοια που υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Θα πρέπει πράγματι — ως προς αυτό συμφωνώ με την Επιτροπή — να γίνει δεκτό ότι και οι ανταγωνιστές της προσφεύγουσας προορίζουν ανάλογο τμήμα των πωλήσεών τους για τέτοιους σκοπούς χρησιμοποιήσεως — η διευκρίνιση του σημείου αυτού είναι προφανώς πολύ δύσκολη. Σ' αυτό συνηγορεί επίσης και η απάντηση της προσφεύγουσας στο παράρτημα 3 στην κοινή θέση επί του ερωτηματολογίου του Δικαστηρίου, όπου σημειώνεται ότι η αναφερόμενη σχέση (το 30% των πωλήσεων προορίζεται για τεχνολογική χρησιμοποίηση) είναι αντιπροσωπευτική για το σύνολο των πωλήσεων βιταμίνης C στην Κοινότητα.

Τέλος μπορεί ακόμη να παρατηρηθεί ότι, ακόμη και αν γίνουν δεκτές οι θέσεις της προσφεύγουσας για το πρόβλημα της δυνατότητας αντικαταστάσεως και θεωρηθούν ορθές όλες οι εκτιμήσεις της, και πάλι παραμένει ένα μερίδιο αγοράς, το οποίο, σε σχέση με τα μεγέθη που αναφέρονται στην απόφαση για τις μπανάνες, μπορεί να χαρακτηριστεί καθοριστικό για το άρθρο 86. Θα γεννιόταν τότε μόνο το ερώτημα — το οποίο θα εξεταστεί οπωσδήποτε στη συνέχεια — αν οι πρόσθετες έρευνες στις οποίες προέβη η Επιτροπή είναι αρκετές για να γίνει λόγος για δεσπόζουσα θέση της προσφεύγουσας στην αγορά αυτή και αν οι πρόσθετες εκτιμήσεις που προβάλλει η προσφεύγουσα μπορούν να κλονίσουν μια τέτοια προσωρινή κρίση.

στ) Όσον αφορά τη βιταμίνη E, όπου τίθεται το ίδιο πρόβλημα, τα μερίδια αγοράς της προσφεύγουσας, χωρίς να υπολογιστεί ο ανταγωνισμός υποκαταστάτων προϊόντων, κυμαίνονταν σύμφωνα με τα μη αμφισβητούμενα στοιχεία της Επιτροπής κατά τα έτη 1972-1974 από 50 έως 60% — με βάση τις πωληθείσες ποσότητες — και από 54 έως 64% — αν τεθεί ως βάση η αξία των πωλήσεων. Για τα έτη 1970 και 1971, σύμφωνα με τα στοιχεία της προσφεύγουσας, τα μερίδια ήταν περίπου 7 βαθμούς κατώτερα απ' ό,τι το 1972· έτσι το μερίδιο ανέρχεται με υπολογισμό των ποσοτήτων σε 43% και με υπολογισμό της αξίας σε 47%.

Αν ακολουθήσει κανείς ως προς αυτό την άποψη της προσφεύγουσας για τη δυνατότητα αντικαταστάσεως με άλλα προϊόντα και θεωρήσει σωστούς τους σχετικούς υπολογισμούς — 60% των πωλήσεων προορίζονται για τεχνολογική χρησιμοποίηση — τα μερίδια αγοράς για το 1973 και το 1974 δεν θα απομακρύνονταν βέβαια από το μέγεθος που ήδη επανειλημμένα αναφέρθηκε, υπό την προϋπόθεση ότι συμφωνούν οι ποσότητες στις οποίες αναφέρεται η προσφεύγουσα, διότι έπειτα από μία μείωση περίπου 14%, σαν αυτή που η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι επήλθε, θα έμεναν και πάλι ποσοστά μεταξύ 40 και 44% για το 1974 και μεταξύ 46-50% για το 1973.

Αυτό όμως δεν θα συνέβαινε για το προηγούμενο χρονικό διάστημα, διότι για το έτος 1972 θα προέκυπταν ποσοστά μόνο 36-40% και για τα προηγούμενα έτη ποσοστά 29-33%.

Εντούτοις ισχύουν και εδώ όσα αναπτύχθηκαν για τη δυνατότητα αντικαταστάσεως σχετικά με τη βιταμίνη C. Ήδη δεν φαίνεται πειστικό το συμπέρασμα που συνάγει η προσφεύγουσα, σύμφωνα με το οποίο, επειδή η αναγκαία κατά το δίκαιο περί ζωοτροφών περιεκτικότητα σε βιταμίνη Ε καλύπτεται ήδη από το φυσικό περιεχόμενο των σύγχρονων ζωοτροφών, θα έπρεπε να γίνει δεκτό ότι το πολύ 20% της προστιθέμενης βιταμίνης Ε εξυπηρετεί βιολογικούς-θρεπτικούς σκοπούς, δηλαδή το 80% χρησιμοποιείται λόγω της αντιοξειδωτικής δράσεως, η οποία μπορεί να επιτευχθεί και με τη χρησιμοποίηση άλλων υλών. Εκτός αυτού δικαιολογημένα μπόρεσε η Επιτροπή να παραπέμψει σε δημοσιεύσεις της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τις οποίες παρουσιάζει πλεονεκτήματα για τους πελάτες να χρησιμοποιούν βιταμίνη Ε αντί άλλων αντιοξειδωτικών, διότι η βιταμίνη Ε διαθέτει και άλλες ιδιότητες, οι οποίες ευνοούν τη χρησιμοποίησή της για την κτηνοτροφία.

Αν όμως θεωρηθεί — όπως για τη βιταμίνη C — έστω επιτρεπτό να μην υπολογιστούν οι πωλήσεις βιταμίνης Ε για τεχνολογική χρησιμοποίηση, ούτε εδώ θα άλλαζε ριζικά η εικόνα των μεριδίων αγοράς που παρουσίασε η Επιτροπή. Πράγματι, και για τη βιταμίνη Ε ισχύει — όπως προκύπτει και από τη θέση της προσφεύγουσας που ήδη αναφέρθηκε — ότι ένα ανάλογο μερίδιο των πωλήσεων των ανταγωνιστών της προσφεύγουσας προορίζεται ομοίως για τεχνολογική χρησιμοποίηση.

Έτσι και για τη βιταμίνη Ε καταλήγω στο συμπέρασμα ότι η προσφεύγουσα, κατά τη διάρκεια όλου του χρονικού διαστήματος που ενδιαφέρει εδώ, διέθετε μερίδια αγοράς μεγέθους που ασφαλώς είναι κρίσιμο για το άρθρο 86.

ζ) Όσον αφορά την αγορά βιταμίνης B_3, σύμφωνα με τα δεδομένα που περιέχονται στην κοινή θέση των διαδίκων, προκύπτουν μεγέθη σημαντικά για το άρθρο 86 μόνο για το έτος 1974, κατά το οποίο το μερίδιο της προσφεύγουσας ανέρχεται σε 41,2% με υπολογισμό των ποσοτήτων και σε 51% με υπολογισμό της αξίας. Για τα προηγούμενα έτη αντίθετα οι αριθμοί είναι χαμηλότεροι: 23,4-34,9% για το έτος 1973 και 18,9-28,9% για το έτος 1972· εκτός αυτού, τα ποσοστά της προσφεύγουσας μειώθηκαν και πάλι κατά 6 βαθμούς στα έτη 1970 και 1971. Άλλωστε, αντίθετα απ' ό,τι ισχύει για τις υπόλοιπες βιταμίνες, τα μερίδια που υπολογίζονται βάσει της αξίας των πωλήσεων είναι σημαντικά ανώτερα από αυτά που έχουν ως βάση τις ποσότητες.

Από τα δεδομένα αυτά συνάγεται το συμπέρασμα ότι μπορεί να γίνει λόγος για ένδειξη περί δεσποζούσης θέσεως στην αγορά μόνο για το έτος 1974, ακόμη δε και αυτό φαίνεται αμφίβολο, αν παραμείνει κανείς στον υπολογισμό των ποσοτήτων και αν αυτός μάλιστα χρειάζεται διόρθωση, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Όσον αφορά αυτό το επίδικο σημείο, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι ο υπολογισμός βάσει της αξίας είναι πιο αξιόπιστος, διότι οι βιταμίνες πωλούνται σε διαφορετική συμπύκνωση, και γι' αυτό, όπως δείχνουν ακριβώς οι εισαγωγές από την Ελβετία, υπάρχουν πολύ σημαντικές διαφορές τιμών. Η προσφεύγουσα αντίθετα υποστηρίζει ως καθοριστικό τον υπολογισμό βάσει των ποσοτήτων, διότι ο υπολογισμός βάσει της αξίας διαστρεβλώνει την εικόνα, διότι θέτει ως βάση για τις πωλήσεις της την τελική τιμή πωλήσεως, ενώ για τις εισαγωγές τίθεται ως βάση η αδασμολόγητη τιμή εισαγωγής, που είναι κατά 30% κατώτερη της

τελικής τιμής πωλήσεως. Εκτός αυτού, όσον αφορά τους υπολογισμούς ποσοτήτων στους οποίους προέβη η Επιτροπή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι εσφαλμένα δεν ελήφθη υπόψη ότι ένα μέρος των εισαγωγών δεν μπορεί να καταλογιστεί σ' αυτήν και ότι, όσον αφορά παραδόσεις που έγιναν από την Ελβετία, πρόκειται εν μέρει για εμπορεύματα που διακινήθηκαν στο εσωτερικό της συμπράξεως χωρίς να φθάσουν στην αγορά.

Κατά την άποψή μου, πρέπει κατ' αρχήν να προτιμηθεί ο υπολογισμός βάσει των ποσοτήτων. Νομίζω ότι προσφέρει καλύτερη δυνατότητα συγκρίσεως — η μετατροπή και ο υπολογισμός εμπορευμάτων με διαφορετικό βαθμό συμπυκνώσεως δεν πρέπει να δημιουργεί υπερβολικές δυσκολίες — και αυτή τη γνώμη φαίνεται ότι ακολούθησε κατ' αρχήν και το Bundesgerichtshof, όπως προκύπτει από τις δύο αποφάσεις που αναφέρθηκαν. Αμφιβάλλω μόνο για το αν πράγματι οι υπολογισμοί ποσοτήτων της Επιτροπής πρέπει να διορθωθούν σε σημαντική έκταση. Η μόνη αφορμή γι' αυτό είναι ότι υποτίθεται πως καταλογίστηκαν άδικα στην προσφεύγουσα δέκα τόννοι από τις εισαγωγές από την Ελβετία. Όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας, ότι η Επιτροπή άδικα επίσης υπολόγισε 23 τόνους καθαρά εσωτερικών μεταφορών της Roche, παραπέμπω στο παράρτημα 1 της κοινής θέσεως των διαδίκων επί του ερωτηματολογίου του Δικαστηρίου, από το οποίο προκύπτει ότι οι εισαγωγές από την Ελβετία καταλογίστηκαν στη Roche και συνεπώς δεν υπολογίστηκαν περαιτέρω υπό τον τίτλο «εισαγωγές», ο οποίος έχει σημασία για τον υπολογισμό του μεριδίου αγοράς.

Τέλος, δεν χρειάζεται εμβάθυνση στο σημείο αυτό, το οποίο παρέμεινε εριζόμενο και στην προφορική διαδικασία, όπως μπορεί να μείνει ανοιχτό και το ζήτημα αν αρκεί για τη διόρθωση του αριθμού εισαγωγών η μείωση των εμπορευμάτων περιεκτικότητας 45% που επιτεύχθηκε με το παράρτημα 2 της κοινής θέσεως των διαδίκων και θεωρήθηκε απαραίτητη για τη μετατροπή τους σε εμπορεύματα περιεκτικότητας 100%. Ακόμη και αν δεχτεί κανείς ότι ο υπολογισμός βάσει των ποσοτήτων αποτελεί ένδειξη για την ύπαρξη δεσποζούσης θέσεως, σχετικά με το έτος 1974, αυτό δεν θα έπρεπε να έχει σημασία για την προκειμένη περίπτωση απλώς και μόνο διότι οι συμβάσεις προμηθείας, όπως ελέχθη, συνήφθησαν το αργότερο το έτος 1973, δηλαδή σε χρονικό σημείο κατά το οποίο η προσφεύγουσα δεν είχε ακόμη δεσπόζουσα θέση στην αγορά βιταμίνης B_3 και διότι η προσφεύγουσα αμέσως μετά την πρώτη επίσκεψη υπαλλήλων της Επιτροπής το φθινόπωρο 1974 έκανε ό,τι μπορούσε για τη λύση των συμβάσεων.

Από την άποψη αυτή μπορεί πράγματι να λεχθεί ότι εσφαλμένα ελήφθη υπόψη η αγορά βιταμίνης B_3 από την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά την εφαρμογή του άρθρου 86.

5. Έπειτα από αυτές τις παρατηρήσεις για τα μερίδια αγοράς, από τις οποίες προκύπτει ότι το ζήτημα της κυριαρχίας της αγοράς δεν απαιτεί σημαντικές πρόσθετες έρευνες όσον αφορά τις βιταμίνες, B_2, B_6, H και C — αλλά ισχύουν μόνον όσον αφορά τη βιταμίνη A, καθώς και τη βιταμίνη E, για ένα τμήμα του χρονικού διαστήματος που τώρα εξετάζεται — θα στραφώ τώρα στους συμπληρωματικούς παράγοντες, που ρητά ανέφερε η Επιτροπή στην απόφασή της, για να εξετάσω αν επιβεβαιώνουν την προσωρινή κρίση περί δεσποζούσης θέσεως της προσφεύγουσας στην αγορά.

α) Κατ' αρχήν έχουν σημασία τα μερίδια αγοράς των ανταγωνιστών της προσφεύγουσας.

Ως προς αυτό — όσον αφορά το έτος 1974 — προκύπτει ότι για τις βιταμίνες B_2, B_6 και

τη βιοτίνη οι αμέσως επόμενοι ανταγωνιστές έχουν μόνο μερίδια 8,3 και 7%. Όσον αφορά τη βιταμίνη C, η προσφεύγουσα ακολουθείται από έναν ανταγωνιστή με 15% μερίδιο αγοράς και από έναν ακόμη με 7%. Για τη βιταμίνη A οι αντίστοιχοι αριθμοί είναι 27% και 18%, για τη βιταμίνη E 16% και 6% και για τη βιταμίνη B_3 23% και 3%.

Σύμφωνα με αυτά, για τις βιταμίνες που μας ενδιαφέρουν δημιουργείται η εντύπωση ότι η προσφεύγουσα κατέχει προφανώς προέχουσα θέση στην αγορά, η οποία της επιτρέπει να επηρεάζει σημαντικά την αγορά και της προσφέρει πεδίο ανεξαρτήτου δράσεως. Αυτό δεν αμφισβητείται ούτε για τη βιταμίνη A, όπου υπάρχει προφανώς ένας οικονομικά ισχυρός και επιθετικός ανταγωνιστής, η BASF, ο οποίος απέκτησε το μερίδιο αγοράς που αναφέρθηκε μέσα σε λίγα έτη από την είσοδό του στην αγορά (1970). Πάντως η προσφεύγουσα κατόρθωσε να διαφυλάξει τη θέση της και πέτυχε να διατηρηθεί πρακτικά αμετάβλητο το μερίδιό της αγοράς. Αντίστοιχα ισχύουν και για τη βιταμίνη E, ως προς την οποία η BASF πρέπει να εισήλθε στην αγορά κατά το έτος 1971. Εδώ το μερίδιο αγοράς της προσφεύγουσας αυξήθηκε μάλιστα σημαντικά από το 1970-1973 και το μέγεθός του ακόμη και το 1974 επιτρέπει τη διαπίστωση ότι η προσφεύγουσα είναι απολύτως ικανή να υπερασπίσει τη θέση της στην αγορά.

Αντίθετα, όσον αφορά τη βιταμίνη B_3 ένας ισχυρός ανταγωνιστής, μία ιαπωνική εταιρία, διέθετε τα προηγούμενα χρόνια ακόμη υψηλότερα μερίδια αγοράς, δηλαδή 30,3% το 1973 και μάλιστα 43% το 1972.

β) Για την Επιτροπή είχε περαιτέρω σημασία ότι η προσφεύγουσα παράγει μεγάλη ποικιλία βιταμινών και ότι είναι η μοναδική επιχείρηση που παράγει όλες τις βασικές βιταμίνες. Αυτό ασκεί κάποια έλξη σε καταναλωτές που χρειάζονται πολλών ειδών βιταμίνες και το γεγονός αυτό είναι ικανό να ενισχύσει τη θέση της προσφεύγουσας στην αγορά.

Σ' αυτό η προσφεύγουσα αντιτάσσει ότι το ίδιο ισχύει για μια σειρά σημαντικών ανταγωνιστών της, διότι καθοριστικό είναι όχι το πρόγραμμα παραγωγής αλλά διαθέσεως. Περαιτέρω ισχυρίζεται ότι το φάσμα των βιταμινών της δεν έχει σημασία για τους περισσότερους πελάτες, διότι μόνο λίγες βιταμίνες μπορεί να τους ενδιαφέρουν. Είναι σημαντικό να παρατηρηθεί ότι οι κύριοι αγοραστές βιταμινών είναι παραγωγοί ειδών διατροφής και ζωοτροφών. Αυτοί ενδιαφέρονται για πολλών ειδών συμπληρωματικές ύλες (προσθετικά) και μόνον για λίγες βιταμίνες, όσον αφορά δε τα είδη διατροφής μόνο για βιταμίνη C, οι οποίες συνιστούν ένα μικρό μέρος των συμπληρωματικών υλών. Τις λίγες αναγκαίες βιταμίνες τις προσφέρουν όμως και οι κύριοι ανταγωνιστές της προσφεύγουσας, αυτοί δε υπερέχουν επιπλέον έναντι της προσφεύγουσας κατά το ότι μπορούν να προμηθεύσουν και όλες τις απαραίτητες συμπληρωματικές ύλες.

Επ' αυτής της επιχειρηματολογίας της προσφεύγουσας πρέπει καταρχήν να παρατηρηθεί ότι οι μεγάλοι ανταγωνιστές της που αναφέρθηκαν — αν δεν κάνω λάθος — δεν παράγουν όλες τις βιταμίνες και δεν είναι καθόλου σε θέση να προμηθεύσουν τις ποσότητες που μπορεί να προσφέρει η προσφεύγουσα. Και τα δύο όμως αυτά είναι ασφαλώς στοιχεία που έχουν σημασία για τη θέση στην αγορά και δικαιολογούν να γίνεται λόγος για κάποιο προβάδισμα της προσφεύγουσας.

