

## РЕШЕНИЕ НА СЪДА

29 март 1979 година\*

„Господстващо положение”

По дело 85/76

**Hoffmann-La Roche & Co. AG**, Базел, за което се явяват адв. А. Deringer и J. Sedemund, avocats от адвокатската колегия на Кьолн, със съдебен адрес в Люксембург при адв. Е. Arendt, п.к. 39,

ищец,

срещу

**Комисията на Европейските общности**, Брюксел, за която се явява г-н Е. Zimmermann, правен съветник, със съдебен адрес в Люксембург при г-н Mario Cervi, сграда Monnet, Kirchberg,

ответник,

с предмет отмяната на решението на Комисията от 9 юни 1976 г. относно процедура за прилагане на член 86 от Договора за ЕИО (IV/29.020 – витамини),

СЪДЪТ,

в състав: г-н Н. Kutscher, председател, г-н J. Mertens de Wilmars и г-н Mackenzie Stuart, председатели на състав, г-н А. Donner, г-н Р. Pescatore, г-н М. Sørensen, г-н А. O'Keefe, г-н G. Bosco и г-н А. Touffait, съдии,

генерален адвокат: г-н G. Reischl,

секретар: г-н А. Van Houtte,

постанови настоящото

### Решение

1. Искът, предявен на 27 август 1976 г., от дружеството по швейцарското право Hoffmann-La Roche & Co. AG (наричано по-нататък със съкращението Roche), чието седалище е в Базел, главно е цели отмяната Решението (IV/29.020 – витамини) на Комисията от 9 юни 1976 г. относно процедура за прилагане на член 86 от Договора за ЕИО, нотифицирано на ищеца на 14 юни

---

\* Език на производството: немски.

1976 г. и публикувано в Официален вестник на Европейските общности L 223 от 16 август 1976 г. и при условия на евентуалност за отмяна на член 3 от това решение, който налага на ищеца глоба от 300 000 разчетни единици или 1 098 000 германски марки.

2. С това решение е установено, че Roche има, в рамките на общия пазар, господстващо положение по смисъла на член 86 от Договора върху пазарите на витамини А, В<sub>2</sub>, В<sub>3</sub> (пантотенова киселина), В<sub>6</sub>, С, Е и Н (биотин), и че е извършило нарушение на този член като е злоупотребил с това положение чрез сключването от 1964 г., и по-специално между 1970 г. и 1974 г. с 22 купувачи на тези витамини, договори, които съдържат за тези купувачи задължението или чрез предоставяне на премии за лоялност, стимул да закупуват всички или по-голямата част от техните нужди от витамини изключително или за предпочитане от Roche (член 1 от Решението).

Това решение задължава Roche да прекрати незабавно нарушението (член 2) и го осъжда да заплати посочената по-горе глоба (член 3).

3. В подкрепа на неговото искане, ищецът изтъква следните правни основания:

- *Първо правно основание:* оспорваното решение нарушава основните принципи свързани с определянето и предвидимостта на правилата свързани със санкции.

- *Второ правно основание:* оспорваното решение е опорочено от няколко порока във формата поради неправомерности на административната процедура, съгласно която е постановено.

- *Трето правно основание:* оспорваното решение нарушава член 86 от Договора за ЕИО, тъй като Комисията тълкува неправилно и във всеки случай прилага неточно понятията за господстващо положение и за злоупотреба с господстващо положение, които могат да засегнат търговията между държавите-членки, като установява, че Roche е имало подобно положение и като определя спорните договори като пораждащи такава злоупотреба.

- *Четвърто правно основание:* оспорваното решение, като налага глоба на Roche, нарушава член 15, параграф 2 от Регламент № 17 на Съвета от 6 февруари 1962 г. (ОВ 13, стр. 204), твърдяните нарушения, доколкото могат да бъдат установени, не са били извършени умишлено или поради небрежност.

В своя иск ищецът, освен това, се позовава на нарушението, от оспорваното решение, на член 18 от Регламент № 17 на Съвета от 6 февруари 1962 г. и на Финансов регламент № 68/313 от 30 юли 1968 г. (ОВ L 199, стр. 1) за това, че глобата е конвертирана в германски марки, но по време на производството,

ищецът е оттеглил това правно основание, така че само посочените по-горе четири правни основания трябва да бъдат разгледани.

*Първо правно основание: нарушението на принципа на определянето и на предвидимостта на правилата свързани със санкции*

4. Според ищеца понятията за господстващо положение и злоупотреба с подобно положение, изложени в член 86 от Договора за ЕИО, са сред най-неопределените и неясни понятия, както в правото на Общността така и в националното право на държавите-членки, и че следователно, чрез прилагане на основен правен принцип, който трябва да бъде изведен от максимата „*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, Комисията не може да налага санкциите, предвидени в случаите на нарушение на тази разпоредба, докато тези понятия не бъдат достатъчно уточнени или от административна или от съдебна практика, за да могат предприятията да се информират.

5. Ищецът обаче не оспорва компетентността на Комисията да тълкува и уточнява тези понятия в приеманите от нея решения по отношение на предприятията, а само тази да налага санкции, докато не са ясно определени, какъвто е и случаят по настоящото дело.

6. Следователно правното основание се отнася единствено до наложената глоба и е необходимо да бъде разглеждано по-нататък заедно с другите оплаквания, изразени срещу налагането на тази глоба.

*Второ правно основание: неправомерности на административното производство*

7. В това отношение, ищецът, на първо място, твърди в своя иск, че процедурата, започната от Комисията по нейна инициатива срещу него съгласно членове 3 и 15 от Регламент № 17 на Съвета, е незаконна, като се има предвид факта, че документи, предназначени за вътрешно ползване от неговите отдели, са станали незаконно притежание на Комисията.

Пред Съда обаче, както по време на писмената фаза на производството, така и през устната, той е заявил, че оттегля това правно основание и самият той прибавя към преписката по делото, заедно с другите, документите, използването на които от Комисията преди е смятана за неправомерна.

При тези обстоятелства, това правно основание може да бъде отхвърлено без допълнително разглеждане, тъй като Съдът счита, че не е необходимо да се разглежда служебно.

8. На второ място, ищецът твърди, че в оспорваното решение, документите, и по-специално тези от тях, които не са били предоставени в хода на административното производство, както и други доказателства, които Комисията е отказала да разгледа с оглед на задължението си да запази професионална тайна, не са били взети предвид.

По този начин, ищецът първо се позовава на документите, упоменати в съображение 12 от оспорваното решение, а именно четири вътрешни циркулярни писма на Roche, които според това решение са от септември 1970 г. (в действителност 8 септември 1972 г.), декември 1970 г., май 1971 г. (в действителност от средата на август 1971 г.) и август 1971 г., както и на протокола от European Bulk Managers Meeting, състояла се на 12 и 13 октомври 1971 г. (в действителност на 12 и 13 октомври 1972 г.).

От друга страна се позовава на доказателството, което Комисията е получила от други производители на витамини, и с помощта на което е изчислила пазарните дялове, които твърди, че има Roche, както и на информацията, изискана и получена от клиентите на ищеца с цел да се установи дали договорите, сключването на които се счита от Комисията за злоупотреба с господстващо положение, имат ограничителен ефект върху конкуренцията и търговията между държавите-членки.

9. Спазването на правата на защита във всяко производство, което може да завърши с налагане на санкции, и по-специално на глоби и периодични имуществени санкции, представлява основен принцип на правото на Общността, който трябва да се съблюдава, дори и ако става въпрос за производство от административен характер.

Като прилага този принцип, член 19, параграф 1 от Регламент № 17 на Съвета задължава Комисията преди вземането на решение за налагане на глоби, да предостави на заинтересованите страни възможност да изложат техните гледни точки относно оплакванията срещу тях.

По подобен начин, член 4 от Регламент № 99/63 на Комисията от 25 юли 1963 г. (ОВ, стр. 2268) относно изслушванията, предвидени в член 19 от Регламент № 17, предвижда, че в своите решения Комисията се занимава единствено с тези възражения, повдигнати срещу предприятия и сдружения на предприятия, по отношение на които те са имали възможност да изложат гледните си точки.

10. Въпреки че Съдът в свое решение от 15 юли 1970 г. (по дело *Boehringer*, 45/69, *Recueil*, стр. 769) е установил, че що се отнася до изложението на възражения - първият етап от административното производство - отговаря на изискванията, ако изложението ясно посочва, макар и накратко, основните факти, на които се позовава Комисията, при условие, че тя представи „в хода на административната процедура подробности, необходими на защитата”.

11. Следователно от цитираните по-горе разпоредби, както и от общия принцип, който те прилагат, следва, че спазването на правата на защита изисква на заинтересованите предприятия да бъде предоставена възможност по време на административното производство да заявят позициите си относно истинността и уместността на твърдяните факти и обстоятелства, както и

относно документите, използвани от Комисията в подкрепа на нейното твърдение за съществуване на нарушение на член 86 от Договора.

12. Комисията не отрича, че поради факта, че е задължена да пази професионална тайна, е отказала да предаде информацията, която е получила от конкурентите или клиентите на Roche, въз основа на които, заедно с друга информация, е оценила пазарните дялове и е базирала преценката си, че спорните договори ограничават конкуренцията.

13. Въпреки че член 20, параграф 2 от Регламент № 17 предвижда, че „без да се накърняват разпоредбите на членове 19 и 21, Комисията и компетентните власти на държавите-членки, техните служители и други сътрудници не могат да разкриват информацията, получена от тях в резултат на прилагането на този регламент и от вида, обхванат от задължението за професионална тайна”, това правило, както го потвърждава изричното препращане към член 19, трябва да се съгласува със спазването на правата на защита.

14. Упоменатият член 20 като дава на предприятията, които предоставят информация, гаранция, че техните интереси, които са свързани със спазването на професионалната тайна, не са застрашени, позволява на Комисията да събере по възможно най-обширния начин информацията, необходима за упражняването на задачата, възложена Ж от членове 85 и 86 от Договора, без предприятията да могат да Ж противопоставят отказ, но не разрешава все пак да запазва за сметка на засегнатите информация, чрез процедура, посочена в Регламент № 17, факти, обстоятелства и документи, които смята, че не може да разпространява, ако този отказ за разпространяване засяга възможността на това предприятие да ефективно да изрази становището си относно истинността или обхвата на тези обстоятелства, документите или също относно заключенията, направени от Комисията въз основа на последните.

15. Ако обаче подобни неправомерности са били наистина отстранени по време на производството пред Съда, те не водят задължително до отмяна на оспорваното решение, доколкото правата на защита не са засегнати от това късно привеждане в законосъобразна форма.

16. Документите, на които се позовава ищецът са, от една страна, тези, упоменати в съображение 12 от оспорваното решение, т.е. същите като тези, спрямо които ищецът е критикувал начина, по който са станали притежание на Комисията, въпреки че впоследствие ги е включил в преписката по делото, създадена пред Съда, за да може да бъде установено и осъществено състезателно производство по този повод.

От друга страна, що се отнася до информацията, въз основа на която Комисията е изчислила пазарните дялове и анализът Ж относно последиците от спорните договори, страните, по време на писмената фаза от процедурата, по искане на Съда, са представили, след обмен на информация, общ документ, който показва, че Комисията по отношение на всички съответни витамини е

разкрила основите на своите изчисления на пазарните дялове съгласно тяхната стойност за 1972 г., 1973 г. и 1974 г., така че Roche е бил в състояние да прецени пазарния си дял според продадените количества на основата на продажбите на определени конкуренти, посочени в документите, съставени от Комисията.

17. По този начин, страните са имали възможност да постигнат съгласие относно преценка на пазарните дялове в зависимост от количеството и стойността - макар че не са постигнали съгласие по отношение на въпроса кой от двата критерия е определящ - що се отнася до витамини А, В<sub>3</sub> и Н, както и до витамини С и Е, като по отношение на последните изследването на пазара трябва да се вземе предвид поради взаимозаменяемостта за определени цели на тези два витамина с други продукти, единствено пазарните дялове на витамини В<sub>2</sub> и В<sub>6</sub> са установени.

18. На последно място, по искане на Съда по време на писмената фаза на производството, Комисията е представила протокол от срещата между Roche и Unilever, упоменат в съображение 3 от оспорваното решение, както и докладите от разследванията, извършени от нейните служители с клиентите на Roche, които са сключили спорните договори, или за тези от предприятията, които искат да запазят анонимност, бележки, които обобщават посочените доклади.

