I de forenede sager nr. 6 og 7/73

ISTITUTO CHEMIOTERAPICO ITALIANO S.P.A., repræsenteret af J. J. A. Ellis, advokat ved Hoge Raad, Nederlandene,

og

COMMERCIAL SOLVENTS CORPORATION, repræsenteret af B. H. ter Kuile, advokat ved Hoge Raad, Nederlandene, med valgt adresse i Luxembourg hos Jacques Loesch, 2, rue Goethe,

sagsøgere,

mod

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER, repræsenteret og bistået af dens juridiske rådgivere, B. van der Esch og A. Marchini-Camia, som befuldmægtigede, og med valgt adresse hos advokat Emile Reuter, Kommissionens juridiske rådgiver, 4, boulevard Royal,

sagsøgt,

angående et krav om annullation af Kommissionens beslutning nr. 72/457/EØF af 14. december 1972 (JO 31. 12. 1972, nr. L 229, s. 51), truffet i medfør af EØF-traktatens artikel 86,

afsiger

DOMSTOLEN

sammensat af: præsidenten R. Lecourt, afdelingsformændene A. M. Donner (refererende) og M. Sørensen, dommerne R. Monaco, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, H. Kutscher, C. Ó Dálaigh og A. J. Mackenzie Stuart,

generaladvokat: J.-P. Warner
justitssekretær: A. Van Houtte

følgende

DOM

Faktiske og retlige omstændigheder

I — Sagsfremstilling

De faktiske omstændigheder og retsforhandlingernes forløb kan sammenfattes således:

Commercial Solvents Corporation (CSC) er en virksomhed, der er oprettet i henhold til lovgivningen i staten Maryland, og som har sit hovedkontor i byen og staten New York, USA. Virksomheden fremstiller og sælger bl.a. produkter med indhold af nitroparafin, særlig 1. nitroporpan (»nitropropan«) og et følgeprodukt heraf 2. amino-1-butanol (»aminobutanol«). Begge er overgangsprodukter bestemt til fremstilling af ethambutol og specialiteter med indhold af ethambutol, der benyttes som præparater mod tuberkulose.

I 1962 erhvervede CSC 51 % af aktierne i *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A.* (Istituto), en virksomhed oprettet i henhold til italiensk ret som har sit hovedkontor i Milano. For tiden er CSC repræsenteret med 50 % i »Consiglio di amministrazione«, bestyrelsen, (5 ud af 10) og i »Comitato Esecutivo«, direktionen, (3 ud af 6). Generaldirektøren i CSC er også formand for bestyrelsen, og hans stemme er afgørende ved stemmelighed.

Indtil 1970 har Istituto videresolgt aminobutanol, fremstillet af CSC i USA. En af Istituto's købere af aminobutanol var *Laboratorio Chemico Farmaceutico Giorgio Zoja S.p.A.* (Zoja), til hvem Istituto begyndte at sælge det omhandlede produkt i 1966. Zoja benyttede det til fremstilling af specialiteter med indhold af ethambutol. I 1968 er Istituto begyndt af udvikle sine egne specialiteter med indhold af ethambutol. Det opnåede statens tilladelse til fremstilling heraf i november 1969 og påbegyndte produktionen i 1970.

Tidligt i 1970 besluttede CSC, at det principielt ikke længere ville levere nitropropan og aminobutanol til EØF, men i stedet ville levere d-aminobutanol, et forædlet overgangsprodukt, som Istituto ville omdanne til ethambutol-bulk med henblik på salg, blandt andet inden for EØF, samt på fremstilling af egne specialiteter. CSC meddelte sine forhandlere, herunder Istituto, at der fremover kun ville blive leveret nitroporpan og aminobutanol i sådanne mængder, som svarede til, hvad der hidtil var blevet leveret til videresalg.

I foråret 1970 annullerede Zoja 20 000 kg aminobutanol, der var bestilt i henhold til den dagældende aftale mellem Istituto og Zoja. Dette skridt blev taget, fordi flere uafhængige forhandlere leverede store mængder aminobutanol til lavere priser end dem, der gjaldt i henhold til den ovennævnte aftale.

Siden begyndelsen af 1970 har CSC leveret d-aminobutanol til Istituto, som har forarbejdet det til ethambutol-bulk. Størstedelen af dette produkt har Istituto solgt til andre producenter af specialiteter, og det resterende er anvendt til produktion af Istituto's egne specialiteter.

I slutningen af 1970 meddelte Istituto CSC, at Zoja havde indgivet en ny ordre på aminobutanol, og spurgte, om dette overgangsprodukt på ny kunne leveres med henblik på videresalg til Zoja. CSC svarede, at det omhandlede produkt ikke kunne leveres.

Efter at yderligere forsøg på at opnå leverancer af aminobutanol på verdensmarkedet havde vist sig forgæves, fordi alle forespørgsler efter produktet uundgåeligt førte frem til én enkelt leverandør, nemlig CSC, indgav Zoja i et brev af 8. april 1972 en begæring til Kommissionen om at træffe foranstaltninger over for CSC og Istituto i medfør af artikel 3 i

forordning nr. 17 for overtrædelse af traktatens artikel 86.

I et brev af 25. april 1972 forkyndte Kommissionen en meddelelse om klagepunkter for CSC og Istituto. De pågældende virksomheder fik to uger til at svare på klagepunkterne. Den 15. maj 1972 afgav CSC og Istituto deres mundtlige indlæg.

I sit møde den 14. december 1972 traf Kommissionen en beslutning, hvori den dømte sagsøgerne i nærværende sag i solidum og personligt:

a) til under trussel om dagbøder på 1 000 RE med virkning fra 31 dage efter beslutningens modtagelse at levere 60 000 kg nitroporpan eller 30 000 kg aminobutanol for at opfylde Zoja's mest påtrængende behov til en pris, der ikke oversteg den højeste pris, der hidtil var forlangt for disse to produkter;

b) til under trussel om straf af yderligere dagbøder på 1 000 RE inden to måneder efter beslutningens modtagelse at forelægge Kommissionen forslag til fremtidige leverancer til Zoja;

c) samt til at betale en bøde på 200 000 RE.

Beslutningen blev afsendt den 29. december 1972 og blev modtaget den 4. januar 1973 af Istituto og den 8. januar 1973 af CSC.

II — Retsforhandlingernes forløb

Ved stævninger af 16. februar 1973, registreret på Domstolens justitskontor den 17. februar 1973, anmodede Istituto og CSC om annullation af denne beslutning. Ved stævning af 6. marts 1973, registreret på Domstolens justitskontor den 9. marts 1973, anmodede Zoja om tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionen. Ved kendelse af 11. april 1973 gav Domstolen tilladelse til denne intervention.

Ved anmodning af 22. maj 1973, registreret på Domstolens justitskontor den 24. maj 1973, anmodede Zoja om tilladelse til at udtræde, og ved Domstolens kendelse af 20. juni 1973 blev det besluttet at slette interventionen af retslisten.

Efter at have hørt generaladvokaten besluttede Domstolen ved kendelse af 8. maj 1973 at forene sagerne nr. 6 og 7/73.

Sagsøgerne og sagsøgte besvarede på Domstolens opfordring en række spørgsmål i form af skriftlige indlæg indleveret til Domstolens justitskontor den 30. oktober og 5. november 1973.

Parterne har afgivet deres mundtlige indlæg i retsmødet den 20. november 1973; generaladvokaten har fremsat sit forslag til afgørelse i restmødet den 22. januar 1974.

III — Parternes påstande

Istituto (sagsøger i sag nr. 6/73) nedlægger påstand om, at Domstolen:

a) annullerer Kommissionens beslutning af 14. december 1972 i medfør af EØF-traktatens artikel 173;

b) dømmer Kommissionen til at afholde sagens omkostninger.

CSC (sagsøger i sag nr. 7/73) nedlægger påstand om, at Domstolen:

a) annullerer Kommissionens beslutning af 14. december 1972, for så vidt som denne beslutning retter sig mod CSC, samt træffer afgørelse om sådanne yderligere foranstaltninger, som Domstolen anser for hensigtsmæssige;

b) dømmer Kommissionen til at afholde sagens omkostninger.

Kommissionen (sagsøgt) nedlægger i begge sager påstand om, at Domstolen:

a) frifinder sagsøgte under henvisning til, at søgsmålene savner grundlag;

b) dømmer sagsøgerne til at afholde sagens omkostninger.

IV — Parternes søgsmålsgrunde, indsigelser og andre anbringender

Parternes søgsmålsgrunde, indsigelser og andre anbringender kan sammenfattes således:

1. *Kommissionens kompetence og Kommissionens antagelse om at CSC og Istituto udgør en økonomisk enhed*

I sin beslutning af 14 december 1972 udtaler Kommissionen:

1. at CSC ejer 51 % af Istituto's aktiekapital;
2. at man i henhold til italiensk selskabsret (artikel 2359 i den civile lovbog) har kontrol over en virksomhed, hvis man ejer majoriteten af de aktier, der giver stemmeret;
3. at fem af de ti medlemmer af Istituto's bestyrelse er højtstående ledere i CSC, og at generaldirektøren i CSC også er formand for Istituto's bestyrelse;
4. at tre af de seks medlemmer af Istituto's direktion er udnævnt af CSC;
5. at CSC's årsberetning for 1972 nævner Istituto som datterselskab af CSC og som CSC's forskningscenter i Europa;
6. at Istituto udover sin virksomhed som producent af kemiske og farmaceutiske produkter optræder eller har optrådt som eneforhandler af flere af CSC's produkter;
7. at CSC har forbudt sine forhandlere i visse lande at videresælge CSC's produkter med henblik på fremstilling af ethambutol og at eksportere disse produkter;
8. at CSC må have stået bag Istituto's resultatløse forhandlinger med Zoja i 1968 og 1969 med henblik på en sammenslutning;
9. at der var forbindelse mellem det under punkt 7 nævnte forbud og den resultatløse udgang på de under punkt 8 nævnte sammenslutningsforhandlinger (beslutningens pkt. I. C og II. A).

Kommissionen udleder heraf, at CSC kontrollerer Istituto og faktisk udøver en kontrol, i det mindste for så vidt angår Istituto's forhold til Zoja. Der er ifølge Kommissionen derfor ingen grund til at skelne mellem CSC's og Istituto's intentioner og handlinger. Hvad angår deres forhold til Zoja finder Kommissionen, at de udgør en økonomisk enhed.

CSC og Istituto hævder begge, at de af Kommissionen anførte omstændigheder, selv om de var korrekte, ikke er afgørende. I henhold til Domstolens afgørelser i sagerne nr. 48/69, 52/69 og 53/69 (Recueil 1972, s. 619) skal der, for at et moderselskab og et dattterselskab skal kunne betragtes som en økonomisk enhed, således at dattterselskabets handlinger kan tilregnes moderselskabet, a) bestå en mulighed for moderselskabet for at bestemme over datterselskabet og b) faktisk udøves kontrol fra moderselskabet således, at datterselskabet ikke selv kan bestemme sin adfærd på markedet.

De omstændigheder, som Kommissionen påberåber sig, beviser ifølge sagsøgerne på ingen måde tilstedeværelsen af en sådan form for kontrol. I henhold til Istituto's vedtægter har de to »Consiglieri-Delegati«, C. Vittadini og G. V. Vittadini, fortsat den fulde myndighed til at lede virksomheden med undtagelse af investeringerne. Hverken i bestyrelsen eller i direktionen har CSC flertallet. Kun i sager vedrørende investeringer kan CSC nedlægge veto. I henhold til en erklæring fra Arthur Young & Company, Milano, fremlagt som bevis af sagsøgerne, stammer mere end 75 % af Istituto's omsætning fra salg af produkter, der hverken er produceret af CSC eller fremstillet på basis af råmaterialer, leveret af CSC.

Kommissionen har ikke kunnet pege på et eneste filfælde, hvor Istituto's adfærd på markedet skyldtes instruktioner, givet af CSC. Hverken den omstændighed, at CSC i sin årsberetning til aktionærerne kalder Istituto sit datterselskab (af hensyn til lovgivningen i USA om regnskabsføring og værdipapirer), eller den

omstændighed at Istituto også foretog en del forskning til fordel for CSC, berører afgørelsen af spørgsmålet, hvorvidt Istituto selvstændigt bestemmer sin adfærd på markedet. Kommissionens henvisning til artikel 2359, stk. 2 i den italienske civillovbog er ikke relevant i denne forbindelse, da denne artikel forbyder gensidig aktiebesiddelse mellem et moderselskab og et »kontrolleret« datterselskab til beskyttelse af moderselskabets kreditorer. Heraf følger, at begrebet »kontrolleret« i artikel 2359, stk. 2 ikke har nogen forbindelse med spørgsmålet om kontrol af adfærden på markedet, hvilket ifølge de af Domstolens domme, som er citeret ovenfor, er den faktor, der er afgørende for, om der foreligger en »økonomisk enhed«.

CSC udleder af foranstående argument, at der ikke eksisterer nogen økonomisk enhed mellem Istituto og CSC, og at den eneste forbindelse, det har med fællesmarkedet i denne sag, er, at det én gang har solgt nitropropan og aminobutanol til EØF, og at den senere har truffet den taktiske beslutning at ophøre med sådanne salg. Den har derfor ikke inden for EØF kunnet foretage sig noget, der har forbindelse med de foreliggende spørgsmål, hverken selvstændigt eller gennem Istituto.

