

ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer — uitgebreid)
18 december 1997 *

In de gevoegde zaken T-159/94 en T-160/94,

Ajinomoto Co., Inc., vennootschap naar Japans recht, gevestigd te Tokyo, vertegenwoordigd door M. Siragusa, advocaat te Rome, en T. Müller-Ibold, advocaat te Frankfurt am Main, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van M. Loesch, advocaat aldaar, Rue Goethe 11,

verzoekster in zaak T-159/94,

The NutraSweet Company, vennootschap naar het recht van de Staat Illinois, gevestigd te Deerfield, Illinois (Verenigde Staten van Amerika), aanvankelijk vertegenwoordigd door O. Grolig, P. Bogaert en K. Vanhaerents, en vervolgens door O. Grolig, J.-F. Bellis en F. Di Gianni, advocaten te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Loesch, advocaat aldaar, Rue Goethe 11,

verzoekster in zaak T-160/94,

tegen

Raad van de Europese Unie, vertegenwoordigd door E. Stein, juridisch adviseur, en G. Houttuin, lid van de juridische dienst, als gemachtigden, bijgestaan door H.-J. Rabe en G. M. Berrisch, advocaten te Hamburg en Brussel, domicilie

* Procestaal: Engels.

gekozen hebbende te Luxemburg bij A. Morbilli, directeur-generaal van de directie juridische zaken van de Europese Investeringsbank, Boulevard Konrad Adenauer 100,

verweerder,

ondersteund door

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door E. L. White en N. Khan, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, aanvankelijk bijgestaan door M. Cran, QC van Gray's Inn, en vervolgens door F. Randolph, Barrister, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

interveniente,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van verordening (EEG) nr. 1391/91 van de Raad van 27 mei 1991 tot instelling van een definitief anti-dumpingrecht op de invoer van aspartaam van oorsprong uit Japan en de Verenigde Staten van Amerika (PB 1991, L 134, blz. 1),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: R. García-Valdecasas, kamerpresident, V. Tiili, J. Azizi, R. M. Moura Ramos en M. Jaeger, rechters,

griffier: A. Mair, administrateur

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 17 april 1997,

het navolgende

Arrest

Feiten en procesverloop

Het product

- 1 Aspartaam, een suikervervanger, is een zoetstof die hoofdzakelijk in levensmiddelen wordt gebruikt, maar ook aan tafel, bijvoorbeeld om thee of koffie te zoeten. Het is een combinatie van twee aminozuren, die in 1965 werd ontdekt door een onderzoeker van de Amerikaanse vennootschap G. D. Searle & Co., later The NutraSweet Company genaamd (hierna: „NSC”). Na deze ontdekking verkreeg NSC octrooien voor aspartaam in de Verenigde Staten en in verschillende Lid-Staten. Haar octrooi werd in Duitsland beschermd tot in 1986, in het Verenigd Koninkrijk tot in 1987 en in andere landen van de Gemeenschap tot in 1988.

Voornaamste betrokkenen en de markt

- 2 Tussen 1 januari en 31 december 1989 was verzoekster NSC de enige aspartaam-producent in de Verenigde Staten. Zij produceerde ook aspartaam voor verkoop in de Gemeenschap. Afgezien van enkele rechtstreekse verkopen van NSC aan

zelfstandige afnemers in de Gemeenschap of in de Verenigde Staten met het oog op export naar de Gemeenschap, werd aspartaam in de Gemeenschap gedistribueerd via een gezamenlijke dochteronderneming van NSC en verzoekster Ajinomoto (hierna: „Ajico”), de Zwitserse vennootschap NutraSweet AG (hierna: „NSAG”), die in 1983 was opgericht om in de Europese vraag naar aspartaam te voorzien.

- 3 Ajico was de enige aspartaamproducent in Japan. Zij verkocht haar aspartaam op de binnenlandse markt onder het merk „Pal” en in de Gemeenschap onder het merk „NutraSweet”.
- 4 De enige producent in de Gemeenschap was Holland Sweetener Company Vof (hierna: „communautaire producent” of „HSC”). Dit is een gezamenlijke dochteronderneming naar Nederlands recht van DSM Aspartaam BV, een volledige dochteronderneming van het Nederlandse chemiebedrijf DSM Chemicals BV, en Toyo Soda Nederland BV, een volledige dochteronderneming van het Japanse chemiebedrijf Tosoh Corporation.

De administratieve procedure

- 5 In december 1989 diende HSC een eerste klacht in tegen dumping. Deze klacht werd door de Commissie als ontoereikend afgewezen.
- 6 Naar aanleiding van een nieuwe klacht van HSC van 2 februari 1990 publiceerde de Commissie op 3 maart 1990 krachtens verordening (EEG) nr. 2423/88 van de Raad van 11 juli 1988 betreffende beschermende maatregelen tegen invoer met dumping of subsidiëring uit landen die geen lid zijn van de Europese Economische Gemeenschap (PB 1988, L 209, blz. 1; hierna: „basisverordening”), de destijds

toepasselijke verordening, een bericht van inleiding van een anti-dumpingprocedure betreffende de invoer van aspartaam van oorsprong uit Japan en de Verenigde Staten van Amerika (PB 1990, C 52, blz. 12).

- 7 Verzoeksters ontvingen een afschrift van de kennisgeving van inleiding van deze procedure alsmede een niet-vertrouwelijke versie van de klacht van HSC. Deze niet-vertrouwelijke versie bevatte cijfers over de prijzen van de Amerikaanse en Japanse exporteurs op hun respectieve binnenlandse markten, de exportprijs, de dumpingmarge en de schade.
- 8 Op 17 april zonden verzoeksters hun antwoorden op de vragenlijst van de Commissie in, waarbij zij benadrukten dat deze vertrouwelijk waren. Zij verzochten overeenkomstig artikel 7, lid 5, van de basisverordening te worden gehoord. Daarnaast verzocht verzoekster NSC ingevolge artikel 7, lid 4, sub a, van de basisverordening kennis te mogen nemen van alle aan de Commissie verstrekte inlichtingen en met name van de schriftelijke opmerkingen van HSC of enige andere partij. Zij verzocht bovendien, in voorkomend geval overeenkomstig artikel 7, lid 4, sub b, van de basisverordening in kennis te worden gesteld van de belangrijkste feiten en overwegingen op grond waarvan de Commissie voornemens was de heffing van voorlopige rechten aan te bevelen.
- 9 Op 25 april 1990 dienden NSC en NSAG opmerkingen in bij de Commissie. Ajico zond de Commissie een brief waarin zij zich bij de door NSAG ingediende opmerkingen aansloot. Bij deze opmerkingen was een analyse van consultantsbureau McKinsey & Company, Inc. (hierna: „McKinsey”) van 24 april 1990 gevoegd, die onder meer een raming van de opbouw van de productiekosten van HSC bevatte. Tevens was bijgevoegd een studie van het bureau Landell Mills Commodities Studies van april 1990, die hoofdzakelijk was gewijd aan de kenmerken van verschillende zoetstoffen, de concurrentie tussen zoetstoffen, met name tussen aspartaam en andere zoetstoffen, alsmede de ontwikkeling van de zoetstoffenindustrie.

- 10 Ambtenaren van de Commissie voerden op 6 en 7 juli 1990 een inspectie uit bij Ajico in Japan en op 9 en 10 juli 1990 bij NSC in de Verenigde Staten.
- 11 Op een niet nader genoemde datum, maar vóór de instelling van de voorlopige anti-dumpingrechten, ontvingen verzoeksters een niet-vertrouwelijke versie van klaagsters antwoorden op de vragenlijst van de Commissie.
- 12 In antwoord op een schrijven van de Commissie van 30 augustus 1990 benadrukte de raadsman van NSC bij brief van 11 september 1990 namens zijn cliënte, Ajico en de gelieerde vennootschap NSAG, dat alle gegevens in de vertrouwelijke versie van de antwoorden op de vragenlijst, de opmerkingen en de bijlagen, strikt vertrouwelijk waren, doch dat dit niet voor de niet-vertrouwelijke versie gold. Van de gegevens over de verkoopprijs mochten volgens de brief enkel de prijsdalingen in de loop der jaren en de niveaus van de onderbiedingen worden openbaar gemaakt, mits uitgedrukt in procenten van de gewogen gemiddelde prijzen in de Gemeenschap als geheel. In de brief stond tevens, dat de gegevens over de in de Gemeenschap afgezette hoeveelheden (zowel de totale afzet, als de afzet van NSC, NSAG en Ajico) vertrouwelijk waren.
- 13 Bij verordening (EEG) nr. 3421/90 van 26 november 1990 tot instelling van een voorlopig anti-dumpingrecht op de invoer van aspartaam van oorsprong uit Japan en uit de Verenigde Staten van Amerika (PB 1990, L 330, blz. 16; hierna: „verordening van de Commissie”), stelde de Commissie een voorlopig anti-dumpingrecht van 29,95 ECU per kilogram in op de invoer van aspartaam van oorsprong uit Japan en van 27,55 ECU per kilogram op de invoer daarvan uit de Verenigde Staten.

14 Teneinde de onderhandelingen over een prijsafsprake beter te kunnen structureren, vroeg NSC de Commissie bij schrijven van 14 december 1990 het volgende te preciseren:

- a) de capaciteitsbezettingsgraad waarvan was uitgegaan bij de berekening van de kosten waarop deze prijs was gebaseerd;
- b) of bij de vaststelling van de referentieprijis rekening was gehouden met de productiekosten van de communautaire producent bij een eventuele hogere bezettingsgraad, bijvoorbeeld voor een productie van 1 000 ton;
- c) of in de referentieprijis een lager percentage aan verkoopkosten, bedrijfskosten en administratieve uitgaven voor grote afnemers was verwerkt, en of de reële bedrijfskosten in het reële omzetcijfer waren begrepen;
- d) de afschrijvingsduur van de installaties van de communautaire producent waarvan de Commissie uitging;
- e) of rekening was gehouden met betaalde rente en, zo ja, hoe deze was berekend;
- f) de periode die de communautaire producent volgens de Commissie nodig had om het break-even-point te bereiken;
- g) of rekening was gehouden met de subsidies die de communautaire producent had ontvangen en of deze verenigbaar waren met het EG-Verdrag;

h) het in de referentieprijis begrepen percentage aan bedrijfskosten die aan de gelieerde vennootschap DSM waren betaald;

i) of de Commissie rekening had gehouden met het feit dat de communautaire producent had kunnen profiteren van de door NSAG geleverde inspanningen gericht op marktontwikkeling.

15 Op 18 december 1990 gaf de Commissie in volgorde antwoord op elk van deze punten:

a) bij de berekening van de referentieprijis was uitgegaan van een volledige capaciteitsbezetting;

b) er was geen rekening gehouden met een capaciteitsvergroting bij de communautaire producent; hiervan was de Commissie niets bekend;

c) in de verkoopkosten, bedrijfskosten en administratieve uitgaven waarvan was uitgegaan, kwamen geen verschillen in grootte van de desbetreffende afnemers tot uitdrukking;

d) de fabriek van de producent werd in tien jaar afgeschreven;

e) in de referentieprijis was de effectief betaalde rente inbegrepen;

- f) de periode die nodig was om het break-even-point te bereiken, hield rechtstreeks verband met de toegepaste prijzen en de geproduceerde hoeveelheden; de prijzen waren gedaald en HSC had geen volledige capaciteitsbezetting bereikt;
- g) bij de vaststelling van de referentieprijs was rekening gehouden met de aan de communautaire producent betaalde subsidies;
- h) HSC had bijgedragen in de bedrijfskosten van DSM en het was niet in het belang van de andere aandeelhouder van HSC om deze kosten kunstmatig te verhogen;
- i) deze vraag diende te worden toegelicht.

16 Bij schrijven van 28 december 1990 verzochten verzoeksters de Commissie hun de belangrijkste feiten en overwegingen mede te delen waarop de verordening van de Commissie was gebaseerd, alsmede, in voorkomend geval, de belangrijkste feiten en overwegingen op grond waarvan zij voornemens was de instelling van definitieve rechten aan te bevelen. Zij verzochten met name om inlichtingen over de berekening van de normale waarde, de exportprijs, de aanpassingen en de dumpingmarge op de waarde van de importen waarvan was uitgegaan bij de vaststelling van het volume van de communautaire markt, de prijzen waarvan was uitgegaan ter bepaling van de prijsdaling en de onderbieding, en de schade. De Commissie werd tevens verzocht, alsnog in te gaan op de punten in de brief van NSC van 14 december 1990 die naar hun oordeel nader hadden moeten worden toegelicht.

17 Bij brieven van 6 en 30 december 1990 dienden zij hun schriftelijk commentaar op de verordening van de Commissie in.

- 18 In haar commentaar van 30 december 1990 alsmede in haar brief van 14 januari 1991 herhaalde NSC haar verzoek om inzage in de gegevens die klaagster de Commissie had toegezonden, met name in klaagsters schriftelijke opmerkingen over de verordening van de Commissie.
- 19 De Commissie antwoordde op 16 januari 1991, dat het niet-vertrouwelijke dossier sinds de aanvang van de procedure ter inzage van alle belanghebbende partijen lag.
- 20 Op 18 januari 1991 raadpleegde NSC het niet-vertrouwelijke dossier en had zij inzage in een niet-vertrouwelijke versie van de opmerkingen van de communautaire producent over de verordening van de Commissie.
- 21 Op 1 februari 1991 klaagde NSC, dat haar eerst vanaf 24 januari 1991 inzage was verleend in een niet-vertrouwelijke samenvatting van 13 december 1989 van een door HSC ingediend verzoek om vaststelling van beschermingsmaatregelen, in een niet-vertrouwelijke samenvatting van 9 april 1990 van de door HSC ingediende opmerkingen en in een niet-vertrouwelijke samenvatting van 28 augustus 1990 van een brief van HSC. Tevens verklaarde zij te betreuren, dat de gegevens in deze samenvattingen ontoereikend waren.
- 22 Bij faxbericht van 4 februari 1991 antwoordde de Commissie, dat zij een procedure had ingeleid naar aanleiding van een klacht die zij verzoekster reeds bij aanvang van de procedure had toegezonden, en verwees zij voor haar bevindingen naar haar verordening inzake de heffing van voorlopige rechten.
- 23 Op 5 februari 1991 kwamen de vertegenwoordigers van NSC en medewerkers van de Commissie bijeen om de verordening van de Commissie te bespreken.