Όσον αφορά το επιχείρημα ότι οι περισσότεροι πελάτες της προσφεύγουσας προμηθεύονται μόνο λίγες βιταμίνες, όπως, για

παράδειγμα, κατά το έτος 1977 από 815 Γερμανούς πελάτες οι 589 προμηθεύτηκαν μόνο ενός, δύο ή τριών ειδών βιταμίνες, σημασία δεν μπορεί να έχει ο αριθμός των πελατών, αλλά μόνον η έκταση των πωλήσεων. Ως προς αυτό όμως, έπειτα από όσα προέβαλε η Επιτροπή, λαμβάνοντας θέση επί της απαντήσεως της προσφεύγουσας στο ερωτηματολόγιο του Δικαστηρίου, είναι βέβαιο ότι οι αγοραστές της προσφεύγουσας, με τους οποίους συνήφθησαν οι συμβάσεις που μας ενδιαφέρουν — αυτοί αποτελούν χωρίς αμφιβολία σημαντικό κύκλο αγοραστών — καθώς και άλλοι πελάτες που αναφέρθηκαν, προμηθεύονται χωρίς εξαίρεση από την προσφεύγουσα μεγάλο αριθμό βιταμινών.

Όσον αφορά τις άλλες συμπληρωματικές ύλες που χρησιμοποιούν οι παραγωγοί ειδών διατροφής και ζωοτροφών, στους οποίους αναλογεί μεγάλο μερίδιο των πωλήσεων βιταμινών, πρέπει βέβαια να αναγνωριστεί ότι η ύπαρξη προσθετικών στην προσφορά των ανταγωνιστών —ιδίως στο μέτρο που πρόκειται για σπάνιες ύλες ή για μονοπωλιακές καταστάσεις— είναι σημαντική για την εκτίμηση της θέσεως στην αγορά. Από την άλλη όμως πλευρά πιστεύω ότι ο παράγων αυτός δεν είναι τόσο σημαντικός. Αυτό δε διότι και στον τομέα των ζωοτροφών χρειάζεται μεγαλύτερος αριθμός βιταμινών και όχι μόνο λίγες, όπως πιστεύει η προσφεύγουσα· στην πραγματικότητα, σύμφωνα με τα στοιχεία της Επιτροπής, οι πελάτες της προσφεύγουσας, οι οποίοι απασχολούνται στον τομέα των ζωοτροφών, προμηθεύτηκαν γενικά μεγαλύτερο αριθμό βιταμινών. Από την άλλη πλευρά, είναι σαφές ότι η δύναμη έλξεως που ασκούν τα προσθετικά στην προσφορά των ανταγωνιστών παίζει ρόλο περισσότερο για μικρότερες και μεσαίες επιχειρήσεις, ενώ οι σημαντικοί παραγωγοί ζωοτροφών, που προμηθεύονται μεγάλες ποσότητες και συγκεκριμένα οι καλούμενοι «προμίκτες» (Vormischer) προμηθεύονται τις ύλες που χρειάζονται από διαφορετικές πηγές, όταν αυτό τους φαίνεται συμφέρον.

Γι' αυτό γενικά το γεγονός ότι η προσφεύγουσα μπορεί να προσφέρει όλες τις σημαντικές βιταμίνες σε μεγάλες ποσότητες από δική της παραγωγή, ακόμη και αν λείπουν ορισμένα άλλα προσθετικά, αποτελεί ασφαλώς στοιχείο που έχει σημασία για την εκτίμηση της ισχύος στην αγορά. Πάντως — η ίδια η προσφεύγουσα χαρακτηρίζει στις πληροφορίες της για την αγορά του Αυγούστου 1971 την ευρεία προσφορά της σε βιταμίνες ως πλεονέκτημα — δεν αντισταθμίζεται πλήρως από το γεγονός ότι η προσφεύγουσα λόγω της ελλείψεως άλλων προσθετικών στην προσφορά της μειονεκτεί κάπως από πλευράς ανταγωνισμού, όσον αφορά ορισμένους τομείς πωλήσεων και ορισμένους αγοραστές.

γ) Η Επιτροπή θεωρεί περαιτέρω στην απόφασή της ως σημαντικό ότι η προσφεύγουσα είναι η μεγαλύτερη παραγωγός βιταμινών παγκοσμίως και ότι ο κύκλος εργασιών της ξεπερνά το συνολικό κύκλο εργασιών όλων των άλλων παραγωγών. Από αυτή την παγκοσμίως προέχουσα θέση στην αγορά η Επιτροπή συνάγει ότι η Roche δεν χρειάζεται να δίνει μεγάλη προσοχή στον ανταγωνισμό στην Κοινή Αγορά, διότι είναι σε θέση να αρπάζει καλύτερα τις συγκυριακές διακυμάνσεις.

Ούτε και σ' αυτό μπόρεσε νομίζω η προσφεύγουσα να αντιτάξει κάτι αποφασιστικό. Επειδή εδώ δεν πρόκειται μόνο για την οικονομική δύναμη επιχειρήσεων, δεν μπορεί να τελεσφορήσει η αναφορά της στο συνολικό κύκλο εργασιών και την οικονομική δύναμη ανταγωνιστών, οι οποίοι παράγουν επίσης βιταμίνες, κατέχουν όμως μόνο σχετικά μικρό μερίδιο στην αγορά αυτή. Επειδή περαιτέρω αποφασιστική είναι μόνο η θέση στην αγορά βιταμινών, έχει ασφαλώς μικρή σημασία το γεγονός, ότι ορισμένοι μεγάλοι ανταγωνιστές έχουν τη δυνατότητα να αντισταθμίσουν τους κινδύνους με άλλα προϊόντα. Εκτός αυτού, ευ-

σταθεί ο ισχυρισμός ότι τέτοιου είδους μεγάλες επιχειρήσεις που ανταγωνίζονται την προσφεύγουσα σε μερικές αγορές έχουν πολλαπλά αποκεντρώσει τα επιμέρους τμήματά τους, πράγμα που περιορίζει τη δυνατότητα αντισταθμίσεως των κινδύνων· ενδιαφέρον επίσης είναι, ότι για την ίδια την προσφεύγουσα οι βιταμίνες αποτελούν μόνο περίπου το 1/4 του συνολικού κύκλου εργασιών της.

δ) Έπειτα, στο μέτρο που η Επιτροπή αναφέρεται στο τεχνολογικό και εμπορικό προβάδισμα της προσφεύγουσας, εννοεί ότι αυτή, ως πρωτοπόρος στον τομέα της συνθετικής παραγωγής βιταμινών και της βιομηχανικής χρησιμοποιήσεώς τους, διαθέτει εκτενέστερη και πληρέστερη τεχνογνωσία (know-how) από τους ανταγωνιστές της, ακόμη και αν τα διπλώματα ευρεσιτεχνίας για τη μέθοδο παρασκευής έχουν εν τω μεταξύ λήξει. Έτσι, μεταξύ άλλων γίνεται αναφορά στο πολύ ανεπτυγμένο ειδικό δίκτυο διανομής της προσφεύγουσας, το οποίο — χάρη σε εκπαιδευμένο προσωπικό — καθιστά δυνατή τη γρήγορη και ασφαλή προμήθεια διαρκώς νωπών βιταμινών σε μεγάλες ποσότητες και την αξιόλογη παροχή υπηρεσιών στους πελάτες.

Η γνώμη που σχημάτισα επ' αυτού έπειτα από τη διαδικασία είναι ότι η προσφεύγουσα δεν μπόρεσε πράγματι να κλονίσει ούτε τη σημασία των παραγόντων αυτών.

αα) Όσον αφορά κατ' αρχήν το τεχνολογικό προβάδισμα της προσφεύγουσας, μπορεί τώρα να μείνει ανοιχτό το εάν η αρχική αναφορά της Επιτροπής στις αμειβόμενες υπηρεσίες κατανεμημένου χρόνου (time sharing service) της προσφεύγουσας — κατάρτιση προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών για τους παραγωγούς ζωοτροφών — αποτελεί πραγματικά σημαντικό σημείο. Η προσφεύγουσα μπόρεσε πάντως να παρατηρήσει επ' αυτού, ότι κάτι ανάλογο συναντάται σε πολλές άλλες επιχειρήσεις, ότι αυτές οι υπηρεσίες της έχουν πολύ μικρή έκταση και ότι — αυτό αποδείχτηκε με εσωτερικά έγγραφα — δεν έχουν σχεδόν καμία σημασία για τους αγοραστές.

Ανοιχτό μπορεί επίσης να μείνει το ζήτημα σχετικά με την αντίρρηση της προσφεύγουσας ότι υπάρχουν πολλές εφευρέσεις μεθόδων παραγωγής βιταμινών και ότι σημαντικές μέθοδοι παραγωγής για πέντε άλλες βιταμίνες βρίσκονται στα χέρια άλλων επιχειρήσεων. Εδώ πρόκειται στην ουσία μόνο για συγκεκριμένες βιταμίνες και γι' αυτές (A, B_1, B_2, B_3, B_6, E και H) δεν αμφισβητείται ότι η προσφεύγουσα εργάστηκε ουσιαστικά ως πρωτοπόρος και είχε τεράστια επιτυχία στην αγορά. Υπό αυτές όμως τις συνθήκες δεν αποτελεί απλή εικασία η διαπίστωση της Επιτροπής ότι η προσφεύγουσα, χάρη στη μακροχρόνια πείρα στην παραγωγή μεγάλων ποσοτήτων, είναι σε θέση να προσφέρει καλύτερη ποιότητα και πρώτης τάξεως υπηρεσίες προς τους πελάτες, καθώς και τις αντίστοιχες τεχνικές συμβουλές. Επ' αυτού άλλωστε μπορεί να γίνει αναφορά όχι μόνο στην πείρα της προσφεύγουσας στη βιομηχανική χρησιμοποίηση βιταμινών κατά την παραγωγή ειδών διατροφής και ζωοτροφών, αλλά και σε δηλώσεις της προσφεύγουσας στα δημοσιεύματά της, όπου γίνεται για παράδειγμα λόγος για «improvement of manufacturing methods» όταν τονίζεται η τεχνογνωσία της (know-how) ή σημειώνεται ότι η προσφεύγουσα μπόρεσε να επιβληθεί στην αγορά ανοίγοντας νέους τομείς εφαρμογής. Αυτό χωρίς αμφιβολία αρκεί για να γίνει δεκτό το τεχνολογικό της προβάδισμα.

ββ) Όσον αφορά τη διαπίστωση της Επιτροπής για το δίκτυο διανομής προϊόντων της προσφεύγουσας, δεν αμφισβητείται ότι η προσφεύγουσα διαθέτει εξαιρετικό σύστημα διανομής. Στα περισσότερα κράτη μέλη η παραγωγή βιταμινών επιτυγχάνεται

με θυγατρικές εταιρίες. Εκεί διατηρούνται — κοντά στους πελάτες — αποθηκευμένες νωπές βιταμίνες και εξασφαλίζεται η εξυπηρέτηση των πελατών, πράγμα το οποίο άλλωστε επικαλείται η ίδια η προσφεύγουσα στα δημοσιεύματά της.

Κατά τη διαδικασία η προσφεύγουσα ισχυρίστηκε μόνο ότι δύο μεγάλοι ανταγωνιστές (η BASF και AEC) διέθεταν ακόμη πυκνότερο δίκτυο διανομής και είχαν τουλάχιστον στον τομέα των ζωοτροφών καλύτερη πρόσβαση στους αγοραστές, διότι διέθεταν σύστημα πωλήσεων για λιπάσματα και παρασιτοκτόνα. Εκτός αυτού, είναι σημαντικό ότι σχεδόν όλες οι βιταμίνες μπορούν να αποθηκευτούν για μεγάλο χρονικό διάστημα.

Έχω εντούτοις την εντύπωση ότι κατ' αυτόν τον τρόπο δεν είναι δυνατό να χαθεί η αξία ή να μειωθεί ουσιαστικά το βάρος των σκέψεων που προβάλλει η Επιτροπή. Γι' αυτό δεν είναι οπωσδήποτε αρκετή η αναφορά στο σύστημα πωλήσεων δύο ανταγωνιστών, των οποίων οι πωλήσεις βιταμινών υστερούν κατά πολύ σε σχέση με αυτές της προσφεύγουσας και για τους οποίους άλλωστε, αντίθετα απ' ό,τι για την προσφεύγουσα, δεν μπορεί να λεχθεί ότι ειδικεύονται σε βιταμίνες.

ε) Τέλος, η Επιτροπή στην απόφασή της αναφέρθηκε στις δυσκολίες προσβάσεως στις αγορές βιταμινών, οι οποίες συνδέονται με την ανάγκη σημαντικών ειδικών επενδύσεων και μακροπρόθεσμου προγραμματισμού της παραγωγικής δυναμικότητας. Από αυτό συνάγεται ότι «ήδη» η εμφάνιση νέων ανταγωνιστών δεν θα μπορούσε να μεταβάλει αξιοσημείωτα τη θέση της προσφεύγουσας.

Και ως προς αυτό δημιουργείται η εντύπωση ότι η βάση της διαπιστώσεως της Επιτροπής δεν θα μπορούσε να αμφισβητηθεί. Επειδή για κάθε βιταμίνη απαιτούνται ιδιαίτερες εγκαταστάσεις και η ικανότητα των εργοστασίων εξαρτάται από τις ανάγκες, όπως αυτές διαγράφονται μακροπρόθεσμα, για τη δημιουργία νέων εγκαταστάσεων — όσον αφορά τις επενδύσεις διευρύνσεως μπορεί να ισχύει κάτι άλλο — απαιτούνται οπωσδήποτε μεγάλα ποσά, τα οποία μπορούν να συγκεντρωθούν μόνο από ισχυρές επιχειρήσεις, ιδίως της βαριάς χημικής βιομηχανίας. Από το σχεδιασμό μέχρι την παραγωγή συμπεριλαμβανομένης της περιόδου ενάρξεως και δοκιμασίας, διαρρέει κατά κανόνα πολύς χρόνος, όπως ακριβώς φαίνεται καθαρά από το παράδειγμα εισόδου στην αγορά της BASF. Γι' αυτό δεν είναι εσφαλμένο να δεχτεί κανείς ότι δεν μπορεί να υπολογίζει σε σημαντική μεταβολή των σχέσεων παραγωγής και αγοράς σε σύντομο χρονικό διάστημα, όσον αφορά συγκεκριμένα ολόκληρο το φάσμα των βιταμινών. Υπέρ αυτού συνηγορεί εκτός των άλλων και το γεγονός ότι η BASF και η AEC περιορίζονται στην παραγωγή μερικών μόνον βιταμινών και ότι η Hoechst έχει ξεπεράσει το πειραματικό στάδιο. Η ίδια η προσφεύγουσα κατά την ακρόασή της από την Επιτροπή δήλωσε ότι η βαριά χημική βιομηχανία ενδιαφέρεται περισσότερο για άλλους κλάδους παραγωγής· δεν αμφισβητείται περαιτέρω ότι παγκοσμίως υφίσταται υπερδυναμικότητα παραγωγής βιταμινών. Από την άλλη πλευρά, τα παραδείγματα που φέρει η προσφεύγουσα για επικείμενη διεύρυνση των δυνατοτήτων παραγωγής (προσφυγή σ. 59) δεν μπορεί να έχουν αποφασιστικό βάρος, διότι προφανώς αναφέρονται προπαντός σε χώρες εκτός της Κοινότητος και σε βιταμίνες άλλες από αυτές που ενδιαφέρουν την προκειμένη περίπτωση. Άλλωστε, η επίδρασή τους δεν θα γίνει αισθητή παρά στο μέλλον και επομένως δεν μπορούν να επηρεάσουν την εκτίμηση της ισχύος της προσφεύγουσας στην αγορά κατά τη διάρκεια του αποφασιστικού για την προκειμένη περίπτωση χρονικού διαστήματος.

στ) Στο τέλος του κεφαλαίου αυτού καταλήγω λοιπόν στο συμπέρασμα ότι οι πρόσθετες παρατηρήσεις της Επιτροπής — όσον αφορά την ισχύ της προσφεύγουσας στην αγορά — είναι πολύ σημαντικές. Αυτό αρκεί για την αναγνώριση της ορθότητας της γνώμης που σχημάτισε η Επιτροπή, στο μέτρο που πρόκειται για βιταμίνες με πολύ υψηλό ποσοστό συμμετοχής στην αγορά, όπως είναι οι βιταμίνες B_2, B_6, Η και C καθώς και η βιταμίνη Ε, για ορισμένα τμήματα του χρονικού διαστήματος που ενδιαφέρει την προκειμένη περίπτωση.

6. Επειδή όμως η εξέταση των μεριδίων αγοράς σε ορισμένους τομείς (βιταμίνη Α και εν μέρει βιταμίνη Ε· η βιταμίνη B_3 μπορεί να μην εξεταστεί για άλλους λόγους) οδήγησε μόνο σε αριθμούς που βρίσκονται στα όρια των σημαντικών μεγεθών και επειδή στο μέτρο αυτό στην προαναφερθείσα απόφαση για τις μπανάνες διεξήχθησαν λεπτομερείς πρόσθετες έρευνες παντός είδους, θα εξετάσω τώρα και τις απόψεις που προβάλλει η προσφεύγουσα για να δικαιολογήσει αμφιβολίες για την ισχύ της στην αγορά.

α) Ως προς αυτό για την προσφεύγουσα προέχουν σκέψεις που αφορούν τα αποτελέσματα και τη συμπεριφορά στην αγορά, ιδίως την εξέλιξη των τιμών στις αγορές που μας ενδιαφέρουν. Είναι σαφές ότι της λείπει η δύναμη καθορισμού των τιμών· δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να καθορίζει τις τιμές των βιταμινών κατά βούληση, αλλά πρέπει να προσανατολίζεται στις τιμές της αγοράς. Είναι ιδιαίτερα αξιοσημείωτο, ότι για τις βιταμίνες επήλθαν εν μέρει σημαντικές πτώσεις των τιμών, και μάλιστα παρά τη γενική αύξηση του κόστους και την αύξηση της ζητήσεως.

αα) Γεννώνται έτσι ήδη αμφιβολίες για την ορθότητα της απόψεως ότι σύμφωνα με τη Συνθήκη ΕΟΚ μπορεί να γίνει δεκτή η ύπαρξη δεσποζούσης θέσεως μόνον όταν υπάρχει δύναμη καθορισμού τιμών. Ακόμη και η παραπομπή στη Συνθήκη ΕΚΑΧ και στην επ' αυτής νομολογία (υπόθεση 13/60, Ruhrkohlen Verkaufsgesellschaft «Geitling», «Mausegatt» και «Präsident» κατά Ανωτάτης Αρχής της ΕΚΑΧ, απόφαση της 18ης Μαΐου 1962, Slg. 1962, σ. 177) δεν μπορεί να στηρίξει την άποψη αυτή. Αντίθετα, μου φαίνεται σημαντική η διαπίστωση της προαναφερθείσας αποφάσεως για τις μπανάνες ότι δεν είναι αποφασιστικά τα ζητήματα της αποδοτικότητας και της δύναμης καθορισμού των τιμών και ότι η ύπαρξη ανταγωνισμού δεν αποκλείει την αποδοχή δεσποζούσης θέσεως, όταν υπάρχουν άλλες επαρκώς ισχυρές ενδείξεις γι' αυτό. Εν πάση περιπτώσει δεν πρέπει να ενδιαφέρει η δύναμη καθορισμού των τιμών όταν πρόκειται, όπως εδώ, για περίπτωση καταχρήσεως που δεν αναφέρεται στον τομέα διαμορφώσεως των τιμών, αλλά στην εδραίωση της δομής του ανταγωνισμού και στην είσοδο άλλων ανταγωνιστών στην αγορά.