Istituto konkluderer også, at der ikke har eksisteret nogen form for afhængighed af CSC, hvad angår dets adfærd på markedet. Selv ud fra den antagelse — som udtrykkeligt forkastes af begge sagsøgerne — at Istituto var et datterselskab, der var afhængigt af CSC, og at dette firmas adfærd på markedet skulle tilregnes sidstnævnte, ville Kommissionens teori være ulogisk, fordi Istituto, såfremt Kommissionen havde ret i sin påstand om, dette firmas adfærd var bestemt af CSC, ikke kunne anses for at være ansvarlig for CSC's beslutning. I så fald har den omhandlede beslutning fået forkert adresse.

Kommissionen fremstiller i sit svarskrift problemet således:

Betyder den omstændighed, at CSC ejer 51 % af Istituto's aktier med stemmeret (hvilket er erkendt af CSC), sammen med de andre relevante omstændigheder, der er omtalt i beslutningen (og som heller ikke er bestridt af CSC), at Istituto er underlagt CSC's kontrol, i *det mindste hvad angår den omstridte adfærd?*

Eftersom Istituto er en virksomhed, der er oprettet i henhold til italiensk lovgivning, er det nødvendigt at undersøge, hvilke rettigheder og beføjelser, italiensk *selskabsret* giver dem, der har majoriteten af aktier med stemmeret i et aktieselskab (»società per azioni« — »S.p.A.«). Istituto's vedtægter afviger ikke fra de omhandlede bestemmelser i italiensk selskabsret. Det fremgår af disse bestemmelser, at ejendomsret til majoriteten af aktierene med stemmeret medfører beføjelse til at bestemme over en virksomhed (artikel 2368 i den italienske civile lovbog) såvel i positiv henseende ved at udnævne direktørerne — »amministratori« — (artiklerne 2364 og 2383) som i negativ henseende ved at forhindre deres udskiftning og ved at holde dem ansvarlige for tjenesteforsømmelser (artikel 2393).

Til støtte for sin opfattelse har Kommissionen henvist til italienske lærebøger vedrørende dette emne (Pasteris, il »Controllo« nelle società collegate e le partecipazioni reciproche, Milano, 1957, kapitlerne IX og X), til de relevante bestemmelser i medlemsstaternes selskabsret (i Tyskland: artikel 16, stk. 1 i *Aktiengesetz* fra 1965; i Frankrig: Loi nr. 66-537, artikel 354; og i Det forenede Kongerige: Companies Act, 1948, sect. 154) samt til forslag til en rådsforordning om vedtægterne for et europæisk selskab, artikel 6 og 223.

Kommissionen finder, at konkurrenceretten gør det muligt at trænge endnu dybere ind i komplekset af retlige og faktiske omstændigheder for at afklare den reelle økonomiske kontrol, end det er muligt inden for selskabsretten. Her er artikel 23 i den tyske lov om konkurrencebegrænsninger (»Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen») et godt eksempel.

Den omstændighed, at en virksomhed har majoriteten af en anden virksomheds aktier med stemmeret, er i sig selv tilstrækkeligt bevis inden for Fællesskabets konkurrenceret til, at den kontrollerer den sidstnævnte. Det, at der i bestyrelsen og i direktionen findes repræsentanter for CSC, indicerer, at kontrolmyndigheden i nærværende sag *i realiteten* er udøvet som påpeget i beslutningen. I denne henseende er det betydningsfuldt, at generaldirektøren i CSC, som også er formand for Istituto's bestyrelse, har den afgørende stemme ved stemmelighed. CSC har derfor også flertal i Istituto's udøvende organ.

Kommissionen henviser på ny til sin beslutning, idet den bekræfter, at den betragter CSC og Istituto som »en økonomisk enhed«, hvad angår anvendelsen af artikel 86 på deres forhold til Zoja. I så henseende er den kontrol, som CSC udøver over Istituto, tydelig: for det første er beslutningen om at omdanne Istituto fra en forhandler af ethambutol til en producent af dette produkt en beslutning, der indebærer investeringer; her har CSC imidlertid vetoret; for det andet fremgår det af den erklæring fra Arthur Young & Company, som CSC har henvist til, at ethambutol produceret af Istituto skal betragtes som »produkter fremstillet i Italien med tilladelse af CSC.«

Selv om man antog, at Istituto var uafhængig i forhold til CSC, ville dette ikke på nogen måde berøre Kommissionens kompetence, da CSC's omstridte adfærd fremkalder virkninger inden for fællesmarkedets område, som er direkte og umiddelbare, som med rimelighed kan forudses, og som er væsentlige. I henhold til Domstolens afgørelse i *Beguelin-sagen* (nr. 22/71, Recueil 1971, s. 949) udgør den omstændighed, at en virksomhed befinder sig i et tredjeland, ikke en hindring for anvendelsen af Fællesskabets konkurrenceregler, når den omhandlede adfærd fremkalder virkninger inden for fællesmarkedet.

Kommissionen henviser også til generaladvokatens forslag til afgørelse i farvestof-sagerne (nr. 48/69, m.fl., Recueil 1972, s. 619).

CSC og *Istituto* forkaster Kommissionens anbringender. De gør i særdeleshed gældende, at sagsøgte har ændret sin stillingtagen ved at hævde, at CSC og Istituto kun udgør en »økonomisk enhed«, for så vidt angår deres forhold til Zoja. Dette er efter deres opfattelse en utilladelig ændring af sagens genstand.

Ifølge Domstolens domme i *farvestof-sagerne* er det eneste anvendelige kriterium, hvorvidt Istituto har været totalt afhængig af CSC med hensyn til at bestemme sin adfærd på markedet. Det samme kriterium har Kommissionen selv anvendt i sin beslutning nr. IV/22-548-*Christiani & Nielsen* (JO nr. L 165, af 15. juli 1969, s. 12).

Sagsøgeren afviser endnu engang Kommissionens argument, at den omstændighed, at CSC har 51 % af aktierne med stemmeret, giver CSC adgang til at kontrollere ledelsen af Istituto. Denne vurdering strider mod den opfattelse, som Kommissionen har givet udtryk for i sit forslag til Ministerrådet angående et femte direktiv vedrørende harmoniseringen af selskabsretten (Kom. (72) 887 af 27. september 1972) med hensyn til spørgsmålet om generalforsamlingens beføjelser. Den betydning, som Kommissionen tillægger italiensk civilret, kan vanskeligt forstås, da de citerede bestemmelser ikke har noget at gøre med spørgsmålene om kontrol med adfærden på markedet. Henvisningerne til tysk, fransk og engelsk ret har lige så lidt relevans for de problemer, der rejser sig i nærværende tilfælde. Man kan ikke henvise til et udkast til vedtægter for et europæisk selskab, da dette ikke genspejler den eksisterende lovgivning i EØF-medlemsstaterne, og da den endelige vedtagelse af dette forslag som fællesskabsret fortsat er tvivlsom.

Hvad angår CSC's påståede dominans i Istituto's ledelse gentager sagsøgerne, at CSC hverken har flertal i bestyrelsen eller i direktionen. Den omstændighed, at bestyrelsens formand — som for tiden er en af CSC's ledere — har den afgørende

stemme ved stemmelighed, har faktisk ingen betydning, idet denne stemme hidtil aldrig er blevet brugt.

Det understreges af CSC og Istituto, at CSC ikke kan dirigere sidstnævntes investeringer, da CSC gennem sine repræsentanter i bestyrelsen og i direktionen kun har beføjelse til at standse investeringer, ikke til at beslutte dem. CSC har aldrig brugt denne vetoret. Den eneste rolle, CSC spillede vedrørende Istituto's adfærd i forbindelse med fremstillingen af ethambutol-bulk og specialiteter afledt heraf (mycobutol), var, at den ikke nedlagde veto mod de nødvendige investeringer. Kommissionens påstand om, at CSC havde »foranlediget« Istituto til at producere ethambutol, er forkert: dette var Istituto's egen beslutning. Kommissionens henvisning til Arthur Young & Company's erklæring, ifølge hvilken ethambutol blev produceret »efter tilladelse fra CSC«, er ikke afgørende. Denne passus betyder kun, at de to virksomheder er blevet enige om, at CSC skal forsyne Istituto med et overgangsprodukt til fremstilling af ethambutol. På sagsøgernes forespørgsel har Arthur Young & Company udstedt en ny erklæring, som ikke giver mulighed for en fejlagtig fortolkning.

CSC og Istituto understreger, at der overhovedet ikke er nogen sammenhæng mellem Istituto's beslutning om at påbegynde fremstillingen af ethambutol og CSC's afslag på at forsyne Zoja med aminobutanol: Zoja afbrød ensidigt sine handelsforbindelser med Istituto, og da Istituto seks måneder senere henvendte sig til CSC med henblik på en leverance af aminobutanol til videresalg, afslog CSC af tekniske og handelsmæssige grunde.

Som svar på Kommissionens indlæg om virkningen af CSC's adfærd på fællesmarkedet giver CSC en udtømmende redegørelse for virkningsteorien i forhold til folkeretten. Dens hovedkonklusioner er:

1. eftersom EØF-traktatens artikler 3 f, 85 og 86 i modsætning til afsnit 1 og 2 i Sherman Act ikke omfatter samhandel med tredjelande, kan afgørelser fra domstole i De forenede Stater ikke bruges som præjudikater ved fortolkningen af EØF-traktatens artikel 86;
2. det følger både af de relevante lovgivninger i medlemsstaterne og af deres stilling til den extra-territoriale anvendelse af den amerikanske antitrust-lovgivning, at Kommissionen tager fejl i sine udtalelser om, at virkningsteorien er blevet optaget i medlemsstaternes lovgivning;
3. Kommissionens henvisning til Béguelin-sagen er ikke relevant i den nærværende sammenhæng, idet denne sag alene omhandlede civilretlige spørgsmål angående rækkevidden af artikel 85, stk. 2.

I sin duplik forkaster *Kommissionen* påstanden om, at sagens genstand skulle være ændret. Den henviser på ny til sin beslutning, som den hævder utvetydigt angiver, at Kommissionens antagelse, om at CSC og Istituto var en økonomisk enhed, særlig vedrørte »deres forhold til Zoja«. I nærværende sag er de to kriterier, der blev opstillet af Domstolen i *farvestof-sagerne,* blevet fuldstændig opfyldt:

1. som følge af den omstændighed, at CSC har majoriteten af Istituto's kapital, har CSC kontrolmyndigheden over Istituto;
2. visse faktorer bekræfter, at kontrolmyndigheden faktisk er blevet udøvet i nærværende sag.

Komissionen fandt i sin *Christiani & Nielsen-beslutning,* at det var umuligt for et fuldstændigt ejet datterselskab at handle selvstændigt. Det følger ikke heraf, at Kommissionen er nødt til at anse ethvert datterselskab, hvor moderselskabet har mindre end 100 % af kapitalen, for selvstændigt. Sagsøgernes påstande vedrørende relevant italiensk civilret (artiklerne 2358 og 2362) er ikke afgørende, fordi de ikke omstøder Kommissionens opfattelse, hvorefter det i alle tilfælde,

hvor italiensk lovgivning tillægger en virksomheds kontrol af en anden retsvirkning, formodes, at der udøves kontrol, når en virksomhed har majoriteten af aktierne med stemmeret i en anden virksomhed. Kommissionen fastholder, at de citerede bestemmelser i selskabsretten i andre medlemsstater samt forslaget til vedtægt for et europæisk selskab, er relevante. Hvad angår sagsøgerens påstande angående ledelsen af CSC-Istituto-gruppen, finder Kommissionen det ikke vigtigt, at formanden aldrig har brugt sin afgørende stemme; alene det forhold, at han har sådan en stemme, er af betydning ved bestemmelsen af magtforholdene inden for gruppen. Kommissionen finder, at sondringen mellem vetoretten og beføjelsen til at påbyde investeringer er akademisk og irrelevant.

Kommissionen afviser udtrykkeligt anbringendet om, at den i løbet af nærværende sag har ændret de grunde, på hvilke den har støttet sin antagelse om, at der foreligger en CSC-Istituto-gruppe. Det er hverken ved at fastholde den opfattelse, at CSC og Istituto udgør en økonomisk enhed, i det mindste i deres forhold til Zoja, eller ved at fremhæve at formanden for bestyrelsen har den afgørende stemme ved stemmelighed, at Kommissionen har ændret sit optindelige synspunkt, som dette kom til udtryk i beslutningen. Hvad angår »virkningsteorien« bemærker Kommissionen, at de af sagsøgerne fremsatte argumenter allerede var fremme i farvestofsagerne. Kommissionen ønsker ikke at gentage den indviklede diskussion vedrørende denne teori og fastholder, at *Béguelin-sagen* er relevant i denne forbindelse.

2. *Vedrørende det relevante marked*

I sin beslutning hævder *Kommissionen:*

a) at CSC-Istituto-gruppen har en dominerende stilling på verdensmarkedet for råmaterialer til produktion af ethambutol — dvs. nitropropan og aminobutanol,

b) at det for tiden ikke er muligt at foretage en konkurrencedygtig produktion af ethambutol fra andre overgangsprodukter end nitropropan og aminobutanol,

c) at det heraf følger, at CSC-Istitutogruppen har en dominerende stilling på fællesmarkedet, for så vidt angår de råmaterialer, der er nødvendige for fremstilling af ethambutol (afsnit II.B i beslutningen).

