II

(Retsakter hvis offentliggørelse ikke er obligatorisk)

KOMMISSION

KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 15. december 1975

om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/27.073 — Bayer/Gist-Brocades)

(Den tyske og den nederlandske tekst er de eneste autentiske)

(76/172/EØF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab, særlig artikel 85,

under henvisning til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (1), særlig artikel 4, 6 og 8,

under henvisning til den procedure vedrørende de mellem Bayer AG, Leverkusen, Tyskland, og Gist-Brocades NV, Delft, Nederlandene, i årene 1969 og 1971 indgåede aftaler om fremstilling og levering af råpenicillin og 6-aminopenicillansyre, som Kommissionen på eget initiativ indledte den 18. december 1974 i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17,

under henvisning til anmeldelse til Kommissionen, foretaget den 5. maj 1975, af deltagerne i de nævnte aftaler,

under henvisning til høring af de deltagende virksomheder i overensstemmelse med artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 i forbindelse med bestemmelserne i forordning nr. 99/63/EØF (2),

under henvisning til offentliggørelse af aftalernes indhold i hovedtræk i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* nr. C 198 af 29. august 1975 i overensstemmelse med artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17,

under henvisning til den af Det rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål den 21. oktober 1975 i henhold til artikel 10 i forordning nr. 17 afgivne udtalelse, og

ud fra følgende betragtninger:

I

De faktiske omstændigheder

1. *Genstand for proceduren*

Genstanden for denne procedure er de aftaler, som blev indgået mellem Bayer og Gist-Brocades i årene 1969 og 1971, og som blev ændret i årene 1973 og 1975, om fremstilling af råpenicillin i Gist-Brocades anlæg og om levering heraf til Bayer samt om fremstilling af 6-aminopenicillansyre (6 APS) i Bayers anlæg; denne produktion sker delvis i regning for Gist-Brocades.

2. *Produkterne*

a) Råpenicillin er det naturlige stofskifteprodukt af penicillindannende svampekulturer. Det er grundmaterialet ved fremstilling af de sterile salte penicillin G og penicillin V og i stadig højere grad ved fremstilling af mellemproduktet 6-APS, der ad kemisk vej videreforarbejdes til de halvsyntetiske penicilliner (ampicilliner osv.). Desuden anvendes råpe-

(1) EFT nr. 13 af 21. 2. 1962, s. 204/62.
(2) EFT nr. 127 af 20. 8. 1963, s. 2268/63.

nicillin til udvinding af 7-desacetoxy-amino-cefalosporan-syre (7-ADCA), der bruges som mellemprodukt ved fremstilling af cefalosporinspecialiteter.

Siden slutningen af tresserne er fremstilling af råpenicillin ikke længere patentbeskyttet. Fremstillingen kræver imidlertid særligt kendskab til fermentationsteknik ved dyrkningen og videreudviklingen af højtydende svampestammer. Oprettelse af nye anlæg kræver relativt store investeringer. Omkostningerne ved fremstilling af råpenicillin udgør mellem 50 og 70 % af omkostningerne ved de deraf udvundne halvsyntetiske penicillinspecialiteter;

b) 6-APS blev opfundet af Beecham i 1957. Beecham er indehaver af patenter både på produktet og på fremstillingsmetoden. De endnu eksisterende patenter på produktet i enkelte lande inden for fællesmarkedet udløber i juli 1976.

Bayer opfandt i 1960 en af Beecham biologisk metode, der er forskellige fra Beechams metode, på hvilken Bayer bl.a. gav Beecham licens med ret til at give underlicenser. Beecham gav på sin side Bayer licens på det patenterede produkt, ligesom Beecham gav andre licenser hhv. underlicenser til en række virksomheder bl. a. inden for fællesmarkedet.

Gist-Brocades udviklede i 1966 en ny, kemisk metode, der er forskellig fra Bayers metode til fremstilling af 6-APS. Inden for fællesmarkedet gav Gist licens på denne metode til Bayer og uden for fællesmarkedet til en række fabrikanter — frem for alt i Amerika. I de lande, hvor der ikke findes patenbeskyttelse for farmaceutiske produkter (Italien, Østbloklandene), anvendes i praksis mest Gist-Brocades-metoden, forid den som kemisk metode lettere kan eftergøres på grundlag af offentliggørelsen af patentet.

I den seneste tid er der udviklet andre metoder; de vigtigste, som allerede kan udnyttes industrielt, er Bayers, (ny enzymharpiksmetode), Beechams (ny, af Bayer uafhængig, enzymharpiksmetode, forskellig fra Bayers), Astras (Sverige), SNAM-Progettis (Italien) og Ishimarus (Japan).

Fremstilling af 6-APS er ikke så omkostningskrævende som fremstilling af råpenicillin; dersom der anvendes en kemisk metode, kan fremstillingen uden større omstilling også ske i andre kemiske oparbejdningsanlæg.

6-APS er et mellemprodukt, som producenterne dels selv videreforarbejder til halvsyntetiske penicilliner, dels leverer til andre videreforarbejdere; til denne videreforarbejdning findes der forskellige metoder, som er patentbeskyttede til fordel for en række producenter. De halvsyntetiske penicilliner forarbejdes dels af producenten selv til færdige medicinske specialiteter, dels leveres de som virksomme stoffer i bulkform til færdigvarevirksomheder (producenter inden for den farmaceutiske industri uden egen 6-APS-produktion).