19. При тези обстоятелства, правното основание, изведено от нарушението на правата на защита не може повече да се поддържа твърдение.

*Трето правно основание: нарушението на член 86 от Договора*

20. Според ищеца, Комисията е нарушила член 86 от Договора в следните насоки:

I Оспорваното решение приема погрешно, че ищецът има господстващо положение, тълкува това понятие неточно и го прилага погрешно в настоящия случай, и по-специално по отношение на оценката и уместността както на пазарните дялове така и на други фактори, използвани за определяне на наличието на твърдяното господстващо положение.

II Оспорваното решение приема, във всички случаи погрешно, че ищецът е злоупотребил с господстващото си положение, тъй като Комисията е направила погрешен анализ на договорите, чието сключване според нея представлява злоупотреба, както и ограничителни ефекти върху конкуренцията на посочените договори.

III Оспорваното решение приема погрешно, че поведението на ищеца е имало значително влияние върху търговията в рамките на Общността.

I – Наличие на господстващо положение

## Раздел 1: определяне на съответните пазари

21. С оглед определяне на наличието на господстващо положение на Roche, е необходимо да се разграничат съответните пазари както от географска гледна точка така и от гледна точка на продукта.

22. Както става ясно от съображения 3 и 6 от оспорваното решение взетият предвид географски пазар обхваща целия общ пазар, т.е. шестте държави-членки към 31 декември 1971 г., и деветте държави-членки след това.

23. Продуктите, посочени от оспорваното решение са насипните витамини, които принадлежат към тринадесет групи, от които осем са произвеждани и търгувани от Roche (А, В<sub>1</sub>, В<sub>2</sub>, В<sub>3</sub> (пантотенова киселина), В<sub>6</sub>, С, Е и Н (биотин)) и пет закупени от производители и препродадени от Roche ( В<sub>12</sub>, D, РР, К и М).

Комисията установи, че съществува господстващо положение в седем от осемте групи, произвеждани от Roche, а именно А, В<sub>2</sub>, В<sub>3</sub>, В<sub>6</sub>, С, Е и Н.

Страните постигнаха съгласие, от една страна, че всяка от тези групи има специфични метаболитни функции и поради това витамините не са взаимозаменяеми, а, от друга страна, относно общите три употреби на тези групи, а именно за храна, за храна за животни и за фармацевтични цели, въпросните витамини не се намират в отношение на конкуренция с други продукти.

24. След вземане предвид на тези фактори, Комисията е счела (съображение 20 от оспорваното решение), че всяка група витамини представлява отделен пазар, и че Roche, след като първоначално предложи, че няколко групи могат заедно да образуват един пазар, прие тази гледна точка, ако не се смята, според нея, че групите витамини С и Е, разгледани поотделно, образуват по-широк пазар с други продукти.

Следователно трябва да се проучи дали Комисията правилно е разграничила пазарите, към които принадлежат витамините от групи С и Е.

25. Установено е, че витамини С и Е, освен използването им във фармацевтичната промишленост и в храна и храна за животни – определена като био-хранителна употреба - се продават също, *inter alia*, като антиоксиданти, ферментационни агенти и добавки – употреби, обхванати от понятието „технологични” – и че доколкото има търсене на тези витамини за целите на споменатите технологични употреби, те са изложени на конкуренцията на други продукти, подходящи за същите цели.

26. Според Roche, от това трябва да се заключи, че витамините от групи С и Е са част от по-широк пазар, който обхваща тези други продукти, и че

Комисията е преувеличила делът на Roche на споменатите пазари, като е пропуснала да обхване последните.

27. От друга страна, според Комисията продуктите, които могат да заместят витамини С и Е за технологични цели, не могат да бъдат включени в същите пазари като тези витамини, тъй като степента на взаимозаменяемост на тези продукти и въпросните витамини е недостатъчна дори поради възможните две предназначения на последните.

Използваните витамини за био-хранителни цели и тези, използвани за технологични цели, не могат да бъдат разделени в два отделни пазара, защото поради това, че тези продукти имат възможна двойна употреба, производителите и купувачите могат напълно свободно, особено в рамките на един разширяващ се пазар, да ги използват за целта, която според тях е най-изгодна.

Все пак, отчитайки факта, че витамините, продавани от Roche за технологични цели, трябва да бъдат изключени от въпросните пазари, същото трябва да бъде направено и спрямо конкурентите на Roche, като по този начин пазарните дялове ще останат непроменени.

28. Ако продуктът може да бъде използван за различни цели, и ако тези различни цели са в съответствие със икономическите потребности, които от своя страна също са различни, са налице достатъчно основания да се приеме, че продуктът може, в зависимост от обстоятелствата, да принадлежи на различни пазари, които се отличават с различни признаци от гледна точка на структура и условията на конкуренция.

Тази констатация обаче не оправдава извода, че подобен продукт заедно с всички други продукти, които могат да заменят различните негови предназначения и с които той се конкурира, образуват един и същ пазар.

Всъщност понятието за съответен пазар означава, че е възможна ефективна конкуренция между продуктите, които образуват част от пазара, като това предполага, че е налице достатъчна степен на взаимозаменяемост между всички продукти, образуващи част от същия пазар, що се отнася до специфичната употреба на тези продукти.

Следва да се приеме, че липсва взаимозаменяемост, дори и по време на разглеждания период, между всички витамини от всяка от групите С и Е и всички останали продукти, които според обстоятелствата могат да бъдат заменени от една или друга от тези групи витамини за технологични цели, които цели, от своя страна, могат значително да се различават.

29. От друга страна, може да има известно съмнение дали за целите на разграничаването на съответните пазари на витамини от група С и витамини от група Е, е необходимо да бъдат включени всички витамини от всяка от тези



групи в пазар, съответстващ на тази група, или обратното, всяка от тези групи трябва да бъде отнесена към отделен пазар, един, обхващащ витамини за биохранителни цели и втори, обхващащ други витамини за технологични цели.

30. Все пак, за да се изчисли правилно пазарният дял на Roche и неговите конкуренти не трябва да се отговаря на този въпрос, защото както Комисията отбеляза правилно, ако беше необходимо да се направи такова разграничение, то щеше да се направи както спрямо конкурентите на Roche, така и спрямо него - и при липса на доказателство, приведено в противен смисъл от ищеца – в подобни съотношения, в резултат на което пазарните дялове в проценти биха останали непроменени.

На последно място, Roche, в отговор на въпрос на Съда, твърди, че всички витамини от всяка група, независимо от крайното предназначение на продукта, подлежат на една и съща ценова система, поради което те не могат да бъдат отнесени към специфични пазари.

От изложеното по-горе следва, че Комисията е разграничила правилно съответните пазари в оспорваното решение.

#### *Раздел 2: структура на съответните пазари*

31. Въпреки всяка група витамини представлява отделен пазар, тези различни пазари имат обаче, както що се отнася до структурите на производство, така и до тези на търгуване, общи характеристики, които трябва да бъдат подчертани.

32. На първо място, страните са съгласни, че пазарите на всички групи витамини са се разраснали значително в периода между 1950 г. и 1974 г., макар и с различни мащаби, като производството се увеличава непрекъснато през целия период.

33. По-специално относно производството на витамини страните, също така, са съгласни, че въпреки синтеза на витамини, най-вече след изтичането на срока на патентите, незначителен брой от които са собственост на Roche, не възникват особено трудни технически проблеми. Въпреки това, производството на витамини предполага значителни капиталови инвестиции и необходимостта от специално оборудване, което до голяма степен е специфично за всяка група витамини. В резултат на това, капацитетът на фабриките през посочения по-горе период е бил приспособяван към очаквания ръст на търсенето през всеки десетгодишен период.

Независимо от посочения по-горе бурен ръст, пазарната структура при повечето групи витамини е довела до световен свръхкапацитет на производствения инструмент.

Тази ситуация е представена по удивителен начин от изводите, отбелязани в протокола от срещата между Unilever и Roche, състояла се на 11 декември 1972 г., а именно, че капацитетът на Roche, като цяло, е достатъчен сам по себе си да отговори на световното търсене, и че по това време Roche използва само 50 % от своя капацитет.

34. Що се отнася до производителите, които действат в рамките на общия пазар, техният производствен капацитет е съсредоточен през разглеждания от Комисията период в ръцете на ограничен брой предприятия, общо девет според таблицата, съдържаща се в съображение 4 от оспорваното решение, броят на производителите във всяка група е дори по-малък, а именно 4 за витамин А, 3 за витамин В<sub>2</sub>, 3 за витамин В<sub>3</sub>, 4 за витамин В<sub>6</sub>, 5 за витамин С, 4 за витамин Е и 2 за витамин Н.

Някои от тези производители са освен това купувачи и търговци, препродаващи витамини, които те не произвеждат, докато неопределено количество витамини са предлагани от големи търговски къщи, които получават доставките си от източници, различни от деветте производителя, посочени в решението.

35. Що се отнася до *търсенето* на насипни витамини, положението на общия пазар се характеризира с наличието на сравнително голям брой купувачи - около 5 000 за Roche – но една значителна част от това търсене, която що се отнася до Roche, може да бъде изчислена на около 25 % от неговите продажби в рамките на общия пазар, е била по време на разглеждания период в ръцете на 22 големи предприятия, 7 от които принадлежат към фармацевтичния сектор, 5 към хранителния и 10 към храните за животни.

Всички тези клиенти, независимо от икономическия сектор, към който принадлежат, са купувачи на едро, макар и не за всички разглеждани витамини, като очевидното изключение в тази връзка, във всички случаи що се отнася до Roche, е Unilever, който е купувал единствено витамини от група А.

*Раздел 3: Уместност на факторите, използвани от Комисията за установяване на наличието на господстващо положение*

36. Комисията е на мнение, че Roche има господстващо положение на седемте съответни пазара (А, В<sub>2</sub>, В<sub>3</sub>, В<sub>6</sub>, С, Е и Н) и обосновава тази гледна точка, от една страна, със съотношението между пазарните дялове на ищеца и тези на неговите конкуренти, и от друга страна, със съществуването на значителен брой фактори, в случаите, в които пазарният дял не е сам по себе си определящ критерий, които осигуряват на Roche пазарно господство на съответния пазар.

От изложеното по-горе, Комисията заключава (съображение 21 от Решението), че „Roche има в такава степен пълна свобода на действие на съответните пазари, позволяваща му да възпрепятства ефективната

конкуренция в рамките на общия пазар, че може да се приеме, че той има господстващо положение на съответните пазари”.

37. Roche оспорва оценката на пазарните му дялове, както и истинността и уместността на другите фактори, използвани в оспорваното решение.

Roche, също така, обвинява Комисията, че е пропуснала да проучи и вземе предвид неговото поведение на съответните пазари, и по-специално продължаващото значително намаляване на цените на витамините, което доказва, че е налице действаща конкуренция, и че Roche също се поддава на нейния натиск.

38. Член 86 е израз на общата цел на Общността, посочена в член 3, параграф е от Договора, а именно установяването на система, която гарантира свободната конкуренцията в рамките на общия пазар.

Член 86 забранява всяка злоупотреба на предприятие с господстващо положение в значителна част от общия пазар, доколкото това може да засегне търговията между държавите-членки.

Така посоченото господстващо положение се отнася до състояние на икономическа сила на предприятие, което му позволява да възпрепятства поддържането на ефективна конкуренция на съответния пазар, разполагайки с възможността да действа в значителна степен независимо от своите конкуренти, клиенти и накрая потребители.

39. Подобно положение не изключва напълно наличието на известна конкуренция, за разлика от случаите на монопол или квазимонопол, но позволява на предприятието, което се възползва от господстващото положение, ако не да определя, то поне да има значително влияние върху условията, при които се развива конкуренцията, и във всички случаи да действа без да се съобразява с конкуренцията, доколкото подобно поведение не е в негова вреда.

Господстващото положение следва да бъде разграничено от сходни форми на поведение, които са специфични за олигополите. Докато олигополите взаимодействат с останалите икономически субекти, поведението на предприятията, имащи господстващо положение и възползващи се от предимствата на това положение, се определя едностранно.

Наличието на господстващо положение може да произтича от няколко фактора, които сами по себе си, не са задължителен признак за наличието на господстващо положение, но сред тези фактори важно значение има значителния пазарен дял.

