II

(Atti per i quali la pubblicazione non è una condizione di applicabilità)

COMMISSIONE

DECISIONE DELLA COMMISSIONE

del 15 dicembre 1975

concernente una procedura ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE
(IV/27.073 — Bayer/Gist-Brocades)

(I testi in lingua tedesca e olandese sono i soli facenti fede)

(76/172/CEE)

LA COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE,

visto il trattato che istituisce la Comunità economica europea, in particolare l'articolo 85,

visto il regolamento n. 17 del Consiglio del 6 febbraio 1962 (1), in particolare gli articoli 4, 6 e 8,

vista la procedura che la Commissione ha iniziato d'ufficio il 18 dicembre 1974, a norma dell'articolo 3 del regolamento n. 17, relativamente ai contratti stipulati nel 1969 e nel 1971 fra la società Bayer AG, Leverkusen (Repubblica federale di Germania) e la società Gist-Brocades NV, Delft (Paesi Bassi), per la fabbricazione e la fornitura di penicillina greggia e di acido 6-amminopenicillanico,

vista la notifica dei suddetti contratti, fatta dagli interessati alla Commissione il 5 maggio 1975,

sentite le imprese interessate a norma dell'articolo 19, paragrafo 1, del regolamento n. 17 e delle disposizioni del regolamento n. 99/63/CEE (2),

vista la pubblicazione del contenuto essenziale dei contratti precitati effettuata a norma dell'articolo 19, paragrafo 3, del regolamento n. 17, nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* n. C 198 del 29 agosto 1975,

sentito il parere emesso dal comitato consultivo in materia di intese e posizioni dominanti, in data 21 ottobre 1975, ai sensi dell'articolo 10 del regolamento n. 17,

I

I fatti

Considerando che i fatti sono i seguenti:

1. *Oggetto della procedura*

Sono oggetto della presente procedura diversi contratti stipulati fra Bayer e Gist-Brocades negli anni 1969 e 1971 e modificati negli anni 1973 — 1975: detti contratti riguardano la fabbricazione di penicillina greggia negli impianti di Gist-Brocades, la fornitura di tale prodotto a Bayer, nonché la fabbricazione di acido 6-amminopenicillanico (6-AAP) negli impianti di Bayer, che ha luogo in parte in base ad un sistema di lavorazione su commessa.

2. *I prodotti*

a) La penicillina greggia è il prodotto naturale del metabolismo delle colture di muffe generatrici di penicillina. Essa costituisce il prodotto di base per la fabbricazione dei sali sterili penicillina G e penicillina V e in misura sempre maggiore per la fabbricazione del prodotto intermedio 6-AAP, che a sua volta viene trasformato per via chimica in penicil-

(1) GU n. 13 del 21. 2. 1972, pag. 204/62.
(2) GU n. 127 del 20. 8. 1963, pag. 2268/63.

line semisintetiche (ampicilline, ecc.). Inoltre la penicillina greggia è usata per l'acido 7-desacitossi-ammino-cefalosporanico (7-ADCA), che serve quale prodotto intermedio nella fabbricazione di specialità a base di cefalofosporina. La produzione di penicillina non è più soggetta a diritti di brevetto dalla fine degli anni 60. Tuttavia essa richiede particolari cognizioni delle tecniche di fermentazione per la coltivazione e lo sviluppo di ceppi di muffe ad alto rendimento. La costruzione di nuovi impianti richiede investimenti relativamente elevati. I costi di fabbricazione della penicillina greggia incidono in una misura compresa fra il 50 e il 70 % su quelli delle specialità semisintetiche da essa ottenute.

b) Il 6-AAP è stato scoperto nel 1957 dalla società Beecham la quale è titolare di brevetti concernenti il prodotto e il relativo procedimento di fabbricazione. I brevetti concernenti il prodotto, che sono ancora in atto in alcuni paesi del Mercato comune, scadono nel luglio 1978.

Bayer ha inventato nel 1960 un procedimento biologico indipendente da quello di Beecham, per il quale Bayer ha concesso, fra gli altri, a Beecham una licenza con diritto di concedere sub-licenze. A sua volta, Beecham ha concesso una licenza sul brevetto concernente il prodotto stesso a Bayer nonché altre licenze e sub-licenze a una serie di altre imprese di cui alcune stabilite nel Mercato comune.

Gist-Brocades ha messo a punto, nel 1966, un nuovo procedimento chimico, distinto da quello di Bayer, per la fabbricazione di 6-AAP, per il quale Gist, per quanto concerne il Mercato comune, ha concesso una licenza a Bayer e, al di fuori di esso, ad un gran numero di produttori, soprattutto in America. Nei paesi in cui i prodotti farmaceutici non sono brevettabili (Italia, paesi dell'Est), si impiega per lo più il procedimento Gist-Brocades, dato che, in quanto procedimento chimico, può essere più facilmente ricostruito in base alle pubblicazioni di brevetti.

Recentemente sono stati messi a punto altri procedimenti ; i più importanti, già industrialmente utilizzabili, sono quelli di Bayer (nuovo procedimento a base di resine enzimatiche), di Beecham (nuovo procedimento a base di resine enzimatiche, distinto da quello di Bayer), di Astra (Svezia), di SNAM-Progetti (Italia) e di Ishimaru (Giappone).

La fabbricazione di 6-AAP non ha un costo pari a quello della penicillina greggia. Impiegando un procedimento chimico, la fabbricazione può essere effettuata, senza trasformazioni importanti, anche in altri impianti chimici.

Il 6-AAP è un prodotto intermedio, che è trasformato in parte dai produttori stessi in penicilline semisintetiche e che in parte viene fornito per la trasformazione ad altri produttori. Per la trasformazione esistono vari procedimenti, che sono protetti da brevetti detenuti da un gran numero di produttori. Tali penicilline semisintetiche sono sia utilizzate dal produttore stesso per preparare specialità medicinali, sia vendute sfuse come sostanze attive a case dell'industria farmaceutica prive di una produzione propria di 6-AAP.

