CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GERHARD REISCHL, PRÉSENTÉES LE 19 SEPTEMBRE 1978 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

L'affaire qui nous occupe aujourd'hui a pour objet une décision que la Commission des Communautés européennes a arrêtée en application de l'article 86 du traité CEE pour «exploitation abusive d'une position dominante sur le marché commun».

La requérante dans cette affaire est la société mère de Hoffmann-La Roche, un groupe dont l'activité s'étend au monde entier, dont le siège est situé à Bâle et dont les filiales sont installées dans quasiment tous les États membres de la Communauté à l'exception du Luxembourg et de l'Irlande. Hoffmann-La Roche que dorénavant nous appellerons brièvement «Roche» fabrique, entre autres, des vitamines synthétiques non conditionnées. Cette production a, pour partie, débuté dès les années 30 et 40; entre-temps, les brevets pris pour ces produits sont, semble-t-il, venus à expiration. Dans le marché commun, Roche a quelque 5 000 clients dans le secteur de la fabrication de produits à usage pharmaceutique ou destinés à l'alimentation humaine et animale. De 1963 à 1973, Roche a conclu avec une série d'entre eux — à savoir 22 acheteurs qui fabriquent et vendent dans le marché commun — des contrats d'approvisionnement d'une teneur souvent fort différente et sur lesquels nous reviendrons par la suite. D'après l'exposé de la Commission, ces contrats avaient pour but de lier des acheteurs principaux de vitamines à la requérante, et cela soit par le biais d'obligations expresses d'approvisionnement pour l'intégralité ou l'essentiel des besoins, soit grâce à des primes de fidélité ou à des prix préférentiels, d'une structure variable selon les cas.

La Commission juge des accords relatifs à des relations qui auraient existé jusqu'à la fin de l'année 1974 contraires au droit communautaire. En effet, elle croit pouvoir établir que Roche détient une position dominante sur une série de marchés de vitamines et elle estime que de tels accords sont de nature à porter atteinte au libre choix et à l'égalité de traitement des acheteurs.

La requérante ne partage pas ce point de vue. Elle nous a en effet assuré que, dès un premier passage des fonctionnaires de la Commission en automne 1974, elle avait entamé la révision des contrats contestés. Avant même que la décision attaquée n'ait été adoptées, ces contrats avaient été suspendus ou modifiés. De nouveaux contrats cadres ont, semble-t-il, été transmis pour avis à la Commission en janvier 1975. Par ailleurs, en juin 1975, de nouvelles versions des contrats qui devaient être conclus avec l'entreprise Merck, un des acheteurs en cause, auraient été soumis pour appréciation à la Commission.

Pourtant, une procédure pour concurrence déloyale n'en a pas moins été engagée contre Roche en juillet 1975 relativement au système de vente pratiqué auparavant. Après que la requérante et ses partenaires contractuels eurent fait connaître leur avis sur les différents griefs formulés par la Commission,

1 — Traduit de l'allemand.

après que les parties eurent été entendues et après que les clients ainsi que les sociétés filiales de la requérante, installées dans le marché commun, eurent répondu aux demandes de renseignements qui leur étaient adressées, la décision arrêtée le 9 juin 1976 a clos cette procédure.

Dans cette décision, la Commission a établi qu'à l'intérieur du marché commun la requérante détenait une position dominante sur sept marchés de vitamines, à savoir les vitamines A, B_2, B_6, C, E, H et l'acide pantothénique. En raison du lien obtenu par différents moyens grâce auquel Roche s'attachait une série de ses acheteurs et en raison de la différence de traitement auquel ils étaient soumis, on pouvait, estimait la Commission, reprocher à la requérante un abus au sens de l'article 86 du traité CEE. En conséquence, l'article 2 de la décision exigeait qu'il fût mis fin immédiatement au comportement contesté. Par ailleurs, invoquant le fait que c'est de propos délibéré, ou à tout le moins par négligence, que la violation de l'article 86 avait été commise la Commission a infligé une amende en application de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17, en ne tenant compte toutefois que de la période allant de 1970 à 1974. Aux termes de l'article 3 de la décision, cette amende, à payer dans les trois mois à compter de sa notification, s'élève à 300 000 UC et, comme la requérante a une société filiale en république fédérale d'Allemagne, cette amende a été convertie dans la décision à 1 098 000 DM.