ββ) Αν όμως θελήσει κανείς να συνεξετάσει και την εξέλιξη των τιμών, πρέπει κατ' αρχήν να τονιστεί ότι δεν θα ήταν ενδεδειγμένο να περιοριστεί στους πίνακες που βρίσκονται στην προσφυγή, που υποτίθεται ότι αντικατοπτρίζουν τις τάσεις στην παγκόσμια αγορά όσον αφορά τις ποσότητες και τις τιμές. Αυτοί έχουν μικρή αξία στην προκειμένη περίπτωση, όχι μόνο διότι πρόκειται μόνο για «τάσεις» (trends) αλλά και διότι η επιλογή διαφορετικών δεικτών για τιμές και ποσότητες οδηγεί σε εσφαλμένη εικόνα. Ενδιαφέρον είναι πάντως ότι και από τους πίνακες αυτούς προκύπτουν άνοδοι των τιμών. Αυτό ισχύει για το χρονικό διάστημα από 1970-1974 για τις βιταμίνες C και B_2, ενώ για τις βιταμίνες Α, B_6, Ε και B_3 παρατηρούνται άνοδοι των τιμών τουλάχιστον κατά τα έτη 1972-1974.

γγ) Αν περιοριστεί κανείς στους άλλους πίνακες που προσκομίστηκαν στη διαδικασία, οι οποίοι καταρτίστηκαν με βάση τις

μέσες τιμές στην Κοινότητα για τις μορφές πωλήσεων που αποτελούν το 70% περίπου των πωλήσεων, διαπιστώνει τα εξής για κάθε βιταμίνη:

Για τη βιταμίνη A οι τιμές έπεσαν από το 1970 έως το 1972, για να ανέβουν έπειτα και πάλι και να φθάσουν κατά τό έτος 1974 σχεδόν στο επίπεδο του 1971. Για τη βιταμίνη E οι τιμές έπεσαν επίσης από το 1970 έως το 1972, έπειτα όμως ανέβηκαν και πάλι και το 1974 είχαν υπερβεί το επίπεδο του 1971. Για τη βιταμίνη C — εδώ ως αφετηρία λαμβάνονται οι τιμές του έτους 1971 — οι τιμές ανέβηκαν από το 1971 έως το 1972, έπειτα έπεσαν έως το 1973, και τελικά υπερέβησαν και πάλι το επίπεδο του 1971. Για τη βιταμίνη B_2 οι τιμές ανέβηκαν πολύ από το 1970 έως το 1971, έπειτα έπεσαν λίγο, όχι όμως ώς το επίπεδο του 1970, και ακόμη το 1974 βρίσκονταν σε επίπεδο το οποίο υπερέβαινε σημαντικά, δηλαδή περίπου κατά 50%, αυτό του 1970. Για τη βιταμίνη B_6 οι τιμές έπεσαν από το 1970 έως το 1972, έπειτα όμως ανέβηκαν και πάλι και το 1974 υπερέβαιναν ακόμη το επίπεδο του 1970 κατά 6%. Για τη βιταμίνη H οι τιμές έπεσαν λίγο από το 1970 έως το 1971, έπειτα ανέβηκαν και πάλι λίγο κατά το έτος 1972, και τελικά έπεσαν και πάλι. Τέλος, για τη βιταμίνη B_3, όπου μπορεί να γίνει λόγος για δεσπόζουσα θέση της προσφεύγουσας μόνο για το έτος 1974, οι τιμές ανέβηκαν σαφώς από το 1973 έως το 1974, έπεσαν όμως έπειτα και πάλι σημαντικά.

Από την παράθεση αυτή προκύπτει κατ' αρχήν ότι η εξέλιξη των τιμών δεν ήταν καθόλου ενιαία και μάλιστα ούτε σε αγορές, για τις οποίες η προσφεύγουσα — όπως για τις βιταμίνες A, E και B_3 — ανέφερε ιδιαίτερα επιθετικούς ανταγωνιστές.

Εκτός αυτού, είναι επίσης σημαντικό να συνυπολογιστεί στην έρευνα η εξέλιξη των μεριδίων αγοράς, της παραγωγής και του κύκλου εργασιών της προσφεύγουσας. Για τα μερίδια αγοράς είναι ήδη γνωστό ότι εν μέρει δεν γνώρισαν σχεδόν καμία μεταβολή (βιταμίνη A και C), εν μέρει μάλιστα αυξήθηκαν (βιταμίνη B_3 και B_6) ή ότι παρατηρούνται εν πάση περιπτώσει καποιες μειώσεις, καθόλου εντυπωσιακές (όπως για τη βιταμίνη E κατά το έτος 1974, κατά το οποίο σημειώνεται άνοδος των τιμών, για τη βιταμίνη B_2 κατά το έτος 1973 και για τη βιταμίνη H, αν συγκριθούν τα έτη 1970 και 1974).

Ακόμη πιο ενδιαφέρουσα είναι η εξέλιξη των ποσοτήτων που πωλήθησαν και των αριθμών κύκλου εργασιών της προσφεύγουσας στην Κοινή Αγορά κατά το επίδικο χρονικό διάστημα. Η πωληθείσα ποσότητα αυξήθηκε σαφώς κατά τα έτη 1970 και 1974 για τη βιταμίνη A (43%), για τη βιταμίνη E (150%), για τη βιταμίνη C (54%), για τη βιταμίνη B_2 (33%), για τη βιταμίνη B_6 (100%), για τη βιταμίνη H (186%) και για τη βιταμίνη B_3 (25%). Σύμφωνα με τις παρατηρήσεις της Επιτροπής που δεν αμφισβητήθηκαν (βλέπε τη θέση της επί της απαντήσεως της προσφεύγουσας στο ερωτηματολόγιο του Δικαστηρίου, σ. 9) οι εκφρασμένες σε αξία πωλήσεις βιταμινών A και E, για τις οποίες διατυπώθηκε ο ισχυρισμός ότι υπήρχε ιδιαίτερα έντονος ανταγωνισμός, μπόρεσαν να αυξηθούν σε όλα τα κράτη μέλη κατά τα έτη 1972-1974. Βάσει των στοιχείων αυτών — αξιοσημείωτη είναι, για παράδειγμα, η αύξηση του μεριδίου αγοράς για τη βιταμίνη B_6 με σύγχρονη πτώση των τιμών και ενώ υπήρχε δήθεν πρόσκαιρη έλλειψη· παρόμοια είναι η κατάσταση και όσον αφορά τη βιταμίνη E — δεν μπορεί πράγματι να αποκλειστεί ότι η ίδια η προσφεύγουσα συνέβαλε στην εξέλιξη των τιμών με σκοπό τη διεύρυνση των πωλήσεων, δηλαδή ότι η εξέλιξη αυτή δεν οφείλεται μόνο στον ανταγωνισμό· ως προς αυτό μπορεί κανείς, όσον αφορά για παράδειγμα την είσοδο της BASF στην αγορά βιταμίνης A, να παραπέμψει σε μια πληροφορία της διοικήσεως της προσφεύγουσας από το 1970. Εν πάση

περιπτώσει δεν συνάγεται σε καμία περίπτωση από τη διαγραφόμενη κατάσταση της αγοράς και του ανταγωνισμού ότι η προσφεύγουσα δεν βρέθηκε σε δεσπόζουσα θέση, παρόλο που υπεράσπισε με επιτυχία τα μερίδιά της αγοράς.

β) Περαιτέρω, η προσφεύγουσα παραπέμπει στο δυνατό ανταγωνισμό, τον οποίο δεν έλαβε υπόψη της η Επιτροπή, παρόλο που χαρακτηρίστηκε ως σημαντικός στην απόφαση Continental Can (υπόθεση 6/72, απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 1973, Slg. 1973, σ. 215). Ακόμη και ένας τέτοιος ανταγωνισμός θα μπορούσε να ασκήσει πίεση στην αγορά, ώστε να μην υφίσταται δεσπόζουσα θέση, παρά τα υψηλά μερίδια αγοράς.

Κατά τη γνώμη μου, ακόμη και αυτή η σκέψη και τα επιμέρους επιχειρήματά της δύσκολα μπορούν να κλονίσουν τη διαπίστωση της Επιτροπής.

Έτσι, είναι σημαντικό ότι η μη χρησιμοποιούμενη δυναμικότητα της βιομηχανίας ζυμώσεων, που εντοπίζεται προπαντός στις Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής, όσον αφορά την αγορά της βιταμίνης B_2, δεν επηρέασε προφανώς καθόλου την εξέλιξη των τιμών, διότι ακριβώς για τη βιταμίνη B_2 παρατηρείται μεταξύ 1970 και 1974 άνοδος των τιμών κατά 50%.

Δεν προσκομίστηκαν ακριβέστερα στοιχεία για την παγκοσμίως υφισταμένη υπερδυναμικότητα παραγωγής βιταμινών. Εκτός αυτού — αν υποτεθεί ότι είχε συνέπειες για τη συμπεριφορά και τα αποτελέσματα στην αγορά —, πρέπει να παρατηρηθεί ότι εν πάση περιπτώσει η προσφεύγουσα μπόρεσε να διατηρήσει τη θέση της στις αγορές βιταμινών που ενδιαφέρουν την προκειμένη περίπτωση για πολλά χρόνια.

Όσον αφορά τη δυνατότητα μεγάλων χημικών συμπράξεων να αναλάβουν οποιαδήποτε στιγμή την παραγωγή βιταμινών, στο μέτρο που δεν κατασκευάζουν ήδη βιταμίνες, είναι τέλος ενδιαφέρον ότι αυτό μέχρι στιγμής συνέβη μόνο σε λίγες αγορές, χωρίς να κλονίσει τη θέση της προσφεύγουσας. Σ' αυτό μπορεί να έπαιξαν ρόλο η ήδη αναφερθείσα υπερδυναμικότητα παραγωγής, καθώς και η διαπίστωση, κατά τη διαδικασία, ότι τα συμφέροντα αυτών των συμπράξεων έχουν κατά βάση άλλη κατεύθυνση. Εν πάση περιπτώσει μου φαίνεται τελείως απίθανο ότι μπόρεσε κατ' αυτό τον τρόπο να ασκηθεί αποτελεσματικά πίεση στις τιμές της αγοράς — κυρίως διότι η πραγματοποίηση προγραμμάτων επενδύσεων απαιτεί πολύ χρόνο — ώστε να δικαιολογείται η διαπίστωση, ότι η προσφεύγουσα δεν διαθέτει προέχουσα επιρροή στην αγορά, παρά τα σημαντικά μερίδιά της σ' αυτήν.

γ) Σημασία έχει επίσης να ληφθεί υπόψη σε ποια φάση βρίσκεται η υπό εξέταση αγορά. Για τις αγορές βιταμινών είναι χαρακτηριστικό ότι παρατηρείται από πολλά χρόνια πολύ μεγάλη ανάπτυξη, η οποία διαρκεί ακόμη. Σε μια τέτοια όμως κατάσταση τα υψηλά μερίδια αγοράς θα είχαν μικρότερη σημασία απ' ό,τι σε μια στάσιμη αγορά, διότι η αγορά είναι επαρκώς ανοιχτή για όλους τους ενδιαφερομένους και προσφέρει αρκετά περιθώρια δράσεως για όλους τους συμμετέχοντες σ' αυτή.

Η σκέψη αυτή δεν είναι τελείως αδικαιολόγητη, ακόμη και αν για τις βιταμίνες, εκτός από τη βιοτίνη, μπορεί περισσότερο να γίνει λόγος για φάση ωριμότητας, διότι η τεχνητή παραγωγή τους διενεργείται από πολύ καιρό με επιτυχία. Αυτό όμως δεν δικαιολογεί, τελικά, την άρνηση της υπάρξεως στην προκειμένη περίπτωση δεσποζούσης θέσεως της προσφεύγουσας στην αγορά.

Αποφασιστική γι' αυτό δεν είναι, κατά τη γνώμη μου, η δυνατότητα αποκλεισμού ή σημαντικής παρεμποδίσεως της εισόδου άλλων ανταγωνιστών στην αγορά. Ακόμη και αν άλλοι παραγωγοί είναι σε θέση να εδραιωθούν στην αγορά, αποφασιστικό είναι, αντίθετα, ότι η προσφεύγουσα μπόρεσε να διαφυλάξει την προέχουσα θέση της σε μια έντονα αναπτυσσόμενη αγορά για πολλά χρόνια και αντιμετώπισε με επιτυχία τον ανταγωνισμό των νεοεμφανιζομένων, πράγμα στο οποίο είναι πολύ πιθανόν να συνέβαλαν οι συμβάσεις αποκλειστικότητας που θα κριθούν στη συνέχεια.

Όσον αφορά ειδικότερα τη βιοτίνη, είναι σωστό ότι η αγορά δεν αναπτύχθηκε παρά πρόσφατα. Από τα έγγραφα που προσκόμισε η προσφεύγουσα προκύπτει ότι η παραγωγή της άρχισε στο τέλος της δεκαετίας του '40, η πώληση στα μέσα της δεκαετίας του '50 και ότι μόλις πριν από μερικά χρόνια εμφανίστηκε πρόσθετα μια σειρά Ιαπώνων ανταγωνιστών στην αγορά. Στο μέτρο αυτό, και ανεξάρτητα από το γεγονός ότι ο κύκλος εργασιών όλων όσων συμμετέχουν στην αγορά αυξάνεται πολύ, θα θεωρούσα αποφασιστικό ότι η προσφεύγουσα μπόρεσε σχεδόν να διατηρήσει την αρχική μονοπωλιακή της θέση, αφού διαθέτει ακόμη, μετά από τέσσερα χρόνια ανταγωνισμού, μερίδιο αγοράς 93%. Σ' αυτό πρέπει να συνέβαλε το ότι αντέδρασε στην είσοδο των ανταγωνιστών στην αγορά με συμβάσεις υπέρ πιστών πελατών (fidelity contracts)· ως προς αυτό φαίνεται εξάλλου να έπαιξε ρόλο ότι τα προϊόντα της προσφεύγουσας έχουν πλεονεκτήματα που λείπουν από τα προϊόντα των ανταγωνιστών — ως προς αυτό παραπέμπω στις σημειώσεις που παρατίθενται ως παράρτημα 7 της προσφυγής και αφορούν ένα European Bulk Managers Meeting.

δ) Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται — παραπέμποντας μεταξύ άλλων στο άρθρο 22 του γερμανικού νόμου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού — ότι κατά την εκτίμηση της θέσεως στην αγορά πρέπει να ληφθεί υπόψη και η πρόσβαση στις αγορές εφοδιασμού, πράγμα το οποίο η Επιτροπή επίσης παρέλειψε. Από την άποψη αυτή είναι χαρακτηριστικό ότι οι κύριοι ανταγωνιστές της προσφεύγουσας, μεγάλες χημικές επιχειρήσεις, παράγουν οι ίδιοι χημικές πρώτες ύλες και ενδιάμεσα προϊόντα για την παραγωγή βιταμινών, ενώ η προσφεύγουσα εξαρτάται σχεδόν ολοκληρωτικά από τρίτους όσον αφορά τις πρώτες ύλες, και μερικές από αυτές υποχρεούται μάλιστα να τις προμηθεύεται από ανταγωνιστές. Έτσι προμηθεύεται πρώτες ύλες για την παραγωγή της βιταμίνης B_6 σε μεγάλη έκταση από την BASF, τη Hoechst και μια επιχείρηση της συμπράξεως AEC, πρώτες ύλες για την παραγωγή της βιταμίνης A σε μεγάλη έκταση από την BASF και πρώτες ύλες για την παραγωγή της βιταμίνης E στο μέλλον σε μεγάλη έκταση από την BASF. Εκτός αυτού, πρώτες ύλες για την παραγωγή της βιταμίνης C προέρχονται από μία γαλλική επιχείρηση που συνδέεται στενά με τη σύμπραξη AEC, καθώς και από μία αμερικανική επιχείρηση.

Από προσεκτικότερη εξέταση προκύπτει πράγματι ότι ούτε αυτό το στοιχείο δεν μπορεί να έχει αποφασιστική σημασία στην προκειμένη περίπτωση.

Σημασία έχει ότι δεν πρόκειται για ύλες που βρίσκονται μόνο σε περιορισμένες ποσότητες στη φύση, αλλά για προϊόντα που μπορούν να παραχθούν κατά βούληση. Πρόσβαση σ' αυτά δεν έχει μόνο όποιος τα παράγει μόνος του — όπως προφανώς θα μπορούσε να πράττει η ίδια η προσφεύγουσα ως χημική επιχείρηση — αλλά όποιος μπορεί να τα προμηθεύεται στην αγορά χωρίς δυσκολίες. Δεν υποστηρίχτηκε όμως κατά τη διαδικασία ότι η προσφεύγουσα συναντά τέτοιες δυσκολίες.

Όσον αφορά τις σχέσεις της προσφεύγουσας με μερικούς από τους ανταγωνιστές της, από τη διαδικασία προέκυψε ότι οι παραγωγοί πρώτων υλών για τη βιταμίνη B_6 δεν κατασκευάζουν οι ίδιοι τη βιταμίνη αυτή και ότι ούτε η Hoechst, παραγωγός της πρώτης ύλης για τη βιταμίνη Α, παράγει η ίδια τη βιταμίνη αυτή. Μόνο για τη βιταμίνη Α μπορεί να γίνει λόγος για σχέση ανταγωνισμού, διότι η προμήθεια πρώτων υλών για τη βιταμίνη αυτή γίνεται από την BASF και η BASF παράγει η ίδια βιταμίνη Α. Όμως μόνο το γεγονός αυτό, χωρίς περαιτέρω εξέταση κάποιων προβλημάτων προμηθείας, ασφαλώς δεν δικαιολογεί, στην περίπτωση της προσφεύγουσας, να αμφισβητηθεί τελικά η δεσπόζουσα θέση της στην αγορά, υπέρ της οποίας πολλά συνηγορούν σε σχέση με τη βιταμίνη Α.

7. Σύμφωνα με αυτά πρέπει να γίνει δεκτό ότι ορθά η Επιτροπή στην προσβαλλόμενη απόφαση αναγνώρισε την ύπαρξη δεσποζούσης θέσεως της προσφεύγουσας στην αγορά για τις βιταμίνες Α, B_2, B_6, C, Ε και Η. Διαφορετική κρίση δεν δικαιολογείται παρά μόνο για τη βιταμίνη B_3. Βέβαια και για το προϊόν αυτό η προσφεύγουσα διέθετε το 1974 μερίδιο αγοράς μεγέθους σημαντικού για το άρθρο 86. Αυτή η επιμέρους αγορά δεν θα έπρεπε να ληφθεί υπόψη, λόγω του μεγέθους των μεριδίων αγοράς των ανταγωνιστών και της εξελίξεως των τιμών για τη βιταμίνη αυτή, ιδίως όμως διότι οι συμβάσεις που ενδιαφέρουν την προκειμένη περίπτωση συνήφθησαν το αργότερο το 1973.

III — Πρέπει περαιτέρω να εξεταστεί αν η προσφεύγουσα πράγματι καταχράστηκε τη δεσπόζουσα θέση της.