40. Наличието на значителен пазарен дял като доказателство за съществуването на господстващо положение не е постоянен фактор и неговата важност е различна на отделните пазари в зависимост от тяхната

структура, особено що се отнася до производството, търсенето и предлагането.

Въпреки че всяка група витамини образува отделен пазар, тези различни пазари, както се изясни в резултат на изследването на тяхната структура, все пак притежават голям брой общи характеристики, които правят възможно към тях да се прилагат еднакви критерии що се отнася до важността на пазарния дял при определянето на наличието на господстващо положение.

41. В допълнение, независимо че важността на пазарния дял е различна за отделните пазари може да се направи обоснован извод, че големите дялове сами по себе си, освен в изключителни случаи, са доказателство за съществуването на господстващо положение.

Предприятие, което притежава много голям пазарен дял и го държи за известен период от време, чрез обема на производство и размера на снабдяване, който поддържа - с изключение на тези с по-малък пазарен дял, които са в състояние бързо да задоволят търсенето от тези, които биха искали да станат независими от предприятието с най-голям пазарен дял - въз основа на този дял е в силна позиция, която го превръща в задължителен търговски партньор, и която му осигурява, най-малкото за сравнително дълги периоди, такава свобода на действие, която е характерна за господстващото положение.

42. Оспорваното решение споменава освен пазарния дял и други фактори, които заедно с пазарния дял на Roche му осигуряват при определени обстоятелства господстващо положение.

Тези фактори, които решението определя като допълнителни критерии, са:

а) пазарните дялове на Roche не са само големи, но има също значителна несъразмерност между неговите дялове и тези на конкурентите, които го следват непосредствено (съображения 5 и 21 от Решението).

б) Roche произвежда много по-широка гама от витамини в сравнение с неговите конкуренти (съображение 21 от Решението).

в) Roche е най-големият световен производител на витамини, чийто оборот надвишава този на всички останали производители и е на върха на многонационална група, която със своя оборот е най-големият фармацевтичен производител в света (съображения 5 - 6 и 21 от Решението).

г) въпреки че срокът на патентите за производство на витамини, притежавани от Roche, е изтекъл, тъй като това има водеща роля в тази област, Roche все още има технологични предимства пред конкурентите си, за които свидетелства високоразвитата информация за клиентите и съпровождащите услуги (съображения 7 и 8 от Решението).

д) Roche разполага с много широка и специализирана търговска мрежа (съображение 8 от Решението).

е) липса на потенциална конкуренция (съображение 21 от Решението).

Освен това, по време на производството пред Съда, Комисията е изтъкнала като фактор, установяващ господстващото положение на Roche, капацитета на последното да запази, независимо от действащата конкуренция, пазарните дялове непроменени.

43. За да се прецени дали факторите, отчетени от Комисията, могат в действителност да се потвърдят в случая на Roche, доколкото ищецът оспорва тяхната уместност, трябва да се вземе предвид дали тези фактори, от гледна точка на специфичните характеристики на съответните пазари и пазарни дялове, са в състояние да разкрият наличието на господстващо положение.

44. В това отношение, трябва да се изключи критерия, основаващ се на запазването на пазарните дялове, тъй като това запазване може да е резултат и от ефективно конкурентно поведение от положение, което осигурява на съответното предприятие възможност на да действа независимо от своите конкуренти и Комисията, като приема, че е налице конкуренция, не е споменала факторите, които могат да повлияят на стабилността на пазарните дялове, ако се установи наличието на такава.

Ако е налице обаче господстващо положение, тогава запазването на пазарните дялове може да е фактор, който разкрива, че това положение е запазено и от друга страна, методите, приети за запазване на господстващо положение, могат да представляват злоупотреба по смисъла на член 86 от Договора.

45. Фактът, че Roche произвежда много по-широка гама витамини в сравнение с конкурентите си, трябва по аналогия да бъде отхвърлен като несъществен.

Комисията приема това като фактор, който установява господстващо положение и заявява, че „доколкото нуждите на много потребители обхващат няколко групи витамини, Roche е в състояние да използва стратегия за продажби, и по-специално на цени, която в много по-малка степен зависи от условията на конкуренция на всеки пазар, отколкото тези на останалите производители”.

46. Все пак, Комисията счита, че всяка група витамини образува отделен пазар, който не е, или поне не е в значителна степен, взаимозаменяем с която и да е друга група витамини или с други продукти (параграф 20 от преамбюла на решението). Следователно, витамините, принадлежащи към различни групи, помежду си се различават толкова, колкото витамините, сравнени с други продукти от фармацевтичната и хранителната промишлености.

От друга страна, не се оспорва, че конкурентите на Roche, и по-специално тези от химическата промишленост, предлагат на пазара, освен витамините, които те произвеждат, и други продукти, които купувачите на витамини също търсят, така че фактът, че Roche е в състояние да предложи няколко групи витамини, не му осигурява, по тази причина, предимство в сравнение с неговите конкуренти, които могат да предложат освен по-тясна или още по-тясна гама от витамини, и други продукти, които също се търсят от купувачите на тези витамини.

47. Подобни съображения водят също до отхвърлянето като съответен фактор на обстоятелството, че Roche е най-големият световен производител на витамини, неговият оборот надхвърля този на всички останали производители и е на върха на най-голямата фармацевтична група в света.

Според Комисията тези три съображения взети заедно доказват, че е налице господстващо положение, защото „ищецът има превъзходство не само в рамките на общия пазар, но и на световния пазар; следователно, ищецът разполага със значима свобода на действие, доколкото положението му позволява лесно да се адаптира към развитието на различните регионални пазари. Предприятие, действащо на световните пазари и имащо пазарен дял, който оставя всички негови конкуренти далеч назад, няма основание да се чувства застрашено от който и да е от конкурентите си в рамките на общия пазар”.

Подобни доводи, основани на предимствата, извлечени от икономия на обема и от възможността за прилагане на различна стратегия към отделните регионални пазари, не е убедителна, тъй като тя приема, че всяка група витамини образува група от отделни продукти, изискващи наличието на отделни заводи и образуващи отделен пазар, по този начин обемът на общото производство на продукти, които се различават помежду си, не предоставя на Roche предимство пред конкурентите му, особено спрямо тези от химическата промишленост, които произвеждат в световен мащаб други продукти, освен витамини, и имат принципно същите възможности да компенсират едни пазари за сметка на други, предлагайки голям обем продукти, различаващи се един от друг, така както се различават отделните групи витамини.

48. От друга страна, съотношението между пазарните дялове на заинтересованото предприятие и тези на неговите конкуренти, особено на следващите най-големи конкуренти, технологичното превъзходство на едно предприятие спрямо конкурентите му, наличието на силно развита търговска мрежа и отсъствието на потенциална конкуренция, са определящи фактори, защото първият посочен фактор дава възможност да бъде оценена конкурентната сила на въпросното предприятие, вторият и третият фактор сами по себе си представляват технически и търговски предимства, и четвъртият фактор, защото е последица от съществуването на пречки, възпрепятстващи навлизането на нови конкуренти на пазара.

Що се отнася до наличието или отсъствието на потенциална конкуренция, трябва все пак да се отбележи, че макар и да е вярно - и това се отнася за всички групи от разглежданите витамини - че поради размера на изискваните капиталови инвестиции, капацитетът на фабриките се определя от очаквания ръст за дълъг период от време. По този начин достъпът до пазара на нови производители е затруднен. Следва да се отчита и факта, че наличието на значителен неизползван производствен капацитет създава потенциална конкуренция между установените производители.

Roche, все пак, е в привилегировано положение, защото, както самото то признава, собственият му производствен капацитет по времето на разглеждания от оспорваното решение период е бил достатъчен да отговори на световното търсене без съществуването на свръхкапацитет на производство да е затруднявало икономическото или финансовото му състояние.

49. С оглед на предходните съображения, следва да се оценят както пазарните дялове на Roche на всеки от съответните пазари, така и другите фактори, които заедно с пазарните дялове, дават възможност за доказване на наличието на господстващо положение.

На последно място, необходимо е да се прецени дали доводите на Roche относно значението на неговото поведение на пазара, и предимно относно определянето на цените, могат да променят констатациите, до които водят проучването на пазарните дялове и на другите фактори.

#### *Раздел 4: приложение на уместни критерии към различните групи витамини*

а) Що се отнася до група витамини А

50. Страните приемат, че пазарният дял на Roche на общия пазар може да бъде определен на 47 % както по стойност така и по количество.

Според информацията, предоставена от Комисията, и която не е оспорена от Roche, пазарните дялове на останалите производители през 1974 г. възлизат на 27 %, 18 %, 7 % и 1 %.

51. Тъй като по този начин съответният пазар има характеристиките на тесен олигополистичен пазар, в който нивото на конкуренция по своята същност вече е отслабено, пазарният дял на Roche, който е равен на общите пазарни дялове на следващите най-големи конкуренти, доказва, че Roche е напълно независим да определя поведението си спрямо своите конкуренти.

Технологичното превъзходство на Roche спрямо конкурентите му, дължащо се на притежаването на няколко патента, свързани с витамин А, дори и след изтичането на срока на тези патенти, е допълнително указание за господстващото положение на Roche.

Както бе посочено по-горе, същото важи и относно липсата на потенциална конкуренция от нови производители. Конкуренцията, произтичаща от свръхкапацитета на производство на съществуващите предприятия, по-скоро е от полза за Roche, както е видно от извлечение от Management Information от средата на август 1971 г., според която: „Although BASF will continue to intensify its activities, we expect to achieve a further steady increase of our turnover. However, the present overcapacity of production is such, that a firming of prices cannot be expected for the next few years. Such a development would, of course, be accelerated if one of our smaller competitors ceased production”.

52. Следователно, Комисията е преценила правилно, че ищецът има господстващо положение на пазара на витамин А.

Фактът, че Roche е трябвало да получава доставки на суровини за производство на витамини от група А от предприятие от химическата промишленост, което също произвежда витамин А, и което впоследствие е било негов конкурент, не е достатъчен да промени заключенията на Комисията, тъй като Roche никога не е твърдял, че е изпитвал затруднения от какъвто и да е характер относно честотата на доставките или техните цени.

б) Що се отнася до група витамини В<sub>2</sub>

53. В оспорваното решение, Комисията оценява пазарния дял на Roche на 86 %.

В документа, изготвен съвместно в хода на писмената фаза на производството, тя е съобщила основата, върху която е извършила изчисленията на пазарните дялове на Roche в стойностно и количествено отношение и освен това от таблиците, които е представила е видно, че целият внос на витамини в рамките на общия пазар, за който се води статистика, е бил взет предвид.

Въз основа на тази информация, тя достига до следните цифри:

Витамин В <sub>2</sub> пазарен дял на Roche	1972 г. (6 държави- членки)	1973 г. (9 държави- членки)	1974 г. (9 държави- членки)
стойност	87,0 %	81,2 %	80,6 %
качество	84,5 %	74,8 %	80,8 %

54. Roche по същество само твърди, че „що се отнася до конкуренцията, трябва да се довери единствено на оценки, за които той не може да представи доказателства в обратна насока”, но Roche оценява своя дял на световния пазар като значително по-малък, а делът си в рамките на общия пазар на не повече от 50 %.



За да оправдае разликата между последната оценка и тази на Комисията, то се позовава на факта, че „ ако производственият капацитет на ферментация, особено в САЩ, от 200 до 300 тона годишно, който е намален до минимум в началото на 1970 г., но който може всеки момент да бъде възобновен, се добави към тези изчисления, неговият дял е само около 50 %”, като се позовава така – без други уточнения - или наличието на потенциална конкуренция, или намалението на неговия производствен капацитет в САЩ.

55. Ако първото предположение се окаже правилно, това би означавало, че след 1970 г. някои от конкурентите на Roche са били отстранени от пазара.

Дори ако се приеме, че става въпрос за затваряне на производствените капацитети на Roche, което не е напълно сигурно, този факт не може сам по себе си да послужи за оспорване на изчисленията на Комисията, тъй като не е установено, че конкурентите също не са затворили производствения си капацитет, и че във всички случаи неизбежният резултат от това е било намаляване на пазарните дялове на Roche в рамките на общия пазар, а не толкова рационализиране на производството.

