In de gevoegde zaken 6 en 7-73,

ISTITUTO CHEMIOTERAPICO ITALIANO SPA, ten deze vertegenwoordigd door J. J. A. Ellis, advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden,

en

COMMERCIAL SOLVENTS CORPORATION, ten deze vertegenwoordigd door B. H. ter Kuile, advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Loesch, 2, rue Goethe,

verzoeksters,

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, ten deze vertegenwoordigd door haar juridisch adviseurs B. van der Esch en A. Marchini-Camia, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van haar juridisch adviseur E. Reuter, 4, boulevard Royal,

verweerster,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van de beschikking nr. 72/457/EEG van de Commissie van 14 december 1972 (PB 1972, nr. L 299, blz. 51) inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: R. Lecourt, President, A. M. Donner (rapporteur) en M. Sørensen, Kamerpresidenten, R. Monaco, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, H. Kutscher, C. Ó Dálaigh en A. J. Mackenzie Stuart, Rechters,

Advocaat-Generaal: J.-P. Warner
Griffier: A. Van Houtte

het navolgende

ARREST

Ten aanzien van de feiten

De aan het geding ten grondslag liggende feiten en het procesverloop kunnen worden samengevat als volgt:

I — Overzicht van de feiten

Commercial Solvents Corporation (CSC) is een vennootschap naar het recht van Maryland, met hoofdkantoor te New York. Zij fabriceert en verkoopt onder meer produkten op basis van nitroparaffine, met name: 1. nitropropaan „nitropropaan") en een derivaat daarvan, namelijk 2. amino-1-butanol („aminobutanol"). Beide zijn tussenprodukten voor de vervaardiging van ethambutol en specialiteiten op basis van ethambutol, die worden gebruikt als geneesmiddel tegen tuberculose.

In 1962 verwierf CSC 51 % van de stemgerechtigde aandelen van *Istituto Chemioterapico Italiano SpA* (Istituto), een vennootschap naar Italiaans recht, gevestigd te Milaan. Thans bezet CSC de helft van de zetels in de Raad van Bestuur (Consiglio di amministrazione) (5 van de 10) en in het Dagelijks bestuur (Comitato Esecutivo) (3 van de 6), met dien verstande dat de president van CSC tevens voorzitter is van de Raad van Bestuur van Istituto en een beslissende stem heeft bij staking van stemmen in die Raad.

Tot 1970 trad Istituto op als wederverkoopster van door CSC in de Verenigde Staten gefabriceerde aminobutanol. Sedert 1966 behoorde tot haar afnemers voor dit produkt *Laboratorio Chemico Farmaceutico Giorgio Zoja SpA* (Zoja), die het gebruikte voor de bereiding van specialiteiten op basis van ethambutol. In 1968 begon Istituto met de ontwikkeling van eigen specialiteiten op ethambutolbasis. Zij verkreeg de van regeringswege vereiste inschrijving voor bedoelde produktie in november 1969 en begon met de fabricage in 1970.

Begin 1970 besloot CSC in beginsel de leveranties van nitropropaan en aminobutanol in de EEG te staken en in plaats daarvan dextro-aminobutanol te leveren, een verder ontwikkeld halffabrikaat, dat door Istituto zou worden verwerkt tot onverpakte ethambutol voor verkoop in de EEG en elders, alsmede voor de produktie van Istituto's eigen specialiteiten. CSC berichtte haar wederverkopers, waaronder Istituto, dat nadien nog slechts die hoeveelheden nitropropaan en aminobutanol verkrijgbaar zouden zijn, waarvan de levering reeds was overeengekomen.

Voorjaar 1970 annuleerde Zoja de tussen haar en Istituto bestaande overeenkomst tot levering van 20 000 kg aminobutanol. Aanleiding daartoe was het feit dat een aantal onafhankelijke verkopers grote hoeveelheden aminobutanol aanboden tegen een lagere prijs dan bij bedoelde overeenkomst was vastgesteld.

Sinds begin 1970 heeft CSC Istituto dextro-aminobutanol geleverd, die door deze tot onverpakte ethambutol wordt verwerkt. Istituto verkoopt het grootste deel van dit produkt aan andere fabrikanten van specialiteiten en gebruikt de rest voor de vervaardiging van haar eigen specialiteit.

Eind 1970 berichtte Istituto aan CSC dat Zoja een nieuwe bestelling van aminobutanol zocht te plaatsen; Istituto vroeg of dit halffabrikaat weer kon worden geleverd voor wederverkoop aan Zoja. CSC antwoordde dat geen aminobutanol beschikbaar was.

Nadat verdere pogingen om aminobutanol op de wereldmarkt te kopen op niets

waren uitgelopen — de speurtocht naar het produkt leidde steeds opnieuw naar één mogelijke bron, namelijk CSC —, wendde Zoja zich bij brief van 8 april 1971 tot de Commissie met het verzoek krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 op te treden tegen CSC en Istituto wegens inbreuk op artikel 86 van het Verdrag.

Bij brief van 25 april 1972 deelde de Commissie de punten van bezwaar mede aan CSC en Istituto en gaf deze ondernemingen twee weken tijd om erop te antwoorden. Op 15 mei 1972 hadden CSC en Istituto gelegenheid mondelinge opmerkingen te maken.

In haar vergadering van 14 december 1972 gaf de Commissie een beschikking, waarbij verzoeksters in het onderhavige geding hoofdelijk werden verplicht:

a) op straffe van een dwangsom van 1 000 rekeneenheden per dag, vanaf de 31e dag volgend op de kennisgeving van de beschikking, aan Zoja 60 000 kg nitropropaan of 30 000 kg aminobutanol te leveren, teneinde in Zoja's meest dringende behoeften te voorzien, voor een prijs die de maximumprijs die zij voor deze produkten toepassen, niet overschrijdt;

b) op straffe van een tweede dwangsom van 1 000 rekeneenheden per dag, binnen twee maanden na de kennisgeving van de beschikking ter goedkeuring aan de Commissie voorstellen voor te leggen voor de verdere bevoorrading van Zoja;

c) een boete van 200 000 rekeneenheden te betalen.

De beschikking, verzonden op 29 december 1972, is ingekomen bij Istituto op 4 januari 1973 en bij CSC op 8 januari 1973.

II — Het procesverloop

Bij verzoekschriften van 16 februari 1973, ingekomen ter griffie van het Hof op 17 februari 1973, concludeerden Istituto en CSC tot nietigverklaring van deze beschikking. Bij verzoekschrift van 6 maart 1973, ingekomen ter griffie op 9 maart 1973, verzocht Zoja te mogen interveniëren aan de zijde van de Commissie. Bij 's Hofs beschikking van 11 april 1973 werd Zoja als interveniënte toegelaten.

Naar aanleiding van Zoja's verzoek van 22 mei 1973 tot afstand van interventie, ingekomen ter griffie op 24 mei 1973, heeft het Hof bij beschikking van 20 juni 1973 doorhaling van de interventie in het register gelast.

Bij beschikking van 8 mei 1973 heeft het Hof, gehoord de Advocaat-Generaal, besloten de zaken 6-73 en 7-73 te voegen.

Op verzoek van het Hof hebben verzoeksters en verweerster schriftelijk een aantal vragen beantwoord; deze antwoorden zijn ter griffie ingeschreven op 30 oktober en 5 november 1973.

Ter terechtzitting van 20 november 1973 hebben partijen mondelinge opmerkingen gemaakt. De Advocaat-Generaal heeft ter terechtzitting van 22 januari 1974 conclusie genomen.

III — Conclusies van partijen

Istituto (verzoekster in de zaak 6-73) concludeert dat het den Hove behage:

a) overeenkomstig artikel 173 EEG-Verdrag de beschikking van de Commissie van 14 december 1972 nietig te verklaren;

b) de Commissie te verwijzen in de kosten van het geding.

CSC (verzoekster in de zaak 7-73) concludeert dat het den Hove behage:

a) de beschikking van de Commissie van 14 december 1972, voor zover gericht tot CSC, nietig te verklaren en alle overige maatregelen te nemen die het Hof geraden zal oordelen;

b) de Commissie te verwijzen in de kosten van het geding.

De *Commissie* (verweerster) concludeert in beide zaken dat het den Hove behage:

a) het beroep ongegrond te verklaren;

b) verzoeksters te verwijzen in de kosten van het geding.

IV — Middelen en argumenten van partijen

De middelen en argumenten van partijen kunnen worden samengevat als volgt:

1. *Het aan de Commissie verweten gebrek aan bevoegdheid en de mening van de Commissie dat CSC en Istituto een economische eenheid vormen*

In haar beschikking van 14 december 1972 overweegt de *Commissie:*

1. dat CSC 51 % van het maatschappelijk kapitaal van Istituto bezit;

2. dat volgens het Italiaanse vennootschapsrecht (artikel 2359 van de Codice civile) het bezit van de meerderheid der stemgerechtigde aandelen de controle over de vennootschap meebrengt;

3. dat vijf van de tien leden van de Raad van Bestuur van Istituto leidinggevende functionarissen van CSC zijn en dat met name de president-directeur van CSC ook voorzitter van de Raad van Bestuur van Istituto is;

4. dat drie van de zes leden van het dagelijks bestuur van Istituto functionarissen van CSC zijn;

5. dat CSC in haar jaarverslag over 1972 Istituto vermeldt als haar dochteronderneming en haar researchbasis in Europa;

6. dat Istituto, afgezien van haar activiteiten als producente van chemische en farmaceutische produkten, exclusief wederverkoopster van verschillende produkten van CSC is of is geweest;

7. dat CSC aan haar wederverkopers in sommige landen een verbod heeft opgelegd om haar produkten te verkopen voor de fabricage van ethambutol of ze uit te voeren;

8. dat de mislukte fusie-onderhandelingen tussen Istituto en Zoja in 1968 en 1969 onder CSC's supervisie moeten hebben plaatsgevonden;

9. dat er verband bestaat tussen het onder 7 genoemde verbod en het mislukken van de fusie-onderhandelingen bedoeld onder 8 (beschikking I C en II A).

De Commissie concludeert uit deze punten dat CSC de controle over Istituto heeft en die ook in feite uitoefent, althans wat de verhouding tussen Istituto en Zoja betreft. Daarom is er geen aanleiding onderscheid te maken tussen de wil en daden van CSC en die van Istituto. De Commissie beschouwt hen, wat betreft hun verhouding tot Zoja, als een economische eenheid.

CSC en *Istituto* betogen dat de door de Commissie aangevoerde feiten, ook al zouden zij juist zijn, de getrokken conclusie niet kunnen dragen. Blijkens 's Hofs arresten in de zaken 48-69, 52-69 en 53-69 (Jurisprudentie 1972, blz. 619, 787 en 845) moet, wil men een moeder- en een dochtermaatschappij als een economische eenheid kunnen beschouwen in die zin, dat de handelingen van de dochter aan de moeder worden aangerekend, (a) de moedermaatschappij zeggenschap hebben over de dochtermaatschappij en (b) de moedermaatschappij haar zeggenschap op zodanige wijze gebruiken, dat de dochtermaatschappij haar marktgedrag niet zelfstandig vaststelt.

De door de Commissie aangevoerde feiten vormen volstrekt geen bewijs voor het bestaan van deze vorm van controle. Volgens de statuten van Istituto zijn ook thans de twee „consiglieri-delegati", C. Vittadini en G. V. Vittadini, volledig bevoegd tot het beheer van de onderneming, behalve ten aanzien van investeringen. Noch in de Raad van Bestuur, noch in het dagelijks bestuur heeft CSC een

meerderheid. Alleen besluiten betreffende investeringen kunnen door CSC worden tegengehouden. Blijkens een door verzoeksters als bewijsstuk overgelegd certificaat van Arthur Young & Company te Milaan bestaat meer dan 75 % van Istituto's omzet uit de verkoop van produkten die niet door CSC zijn gefabriceerd noch zijn gebaseerd op door CSC geleverde grondstoffen.

De Commissie noemt geen enkel geval waarin Istituto's marktgedrag door instructies van CSC is bepaald. Noch het feit dat CSC Istituto in haar jaarverslag een dochteronderneming noemt (dit in verband met de Amerikaanse wettelijke bepalingen inzake boekhoudingen en aandelenbezit), noch het feit dat Istituto ook ten behoeve van CSC enig researchwerk verricht, is beslissend voor het antwoord op de vraag of Istituto haar marktgedrag zelfstandig bepaalt of niet. De verwijziging van de Commissie naar artikel 2359, lid 2, van de Italiaanse Codice civile is in dit verband irrelevant, omdat het een verbod behelst van wederkerig aandeelhouderschap tussen een moedermaatschappij en een gecontroleerde dochtermaatschappij, zulks ter bescherming van de crediteuren der moedermaatschappij. De uitdrukking „gecontroleerd" in artikel 2359, lid 2, heeft bijgevolg niets uitstaande met de controle over het marktgedrag, welke volgens de aangehaalde arresten van het Hof bepalend is voor een „economische eenheid".

CSC leidt hieruit af dat Istituto en CSC geen economische eenheid vormen en dat haar enige band met de EEG in casu is dat zij te eniger tijd nitropropaan en aminobutanol in de EEG heeft verkocht en later uit beleidsoverwegingen heeft besloten deze verkopen te beëindigen. Daarom kan CSC noch rechtstreeks, noch via Istituto binnen de EEG handelingen hebben verricht, verband houdende met de in geding zijnde feiten.

Istituto concludeert samenvattend dat zij voor haar marktgedrag niet afhankelijk is van CSC. Zou die afhankelijkheid wel bestaan — hetgeen beide verzoeksters uitdrukkelijk ontkennen —, en Istituto dus een van CSC afhankelijke dochteronderneming zijn, wier marktgedrag aan laatstgenoemde vennootschap kan worden toegerekend, dan is de theorie van de Commissie in strijd met de logica. Indien de Commissie terecht zou stellen dat Istituto voor haar marktgedrag afhankelijk is van de beslissingen van CSC, dan kan zij niet aansprakelijk worden geacht voor beslissingen van CSC. In dat geval is de litigieuze beschikking ten onrechte tot Istituto gericht.