Man må således sondre mellem forskellige omsætningsled: råpenicillin, 6-APS som mellemprodukt, halvsyntetiske penicilliner i bulkform og de endelige produkter penicillin G og penicillin V som sterile salte og de forskellige halvsyntetiske penicillinspecialiteter, der under forskellige færdigvareproducenters varemærker sælges til hospitaler og apoteker;

c) Cefalosporinerne er ikke omfattet af aftalerne, men er nært beslægtet med de af aftalerne omfattede produkter. De fremstilles delvis af råpenicillin med 7-ADCA som mellemprodukt, delvis af cefalosporin C, som er patentbeskyttet til fordel for det engelske National Research Development Corporation, med 7-amino-cefalosporansyre (7-ACA) som mellemprodukt. Gist-Brocades har patenter på metoder til fremstilling af både 7-ADCA og 7-ACA; andre metoder er patentbeskyttede til fordel for Glaxo, Ciba og Lilly.

I videre betydning henregnes penicillin- og cefalosporinpræparaterne, sammen med de bredspektrede og middelspektrede antibiotika, som sulfonamider, kloramfenikol og tetracykliner til de antibakterielt virkende stoffer; der findes imidlertid væsentlige forskelle mellem de enkelte produkter med hensyn til indikationer, forligelighed, bevirkninger, pris og lægernes ordinationssædvaner.

3. *De virksomheder, som berøres af proceduren*

a) Bayer er en af de mest betydelige virksomheder inden for den europæiske farmaceutiske industri. Bayer har produktions-, færdigvareproduktions- og salgsvirksomheder i hele fællesmarkedet; virksomhedens omsætning i hele verden inden for farmaceutika var i 1974 ca. 1,6 milliarder DM; den indenlandske omsætning var på 550 millioner DM, og af eksporten gik den allerstørste del til tredjelande.

Omsætningen på penicillinområdet udgør ca. 14 % af den samlede omsætning; den indenlandske omsætning var på 133 millioner DM, og eksporten på 100 millioner DM, heraf 30 % til oversøiske lande. Bayers største betydning ligger i afsætning af halvsyntetiske penicillin-færdigpræparater, frem for alt ampicilliner og kombinationspræparater. Bayer sælger kun 6-APS til Farmitalia og til den belgiske virksomhed Recherches et Industries Thérapeutiques (RIT), og sælger kun ampicillin (henholdsvis phenethicillin) i bulkform til Pfizer, Merck og

Hoechst ; inden for fællesmarkedet udbyder Bayer kun halvsyntetiske penicillin-specialiteter i Belgien og Italien ; Bayer er ikke repræsenteret på det beslægtede cefalosporinmarkedet.

b) Gist-Brocades beskæftiger sig særlig med fermentationsteknik (enzymer, gær, alkoholer). Gist-Brocades' særlige betydning ligger på mellemproduktområdet (salg af 6-APS og ampicillin i bulk-form) samt i fremstilling af 7-ADCA og videreforarbejdning heraf til cefalosporin-præparater, hvorimod færdigpræparaterne udgør en væsentligt mindre del af omsætningen end hos Bayer. Gist-Brocades har produktionsanlæg i Portugal (Mycofabril), salgsselskaber i Det forenede Kongerige, Italien, Belgien og Frankrig, og samarbejdsaftaler i Tyskland med Grünenthal. Den samlede omsætning inden for farmaceutika udgjorde i 1974 400 millioner gylden, hvoraf penicillin tegner sig for 135 millioner.

c) Før indgåelsen af de aftaler, der er genstand for denne procedure, fremstillede både Gist-Brocades og Bayer råpenicillin ; dog var Gist-Brocades' produktion væsentligt større end Bayers : 560 mega mod 100 mega i 1970. Desuden var Gist-Brocades' udbytte væsentligt bedre takket være den bedre svampestamme og den videreudviklede fermentationsteknik. Det yderligere behov for råpenicillin dækkede Bayer hos Rhône-Poulenc og — i stadig højere grad — hos Gist-Brocades.

Både Bayer og Gist-Brocades fremstillede 6-APS i egne anlæg : i 1969 producerede Bayer efter sin egen biologiske metode 65 tons, medens Gist-Brocades i et anlæg, der tidligere anvendtes til produktion af kloramfenikol, fremstillede 70 tons efter sin egen kemiske metode.

Ekspansionen inden for penicillinhandelen gjorde en forøgelse af produktionskapaciteten nødvendig. For Bayer drejede det sig om, hvorvidt forsyningen med råpenicillin skulle sikres ved hjælp af egne nye og meget investeringskrævende anlæg, eller ved hjælp af langfristede leveringsaftaler og desuden om udbygning af 6-APS-kapaciteten. For Gist-Brocades drejede det sig om udvidelse af råpenicillin-produktionen og om, hvorvidt den eksisterende 6-APS-kapacitet skulle udbygges eller omstilles til fremstilling af 7-ADCA ; i sidstnævnte tilfælde skulle behovet for 6-APS sikres ved hjælp af langfristede leveringsaftaler.

4. *Aftalernes indhold*

Aftalerne, som blev meddelt Kommissionen i 1971, som blev formelt anmeldt den 5. maj 1975, og som blev ændret den 14. marts 1973 og den 5. juni 1975, indeholder følgende nærmere bestemmelser :

De to leveringsaftaler, der blev indgået den 7. maj 1969, går ud fra, at Bayer ikke har til hensigt at udbygge sit produktionsanlæg for råpenicillin, og at Gist-Brocades ikke har til hensigt at udbygge sine 6-APS-anlæg. Gist er mod finansieringshjælp og en langfristet aftagelsesforpligtelse fra Bayers side rede til at udvide sine egne råpenicillinanlæg ; det samme gælder for Bayer med hensyn til de anlæg, hvor Bayer fremstiller 6-APS dels efter sin egen metode, dels — på grundlag af den ligeledes den 7. maj 1969 indgåede licensaftale — efter Gist-Brocades-metoden. Bayers pligt til at levere 6-APS til Gist-Brocades er ved aftale af 14. marts 1973 blevet ændret, således at fremstillingen sker i regning.