Vanno pertanto distinti quattro livelli di mercato : la penicillina greggia, il 6-AAP come prodotto intermedio, le penicilline semisintetiche sfuse e i prodotti finiti, cioè le penicilline G e V sotto forma di sali sterili nonché le diverse specialità a base di penicilline semisintetiche che sono rivendute, munite del marchio dei singoli produttori, ad enti ospedalieri e farmacie.

c) Le cefalosporine non sono oggetto degli accordi in questione, ma sono molto affini ai prodotti a cui essi si riferiscono. Esse vengono fabbricate partendo in parte dalla penicillina greggia attraverso lo stadio intermedio del 7-ADCA ed in parte dalla cefalosporina C, che è protetta da brevetto a favore del National Research Development Corporation inglese, attraverso il prodotto intermedio acido 7-ammino-cefalosporanico (7-ACA). Sia per il 7-ADCA che per il 7-ACA, Gist-Brocades detiene brevetti di procedimento. Altri procedimenti sono protetti da brevetti detenuti da Glaxo, Ciba e Lilly.

I prodotti a base di penicillina e cefalosporina — al pari degli antibiotici a largo e medio spettro come i sulfamidi, il cloranfenicolo e la tetraciclio — sono considerati, in senso lato, sostanze battericide. Esistono però differenze sostanziali fra i singoli prodotti per quanto riguarda le indicazioni, la tolleranza da parte dell'organismo, gli effetti secondari, il prezzo e l'abitudine dei medici a prescriverne l'uso.

3. *Le imprese interessate dalla procedura*

a) Bayer è una delle più importanti società dell'industria farmaceutica europea. Essa possiede imprese di produzione, di trasformazione e di distribuzione in tutto il Mercato comune. Il suo fatturato mondiale nel settore farmaceutico ha raggiunto circa 1,6 miliardi di DM nel 1974, dei quali 550 milioni di DM sono stati fatturati nel territorio nazionale ; la maggior parte delle esportazioni è stata destinata a paesi terzi.

La penicillina rappresenta circa il 14 % del fatturato totale : le vendite di tale prodotto nel territorio nazionale hanno raggiunto 133 milioni di DM di fatturato e quelle effettuate all'estero hanno raggiunto 100 milioni di DM, di cui il 30 % realizzati oltremare. Bayer deve la sua importanza principale al fatto di vendere prodotti finiti a base di penicilline semisintetiche, soprattutto di ampicilline e di prodotti di combinazione. Bayer vende 6-AAP soltanto alla Farmitalia e alla società belga Recherches et industries thérapeutiques (RIT) ; essa

vende ampicillina e feneticillina sfuse soltanto a Pfizer, a Merck e a Hoechst. Nel Mercato comune Bayer offre specialità a base di penicilline semisintetiche soltanto in Belgio e in Italia. Sul mercato della cefalosporina, della stessa famiglia, essa non è presente.

b) Gist-Brocades è un'impresa specializzata nelle tecniche di fermentazione (enzimi, lieviti, alcool). La sua particolare importanza consiste nella vendita di prodotti intermedi (6-AAP e ampicillina sfusa) come pure nella fabbricazione di 7-ADCA e nella successiva trasformazione di questo in preparati a base di cefalosporina. In confronto a quella della Bayer, la vendita dei prodotti finiti di Gist-Brocades è notevolmente inferiore. Gist-Brocades ha impianti di produzione in Portogallo (Mycofabril), società di distribuzione nel Regno Unito, in Italia, nel Belgio e in Francia e, per quanto riguarda la Repubblica federale di Germania, è legata a Grünenthal da accordi di cooperazione. Nel 1974, il suo fatturato complessivo nel settore farmaceutico è ammontato a 400 milioni di fiorini, di cui 135 milioni relativi alle vendite di penicillina.

c) Anteriormente alla stipulazione dei contratti oggetto della presente procedura, sia Gist-Brocades che Bayer producevano penicillina greggia. La produzione di Gist-Brocades era comunque notevolmente più rilevante di quella di Bayer : 560 Mega contro 100 Mega nel 1970. Per di più, Gist-Brocades otteneva un rendimento notevolmente più elevato grazie all'utilizzo d'un migliore ceppo di muffa e di una tecnica di fermentazione più sviluppata. Bayer copriva il proprio fabbisogno supplementare di penicillina greggia presso Rhône-Poulenc e, in misura crescente, presso Gist-Brocades.

Sia Bayer che Gist-Brocades fabbricavano 6-AAP nei propri impianti : nel 1969 Bayer ha prodotto, secondo il proprio procedimento biologico, 65 tonnellate, mentre Gist-Brocades ha prodotto, secondo il proprio procedimento chimico, 70 tonnellate, in un impianto che precedentemente era servito alla produzione di cloramfenicolo.

L'aumento delle vendite di penicillina ha reso necessario un ampliamento delle capacità di produzione. Per Bayer si presentava il problema, da un lato, se assicurare l'approvvigionamento di penicillina greggia grazie ad un nuovo impianto proprio, comportante investimenti molto elevati, oppure mediante contratti di acquisto a lungo termine, e, d'altro lato, d'aumentare le capacità produttive di 6-AAP. Per Gist-Brocades si trattava, da un lato, di aumentare la produzione di penicillina greggia e, d'altro lato, di risolvere il probelema se fosse conveniente potenziare l'esistente capacità di 6-AAP ovvero convertire tali capacità per la fabbricazione di 7-ADCA : nel secondo caso il fabbisogno di 6-AAP avrebbe dovuto essere assicurato mediante contratti di fornitura a lungo termine.

4. *Tenore dei contratti*

Gli accordi comunicati alla Commissione nel 1971, notificati formalmente il 5 maggio 1975, e modificati il 14 marzo 1973 ed il 5 giugno 1975, prevedono quanto segue.