De *Commissie* formuleert in haar verweerschrift de vraag waarom het gaat, als volgt:

Brengt het feit dat CSC 51 % van de stemgerechtigde aandelen van Istituto bezit (hetgeen CSC erkent), te zamen met de andere in de beschikking genoemde feiten (welke evenmin door CSC worden betwist) mede dat Istituto door CSC wordt gecontroleerd, *althans voor wat betreft de hierbedoelde gedragingen?*

Aangezien Istituto een vennootschap naar Italiaans recht is, is het noodzakelijk te zien naar de rechten en bevoegdheden die het Italiaanse *vennootschapsrecht* toekent aan de bezitters van de meerderheid der stemgerechtigde aandelen van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal („società per azioni" — „SpA"). De statuten van Istituto bevatten geen afwijkingen van de toepasselijke bepalingen van het Italiaanse vennootschapsrecht. Uit deze bepalingen volgt dat het bezit van de meerderheid der stemgerechtigde aandelen het recht van controle over de onderneming meebrengt (artikel 2368 van de Italiaanse Codice civile), zowel in positieve zin door de benoeming van bestuurders („amministratori", de artikelen 2364 en 2383) als in negatieve zin door hun vervanging te verhinderen en door hen aansprakelijk te stellen voor niet-nakoming van hun verplichtingen jegens de onderneming (artikel 2393). Ter adstructie van haar standpunt verwijst de Commissie naar de Italiaanse doctrine op dit gebied (Pasteris, Il „Controllo" nelle società collegate e le partecipazioni reciproche, Milaan, 1957, hoofdstukken IX

en X), naar de desbetreffende bepalingen in het vennootschapsrecht van de Lid-Staten (Duitsland: artikel 16 (1) van de Aktiengesetz 1965, Frankrijk: Loi nr. 66-537, artikel 354, Verenigd Koninkrijk: Companies Act 1948, Sect. 154) en naar het voorstel van de Commissie voor een verordening van de Raad betreffende het Statuut voor Europese naamloze vennootschappen, artikelen 6 en 223.

Bij het bepalen van de economische realiteit achter een samenstel van wettelijke en feitelijke gegevens kan het *mededingingsrecht* volgens de Commissie nog verder gaan dan het vennootschapsrecht en het bestaan van controle reeds aannemen in gevallen waar het vennootschapsrecht dit niet doet. De Commissie noemt hier als voorbeeld artikel 23 van de Duitse „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen".

Het feit dat een vennootschap de meerderheid der stemgerechtigde aandelen van een andere vennootschap bezit, is naar communautair mededingingsrecht op zichzelf voldoende bewijs dat de eerste de laatste controleert. De aanwezigheid van vertegenwoordigers van CSC in de Raad van Bestuur en het dagelijks bestuur van Istituto toont aan dat, zoals in de beschikking is uiteengezet, controle hier ook *feitelijk* is uitgeoefend. In dit opzicht is het veelzeggend dat de president van CSC tevens voorzitter is van de Raad van Bestuur van Istituto en daar een beslissende stem heeft. Daarom heeft CSC ook een meerderheid in het uitvoerende orgaan van Istituto.

De Commissie verwijst wederom naar haar beschikking ter toelichting van haar standpunt dat CSC en Istituto in hun verhouding tot Zoja en voor de toepassing van artikel 86 één economische eenheid vormen. In deze verhouding is CSC's controle over Istituto evident: in de eerste plaats is het besluit om Istituto van wederverkoopster tot producente van ethambutol te maken, een besluit waarmee investeringen zijn gemoeid; voor zodanige besluiten beschikt CSC over een vetorecht. In de tweede plaats blijkt uit het door CSC bedoelde certificaat van Arthur Young & Company dat de door Istituto gefabriceerde ethambutol behoort tot de „met toestemming van CSC in Italië vervaardigde produkten".

Zelfs indien Istituto onafhankelijk van CSC was, zou dit niet de minste invloed hebben op de competentie van de Commissie, want de betrokken gedragingen van CSC hebben rechtstreekse, redelijkerwijs voorzienbare en belangrijke gevolgen op het grondgebied van de gemeenschappelijke markt. Wanneer het optreden van een onderneming effect sorteert binnen de gemeenschappelijke markt, doet, aldus 's Hofs arrest in zaak 22-71 (Béguelin, Jurisprudentie 1971, blz. 949), het feit dat zij in een derde land is gevestigd, niet af aan de toepasselijkheid van de communautaire mededingingsvoorschriften.

De Commissie verwijst ook naar de conclusie van de Advocaat-Generaal in de „kleurstoffenzaken" (zaak 48-69 en andere, Jurisprudentie 1972, blz. 669).

CSC en *Istituto* verwerpen deze redenering van de Commissie. Zij betogen in het bijzonder dat verweerster haar standpunt heeft gewijzigd door te stellen dat CSC en Istituto uitsluitend in hun verhouding tot Zoja een „economische eenheid" vormen. Zij achten dit een ontoelaatbare wijziging van het onderwerp van het geding.

Volgens 's Hofs rechtspraak in de „kleurstoffenzaken" is de enig juiste maatstaf voor de bepaling van Istituto's marktgedrag haar volledige afhankelijkheid van CSC. Dit zelfde criterium heeft de Commissie zelf aangelegd in haar beschikking nr. IV/22-548 Christiani & Nielsen (PB 1969, nr. L 165, blz. 12).

Verzoeksters verwerpen nogmaals de stelling van de Commissie, dat CSC's bezit van 51 % van de stemgerechtigde aandelen haar de controle geeft over Istituto. Deze opvatting verdraagt zich niet met de verklaring van de Commissie in haar voorstel aan de Raad voor een vijfde richtlijn tot harmonisatie van het vennootschapsrecht (COM (72) 887 van 27 september 1972) met betrekking tot de bevoegdheden van de algemene vergade-

ring. Het is moeilijk te begrijpen waarom de Commissie zoveel belang hecht aan het Italiaans burgerlijk recht, omdat de geciteerde bepalingen niets uitstaande hebben met vraagstukken betreffende de beheersing van het marktgedrag. Ook de verwijzingen naar Duits, Frans en Engels recht zijn voor de aan de orde zijnde vragen niet relevant. Ongeoorloofd is de verwijzing naar het ontwerp-Statuut voor een Europese vennootschap, omdat dit niet de in de Lid-Staten van de EEG bestaande wetgeving weergeeft en het nog steeds twijfelachtig is of het ooit Gemeenschapsrecht zal worden.

Met betrekking tot de beweerde overheersing van Istituto door CSC, herhalen verzoeksters dat CSC noch in de Raad van Bestuur, noch in het dagelijks bestuur een meerderheid bezit. Het feit dat de voorzitter van de Raad van Bestuur — momenteel een bestuurslid van CSC — een beslissende stem heeft, is praktisch niet van belang, omdat hij daarvan tot dusver nimmer gebruik heeft gemaakt.

Verzoeksters stellen met nadruk dat CSC Istituto geen investeringen kan opdringen, aangezien CSC via haar vertegenwoordigers in de Raad van Bestuur en het dagelijks bestuur investeringen kan verhinderen, doch er geen opdracht toe kan geven. CSC heeft nog nooit van zijn vetorecht gebruikgemaakt. Toen Istituto besloot onverpakte ethambutol en daarop gebaseerde specialiteiten (mycobutol) te gaan fabriceren, bleef de rol van CSC ertoe beperkt dat zij de daarvoor vereiste investeringen niet verbood. De bewering van de Commissie dat Istituto door CSC ertoe is gebracht ethambutol te gaan fabriceren, is onjuist: Istituto heeft zelf daartoe besloten. De verwijzing van de Commissie naar het certificaat van Arthur Young & Company, volgens hetwelk ethambutol wordt vervaardigd „under the permission of CSC", is niet concludent. Deze uitdrukking betekent slechts dat beide vennootschappen zijn overeengekomen dat CSC aan Istituto een halffabrikaat voor de vervaardiging van ethambutol zou leveren. Desgevraagd door verzoeksters verstrekte Arthur Young & Company een nieuwe verklaring, die niet verkeerd kan worden uitgelegd.

CSC en Istituto beklemtonen dat er geen enkel verband bestaat tussen Istituto's beslissing ethambutol te gaan fabriceren, en CSC's weigering om aminobutanol te leveren aan Zoja: Zoja beëindigde de relatie met Istituto eenzijdig en toen Istituto zes maanden later CSC een hoeveelheid aminobutanol vroeg voor wederverkoop, weigerde CSC dit om technische en commerciële redenen.

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Commissie inzake de gevolgen van CSC's gedrag binnen de gemeenschappelijke markt bespreekt CSC uitvoerig de „effects doctrine" in het internationaal publiekrecht. Haar voornaamste conclusies zijn:

1. omdat de artikelen 3, sub f, 85 en 86 EEG-Verdrag niet van toepassing zijn op de handel met derde landen, zulks in tegenstelling tot de sections 1 en 2 van de Sherman Act, mogen uitspraken van rechterlijke instanties van de Verenigde Staten niet worden gebruikt als precedenten voor de uitlegging van artikel 86 EEG-Verdrag;

2. zowel uit de toepasselijke wetgeving van de Lid-Staten als uit hun houding ten aanzien van de toepassing van Amerikaans anti-trustrecht buiten de Verenigde Staten blijkt dat de Commissie er ten onrechte van uitgaat dat de „effects doctrine" in het recht van de Lid-Staten is aanvaard;

3. ten onrechte verwijst de Commissie in dit verband naar de zaak Béguelin, aangezien het daarbij uitsluitend ging om privaatrechtelijke vraagstukken betreffende het toepassingsgebied van artikel 85, lid 2.

In haar dupliek antwoordt de *Commissie* dat de bewering, dat wijziging is gebracht in het onderwerp van het geding, niet houdbaar is. Zij verwijst wederom naar de beschikking, waarin ondubbelzinnig staat dat de Commissie CSC en

Istituto met name „in hun verhouding tot Zoja" als een economische eenheid beschouwt. In de onderhavige zaak is volledig voldaan aan de twee criteria welke het Hof in de „kleurstoffenzaken" heeft ontwikkeld:

1. doordat CSC de meerderheid van Istituto's aandelenkapitaal bezit, controleert zij deze vennootschap;
2. een aantal factoren bevestigen dat in het onderhavige geval deze controle inderdaad is uitgeoefend.

In haar beschikking Christiani & Nielsen overwoog de Commissie dat het voor een 100 %-filiaal niet mogelijk is zelfstandig te handelen. Daaruit mag niet worden afgeleid dat de Commissie een dochteronderneming zelfstandig acht wanneer de moedermaatschappij minder dan 100 % van het kapitaal bezit. De beweringen van verzoeksters inzake de desbetreffende bepalingen van Italiaans burgerlijk recht (artikelen 2359 en 2362) kunnen niet overtuigen, omdat het standpunt van de Commissie — namelijk dat in de gevallen waarin de Italiaanse wet aan de controle van een vennootschap door een andere vennootschap rechtsgevolgen verbindt, het bestaan van die controle wordt aangenomen wanneer een vennootschap de meerderheid der stemgerechtigde aandelen van een andere vennootschap bezit — daarmee niet wordt weerlegd. De Commissie houdt vast aan haar opvatting omtrent het belang van de aangehaalde bepalingen van het vennootschapsrecht van andere Lid-Staten en van het ontwerp-Statuut voor een Europese vennootschap. Wat betreft de beweringen van verzoeksters omtrent het bestuur van de CSC-Istituto-groep, acht de Commissie het van geen belang dat de voorzitter zijn beslissende stem nooit heeft gebruikt: het enkele bezit van een dergelijke stem is van belang ter bepaling van de machtsverhoudingen binnen de groep. De Commissie acht de onderscheiding tussen het vetorecht en het recht om investeringen te gelasten, te academisch en niet relevant.

Verweerster wijst uitdrukkelijk de bewering van de hand dat zij in de loop van het geding wijziging heeft gebracht in de redenering waarop zij het bestaan van de CSC-Istituto-groep baseert. Noch door vast te houden aan haar mening dat CSC en Istituto — althans in hun verhouding tot Zoja — een economische eenheid vormen, noch door vast te stellen dat de voorzitter van de Raad van Bestuur over een beslissende stem beschikt, heeft de Commissie wijziging gebracht in haar oorspronkelijk, in de beschikking tot uitdrukking gebracht standpunt. Wat de „effects doctrine" betreft, merkt de Commissie op dat de argumenten van verzoeksters reeds in de „kleurstoffenzaken" naar voren zijn gebracht. De Commissie wil de uitvoerige discussie over dit leerstuk niet hervatten, maar houdt staande dat het arrest Béguelin relevant is voor de onderhavige zaak.

2. De relevante markt

De *Commissie* overweegt in haar beschikking:

a) dat de CSC-Istituto-groep op de wereldmarkt een machtspositie inneemt voor de voor de produktie van ethambutol benodigde grondstoffen, te weten nitropropaan en aminobutanol,
b) dat het thans niet mogelijk is onder economisch verantwoorde mededingingsvoorwaarden ethambutol te fabriceren, uitgaande van andere stoffen dan nitropropaan en aminobutanol,
c) dat uit het voorgaande volgt dat de CSC-Istituto-groep op de gemeenschappelijke markt een machtspositie inneemt voor de voor de produktie van ethambutol benodigde grondstoffen (hoofdstuk II B van de beschikking).

Verzoeksters en *verweerster* verschillen duidelijk van mening over de omschrijving van de relevante markt. *CSC* en *Istituto* beschouwen als zodanig de markt van tuberculosegeneesmiddelen, de *Commissie* daarentegen stelt onder verwijzing naar haar beschikking dat de markt van

grondstoffen voor de produktie van ethambutol, namelijk nitropropaan en aminobutanol, de relevante markt is.

