3. Sagsøgerne dømmes til at afholde sagens omkostninger.

Lecourt Donner Sørensen Monaco Mertens de Wilmars
Pescatore Kutscher Ó Dálaigh Mackenzie Stuart

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 6. marts 1974

A. Van Houtte
Justitssekretær

R. Lecourt
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J.-P. WARNER FREMSAT DEN 22. JANUAR 1974 [1]

Indhold

Indledning 262

Kommissionens kompetence 264
1. *Udgør CSC og ICI én enkelt »virksomhed«?* 264
2. *»Virknings-teorien«* 267

Har CSC-ICI-Gruppen haft en »dominerende stilling«? 268
1. *Det relevante marked* 268
2. *Har CSC-ICI gruppen haft monopol på produktion af salg af 1-nitropropan og af aminobutanol?* 269
3. *Var 1-nitropropan og aminobutanol nødvendige som råmaterialer for industriel fremstilling af ethambutol?* 270

Har CSC-ICI-Gruppen misbrugt sin dominerende stilling? .. 270

Har CSC-ICI-Gruppens misbrug af den dominerende stilling påvirket samhandelen mellem medlemsstaterne? 272

Har Kommissionen haft kompetence til at opstille særskilte krav med henblik på CSC-ICI-Gruppens forsyning af Zoja? 273

Er denne kompetence blevet udøvet korrekt af Kommissionen? 274

Bøden 276

Processuelle mangler ved Kommissionens sagsbehandling 276

Sagsomkostninger 277

1 — Oversat fra engelsk.

Høje Ret.

Indledning

I disse søgsmål, der er indgivet i henhold til EØF-traktatens artikel 173, angriber sagsøgerne en afgørelse fra Kommissionen dateret den 14. december 1972, rettet til sagsøgerne. Denne afgørelse havde hjemmel eller angav at have hjemmel i traktatens artikel 86 og i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962.

De faktiske omstændigheder kan ifølge Kommissionen sammenfattes således.

En gruppe firmaer, ledet af sagsøgeren i sag nr. 7/73, dvs. Commercial Solvents Corporation, New York, som jeg vil referere til som »CSC«, har for øjeblikket verdensmonopol på industriel produktion af produkter fremstillet ved nitrering af parafin. Disse produkter omfatter 1-nitropropan, som er råmaterialet ved industriel produktion af aminobutanol. Bortset fra at, aminobutanol har en vis begrænset anvendelse som emulgeringsmiddel, er det selv råmateriale for industriel fremstilling af ethambutol, en kemisk forbindelse, der benyttes ved behandlingen af lungetuberkulose.

Selv om de hovedpatenter, der omfatter produktionsmetoden for 1-nitropropan er udløbet, er CSC gruppen i stand til at opretholde sit monopol på grund af sin know-how, og fordi en ny virksomhed i denne industri ville stå over for hindringer, så som de høje omkostninger ved det nødvendige udstyr og dettes komplicerede karakter samt vanskeligheden ved afsætning af de produkter udover 1-nitropropan, der fremkommer ved nitrering af parafin, nemlig 2-nitropropan, nitromethan og nitroethan.

Indtil begyndelsen af 1970 leverede CSC-gruppen aminobutanol til aftagere i EØF gennem datterselskaber og gennem uafhængige forhandlere. Specielt forsynede den det italienske marked, nemlig gennem sagsøgeren i sag nr. 6/73, Istituto Chemioterapico Italiano, Milano, som jeg ligesom Kommissionen vil referere til som »ICI«, hvilket forhåbentlig ikke giver anledning til forveksling med et mere kendt kemisk firma. ICI er et italiensk aktieselskab, hvoraf 51 % ejes af CSC. Dette giver blandt andet CSC mulighed for at udnævne ICI's direktører og til at bestemme over selskabets politik. ICI har en bestyrelse (»board«) på ti direktører, af hvilke fem er ledere i CSC. Bestyrelsens formand er generaldirektør i CSC. Selv om det ikke nævnes i beslutningen, er det blevet indrømmet under forhandlingerne, at han som formand har den afgørende stemme. ICI's direktion (»executive committee«) består af seks medlemmer, at hvilke tre er repræsentanter for CSC. I sin årsrapport for 1972 henviste CSC til ICI som sit datterselskab. I en tidligere rapport var det blevet fremhævet, at ICI's laboratorier var grundlaget for CSC's forskning i Europa.

Forsyninger af ethambutol i EØF kommer fra tre hovedproducenter. Disse producenter bruger en del af deres produktion til fremstilling af egne farmaceutiske »specialiteter« og sælger resten. Disse tre producenter er:

1. CSC-gruppen, gennem ICI;
2. Cyanamid Italia, Catania, et datterselskab til American Cyanamid Company, New Jersey; og
3. et andet italiensk firma, Laboratorio Chimico Farmaceutico Giorgio Zoja SpA, som jeg vil kalde »Zoja«. Det er dette firma, som har startet nærværende sag ved en begæring til Kommissionen i henhold til artikel 3, stk. 2 i forordning nr. 17 rettet mod CSC og ICI.

Zoja har siden 1966 være ICI's hovedaftager af aminobutanol. I løbet af 1968 og 1969 blev der ført resultatløse forhandlinger om en sammenslutning af ICI og ZOJA.

I maj 1969 meddelte ICI Zoja, at CSC havde besluttet at forhøje sin pris på aminobutanol. Zoja accepterede denne stigning, selv om dens løbende kontrakt med ICI ikke indeholdt noget herom. I november 1969 opdagede Zoja imidlertid, at den kunne købe aminobutanol til en lavere pris fra andre leverandører, og det anbendte disse indtil midten af 1970,

idet det med ICI's indforståelse hævede en væsentlig del af sin kontrakt med dette firma.

I anden halvdel af 1970 begyndte leverancerne af aminobutanol og af 1-nitropropan pludselig at forsvinde fra markedet, og i løbet af kort tid forsvandt de helt. Zoja forsøgte uden held at få levering fra talrige kilder, både inden for og uden for EØF. Nogle af de firmaer, som det henvendte sig til, svarede at de intet havde, fordi CSC havde standset leveringen, andre, at de havde fået forbud mod at sælge de pågældende produkter til farmaceutisk brug.

I juli og oktober 1970 købte ICI fra en lille producent af ethambutol, Bulciago, Como, ca. 35 000 kg 1-nitropropan som den videresolgte som emulgeringsmiddel til forskellige mindre fabrikanter af maling, idet det afkrævede dem et løfte om ikke at sælge det videre til farmaceutisk brug.

(Jeg må her indskyde, at dette af ICI hævdes at bero på en misforståelse hos Kommissionen af noget, der blev anført af IXI under sagsbehandlingen for Kommissionen. Ifølge ICI var det løfte, der blev afkrævet, at det omhandlede 1-nitropropan ikke måtte eksporteres til lande uden for EØF. Som det vil fremgå senere, får dette spørgsmål næppe nogen betydning, når det kommer til stykket).

I november 1970 anmodede Zoja ICI om en leverance på 120 000 kg aminobutanol for 1971. ICI svarede, at det måtte forelægge anmodningen for CSC. I januar 1971 meddelte ICI Zoja, at CSC havde oplyst, at CSC ikke længere havde beholdingen af amonobutanol til salg.

Senere forsøg fra Zoja i løbet af 1971 på at få aminobutanol fra kilder i EØF og andre steder endte med det samme negative resultat. Forespørgsler fra forhandlere og gennem italienske ambassader samt gennem Istituto per il commercio estero (institut for udenrigshandel) førte i alle tilfælde tilbage til en enkelt leveringskilde, CSC.

Den 8. april 1971 indgav Zoja sin begæring i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 til Kommissionen. I oktober 1971 rettede firmaet en sidste henvendelse til ICI om levering af aminobutanol eller af 1-nitropropan. ICI svarede hertil, at det allerede for nogen tid siden var blevet informeret af sin leverandør, CSC, at CSC ikke længere kunne sælge disse produkter til ICI.

Da Kommissionen traf sin afgørelse, var situationen den, at Zoja indtil da havde været i stand til at fortsætte produktionen af ethambutol i nedsat omfang, men at firmaet ville blive nødt til at standse produktionen, når dets reserver af råmaterialer var udtømt, såfremt det ikke i mellemtiden kunne opnå regelmæssig levering.