I due contratti di fornitura stipulati il 7 maggio 1969 partono dalla premessa che Bayer non intende ampliare i propri impianti per la produzione di penicillina greggia e che Gist-Brocades non intende ampliare i propri impianti per la produzione di 6-AAP. Gist è disposta ad ampliare il proprio impianto per la produzione di penicillina greggia con l'aiuto finanziario e l'obbligo di acquisto pluriennale da parte della Bayer. Lo stesso vale per Bayer per quanto riguarda gli impianti nei quali Bayer produce 6-AAP in parte secondo il proprio procedimento e in parte — in base al contratto di licenza concluso anch'esso il 7 maggio 1969 — secondo il procedimento Gist-Brocades. L'obbligo di Bayer di fornire 6-AAP a Gist-Brocades è stato modificato, con contratto del 14 marzo 1973, in un sistema di lavorazione su commessa.

Bayer e Gist-Brocades si sono reciprocamente concessi prestiti successivi (Bayer 25,6 milioni di Dm, Gist-Brocades 14,9 milioni di DM) per ampliare gli impianti. I prestiti sono concessi per 10 anni, sono produttivi d'interessi e sono rimborsabili in rate uguali, delle quali la prima è dovuta allo scadere del secondo anno dalla data della loro concessione.

I contratti prevedono una pianificazione quantitativa a lungo termine per periodi di cinque anni. La pianificazione quantitativa a breve termine comporta per Bayer e Gist l'obbligo di comunicarsi l'un l'altro, non oltre tre mesi prima dell'inizio dell'anno, le quantità definitive di prodotto loro occorrenti per l'anno successivo. Ciascun contraente è obbligato a fornire i quantitativi richiesti, nella misura permessa dalla parte delle capacità di produzione che è stata finanziata dall'altro contraente. Durante l'anno, le quantità ordinate possono essere aumentate o diminuite del 5 o 10 %.

Qualora un contraente ordini quantitativi che superino la parte da esso finanziata della capacità produttiva degli impianti dell'altro contraente e qualora, per tale motivo, quest'ultimo decida di procedere ad un ampliamento degli impianti stessi, il primo contraente è tenuto a fornire all'altro un aiuto finanziario proporzionato. Non esiste tuttavia alcun obbligo d'ampliare gli impianti. In caso di rifiuto a tali ampliamenti, l'altro contraente può — come previsto anche alla cessazione del contratto — esigere che gli venga concessa una licenza sui diritti di proprietà industriale esistenti, che gli vengano comunicate le informazioni tecniche più aggiornate e che — per quanto riguarda la penicillina greggia — gli vengano trasferiti sia il ceppo matrice occorrente per produrre la penicillina che le informazioni sui metodi di conservazione della coltura.

La qualità dei prodotti da fornire è specificata nei contratti. Il prezzo da corrispondere si compone

— dei costi di fabbricazione, calcolati secondo un metodo stabilito in comune, in base alla produzione totale rispettivamente di penicillina greggia o di 6-AAP secondo il contraente interessato,
— degli interessi sul capitale proprio e di terzi,
— degli interessi e delle rate d'ammortamento per il prestito concesso dall'altro contraente,
— della maggiorazione per spese di ricerca (qualora uno specifico accordo lo preveda),
— di una cosiddetta addizionale di « coproduzione », ossia di un importo fisso per ciascuna unità fornita, graduato secondo la quantità prelevata,
— di un adeguamento alle eventuali fluttuazioni del corso dei cambi,
— di un adeguamento, in caso d'eventuale diminuzione dei prezzi mondiali, consistente in una diminuzione della suddetta addizionale di « coproduzione » qualora i corsi mondiali calino al di sotto del prezzo calcolato come sopra.

Entrambi i contraenti hanno il diritto di far controllare da esperti i documenti necessari per la valutazione degli elementi del calcolo dei costi.

Per quanto riguarda la ricerca, entrambi i contraenti conservano libertà piena. Gist-Brocades concentrerà un ingente sforzo di ricerca nel settore della penicillina greggia e Bayer in quello del 6-AAP : essi si comunicheranno i risultati di tali ricerche. In caso d'aumento delle spese di ricerca, è prevista una partecipazione finanziaria dell'altro contraente proporzionalmente ai quantitativi da lui acquistati. Gist-Brocades ha l'obbligo di comunicare a Bayer lo sviluppo delle tecniche di fermentazione consentendo a Bayer di conoscerle come se Bayer ne fosse a conoscenza grazie a lavori propri. Bayer ha l'obbligo di mantenere segreti tutte le informazioni e i documenti ricevuti.

Con il contratto di licenza, concluso contemporaneamente, Gist-Brocades concede a Bayer una licenza semplice, non cedibile, relativa al suo procedimento chimico e procura a Bayer il « know-how » occorrente alla fabbricazione del 6-AAP nella Repubblica federale di Germania. Bayer ottiene inoltre una licenza semplice, non cedibile, per lo sfruttamento e la distribuzione su scala mondiale del 6-AAP in tal modo fabbricato. Entrambi i contraenti sono obbligati a tenersi informati reciprocamente sui miglioramenti apportati al procedimento ed a concedersi una licenza in relazione alle eventuali invenzioni di miglioramento. Cio vale anche per l'eventuale invenzione di **un** nuovo procedimento di fabbricazione del 6-AAP. Fintanto che Bayer fornira a Gist-Brocades il 6-AAP, la licenza sara gratuita. Qualora l'obbligo di fornitura venga a cessare, e previsto il pagamento di un « adeguato » canone di licenza. Con un accordo del 5 giugno 1975 e stato soppresso l'obbligo, precedentemente stipulato, di riconoscere la validita dei brevetti esistenti o futuri.

I suddescritti contratti di fornitura, di fabbricazione, di commissione e di licenza sono stati completati da un contratto « quadro » in data 19 maggio 1971. Questo contratto disciplinava il finanziamento della costruzione o dell'ampliamento degli impianti di produzione della penicillina greggia presso Gist-Brocades e del 6-AAP presso Bayer, il conferimento di questi impianti a due filiali comuni, la creazione di un comitato paritetico per coordinare la collaborazione nonché lo scambio di informazioni e di risultati nell'ambito della ricerca. A tale scopo, sono stati fondati la « Penicillin-Chemie GmbH Elberfeld » e la « Penicilline-Chemie Delft BV », alle quali Bayer e Gist-Brocades partecipavano ciascuna per il 50 % e nelle quali esse erano rappresentate da un uguale numero di amministratori per ciascuna. Il terreno sul quale erano situati gli impianti per la produzione di penicillina e di 6-AAP doveva essere messo a disposizione delle filiali comuni in base a contratti di superficie e gli edifici e gli impianti dovevano essere dati in locazione al contraente che vi avrebbe fabbricato il prodotto interessato.