Η Επιτροπή θεωρεί τέτοια κατάχρηση τη σύναψη 26 συμβάσεων με 22 αγοραστές της προσφεύγουσας, μεταξύ των ετών 1963 και 1973. Οι συμβάσεις αυτές οδηγούσαν με διάφορους τρόπους στο αποτέλεσμα να εξαρτώνται οι αγοραστές από τη Roche όσον αφορά τον εφοδιασμό μεμονωμένων βιταμινών ή όλων των βιταμινών που χρειάζονταν οι διάφοροι πελάτες. Εκτός αυτού, προσέφεραν στους πελάτες διάφορα πλεονεκτήματα, όχι ανάλογα της εξοικονομήσεως κόστους της Roche. Επειδή με τον τρόπο αυτό περιορίζεται η ελευθερία επιλογής των αγοραστών και ο ανταγωνισμός μεταξύ παραγωγών βιταμινών, παρεμποδίζεται δε η πρόσβαση άλλων παραγωγών προς τους αγοραστές αυτούς, θα μπορούσε να γίνει λόγος για προσβολή της αρχής του άρθρου 3 στ της Συνθήκης ΕΟΚ, σύμφωνα με το οποίο πρέπει να εξασφαλίζεται ο ανόθευτος ανταγωνισμός. Εξάλλου, παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως κατά την έννοια του άρθρου 86, δεύτερη παράγραφος, στοιχείο γ.

Επ' αυτού η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν μπορεί να γίνει λόγος για ενιαίο σύστημα πωλήσεων· ιδίως οι συμφωνίες με την Unilever και τη Merck παρουσιάζουν χαρακτηριστικά που δικαιολογούν ιδιαίτερη εξέταση. Σημαντικό είναι περαιτέρω ότι οι συμβάσεις δεν συνήφθησαν βάσει δεσποζούσης θέσεως στην αγορά, δηλαδή δεν συνδέονται με θέση ισχύος, και εκτός αυτού θεωρούνται συνήθεις στις συναλλαγές. Τουλάχιστον κατά την αξιολόγησή τους ενδείκνυται να χωρήσει στάθμιση συμφερόντων και ιδίως να ληφθεί υπόψη ότι η καλούμενη αγγλική ρήτρα που περιέχεται στις συμβάσεις άφησε αρκετό περιθώριο στον ανταγωνισμό. Όσον αφορά τις διαφορές που έλαβε υπόψη της η Επιτροπή, δικαιολογούνται τουλάχιστον εν μέρει, λόγω των διαφορετικών δαπανών στις οποίες υποβλήθηκε η Roche. Σε καμία περίπτωση δεν είχαν έκταση που να μπορεί να βλάψει την ικανότητα ανταγωνισμού των αγοραστών. Τέλος, πρέπει να ληφθούν υπόψη και οι επιπτώσεις των συμβάσεων στην αγορά. Αν αφήσει κανείς κατά μέρος τις συμφω-

νίες, των οποίων ο χαρακτηρισμός δεν γεννά προβλήματα, σε καμιά περίπτωση δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι ο ανταγωνισμός και το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών υπέστησαν αισθητή βλάβη.

1. Αρχίζω την κρίση της διαφωνίας αυτής με την εξέταση μερικών γενικών επιχειρημάτων που προέβαλε η προσφεύγουσα.

α) Έτσι, έχει οπωσδήποτε δίκιο η προσφεύγουσα να αντιδρά όταν γίνεται λόγος για ενιαίο σύστημα των συμβάσεων. Πράγματι ήδη από μία επιφανειακή ανάλυση των συμβάσεων προκύπτει μεγάλη πολυμορφία, όσον αφορά το καθ' ύλην και κατά τόπον πεδίο εφαρμογής, το χρονικό σημείο συνάψεως, τη διάρκεια και την υπόλοιπη διαμόρφωση του περιεχομένου τους. Για τη νομική εκτίμηση όμως αυτό δεν έχει, κατά τη γνώμη μου, αποφασιστική σημασία. Σε μια περίπτωση σαν την προκειμένη, το άρθρο 86 δεν προϋποθέτει να αποτελούν οι προθεσμίες παραδόσεως έκφραση ενιαίας αντιλήψεως και να σχηματίζουν στο σύνολό τους ένα αδιαίρετο σύστημα. Σημασία έχει μόνο αν οι συνέπειες που, σύμφωνα με το γράμμα τους, υπολογίζεται ότι θα έχουν οι συμβάσεις μπορούν στο σύνολό τους να καταταγούν στην κατηγορία καταχρήσεως, για την οποία πρόκειται. Αυτό θα εξεταστεί στη συνέχεια λεπτομερώς. Τώρα θέλω μόνο να προσθέσω ακόμη ότι πράγματι δεν σφάλλει η Επιτροπή τονίζοντας ότι διακρίνεται στις συμβάσεις μία κυριαρχική, βασική σκέψη, και συγκεκριμένα η σκέψη της διατηρήσεως των μεριδίων αγοράς και της προστασίας κατά του ανεπιθύμητου ανταγωνισμού. Ως προς αυτό μπορεί να γίνει παραπομπή σε εσωτερικά έγγραφα της προσφεύγουσας, τα οποία η ίδια προσκόμισε κατά τη διαδικασία, δηλαδή σε μια εγκύκλιο της 8ης Μαΐου 1971, σε διοικητικές πληροφορίες και σχετικά παραρτήματα καθώς και σε σημειώσεις για ένα European Bulk Managers Meeting.

β) Όσον αφορά τον περαιτέρω ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι συμβάσεις σαν αυτές είναι συνήθεις στις συναλλαγές, αρκούν δύο παρατηρήσεις.

Κατ' αρχήν αυτό δεν έχει ουδόλως αποδειχθεί για την αγορά βιταμινών. Γι' αυτό δεν αρκούν οπωσδήποτε ορισμένα παραδείγματα, για τα οποία έγινε λόγος κατά τη διαδικασία. Εξάλλου, και αν υποτεθεί ότι τέτοιες συμβάσεις είναι πολύ διαδεδομένες, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι αυτό που είναι επιτρεπτό για επιχειρήσεις που βρίσκονται σε κατάσταση ανταγωνισμού ισχύει επίσης για επιχειρήσεις που κατέχουν δεσπόζουσα θέση. Στην πρώτη περίπτωση οι όροι εφοδιασμού περιορίζουν πράγματι σε κάποιο βαθμό τον υπάρχοντα ανταγωνισμό. Στη δεύτερη περίπτωση, αντίθετα, μία επιχείρηση έχει τη δυνατότητα να εμποδίσει τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό και να ισχυροποιήσει έτσι τις σχέσεις προμηθευτών και πελατών, με αποτέλεσμα την εδραίωση και ενίσχυση υφισταμένων θέσεων στην αγορά, που γεννούν σκέψεις.

γ) Δεν μπορεί περαιτέρω να γίνει δεκτή η άποψη της προσφεύγουσας ότι η αποδοκιμαζόμενη από το άρθρο 86 συμπεριφορά της επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά πρέπει να μπορεί να χαρακτηριστεί ως «συνδεόμενη με θέση ισχύος» (machtbedingt). Η προσφεύγουσα τονίζει ότι αυτό δεν συμβαίνει στην προκειμένη περίπτωση, διότι η σύναψη των συμβάσεων δεν ήταν αποτέλεσμα της ισχύος της προσφεύγουσας στην αγορά· ιδίως η αγγλική ρήτρα δεν επιβλήθηκε στους αγοραστές, αλλά πολλές φορές οφείλεται στη δύναμη ζητήσεως των αγοραστών.

Η έννοια «κατάχρηση» μπορεί πράγματι να έχει αυτό το περιεχόμενο σε μερικές από τις περιπτώσεις του άρθρου 86, για παρά-

δειγμα στο μέτρο που γίνεται λόγος για επιβολή μη δικαίων τιμών (άρθρο 86, δεύτερη παράγραφος, στοιχείο α), ασφαλώς όμως δεν έχει το περιεχόμενο αυτό γενικά για όλο το άρθρο 86. Αυτό έγινε σαφές στην απόφαση επί της υποθέσεως Continental Can (υπόθεση 6/72, Europemballage Corporation και Continental Can Company Inc. κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 1973, Slg. 1973, σ. 215), η οποία αφορούσε την απόκτηση ενός σημαντικού ανταγωνιστή από μια δεσπόζουσα επιχείρηση. Στην απόφαση αυτή τονίστηκε ότι δεν είναι καθοριστική η χρησιμοποίηση της δυνάμεως στην αγορά, αλλά ότι αντίθετα μπορεί να γίνει λόγος για κατάχρηση ακόμη και όταν μία επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση επηρεάζει με τις ενέργειές της τη δομή του ανταγωνισμού. Έτσι, στο μέτρο αυτό υπάρχει κάποια ομοιότητα με την προκειμένη περίπτωση, διότι στην ουσία και εδώ πρόκειται για επιρροή στη δομή της αγοράς μέσω δεσμεύσεων των αγοραστών. Μπορεί επομένως και εδώ να τεθεί ως αφετηρία μία αντικειμενική έννοια καταχρήσεως. Πέρα απ' αυτό έχω όμως τη γνώμη ότι το ίδιο ισχύει και για την αιτίαση περί ανίσου μεταχειρίσεως των αγοραστών. Ούτε και αυτή προϋποθέτει τη χρησιμοποίηση της δυνάμεως στην αγορά, διότι αφορά μία αγορά, η οποία ως προς αυτό στερείται διαφάνειας.

2. Συνεχίζοντας την έρευνα της υποθέσεως θα ασχοληθώ κατ' αρχήν με το πραγματικό της δεσμεύσεως των αγοραστών της προσφεύγουσας. Κατά την έρευνα αυτή πρέπει πάντως — σύμφωνα με την επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας — να εξαιρεθούν οι συμβάσεις με την Unilever και τη Merck προσωρινά, διότι παρουσιάζουν δήθεν ιδιαίτερα χαρακτηριστικά που καθιστούν σε κάθε περίπτωση αναγκαία τη διαφορετική εκτίμηση.

Στις συμβάσεις απαντώνται δύο ειδών δεσμεύσεις: αφενός ρητές υποχρεώσεις εφοδιασμού, σε συνδυασμό με υποσχέσεις εκπτώσεων, και αφετέρου δεσμεύσεις που βασίζονται μόνο σε εκπτώσεις υπέρ πιστών πελατών, αν μπορεί κανείς να καλέσει έτσι συνοπτικά τα υποσχεθέντα πλεονεκτήματα.

α) Ας αρχίσουμε με τις συμβάσεις που περιέχουν ρητές υποχρεώσεις εφοδιασμού. Αυτές αφορούν το σύνολο, συγκεκριμένο ποσοστό (κυμαινόμενο μεταξύ 70 και 90%), ή το μεγαλύτερο μέρος των αναγκών του εκάστοτε αγοραστή και ισχύουν για όλες τις βιταμίνες, όλες όσες ενδιαφέρουν την προκειμένη περίπτωση ή ορισμένες βιταμίνες που αναφέρονται λεπτομερώς. Εδώ ανήκουν οι συμβάσεις με τις Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Purina και Upjohn (σύνολο των αναγκών), οι συμβάσεις με τις Cyanamid (τουλάχιστον 90% των αναγκών), Animedica (τουλάχιστον 80% των συνολικών αναγκών), Guyomarc'h (τουλάχιστον 70% των συνολικών αναγκών), καθώς και οι συμφωνίες με τις Nitrovit και Isaac Spencer (αφορούν το μεγαλύτερο μέρος των συναλλαγών).

Ως προς αυτό πρέπει ασφαλώς να συμμεριστεί κανείς την άποψη της Επιτροπής ότι τέτοιου είδους υποχρεώσεις εφοδιασμού, όταν ο προμηθευτής κατέχει δεσπόζουσα θέση, δεν συμβιβάζονται με τους κανόνες ανταγωνισμού της Συνθήκης. Στερούν από τους αγοραστές την ελευθερία επιλογής κατά την αγορά και αποκλείουν άλλους ανταγωνιστές από αυτές τις αγορές, συμβάλλουν επομένως στην εδραίωση των σχέσεων ανταγωνισμού και στην ενίσχυση της ήδη υφισταμένης δεσποζούσης θέσεως στην αγορά. Δεν υφίσταται, στο σημείο αυτό, διαφορά αν πρέπει να καλυφθεί από τη δεσπόζουσα στην αγορά επιχείρηση το σύνολο των αναγκών ή μόνον ένα μέρος αυτών, στο μέτρο τουλάχιστον που πρόκειται, όπως στην προκειμένη περίπτωση, για το μεγαλύτερο μέρος των αναγκών. Ούτε μπορεί να έχει σημασία αν περιλαμβάνο-

νται όλες οι βιταμίνες που χρειάζεται ο αγοραστής ή ορισμένες μόνον από αυτές, διότι η Roche κατέχει δεσπόζουσα θέση σε όλες τις αγορές που ενδιαφέρουν την προκειμένη περίπτωση, εκτός από αυτή της βιταμίνης B_3.

Στο σημείο αυτό γεννώνται πάντως σκέψεις, αφενός εάν έχει σημασία ότι ορισμένες συμφωνίες έχουν προθεσμία ενός έτους ή περιέχουν ρήτρες καταγγελίας, δηλαδή γεννούν δέσμευση περιορισμένη ή που μπορεί να αρθεί σε σχετικά σύντομη προθεσμία, και αφετέρου αν η ύπαρξη της αγγλικής ρήτρας μπορεί να μεταβάλει τη βασική κρίση.

αα) Κυρίως ως προς το πρώτο σημείο, αν δεν κάνω λάθος, η προσφεύγουσα έθεσε το ζήτημα της σταθμίσεως συμφερόντων. Το θεωρεί κρίσιμο βάσει της αποφάσεως GEMA της Επιτροπής (Amtsblatt 1972, L 166). Εκτός αυτού παραπέμπει σχετικά στην απόφαση επί της υποθέσεως 127/73 (Belgische Radio en Televisie και Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs κατά SV SABAM και NV Fonior, απόφαση της 21ης Μαρτίου 1974, Slg. 1974, σ. 313), στην οποία τονίζεται επί του άρθρου 86 ότι σημασία έχει εάν η αποκλειστική δέσμευση υπερβαίνει το επιτρεπόμενο όριο, πράγμα για το οποίο πρέπει να ληφθούν υπόψη τα συμφέροντα των ενδιαφερομένων, που πρέπει να βρίσκονται σε σχέση ισορροπίας. Ως προς αυτό σημασία έχει στην προκειμένη περίπτωση ότι και οι ίδιοι οι αγοραστές είχαν συμφέρον για τη σύναψη των συμβάσεων. Αυτές καθιστούν ορθολογικές τις αγορές σε συμφέρουσες τιμές και φροντίζουν για την ασφάλεια των παραδόσεων σε μια αγορά εν μέρει χαώδη, ανεξάρτητα από πρόσκαιρες ελλείψεις. Εκτός αυτού, πολλοί αγοραστές δίνουν σημασία στην εγγύηση σταθερής ποιότητας, στο μέτρο που οι προσμίξεις σπάνια μεταβάλλονται, καθώς και εκεί όπου ειδικές βιομηχανικές εγκαταστάσεις δεν επιτρέπουν μεταβολές στις αγορές. Το συμφέρον του προμηθευτή συνίσταται στο να γνωρίζει κατά τρόπο αξιόπιστο τις ποσότητες των πωλήσεων, για ένα λογικό προγραμματισμό της παραγωγής· εξάλλου, δεν μπορούν να του επιβληθούν μονομερείς υποχρεώσεις εφοδιασμού χωρίς εγγύηση αγοράς. Τέλος, τα συμφέροντα τρίτων, καθώς και τα συμφέροντα των αγοραστών, λαμβάνονται υπόψη μέσω του χρονικού περιορισμού των συμφωνιών καθώς και της αγγλικής ρήτρας, που καθιστά δυνατή τη λήψη υπόψη ευνοϊκοτέρων προσφορών τρίτων.

Όσον αφορά το πρόβλημα αυτό πρέπει να παρατηρηθεί ότι στην απόφαση 127/73 πράγματι αναφέρεται η ιδέα της σταθμίσεως συμφερόντων. Εκτός αυτού, είναι αλήθεια ότι τέτοιες σκέψεις εμφανίζονται και στη θεωρία (βλέπε Von Gamm, *Das Kartellrecht der EWG*, σ. 81, ο οποίος κάνει λόγο για την αναγκαιότητα σταθμίσεως των συμφερόντων και σύμφωνα με τον οποίο μπορεί να γίνει δεκτή η ύπαρξη καταχρήσεως μόνον εάν δικαιολογημένα συμφέροντα των ανταγωνιστών ή των καταναλωτών προσβάλλονται κατά τρόπο αντίθετο προς τα συναλλακτικά ήθη). Μπορούν όμως να γεννηθούν αμφιβολίες, αφενός εάν αυτό μπορεί να θεωρηθεί ως παγιωμένη νομική άποψη επί του άρθρου 86. Αφετέρου φαίνεται αμφίβολο αν μπορούν χωρίς άλλο να μεταφερθούν στην προκειμένη περίπτωση οι κρίσεις της εν λόγω αποφάσεως, οι οποίες αφορούν ειδικά πραγματικά περιστατικά. Εκτός αυτού, ερωτάται αν είναι πράγματι συνηθισμένο και διαδεδομένο στην αγορά βιταμινών να κάνουν μεγάλοι αγοραστές μια μόνο παραγγελία για τις ανάγκες ολοκλήρου του έτους και επομένως αν συνηγορούν για την εγκυρότητα μιας τέτοιας δεσμεύσεως σημαντικά συμφέροντα των αγοραστών. Εν πάση περιπτώσει, είναι βέβαιο ότι μικρό μόνο μέρος των αγοραστών της προσφεύγουσας συνήψε τέτοιου είδους συμβάσεις.

Σε τελευταία ανάλυση όμως το ζήτημα αυτό μπορεί να μην εξεταστεί για τους ακόλουθους λόγους.

Έτσι, για ορισμένες συμβάσεις με ρητές υποχρεώσεις εφοδιασμού, συγκεκριμένα για τις συμβάσεις με τις Guyomarc'h, Purina και Upjohn, δεν ίσχυε χρονικός περιορισμός. Επομένως, εδώ δεν θα μπορούσαν να εφαρμοστούν οι εκτεθείσες σκέψεις, οι οποίες δικαιολογούν το πολύ την αποδοχή δεσμεύσεων για σύντομο χρονικό διάστημα.