Bayer og Gist-Brocades har til udbygningen af anlæggene successivt stillet lån til rådighed for hinanden (Bayer 25,6 millioner DM, Gist-Brocades 14,9 millioner DM). Lånenes løbetid er på 10 år ; lånene forrentes og skal tilbagebetales ; tilbagebetalingen skal ske i lige store rater og skal påbegyndes to år efter, at lånet er ydet.

Aftalerne indeholder bestemmelser om en langfristet kvantitets-planlægning for fem år ad gangen. Den kortfristede kvantitets-planlægning består i, at Bayer og Gist-Brocades senest tre måneder inden hvert leveringsårs begyndelse angiver den endelige mængde, de har brug for i denne periode ; hver part er forpligtet til at levere denne mængde, for så vidt den kan dækkes af den del af kapaciteten, som den anden part har finansieret. Den part, der afgiver orden, kan i leveringsårets løb forhøje eller nedsætte leveringsmængden med 5 eller 10 %.

Såfremt den mængde, som en af parterne ønsker at aftage, overstiger den del af kapaciteten i den andens anlæg, som førstnævnte har finansieret, og såfremt den anden part derfor foretager en udbygning af anlægget, er førstnævnte forpligtet til at yde en tilsvarende hjælp til finansieringen. Parterne har dog ikke pligt til at udbygge anlæggene ; nægter en af parterne at udbygge anlægget, kan den anden part — ligesom ved aftalens ophør — forlange, at der gives ham licens til eksisterende industrielle ejendomsrettigheder, at der gives ham meddelelse om den seneste tekniske viden og — med hensyn til råpenicillin — at den nødvendige penicillindannende stamme overdrages sammen med kendskabet til de metoder, der anvendes til dyrkning heraf.

Den kvalitet, der skal leveres, er fastsat ved aftale. Den pris, der skal betales er sammensat af :

— produktionsomkostninger, der udregnes på grundlag af den pågældende parts samlede produktion af råpenicillin hhv. 6-APS efter et skema, der er fastlagt i fællesskab,

— renterne af den bundne egen- og fremmedkapital,

— renter og afdrag af lån, der er ydet af den anden part,

— tillægget til forskningsudgifter (såfremt der særskilt er truffet aftale herom),

— et såkaldt »Co-Producer-tillæg«, et fast beløb pr. leveringsenhed, der er gradueret efter den mængde, der aftages,

— en tilpasning til eventuelle differencer i valutakurserne,

— en tilpasning til eventuelle lavere verdensmarkedspriser ; denne tilpasning består i, at »Co-Producer-tillægget« nedsættes i tilfælde af, at verdensmarkedsprisen er lavere end den pris, der er beregnet ifølge det ovennævnte.

Begge parter har ret til at lade de bilag, der er nødvendige til bedømmelse af omkostningselementerne, kontrollere af sagkyndige.

Begge parter er frit stillede med hensyn til forskning ; Gist-Brocades vil iværksætte omfattende forskningsbestræbelser på råpenicillinområdet, Bayer vil gøre det samme på 6-APS-området, og de vil hver delagtiggøre den anden part i resultaterne af denne forskning. Aftalen indeholder bestemmelser om, at den anden part i tilfælde af øgede forskningsudgifter skal afholde en del af udgifterne i forhold til den aftagne mængde. Gist-Brocades har pligt til at give Bayer kendskab til videreudviklingen af fermentationsteknikken på samme måde, som hvis Bayer ved eget arbejde var blevet bekendt med den ; alle fortrolige oplysninger og bilag, som Bayer modtager, er undergivet tavshedspligt.

Ved den på samme tidspunkt indgåede licensaftale giver Gist-Brocades Bayer en ikke-eksklusiv, ikke-overdragelig licens på sin kemiske produktionsmetode og meddeler Bayer den nødvendige know-how til fremstilling af 6-APS i Forbundsrepublikken Tyskland. Desuden får Bayer en ikke-eksklusiv, ikke-overdragelig licens på i hele verden at anvende og sælge det således fremstillede 6-APS. Begge parter har pligt til at give hinanden oplysninger om metodeforbedringer og give licens på forbedringsopfindelser ; dette gælder også opfindelsen af en ny metode til fremstilling af 6-APS. Så længe Bayer forsyner Gist-Brocades med 6-APS, skal der ikke betales licensafgift ; i tilfælde af, at leveringspligten ophører, skal der betales en »rimelig« licensafgift. Den tidligere pligt til at anerkende gyldigheden af bestående eller fremtidige industrielle ejendomsrettigheder er ophævet ved aftale af 5. juni 1975.

De ovenfor beskrevne leverings- og licensaftaler og aftaler om fremstilling i regning suppleredes af en rammeaftale af 19. maj 1971. Denne aftale indeholdt bestemmelser om finansiering af nye eller udvidede produktionsanlæg for råpenicillin hos Gist-Brocades og for 6-APS hos Bayer. Aftalen indeholdt ligeledes bestemmelser om, at disse anlæg skulle henhøre under to fællesforetagender, og om et paritetisk sammensat råd til koordinering af samarbejdet og udveksling af informationer og forskningsresultater. Til dette formål oprettedes »Penicillin-Chemie Delft BV«, der ejedes af Bayer og Gist-Brocades med hver 50 %, og hvori disse selskaber havde samme antal direktører. Fællesforetagenderne skulle ved hjælp af »Erbbaurechtsverträge« (aftaler om overdragelig/arvelig ret til at eje bygninger på anden mands grund) have rådighed over den grund, hvorpå råpenicillin- og 6-APS-anlæggene var opført, og disse bygninger og anlæg skulle bortforpagtes til den part, der fremstiller det pågældende produkt.