Volgens *verzoeksters* moet bij de omschrijving van de relevante markt worden uitgegaan van de relevante markt voor de eindprodukten, dus ethambutol en de op basis daarvan vervaardigde specialiteiten. Slechts voor zover er een afzonderlijke markt voor ethambutol bestaat, kan er sprake zijn van een afzonderlijke markt voor een der bestanddelen daarvan.

Verweerster betoogt in haar verweerschrift dat Zoja door CSC's weigering haar aminobutanol of nitropropaan te leveren, werd benadeeld, omdat zij die grondstoffen nodig had om onder economisch verantwoorde concurrentievoorwaarden ethambutol te kunnen fabriceren. Het was niet voldoende dat Zoja onverpakte ethambutol kon verkrijgen, ook al was die afkomstig van Istituto. Aangezien Zoja's concurrentiepositie op de markt geheel berust op de technische kennis die zij heeft verworven bij de verwerking van nitropropaan en/of aminobutanol tot ethambutol, bestond het gevaar dat Zoja op de markt zou worden uitgeschakeld wanneer haar aanvoer van deze grondstoffen zou worden afgesneden. In zoverre is Zoja als koopster geheel aangewezen op de leverancier van deze stoffen. In dit stadium moet de verhouding tussen CSC en Istituto enerzijds en Zoja anderzijds worden getoetst aan artikel 86.

CSC en *Istituto* wijzen dit betoog af en stellen dat het een verandering inhoudt van het door de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar en in de beschikking ontwikkelde standpunt.

De *Commissie* erkent dat in de mededeling van de punten van bezwaar aan de groep een machtspositie op een ruimer gebied wordt toegeschreven dan in de beschikking (omdat de mededeling ook ethambutol noemt), doch betoogt dat zij zich vanaf het begin op het standpunt heeft gesteld, dat CSC vooral een machtspositie inneemt op de markt van de voor de fabricage van ethambutol benodigde grondstoffen, en dat op die markt de onrechtmatige beëindiging van de bevoorrading is vastgesteld. De beschikking zelf laat geen enkele twijfel bestaan ten aanzien van de relevante markt (hoofdstuk II B). Voor zover de ethambutolmarkt is genoemd (hoofdstuk II C), is dit geschied „om de gevolgen van het onderhavige gedrag vast te stellen".

CSC en *Istituto* bestrijden de juistheid van de bewering der Commissie, dat hun „groep" een monopoliepositie had op de wereldmarkt in grondstoffen voor de fabricage van ethambutol. Zij beroepen zich hiertoe achtereenvolgens op:

1. een verklaring van prof. S. Pietra, hoofd van het Instituut voor organische chemie van de universiteit van Pavia;
2. een brief van International Business & Research, Inc., Coral Gables, Florida, VS, volgens welke een andere bereidingswijze is ontwikkeld voor aminobutanol, waarbij niet wordt uitgegaan van nitropropaan;
3. een aanbod van Fallek Petrochemical (Europe) CV te Amsterdam, tot verkoop van thiofenol, dat volgens Fallek in Oost-Europa wordt gebruikt als halffabrikaat voor de produktie van ethambutol;
4. de mededeling dat aminobutanol op andere wijze (met als uitgangsstof butanon in plaats van nitropropaan) op industriële schaal wordt gefabriceerd door Polifarm SpA te Bergamo, Italië;
5. de mededeling dat Chimica Bulciago SRL te Como, Italië, bij haar produktie van aminobutanol niet van nitropropaan zou uitgaan;
6. rapporten van prof. Corbellini, directeur van het Instituut voor organische en analytische chemie van de universiteit te Milaan, en van prof. Macchioni, directeur van het Instituut voor organische chemie van de universiteit te Cagliari;
7. (in de conclusie van repliek) de mededeling dat de firma „Société chimique de la Grande Paroisse" te Parijs even-

eens nitropropaan en aminobutanol fabriceert;

8. (in de conclusie van repliek) een beedigde verklaring van dr. J. L. Martin, dat er ten minste één praktisch uitvoerbare methode bekend is om — in plaats van door koop van CSC — nitropropaan te verkrijgen, namelijk door fabricage op basis van tegen economisch verantwoorde prijzen gemakkelijk verkrijgbare grondstoffen, en ten minste drie praktisch uitvoerbare methoden om aminobutanol te produceren zonder aanwending van nitropropaan.

De *Commissie* betoogt dat in de onderhavige zaak de koopster (Zoja) afhankelijk is van het al dan niet beschikbaar zijn van nitropropaan en/of aminobutanol op de markt. Slechts bij de verdere bewerking van deze grondstoffen tot het eindprodukt ethambutol kan Zoja haar technische kennis gebruiken. Het afsnijden van de bevoorrading van nitropropaan en/of aminobutanol zou derhalve onherroepelijk leiden tot Zoja's verdwijning uit de markt. Daarom is ook het bestaan van methoden om hetzelfde eindprodukt op basis van andere grondstoffen te fabriceren, in dit verband niet relevant. Ook de mogelijkheden om onverpakte ethambutol op de markt te vinden zijn niet van belang. Speculaties betreffende het bestaan van dergelijke fabricagemethoden of andere grondstoffen en/of andere eindprodukten brengen geen verandering in het feit dat een industrieel gebonden afnemer zich niet kan wenden tot leveranciers van andere grondstoffen zonder wijziging te brengen in de economische en industriële opzet van zijn onderneming. De hele kwestie kan worden samengevat als volgt: zijn er naast de CSC-Istituto-groep andere leveranciers van nitropropaan en aminobutanol, die deze stoffen in voldoende hoeveelheden en op redelijke voorwaarden aanbieden? In dit licht moeten de door verzoeksters voorgestelde alternatieven worden beoordeeld.

De Commissie onderwerpt de genoemde andere bronnen van aminobutanol en ethambutol aan een kritisch onderzoek:

ad 1.:

prof. Pietra noemt in zijn verklaring alleen een aantal alternatieven voor de produktie van aminobutanol onder laboratoriumomstandigheden; dat is iets totaal anders dan fabricage op industriële schaal en op concurrerende voorwaarden;

ad 2.:

de brief van „International Business & Research, Inc." verklaart slechts dat een niet op nitropropaan gebaseerde methode voor de bereiding van aminobutanol „in ontwikkeling" is;

ad 3.:

het aanbod van Fallek CV bevat volgens de Commissie slechts vage aanduidingen, die niets zeggen omtrent de aard van de methode om ethambutol te winnen uit thiofenol en evenmin omtrent haar industriële en commerciële bruikbaarheid. Deze indruk werd door latere briefwisseling tussen Zoja en Fallek bevestigd;

ad 4.:

betreffende Polifarm merkt de Commissie op, dat de produktie van aminobutanol uit butanon te duur is in vergelijking met de fabricagemethode op basis van nitropropaan. De door Polifarm op basis van butanon vervaardigde hoeveelheden aminobutanol zijn beperkt en bestemd voor Polifarms eigen produktie van ethambutol;

ad 5.:

Bulciago is een kleine firma, die voor eigen gebruik geringe hoeveelheden aminobutanol produceert op basis van butanon. Zowel Polifarm als Bulciago hebben Zoja onverpakte ethambutol geleverd tegen prijzen variërend van 41 500 lire tot 67 000 lire per kg. Dit zijn geen concurrerende prijzen, omdat blijkens een memorandum van Istituto van 13 november 1972 de prijs van onverpakte ethambutol 38 000 lire per kg bedroeg. Dit wijst erop dat de

bereiding van aminobutanol uit butanon geen concurrerende fabricagemethode is;

ad 6.:

het rapport van prof. Corbellini is niet relevant, omdat het wel de mogelijkheid noemt om aminobutanol uit butanon te winnen, maar de daaraan verbonden produktiekosten buiten beschouwing laat.

Volgens de Commissie is het rapport van prof. Macchioni onvolledig en niet overtuigend, omdat het alleen de laatste fase van het proces op basis van butanon vermeldt en niets zegt over de industriële en commerciële mogelijkheden van deze methode;

ad 7.:

de Société chimique de la Grande Paroisse heeft nog slechts een proeffabriek voor nitropropaan gebouwd. Deze fabriek werkt nog in zeer laag tempo en kan thans alleen monsters van enkele kilogrammen op de markt brengen;

ad 8.:

dr. Martin onderzoekt de bereidingswijze van aminobutanol op basis van alfa-aminobutyrozuur. Deze door prof. Corbellini voorgestelde methode was op verzoek van Zoja reeds door prof. Cardani onderzocht; Zoja acht het gebruik ervan economisch niet verantwoord in verband met de zeer hoge prijs van de grondstof (ca. 30 000 lire per kg). Ofschoon dr. Martin toegeeft dat alfa-aminobutyrozuur nog slechts beschikbaar is in voor laboratoriumgebruik geschikte hoeveelheden, beweert hij dat deze grondstof voor ca. één dollar per pound op industriële schaal kan worden geproduceerd. Vervolgens bespreekt hij de methoden om uit deze grondstof aminobutanol te bereiden. Hij noemt er drie, waarmee laboratoriumproeven zijn uitgevoerd, die in vakliteratuur van 1940 en 1943 zijn gepubliceerd.

Na te hebben opgemerkt dat er wellicht methoden bestaan om aminobutanol te bereiden anders dan op basis van nitropropaan, beschrijft dr. Martin een ander procédé ter verkrijging van nitropropaan dan door CSC wordt toegepast. Hij erkent dat nog niet is vastgesteld of deze methode economisch verantwoord is. De Commissie acht dr. Martins onderzoek zuiver theoretisch. Hoewel de gepubliceerde experimenten van vrij oude datum zijn, is daaraan nooit op industriële schaal toepassing gegeven. Bovendien zou Zoja bij al deze methoden haar produktieproces in een vroeger stadium moeten aanvangen. Een dergelijke verticale expansie kan kostbaar en riskant zijn, omdat zij uitsluitend zou zijn gebaseerd op methoden die tot dusver slechts in laboratoria zijn beproefd. Op dit punt vraagt de Commissie zich af, waarom CSC er twintig jaar voor nodig heeft gehad om haar methode voor de produktie van nitropropaan op industriële schaal te perfectioneren, als de door dr. Martin beschreven, sinds 1872 bekende methode zonder moeilijkheden had kunnen worden toegepast.

Samenvattend is de Commissie van mening dat geen der verschillende alternatieven Zoja werkelijk commercieel verantwoorde mogelijkheden biedt om aan de gevolgen van het stopzetten der leveranties van aminobutanol en/of nitropropaan door de CSC-Istituto-groep te ontkomen. Derhalve is de stelling van de Commissie dat de CSC-Istituto-groep een machtspositie, zoal niet een monopoliepositie inneemt, volstrekt gerechtvaardigd.

De Commissie noemt in haar verweerschrift terloops dextro-aminobutanol als grondstof voor de vervaardiging van ethambutol. Dit is een verder ontwikkeld tussenprodukt, dat CSC sinds 1970 aan Istituto levert.

Verzoeksters menen dat dit in strijd is met de procedurevoorschriften, en bevestigen dat dextro-aminobutanol een verder ontwikkeld tussenprodukt is voor de vervaardiging van ethambutol en op zichzelf geen relevante markt vormt.

Onder verwijzing naar haar beschikking verklaart de *Commissie* in zoverre met verzoeksters in te stemmen, dat dextro-aminobutanol op zichzelf geen markt kan vormen: het maakt deel uit van de markt voor grondstoffen ter vervaardiging van ethambutol, die door de CSC-Istituto-groep wordt beheerst.

3. *Het misbruik van de machtspositie*

In haar beschikking overweegt de Commissie:

1. dat de weigering van CSC om een grondstof te leveren aan één van de voornaamste verbruikers van die grondstof, kan leiden tot de uitschakeling van één van de voornaamste ethambutolproducenten in de gemeenschappelijke markt;
2. dat dit gedrag de instandhouding van de voorwaarden voor een daadwerkelijke concurrentie in de gemeenschappelijke markt op ernstige wijze ongunstig beïnvloedt, aangezien er in de Gemeenschap slechts vijf producenten van ethambutol bestaan, waarvan drie belangrijke (American Cyanamid Company via haar dochteronderneming Cyanamid Italia, Zoja en sinds 1970 de CSC-Istituto-groep);
3. dat het gedrag van CSC derhalve misbruik van een machtspositie vormt;
4. dat voor de vaststelling van de gevolgen van het onderhavige gedrag de ethambutolmarkt om de navolgende redenen als een markt op zich kan worden beschouwd: ethambutol is een onderdeel van de bij de moderne therapie voor longtuberculose meest gebruikte geneesmiddelencombinaties; ethambutol vult veeleer de andere geneesmiddelen tegen tuberculose aan dan daarmee te concurreren; uit de zich blijvend op hoog niveau bevindende verkoop van ethambutol in een niet-expanderende markt — ondanks het op de markt komen van een nieuw antibioticum dat ook kan worden gebruikt bij de tuberculosetherapie, te weten rifampicine — blijkt dat de mogelijkheden tot vervanging van dit produkt te verwaarlozen zijn;
5. dat de offerte voor onverpakte ethambutol, door Istituto op 15 mei 1972 aan Zoja gedaan, geen einde maakt aan de inbreuk op artikel 86, omdat daardoor de verwijning van Zoja als ethambutolproducente uit de markt niet ongedaan wordt gemaakt (hoofdstukken I B en D, II C).

a) *CSC* en *Istituto* betogen dat Zoja voorjaar 1970 eenzijdig het lopende leveringscontract met Istituto heeft beëindigd. Toen CSC haar verkopen van aminobutanol in de EEG stopzette, reserveerde het voor Istituto de hoeveelheden waarvoor deze zich in haar verkoopovereenkomst met Zoja had verbonden, totdat CSC in april 1970 bericht ontving dat Zoja daarvan wenste af te zien. Verzoeksters ontkennen dat de stopzetting van de leveranties aan Zoja leidt tot verdwijning van Zoja uit de markt. Dit zou alleen juist kunnen zijn indien er geen alternatieve methoden voor de produktie van ethambutol bestonden. Dat deze wel degelijk bestaan, blijkt zowel uit de door verzoeksters overgelegde verklaringen als uit het feit dat alle vroegere afnemers van CSC's nitropropaan of aminobutanol hun industriële activiteiten met behulp van andere tussenprodukten hebben kunnen voortzetten. Gezien de grote hoeveelheden aminobutanol die Zoja in voorraad had op het tijdstip waarop CSC de leveranties staakte, heeft Zoja nog geruime tijd kunnen voortgaan met de verwerking van dit produkt en had zij dus de gelegenheid haar produktiemethoden voor ethambutol te wijzigen. Ten onrechte acht de Commissie het irrelevant dat Zoja nog wel onverpakte ethambutol kon verkrijgen voor de fabricage van haar eigen specialiteiten op ethambutolbasis. De daartoe aangevoerde argumenten kunnen die beweringen niet schragen, aangezien uit niets blijkt of en in hoeverre Zoja's uitrusting en technische en chemische kennis door de staking van de aminobutanolleveranties onbruikbaar is geworden. Opgemerkt zij dat, voor zover

het om octrooien zou gaan, farmaceutische produkten in Italië — waar Zoja haar specialiteiten op basis van ethambutol vervaardigt — niet octrooieerbaar zijn. De beschikking bevat geen enkele aanduiding van de redenen waarom Zoja's octrooien in andere Lid-Staten waardeloos zouden worden. Verzoeksters betogen dat de afhankelijkheid van Zoja voor haar bevoorrading niet groter of kleiner wordt, of zij nu aminobutanol dan wel onverpakte ethambutol van CSC of Istituto koopt. Uit de beschikking blijkt niet waarom het onrechtmatig is het laatstgenoemde tussenprodukt in plaats van het eerste te koop aan te bieden.