Poiché la Commissione ha mosso alcune obiezioni alla creazione di tali filiali comuni in quanto mezzo di controllo in comune della produzione e degli investimenti, come tale incompatibile con le disposizioni dell'articolo 85, le parti contraenti hanno deciso, il 5 giugno 1975, di porre termine al contratto-quadro, e, segnatamente, di non includere le filiali comuni nella loro collaborazione — vale a dire o di porle in liquidazione ovvero di trasferirle per intiero ad uno dei due contraenti —, di sciogliere il comitato paritetico e, d'altra parte, di prolungare la durata dei contratti di fornitura e di lavorazione su commessa da 10 a 30 anni ; questi contratti sono validi fino all'anno 2001, a meno che l'ultimo prestito non sia ancora interamente rimborsato a questa data. La società Penicillin-Chemie GmbH Elberfeld è stata liquidata : le quote della Bayer nella Penicilline Delft BV sono state trasferite a Gist.

5. *Evoluzione dopo la stipulazione degli accordi*

In base ai citati accordi le capacità produttive di penicillina greggia di Gist-Brocades e quelle di 6-AAP di Bayer sono state potenziate. La produzione di penicillina greggia è oggi concentrata presso Gist-Brocades, quella di 6-AAP presso Bayer.

Gist-Brocades fornisce la penicillina greggia di cui abbisogna Bayer, mentre il rimanente è venduto a terzi od è trasformato da Gist-Brocades in derivati (in piccola parte in penicillina V). Bayer trasforma circa metà della penicillina greggia in 6-AAP per conto della Gist-Brocades lavorando su commessa ed utilizzando il procedimento chimico sul quale gli è stata data licenza da Gist ; Bayer trasforma l'altra metà della penicillina greggia in 6-AAP utilizzando il proprio processo enzimatico recentemente messo a punto, soprattutto allo scopo di effettuare essa stessa la trasformazione in penicilline semisintetiche.

L'incidenza delle vendite di 6-AAP a terzi è scarsa presso Bayer ma piuttosto rilevante presso Gist-Brocades. Le vendite di Gist-Brocades a terzi sono quasi triplicate tra il 1971 e il 1974.

Sia la penicillina greggia che il 6-AAP sono venduti nel mondo intero. Le spese di trasporto rivestono un'importanza del tutto secondaria.

In seguito all'ampliamento dei suoi impianti per la fabbricazione di penicillina greggia, Gist-Brocades è diventata uno dei più grandi produttori del mondo (16 % della produzione mondiale); la posizione di mercato di Pfizer e Beecham è tuttavia quasi equiparabile : Pfizer ha una quota sul mercato mondiale del 13 % circa e Beecham raggiungerà circa il 12 % dopo che avrà realizzato il progettato ampliamento degli impianti di produzione di penicillina greggia. Altri importanti produttori, che producono non solo per il proprio fabbisogno ma anche per la vendita a terzi, sono Glaxo, Bristol, Wyeth, Rhône-Poulenc e Hoechst.

Dopo il potenziamento delle capacità di produzione di 6-AAP di Bayer, Bayer e Gist-Brocades sono diventati i più importanti produttori mondiali di 6-AAP insieme con Beecham e Bristol (USA) : i quantitativi prodotti da Bayer tanto per conto di Gist-Brocades che per il proprio fabbisogno ammontano al 15 % circa della produzione mondiale. I principali concorrenti sono Beecham (circa 20 %) e Bristol (12,5 %). I quantitativi prodotti dalle imprese italiane rappresentano il 15 % circa. Questi dati non tengono però conto della produzione di 6-AAP iniziata recentemente secondo i nuovi procedimenti di Beecham, di Astra e di Ishimaru.

Sia per la penicillina greggia che per il 6-AAP i paesi del Mercato comune sono di gran lunga i principali produttori : essi forniscono circa il 60 % della produzione mondiale mentre il loro consumo di prodotti finiti è in proporzione notevolmente più basso, poiché rappresenta all'incirca il 25 — 30 % del consumo mondiale. Queste cifre non tengono tuttavia conto della produzione e del consumo nei paesi comunisti per i quali non si hanno dati attendibili.

Sul mercato delle penicilline e della cefalosporina, che è un prodotto della stessa famiglia fabbricato parzialmente a base di penicillina greggia, le specialità a base di penicilline semisintetiche rappresentano circa il 48 %, la cefalosporina il 32 % e le penicilline tradizionali G e V circa il 20 %.

Nel settore delle specialità a base di penicilline semisintetiche, Bayer detiene una posizione di primo piano in Germania, mentre ha solo una posizione di secondo piano negli altri Stati membri. In questi paesi i più importanti produttori sono Rhône-Poulenc in Francia, Farmitalia in Italia, Beecham e Glaxo nella Gran Bretagna e in Irlanda, Astra in Danimarca e Bristol, Beecham, RIT e Mycofarm (Gist-Brocades) nel Benelux.

Nel settore della cefalosporina, Gist-Brocades ricopre una posizione non trascurabile grazie ai brevetti che detiene nel settore dei prodotti intermedi. I suoi concorrenti principali sono Glaxo, Lilly e Ciba-Geigy : Bayer non è presente in questo campo.

Nel settore della penicillina V, i più importanti produttori sono Bristol, Lilly, l'impresa danese Novo e l'impresa austriaca Biochemie che appartiene al gruppo Sandoz.