Kommissionen fandt:

A — at CSC var i stand til at udøve og faktisk udøvede en sådan grad af kontrol over ICI, at de to firmaer i deres forhold til Zoja og i relation til artikel 86 måtte behandles som én enkelt virksomhed;

B — at denne ene virksomhed, som Kommissionen henviste til som CSC-ICI-gruppen, havde en dominerende stilling, nemlig et verdensmonopol på levering af 1-nitropropan og aminobutanol, som var de nødvendige råmaterialer for industriel fremstilling af ethambutol;

C — at CSC-ICI-gruppen havde misbrugt sin dominerende stilling ved at standse leveringen af råmaterialer til en af hovedproducenterne af ethambutol i EØF, en adfærd som måtte føre til eliminering af denne producent og således til en begrænsning af konkurrencen;

D — at et sådant misbrug påvirkede handelen med ethambutol mellem medlemsstaterne, i særdeleshed fordi Zoja eksporterede dette produkt til Frankrig og til Tyskland.

Kommissionens beslutning gik ud på følgende:

(Artikel 1)

— Kommissionen udtalte, at CSC og ICI ved at standse leverancerne til Zoja af råmaterialer til produktion af ethambutol fra november 1970 havde overtrådt artikel 86;

(Artikel 2)

— Kommissionen krævede, at CSC og ICI skulle ophøre med denne overtrædelse og i særdeleshed:

a) straks skulle levere 60 000 kg 1-nitropropan eller 30 000 kg aminobutanol til Zoja til en pris, der ikke lå over den højeste, som de forlangte for disse produkter; og

b) inden to måneder skulle forelægge Kommissionen forslag til fremtidige leverancer til Zoja til godkendelse;

(Artikel 3)

— Kommissionen pålagde CSC og ICI in solidum og personligt en bøde på 200 000 RE, at betale inden 3 måneder; og

(Artikel 4)

— Kommissionen pålagde dem in solidum og personligt dagbøder på 1 000 RE ved forsinkelse med opfyldelsen af noget af kravene med hensyn til forsyningen af Zoja.

Kort efter udstedelsen af Kommissionens beslutning opfyldte CSC, dog under protest, kravet om øjeblikkelig levering til Zoja af 60 000 kg 1-nitropropan eller 30 000 kg aminobutanol.

Stævningerne, der indledte disse søgsmål, blev indleveret til justitskontoret den 17. februar 1973 og blev ledsaget af anmodninger om udsættelse med fuldbyrdelsen af Kommissionens beslutning for så vidt angik kravet om forslag til fremtidige leverancer til Zoja og betaling af bøden, sålænge sagen verserede for Domstolen.

Kort efter, at retsforhandlingerne var påbegyndt, anmodede Zoja om tilladelse til at indtræde som intervenient i sagen; denne anmodning blev imødekommet. Jeg behøver ikke at optage Domstolens tid med en detaljeret redegørelse for retsforhandlingernes videre forløb, men jeg bør måske nævne, at et resultat heraf var en underskrivelse den 10. april 1973 i Milano af en aftale om levering af aminobutanol fra CSC til Zoja. Denne aftale er afsluttet for en periode af to år fra den 1. januar 1973; den skal derefter løbe videre for et år ad gangen, indtil den opsiges af en af parterne. Zoja er tilfreds med aftalens bestemmelser om mængder, pris osv.; og Kommissionen har godkendt den som opfyldende kravene i sin beslutning. Som følge af underskrivelsen af aftalen anmodede Zoja om tilladelse til at udtræde af sagen. Der blev ikke rejst nogen indvendinger, og anmodningen blev følgelig imødekommet.

Kommissionens beslutning er blevet anfægtet af CSC og ICI med flere begrundelser, og jeg ser det som min pligt at behandle disse begrundelser en for en.

Kommissionens kompetence

1. Udgør CSC og ICI en enkelt »virksomhed«?

CSC hævder, at Kommissionen ikke har haft kompetence i dette spørgsmål for så vidt angår CSC, fordi CSC er et firma, som er oprettet i henhold til lovgivningen i Maryland, og som har sit hovedkontor i New York. CSC hævder, at dets eneste relevante forbindelse med EØF er, at det engang til EØF solgte nitropropan og aminobutanol f.o.b. havne i De forenede Stater og senere traf den principielle afgørelse at ophøre med sådanne salg. Firmaet benægter nogensinde at have haft en sådan grad af kontrol over ICI, at CSC og ICI i henhold til artikel 86 kunne behandles som virksomhed. Firmaet har i den forbindelse citeret denne Domstols afgørelse i sag nr. 22/71 *Béguelin Import Co.* mod *S.A.G.L. Import Export* (Recueil 1971, s. 949), i »farvestofsagerne« — sag nr. 49/69 *Imperial Chemical Industries Ltd.* mod *Kommissionen* (Recueil 1972, s. 619), sag nr. 52/69 *J. R. Geigy A.G.* mod *Kommissio-*

nen (sst. s. 787) og sag nr. *53/69 Sandoz A.G.* mod *Kommissionen* (sst., s. 845) — og i sag nr. *6/72 Europemballage Corporation og Contintal Can Company Inc.* mod *Kommissionen* (Domssamlingen 1973, s. 215).

Disse kilder viser efter min opfattelse, at det blotte faktum, at et moderfirma og dets datterselskab er adskilte juridiske personer, ikke betyder, at de er adskilte »virksomheder« i relation til artiklerne 85 og 86. Således vil en aftale mellem dem ikke i almindelighed falde ind under forbudet i artikel 85 (jf. afgørelsen i *Béguelin*-sagen). Omvendt vil moderselskabet ikke kunne komme uden om forbudene i artiklerne 85 og 86 ved at hævde, at det kun er datterselskabet, der har været virksomt inden for Fællesskabet.

Dommene i disse sager tyder på, at sagen vil stille sig anderledes, hvor datterselskabet har adgang til selvstændigt at bestyre sine anliggender, og det er herpå, CSC støtter sig. CSC's argument er, at der, for at moderselskabet og datterselskabet skal kunne behandles som en enkelt virksomhed, »må være a) instruktionsbeføjelse for moderselskabet for i forhold til datterselskabet og desuden b) reel udøvelse af moderselskabets kontrol af et sådant omfang, at datterselskabet ikke selvstændigt træffer beslutning om sin adfærd på markedet men hovedsageligt udfører de instrukser, som det får fra moderselskabet«. »Målestokken«, siges det, »er den totalt manglende mulighed for datterselskabet for at bestemme sin egen markedsadfærd. Muligheden for kontrol fra moderselskabets side er ikke tilstrækkelig; der kræves en reel udøvelse af denne kontrol i en sådan grad, at datterselskabet mister sin *markeds*-autonomi«. Og, argumenteres det videre, det er Kommissionens sag at bevise, at disse betingelser er opfyldt. Jeg indrømmer, at dommene i de sager, der refereres til, kan fortolkes på denne måde. Men efter min mening er en sådan fortolkning fejlagtig.

Efter min mening må man gå ud fra, at hverken artikel 85 eller artikel 86 noget sted omtaler »personer«. I begge artikler er de relevante forbud rettet mod »virksomheder«, et meget mere omfattende og løsere begreb. Dette er netop, hvad man skulle vente, fordi det ville være uhensigtsmæssigt inden for konkurrencelovgivningen uden videre at anvende den teori, som engelske jurister henviser til som *Salomon* mod *Salomon & Co. Ltd.* [1897] A.C. 22 — dvs. den teori, at ethvert selskab er en selvstændig juridisk person, som ikke kan identificeres med sine medlemmer. I hovedsagen går denne teori ud på at opretholde princippet om begrænset ansvar. Den vedrører kreditorers rettigheder inden for selskabsretten. Den er blevet anvendt, med mere eller mindre gode resultater, inden for andre områder som for eksempel overdragelse af rettigheder over fast ejendom, kontraktsforhold og ansvar for skadegørende handlinger. Men blindt at anvende den inden for retsområder, hvor den har liden relevans, ville efter min mening kun føre til at adskille retten fra virkeligheden.