Het standpunt van de Commissie komt er in wezen op neer dat CSC verplicht is Zoja als concurrerend producente en verkoopster van ethambutol en ethambutolspecialiteiten in stand te houden en ervoor te zorgen dat Zoja haar fabricageprocédé niet behoeft te veranderen.

De *Commissie* antwoordt dat Istituto akkoord is gegaan met de annulering door Zoja van het leveringscontract voor aminobutanol. Zij verwijst hiervoor naar een notitie van een telefoongesprek tussen bestuurders van beide firma's. Daarom kan de bewering van Istituto, dat Zoja de bestaande overeenkomst eenzijdig heeft beëindigd, niet worden aanvaard. De vraag of Istituto al dan niet instemde met Zoja's besluit, is echter niet van invloed op de omschrijving van het misbruik, want er bestaat geen enkel verband tussen de beweerde contractbreuk van Zoja en de stopzetting der leveranties door CSC en Istituto: zelfs wanneer de beweerde contractbreuk niet had plaatsgevonden, zou het gedrag van CSC-Istituto volstrekt niet zijn voorkomen. Onder verwijzing naar haar eerder gemaakte opmerkingen wijst de Commissie de stelling af dat aminobutanol of nitropropaan elders op de markt verkrijgbaar zouden zijn. Het stopzetten van de leveranties van aminobutanol had ten gevolge dat Zoja gedwongen was haar produktie te staken en zich te beperken tot het enkele verpakken en verkopen van ethambutol. Enkele fasen van de tot dan toe door haar ondernomen produktie waren haar immers onmogelijk gemaakt. Voor de produktie van aminobutanol uit andere grondstoffen dan nitropropaan of van ethambutol uit andere tussen produkten dan aminobutanol of dextro-aminobutanol zou een ingrijpende en kostbare aanpassing van Zoja's produktieapparaat noodzakelijk zijn geweest.

De Commissie veroordeelt slechts het feit dat de groep zonder geldige reden de leveranties van grondstoffen voor de produktie van ethambutol aan één van de belangrijkste gebruikers van die grondstof heeft stopgezet, tengevolge waarvan één van de belangrijkste ethambutolproducenten van de markt kon worden uitgeschakeld, waardoor de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in gevaar kon komen. Van alle oorzaken waardoor het voortbestaan en de levensvatbaarheid van Zoja kunnen worden bedreigd, werd CSC-Istituto in de beschikking alleen deze verweten. De bewering van verzoeksters, dat de door de Commissie gebruikte omschrijving van het misbruik hen zou verplichten het voortbestaan van Zoja in ieder geval te garanderen, is duidelijk onjuist.

In feite had de stopzetting van de leveranties van aminobutanol ten gevolge dat Zoja, zodra zij haar bestaande voorraden aminobutanol zou hebben verbruikt, als *producente* van ethambutol uit de markt zou verdwijnen. Het feit dat de firma tot dusver is blijven voortbestaan, brengt daarin geen verandering.

b) *CSC* en *Istituto* betogen dat de ethambutolmarkt, die zij overigens als de enige relevante markt beschouwen, in tegenstelling tot hetgeen in de beschikking wordt gesteld, geen op zichzelf staande markt is. Ethambutol is noch het nieuwste geneesmiddel voor tuberculose, noch heeft het het grootste aandeel in de markt voor tuberculosegeneesmiddelen. Het is slechts één van de vele produkten die op dezelfde markt, namelijk de markt voor tuberculosegeneesmiddelen, met elkaar concurreren; het marktaan-

deel van ethambutol, als afzonderlijk geneesmiddel en als onderdeel van geneesmiddelencombinaties, neemt af. Het belangrijkste anti-tuberculosepreparaat is thans niet ethambutol, maar rifampicine, hetgeen wordt bevestigd door de statistische gegevens, verzameld door International Marketing Service. Daaruit blijkt ook dat ethambutol, als afzonderlijk geneesmiddel en als onderdeel voor samengestelde geneesmiddelen, wordt vervangen door rifampicine.

Ten aanzien van de afbakening van de relevante markt is de substitueerbaarheid het beslissende criterium; de Commissie moet aantonen dat ethambutol niet — binnen redelijke grenzen — door andere medicijnen als tuberculosegeneesmiddel kan worden vervangen. In feite zijn echter alle anti-tuberculosepreparaten tot op zekere hoogte substitueerbaar.

De markt voor deze geneesmiddelen moet bijgevolg als de relevante markt worden beschouwd. Verzoeksters verwijzen daartoe naar de volgende literatuur:

1. een artikel van dr. Virchow, medisch directeur van een tbc-sanatorium in Davos;
2. „Drugs of Choice 1972-1973" van dr. Modell, St. Louis, 1972;
3. „Physicians Desk Reference to Pharmaceutical Specialities and Biologicals", 1972, 26e druk;
4. „The Journal of the American Medical Association" van 17 april 1972, „Evaluation of a new Antituberculosis Agent".

De *Commissie* betwist de juistheid van de door verzoeksters gemaakte analyse. In de eerste plaats betoogt zij wederom dat de beschikking de ethambutolmarkt alleen noemt teneinde de gevolgen van het misbruik vast te stellen. In het algemeen is het gevaarlijk te spreken van substitueerbaarheid bij moderne medicijnen, waarvan de werking en de bijzondere contra-indicaties de arts dwingen in ieder individueel geval een keuze te maken, die door de klinische bijzonderheden van zijn patiënt wordt bepaald. Met name ten aanzien van ethambutol blijkt uit de beschikbare literatuur (met inbegrip van de door verzoeksters genoemde) dat de therapie voor tuberculose dikwijls een combinatie van medicijnen vereist, al naar gelang de bijzonderheden van de verschillende gevallen. Aangezien de in de literatuur genoemde gebruikelijke geneesmiddelencombinaties meestal ethambutol bevatten, acht de Commissie het gerechtvaardigd ethambutol het meest gebruikte tuberculosegeneesmiddel te noemen. Dit houdt natuurlijk niet in dat het kwantitatief het grootste marktaandeel heeft, maar veeleer dat het een zeer belangrijke rol speelt bij de tuberculosetherapie.

Evenals de relatieve hoeveelheid der gebruikte medicijnen, heeft ook de relatieve waarde der verkopen slechts een beperkte betekenis. Dit dient men bij de interpretatie der door verzoeksters overgelegde statistische gegevens niet uit het oog te verliezen.

Uit het voorgaande blijkt dat de verschillende medicijnen voor de behandeling van tuberculose worden gebruikt als onderdeel van in individuele gevallen voorgeschreven bijzondere therapieën. Daarom moet worden aangenomen dat deze medicijnen elkaar aanvullen, doch niet substitueerbaar zijn. De Commissie kan dus met recht de ethambutolmarkt als een afzonderlijke markt beschouwen.

De redenering van verzoeksters inzake rifampicine gaat in twee opzichten niet op. In de eerste plaats is nergens aangetoond dat de toeneming van de verkopen van dit geneesmiddel ten koste gaat van ethambutol. Integendeel, uit de geraadpleegde literatuur blijkt herhaaldelijk dat beide medicijnen dikwijls aanvullend worden gebruikt. In de tweede plaats blijkt uit de door de CSC-Istituto-groep overgelegde statistische gegevens alleen dat de verkoop van rifampicine sterker groeit dan die van ethambutol. Verder is van belang dat rifampicine niet alleen tegen tuberculose wordt gebruikt, doch ook voor vele andere doeleinden. Hierdoor wordt verzoeksters' betoog nog meer verzwakt.

4. *De invloed op de handel tussen Lid-Staten*

In haar beschikking stelt de Commissie:

1. dat binnen de gemeenschappelijke markt belangrijke verkoopmogelijkheden voor ethambutol bestaan;
2. dat Zoja ethambutol uitvoert naar Frankrijk en sinds 1971 naar Duitsland;
3. dat redelijkerwijs een toeneming van Zoja's verkopen naar de andere Lid-Staten kan worden verwacht;
4. dat derhalve de uitschakeling van Zoja van nadelige invloed zou zijn op de bestaande en potentiële handelsstromen in ethambutol binnen de Gemeenschap;
5. dat het bestaan van octrooien van American Cyanamid Company (ACC) in de andere Lid-Staten geen onoverkomelijke hinderpaal is gebleken voor Zoja's verkopen in die staten.

CSC en *Istituto* stellen dat de markt voor tuberculosegeneesmiddelen binnen de EEG zeer klein is, aangezien tuberculose een zeldzame ziekte is geworden. De verkopen van Zoja binnen de gemeenschappelijke markt betreffen slechts een klein gedeelte van haar produktie; het grootste deel wordt op de wereldmarkt afgezet. Bovendien wordt de verkoop naar de andere Lid-Staten geblokkeerd door octrooien van ACC in die staten. Die octrooien zijn in Nederland en België nooit aangevochten. Toen dit in de Bondsrepubliek Duitsland wel geschiedde, verklaarde de bevoegde nationale rechter ze geldig. In Frankrijk wordt over de geldigheid van het octrooi geprocedeerd; in de beschikking wordt een voor ACC ongunstig uitgevallen arrest van het Cour d'appel te Parijs genoemd, doch nagelaten wordt erbij te vermelden dat het Cour de Cassation om cassatie van dat arrest is gevraagd.

CSC heeft trouwens aangeboden Zoja zoveel aminobutanol te leveren als zij nodig heeft voor haar verkopen binnen de Gemeenschap.

De *Commissie* betoogt dat uit de uitvoer van Zoja naar andere Lid-Staten blijkt dat er inderdaad intracommunautaire handel bestaat. Nu het betrokken produkt een geneesmiddel is dat nog slechts enkele jaren op de markt is, is de waarde van de verkochte hoeveelheden niet erg groot. Uit de beperkte geldswaarde van de verkopen binnen de EEG mag echter niet worden afgeleid dat de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig wordt beïnvloed. Waar ethambutol wordt gebruikt ter bestrijding van een ernstige, doch zeldzame ziekte, kan de omvang van de uitvoer op zichzelf geen voldoende maatstaf vormen.

Verzoeksters' weergave van de feiten betreffende de octrooien van ACC is onjuist. Op het ogenblik kan Zoja ingevolge een uitspraak van het Cour d'appel te Parijs geheel legaal naar Frankrijk uitvoeren. Het door verzoeksters genoemde Duitse vonnis is niet ongunstig voor Zoja. Het Landgericht Düsseldorf bevestigde in zijn vonnis van 1 februari 1973 dat het door Zoja vervaardigde en verkochte produkt niet hetzelfde is als het produkt dat wordt verkregen volgens de door ACC geoctrooieerde bereidingswijze.

De Commissie vestigt voorts de aandacht op in Groot-Brittannië, Korea en Japan aanhangige rechtsgedingen.

De Commissie acht CSC's bereidheid aan Zoja te leveren voor zoveel nodig voor Zoja's verkopen binnen de gemeenschappelijke markt, niet relevant, aangezien dit leveringsaanbod, gedaan in mei 1972, dateert van ná het misbruik, bestaande in een algehele stopzetting van de leveranties, en derhalve de begane inbreuk niet ongedaan maakt. De beschikking van de Commissie, waarbij die inbreuk is bestraft, blijft ook van kracht wanneer leveranties aan Zoja voor haar verkopen in de gemeenschappelijke markt tot beëindiging van het misbruik zouden leiden.

Gezien Zoja's leidende rol in het intracommunautaire handelsverkeer en de perspectieven die zij biedt voor de ontwikkeling van de potentiële handel, concludeert de Commissie dat Zoja's uit-

schakeling als concurrent die handel stellig in ernstige mate nadelig zou beïnvloeden.