Efter at Kommissionen havde rejst indvendinger mod fællesforetagenderne, idet Kommissionen havde gjort gældende, at de som et middel til fælles kontrol med produktion og investeringer var uforenelige med artikel 85, besluttede parterne den 5. juni 1975 at lade rammeaftalen ophøre, ikke at inddrage fællesforetagenderne i deres samarbejde — dvs. enten at likvidere dem eller at overdrage andelene til den anden part — og at opløse rådet. Det aftaltes dog at forlænge leveringsaftalerne og aftalerne om fremstilling i regning fra 10 til 30 år ; de gælder indtil år 2001, med mindre det sidste lån endu ikke er fuldt afdraget på dette tidspunkt. Penicillin-Chemie GmbH Elberfeld er blevet likvideret. Bayers andele i Penicilline Delft BV blev overdraget til Gist.

5. Udviklingen efter indgåelse af aftalerne

På grundlag af disse aftaler blev råpenicillin-kapaciteten hos Gist-Brocades udvidet, ligesom også Bayers 6-APS-kapacitet blev udvidet. Produktionen af råpenicillin er i dag samlet hos Gist-Brocades, og produktionen af 6-APS hos Bayer.

Gist-Brocades leverer den mængde råpenicillin, som Bayer har brug for, medens resten enten sælges til anden side eller videreforarbejdes til derivater af Gist-Brocades selv (heraf en lille del til penicillin V) ; Bayer forarbejder ca. halvdelen af råpenicillinen til 6-APS for Gist-Brocades i regning efter den kemiske metode, som Gist har givet Bayer licens på ; resten forarbejdes af Bayer efter dette selskabs egen, senest udviklede enzymatiske metode til 6-APS i hovedsagen med henblik på egen videreforarbejdning til halvsyntetiske penicilliner. Den del af 6-APS-salget, som sker til anden side, er for Bayers vedkommende ringe, hvorimod den for Gist-Brocades' ved kommende er betydelig. Gist-Brocades' salg til anden side er fra 1971 til 1974 næsten tredoblet.

Der handles med både råpenicillin og 6-APS i hele verden ; transportomkostningerne spiller en fuldstændig underordnet rolle.

Gist-Brocades er ved denne udbygning af råpenicillinanlæggene blevet en af verdens største producenter (16 % af verdensproduktionen) ; men Pfizer's og Beecham's markedstilling kan sammenlignes med Gist-Brocades' : Pfizer har en markedsandel på verdensmarkedet på ca. 13 %, og Beecham vil efter den planlagte udbygning af råpenicillinanlæggene tegne sig for ca. 12 %. Andre betydelige producenter, der ikke alene producerer til eget brug, men også med henblik på salg til anden side, er Glaxo, Bristol, Wyeth, Rhône-Poulenc og Hoechst.

Bayer og Gist-Brocades er, efter udbygningen af 6-APS-kapaciteten hos Bayer, sammen med Beecham og Bristol (USA) de mest betydelige producenter af 6-APS ; den mængde, som Bayer forarbejder for Gist-Brocades, udgør sammen med den mængde, som Bayer producerer til dækning af sit eget behov, omkring 15 % af verdensproduktionen. De vigtigste konkurrenter er Beecham med ca. 20 % Bristol med 12,5 %. Den mængde, der produceres af italienske virksomheder, udgør omkring 15 %. Der er herved ikke taget hensyn til den produktion af 6-APS, der i den seneste tid er sket efter den nye Beecham-Astra- og Ishimarumetode.

Både for så vidt angår råpenicillin og 6-APS ligger tyngdepunktet for produktionen i landene inden for fællesmarkedet ; ca. 60 % af verdensproduktionen fremstilles her, medens den del af de videreforarbejdede endelige produkter, der forbruges i disse lande, er væsentlig ringere, nemlig ca. 25 til 30 % af forbruget i hele verden. I denne forbindelse er der dog ikke taget hensyn til produktionen og forbruget i de kommunistiske lande, fordi der ikke foreligger pålidelige oplysninger herom.

På markedet for penicilliner og de lignende cefalosporiner, der til dels fremstilles på grundlag af råpenicillin, udgør de halvsyntetiske penicillin-specialiteter ca. 48 %, cefalosporinerne ca. 32 % og de klassiske penicilliner G og V ca. 20 %.

Inden for de halvsyntetiske penicillin-specialiteter har Bayer i Tyskland en førende stilling, hvorimod Bayers stilling i de andre stater er underordnet. De vigtigste udbydere i de andre medlemsstater er Rhône-Poulenc i Frankrig, Farmitalia i Italien, Beecham og Glaxo i Storbritannien og Irland, Astra i Danmark og Bristol, Beecham, RIT og Mycofarm (Gist-Brocades) i Benelux-området.

Inden for cefalosporin-området har Gist-Brocades takket være patenter i mellemprodukt-sektoren en ikke ubetydelig stilling ; de vigtigste konkurrenter er Glaxo, Lilly og Giba-Geigy, medens Bayer stilles opererer i denne sektor.

Inden for penicillin V-sektoren er Bristol, Lilly, den danske virksomhed Novo og den østrigske virksomhed Biochemie, der hører til Sandoz-koncernen, de vigtigste udbydere.

6. De årlige gennemsnitspriser for råpenicilliner og for 6-APS viser ved en sammenligning mellem årene 1970 og 1974 en nedadgående tendens ; engrospriserne for ampicillin-præparater (de mest solgte halvsyntetiske penicillin-specialiteter) er i 1971 blevet nedsat med 15 % og i 1974 med 10 %, og priserne for andre halvsyntetiske penicilliner er dels blevet nedsat og dels steget svagt ; priserne for penicillin G og V er i de seneste 10 år forblevet praktisk talt uændrede.

7. Der er ikke fremkommet bemærkninger fra tredjemand til Kommissionen efter offentliggørelsen af anmeldelsens indhold i hovedtræk i overensstemmelse med artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17.