Lad os antage, at CSC havde handlet i Italien gennem en filial. Der ville ikke have været nogen tvivl om, at CSC havde været underkastet Kommissionens og denne Domstols jurisdiktion. Ville det have gjort nogen forskel, om CSC havde valgt at handle i Italien gennem et datterselskab, som det ejede fuldstændigt? Forskellen ville kun have angået den juridiske form, ikke realiteten. Hvorledes skulle det da gøre nogen forskel, at det valgte at handle i Italien gennem et datterselskab, som det kontrollerede med en majoritet på 51 % fremfor en majoritet på 100 %? Det, som efter min opfattelse er afgørende på dette område, er kontrollen, ikke omfanget af det indtægtsgivende ejerforhold.

Jeg kunne måske citere Lord Denning M.R., hvor han i *Littlewoods Mail Order Stores* mod *C.I.R.* [1969] 1 W.L.R., s. 1254, siger følgende:

»Den teori, der er opstillet i *Salomon* mod *Salomon & Co.* [1897] A.C. 22, må undersøges meget nøje. Det er ofte blevethævdet, at den kaster et slør over ka-

rakteren af et ansvarligt selskab, som domstolene ikke kan se igennem. Men det er ikke sandt. Domstolene kan trække dette slør til side og gør det rent faktisk ofte. De kan trække masken af og gør det faktisk ofte. De forsøger at se, hvad der virkelig ligger bagved. Lovgiveren har vist vejen med grupperegnskaber og så videre. Og domstolene følger efter.«

I sin henvisning til »grupperegnskaber og så videre« henviste Lord Denning selvfølgelig på sin karakteristiske måde kortfattet til den omfattende reaktion i det tyvende århundrede fra lovgivningen mod konsekvenserne af en utæmmet og uigennemtænkt udvidet anvendelse af teorien i *Salomon* mod *Salomon & Co.* til områder, hvor den, om overhovedet, bør anvendes med forsigtighed. I denne henseende er skattelovgivningen et velkendt eksempel. Det samme er tilfældet med konkurrencelovgivningen. Således indeholder for eksempel Det forenede Kongeriges ganske nye Fair Trading Act 1973 adskillige steder bestemmelser om, at »medlemmer af en og samme gruppe af forbundne juridiske personer« skal behandles som »én person«. Udformningen af denne lov er meget forskellig fra EØF-traktaten, men den bagved liggende ide er klart den samme.

Hvis loven skal opretholde respekt, må den være i overensstemmelse med fornuften og med virkeligheden. Den må efter min mening ikke tillade, at dens egne principper misfortolkes i en sådan grad, at de giver mulighed for anvendelse af midler, der modarbejder lovens eget formål.

Det er med disse betragtninger for øje, at jeg nærmer mig CSC's argumentation i nærværende sag. Efter min mening indebære disse betragtninger i det mindste:

1. at der er en formodning om, at et datterselskab vil handle i overensstemmelse med moderselskabets ønsker — fordi datterselskaber ifølge almindelig erfaring sædvangligvis handler sådan;
2. at moderselskabet og datterselskabet bør behandles som en enkelt virksomhed i relation til EØF-traktatens artikler 85 og 86, med mindre overnnævnte formodning afkræftes; og
3. at formodningen kun kan afkræftes, såfremt det positivt bevises af dem, som bevisbyrden påhviler, at datterselskabet i realiteten har varetaget sine anliggender selvstændigt. Jeg tilstår, at dette efter min mening vil være en meget vanskelig bevisbyrde at løfte. Jeg kan forestille mig, at den kan løftes i et tilfælde, hvor (for emsempel) et forsikringsselskab eller et selskab, der bestyrer en pensionsfond, ved investering erhverver en bestemmende andel i et handelsselskab, eller hvor det, der først synes at være et datterselskab af en virksomhed, viser sig at være en fælles aktivitet for denne og en anden virksomhed med ulige andele. Men jeg vil anse det for næsten umuligt at løfte denne bevisbyrde i det sædvanlige tilfælde, hvor et moderselskab og et datterselskab udøver beslægtet virksomhed.

De argumenter, som CSC og ICI har anført i deres indlæg, består hovedsageligt af rene påstande uden bevis for, at CSC ikke har kontrolleret ICI's »adfærd på markedet«. Et antal sider i CSC's replik indeholder et forsøg på at vise, at det ikke i nogen af medlemsstaternes retssystemer, herunder Italiens, er tilfældet, at kontrol over majoriteten af de stemmer, der knytter sig til aktierne i en virsomhed, betragtes som kontrol med denne virksomhed. Dette er klart urigtig.

CSC påpeger — og fremlægger i den forbindelse en attest fra Arthur Young & Company — at over 75 % af ICI's omsætning skyldes salg af produkter, der hverken er fremstillet af CSC eller baseret på råmaterialer fremstillet af CSC. Dette forekommer mig ikke overbevisende. Endnu mindre overbevisende er det faktum, som CSC støtter sig til, at de administrerende direktører i ICI stadig er de samme som før 1962, da CSC erhvervede 51 % af interesserne i ICI. Der mangler konsekvent det mindste bevis for, at ICI nogen sinde var i stand eller villig til at forhandle med CSC på 3

skridts afstand, som en selvstændig handlende ville gøre. Der er faktisk i den sagsfremstilling, som CSC's stævning indeholder (s. 4), en sætning, som forekommer mig betydningsfuld i denne forbindelse, rigtignok uden at være ment sådan. Den lyder: »Tidligt i 1970 besluttede CSC af kommercielle og teknisk taktiske grunde, at det i princippet ikke længere ville levere nitropropan og aminobutanol til EØF, men i stedet ville levere d-aminobutanol, et forædlet overgangsprodukt, som [ICI] ville omdanne til ethambutol-bulk med henblik på salg bl.a. i EØF og med henblik på fremstilling af egne specialiteter.«

Under den mundtlige forhandling erklærede ICI's advokat, uden tvivl efter instruks, at der på tidspunktet for CSC's køb af de 51 % af aktierne i ICI blev indgået an aftale, hvis formål var at sikre, at ICI »ikke skulle miste sin økonomiske uafhængighed«. Domstolen vil finde indholdet af denne påståede aftale på side 5 i referatet af den mundtlige forhandling. Jeg tror ikke, at det ville være rigtigt af mig at bruge tid på at læse den op. Aftalen nævnes ikke i de skriftlige indlæg, ej heller blev der fremlagt noget bevis herfor. Vi ved ikke engang, hvorvidt den skal have været mundtlig eller skriftlig, langt mindre for hvilken periode den skulle være indgået. Kommissionen har selvfølgelig heller ikke haft anledning til at fremsætte særlige betragtninger om aftalens betydning. Efter min mening burde Domstolen ikke i en sag som denne anmodes om at træffe sin afgørelse på grundlag af advokatens påstande, når de ikke er fremsat skriftligt og ikke støttes af noget bevis.

Jeg er følgelig af den mening, at der ikke kan gives CSC medhold i, at det falder uden for Kommissionens og denne Domstols kompetence at behandle nærværende sag.

2. »Virknings-teorien«

Som følge heraf finder jeg det unødvendigt af afgive en endelig udtalelse angående et alternativtanbringende som Kommissionen har fremført angående sin kompetence i de skriftlige indlæg, skønt ikke i sin beslutning. Det gik ud på, at Kommissionen, selv om det skulle blive fastslået, at CSC og ICI var uafhængige virksomheder, fremdeles ville have kompetence i forhold til CSC, fordi »den omstridte adfærd (nemlig indskrænkningen af leveringer af nitropropan, aminobutanol og dextro-aminobutanol på det italienske marked til kun at opfylde ICI's produktionsbehov samtidig med, at Zoja blev forhindret i at skaffe sig leverancer på andre markeder) fremkalder virkninger inden for fællesmarkedet, som er direkte og øjeblikkelige og for en rimelig betragtning påregnelige og væsentlige.« Dette er selvfølgelig en henvisning til »virkningsteorien«, som Domstolen tilsluttede sig i *Béguelin*-sagen, og som generaladvokat Mayras diskuterede i sit forslag til afgørelse i *Farvestof*-sagerne (Recueil 1972, s. 692-702).

Kommissionen citerer også i denne forbindelse et afsnit i Domstolens afgørelse i *Continental Can*-sagen (Samling 1973 på s. 242-243), men jeg er ikke sikker på, om det er relevant her.