- 24 Op 7 februari 1991 stelden verzoeksters verbintenissen voor.
- 25 Op 22 maart 1991 zond de Commissie verzoeksters haar kennisgevingsbrief („disclosure letter”). Daarin was vermeld waarom zij voornemens was de instelling van een definitief anti-dumpingrecht voor te stellen.
- 26 Deze brief bevatte dezelfde informatie als de verordening van de Commissie. Maar in tegenstelling tot de verordening bevatte de brief cijfers over de berekening van de dumpingmarge en de verliezen van NSAG op haar verkopen in de Gemeenschap, alsmede een overzicht, uitgesplitst in tien posten, van de productiekosten waarvan bij de berekening van de referentieprijs was uitgegaan. Elke post was uitgedrukt in een percentage van de totale kosten, met een marge van 10 %.
- 27 In de brief stond tevens, dat de Commissie de normale waarde van het Japanse aspartaam had vastgesteld op basis van de prijzen op de Amerikaanse markt, niet vanwege een gebrek aan medewerking van de kant van Ajico, zoals in de verordening van de Commissie was vermeld, maar omdat niet was voldaan aan de in de artikel 2, lid 6, van de basisverordening genoemde voorwaarden om de prijzen op de Japanse markt als uitgangspunt te nemen.
- 28 Ten slotte bevatte de brief:
- gegevens over de arbeidsplaatsen die als gevolg van de beëindiging van de communautaire productie verloren zouden gaan;
 - een aantal overwegingen betreffende het effect van de anti-dumpingrechten op de vraag;

— de mededeling, dat de productiekosten van HSC op basis waarvan de referentieprij was berekend, waren herzien om bepaalde niet met de afzet in de Gemeenschap verband houdende kosten uit te sluiten;

— de redenen waarom van een winstmarge van 8 % was uitgegaan.

29 Op 25 maart 1991 stelde de Raad verordening (EEG) nr. 792/91 van 25 maart 1991 tot verlenging van het voorlopige anti-dumpingrecht op de invoer van aspartaam van oorsprong uit Japan en de Verenigde Staten van Amerika vast (PB 1991, L 82, blz. 1).

30 Op 2 april 1991 verzocht NSC de Commissie, twee andere mogelijke verbintenissen te onderzoeken.

31 Diezelfde dag diende zij opmerkingen in over de kennisgevingsbrief van 22 maart 1991 (zie r. o. 25 hierboven), waarin zij klaagde, dat de aan haar verstrekte informatie over de door HSC verschaft inlichtingen ontoereikend was. Tevens verweet zij de Commissie, dat haar geen cijfer- of feitenmateriaal van betekenis was verstrekt over de schademarge en dat haar nagenoeg geen van de bij de vaststelling van de referentieprij gebruikte gegevens was medegedeeld. Zij benadrukte, dat uit de procentuele weergave van de kostenopbouw van HSC geenszins bleek hoe de schadedrempel was berekend. Op dezelfde datum diende ook Ajico schriftelijke opmerkingen in, die zich bovendien bij de opmerkingen van NSC aansloot en om een vertrouwelijke behandeling verzocht.

32 Op 18 april 1991 beantwoordde de Commissie deze brieven, waarbij zij stelde alle gegevens te hebben bekendgemaakt die zij mocht bekendmaken. Zij preciseerde tevens, dat de aanloopkosten niet in de berekening waren begrepen, op twee posten na, die overeenkomstig de Nederlandse wetgeving waren afgeschreven, en

dat de honoraria van de raadsman volledig buiten beschouwing waren gelaten. Zij bestreed, dat de referentieprijis kunstmatig was opgedreven en wees met nadruk op het verband tussen de kosten enerzijds en de bedrijfs capaciteit en de grootte van de fabriek anderzijds.

33 Bij brief van 7 mei 1991 zette de Commissie uiteen, waarom zij de voorgestelde verbintenissen niet kon aanvaarden.

34 Op 15 mei 1991 zond NSC de Raad opmerkingen over deze brief. Daarin bestreed zij de redenering van de Commissie.

35 Bij verordening (EEG) nr. 1391/91 van 27 mei 1991 tot instelling van een definitief anti-dumpingrecht op de invoer van aspartaam van oorsprong uit Japan en de Verenigde Staten van Amerika (PB 1991, L 134, blz. 1; hierna: „verordening van de Raad”), stelde de Raad een definitief anti-dumpingrecht van 27,21 ECU per kilogram in op de invoer van aspartaam van oorsprong uit Japan en van 25,15 ECU per kilogram op de invoer daarvan uit de Verenigde Staten van Amerika. Deze verordening werd vervolgens ingetrokken bij verordening (EG) nr. 1936/95 van de Raad van 3 augustus 1995 (PB 1995, L 186, blz. 8).

De betrokken anti-dumpingverordeningen

1. Algemeen

36 De anti-dumpingverordeningen waarop deze zaak betrekking heeft, stellen een anti-dumpingrecht in dat is berekend op basis van de schade en niet aan de hand van de dumpingmarge. De instellingen hebben vastgesteld, dat de Amerikaanse en Japanse exporteurs dumpen. De dumpingmarge is berekend door de prijs waarte-

gen de Amerikaanse producent het aspartaam op de markt van de Verenigde Staten verkocht, te vergelijken met de prijs die hij in de Gemeenschap toepaste (punten 12-32 van de considerans van de verordening van de Commissie en punten 8-25 van de considerans van de verordening van de Raad).

2. De verordening van de Commissie

- 37 In haar beoordeling van de schade stelt de Commissie, dat de gemeenschapsmarkt voor aspartaam tussen 1986 en 1989 met 215 % is gegroeid (punt 34 van de considerans van de verordening van de Commissie) en dat, hoewel HSC's intrede op de markt een verlies van marktaandeelen van de Amerikaanse en Japanse exporteurs tot gevolg had, de invoer vanuit de Verenigde Staten en Japan in absolute termen niettemin is toegenomen (punt 37 van de considerans). Bovendien zouden de Japanse en Amerikaanse prijzen, die in 1988 reeds ver onder de prijzen van de communautaire producent lagen, verder zijn gedaald (punt 39 van de considerans). Tijdens het onderzoektijdvak lagen de Amerikaanse en Japanse prijzen onder de prijzen van de communautaire producent (punt 40 van de considerans), waardoor deze gedwongen was met verlies te verkopen, zodat hij zijn bezettingsgraad niet voldoende kon opvoeren, hetgeen tot hogere productiekosten en aanzienlijke verliezen heeft geleid (punt 45 van de considerans). De daling van de exportprijzen van NSAG zou zijn samengevallen met klaagsters intrede op de gemeenschapsmarkt (hetzelfde punt). Gelet op de ontwikkelingen op de gemeenschapsmarkt voor aspartaam, die aanzienlijk is gegroeid, zag NSAG, die ook na 1987 veruit de grootste aspartaamleverancier op de gemeenschapsmarkt was gebleven, geen aanleiding om haar prijzen te drukken tot een niveau waarop de kosten niet meer konden worden gedekt (punt 47 van de considerans). Het besluit de prijzen te verlagen tot een niveau waarbij met verlies wordt gewerkt, zou van NSAG en de Amerikaanse en Japanse exporteurs zijn uitgegaan (punt 49 van de considerans). Het onderzoek zou geen andere oorzaak van de aanmerkelijke schade aan het licht hebben gebracht (punt 50 van de considerans).

- 38 Het anti-dumpingrecht is ingesteld om het verschil te dekken tussen de Japanse en Amerikaanse prijzen en de minimumprijs waarbij de communautaire bedrijfstak zijn kosten kan dekken en een redelijke winst kan maken (punt 63 van de

considerans). De winstmarge is vastgesteld op 8 % van de omzet vóór belasting (punt 65 van de considerans). De minimumprijs, „referentieprij” genoemd, is vergeleken met de gewogen gemiddelde importprijs in de Gemeenschap (hetzelfde punt).

3. *De verordening van de Raad*

39 In zijn verordening tot instelling van een definitief recht bevestigt de Raad in wezen de overwegingen en bevindingen van de Commissie. Met betrekking tot de berekening van de referentieprij op basis waarvan de schade is vastgesteld, zegt hij (punt 44 van de considerans): „(...) de Commissie [moest] rekening houden met het feit dat bepaalde grondstoffen en diensten van een verwant bedrijf werden betrokken en dat bepaalde kosten geen betrekking hadden op de verkoop van aspartaam in de Gemeenschap. De werkelijke kosten voor onderzoek en ontwikkeling werden nu ook in aanmerking genomen alsmede de rechtstreekse verkoopkosten. Het bedrag van de produktiekosten, aan de hand waarvan de referentieprij wordt berekend, kwam door deze correcties lager te liggen, wat zijn weerslag had op de hoogte van het recht waarmede de schade wordt opgeheven.” Om een redelijke winstmarge vast te stellen, nam hij de volgende factoren in aanmerking: het feit dat de aanloopfase van de communautaire producent juist voorbij was, de onzekerheid over het verloop van de toekomstige afzet en de mogelijkheid dat vervangingsproducten worden ontwikkeld, waardoor de productiecycclus van het betrokken product zou kunnen worden bekort (punt 45 van de considerans).

40 Met betrekking tot het recht van verweer van partijen onderstreept de Raad (punt 7 van de considerans):

„Alle studies en mededelingen die niet vergezeld gingen van een zinvolle, niet-vertrouwelijke samenvatting werden door de Commissie buiten beschouwing gelaten, omdat anders het recht van verdediging van de andere partijen zou worden geschonden.”

De gerechtelijke procedure

- 41 Bij op 6 september 1991 ter griffie van het Hof neergelegde verzoekschriften hebben verzoeksters beide beroep ingesteld tegen de verordening van de Raad.
- 42 Bij op 6 februari 1992 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft de Commissie verzocht te mogen tussenkomen ter ondersteuning van de conclusies van verweerder. Dit verzoek is bij beschikking van de president van het Hof van 18 maart 1992 ingewilligd.
- 43 Bij op 7 februari 1992 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift hebben HSC, Toyo Soda Nederland BV en DSM Aspartaam BV verzocht te mogen tussenkomen ter ondersteuning van de conclusies van verweerder. Dit verzoek is op 21 januari 1993 ingetrokken.
- 44 Bij beschikking van 18 april 1994 heeft het Hof de onderhavige zaken krachtens artikel 4 van besluit 93/350/Euratom, EGKS, EEG van de Raad van 8 juni 1993 tot wijziging van besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (PB 1993, L 144, blz. 21), zoals gewijzigd bij besluit 94/149/EGKS, EG van de Raad van 7 maart 1994 (PB 1994, L 66, blz. 29), naar het Gerecht verwezen. De zaken zijn ter griffie van het Gerecht ingeschreven onder nummer T-159/94 (Ajinomoto) en T-160/94 (Nutra-Sweet) en op 2 juni 1994 aan de Eerste kamer toegewezen. Daar de rechter-rapporteur vervolgens aan de Tweede kamer (uitgebreid) werd toegevoegd, zijn de zaken bijgevolg aan die kamer toegewezen.
- 45 Naar aanleiding van de toetreding van Oostenrijk, Finland en Zweden tot de Europese Gemeenschappen zijn de zaken op 23 januari 1995 aan de Derde kamer (uitgebreid) toegewezen en is een nieuwe rechter-rapporteur aangewezen. Daar deze vervolgens aan de Vijfde kamer (uitgebreid) werd toegevoegd, zijn de zaken bijgevolg aan die kamer toegewezen.

- 46 Op rapport van de rechter-rapporteur is het Gerecht (Vijfde kamer — uitgebreid) tot de mondelinge behandeling overgegaan. Krachtens artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering heeft het partijen op 22 januari 1997 verzocht schriftelijk antwoord te geven op een aantal vragen over het oorzakelijk verband tussen de dumping en de beweerde schade. Tevens is verzoeksters verzocht hun stelling, dat hun recht van verweer was geschonden, nader te preciseren. Gelet op de omvang van deze preciseringen en op de nieuwe gezichtspunten die zij bevatten, heeft het Gerecht verweerder bij brief van 24 maart 1997 toegestaan om uiterlijk 9 april 1997 opmerkingen over deze preciseringen in te dienen.
- 47 Bij beschikking van 10 maart 1997 heeft het Gerecht (Vijfde kamer — uitgebreid) overeenkomstig artikel 50 van het Reglement voor de procesvoering beide zaken voor de mondelinge behandeling en het arrest gevoegd.
- 48 Partijen zijn ter openbare terechtzitting van 17 april 1997 in hun pleidooien en hun antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord.

Conclusies van partijen

- 49 Verzoeksters concluderen dat het het Gerecht behage:
- de verordening van de Raad in haar geheel nietig te verklaren, althans, subsidiair, voor zover zij op elk van hen van toepassing is;
 - de terugbetaling te gelasten van de krachtens de verordening van de Commissie en de verordening van de Raad geïnde voorlopige en definitieve anti-dumpingrechten en de daartoe gestelde zekerheden te doen vrijgeven;

— de Raad in de kosten te verwijzen;

— iedere andere gewettigde of billijke maatregel te gelasten.

50 Verweerder concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoeksters in de kosten te verwijzen.

51 Interveniente concludeert dat het het Gerecht behage, het beroep te verwerpen.

Ten gronde

I — *Beknopte weergave van de aangevoerde middelen*

52 Tegen de bestreden verordening voeren verzoeksters zes gemeenschappelijke middelen aan:

— schending van wezenlijke vormvoorschriften en van artikel 7, lid 4, sub a en b, van de basisverordening, doordat de gemeenschapsinstellingen hun niet tijdig voldoende informatie hebben verstrekt om hun belangen te kunnen verdedigen;

— schending van wezenlijke vormvoorschriften en van de artikelen 7, lid 4, sub b, en 8, lid 4, van de basisverordening, doordat de instellingen door de

communautaire producent verstrekte informatie in aanmerking hebben genomen, terwijl deze niet was samengevat in een niet-vertrouwelijke versie, of niet voldoende was gemotiveerd, waardoor samenvatting onmogelijk was;

- schending van artikel 2, lid 3, van de basisverordening, doordat de instellingen de normale waarde hebben bepaald op basis van de onder octrooibeschermt toegepaste prijzen in de Verenigde Staten;
- schending van artikel 2, lid 1, artikel 4 en artikel 13, lid 2, van de basisverordening, doordat de instellingen wezenlijk bewijsmateriaal waaruit blijkt dat de communautaire producent geen aanmerkelijke schade heeft geleden, verkeerdt hebben uitgelegd of miskend;
- schending van artikel 2, lid 1, en artikel 4, lid 1, van de basisverordening, doordat de instellingen geen rekening hebben gehouden met andere factoren die de schade van de communautaire producent hebben veroorzaakt;
- schending van artikel 13, lid 3, van de basisverordening, doordat de instellingen het bedrag van het recht dat nodig is om de schade op te heffen, onjuist hebben berekend.

53 Daarnaast voert verzoekster Ajinomoto in zaak T-159/94 de volgende twee middelen aan:

- schending van wezenlijke vormvoorschriften en van artikel 190 van het Verdrag, doordat de instellingen verzoekster niet tijdig hebben medegedeeld, dat zij haar medewerking onvoldoende achtten, en haar niet in de gelegenheid hebben gesteld om haar standpunt ter zake kenbaar te maken;
- schending van artikel 2, leden 3 en 6, van de basisverordening, doordat de instellingen de normale waarde van het Japanse aspartaam hebben berekend op basis van de prijzen in de Verenigde Staten.