Le 27 août 1976, Roche a intenté un recours contre cette décision. Elle demande, au principal, l'annulation de ladite décision dans son entier. Subsidiairement, elle a requis l'annulation du seul article 3 de la décision, c'est-à-dire de la disposition infligeant l'amende.

Maintenant que d'importants mémoires ont abondamment traité du litige — les parties ayant encore fourni quantité d'explications supplémentaires en réponse à un substantiel catalogue de questions soumises par la Cour — et maintenant qu'un débat approfondi a eu lieu à l'audience du 31 mai 1978, nos conclusions sur cette affaire seront les suivantes.

I — Durant un certain temps, il pouvait exister des incertitudes sur le point de savoir si la requérante tenait uniquement à voir annuler l'amende qui lui avait été infligée, c'est-à-dire l'article 3 de la décision ou si, au contraire, c'était l'abrogation de la décision dans son entier qui lui importait. Sur ce point, à la suite précisément d'explications expresses fournies durant l'audience publique, aucun doute ne subsiste plus désormais. La requérante maintient également sa demande principale relative à l'annulation de la constatation d'après laquelle elle détient, sur certains marchés de vitamines, une position dominante, dont elle a fait un usage abusif par la façon dont elle a aménagé les contrats de livraison précédemment conclus.

II — L'examen doit donc débuter par la question fort controversée de savoir si, à l'époque en question, notamment de 1970 à 1974, la requérante détenait une position dominante. Nous rechercherons alors si la conclusion des contrats de livraison mentionnée doit être jugée comme constitutive d'un abus au sens de l'article 86 du traité CEE et ce n'est que par la suite que nous nous consacrerons à l'étude des autres moyens du recours, pour autant qu'entre-temps ils n'auront pas été abondonnés, à savoir le grief selon lequel c'est à tort, c'est-à-dire en violation de l'article 18 du règlement n° 17, que la Commission a exprimé dans la monnaie d'un État membre l'amende qu'elle a infligée.

1. Il existe déjà une certaine jurisprudence sur la notion de «position dominante» visée à l'article 86 du traité CEE.

D'après cette jurisprudence, on parle de position dominante quand la concurrence est entravée de manière substantielle (affaire 6/72, Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc./Commission des Communautés européennes, arrêt du 21 février 1973, Recueil 1973, p. 215) ou, comme il est dit dans l'arrêt rendu dans l'affaire 78/70 (Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH/Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, arrêt du 8 juin 1971, Recueil 1971, p. 487), lorsqu'une entreprise est en mesure de faire obstacle à une concurrence effective sur une partie importante du marché à prendre en considération. A l'occasion de cet examen, il faut considérer notamment — et cela résulte également de l'arrêt mentionné en dernier lieu — s'il existe des fabricants distribuant des produits identiques et examiner quelle est leur position sur le marché.

Dans l'affaire bien connue du sucre notamment, il a été fait état de parts du marché dans le cadre de l'article 86 (affaires 40 etc./73, Coöperatieve vereniging «Suiker Unie» UA et autres/Commission des Communautés européennes, arrêt du 16 décembre 1975, Recueil 1975, p. 1663). Il est possible de déduire de cette décision que lorsque les parts détenues sur des marchés déterminés et délimités sont très importantes (85, 90, 95 %) et lorsque les importations sont très réduites, on peut conclure sans plus, c'est-à-dire sans procéder à des vérifications supplémentaires, que l'entreprise en question a la possibilité d'entraver une concurrence effective.