Άλλες συμβάσεις προβλέπουν πράγματι χρονικό περιορισμό ενός έτους (Isaac Spencer), συνήφθησαν για διάρκεια ενός έτους με τη δυνατότητα παρατάσεως, εάν δεν χωρήσει καταγγελία πριν την 1η Οκτωβρίου ή την 31η Οκτωβρίου (Afico, Cyanamid, Animedica, Organon), ή προβλέπουν τη δυνατότητα καταγγελίας με τήρηση διαφορετικών προθεσμιών — 30 ημέρες, 2 ή 3 μήνες — (Isaac Spencer, Nitrovit, Dawe's, Provimi). Δεν πρέπει όμως να παραβλέψει κανείς, ότι σ' όλες αυτές τις περιπτώσεις παίζει ρόλο η παροχή εκπτώσεων. Επομένως, για τις συμβάσεις αυτές τίθεται τουλάχιστον το ζήτημα μήπως το πλεονέκτημα των εκπτώσεων δημιουργεί σημαντική δέσμευση, η οποία εμποδίζει την άρση των συναλλακτικών σχέσεων. Για το λόγο αυτό δεν μπορεί, κατά τη γνώμη μου, να υποστηριχθεί η άποψη ότι οι αναφερθείσες συμβάσεις πρέπει τώρα να εξαιρεθούν από την έρευνα, διότι δεν γεννούν προβλήματα· αντίθετα, πρέπει κανονικά να ληφθούν υπόψη κατά την εξέταση της δεσμεύσεως με τη βοήθεια εκπτώσεων, την οποία θα διενεργήσω αργότερα.

ββ) Από την άλλη πλευρά, όσον αφορά την αποκαλούμενη αγγλική ρήτρα, σύμφωνα με την οποία ευνοϊκότερες προσφορές ανταγωνιστών μπορούν να παίξουν κάποιο ρόλο, πρέπει βέβαια να αναγνωριστεί ότι κατ' αυτό τον τρόπο παραμένει κάποιο περιθώριο για τον ανταγωνισμό. Σημαντικό όμως είναι ότι — ανεξαρτήτως του ότι στη σύμβαση με τη Guyomarc'h η ρήτρα αυτή ελλείπει παντελώς — με τον τρόπο αυτό ο δεσμός με την προσφεύγουσα δεν λύεται, αλλά απλώς χαλαρώνει. Κατά κανόνα η αναφερθείσα ρήτρα είναι διαμορφωμένη κατά τρόπο ώστε οι αγοραστές, όταν υπάρχει ευνοϊκότερη προσφορά, να μην ελευθερώνονται απλώς, αλλά να οφείλουν να ενημερώσουν την προσφεύγουσα και να της δώσουν τη δυνατότητα να αποδεχθεί τους ευνοϊκότερους όρους. Αυτό κατά λογική ερμηνεία ισχύει και για τη σύμβαση με την Afico· διότι στη διατύπωση «στην περίπτωση που η Roche (...) δεν μπορεί να προβεί σε παράδοση σε ανταγωνιστική τιμή» πρέπει οπωσδήποτε να δοθεί η έννοια ότι έπρεπε να δοθεί στη Roche η ευκαιρία να προβεί σε τέτοια παράδοση. Επομένως, εξαρτιόταν μόνο από την απόφαση της προσφεύγουσας, εάν μπορούσαν, δυνάμει της αγγλικής ρήτρας, να ενεργήσουν ή όχι οι ανταγωνιστές κατά τη βούλησή τους. Επιπλέον δεν πρέπει να λησμονείται ότι η ρήτρα από πολλές απόψεις είναι πολύ στενά διατυπωμένη. Έτσι λαμβάνονταν υπόψη μόνον προσφορές παραγωγών — όχι εμπόρων — (Animedica) ή μόνο γνωστών παραγωγών (Afico, Cyanamid, Provimi), ή ισάξιων ανταγωνιστών παραγωγών (Organon), πράγμα που ενδεχομένως σήμαινε — το ζήτημα αυτό μπορεί όμως τώρα να μείνει ανοιχτό — ότι έπρεπε να γνωστοποιείται η ταυτότητα του ανταγωνιστού. Σε ορισμένες περιπτώσεις γίνεται ακόμη λόγος για σοβαρές έγγραφες προσφορές (Isaac Spencer, Nitrovit) και για ανάλογο τακτικό εφοδιασμό.

Υπό τις προϋποθέσεις αυτές δεν μπορεί κανείς πράγματι, όσον αφορά την αγγλική ρήτρα, για την οποία δικαιολογημένα η Επιτροπή είπε ότι ίσως διευκόλυνε τη σύναψη των συμβάσεων αποκλειστικότητας, να αρνηθεί την ύπαρξη καταχρηστικής δεσμεύσεως. Διαφορετική εκτίμηση είναι δυνατή μόνον όσον αφορά τη σύμβαση με την

Upjohn, διότι η σύμβαση αυτή δεν περιέχει παρά μία απλή ρήτρα ανταγωνιστικότητας («με την προϋπόθεση ... ότι οι τιμές της Roche είναι ανταγωνιστικές»). Εδώ μπορεί να παρατηρηθεί ότι η Roche δεν απέκτησε επιρροή επί του εφοδιασμού από άλλους παραγωγούς, και έτσι θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι αυτό το είδος δεσμεύσεως δεν δημιουργεί προβλήματα, εάν στην περίπτωση αυτή δεν αποδιδόταν αποφασιστική σημασία στο γεγονός ότι πρόκειται για δέσμευση χωρίς χρονικό περιορισμό.

β) Η άλλη μορφή δεσμεύσεως, στην οποία εναντιώθηκε η Επιτροπή, είναι — όπως είπαμε — αυτή που επιτυγχάνεται με τη βοήθεια εκπτώσεων.

Στο μέτρο αυτό πρέπει οπωσδήποτε να αναγνωριστεί ότι, όταν παρέχονται πλεονεκτήματα ανάλογα με το αν οι πελάτες παραμένουν πιστοί και όχι ανάλογα με την εξοικονόμηση δαπανών του προμηθευτή, δημιουργείται μία δύναμη έλξεως, η οποία πλησιάζει πολύ τη δύναμη έλξεως μιας ρητής δεσμεύσεως. Πράγματι, αν χορηγηθεί σ' έναν αγοραστή έκπτωση ανάλογα με το συνολικό εφοδιασμό του (έκπτωση επί του συνόλου των πωλήσεων), καθώς και με την προϋπόθεση ότι καλύπτει το σύνολο ή το μεγαλύτερο μέρος των αναγκών του από αυτόν που χορήγησε την έκπτωση, τότε ένας ανταγωνιστής μπορεί να επιτύχει κάτι μόνο εάν με την προσφορά του εξισορροπεί την απώλεια της εκπτώσεως. Αυτό θα είναι πολλές φορές — ακόμη και όταν η έκπτωση δεν είναι πολύ μεγάλη — ιδιαίτερα δύσκολο ή σχεδόν αδύνατο, έτσι ώστε στην πράξη δεν υπάρχει πρόσβαση προς τέτοιους πελάτες. Σύμφωνα με αυτά, στην προαναφερθείσα υπόθεση της ζάχαρης (υποθέσεις 40 κ.λπ./73, Coöperatieve vereniging «Suiker Unie» UA και λοιποί κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων) έκπτωση υπέρ πιστών πελατών που χορηγήθηκε για την περίπτωση αποκλειστικής καλύψεως των αναγκών αξιολογήθηκε ως κατάχρηση. Και στο εθνικό δίκαιο του ανταγωνισμού τέτοιου είδους συμφωνίες επικρίνονται έντονα. Επ' αυτού παραπέμπω στο Mestmaecker *Europäisches Wettbewerbsrecht,* σ. 390, καθώς και σε μία απόφαση του γερμανικού Bundeskartellamt της 10ης Σεπτεμβρίου 1971 (*Wirtschaft und Wettbewerb,* Entscheidungen des Bundeskartellamtes, σ. 1361). Από το γαλλικό δίκαιο ενδιαφέρον παρουσιάζει μία απόφαση του Tribunal de grande instance de Paris της 5ης Φεβρουαρίου 1966 (J.C.P. 67, II 15029) και μία γνωμοδότηση της Commission téchnique des ententes et des positions dominantes της 28ης Μαρτίου 1973 (JODA αριθ. 66, σ. 2609). Για το βελγικό δίκαιο μπορώ να παραπέμψω σε μία απόφαση του Cour d'appel de Bruxelles της 16ης Μαΐου 1963 (JT 1963, σ. 434 και επόμενες)· εκτός αυτού, ενδιαφέρον παρουσιάζει εν προκειμένω το Report on Supply of Flat Glass του βρετανικού Monopoly's Commission του 1968.

Από την άποψη αυτή παρουσιάζεται η εξής εικόνα όσον αφορά τις επίδικες συμβάσεις: σε μια σειρά από αυτές η έκπτωση εξαρτάται από την προϋπόθεση ότι το σύνολο των αναγκών καλύπτεται από την προσφεύγουσα (Dawe's, Organon, Provimi, Radar, Purina)· άλλες συμβάσεις προβλέπουν τη χορήγηση εκπτώσεων για την περίπτωση όπου συγκεκριμένο τμήμα των αναγκών καλύπτεται από την προσφεύγουσα (Cyanamid, Animedica, Guyomarc'h, Protector, Ramikal, Trouw)· σε μια τρίτη ομάδα παίζουν ρόλο εκπτώσεις που κλιμακώνονται ανάλογα με τις πωλήσεις και χορηγούνται από ορισμένο ελάχιστο όριο πωλήσεων (Afico, Beecham, Capsugel, Nitrovit, Sandoz, Upjohn, Wyeth)· συγγενείς με αυτές είναι τέλος οι συμβάσεις στις οποίες οι εκπτώσεις κλιμακώνονται ανάλογα με το ποιο τμήμα της υπολογιζομένης εκτάσεως των συναλλαγών καλύπτεται από τη Roche (Beecham, Isaac Spencer, Pauls). Ακόμη και εκεί όπου η έκπτωση δεν εξαρτάται ρητά από τον αποκλειστικό εφοδιασμό, η ερμηνεία των συμβάσεων οδηγεί σε παρόμοια αποτελέ-

σματα — εν μέρει χρησιμοποιείται ο όρος «έκπτωση υπέρ πιστών πελατών (Treuerabatt)», εν μέρει πολλά συμπεράσματα μπορούν να αντληθούν από μία σύγκριση με παράλληλες συμφωνίες — (όπως στις περιπτώσεις της Afico, Cyanamid, Organon, Protector, Provimi και Purina).

Βάσει αυτών των πραγματικών περιστατικών καταλήγει κανείς πράγματι στο συμπέρασμα ότι ορθά κατά βάση η Επιτροπή θεώρησε ότι όλες αυτές οι συμβάσεις καλύπτονται από το περιεχόμενο της εννοίας της καταχρήσεως του άρθρου 86.

Αυτό δεν μπορεί να αλλάξει με την προσπάθεια της προσφεύγουσας να χαρακτηρίσει εν μέρει τις εκπτώσεις ως εκπτώσεις οφειλόμενες στις ποσότητες και τις προηγούμενες παραγγελίες, που μπορούν να δικαιολογηθούν λόγω εξοικονομήσεως δαπανών πωλήσεων και ελλείψεως τεχνικής βοηθείας προς τους μεγάλους καταναλωτές. Στην πραγματικότητα όμως οι εκπτώσεις αναφέρονται στο σύνολο των πωλήσεων, δηλαδή ισχύουν και για την προμήθεια μικρών ποσοτήτων επιμέρους βιταμινών, όπου δύσκολα μπορεί να γίνει λόγος για τέτοια εξοικονόμηση. Εκτός αυτού, από τις διοικητικές πληροφορίες της προσφεύγουσας προκύπτει ότι σε όλες τις αγορές στο πλαίσιο των συμβάσεων υπέρ πιστών πελατών εφαρμόζεται η ευνοϊκότερη τιμή για την εν λόγω ποσότητα, πράγμα που σημαίνει ότι οι ποσότητες αυτές λαμβάνονται υπόψη ήδη κατά τη διαμόρφωση των τιμών.

Ακόμη και η άποψη ότι εκεί όπου χρησιμοποιείται αυτός ο χαρακτηρισμός (όπως στις Afico, Capsugel, Provimi και Upjohn) πρόκειται για πραγματικές εκπτώσεις, οι οποίες στηρίζονται στην πίστη, δεν οδηγεί σε διαφορετική εκτίμηση. Επ' αυτού ορθά τόνισε η Επιτροπή ότι επί θυγατρικών εταιριών διασήμων μεγάλων συμπράξεων, και για τέτοιες πρόκειται πάντοτε, δεν μπορεί να γίνει λόγος για πραγματικό κίνδυνο πληρωμής, που πρέπει να καλυφθεί και να γίνει αποδεκτός. Ενδιαφέρον είναι επίσης ότι ο χαρακτηρισμός των εκπτώσεων μεταβλήθηκε εν μέρει στις συμβάσεις (βλέπε για παράδειγμα τις συμβάσεις με την Afico και Provimi).

Έτσι και στο σημείο αυτό τίθεται μόνο το ερώτημα αν η εκτίμηση αλλάζει λόγω της υπάρξεως της αγγλικής ρήτρας. Σ' αυτό όμως θα πρέπει και εδώ — ας το πω ευθύς εξ αρχής — να δοθεί αρνητική απάντηση για το μεγαλύτερο τμήμα των συμφωνιών. Ως προς αυτό δεν είναι τόσο αποφασιστικό ότι αυτή η ρήτρα προφανώς δεν εφαρμόζεται σε περίπτωση ίδιων τιμών και ότι — όπως παραδέχεται η ίδια η Roche — δεν έχει ως αποτέλεσμα να συνυπολογίζεται ο εφοδιασμός από ανταγωνιστές στον υπολογισμό των εκπτώσεων, πράγμα που σημαίνει ότι πρέπει να αντισταθμίζεται η αντίστοιχη απώλεια εκπτώσεων των ανταγωνιστών. Αντίθετα, είναι και εδώ σημαντικό ότι, σύμφωνα με τη διαμόρφωση της ρήτρας, η Roche αποφασίζει για τη δυνατότητα εφοδιασμού από τρίτους — αυτό πιστεύω πως ισχύει και για τη σύμβαση με την Capsugel — και ότι ο αγοραστής σε περίπτωση που επέμβει η Roche δεν είναι πλέον ελεύθερος, αλλά αν εφοδιαστεί από αλλού δεν θα συγκεντρώνει πια τις προϋποθέσεις για να του χορηγηθεί έκπτωση. Εκτός αυτού, είναι και εδώ σημαντικό ότι η αγγλική ρήτρα είναι εν μέρει πολύ στενά διατυπωμένη, στο μέτρο που επιτρέπει να λαμβάνονται υπόψη μόνο προσφορές από παραγωγούς (Ramikal, Trouw), στο μέτρο που γίνεται λόγος για γνωστούς παραγωγούς, πρώτης τάξεως κατασκευαστές ή γνωστούς πρώτης τάξεως παραγωγούς (Radar, Purina, Sandoz, Wyeth), στο μέτρο που απαιτούνται έγγραφες σοβαρές προσφορές (Beecham, Pauls) ή στο μέτρο που γίνεται λόγος για ανάλογο τακτικό εφοδιασμό ή ίδιους όρους παραδόσεως (Beecham, Paul's, Trouw).

Μόνο σε μία περίπτωση (Protector) ή, εάν ληφθεί υπόψη και η ήδη σε άλλο πλαίσιο αναφερθείσα σύμβαση με την Upjohn, σε δύο περιπτώσεις μπορεί να σκεφθεί κανείς διαφορετικά, διότι στις περιπτώσεις αυτές ισχύει μία απλή ρήτρα ανταγωνιστικότητας και δεν προβλέπεται δικαίωμα επεμβάσεως της Roche. Εδώ μπορεί πράγματι να υποστηριχθεί η άποψη ότι η δέσμευση είναι τόσο χαλαρή και δημιουργείται τόσο ευρύ, γνήσιο περιθώριο ενεργείας για τους ανταγωνιστές, ώστε δεν είναι πλέον δυνατό να γίνει λόγος για καταχρηστική παρεμπόδιση του ανταγωνισμού.

γ) Τέλος, επί του πραγματικού της δεσμεύσεως, προτού αναγνωριστεί οριστικά η ύπαρξη καταχρήσεως κατά την έννοια του άρθρου 86, πρέπει, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, να τεθεί ακόμη το ερώτημα αν ο χειρισμός των συμβάσεων στην πράξη παίζει ρόλο για την εκτίμησή τους. Επ' αυτού η προσφεύγουσα παρατήρησε ότι έγινε ευρεία χρήση της αγγλικής ρήτρας και πραγματοποιήθηκε σε μεγάλη έκταση εφοδιασμός από ανταγωνιστές, δηλαδή αυτοί δεν αποκλείστηκαν σε σημαντικό βαθμό. Αντίθετα απ' ό,τι προβλέπει η αγγλική ρήτρα, οι αγοραστές πολλές φορές ούτε καν ενημέρωσαν τη Roche και επίσης δεν επήλθε απώλεια εκπτώσεων στις περιπτώσεις στις οποίες δεν δόθηκε στη Roche ευκαιρία να προβεί σε ευνοϊκότερες προσφορές. Ως προς αυτό η προσφεύγουσα επικαλείται μεταξύ άλλων εκθέσεις για επιθεωρήσεις που έγιναν στους πελάτες της, τις οποίες προσκόμισε η Επιτροπή κατά τη διαδικασία· εκτός αυτού, παραπέμπει στις θέσεις που έλαβαν ορισμένοι αντισυμβαλλόμενοι της προσφεύγουσας κατά τη διοικητική διαδικασία επί των αιτιάσεων που προέβαλε η Επιτροπή.

Κατά την άποψή μου, όμως, τέτοιες σκέψεις δεν αφορούν το ζήτημα που μας απασχολεί. Θεωρώ ότι ευσταθεί η άποψη της Επιτροπής ότι μόνο η διατύπωση των συμβάσεων και οι επιπτώσεις στις οποίες λογικά έπρεπε να υπολογίζει κανείς έχουν σημασία για την κρίση του ζητήματος εάν υφίσταται κατάχρηση κατά την έννοια του άρθρου 86 ή όχι.

Η άποψη αυτή δικαιολογείται και διότι μπορεί να θεωρηθεί ότι οι ρήτρες συμβάσεων, για τις οποίες φαίνεται ότι έγιναν εν μέρει σκληρές διαπραγματεύσεις, είχαν και πρακτική σημασία.

Εκείνο που μπορεί ενδεχομένως να σκεφτεί κανείς είναι να λάβει υπόψη του τις πραγματικές συνέπειες του συστήματος πωλήσεων της προσφεύγουσας, όσον αφορά τη βαρύτητα της προσβολής που της επιρρίπτεται — προσβολή των σχέσεων ανταγωνισμού στην Κοινή Αγορά — κατά τον υπολογισμό του προστίμου που της επιβλήθηκε. Επ' αυτού θα επανέλθω ενδεχομένως αργότερα σε άλλο πλαίσιο.

3. Αφού αποδείχθηκε έτσι ότι η Επιτροπή ορθά — τουλάχιστον όσον αφορά την πλειονότητα των εν λόγω συμβάσεων — δέχθηκε την ύπαρξη καταχρηστικού δεσμού με την προσφεύγουσα, θα εξεταστούν τώρα οι συμβάσεις που συνήφθησαν με τις επιχειρήσεις Merck και Unilever για να διαπιστωθεί αν δικαιολογείται ως προς αυτές ιδιαίτερη κρίση.