54 Naast bovengenoemde gemeenschappelijke middelen voert verzoekster Nutra-Sweet in zaak T-160/94 de volgende twee middelen aan:

— schending van wezenlijke procedurevoorschriften en van artikel 190 van het Verdrag, doordat verweerder heeft verzuimd aan te geven, waarom hij de door NSC voorgestelde verbintenissen heeft afgewezen;

— schending van verzoeksters octrooirechten in de Verenigde Staten, doordat de normale waarde is bepaald op basis van de prijzen op haar binnenlandse markt.

55 Het Gerecht zal eerst de gemeenschappelijke middelen onderzoeken.

II — *De gemeenschappelijke middelen*

56 Het Gerecht is van oordeel, dat de eerste twee gemeenschappelijke middelen tezamen dienen te worden onderzocht.

De middelen ontleend aan schending van wezenlijke vormvoorschriften en van de artikelen 7, lid 4, sub a en b, en 8, lid 4, van de basisverordening

A — Argumenten van partijen

57 Volgens verzoeksters zijn de gemeenschapsinstellingen verplicht om alles te doen wat redelijkerwijs in hun vermogen ligt om ondernemingen waartegen een antidumpingprocedure wordt ingeleid, zoveel mogelijk informatie te verstrekken.

- 58 Zij kunnen zich derhalve niet verschuilen achter het argument, dat verzoeksters te weinig specifieke vragen hadden gesteld. Anders zou de procedure zijn uitgelopen op een eindeloze opeenvolging van steeds uitvoeriger vragen.
- 59 Artikel 7, lid 4, sub a, van de basisverordening zou geen nut hebben naast het aldaar sub b bepaalde en het recht van verweer van de betrokken ondernemingen zou worden uitgehold, indien de informatieplicht niet zou gelden voor door derden ter onderbouwing van hun standpunt aangevoerd bewijsmateriaal, zelfs indien dit door de communautaire instellingen is geverifieerd.
- 60 Deze informatieplicht van de gemeenschapsinstellingen bestond reeds vóór de instelling van de voorlopige rechten (arrest Hof van 27 juni 1991, zaak C-49/88, Al-Jubail Fertilizer, Jurispr. 1991, blz. I-3187, r. o. 15; artikel 6, lid 7, van de anti-dumpingcode van de Algemene overeenkomst betreffende tarieven en handel, hierna: „GATT”). De instellingen hebben in het verleden meermaals wezenlijke informatie bekendgemaakt vóór de instelling van anti-dumpingrechten, zodat zij door deze praktijk gebonden kunnen worden geacht (arrest Hof van 22 oktober 1991, zaak C-16/90, Nölle, Jurispr. 1991, blz. I-5163).
- 61 In casu hebben de gemeenschapsinstellingen artikel 7, lid 4, sub a en b, van de basisverordening alsmede het recht van verweer van verzoeksters geschonden, doordat zij hun niet tijdig voldoende informatie hebben verstrekt over klaagsters standpunten en bewijzen, noch over het bestaan en de relevantie van de beweerde feiten en omstandigheden of het gebruikte bewijsmateriaal (arrest Al-Jubail Fertilizer, aangehaald in de voorgaande rechtsoverweging, r. o. 17).
- 62 De informatie die verzoeksters vóór de instelling van de anti-dumpingrechten hebben ontvangen (bericht van inleiding van de procedure, samenvatting van een klacht, niet-vertrouwelijke versie van de antwoorden van de communautaire producent op de vragenlijst van de Commissie), is onvoldoende om terdege hun

standpunt kenbaar te kunnen maken over de berekening van de referentieprij, over de vaststelling van de dumpingmarge en over de aard en de oorzaak van de beweerde schade. Toch is de Commissie er herhaaldelijk op gewezen, dat de informatie ontoereikend was (brieven van 17 april 1990) en dat er behoefte was aan een hoorzitting (brieven van 17 april, 28 juni en 8 november 1990).

63 Na de vaststelling van de verordening van de Commissie hebben verzoeksters slechts weinig aanvullende informatie ontvangen over voor deze zaak wezenlijke punten, zoals de referentieprij en de beweerde schade.

64 Verzoeksters menen, dat de instellingen de referentieprij meer in detail hadden kunnen uitsplitsen en smallere marges hadden kunnen aanhouden, aangezien de referentieprij niet is berekend op basis van de werkelijke kosten van HSC, maar op basis van geëxtrapolerde kosten, uitgaande van een volledige bezetting van haar productiecapaciteit.

65 Ofschoon de referentieprij tweemaal zonder opgave van redenen is gewijzigd, hebben de instellingen nooit een zinvolle toelichting gegeven over de uitgangspunten en methoden die zij hebben gehanteerd:

— om de productiecapaciteit van de communautaire producent en de bezettingsgraad daarvan te bepalen;

— om te komen tot de vaststelling, dat de communautaire producent, die zware schulden had, in minder dan 18 maanden na aanvang van de productie het break-even-point zou kunnen bereiken en een winst van 8 % zou kunnen maken;

— om de aan de communautaire producent betaalde subsidies te verdisconteren;

- om de afschrijving van de fabriek, de gebouwen en installaties van de communautaire producent te berekenen, met name bij de keuze van een afschrijvingsduur van tien jaar;
- om de uitzonderlijke aanloopkosten af te schrijven of uit te sluiten (verzoeksters is eerst bij brief van 18 april 1991, na de indieningstermijn voor de opmerkingen, medegedeeld dat de aanloopkosten, op twee overigens niet nader gepreciseerde posten na, niet in de referentieprijzen waren begrepen).

66 Voorts verwijten verzoeksters de gemeenschapsinstellingen, dat deze niet hebben gepreciseerd:

- van welke soort financieringskosten is uitgegaan en hoe deze zijn toegerekend;
- in welke verhouding de leningen tot de eigen middelen staan;
- op welke bestanddelen van de verkoopkosten, de bedrijfskosten en de administratieve uitgaven en op welke investeringen de financiële lasten betrekking hebben, terwijl de samenstelling van de bedrijfskosten, de administratieve uitgaven en de directe verkoopkosten afhangt van het gekozen boekhoudkundig systeem en de doeleinden waarvoor de berekening wordt gemaakt;
- in hoeverre grondstoffen bij de gelicentieerde vennootschappen zijn ingekocht; deze informatie is nuttig om te kunnen bepalen, in hoeverre de referentieprijzen op basis van de marktprijzen is berekend;
- in welke mate rekening is gehouden met de door NSAG gedragen marktontwikkelingskosten, waarvan ook de communautaire producent profijt heeft gehad;
- welk percentage van de bedrijfskosten door de communautaire producent aan DSM is betaald.

- 67 De instellingen hebben niet toegelicht, in welk opzicht verdergaande openbaarmaking van de door de Commissie gehanteerde methoden de zaken van de communautaire producent zou kunnen schaden, en met name niet waarom geen smallere marges zijn gebruikt en waarom geen overzicht van de financiële lasten kon worden verstrekt, al was het maar in percentages.
- 68 Met betrekking tot de schade van de communautaire producent verwijten verzoeksters de instellingen, dat zij hun standpunt niet rechtens genoegzaam hebben onderbouwd, dat het onderzoek geen andere mogelijke oorzaken van de schade aan het licht heeft gebracht dan invoer met dumping, terwijl de communautaire producent toch een nieuwkomer was die als tweede een markt betrad waarop hevige concurrentie heerste, de prijzen ver vóór zijn intrede waren gaan dalen, hij zware schulden had en zijn productiekosten tweemaal zo hoog waren als die van verzoeksters.
- 69 Daarnaast hebben de instellingen niet vermeld, waarom zij een verband hebben gelegd tussen de prijsdaling van aspartaam in de Gemeenschap en de aanvang van de productie van de communautaire producent, terwijl zij over bewijzen beschikten, dat de prijzen sinds 1983 gestaag daalden.
- 70 Zij hebben evenmin aangegeven, waarop zij hun stelling baseren dat de communautaire producent een relatief klein marktaandeel had verworven, terwijl uit de niet-vertrouwelijke samenvatting van de klacht blijkt, dat de communautaire producent 18 maanden na de aanvang van zijn productie een aanmerkelijk marktaandeel had.
- 71 De gemeenschapsinstellingen hebben voorts het recht van verzoeksters op een eerlijke beoordeling van de bewijzen geschonden, zoals dit is erkend in het arrest Nölle, hiervóór aangehaald in rechtsoverweging 60.

- 72 Verzoeksters concluderen, dat de informatie van de instellingen hen niet in staat stelde, eventuele fouten in de bevindingen van de Commissie te ontdekken of een goed oordeel te vormen over de gegevens waarop de instellingen hun bevindingen hadden gebaseerd.
- 73 De instellingen kunnen zich met betrekking tot vertrouwelijke gegevens niet dermate achter hun geheimhoudingsplicht blijven verschuilen, dat de rechten van de betrokken ondernemingen hun wezenlijke inhoud verliezen (arrest Hof van 20 maart 1985, zaak 264/82, *Timex*, *Jurispr.* 1985, blz. 849, r. o. 29).
- 74 Teneinde het conflict op te lossen tussen de rechten van degene tegen wie een onderzoeksprocedure loopt en het recht op geheimhouding van een klager, en met het oog op de naleving van de beginselen als geformuleerd in de arresten *Timex*, aangehaald in de voorgaande rechtsoverweging, en *Al-Jubail Fertilizer*, aangehaald in rechtsoverweging 60 hierboven, dienen de instellingen toereikende niet-vertrouwelijke samenvattingen te verlangen, waarbij de geheim te houden informatie tot een absoluut minimum wordt beperkt. Wanneer bepaalde informatie van belang is voor het verweer van de partij tegen wie een onderzoek loopt, mogen de instellingen die niet in aanmerking nemen, tenzij de klager met openbaarmaking instemt.
- 75 Verzoeksters verwijzen naar de rechtspraak volgens welke in het mededingingsrecht feiten, omstandigheden of documenten die de gemeenschapsinstelling meent niet te kunnen openbaar maken, niet ten laste van de betrokken onderneming mogen worden gebruikt, indien de weigering ze openbaar te maken deze onderneming schaadt in haar mogelijkheid om zinnig haar standpunt kenbaar te maken over het bestaan of de draagwijdte van deze omstandigheden, over deze documenten dan wel over de conclusies die de Commissie daaruit heeft getrokken (arresten Hof van 13 februari 1979, zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, *Jurispr.* 1979, blz. 461, 512, 25 oktober 1983, zaak 107/82, *AEG*, *Jurispr.* 1983, blz. 3151, 3192, en 17 januari 1984, gevoegde zaken 43/82 en 63/82, *VBVB* en *VBBB*, *Jurispr.* 1984, blz. 19, 60). Om de in de arresten *Timex* en *Al-Jubail Fertilizer* geformuleerde regels inhoud te geven, moet dit verbod ook in de context van een anti-dumpingprocedure gelden.

- 76 Wanneer de instellingen zich op hun geheimhoudingsplicht beroepen, moeten zij bovendien aangeven, waarom de verlangde informatie vertrouwelijk is en niet in een niet-vertrouwelijke samenvatting kan worden weergegeven.
- 77 In casu hebben de instellingen zich noodzakelijkerwijs direct of indirect op enkele of zelfs alle beweringen van de communautaire producent gebaseerd, doordat zij de richting van het onderzoek lieten bepalen door de informatie die hij verstreekte. Indien de geheimhoudingsplicht hen belette een toereikende samenvatting te geven van de door de communautaire producent aangevoerde feiten en omstandigheden, hadden de instellingen die gegevens of andere daarop gebaseerde informatie niet mogen gebruiken ter onderbouwing van hun beslissing.
- 78 Hoe dan ook, het conflict tussen het recht op inzage in het dossier en de geheimhoudingsplicht had ook kunnen worden opgelost via een procedure in de vorm van de Amerikaanse „administration protective order”, dan wel door een onafhankelijke deskundige een niet-vertrouwelijke samenvatting te laten maken.
- 79 Aangezien verzoeksters niet in de gelegenheid zijn gesteld om zich zinvol uit te spreken over de door HSC geleverde bewijzen, waarop de verordeningen van de Commissie en van de Raad zijn gebaseerd, zijn deze verordeningen in strijd met wezenlijke procedurevoorschriften van gemeenschapsrecht vastgesteld. Bijgevolg moeten de artikelen 1 en 2 van de verordening van de Raad nietig worden verklaard.
- 80 Verweerder en interveniënte concluderen tot verwerping van de aangevoerde middelen. Zij stellen in wezen, dat de gemeenschapsinstellingen, gelet op het algemene karakter van de verzoeken om informatie van verzoeksters en op de geheimhoudingsplicht van de instellingen met betrekking tot informatie over de communautaire producent, jegens verzoeksters aan hun informatieplicht hebben voldaan.

B — Beoordeling door het Gerecht

81 Het beginsel van eerbiediging van het recht van verweer is een grondbeginsel van gemeenschapsrecht. Op het gebied van de bescherming tegen invoer met dumping, is dit recht specifiek vastgelegd in artikel 7, leden 1 en 4, van de basisverordening.

82 Artikel 7, lid 4, sub a en b, bepaalt in het bijzonder:

„a) De klager en de importeurs en exporteurs waarvan bekend is dat zij betrokken zijn (...) worden in de gelegenheid gesteld kennis te nemen van alle gegevens die de bij het onderzoek betrokken partijen aan de Commissie hebben verstrekt (...), voor zover deze gegevens voor de behartiging van hun belangen van betekenis zijn, niet vertrouwelijk zijn in de zin van artikel 8 en door de Commissie bij het onderzoek worden gebruikt (...)

b) De exporteurs en importeurs van het produkt waarop het onderzoek betrekking heeft (...) kunnen verzoeken op de hoogte te worden gebracht van de belangrijkste feiten en overwegingen op grond waarvan wordt overwogen instelling van definitieve rechten (...) aan te bevelen.”

83 Dit recht op informatie moet worden verzoend met de geheimhoudingsplicht van de gemeenschapsinstellingen. De belanghebbenden moeten in elk geval in de gelegenheid zijn gesteld om tijdens de administratieve procedure zinnig hun standpunt kenbaar te maken over het bestaan en de relevantie van de beweerdde feiten en omstandigheden en omtrent het bewijsmateriaal dat de Commissie gebruikt tot staving van het door haar beweerdde bestaan van dumping en van de daaruit voortvloeiende schade (arrest Al-Jubail Fertilizer, aangehaald in r. o. 60 hierboven, r. o. 17), zulks uiterlijk tijdens de procedure tot vaststelling van de verordening van de Raad (zie r. o. 87 hieronder). In het kader van een beroep tot nietigverklaring van een anti-dumpingverordening van de Raad kan de rechterlijke toetsing zich uitstrekken tot de elementen van de verordening van de Commissie en de daarop betrekking hebbende procedure, voor zover de verordening van de Raad daarnaar verwijst.