L'arrêt rendu dans l'affaire 27/76 (United Brands/Commission des Communautés européennes, arrêt du 14 février 1978), auquel la Commission notamment s'est référée, a également fourni une importante explication supplémentaire. L'important, dans cet arrêt, c'est la constatation d'ordre général selon laquelle le propre d'une personne détenant une position dominante sur le marché est de ne pas avoir besoin de tenir compte dans une certaine mesure des concurrents, des clients et des utilisateurs. De plus, cet arrêt a mis en évidence le fait qu'une position dominante résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs; il faut tout d'abord examiner la structure de l'entreprise en cause, puis la situation concurrentielle sur ledit marché. En ce qui concerne le point cité en premier lieu, l'arrêt 27/76 évoquait toute une série d'éléments importants, tels qu'une intégration verticale d'un degré très poussé, la présence de moyens de transport propres, des connaissances techniques, une publicité de marque efficace déterminant la préférence de l'acheteur, un nombre restreint de clients et le maintien de l'offre des produits à un bas niveau. En ce qui concerne la situation concurrentielle sur le marché — si l'on veut, certains des éléments qui viennent d'être mentionnés s'y rapportent également — la part du marché de la requérante, oscillant entre 40 et 45 %, a joué un rôle important. Toutefois, il a été en outre constaté — et ce n'est qu'après cette constatation que la Cour de justice a conclu à l'existence d'une position dominante — que la requérante constituait le principal groupe bananier; par ailleurs, à la suite d'enquêtes sur le nombre et la puissance des concurrents, il a été établi qu'en dépit d'une concurrence répétée et très énergique sur certains marchés, concurrence à laquelle la requérante avait pu faire face, il n'y avait pas eu de transfert de parts du marché. Le fait que l'accès au marché soit rendu difficile par les importants investissements qui s'imposaient, et qu'en

conséquence, on ne devait pas compter avec l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché, n'a également pas été sans influence, loin de là; par contre on n'a pas retenu certaines considérations sur la rentabilité et la possibilité de déterminer les prix.

2. Il nous semble dès lors utile de jeter un rapide coup d'œil sur les ordres juridiques nationaux qui connaissent la notion de domination du marché. D'après les idées doctrinales et la pratique qui se sont dégagées dans ce secteur, on peut effectivement avoir l'impression que l'arrêt United Brands que nous venons d'évoquer se situe dans une voie tenue pour juste, en général, en ce qui concerne la question des parts de marché à prendre en considération et des examens complémentaires qui s'imposent.

Ainsi est-il intéressant de constater qu'en France on retient fréquemment des parts de marché se situant autour de 50 %, élément auquel s'ajoutent alors d'autres considérations relatives par exemple à la puissance et à l'importance d'autres concurrents, à l'organisation technique et commerciale et à d'autres facteurs du même genre (voir R. Collin, dans La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire, Semaine de Bruges 1977, p. 244 et suiv.). Le droit allemand tient compte, lui aussi, de parts de marché du même ordre de grandeur (voir les décisions du Bundesgerichtshof des 3 juillet et 16 décembre 1976, Wirtschaft und Wettbewerb 1976, p. 783, et 1977, p. 255). Mais, à ce stade, on prend encore en considération des investigations détaillées sur les rapports de concurrence, à savoir la position des concurrents, la structure du marché, l'évolution du marché et le comportement des intéressés; les ressources financières et techniques d'une entreprise en tête du marché entrent aussi en ligne de compte. Il semble que la même règle vaille également pour les pays nordiques (voir La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire, Semaine de Bruges 1977, p. 301 et suiv.). En Finland par exemple, on parle de position dominante quand le marché est contrôlé à plus de 50 %. S'il est vrai que, dans d'autres ordres juridiques (Norvège, Danemark et Suède), des parts de marché de 25 % ou variant entre 25 et 50 % suffisent, il ne faut pas oublier que, dans ces pays, la notion de marché en cause est interprétée de manière très restrictive. Enfin, l'exemple que donnent les États-Unis d'Amérique, eux aussi, avec leur importante pratique quant au droit des monopoles, est quasiment la même. Il est dépeint avec pertinence dans un aperçu de jurisprudence que Holley fournit aux pages 174 et suivantes de la publication que nous venons de mentionner; Semaine de Bruges 1977. D'après cet aperçu, d'autres arguments ne sont pas nécessaires lorsque le marché est contrôlé à 90 %. En présence de parts de marché de 75 %, cette règle ne s'applique déjà plus; dans cette hypothèse, il faut, pour compléter, prendre en considération d'autres facteurs, car il est bien évident que la présomption de domination du marché est tellement forte qu'elle est difficile à renverser. Dans le cas de parts de marché inférieures à ce pourcentage (60-70 %), les facteurs à retenir à titre complémentaire gagnent en importance; si les parts de marché n'excèdent qu'à peine les 50 %, il doit exister de forts indices d'une autre nature militant en faveur de l'existence d'une domination du marché et, quand les parts de marché sont inférieures à 50 %, il est, semble-t-il très difficile, selon le droit des États-Unis, d'apporter la preuve de l'existence d'une position dominante.