Sagsøgerne og *sagsøgte* er uenige på en del punkter om definitionen af det relevante marked. *CSC* og *Istituto* hævder, at det relevante marked er markedet for præparater mod tuberkulose; Kommissionen hævder under henvisning til sin beslutning, at det relevante marked er markedet for råmaterialer til fremstilling af ethambutol, dvs. nitropropan og aminobutanol.

Ifølge *sagsøgerne* må definitionen af det relevante marked som udgangspunkt have det relevante marked for de færdige produkter, dvs. ethambutol og specialiteter afledt heraf. Kun hvis der findes et særligt marked for ethambutol, kan der findes et særligt marked for en bestanddel heraf.

Sagsøgte hævder i sit svarskrift, at Zoja blev skadet af CSC's afslag på at levere aminobutanol eller nitropropan, de råmaterialer dette firma havde brug for til en konkurrencedygtig produktion af ethambutol. Det var ikke tilstrækkeligt, at Zoja kunne skaffe sig ethambutolbulk, endog fra Istituto. Eftersom Zoja's konkurrencedygtige stilling på markedet helt afhænger af den teknologiske viden og den know-how, det har skaffet sig ved at fremstille ethambutol fra nitropropan og/eller aminobutanol, ville en afskæring af dets forsyninger med disse råmaterialer kunne eliminere det fra markedet. I denne henseende er Zoja som køber fuldstændig afhængig af leverandøren af disse materialer. På dette stadium må forholdet mellem CSC og Istituto på den ene side og Zoja på den anden side bedømmes i lyset af artikel 86.

CSC og *Istituto* afviser denne fremstilling, idet de hævder, at den indebærer en ændring af det standpunkt, som Kom-

missionen indtog i sin meddelelse om klagepunkter og i beslutningen.

Kommissionen erkender, at den i meddelelsen om klagepunkter tillægger gruppen en dominerende stilling på et mere omfattende område end i beslutningen (eftersom det også omfatter ethambutol), men den understreger, at dens opfattelse fra begyndelsen har været, at CSC først og fremmest havde en dominerende stilling på markedet for de råmaterialer, der var nødvendige til fremstilling af ethambutol, det marked hvor det ulovlige leveringsstop er blevet fastslået. Selve beslutningen levner ikke skygge af tvivl om, hvilket marked der er det relevante (afsnit II.B). Der tales kun om markedet for ethambutol (afsnit II.C) med henblik på »at fastlå virkningerne af den omhandlede adfærd«.

CSC og *Istituto* hævder, at Kommissionens anbringende om, at deres »gruppe« havde monopol på verdensmarkedet for råmaterialer til fremstilling af ethambutol, savner ethvert grundlag. De påberåber sig i følgende orden:

1. en udtalelse fra professor S. Pietra, chef for instituttet for organisk kemi ved universitetet i Pavia;

2. et brev fra International Business & Research Inc., Coral Gables, Florida, USA, der oplyser, at der er udviklet en anden fremstillingsproces for aminobutanol, der ikke er baseret på nitropropan;

3. et tilbud afgivet af Fallek Petrochemical (Europa) C.V., Amsterdam, Nederlandene, på thiopenol, som ifølge Fallek bruges i Østeuropa som overgangsprodukt ved fremstilling af ethambutol;

4. den omstændighed, at firmaet Polifarm S.p.A., Bergamo, i Italien foretager industriel fremstilling af aminobutanol ved en anden metode (ud fra butanon i stedet for nitropropan);

5. den omstændighed, at Chimica Bulciago S.R.L., Como, Italien, muligvis kan fremstille aminobutanol efter en metode, der ikke er baseret på nitropropan;

6. to rapporter fra professor Corbellini, direktør for instituttet for organisk og analytisk kemi ved universitetet i Milano, og professor Macchioni, direktør for instituttet for organisk kemi ved universitetet i Cagliari;

7. (i replikken) den omstændighed, at firma »Société Chimique de la Grande Paroisse«, Paris, Frankrig, også fremstiller nitropropan og aminobutanol;

8. (i replikken) en erklæring fra dr. Jerome L. Martin, der dels viser, at der i det mindste findes en kendt praktisk metode til fremstilling af nitropropan, baseret på råmaterialer der let kan skaffes til veje til rimelige priser, således at det ikke er nødvendigt at købe det fra CSC, dels at der i det mindste er tre kendte anvendelige metoder til fremstilling af aminobutanol uden brug af nitropropan.

Kommissionen udtaler, at køberen (Zoja) i den nærværende sag er afhængig af muligheden for at købe nitropropan og/eller aminobutanol på markedet. Zoja er kun i kraft af sin viderebehandling af disse råmaterialer til det færdige produkt (ethambutol) i stand til gøre brug af sin teknologiske viden og know-how. Følgelig vil leveringsstoppet for nitropropan og/eller aminobutanol uværgerligt føre til, at Zoja forsvinder fra markedet. Derfor er det i denne sammenhæng irrelevant, at der findes andre metoder til fremstilling af det samme færdige produkt ud fra andre råmaterialer. Muligheden for at skaffe ethambutol-bulk på markedet er ligeledes uden betydning. Gætterier vedrørende forekomster af erstatningsmetoder, af andre råmaterialer og/eller andre færdige produkter ændrer ikke det faktum, at den køber, der er bundet af vilkårene i industrien, ikke kan skifte over til andre leverandører af andre råmaterialer uden at ændre den økonomiske og industrielle basis for sin virksomhed. Hele spørgsmålet kan resumeres således: findes der, udover CSC-

Istituto-gruppen, andre leverandører af nitropropan og aminobutanol, som tilbyder disse materialer i tilstrækkelige mængder på rimelige vilkår? Det er på grundlag heraf, man må vurdere de alternativer, som sagsøgerne har fremsat.

Kommissionen gennemgår kritisk de andre påståede kilder til levering af aminobutanol og ethambutol:

Vedr. 1.:

Professor Pietras udtalelse nævner kun et antal alternative metoder til laboratoriemæssig fremstilling af aminobutanol, hvilket er noget helt andet end industriel fremstilling til konkurrencedygtige priser;

Vedr. 2.:

Brevet fra International Business & Research Inc. nævner kun, at en metode til fabrikation af aminobutanol, der ikke er baseret på nitropropan, er »under udvikling«;

Vedr. 3.:

For så vidt angår tilbudet fra Fallek C.V., bemærker Kommissionen, at det kun indeholder løse antydninger og ikke siger noget om den metode, der skal anvendes til fremstilling af ethambutol af thiophenol, ej heller om denne metodes industrielle og handelsmæssige værdi. Dette indtryk er bekræftet af den efterfølgende brevveksling mellem Zoja og Fallek.

Vedr. 4.:

For så vidt angår Politfarm bemærker Kommissionen, at fremstilling af aminobutanol fra butanon er for kostbar i sammenligning med metoden til fremstilling af aminobutanol fra nitropropan. De mængder aminobutanol, som Polifarm producerer på basis af butanon, er begrænsede og forbeholdt firmaets egen ethambutolproduktion.

Vedr. 5.:

Bulciago er et lille firma, der fremstiller små mængder aminobutanol på basis af butanon til eget brug. Både Polifarm og Bulciago har leveret ethambutol som råvare til Zoja til priser, der varierede fra 41 500 lire til 67 000 lire pr. kg. Disse priser er ikke konkurrencedygtige, eftersom prisen på ethambutol som råvare var 38 000 lire, som ICI udtalte i et memorandum af 13. november 1962. Dette betyder, at metoden til fremstilling af aminobutanol fra butanon ikke er konkurrencedygtig.

Vedr. 6.:

Professor Corbellini's rapport er ikke relevant, fordi den — selv om den nævner muligheden af at fremstille aminobutanol fra butanon — ikke tager hensyn til det problem vedrørende produktionsomkostningerne, som en sådan metode medfører. For så vidt angår professor Macchioni's rapport bemærker Kommissionen, at den er ufuldstændig og ikke afgørende, idet den kun refererer til den sidste del af synteseprocessen, der er baseret på butanon, og ikke redegør for de industrielle og handelsmæssige muligheder ved en sådan metode.

Vedr. 7.:

Société Chimique de la Grande Paroisse har kun bygget et forsøgsanlæg til produktion af nitropropan. Dette anlæg, som fortsat arbejder i nedsat tempo, muliggør for tiden at markedsføre prøver på nogle få kilo.

Vedr. 8.:

Dr. Martin gennemgår metoden til fremstilling af aminobutanol af alpha-aminosmørsyre. Denne metode, som blev foreslået af professor Corbellini, blev allerede på Zoja's forlangende undersøgt af professor Cardani, som ikke anså den for at være kommercielt gennemførlig på grund af den meget høje pris for råmaterialet (cirka 30 000 lire pr. kg). Selv om dr. Martin erkender, at der for tiden kun findes alpha-aminosmørsyre til laboratoriebrug, hævder han at dette råmateriale kunne fremstilles i industriel målestok til en pris af omkring en dollar pr. pund. Derefter gennemgår han, hvor-

ledes aminobutanol kunne fremstilles ud fra dette råmateriale. Han angiver tre mulige metoder, efter hvilke der er udført laboratorieeksperimenter, som er offentliggjort i litteratur fra 1940 og 1943.

Efter at have anført, at der kan være andre metoder til fremstilling af aminobutanol end ved nitropropan-metoden, beskriver dr. Martin en anden metode til fremstilling af nitropropan end den, der benyttes af CSC. Han indrømmer, at denne metodes økonomiske værdi ikke er fastslået.

Kommissionen finder dr. Martin's undersøgelse rent teoretisk. Selv om de citerede skrifter er meget gamle, er de aldrig blevet anvendt i industrien. I øvrigt ville Zoja ud fra begge fremstillingsmåder være nødt til at begynde sin fremstillingsproces på et tidligere trin. En sådan vertikal ekspansion kunne være kostbar og risikabel, da den helt er baseret på metoder, som hidtil kun er prøvet under laboratoriemæssige forhold. Kommissionen spørger i den forbindelse, hvorfor det tog CSC tyve år at perfektionere sin metode til industriel fremstilling af nitropropan, hvis den metode, som dr. Martin har beskrevet, og som har været kendt siden 1872, kunne være anvendt uden vanskelighed.

Kommissionen resumerer sin kritik af de forskellige alternativer i den påstand, at ingen af dem gav Zoja virkelige kommercielle muligheder for at overvinde leveringsstoppet for aminobutanol og/eller nitropropan fra CSC-Istituto-gruppen. Følgelig er Kommissionens antagelse af, at CSC-Istituto-gruppen har, om ikke et monopol så dog en dominerende stilling, velbegrundet.

I sit svarskrift nævner Kommissionen parentetisk d-aminobutanol som råmateriale for fremstilling af ethambutol, et forædlet overgangsprodukt, som CSC har leveret til Istituto siden 1970.

Sagsøgerne hævder, at denne form for udtalelse ikke er tilladt efter de processuelle regler, og gør gældende, at d-aminobutanol er et forædlet overgangsprodukt til fremstilling af ethambutol og ikke selv danner et relevant marked.

Under henvisning til sin beslutning erklærer *Kommissionen* sig enig med sagsøgerne på dette sidste punkt. D-aminobutanol kan ikke selv danne et marked: det udgår en del af markedet for råmaterialer til fremstilling at ethambutol, hvilket marked domineres af CSC-Istituto-gruppen.