Освен това, ако наличието на свръхкапацитет на производство може, при определени обстоятелства, да е фактор на потенциална конкуренция, и е в състояние да повлияе при отговора на въпроса дали съществува господстващо положение - въпреки, че както вече е било потвърдено по-горе, този фактор не е бил приложим за Roche по време на разглеждания период - не може да засегне оценяването на пазарните дялове, които всъщност са били придобити.

56. При тези обстоятелства, коригираните изчисления на Комисията, за които има достатъчно основание да бъдат приети, не могат да бъдат поставени под съмнение от горепосочените възражения и пазарните дялове, които разкриват тези оценки, са толкова големи, че сами по себе си представляват доказателство за господстващо положение.

в) що се отнася до група витамини В<sub>3</sub> (пантотенова киселина)

57. Комисията призна, че цифрите използвани в оспорваното решение, следва да бъдат коригирани, като двете страни постигнаха съгласие относно оценяване на пазарните дялове, както следва:

Витамин В <sub>3</sub> пазарен дял на Roche	1972 г. (6 държави- членки)	1973 г. (9 държави- членки)	1974 г. (9 държави- членки)
стойност	28,9 %	34,9 %	51,0 %
количество	18,9 %	23,4 %	41,2 %

58. Дялове от този размер, стойностно или количествено, допълнени от изявлението, съдържащо се в общата позиция на страните, че цифрите за 1971 г. са били с 6 % по-ниски от тези за 1972 г., сами по себе си не представляват фактор, който в достатъчна степен доказва съществуването на господстващо положение през по-голямата част от периода, разглеждан от Комисията.

Обратното, стана ясно, че коригирането, което последната трябваше да направи, се дължеше на неин пропуск да вземе предвид вноса на японски конкурент, който през 1973 г. е възлизал на 30 % от пазара.

От друга страна, Комисията, в случая на този конкретен пазар, не е посочила кои са допълнителните фактори, които заедно с коригирания пазарен дял, биха имали значение за съществуването на господстващо положение.

Въз основа на тези констатации може да се направи изводът, че доколкото се отнася до витамин В<sub>3</sub>, не са налице достатъчно доказателства за съществуването на господстващо положение на Roche за разглеждания период.

г) що се отнася до група витамини В<sub>6</sub>

59. Комисията изчисли пазарният дял на Roche на 95 %, докато Roche, който не представи допълнителни доказателства, свързани с общия пазар, твърди, че има пазарен дял от около 60 - 70 % от световния пазар.

След като страните сравниха цифрите си (приложение 1, буква д) и приложение 2, буква ж) към общата позиция), те не успяха да приемат единна оценка и Комисията представи следните цифри след като коригира оценката си:

Витамини В <sub>6</sub> Пазарен дял на Roche	1972 г. (6 държави- членки)	1973 г. (9 държави- членки)	1974 г. (9 държави- членки)
стойност (В <sub>6</sub> +Н)	87,0 %	90,0 %	83,9 %
количество	84,2 %	86,0 %	88,4 %

60. Трябва да се отбележи, че въпреки че пазарните дялове обхващат двете групи В<sub>6</sub> и Н, поне в стойностно отношение, защото витамините от групи В<sub>6</sub> и Н попадат под едно и също митническо наименование, Roche все пак не е възразило, че този факт не е от естество да промени получените величини.

Roche поддържа, без допълнителни обяснения, че тази оценка трябва да бъде намалена най-малко с 20 %, но дори тази гледна точка да бъде приета без резерви, пазарните дялове на Roche все още ще са толкова значителни, че да доказват съществуването на господстващо положение.

На още повече така, тъй като по време на разглеждания период пазарният дял на никой от четирите най-големи конкурента на Roche не е достигнал 10 %, а дялът на някои от тях е бил вероятно по-малък от 5 %.

д) що се отнася до група витамини С

61. В оспорваното решение, Комисията е оценила пазарния дял на Roche на 68 %, докато по време на производството Roche твърди, че пазарният му дял е 50 %.

След като сравниха своите гледни точки, страните постигнаха съгласие относно оценките на следните пазарни дялове, отчитайки само пазара на витамини:

витамин С пазарен дял на Roche	1972 г. (6 държави- членки)	1973 г. (9 държави- членки)	1974 г. (9 държави членки)
стойност	65,7 %	66,2 %	64,8 %
количество	64,4 %	63,8 %	63,0 %

62. Според Roche тази оценка следва да бъде коригирана чрез включването в съответния пазар на продукти, които конкурират технологичното предназначение на витамин С и приема, че при тези обстоятелства пазарният му дял не надвишава 47 %.

63. Тъй като описаното по-горе съображение относно разграничаването на съответния пазар на витамини, които имат едновременно био-хранително и технологично предназначение доведе до отхвърлянето на аргумента на Roche, трябва да бъдат приети дяловете на пазара на витамин С, за които страните се споразумяха. Тези дялове са доказателство за съществуването на господстващо положение.

Що се отнася и до пазара, на който през 1971 г. имаше недостиг, разликата между дяловете на Roche (64,8 %) и тези на неговите конкуренти, които го следват непосредствено (14,8 % и 6,3 %) потвърди изводът, до който Комисията е достигнала.

е) що се отнася до група витамини Е

64. В оспорваното решение, Комисията е оценила дяловете на Roche на пазара на витамин Е на 70 %, докато по време на процеса Roche твърди, че пазарният му дял е 40 %.

След като сравниха своите гледни точки, страните постигнаха съгласие, че само пазарът на витамин Е трябва да бъде взет предвид, както следва:

витамин Е пазарен дял на Roche	1972 г. (6 държави- членки)	1973 г. (9 държави- членки)	1974 г. (9 държави- членки)
стойност	54,0 %	64,0 %	58,0 %
количество	50,0 %	60,0 %	54,0 %

Според оценката на Roche, пазарният му дял за 1970 г. и 1971 г. е все още със 7 % по-малък от този през 1972 г.

65. Roche е на мнение, поради същите причини, които бяха изложени във връзка с витамин С, че съответният пазар трябва да включва също и продукти, които се конкурират с технологичното предназначение на витамин Е и твърди, че при тези обстоятелства неговият пазарен дял за 1974 г. не е надвишил 40 %.

66. Доколкото аргументът на Roche за разграничаването на съответния пазар бе отхвърлен по причините, изложени по-горе, е необходимо да бъдат взети предвид пазарните дялове, относно които страните постигнаха съгласие.

Размерът на тези дялове, който сам по себе си е значителен, е достигнат най-вече поради факта, че дяловете на конкурентите на Roche трябва да бъдат оценени, след посоченото по-горе коригиране, за 1974 г., в съответствие със стойността, на 16 %, 6 % и 1 % за другите производители и на 19 % за един или повече вносители, обикновено предприятия, действащи в трети страни.

Позиция, подобна на установената, отговаря дори в по-голяма степен от тази, установена за витамин А, на модела за тесен олигополистичен пазар, на който пазар Roche заема значително по-голям дял от общите пазарни дялове на следващите два най-големи конкурента.

Следователно, Комисията е приела правилно, че е налице господстващо положение на този пазар.

ж) що се отнася до група витамини Н

67. Ищецът призна, че държи 100 % от този пазар, и че през разглеждания период неговият пазарен дял е възлизал на 93 %, от което следва, че фактически е има монопол.

з) Обобщение

68. От изложеното следва, че по отношение на групи витамини А, В<sub>2</sub>, В<sub>6</sub>, С, Е и Н, всички фактори на господстващото положение са налице, а по отношение на витамин В<sub>3</sub> не е установено наличието на господстващо положение.

## *Раздел 5: поведение на ищеца на пазара*

69. Във всички случаи е необходимо да се отчете дали предходните изводи не са в противоречие с поведението на ищеца на съответните пазари. Според Roche на пазарите е имало не само действаща конкуренция, но и тази конкуренция е оказвала натиск върху него.

В този смисъл, Roche обръща особено внимание на факта, че цените на различните групи витамини трайно са намалявали, и че в някои държави-членки неговите пазарни дялове са намалели.

Roche, също така, се позовава на информацията, която се съдържа в различни вътрешни документи, и по-специално в „Management Information” и „Marketing news”, която разпространява периодично, и която съдържа анализ на пазарното положение на всяка група витамини, както и на документите, свързани с „European Bulk managers meeting”, организирана от Roche в Базел през октомври 1972 г.

70. Както Съдът вече е установил в своето решение от 14 февруари 1978 г. (по дело United Brands, 27/76, Recueil 1978 г., стр. 207), че дори наличието на действаща конкуренция на определен пазар на изключва възможността за съществуването на господстващо положение на този пазар, доколкото най-важната предпоставка за наличието на господстващо положение е възможността на съответното предприятие да действа без да се съобразява в своята пазарна стратегия с конкуренцията на този пазар, като това поведение не е свързано с вредни последици за предприятието.

71. Фактът обаче, че едно предприятие е принудено от натиска на намаляването на цените на конкурентите му да намали собствените си цени, по принцип е несъвместим с независимото поведение, което е отличителен белег на господстващото положение.

В приложенията към своя иск, ищецът представи многобройни графики с две различни криви, едната за измерване на намалението на цените, а другата за изчисляване на увеличението на производството на различните групи витамини на Roche на световния пазар през период, който обхваща, в зависимост от случая, годините между 1940 - 1954 и до края на 1974 г.

72. Все пак, трябва да се отбележи, че тези графики се отнасят до световния пазар, и че Roche, който многократно подчерта несъответствието между ценовите различия от една държава-членка в друга, не може да поддържа едновременно с това твърдението, че разликите на световния пазар са непременно представителни за пазарните тенденции в Общността.

Дори ако се предположи, че отчетените тенденции на световните цени могат да се приемат като отразяващи общите тенденции на цените в рамките на общия пазар, все пак, изследването на графиките показва ясно, до голяма

степен, че цените на различните групи витамини са паднали значително, докато производството се е увеличило бавно, но че тези намаления са били значително редуцирани и постепенно дори заместени от високо ниво на стабилност от времето, когато е било налице значително увеличение в производството на всяка специфична група витамини, а именно: от 1964 г. в случая на витамин А; от 1956 г. в случая на витамин В<sub>2</sub>; от 1966 г. в случая на витамин В<sub>6</sub>; от 1958 г. в случая на витамин С; от 1950 г. в случая на витамин В<sub>3</sub>; от 1965 г. в случая на витамин Е, докато в случая на витамин Н (биотин), ценовата крива, която до 1979 г. е била стабилна, от този момент намалява незначително, докато през същото време производството нараства.

Тези данни показват, че има отношение между цените, от една страна, и обемът на производството и разноските, от друга страна, а не между цените и натиска на конкуренцията.

73. В отговор на въпросите, поставени от Съда, Roche представи няколко таблици (приложение 4, букви а) - и) от общата позиция), които показват разликите в цените на витамините, които според Roche са най-представителни за всяка група между 1970 г. и 1976 г. за всяка държава-членка, както и средните цени въз основа на националните цени в Общността.

74. Всъщност, тези таблици показват, че увеличението и намалението на цените се различават значително.

Ценовите разлики на същия продукт през същия период обаче се различават очевидно в различните държави-членки и това показва разделянето на пазарите и е могло да доведе до вероятността за съответстваща ценова стратегия.

Заслужава да се отбележи, че в случая на витамин Н (биотин), Roche признава, че неговият пазарен дял е бил 100 % през 1970 г. и 93 % през 1974 г., приложение 4 към общата позиция на страните показва, че е имало значително намаление на цените, което, изразено в средни стойности в швейцарски франкове, и показва намаления в рамките на целия общ пазар от 40,54 швейцарски франка през 1970 г. до 30,72 швейцарски франка през 1973 г. и до 29,85 швейцарски франка през 1974 г., които в случай на предприятия с пазарен дял между 93 % и 100 % не могат да се отдадат на натиск от конкуренция, а по-скоро се определят от ценова политика, която е приета съзнателно и свободно и по никакъв начин не са несъвместими със съществуването на господстващ пазар.

75. Тази констатация се потвърждава в голяма степен от споменатите по-горе вътрешни документи.

Що се отнася конкретно до витамин Н (биотин), „Management Information” от 8 септември 1972 г. разкрива, че макар конкурент – предприятието Sumitoni - пръв да започва производството на биотин в края на 1971 г., Sumitoni предпочита да продава част от своята продукция на Roche, а остатъкът в

САЩ, и че Roche очаквайки появата на друг производител през 1973 г. решава да удари пръв и намалява своята „негъвкава ценова политика отведнъж”.