CSC søger at udskille *Béguelin*-sagen med den begrundelse, at den angik gyldigheden af en aftale, hvilket hører ind under den internationale privatret, mens den nærværende sag derimod angår folkeretten. Jeg må tilstå, at jeg finder sondringen utilfredsstillende. Artiklerne 85 og 86 i traktaten er ikke således udformet, at de forbud, de indeholder, indebærer en sådan sondring. I øvrigt er CSC's anbringender i hovedsagen en gentagelse af dem, som blev gennemgået meget nøje af generaladvokat Mayras, måske med tilføjelse af et citat fra en dom afsagt af Cour d'Appel, Paris, i *Société la Technique Minière* mod *Maschinenbau Ulm GmbH* (Recueil Dalloz, Jurisprudence, 1967, s. 681). Den dom angik, for så vidt som det er relevant her, fortolkningen af artikel 37, stk. 1, a i den franske forordning nr. 45-1423 af 30. juni 1945 vedrørende »refus de vente«, og der er utvivlsomt, som CSC antyder, en nær analogi mellem denne

sag og nærværende sag. Men heraf kan man ikke slutte, at traktatens artikel 86 skal fortolkes på samme måde som artikel 37, stk. 1, a i nævnte forordning.

Af de anførte grunde vil jeg ikke gøre yderligere bemærkninger om »virkningsteorien«s mulige anvendelse i denne sag.

Har »CSC-ICI-Gruppen« haft en »dominerende stilling«?

1. Det relevante marked

Domstolen vil erindre, at Domstolen i tre sager, nemlig sag nr. 40/70 *Sirena S.R.L.* mod *Eda S.R.L.* (Recueil 1971, s. 69, på s. 84), sag nr. 78/70 *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH* mod *Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co KG* (sst. s. 487, på s. 501) og *Continental Can*-sagen Domssamlingen [1973] (på ss. 249-252), har fundet, at en stilling kun kan være »dominerende« i artikel 86's forstand, såfremt den er dominerende på det relevante marked. Sådan som jeg har forstået disse afgørelser, er et relevant marked i denne henseende et marked, hvor de tilgængelige produkter i alt væsentligt kan erstatte hinanden.

På trods af at CSC og ICI gentagne gange har hævdet, at Kommissionen i dette spørgsmål flere gange har ændret begrundelse, forekommer det mig ved en gennemlæsning af i) den meddelelse om klagepunkter af 25. april 1972, som Kommissionen forkyndte for CSC i henhold til artikel 2 i forordning nr. 99/63/EØF, ii) Kommissionens beslutning og iii) dens skriftlige indlæg, at Kommissionen konsekvent har fastholdt — som den fastholdt det i sine mundtlige indlæg under retsforhandlingerne — at det relevante marked, som CSC og ICI ifølge Kommissionen dominerede, var markedet for 1-nitropropan og aminobutanol som råmaterialer for produktion af ethambutol. Som Kommissionen har påpeget, blev CSC's og ICI's rådgivere muligvis ført på vildspor med hensyn til Kommissionens standpunkt i denne henseende ved en unøjagtighed i en offentliggjort uofficiel engelsk oversættelse af dens beslutning.

Hvordan det end forholder sig, tror jeg ikke, at spørgsmålet, om markedet for råmaterialer til produktion af en særskilt vare er et relevant marked, logisk kan adskilles fra spørgsmålet, om markedet for denne vare er et relevant marked. Forbrugeren er trods alt kun interesseret i det færdige produkt, og artikel 86 omhandler tilfælde, hvor der opstår skade for forbrugeren, enten direkte eller indirekte — se Domstolens dom i *Continental Can*-sagen (Domssamlingen 1973, s. 247). Det var således efter min mening berettiget, at CSC både under sagsbehandlingen for Kommissionen og for denne Domstol forsøgte at gøre gældende, at markedet for ethambutol ikke var et relevant marked, fordi ethambutol, som det sagde, kun var ét af en række sideordnede præparater mod lungetuberkulose.

Kommissionen fandt i sin beslutning, at dette ikke var tilfældet. I et omhyggeligt formuleret afsnit (det afsnit, som indeholdt den uheldige unøjagtighed i oversættelsen, som jeg har henvist til) siges det, at man ved bedømmelsen af virkningen af CSC's og ICI's adfærd med god grund kunne anse markedet for ethambutol for et marked i sig selv, fordi ethambutol blandt andet blev brugt sammen med andre produkter mod tuberkulose og kompletterede disse snarere end konkurrerede med dem.

Det blev for Domstolen forsøgt bevist, at denne konklusion ikke kunne holde. Men for mig at se støtter dette bevismateriale konklusionen for så vidt det overhovedet berører denne.

I en artikel af overlægen ved et tuberkulosesanatorium i Davos, Dr. Virchow, vedlagt som bilag IX til CSC's stævning, understreger forfatteren hele vejen igennem betydningen af at bruge en kombination af præparater mod tuberkulose og drøfter de kombinationer, som kan prøves på en patient under hensyntagen til »deres virkningsmekanisme, krydsresistens, bivirkninger og forenelighed«. Han nævner kombinationer med ethambutol, som forekommer ham »yderst egnede«. Dette tyder ikke på, at disse

præparater kan erstatte hinanden. Det tyder snarere på, at de har hver sine egenskaber, som man må tage hensyn til, når man ordinerer dem.

Den samme slutning må drages af bilag X til CSC's stævning, en udtalelse fra American Medical Association's Council on Drugs offentliggjort i denne forenings tidsskrift den 17. april 1972. Overskriften til denne udtalelse er »Vurdering af et nyt præparat mod tuberkulose Rifampin (Rifadin, Rimactane)«. Dens bevisværdi er noget svækket ved advarslen om, at »denne udtalelse er en foreløbig vurdering af et nyt præparat udarbejdet på grundlag af tilgængeligt materiale. Den repræsenterer ikke nødvendigvis Council on Drug's endelige mening, ej heller indebærer den nogen form for godkendelse af præparatet«. Udtalelsen indeholder dog denne tilkendegivelse:

«Rifampin bør gives sammen med et eller fortrinsvis to andre præparater mod tuberkulose (f.eks. isoniazid, ethambutol, streptomycin) udvalgt på basis af undersøgelser af bakterieføl somheden og kendskab til, at patienten eventuelt ikke har fået disse præparater tidligere.«

CSC og ICI støtter sig også til visse statistiske oplysninger (opstillet i bilag XI til CSC's stævning), som skal vise, at produkter baseret på ethambutol ikke er de mest benyttede præparater mod tuberkulose. Dette viser disse statistiske oplysninger. Men de viser også, at sådanne produkter bliver benyttet i betydeligt omfang.

Jeg finder derfor, at der ikke kan gives CSC og ICI medhold, når de anfægter gyldigheden af Kommissionens beslutning, for så vidt de henviser til, at det relevante marked er det, der omfatter alle præparater mod tuberkulose.

2. *Har CSC-ICI-gruppen haft monopol på produktion og salg af 1-nitropropan og aminobutanol?*

CSC og ICI anfægter derefter det af Kommissionens anførte, hvorefter de i forening skulle have verdensmonopol på produktion og salg af 1-nitropropan og aminobutanol. Deres væsentligste argument herfor er, at Kommissionen nåede denne konklusion uden tilstrækkelig undersøgelse af fakta. Under sagsbehandlingen ved Kommissionen udtrykte CSC og ICI tvivl om, hvorvidt de havde et sådant monopol, men de fremførte ikke noget bevis på dette punkt. Grunden hertil kan have været den korte tid, Kommissionen gav dem til forberedelse af sagen — et spørgsmål jeg skal komme tilbage til. I alle tilfælde var Kommissionens resultat, sådan forstår jeg det i alt fald, baseret på det bevis, der var blevet fremlagt af Zoja vedrørende resultaterne af dets verdensomfattende forespørgsler om leverancer af 1-nitropropan eller af aminobutanol. Zoja's relevante brevveksling er vedlagt Kommissionens svarskrift i sag nr. 7/73 (Bilag 2), og det virker meget overbevisende. Det er vanskeligt at se, hvordan Kommissionen under disse omstændigheder kunne være nået noget andet resultat end det, den faktisk nåede til.