3. Vedrørende misbrug af den dominerende stilling

I sin beslutning udtaler Kommissionen:

1. CSC's afslag på at levere råmaterialer til en af sine hovedaftagere måtte nødvendigvis føre til, at en af fællesmarkedets hovedproducenter af ethambutol blev elimineret;
2. denne adfærd truer alvorligt opretholdelsen af en reel konkurrence indenfor fællesmarkedet, eftersom der kun er fem producenter af ethambutol inden for fællesskabet, hvoraf tre er betydningsfulde (American Cyanamid Company gennem sit datterselskab Cyanamid Italia, Zoja, og siden 1970-Istituto-gruppen);
3. CSC's adfærd er følgelig et misbrug af en dominerende stilling;
4. med henblik på at fastslå virkningerne af den omtvistede adfærd er det berettiget at betragte markedet for ethambutol som et selvstændigt marked: ethambutol er en af bestanddelene af de moderne terapeutiske midler, der oftest benyttes i behandlingen af tuberkulose; ethambutol er et supplerende snarere end et konkurrende produkt i forhold til andre præparater mod tuberkulose; den omstændighed, at der er opretholdt et højt salgsniveau for ethambutol på et marked, der ikke ekspanderer (på trodts af fremkomsten af et nyt antibiotikum, som vil kunne benyttes i behandlingen af tuberkulose, rifampicin), bekræfter, at mulighederne for at erstatte dette produkt er yderst små;

5. Istituto's tilbud til Zoja den 15. maj 1972 om salg af en mængde ethambutol som råvare får ikke overtrædelsen af artikel 86 til at ophøre, for denne handling kan ikke ændret faktum, at Zoja var i færd med at forsvinde fra markedet som ethambutol-*producent* (afsnit I. B og D samt II. C).

a) *CSC* og *Istituto* hævder, at det var Zoja, som i foråret 1970 ensidigt opsagde sin leveringsaftale med Istituto. Da CSC ophørte med at sælge aminobutanol til EØF, holdt firmaet så meget tilbage, som Istituto havde forpligtet sig til at videresælge til Zoja, indtil CSC i april 1970 fik oplysning om, at Zoja ikke længere ønskede at aftage dette. Sagsøgerne benægter, at ophøret med leverancerne til Zoja indebærer, at dette firma forsvinder fra markedet. Dette ville kun være tilfældet, såfremt der ikke fandtes alternative måder til fremstilling af ethambutol. Det af sagsøgerne anførte og den omstændighed, at alle CSC's tidligere aftagere af nitropropan eller aminobutanol har fortsat deres produktion med andre overgangsprodukter, viser, at der eksisterer sådanne alternative metoder. I betragtning af de store lagre af aminobutanol, som Zoja rådede over, da CSC standsede leveringerne, kunne firmaet have fortsat fremstillingen på grundlag af aminobutanol i en betragtelig periode og ville således have haft mulighed for at ændre sine metoder til fremstilling af ethambutol. Kommissionen anser det fejlagtigt for irrelevant, at Zoja fortsat var i stand til at skaffe sig ethambutol som råvare til fremstilling af sine egne specialiteter med indhold af ethambutol. Det argument, der er fremsat til støtte for denne påstand, er utilstrækkeligt, fordi det ikke er påvist, hvorvidt og i hvilken grad Zoja's tekniske viden, udstyr og kemiske know-how er blevet berørt af ophøret med aminobutanol-leverancerne. For så vidt angår patenter fremhæver CSC og Istituto, at der ikke kan tages patent på farmaceutiske produkter i Italien, hvor Zoja fremstiller sine specialiteter med indhold af ethambutol. Beslutningen giver ikke den mindste oplysning om grunden til, at Zoja's patenter bliver værdiløse i andre medlemsstater. Sagsøgerne understreger, at Zoja hverken er mere eller mindre afhængig af sine leverancer under hensyn til, om firmaet køber aminobutanol eller ethambutol som råvare fra CSC eller Istituto. Beslutningen undlader klart at angive, hvorfor det er et misbrug at tilbyde det sidstnævnte overgangsprodukt i stedet for det førstnævnte.

Essensen af Kommissionens stillingstagen er, at der skal pålægges CSC en forpligtelse til at opretholde Zoja som et konkurrencedygtigt firma, der fremstiller og sælger athambutol og specialiteter med indhold af ethambutol og at sikre, at Zoja ikke behøver at ændre sine fremstillingsmetoder.

Kommissionen har svaret, at Zoja's beslutning om at annullere de leveringer af aminobutanol, som aftalen med Istituto indebar, blev godkendt af sidstnævnte. Kommissionen påberåber sig en afskrift af en telefonsamtale mellem lederne af de to virksomheder. Istitutos påstand om, at Zoja ensidigt har opsagt den gældende aftale kan derfor ikke accepteres. Spørgsmålet om, hvorvidt Zojas beslutning blev godkendt af Istituto, ændrer imidlertid på ingen måde karakteren af misbrug, for der er ingen sammenhæng mellem Zojas påståede kontraktsbrud og ophøret af leverancer fra CSC og Istituto; selv om det påståede kontraktsbrud ikke havde fundet sted, ville dette ikke på nogen måde have afholdt CSC-Istituto fra at handle, som de gjorde. Kommissionen henviser her til sine tidligere indlæg, hvormed den har villet afvise det argument, at der var alternative leveringsmuligheder på markedet for aminobutanol eller nitropropan. Ophøret med leverancen af aminobutanol havde den virkning, at Zoja blev tvunget til at ophøre med sin fremstilling og til udelukkende at emballere og forhandle ethambutol. I realiteten blev firmaet udelukket fra visse af de fremstillingsled, hvor det tidligere havde fungeret. En fremstilling af aminobutanol fra andre råmaterialer end nitropropan eller

af ethambutol fra et andet overgangsprodukt end aminobutanol eller d-aminobutanol ville nødvendiggjort en omfattende og kostbar tilpasning af Zoja's produktionsapparat.

Kommissionen har kun taget afstand fra det forhold, at gruppen uden gyldig grund er ophørt med leverancer af råmaterialerne til fremstilling af ethambutol til en af hovedforbrugerne af dette råmateriale og som en følge deraf har skabt en situation, hvor en af hovedproducenterne af ethambutol kunne blive fortrængt fra markedet, således at opretholdelsen af en effektiv konkurrence kunne blive truet. Af de forskellige farlige omstændigheder, som kunne true Zoja's overleven og levedygtighed, var det kun denne, som i beslutningen blev rejst som et klagepunkt mod CSC-Istituto. Sagsøgernes påstand om, at den af Kommissionen anvendte definition af misbrug ville forpligte CSC-Istituto-gruppen til at sikre Zoja's overleven under alle omstændigheder, er klart fejlagtigt.

I virkeligheden har ophøret af aminobutanol-leverancerne haft den virkning, at Zoja, efter at have udtømt sine lagre af aminobutanol, forsvandt fra markedet som ethambutol-*producent*. Den omstændighed, at virksomheden som sådan indtil nu har overlevet, ændrer intet ved denne situation.

b) For så vidt angår markedet for ethambutol, som CSC og Istituto anser for det eneste relevante marked, hævder de i modsætning til, hvad der fastslås i beslutningen, at ethambutol ikke danner et selvstændigt marked. Dette præparat er ikke det nyeste middel mod tuberkulose og har ikke den største andel af markedet for præparater mod tuberkulose. I virkeligheden er ethambutol kun ét af flere præparater mod tuberkulose, som konkurrerer på samme marked, dvs. markedet for præparater mod tuberkulose; dets markedsandel er for nedadgående, både som et enkelt præparat og i kombination med andre præparater. Det vigtigste præparat mod tuberkulose er ikke ethambutol, men rifampicin, hvilket bekræftes af statistiske oplysninger indsamlet af International Marketing Service. Disse oplysninger viser også, at ethambutol mere og mere erstattes af rifampicin både som særskilt præparat og som bestanddel af sammensatte præparater.

For så vidt angår afgrænsningen af det relevante marked er det afgørende, om varen kan erstattes med et andet præparat; Kommissionen må bevise, at det i et vist omfang ikke er muligt at erstatte ethambutol som et præparat mod tuberkulose med andre præparater. I virkeligheden kan alle præparater, der er egnede til behandling af tuberkulose, til en vis grad erstatte hinanden.

Markedet for præparater mod tuberkulose må således anses for det relevante. Til støtte for deres opfattelse henviser sagsøgerne til følgende litteratur:

1. En artikel af dr. Virchow, overlæge ved en tuberkuloseklinik i Davos;
2. »Drugs of Choice 1972-1973« af dr. Modell, St. Louis, 1972;
3. »Physicians Desk Reference to Pharmaceutical Specialities and Biologiecals« 1972, 26. udgave.
4. The Journal of the American Medical Association fra 17. april 1972, »Evaluation of a new Antituberculosis Agent«.

Kommissionen bestrider sagsøgernes fremstilling. Først understreger den på ny, at ethambutolmarkedet kun blev nævnt i beslutningen med det formål at fastslå virkningerne af misbruget. I almindelighed er det farligt at tale om erstatningsmuligheder, når man har at gøre med moderne præparater, hvis virkning og særlige kontra-indikationer kræver, at lægen foretager et valg, som i hvert enkelt tilfælde er bestemt af hans patients særlige sygdomsbillede. Navnlig ved ethambutol viser den tilgænglige litteratur (inklusive den som sagsøgerne har refereret til), at behandlingen af tuberkulose ofte kræver en kombination af flere præparater, afhængig af sygdomsbilledet i de forskellige tilfælde. Eftersom de fleste af de sædvanlige kombinationer

af præparater, der nævens i litteraturen, indeholder ethambutol, mener Kommissionen, at den med rette kan betegne det som det hyppigst anvendte præparat mod tuberkulose. Det er klart, at dette ikke, udtrykt i størrelsesforholdet, betyder, at ethambutol har den største markedsandel; det viser snarere, at det er meget vigtigt som bestanddel ved behandling af tuberkulose.

Den relative værdi af salget har ligesom størrelsesforholdet af de benyttede præparater kun begrænset betydning. Dette må man tage i betragtning, når man fortolker de statistiske oplyninger, som sagsøgerne har fremlagt.

Det følger af den foregående argumentation, at de forskellige præparater til behandling af tuberkulose benyttes som bestanddele i særskilte former for behandling, der ordineres for konkrete tilfælde. Det må derfor antages, at disse præparater kompletterer hinanden og ikke kan erstatte hinanden. Kommissionen har således ret i at betrægte markedet for ethambutol som et særskilt marked.

Sagsøgernes argumenter vedrørende rifampicin er urigtige på to punkter. For det første er det aldrig blevet bevist, at forøgelsen af salget af dette præparat finder sted på bekostning af ethambutol. Den anvendte litteratur indeholder tværtimod flere angivelser af, at begge præparater ofte benyttes sammen. For det andet viser de statistiske oplysninger, som CSC-Istituto-gruppen har fremlagt, kun, at forøgelsen af salget af rifampicin er større end forøgelsen af salget af ethambutol. Det må endvidere fremhæves, at rifampicin også benyttes til mange andre formål end til behandling af tuberkulose. Denne omstændighed begrænser yderligere vægten af sagsøgernes argumenter.

4. Vedrørende virkningen på samhandelen mellem medlemsstater

I sin beslutning fremhæver Kommissionen:

1. at der eksisterer vigtige afsætningsmuligheder for ethanbutol inden for fællesmarkedet;
2. at Zoja eksporterer ethambutol til Frankrig og siden 1971 til Tyskland;
3. at det er rimeligt at forvente, at Zoja's salg til de øvrige medlemsstater vil stige;
4. at det heraf må følge, at elimineringen af Zoja ville påvirke både den aktuelle og den potentielle samhandel med ethambutol inden for Fællesskabet;
5. at det har vist sig, at den omstændighed, at Cyanamid har patenter i de øvrige medlemsstater, ikke har været en uoverstigelig hindring for Zoja's salg til disse stater.

CSC og *Istituto* hævder, at markedet for præparater mod tuberkulose inden for EØF er meget lille, fordi tuberkulose er blevet en meget sjælden sygdom. Zoja's salg inden for fællesmarkedet udgør kun en ringe del af dens produktion; størstedelen af denne eksporteres til salg på verdensmarkedet. Desuden hæmmes handelen fra Italien til de øvrige medlemsstater af de patenter, som »American Cyanamid Company« har i disse stater. Disse patenter er aldrig blevet draget i tvivl i Nederlandene og Belgien. Når de er blevet anfægtet i forbundsrepublikken Tyskland, er deres gyldighed blevet opretholdt af den kompetente nationale domstol. I Frankrig verserer der for tiden en sag om disse patenter; beslutningen omtaler den afgørelse, som blev afsagt mod American Cyanamid Company af appeldomstolen i Paris, men undlader at nævne, at denne dom nu er til behandling ved kassationsdomstolen.

CSC har tilbudt at opfylde Zoja's behov for aminobutanol i det omfang, hvori det er nødvendigt, for at Zoja kan deltage i samhandelen inden for Fællesskabet.

Kommissionen hævder, at netop den omstændighed, at Zoja har eksporteret til andre medlemsstater, viser, at der er en reel samhandel inden for Fællesskabet. Når det pågældende produkt er et præparat, som kun har været på marke-

det nogle få år, repræsenterer de afsatte mængder ikke noget særligt stort beløb. Det er imidlertid ikke korrekt ud fra de beløbsmæssigt begrænsede salg inden for EØF at hævde, at samhandelen mellem medlemsstater ikke er blevet berørt. Hvor ethambutol bruges til at bekæmpe en alvorlig, men sjælden sygdom udgør eksportbeløbene som sådanne et utilstrækkeligt kriterium.

Sagsøgernes sagsfremstilling er urigtig, for så vidt angår American Cyanamid Company's patenter. For tiden kan Zoja i henhold til en afgørelse af appelretten i Paris lovligt eksportere til Frankrig. Den tyske afgørelse, der er nævnt af sagsøgerne, er ikke ugunstig for Zoja. Landgericht Düsseldorf har ved dom af 1. februar 1973 bekræftet, at det produkt, der fremstilles og sælges af Zoja, ikke er det samme, som det der fremkommer gennem den proces, som American Cyanamid Company har patenteret.

Endvidere nævner Kommissionen, at der verserer retssager i Storbritannien, Korea og Japan.

Kommissionen finder det ikke relevant, at CSC er indstillet på at forsyne Zoja i det omfang, det måtte være nødvendigt af hensyn til Zoja's afsætning inden for fællesmarkedet, eftersom dette tilbud, der blev fremsat i maj 1972, fremkom efter det misbrug, der bestod i et totalt leveringsstop. Som følge heraf afhjælper dette tilbud ikke den allerede begåede overtrædelse. Den beslutning, hvorved Kommissionen har pålagt sanktioner for nævnte overtrædelse, ville fortsat være gyldig, selv om levering til Zoja med henblik på afsætning inden for fællesmarkedet ville betyde, at misbruget ophørte.