Verzoeksters betwisten de juistheid van de beweringen der Commissie inzake de rechtsstrijd tussen Zoja en ACC met betrekking tot de octrooien. Een door Zoja bij het Bundespatentgericht ingestelde vordering tot nietigverklaring van ACC's octrooien werd in december 1971 afgewezen. Het door de Commissie genoemde interlocutoir vonnis van het Landgericht Düsseldorf is niet meer dan een bevel aan beide partijen om bewijs voor hun standpunten aan te bieden. Daaruit kan volstrekt niet worden afgeleid hoe het uiteindelijke vonnis in dit geding — een door ACC tegen Zoja en haar Duitse wederverkoper ingestelde actie wegens inbreuk op haar octrooi — zal luiden. Met betrekking tot de door de Commissie gereleveerde octrooirechtelijke situatie in Groot-Brittannië, Korea en Japan betogen verzoeksters in de eerste plaats dat de litigieuze beschikking werd gegeven toen het Verenigd Koninkrijk nog geen Lid-Staat van de EEG was, en voorts dat de octrooirechtelijke situatie in Korea en Japan de intracommunautaire handel niet raakt. Deze verwijzingen moeten derhalve irrelevant worden geacht. De Commissie heeft niet het recht prognoses op te stellen inzake de mogelijke ontwikkeling van de intracommunautaire handel in ethambutol. Men dient rekening te houden met het feit dat farmaceutische produkten onderhevig zijn aan voortdurende ontwikkeling en vernieuwing, zodat dergelijke schattingen alleen betrekking kunnen hebben op een min of meer nabije toekomst. Nu de geldigheid van ACC's octrooien in de EEG-landen zich ten minste tot 1977 (Groot-Brittannië) uitstrekt, is er geen reden om aan te nemen dat de intracommunautaire handel in de nabije toekomst nadelig zal worden beïnvloed.

De *Commissie* handhaaft bij dupliek haar standpunt dat — anders dan verzoeksters menen —ACC's octrooien de uitvoer van Zoja naar Duitsland niet kunnen verhinderen. Het door ACC voor het Landgericht München gevorderde verbod tot verkoop in Duitsland van door Zoja geproduceerde ethambutol werd op 4 mei 1971 geweigerd. Zoja kan derhalve naar Duitsland exporteren. Het belang van het interlocutoir vonnis van het Landgericht Düsseldorf is, dat het ACC het voordeel ten aanzien van de bewijslast als bedoeld in paragraaf 47 (3) van de Duitse octrooiwet ontzegt, omdat de produkten van ACC en die van Zoja niet dezelfde karakteristieken vertonen.

Meer in het algemeen is de conclusie van verzoeksters, dat door Zoja geproduceerde ethambutol niet naar de EEG-landen kan worden uitgevoerd, onjuist, omdat de octrooien van ACC tot dusver de invoer van Zoja's produkten niet hebben kunnen verhinderen.

Met haar verwijzing naar de octrooirechtelijke situatie in Korea en Japan bedoelde de Commissie slechts een indicatie te geven van de waarde van Zoja's octrooien en dus van haar concurrentiepositie.

5. De maatregelen

Verzoeksters betogen dat de Commissie de bevoegdheid mist specifieke leveranties van produkten en de overlegging van voorstellen voor verdere levering — beide op straffe van een dwangsom bij nietnakoming — te bevelen. Deze bevoegdheid is noch in verordening nr. 17, noch in enige andere verordening voorzien. Wellicht kan de Raad op grond van artikel 87 EEG-Verdrag de Commissie deze bevoegdheid verlenen, doch stappen daartoe zijn tot dusver niet ondernomen.

Bovendien vormt de door de Commissie opgelegde verplichting tot levering aan Zoja van 60 000 kg nitropropaan of 30 000 kg aminobutanol misbruik van bevoegdheid. De in artikel 86 aan de Commissie verleende bevoegdheden betreffen alleen de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt, en wel voor zover het gaat om handel tussen Lid-Staten. Haar bevel 60 000 kg nitropropaan of 30 000 kg aminobutanol te leveren ter voorziening in Zoja's meest dringende

behoeften, is buiten alle proportie. Ofschoon verzoeksters niet beschikken over gedetailleerde gegevens betreffende Zoja's verkopen van ethambutol binnen de gemeenschappelijke markt, menen zij dat de door de Commissie verlangde hoeveelheden Zoja's jaarlijkse behoefte voor haar intracommunautaire handel ver te boven gaan. CSC verwijst hier opnieuw naar haar voorstel Zoja de hoeveelheden aminobutanol te leveren die zij nodig heeft voor de produktie van de binnen de gemeenschappelijke markt te verkopen ethambutol.

De Commissie heeft zich derhalve schuldig gemaakt aan misbruik van bevoegdheid door bevelen te geven die kwantitatief slechts verband kunnen houden met Zoja's behoeften voor de wereldmarkt. Dit brengt de nietigheid van de beschikking mee voor wat betreft het bevel tot onmiddellijke levering in artikel 2 en de dwangsom in artikel 4, lid 1, en tevens — tenzij de Commissie de leveringsverplichting relateert aan Zoja's behoeften voor de gemeenschappelijke markt — voor wat betreft het bevel tot levering op langere termijn in artikel 2 en de daarop gestelde dwangsom in artikel 4, lid 2.

In haar verweerschrift verwijst de *Commissie* naar artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 en in het bijzonder naar de volgende zinsnede: „(de Commissie) kan (de betrokkenen) bij beschikking verplichten aan de vastgestelde inbreuk (op artikel 85 en/of artikel 86) een einde te maken." Het artikel geeft geen opsomming van de maatregelen die de Commissie kan opleggen, doch bepaalt welk doel met de beschikking moet worden nagestreefd, namelijk beëindiging van de inbreuk. Daaruit volgt dat de omvang der aan de Commissie verleende bevoegdheden slechts kan worden bepaald in verband met het in artikel 3 genoemde doel. Aangezien in het onderhavige geval de tegen artikel 86 indruisende gedraging bestond in het staken van de leveranties van grondstoffen, waardoor één van de belangrijkste producenten van het daarvan afgeleide produkt dreigde te worden uitgeschakeld, kon de noodzakelijke maatregel alleen bestaan in het bevel zodanige leveranties te doen dat het economisch voortbestaan van bedoelde producent gewaarborgd zou zijn. Derhalve handelde de Commissie binnen de haar in artikel 3 toegekende bevoegdheden.

Met betrekking tot de vraag of de maatregelen naar omvang gerechtvaardigd zijn, betoogt de Commissie dat het erom gaat Zoja's voortbestaan als concurrerend ethambutolproducente te waarborgen. Bij de beoordeling van Zoja's concurrentiepositie moet men niet slechts zien naar de marktsituatie op het tijdstip waarop de beschikking werd gegeven, doch zich veeleer op het standpunt stellen dat Zoja de enige potentiële concurrent van ACC is. Daarom diende de Commissie bij het geven van haar bevelen de potentiële rol van Zoja binnen de gemeenschappelijke markt in aanmerking te nemen.

Wat de door verzoeksters te leveren hoeveelheden betreft, merkt de Commissie op dat het niet mogelijk was de voor Zoja's voortbestaan dringend benodigde hoeveelheden nauwkeurig te berekenen. Daarom werd het gemiddelde van de laatste jaarleverantie die Zoja van Istituto ontving, en de bestelling van Zoja voor het jaar 1971, omgeslagen over een periode van drie tot vier maanden, als maatstaf genomen voor Zoja's dringende behoeften:

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

29 166 kg aminobutanol.

Na met deze „transfusie" het voortbestaan van Zoja te hebben verzekerd, wilde de Commissie niet de toekomstige levering van tevoren vastgestelde hoeveelheden gelasten, doch ermee volstaan de indiening van voorstellen dienaangaande te eisen. Zouden verzoeksters aantonen dat de „transfusie" overdadig was, dan verhinderde niets om bij het vaststellen van de omvang van toekomstige leveranties met deze verkeerde schatting rekening te houden. Verweerster legt er echter de nadruk op dat het criterium niet alleen kan worden gebaseerd op een on-

derscheid tussen Zoja's werkelijke verkopen binnen de gemeenschappelijke markt en die in derde landen, omdat dan geen rekening zou worden gehouden met de noodzaak van Zoja's voortbestaan als zelfstandig producente. Een belangrijke vermindering van Zoja's omzet is niet mogelijk zonder dat haar concurrentiepositie daardoor ernstig wordt benadeeld. Het zou daarom onjuist zijn de produktie voor derde landen in het onderhavige geval niet van belang te achten.

CSC en *Istituto* antwoorden dat verordening nr. 17 een limitatieve opsomming bevat van de maatregelen die de Commissie, daartoe overeenkomstig artikel 87 door de Raad gemachtigd, kan nemen. De Commissie kan deze lijst niet uitbreiden door te stellen dat iedere maatregel die zij noodzakelijk acht, valt onder de machtiging om beëindiging van de inbreuk te gelasten. Indien de Commissie ruimere bevoegdheden noodzakelijk acht, kan zij steeds een daartoe strekkende ontwerp-verordening aan de Raad voorleggen.

Verzoeksters herhalen dat de bevoegdheden van de Commissie tot het nemen van maatregelen op het gebied van de mededinging strikt zijn beperkt tot maatregelen ter bescherming van de concurrentie in het intracommunautaire handelsverkeer. Derhalve zijn de bevelen van de Commissie onaanvaardbaar, aangezien verzoeksters erdoor worden verplicht Zoja hoeveelheden tussenprodukten te leveren, gebaseerd op Zoja's verkopen in voorgaande jaren, welke slechts voor een klein gedeelte (ongeveer 10 %) in de gemeenschappelijke markt zijn gedaan. De Commissie heeft CSC in feite verplicht aan Zoja grondstof te leveren, die na bewerking voor ca. 90 % in derde landen zal worden verkocht. Dit vormt duidelijk misbruik van bevoegdheid.

CSC verwerpt het betoog van de Commissie, dat de hoeveelheid waarvan onmiddellijke levering is bevolen, nodig was om Zoja te redden. De beschikking maakt geen melding van Zoja's algemene economische en financiële positie en haar voorraadsituatie, en evenmin van de mogelijkheid dat Zoja zou kunnen voortgaan met de vervaardiging van specialiteiten met behulp van onverpakte ethambutol of andere tussenprodukten.
De *Commissie* handhaaft in haar dupliek haar eerdere standpunt.

6. De procedure en de motivering

CSC en *Istituto* betogen dat de Commissie de procedureregels heeft geschonden door zich in haar beschikking te baseren op onvoldoende onderzochte gegevens met name ten aanzien van de beweerde economische eenheid tussen CSC en Istituto, de veronderstelling dat CSC de enige producente van aminobutanol en nitropropaan is, de afbakening van de relevante markt, de machtspositie van CSC-Istituto op de markt, de positie van Zoja en de intracommunautaire handel in ethambutol en specialiteiten op basis daarvan. Voorts is de beschikking in strijd met artikel 19 van verordening nr. 17 en de artikelen 2 en 4 van verordening nr. 99/63, omdat zij is gebaseerd op een aantal beweringen die in de mededeling van de punten van bezwaar aan CSC en Istituto ontbreken. Ten slotte heeft de Commissie de procedureregels geschonden door CSC en Istituto onevenredig zware maatregelen op te leggen. Verzoeksters betogen dat de Commissie niet die onpartijdigheid heeft betracht welke voor een regelmatig geding noodzakelijk is, aangezien zij heeft nagelaten door CSC en Istituto naar voren gebrachte feiten te onderzoeken.
De redenering van de Commissie is bijgevolg gebaseerd op een dermate onjuiste en onvolledige voorstelling van zaken, dat zij niet kan dienen als grondslag voor de beschikking, die derhalve ingevolge artikel 190 EEG-Verdrag nietig is.
De *Commissie* antwoordt dat op de eerste bewering van CSC en Istituto reeds is ingegaan in haar eerdere opmerkingen inzake de verschillende door verzoeksters naar voren gebrachte grieven. De Commissie erkent dat de beschikking op twee punten verschilt van de mededeling van de punten van bezwaar:

a) vergeleken met de mededeling van de punten van bezwaar bevat de beschikking enkele nieuwe feiten, bijvoorbeeld de aanwezigheid van vertegenwoordigers van CSC in de bestuursorganen van Istituto en het feit dat CSC zelf verklaart dat Istituto haar dochteronderneming is;

b) voor wat betreft de niet-substitueerbaarheid van ethambutol, wordt in de mededeling van de punten van bezwaar de nadruk gelegd op de bijzondere eigenschappen van ethambutol, terwijl in de beschikking wordt gewezen op de aanvullende functie van dit produkt en van andere tuberculosegeneesmiddelen.

Beide wijzigingen zijn juist, want gebaseerd op juiste, aan verzoeksters bekende feiten. Derhalve is de motivering van de beschikking juist en voldoende. De Commissie acht het niet noodzakelijk in te gaan op de door CSC gestelde schending van artikel 190 EEG-Verdrag.

V — Door het Hof aan partijen gestelde vragen

1. Vragen aan verzoeksters

a) Naar het Hof begrijpt, heeft CSC in 1970 besloten geen nitropropaan en aminobutanol meer naar de EEG te leveren, doch wel dextro-aminobutanol (een verbeterd halffabrikaat), dat Istituto kon verwerken tot onverpakte ethambutol voor verkoop in de EEG en elders.

Leverende CSC vóór dit besluit nitropropaan en aminobutanol aan afnemers buiten de EEG?

Zo ja, had dit besluit dan uitsluitend betrekking op de EEG of gold het ook daarbuiten? Zo ja, voor welk gebied?

Wat waren de (technische, economische, commerciële) beweegredenen voor dit besluit?

CSC antwoordt dat zij al jarenlang nitropropaan en aminobutanol levert aan afnemers in de Verenigde Staten en elders in de wereld.

Nitropropaan wordt door CSC gefabriceerd in haar nitroparaffine-basisbedrijf, waar vier produkten in doorgaans vaste verhoudingen worden vervaardigd, namelijk nitropropaan, nitroproite, nitromethaan en nitro-ethaan. CSC's nitropropaanproduktie is beperkt tot de capaciteit van het huidige bedrijf. Uitbreiding van de produktie is geheel afhankelijk van de afzetmogelijkheden voor alle vier basisprodukten en niet alleen van die voor nitropropaan en zijn derivaten. Omdat de vraag naar deze vier produkten een asymmetrisch beeld vertoont, is CSC niet voornemens uitsluitend wegens een tekort aan nitropropaan over te gaan tot uitbreiding van haar produktiecapaciteit.