3. Une fois cet arrière-plan posé, il convient, si nous nous consacrons à l'examen de la présente affaire, de rappeler tout d'abord que la Commission a conclu à l'existence d'une position dominante de la requérante eu égard essentiellement à l'étendue des parts que cette dernière détient sur les différents marchés de vitamines et à la position des producteurs qui la suivent de près. Mais la Commission s'est également attachée au fait que la requérante est le plus gros fabricant de vitamines, qu'elle dispose d'une flexibilité et d'une puissance en capital correspondantes, qu'elle peut offrir une très large gamme de vitamines de sa propre fabrication et qu'elle possède une avance technologique et commerciale sur ses concurrents; il faut, dans ce contexte, penser au savoir-faire (know-how) technique et au réseau de distribution très développé de la requérante.

La requérante oppose, d'une part, à ces affirmations l'argument selon lequel la Commission s'est basée sur des données inexactes; la requérante prétend qu'en réalité elle dispose, pour les différentes vitamines, de parts de marché plus réduites. De surcroît, certains éléments — la gamme étendu de vitamines offerte par la requérante ainsi que la puissance financière de cette dernière — dont la Commission a tenu compte complémentairement dans l'examen de la situation des concurrents — n'auraient pas un caractère concluant pour ce qui est de la puissance de la requérante sur le marché. Par ailleurs, c'est à tort que la Commission aurait négligé de prendre d'autres facteurs en ligne de compte. Dans cet ordre d'idées, la requérante pense notamment à l'examen de la situation du marché et du comportement sur le marché durant une période plus étendue, l'important étant précisément que le marché de la vitamine se trouve dans un état de forte expansion; à ses dires, la requérante ne dispose pas non plus du pouvoir de déterminer les prix, leur évolution étant, au contraire, déterminée également par la pression qu'exercent d'autres concurrents et même des concurrents potentiels. En outre, la Commission n'aurait pas tenu compte de l'accès aux marchés d'approvisionnement, secteur dans lequel la requérante, contrairement à ses principaux concurrents, est en butte à des difficultés, parce que, sur le plan de ses matières premières, elle dépend d'autres fabricants.

4. En conséquence, il est opportun d'examiner plus avant, tout d'abord, les parts dont dispose la requérante sur le marché des différentes vitamines. Sur ce point, l'unanimité existe sur la nécessité d'examiner séparément les marchés de vitamines, parce que chaque vitamine exige des installations de fabrication particulières et parce que les vitamines ne sont pas interchangeables. Durant la procédure, après que la Commission eut fourni les chiffres relatifs aux ventes réalisées par les concurrents de la requérante, l'unanimité a également pu se faire sur certaines données, ainsi que cela résulte de l'avis commun des parties en réponse au catalogue de questions posées par la Cour. Dans la mesure où des points de divergence ont subsisté, nous nous consacrerons à leur examen à l'occasion de nos remarques sur les différents marchés de vitamines.

a) Nous serons relativement bref en ce qui concerne la vitamine A. Sur ce point, la requérante a déclaré que le chiffre que la Commission a avancé dans la décision attaquée (à savoir 47 % du marché de la Communauté) doit être tenu pour exact et qu'il peut être considéré comme représentatif pour les années 1970 à 1974.

La requérante estime seulement, et cela a trait à toutes les vitamines à examiner, que la Commission n'aurait pas dû négliger le fait que, sur des marchés partiels (la requérante a fourni des chiffres pour le Danemark et la Belgique ainsi que pour les années 1971 à 1974), on pouvait distinguer des fluctuations, en partie considérables. Il est difficile — et cela vaut pareillement pour toutes les vitamines — de qualifier cet élément d'important — et ce non seulement là où, comme pour les vitamines B_3 et B_6, on constate seulement une *augmentation* de la part du marché dans les régions indiquées. Tout d'abord, les causes des fluctuations ne sont pas claires; on ne peut notamment pas exclure qu'elles soient dues à une certaine stratégie de marché. Mais même si l'on admet que les fluctuations sont l'expression d'une concurrence sur le marché, une grande importance revient à la constatation faite dans l'arrêt United Brands que nous venons de mentionner, d'après laquelle même l'existence d'une concurrence sur des marchés partiels n'exclut pas qu'il y ait une position dominante quand il apparaît — et, à cet effet, la stabilisation de la part de marché par rapport à l'ensemble du marché commun constitue un indice — que l'entreprise en question pouvait résister avec succès aux efforts déployés par d'éventuels concurrents.