Kommissionen konkluderer, at der, eftersom der findes en samhandel inden for Fællesskabet, hvor Zoja spiller hovedrollen, og eftersom der er en mulig handel under udvikling, hvori Zoja er den mest lovende virksomhed, ikke kan være nogen tvivl om, at dette firmas forsvinden som konkurrent alvorligt ville skade denne samhandel.

Sagsøgerne svarer, at Kommissionens udtalelser om patentsagen mellem Zoja og American Cyanamid Company ikke er korrekte. En annullationsklage, som Zoja indgav til det tyske patentkontor vedrørende Cyanamid's patent, blev afvist i december 1971. Den foreløbige afgørelse fra Landgericht Düsseldorf, som Kommissionen refererer til, var kun et pålæg til begge parter om at fremlægge bevis til støtte for deres respektive standpunkter. Den afgør intet om det endelige resultat af denne sag om krænkelse af patentrettigheder, som er anlagt af Cyanamid mod Zoja og Zoja's tyske forhandlere. Hvad angår patentsituationen i Storbritannien, Korea og Japan, som Kommissionen nævnte, udtaler sagsøgerne for det første, at Det forenede Kongerige ikke var en medlemsstat i EØF, og for det andet at patentsituationen i Korea og Japan ikke har noget at gøre med samhandelen inden for Fællesskabet. Disse henvisninger må således anses for irrelevante. Kommissionen er ikke berettiget til at foretage beregningen over den mulige udvikling af handelen med ethambutol inden for Fællesskabet. Der må tages hensyn til, at farmaceutiske præparater er genstand for en konstant udvikling og fornyelse, således at sådanne antagelser kun kan omfatte en nogenlunde overskuelig fremtid. Eftersom gyldigheden af Cyanamids patenter inden for EØF i det mindste varer indtil 1977 (Storbritannien), kan det ikke antages, at der inden for en overskuelig fremtid vil påføres samhandlen inden for Fællesskabet nogen skadelig virkning.

Kommissionen fastholder i sin duplik på trods af sagsøgernes opfattelse, at Cyanamids patenter ikke kan hindre Zoja's eksport til Tyskland. Faktisk blev den begæring om et forbud, der af Cyanamid blev indgivet til Landgericht München, så snart ethambutol fremstillet af Zoja var blevet indført på det tyske marked, forkastet den 4. maj 1971. Betydningen af mellemafgørelsen fra Landgericht Düsseldorf er, at det herved blev afslået at give Cyanamid den fordel med hensyn til bevisbyrden, som er omhandlet i § 47,

stk. 3 i den tyske patentlov, fordi produkter fra American Cyanamid og produkter fra Zoja ikke har de samme egenskaber.

I øvrigt er det ikke korrekt som hævdet af sagsøgerne, at ethambutol fremstillet af Zoja ikke kan eksporteres til lande inden for fællesmarkedet, idet Cyanamids patenter hidtil ikke har kunnet stoppe importen af Zoja's produkt.

Kommissionen har kun henvist til patentsituationen i Korea og Japan for at belyse værdien af Zoja's patenter og hermed dette firmas konkurrencemæssige styrke.

5. Vedrørende de anvendte sanktioner

Sagsøgerne hævder, at Kommissionen savner kompetence til at udstede særskilte påbud om at levere bestemte produkter og om at forelægge sig forslag angående yderligere leverancer, i begge tilfælde under trussel om dagbøder ved ikkeopfyldelse. Der er hverken i forordning nr. 17 eller i nogen anden forordning hjemlet en sådan kompetence. Det er muligt, at EØF-traktatens artikel 87 giver Ministerrådet adgang til at give Kommissionen en sådan bemyndigelse, men der er endnu ikke taget noget skridt i denne retning.

I øvrigt udgør Kommissionens påbud om at levere 60 000 kg nitropropan eller 30 000 kg aminobutanol til Zoja et myndighedsmisbrug. Kommissionens kompetence i henhold til artikel 86 er begrænset til konkurrencen inden for fællesmarkedet og vedrører kun samhandelen mellem medlemsstaterne. Dens påbud om at levere 60 000 kg nitropropan eller 30 000 kg aminobutanol til at dække Zoja's mest påtrængende behov er helt urimeligt. Selv om sagsøgerne ikke har detaljerede oplysninger om Zoja's salg af ethambutol inden for fællesmarkedet, finder de, at de mængder, der er krævet af Kommissionen, langt overstiger de årlige mængder, som Zoja har behov for til sin handel inden for Fællesskabet. CSC henviser igen til sit forslag til Zoja om at forsyne Zoja med de mængder aminobutanol, der kræves til fremstilling af ethambutol til afsætning inden for fællesmarkedet.

Kommissionen har derfor begået et myndighedsmisbrug ved at udstede påbud, som kvantitativt kun kan sættes i relation til Zoja's behov med henblik på salg på verdensmarkedet. Dette gør beslutningen ugyldig, for så vidt angår påbudet efter stk. 1; det samme gælder påbudet efter artikel 2 om leveringen på længere sigt og dagbøden efter artikel 4, stk. 2, med mindre Kommissionen begrænser forpligtelsen til at levere til kun at omfatte Zoja's behov med henblik på salg inden for fællesmarkedet.

Kommissionen henviser i sit svarskrift til ordlyden af artikel 3, stk. 1 i forordning nr. 17 og i særdeleshed til følgende pasus: »kan den ved en beslutning pålægge ... at bringe de konstaterede overtrædelser (af artikel 85 og 86) til ophør«. I stedet for at foretage en udtømmende opregning af de sanktioner, som Kommissionen kan anvende, fastsætter denne artikel det mål, som skal nås ved beslutningen, nemlig ophøret af overtrædelsen. Heraf følger, at omfanget af Kommissionens kompetence kun kan bestemmes i forhold til det mål, der er fastsat i artikel 3. Eftersom den adfærd, som i nærværende sag førte til en overtrædelse af artikel 86, var ophøret med at levere råmaterialer, hvilket indebar en risiko for eliminering af en af hovedproducenterne af det afledte produkt, kunne den nødvendige sanktion kun bestå i at påbyde levering af en sådan størrelsesorden, at den sikrede, at den pågældende producent kunne overleve. Kommissionen handlede således inden for sin kompetence ifølge artikel 3.

Angående spørgsmålet om, hvorvidt de udstedte påbud var uforholdsmæssigt indgribende, hævder Kommissionen, at problemet består i at sikre Zoja's overleven som konkurrencedygtig producent af ethambutol. Denne konkurrencemæssige stilling skal ikke blot vurderes på baggrund af situationen på markedet i det øjeblik, beslutningen blev udstedt, men også ud fra det synspunkt, at Zoja er

den eneste potentielle konkurrent til American Cyanamid Company. Følgelig måtte Kommissionen tage hensyn til Zoja's potentielle rolle inden for fællesmarkedet ved udstedelsen af de omhandlede påbud.

Hvad angår den mængde, som sagsøgerne er blevet pålagt at levere, bemærker Kommissionen, at det ikke var muligt nøjagtigt at beregne de mængder, som Zoja øjeblikkeligt havde brug for, hvis firmaet skulle overleve. Derfor anvendte Kommissionen gennemsnittet af den sidste årlige leverance, som Zoja modtog fra Istituto, og gennemsnittet af den årlige bestilling for 1971, tilpasset en periode på mellem tre og fire måneder, som kriterium ved opgørelsen af Zoja's øjeblikkelig behov:

$$\frac{(80\,000 \text{ kg} + 120\,000 \text{ kg}) \times 7/24}{2} =$$

29 166 kg aminobutanol.

Efter at Kommissionen med dette »redningsbælte« havde sikret Zoja's overleven havde den ikke til hensigt at pålægge levering af bestemt angivne mængder i fremtiden, men ville begrænse sig til at fremsætte forslag. Såfremt sagsøgerne var i stand til at påvise, at omfanget af »redningsbæltet« var overdrevent, var der intet til hinder for, at man tog hensyn til dette fejlskøn ved fastsættelsen af omfanget af fremtidige leverancer. Men sagsøgte understreger, at kriteriet ikke kan baseres på en enkel sondring mellem Zoja's nuværende salg inden for fællesmarkedet og salget til tredjelande, fordi man ikke herved ville tage hensyn til nødvendigheden af Zoja's overleven som levedygtig producent. En betydelig nedgang i Zoja's omsætning ville uundgåeligt påvirke konkurrenceevnen. Af denne grund ville det ikke være rigtigt at anse produktionen til tredjelande for irrelevant for nærværende sag.

CSC og *Istituto* anfører i deres svar, at forordning nr. 17 indeholder en udtømmende liste over de foranstaltninger, som Rådet i medfør af artikel 87 har bemyndiget Kommissionen til at foretage. Kommissionen kan ikke udvide denne liste ud fra den opfattelse, at enhver foranstaltning, som den anser for nødvendig, indbefattes i bemyndigelsen til at udstede påbud om at ophøre med en bestemt adfærd. Hvis Kommissionen anså det for nødvendigt med en videre bemyndigelse, ville den altid kunne foreslå Rådet en forordning, som giver adgang hertil.

Sagsøgerne gentager, at enhver retsanordnende kompetence for Kommissionen på konkurrenceområdet er strengt begrænset til foranstaltninger til beskyttelse af konkurrencen i samhandelen inden for Fællesskabet. De udstedte påbud kan ikke accepteres, fordi de pålægger sagsøgerne at forsyne Zoja med bestemte mængder overgangsprodukter i forhold til Zoja's salg i de foregående år, som kun for en beskeden del er sket inden for fællesmarkedet (ca. 10 %). I virkeligheden har Kommissionen pålagt CSC at forsyne Zoja med råmaterialer, som for 90 %'s vedkommende efter forarbejdning vil blive solgt i tredjelande. Dette udgør klart nok et myndighedsmisbrug.

CSC afviser Kommissionens anbringende om, at der med den mængde øjeblikkelig leverance, som Kommissionen påbød, var tale om et »redningsbælte« for Zoja. Beslutningen nævner ikke Zoja's almindelige økonomiske stilling, dens finansielle og lagermæssige stilling og ej heller muligheden for, at Zoja kunne fortsætte med at fremstille specialiteter med indhold af ethambutol-bulk eller andre overgangsprodukter.

Kommissionen fastholder i sin duplik den argumentation, den allerede har fremført.

6. *Vedrørende sagsbehandling og begrundelse*

CSC og Istituto hævder, at Kommissionen har overtrådt sagsbehandlingsreglerne ved at basere sin beslutning på omstændigheder, der ikke var tilstrækkeligt undersøgt, nemlig for så vidt angår den påståede økonomiske enhed mellem CSC og Istituto, antagelsen om at CSC er den eneste producent af aminobutanol

og nitropropan, afgrænsningen af det relevante marked, Zoja's stilling samt samhandelen mellem medlemsstaterne med ethambutol og med specialiteter med indhold af ethambutol. Videre krænker beslutningen artikel 19 i forordning nr. 17 og artiklerne 2 og 4 i forordning nr. 99/63, fordi den er baseret på et antal påståede fakta, der aldrig blev meddelt CSC og Istituto i meddelelsen om klagepunkter. Endelig har Kommissionen overtrådt sagsbehandlingsreglerne ved at rette uforholdsmæssigt indgribende påbud til CSC og Istituto. Sagsøgerne hævder, at Kommissionen ved at undlade at foretage bestemte undersøgelser, som CSC og Istituto havde foreslået, ikke har overholdt de normer om upartiskhed, der er nødvendige for at sikre en retfærdig sagsbehandling.

Det følger heraf, at Kommissionens begrundelse er baseret på en sagsfremstilling, som er fejlagtig og ufuldstændig i en sådan grad, at begrundelsen ikke kan tjene som tilstrækkeligt grundlag for beslutningen, hvorfor denne må være ugyldig ifølge EØF-traktatens artikel 190.

Kommissionen svarer, at CSC og Istituto's første anbringende er blevet bestridt ved dens tidligere bemærkninger vedrørende forskellige klagepunkter, som er fremsat af sagsøgerne. Kommissionen medgiver, at der er to punkter, hvor beslutningen adskiller sig fra meddelelsen om klagepunkter:

a) i forhold til meddelelsen om klagepunkter tilføjer beslutningen visse forhold, såsom den omstændighed, at repræsentanter for CSC havde sæde i Istituto's udøvende organer, og den omstændighed, at CSC selv hævder, at Istituto er dets datterselskab;

b) for så vidt angår det forhold, at ethambutol ikke kan erstattes, lægges der i meddelelsen om klagepunkter vægt på ethambutols specielle egenskaber, mens der i beslutningen henvises til det forhold, at dette produkt kan anvendes sammen med andre præparater mod tuberkulose.

Begge ændringer er korrekte, fordi de er baseret på nøjagtige fakta, der er kendt af sagsøgerne. Følgelig er Kommissionens begrundelse rigtig og tilstrækkelig. Kommissionen anser det for overflødigt at imødegå CSC's anbringende vedrørende krænkelsen af EØF-traktatens artikel 190.

V — Spørgsmål fra Domstolen til parterne

1. Spørgsmål til sagsøgerne

a) Domstolen har forstået, at CSC i 1970 besluttede at ophøre med at levere nitropropan og aminobutanol til EØF og i stedet at levere dextro-aminobutanol (et forædlet overgangsprodukt), som Istituto kunne forarbejde til ethambutolbulk med henblik på salg bl. a. inden for EØF.

Har CSC, før denne beslutning blev truffet, leveret nitropropan eller aminobutanol til kunder uden for EØF?