II

Anvendelighed af artikel 85, stk. 1

Ifølge artikel 85, stk. 1, er alle aftaler mellem virksomheder, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, uforenelige med fællesmarkedet og forbudt.

1. Bayer og Gist-Brocades er virksomheder i artikel 85's forstand.

2. De aftaler, der er indgået mellem dem, er aftaler som omfattes af denne bestemmelse.

3. Aftalerne har til formål og til følge at begrænse konkurrencen inden for fællesmarkedet.

a) For så vidt angår konkurrencen mellem parterne på forskningsområdet begrænses denne ved den i licensaftalen indeholdte pligt til gensidigt at give licenser ikke alene på forbedringer af hidtidige metoder, men også på nye, af de gamle uafhængige, metoder til fremstilling af 6-APS ; ingen af de deltagende virksomheder kan således, så længe aftalerne er i kraft, opnå et konkurrenceforspring frem for den anden på forskningsområdet eller forbeholde udnyttelsen af forskningsresultaterne for virksomheden selv ;

b) Desuden begrænses konkurrencen mellem de to parter med hensyn til fremstilling af råpenicillin og 6-APS.

Bayer og Gist-Brocades var og er konkurrenter med hensyn til fremstilling og salg af råpenicillin, 6-APS og de deraf udvundne penicillin-specialiteter. Inden aftalerne blev indgået, arbejdede de uafhængigt af hinanden på alle de ovenfor beskrevne omsætningsled. I betragtning af virksomhedernes størrelse og produktionserfaring ville de uafhængigt af hinanden have været i stand til at udbygge deres produktionsanlæg eller til at opføre nye anlæg for at dække det stigende behov. Som de konkret foretagne interne overvejelser viser, havde Bayer, som den største af parterne, selv kunnet opføre råpenicillin-anlæggene, som kræver større investeringer; Gist-Brocades havde kunnet bibeholde 6-APS-produktionen i egne anlæg, efter den af virksomheden selv udviklede og patenterede metode, og, såfremt der var blevet behov for det, havde virksomheden kunnet udvide produktionen uafhængigt af Bayer.

Bayer og Gist-Brocades har ved hver at opgive en del af deres produktion til fordel for den anden part gennemført en specialisering og har sikret den ved langfristede leveringsaftaler og ved det fælles investeringssystem. Så længe de gensidige langfristede leveringsaftaler er i kraft, har de faktisk hver givet afkaldt på at konkurrere med den anden part med hensyn til fremstilling af det mellemprodukt, der er overladt til denne part, skønt såvel Bayer som Gist-Brocades havde kunnet gennemføre denne produktion. Med hensyn til 6-APS har de deltagende virksomheder selv henvist til, at også videreforarbejdningsvirksomheder, der aldrig har fremstillet dette produkt, til enhver tid kan optage egen produktion, og at de kontraherende parter ved salg af 6-APS til disse virksomheder må tage hensyn til denne mulighed; dette gælder så meget desto mere for Gist-Brocades som patenthaver og tidligere producent.

Dette afkald følger ganske vist ikke af en udtrykkelig forpligtelse, der er fastsat ved aftale. Kommissionen udleder den af samtlige faktiske omstændigheder; Bayer opgav at fremstille råpenicillin og Gist-Brocades opgav at fremstille 6-APS; dette skete samtidigt og var gensidige forudsætninger; ingen af parterne ville ved at opgive produktionen fremkalde et ensidigt afhængighedsforhold; de frygtede nemlig begge, »at et sådant afhængighedsforhold en skønne dag ville blive brugt i kampen om markedsandele«. Begge parter har økonomiske interesser i den anden parts nye eller udbyggede anlæg og har givet tilsagn om at forøge disse interesser i tilfælde af, at der opstår større behov. Begge parter er interesserede i at udnytte disse anlæg så økonomisk som muligt, det vil sige så vidt muligt at dække deres behov ved hjælp af denne produktion. Begge har forpligtet sig til ved aftalernes ophør at overdrage den anden part den svampestamme, der er nødvendig, for at den anden part kan genoptage sin egen produktion af råpenicillin, og den know-how, der er nødvendig til fremstilling af 6-APS. Gist-Brocades har forpligtet sig til at give Bayer licenser ikke alene på forbedringer af den hidtidige metode til fremstilling af 6-APS, men også på nye metoder, hvilket kun giver mening, såfremt der er gennemført en specialisering af produktionen, som også skal videreføres i tilfælde af, at den anden part opfinder en ny metode. I betragtning af alle disse omstændigheder ville det være uforeneligt med aftalernes ånd og formål, såfremt en part, så længe aftalerne var i kraft, frit og uafhængigt af den anden part gav sig til at konkurrere inden for dennes produktionsområde.

c) Denne specialisering suppleres ved gensidige langfristede leveringsaftaler. Disse forpligter ganske vist ikke udtrykkeligt parterne til udelukkende at dække deres behov inden for aftalernes rammer; den langfristede gensidige forpligtelse og det gensidige afhængighedsforhold, der er fremkaldt ved specialiseringen og ved deltagelsen i den andens investeringer, medfører dog nødvendigvis, at hver af de kontraherende parter principielt dækker sit behov hos den anden part. Salgspriserne, der beregnes på grundlag af de fastlagte kriterier, er så fordelagtige, at parterne — bortset fra uforudsete produktionsvanskeligheder eller -standsninger hos den anden part — ikke kan være interesserede i at få leverancer fra anden side.

4. Aftalerne er indgået mellem virksomheder fra flere medlemsstater; de vedrører produkter, som i uforarbejdet og i forarbejdet stand kan og faktisk også er genstand for handel mellem stater.