Pour ce qui est de la vitamine A, on peut donc retenir qu'il existe une part de marché d'un ordre de grandeur susceptible d'entraîner l'application de l'article 86 et qui doit être considérée comme constituant un indice de l'existence d'une position dominante.

b) Pareillement, la situation ne pose guère de problèmes en ce qui concerne la vitamine B_2. D'après les indications fournies dans l'avis commun, les parts de marché que détenait la requérante de 1972 à 1974 variaient de 74,8 à 84,5 %, lorsque l'on prend pour référence les quantités vendues, et de 80,6 à 87 % par rapport à la valeur des livraisons. Par contre, pour l'année 1971, la requérante estime exacte une part s'élevant à environ 70 % tout au plus.

Nous pouvons parfaitement nous fonder sur ces données qui, assurément, atteignent elles aussi, des ordres de grandeur suffisants. En réalité, on ne distingue pas d'objections pertinentes aux chiffres avancés. Il en est tout d'abord ainsi pour les indications fournies par la requérante, selon lesquelles la part du marché mondial revenant à Roche est prétendument moins élevée. A elles seules, ces indications ne permettent naturellement pas d'apporter la preuve que les chiffres établis initialement par la Commission sont, comme le pense la requérante, exagérés. C'est également le cas pour la référence de la requérante aux usines de l'industrie de la fermentation, dont le fonctionnement est interrompu; elles se trouvent, semble-t-il, avant tout aux États-Unis d'Amérique et il faut escompter leur remise en route si les prix augmentent. En effet, pour le calcul des parts de marché, seul importe bien sûr ce qui parvient sur le marché et non pas une concurrence potentielle. Nous n'aborderons ce dernier point que dans un autre contexte.

c) La situation est totalement identique pour la vitamine B_6. D'après les indications fournies dans l'avis commun, les parts de marché de la requérante, calculées sur la base des quantités vendues, se situaient, de 1972 à 1974, entre 84,2 et 88,4 %. Nous pouvons également nous en tenir à ces chiffres, parce que la requérante n'a pu se référer qu'à ses appréciations de l'importance de sa part du marché mondial pour soutenir sa version, selon laquelle c'étaient des chiffres moins élevés qui devaient être retenus.

Par contre, pour la période précédente — à propos de laquelle la Commission n'a pas cité de chiffres —, il se peut que la part de marché de la requérante s'élève bien à environ 68 %, ainsi qu'elle l'a évaluée. Mais en prenant ces chiffres pour base, il subsiste toujours, si on retient en effet les données qui découlent de notre jurisprudence et de la pratique nationale, une part largement suffisant pour établir l'existence d'une position dominante au sens de l'article 86.

d) En ce qui concerne la vitamine H (biotine), les parties sont d'accord pour dire que, jusqu'en 1970, la requérante disposait d'un monopole à 100 % et que, jusqu'en 1974, sa part de marché s'est réduite pour atteindre 93 %.

Abstraction faite de remarques qui seront formulées plus tard, relativement à l'importance que revêt la phase de marché, la question qui se pose ici est uniquement de savoir s'il importe que ce produit puisse être remplacé dans l'industrie de la fermentation par d'autres produits, ainsi que l'a prétendu la requérante. En soi, l'objection de la Commission, selon laquelle les indications fournies par la requérante sont trop imprécises et imparfaitement prouvées en ce qui concerne notamment l'étendue de l'interchangeabilité que conteste la Commission, nous semble bien fondée sur ce point — nous examinerons plus tard encore et en détail le problème de l'interchangeabilité pour les vitamines C et F. Enfin, on pourra toutefois renoncer malgré tout à approfondir maintenant cette question pour la simple raison que, même en acceptant les chiffres avancés par la requérante, pour qui la part de marché qu'elle détient se réduit de ce fait d'environ 50 %, il subsisterait toujours une part de marché extraordinairement élevée, tout à fait comparable aux chiffres cités jusqu'à présent et qui, partant, devrait être prise en considération aux fins de l'article 86.

e) Pour ce qui est de la vitamine C, le calcul des parts de marché ne présente pas de difficultés, dans la mesure où les deux parties posent en principe que, de 1972 à 1974, si l'on ne considère que la vitamine, la requérante détenait une part variant de 63 à 64,4 %, calculée en quantité, ou, si l'on se réfère à la valeur des ventes, une part oscillant de 64,8 à 66,2 %. Pour les années 1970 et 1971, les parts de la requérante auraient, d'après ses déclarations, été de 1 à 2 % inférieures, ce qui manifestement ne change rien à l'ordre de grandeur susceptible d'entraîner l'application de l'article 86.