I bekræftende fald blev beslutningen truffet alene i forhold til EØF, eller omfattede den et større område? I bekræftende fald hvilket område?

Hvad var grundene (tekniske, økonomiske og handelsmæssige) bag nævnte beslutning?

CSC svarer, at firmaet i mange år har leveret nitropropan og aminobutanol til kunder i De forenede Stater og i øvrigt overalt i verden. Nitropropan produceres på CSC's hovedfabrik for nitroparafin, som producerer fire basisprodukter i bestemte indbyrdes forhold: nitropropan, nitroproit, nitromethan og nitroethan. CSC's produktion af nitropropan er begrænset af kapaciteten i den nuværende fabrik. Udvidelsen af produktionskapaciteten er helt og holdent afhængig af muligheden for at finde afsætningsmuligheder for alle fire basisprodukter og ikke alene for nitropropan og dettes følgeprodukter. Eftersom den relative efterspørgsel efter de fire produkter viser et asyme-

trisk billede, har CSC ikke til hensigt at øge sin produktionskapacitet alene på grund af en knaphed på nitropropan.

Det har længe været CSC's almindelige taktik at øge forarbejdningsgraden af sine produkter, således at firmaet i stadig højere grad vil komme til at sælge det endelige produkt med henblik på at komme i nærmere kontakt med den endelige forbruger og om muligt at øge sin profitmargin. Af denne grund har CSC besluttet at skære ned på sit salg af nitropropan som sådan for at have mere råmateriale til disposition for salg af følgeprodukter af dette produkt. Firmaet har også begrænset sit salg af følgeprodukter af nitropropan til farmaceutisk brug med henblik på ikke at blive for afhængig af et enkelt marked. Endelig er firmaet begyndt at øge forarbejdsningsgraden af sit produkt inden for markedet for præparater mod tuberkulose og har lagt vægten på salget af d-aminobutanol fremfor aminobutanol.

Istituto hævder, at det er på basis af dets egen forskning, at det har besluttet at gå oven til produktion og salg af ethambutol i pulverform og af sin egen specialitet med indhold af ethambutol, mycobutol.

b) Det fremgår både af Istituto's stævning og af den pågældende beslutning, at Istituto har købt visse mængder nitropropan på det italienske marked og har solgt disse med forbud mod videresalg.

Hvad var begrundelsen for dette forbud?

Hvis den bagvedliggende begrundelse var at forhindre eksport af nitropropan til tredjelande, hvad var da formålet hermed?

Er det korrekt, som antaget af Kommissionen, at den betingelse, der blev pålagt køberne, bestod i et forbud mod videresalg til *farmaceutisk brug?*

Istituto fremhæver, at det pågældende forbud alene var en exceptionel foranstaltning, som kun vedrørte en enkelt ringe mængde nitropropan. Hensigten med dette forbud var at forhindre eksport af nitropropan til tredjelande. På det tidspunkt, da foranstaltningen blev truffet, forsøgte Istituto at få foden på markedet i et antal tredjelande med henblik på salg af ethambutol i pulverform, og det ønskede ikke at se sin virksomhed forstyrret ved eksport til det samme marked af et mindre forædlet overgangsprodukt, som Istituto selv besad.

Det er fejlagtigt, når Kommissionen har hævdet, at de betingelser, der blev pålagt køberne, omfattede et forbud mod videresalg til farmaceutisk brug. Faktisk blev forbudet ikke indført for at hindre videresalg til farmaceutisk brug inden for EØF.

c) I maj 1972 tilbød CSC at forsyne Zoja med tilstrækkelige mængder aminobutanol til at dække Zoja's produktion af ethambutol i fællesmarkedet. I sin replik bemærker CSC, at Zoja, for så vidt angår verdensmarkedet, kunne skaffe sig ethambutol-bulk fra Istituto.

Betyder dette, at der for verdensmarkedets vedkommende er nært samarbejde mellem sagsøgerne?

CSC svarer, at dens udtalelse om de tilgængelige mængder ethambutol-bulk kun var en faktisk oplysning, som ikke betød, at der bestod noget samarbejde mellem sagsøgerne med henblik på verdensmarkedet.

Istituto hævder, at det eksporterer ethambutol i pulverform på det internationale marked uden nogen form for samarbejde med CSC.

d) Forsyner CSC ACC med råmaterialer til fremstilling af ethambutol? I bekræftende fald hvilke råmaterialer er der tale om?

Hvis svaret på spørgsmålet er benægtende, hvorledes og hvor skaffer ACC sig råmaterialer til ethambutol?

CSC svarer, at det ikke inden for EØF leverer råmaterialer til ACC til fremstilling af ethambutol. På markedet i De forenede Stater bliver der leveret relativt små mængder aminobutanol til ACC, og uden for De forenede Stater leverer CSC store mængder af d-aminobutanol til ACC. CSC understreger, at arten og omfanget af dette salg uden for EØF ikke har betydning for denne sag.

2. Spørgsmål til sagsøgte

a) Skal leveringsnægtelse i alle tilfælde anses for misbrug af en dominerende stilling over for de industrier, som bruger produkterne, og hvis leverancer er blevet standset?

I benægtende fald, under hvilke betingelser udgør en sådan nægtelse et misbrug?

Kommissionen fastholder efter en generel redegørelse for den relevante lovgivning i medlemsstaterne, at en leveringsnægtelse fra en virksomhed, der har en dominerende stilling, i henhold til fællesskabsretten sandsynligvis vil udgøre et misbrug af denne stilling. Den mulighed kan imidlertid ikke udelukkes, at en sådan nægtelse vil kunne være lovlig under visse omstændigheder. Det kræver en undersøgelse af hvert enkelt tilfælde, for at det kan fastslås, hvorvidt en leveringsnægtelse fra en virksomhed i en dominerende stilling kan være berettiget. Under alle omstændigheder vil det være særligt klart, at der er tale om en ulovlig leveringsnægtelse, hvis:

— den dominerende stilling er et monopol;

— leveringsnægtelsen er rettet mod en af hovedforbrugerne, som er en tidligere kunde;

— leveringsnægtelsen alvorligt berører opretholdelsen af en effektiv konkurrence i fællesmarkedet, og hvis det ikke er åbenbart, at nægtelsen er objektivt berettiget.

b) Det er gentagne gange blevet udtalt, at alene leverancer af nitropropan og aminobutanol ville kunne give Zoja mulighed for at producere ethambutol ved anvendelse af sin egen teknologi og tekniske viden (know-how). Er det muligt at forklare præcist, hvori disse tekniske fordele består?

Giver de Zoja mulighed for at producere ethambutol ved metoder, der i det store og hele ikke krænker konkurrenternes patenter?

Kommissionen udtaler, at man må adskille udtalelsen om, at alene leverancer af nitropropan og aminobutanol ville give Zoja mulighed for at fremstille ethambutol, fra udtalelsen om, at en ændring i produktionsmetoderne ville føre til, at Zoja mistede de fordele, der udsprang af dens egen teknologi og tekniske viden.

Den første udtalelse er den eneste, som er vigtig for nærværende sag. Den er baseret på det faktum, at man på den ene side i dag kun kan producere ethambutol økonomisk og i industriel målestok ud fra et af disse råmaterialer, og at disse råmaterialer på den anden side kun kan købes på markedet fra CSC-istitutogruppen. Uden nitropropan eller aminobutanol ville det derfor rent faktisk være umuligt for Zoja at fortsætte fremstillingen af ethambutol.

Hensigten med den anden udtalelse var at fremhæve, at overgangen fra levering af nitropropan eller aminobutanol til levering af ethambutol-bulk — modsat af, hvad sagsøgerne har påstået — ville medføre, at Zoja faldt bort som *producent* af ethambutol. Den omstændighed, at Zoja uden nitropropan eller aminobutanol ikke længere er i stand til at gøre brug af sin egen teknik, ville kun have haft betydning, såfremt ethambutol kunne fremstilles ud fra andre råmaterialer end nitropropan eller aminobutanol. Eftersom der imidlertid ikke findes andre råmaterialer til fremstilling af ethambutol, og ophøret med levering af nitropropan og aminobutanol derfor under alle omstændigheder hindrer Zoja i at fremstille ethambutol, kan den omstændighed, at Zoja ikke længere kunne udnytte fordelen ved at anvende sin egen tekniske viden som følge af leveringsstoppet, kun benyttes som et sekundært argument.

Derefter giver Kommissionen en redegørelse for de karakteristiske træk ved Zoja's vigtigste patenter.

Hvad angår den anden del af spørgsmål b, henviser Kommissionen til sin duplik og konkluderer, at den i tilstrækkelig grad har påvist, at de patenter, som ejes af andre selskaber (og i særdeleshed af ACC), ikke ville have hindret Zoja i at fortsætte og at øge sin egen eksport inden for fællesmarkedet.

Præmisser

1 Det er ubestridt, at Société Istituto Chemioterapico Italiano, Milano, (herefter Istituto) efter at have rådført sig med Commercial Solvents Corporation, der er underlagt lovgivningen i staten Maryland, og som har hovedsæde i New York (herefter: CSC), har erklæret sig ude af stand til at levere aminobutanol til Société Laboratorio Chimico Farmaceutico Giorgio Zoja (herefter: Zoja), hvortil Istituto i løbet af årene 1966-1970 leverede betydelige mængder aminobutanol, som Zoja anvendte som råmateriale til fremstilling af ethambutol;

2 Zoja har indgivet begæring til Kommissionen om at få fastslået, at der er sket en overtrædelse af EØF-traktatens artikler 85 og 86, og Kommissionen indledte ved brev af 25. april 1972 fremgangsmåden i henhold til forordning nr. 17/62, artikel 3 mod CSC og Istituto for formodet overtrædelse af traktatens artikel 86, idet den gjorde dem bekendt med de fremsatte klagepunkter i overensstemmelse med artikel 19 i forordning nr. 17/62 og artikel 3 i forordning nr. 99/63;

3 ved beslutning af 14. december 1972 (JO 1972, nr. L 299, s. 51 ff) fastslog Kommissionen, at CSC og Istituto ved fra november 1970 at have ophørt med at levere råmateriale til fremstilling af ethambutol til Zoja havde overtrådt artikel 86;

4 Kommissionen fastsatte derfor de foranstaltninger, som den anså for nødvendige for at bringe overtrædelsen til ophør, og pålagde de to firmaer in solidum en bøde på 200 000 RE;

5 ved stævninger indleveret til justitskontoret den 17. februar 1973 har Istituto og CSC anlagt sag om denne beslutning;

ved kendelse af 8. maj 1973 er de to sager blevet forenet med henblik på forhandlingerne, og de kan følgelig pådømmes ved en enkelt dom, afsagt i det i sag nr. 7/73 anvendte processprog.

I — Vedrørende anvendelsen af artikel 86

6 Det er bevist, at CSC i 1962 købte 51 % af aktierne i Istituto;

CSC's repræsentanter indtager 50 % af pladserne i direktionen og i bestyrelsen af Istituto, og bestyrelsens formand, der har den afgørende stemme ved stemmelighed i bestyrelsen, er en repræsentant for CSC;

selv om de direktører (consiglieri delegati), der er ansvarlige for administrationen af Istituto, var de samme personer før og efter 1962, måtte de imidlertid efter dette år indhente direktionens godkendelse af investeringer over en vis størrelsesorden.

7 CSC arbejder bl.a. med fremstilling og salg af produkter baseret på nitrering af parafin, herunder nitropropan og et følgeprodukt heraf, aminobutanol, der er et overgangsprodukt ved fremstilling af ethambutol;

indtil 1970 optrådte Istituto som forhandler af nitropropan og aminobutanol, fremstillet af CSC i De forenede Stater;

CSC besluttede i begyndelsen af 1970, at det ikke længere ville forsyne fællesmarkedet med disse produkter, og det meddelte Istituto, at dette firma kun ville få leveret de mængder, som det allerede havde forpligtet sig til at videresælge;

senere har CSC ændret sin politik og har udelukkende leveret d-aminobutanol til Istituto til forarbejdning til ethambutol-bulk med henblik på salg bl.a. inden for EØF samt til eget behov, idet Istituto i mellemtiden havde udviklet sine egne specialiteter med indhold af ethambutol.

8 Følgende spørgsmål må derfor behandles efter hinanden:

a) om der foreligger en dominerende stilling i artikel 86's betydning,

b) hvilket marked der skal tages i betragtning ved afgørelse af spørgsmålet om den dominerende stilling,

c) om der i det foreliggende tilfælde er sket et misbrug af en sådan stilling,

d) hvorvidt dette misbrug har kunnet påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, og

e) hvorvidt sagsøgerne i realiteten har handlet som en økonomisk enhed;

søgsmålsgrundene om overtrædelse af processuelle bestemmelser og om beslutningens utilstrækkelige begrundelse vil blive undersøgt på denne baggrund.

a) Vedrørende den dominerende stilling

9 sagsøgerne bestrider indholdet af den anfægtede beslutning, hvorefter CSC-Istituto-gruppen »har en dominerende stilling inden for fællesmarkedet for så vidt angår de nødvendige råmaterialer til fremstilling af ethambutol«, idet gruppen i virkeligheden har »verdensmonopol på fremstilling og salg af nitropropan og aminobutanol«;

10 i så henseende støtter de sig til dokumenter, hvoraf det fremgår, at aminobutanol fremstilles af i det mindste én anden italiensk virksomhed på basis af butanol, at en tredje italiensk virksomhed fremstiller ethambutol på basis af andre råstoffer, at en fransk virksomhed selvstændigt fremstiller nitropropan, og videre, at endnu en virksomhed har bragt thiophenol på markedet, et produkt som efter sigende for tiden anvendes i Østeuropa til fremstilling af ethambutol;

11 endelig har CSC fremlagt en sagkyndig erklæring, ifølge hvilken der i det mindste skulle findes én anden anvendelig metode til fremstilling af nitropropan end den af CSC anvendte og i det mindstre tre kendte metoder, hvorefter der kan fremstilles aminobutanol uden brug af nitropropan.