84 Alvorens te onderzoeken, of de gemeenschapsinstellingen de vertrouwelijkheids-eisen en de vereisten verband houdend met de eerbiediging van het recht van verweer en van de artikelen 7, lid 4, sub a en b, en 8 van de basisverordening juist tegen elkaar hebben afgewogen, dient de context van de onderhavige zaak te worden afgebakend door eerst de bijzondere kenmerken van de betrokken markt te schetsen en vervolgens na te gaan, wat daar de gevolgen van waren.

1. De bijzondere kenmerken van de betrokken markt en de gevolgen daarvan

85 In het onderzoektijdvak werd de aspartaammarkt gekenmerkt door buitengewone omstandigheden. In de eerste plaats waren er op wereldschaal slechts enkele aspartaamleveranciers, namelijk de beide verzoeksters, die veruit de belangrijkste waren, en de communautaire producent HSC. Verzoeksters werkten zeer nauw samen; vrijwel hun gehele afzet in de Gemeenschap vond plaats via hun gezamenlijke onderneming NSAG. In de tweede plaats produceerden de verschillende aspartaamproducenten een en hetzelfde product, zodat hun onderlinge concurrentie hoofdzakelijk de verkoopprijs betrof.

86 Als gevolg van deze bijzondere omstandigheden hadden verzoeksters uiteraard een uitstekende kennis van de markt, waarmee zij uit beperkte gegevens konden afleiden hoe de communautaire producent ervoor stond; kort na de inleiding van het onderzoek beschikten zij via NSAG zelfs over een analyse van McKinsey met een raming van de bestanddelen en de opbouw van de productiekosten van HSC (zie r. o. 9 hierboven). Onder deze omstandigheden moesten de instellingen bijzonder alert zijn om geen gegevens openbaar te maken waaruit verzoeksters gevoelige commerciële informatie konden afleiden waardoor de communautaire producent in gevaar kon worden gebracht. Overigens hebben zowel de communautaire producent als verzoeksters aangedrongen op vertrouwelijke behandeling van de verstrekte gegevens.

2. De beweerde ontoereikendheid van de vóór de instelling van definitieve rechten verstrekte gegevens

- 87 Al aangenomen, dat het beginsel van eerbiediging van het recht van verweer vereist dat de exporteurs in kennis worden gesteld van de belangrijkste feiten en overwegingen op grond waarvan wordt overwogen voorlopige rechten in te stellen, zoals verzoekster betogen, dan nog kan het niet eerbiedigen van deze rechten als zodanig niet tot gevolg hebben, dat de verordening waarbij de definitieve rechten worden ingesteld, ongeldig is. Een dergelijke verordening staat los van de verordening tot instelling van de voorlopige rechten, ook al is er een dusdanige samenhang, dat zij onder bepaalde omstandigheden daarvoor in de plaats treedt (arresten Hof van 5 oktober 1988, zaak 56/85, Brother Industries, Jurispr. 1988, blz. 5655, r. o. 6, en gevoegde zaken 294/86 en 77/87, Technointorg, Jurispr. 1988, blz. 6077, r. o. 12, en 11 juli 1990, gevoegde zaken C-305/86 en C-160/87, Neotype Techmashexport, Jurispr. 1990, blz. I-2945, r. o. 13; beschikking Gerecht van 10 juli 1996, zaak T-208/95, Miwon, Jurispr. 1996, blz. II-635, r. o. 20), daarom moet de geldigheid van die verordening worden beoordeeld aan de hand van de voorschriften die haar vaststelling regelen. Wanneer bij de vaststelling van de verordening tot instelling van een definitief recht een gebrek in de procedure tot vaststelling van de overeenkomstige verordening tot instelling van een voorlopig recht is hersteld, leidt de onwettigheid van laatstbedoelde verordening niet tot onwettigheid van de verordening tot instelling van het definitieve recht. Enkel voor zover dit gebrek niet is gezuiverd en de verordening tot instelling van het definitieve recht naar de verordening tot instelling van een voorlopig recht verwijst, leidt de onwettigheid van laatstbedoelde verordening tot onwettigheid van eerstbedoelde verordening.
- 88 Bijgevolg moet in casu worden onderzocht, of in de procedure tot vaststelling van de bestreden verordening, waarbij een definitief recht wordt ingesteld en de definitieve inning van de voorlopige rechten wordt gelast, het recht van verweer van de betrokken partijen is geëerbiedigd.

3. De beweerde ontoereikendheid van de door HSC verstrekte gegevens, gelet op artikel 7, lid 4, sub a, van de basisverordening

- 89 Artikel 7, lid 4, sub a, van de basisverordening stelt de klager en de importeurs en exporteurs waarvan bekend is dat zij betrokken zijn, in de gelegenheid kennis te nemen van alle gegevens die de bij het onderzoek betrokken partijen aan de

Commissie hebben verstrekt, met uitzondering van de door de autoriteiten van de Gemeenschap of van haar Lid-Staten opgestelde interne documenten, voor zover deze gegevens voor de behartiging van hun belangen van betekenis zijn, niet vertrouwelijk zijn in de zin van artikel 8, door de Commissie bij het onderzoek zijn gebruikt, en schriftelijk om mededeling van die gegevens is verzocht door de persoon die daarvan kennis wenst te nemen.

- 90 Artikel 8, lid 2, sub a, van dezelfde verordening bepaalt, dat de Raad, de Commissie, de Lid-Staten alsmede hun ambtenaren, de gegevens die hun bij de toepassing van deze verordening ter kennis zijn gekomen en door een partij zijn verstrekt met een verzoek om vertrouwelijke behandeling, niet bekend mogen maken, tenzij deze partij uitdrukkelijk in bekendmaking heeft toegestemd. Volgens artikel 8, lid 2, sub b, moet elk verzoek om vertrouwelijke behandeling vermelden waarom de gegevens vertrouwelijk zijn en vergezeld gaan van een niet-vertrouwelijke samenvatting van de gegevens of van een opgave van de redenen waarom de gegevens niet kunnen worden samengevat. Artikel 8, lid 4, tweede alinea, bepaalt, dat de gemeenschapsinstellingen de betrokken gegevens buiten beschouwing kunnen laten, wanneer degene die de gegevens heeft verstrekt, geen niet-vertrouwelijke samenvatting wil overleggen, terwijl de gegevens wel in de vorm van een dergelijke samenvatting kunnen worden verstrekt. Dit artikel verplicht de instellingen evenwel niet de gegevens buiten beschouwing te laten.
- 91 In casu heeft klagster niet-vertrouwelijke samenvattingen verstrekt, die de Commissie naar verzoeksters heeft gezonden. Zelfs wanneer de inhoud van deze samenvattingen ontoereikend mocht zijn, zoals verzoeksters stellen, dan nog waren de gemeenschapsinstellingen niet verplicht, doch hooguit gerechtigd, de gegevens buiten beschouwing te laten. Wel waren zij verplicht, verzoeksters tijdens de administratieve procedure in de gelegenheid te stellen om zinvol hun standpunt kenbaar te maken over het bestaan en de relevantie van de beweerde feiten en omstandigheden en omtrent het bewijsmateriaal dat de Commissie heeft gebruikt tot staving van het door haar beweerde bestaan van dumping en schade. Derhalve moet worden onderzocht, of de instellingen aan deze verplichting hebben voldaan.

4. De beweerde ontoereikendheid van de verstrekte gegevens, gelet op artikel 7, lid 4, sub b, van de basisverordening

a) Voorwaarden waaraan verzoeken om gegevens moeten voldoen

92 Volgens artikel 7, lid 4, sub c-i, van de basisverordening moeten verzoeken om gegevens ingevolge het sub b bepaalde, schriftelijk worden ingediend en een nadere omschrijving bevatten van de specifieke punten waarover gegevens worden gevraagd.

93 Of de door de gemeenschapsinstellingen verstrekte gegevens toereikend zijn, moet worden beoordeeld aan de hand van de vraag, hoe specifiek de gevraagde gegevens waren.

b) De in casu ingediende verzoeken om gegevens en de door de gemeenschapsinstellingen verstrekte gegevens

i) Algemene verzoeken om gegevens

94 Verzoeksters hebben herhaaldelijk geklaagd, dat de aan hen verstrekte gegevens ontoereikend waren, doch zij hebben louter in het algemeen verzocht om mededeling van de belangrijkste feiten en overwegingen op grond waarvan de Commissie voornemens was de instelling van rechten aan te bevelen (zie r. o. 8, 16 en 31 hierboven).

95 De Commissie heeft bij brief van 22 maart 1991 op deze algemene verzoeken om gegevens gereageerd (zie r. o. 25 hierboven). Gelet op het algemene karakter van deze verzoeken, voldeden deze brief en de bijlagen daarbij aan de eisen van artikel 7, lid 4, sub b, van de basisverordening. Zij bevatten gegevens die uitvoerig genoeg waren om verzoeksters in de gelegenheid te stellen om zinvol hun stand-

punt kenbaar te maken over het bestaan en de relevantie van de beweerde feiten en omstandigheden en omtrent het bewijsmateriaal dat de Commissie heeft gebruikt tot staving van het door haar beweerde bestaan van dumping en schade.

ii) Verzoeken om gegevens over bijzondere punten

Grievens betreffende de bij brief van 14 december 1990 ingediende verzoeken om gegevens

96 Bij brief van 14 december 1990 heeft NSC ook concrete vragen gesteld over de referentieprijs. Vervolgens heeft niet alleen NSC, maar ook Ajico, die zich evenwel niet uitdrukkelijk bij het verzoek van NSC had aangesloten, naar deze brief verwezen toen zij de Commissie verzochten of zij haar antwoorden op die brief wellicht kon verduidelijken. Verzoeksters hebben tijdens de administratieve procedure echter niet aangegeven, in welk opzicht de door de instellingen verstrekte gegevens tekortschoten, en ook geen specifieke punten genoemd waarover zij aanvullende informatie wensten.

97 De Commissie heeft op deze verzoeken om gegevens gereageerd bij brief van 18 december 1990 (zie r. o. 15 hierboven). Onderzocht moet worden, of de antwoorden van de Commissie voldoende waren om verzoeksters in staat te stellen zinvol verweer te voeren. Het Gerecht zal deze antwoorden onderzoeken, waarbij het zich zal beperken tot de punten ten aanzien waarvan verzoeksters kritiek hebben geuit.

— Bezettingsgraad van de capaciteit (zie rechtsoverweging 65 hierboven, eerste streepje)

98 Verzoeksters kunnen de gemeenschapsinstellingen niet verwijten, dat deze geen uitleg hebben gegeven over de gehanteerde uitgangspunten en methoden ter bepaling van de productiecapaciteit van de communautaire producent, aangezien zij daarnaar niet hadden geïnformeerd. Zij hadden namelijk gevraagd naar de

bezettingsgraad waarvan is uitgegaan bij de bepaling van de referentieprijs. Op dit punt kunnen verzoeksters de instellingen niet verwijten, niet te hebben aangegeven, of deze bezettingsgraad overeenkwam met de werkelijke bezettingsgraad aan het einde van het onderzoektijdvak, dan wel met een gemiddelde bezettingsgraad. NSC had in haar brief van 14 december 1990 slechts om deze informatie gevraagd voor het geval uit vertrouwelijkheidsoverwegingen geen percentage kon worden medegedeeld. Aangezien de Commissie had aangegeven, dat zij was uitgegaan van een volledige capaciteitsbezetting, dat wil zeggen van een bezettingsgraad van 100 %, behoefde zij de subsidiaire vraag niet te beantwoorden. Nu verzoeksters tijdens de administratieve procedure op dit punt niet om nadere gegevens hebben verzocht, moet de Commissie worden geacht de vraag van NSC volledig te hebben beantwoord. Daar voor het overige niet wordt betwist, dat de Commissie is uitgegaan van een volledige bezetting van de aan het einde van het onderzoektijdvak vastgestelde productiecapaciteit, wat voor verzoeksters het gunstigst was, zouden eventuele aanvullende opmerkingen hunnerzijds niet van invloed zijn geweest op het percentage van de bezettingsgraad waarvan is uitgegaan.

— Periode die nodig is om het break-even-point te bereiken en een winstmarge van 8 % te behalen (zie rechtsoverweging 65, tweede streepje, hierboven)

99 Naast het antwoord in haar brief van 18 december 1990 (zie r. o. 15 hierboven), heeft de Commissie in haar kennisgevingsbrief van 22 maart 1991 (zie r. o. 25 hierboven) verklaard, dat het van wezenlijk belang was, dat de in te stellen rechten het verschil dekten tussen de exportprijs en de referentieprijs, dat wil zeggen de minimumprijs die nodig is om de communautaire bedrijfstak in staat te stellen zijn kosten te dekken en een redelijke winst te maken. De Commissie had aangegeven, dat zij bij de bepaling van de winstmarge in de eerste plaats rekening had gehouden met het feit, dat de aanloopfase van de communautaire producent juist voorbij was, in de tweede plaats met de onzekerheid over het verloop van de toekomstige afzet, die wellicht zo gunstig zou zijn als in de Verenigde Staten, maar die ook negatief

kon uitvallen, en in de derde plaats met de mogelijkheid dat vervangingsproducten werden ontwikkeld, waardoor de productiecyclus van het betrokken product zou kunnen worden bekort.

- 100 Deze informatie bevat voldoende bijzonderheden over de belangrijkste feiten en overwegingen met betrekking tot het onderhavige verzoek om gegevens.
- 101 Bovendien heeft NSC in haar brief van 2 april 1991 haar standpunt ter zake kenbaar gemaakt, zodat zij haar recht van verweer ten volle heeft kunnen uitoefenen (zie r. o. 31 hierboven).

— Inaanmerkingneming van de aan de communautaire producent betaalde subsidies en verenigbaarheid met het Verdrag (zie rechtsoverweging 65, derde streepje, hierboven)

- 102 In haar brief van 18 december 1990 heeft de Commissie verklaard, bij de bepaling van de referentieprijis rekening te hebben gehouden met de aan de communautaire producent betaalde subsidies, evenwel zonder zich uit te spreken over de verenigbaarheid van deze subsidies met het Verdrag.
- 103 Verzoeksters hebben niet aangegeven, hoe de eventuele onverenigbaarheid van de aan de communautaire producent betaalde subsidies tot een lager antidumpingrecht had kunnen leiden.
- 104 De omstandigheid dat de Commissie hierover geen expliciete informatie heeft verstrekt, houdt bijgevolg geen schending van artikel 7, lid 4, van de basisverordening in en kan dus niet tot nietigverklaring van de bestreden verordening leiden.