α) Η προσφεύγουσα συνήψε με την επιχείρηση Merck τρεις συμβάσεις για την προμήθεια βιταμινών A, E και B_6. Αφορούσαν το σύνολο των αναγκών της αγοράστριας ή τις πρόσθετες ανάγκες που υπερέβαιναν τη δυναμικότητα παραγωγής της Merck, επρόκειτο δε να ισχύσουν για πέντε χρόνια και να παρατείνονται κάθε φορά για δύο χρόνια, εάν δεν χωρούσε προηγουμένως έγκαιρη καταγγελία. Οι υποσχεθεί-

σες στη Merck εκπτώσεις για τη βιταμίνη B_6 είχαν ύψος 20%· όσον αφορά τις δύο άλλες βιταμίνες ίσχυαν εκπτώσεις των οποίων το κατώτατο και ανώτατο όριο κυμαινόταν μεταξύ 12,5 (15) και 20% ανάλογα με την εξέλιξη των τιμών. Δύο συμβάσεις περιείχαν και την αγγλική ρήτρα με το δικαίωμα της Roche να εφαρμόσει τις ευνοϊκότερες τιμές και τους όρους συναλλαγών άλλων παραγωγών.

Η προσφεύγουσα — όσον αφορά τις εκπτώσεις — επικαλείται προπαντός ότι επρόκειτο για εκπτώσεις λόγω ποσότητας όσον αφορά τις βιταμίνες Ε και B_6 και για λειτουργικές εκπτώσεις όσον αφορά τη βιταμίνη Α, διότι η Merck πωλούσε περαιτέρω το προϊόν αυτό και έτσι η προσφεύγουσα εξοικονομούσε δαπάνες διαθέσεως. Εκτός αυτού, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η Merck, εξαιτίας του προγραμματισμού παραγωγής της, ενδιαφερόταν για ασφαλή εφοδιασμό με μεγάλες ποσότητες και έδινε σημασία στον εφοδιασμό από ένα μόνο προμηθευτή, διότι εμφανιζόταν προς τα έξω ως παραγωγός.

Κατά τη γνώμη μου, όμως, αυτό δεν δικαιολογεί να θεωρηθεί ότι οι συμβάσεις που συνήφθησαν με τη Merck δεν καταλαμβάνονται από τη διάταξη του άρθρου 86 περί καταχρήσεως. Το ζήτημα του χαρακτηρισμού των εκπτώσεων μπορεί να μείνει ανοιχτό, διότι — όπως ακούσαμε — η Επιτροπή δεν ενδιαφέρεται κυρίως γι' αυτό, αλλά για την αποκλειστική δέσμευση. Και εδώ όμως θα πρέπει να διατυπωθούν αντιρρήσεις κατά της δεσμεύσεως αυτής, ιδίως κατά της μακράς διαρκείας της. Ακόμη και αν αναγνωριστεί ως άξιο προστασίας το συμφέρον της Merck για διαρκή και ασφαλή εφοδιασμό, αυτό πάντως δεν μπορεί να δικαιολογήσει δέσμευση τέτοιας διάρκειας και εντάσεως. Ακόμη μπορεί κανείς να συμμεριστεί τις αμφιβολίες της Επιτροπής, αν το συμφέρον της Merck είναι άξιο προσοχής και προστασίας στο μέτρο που προσπαθεί να εμφανιστεί προς τα έξω ως παραγωγός, ενώ στην πραγματικότητα εκπληρώνει μόνο τις λειτουργίες μεταπωλητού. Τέλος, η αγγλική ρήτρα δεν λύει τη δέσμευση, αλλά μόνο την καθιστά πιο χαλαρή και συγκεκριμένα στο μέτρο που το επιτρέπει η Roche, αυτό δε μόνον εφόσον πρόκειται για άλλους παραγωγούς, δηλαδή όχι εμπόρους.

β) Όσον αφορά τη σύμβαση που συνήφθη με την Unilever επισημαίνεται ότι προέβλεπε υποχρέωση καλύψεως των υπολογιζομένων αναγκών σε βιταμίνη Α για το έτος 1974 και αντίστοιχη υποχρέωση για το επόμενο έτος, για το οποίο οι υπολογιζόμενες ποσότητες θα γνωστοποιούνταν το Δεκέμβριο του 1974. Εδώ δεν υπήρχαν εκπτώσεις, αλλά προνομιακές τιμές, για τις οποίες προβλεπόταν ότι θα χωρούσε κάθε φορά, εκ των υστέρων, μεταξύ της διοικήσεως της Unilever και της Roche, συμψηφισμός της διαφοράς της τιμής των αποδείξεων από τη συμβατική τιμή. Ακόμη ίσχυε η αγγλική ρήτρα που προέβλεπε το διαζευκτικό δικαίωμα της Roche να προσαρμοστεί στις χαμηλότερες τιμές άλλων παραγωγών.

Επ' αυτού η προσφεύγουσα θεωρεί κατ' αρχήν ότι δεν μπορούν να κατακριθούν οι συμφωνηθείσες ειδικές τιμές. Δικαιολογούνται λόγω των μακροχρόνιων συναλλακτικών σχέσεων και της εκτάσεως των προμηθειών, κυρίως όμως διότι η Roche είχε μικρότερα έξοδα διανομής και δεν διέθετε υπηρεσίες τεχνικής εφαρμογής. Επιπλέον οι τιμές αυτές συμφωνήθηκαν υπό την πίεση ανταγωνιστικών προσφορών, όπως προκύπτει από τα πρακτικά συναντήσεως με τη Roche το Δεκέμβριο του 1972 στο Λονδίνο. Ο τρόπος εκκαθαρίσεως δεν έχει ιδιαίτερη σημασία, εξηγείται δε απλώς από λογιστικούς και φορολογικούς λόγους.

Και εδώ επίσης, αν δεν κάνω λάθος, η Επιτροπή δεν ενδιαφέρεται κατ' αρχήν για τις

συμφωνηθείσες ειδικές τιμές, αλλά για την υποχρέωση της Unilever να καλύπτει τις ανάγκες της από τη Roche. Για την εκτίμησή της όμως δεν είναι δυνατό να ισχύσει και εδώ κάτι διαφορετικό από ό,τι ισχύει στις συμβάσεις που ήδη εξετάστηκαν. Αυτό ισχύει επίσης και για τη διάρκεια της συμβάσεως — ακόμη και μεγάλοι αγοραστές δεν παραγγέλλουν αναγκαστικά για δύο έτη —· επ' αυτού εξάλλου μπορεί να γίνει παραπομπή στα ήδη εκτεθέντα για τη διαμόρφωση της αγγλικής ρήτρας σε σχέση με τις άλλες συμβάσεις. Επιπλέον μπορεί να προσθέσει κανείς ότι δεν φαίνεται εσφαλμένο το συμπέρασμα της Επιτροπής ότι αυτός ο τρόπος εκκαθαρίσεως εξυπηρετεί και τον έλεγχο της τηρήσεως της υποχρεώσεως καλύψεως των αναγκών. Πράγματι, δεν βλέπω ποιες επιτακτικές συνθήκες θα εμπόδιζαν την άμεση εφαρμογή των συμβατικών τιμών, που διαπραγματεύτηκαν οι διοικήσεις των συμπράξεων, από τις θυγατρικές τους εταιρίες.

γ) Σύμφωνα με αυτά δεν υπάρχει ασφαλώς λόγος να κριθούν διαφορετικά οι συμβάσεις που συνήφθησαν με τη Merck και την Unilever. Και αυτές πρέπει να χαρακτηριστούν καταχρηστικές, τουλάχιστον όσον αφορά την υποχρέωση εφοδιασμού των αγοραστών, δηλαδή λόγω του περιορισμού της ελευθερίας επιλογής και της δυσχεράνσεως της προσβάσεως τρίτων στις αγορές αυτές.

4. Στη συνέχεια θα εξετάσω το δεύτερο πραγματικό της καταχρήσεως, που αφορά την εφαρμογή ανίσων όρων επί ισοδυνάμων παροχών, την οποία απαγορεύει στις επιχειρήσεις με δεσπόζουσα θέση στην αγορά το άρθρο 86, δεύτερη παράγραφος, στοιχείο γ. Και επ' αυτού μπορεί να γίνει παραπομπή στην υπόθεση της ζάχαρης, όπου κατακρίθηκαν ακριβώς οι εκπτώσεις υπέρ πιστών πελατών με την αιτιολογία ότι κατ' αυτό τον τρόπο οι αγοραστές περιέρχονται σε δυσμενέστερη θέση από πλευράς ανταγωνισμού. Εκτός αυτού, ενδιαφέρον παρουσιάζει ότι και στο εθνικό δίκαιο απαντώνται τέτοιες αξιολογήσεις, όπως για παράδειγμα η απαγόρευση του γαλλικού δικαίου να εφαρμόζονται διαφορετικές τιμές που δεν δικαιολογούνται από διαφορετικές τιμές κτήσεως· παρόμοια ισχύουν και σύμφωνα με το αγγλικό δίκαιο (βλέπε την έκθεση του «Monopoly's and restrictive practices commission on supply of insulated electric wires and cables»).

Δεν μπορεί να αμφισβητηθεί, και ούτε και η προσφεύγουσα αμφισβήτησε, ότι στην προκειμένη περίπτωση υπήρξε διαφορετική μεταχείριση των αγοραστών όσον αφορά τον υπολογισμό των εκπτώσεων. Από την εξέταση των κλιμακωτών εκπτώσεων επί του συνόλου των πωλήσεων προκύπτουν εν μέρει σημαντικές διαφορές όσον αφορά τις απαιτούμενες ελάχιστες ποσότητες και τις εκπτώσεις που αναλογούν στις ποσότητες, μάλιστα δε τόσο κατά τη σύγκριση συμβάσεων που είναι εκφρασμένες στο ίδιο νόμισμα και αφορούν το ίδιο χρονικό διάστημα όσο και κατά την αντιπαράθεση συμβάσεων που έχουν εκφραστεί σε διαφορετικό νόμισμα. Το ίδιο ισχύει για τις υπόλοιπες εκπτώσεις υπέρ πιστών πελατών, συμπεριλαμβανομένων των αποκαλουμένων εκπτώσεων οι οποίες στηρίζονται στην πίστη (Delkredererabatte), όπου οι συντελεστές κυμαίνονται μεταξύ 1% και 7,5%, αν δεν ληφθούν υπόψη οι εκπτώσεις που χαρακτηρίζονται ως εκπτώσεις λόγω ποσότητας στη σύμβαση με τη Merck. Οι διακυμάνσεις αυτές δεν δικαιολογούνται ούτε με επίκληση των χρονικών διαστημάτων, για τα οποία ίσχυσαν οι συμφωνίες — εν μέρει καλύπτονται — ούτε με αναφορά στην έκταση της καλύψεως των αναγκών ή στους πραγματικούς εφοδιασμούς, που γνωστοποιήθηκαν στο Δικαστήριο για το έτος 1974. Αυτό δεν χρειάζεται να αποδειχθεί τώρα λεπτομερώς· μία προσεκτική ανάλυση των συμβάσεων δεν επιτρέπει την παραμικρή αμφιβολία για το θέμα αυτό.

Γι' αυτό και οι προσπάθειες δικαιολογήσεως που καταβάλλει η προσφεύγουσα είναι τελείως διαφορετικές. Έτσι ισχυρίστη-

κε στην ακρόασή της από την Επιτροπή κατά τη διοικητική διαδικασία ότι οι εκπτώσεις και οι διαφορές των εκπτώσεων δεν έγιναν αισθητές λόγω των νομισματικών διακυμάνσεων. Περαιτέρω ισχυρίστηκε ότι σε καμία περίπτωση δεν υπέστη βλάβη η ικανότητα ανταγωνισμού των πελατών. Πράγματι, σχεδόν όλοι οι αγοραστές επεξεργάζονται βιταμίνες. Στο τελικό όμως προϊόν οι βιταμίνες παίζουν δευτερεύοντα ρόλο· συγκεκριμένα στην παραγωγή ειδών ζωοτροφών και διατροφής, που απορροφά το μεγαλύτερο μέρος των πωλήσεων, δεν κατέχουν παρά πολύ μικρό ποσοστό στην τελική τιμή, δηλαδή 1% ή λιγότερο. Γι' αυτό μια διαφορά εκπτώσεων ύψους 5% δεν μπορούσε να επιδράσει στις σχέσεις ανταγωνισμού.

Πιστεύω όμως ότι με την απάντηση αυτή η προσφεύγουσα δεν μπορεί να καταρρίψει την κατηγορία περί καταχρήσεως. Ως προς το πρώτο σημείο, αρκεί να υπενθυμίσω ότι οι αποκλίσεις στους συντελεστές εκπτώσεως βρίσκονται και στις συμβάσεις που είναι εκφρασμένες στο ίδιο νόμισμα. Όσον αφορά το δεύτερο σημείο της επιχειρηματολογίας της προσφεύγουσας, ορθά κατά τη γνώμη μου επισημαίνει η Επιτροπή ότι η έκφραση «περιέρχονται σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό», που περιέχεται στο άρθρο 86, δεύτερη παράγραφος, στοιχείο γ, δεν έχει την ίδια έννοια με την προσβολή της ικανότητας ανταγωνισμού. Σχετικά τονίζεται και στη θεωρία (Siraguza, Semaine de Bruges 1977, σ. 425) ότι οι διακρίσεις είναι απαράδεκτες και εκεί όπου δεν υφίσταται ανταγωνισμός μεταξύ των ενδιαφερομένων αγοραστών. Εκτός αυτού δεν πρέπει να λησμονείται ότι οι αγοραστές έδωσαν όπως φαίνεται μεγάλη σημασία στις εκπτώσεις, πράγμα από το οποίο συνάγεται ότι βάρυναν για τη θέση τους στην αγορά και για τις οικονομικής φύσεως αποφάσεις τους· ακόμη πρέπει να υπενθυμιστεί ότι και στην υπόθεση της ζάχαρης το Δικαστήριο θεώρησε ότι αρκούσαν διαφορές τιμών ύψους 5% για να γίνει λόγος για προσβολή του άρθρου 86, δεύτερη παράγραφος, στοιχείο γ.

Σύμφωνα με αυτά μπορεί κανείς να καταλήξει μόνο στο συμπέρασμα — και μάλιστα χωρίς να είναι αναγκαίο να εξεταστεί το προφανώς εκτός θέματος επιχείρημα ότι και οι ανταγωνιστές της προσφεύγουσας χορήγησαν εκπτώσεις του ιδίου μεγέθους — ότι ορθά η Επιτροπή στην προσβαλλομένη απόφαση διαπίστωσε κατάχρηση και όσον αφορά τον καθορισμό διαφορετικών όρων συναλλαγών.

5. Έπειτα από αυτές τις βασικές διαπιστώσεις περί της καταχρήσεως δεσποζούσης θέσεως πρέπει τώρα να εξεταστεί ακόμη το ζήτημα εάν μπορεί να κλονιστεί η αξιολόγηση της Επιτροπής, η οποία — όπως είδαμε — ευσταθεί κατά το μεγαλύτερο μέρος της, με αναφορά στον όγκο των συναλλαγών που καλύπτονται από τις συμβάσεις. Πρέπει επομένως ακόμη να ερευνηθεί εάν επήλθε αισθητή προσβολή του ανταγωνισμού και του διακρατικού εμπορίου και αν, στην προκειμένη περίπτωση, σύμφωνα με την άποψη της προσφεύγουσας, μπορεί να αποκλειστεί η εφαρμογή του άρθρου 86, διότι δεν επήλθε τέτοια προσβολή. Επ' αυτού ισχυρίζεται συγκεκριμένα ότι το επικρινόμενο σύστημα πωλήσεων — αν δεν λάβει κανείς υπόψη του τις συμβάσεις με τη Merck και την Unilever και περιοριστεί σε αμιγείς συμβάσεις υπέρ πιστών πελατών, εξαιρώντας τις εκπτώσεις επί του συνόλου των πωλήσεων — κάλυπτε κατά μέσο όρο για τα έτη 1970 έως 1974 μόνον το 4% των πωλήσεων βιταμινών στην Κοινή Αγορά.

Πιστεύω ότι ούτε σ' αυτό το σημείο δεν μπορεί να γίνει δεκτή η άποψη της προσφεύγουσας. Ορθά η Επιτροπή επισημαίνει ότι η θεωρία του αισθητού αναπτύχθηκε για το άρθρο 85, δηλαδή για έναν τομέα όπου ο υφιστάμενος αποτελεσματικός ανταγωνισμός περιορίζεται με συμφωνίες και παρόμοιες μεθόδους. Αντίθετα, στα πραγματικά που καλύπτονται από το άρθρο 86 ο ανταγωνισμός πρακτικά εξαφανίζεται,

διότι μία δεσπόζουσα επιχείρηση δεν υπόκειται σε αποτελεσματικό ανταγωνισμό. Εδώ δεν επιτρέπεται πράγματι να μη ληφθεί υπόψη η συμπεριφορά μιας τέτοιας επιχειρήσεως, που σύμφωνα με τα κριτήρια του άρθρου 86 πρέπει να αξιολογηθεί ως καταχρηστική, επειδή οι επιπτώσεις της στις σχέσεις ανταγωνισμού δεν είναι αισθητές.

Ακόμη και αν υποστηριχθεί ότι πρέπει κανείς να αδιαφορεί για τις καταχρήσεις ή τουλάχιστον να μην επιβάλλει κυρώσεις, στις περιπτώσεις όπου δεν πρόκειται παρά για ασήμαντες ποσότητες («quantités négligeables»), υπάρχουν σοβαρές αμφιβολίες αν η προκειμένη περίπτωση εμπίπτει στην κατηγορία αυτή. Όπως είδαμε, σε καμία περίπτωση δεν είναι δυνατό να μη ληφθούν υπόψη οι συμβάσεις με τη Merck και την Unilever, αλλά μόνον αυτές με την Protector και την Upjohn, που όμως δεν καταλαμβάνουν παρά λιγότερο από το μισό τοις εκατό των συνολικών πωλήσεων βιταμινών στην Κοινότητα κατά το έτος 1974. Σημασία έχει επίσης ότι πρόκειται για συμβάσεις με σημαντικούς αγοραστές της προσφεύγουσας, που συγκεντρώνουν τη δραστηριότητά τους στον τομέα της παραγωγής ειδών διατροφής και ζωοτροφών. Ανεξαρτήτως όμως του αν θα συγκρίνει κανείς τον όγκο των συναλλαγών τους με το σύνολο πωλήσεων της προσφεύγουσας ή — όπως επιθυμεί η προσφεύγουσα — με το σύνολο των πωλήσεων βιταμινών στην Κοινή Αγορά, σε καμία περίπτωση δεν προκύπτουν μεγέθη τα οποία, ακόμη και αν ληφθεί υπόψη η αγγλική ρήτρα, να επιτρέπουν να γίνει λόγος για εντελώς ασήμαντες επιπτώσεις στις σχέσεις ανταγωνισμού. Επειδή εκτός αυτού πρόκειται για συμβάσεις με επιχειρήσεις επεξεργασίας βιταμινών, των οποίων η δραστηριότητα δεν περιορίζεται στο έδαφος ενός κράτους μέλους, επιτρέπεται συγχρόνως να γίνει δεκτό ότι υφίσταται προσβολή του εμπορίου μεταξύ κρατών μελών σε έκταση που έχει σημασία για το άρθρο 86.