6. I prezzi medi annui della penicillina greggia e del 6-AAP, se si confrontano gli anni 1970 e 1974, accusano una tendenza al ribasso. I prezzi all'ingrosso delle preparazioni d'ampicillina (la specialità più venduta tra quelle a base di penicilline semisintetiche) hanno subito un calo del 15 % nel 1971 e del 10 % nel 1974 ; i prezzi delle altre penicilline semisintetiche talvolta sono diminuiti e talvolta sono leggermente aumentati. I prezzi delle penicilline G e V sono rimasti praticamente invariati negli ultimi 10 anni.

7. In seguito alla pubblicazione del contenuto essenziale della notifica a norma dell'articolo 19, paragrafo 3, del regolamento n. 17 non sono pervenute alla Commissione osservazioni da parte di terzi ;

II

Applicabilità dell'articolo 85, paragrafo 1

Considerando che, in base all'articolo 85, paragrafo 1, sono incompatibili con il Mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del Mercato comune ;

considerando che gli accordi di cui trattasi sono contemplati da queste disposizioni per i seguenti motivi :

1. Bayer e Gist-Brocades sono imprese ai sensi dell'articolo 85.

2. I contratti conclusi tra di esse sono accordi tra imprese ai sensi di detta disposizione.

3. I contratti hanno per oggetto e per effetto di limitare la concorrenza all'interno del Mercato comune.

a) Per quanto riguarda la concorrenza tra i contraenti in materia di ricerca, questa viene limitata dall'obbligo, previsto dal contratto di licenza, di concedersi reciprocamente licenze in relazione sia ai miglioramenti tecnici dei procedimenti già esistenti sia a procedimenti nuovi, distinti da quelli preesistenti, per la fabbricazione di 6-AAP. In tal modo, fintanto che i contratti restano in vigore, nessun dei due contraenti può assicurarsi né un vantaggio concorrenziale sull'altro nel settore della ricerca né lo sfruttamento individuale esclusivo dei risultati di questa.

b) Inoltre, viene limitata la concorrenza tra i contraenti nel settore della produzione di penicillina greggia e di 6-AAP.

Bayer e Gist-Brocades erano e sono concorrenti nella produzione e nella vendita di penicillina greggia, di 6-AAP e delle specialità a base di penicilline che se ne ricavano. Prima delle conclusione degli accordi in parola, entrambi i contraenti erano effettivamente indipendenti sul mercato in causa a tutti i livelli suddescritti. Date le loro dimensioni rispettive e l'esperienza in materia di produzione, entrambi, per far fronte al crescente fabbisogno, avrebbero potuto procedere alla costruzione o all'ampliamento dei propri impianti produttivi indipendentemente l'uno dall'altro. Essendo il maggiore dei contraenti, Bayer avrebbe potuto — come essa stessa ha concretamente inteso — effettuare da sola un elevato investimento per costruire un impianto per la produzione di penicillina greggia. Utilizzando i procedimenti da essa sviluppati e per essa brevettati, Gist-Brocades avrebbe potuto continuare la produzione di 6-AAP nei propri impianti e, in caso di necessità, potenziarli indipendentemente da Bayer.

Abbandonando ciascuna una parte della loro produzione a favore dell'altra, Bayer e Gist-Brocades hanno effettuato una specializzazione che hanno consolidata per mezzo dei contratti di acquisto a lungo termine e del sistema degli investimenti comuni. Fintantoché rimarranno in vigore i contratti di fornitura a lunga scadenza, tali società hanno di fatto rinunciato a farsi reciprocamente concorrenza nella produzione del prodotto intermedio affidato, ciò che sarebbe stato possibile tanto a Bayer quanto a Gist-Brocades. Per quanto riguarda il 6-AAP, gli stessi interessati hanno ammesso che le imprese di trasformazione che non abbiano mai operato come produttori possono in qualsiasi momento iniziare una fabbricazione propria e pertanto le parti contraenti debbono tener conto di tale possibilità nella vendita di 6-AAP a dette imprese. Questo vale ancor più per Gist-Brocades, in quanto titolare del brevetto e già produttore.

È bensì vero che tale rinuncia non risulta da un obbligo contrattuale esplicito, ma la Commissione ne deduce l'esistenza dal complesso delle circostanze di fatto. L'abbandono della produzione di penicillina greggia da parte di Bayer e l'abbandono della produzione di 6-AAP da parte di Gist-Brocades sono avvenuti simultaneamente ed erano funzione l'uno dell'altro. Abbandonando tali produzioni nessuno dei contraenti ha voluto creare un rapporto unilaterale di dipendenza, perché entrambi temevano « che un siffatto rapporto di dipendenza avesse un giorno potuto essere sfruttato per conquistare una nuova quota di mercato ». Entrambi hanno partecipato al finanziamento della costruzione o dell'ampliamento degli impianti dell'altro contraente e hanno accettato di maggiorare la loro partecipazione in caso di aumento del fabbisogno. Ad entrambi interessa sfruttare detti impianti il più razionalmente possibile, cioè coprire al massimo il loro fabbisogno con tale produzione. Entrambi si sono impegnati a cedere all'altro, alla cessazione dei contratti, il ceppo di muffa (penicillina greggia) ed il « know-how » (6-AAP) occorrentigli per la ripresa di una produzione propria di penicillina greggia. Gist-Brocades si è impegnato a concedere a Bayer licenze non soltanto relative a miglioramenti tecnici dell'attuale procedimento per la fabbricazione di 6-AAP, ma anche a nuovi procedimenti, il che è comprensibile soltanto se la specializzazione della produzione è mantenuta anche qualora l'altro contraente scopra un nuovo procedimento. Tenuto conto di tutte queste circostanze, sarebbe contrario allo spirito e allo scopo degli accordi il fatto che uno dei contraenti, durante la durata dei contratti, operi liberamente ed indipendentemente dall'altro nel settore produttivo di quest'ultimo e svolga una concorrenza nei suoi confronti.

c) Questa specializzazione è completata da reciproci contratti di fornitura a lungo termine. Tali contratti non obbligano espressamente il contraente a coprire il proprio fabbisogno esclusivamente nell'ambito dei contratti stessi. Ma i vincoli reciproci a lungo termine, e l'interdipendenza creata dalla specializzazione e dalla partecipazione agli investimenti dell'altro, comportano necessariamente che ciascun contraente soddisfaccia normalmente il proprio fabbisogno presso l'altro. I prezzi di cessione, che vengono calcolati in base ai criteri prestabiliti, sono talmente favorevoli che i contraenti non possono aver interesse a rifornirsi presso terzi, salvo in caso di diminuzione o interruzione della produzione presso l'altro contraente.