Факт е, че през 1973 г. е регистриран значителен спад в цените на витамин Н.

76. Тези фактори показват, че Roche не е обект на какъвто и да е натиск от страна на конкуренцията, а че въз основа на своето положение е в състояние да прилага ценова политика, насочена към предотвратяване на такъв натиск.

В допълнение, същата Management Information препоръчва наред с другите превантивни мерки да бъдат използвани договори за лоялност.

77. Що се отнася до витамин С, по отношение на който делът на Roche за периода 1972 – 1974 г. се оценя на около 65 %, Marketing news от 6 декември 1971 г. сочат, че с оглед недостигът на продукта, представителите и дъщерните дружества на Roche са посъветвани, имайки предвид дългосрочната маркетингова стратегия „да отдадат предпочитание на *food industry*, както по отношение на доставките, така и на ценовите предимства” отколкото на фармацевтичната промишленост, която трябва да получава част от своите доставки от дистрибуторите.

78. Въпреки че представените стойности и документи показват разлика в цените, която в някои случаи е значителна, по отношение на всички видове витамини на пазарите, тази разлика в някои случаи е възникнала независимо от конкуренцията, докато в други случаи Roche е играл поне ролята на ценови водач.

В допълнение, представените документи, разглеждани в тяхната цялост, разкриват наличието на първостепенна търговска и пазарна организация, чрез която е възможно да се извършва не само систематично проучване на пазарите, но и да се отчита най-слабото намерение от страна на конкурент да влезе на пазара на един или няколко от продуктите, и която е в състояние не само незабавно да реагира, но и също да предотврати такива реакции чрез предприемане на подходящи мерки.

Тези съображения показват, че предполагаемите и впоследствие действително потвърдени ценови разлики, не доказват съществуването на конкурентен натиск, който да застраши пазарната независимост на Roche що се отнася до пазарна стратегия, както и че подобни разлики не са в състояние да омаловажат констатациите, че е налице господстващо положение, основано за всяка група витамини, на комбинацията от пазарни дялове и други използвани фактори.

79. В последствие, Комисията констатира правилно в оспорваното решение, че е налице господстващо положение относно пазарите на витамини А, В<sub>2</sub>, В<sub>6</sub>, С, Е и Н.

От друга страна, мнението на Комисията, че съществува господстващо положение на пазара на витамин В<sub>3</sub>, се оказва погрешно.

## II. Наличие на злоупотреба с господстващо положение

### *Раздел 1: предварителни съображения*

80. Според оспорваното решение ищецът е злоупотребявал с господстващото си положение чрез сключването с 22 големи купувачи на витамини договори за продажба –около 30 (някои от тях са представлявали продължаване срока на действието на предходни договори с или без допълнителни изменения) - съгласно които купувачите се задължават да получават всички или по-голямата част от своите доставки на витамини или на определени витамини, изрично споменати в договорите, изключително от Roche, и които предоставят на купувачите допълнителни стимули под формата на търговски отстъпки, които Комисията определя като отстъпки за лоялност.

Според Комисията (съображения 22 - 24 от оспорваното решение) ексклузивните договори и отстъпки за лоялност представляват злоупотреба по смисъла на член 86 от Договора, от една страна, защото нарушават конкуренцията между производителите, като лишават клиентите на предприятието с господстващо положение от възможността да избират източниците си на доставки, и, от друга страна, защото техният ефект води до прилагането на различни условия спрямо еквивалентни сделки с други търговски контрагенти. По този част от търговските партньори се поставят в по-неблагоприятно конкурентно положение, защото Roche предлага на двама купувачи две различни цени за едно и също количество на един продукт в зависимост от това дали купувачите са съгласни да получават доставки от конкуренти на Roche.

81. Въпросните договори са за продажба на витамини, принадлежащи към една или повече групи, за които е било установено наличието на господстващо положение спрямо купувачи, които притежават предприятия в рамките на общия пазар, за които са предназначени част или всички от витамините.

Договорите могат да бъдат групирани както следва и по-нататък позоваването на тях ще се извършва въз основа на името на купувача:

1. Afico/Nestlé: *един* договор, сключен за една година, считано от 1 януари 1968 г., с възможност за удължаване на срока на неговото действие чрез мълчаливото съгласие на страните.

2. America Cyanamid: *един* договор, сключен за една година, считано от 1 януари 1971 г., с възможност за удължаване срока на неговото действие чрез мълчаливото съгласие на страните.



3. Animedica: *два* договора, един многонационален договор от 12 януари 1973 г. и другия за доставки за Федерална република Германия от 9 май 1972 г., всеки един със срок от една година, с възможност за удължаване срока на неговото действие чрез мълчаливото съгласие на страните.
4. Beecham: *три* последователни договорености от 1 април 1972 г., 1 април 1973 г. и 31 декември 1973 г., обхващащи съответно периодите от 1.4. 1972 г. – 31.3. 1973 г., 14.. 1973 г. – 31.12. 1973 г., и 1974 г.
5. Capsugel/Parke Davis: *един* договор, сключен на 22 март 1967 г., влязъл в сила на 15 март 1967 г.
6. Dawe's: *един* договор, който е влязъл в сила от 1 август 1971 г. без определяне на неговата продължителност.
7. Guyomarc'h: *един* договор, който е влязъл в сила от 1 май 1972 г. за период от една година и с възможност за удължаване на срока на неговото действие чрез мълчаливото съгласие на страните.
8. Isaac Spencer: *два* договора, първият, обхващащ периода от 1 юли 1973 г. до 31 декември 1973 г., а вторият, обхващащ 1974 г.
9. Merck: *три* договора, първият, подписан на 3 март 1972 г. относно витамин А за период от пет години, с възможност за удължаване срока на неговото действие за следващи периоди от две години чрез мълчаливо съгласие на страните; вторият договор, подписан на 3 март 1972 г. относно витамин Е и съдържащ клауза за удължаване срока на неговото действие, която е почти идентична с тази в предходния договор; третият договор, подписан на 5 юли 1971 г., относно витамин В<sub>6</sub> за период до 31 декември 1966 г., а след това срокът на действие се удължава чрез мълчаливото съгласие на страните за последващи периоди от две години.
10. Nitrovit/Imperial Foods: *два* договора, единият, подписан на 22 декември 1972 г., а другият с дата от 11 януари 1974 г., всеки за период от една година.
11. Organon: *един* договор, сключен на 15 април 1970 г., изменен на 10 октомври 1974 г., за период от една година с възможност за удължаване на срока на неговото действие чрез мълчаливото съгласие на страните.
12. Pauls and Whites: *три* договора, подписани съответно на 2 март 1972 г., 16 юли 1973 г. и 22 януари 1974 г. за периоди съответно от 1 април 1972 г. до 31 март 1973 г., от 1 април 1973 г. до 31 декември 1973 г. и за 1974 г.
13. Protector: *един* договор, който е влязъл в сила от 1 юли 1968 г. със срок на действие през 1968 г., който в действителност е бил подновяван всяка година и със сигурност до края на 1972 г.

14. Provimi: *един* договор, сключен на 30 септември 1972 г., изменен на 27 ноември 1974 г., без изрична клауза относно удължаването на неговия срок.

15. Radar: *един* договор, сключен на 23 февруари 1971 г., за срок от 1971 г., който се отнася до подобен договор, сключен по-рано за периода 1970 г.

16. Ralston Purina: *един* договор, сключен на 19 януари 1970 г., за срок 1970 г., чийто срок на действие е удължаван поне до края на 1974 г.

17. Ramikal: *един* договор, сключен на 22 август 1972 г., който е влязъл в сила от 1 януари 1972 г. за неопределен срок от време и заменил договор, сключен през 1964 г.

18. Sandoz: *един* договор, който е влязъл в сила през 1965 г. за срок през календарната година и с възможност за удължаване на неговия срок за периоди от една година чрез мълчаливото съгласие на страните.

19. Trouw: *един* договор, сключен на 1 юли 1971 г., който е влязъл в сила на 1 януари 1971 г. и впоследствие изменен на 27 ноември 1972 г.

20. Unilever: *три* договора, подписани на 9 януари 1974 г., първите два от които се отнасят до доставки на витамини за Обединеното кралство, витамин А, тип В при първия договор, и други видове витамини А при втория договор, докато третият договор обхваща доставки на витамин А за континента, и в трите случая за годините 1974 и 1975.

21. Upjohn: *един* договор, който е влязъл в сила на 1 ноември 1967 г., който не съдържа определяне на неговата продължителност.

22. Wyeth: *един* договор, който е влязъл в сила на 1 ноември 1967 г. без определяне на неговата продължителност.

## *Раздел 2: анализ на спорните договори*

82. Въпреки че договорите са съставени в различни периоди и при условия, които не винаги са сходни, те могат да бъдат разделени в три категории в зависимост от обхвата на задължението на купувача да получава доставки по силата на тези договори.

83. Някои от договорите съдържат специфично задължение за купувача да получава доставките си изключително от Roche:

а) всички или по-голямата част от количеството витамини, произведени от Roche: Afico/Nestlé, Dawe's, Organon, Provimi (с изключение на 10 % за целите на сравнение), Ralston Purina, Upjohn (всички витамини с изключение на специален продукт на витамин А, който е предназначен за храна за животни,

за който Roche е предоставил на Urjohn лицензия под неговата търговска марка Injasom);

б) за всички количества на определени витамини, посочени изрично: Merck (витамин А, витамин В<sub>6</sub> включително и над 200 тона годишно, произведени от Merck, и витамин Е);

в) процент, посочен в договора, на техните общи нужди (America Cyanamid, Animedica Allemaignei Animedica international: 80 %) или на нуждите им от точно определени витамини (Guyomarc'h: 75 % от нуждите от витамини А, В, С, Е);

г) накрая за „голяма част“ (major part, iiberwiegender Teil) от неговите нужди от витамини или от определени витамини (Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Ramikal, Trouw).

В някои от договорите купувачът се задължава да „give préférence to Roche“ (Wyeth) или изразява своето намерение да получава доставките си изключително от Roche (Capsugel/Parke Davis) или се съгласява да препоръча на дъщерните си дружества да направят същото (Sandoz), или по отношение на всички техни доставки на витамини или на определени витамини, изрично посочени в договорите (Capsugel/Parke Davis: А, В<sub>1</sub>, В<sub>2</sub>, В<sub>6</sub>, С, Е, Н) или отново във връзка с определен процент от техните общи доставки (Protector: 80 %).

85. На последно място, договорите, сключени с Merck и Unilever носят специфични черти, което е основание задълженията, поети по тези договори, да бъдат разгледани отделно.

86. Срокът на действие на повечето от договорите е неопределен, или в съответствие с изричните разпоредби на договорите или поради включването на разпоредби, съгласно които срокът на договора се удължава по взаимното мълчаливо съгласие на страните, като и в двата случая целта е била да се установят търговски отношения за няколко години.

Повечето от договорите са били сключени от 1970 г. и са били действащи през целия или част от периода 1970 г. – 1974 г.

87. Всички споменати по-горе договори, с изключение на договорите, сключени с Unilever, са свързани с предоставяне, под различни имена, на търговски отстъпки или отстъпки, изчислени на базата на общите покупки на витамини, независимо от групата, към която принадлежат, за определен период, който обикновено е с продължителност от една година или от шест месеца.

Особеност на договорите, сключени с Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Sandoz и Wyeth е, че процентът на предоставените отстъпки, не е

бил точно определен, но се е увеличил – като цяло от 1 % до 3 %, в зависимост от закупените количества всяка година.

С изключение на Animedica International, Guyomarc'h, Merck B6, Protector и Urjohn, договорите са съдържали клауза, наречена английска клауза, съгласно която, купувачите могат – чрез приемането на различни методи, които ще бъдат разгледани по-късно, да уведомят Roche за по-благоприятни оферти, отправени до тях от конкуренти, и ако Roche не приспособи цените си спрямо тези на конкурентите, направили офертата, купувачът се освобождава от задължението си да получава доставките си изключително от Roche, или, при липсата на подобно изрично задължение, купувачът може да получава доставки от конкурентите на Roche, като и в двата случая, купувачът не губи правото на гореспоменатите отстъпки за бъдещите покупки.

88. Злоупотребата с господстващото положение от страна на Roche трябва да се изследва именно с оглед специфичните особености, описани по-горе.