12 Under den administrative sagsbehandling har sagsøgerne allerede anført en del af disse omstændigheder til støtte for deres krav om, at Kommissionen skulle fremskaffe en sagkyndig erklæring for at fastlå CSC's påståede monopol for så vidt angår produktion af råmaterialer til fremstilling af ethambutol, før den vedtog en beslutning;

Kommissionen har forkastet dette krav under henvisning til, at de påberåbte forhold, selv om de blev godtgjort, ikke vedrører det væsentlige i dens meddelelse om klagepunkter;

under nærværende retsforhandling har sagsøgerne på ny fremsat deres krav om en sagkyndig erklæring vedrørende det omstridte punkt.

13 Kommissionen har, uden at det reelt er blevet bestridt, svaret, at den franske virksomheds produktion af nitropropan for øjeblikket befinder sig på et eksperimentelt stadium, og at denne virksomheds forskning først kom igang efter de omstridte begivenheder;

oplysningerne om muligheden af at fremstille ethambutol ved brug af thiophenol menes at være for vage og usikre til for alvor at kunne tages i betragtning;

den ekspertudtalelse, som CSC har fremlagt, hævdes kun at omhandle velkendte metoder, om hvilke man ikke har kunnet godtgøre, at de ville egne sig til industriel udnyttelse til priser, der ville gøre det muligt at afsætte dem;

de to nævnte italienske virksomheders produktion er ifølge Kommissionen beskeden og bestemt til eget brug, idet den anvendte metode ikke kan benyttes, hvis afsætningen skal have et betydeligt omfang og skal være rentabel;

14 Kommissionen har fremlagt en ekspertudtalelse fra Zoja, hvorefter det ikke vil være muligt at producere aminobutanol på basis af butanon i større industriel målestok uden store omkostninger, og uden at det vil være forbundet med fare, hvilket sagsøgerne bestrider, idet de støtter sig til to ekspertudtalelser, ifølge hvilke en sådan produktion ikke vil frembyde uoverstigelige vanskeligheder eller omkostninger.

15 Denne diskussion er uden særlig praktisk betydning, fordi det hovedsageligt drejer sig om metoder af eksperimentel karakter, der ikke er efterprøvet på industrielt plan, samt om metoder, der kun har ført til produktion i beskedent omfang;

det drejer sig ikke om, hvorvidt Zoja ved tilpasning af sine anlæg og fabrikationsmetoder eventuelt kunne fortsætte sin produktion af ethambutol på basis af andre råmaterialer, men om, hvorvidt CSC havde en dominerende stilling på markedet for råmaterialer til fremstilling af ethambutol;

antagelsen om, at CSC havde en dominerende stilling i artikel 86's forstand, vil kun kunne afkræftes, hvis der på markedet findes en råvare, der uden store vanskeligheder vil kunne erstatte nitropropan eller aminobutanol med henblik på fremstilling af ethambutol;

derimod vil det ikke være tilstrækkeligt til at imødegå begrundelsen for den anfægtede beslutning, at der anføres andre mulige metoder, som er af eksperimentel karakter eller benyttes i lille målestok.

16 Det er ikke bestridt, at de store fabrikanter af ethambutol på verdensmarkedet, CSC selv, Istituto, American Cyanamid og Zoja, kun bruger råmaterialer fremstillet af CSC;

sammenlignet med disse virksomheders produktion og salg af ethambutol er andre producenters produktion og salg af minimal betydning;

Kommissionen kunne således konkludere, »at det på nuværende tidspunkt ikke på økonomisk konkurrencedygtige vilkår er muligt at benytte metoder til fremstilling i industriel målestok af ethambutol på basis af andre råmaterialer«;

17 det var således berettiget af afvise kravet om en ekspertudtalelse;

18 af de samme grunde må det krav, der er fremsat under nærværende sag, forkastes, idet der er ført tilstrækkeligt bevis for den omstændighed, at CSC har en dominerende stilling på verdensmarkedet for fremstilling og salg af de pågældende råmaterialer.

b) Vedrørende det relevante marked

19 Sagsøgerne konkluderer uder henvisning til sjette betragtning i kapitel II-C i den anfægtede beslutning, at det relevante marked til bestemmelse af den dominerende stilling ifølge Kommissionen er markedet for ethambutol;

et sådant marked findes ifølge sagsøgerne ikke, idet ethambutol skulle udgøre en del af et større marked for præparater mod tuberkulose, hvor det konkurrerer med andre præparater, der i vidt omfang kan erstatte hinanden;

da der ifølge sagsøgerne ikke findes noget marked for ethambutol, er det umuligt at konstruere et selvstændigt marked for råmaterialer til fremstilling af dette produkt.

20 Kommissionen har svaret, at den har taget hensyn til den dominerende stilling inden for fællesmarkedet for de råmaterialer, der er nødvendige til fremstilling af ethambutol.

21 Såvel i beslutningens kapitel II-B som i den del af kapitel II-C, der går forud for konstateringen af, at sagsøgernes adfærd »derfor udgør et misbrug af en dominerende stilling i artikel 86's forstand« (II-C, 4. betragtning), tales der faktisk alene om markedet for råmaterialer til fremstilling af ethambutol;

under henvisning til, at »den pågældende adfærd begrænser afsætningsmulighederne for råmaterialer såvel som fremstillingen af ethambutol og således udgør en af de former for misbrug, der udtrykkeligt er forbudt ved nævnte artikel«, behandler den anfægtede beslutning alene markedet for ethambutol for at fastslå virkningerne af den omhandlede adfærd;

selv om en sådan undersøgelse kan give mulighed for en bedre bedømmelse af virkningerne af den påståede overtrædelse, er den imidlertid uden betydning for bestemmelsen af det marked, der er relevant ved afgørelsen af, om der foreligger en dominerende stilling;

22 i modsætning til det af sagsøgerne hævdede, er det i realiteten muligt at adskille markedet for de råmaterialer, der er nødvendige til fremstilling af et bestemt produkt, fra det marked, hvor dette produkt afsættes;

et misbrug af en dominerende stilling på markedet for råmaterialer vil således kunne have virkninger, der begrænser konkurrencen på markedet for de følgeprodukter, der skal tages i betragtning ved vurderingen af overtrædelsens virkninger, selv om markedet for følgeprodukterne ikke udgør et selvstændigt marked;

sagsøgernes anbringender i så henseende og følgelig også deres krav om, at der skal indhentes en sagkyndig erklæring herom, er derfor irrelevante og må forkastes.

c) Vedrørende misbruget af den dominerende stilling

23 Sagsøgerne hævder, at ophøret med levering af aminobutanol til Zoja ikke kan lægges dem til last, men kan forklares ved det forhold, at firmaet Zoja i foråret 1970 selv meddelte Istituto, at det afstod fra køb af betydelige mængder aminobutanol i henhold til en dagældende kontrakt mellem Istituto og Zoja;

da Zoja ved udløbet af 1970 på ny henvendte sig til Istituto for at købe nævnte produkt, skulle dette firma, efter at have indhentet oplysninger hos CSC, have været nødt til at svare, at CSC i mellemtiden havde ændret sin salgspolitik, og at produktet ikke længere kunne skaffes;

ændringen i CSC's politik hævdes at have været bestemt af den lovlige overvejelse af CSC's fordel ved at udvide sin produktion til at omfatte fremstilling af færdige produkter og ved ikke at begrænse sig til råmaterialer eller overgangsprodukter;

i overensstemmelse med denne politik skal CSC have besluttet at forbedre sit produkt og herefter ikke længere at levere aminobutanol bortset fra de tilfælde, hvor firmaets forhandlere allerede har indgået bestemte aftaler.

24 Det fremgår af sagens akter og af forhandlingerne, at leveringen af råmaterialer for så vidt angår EØF er begrænset til Istituto, der, som beskrevet i CSC's stævning, i 1968 begyndte at udvikle sine egne specialiteter med indhold af ethambutol, i november 1969 fik den nødvendige produktionstilladelse fra den italienske regering og i 1970 påbegyndte produktionen af sine specialiteter;

da Zoja forhørte sig om muligheden for at opnå nye leverancer af aminobutanol fik firmaet et negativt svar;

CSC har beluttet at begrænse, omend ikke helt standse, sine leverancer af nitropropan og af aminobutanol til udenforstående for at lette sin egen adgang til markedet for følgeprodukter;

25 en sådan virksomhed, som har en dominerende stilling på området for fremstilling af råmaterialer og af denne grund er i stand til at kontrollere leveringerne til fabrikanter af følgeprodukter, kan imidlertid ikke, fordi den beslutter selv at påbegynde produktionen af disse følgeprodukter, en beslutning, hvorved den selv bliver konkurrent til sine tidligere kunder, handle således, at den eliminerer konkurrencen fra disse, i det foreliggende tilfælde således, at den eliminerer en af hovedproducenterne af ethambutol inden for fællesmarkedet;

da en sådan adfærd er i strid med de mål, der er udtalt i traktatens artikel 3, litra f, og videreudviklet i artiklerne 85 og 86, vil indehaveren af en dominerende stilling på markedet for råmaterialer, der med henblik på at forbeholde disse råmaterialer for sin egen produktion af følgeprodukter nægter at levere til en kunde, der også producerer disse følgeprodukter, med fare for at eliminere enhver konkurrence fra denne kunde, misbruge sin dominerende stilling i artikel 86's forstand;

i denne sammenhæng har det kun ringe betydning, om leveringsstoppet i foråret 1970 skyldtes Zoja's annullation af købene, fordi det af sagsøgernes egen fremstilling fremgår, at salget af aminobutanol under alle omstændigheder ville være blevet standset, når de leveringer, som var kontraktmæssigt aftalt, var opfyldt;

26 det er heller ikke nødvendigt at undersøge, som krævet af sagsøgerne, om Zoja's behov for aminobutanol var påtrængende i 1970 og 1971, eller om dette firma fortsat havde så store mængder af dette produkt til rådighed, at det havde kunnet lægge sin produktion om i tide, idet dette spørgsmål ikke er relevant ved vurderingen af sagsøgernes adfærd.

27 CSC har endvidere forklaret, at dets fremstilling af nitropropan og aminobutanol må vurderes i sammenhæng med nitrering af parafin, hvor nitropropan bare er et af følgeprodukterne, og at aminobutanol ligeledes kun er et af følgeprodukterne af nitropropan;

mulighederne for at fremstille de to pågældende produkter er således ikke ubegrænsede, men afhængige tildels af mulighederne for at sælge de andre følgeprodukter.

28 Sagsøgerne har imidlertid ikke for alvor bestridt udtalelsen i den anfægtede beslutning om, at »den produktionskapacitet, som CSC's anlæg repræsenterer,

bekræfter, at den vil kunne tilfredsstille Zoja's efterspørgsel, eftersom denne kun repræsenterer en meget ringe procentdel (anslået til 5-6 %) af CSC's totale produktion af nitropropan«;

Kommissionen har følgelig været berettiget til at antage, at det af sagsøgerne anførte ikke kunne tages i betragtning;

29 disse søgsmålsgrunde må således forkastes.

d) Vedrørende virkningerne på samhandelen mellem medlemsstater

30 Sagsøgerne har anført, at det i det foreliggende tilfælde hovedsageligt drejer sig om verdensmarkedet, idet Zoja afsætter 90 % af sin produktion uden for fællesmarkedet, særligt i udviklingslandene, som udgør et meget større marked for præparater mod tuberkulose end fællesskabslandene, hvor tuberkulosen i vidt omfang er forsvundet;

Zoja's afsætningsmuligheder inden for fællesmarkedet skulle yderligere være blevet reduceret derved, at det i flere medlemslande er blevet standset af andre virksomheders patenter, særligt American Cyanamid, hvilket har forhindret det i at sælge sine specialiteter med indhold af ethambutol;

et misbrug af den dominerende stilling ville derfor ifølge sagsøgerne, selv om det var bevist, ikke falde inden for rammerne af artikel 86, der alene forbyder et sådant misbrug »i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes«.