4. Agli accordi partecipano imprese di diversi Stati membri. Gli accordi riguardano prodotti trasformati o meno, che possono essere e sono oggetto di commercio intracomunitario. Gli accordi danno ad entrambi gli interessati la possibilità di rafforzare la loro posizione sul rispettivo mercato nazionale, di proteggerla dall'influenza dell'altro e di coordinare le rispettive posizioni sui mercati approvvigionati in comune. Essi sono, pertanto, suscettibili di pregiudicare il commercio tra Stati membri e sono quindi colpiti dal divieto di cui all'articolo 85, paragrafo 1 ;

III

Applicabilità dell'articolo 85, paragrafo 3

Considerando che, a norma dell'articolo 85, paragrafo 3, le disposizioni dell'articolo 85, paragrafo 1, possono essere dichiarate inapplicabili ad un accordo che

contribuisca a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di

a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi,

b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi ;

considerando che queste condizioni sono soddisfatte nel caso di specie per i seguenti motivi :

1. Relativamente al quesito se i contratti contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione o a promuovere il progresso tecnico e economico, si tratta di accertare se obiettivamente le restrizioni imposte dai contratti permettano di realizzare dei miglioramenti che non si potrebbero conseguire senza di esse. La valutazione deve partire dal principio, adottato in sede di creazione del Mercato comune, che la concorrenza leale e non falsata costituisce il mezzo migliore per assicurare l'approvvigionamento regolare del mercato a prezzi vantaggiosi. Si potrà perciò parlare di un contributo al miglioramento del processo economico ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3, solo nei casi in cui la concorrenza non sia in grado, eccezionalmente, di dare il risultato più favorevole sul piano economico.

Qualora venga concordata, come nel caso in esame, una specializzazione della produzione tra imprese di primaria importanza che operano da lungo tempo sul mercato e sono dotate di ingenti mezzi finanziari, non si può presumere automaticamente che tali imprese non sarebbero in grado da sole, cioè senza cooperare con un grosso concorrente, di assumere l'onere e il rischio economico connessi con l'ampliamento delle unità produttive ai fini della razionalizzazione della produzione.

Nel caso di specie la Commissione doveva però tener conto delle limitate possibilità di Bayer di ampliare i propri impianti di produzione di penicillina greggia in funzione del suo crescente fabbisogno. La qualità ed il rendimento del ceppo di penicillina greggia della Bayer erano scarsi. Il potenziamento del rendimento del ceppo era praticamente escluso. Bayer doveva perciò ricorrere ad un'impresa specializzata nella tecnica della fermentazione per migliorare la sua produzione di penicillina. Il perfezionamento e l'ampliamento dei propri impianti in collaborazione con Gist-Brocades non sarebbe stato, per motivi tecnici, così razionale come l'ampliamento degli impianti di produzione di penicillina greggia di Gist-Brocades, finanziato in comune. D'altro lato ciò ha permesso di convertire gli impianti di Bayer per adattarli alla fabbricazione, con macchinari più moderni, di quantitativi maggiori di 6-AAP. In questo senso i contratti contribuiscono a migliorare la produzione.

2. Per mezzo dei contratti i due contraenti hanno ampliato la propria produzione in modo tale da lasciar presumere che i relativi vantaggi vengano ripercossi sui consumatori. I consumatori possono usufruire di prodotti che sono il risultato delle cognizioni tecniche di ambedue i contraenti. Le imprese che non hanno una produzione propria di penicillina greggia o di 6-AAP sono state messe in grado di acquistare quantitativi maggiori dai due contraenti e in particolare da Gist-Brocades. Tra il 1971 e il 1974 Gist-Brocades ha pressoché triplicato le sue vendite di penicillina greggia e di 6-AAP a terzi ; i prezzi da essa praticati accusano una tendenza al ribasso. Di conseguenza queste imprese terze possono produrre maggiori quantitativi di specialità a base di penicillina e offrirli sul mercato, in concorrenza con Gist-Brocades e Bayer. Tale ampliamento dell'offerta e l'andamento generale dei prezzi al livello dei prodotti finali indicano che i consumatori partecipano in congrua misura ai vantaggi derivanti dai contratti. Occorre tuttavia imporre opportuni oneri ai contraenti per permettere alla Commissione di seguire l'evoluzione del mercato.

3. Nella loro versione modificata i contratti non contengono disposizioni che non siano indispensabili per il conseguimento dei loro obiettivi.

a) La decisione dei contraenti di astenersi durante la vigenza di contratti dall'esercitare un'attività produttiva nel settore in cui l'altro si è specializzato ed ha concentrato i propri sforzi è altrettanto necessaria quanto le disposizioni relative alla copertura a lunga scadenza del fabbisogno presso l'altro contraente.

Non esiste un obbligo di approvvigionamento esclusivo. Ciascun contraente può, in caso di fabbisogno supplementare, ricorrere liberamente alle offerte del mercato libero. Le disposizioni dei contratti offrono da un lato ai contraenti un minimo di sicurezza per la pianificazione della produzione e delle vendite e, dall'altro, lasciano ai contraenti piena libertà di decidere, indipendentemente l'uno dall'altro, in merito all'effettivo sfruttamento e all'ampliamento degli impianti produttivi che formano oggetto della specializzazione, in quanto i contraenti non siano vincolati da reciproci obblighi di fornitura. Bayer può a sua discrezione aumentare la produzione di 6-AAP in modo da incrementare la trasformazione in specialità a base di penicilline semisintetiche. Gist può determinare da solo il volume effettivo della produzione di penicillina greggia e quindi anche i quantitativi da trasformare nei sali sterili penicillina G e V nonché in 7-ADCA, un prodotto intermedio destinato alla fabbricazione di cefalosporina. Solo se un contraente desidera acquistare dall'altro quantitativi che eccedono la capacità produttiva dell'impianto finanziato in comune, esso è tenuto a dare un contributo finanziario proporzionato.