*Раздел 3: определяне с оглед член 86 от Договора на правната същност на задълженията за получаване на доставки изключително от Roche и на системата на отстъпки*

89. Предприятие, което има господстващо положение на пазара и обвързва купувачите – дори ако прави това по тяхно искане, чрез задължение или обещание от тяхна страна да получават всички или по-голяма част от доставките си изключително от това предприятие, злоупотребява с господстващо положение по смисъла на член 86 от Договора, независимо дали въпросното задължение е предвидено без допълнителни условия или е поето срещу предоставянето на търговска отстъпка.

Същият извод важи и когато въпросното предприятие, без да обвързва купувачите с формално задължение, прилага, или по силата на споразумение, сключено с купувачите, или едностранно, система от отстъпки за лоялност, при която предоставянето на търговски отстъпки е обусловено от получаването на всички или по-голямата част от доставките от предприятието, което има господстващо положение – без значение дали количествата на покупките са значителни или несъществени.

90. Задължения да се получават доставки изключително от определено предприятие, независимо дали са свързани с предоставянето на търговски отстъпки или срещу отстъпки за лоялност, които стимулират купувача да получава доставките си изключително от предприятието с господстващо положение, са несъвместими с целта за лоялна конкуренция в рамките на общия пазар, защото, освен ако са налице изключителни обстоятелства, които могат да превърнат споразумения между предприятия в контекста на член 86 и по-специално на параграф 3 от тази разпоредба в допустими, подобни споразумения не са основани на икономически сделки, които оправдават тази допълнителна тежест или полза, а са насочени към лишаването или

ограничаването на купувача от възможността му на избор на източници на доставки и отказват достъп на други производители до пазара.

Отстъпката за лоялност, за разлика от отстъпките за количества, които се свързват изключително с обема на покупките от съответните производители, е насочена чрез предоставяне на финансово предимство да се ограничат клиентите да получават доставките си от конкурентни производители.

Освен това ефектът от отстъпките за лоялност е прилагане на различни условия към еквивалентни сделки с други търговци, в резултат на което двама купувачи плащат различна цена за едно и също количество от един продукт в зависимост от това дали купувачите получават доставките си изключително от предприятие с господстващо положение или имат няколко източника на доставки.

В заключение, практиките на предприятие с господстващо положение и особено в рамките на развиващ се пазар имат за последица укрепването на позицията на господстващо положение чрез създаването на условия на конкуренция, която не се основава на извършените сделки и следователно конкуренцията е нарушена.

91. За да отхвърли констатацията за злоупотреба с господстващо положение, ищецът възразява, че злоупотребата предполага използването като средство на икономическата сила, от която се ползва предприятието с господстващо положение, а това не е така в конкретния случай.

Концепцията за злоупотребата е обективна концепция, свързана с поведението на предприятие с господстващо положение, което е в състояние да повлияе на пазарната структура на пазара, като в резултат на присъствието на въпросното предприятие на пазара, нивото на конкуренция намалява. Поведението е свързано с използването на методи, различни от тези, които се прилагат при нормална конкуренция на стоки или услуги на основата на сделки между търговци, имат за последица затрудняването на поддържането на ниво на конкуренция, което все още съществува на пазара или ръста на конкуренцията.

#### *Раздел 4: Същност на спорните отстъпки*

92. Независимо от това ищецът твърди, че договорените отстъпки са количествени, а не отстъпки за лоялност и че те отговарят на икономическа сделка с клиента, оправдавайки подобна престация.

93. При преценката на това твърдение е необходимо да се направи разграничение между договорите, които предоставят фиксирани отстъпки и договорите, според които предвидените отстъпки са прогресивни.

а) що се отнася до договори, които предвиждат предоставянето на фиксирани отстъпки

94. На първо място, аргументът на ищеца не може да бъде приет в случая на договори, които предвиждат предоставянето на фиксирани отстъпки.

95. В действителност - и без да се нарушават изводите, че когато формално е налице задължение за изключителност на доставките, е без значение дали за това се предоставят отстъпки или не - нито един от въпросните договори не съдържа задължение, свързано с определени или определяеми количества или са обвързани с обема на покупките, а препращат към „нужди” или част от въпросните нужди.

Нещо повече, в повечето от договорите, самите страни описват клаузите като клаузи за отстъпки за лоялност (American Cyanamid, Organon, Provimi, Ralston Purina, Trouw) или използват термини, които подчертава ясно връзката между изключителността и предоставените отстъпки.

96. Договорът с Dawe's предвижда, че отстъпката се предоставя в „противовес” (in return) на изключителността, която е била приета; договорът с Ramikal урежда предоставянето на „поверителна отстъпка” (vertraulicher Jahresbonus), която „е действителна премия за вашите покупки от Roche” (eine echte Vergütung auf ihre Bezüge von Roche) и не зависи от количествените отстъпки, на които Ramikal продължава да има право.

Вярно е, че в четири от договорите, а именно Afico/Nestlé, Capsugel/Parke Davis, Provimi (от 1974 г.) и договорите с Upjohn, причината, поради която отстъпките се предоставят за всички количества, съгласно условията на посочените договори, е, че тези клиенти гарантират на Roche плащане на сметките, произтичащи от нареждания, отправени директно от дъщерните дружества на тези клиенти.

Трудно е обаче да се приеме, че отстъпки, изчислени във всяко отношение върху една и съща основа, като тези, които в другите договори са признати като отстъпки за лоялност, могат да бъдат противовес на задължение на дружества от световно измерение като Nestlé, Parke Davis и Upjohn, което цели да гарантира на Roche платежоспособността на техните дъщерни дружества.

Не е възможно също да се приеме аргументът на Roche, че поне в случая на определени витамини, като биотин (витамин Н), отстъпката е била встъпителна, тъй като договорите не разграничават отделните видове отстъпки в зависимост от тяхната функция, определена по общ и еднакъв начин за всички или за голяма част от доставките на клиента, нито позволяват да се прави подобно разграничение.

б) що се отнася до договори, които предвиждат отстъпки с нарастваща ставка

97. Голяма част от спорните договори, а именно тези с Beecham (1972 г., 1973 г., 1974 г.), Isaac Spencer (1973 г., 1974 г.), Nitrovit (1973 г., 1974 г.), Pauls and Whites (1972 г., 1973 г., 1974 г.) съдържат, от една страна, задължение, отнасящо се до „голяма част” от нуждите на купувача, а, от друга страна, клауза за отстъпка, предвиждаща отстъпка, чийто процент се увеличава – като цяло от 1 % до 2 %, а впоследствие и до 3 %, в зависимост от това дали през период от една година по-голям или по-малък процент от очакваните нужди на купувача, са достигнати, като всеки от договорите съдържа стойностна оценка (в лири стерлинги) на общите нужди и освен това в два случая (Pauls and Whites 1972 г. и Beecham 1972 г.) се съдържа количествена оценка на всеки вид витамини, посочени в договора.

Като пример може да се цитира договора с Beecham (1.4.1972 г. – 31.3.1973 г.), в който годишните нужди са били оценени на 300,000 лири стерлинги, и ако оборотът достигне 60 %, а именно 180,000 лири стерлинги, предоставената отстъпка е 1 %, съответно 1,5 % - ако оборотът достигне 70 %, а именно 210,000 лири стерлинги, и 2 % - ако оборотът достигне 80 %, а именно 240,000 лири стерлинги.

Подобна формула се съдържа и в другите договори, като оценките на нуждите се различават в зависимост от конкретните договори и от различните периоди, очевидно с цел да се позволи капацитета на поглъщане на клиента.

98. Въпреки че въпросните договори съдържат елементи, които на пръв поглед са количествени по своята същност, що се отнася до връзката им с предоставянето на отстъпки на общи покупки, изследването им показва, че, все пак, в действителност договорите представляват специално изготвена форма на отстъпки за лоялност.

99. На първо място, следва да се отбележи, че тази специфична форма на отстъпка е включена в тези договори, в които задълженията на купувача да получава доставки, са съставени по начин, който го поставя в състояние на най-малко ограничение, а именно, че купувачът е можел да получи „повече от нуждите му”, така че на въпросния купувач е предоставена значителна свобода на действие.

Неопределената същност на така формулираното задължение до голяма степен се компенсира от оценката на годишните нужди и от предоставянето на отстъпка, увеличаваща се в зависимост от процента на нуждите и тази нарастваща ставка представлява очевидно силен стимул за получаване на максимален процент на въпросните нужди от Roche.

100. Този метод на изчисляване на отстъпките се различава от предоставянето на количествени отстъпки, свързани единствено с обема на покупки от въпросните производители по това, че спорните отстъпки не зависят от количества, които са определени обективно и които са приложими за всички

възможни покупки, но са на базата на извършени оценки, случай по случай, за всеки клиент в зависимост от неговия предполагаем капацитет на поглъщане, като целта е да се достигне не максимума на количеството, а максимума на нуждите.

101. Впоследствие, Комисията също така правилно е счела, че тези договори, съдържащи отстъпките за лоялност, за злоупотреба с господстващо положение.

#### *Раздел 5: английската клауза*

102. Всички съответни договори, с изключение на пет от тях (Animedica International, Guyomarc'h, Merck B6, Protector и Upjohn), съдържат клауза, наречена английска клауза, според която, ако клиентът получи предложения от конкуренти на Roche на цени, които са по-благоприятни от тези в съответните договори, той може да поиска от Roche да приспособи цените си към направените предложения; ако Roche не се съобрази с това искане, клиентът, като се освобождава от задължението си да получава доставките си изключително от Roche, има право да получава доставките си от въпросните конкуренти, като в резултат на това не изгубва ползата на отстъпките за лоялност, предвидени в договорите по отношение на другите покупки, които вече са извършени или предстои да бъдат извършени от Roche.

103. Според ищеца тази клауза премахва ограничителния ефект върху конкуренцията, както на споразуменията за изключителни покупки, така и на отстъпките за лоялност.

По-специално, в случая с договорите, които не съдържат изрично задължение за купувача да получава нуждите си изключително от Roche, английската клауза премахва „привлекателния ефект“ на въпросните отстъпки, тъй като купувачът не е задължен да избира между по-непривлекателните предложения на Roche и това да изгуби предимствата на ползването на отстъпка за лоялност по отношение на всички покупки, които вече е направил от Roche.

104. Несъмнено, тази клауза прави възможно да се намали ефекта от несправедливите последици, които задълженията на купувачите да получават доставките си изключително от Roche или разпоредбата за отстъпки за лоялност за всички покупки, приети за относително дълги периоди, могат да имат по отношение на съответните покупки.

Въпреки това, необходимо е да се отбележи, че възможностите на купувача да се възползва от конкуренцията в своя полза, са по-ограничени отколкото изглежда първоначално.

105. Освен факта, че английската клауза не се съдържа в договорите с Guyomarc'h, Merck B6, Animedica International, Protector и Upjohn, нейният



обхват се ограничава от определени условия, които в действителност дават на Roche право да контролира възможността на клиентите да се позовават на нея.

Някои от договорите предвиждат, че предложението трябва да произтича не само от важни конкуренти, но също и от големи конкуренти, които действат със същия обем като Roche. В тези договори също така се съдържа изискване предложенията не само да са сравними с оглед качеството на продукта, но също и по отношение на продължителността им. Последното условие, премахвайки по-благоприятния, но по-случаен метод за определяне на доставките, засилва ефекта на изключителността.

Други договори предвиждат, че предложението трябва да е отправено от производители, а не и от посредници или търговски представители, като подобно условие в действителност отстранява неевропейските конкуренти, които осъществяват дейност на пазара чрез търговски фирми, както бе установено, когато страните, по искане на съда, поотделно предприеха изследване на пазарните дялове.

В някои договори английската клауза е свързана директно със задължение от страна на Roche за гарантиране на най-добрите цени на „местния пазар“ и тя се прилага само в тези рамки, което не само ограничава нейния обхват, но води до разделяне на пазарите, което е несъвместимо с общия пазар.

106. В допълнение, английската клауза не премахва дискриминацията, която произтича от отстъпките за лоялност между купувачите при сходни обстоятелства в зависимост от това дали те запазват правото си да избират сами източниците си на доставки.

107. По-специално, трябва да се подчертае, че дори и при най-благоприятни обстоятелства, английската клауза в действителност не спомага в голяма степен за ненарушаването на конкуренцията в резултат от клаузите, задължаващи купувачите да се снабдяват изключително от Roche и в резултат на отстъпките за лоялност на пазар, на който действа предприятието с господстващо положение и на който поради тази причина структурата на конкуренцията вече е отслабена.