Cependant, comme nous y avons déjà fait allusion, c'est l'appréciation de l'argument de la requérante relatif à la concurrence de substitution qui soulève des problèmes. Sur ce point, la requérante a déclaré que la vitamine C est utilisée pour une part considérable — 30 % de ses ventes à son avis (elle n'a pas été en mesure d'avancer de chiffres plus précis) — à des fins technologiques, c'est-à-dire non pas pour ses qualités bio-nutritives, mais en raison de ses caractéristiques chimiques et physiques, notamment en tant qu'«antioxydants». A ce titre, la vitamine peut, d'après la requérante, être remplacée par d'autres produits. Or, si on ajoute ces produits pour le calcul du marché en cause — sur ce point également la requérante doit recourir à des estimations — la part de Roche n'atteint plus, pour l'année 1974, que 46 à 47 %.

En ce qui concerne ce problème particulier, on peut tout d'abord laisser en suspens la question de savoir si, comme le pense la Commission, la requérante se fonde effectivement sur des chiffres exagérés, cela suffisant, en soi, pour nécessiter une correction des calculs effectués par cette dernière. On sait que la Commission vise en l'occurrence l'acide citrique, un produit de substitu-

tion qui occupe une part considérable (60 %) dans les calculs de la requérante. Qu'il nous soit permis de faire une seule remarque à ce sujet: s'il est vrai que, d'après les directives communautaires 70/357 et 70/524, déjà en vigueur à l'époque, l'acide citrique n'est pas considéré comme un antioxydant, toutefois il pourrait néanmoins être pris en considération à cet égard, parce que, d'après la directive 70/357, il renforce l'effet antioxydant d'autres produits et peut donc remplacer partiellement la vitamine C. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que, dans ses calculs, la requérante n'a retenu qu'un quart de la quantité totale d'acide citrique introduite sur le marché.

En fait, l'essentiel est de savoir comment comprendre la notion «d'interchangeabilité» en droit de la concurrence. Sur ce point, la Commission a raison, à notre avis, de ne reconnaître l'interchangeabilité que dans les cas où, du point de vue de l'acheteur et de l'usage que ce dernier fait d'une marchandise, on peut dire qu'un autre produit sert à satisfaire des besoins identiques. A ce sujet, on peut renvoyer à la jurisprudence de la Supreme Court américaine et de sa conception de la notion de «reasonable interchangeability», la même règle vaut aussi d'après le droit allemand de la concurrence, ainsi qu'il ressort de la décision déjà citée du Bundesgerichtshof, datée du 3 juillet 1976, et des déclarations qu'elle contient sur l'interchangeabilité fonctionelle, dans l'optique des utilisateurs. Il nous paraît cependant extraordinairement douteux que l'on puisse parler d'une telle interchangeabilité à propos de la vitamine C et d'autres antioxydants. En réalité, nous ne sommes en présence que d'une interchangeabilité partielle, puisque, pour les acheteurs de vitamines qui recherchent une utilisation à des fins bio-nutritives, il est bien entendu hors de question de remplacer cette vitamine par d'autres antioxydants. Dans ces conditions — on peut, ici aussi, penser à la notion d'interchangeabilité restreinte figurant dans l'arrêt United Brands —, il semble effectivement insoutenable de délimiter le marché comme le fait la requérante, et de déterminer ensuite sa part, c'est-à-dire après avoir ajouté les substances exclusivement antioxydantes.

On pourrait tout au plus envisager de ne pas prendre en considération la part de la vitamine C affectée à l'utilisation technologique, et cela en dépit du fait que cette utilisation n'est pas exactement contrôlée et que ses fins peuvent être modifiées à volonté. Or, en agissant ainsi, il est difficile d'aboutir à une modification des parts de marché allant dans le sens de ce qu'affirme la requérante. En effet — et il nous faut sur ce point partager l'avis de la Commission —, on doit supposer que les concurrents de la requérante affectent eux aussi une part correspondante de leurs ventes à de telles fins; l'élucidation de cette question est évidement excessivement difficile. L'exposé que fait la requérante à l'annexe 3 de l'avis commun formulé en réponse aux questions posées par la Cour de justice fournit également un argument, et non des moindres, en ce sens: il y est dit en effet que le pourcentage avancé (30 % de la vente de vitamines seraient destinés à une utilisation technologique) a un caractère représentatif pour la vente globale de vitamine C dans la Communauté.