I forhandlingerne for denne Domstol har CSC og ICI fremlagt sagkyndige udtalelser fra professorerne Pietra, Corbellini og Macchioni og fra CSC's egen tekniske konsulent, dr. Martin, som skal vise, at det er muligt at fremstille aminobutanol på anden måde end fra 1-nitropropan (se bilag VI, X og XI til ICI's stævning og bilag XV til CSC's replik). Men dette bevis drejer sig kun om, hvad der har været muligt under laboratorieforhold. På trods af, at CSC og ICI hævder det modsatte i deres skriftlige indlæg, udtaler ingen af disse sagkyndige, at aminobutanol faktisk bliver industrielt fremstillet efter nogen af disse andre metoder. CSC og ICI har også fremlagt et brev (dette er bilag VIII til CSC's stævning) fra en organisation kaldet International Business & Research, Coral Gables, Florida, der oplyser, at denne organisation »er ved at udvikle en ny metode til fremstilling« af aminobutanol. Brevet giver udtryk for »troen på, at denne metode, når den er forbedret, efter al sandsynlighed vil være den mest økonomiske fremstillingsmåde på markedet«, og konkluderer, at CSC »vil kunne drage stor nytte

af at samarbejde med »International Business & Research« med henblik på videreudvikling af denne metode«. Jeg tror næppe, at det er nødvendigt at kommentere dette bevis.

Mere relevant er den oplysning, som CSC og ICI har fremlagt, at aminobutanol bliver industrielt fremstillet af et italiensk foretagende, Polifarm SpA. Imidlertid markedsfører dette foretagende tilsyneladende ikke aminobutanol i betydelige mængder, idet produktionen er ringe og i hovedsagen bestemt for et tilknyttet foretagende, som producerer ethambutol.

I deres replikker nævnte CSC og ICI for første gang en anden fabrikant af 1-nitropropan og af aminobutanol inden for EØF, nemlig Société Chimique de la Grande Paroisse, Paris. Men de fremsatte intet anbringende herom, ej heller fremførte de noget bevis vedrørende denne fabrikants produktion eller om, hvornår den begyndte. Kommissionen har i sin duplik erklæret, at Société Chimique de la Grande Paroisse i henhold til oplysninger, som den har indhentet, indtil nu kun har bygget et forsøgsanlæg for fabrikation af nitropropan, som gør det muligt at markedsføre nogle få kilo ad gangen, og dette er endda først sket for nylig. Kommissionen hævder, at den har en rapport, der underbygger dette, og som er til Domstolens disposition, men som indeholder oplysninger, der kunne afsløre forretningshemmeligheder. Jeg tror ikke, at det er nødvendigt at anmode om denne rapport.

I det hele finder jeg ikke, at de anbringender, som CSC og ICI har fremsat, og det bevis, de har fremført vedrørende denne del af sagen, er overbevisende.

3. Var 1-nitropropan og aminobutanol nødvendige råmaterialer for industriel fremstilling af ethambutol?

Et afgørende punkt i Kommissionen beslutning er, at en konkurrencedygtig industriel fremstilling af ethambutol ikke kan foretages ud fra noget andet råmateriale end 1-nitropropan og aminobutanol. Også dette punkt bestrides af CSC og ICI med den begrundelse, at det ikke er tilstrækkeligt underbygget.

CSC og ICI har her igen støttet sig til den sagkyndige vurdering, som jeg har henvist til. De henholder sig også til en udtalelse i et brev til ICI fra et foretagende ved navn Fallek Petrochemical (Europe) CV, Amsterdam, hvor det udtales, at thiophenol bruges i Øst-Europa som et overgangsprodukt ved fabrikation af ethambutol (Bilag VIII til ICI's stævning). De støtter sig videre til, at Polifarm SpA laver aminobutanol ved en proces, hvor butanone indgår som basis, samt på en antagelse om, at Bulciago muligvis benytter den samme proces.

Kommissionen imødegår dette bevis først med den sagkyndige udtalelse fra professor Cardani, der går ud på, at produktion af aminobutanol på grundlag af butanone er meget mere kostbar end produktion på grundlag af 1-nitropropan (Bilag 3 og 4 til Kommissionens svarskrift i sag nr. 7/73); for det andet med den omstændighed, at Bulciago på forespørgsel havde afslået at afsløre sin fremgangsmåde men dog bekræftet, at den endnu ikke var konkurrencedygtig; og endelig med fremlæggelse af korrespondance mellem Zoja og Fallek Petrochemical (Europa), som er dateret efter den sidstnævntes brev til ICI og går i modsat retning af nævnte brev (bilag 5).

Kommissionens bedste bevismiddel er måske på dette punkt det faktum, at det er erkendt, at de tre hovedproducenter af ethambutol inden for Fællesskabet fremstiller det på grundlag af aminobutanol eller d-aminobutanol afledt af 1-nitropropan. Under alle omstændigheder når jeg på grundlag af de beviser, der er forelagt Domstolen, til den konklusion, at man heller ikke på dette punkt kan godtage CSC og ICI's indvendinger mod Kommissionens beslutning.

Har CSC-ICI-gruppen misbrugt sin dominerende stilling?

Domstolen vil erindre, at Kommissionen i sin beslutning fandt, at CSC-ICI-gruppens misbrug af sin dominerende stilling

bestod i leverancestop for råmaterialer, som den havde monopol på, over for en af hovedproducenterne af ethambutol i EØF, nemlig Zoja, en adfærd som måtte føre til, at Zoja blev elimineret som producent af ethambutol og således til en begrænsning af konkurrencen. I denne formulering af anklagen ligger der indirekte, så vidt jeg kan se, en antagelse om, at der blev diskrimineret i forhold til Zoja.

Jeg er ikke i tvivl om, at en virksomhed, hvis den har en dominerende stilling på markedet for et råmateriale, misbruger denne stilling, såfremt den uden rimelig grund nægter at levere dette råmateriale til en bestemt bruger. Da råmaterialet selv er et fremstillet produkt, som kun eksisterer takket være den dominerende virksomheds indsats inden for forskning og udvikling, vil situationen muligvis kunne være en anden, såfremt nævnte virksomhed beslutter ikke at sælge til nogen men at maksimere sin egen fortjeneste ved selv at opfylde al efterspørgsel efter det færdige produkt eller efter, hvad der i denne sag er blevet kaldt et »forædlet« produkt. På et tidspunkt forekom det mig, at CSC og ICI kunne føre et forsvar, baseret på et sådant princip. Efter de skriftlige forhandlinger stillede Domstolen nogle spørgsmål, der tog sigte på at belyse det egentlige omfang og arten af den afgørelse, som CSC hævdede at have truffet tidligt i 1970, og de forretningsmæssige og tekniske grunde til denne afgørelse; og ved retsmødets afslutning bad jeg CSC om yderligere information herom, navnlig for at bringe på det rene, om alle CSC og ICI's kunder var blevet behandlet ens, eller om Zoja var blevet udsat for forskelsbehandling.

Efter min mening viser de svar, som CSC og ICI gav på disse spørgsmål, langt fra, at der ikke var tale om forskelsbehandling over for Zoja. For eksempel giver disse svar klart mulighed for at slutte, at CSC leverede d-aminobutanol til Cyanamid Italia som hævdet af Kommissionen. Det blev af CSC og ICI under forhandlingerne nævnt, at grunden kunne være, at Zoja aldrig havde rettet henvendelse om d-aminobutanol. Men det blev erkendt, at Zoja heller aldrig havde spurgt om ethambutol-bulk, hvilket imidlertid alligevel var blevet tilbudt Zoja. (Se referatet s. 248-250).

Det eneste forsvar, som CSC og ICI virkelig fremførte vedrørende denne del af sagen, var faktisk, at de ikke misbrugte deres dominerende stilling, idet Zoja kun var producent af ethambutolbaserede »specialiteter«, og at de var beredt og villige til at levere så meget ethambutolbulk, som Zoja ønskede til produktion af disse specialiteter.