Aftalerne giver hver af de deltagende parter mulighed for at styrke sin position på sit nationale marked og for at sikre denne mod indflydelse fra den anden part. ligesom aftalerne giver parterne mulighed for at koordinere deres stillinger på de markeder, der forsynes af dem i fællesskab. Aftalerne kan derfor påvirke handelen mellem medlemsstater og er følgelig omfattet af forbudet i artikel 85, stk. 1.

III

Anvendelighed af artikel 85, stk. 3

Ifølge artikel 85, stk. 3, kan bestemmelserne i artike 85, stk. 1, erklæres uanvendelige på en aftale, som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen a

varerne eller til fremme af den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, og uden at der :

a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål ;

b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

1. Med hensyn til spørgsmålet om aftalerne bidrager til en forbedring af produktionen eller fordelingen af varerne eller til fremme af den tekniske eller økonomiske udvikling, er det afgørende, om der ved en objektiv betragtning fremkommer en forbedring i forhold til den situation, der ville foreligge uden begrænsningerne. Udgangspunktet for bedømmelsen er her den ved oprettelsen af fællesmarkedet fulgte grundsætning, ifølge hvilken det er den redelige og uforvanskede konkurrence, der bedst sikrer markedets regelmæssige og økonomisk mest gunstige forsyning. Der kan derfor kun være tale om et bidrag til fremme af den økonomiske virksomhed i den i artikel 85, stk. 3, omhandlede betydning i de tilfælde, hvor konkurrencen undtagelsesvis ikke er i stand til at tilvejebringe det økonomisk mest gunstige resultat.

Hvis der, som i det foreliggende tilfælde, aftales en specialisering af produktionen mellem økonomisk stærke virksomheder med betydning for og erfaring på markedet, kan det ikke uden videre antages, at de ikke alene — uden samarbejde med en betydningsfuld konkurrent — er i stand til at bære de omkostninger og den økonomiske risiko, der er forbundet med en forøgelse af produktionsenhedernes størrelse med rationaliseringen af fremstillingen for øje.

I det foreliggende tilfælde måtte Kommissionen imidlertid tage hensyn til, at Bayers muligheder for at udbygge sine råpenicillinanlæg til dækning af sit stigende behov var begrænsede. Kvaliteten og udbyttet af Bayers råpenicillinstamme var ringe. En forøgelse af denne stammes ydelse kunne ikke forventes. Bayer var henvist til hjælp fra en virksomhed med erfaring i fermentationsteknikken for at forbedre sin produktion af råpenicillin. En forbedring og udvidelse af eksisterende egne råpenicillinanlæg med hjælp fra Gist-Brocades var af tekniske grunde ikke så rationel som en fælles finansieret udbygning af produktionskapaciteten for råpenicillin hos Gist-Brocades. Dette muliggjorde på den anden side ombygning af Bayers råpenicillinanlæg med henblik på fremstilling af 6-APS i større mængde og i mere moderne anlæg. Dermed bidrager aftalerne til at forbedre produktionen.

2. Gennem aftalerne har de to kontraherende parter udvidet deres produktion på en måde, der skaber forventning om videregivelse af fordelene til forbrugerne. Forbrugerne vil nyde godt af produkter, der er fremstillet ved anvendelse af begge parters tekniske viden. Virksomheder, der ikke selv har en produktion af råpenicillin eller 6-APS, er blevet sat i stand til at foretage indkøb i større omfang fra parterne, særlig fra Gist-Brocades. Gist-Brocades har i årene 1971 til 1974 næsten tredoblet salget af råpenicillin og 6-APS til tredjemand ; de herved opnåede priser viser en faldende tendens. Disse fremmende virksomheder kunne herved fremstille en større mængde penicillinspecialiteter og tilbyde dem i konkurrence med Gist-Brocades og Bayer. Denne forøgelse af udbudet og den almindelige prisudvikling for de endelige produkter taler for, at forbrugerne får en rimelig andel i de med aftalerne forbundne fordele. Der bør imidlertid fastsættes passende påbud, der gør det muligt for Kommissionen at følge udviklingen i markedssituationen.

3. Aftalerne indeholder i deres ændrede form ingen bestemmelser, der ikke er nødvendige for at realisere deres mål.

a) Det afkald, som parterne har givet på i aftalernes løbetid at drive fabrikationsvirksomhed på det område, hvor den anden har specialiseret sig og koncentreret sin virksomhed, er ligeså nødvendigt som bestemmelserne om den langfristede dækning af behovet hos den anden part.

Der er ingen pligt til udelukkende at aftage varer fra den anden part. Det står begge parter frit for at falde tilbage på tilbud på det frie marked i tilfælde af, at der opstår yderligere behov. Bestemmelserne i aftalerne giver på den ene side parterne et mindstemål af sikkerhed for deres produktions- og salgsplanlægning. På den anden side overlades det til parternes frie valg, dersom de ikke har en fast leveringsforpligtelse, uafhængigt af hinanden at træffe bestemmelse om den faktiske udnyttelse og udvidelse af de produktionsanlæg, der er omfattet af specialiseringen. Bayer kan frit udvide produktionen af 6-APS for at videreforarbejde yderligere mængder til halvsyntetiske penicillin-specialiteter. Gist kan selvstændigt træffe bestemmelse om det faktiske omfang af råpenicillinproduktionen og dermed om de mængder, som Gist forarbejder til de sterile salte penicillin G og V samt til 7-ADCA, der er mellemproduktet ved fremstilling af cefalosporiner. Kun såfremt en af parterne fra den anden part vil aftage mængder, der overstiger kapaciteten i de anlæg, der er finansieret i fællesskab, har den pågældende part pligt til at yde et tilsvarende finansieringsbidrag.

b) Denne forudsætning for en uafhængig markedsadfærd på trods af specialiseringen var ikke indeholdt i den tidligere udformning af aftalerne. Anlæggene skulle henhøre under fællesforetagender, i hvilke begge parter på lige fod havde kapitalinteresser og personale. Oprettelsen af fællesforetagenderne indebar en begrænsning af konkurrencen mellem parterne i form af fælles kontrol over investeringerne og over produktionen af råpenicillin og 6-APS. Ved hjælp af de lige store interesser i fællesforetagenderne og koordineringen i det planlagte fælles råd ville hver af parterne have været i stand til at blokere ledelsesmæssige foranstaltninger, der ikke passede ind i denne parts forretningspolitik. Dette ville have medført, at parterne var tvunget til i fællesskab at fastlægge den mængde, der skulle produceres; ingen af parterne ville ensidigt, uden den anden parts godkendelse, have kunnet øge den mængde, der stod til den pågældende parts rådighed til videresalg eller til videreforarbejdning, og dermed have kunnet øge vareudbudet på markedet til skade for den anden part.