IV — Αφού οι μέχρι τώρα σκέψεις έδειξαν ότι η νομιμότητα της αποφάσεως της Επιτροπής, στο μέτρο που αναγνωρίζει την ύπαρξη καταχρήσεως δεσποζούσης θέσεως, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί κατά το μεγαλύτερο μέρος της, θα εξετάσω τώρα το περαιτέρω ερώτημα αν μπορεί να επικριθεί η επιβολή προστίμου.

Επ' αυτού ενδιαφέρουν κυρίως τρεις σκέψεις:

— Μία πρώτη σκέψη στηρίζεται στο γεγονός ότι το άρθρο 86 χρησιμοποιεί αόριστες έννοιες (δεσπόζουσα θέση στην αγορά, κατάχρηση). Επ' αυτού η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι θα έπρεπε — πράγμα που δεν είχε ακόμη συμβεί κατά τη σύναψη των εν λόγω συμβάσεων — να συγκεκριμενοποιηθούν κατ' αρχήν με διοικητικές αποφάσεις και όσο είναι δυνατό με δικαστικές αποφάσεις οι έννοιες αυτές, προτού να μπορεί να γίνει λόγος για επιβολή προστίμου.

— Μία περαιτέρω σκέψη αφορά την, σύμφωνα με το άρθρο 15 του κανονισμού 17, ισχύουσα προϋπόθεση της υπαιτιότητας. Ως προς αυτό η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι βρισκόταν σε νομική πλάνη, η οποία αποκλείει να της αποδοθεί ευθύνη.

— Τέλος, η προσφεύγουσα επικαλείται την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, διότι σε παρόμοια πραγματικά — ιδίως αναφέρεται στις εκπτώσεις υπέρ πιστών πελατών στην προαναφερθείσα υπόθεση της ζάχαρης — δεν επιβλήθηκαν πρόστιμα.

1. Επί της πρώτης σκέψεως η προσφεύγουσα παρέπεμψε στο άρθρο 22 του γερμανικού νόμου κατά των περιορισμών του

ανταγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο η καταχρηστική συμπεριφορά επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά δεν τιμωρείται αυτή καθαυτή με πρόστιμο, και σε άλλες εθνικές διατάξεις για τον ανταγωνισμό, που προβλέπουν πρόστιμα μόνο σε περίπτωση μη τηρήσεως συγκεκριμένων διατάξεων των αρμοδίων για τις συμπράξεις αρχών. Εκτός αυτού υπενθύμισε ότι με νόμο του έτους 1973 εισήχθη στο γερμανικό νόμο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού πρόσθετη διαδικασία απαγορεύσεως, με την αιτιολογία ότι οι διατάξεις περί προστίμων δεν ενδείκνυνται για τη διευκρίνηση των σχετικών ζητημάτων. Εντούτοις, αν δεν κάνω λάθος, η προσφεύγουσα δεν καταλήγει στο συμπέρασμα ότι οι διατάξεις περί προστίμων του άρθρου 15 του κανονισμού 17 είναι, στο μέτρο που αναφέρονται στο άρθρο 86 της Συνθήκης ΕΟΚ, στο σύνολό τους απαράδεκτες. Πιστεύει μόνον, ότι αυτό το άρθρο 15 πρέπει να ερμηνευθεί κατά τρόπο σύμφωνο με τα ατομικά δικαιώματα, με την έννοια ότι πρόστιμα μπορούν να επιβληθούν μόνον όταν έχουν ήδη εκδοθεί διευκρινιστικές διοικητικές αποφάσεις.

Κυριότερη αφετηρία για τη γνώμη αυτή είναι η άποψη ότι στην προκειμένη περίπτωση επικρίνεται η σύναψη ορισμένων συμβάσεων, που είναι καθ' όλα συνηθισμένες, χωρίς να γεννούν προβλήματα από πλευράς δικαίου των συμπράξεων, και οι οποίες μπορεί να θεωρηθούν ανεπίτρεπτες μόνον σε περίπτωση υπάρξεως δεσποζούσης θέσεως. Όσον αφορά όμως το ζήτημα της κυριαρχίας στην αγορά, πρέπει να παραδεχτεί κανείς ότι συνδέεται με δυσχερείς αξιολογήσεις πραγματικών περιστατικών και ότι επιπλέον, επειδή δεν εξαρτάται μόνο από τα μερίδια αγοράς και τη δομή της αγοράς, αλλά και από ολόκληρη σειρά συμπληρωματικών θεμάτων, πρέπει στην προκειμένη περίπτωση να υφίστανται τουλάχιστον δικαιολογημένες αμφιβολίες. Επομένως, η επιβολή προστίμου σε τέτοια περίπτωση έρχεται σε αντίθεση με τη βασική αρχή ότι οι ποινικές διατάξεις πρέπει να είναι επαρκώς ορισμένες προτού εφαρμοστούν. Αυτή η αρχή του ορισμένου των διατάξεων, που συνδέεται με την αρχή της ασφαλείας δικαίου, βρίσκει εν μέρει έρεισμα στο εθνικό συνταγματικό δίκαιο (άρθρο 103 του γερμανικού Grundgesetz, άρθρο 25, παράγραφος 2 του ιταλικού συντάγματος), όπως προκύπτει από τη θεωρία και τη νομολογία· εκτός αυτού — όπως επίσης προκύπτει από τη θεωρία — έχει βρει έκφραση στο άρθρο 7 της συμβάσεως για τα ανθρώπινα δικαιώματα. Όσον αφορά έννομες τάξεις στις οποίες ελλείπει τέτοια συνταγματική διάταξη, η οποία άλλωστε δεν αναφέρεται μόνο σε ποινικές κυρώσεις αλλά και σε διοικητικές παραβάσεις (Ordungswidrigkeiten), θα μπορούσε, όπως για παράδειγμα στο βελγικό δίκαιο, να γίνει αναφορά στην αρχή «in dubio pro reo» ή — και αυτό ισχύει και για άλλα κράτη μέλη — στην αρχή «nullum crimen sine lege». Και από τις αρχές αυτές μπορεί να συναχθεί — μάλιστα δε και όσον αφορά τις διοικητικές παραβάσεις— ότι δεν χωρεί κύρωση όταν οι έννοιες είναι ασαφείς και υφίστανται αμφιβολίες για την ερμηνεία τους. Σύμφωνα με αυτά, θα πρέπει τουλάχιστον οι αόριστοι νόμοι να ερμηνεύονται στενά.

Οι σκέψεις αυτές προκάλεσαν στην Επιτροπή πολλούς δισταγμούς και αντιρρήσεις, που αφορούν συγκεκριμένα την έκταση ισχύος των εν λόγω συνταγματικών διατάξεων, της διατάξεως της συμβάσεως για τα ανθρώπινα δικαιώματα, καθώς και της αρχής του βελγικού δικαίου, σύμφωνα με τις οποίες πρέπει να αμφισβητηθεί αν υφίσταται γενική αρχή του δικαίου με το περιεχόμενο που υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Η Επιτροπή επισήμανε ότι μια τέτοια αρχή απαντάται μόνο στο συνταγματικό δίκαιο δύο κρατών μελών, που γνωρίζουν το δικαστικό έλεγχο της νομοθετικής εξουσίας, ότι πρόκειται για καινοφανή αρχή και ότι αναφέρεται κυρίως στο ποινικό δίκαιο, ενώ δεν έχει ακόμη οριστικά διευκρινιστεί, αν ισχύει και για το δίκαιο των διοικητικών παραβάσεων, όπου εντάσσονται

τα πρόστιμα σύμφωνα με το άρθρο 15 του κανονισμού 17. Εν πάση περιπτώσει, πρέπει να θεωρηθεί ότι η αρχή αυτή δεν δικαιολογεί υπερβολικά αυστηρά συμπεράσματα. Τόσο στο γερμανικό όσο και στο ιταλικό δίκαιο, έχει γίνει αποδεκτό να περιέχουν οι διατάξεις του νόμου γενικές έννοιες, μη σαφώς καθορισμένες, και επομένως σημασία έχει κυρίως αν το πλαίσιο στο οποίο εντάσσονται οι έννοιες αυτές επιτρέπει στο δικαστή να προβεί σε ερμηνεία και να προσφέρει αξιόπιστη βάση για τη νομολογία. Αυτό ισχύει ιδίως για το δίκαιο του ανταγωνισμού, στο οποίο είναι αναγκαίες οι γενικές έννοιες λόγω της πολυμορφίας της οικονομικής ζωής. Εδώ θα ήταν αρκετό να μπορεί να ανευρεθεί το ακριβές περιεχόμενο μιας διατάξεως με αναγωγή στο σκοπό του κανόνα δικαίου στο σύνολό του και γι' αυτό παίζει, σε μια περίπτωση σαν την προκειμένη, οπωσδήποτε ρόλο ότι μια μεγάλη επιχείρηση που ασχολείται με το διεθνές εμπόριο μπορεί να αντλήσει αρκετά στοιχεία για το νόμιμο ή το παράνομο της συμπεριφοράς της από τη γνώση διαφόρων εθνικών εννόμων τάξεων.

Θα ήταν ασφαλώς εξαιρετικά ενδιαφέρον να εξεταστούν τα επί μέρους προβλήματα που παρουσιάζει αυτή η αντιπαράθεση — και γι' αυτό την εξέθεσα σχετικά λεπτομερώς. Για λόγους όμως που θα γίνουν κατανοητοί στη συνέχεια, δεν είναι αυτό αναγκαίο στην προκειμένη περίπτωση.

Δύσκολα μπορεί νομίζω να υποστηριχθεί η άποψη ότι σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να γίνει λόγος για εφαρμογή της διατάξεως περί προστίμου του κανονισμού 17 πριν από την έκδοση διοικητικών αποφάσεων που να συγκεκριμενοποιούν το άρθρο 86. Αυτό θα ήταν προφανώς υπερβολικό, διότι οπωσδήποτε υπάρχουν πραγματικά, τα οποία μπορούν χωρίς δυσκολία να υπαχθούν στη διάταξη του άρθρου 86, για τα οποία δηλαδή δεν υφίστανται σοβαρές αμφιβολίες για την ύπαρξη δεσποζούσης θέσεως στην αγορά, καθώς και καταχρήσεως, κατά την έννοια των περιπτώσεων που αναφέρονται στο άρθρο 86.

Όσο όμως υπάρχουν πέρα από αυτό συγκεχυμένες ζώνες και οριακοί τομείς, όσο η διοικητική πρακτική ακόμη δεν έχει αναπτυχθεί επαρκώς, θα πρέπει στις περισσότερες περιπτώσεις να είναι δυνατό να ληφθούν αυτά υπόψη βάσει εκτιμήσεων που αναφέρονται στην αποδιδόμενη ευθύνη. Αυτό θα πρέπει να συμβεί τουλάχιστον στην προκειμένη περίπτωση και γι' αυτό νομίζω ότι πρέπει να ριχτεί το βάρος στην εξέταση του ζητήματος αυτού, δηλαδή στη δεύτερη από τις σκέψεις που προέβαλε η προσφεύγουσα.

2. Επί του ζητήματος αν η προσφεύγουσα καταχράστηκε υπαίτια, δηλαδή από δόλο ή αμέλεια, τη δεσπόζουσα θέση της, η προσφεύγουσα επικαλέστηκε την ενδιαφέρουσα νομική μορφή της συγγνωστής νομικής πλάνης.

Με τη βοήθεια λεπτομερών συγκριτικών αντιπαραθέσεων των δικαίων η προσφεύγουσα κατώρθωσε να δείξει ότι πρόκειται για ευρέως διαδεδομένη νομική έννοια και ότι επομένως πρέπει να αναγνωριστεί ως στοιχείο προόδου και για τον τομέα της ΕΟΚ και για τις διατάξεις περί προστίμων που ισχύουν εδώ. Επ' αυτού παραπέμπω στις παρατηρήσεις της προσφεύγουσας για την ισχύ της νομικής πλάνης στο γερμανικό δίκαιο, μάλιστα δε και στο δίκαιο των διοικητικών παραβάσεων, καθώς και στο δανικό, ολλανδικό και γαλλικό δίκαιο — τουλάχιστον όσον αφορά την εκεί θεωρία — υπενθυμίζοντας ότι ο Jeschek στο άρθρο του «Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften» (*Zeitschrift für die gesamte Staatwissenschaft* 1953, σ. 497 και επόμενες) εξέφρασε την άποψη ότι μια αντίστοιχη αρχή συνάγεται για το δίκαιο της ΕΚΑΧ από το άρθρο 36 της Συνθήκης ΕΚΑΧ. Αντίθετα, δεν θα έπρεπε να βαρύνει πολύ ότι στο αγγλικό και ιταλικό δίκαιο παρατηρεί-

ται ακόμη κάποιος δισταγμός στο ζήτημα αυτό.

Αν δεχτεί κανείς την άποψη αυτή, τότε το αποφασιστικό ερώτημα είναι αν στην προκειμένη περίπτωση πράγματι μπορεί να γίνει λόγος για πλάνη της προσφεύγουσας που αποκλείει την υπαιτιότητα, όσον αφορά τη δεσπόζουσα θέση της και τη συμπεριφορά για την οποία την κατηγορεί η Επιτροπή.

Όσον αφορά τη δεσπόζουσα θέση — και εντελώς ανεξάρτητα από πιθανή πραγματική πλάνη, για την οποία μπορεί να παίξει ρόλο το μερίδιο της προσφεύγουσας στην παγκόσμια αγορά — πρέπει να παρατηρηθούν τα ακόλουθα:

Σε ορισμένες αγορές (βιταμίνη Α και Ε) το μερίδιο της προσφεύγουσας κυμαίνεται προφανώς στα όρια αυτού που θεωρείται σημαντικό. Στο μέτρο που ισχύει αυτό, μπορεί να έχει σημασία ότι στην πρακτική λήψεως αποφάσεων, που ίσχυε πριν από τη σύναψη των συμβάσεων της προσφεύγουσας με τους πελάτες της, επρόκειτο κυρίως για μονοπώλια ή για πολύ υψηλά μερίδια αγοράς. Προτάθηκε, χωρίς να αμφισβητηθεί, ότι, σύμφωνα με τη γερμανική πρακτική πριν από την τροποποίηση του νόμου του 1973, ακόμη και πολύ υψηλά μερίδια αγοράς δεν αρκούσαν για την αποδοχή δεσποζούσης θέσεως, εάν υπήρχε συγχρόνως ποιοτικός ανταγωνισμός. Στο πλαίσιο αυτό μπορούν να παίξουν ρόλο αυτά που προέκυψαν από τη διαδικασία επί της εξελίξεως των τιμών στις αγορές βιταμινών και επί του ανταγωνισμού τιμών, ιδίως σε συνδυασμό με το γεγονός ότι, σύμφωνα με τη Συνθήκη ΕΚΑΧ, η δεσπόζουσα θέση εξαρτάται από τη δύναμη καθορισμού των τιμών. Τέλος, για την άποψη της προσφεύγουσας, ότι δεν μπόρεσε να αποκλείσει τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό, μπορεί να είχε σημασία και η γνώση της οικονομικής δυνάμεως των μεγάλων ανταγωνιστών και επίσης δεν αποκλείεται να επηρεάστηκε στην εκτίμηση της καταστάσεως στην οποία προέβη από τη διαπίστωση ότι δρούσε σε μια έντονα αναπτυσσόμενη αγορά.

Για τη συμπεριφορά που επικρίνει η Επιτροπή — στο μέτρο που πρόκειται για το πραγματικό ανίσου μεταχειρίσεως των αγοραστών — μπορεί να ληφθεί υπόψη ότι οι επιπτώσεις επί της ικανότητας ανταγωνισμού παρέμεναν εντός ορισμένων ορίων και ότι οι συμμετέχοντες στην αγορά δεν μπορούσαν τότε να διαγνώσουν χωρίς άλλο ότι αυτό δεν είχε αποφασιστική σημασία για το άρθρο 86. Όσον αφορά τη δέσμευση των αγοραστών, πρέπει νομίζω να αναγνωριστεί ότι οι εκπτώσεις υπέρ πιστών πελατών στο δίκαιο της ΕΚΑΧ και σε σχέση με το άρθρο 86 δεν επικρίνονται εν μέρει ούτε από τη θεωρία (βλέπε Van Hecke *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, πρώτος τόμος, σ. 338) και ότι κατά το χρόνο συνάψεως των επικρινομένων συμβάσεων δεν υπήρχε ακόμη απόφαση περί πραγματικών ή μη πραγματικών εκπτώσεων υπέρ πιστών πελατών. Ιδίως οι συμβάσεις αυτές, σύμφωνα με τις παρατηρήσεις της προσφεύγουσας που δεν αμφισβητήθηκαν, δεν τιμωρούνταν μέχρι τότε με πρόστιμο, όπως φαίνεται, ούτε στις Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής ούτε στη γερμανική πρακτική. Επίσης δεν φαίνεται τελείως εσφαλμένη η άποψη της προσφεύγουσας ότι σε μία φάση αναπτύξεως της αγοράς τέτοιοι θεσμοί δημιουργούν λιγότερα προβλήματα, διότι — αντίθετα απ' ό,τι σε μια στάσιμη αγορά — παραμένει αρκετό πεδίο δράσεως για όλους τους συμμετέχοντες στην αγορά. Ούτε μπορεί να θεωρηθεί ότι σφάλλει απόλυτα η προσφεύγουσα αποδίδοντας σημασία στην αρχή της σταθμίσεως των συμφερόντων, για την οποία πάντως γίνεται λόγος στην απόφαση GEMA της Επιτροπής, σε σχέση με δεσμό αποκλειστικότητας, και στην απόφαση Sabam του Δικαστηρίου, σε σχέση με παρόμοια περίπτωση. Στο πλαίσιο αυτό θα πρέπει επίσης να παίξει ρόλο η

αγγλική ρήτρα που περιέχεται σ' όλες τις συμβάσεις, καθώς και ο πραγματικός χειρισμός της από την προσφεύγουσα, αυτό δε κυρίως σε σχέση με το γεγονός ότι μια τέτοια ρήτρα περιελήφθη στην απόφαση Dunlop της Επιτροπής (Abl 1969, L 323, σ. 21), επιμελεία της ιδίας.

Βάσει όλων αυτών των σκέψεων — στις οποίες δεν νομίζω ότι μπορεί να αντιταχθεί πειστικά ότι η προσφεύγουσα μπορούσε να προφυλαχθεί συλλέγοντας νομικές πληροφορίες και ότι η γνώση των εθνικών δικαίων, τα οποία πράγματι εν μέρει διαφέρουν σημαντικά, έπρεπε να την καταστήσει προσεκτική — δεν θα πρέπει να διστάσει κανείς να κάνει λόγο στην περίπτωσή της για συγγνωστή νομική πλάνη, όσον αφορά την εφαρμογή του άρθρου 86. Τουλάχιστον μπορεί να υποστηριχτεί ότι υπάρχει τόσο μικρός βαθμός υπαιτιότητας ώστε δεν υπάρχει λόγος επιβολής προστίμου, και αυτό ιδίως έναντι επιχειρήσεως η οποία φάνηκε εξαιρετικά συνεργάσιμη, κατά κοινή ομολογία, κατά τη διοικητική διαδικασία και προθυμοποιήθηκε αμέσως να θέσει τέρμα στην επικρινόμενη συμπεριφορά.