Der er uenighed mellem CSC og ICI på den ene side og Kommissionen på den anden side om, hvorvidt Zoja alene sælger ethambutolbaserede specialiteter eller også sælger ethambutol-bulk. Kommissionen hævder, at Zoja sælger ethambutol-bulk, og dens beslutning bygger på denne omstændighed. CSC og ICI benægter dette. Ingen af parterne har ført noget bevis herom: se procesreglementet artiklerne 60 og 61. Men personligt tror jeg ikke, at dette er nødvendigt — af to grunde:

For det første mener jeg, at sagen vil kunne afgøres under hensyntagen til, hvem der har bevisbyrden. Jeg tror i overensstemmelse med Domstolens synspunkt i sagerne nr. 8-11/66, *Cement*-sagerne (Recueil 1967, s. 117), at bevisbyrden ved den administrative sagsbehandling for Kommissionen efter artikel 85 eller artikel 86 ligger hos Kommissionen sådan forstået, at det er Kommissionens pligt at sikre sig, at alle de efter den pågældende artikel nødvendige betingelser er opfyldt. Derimod mener jeg, at en sagsøger, som kommer til denne Domstol i henhold til artikel 173, har bevisbyrden for, at Kommissionens beslutning savner fornødent grundlag. Såfremt det udgør et led i hans sag, at en del af Kommissionens sagsfremstilling er forkert, er det efter min mening sagsøgerens pligt at føre bevis herfor eller at påvise, at det ikke er støttet på noget bevis eller på utilstrækkeligt eller irrelevant bevis eller, hvilket måske er det samme, på bevis som Kommissionen har fortolket forkert. Selvfølgelig vil der,

såfremt en omstændighed er af en sådan art, at Kommissionen har nærmere adgang til at søge den oplyst end sagsøgeren, ikke blive krævet meget, for at bevisbyrden overvæltes på Kommissionen. Men hverken CSC eller ICI gjorde det mindste forsøg på at begrunde deres anbringende om, at Zoja modsat Kommissionens opfattelse kun solgte specialiteter.

For det andet tror jeg ikke, at spørgsmålet om, hvorvidt Zoja tillige var sælger af ethambutol-bulk eller ej, virkelig er af betydning. Det afgørende er, at Zoja producerede ethambutol, og at det derfor var ulovligt, at eneleverandøren af råmaterialer til produktionen af ethambutol nægtede det enhver levering af råmateriale til en sådan produktion.

Jeg vil ikke foreslå at bruge megen tid til en diskussion af de kilder, som er relevante på dette punkt. Sagen drejer sig hovedsagelig om en fortolkning af artikel 86. Leveringsnægtelse er ikke udtrykkelig nævnt i denne artikel, men som Domstolen udtalte i *Continental-Can*-sagen (Domssamlingen s. 245-247), er de misbrug, som er anført i denne artikel, kun eksempler. Begrebet misbrug af en dominerende stilling må fortolkes i lys af artikel 3, litra f, som udtrykkeligt kræver, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes, og således a fortiori implicerer, at den ikke elimineres. Videre bestemmer litra c i artikel 86, at et sådant misbrug særlig kan bestå i »anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen«. Det må a fortiori være misbrug for en dominerende virksomhed at stille en handelspartner ringere ved at nægte at levere råmaterialer, som den dominerende virksomhed leverer til andre, der befinder sig i en tilsvarende situation.

CSC og ICI har ikke refereret til nogen kilde til støtte for deres argumenter vedrørende denne del af sagen. Kommissionen refererede meget hjælpsomt til en rapport vedrørende »leveringsnægtelse«, udarbejdet i 1969 af Ekspertudvalget for konkurrencebegrænsninger i handelen inden for OECD. Denne viser, at enhver nægtelse af at sælge er ulovlig i Frankrig, såfremt den ikke er berettigt af særlige grunde, som er anerkendt af loven. Ingen af disse grunde svarer til dem, som CSC og ICI har fremført i denne sag. I andre medlemsstater i OECD er der lovbestemmelser af forskellig slags, der giver mulighed for at gribe ind i tilfælde af, at et monopol eller en virksomhed, der har en dominerende stilling nægter at levere, hvis en sådan nægtelse ville stride mod de offentlige interesser. Hertil hører Belgien, Danmark, Vesttyskland, Nederlandene og Det forenede Kongerige. Det er interessant at lægge mærke til, at United Kingdom Monopolies Commission i § 33 i en rapport om »leveringsnægtelse« fra 1970 (Cmnd 4372) nævner et tilfælde med en vertikalt integreret leverandør, som ikke havde normale konkurrencevilkår, og som nægtede levering til sine konkurrenter, som et tilfælde, der kræver en undersøgelse. På denne baggrund tror jeg ikke, at det er nødvendigt at henvise til kilder i andre lande så som USA for at retfærdiggøre det synspunkt, at der ikke vil være noget overraskende i Domstolens stadfæstelse af den fortolkning af artikel 86, som Kommissionen baserede sin beslutning på i denne sag.

Har CSC-ICI-gruppens misbrug af den dominerende stilling påvirket samhandelen mellem medlemsstater?

CSC og ICI anfægter Kommissionens anbringende om, at deres adfærd har berørt samhandelen mellem medlemsstater, ud fra to grunde. De siger først (og jeg citerer fra CSC's stævning, s. 21): »I EØF er tuberkulose blevet en meget sjælden sygdom. De virkelige markeder for præparater mod tuberkulose er udviklingslandene, hvor tuberkulose fortsat er meget hyppig. Efter CSC's bedste skøn sælger Zoja kun en lille del af sin produktion inden for EØF.«

Det forekommer mig, at denne udtalelse vedrører spørgsmål om, i hvilken grad CSC's og ICI's adfærd påvirkede samhandelen mellem medlemsstater, snarere end spørgsmålet om, hvorvidt den overhovedet påvirkede samhandelen. Jeg

foreslår at behandle dette, når jeg kommer til spørgsmålet om berettigelsen af Kommissionens beslutning, for så vidt denne pålagde CSC og ICI bøder og forlangte, at de genoptog leverancerne til Zoja.

Det andet grundlag for CSC's og ICI's angreb på Kommissionens anbringende om samhandelen mellem medlemsstater er udtrykt i ICI's stævning (igen s. 21) som følger:

»Samhandel mellem Italien og andre EØF-medlemsstater forhindres ved American Cyanamids patenter i disse stater... Disse American Cyanamid-ejede patenter findes overalt inden for EØF, undtagen i Italien — hvor der ikke er mulighed for at udtage patenter på farmaceutiske produkter — og i Luxembourg — som økonomisk set er en del af det belgiske marked og derfor kommercielt set uinteressant.«

Jeg vil forkaste denne påstand af to grunde.

For det første mener jeg, at den i princippet er udtryk for en forkert opfattelse. Den omstændighed, at en koncern har adgang til at begrænse handelen for en anden ved udøvelsen af patentrettigheder betyder ikke, at en tredje koncern har fri adgang til også at begrænse det ved misbrug af en dominerende stilling. Den omstændighed, at en mand er i færd med at drukne, berettiger ikke en anden til at skyde ham. Videre udelukker eksistensen af patentrettigheder ikke nødvendigvis konkurrence. En levende illustration af dette er *Pfozer Corporation* mod *Ministry of Health* [1965] A.C. 512, hvor Overhuset fandt, at leverancen af lægemidler til National Health Service i Det forenede Kongerige i henhold til afdeling 46 i U.K. *Patents Act 1949* ikke kunne begrænses ved udøvelse af patentrettigheder. Endog i lande, hvor der ikke er nogen sådan lovgivning, er der sådvanligvis bestemmelser om tvungen licensgivning under visse omstændigheder. Faktisk er den situation ikke ukendt, en patentindehaver finder det økonomisk fordelagtigt frivilligt at give en konkurrent en licens med det resultat, at patentindehaverens og licensindehaverens produkter konkurrerer på markedet.

For det andet støtter de fakta, som er blevet forelagt Domstolen — og de har i hovedsagen fælles grundlag — ganske enkelt ikke det anbringende, at handelen inden for EØF »forhindres« gennem American Cyanamid's patenter. De viser kun, at Zoja og American Cyanamid er involveret i en verdensomfattende tvist om deres respektive patenter, og at resultatet heraf er uvist. Situationen i Frankrig er, at en afgørelse fra Cour d'Appel, Paris, til Zoja's fordel er appelleret til Cour de Cassation. Ingen kan forudsige, hvilken afgørelse den sidstnævnte domstol vil træffe. I Vesttyskland synes der at verse flere sager, og ingen af disse har endnu nået afgørelsesstadiet, selv om Zoja synes at være sluppet ret godt ud fra nogle foreløbige sammenstød. I Det forenede Kongerige er der givet patenter både til Zoja og til American Cyanamid, i alle tilfælde efter en ansøgning som modparten har protesteret mod. De har begge søgt retten om tilbagekaldelse af det patent, der er givet til den anden. Begge sager befinder sig på et foreløbigt stadium. Der er også sager undervejs i Japan og i Korea, hvor Zoja synes at have haft en vis foreløbig succes. CSC og ICI hævder, at situationen i lande, der ikke var medlemmer af EØF på tidspunktet for den påståede overtrædelse af artikel 86, ikke er relevant. Det mener jeg ikke, for den bekræfter det indtryk, at American Cyanamid's patentretlige stilling langt fra er uangribelig.