En så vidtgående begrænsning af konkurrencen mellem parterne på investerings- og produktionsområdet kunne ikke betragtes som nødvendig til gennemførelse af specialiseringen.

c) Parterne har endvidere ophævet den i licensaftalen indeholdte ikke-angrebsklausul, da denne begrænsning ikke er nødvendig. Den omstændighed, at Gist-Brocades og Bayer som to af de betydeligste virksomheder på 6-APS-området havde forpligtet sig til ikke at gøre indsigelse mod hinandens patenter, havde kunnet føre til, at metoder, der i sig selv ikke var patenterbare, ikke frit kunne anvendes af tredjeland til fordel for forbrugerne.

d) Derimod kan pligten til at give licens ikke alene på forbedrede metoder, men også på nye uafhængige metoder til fremstilling af 6-APS anses for nødvendig. Den er nødvendig til sikring af specialiseringen for at muliggøre den optimale udnyttelse af anlæggene efter de mest moderne og økonomiske metoder. Da der ikke er fastsat bestemmelser om, at disse licenser skal være eksklusiv-licenser, er der intet til hinder for at give licenser til tredjemand. Et påbud vedrørende licenserne skal gøre det muligt for Kommissionen at holde løbende kontrol med håndhævelsen af denne klausul.

e) Aftalerne er således ikke forbundet med begrænsninger, der økonomisk set ikke er nødvendige. Det er afgørende for denne konstatering, at parterne hverken på grundlag af aftale eller i praksis hindrer eller begrænser den frie bevægelighed inden for Fællesskabet for 6-APS, uanset om dette er fremstillet efter Gist-Brocades' metode, efter Bayers metode eller efter andre metoder.

4. Der gives ikke disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

a) Ved undersøgelsen af denne betingelse for at give dispensation kan markedsforholdene inden for Fællesskabet ikke betragtes isoleret, da de er nært forbundet med forholdene på verdensmarkedet. Både råpenicillin og 6-APS handles på verdensmarkedet uafhængigt af deres oprindelse. Transportomkostningerne spiller en fuldstændig underordnet rolle. Producenter fra tredjelande optræder som udbydere inden for fællesmarkedet, og producenter inden for Fællesskabet optræder i betydeligt omfang som leverandører på andre markeder.

b) Såfremt man i saglig henseende lægger markedet for råpenicillin og for 6-APS til grund, er de kontraherende parters markedsandele ifølge de forhåndenværende oplysninger, der dog delvis beror på et skøn, uden tvivl betydelige. Gist vil ved udbygningen af råpenicillinkapaciteten blive en af de største producenter i verden (ca. 16 % af verdensproduktionen). Afstanden til de næste uafhængige udbydere er imidlertid ikke så stor, at man må tilkende Gist-Brocades en bestemmende rolle; Pfizer, der også har optrådt som udbyder inden for fællesmarkedet, har 13 % af verdensproduktionen, hvorefter kommer betydelige virksomheder som Glaxo, Beecham, Rhône-Poulenc, Squibb og Hoechst, hvoraf Beecham takket være de senest foretagne investeringer næsten vil fordoble råpenicillin-produktionen i tiden indtil 1977 og dermed få en betydning, der kan sammenlignes med Gist-Brocades'.

Også på 6-APS-området er de kontraherende parters stilling takket være aftalerne betydelig. De mængder, som Gist råder over ved hjælp af den produktion, der sker i regning hos Bayer, udgør ca. 15 % af verdensproduktionen; den mængde, som Bayer producerer for egen regning, udgør ligeledes ca. 15 %. Den største producent i verden er Beecham med en andel af verdensmarkedet, der anslås til 20 %. En anden producent, som ikke er mindre betydelig, er Bristol. Denne markedsanalyse er opstillet uden hensyntagen til, at 6-APS-produktionen efter Astra-, SNAM-Progetti- og Ishimaru-metoderne først for nylig er påbegyndt i stor industriel målestok; antallet af betydelige 6-APS-producenter vil altså i nær fremtid blive forøget.

c) Kommissionen har ved bedømmelsen af de kontraherende parters markedsstilling endvidere taget hensyn til, at råpenicillin ikke alene er det uundværlige grundmateriale ved fremstilling af 6-APS, men også anvendes eller kan anvendes som råstof ved fremstilling af de sterile salte penicillin G og V samt mellemprodukterne 7-ADCA og 7-ACA, der er udgangspunktet for cefalosporinproduktionen. Andre producenter, der ikke er de samme som penicillinproducenterne, fremstiller cefalosporin-specialiteter på basis af grundmaterialet cefalosporin C; disse produkters betydning er stigende i sammenligning med penicillin-specialiteterne. Det kan altså ikke nægtes, at disse producenter har indflydelse på markedet for penicillin-grundmaterialer og -mellemprodukter. Gist og Bayer kan ved salget af råpenicillin og 6-APS ikke handle uden hensyntagen til disse producenter.

d) Kommissionen har endelig taget hensyn til, at specialiseringen af produktionen i det foreliggende tilfælde ikke fører til, at de kontraherende parter ved hjælp af supplering af deres sortiment udbyder de samme varer til samme eller sammenlignelige priser, eller at de driver virksomhed på adskilte markeder. Bayer og særlig Gist udbyder ikke alene forskellige produkter på markedet for 6-APS-derivater (i bulk-form eller i færdigvarepakninger); de fører også en forskellig salgspolitik på 6-APS-markedet: Bayer forarbejder slev den største del af 6-APS-produktionen til specialiteter, medens Gist-Brocades leverer størstedelen af den disponible mængde til en række andre videreforarbejdningsvirksomheder, som hverken er forbundet med Gist eller med Bayer.