— In de referentieprijis begrepen percentage van de bedrijfskosten die aan de gelicerte vennootschap DSM zijn betaald (zie rechtsoverweging 66 hierboven)

105 In haar antwoord van 18 december 1990 heeft de Commissie enkel bevestigd, dat HSC had bijgedragen in de bedrijfskosten van DSM, en verklaard, dat het niet in het belang van de andere aandeelhouder van HSC was deze kosten kunstmatig te verhogen.

106 Hoewel de Commissie de gestelde vraag hiermee niet duidelijk heeft beantwoord, moet worden vastgesteld, dat NSC haar belangen niet beter had kunnen verdedigen indien het percentage wel bekend was gemaakt. Zonder uitgesplitste bedrijfskosten kon NSC uit deze informatie immers niet opmaken, of deze kosten al dan niet redelijk waren. De bedrijfskosten van de communautaire producent, die deel uitmaken van de productiekosten, zijn vertrouwelijke gegevens die haar niet zonder meer konden worden meegedeeld (zie arrest Hof van 5 oktober 1988, zaak 250/85, Brother Industries, Jurispr. 1988, blz. 5683, r. o. 34). De Commissie heeft bijgevolg terecht niet meer informatie over dit punt verstrekt.

— Marktontwikkeling door NSAG (zie rechtsoverweging 66, vijfde streepje, hierboven)

107 In reactie op de vraag, of zij rekening had gehouden met het feit dat HSC had kunnen profiteren van de door NSAG ontplooiende marktontwikkelingsactiviteiten, heeft de Commissie in haar brief van 18 december 1990 verklaard, dat zij deze vraag onduidelijk vond, en NSC om toelichtingen gevraagd. Daar NSC geen toelichting heeft gegeven, kan de gemeenschapsinstellingen niet worden verweten, dat zij deze vraag niet uitvoeriger hebben beantwoord.

Grievens betreffende andere specifieke punten

— Uitsplitsing van de referentieprijis

- 108 Om te beginnen moet worden onderstreept, dat de referentieprijis aan de hand waarvan het bedrag van het recht is bepaald, grotendeels is berekend op basis van de productiekosten van de communautaire producent. Deze gegevens zijn evenwel vertrouwelijk (arrest Brother Industries, aangehaald in rechtsoverweging 106 hierboven, r. o. 34).
- 109 Tijdens de administratieve procedure hebben verzoeksters enkel geklaagd, dat het overzicht van de in de referentieprijis begrepen kosten, zoals dit uit bijlage 3 bij de brief van 22 maart 1991 van de Commissie bleek (zie r. o. 25 hierboven), onvoldoende gegevens over de bestanddelen van de referentieprijis bevatte. Uit dit algemene verwijt en de opmerking, dat de Commissie geen cijfer- of feitenmateriaal van betekenis over de schademarge had bekendgemaakt (zie r. o. 31 hierboven), konden de gemeenschapsinstellingen niet opmaken, met welke niet-vertrouwelijke informatie verzoeksters hun belangen beter hadden kunnen verdedigen. Gelet op de bijzondere kenmerken van de markt, op de kennis van de markt en van hun Europese concurrent waarover verzoeksters beschikten (zie r. o. 85 en 86 hierboven) en op het uiterst gevoelige karakter van de bestanddelen van de referentieprijis vanuit het oogpunt van de vertrouwelijkheid, moesten de instellingen ervoor waken, geen gegevens bekend te maken waarmee verzoeksters met een betrekkelijk grote nauwkeurigheid de bestanddelen, de opbouw en uiteindelijk het bedrag van de kosten van de communautaire producent konden berekenen. Aangezien deze gegevens vertrouwelijk waren (arrest Brother Industries, aangehaald in rechtsoverweging 106 hierboven, r. o. 34), konden de instellingen enkel beoordelen, of zij meer informatie over de referentieprijis konden verstrekken zonder in conflict te komen met de in casu in acht te nemen vertrouwelijkheidseisen, indien zij wisten over welke concrete punten verzoeksters nader geïnformeerd wilden worden, dan wel waartoe verzoeksters deze aanvullende inlichtingen wilden ontvangen en gebruiken.
- 110 Nu verzoeksters de instellingen niet in de gelegenheid hebben gesteld dit te beoordelen, kunnen zij hun niet verwijten geen nader uitgesplitst overzicht van de

referentieprijis te hebben verstrekt dan dat in bijlage 3 bij de brief van de Commissie van 22 maart 1991 (zie r. o. 25 hierboven). Nu zij met name geen specifieke informatie hebben gevraagd over het soort financieringskosten dat in aanmerking is genomen of over de toerekening daarvan, noch over de verhouding van de leningen tot de eigen middelen, kunnen zij de instellingen niet verwijten deze gegevens niet te hebben gepreciseerd.

- 111 In de zaak die ten grondslag lag aan het arrest Timex (aangehaald in r. o. 73 hierboven), waarop verzoeksters zich beroepen, hadden de gemeenschapsinstellingen alleen de bij de berekening van de referentieprijis in aanmerking genomen factoren medegedeeld, zonder de bijbehorende cijfers. In de onderhavige zaak daarentegen hebben de instellingen wel cijfers genoemd over de bij de berekening van de referentieprijis in aanmerking genomen kostenelementen, te weten het percentage van deze bestanddelen ten opzichte van de totale kosten binnen een marge van 10 %. Gelet op de door de communautaire producent ingediende verzoeken om vertrouwelijke behandeling, moeten de in casu aan verzoeksters medegedeelde gegevens over de samenstelling van de referentieprijis toereikend worden geacht.
- 112 In de zaak die ten grondslag lag aan het arrest Al-Jabail Fertilizer (aangehaald in r. o. 60 hierboven), waarop verzoeksters zich eveneens beroepen, betwistte de verweerder niet, dat de gemeenschapsinstellingen de verzoekende vennootschap de voor de uitoefening van haar recht van verweer dienstige gegevens had kunnen meedelen, aangezien hij verklaarde, dat de Commissie deze de vennootschap per brief had toegezonden. De in die zaak bestreden verordening werd echter nietig verklaard, omdat de verweerder niet had bewezen dat de verzoekster die brief had ontvangen. In casu verklaart verweerder daarentegen, dat de op de gemeenschapsinstellingen rustende geheimhoudingsplicht hen belette, bepaalde in geding zijnde gegevens toe te zenden.
- 113 In het arrest Nölle ten slotte, aangehaald in rechtsoverweging 60 hierboven, verklaarde het Hof de bestreden verordening niet ongeldig wegens schending van het recht van verweer, maar omdat de normale waarde niet „op passende en niet onredelijke wijze” in de zin van artikel 2, lid 5, sub a, van de basisverordening was

vastgesteld. Of de gemeenschapsinstellingen in het kader van de in casu toepasselijke bepalingen bij de vaststelling van de normale waarde niet de grenzen van hun beoordelingsbevoegdheid hebben overschreden, zal worden onderzocht in het kader van het volgende middel, dat is ontleend aan schending van artikel 2, lid 3, van de basisverordening.

— Inaanmerkingneming van bepaalde aanloopkosten van de communautaire producent in de referentieprijzen en afschrijving (zie rechtsoverweging 65, vierde en vijfde streepje, hierboven)

114 In hun opmerkingen van 2 april 1991 (zie r. o. 31 hierboven) hebben NSC en NSAG gesteld, dat HSC met aanzienlijke kosten en aanloopproblemen te kampen had gehad en dat de aanloopkosten van de fabriek niet mochten worden meegeteld bij de berekening van de referentieprijzen. Tevens waren zij van mening, dat de door HSC gemaakte rechtsbijstandskosten om tegen hen te procederen, niet als productiekosten konden worden aangemerkt, en dat deze kosten op zijn minst moesten worden gespreid. Zij hebben echter niet om nadere preciseringen verzocht met betrekking tot de gehanteerde uitgangspunten en methoden om de aanloopkosten in de referentieprijzen te verdisconteren (onder meer de wijze van afschrijving en de redenen waarom de gemeenschapsinstellingen hadden gekozen voor een afschrijvingsduur van tien jaar), noch met betrekking tot de twee posten van de aanloopkosten die wel in aanmerking waren genomen.

115 Bij brief van 18 april 1991 (zie r. o. 32 hierboven) heeft de Commissie medegedeeld, dat de aanloopkosten — op de twee naar Nederlands recht afgeschreven posten na — en de rechtsbijstandskosten buiten beschouwing waren gelaten.

116 Ook indien de opmerkingen van NSC en NSAG van 2 april 1991 als een verzoek om gegevens in de zin van artikel 7, lid 4, sub b, van de basisverordening, zijn aan te merken, dan is dit met de brief van de Commissie van 18 april 1991 dus volledig beantwoord.

— Bij gelieerde ondernemingen ingekochte grondstoffen (zie rechtsoverweging 66, vierde streepje, hierboven)

- 117 Verzoeksters kunnen de gemeenschapsinstellingen niet verwijten, dat deze hun geen gegevens hebben verstrekt over het aandeel van de grondstoffen dat de communautaire producent bij gelieerde leveranciers heeft ingekocht, omdat zij op dit specifieke punt niet om informatie hebben verzocht.

c) Conclusie

- 118 Uit het voorgaande volgt, dat, gelet op met name de bijzondere kenmerken van de markt (zie r. o. 85 en 86 hierboven), de uitstekende marktkennis die verzoeksters hadden en de omstandigheid dat zij daarom in voorkomend geval de gewenste relevante preciseringen konden vragen, de gemeenschapsinstellingen aan de krachtens artikel 7, lid 4, sub a en b, op hen rustende informatieplicht hebben voldaan.
- 119 Mitsdien moet het middel worden verworpen.

Het middel ontleend aan schending van artikel 2, lid 3, van de basisverordening

Argumenten van partijen

- 120 Verzoeksters stellen, dat verweerder een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, wezenlijke feiten en omstandigheden buiten beschouwing heeft gelaten en het Verdrag en de basisverordening heeft geschonden, doordat hij bij de vaststelling van de normale waarde is uitgegaan van een vergelijking tussen de prijzen op de binnenlandse markt van de Verenigde Staten en de prijzen op de gemeenschapsmarkt.

- 121 Volgens hen maken de prijzen op de markt van de Verenigde Staten geen bruikbare vergelijking mogelijk in de zin van artikel 2, lid 3, sub a en b, van de basisverordening en worden zij niet bepaald door normale handelstransacties. Anders dan de gemeenschapsmarkt, waarop vrije concurrentie heerst, is de Amerikaanse markt als gevolg van de octrooibeschermtng van aspartaam namelijk monopolistisch. Voor markten zonder concurrentie moeten de instellingen de dumping berekenen op basis van een aangenomen waarde. Het vergelijken van de prijzen op twee verschillend gestructureerde markten is verboden, zoals het Hof overigens heeft erkend in het arrest Brother Industries, aangehaald in rechtsoverweging 106 hierboven. Uit de beschikking van de Commissie in de zogenoemde „stroopperen van oorsprong uit Australië"-zaak blijkt eveneens, dat het concurrentie criterium van wezenlijk belang is. Ook in het recht van de Verenigde Staten van Amerika is erkend, dat het niet juist is om prijzen te vergelijken zonder daarbij de gevolgen van de bescherming uit hoofde van de intellectuele eigendom in aanmerking te nemen (zaak Lightweight Polyester Filament Fabric from Japan, 49 Fed. Reg. 472, 1984; zaak Generic Cephalixin Capsules from Canada, 53 Fed. Reg. 47562, 1988).
- 122 Het octrooi gaf de octrooihouder het recht de prijs te verhogen met een royalty. Bepaling van de normale waarde op basis van onder octrooibeschermtng vallende prijzen werkt in het nadeel van de uitvinder die zijn octrooirecht uitoefent, terwijl noch het gemeenschapsrecht, noch het GATT van de octrooihouder verlangen dat hij bij export afstand doet van dit recht. De eis dat een octrooihouder in de Gemeenschap verkoopt tegen een prijs die boven de marktprijs ligt, vormt discriminatie van buitenlandse octrooihouders en levert de communautaire producenten een ongerechtvaardigd voordeel op.
- 123 Doordat verweerder ten slotte niet heeft aangegeven, waarom hij de onder octrooibeschermtng vallende prijzen vergelijkbaar achtte met de prijzen bij uitvoer naar de Gemeenschap, heeft hij zijn motiveringsplicht geschonden (artikel 190 van het Verdrag).
- 124 Verweerder concludeert tot verwerping van dit middel. Hij betwist, dat de normale waarde onwettig is vastgesteld, aangezien zij is berekend op basis van prijzen die het resultaat zijn van een normale marktwerking en een bruikbare vergelijking maken.

- 125 Interveniënte voegt hieraan toe, dat er geen enkele reden is om de normale waarde niet op door octrooien beïnvloede prijzen te baseren, indien deze prijzen een afspiegeling zijn van de werkelijke marktsituatie in het land van uitvoer.

Beoordeling door het Gerecht

- 126 Volgens de bewoordingen van de basisverordening is de instelling van antidumpingrechten niet afhankelijk van enige andere factor dan een schadelijke differentiatie tussen de prijzen op de binnenlandse markt (in casu de markt van de Verenigde Staten) en de markt van uitvoer (in casu de gemeenschapsmarkt).
- 127 De criteria „marktstructuur” of „concurrentiegraad” bepalen als zodanig niet, of van een aangenomen waarde wordt uitgegaan dan wel van de normale waarde op basis van de werkelijke prijzen, indien deze prijzen het resultaat zijn van de marktwerking. Immers, zoals de Commissie in haar verordening heeft overwogen (punt 16 van de considerans, bevestigd in punt 8 van de considerans van de verordening van de Raad), bestaat er „tussen de Amerikaanse en de Gemeenschapsmarkt een verschil in prijselasticiteit” en is het „zonder een dergelijk verschil (...) in feite niet mogelijk verschillende prijzen toe te passen”, en, moest daarmee rekening worden gehouden, „dan zouden op dumping nooit sancties kunnen worden toegepast”. Aangezien verzoeksters niet hebben aangetoond, dat de prijzen aan de hand waarvan de normale waarde is bepaald, niet het resultaat van de marktwerking dan wel geen afspiegeling van de werkelijke marktsituatie in de Verenigde Staten waren, was er geen enkele reden om van een aangenomen waarde uit te gaan in plaats van zich te baseren op de aldaar werkelijk betaalde prijzen.
- 128 Ten slotte heeft de bestreden verordening geenszins het Amerikaanse octrooi van verzoekster NSC uitgehold, omdat geen afbreuk is gedaan aan haar recht om tot het verval van dat octrooi derden te verbieden, in de Verenigde Staten aspartaam te produceren of in de handel brengen, noch aan haar recht om op die markt hogere prijzen toe te passen. Het aan het octrooi verbonden productie- en afzetmonopolie stelt de octrooihouder in staat zijn onderzoeks- en ontwikkelingskosten terug te

verdienen, ongeacht of een project al dan niet met succes wordt bekroond. Dit element is een economische reden te meer om bij de bepaling van de normale waarde uit te gaan van in het kader van een octrooi toegepaste prijzen.