Всъщност, английската клауза, по силата на която клиентите на Roche са задължени да информират Roche за наличието на по-благоприятни оферти от конкуренти заедно с особеностите, споменати по-горе (така че за Roche би било лесно да идентифицира конкурента), поради своята същност, поставя на разположение на ищеца информация относно пазарните условия, а също и относно наличните алтернативи и действия, от които могат да се възползват неговите конкуренти, което спомага за осъществяване на неговата пазарна стратегия.

Фактът, че предприятие с господстващо положение изисква от своите клиенти или получава съгласието им по силата на договор да го уведомяват за

предложенията на неговите конкуренти, докато въпросните клиенти могат да имат очевиден търговски интерес да не подават тази информация, по своята същност засилва упражняването на господстващо положение по особено застрашителен начин.

На последно място, по силата на механизма на действие на английската клауза, Roche има възможност да решава дали чрез приспособяването на своите цени той ще допусне конкуренция.

108. По този начин е възможно, благодарение на информацията, която Roche получава от своите собствени клиенти, да променя своята пазарна стратегия, така че да влияе на тях и на своите конкуренти.

От всички тези фактори следва, че становището на Комисията относно това, че английската клауза, съдържаща се в спорните договори, по своята същност, не може да изведе договорите от категорията договори, чрез които се упражнява злоупотреба с господстващо положение, е било достигнато чрез правилно тълкуване и прилагане на член 86 от Договора.

*Раздел б: прилагане на критериите, приети във спорните договори (с изключение на договорите с Unilever и Merck)*

109. Договорите, които съдържат изрично задължение за купувача да получава от Roche всичко (Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Ralston Purina, Upjohn) или много голям процент (Animedica Allemagne, Animedica international, American Cyanamid, Guyomarc'h) от нуждите си от витамини или от нуждите си от определени групи витамини, посочени в договорите, отговарят на условията, съгласно които подобно поведение може да се квалифицира като ограничаващо конкуренцията, както е определено по-горе, и представлява злоупотреба с господстващо положение.

Същото се прилага и по отношение на договорите, по силата на които купувачът се задължава да получава от Roche „голяма част“ (major part, überwiegender Teil) от нуждите си (Beecham, Pauls and Whites, Nitrovit, Isaac Spencer, Ramikal и Trouw), особено когато по-малко ограничителната използвана формулировка се компенсира, както бе посочено по-горе, чрез предоставянето на отстъпки, които се дават именно с такава коригираща цел.

110. Същата констатация трябва да се отбележи по отношение на договорите, които, въпреки че не е сигурно дали съдържат категорично задължение за производителите да се снабдяват изключително от Roche, предлагат, чрез описаните по-горе отстъпки, силен стимул за купувачите да позволят на Roche самостоятелно да осъществява всички или част от техните нужди на витамини или на определени групи витамини.

Комисията правилно е отбелязала (съображения 11 и 24 от оспорваното решение), че този стимул е още по-привлекателен поради факта, че отстъпките се предоставят на всички купувачи на различните групи витамини,

така че, ако купувачът желае да се обърне, при различни обстоятелства от тези на английската клауза, обхватът на която бе анализиран по-горе, към конкурентен производител на определен витамин, при всички положения той ще бъде възпрепятстван да направи това, защото ще изгуби възможността за отстъпка по отношение на всички други витамини, които продължава да купува от Roche.

111. Като се има предвид факта, който се приема както от ищеца, така и от Комисията, че различните групи витамини са продукти, които не са взаимозаменяеми и представляват отделни пазари, тази система на отстъпки относно общите покупки представлява допълнителна злоупотреба по смисъла на член 86, алинея 2, буква г) от Договора, доколкото „поставяне на сключването на договори в зависимост от приемането на допълнителни задължения от другите страни, които по своя характер или в съответствие с търговската практика нямат връзка с предмета на тези договори”.

Накрая, трябва да се има предвид, че, дори и ако, както твърди Roche, неспазването от страна на купувача на задължението му да се снабдява изключително от Roche, не ангажира неговата отговорност за неизпълнение на договора, а води само до загуба на обещаните отстъпки, все пак, подобни договори, съдържат достатъчен стимул за осигуряване на Roche на еднолично право да снабдява купувача, поради което, само по себе си, представлява злоупотреба с господстващо положение.

#### *Раздел 7: прилагане на критериите, приети в договорите с Merck и Unilever*

##### *а) Договорите с Merck*

112. Roche е сключил три договора с Merck, първият от които е сключен на 5 юли 1971 г., за снабдяване на Merck с витамини В<sub>6</sub>, вторият на 3 март 1972 г. за снабдяване му с витамин А, и третият на същата дата, за снабдяването му с витамин Е.

113. В преамбюла на първия договор, който се отнася до продуктите, по отношение на които пазарният дял на ищеца е приблизително 80 %, се казва, че „Roche скоро ще удвои производствения капацитет на своя завод, който към настоящия момент е около 500 тона на година, поради което Roche има интерес от задоволяване на част от поръчките на Merck” и че „Merck има намерение да получи тези доставки от Roche при следните условия, доколкото те надвишават настоящия производствен капацитет на Merck от 200 тона на година.”

Съгласно членове 6 и 7 от този договор, цената на доставка, която се заплаща от Merck е средната продажна цена на същия продукт на трето лице, намалена с отстъпка от 20 %, се разбира. Че Roche „ще прилага винаги спрямо Merck най-благоприятните цени и/или условия”.

Съгласно член 12 от него, на Merck е забранено да препродава витамини на конкуренти на Roche без разрешение от страна на Roche.

Съгласно член 11, Roche се ангажира да получава всички свои доставки от „фосфорен естер на пиродоксин 5” от Merck и Merck се съгласява да доставя последния при същите условия, при които Roche доставя на Merck витамин В<sub>6</sub>.

Член 13 от договора предвижда, че договорът се сключва за срок от пет години, след изтичането на който срокът му може да бъде удължен чрез взаимното мълчаливо съгласие на страните за последващи периоди от две години.

Договорът не съдържа английска клауза.

114. Другите два договора от 3 март 1972 г. за снабдяване на Merck с витамин А и Е по своето съдържание са сходни с анализирания по-горе договор.

Разликата между тези два договора е, че в този относно витамин Е в преамбюла се потвърждава, че „Roche в близко бъдеще ще увеличи значително своя производствен капацитет на витамин Е” и „по тази причина би искал да бъде постоянен доставчик на Merck”, докато този относно витамин А не съдържа подобна уговорка.

Двата договора, сключени на 3 март 1972 г. - за разлика от този, сключен на 5 юли 1971 г. - не предвиждат за страните взаимни доставки на реципрочна основа, а съдържат клауза, по силата на която Merck е освободен от своето задължение да получава доставките си изключително от Roche, ако получи по-благоприятно предложение и Roche не приспособи цените си спрямо него.

В заключение, тези два договора забраняват на Merck да препродава посочените витамини, предмет на договорите, на конкурентите на Roche без съгласието на последния.

115. Специфичните фактори, посочени по-горе, указват, че целта на задълженията на Merck да се снабдява изключително от Roche, по отношение на витамини В<sub>6</sub> и Е, е да осигури предварително на Roche стабилен пазар за планираното му увеличаващо се производство и да ограничи по отношение на значителна част от това допълнително производство рисковете от конкуренцията.

Подобно задължение за снабдяване изключително от предприятие с господстващо положение за такъв период, което е благоприятно за последното, представлява злоупотреба на това предприятие с господстващо положение по смисъла на член 86 от Договора.

Въпреки че подобна цел не е формулирана по отношение на витамин А, и въпреки че от този договор не може да бъде изключена възможността - до какъвто извод могат да доведат някои изрични, технически определения, съдържащи се в договора - че отговаря на желанието на Merck да осигури постоянни и продължителни доставки от продукти, които Merck произвежда в малки количества, този факт не изключва забраната на предприятието с господстващо положение да обвързва купувачите си със задължението да получават доставките си изключително от него, особено за такива дълги периоди като тези в разглеждания договор.

Задължението за снабдяване изключително от Roche, заедно с предоставянето на значителни по размер отстъпки, които в отделните случаи варират от 12,5 % до 20 % за витамин А, от 15 % до 20 % за витамин Е и 20 % за витамин В<sub>6</sub>, и забраната за препродажба на производители на витамини, доказват намерение за ограничаване на конкуренцията.

116. Трябва да се отбележи, че при обстоятелства като в този случай и особено относно договора, сключен на 5 юли 1971 г., в който страните се задължават да извършват взаимни доставки изключително на реципрочен принцип, може да се постави въпросът дали подобно поведение не попада в обхвата на член 85 от Договора и в краен случай в обхвата на параграф 3 от тази разпоредба.

Все пак, фактът, че споразумения от подобен вид могат да попаднат в обхвата на член 85, и по-специално на параграф 3 от него, не изключва прилагането на член 86, доколкото последният е насочен изключително към ситуации, които ясно произтичат от договорни отношения по начин, по който Комисията има право да приложи член 85 или член 86, отчитайки същността на реципрочните задължения и въз основа на конкурентните позиции на договарящите страни на пазара или пазарите, на които те оперират.

#### б) Договорите с Unilever

117. Roche е сключил три договора с Unilever на 9 януари 1974 г.

118. Първият от тези договори, подписан от Food Industries Ltd., в качеството на представител на Unilever, сключен с дъщерното дружество на Roche в Обединеното кралство, на първо място съдържа оценка на количествата на доставките на купувачите на синтетичен витамин А, тип В, които възлизат на 130 – 134 билиарда (m.m.) международни единици за 1974 г.

Договорът също предвижда, че срокът му на действие продължава и през 1975 г., и че купувачът е длъжен да предостави оценката за очакваните количествата най-късно през декември 1974 г.

Вторият договор, сключен между същите страни, обхваща доставки на витамин А, различен от тип В, а останалата част от договора съдържа същите условия, както и първия договор.

Третият договор е сключен директно между Roche, Базел и Unilever Inkoop Mij, Ротердам и предвижда, че Roche „се съгласява да доставя количествата за вашата група (Continent only) на следните продукти: витамин А за маргарин около 30 m.m. през 1974 г., между 27 и 33 m.m. през 1975 г.; бета-керотин (oil forms) около 6 000 kg през 1974 г. и между 5 400 kg и 6 600 kg през 1975 г.”

119. Трите договора споменават договорените цените, а договорите с Food Industries Ltd. съдържат и клауза относно обменните курсове.

Трите договора не предвиждат предоставянето на отстъпки, но в двата договора с Food Industries Ltd., Roche гарантира, че ще начислява на Unilever по-благоприятни цени от тези, които начислява на трети страни, докато в договора за континентална Европа се предвижда само, че ако Unilever получи по-благоприятни ценови предложения от конкуренти, Roche ще приспособи цените си или ще позволи на купувача да купува съответните количества от конкурентите.

120. От останалите разпоредби на договора се разбира напълно ясно, че целта е Roche да извършва всички доставки, получавани от Unilever на споменатите витамини за периода, обхващащ годините 1974 г. и 1975 г.

Тъй като въпросните договори съдържат формално задължение за снабдяване изключително от Roche, въпросът дали договорите съдържат и разпоредба, предоставяща отстъпка, не е определящ при решаване на това дали попадат в обхвата на член 86 от Договора.

Фактът, че съдоговорителят на Roche сам по себе си е силно предприятие, и че договорът очевидно не е резултат от натиск, наложен от Roche на неговия партньор, не означава, че не е налице злоупотреба с господстващо положение, в конкретната ситуация злоупотребата с господстващо положение се изразява в допълнително влияние, което се изразява в задължението за снабдяване изключително от Roche, заедно със структурата на конкуренцията на пазара в резултат от присъствието на предприятие с господстващо положение, вече води до отслабване на конкуренцията.

Подобни договори биха били допустими, само в контекста на и при условията, определени в член 85, параграф 3 от Договора, но никоя от договарящите страни не е поискала да се възползва от тази възможност.

121. Изследването на въпросните договори, сключени с Merck и Unilever, не разкрива наличието на особени черти, които да възпрепятстват включването им в концепцията на злоупотреба, която по принцип съдържа всяко

задължение за получаване на доставки изключително от предприятие с господстващо положение, от което предприятието се възползва.