3. Σύμφωνα με αυτά δεν χρειάζεται πλέον να εξεταστεί το επιχείρημα περί ανίσου μεταχειρίσεως όσον αφορά την επιβολή του προστίμου. Αν παρόλα αυτά θελήσει κανείς να προχωρήσει στην εξέταση, θα πρέπει σύντομα να παρατηρηθεί επ' αυτού ότι στην προκειμένη περίπτωση το επιχείρημα αυτό δεν μπορεί στην πραγματικότητα να βοηθήσει την προσφεύγουσα. Στο μέτρο που η προσφεύγουσα αναφέρεται στο πλαίσιο αυτό στην υπόθεση της ζάχαρης, πρέπει πράγματι να υπενθυμιστεί ότι στην υπόθεση αυτή επιβλήθηκε πρόστιμο και για παραβάση του άρθρου 86 λόγω χορηγήσεως εκπτώσεων υπέρ πιστών πελατών και ότι το πρόστιμο αυτό απλώς μειώθηκε από το Δικαστήριο, έστω και σε σημαντική έκταση.

4. Επίσης — αν θεωρηθεί ορθή η ακύρωση της αποφάσεως περί προστίμου — περιττεύει να εξεταστεί αν χρειάζεται να διορθωθεί τουλάχιστον ο υπολογισμός του. Επ' αυτού όμως θέλω τουλάχιστον να παρατηρήσω ότι μια τέτοια διόρθωση θα ήταν σε κάθε περίπτωση ενδεδειγμένη, διότι σύμφωνα με τα αποτελέσματα της διαδικασίας δεν υπάρχει κυριαρχία της αγοράς για τη βιταμίνη B_3, ακόμη δε και διότι η αιτίαση περί καταχρήσεως, όσον αφορά τη δέσμευση των αγοραστών, δύσκολα μπορεί να υποστηριχθεί ως προς δύο συμβάσεις. Εκτός αυτού, θα έπρεπε στο πλαίσιο αυτό να ληφθεί κατά το δυνατόν υπόψη το γεγονός ότι σημαντικό μέρος των ποσοτήτων που προμήθευε η προσφεύγουσα εξυπηρετούσε τεχνολογικούς σκοπούς, εισερχόταν δηλαδή σε μία αγορά, για την οποία δεν αποδείχθηκε δεσπόζουσα θέση της προσφεύγουσας. Εξάλλου, θα πρέπει εδώ να ληφθούν υπόψη και οι πραγματικές επιπτώσεις των επικρινομένων συμβάσεων. Επ' αυτού υπενθυμίζω τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, των οποίων την ορθότητα προσπάθησε εν μέρει να αποδείξει, αναφερόμενη στις θέσεις των αγοραστών της επί των αιτιάσεων της Επιτροπής, ότι οι αγοραστές αισθάνονταν σε μεγάλη έκταση ελεύθεροι στις αποφάσεις τους για αγορά κυρίως χάρη στην αγγλική ρήτρα και στο φιλελεύθερο τρόπο με τον οποίο η προσφεύγουσα έκανε χρήση αυτής. Υπενθυμίζω ακόμη τις απαντήσεις της Επιτροπής, σύμφωνα με τις οποίες, όπως φαίνεται — αυτό προφανώς δεν ελεγχόταν πάντοτε —, οι επιβαλλόμενες υποχρεώσεις δεν τηρούνταν πάντοτε και η έλξη, που ασκήθηκε από τη χορήγηση εκπτώσεων, δεν ήταν παντού τόσο μεγάλη όσο υπήρχε φόβος. Αυτή η έννοια πρέπει τουλάχιστον να δοθεί στην περιληπτική διαπίστωση της Επιτροπής ότι οι 22 αγοραστές της προσφεύγουσας που ενδιαφέρουν την προκειμένη περίπτωση κάλυψαν κατά το μεγαλύτερο μέρος τις ανάγκες τους αποκλειστικά ή κυρίως από την προσφεύγουσα. Δεν θα εξετάσω τώρα περισσότερες λεπτομέρειες. Επ' αυτού παραπέμπω στις παρατηρήσεις της Επιτροπής στις σελίδες 52 και επόμενες της ανταπαντήσεώς της και στις θέσεις που έλαβε επί

του ερωτηματολογίου του Δικαστηρίου (σ. 12 και επόμενες) καθώς και στις εκθέσεις που προσκομίστηκαν στο Δικαστήριο και αφορούν έρευνες που έγιναν στους πελάτες της προσφεύγουσας.

V — Δεν τελείωσε όμως ακόμη η έρευνα της υποθέσεως. Πρέπει να εξεταστούν ακόμη δύο επιχειρήματα, τα οποία σύμφωνα με την άποψη της προσφεύγουσας κλονίζουν τη νομιμότητα ολόκληρης της απόφασης, συγκεκριμένα η παράβαση της απαγορεύσεως αξιοποιήσεως παρανόμως αποκτηθέντων εγγράφων και η παράβαση του δικαιώματος ακροάσεως.

1. Όσον αφορά το πρώτο σημείο μπορώ να είμαι αρκετά σύντομος.

Επ' αυτού η προσφεύγουσα υποστήριξε ότι παραδόθηκαν στην Επιτροπή από έναν πρώην υπάλληλό της εσωτερικά έγγραφα χωρίς σχετική εξουσιοδότηση, πράγμα που σύμφωνα με το ελβετικό δίκαιο — όπως προκύπτει από ποινική απόφαση κατά του υπαλλήλου αυτού — είναι αξιόποινο. Σύμφωνα με τις δηλώσεις του κατηγορουμένου αυτού προς την αστυνομία, αυτή η πράξη διενεργήθηκε κατά προτροπή της Επιτροπής. Με τον τρόπο αυτό η Επιτροπή προέβη σε ανακριτικές πράξεις αντίθετες προς το διεθνές δίκαιο στο έδαφος της Ελβετίας χωρίς τη συναίνεσή της. Μια τέτοια προσβολή της κυριαρχίας ενός κράτους που δεν είναι μέλος της Κοινότητος οδηγεί αναγκαστικά στην απαγόρευση αξιοποιήσεως των εγγράφων που αποκτήθηκαν μ' αυτό τον τρόπο, αυτό δε ακόμη περισσότερο διότι, λόγω του ότι το εν λόγω πραγματικό προκύπτει χωρίς άλλο από τις συμβάσεις που προσκόμισε η προσφεύγουσα, πρέπει να γίνει δεκτό ότι δεν ήταν απαραίτητη για την Επιτροπή μια τέτοια υπέρβαση των εξουσιών της και συνεπώς ήταν αντίθετη προς την αρχή της αναλογίας.

Η Επιτροπή αμφισβητεί προπαντός ότι προέτρεψε τον πρώην υπάλληλο της προσφεύγουσας να προβεί στις αναφερθείσες ενέργειες. Τίποτα τέτοιο δεν προκύπτει από την προαναφερθείσα ποινική απόφαση. Υπέρ αυτού εξάλλου συνηγορεί το γεγονός ότι η Ελβετία δεν διαμαρτυρήθηκε στην Κοινότητα για ανακριτικές πράξεις που διενεργήθηκαν παράνομα στο έδαφός της.

Με τα επιμέρους όμως ζητήματα δεν χρειάζεται να ασχοληθούμε περισσότερο. Σημαντικό είναι μόνον ότι η προσφεύγουσα τελικά από μόνη της εισήγαγε στη διαδικασία τα εν λόγω έγγραφα. Επιπλέον δήλωσε ότι παραιτείται από το δικαίωμα να προβάλλει την απαγόρευση αξιοποιήσεως και επαφέθηκε ρητά στην κρίση του Δικαστηρίου για την έρευνα και αποσαφήνιση του προβλήματος αυτού. Δεν υπάρχει όμως λόγος γι' αυτό ύστερα από την άποψη στην οποία κατέληξα ώς τώρα επί της υποθέσεως. Γι' αυτό πιστεύω ότι το Δικαστήριο θα πρέπει να αποφύγει την περαιτέρω εξέταση του λεπτού θέματος που του υποβλήθηκε· και αυτό για τον επιπλέον λόγο ότι σε κάθε περίπτωση θα έπρεπε ακόμη να διευκρινιστεί ποιο ρόλο έπαιξαν η Επιτροπή και οι υπάλληλοί της κατά την απόκτηση των αναφερθέντων εγγράφων.

2. Όσον αφορά, εξάλλου, την προσβολή της αρχής του δικαιώματος ακροάσεως, η προσφεύγουσα παραπονείται κατ' αρχήν, διότι ορισμένα αποδεικτικά έγγραφα, στα οποία αναφέρεται η προσβαλλόμενη απόφαση, δεν αποτέλεσαν αντικείμενο ακροάσεως. Περαιτέρω επικρίνει το γεγονός ότι δεν της δόθηκε πρόσβαση σε ορισμένα στοιχεία σχετικά με την αγορά, τα οποία χρησιμοποίησε η Επιτροπή (μερίδια αγοράς των ανταγωνιστών, πωλήσεις βιταμινών στην Κοινότητα, μέγεθος των εισαγωγών) και ότι δεν έλαβε γνώση ή ότι δεν έλαβε πλήρη και έγκαιρη γνώση των πληροφοριών που έδωσαν οι πελάτες της, των εκθέσεων

για έρευνες που έγιναν στους πελάτες της και των θέσεων που έλαβαν οι πελάτες της επί των αιτιάσεων της Επιτροπής. Τέλος, εκφράζει εντελώς γενικά την άποψη ότι κακώς δεν έλαβε πλήρη γνώση του φακέλλου, πράγμα που θα της επέτρεπε να επισημάνει απαλλακτικά στοιχεία που δεν εκτιμήθηκαν.

Επί της επιχειρηματολογίας αυτής πρέπει κατ' αρχήν να τονιστεί ότι τα έγγραφα, για τα οποία η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έπρεπε να αποτελέσουν αντικείμενο ακροάσεως, προέρχονταν από την ίδια και επομένως το περιεχόμενό τους της ήταν γνωστό. Ουσιώδες είναι επίσης ότι, σύμφωνα με τους κανόνες που ισχύουν στην Κοινότητα για τέτοιες διαδικασίες, υποχρέωση γνωστοποιήσεως υφίσταται κατ' αρχήν μόνο για τις αιτιάσεις. Όπως αποσαφηνίστηκε ήδη στη νομολογία, στις αιτιάσεις πρέπει να αναγράφονται τα ουσιώδη πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως και οι νομικές σκέψεις που αναφέρονται σ' αυτά, ενώ δεν γίνεται πουθενά λόγος για μνεία των εγγράφων, στα οποία στηρίζεται η Επιτροπή. Αν όμως γίνει δεκτό ότι υπάρχουν πραγματικά, στα οποία φαίνεται ενδεδειγμένη μία διερεύνηση τέτοιων εγγράφων με τον ή τους ενδιαφερομένους — για παράδειγμα όταν τα έγγραφα αυτά επιτρέπουν πολλές ερμηνείες ή όταν μπορεί να κριθεί ότι δεν είναι πλήρη και ότι θα μπορούσαν να συμπληρωθούν από τους ενδιαφερομένους με έγγραφα που τους απαλλάσσουν — τότε για την προκειμένη περίπτωση είναι σημαντικό ότι δεν διατυπώθηκε τέτοιος ισχυρισμός κατά τη διαδικασία. Επειδή εκτός αυτού τα πραγματικά περιστατικά που αποδεικνύονται με τα επίδικα έγγραφα (δέσμευση των αγοραστών με δώρα υπέρ πιστών πελατών) παρατέθηκαν σαφώς στις αιτιάσεις της Επιτροπής και επειδή επιπλέον αναπτύχθηκαν εκτενώς στη δικαστική διαδικασία, δεν συντρέχει οπωσδήποτε λόγος να ακυρωθεί η απόφαση της Επιτροπής λόγω παραβάσεως του δικαιώματος ακροάσεως στο σημείο αυτό.

Επί της αξιώσεως που προέβαλε περαιτέρω η προσφεύγουσα, να λάβει πλήρη γνώση του φακέλλου, ορθώς κατά τη γνώμη μου παρατήρησε η Επιτροπή ότι αυτό δεν προβλέπεται ρητά στο κοινοτικό δίκαιο και ούτε φαίνεται να υπάρχει γενική αρχή του δικαίου με τέτοιο περιεχόμενο. Επ' αυτού ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζουν τα όσα εξέθεσε η Επιτροπή επί των δικονομικών διατάξεων του πολύ ανεπτυγμένου γερμανικού δικαίου των συμπράξεων (άρθρο 53 του νόμου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού). Σύμφωνα με αυτά, κατά τη διοικητική διαδικασία ισχύει μόνον η αρχή ότι πρέπει να δίνεται στους ενδιαφερομένους η ευκαιρία να λάβουν θέση επί των εναντίον τους αιτιάσεων και ότι μία απόφαση δεν μπορεί να στηριχτεί σε γεγονότα που παρέμειναν άγνωστα στους ενδιαφερομένους. Προφανώς η αρχή αυτή εφαρμόζεται από το Bundeskartellamt με την έννοια ότι γνωστοποιείται στους ενδιαφερομένους μόνο το ουσιώδες περιεχόμενο των εγγράφων και ότι αυτοί ενημερώνονται μόνο για το ουσιώδες περιεχόμενο των θέσεων που έλαβαν άλλοι ενδιαφερόμενοι. Ούτε και στη διαδικασία προσφυγής (Beschwerde), που είναι δικαστική διαδικασία, υπάρχει δικαίωμα πλήρους γνώσεως του φακέλλου. Μελέτη προηγούμενων, παραλλήλων φακέλλων, εκθέσεων πραγματογνωμοσύνης και πληροφοριών επιτρέπεται, σύμφωνα με το άρθρο 71 του νόμου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού, μόνο με συναίνεση των ενδιαφερομένων και, όταν η συναίνεση δεν δίνεται κατ' επίκληση της υποχρεώσεως τηρήσεως του απορρήτου, γνωστοποιείται μόνο το περιεχόμενό τους, ώστε να μπορεί να αξιολογηθεί κατά τη διαδικασία.

Βάσει αυτών των αρχών πρέπει επομένως να παρατηρηθούν ακόμη μόνον τα εξής επί των επιμέρους παραπόνων που προβάλλει η προσφεύγουσα:

Ανεξαρτήτως του ότι σε ερωτήματα της προσφεύγουσας δόθηκαν απαντήσεις με

έγγραφο της γενικής διευθύνσεως ανταγωνισμού της 13ης Αυγούστου 1975 και ότι ορισμένα αιτήματα της προσφεύγουσας, όπως προκύπτει από έγγραφο της Επιτροπής της 16ης Ιουλίου 1976, έγιναν κατά βάση δεκτά, σημασία έχει όσον αφορά τα μερίδια αγοράς άλλων ανταγωνιστών, ως προς τα οποία κατ' αρχήν η Επιτροπή, στηριζόμενη στην απόφαση 45/69 (Boehringer Mannheim GmbH κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, απόφαση της 15ης Ιουλίου 1970, Slg. 1970, σ. 769), επικαλέστηκε την υποχρέωσή της για τήρηση του απορρήτου, ότι τα στοιχεία αυτά σε ανώνυμη μορφή γνωστοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα τουλάχιστον κατά τη δικαστική διαδικασία, πράγμα που ως γνωστό επέτρεψε να επέλθει σε μεγάλη έκταση συμφωνία ως προς την αξιολόγηση των μεριδίων αγοράς.

Τέλος, όσον αφορά τις πληροφορίες που συλλέχτηκαν από τους πελάτες της προσφεύγουσας και τις σ' αυτούς διενεργηθείσες έρευνες, σημασία έχει ότι μόνο ένα τμήμα των πελατών έδωσε τη συναίνεσή του για τη διαβίβαση των εγγράφων αυτών στην προσφεύγουσα. Με την επιφύλαξη αυτή έλαβε η προσφεύγουσα γνώση των αναφερθέντων εγγράφων και μπόρεσε να έχει πρόσβαση και σε έγγραφα που αφορούν, ανώνυμα, άλλους πελάτες. Επιπλέον, στα έγγραφα αυτά θα μπορούσε κανείς να στηριχτεί μόνον εάν για την κρίση της προσβαλλομένης αποφάσεως είχαν σημασία οι πραγματικές επιπτώσεις του συστήματος πωλήσεων της προσφεύγουσας, πράγμα όμως που κατά τη γνώμη μου δεν συντρέχει αν ακυρωθεί το πρόστιμο.

Όσον αφορά τις θέσεις που έλαβαν οι αγοραστές της προσφεύγουσας επί των αιτιάσεων που τους γνωστοποίησε η Επιτροπή, θα έλεγα ότι μπορεί τώρα να μείνει ανοιχτό το ζήτημα αν ορθά η Επιτροπή τις αντιμετωπισε ως απόρρητες. Εν πάση περιπτώσει έχουν πράγματι πολύ μικρή αξία για την παρούσα δίκη, αυτό δε ανεξάρτητα από σκέψεις στις οποίες θα επανέλθω, για το λόγο ότι διατυπώθηκαν στο πλαίσιο διαδικασίας κατά το άρθρο 85, στην οποία οι αντισυμβαλλόμενοι της προσφεύγουσας έπρεπε να θεωρούν τον εαυτό τους κατά κάποιο τρόπο ως κατηγορούμενο.

Επομένως, ακόμη και αν δημιουργείται η εντύπωση ότι η Επιτροπή έπρεπε στη διοικητική διαδικασία να εξετάσει εκτενέστερα μαζί με την προσφεύγουσα τα έγγραφα στα οποία στηρίχθηκε και ότι, χωρίς να παραβεί την υποχρέωση τηρήσεως του απορρήτου, έπρεπε να προβλέψει πληρέστερη ενημέρωση της προσφεύγουσας για ουσιώδη γεγονότα ήδη κατά τη διοικητική και όχι το πρώτο κατά τη δικαστική διαδικασία, πάντως στην προκειμένη περίπτωση δεν μπορεί να γίνει λόγος για παράβαση βασικών δικαιωμάτων υπερασπίσεως, η οποία θα έπρεπε να επιφέρει ακύρωση ολόκληρης της προσβαλλόμενης απόφασης.

VI — Ας συνοψίσω για άλλη μια φορά την άποψή μου.

Έχω τη γνώμη ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ορθή, στο μέτρο που δέχεται δεσπόζουσα θέση της προσφεύγουσας στις αγορές έξι βιταμινών, δηλαδή όχι στην αγορά της βιταμίνης B_3, και στο μέτρο που επιρρίπτει στην προσφεύγουσα καταχρηστική δέσμευση είκοσι αγοραστών, δηλαδή όχι των επιχειρήσεων Protector και Upjohn, καθώς και καταχρηστική άνιση μεταχείριση των επιχειρή-

σεων που αναφέρονται στην απόφαση. Αντίθετα, νομίζω ότι η επιβολή προστίμου λόγω προσβολής του άρθρου 86 δεν δικαιολογείται ελλείψει επαρκούς υπαιτιότητας της προσφεύγουσας. Στο μέτρο αυτό πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή της Hoffmann-La Roche· κατά τα λοιπά πρέπει να απορριφθεί.