Af disse grunde har de kontraherende parter i det foreliggende tilfælde ikke mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

5. Kommissionen skal i henhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 17 overvåge, at betingelserne i artikel 85, stk. 3, stadig er opfyldt.

For bedre at kunne følge de faktiske virkninger af det specialiserede samarbejde særlig på andre virksomheders markedsstilling, bør de kontraherende parter ved hjælp af påbud forpligtes til hvert år at give Kommissionen meddelelse om investeringer, produktion og leverancer til den anden part og til anden side samt om de opnåede gennemsnitspriser.

Kommissionen må endvidere være i stand til at undersøge, om konkurrencen på det pågældende marked hæmmes på en måde, der går ud over rammerne for denne beslutning. Dette kan særlig ske ved hjælp af kapitalinteresser eller ved udveksling af ledere — enten direkte eller indirekte, f.eks. ved fælles eller gensidige kapitalinteresser — uafhængigt af, om det drejer sig om de virksomheder, der hører til parternes koncern, eller om virksomheder, der hører til den ene eller den anden koncern på den ene side og til aktuelle eller potentielle konkurrenter på den anden side; dette gælder i første række for de produkter, der umiddelbart er genstand for denne procedure, nemlig råpenicillin og 6-APS, men også for produkter, der kan sammenlignes med mellemproduktet 6-APS, fordi de fremstilles af råpenicillin (7-ADCA) eller kan fremstilles af råpenicillin (7-ACA).

For at gøre det muligt for Kommissionen at løse denne opgave, må det ved hjælp af påbud sikres, at parterne i rette tid giver Kommissionen oplysning om sådanne forbindelser.

IV

Gyldighedstiden for dispensationen

Som følge af det ovenfor anførte kan der til de anmeldte og ændrede aftaler gives en dispensation, hvortil er knyttet bestemte påbud. Det tidspunkt, fra hvilket beslutningen i henhold til artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 17, skal have virkning, er den dag, hvor de deltagende parter ændrede aftalerne på en sådan måde, at de opfylder betingelserne i artikel 85, stk. 3, nemlig den 5. juni 1975. Ved bestemmelsen af gyldighedstiden i henhold til artikel 8 i forordning nr. 17 skal der på den ene side tages hensyn til, at der i betragtning af de ikke ubetydelige investeringer må indrømmes parterne en tilstrækkelig lang frist til gennemførelse af specialiseringen; på den anden side kræver parternes position, markedsstrukturen og de tekniske fremskridt, at de aftaler, der er genstand for denne procedure, tages op til fornyet vurdering inden for en overskuelig tid; en gyldighedstid for dispensationen på otte år forekommer rimelig —

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

Artikel 85, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab erklæres i henhold til artikel 85, stk. 3, uanvendelig på de mellem Bayer AG, Leverkusen, og Gist-Brocades NV, Delft, den 7. maj 1969 indgåede og den 14. marts 1973 samt den 5. juni 1975 ændrede aftaler vedrørende fremstilling og levering af råpenicillin og 6-aminopenicillan-syre.

Artikel 2

Der knyttes følgende påbud til dispensationen :

1. Begge de kontraherende parter skal straks give Kommissionen meddelelse om enhver ændring af og enhver tilføjelse til de ovenfor omhandlede aftaler — dette gælder også, såfremt ændringen eller tilføjelsen skyldes voldgift.

2. For så vidt angår råpenicillin- og 6-APS-sektoren skal begge kontraherende parter hvert år senest den 31. juni give Kommissionen meddelelse om :

   a) de licenser, som de på grundlag af aftalerne har givet hinanden med angivelse af licensvilkårene,

   b) investeringerne, den forhåndenværende kapacitet og den faktiske produktion,

   c) den mængde, parterne selv har videreforarbejdet, den mængde, som er udvekslet mellem parterne, og leverancerne til andre virksomheder,

   d) de årlige gennemsnitspriser, der er beregnet mellem parterne indbyrdes og over for trejemand,

   e) de for halvsyntetiske penicillin-specialiteter anvendte engrospriser ved salg til apoteker, det vil sige listepriserne og herunder de anvendte rabatskalaer.

3. Hver af de kontraherende parter skal straks give Kommissionen meddelelse om følgende former for forbindelse mellem den pågældende part og den anden kontraherende part eller mellem den kontraherende part og en anden virksomhed :

   a) kapitalinteresser på 25 % eller mere af kapitalen,

   b) personsammenfald i organerne,

   c) stiftelse eller erhvervelse af fællesforetagender.

   Denne forpligtelse vedrører virksomheder, der udøver produktions-, videreforarbejdnings- eller salgsvirksomhed i penicillin- eller cefalosporin-sektoren.

Artikel 3

Denne beslutning har for så vidt angår artikel 1 virkning fra den 5. juni 1975. Den gælder indtil den 31. december 1983.

Beslutningen er rettet til virksomhederne Bayer AG, D 509, Leverkusen, Bayerwerk, og Gist-Brocades NV, Wateringseweg, Delft (NL).

Udfærdiget i Bruxelles, den 15. december 1975.

På Kommissionens vegne

A. BORSCHETTE

Medlem af Kommissionen