### Ш. - Ефект върху конкуренцията и търговията между държавите-членки

122. Ищецът отхвърля твърдението, че разликата между цените, които отделните клиенти на Roche плащат в резултат от използването на отстъпките за лоялност, и които се различават в зависимост от това дали клиентите са съгласни да се снабдяват изключително от Roche, по своята същност поставя клиентите в по-неблагоприятно конкурентно положение по смисъла на член 86, буква в) от Договора, тъй като тази разлика не може да има оценим ефект върху конкуренцията между купувачите на Roche.

В допълнение, в отговора си Roche поддържа, че поведението, заради което е критикуван, не е в състояние да възпрепятства търговията между държавите-членки.

123. Що се отнася до първия въпрос, условията на разглежданите договори, както и изводите, съдържащи се в управленската информация и в протокола от срещата между Unilever и Roche, проведена в Лондон на 11 декември 1972 г., показват ясно важността, която самия Roche придава на отстъпките, които предоставя.

При тези обстоятелства, не може да се приеме, че тези отстъпки нямат значение за клиентите.

В допълнение, тъй като разглежданото поведение е на предприятие с господстващо положение на пазар, поради което структурата на конкуренция е вече отслабена, в обхвата на приложното поле на член 86 по-нататъшното отслабване на структурата на конкуренцията може да представлява злоупотреба с господстващо положение.

124. Що се отнася до въпроса за отражението върху търговията между държавите-членки, на първо място, установен факт е че пазарът на всеки от въпросните витамини обхваща цялата територия на Общността, която в началото на разглеждания период се състои от шест, а впоследствие от девет държави-членки.

125. Забраните, съдържащи се в членове 85 и 86, трябва да се тълкуват и прилагат в светлината на член 3, буква е) от Договора, съгласно който действията на Общността обхващат „създаване на система, която да гарантира ненарушаването на конкуренцията в рамките на общия пазар”, и на член 2 от Договора, който възлага на Общността задължение „да насърчи в рамките на цялата Общност хармоничното развитие на икономическите дейности”.

Като забранява злоупотребата с господстващо положение в рамките на пазара доколкото това положение се отразява върху търговията между държавите-

членки, следователно член 86 обхваща не само злоупотребата с господстващо положение, която е в състояние да оцети клиентите, но също и злоупотребата с господстващо положение, която косвено ощетява клиентите, като разстройва ефективната конкурентна структура, както е предвидено в член 3, буква е) от Договора.

126. В допълнение, действителната формулировка на няколко английски клаузи предполага, че разделянето на пазарите ще бъде запазено, като по този начин ще стане възможно по-специално да се прилагат различни цени в отделните държави-членки и тази констатация се потвърждава от факта, на който бе обърнато специално внимание по-горе, че ценовите различия на отделен витамин към даден момент са различни в държавите-членки.

127. Посоченото по-горе показва, че разглежданото поведение е било в състояние да окаже влияние на конкуренцията и на търговията между държавите-членки.

*Четвърто правно основание: глобата*

а) що се отнася до неточността на правилата относно санкциите

128. Ищецът твърди, че поради общия характер и неточност на понятията за „господстващо положение” и „злоупотреба” с такова положение, които са посочени в член 86 от Договора, Комисията е могла да наложи само глоби на Roche за нарушение на въпросния член, след като на тези понятия се придава специално значение или от административната практика или от съдебната практика, за да има яснота относно правната рамка за задължените лица.

129. По силата на член 87 от Договора, Съветът трябва да приеме необходимите регламенти и директиви с цел по-специално „гарантиране спазването на забраните, посочени в член 85, параграф 1 и член 86, чрез установяването на глоби и периодични имуществени санкции”.

В изпълнение на тази разпоредба, той е приел Регламент № 17 от 6 февруари 1962 г., като член 15, параграф 2 от него, разпорежда Комисията чрез решение да наложи на предприятия или сдружения на предприятия глоби до максимален размер, посочен в член 15, параграф 2, ако предприятията или сдруженията на предприятия умишлено или небрежно са нарушили член 85, параграф 1 или член 86 от Договора.

От друга страна, съгласно член 2 от същия регламент: „по искане от съответните предприятия или от сдружения на предприятия, Комисията може да постанови, че въз основа на фактите, с които разполага, няма основания по член 85, параграф 1 или по член 86 от Договора за действие от нейна страна по отношение на дадено споразумение, решение или практика”



130. По този начин от 1962 г. предприятията са знаели, от една страна, че ако не спазват забраните на член 86 може да им се потърси отговорност чрез налагане на глоби, а от друга страна, че чрез специално изработена процедура те са могли да поискат допълнително изясняване на приложението на въпросните забрани по отношение на техния специфичен случай.

В допълнение, същността на тези забрани и условията, които трябва да бъдат изпълнени за спазването им, независимо от това, че член 86 се прилага неизбежно като общо правило, не са неточни и невъзможни, както твърди Roche.

131. Начинът, по който се е прилагал преди член 86, е предоставил на Roche в периода 1970 г. - 1974 г., който е разглежданият период с оглед налагането на глоба от страна на Комисията, степен на очакване, която е напълно достатъчна, за да може Roche да прецени как да реши да действа по отношение на господстващото си положение и практиките, за които е обвинен.

132. Когато член 86 препраща към съществуването на господстващо положение и забранява злоупотребата с него, този член трябва да бъде разбран в светлината на широк кръг от разпоредби – като член 3, буква е), член 37, параграф 1, член 40, параграф 3, алинея 2, член 85 и член 90 от Договора - всички от които са насочени към създаване на пазар, който има специфичните характеристики на единен пазар, който е ефективен и не се нарушава от участниците в него.

В допълнение, когато член 86 използва изразите „господстващо положение” и „злоупотреба” се имат предвид понятия, които не са нови, но на чиято същност се придава специфично значение в резултат от практиката на органите, които в повечето държави-членки са отговорни за изследването и предотвратяването на поведение, което ограничава конкуренцията.

133. Що се отнася по-специално до понятието господстващо положение за всеки разумен търговски оператор е безспорно, че макар притежаването на значителни пазарни дялове да не е задължителен фактор, който във всеки конкретен случай води до установяването на господстващо положение, този фактор има значителна важност, която следва да се вземе предвид във връзка с поведението на съответния участник на пазара.

Подобна оценка на обхвата на член 86 не означава, че в случая с Roche, и във всеки случай по отношение на повечето от разглежданите пазари, а съществувал фактор, който да попречи на възможността за преценка от страна на Roche или който да е причина за създаването на необосновано съмнение при тази преценка.

134. Що се отнася до съвместимостта на отстъпките за лоялност със забраните на член 86, прилагането на този член към система за получаване на доставки

изключително от ищеца и за предоставяне на отстъпки от този вид не е невъзможно, това е видно не само от опита, който всяко предприятие от мащаба на ищеца, действащо на общия пазар, трябва да има за практиката на органите, отговорни в държавите-членки за прилагането на конкурентното право, но и от точната формулировка на член 86, буква б), насочен към ограничаване на пазарите, на член 86, буква г), който забранява сключването на договори, съгласно които другата страна поема допълнителни задължения, които не са свързани с предмета на подобни договори и, по-специално на член 86, буква в), който е насочен срещу прилагането на различни условия към еквивалентни сделки.

На още по-малко основание може да се приеме твърдението на Roche, че е било невъзможно да предвиди резултата от действията си, защото най-малкото възможността, ако не вероятността, за подобно прилагане на закона би трябвало да бъде взето предвид от всеки разумен търговски оператор и защото член 2 от Регламент № 17 позволява да се вземат предпазни мерки до приемането на решение относно прилагането на член 86 в съмнителни случаи. Все пак, ищецът не е счел за необходимо да се възползва от тази възможност, за да получи правната сигурност, от която твърди, че е бил лишен.

135. В заключение, ищецът цитира Решение на Комисията от 5 декември 1969 г. (ОВ L 323, стр. 21) относно процедурата по член 85 от Договора за ЕИО (IV-24. 470-1, Pirelli/Dunlop).

Според Roche решението посочва, че споразумения, по силата на които страните си предоставят доставки на реципрочна основа, са допустими, доколкото те съдържат т.нар. английска клауза.

136. Решението, което се цитира от ищеца, се отнася до споразумение, сключено между две предприятия, които не заемат господстващо положение на пазара във връзка с производството на реципрочна основа на гуми, което споразумение е насочено към по-лесното навлизане на всяка от страните на пазара.

В допълнение, клаузата за приспособяване на цените, съдържаща се в споразумението Pirelli/Dunlop, не е предмет на многото ограничения и условия, които са установени в разглежданите договори и които ограничават очевидно обхвата на клаузата.

Предприятие с господстващо положение не може разумно да приеме, че отрицателно произнасяне, получено при тези обстоятелства, ще послужи като прецедент за оправдаване на поведението на предприятието в контекста на член 86.

137. От съображения по-горе следва, че правното основание, изведено от неточната същност на понятията, съдържащи се в член 86, трябва да бъде отхвърлено.

б) що се отнася до прилагането на член 15 от Регламент № 17

138. Ищецът също твърди, че от съдържанието на делото като цяло и от собственото му поведение, е видно, че не може да се приеме, че действията на ищеца са умишлени или небрежни, като от една страна, е на мнение, че не заема господстващо положение на съответните пазари, а от друга страна, твърди, че договорите са в съответствие с член 86 от Договора.

139. Предложенията и инструкциите, съдържащи с в управленската информация и други вътрешни документи, свързани с важността и очакваните ефекти от сключването на договори, които предвиждат купувачът да получава доставките си изключително от Roche и създаването на система от отстъпки за лоялност с оглед запазването на пазарните дялове на Roche, доказва, че ищецът умишлено е осъществявал търговска политика, насочена към създаването на пречки за достъп до пазара на нови конкуренти.

Увеличаването от 1970 г. на броя на договорите, по силата на които купувачът се задължава да получава доставките си изключително от Roche доказва това намерение.

От друга страна, размерът на пазарните дялове на ищеца, във всеки случай по отношение на повечето групи витамини, предполага, че убеждението на ищеца, че не заема господстващо положение, може да е само в резултат от недостатъчно изследване на структурите на пазарите, в които Roche действа, или от отказ да се вземат предвид тези структури.

Следователно, условията за прилагане на член 15 от Регламент № 17 са били изпълнени.

в) що се отнася до размера на глобата

140. Все пак, предварителното разследване по този случай показва, че Комисията е допуснала някои грешки при оценката си на господстващото положение на ищеца на пазара на витамини от група В<sub>3</sub>.

В допълнение, що се отнася до пазарните дялове, които са доказателство за господстващо положение, Комисията предостави допълнителни обяснения само за годините 1972 г., 1973 г., 1974 г. и до известна степен за 1971 г., така че периодът на нарушението, за който се изчислява размерът на глобата, трябва да бъде ограничен до период, който е малко по-дълъг от три години и по-кратък от петте години, които Комисията е взела предвид при определянето на размера на глобата.

На последно място, у установено, че към момента на административното производство, Roche е заявил, че е готов да измени разглежданите договори и в действителност ги измени в съответствие с изискванията на Комисията.

141. С оглед на изложеното по-горе, уместно е да се намали размерът на глобата и е оправдано глобата да се определи на 200 000 единици, или 720 000 германски марки, като се отхвърля иска в останалата му част.

### **По съдебните разноси**

142. Съгласно член 69, параграф 2 от Процедурния правилник, загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноси, ако е направено такова искане.

Съгласно параграф 3 от този член, Съдът може да разпорежи всяка страна да понесе направените от нея съдебни разноси изцяло или отчасти, ако всяка от страните е загубила по едно или няколко от предявените основания или поради изключителни обстоятелства.

Всяка страна е загубила по някои предявени основания и следователно трябва да понесе съдебните разноси.

По изложените съображения Съдът реши:

**1. Намалява размера на глобата, наложена на предприятието Hoffmann-La Roche AG, определена от член 3, алинея 1 от Решение (IV/29.020) на Комисията от 9 юни 1976 г. от 300 000 разчетни единици, или 1 098 000 германски марки, на 200 000 разчетни единици или 732 000 германски марки.**

**2. Отхвърля иска в останалата му част.**

**3. Разпорежда всяка страна да понесе направените от нея съдебни разноси.**

Подписи

Произнесено в открито съдебно заседание в Люксембург на 13 февруари 1979 година.

Подписи