Het algemeen beleid van CSC is er steeds op gericht geweest haar produktielijn zo op te werken, dat zij steeds grotere hoeveelheden van het eindprodukt kon afzetten teneinde meer rechtstreeks contact te leggen met de eindverbruiker en, zo mogelijk, haar winstmarge te vergroten. Daarom besloot CSC haar verkoop van nitropropaan als zodanig af te remmen, opdat meer grondstoffen beschikbaar zouden blijven voor de afzet van derivaten van dit produkt. Zij beperkte voorts haar verkoop van nitropropaanderivaten voor farmaceutisch eindverbruik om niet teveel afhankelijk te worden van de markt voor één produkt. Tenslotte ging zij ertoe over haar produkt op de markt voor anti-tuberculosepreparaten verder te ontwikkelen en meer nadruk te leggen op de afzet van dextro-aminobutanol dan van aminobutanol.

Istituto verklaart dat zij op grond van eigen research heeft besloten over te gaan tot de produktie en verkoop van ethambutol in poedervorm en van haar eigen specialiteit op basis van ethambutol, te weten mycobutol.

b) Zowel uit Istituto's verzoekschrift als uit de betrokken beschikking blijkt dat Istituto hoeveelheden nitropropaan op de Italiaanse markt heeft gekocht en heeft doorverkocht met een verbod tot wederverkoop.

Wat waren de beweegredenen voor dit verbod?

Indien de eigenlijke reden het verhinderen van de uitvoer van nitropropaan naar derde landen was, welk doel had men hierbij dan voor ogen?

Is het juist dat, zoals de Commissie zegt, het aan de afnemers opgelegde verbod betrekking had op de wederverkoop voor *farmaceutisch gebruik*?

Istituto wijst erop dat bedoeld verbod slechts een eenmalige maatregel was, die één geringe hoeveelheid nitropropaan gold. Het had ten doel de uitvoer van nitropropaan naar derde landen te verhinderen. Toen de maatregel werd genomen, voerde Istituto juist een campagne om met de verkoop van ethambutol in poedervorm vaste voet te krijgen op de markt van een aantal derde landen, en zij wenste te voorkomen dat deze campagne werd doorkruist door de uitvoer naar dezelfde markten van een minder ontwikkeld halffabrikaat, afkomstig uit eigen bedrijf.

De bewering van de Commissie, dat het verbod aan de afnemers betrekking had op wederverkoop voor farmaceutisch gebruik, is onjuist. Het verbod had niet ten doel de wederverkoop voor farmaceutisch gebruik binnen de EEG te verhinderen.

c) In mei 1972 heeft CSC aangeboden Zoja voldoende aminobutanol te leveren om haar ethambutolproduktie voor de gemeenschappelijke markt te dekken. CSC merkt in haar repliek op dat Zoja voor de wereldmarkt onverpakte ethambutol van Istituto kon betrekken. Wil dit zeggen dat verzoeksters voor deze markt nauw samenwerken?

CSC antwoordt dat haar opmerking betreffende de mogelijkheid onverpakte ethambutol van *Istituto* te betrekken, slechts de constatering is van een feit en niet impliceert dat verzoeksters op de wereldmarkt samenwerken.

Istituto stelt dat zij ethambutol in poedervorm op de internationale markt brengt, zonder dat daarbij sprake is van enigerlei samenwerking met CSC.

d) Levert CSC aan ACC grondstoffen voor de vervaardiging van ethambutol? Zo ja, welke zijn die grondstoffen?

Zo neen, hoe en vanwaar betrekt ACC dan de grondstoffen voor ethambutol?

CSC antwoordt dat zij binnnen de EEG geen grondstoffen voor de vervaardiging van ethambutol aan ACC levert. CSC levert betrekkelijk geringe hoeveelheden aminobutanol aan het bedrijf van ACC in de Verenigde Staten en aanzienlijke hoeveelheden dextro-aminobutanol aan ACC buiten de Verenigde Staten. CSC stelt met nadruk dat de aard en de omvang der verkopen buiten de EEG voor de onderhavige procedure irrelevant zijn.

2. *Vragen aan verweerster*

a) Moet een verkoopweigering worden geacht in ieder geval misbruik van een machtspositie op te leveren jegens de industrieën die de produkten verbruiken, waarvan de levering is gestaakt?

Zo neen, onder welke omstandigheden levert zodanige weigering dan een misbruik op?

De *Commissie* geeft een overzicht van de wetgeving der Lid-Staten terzake en meent dat naar Gemeenschapsrecht de verkoopweigering van een bedrijf met een machtspositie misbruik van die positie kan opleveren. Het mag echter niet uitgesloten worden geacht dat een dergelijke weigering in bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd is. Of een rechtvaardiging aanwezig is, kan alleen door een onderzoek van elk geval afzonderlijk worden vastgesteld. In ieder geval is het onrechtmatige karakter van de verkoopweigering volstrekt duidelijk wanneer:

— de machtspositie bestaat in een monopolie;
— de weigering één der voornaamste gebruikers en bovendien een vroegere afnemer geldt;
— de weigering een ernstige aantasting vormt van de voorwaarden voor de daadwerkelijke mededinging binnen de EEG en
— niet van een duidelijke, objectieve rechtvaardiging blijkt.

b) Bij herhaling is gesteld dat alleen leveringen van nitropropaan en aminobutanol Zoja in staat stelden ethambutol te produceren met gebruikmaking van haar technische kennis en know-how. Kan worden aangegeven wat deze technische voordelen precies inhouden?

Kan Zoja op basis daarvan ethambutol vervaardigen volgens werkwijzen waarmee zij geen wezenlijke inbreuk maakt op de octrooien van haar concurrenten?

De *Commissie* betoogt dat de stelling dat alleen leveringen van nitropropaan en aminobutanol Zoja in staat zouden stellen ethambutol te produceren, en de stelling dat veranderingen in de werkwijze voor Zoja zouden leiden tot verlies van het voordeel, verbonden aan de gebruikmaking van haar technische kennis en know-how, afzonderlijk moeten worden bezien.

Alleen de eerste stelling is in casu van belang. Zij is gebaseerd op het feit dat, enerzijds, ethambutol thans alleen uit één van die grondstoffen op economisch verantwoorde wijze en op industriële schaal kan worden geproduceerd, en anderzijds dat deze grondstoffen op de markt uitsluitend bij de CSC-Istitutogroep verkrijgbaar zijn. Zonder nitropropaan en aminobutanol zou het voor Zoja daarom praktisch onmogelijk zijn de produktie van ethambutol voort te zetten.

De tweede stelling bedoelde de aandacht te vestigen op het feit dat — anders dan verzoeksters beweren — Zoja als *producente* van ethambutol zou worden uitgeschakeld, wanneer zij voortaan onverpakte ethambutol in plaats van nitropropaan en/of aminobutanol geleverd kreeg. De omstandigheid dat Zoja bij gebrek aan nitropropaan of aminobutanol niet langer in staat is haar eigen technische kennis te benutten, zou alleen van belang zijn wanneer ethambutol had kunnen worden geproduceerd uit andere grondstoffen dan nitropropaan of aminobutanol. Aangezien dit echter niet het geval is en stopzetting van de leveringen van nitropropaan en aminobutanol Zoja dus in ieder geval verhindert ethambutol te produceren, kan het ongebruikt blijven van Zoja's eigen technische kennis ten gevolge van de stopzetting der leveringen slechts als een bijkomend argument worden gebruikt.

Vervolgens geeft de Commissie een overzicht van de kenmerken van Zoja's belangrijkste octrooien.

Voor het tweede gedeelte van vraag b) verwijst de Commissie naar haar dupliek; zij meent genoegzaam te hebben aangetoond dat de octrooien van andere bedrijven (met name van ACC) Zoja niet zouden hebben verhinderd de omvang van haar export binnen de gemeenschappelijke markt te blijven vergroten.

De Commissie wijst voor deze opvatting op een vonnis van 2 oktober 1973 van het Landgericht Düsseldorf, waarbij ACC's verwijt dat Zoja inbreuk heeft gemaakt op haar octrooi, is afgewezen.

Ten aanzien van het recht

1 Overwegende dat, naar vaststaat, de vennootschap Istituto Chemioterapico Italiano te Milaan (na te noemen Istituto), na overleg met Commercial Solvents Corporation, een vennootschap naar het recht van de staat Maryland en gevestigd te New York (na te noemen CSC), heeft verklaard niet in staat te zijn aminobutanol te leveren aan de vennootschap Laboratorio Farmaceutico Giorgio Zoja (na te noemen Zoja), waaraan zij in de periode 1966-1970 belangrijke

hoeveelheden aminobutanol — de grondstof voor de fabricage van ethambutol door Zoja — had geleverd;

2 dat de Commissie, na een verzoek van Zoja tot vaststelling van een inbreuk op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, bij brief van 25 april 1972 tegen CSC en Istituto een procedure overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 17/62 heeft ingeleid wegens beweerde schending van artikel 86 van het Verdrag en hun overeenkomstig artikel 19 van verordening nr. 17/62 en artikel 3 van verordening nr. 99/63 mededeling heeft gedaan van de punten van bezwaar;

3 dat de Commissie bij beschikking van 14 december 1972 (PB 1972, nr. L 299, blz. 51 e.v.) heeft vastgesteld dat de stopzetting, vanaf november 1970, van de leveringen aan de vennootschap Zoja van grondstoffen voor de produktie van ethambutol een inbreuk vormt op artikel 86, gepleegd door de vennootschappen CSC en Istituto;

4 dat zij bijgevolg de maatregelen heeft bevolen welke zij ter beëindiging van de inbreuk noodzakelijk achtte, en de twee betrokken vennootschappen een boete heeft opgelegd van 200000 rekeneenheden;

5 dat Istituto en CSC bij verzoekschriften, ingekomen ter griffie op 17 februari 1973, beroep tegen die beschikking hebben ingesteld;

dat, waar de beide zaken bij beschikking van 8 mei 1973 ter fine van de procedure zijn gevoegd, zij in één arrest, te wijzen in de procestaal van zaak 7-73, kunnen worden beslist;

I — Ten aanzien van de toepassing van artikel 86

6 Overwegende dat, naar vaststaat, CSC in 1962 51% van de aandelen van Istituto heeft verworven;

dat de vertegenwoordigers van CSC de helft van de zetels in het dagelijks bestuur en de Raad van Bestuur van Istituto bezetten, terwijl de voorzitter van de raad, die in geval van staking van stemmen in die raad een beslissende stem heeft, een vertegenwoordiger is van CSC;

dat, ofschoon vóór en na 1962 dezelfde personen als gedelegeerd bestuurders (consiglieri delegati) met volledige beheersmacht voor Istituto zijn opgetreden, zij sedert genoemd jaar niettemin de goedkeuring van het dagelijks bestuur behoeven voor investeringen van een zekere omvang;

7 Overwegende dat CSC zich onder meer bezighoudt met de fabricage en de verkoop van produkten, verkregen door de nitrering van paraffine, waaronder nitropropaan en een derivaat daarvan, aminobutanol, dat een tussenprodukt is voor de vervaardiging van ethambutol;

dat Istituto tot in 1970 is opgetreden als wederverkoopster van door CSC in de Verenigde Staten gefabriceerde nitropropaan en aminobutanol;

dat CSC, na begin 1970 te hebben besloten de bevoorrading van de gemeenschappelijke markt met die produkten te beëindigen, Istituto heeft medegedeeld dat bedoelde produkten haar nog slechts konden worden geleverd in de hoeveelheden waarvoor zij reeds verkoopovereenkomsten had aangegaan;

dat zij na die datum haar beleid heeft gewijzigd en uitsluitend aan Istituto dextro-aminobutanol heeft geleverd, ter verwerking tot onverpakte ethambutol voor verkoop in de EEG en elders en, aangezien Istituto inmiddels eigen spécialités op ethambutolbasis had ontwikkeld, ter voorziening in haar eigen behoeften;

8 Overwegende dat derhalve achtereenvolgens moet worden onderzocht:

a) of er sprake is van een machtspositie in de zin van artikel 86,

b) welke markt bij de bepaling van de machtspositie in aanmerking moet worden genomen,

c) of er in casu misbruik van zodanige positie is gemaakt,

d) of dat misbruik de handel tussen Lid-Staten ongunstig kon beïnvloeden, en

e) of verzoeksters zich in feite als een economische eenheid hebben gedragen;

dat de middelen, inhoudende schending der procedure-voorschriften en onvoldoende motivering van de beschikking, in dit kader zullen worden onderzocht;

a) De machtspositie

9 Overwegende dat verzoeksters de conclusies van de bestreden beschikking betwisten, volgens welke de CSC-Istituto-groep „op de gemeenschappelijke markt een machtspositie inneemt voor de voor de produktie van ethambutol benodigde grondstoffen", daar „deze groep immers een wereldmonopolie bezit in de produktie en verkoop van nitropropaan en aminobutanol";

10 dat zij zich daartoe beroepen op documenten waaruit moet blijken dat aminobutanol door tenminste één andere Italiaanse vennootschap uit butanon wordt bereid, dat een derde Italiaanse vennootschap ethambutol produceert op basis van andere grondstoffen, dat een Franse vennootschap zelfstandig nitropropaan produceert en dat weer een andere onderneming thiofenol op de markt heeft gebracht, een produkt dat, naar haar zeggen, in Oost-Europa thans voor de produktie van ethambutol wordt gebruikt;

11 dat CSC ten slotte een deskundigenverklaring heeft overgelegd, inhoudende dat er ten minste één praktische methode bestaat voor de produktie van nitropropaan volgens een ander procédé dan door CSC wordt toegepast, en tenminste drie bekende procédés om zonder gebruikmaking van nitropropaan aminobutanol te produceren;

12 Overwegende dat verzoeksters reeds tijdens de administratieve procedure op grond van een deel van deze gegevens de Commissie hebben verzocht om, alvorens een beschikking te geven, een deskundigenonderzoek te gelasten naar het beweerde monopolie van CSC betreffende de produktie van grondstoffen voor de ethambutolfabricage;

dat de Commissie dit verzoek heeft afgewezen op de grond dat, zelfs indien de aangevoerde gegevens juist zouden blijken, dit haar mededeling van de punten van bezwaar niet wezenlijk kon aantasten;

dat verzoeksters tijdens de onderhavige procedure opnieuw om een deskundigenonderzoek naar het betwiste punt hebben verzocht;