Har Kommissionen haft kompetence til at opstille særskilte krav med henblik på CSC-ICI-gruppens forsyning af Zoja?

CSC og ICI bestrider, at Kommissionen har haft bemyndigelse til at pålægge dem inden for et givet tidsrum at levere en given mængde af et givet produkt til en maksimalpris. De indrømmer, at en bemyndigelse til at give et særskilt påbud af en sådan art i konkurrencesager ikke er ukendt i medlemsstaternes lovgivning — de nævner artikel 24 i den nederlandske lov om økonomisk konkurrence

— men de hævder, at det ville have været nødvendigt med en udtrykkelig bestemmelse i en forordning udstedt af Rådet i henhold til traktatens artikel 87, for at Kommissionen kunne få en sådan bemyndigelse. De hævder, at artikel 8, stk. 1 i forordning nr. 17, som Kommissionen søger hjemlen i, kun giver den bemyndigelse til at udstede generelt formulerede påbud om at ophøre med en eller anden adfærd (»cease and desist«), og at mange af de øvrige bestemmelser i forordning nr. 17 i modsat fald ville have været unødvendige.

Jeg for mit vedkommende kan ikke acceptere dette argument.

Artikel 3, stk. 1 lyder således:

»Konstaterer Kommissionen efter begæring eller på eget initiativ, at der foreligger en overtrædelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 eller artikel 86, kan den ved en beslutning pålægge de pågældende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør.«

Efter min mening vil det ved fortolkningen af denne bestemmelse være nyttigt også at tage hensyn til formuleringen af stk. 3 i samme artikel. Den lyder således:

»Med forbehold af de øvrige bestemmelser i denne forordning kan Kommissionen, inden den træffer beslutning i henhold til stk. 1, rette henstillinger til de pågældende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder med henblik på at bringe overtrædelsen til ophør.«

Det forekommer mig klart, at henstillinger i henhold til stk. 3 må være specifikke. En generelt formuleret henstilling om at ophøre med (»cease and desist«) overtrædelsen ville være uden mening. Det ville virkelig være mærkeligt, om specifikke henstillinger i henhold til stk. 3 ikke kunne følges op, hvor det måtte være nødvendigt, kunne følges op med udtrykkelige pålæg i henhold til stk. 1.

Jeg accepterer Kommisionens argument om, at grunden til, at artikel 3, stk. 1 blev udformet i generelle vendinger, var, at overtrædelser af artiklerne 85 og 86 kan ske på så mange måder, at det ville have været umuligt for forfatterne af forordningen at opstille en liste over de foranstaltninger, som Kommissionen ville kunne iværksætte for at bringe sådanne oversættelser til ophør.

Man må efter min mening heller ikke glemme, hvad der blev fremhævet af Lord Upjohn i *Morris* mod *Redland Bricks Ltd.* [1970] A. C. 652, s. 666-667, at det i almindelighed er urimeligt at udstede et påbud, hvori der kræves noget positivt, uden at det over for vedkommende nøjagtigt angives, hvad han må gøre for at efterkomme påbudet. Såfremt Kommissionen i nærværende sag havde udstedt et generelt formuleret påbud, hvori den krævede, at CSC og ICI skulle bringe deres overtrædelser til ophør, ville dette selfølgelig have betydet, at de måtte genoptage leverancerne til Zoja. Men det ville ikke have oplyst dem om, hvilke mængder de skulle levere til Zoja og til hvilke priser for at efterkomme påbudet. Med tvangsbøder på 1 000 RE daglig ville et sådant påbud have sat dem i en utålelig situation. Jeg tror ikke, at man kan tillægge forfatterne af forordning nr. 17 den hensigt, at Kommissionen skulle være nødt til at placere virksomheder i en sådan situation.

Er denne kompetence blevet udøvet korrekt af Kommissionen?

Ifølge selve ordlyden af artikel 86 er et misbrug af en dominerende stilling kun en overtrædelse af denne artikel »i den udstrækning, samhandelen mellem Medlemsstater herved kan påvirkes.« Det følger heraf, at Kommissionen kun havde bemyndigelse til at pålægge CSC og ICI at genoptage leverancerne til Zoja, såfremt ophøret med sådanne leverancer kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater. CSC og ICI klager over, at Kommissionen overså dette punkt, da den traf sin beslutning. Jeg er kommet til den konklusion, at denne klage har fornødent grundlag.

Kommissionen fastlog, at Zoja solgte sine produkter både inden for EØF og til tredjelande, men den anførte intet

om, hvor meget af disse salg, som gik til EØF, og hvor meget som gik til tredjelande. CSC og ICI hævder, at der ifølge deres bedste skøn ikke gik mere end 10 % af Zoja's salg til EØF, mens mindst 90 % af produktionen gik til tredjelande. De hævder, at Kommissionen ikke skulle have pålagt dem at levere mere råmateriale til Zoja, end hvad der var nødvendigt for at opretholde dette firmas handel inden for EØF. De siger faktisk — og Kommissionen har ikke bestridt dette — at de i løbet af sagsbehandlingen for Kommissionen gentagne gange tilbød af forsyne Zoja med tilstrækkeligt aminobutanol til dette formål, men at deres tilbud blev afslået af Kommissionen.

Kommissionen anerkender, at den også dette punkt. Det eneste afsnit i dens beslutning, hvor den har forsøgt at begrunde påbudet om leverancer til Zoja, lyder som følger:

»Mens det for at bringe overtrædelsen til ophør er nødvendigt, at der sker øjeblikkelige leverancer til Zoja af en vis mængde råmaterialer, som under hensyntagen til Zoja's sidst fremsatte krav kan imødekomme dets mest påtrængende behov, bør der også for at sikre opretholdelsen af effektive konkurrencevilkår garanteres Zoja leverancer på længere sigt.«

I sit svarskrift i sag nr. 7/73 forklarede Kommissionen, at den havde lagt to betragtninger til grund for det udstedte påbud. Den første var den umiddelbare nødvendighed af at kaste et »redningsbælte« ud til Zoja i form af en øjeblikkelig leverance, hvis kvantum ikke burde diskuteres. Den anden var, jeg citerer (fra. s. 38), »at det var praktisk umuligt for Kommissionen — selv om man medgav, at det ville have været lovligt — at gå så meget ind i den nærmere administration af Zoja, at den på selve foretagendets virksomhedsområde skulle være i stand til at vurdere hvilke kvanta, der var nødvendige for at sikre en effektiv produktion.» På grund af disse faktorer, fortsætter Kommisionen, fastsatte den »redningsbælte«-leverancen på basis af gennemsnittet af den sidste årlige leverance, som Zoja havde modtaget fra ICI (dvs. 80 000 kg i 1969), og Zoja's ordre for 1971 (dvs. 120 000 kg) anvendt på en periode af 3 — 4 måneder. Efter således at have sikret Zoja's overleven afventede Kommissionen for så vidt angik leverancerne på længere sigt fremlæggelse af forslag, der skulle diskuteres.

Jeg vil i forbifarten bemærke, at jeg på grundlag af denne forklaring betvivler, at Kommissionens beslutning strengt taget var i overensstemmelse med de krav, der er opstillet i traktatens artikel 190 om, at beslutning skal begrundes. Dette krav har Domstolen fortolket således, at det betyder, at Kommissionen i sin beslutning klart må redegøre for de fakta og overvejelser, som ligger til grund for dens påbud, for at både parterne og Domstolen kan fastslå de væsentlige led i Kommissionens ræsonnement: se sag nr. 41/69 *ACF Chemiefarma NV* mod *Kommissionen* (Recueil 1970, s. 692) og sag nr. 55/69 *Cassella Farbwerke Mainkur AG* mod *Kommissionen* (Recueil 1972, s. 914-915).