- 129 Verzoeksters hebben derhalve niet aangetoond, dat de gemeenschapsinstellingen hebben gedwaald ten aanzien van het recht of de feiten kennelijk onjuist hebben beoordeeld, door de normale waarde van het ingevoerde aspartaam te bepalen op basis van de in de Verenigde Staten onder octrooibescherming toegepaste prijzen.
- 130 Wat de grief betreft, dat onvoldoende is gemotiveerd waarom deze prijzen als uitgangspunt voor de bepaling van de normale waarde zijn gekozen, zij eraan herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak de door artikel 190 EG-Verdrag verlangde motivering de redenering van de communautaire instantie waarvan de bestreden handeling afkomstig is, duidelijk en ondubbelzinnig moet doen uitkomen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en hun rechten kunnen verdedigen en de gemeenschapsrechter zijn toezicht kan uitoefenen (arresten Hof van 26 juni 1986, zaak 203/85, Nicolet Instrument, Jurispr. 1986, blz. 2049, r. o. 10; 7 mei 1987, zaken 240/84, NTN Toyo Bearing, Jurispr. 1987, blz. 1809, r. o. 31, en 255/84, Nachi Fujikoshi, Jurispr. 1987, blz. 1861, r. o. 39).
- 131 In casu bevestigt de bestreden verordening (punt 8 van de considerans) de punten 12 tot en met 19 van de considerans van de verordening van de Commissie.
- 132 In punt 18 van de considerans van laatstbedoelde verordening stelt de Commissie met betrekking tot het argument dat de Amerikaanse prijzen niet echt vergelijkbaar zijn omdat aspartaam in de Verenigde Staten octrooibescherming geniet:

„De Commissie kan dit argument niet aanvaarden. Schadeberokkenende prijsdiscriminatie is volgens de communautaire en internationale wetgeving verboden, ongeacht de redenen voor een dergelijke prijsdiscriminatie. Het prijsniveau in de

VS wordt niet rechtstreeks door het VS-octrooi bepaald. Indien de exporteur zijn positie als octrooihouder gebruikt om op de binnenlandse markt hogere prijzen te hanteren dan bij de exportverkoop, dan is dat zijn eigen commerciële beleid. Er bestaat geen reden waarom deze prijsdifferentiatie, in de mate waarin zij de bedrijfstak van de Gemeenschap aanmerkelijke schade berokkent, aan de toepassing van anti-dumpingregels zou moeten ontkomen.”

- 133 Deze elementen volstonden voor de belanghebbenden om de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel te kennen en hun rechten te verdedigen en voor de gemeenschapsrechter om zijn toezicht uit te oefenen. Op dit punt was de verordening derhalve voldoende gemotiveerd.
- 134 Mitsdien moet het middel worden verworpen.

De middelen ontleend aan schending van het Verdrag en van de artikelen 2, lid 1, 4 en 13 van de basisverordening en onjuiste berekening van het anti-dumpingrecht

Argumenten van partijen

- 135 In de eerste plaats menen verzoeksters, dat de gemeenschapsinstellingen het door hen overgelegde bewijsmateriaal kennelijk onjuist hebben beoordeeld en de bepalingen van de anti-dumpingcode van het GATT en van de basisverordening inzake de vaststelling van de schade hebben geschonden.
- 136 Volgens hen blijkt uit dit bewijsmateriaal, dat de communautaire producent geen aanmerkelijke schade had geleden en dat zijn resultaten even goed waren als die welke hij redelijkerwijs kon verwachten. HSC kon redelijkerwijs niet verwachten, dat zij binnen een jaar na aanvang van haar productie winst zou maken, laat staan een winst van 8 %.

- 137 Toen het onderzoek begon, produceerde de communautaire producent namelijk nog geen zes maanden en was hij derhalve nog in de aanloopfase. Als nieuwkomer op de markt was hij op velerlei hinderpalen gestuit, zoals de technologische voorsprong van verzoeksters, het ontbreken van schaalvoordelen gedurende de aanloopfase en het gebrek aan ervaring. Hij was inefficiënt, ook indien de betrekkelijk geringe bezetting van zijn productiecapaciteit in aanmerking wordt genomen. Zijn kosten waren extreem hoog (zie punt 49 van de considerans van de verordening van de Commissie, waarin wordt gesproken van aanzienlijke aanloopkosten). Inzonderheid bedroegen zijn financiële lasten 5 tot 15 % van zijn kosten, hetgeen doet vermoeden dat hij zware schulden had.
- 138 Verzoeksters wijzen erop, dat de communautaire producent op een markt opereerde waarop de marktwerking de aspartaamprijzen drukte. De concurrentie op de gemeenschapsmarkt van talloze andere goedkope intensieve zoetstoffen, als gevolg van het ontbreken van strenge beperkende voorschriften en het feit dat de consument in de Gemeenschap zich minder om de gevolgen van de gezondheid van deze producten bekommert dan de Amerikaanse of Japanse consument, is de oorzaak van een aanzienlijke prijsdaling sinds 1993, vijf jaar vóór de aanvang van de productie van HSC.
- 139 Desondanks heeft de communautaire producent een aanmerkelijk aandeel in de aspartaamafzet verworven. Er zijn geen bewijzen, dat indien de prijzen hoger waren geweest, de daaruit voortvloeiende daling van de vraag iedere inkomensstijging ongedaan zou hebben gemaakt, laat staan, dat het probleem van de onderbezetting van de productiecapaciteit van HSC daarmee zou zijn opgelost. Gelet op het aanstaande verval van het octrooi van NSC, had de communautaire producent bovendien goede vooruitzichten op uitbreiding van zijn afzet tot de bijzonder winstgevende markt van de Verenigde Staten en op grotere schaalvoordelen.
- 140 Blijkens het door verzoeksters geleverde bewijsmateriaal, met name de studie van McKinsey (zie r. o. 9 hierboven), mag een nieuwkomer op een groeiende markt in de eerste productie jaren niet op financieel evenwicht rekenen. Het is een illusie te denken, dat op een gevestigde producent klanten kunnen worden veroverd zonder aanzienlijk te onderbieden. Voorts loopt een nieuwkomer die zijn marktaandeel

tracht te vergroten met behulp van lagere prijzen, het risico dat de prijzen nog verder dalen en hij louter een symbolisch marktaandeel wint, vooral wanneer de prijzen reeds zeer laag waren als gevolg van de concurrentie van vervangingsproducten.

- 141 In repliek klagen verzoeksters, dat de gemeenschapsinstellingen niet hebben aangegeven, waarom HSC had kunnen verwachten dat haar productiecapaciteit een hogere bezettingsgraad zou bereiken, of waarom zij van meet af aan in staat had moeten zijn al het aspartaam dat zij kon produceren, te verkopen.
- 142 In de tweede plaats, aldus verzoeksters, heeft de Commissie ten onrechte gesteld, dat de in geding zijnde invoer de oorzaak van de beweerde schade was, met name dat „de verlaging van de exportprijzen van de NSAG samenviel met het verschijnen van de indiener van de klacht op de markt van de Gemeenschap” (punt 45 van de considerans van de verordening van de Commissie).
- 143 Bovendien strookt de overweging, dat de concurrentie na het verval van het octrooi in de Gemeenschap tussen 1986 en 1988 is toegenomen (punt 54 van de considerans van de verordening van de Commissie), niet met de conclusie, dat de in geding zijnde invoer de oorzaak van de prijsdaling was. Op de markt van de Verenigde Staten hebben de toenemende vraag, het verbod op cyclamaten, de waarschuwingen tegen het gebruik van sacharine en het octrooi van NSC juist tot een prijsstijging geleid.
- 144 De gemeenschapsinstellingen hebben in het verleden soortgelijke factoren als in de onderhavige zaak in aanmerking genomen, zoals de intracommunautaire concurrentie en de zeer hoge kosten van de communautaire producenten, en geconcludeerd, dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de betrokken invoer en de schade van de communautaire producent [besluit 86/344/EEG van de Commissie

van 17 juli 1986 tot beëindiging van de anti-dumpingprocedure betreffende de invoer van Portlandcement van oorsprong uit de Duitse Democratische Republiek, Joegoslavië en Polen (PB 1986, L 202, blz. 43, punt 24 van de considerans)].

145 In de derde plaats verwijten verzoeksters de gemeenschapsinstellingen, dat zij artikel 13, lid 3, van de basisverordening hebben geschonden doordat zij het bedrag van het anti-dumpingrecht dat nodig is om de beweerde schade weg te nemen, te hoog schatten. Dit recht is namelijk vastgesteld aan de hand van een referentieprij, die de gemeenschapsinstellingen hebben berekend op basis van de kosten van de communautaire producent. Omdat deze kosten buitensporig hoog zijn, had de referentieprij moeten worden berekend op basis van de kosten van een van de exporteurs of van een producent in een soortgelijke bedrijfstak, dan wel gelijk moeten zijn aan de in de Gemeenschap toegepaste prijs of, indien er sprake is van onderbieding, aan de in de Gemeenschap toegepaste prijs, vermeerderd met de vastgestelde onderbieding, zoals de instellingen dat in andere zaken hebben gedaan [zie bijvoorbeeld verordening (EEG) nr. 3232/89 van de Commissie van 24 oktober 1989 tot instelling van een voorlopig anti-dumpingrecht op de invoer van ontvangtoestellen voor kleurentelevisie, met klein beeldscherm, van oorsprong uit de Republiek Korea (PB 1989, L 314, blz. 1.); verordening (EEG) nr. 129/91 van de Commissie van 11 januari 1991 tot instelling van een voorlopig anti-dumpingrecht op de invoer van ontvangtoestellen voor kleurentelevisie met klein beeldscherm, van oorsprong uit Hong Kong en de Volksrepubliek China (PB 1991, L 14, blz. 31.)]. In bepaalde gevallen zijn de instellingen zelfs uitgegaan van de kosten van de meest efficiënte producent.

146 Ook indien wordt aangenomen, dat de beweerde schade enkel door de invoer is veroorzaakt, dan nog is de referentieprij onjuist. De productiekosten waarvan de instellingen zijn uitgegaan, zijn dermate hoog, dat zij slechts op een rekenfout kunnen berusten.

147 Verweerder en interveniënte concluderen tot verwerping van deze middelen. Zij betogen, zakelijk weergegeven, dat zij bij de bepaling van de schade, bij de vaststelling van een oorzakelijk verband tussen de schade en de invoer met dumping en bij de berekening van het anti-dumpingrecht terdege rekening hebben gehouden met

het feit, dat de communautaire producent net zijn intrede op de markt had gedaan en daarom minder efficiënt was dan verzoeksters. Voorts betwisten zij, dat er sprake was van hevige prijsconcurrentie van andere zoetstoffen en dat deze factor de oorzaak van de schade kon zijn.

Beoordeling door het Gerecht

- 148 Bij de vaststelling van de schade en van het bestaan van een oorzakelijk verband tussen de schade en de invoer met dumping moeten ingewikkelde economische vraagstukken worden onderzocht. Daarbij beschikken de gemeenschapsinstellingen over een ruime beoordelingsmarge (zie, bijvoorbeeld, arrest Hof van 7 mei 1991, zaak C-69/89, Nakajima, Jurispr. 1991, blz. I-2069, r. o. 86, en arrest Gerecht van 28 september 1995, zaak T-164/94, Ferchimex, Jurispr. 1995, blz. II-2681, r. o. 111 en 131).
- 149 In de bestreden verordening (punt 26 van de considerans) heeft verweerder verklaard:

„Om te bepalen of de bedrijfstak van de Gemeenschap aanmerkelijke schade had geleden werd (...) met de volgende factoren rekening gehouden:

De producent uit de Gemeenschap is eerst in 1988 met de verkoop aangevangen en heeft een betrekkelijk bescheiden aandeel veroverd van de markt van de Gemeenschap, die nu nog steeds grotendeels in handen is van de Amerikaanse en de Japanse producent/exporteur. Als antwoord op deze marktpenetratie ging de Amerikaanse concurrent over tot een drastische prijsvermindering, waardoor het bedrijf in de Gemeenschap aanzienlijke verliezen leed. Het kon zijn bezettingsgraad niet opvoeren en daardoor niet van schaalvoordelen profiteren. Aan het einde van het onderzoektijdvak hadden de verliezen zulk een omvang aangenomen dat het bedrijf in zijn voortbestaan werd bedreigd.”

- 150 Wat de beweerde inefficiëntie van de communautaire producent betreft, zij eraan herinnerd, dat het feit dat een producent in de Gemeenschap ook andere dan door dumping veroorzaakte moeilijkheden ondervindt, geen reden vormt deze producent elke bescherming tegen de door de dumping veroorzaakte schade te onthouden (arrest Brother Industries, aangehaald in rechtsoverweging 106 hierboven, r. o. 42, en arrest Hof van 5 oktober 1988, gevoegde zaken 277/88 en 300/85, Canon e. a., Jurispr. 1988, blz. 5731, r. o. 63).
- 151 Bovendien was de communautaire producent gedurende het onderzoektijdvak nog in de aanloopfase. Uit een stuk dat verzoeksters in antwoord op de vragen van Gerecht van 22 januari 1997 hebben ingediend, blijkt dat hun productiekosten in de eerste twee productie jaren ruim tweemaal zo hoog waren als gedurende het onderzoektijdvak. Zelfs indien wordt aangenomen, dat hun productiekosten in het onderzoektijdvak ongeveer tweemaal zo laag waren als die van de communautaire producent, zoals verzoeksters stellen, hebben de gemeenschapsinstellingen derhalve niet hun beoordelingsbevoegdheid overschreden door van de kosten van de communautaire producent uit te gaan bij de vaststelling van de referentieprijzen beneden welke hij moest worden geacht schade te hebben geleden.
- 152 Met betrekking tot de concurrentie van goedkopere zoetstoffen blijkt uit punt 31 van de considerans van de bestreden verordening, dat verweerder meende, dat de aanwezigheid van andere intensieve zoetstoffen op de markt de prijs van aspartaam niet aanmerkelijk beïnvloedde en niet de oorzaak was van de prijsdaling vanaf het moment waarop de communautaire producent besloot de markt te betreden. In zijn antwoorden op de vragen van het Gerecht van 22 januari 1997 en ter terechtzitting heeft verweerder verklaard, dat de concurrentie van andere zoetstoffen beperkt was vanwege de specifieke kenmerken van aspartaam, met name de smaak.
- 153 Gezien de smaakvoordelen van aspartaam is verweerders conclusie, dat de vraag naar aspartaam niet aanmerkelijk werd beïnvloed door de aanwezigheid van andere, goedkopere intensieve zoetstoffen op de markt, aannemelijk, mede gelet op de volgende factoren die uit de stukken blijken, met name uit de tabellen in het rapport van maart 1997, dat in opdracht van verzoeksters door consultant LMC

International is opgesteld ter beantwoording van de vragen van het Gerecht van 22 januari 1997. In de eerste plaats heeft aspartaam een plaats op de markt weten te veroveren, hoewel het duurder is dan andere zoetstoffen. In de tweede plaats kopen gebruikers van zoetstoffen niet alleen de goedkoopste; de vraag naar aspartaam in de Gemeenschap is na de instelling van de anti-dumpingrechten overigens gestegen. In de derde plaats is het aandeel van de kosten van een intensieve zoetstof in de totale kosten van het eindproduct marginaal.