b) Questo presupposto per un comportamento di mercato indipendente, nonostante la specializzazione, non era previsto nella precedente versione dei contratti. Gli impianti dovevano essere conferiti ad imprese comuni alle quali i due contraenti avrebbero partecipato in maniera paritetica sia sul piano finanziario che personale. La creazione di tali imprese comuni ha comportato una restrizione della concorrenza tra i contraenti in quanto ha permesso il controllo comune degli investimenti e della produzione di penicillina greggia e di 6-AAP. Grazie alla partecipazione paritetica nell'impresa comune e al coordinamento nell'ambito del previsto comitato comune, ciascun contraente avrebbe potuto bloccare tutti gli atti di gestione che non fossero consoni alle proprie concezioni commerciali. Ne sarebbe potuto derivare l'obbligo a fissare congiuntamente i quantitativi da produrre ; nessuno dei contraenti avrebbe potuto decidere unilateralmente, senza il consenso dell'altro, di aumentare i quantitativi destinati alla rivendita o ad un'ulteriore trasformazione e di incrementare in tal modo l'offerta di prodotti sul mercato a svantaggio dell'altro.

Una così ampia limitazione della concorrenza tra i contraenti nel settore degli investimenti e della produzione non poteva essere considerata necessaria per l'attuazione della specializzazione.

c) La clausola di non contestazione pattuita nel contratto di licenza è stata soppressa dai contraenti poiché costituiva una restrizione non indispensabile. Il fatto che Gist-Brocades e Bayer, due dei maggiori produttori nel campo del 6-AAP, si fossero impegnati a non contestare i loro rispettivi brevetti, avrebbe potuto impedire che procedimenti per loro natura non brevettabili fossero impiegati da terzi a vantaggio dei consumatori.

d) Per contro l'obbligo di accordarsi reciproche licenze non solo relative ai perfezionamenti apportati ai processi di fabbricazione, ma anche relative a nuovi procedimenti distinti per la fabbricazione del 6-AAP, è stato considerato indispensabile. Esso è necessario per garantire la specializzazione in modo da ottenere lo sfruttamento ottimale degli impianti in base ai più moderni e più redditizi procedimenti. Non essendo prevista l'esclusiva di tali licenze, non è ostacolata la concessione di licenze a terzi. L'imposizione di opportuni oneri a carico dei contraenti deve consentire alla Commissione di controllare regolarmente l'applicazione di tale clausola.

e) I contratti non comportano in definitiva alcuna limitazione che non sia necessaria da un punto di vista economico. Per questa constatazione è determinante il fatto che la libera circolazione nella Comunità di 6-AAP, prodotto in base al procedimento della Gist, della Bayer o di terzi, non viene impedita o ostacolata né per contratto né di fatto.

4. Gli accordi non danno la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

a) Per accertare se ricorra questa condizione necessaria per un'esenzione, le condizioni del mercato all'interno della Comunità non possono essere valutate isolatamente data la loro stretta interdipendenza con le condizioni del mercato mondiale. Tanto la penicillina greggia quanto il 6-AAP vengono negoziati sul mercato mondiale indipendentemente dalla loro origine. Le spese di trasporto rivestono un'importanza del tutto secondaria. I produttori dei paesi terzi offrono questi prodotti sul Mercato comune e i produttori della Comunità svolgono un importante volume d'affari come fornitori sui mercati terzi.

b) Se si prende in considerazione il mercato della penicillina greggia e del 6-AAP, le quote di mercato dei contraenti risultano indubbiamente elevate, in base ai dati disponibili basati tuttavia parzialmente su stime. In seguito all'ampliamento delle capacità di produzione di penicillina greggia, Gist diventerà uno dei maggiori produttori del mondo (circa 16 % della produzione mondiale). Ciò non significa che Gist-Brocades abbia distanziato gli altri produttori indipendenti in modo tale da svolgere un ruolo determinante. Pfizer, che ora offre anch'essa gli stessi prodotti sul Mercato comune, realizza il 13 % della produzione mondiale, seguita da imprese importanti come Glaxo, Beecham, Rhône-Poulenc, Squibb e Hoechst. Beecham raddoppierà quasi la propria produzione di penicillina greggia entro il 1977, grazie agli investimenti effettuati recentemente, raggiungendo in tal modo un'importanza equiparabile a quella di Gist-Brocades.

Anche per quanto riguarda il 6-AAP, i contraenti detengono una posizione apprezzabile, grazie ai contratti. La quota della Gist-Brocades, prodotta per suo conto dalla Bayer, rappresenta circa il 15 % della produzione mondiale ; i quantitativi prodotti dalla Bayer per proprio conto rappresentano anch'essi circa il 15 %. Il più grosso produttore del mondo è Beecham con una quota del mercato mondiale stimata al 20 %. Un altro grande produttore non meno importante è Bristol. La presente analisi di mercato non tiene conto del fatto che la produzione di 6-AAP in base ai procedimenti di Astra, Snam-Progetti e Ishimaru è stata iniziata solo di recente su vasta scala industriale ; ciò significa che il numero dei grossi produttori di 6-AAP è destinato ad aumentare in un prossimo futuro.

c) Nel valutare la posizione di mercato dei contraenti la Commissione ha considerato inoltre che la penicillina greggia non rappresenta soltanto la sostanza di base indispensabile per la fabbricazione del 6-AAP, ma costituisce o può costituire anche la materia prima per la fabbricazione dei sali sterili penicillina G e V nonché dei prodotti intermedi 7-ADCA e 7-ACA, destinati alla produzione di cefalosporina. Altri produttori, diversi dai produttori di penicillina, fabbricano specialità a base di cefalosporina, impiegando a tale scopo cefalosporina C; l'importanza di questi prodotti è in aumento rispetto alle specialità a base di penicillina. Non si può perciò negare un influsso di questi produttori sul mercato di prodotti finali e intermedi a base di penicillina. Nella loro politica di vendita della penicillina greggia e del 6-AAP Gist e Bayer non possono non tener conto di questi produttori.