31 Denne formulering tilsigter at afgrænse fællesskabsreglernes anvendelsesområde i forhold til de nationale lovgivninger;

den kan derfor ikke fortolkes som en begrænsning af anvendelsesområdet for det omhandlede forbud til kun at gælde industrielle og handelsmæssige aktiviteter, der vedrører forsyningen af medlemsstaterne;

32 forbudene i artiklerne 85 og 86 skal faktisk fortolkes og anvendes på baggrund af traktatens artikel 3, litra f, der bestemmer, at Fællesskabets virke skal indebære gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes, samt traktatens artikel 2, der giver Fællesskabet til opgave »at fremme en harmonisk udvikling af den økonomiske virksomhed i Fællesskabet som helhed«;

ved at forbyde misbrug af en dominerende stilling på markedet i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes, sigter artikel 86 såvel på adfærd, der kan skade forbrugerne direkte, som på adfærd, der kan skade dem indirekte ved at svække en sådan effektiv konkurrence, som traktatens artikel 3, litra f omhandler;

33 fællesskabsmyndighederne må følgelig vurdere den påklagede adfærd i alle dens konsekvenser for konkurrencen inden for fællesmarkedet uden at sondre mellem produktion bestemt til salg inden for fællesmarkedet og produktion bestemt til eksport;

når den virksomhed, der har en dominerende stilling inden for fællesmarkedet, ved misbrug heraf forsøger at eliminere en konkurrent, der ligeledes er etableret inden for fællesmarkedet, er det uden betydning, hvorvidt denne adfærd vedrører denne virksomheds eksport eller dens afsætning inden for fællesmarkedet, såfremt det er bevist, at denne eliminering vil have virkninger på konkurrencen inden for fællesmarkedet;

34 den modsatte antagelse ville i øvrigt føre til, at CSC og Istituto praktisk talt kontrollerede Zoja's produktion og afsætningsmuligheder;

endelig ville dette påvirke Zoja's produktionspris i en sådan grad, at der ville være fare for, at dette firma ikke længere kunne afsætte sin produktion af ethambutol.

35 Det fremgår i øvrigt af forhandlingerne, at Zoja for tiden i alt fald kan eksportere, og at det rent faktisk eksporterer de pågældende produkter til i det mindste to medlemsstater;

denne eksport trues af de vanskeligheder, denne virksomhed har været udsat for, og dette vil kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

e) Vedrørende den økonomiske enhed mellem CSC og Istituto

36 Sagsøgerne har henvist til Domstolens retspraksis, særlig dommene i sagerne nr. 48/69, 52/69 og 53/69 af 14. juli 1972 (Recueil 1972, s. 619, s. 787 og s. 845), og bestrider, at CSC faktisk kontrollerer Istituto, og at de to virksomheder udgør en økonomisk enhed;

de to virksomheder har ifølge sagsøgerne altid handlet selvstændigt, således at CSC ikke kan gøres ansvarlig for handlinger foretaget af Istituto og Istituto heller ikke for de handlinger, som CSC har foretaget;

selv om det måtte antages, at CSC har en dominerende stilling på verdensmarkedet for råmaterialer til fremstilling af ethambutol, har den følgelig ikke handlet inden for Fællesskabet, og ophavsmanden til den påklagede adfærd kan altså kun have været Istituto, som imidlertid ikke har en dominerende stilling på det pågældende marked.

37 I kapitel II-A i den anfægtede beslutning gøres der rede for CSC's deltagelse i Istituto's kapital og administration, det anføres, at CSC's årsberetninger opfører Istituto som et af CSC's datterselskaber, der drages den slutning, af det forbud mod at videresælge nitropropan og aminobutanol til fremstilling af ethambutol, som CSC i 1970 nedlagde over for sine forhandlere, at CSC ikke har afholdt sig fra at kontrollere Istituto, og det bemærkes, at Istituto har forsøgt at overtage Zoja ved en fusion, hvori CSC efter al sandsynlighed har spillet en rolle;

heraf drages den konklusion, at »CSC kan kontrollere Istituto og faktisk kontrollere denne virksomhed i det mindste hvad angår forholdet til Zoja«, og at det derfor er rigtigt, »for så vidt angår deres forhold til Zoja og anvendelsen af artikel 86 at behandle de to virksomheder CSC og Istituto som en og samme virksomhed eller økonomiske enhed«.

38 Det fremgår af de citerede afsnit, at det klagepunkt, ifølge hvilket Kommissionen skulle have ændret sin stillingtagen under nærværende retsforhandling derved, at den, efter i sin beslutning havde slået fast, at de to virksomheder udgjorde en økonomisk enhed i enhver henseende, har begrænset sit stand-

punkt til den antagelse, at de i alt fald har handlet som en enhed i deres forhold til Zoja, savner fornødent grundlag og følgelig må forkastes.

39 Vedrørende søgsmålsgrundens realitet må det antages, at den anfægtede beslutning, udover hvad der fremgår af kapitel II-A, indeholder andre oplysninger, der kan godtgøre, at antagelsen om en økonomisk enhed mellem CSC og Istituto i deres adfærd over for Zoja har fornødent grundlag;

i så henseende er det, som fremhævet i kapitel III-A, meget betegnende, at der er sammenfald mellem den periode, hvori CSC besluttede at udvide sin produktion til at omfatte et videregående stadium, og den periode, hvor Istituto, tidligere forhandler af nitropropan og aminobutanol, begyndte at producere ethambutol;

det er vanskeligt ikke at sammenholde CSC's beslutning om ikke længere at sælge nitropropan og aminobutanol med den undtagelse, der blev truffet for så vidt angik Istituto, som med henblik på sin egen produktion af aminobutanol og specialiteter med indhold af dette produkt fik leveret d-aminobutanol;

40 det er ligeledes betegnende, som fremhævet i beslutningens kapitel III-A, at Istituto købte visse mængder nitropropan, der fortsat var til rådlighed på markedet, med henblik på at videresælge dette til producenter af maling, som Istituto gav forbud mod videresalg til farmaceutisk brug inden for fællesmarkedet;

41 for så vidt angår markedet for nitropropan og dettes følgeprodukter har CSC's og Istituto's adfærd følgelig været ved en tydeligt samordnet optræden, som, når man tager hensyn til CSC's mulighed for at kontrollere Istituto, bekræfter den anfægtede beslutnings konklusioner om, at de to virksomheder, for så vidt angår deres forhold til Zoja, må betragtes som en økonomisk enhed, og at de er solidarisk ansvarlige for den påklagede adfærd;

under disse omstændigheder må CSC's argument om, at denne virksomhed ikke har optrådt inden for Fællesskabet, og at Kommissionen således ikke har haft kompetence til over for den at anvende forordning nr. 17/62, ligeledes forkastes.

II — Vedrørende de ved den anfægtede beslutning udstedte påbud og anordnede sanktioner

42 Den anfægtede beslutning har under trussel om bødestraf pålagt CSC og Istituto inden for en frist af 30 dage at levere 60 000 kg nitropropan eller 30 000 kg aminobutanol til Zoja og inden for en frist af to måneder at forelægge Kommissionen forslag til yderligere leverancer til Zoja, og idømt dem en bøde på 200 000 RE, dvs. 125 000 000 lire in solidum;

43 sagsøgerne bestrider for det første, at bestemmelsen i forordning nr. 17/62, artikel 3, hvorefter Kommissionen kan pålægge de berørte virksomheder at bringe en konstateret overtrædelse til ophør, giver Kommissionen bemyndigelse til at påbyde bestemte og udmålte leverancer;

44 for det andet rejser sagsøgerne det klagepunkt, at Kommissionen har misbrugt en bemyndigelse, der skal tjene til at forhindre, at konkurrencen fordrejes inden for fællesmarkedet, idet den har givet bestemmelserne i artikel 86 en anvendelse, der går ud over Fællesskabets område, idet den har påbudt leverancer, der er uforholdsmæssigt store i forhold til Zoja's behov for leverancer til sine kunder inden for Fællesskabet, og som snarere modsvarer Zoja's afsætning på verdensmarkedet.

45 For så vidt angår det første anbringende, kan Kommissionen i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17, hvis den konstaterer, at der foreligger en overtrædelse af bestemmelserne i artikel 86, »ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder ... at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør«;

anvendelsen af denne bestemmelse må ske under hensyn til arten af den konstaterede overtrædelse og vil såvel kunne omfatte påbud om at udføre visse handlinger eller præstere visse ydelser, der ulovligt har været undladt, som forbud mod at fortsætte med visse handlinger eller at opretholde en vis praksis eller situation, der er i strid med traktaten;

til dette formål kan Kommissionen eventuelt pålægge de pågældende virksomheder at forelægge Kommissionen forslag med henblik på at bringe situationen i overeensstemmelse med de krav, som traktaten opstiller;

46 efter i det foreliggende tilfælde at have konstateret en leveringsnægtelse, der var uforenelig med artikel 86, var Kommissionen således beføjet til at påbyde såvel levering af visse mængder råmaterialer for at kompensere for den konstaterede leveringsnægtelse som fremlæggelse af forslag, der skulle forhindre en gentagelse af den påklagede adfærd;

med henblik på at sikre, at beslutningen faktisk fik virkning, var Kommissionen beføjet til at fastsætte det nødvendige minimum for at sikre en kompensation for overtrædelsen og for at beskytte Zoja mod konsekvenserne af overtrædelsen;

Kommissionen har ikke ved at vælge størrelsen af tidligere leverancer som kriterium for fastsættelsen af Zoja's behov overskredet grænserne for den beføjelse, som den har fået tillagt i så henseende;

47 den første søgsmålsgrund har således ikke fornødent grundlag.

48 For så vidt angår den anden søgsmålsgrund er det allerede ovenfor konstateret, at man ikke af udtrykket »i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes«, kan udlede, at det kun er virkningerne af en overtrædelse vedrørende samhandelen inden for Fællesskabet, der skal tages i betragtning, når det drejer sig om at bestemme overtrædelsen og dennes konsekvenser;

en begrænset foranstaltning i overensstemmelse med sagsøgernes forslag ville i øvrigt have ført til, at CSC-Istituto kom til at kontrollere Zoja's produktion og afsætningsmuligheder, og at Zoja ville blive sat i en situation, hvor dets produktionspris ville blive påvirket i en sådan grad, at der ville være fare for, at det ikke længere kunne afsætte sin produktion af ethambutol;

under disse omstændigheder har Kommissionen været beføjet til at antage, at opretholdelsen af en effektiv konkurrence nødvendiggjorde de pågældende foranstaltninger.

49 Kommissionen har i den anfægtede beslutning og under nærværende retsforhandling konsekvent undladt at imødegå det pågældende klagepunkt på det plan, hvor det var tilsigtet at lade diskussionen foregå, men har siden

meddelelsen om klagepunkterne holdt fast ved, at den påklagede adfærd tog sigte på at eliminere en af de vigtigste konkurrenter inden for fællesmarkedet, og at det derfor frem for alt var nødvendigd ved passende foranstaltninger at hindre et sådant angreb på konkurrencen inden for Fællesskabet;

såvel i den anfægtede beslutning som under den skriftlige forhandling er de trufne foranstaltninger blevet begrundet med nødvendigheden af at undgå, at CSC's og Istituto's adfærd skulle føre til det beskrevne resultat og bevirke, at Zoja blev elimineret som en af de vigtigste producenter af ethambutol inder for Fællesskabet;

denne begrundelse berører kærnen i sagen og kan således ikke betragtes som utilstrækkelig;

50 denne søgsmålsgrund må følgelig ligeledes forkastes.

III — Vedrørende den pålagte bøde

51 Ved den anfægtede beslutning er virksomhederne CSC og Istituto blevet pålagt en bøde på 200 000 regningsenheder, dvs. 125 000 000 lire in solidum.

Selv om overtrædelsens grovhed berettiger en bøde af betydelig størrelse, må der også tages hensyn til overtrædelsens varighed, som i beslutningen er anslået til mere end to år, men som ville have været kortere, hvis Kommissionen, som blev opmærksom på forholdet ved Zoja's klage af 8. april 1971, dvs. et halvt år efter CSC-Instituto's første nægtelse, havde interveneret hurtigere;

endvidere er de skadelige virkninger af den påklagede adfærd blevet begrænset derved, at CSC-Istituto har foretaget de leverancer, der blev pålagt ved beslutningen.

52 Under særlig hensyntagen til disse omstændigheder bør den pålagte bøde reduceres og fastsættes til 100 000 regningsenheder, dvs. 62 500 000 lire.

Vedrørende sagsomkostningerne

53 Ifølge artikel 69, stk. 2, 1. afsnit i Domstolens procesreglement bliver den part, der taber sagen, dømt til af afholde sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom;

da sagsøgernes påstande i det væsentlige er blevet forkastet, dømmes de til at afholde sagsomkostningerne i nærværende sag.

På grundlag af disse præmisser,

under henvisning til procesdokumenterne,
efter at have hørt den refererende dommers rapport,
efter at have hørt de af parterne afgivne mundtlige indlæg,
efter at have hørt generaladvokatens forslag til afgørelse,
under henvisning til traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab, særlig dennes artikel 86,
under henvisning til finansforordningen af 30. juli 1968, særlig dennes artikel 17,
under henvisning til Rådets forordning nr. 17/62 og forordning nr. 99/63 fra Kommissionen for Det europæiske økonomiske Fællesskab,
under henvisning til protokollen vedrørende statutten for Det europæiske økonomiske Fællesskabs Domstol,
under henvisning til procesreglementet for De europæiske Fællesskabers Domstol,

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

idet den forkaster enhver anden videregående eller hermed uforenelig påstand:

1. **I annullationssøgsmålene nr. 6 og 7/73 frifindes sagsøgte.**

2. **Den bøde, der er pålagt sagsøgerne in solidum ved Kommissionens beslutning af 14. december 1972 (JO nr. L 299, s. 51 ff), nedsættes til 100 000 regningsenheder, dvs. 62 500 000 lire.**

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.