154 Onder deze omstandigheden is het eveneens aannemelijk, dat een aspartaamproducent — zelfs als nieuwkomer op de markt — in staat is om binnen 18 maanden 8 % winst te maken, te meer omdat dit percentage is vastgesteld op basis van fictieve productiekosten, uitgaande van een volledige bezetting van de productiecapaciteit. Voor deze conclusie pleit ook de overweging, dat een nieuwkomer op een monopolistische markt kon rekenen op een gunstig onthaal door de consument.

155 Wat de daling van de aspartaamprijzen in de Gemeenschap betreft, hebben verzoeksters niet ontkracht wat verweerder in antwoord op de vragen van het Gerecht van 22 januari 1997 heeft verklaard, namelijk dat de kostenverlaging wel de prijsdaling tussen 1983 en 1987 kon verklaren, maar niet de daarop volgende keldering. Zij hebben evenmin verweerders stelling weerlegd, dat de prijzen vanaf 1986 sneller daalden dan hun productiekosten.

156 Hoewel de stelling dat „de verlaging van de exportprijzen van de NSAG samenviel met het verschijnen van de indiener van de klacht op de markt van de Gemeenschap” (punt 45 van de considerans van de verordening van de Commissie en punt 30 van de considerans van de verordening van de Raad) wellicht vaag is, is het argument dat „het besluit de prijzen te verlagen tot een niveau waarop met verlies wordt gewerkt (...) duidelijk van de NSAG en de Amerikaanse en de Japanse exporteurs [is] uitgegaan en dat de gevolgen van dergelijk prijsbeleid niet kunnen worden toegeschreven aan moeilijkheden die de HSC bij de produktie zou hebben ondervonden” (punt 49 van de considerans van de verordening van de Commissie

en punt 33 van de considerans van de verordening van de Raad), daarentegen volstrekt aannemelijk.

- 157 Verzoeksters ontkennen niet, dat de president-directeur van NSC in 1989 heeft verklaard (zie het bij het verweerschrift gevoegde artikel in de Financiële Telegraaf van 2 september 1989): „Maar de prijs is geen punt. Wij zullen zonodig onder de prijs van de concurrent duiken. Dat kunnen we ons veroorloven omdat wij meer dan ieder ander hebben kunnen investeren in efficiency, daartoe in staat gesteld door de ruime middelen waarover wij dank zij ons patent konden beschikken.” Zij ontkennen niet, dat zij inderdaad hebben onderboden (punt 40 van de considerans van de verordening van de Commissie en punt 26 van de considerans van de verordening van de Raad), de uitvoer naar de Gemeenschap in absolute termen hebben vergroot (punt 37 van de considerans van de verordening van de Commissie en punt 26 van de considerans van de verordening van de Raad) en hun prijzen aanzienlijk hebben verlaagd (punt 39 van de considerans van de verordening van de Commissie en punten 26 en 31 van de considerans van de verordening van de Raad).
- 158 Verzoeksters hebben derhalve niet aangetoond, dat verweerder zijn beoordelingsbevoegdheid heeft overschreden door aan te nemen, dat de communautaire producent schade heeft geleden en dat de invoer met dumping daar de oorzaak van was.
- 159 Het bedrag van het in casu ingestelde recht is gelijk aan het verschil tussen de referentieprij, dat wil zeggen de minimumprijs waartegen aspartaam in de Gemeenschap moet worden ingevoerd om de communautaire bedrijfstak van schade te vrijwaren, en de exportprijs. Uit de vaststellingen van het Gerecht in de rechtsoverwegingen 150 tot en met 158 volgt, dat verzoeksters niet zijn geslaagd in het bewijs, dat de gemeenschapsinstellingen bij de berekening van het bedrag van het recht dat nodig is om de schade op te heffen, van een onjuiste grondslag zijn uitgegaan. Dat er een rekenfout zou zijn gemaakt, leiden verzoeksters af uit het feit dat de kosten die in aanmerking zijn genomen ter berekening van de referentieprij, tweemaal zo hoog zouden zijn als hun eigen kosten. Blijkens rechtsoverwe-

ging 151 is het aannemelijk, dat de productiekosten van een aspartaamproducent in de aanloopfase tweemaal zo hoog zijn als die van een ervaren producent. Dat is echter geen afdoende bewijs van een fout in de berekening van de referentieprij en zelfs geen feit of omstandigheid waardoor een dergelijke fout aannemelijk wordt gemaakt.

- 160 Ten slotte is de grief inzake ontoereikende motivering van de conclusie, dat HSC een hogere bezettingsgraad van haar productiecapaciteit had moeten kunnen bereiken, eerst in repliek aangevoerd. Deze grief is derhalve in een te laat stadium aangevoerd en is als zodanig niet-ontvankelijk. Zij hoeft mitsdien niet te worden onderzocht.
- 161 Uit het voorgaande volgt, dat de onderzochte middelen moeten worden verworpen.

III — *De uitsluitend in zaak T-159/94 aangevoerde middelen*

Het middel ontleend aan schending van wezenlijke vormvoorschriften en van artikel 190 van het Verdrag

Argumenten van partijen

- 162 Verzoekster Ajico verwijt de gemeenschapsinstellingen schending van haar recht van verweer (arrest Hof van 23 oktober 1974, zaak 17/74, Transocean Marine Paint, Jurispr. 1974, blz. 1063, r. o. 15) alsmede van de GATT-aanbevelingen inzake de beste beschikbare gegevens in de zin van artikel 6, lid 8, vastgesteld op 8 mei 1984 door de GATT-commissie anti-dumpingpraktijken (GATT, BISD, 31^e supplement, blz. 283). Daar de Commissie vond, dat Ajico onvoldoende medewerking had verleend, liet zij de door deze onderneming verstrekte gegevens buiten beschouwing en merkte zij de prijzen op de markt van de Verenigde Staten als normale waarde aan, met als gevolg dat er te hoge rechten werden ingesteld. Door

dit standpunt en het daarop volgende besluit wordt verzoekster derhalve aanmerkelijk in haar belangen geschaad. Zij werd hiervan eerst na publicatie van de verordening van de Commissie in kennis gesteld, zodat zij geen gelegenheid heeft gehad ter zake opmerkingen te maken.

- 163 Verzoekster heeft hoe dan ook haar best gedaan om aan de verificaties en het onderzoek mee te werken. De Commissie wilde namelijk de op de Japanse markt afgezette hoeveelheden en de productiekosten verifiëren. Met betrekking tot haar afzet op de Japanse markt heeft verzoekster in de eerste plaats de expeditie-statistieken verstrekt, in de tweede plaats de facturen van al haar verkopen (2,4 miljoen facturen), waaronder die betreffende aspartaam, en in de derde plaats de maandelijks en periodieke facturen van alle verkopen per afnemer op microfiche, waaronder die betreffende de aspartaamverkopen. Met betrekking tot haar productiekosten heeft Ajico alle stukken verstrekt betreffende de productiekosten over de beide helften van haar boekjaar (van 1 oktober 1988 tot en met 30 september 1989), dat driekwart van het onderzoekstijdvak dekte. Tijdens het onderzoek ter plaatse waren ook gegevens inzake haar productiekosten over de laatste drie maanden van 1989 beschikbaar, zij het niet uitgesplitst per product, aangezien Ajico onvoldoende tijd had gehad om de productiekosten van aspartaam afzonderlijk te berekenen. Wanneer het onderzoekstijdvak niet samenvalt met het boekjaar van de betrokken onderneming, is het gebruikelijk de cijfers vast te stellen door middel van extrapolatie op basis van de beschikbare gegevens [verordening (EEG) nr. 112/90 van de Raad van 16 januari 1990 tot instelling van een definitief anti-dumpingrecht op de invoer van bepaalde compact-discspelers van oorsprong uit Japan en de Republiek Korea en tot definitieve inning van het voorlopige recht (PB 1990, L 13, blz. 21.); verordening (EEG) nr. 2054/91 van de Commissie van 11 juli 1991 tot instelling van een voorlopig anti-dumpingrecht op de invoer van dihydrostreptomycine van oorsprong uit de Volksrepubliek China (PB 1991, L 187, blz. 23); verordening (EEG) nr. 729/92 van de Raad van 16 maart 1992 tot instelling van een definitief anti-dumpingrecht op de invoer van bepaalde soorten thermokopieerpapier van oorsprong uit Japan en tot definitieve inning van het voorlopige anti-dumpingrecht (PB 1992, L 81, blz. 1)].

- 164 Verweerder en interveniënte concluderen tot verwerping van het middel. Zij menen, zakelijk weergegeven, dat het niet relevant is, omdat in de bestreden verordening niet artikel 7, lid 7, sub b, van de basisverordening, dat de

gemeenschapsinstellingen de mogelijkheid biedt om zich bij gebrek aan medewerking van de betrokken partij op de beschikbare gegevens te baseren, maar artikel 2, lid 6, van die verordening als rechtsgrondslag voor de berekening van de normale waarde dient.

Beoordeling door het Gerecht

- 165 Volgens dit middel is verzoeksters recht van verweer geschonden doordat zij niet in de gelegenheid is gesteld haar standpunt kenbaar te maken over het oordeel van de Commissie, dat zij onvoldoende heeft meegewerkt.
- 166 In de bestreden verordening is de normale waarde evenwel niet vastgesteld krachtens artikel 7, lid 7, sub b, van de basisverordening, dat de gemeenschapsinstellingen de bevoegdheid geeft zich op de beschikbare gegevens te baseren indien de betrokken partij onvoldoende meewerkt, doch op basis van artikel 2, lid 6, van genoemde verordening.
- 167 De vraag of verzoekster haar standpunt inzake het betwiste oordeel van de Commissie kenbaar heeft kunnen maken, is derhalve niet van invloed op de bestreden verordening. Dit betekent, dat zelfs indien de instellingen verzoekster deze mogelijkheid zouden hebben onthouden — over welk punt het Gerecht zich niet behoeft uit te spreken — zulks niets zou hebben veranderd aan de conclusies van de Raad als vervat in de bestreden verordening.
- 168 Mitsdien moet het middel worden verworpen.

Het middel ontleend aan schending van artikel 2, lid 6, van de basisverordening

Argumenten van partijen

- 169 Verzoekster Ajico wijst erop, dat ingevolge artikel 2, lid 6, van de basisverordening en het GATT de gemeenschapsinstellingen de normale waarde moeten vaststellen op basis van een vergelijkbare prijs.
- 170 In casu was de prijs waartegen aspartaam in de Verenigde Staten werd verkocht, niet vergelijkbaar vanwege het octrooi van NSC op die markt. Omdat het octrooi verzoekster bovendien belette aspartaam te verkopen aan derden in de Verenigde Staten, konden haar prijzen niet van invloed zijn op of worden beïnvloed door de prijzen die NSC aldaar toepaste; haar prijzen waren het resultaat van de marktwerking in Japan. Het zou daarom onredelijk zijn verzoekster de gevolgen van de bijzondere economische en juridische situatie in de Verenigde Staten te laten dragen.
- 171 Omdat de prijs op de markt van de Verenigde Staten niet vergelijkbaar was, had de normale waarde moeten worden bepaald op basis van de prijs in het land van oorsprong.
- 172 Deze oplossing was des te meer geboden, omdat aspartaam uit Japan louter werd doorgevoerd via de Verenigde Staten. Het begrip doorvoer in artikel 2, lid 6, van de basisverordening heeft betrekking op situaties waarin de overbrenging naar een land van doorvoer niet van invloed is op, en niet wordt beïnvloed door de marktvoorwaarden in het land van doorvoer.

173 Dat was in casu het geval, omdat aspartaam uit Japan niet bestemd was voor wederverkoop in de Verenigde Staten, maar uitsluitend in dat land werd ingevoerd om NSC in staat te stellen van de Amerikaanse regelgeving inzake teruggaaf van invoerrechten te profiteren. Gezien de octrooibeschermering op de Amerikaanse markt, was verzoeksters deelneming in het kapitaal van de gezamenlijke onderneming NSAG evenmin van invloed op het prijspeil. Er bestaat geen verband tussen aspartaam dat verzoekster aan NSC verkocht met het oog op wederverkoop in de Verenigde Staten en aspartaam bestemd voor wederverkoop in de Gemeenschap. De verzendingen werden niet alleen afzonderlijk geregistreerd, maar ook tegen een andere prijs gefactureerd. Ajico zou na levering aan NSC de macht over dat aspartaam hebben behouden, omdat NSC contractueel verplicht was het onmiddellijk door te verkopen aan Deutsche Ajinomoto GmbH, een dochteronderneming van verzoekster voor haar afzet in Europa, met het oog op doorlevering aan NSAG. Er is, ten slotte, weliswaar aspartaam uit Japan in grotere verpakkingen gedaan of gegraneleerd ter vergemakkelijking van het transport, doch dit betrof slechts een zeer klein gedeelte van het uitgevoerde aspartaam, namelijk 1,4 respectievelijk 7 %. Bovendien gebeurde dit enkel in de periode van november 1988 tot december 1989, die vrijwel exact overeenkwam met het onderzoektijdvak, en wel uitsluitend om tegemoet te komen aan verzoeken van afnemers in de Gemeenschap, gedaan na verzending vanuit Japan.

174 Omdat de afzet op de markt in het land van oorsprong echter nog geen 5 % van de afzet op de gemeenschapsmarkt uitmaakte en artikel 2, lid 6, van de basisverordening niet uitsluit, dat de normale waarde een aangenomen waarde is in de zin artikel 2, lid 3, moest worden uitgegaan van een aangenomen waarde, bepaald op basis van verzoeksters productiekosten, vermeerderd met een redelijke winst. Zoals in het kader van het voorgaande middel reeds is gesteld, had de Commissie de productiekosten van verzoekster kunnen verifiëren.

175 Volgens verweerder en interveniënte was in casu niet voldaan aan de voorwaarden om de normale waarde overeenkomstig artikel 2, lid 6, van de basisverordening te bepalen op basis van de vergelijkbare prijs die werkelijk is betaald of moet worden betaald in het land van oorsprong (in casu Japan), met name omdat het aspartaam gedurende het onderzoektijdvak niet louter was doorgevoerd via het land van uitvoer (in casu de Verenigde Staten). Verweerder voegt hieraan toe, dat daarentegen

wel was voldaan aan de voorwaarden om de normale waarde te bepalen op basis van de prijs die werkelijk is betaald of moet worden betaald in het land van uitvoer, omdat deze prijs vergelijkbaar was. Verweerder en interveniënte concluderen daarom tot verwerping van het middel.