d) La Commissione ha infine tenuto conto del fatto che la specializzazione della produzione non consente, nella fattispecie, ai contraenti di offrire gli stessi prodotti a prezzi uguali o comparabili, in base alla reciproca integrazione dei rispettivi assortimenti, né di svolgere la loro attività su mercati distinti. Bayer e soprattutto Gist non offrono soltanto sul mercato dei derivati del 6-AAP (sfusi o in confezioni destinate al consumo) prodotti differenti, ma conducono una diversa politica di vendita anche sul mercato del 6-AAP: Bayer trasforma la maggior parte della produzione di 6-AAP in specialità, mentre Gist-Brocades fornisce la maggior parte dei quantitativi a sua disposizione ad una serie di imprese terze trasformatrici non collegate né con Gist né con Bayer.

Per questi motivi nella fattispecie i contraenti non hanno la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

5. In base all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento n. 17 la Commissione deve controllare che sono tuttora soddisfatte le condizioni previste dall'articolo 85, paragrafo 3.

Per essere meglio in grado di seguire le effettive ripercussioni della cooperazione specializzata, in particolare nei riguardi della posizione di mercato dei terzi, è opportuno obbligare i contraenti, imponendo loro un onere in questo senso, a informare annualmente la Commissione sugli investimenti, sulla produzione, sulle forniture all'altro contraente ed a terzi e sui prezzi medi praticati.

La Commissione deve essere inoltre in grado di accertare che la concorrenza sul mercato di cui trattasi non venga pregiudicata in contrasto con quanto previsto dalla presente decisione. Ciò potrebbe avvenire in particolare tramite partecipazioni finanziarie o personali — sia dirette che indirette, ad esempio partecipazioni comuni o incrociate — sia che si tratti di imprese appartenenti al gruppo di ciascun contraente o di imprese di uno dei due gruppi, da un lato, e di concorrenti effettivi o potenziali, dall'altro. Ciò vale innanzitutto per i prodotti che formano direttamente oggetto della presente procedura, ossia la penicillina greggia e il 6-AAP, ma anche per i prodotti che si possono equiparare al prodotto intermedio 6-AAP, poiché sono fabbricati (7-ADCA) o possono essere fabbricati (7-ACA) a base di penicillina greggia.

Per consentire alla Commissione di svolgere questo compito, occorre garantire, imponendo degli oneri in questo senso ai contraenti, che essa venga tempestivamente informata dai contraenti dell'esistenza di siffatti collegamenti;

IV

Durata di validità della decisione di esenzione

Considerando che, in base a quanto sopra esposto, si può rilasciare una dichiarazione di esenzione, subordinata a determinati oneri, nei riguardi dei contratti notificati e modificati; che, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento n. 17, gli effetti della decisione decorrono dal giorno in cui gli interessati hanno modificato i contratti in modo da renderli conformi alle condizioni previste dall'articolo 85, paragrafo 3, ossia il 5 giugno 1975; che, per la determinazione della durata ai sensi dell'articolo 8 del regolamento n. 17, va tenuto conto, da un lato, che, in considerazione degli investimenti non irrilevanti che sono stati necessari per attuare la specializzazione, è opportuno accordare ai contraenti un termine sufficientemente lungo e, d'altro lato, che la posizione dei contraenti, la struttura del mercato e il progresso tecnologico esigono che i contratti oggetto della presente procedura vengano riesaminati in un prossimo futuro; che una durata di validità di otto anni appare appropriata per la decisione di esenzione,

HA ADOTTATO LA PRESENTE DECISIONE:

Articolo 1

Le disposizioni dell' articolo 85, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità economica europea, sono dichiarate inapplicabili, a norma dell'articolo 85, paragrafo 3, ai contratti relativi alla fabbricazione di penicillina greggia ed acido — 6-amino — penicillanico, conclusi il 7 maggio 1969 e modificati in data 14 marzo 1973 e 5 giugno 1975, tra Bayer AG, Leverkusen e Gist-Brocades NV, Delft.

Articolo 2

Alla decisione d'esenzione sono connessi i seguenti oneri :

1. I due contraenti sono tenuti a comunicare senza ritardo alla Commissione ogni modifica ed ogni complemento apportati ai predetti contratti, anche se per via arbitrale.

2. Per quanto riguarda il settore della penicillina greggia e del 6-AAP, i due contraenti dovranno comunicare annualmente alla Commissione, entro il 30 giugno di ogni anno :

   a) le licenze, comprese le relative condizioni, concesse l'uno all'altro in base agli accordi,

   b) gli investimenti, le capacità produttive esistenti e la produzione effettiva,

   c) le quantità trasformate in proprio, quelle fornite all'altro contraente nonché le forniture effettuate ad imprese terze,

   d) la media annua dei prezzi praticati reciprocamente o a terzi,

   e) i prezzi delle specialità a base di penicilline sintetiche vendute all'ingrosso alle farmacie, ossia i prezzi di listino e gli sconti applicati.

3. Ciascun contraente è tenuto a comunicare senza indugio alla Commissione le seguenti forme di legami tra di esso e l'altro contraente o tra di esso e un'altra impresa :

   a) partecipazioni pari o superiori al 25 % del capitale,

   b) partecipazioni negli organi di un'altra società,

   c) costituzione o acquisto di imprese comuni.

   Tale obbligo si riferisce ad imprese che svolgono un'attività di produzione, di trasformazione o di distribuzione nel settore della penicillina o della cefalosporina.

Articolo 3

Gli effetti della presente decisione, per quanto riguarda l'articolo 1, decorrono dal 5 giugno 1975. La decisione è valida fino al 31 dicembre 1983 ed è destinata alle imprese Bayer AG, D 509, Leverkusen, Bayerwerk e Gist-Brocades NV Wateringseweg, Delft (Paesi Bassi).

Fatto a Bruxelles, il 15 dicembre 1975.

Per la Commissione

A. BORSCHETTE

Membro della Commissione