13 Overwegende dat de Commissie, zonder hierbij op serieuze tegenspraak te zijn gestuit, heeft geantwoord dat de produktie van nitropropaan door de Franse vennootschap zich thans in een experimenteel stadium bevindt en de

research van die vennootschap eerst na de geïncrimineerde feiten tot ontwikkeling is gekomen;

dat de informaties betreffende de mogelijkheid met gebruikmaking van thiofenol ethambutol te fabriceren, te vaag en onzeker zijn om er serieus op te kunnen ingaan;

dat de door CSC overgelegde deskundigenverklaring slechts welbekende procédés vermeldt, waarvan niet kon worden aangetoond dat zij zich lenen voor toepassing op industriële schaal en tegen commercieel verantwoorde prijzen;

dat de produktie van de twee bedoelde Italiaanse vennootschappen van geringe omvang is en bestemd voor hun eigen behoeften, en dat de gebruikte procédés zich niet lenen tot het op de markt brengen van aanzienlijke hoeveelheden tegen concurrerende prijzen;

14 dat de Commissie een van Zoja afkomstig deskundigenrapport heeft overgelegd, inhoudende dat de industriële produktie van aminobutanol op basis van butanon gepaard gaat met grote onkosten en risico's, hetgeen verzoeksters betwisten op grond van twee expertises, volgens welke zodanige produktie geen moeilijkheden of uitzonderlijke kosten met zich brengt;

15 Overwegende dat deze discussie zonder veel praktisch belang is, aangezien het hoofdzakelijk gaat om experimentele, niet op industriële schaal beproefde methoden of methoden die slechts een geringe opbrengst geven;

dat hier de vraag aan de orde is of CSC een machtspositie had op de markt voor grondstoffen voor de fabricage van ethambutol, en niet of Zoja, door aanpassing van haar installaties en fabricagemethoden, mogelijkerwijs haar ethambutolproduktie had kunnen voortzetten met gebruikmaking van andere stoffen;

dat alleen de aanwezigheid op de markt van een grondstof, welke zonder grote problemen nitropropaan of aminobutanol bij de fabricage van ethambutol zou kunnen vervangen, de grond zou kunnen ontnemen aan de stelling dat CSC een machtspositie heeft in de zin van artikel 86;

dat daarentegen het beroep op mogelijke andere procédés, van experimentele aard of op geringe schaal toegepast, niet geëigend is de motivering van de bestreden beschikking te weerleggen;

16 Overwegende dat niet is weersproken dat de grote fabrikanten van ethambutol voor de wereldmarkt, te weten CSC zelf, Istituto, American Cyanamid en Zoja, uitsluitend gebruik maken van de door CSC geproduceerde grondstoffen;

dat de produktie en verkoop van ethambutol door enkele andere fabrikanten van geringe betekenis is vergeleken met die van de voornoemde ondernemingen;

dat de Commissie derhalve tot de conclusie kon komen „dat thans onder economisch verantwoorde mededingingsvoorwaarden geen fabricagemethoden voor ethambutol op industriële schaal kunnen worden toegepast die uitgaan van het gebruik van andere stoffen";

17 dat bijgevolg het verzoek om een deskundigenonderzoek terecht is afgewezen;

18 dat het in de loop der onderhavige procedure gedane verzoek om dezelfde redenen moet worden afgewezen, aangezien rechtens voldoende vaststaat dat CSC een machtspositie had op de wereldmarkt voor de produktie en verkoop van de betrokken grondstoffen;

b) De in aanmerking te nemen markt

19 Overwegende dat verzoeksters op grond van hoofdstuk II C, zesde overweging, van de bestreden beschikking concluderen dat het volgens de Commissie de markt voor ethambutol is, welke bij de bepaling van de machtspositie in aanmerking moet worden genomen;

dat deze markt niet zou bestaan, aangezien ethambutol behoort tot de ruimere markt voor tuberculosegeneesmiddelen, waarop het concurreert met andere, in grote mate substitueerbare medicijnen;

dat, waar geen ethambutolmarkt bestaat, het onmogelijk zou zijn een afzonderlijke markt voor de grondstoffen voor de fabricage van dit produkt te construeren;

20 Overwegende dat de Commissie luidens haar antwoord de machtspositie binnen de gemeenschappelijke markt voor de voor de ethambutolproduktie benodigde grondstoffen in aanmerking heeft genomen;

21 Overwegende dat, zowel in hoofdstuk II B van de beschikking als in het gedeelte van hoofdstuk II C, voorafgaande aan de vaststelling dat het gedrag van verzoeksters „derhalve een misbruik in de zin van artikel 86 vormt" (II C, vierde overweging), in feite alleen sprake is van de markt voor de grondstoffen voor de fabricage van ethambutol;

dat de bestreden beschikking, door te overwegen dat „het onderhavige gedrag de afzet van de grondstof alsmede de produktie van ethambutol beperkt en derhalve één van de uitdrukkelijk in dit artikel verboden misbruiken oplevert", de ethambutolmarkt slechts noemt ten einde de gevolgen van het bedoelde gedrag vast te stellen;

dat weliswaar zodanig onderzoek een betere beoordeling van de gevolgen der beweerde inbreuk mogelijk kan maken, doch niet relevant is voor de bepaling van de markt die bij de vaststelling van een machtspositie in aanmerking moet worden genomen;

22 dat immers, anders dan verzoeksters stellen, kan worden onderscheiden tussen de markt voor de voor de fabricage van een produkt benodigde grondstoffen en de markt waarop dat produkt wordt afgezet;

dat een misbruik van machtspositie op de grondstoffenmarkt derhalve een beperkende invloed kan uitoefenen op de mededinging op de markt waarop de afgeleide produkten worden afgezet, welke invloed in aanmerking moet worden genomen bij het beoordelen van de gevolgen van de inbreuk, ook indien de markt voor de derivaten geen markt op zichzelf vormt;

dat de genoemde argumenten van verzoeksters en bijgevolg hun verzoek een deskundigenonderzoek dienaangaande te bevelen, derhalve niet terzake dienen en moeten worden afgewezen;

c) Het misbruik van de machtspositie

23 Overwegende dat volgens het betoog van verzoeksters hun geen verwijt kan worden gemaakt van de stopzetting van de aminobutanol-leveranties aan

Zoja, daar Zoja zelf in het voorjaar van 1970 Istituto heeft doen weten af te zien van de aankoop van grote hoeveelheden aminobutanol, voor de levering waarvan destijds een contract bestond tussen Istituto en Zoja;

dat, toen Zoja zich eind 1970 opnieuw voor dit produkt tot Istituto wendde, deze na informatie bij CSC genoodzaakt was te antwoorden dat CSC inmiddels haar verkoopbeleid had gewijzigd en het produkt niet meer beschikbaar was;

dat de beleidswijziging van CSC zou zijn ingegeven door de rechtmatige overweging dat het voor haar voordeliger was haar produktie uit te breiden tot de fabricage van eindprodukten en zich niet te beperken tot de fabricage van grondstoffen of halffabrikaten;

dat zij in overeenstemming met dit beleid zou hebben besloten haar produkt op te werken en voortaan geen aminobutanol meer te leveren, behoudens voor zover het reeds door haar wederverkopers aangegane verplichtingen betrof;

24 Overwegende dat, blijkens de stukken en de mondelinge discussie, de levering van grondstoffen voor wat de EEG betreft, is beperkt tot Istituto, die, zoals uiteengezet in CSC's verzoekschrift, in 1968 was begonnen met de ontwikkeling van eigen specialiteiten op basis van ethambutol, in november 1969 de voor de produktie vereiste goedkeuring van de Italiaanse Regering had verkregen, en in 1970 met de produktie van haar specialiteiten was aangevangen;

dat Zoja op haar vraag naar de mogelijkheid van nieuwe aminobutanolleveranties een ontkennend antwoord heeft gekregen;

dat CSC heeft besloten haar nitropropaan- en aminobutanolleveranties aan derden te beperken, zoal niet geheel te beëindigen, teneinde zelf gemakkelijker toegang te krijgen tot de markt voor de afgeleide produkten;

25 dat een onderneming — in het bezit van een machtspositie voor de produktie van de grondstoffen en uit dien hoofde in staat de bevoorrading van de producenten van afgeleide produkten te controleren — zich op grond van haar besluit zelf die derivaten te gaan produceren, waardoor zij de concurrente zou worden van haar vroegere afnemers, evenwel niet zodanig mag gaan gedragen, dat zij de mededinging dier voormalige afnemers — en in casu één

van de voornaamste ethambutolproducenten binnen de gemeenschappelijke markt — kan uitschakelen;

dat, waar zodanig gedrag in strijd is met de doelstellingen van artikel 3, sub f, van het Verdrag, nader uitgewerkt in de artikelen 85 en 86, bijgevolg de bezitter van een machtspositie op de grondstoffenmarkt, die — teneinde die grondstoffen voor zijn eigen produktie van derivaten te reserveren — de levering ervan weigert aan een afnemer welke zelf producent van die derivaten is, met de kans elke concurrentie vanwege die afnemer uit te schakelen, misbruik maakt van zijn machtspositie in de zin van artikel 86;

dat het in dit verband niet ertoe doet of de stopzetting van de leveranties in het voorjaar van 1970 het gevolg was van een annulering van de aankopen door Zoja, aangezien uit de uiteenzettingen van verzoeksters zelf blijkt dat na afwikkeling van het leveringscontract de verkoop van aminobutanol in elk geval zou zijn beëindigd;

26 dat evenmin behoeft te worden onderzocht, zoals verzoeksters willen, of Zoja in 1970 en 1971 dringend behoefte had aan aminobutanol, dan wel nog over grote hoeveelheden van dit produkt beschikte, zodat zij in staat was haar produktie tijdig te reorganiseren, aangezien deze vraag door de beoordeling van verzoeksters' gedrag niet relevant is;

27 Overwegende ten slotte dat CSC nog heeft betoogd dat haar produktie van nitropropaan en aminobutanol moet worden beoordeeld in het kader van de nitrering van paraffine, dat nitropropaan slechts één der derivaten daarvan is en aminobutanol insgelijks slechts één derivaat van nitropropaan;

dat derhalve de produktiemogelijkheden van de twee betrokken produkten niet onbeperkt zouden zijn, doch deels afhangen van de afzetmogelijkheden voor de andere derivaten;

28 Overwegende evenwel dat verzoeksters geen serieus weerwoord hadden op de bewering in de bestreden beschikking, dat „gezien de capaciteit van de produktie-installaties van CSC, kan worden gesteld dat CSC in de behoeften van Zoja kan voorzien, aangezien deze slechts een zeer bescheiden percentage (ongeveer 5 tot 6%) van CSC's totale produktie van nitropropaan vertegenwoordigen";

dat daaruit moet worden geconcludeerd dat de Commissie terecht heeft gemeend met zodanige beweringen geen rekening te moeten houden;

29 dat deze middelen derhalve moeten worden verworpen;

d) De beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten

30 Overwegende dat het volgens verzoeksters' betoog in casu voornamelijk om de wereldmarkt gaat, daar Zoja 90% van haar produktie buiten de gemeenschappelijke markt afzet, met name in de ontwikkelingslanden, die een veel interessanter markt voor tuberculosegeneesmiddelen vormen dan de landen van de Gemeenschap, waar bedoelde ziekte grotendeels is verdwenen;

dat de afzet van Zoja binnen de gemeenschappelijke markt voorts zou worden beperkt doordat zij in verscheidene Lid-Staten stuit op de octrooien van andere vennootschappen, inzonderheid van American Cyanamid, welke haar de verkoop van specialiteiten op ethambutolbasis onmogelijk maken;

dat derhalve het misbruik van een machtspositie, zo dit al moet worden aangenomen, niet zou vallen binnen de werkingssfeer van artikel 86, dat zodanig misbruik slechts verbiedt „voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed";

31 Overwegende dat deze zinsnede het toepassingsgebied van de Gemeenschapsvoorschriften beoogt af te bakenen tegenover de nationale wetgevingen;

dat zij dus niet kan worden uitgelegd in die zin, dat zij de toepassing van het gegeven verbod beperkt tot industriële en commerciële activiteiten ter bevoorrading van de Lid-Staten;

32 dat immers de verboden van de artikelen 85 en 86 moeten worden uitgelegd en toegepast in het licht van artikel 3, sub f, van het Verdrag, bepalende dat de activiteit van de Gemeenschap de invoering omvat van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst, en van artikel 2 van het Verdrag, luidens hetwelk de Gemeenschap tot taak heeft „de harmonische ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap te bevorderen";

dat artikel 86, houdende verbod van misbruik van een machtspositie voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, derhalve zowel praktijken op het oog heeft, die de verbruikers rechtstreeks nadeel kunnen berokkenen, als die welke hun indirect nadeel toebrengen doordat zij een effectieve concurrentiestructuur, als bedoeld in artikel 3, sub f, van het Verdrag, aantasten;

33 dat de communautaire instanties het geïncrimineerde gedrag derhalve moeten beschouwen in al zijn gevolgen voor de concurrentiestructuur binnen de gemeenschappelijke markt, ongeacht of de produktie bestemd is voor afzet binnen de gemeenschappelijke markt dan wel voor uitvoer;

dat, wanneer de binnen de gemeenschappelijke markt gevestigde bezitter van een machtspositie door misbruik daarvan een eveneens binnen de gemeenschappelijke markt gevestigde mededinger tracht uit te schakelen, het niet ertoe doet of dat gedrag betrekking heeft op de exportactiviteiten van die mededinger dan wel op zijn intracommunautaire activiteiten, zodra vaststaat dat die uitschakeling niet zonder weerslag zal blijven op de concurrentiestructuur binnen de gemeenschappelijke markt;