Beoordeling door het Gerecht

176 Artikel 2, lid 6, van de basisverordening luidt als volgt:

„Wanneer een produkt niet rechtstreeks uit het land van oorsprong wordt ingevoerd doch vanuit een ander land naar de Gemeenschap wordt uitgevoerd, is de normale waarde de vergelijkbare prijs die werkelijk is betaald of moet worden betaald voor een soortgelijk produkt op de binnenlandse markt van hetzij het land van uitvoer hetzij het land van oorsprong. Laatstgenoemde basis kan onder meer geschikt zijn indien het produkt slechts via het land van uitvoer wordt doorgevoerd of indien het produkt niet in het land van uitvoer wordt geproduceerd of indien er in het land van uitvoer geen vergelijkbare prijs voor deze produkten bestaat.”

177 Vaststaat, dat het door verzoekster Ajico verkochte aspartaam niet rechtstreeks in de Gemeenschap werd ingevoerd vanuit het land van oorsprong (Japan), maar vanuit een land van doorvoer (de Verenigde Staten).

178 In dat geval verleent artikel 2, lid 6, van de basisverordening de gemeenschapsinstellingen een ruime beoordelingsbevoegdheid om te beslissen of zij uitgaan van de prijs op de markt van het land van uitvoer dan wel van de prijs op de markt van het land van oorsprong, mits de gekozen prijs vergelijkbaar is.

179 In casu hebben de instellingen de normale waarde bepaald op basis van de prijs op de binnenlandse markt van het land van uitvoer (de markt van de Verenigde Staten).

- 180 Nu verzoekster louter heeft gesteld, dat niet van deze prijs kon worden uitgegaan omdat het betrokken product onder een octrooi viel, heeft zij niet aangetoond, dat de prijs niet vergelijkbaar was (zie r. o. 126-129 hierboven).
- 181 Bovendien is in casu niet voldaan aan de voorwaarden die voor de gemeenschapsinstellingen aanleiding hadden kunnen zijn om uit te gaan van de prijzen in het land van oorsprong (Japan). Het Japanse aspartaam is immers niet louter doorgevoerd via de Verenigde Staten, aangezien het in feite aan een Amerikaanse handelaar is verkocht en ten dele is bewerkt en opnieuw verpakt.
- 182 De gemeenschapsinstellingen hebben derhalve terecht de normale waarde bepaald op basis van de prijs op de markt van de Verenigde Staten.
- 183 Mitsdien moet dit middel worden verworpen.

IV — *De uitsluitend in zaak T-160/94 aangevoerde middelen*

Het middel ontleend aan schending van wezenlijke procedurevoorschriften en van artikel 190 van het Verdrag

Argumenten van partijen

- 184 Verzoekster NSC klaagt, dat de Raad in zijn verordening enkel heeft opgemerkt, dat de Commissie de door verzoekster voorgestelde verbintenissen had afgewezen, zonder zijn eigen besluit om deze verbintenissen af te wijzen te motiveren. Uit

's Hofs arresten van 7 mei 1987, NTN Toyo Bearing en Nachi Fujikoschi, aangehaald in r. o. 130 hierboven, en zaak 256/84, Koyo Seiko (Jurispr. 1987, blz. 1899), gelezen in samenhang met het arrest van 14 maart 1990 (zaak C-156/87, Gestetner Holdings, Jurispr. 1990, blz. I-781), blijkt, dat de eindbeslissing om een aangeboden verbintenis te verwerpen — die verzoekster aanzienlijk in haar belangen schaadt — bij de Raad ligt. Om de gemeenschapsrechter in staat te stellen zijn toezicht uit te oefenen, had verweerder zijn beslissing ter zake moeten motiveren. Door dit te verzuimen heeft hij het fundamentele recht van verweer geschonden.

- 185 Voorts is hij evenmin ingegaan op de argumenten die verzoekster in haar brief van 15 mei 1991 had aangevoerd tegen de gronden waarop de Commissie de verbintenissen had afgewezen. Daarmee heeft hij artikel 190 van het Verdrag en het fundamentele recht van verweer geschonden. Bijgevolg moeten de artikelen 1 en 2 van de bestreden verordening worden nietig verklaard.
- 186 Verweerder en interveniënte concluderen tot verwerping van het middel, omdat verzoekster een afdoende opgave van de redenen voor de afwijzing van de verbintenis heeft ontvangen.

Beoordeling door het Gerecht

- 187 In punt 49 van de considerans van de bestreden verordening wordt gesteld:

„(...) Na overleg is de Commissie tot de conclusie gekomen dat deze verbintenissen niet als aanvaardbaar kunnen worden beschouwd. De Commissie heeft de producenten/exporteurs in kennis gesteld van de redenen van haar besluit.”

- 188 Deze verwijzing naar de motivering van de Commissie moet aldus worden uitgelegd, dat verweerder zich daarbij heeft aangesloten.

189 Deze motivering is aan verzoekster medegedeeld bij brief van de Commissie van 7 mei 1991 (zie r. o. 33 hierboven). Uit deze brief blijkt, zakelijk weergegeven, dat de voorgestelde verbintenissen onaanvaardbaar waren vanwege de concurrentiebeperking die zij op de zeer oligopolistische aspartaammarkt teweeg zouden hebben gebracht. De brief vermeldt voorts, dat deze verbintenissen een van de voornaamste producenten ertoe hadden gedwongen zijn prijzen vast te stellen op een voor de andere producent voorzienbare wijze.

190 Deze uitvoerige motivering geeft duidelijk en ondubbelzinnig de redenering van de gemeenschapsinstantie weer en stelt het Gerecht in staat zijn toezicht uit te oefenen. Daarnaast blijkt uit verzoeksters brief van 15 mei 1991, dat zij de redenen voor de afwijzing van de voorgestelde verbintenissen wel degelijk heeft begrepen, aangezien zij ze heeft aangevochten (zie r. o. 34 hierboven). De afwijzing van de voorgestelde verbintenissen moet derhalve voldoende gemotiveerd worden geacht (zie de in r. o. 130 hierboven aangehaalde rechtspraak).

191 Verweerder kon zich hoe dan ook beperken tot een verwijzing naar de beoordeling door de Commissie, aangezien de aanvaarding van voorgestelde verbintenissen tot de uitsluitende bevoegdheid van deze laatste behoort (beschikking Miwon, aangehaald in rechtsoverweging 87 hierboven, r. o. 27).

192 Mitsdien moet het middel worden verworpen.

Het middel ontleend aan schending van verzoeksters rechten uit hoofde van haar octrooi in de Verenigde Staten

Argumenten van partijen

193 Door de normale waarde te bepalen op basis van de prijzen in de Verenigde Staten, hebben de gemeenschapsinstellingen, aldus verzoekster NSC, haar indirect ertoe gedwongen af te zien van de mogelijkheid haar prijzen op de Amerikaanse markt te verhogen. Daarmee hebben de instellingen onwettig en zonder schadevergoe-

ding haar octrooirechten onteigend. Volgens de algemene beginselen van gemeenschapsrecht dient iedere onteigening evenwel gepaard te gaan met een schadevergoeding (conclusie van advocaat-generaal Capotorti bij 's Hofs arrest van 13 december 1979, zaak 44/79, Hauer, Jurispr. 1979, blz. 3727, 3760, punt 7).

- 194 Subsidiair stelt zij, dat ook indien het besluit van de instellingen niet neerkomt op onteigening, het in elk geval een onevenredige inbreuk is op het ongestoord genot van haar octrooirechten. De instellingen hadden kunnen uitgaan van de prijzen bij uitvoer naar derde landen of, zoals verzoekster had voorgesteld, van een aangenomen waarde. Met de toepassing van deze methoden zou in mindere mate afbreuk zijn gedaan aan verzoeksters mogelijkheid om op de Amerikaanse markt de aan haar octrooi verbonden royalty te innen.
- 195 Verweerder verwerpt het betoog van verzoekster en stelt, zakelijk weergegeven, dat hij in casu verplicht was de normale waarde te bepalen op basis van de prijs op de markt van de Verenigde Staten. Interveniente meent, dat indien het middel ertoe strekt te doen vaststellen, dat de gemeenschapsinstellingen inbreuk hebben gemaakt op verzoeksters intellectuele-eigendomsrechten krachtens de Amerikaanse wetgeving, dan wel onwettig daarover hebben beschikt, het Gerecht niet bevoegd is. Zij concluderen tot verwerping van het middel.

Beoordeling door het Gerecht

- 196 Verzoekster heeft niet aangetoond, in welk opzicht zij haar octrooirechten niet kon uitoefenen. Zij heeft enkel gesteld, dat zij door de bestreden verordening haar prijzen op de markt van de Verenigde Staten niet kon verhogen. Maar ook al zouden verzoeksters octrooirechten in de Verenigde Staten het recht omvatten haar prijzen op de Amerikaanse markt te verhogen, dan nog mist haar stelling feitelijke grondslag. Geen van de betwiste anti-dumpingmaatregelen heeft NSC immers beperkt in haar mogelijkheid om op die markt de door haar gewenste prijzen toe te passen.
- 197 Mitsdien moet het middel worden verworpen.

Kosten

- 198 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, indien dit is gevorderd. Aangezien verzoeksters in het ongelijk zijn gesteld en verweerder een desbetreffende vordering heeft geformuleerd, dienen zij naast hun eigen kosten ook de kosten van verweerder te dragen. Volgens artikel 87, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering dragen de instellingen die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten; interveniënte dient dus haar eigen kosten te dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer — uitgebreid),

rechtdoende:

- 1) Verwerpt de beroepen.
- 2) Verstaat dat verzoeksters hun eigen kosten, alsmede die van de Raad, zullen dragen.
- 3) Verstaat dat de Commissie haar eigen kosten zal dragen.

García-Valdecasas

Tiili

Azizi

Moura Ramos

Jaeger

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 18 december 1997.

De griffier

De president van de Vijfde kamer

H. Jung

J. Azizi

II - 2525

Inhoudsoverzicht

Feiten en procesverloop	II - 2467
Het product	II - 2467
Voornaamste betrokkenen en de markt	II - 2467
De administratieve procedure	II - 2468
De betrokken anti-dumpingverordeningen	II - 2477
1. Algemeen	II - 2477
2. De verordening van de Commissie	II - 2478
3. De verordening van de Raad	II - 2479
De gerechtelijke procedure	II - 2480
Conclusies van partijen	II - 2481
Ten gronde	II - 2482
I — Beknopte weergave van de aangevoerde middelen	II - 2482
II — De gemeenschappelijke middelen	II - 2484
De middelen ontleend aan schending van wezenlijke vormvoorschriften en van de artikelen 7, lid 4, sub a en b, en 8, lid 4, van de basisverordening	II - 2484
A — Argumenten van partijen	II - 2484
B — Beoordeling door het Gerecht	II - 2491
1. De bijzondere kenmerken van de betrokken markt en de gevolgen daarvan	II - 2492
2. De beweerde ontoereikendheid van de vóór de instelling van definitieve rechten verstrekte gegevens	II - 2493
3. De beweerde ontoereikendheid van de door HSC verstrekte gegevens, gelet op artikel 7, lid 4, sub a, van de basisverordening	II - 2493
4. De beweerde ontoereikendheid van de verstrekte gegevens, gelet op artikel 7, lid 4, sub b, van de basisverordening	II - 2495
a) Voorwaarden waaraan verzoeken om gegevens moeten voldoen	II - 2495
b) De in casu ingediende verzoeken om gegevens en de door de gemeenschapsinstellingen verstrekte gegevens	II - 2495
i) Algemene verzoeken om gegevens	II - 2495
ii) Verzoeken om gegevens over bijzondere punten	II - 2496

Grievens betreffende de bij brief van 14 december 1990 ingediende verzoeken om gegevens	II - 2496
— Bezettingsgraad van de capaciteit (zie rechtsoverweging 65 hierboven, eerste streepje)	II - 2496
— Periode die nodig is om het break-even-point te bereiken en een winstmarge van 8 % te behalen (zie rechtsoverweging 65, tweede streepje, hierboven)	II - 2497
— Inaanmerkingneming van de aan de communautaire producent betaalde subsidies en verenigbaarheid met het Verdrag (zie rechtsoverweging 65, derde streepje, hierboven)	II - 2498
— In de referentieprijs begrepen percentage van de bedrijfskosten die aan de gelicerede vennootschap DSM zijn betaald (zie rechtsoverweging 66 hierboven)	II - 2499
— Marktontwikkeling door NSAG (zie rechtsoverweging 66, vijfde streepje, hierboven)	II - 2499
Grievens betreffende andere specifieke punten	II - 2500
— Uitsplitsing van de referentieprijs	II - 2500
— Inaanmerkingneming van bepaalde aanloopkosten van de communautaire producent in de referentieprijs en afschrijving (zie rechtsoverweging 65, vierde en vijfde streepje, hierboven)	II - 2502
— Bij gelicerede ondernemingen ingekochte grondstoffen (zie rechtsoverweging 66, vierde streepje, hierboven)	II - 2503
c) Conclusie	II - 2503
Het middel ontleend aan schending van artikel 2, lid 3, van de basisverordening	II - 2503
Argumenten van partijen	II - 2503
Beoordeling door het Gerecht	II - 2505
De middelen ontleend aan schending van het Verdrag en van de artikelen 2, lid 1, 4 en 13 van de basisverordening en onjuiste berekening van het antidumpingrecht	II - 2507
Argumenten van partijen	II - 2507
Beoordeling door het Gerecht	II - 2511
III — De uitsluitend in zaak T-159/94 aangevoerde middelen	II - 2515
Het middel ontleend aan schending van wezenlijke vormvoorschriften en van artikel 190 van het Verdrag	II - 2515
Argumenten van partijen	II - 2515
Beoordeling door het Gerecht	II - 2517
	II - 2527

Het middel ontleend aan schending van artikel 2, lid 6, van de basisverordening	II - 2518
Argumenten van partijen	II - 2518
Beoordeling door het Gerecht	II - 2520
IV — De uitsluitend in zaak T-160/94 aangevoerde middelen	II - 2521
Het middel ontleend aan schending van wezenlijke procedurevoorschriften en van artikel 190 van het Verdrag	II - 2521
Argumenten van partijen	II - 2521
Beoordeling door het Gerecht	II - 2522
Het middel ontleend aan schending van verzoeksters rechten uit hoofde van haar octrooi in de Verenigde Staten	II - 2523
Argumenten van partijen	II - 2523
Beoordeling door het Gerecht	II - 2524
Kosten	II - 2525