Hvordan dette end forholder sig, skal det afgørende punkt søges i følgende afsnit i Kommissionens svarskrift i sag nr. 7/73 (s. 39):

»Men, hvad der er det væsentlige, man kunne ikke som kriterium, som hævdet af sagsøgeren, benytte en sondring mellem Zoja's faktiske salg til fællesmarkedet og Zoja's salg til tredjelande, fordi man herved ville overse, at det var nødvendigt at sikre opretholdelsen af Zoja som en levedygtig virksomhed. En betydelig nedgang til Zoja's omsætning ville nemlig ikke kunne finde sted uden at påvirke dens konkurrenceevne alvorligt.«

Man er ikke ukendt med den type sager, hvor en virksomhed hævder, at dens eksporthandel er nødvendig for opretholdelsen af dens handel på hjemmemarkedet og omvendt, fordi tabet af den ene ville reducere dens omsætning, så at den ikke længere ville være konkurrencedygtig; og såfremt Kommissionen med støtte i tilstrækkeligt vægtige beviser havde lagt til grund, at dette var tilfæl-

det for Zoja's vedkommende og havde anført denne omstændighed i sin beslutning, ville det udstedte påbud have kunnet opretholdes. Men i mangel af dette meget væsentlige punkt må påbudet efter min mening være ugyldigt. Jeg kan ikke acceptere det af Kommissionen anførte, at det ikke var muligt for den at skaffe det relevante bevis fra Zoja.

Hvis det ikke var for en enkelt omstændighed ville jeg derfor have konkluderet, at artiklerne 2 og 4 i Kommissionens beslutning skulle annulleres. Denne omstændighed er selvfølgelig, at artikel 2 er blevet fuldstændig opfyldt af CSC. Som følge heraf har Zoja modtaget leverance, som den ikke kan tilpligtes at returnere, og har for så vidt angår fremtidige leverancer erhvervet kontraktsmæssige rettigheder, som Domstolen ikke kan ophæve. Når situationen er sådan, ville en annullation af artiklerne 2 og 4 for mig være at kaste brønden til, efter at barnet er druknet.

Bøden

Under disse omstændigheder mener jeg, at Domstolen retfærdigvis over for CSC og ICI må ophæve den bøde, de er blevet pålagt i medfør af beslutningens artikel 3. Jeg er i tvivl om, hvorvidt påbudet om betaling af denne bøde under nogen omstændigheder ville kunne opretholdes. Artikel 15, stk. 2 i forordning nr. 17 forlanger, at Kommissionen ved fastsættelsen af bødens størrelse skal tage hensyn til »både overtrædelsens grovhed og dens varighed«. Det forekommer mig vanskeligt for Kommissionen at vurdere »grovheden« af en overtrædelse af artikel 86 uden først at fastslå, i hvilken grad den adfærd, der udgør overtrædelsen, har kunnet påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne — og hvis jeg har ret, har Kommissionen netop undladt at gøre dette i nærværende sag. I alle tilfælde giver artikel 17 i forordning nr. 17 Domstolen fuld prøvelsesret over for en beslutning fra Kommissionen, der pålægger en bøde: Domstolen vil kunne ophæve, nedsætte eller forhøje bøden efter eget skøn. Jeg er ikke i tvivl om, at Domstolen ved udøvelsen af denne prøvelsesret har adgang til at tage hensyn til almindelige retfærdighedsbetragtninger.

Processuelle mangler ved Kommissionens sagsbehandling

Jeg finder det unødvendigt ud fra denne synsvinkel at foretage en detaljeret gennemgang af de klager, der er fremsat af CSC og ICI vedrørende Kommissionens sagsbehandling. De fleste af disse er faktisk allerede blevet behandlet udtrykkeligt eller indirekte i forbindelse med, hvad jeg har anført om realiteten.

Der er imidlertid et spørgsmål, der kræver en kommentar, og det er det af Kommissionen vedtagne tidsskema. Domstolen vil erindre, at Zoja's begæring i henhold til artikel 3, stk. 2 i forordning nr. 17 blev indleveret til Kommissionen den 8. april 1971. Først et år senere, nemlig den 24. april 1972, sendte Kommissionen meddelelser om klagepunkter til CSC og ICI. Men i disse meddelelser gav Kommisionen kun CSC og ICI 15 dage til at svare. Den afholdt en mundtlig forhandling den 15. maj 1972 og udstedte endelig sin beslutning den 14. december 1972. Mellem de to sidstnævnte datoer var der en del korrespondance mellem CSC og ICI på den ene side og Kommissionen på den anden side. Ikke desto mindre er der en slående kontrast mellem den tid, det har taget Kommissionen at udføre sin opgave, og den tid den har givet CSC og ICI til at forberede deres sager.

Artikel 2, stk. 4 i forordning nr. 99/63/EØF kræver, at Kommissionen, når den giver meddelelse om klagepunkter, fastsætter en tidsfrist, inden for hvilken de virksomheder, som meddelelsen er rettet til, »skal have lejlighed til (overfor Kommissionen) at fremkomme med deres udtalelser.“ Artikel 3 giver disse virksomheder ret til i deres bemærkninger at fremføre »alle de bevisligheder og oplysninger, der er egnede til deres forsvar«, at »vedlægge de hertil fornødne bilag« og at »foreslå, at Kommissionen hører personer, som kan bekræfte de påberåbte forhold«. Det er klart underforstået i

artikel 2, stk. 4, at Kommissionen må fastsætte en rimelig tidsfrist, der gør det muligt for de pågældende virksomheder fuldt og effektivt at udøve deres rettigheder i henhold til artikel 3. Det er efter min opfattelse helt urimeligt kun at give to uger hertil til virksomheder, hvoraf den ene har sit hovedkontor i New York og den anden i Milano. Sagen blev værre, da Kommissionen besluttede at afholde den mundtlige forhandling tre uger efter forkyndelsen af meddelelsen om klagepunkter.

Kommissionen har ikke virkelig forsøgt at retfærdiggøre dette belastende tidsskema bortfra fra, at den dels har anført, at sagen hastede, fordi Zoja's leverancer var standset, og dels at CSC og ICI kunne indlevere skriftlige indlæg i omkring 6 måneder efter den mundtlige forhandling. Efter min mening gav ingen af disse betragtninger støtte for, at CSC og ICI blev frataget deres ret til at fremsætte deres svarskrifter på den måde, som er foreskrevet i forordning nr. 99/63/EØF. Hvis sagen hastede, var det Kommissionens sag at fremme sine egne overvejelser, ikke at anordne en utilbørlig sagsbehandling. Situationen her er helt forskellig fra situationen i sag nr. 51/69 *Farbenfabriken Bayer AG* mod *Kommissionen,* hvor Domstolen afviste en tilsyneladende tilsvarende klage (se Recueil 1972, s. 772-773), idet der her gik ca. et år mellem forkyndelsen af meddelelsen om klagepunkter og den mundtlige forhandling.

Jeg har overvejet, hvorvidt denne processuelle mangel skulle medføre annullation af artikel 1 i Kommissionens beslutning. Alt taget i betragtning finder jeg ikke, at dette skal ske, fordi denne artikel er rent deklatorisk, og efter at sagen nu er blevet fuldt undersøgt, ser ud til, at den heri indeholdte udtalelse er korrekt.

Sagsomkostninger

Begge parter kræver deres sagsomkostninger dækket. Artikel 69, stk. 3 i Domstolens procesreglement bestemmer, at Domstolen kan ophæve sagsomkostningerne helt eller delvis, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter. Min personlige opfattelse er, at retfærdigheden ikke ville ske fyldest i denne sag, hvis hver part skulle bære sine egne omkostninger. Under hensyntagen til alle omstændigheder, og ikke mindst til de processuelle mangler, som jeg har omtalt, mener jeg, at Kommissionen bør pålægges at godtgøre sagsøgerne deres omkostninger.

Jeg vil derfor foreslå, at:

1. artikel 3 i Kommissionens beslutning annulleres, mens beslutningen i øvrigt opretholdes;
2. Kommissionen pålægges at godtgøre sagsøgerne deres omkostninger.

Til støtte for sin opfattelse fremlægger Kommissionen en afgørelse af 2. oktober 1973 fra Landesgericht Düsseldorf, som forkaster et søgsmål om overtrædelse, som ACC har indgivet mod Zoja.