34 dat bovendien de tegengestelde opvatting er in de praktijk toe zou leiden dat de produktie en afzet van Zoja door CSC en Istituto zouden worden gecontroleerd;

dat ten slotte Zoja's kostprijzen er dusdanig door zouden worden beïnvloed, dat de verkoopmogelijkheden van de door haar geproduceerde ethambutol in gevaar zouden kunnen komen;

35 Overwegende voorts dat uit de mondelinge discussie is gebleken dat Zoja thans in elk geval de betrokken produkten naar minstens twee Lid-Staten kan uitvoeren en feitelijk uitvoert;

dat die uitvoer door de moeilijkheden die deze vennootschap in de weg zijn gelegd, in gevaar wordt gebracht en bijgevolg de handel tussen de Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed;

e) De CSC-Istituto-groep als economische eenheid

36 Overwegende dat verzoeksters met een beroep op 's Hofs rechtspraak, met name de arresten 48-69, 52-69 en 53-69 van 14 juli 1972 (Jurisprudentie 1972, blz. 619, 787 en 845), bestrijden dat CSC werkelijk controlemacht over Istituto uitoefent en zij een economische eenheid vormen;

dat de twee vennootschappen steeds onafhankelijk van elkaar zouden hebben gehandeld, zodat CSC niet verantwoordelijk kan worden gesteld voor de handelingen van Istituto noch Istituto voor die van CSC;

dat CSC, zo zij al een machtspositie zou bezitten op de wereldmarkt voor grondstoffen voor de fabricage van ethambutol, bijgevolg niet binnen de Gemeenschap zou hebben gehandeld, zodat het geïncrimineerde gedrag slechts kan worden toegeschreven aan Istituto, die evenwel geen machtspositie op de betrokken markt heeft;

37 Overwegende dat in hoofdstuk II A van de bestreden beschikking

a) een uiteenzetting wordt gegeven van CSC's participatie in het kapitaal en het bestuur van Istituto,

b) wordt vermeld dat volgens CSC's jaarverslagen Istituto één van haar dochterondernemingen is,

c) uit het in 1970 door CSC aan haar wederverkopers opgelegde verbod tot verkoop van nitropropaan en aminobutanol voor de ethambutolfabricage, wordt afgeleid dat CSC wel degelijk controlemacht over Istituto uitoefent, en

d) melding wordt gemaakt van een poging van Istituto om Zoja door middel van een fusie te absorberen, aan welke poging CSC niet vreemd zal zijn geweest;

dat daaruit wordt geconcludeerd dat „CSC de controlemacht over Istituto heeft en deze in feite ook uitoefent, op zijn minst genomen wat de betrekkingen met Zoja betreft", en er dientengevolge aanleiding is „om de vennootschappen CSC en Istituto, wat betreft hun verhouding tot Zoja en voor de toepassing van artikel 86, te beschouwen als vormden zij één en dezelfde onderneming of economische eenheid";

38 Overwegende vooreerst dat uit de aangehaalde passages volgt dat als ongegrond moet worden afgewezen de grief, dat de Commissie in de loop van het onderhavige geding haar standpunt in zoverre heeft gewijzigd, dat zij, na in de beschikking te hebben gesteld dat de twee vennootschappen in alle opzichten een economische eenheid vormden, zich vervolgens heeft beperkt tot de stelling dat zij in elk geval in hun verhouding tot Zoja als zodanige eenheid hebben gehandeld;

39 Overwegende ten aanzien van het middel ten gronde, dat de bestreden beschikking, naast de in hoofdstuk II A genoemde elementen, andere bevat die de stelling inzake de economische eenheid van CSC en Istituto, wat betreft hun gedrag ten aanzien van Zoja, kunnen ondersteunen;

dat te dien aanzien bijzonder veelzeggend is de in hoofdstuk II A gesignaleerde coïncidentie, dat CSC besloot haar produktie tot een verder verwerkingsstadium uit te breiden in de periode toen Istituto, tot dan toe wederverkoopster van nitropropaan en aminobutanol, haar activiteit als ethambutolproducente aanving;

dat het moeilijk is geen verband te zien tussen de beslissing van CSC geen nitropropaan en aminobutanol meer te verkopen, en de uitzondering, gemaakt voor Istituto, die werd voorzien van dextro-aminobutanol voor haar eigen produktie van ethambutol en specialiteiten op basis daarvan;

40 dat eveneens veelzeggend is de in hoofdstuk III A der beschikking gesignaleerde omstandigheid, dat Istituto nog op de markt beschikbare voorraden nitropropaan heeft opgekocht en vervolgens verkocht aan verffabrikanten met het verbod tot wederverkoop voor farmaceutisch gebruik buiten de gemeenschappelijke markt;

41 dat, wat de markt voor nitropropaan en derivaten daarvan betreft, het gedrag van CSC en Istituto derhalve werd gekenmerkt door een duidelijke eenheid van optreden, hetgeen, mede gezien de controlemacht van CSC over Istituto, een bevestiging vormt van de conclusies der bestreden beschikking, dat de twee vennootschappen wat hun betrekkingen met Zoja betreft, zijn te beschouwen als een economische eenheid en dat het geïncrimineerde gedrag hun gezamenlijk is aan te rekenen;

dat, zo gezien, het betoog van CSC, dat zij niet heeft gehandeld binnen de gemeenschappelijke markt en de Commissie bijgevolg niet bevoegd is verordening nr. 17/62 op haar toe te passen, eveneens moet worden verworpen;

II — Ten aanzien van de maatregelen en sancties, voorzien in de bestreden beschikking

42 Overwegende dat bij de bestreden beschikking CSC en Istituto is bevolen op straffe van een dwangsom binnen 30 dagen aan Zoja te leveren 60000 kg nitropropaan of 30000 kg aminobutanol en binnen twee maanden ter goedkeuring aan de Commissie voorstellen voor te leggen voor de verdere bevoorrading van Zoja, en een gezamenlijk verschuldigde boete is opgelegd van 200000 rekeneenheden, zijnde 125000000 lire;

43 dat verzoeksters in de eerste plaats betwisten dat artikel 3 van verordening nr. 17/62, krachtens welke bepaling de Commissie de betrokken ondernemingen kan verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken, haar de bevoegdheid geeft specifieke en nauwkeurig omschreven leveringen te bevelen;

44 dat zij in de tweede plaats de Commissie verwijten misbruik te hebben gemaakt van de bevoegdheden, haar verleend om vervalsing van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt tegen te gaan, en de bepalingen van artikel 86 ook buiten het gebied van de Gemeenschap te hebben toegepast, door leveringen te bevelen die niet in verhouding staan tot de behoeften van Zoja voor de voorziening van haar afnemers in de Gemeenschap, maar eerder zijn afgestemd op haar activiteit op de wereldmarkt;

45 Overwegende ten aanzien van het eerste middel, dat naar luid van artikel 3 van verordening nr. 17 de Commissie, indien zij een inbreuk vaststelt op artikel 86, „de betrokken ondernemingen... bij beschikking (kan) verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken";

dat de toepassing van deze bepaling moet zijn afgestemd op de aard van de inbreuk en zowel het bevel kan omvatten bepaalde, onrechtmatig nagelaten handelingen of prestaties te verrichten, als het verbod zekere, met het Verdrag strijdige activiteiten, praktijken of toestanden te continueren;

dat de Commissie te dien einde de betrokken ondernemingen eventueel kan verplichten haar voorstellen te doen om de situatie weer met de eisen van het Verdrag in overeenstemming te brengen;

46 dat de Commissie, na in casu een met artikel 86 onverenigbare verkoopweigering te hebben vastgesteld, derhalve zowel de levering kon bevelen van zekere hoeveelheden grondstoffen om de vastgestelde weigering tot levering goed te maken, als de aanbieding van voorstellen om een herhaling van de geïncrimineerde gedraging te voorkomen;

dat de Commissie, om het nuttig effect van haar beschikking te verzekeren, kon bepalen wat minimaal vereist was om de inbreuk ongedaan te maken en Zoja tegen de gevolgen ervan te vrijwaren;

dat de Commissie, door bij de bepaling van Zoja's behoeften de omvang van vroegere leveringen als maatstaf te nemen, haar beoordelingsvrijheid dienaangaande niet heeft overschreden;

47 dat het eerste middel derhalve niet is gegrond;

48 Overwegende ten aanzien van het tweede middel, dat, zoals hiervoor reeds is vastgesteld, uit de zinsnede „voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed" niet mag worden afgeleid dat alleen de gevolgen van een eventuele inbreuk voor de intracommunautaire handel in aanmerking moeten worden genomen voor het afbakenen van de inbreuk en haar gevolgen;

dat bovendien een als door verzoeksters gesuggereerde beperking van de maatregel ertoe zou hebben geleid dat de produktie en afzet van Zoja door CSC-Istituto zouden worden gecontroleerd en eerstgenoemde in de situatie zou zijn gebracht dat haar kostprijs dusdanig werd beïnvloed, dat de verkoopmogelijkheden van de door haar geproduceerde ethambutol erdoor in gevaar zouden kunnen komen;

dat de Commissie in die omstandigheden de betrokken maatregelen noodzakelijk heeft kunnen achten voor de instandhouding van een effectieve concurrentiestructuur;

49 Overwegende dat de Commissie zowel in de bestreden beschikking als in de loop van de onderhavige procedure een rechtstreeks debat over de betrokken grief weliswaar voortdurend uit de weg is gegaan, maar daarentegen vanaf de mededeling van de punten van bezwaar heeft staande gehouden dat, waar het geïncrimineerde gedrag was gericht op de uitschakeling van één der voornaamste concurrenten binnen de gemeenschappelijke markt, het vóór alles erop aankwam door gepaste maatregelen een zodanige aantasting van de mededinging in de Gemeenschap te voorkomen;

dat zowel in de bestreden beschikking als in de processtukken de getroffen maatregelen aldus zijn gemotiveerd, dat het noodzakelijk was te voorkomen dat het gedrag van CSC en Istituto het verweten gevolg kon hebben en Zoja kon uitschakelen als één der belangrijkste ethambutolproducenten in de Gemeenschap;

dat deze motivering de kern van de zaak raakt en dus niet onvoldoende kan worden geacht;

50 dat dit middel derhalve evenmin doel kan treffen;

III — Ten aanzien van de opgelegde boete

51 Overwegende dat bij de bestreden beschikking de vennootschappen CSC en Istituto een gezamenlijk verschuldigde boete is opgelegd van 200000 rekeneenheden, zijnde 125000000 lire;

Overwegende dat de zwaarte van de inbreuk weliswaar een hoge boete rechtvaardigt, doch in aanmerking moet worden genomen dat de duur ervan, door de beschikking op meer dan twee jaar gesteld, had kunnen worden bekort, indien de Commissie, gewaarschuwd door Zoja's klacht van 8 april 1971 — dat wil zeggen een half jaar na de eerste weigering van CSC-Istituto —, eerder tussenbeide was gekomen;

dat bovendien de schadelijke gevolgen van het verweten gedrag beperkt zijn gebleven doordat CSC-Istituto de bij de beschikking bevolen leveranties hebben uitgevoerd;

52 Overwegende dat, in het bijzonder gelet op deze omstandigheden, termen aanwezig zijn om de boete te verlagen en te bepalen op 100000 rekeneenheden, zijnde 62500000 lire;

Ten aanzien van de kosten

53 Overwegende dat ingevolge artikel 69, paragraaf 2, eerste alinea, van 's Hofs Reglement voor de procesvoering de in het ongelijk gestelde partij in de kosten moet worden verwezen voor zover zulks is gevorderd;

dat, aangezien verzoeksters op de belangrijkste punten in het ongelijk zijn gesteld, zij in de kosten van het onderhavige geding moeten worden verwezen;

Gezien de processtukken;

Gehoord het rapport van de Rechter-Rapporteur;
Gehoord de mondelinge opmerkingen van partijen;
Gehoord de conclusie van de Advocaat-Generaal;
Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, met name artikel 86;
Gelet op het Financieel Reglement van 30 juli 1968, met name artikel 17;
Gelet op de verordeningen nr. 17/62 van de Raad en nr. 99/63 van de Commissie van de Europese Economische Gemeenschap;
Gelet op het Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Economische Gemeenschap;
Gelet op het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen;

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende, verstaat, met afwijzing van het meer of anders gevorderde:

1. De verzoeken tot nietigverklaring in de zaken 6 en 7-73 worden afgewezen;

2. De bij de beschikking van de Commissie van 14 december 1972 (PB 1972, nr. L 299, blz. 51 e.v.) aan verzoeksters opgelegde, gezamenlijk verschuldigde boete wordt verminderd tot 100000 rekeneenheden, zijnde 62500000 lire;

3. Verzoeksters worden verwezen in de kosten van het geding.

Lecourt Donner Sørensen Monaco Mertens de Wilmars

Pescatore Kutscher Ó Dálaigh Mackenzie Stuart

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op zes maart negentienhonderdvierenzeventig.

De Griffier — De President

A. Van Houtte — R. Lecourt

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL J.-P. WARNER VAN 22 JANUARI 1974 [1]

Inhoud

Inleiding 263

De bevoegdheid van de Commissie 265
1. *Zijn CSC en ICI één onderneming?* 265
2. *De „effects doctrine"* 268

De machtspositie van de „CSC-ICI-groep" 269
1. *De relevante markt* 269
2. *Het produktie- en verkoopmonopolie van de CSC-ICI-groep voor 1-nitropropaan en aminobutanol* 270
3. *1-Nitropropaan en aminobutanol als onmisbare grondstoffen voor de industriële produktie van ethambutol* 271

Het misbruik van een machtspositie door de CSC-ICI-groep 272

Ongunstige invloed van het misbruik op de handel tussen Lid-Staten 274

De bevoegdheid van de Commissie tot het geven van specifieke opdrachten tot levering aan Zoja 275

Wijze van bevoegdheidsuitoefening door de Commissie 276

De boete 277

Vormgebreken van de procedure voor de Commissie 277

De kosten 278

1 — Vertaald uit het Engels.