Enfin, on pourrait également indiquer que, même si on accepte les thèses avancées par la requérante sur le problème de l'interchangeabilité et si on considère comme exactes toutes les évaluations qu'elle mentionne, il subsiste toujours une part de marché qui, au regard des ordres de grandeur évoqués par l'arrêt United Brands, devrait être considérée

comme manifestement susceptible d'entraîner l'application de l'article 86. Seule continuerait alors de se poser la question, sur laquelle nous reviendrons de toute façon par la suite, de savoir si les vérifications effectuées à titre complémentaire par la Commission permettent de parler d'une position dominante de la requérante sur le marché en question et si les autres considérations mentionnées par cette dernière suffisent à mettre en cause un jugement provisoire en ce sens.

f) En ce qui concerne la vitamine E, domaine qui soulève le même problème, les parts de marché que détenait la requérante étaient, d'après les indications incontestées de la Commission et abstraction faite de la concurrence de substitution, de 50 à 60 % durant les années 1972 à 1974 — en fonction des quantités vendues — et de 54 à 64 % — en fonction de la valeur des ventes. D'après la requérante, de 1970 à 1971, les parts se seraient situées à environ 7 points au-dessous du niveau de 1972; il convient donc de retenir une part de 43 % pour le calcul en quantité et de 47 % pour le calcul en valeur.

Si on suivait ici l'interprétation avancée par la requérante quant à l'interchangeabilité avec d'autres produits et si on considérait comme exacts les calculs effectués sur ce point, selon lesquels 60 % des ventes seraient destinés à l'usage technologique, les parts de marché pour 1973 et 1974 ne se situeraient, certes, pas encore en dehors des ordres de grandeur que nous avons déjà mentionnés à plusieurs reprises, à supposer que les quantités évoquées par la requérante dans ce contexte soient exactes: en effet, la réduction de 14 % que la requérante estime correcte laisserait toujours subsister des parts oscillant entre 40 et 44 % pour 1974 et 46 et 50 % pour 1973. Mais, pour la période précédente, cela ne serait pratiquement plus le cas, puisque, pour 1972, on n'aboutirait plus qu'à des parts de 36 ou 40 % et pour les années antérieures à des parts de 29 ou 33 %.

Cependant, ce qui a été dit sur l'interchangeabilité pour la vitamine C garde, ici également, toute sa valeur. Nous ne sommes pas non plus convaincu par la déduction de la requérante selon laquelle, puisque la teneur en vitamine E requise d'après les dispositions en matière d'alimentation animale est déjà satisfaite par la teneur naturelle des aliments composés pour animaux, il faut considérer que tout au plus 20 % de la vitamine E ajoutée étaient destinés à des fins bionutritives et que, partant, 80 % ont été utilisés pour leur effet antioxydant, lequel peut également être obtenu par d'autres substances. Par ailleurs, la Commission a pu, à juste titre, faire référence à des publications de la requérante déclarant que les clients avaient avantage à utiliser la vitamine E plutôt que d'autres antioxydants, parce que cette vitamine possède également d'autres propriétés favorables à son emploi pour l'élevage des animaux.

Or si, comme c'est le cas pour la vitamine C, on juge à la limite acceptable de ne pas tenir compte des ventes de vitamine E destinée à un usage technologique, la présentation schématique des parts de marché, telle qu'elle a été réalisée par la Commission, ne se modifierait pas non plus, ici, de façon fondamentale. En effet, en ce qui concerne la vitamine E également, on constate qu'une part correspondante des ventes des concurrents de la requérante est aussi destinée à un usage technologique, ainsi que cela résulte des observations qu'elle a formulées et que nous venons de mentionner.

On constate ainsi que, pour la vitamine E également, la requérante détenait,

durant l'intégralité de la période en cause dans cette affaire, des parts de marché d'un ordre de grandeur susceptible, sans aucun doute, d'entraîner l'application de l'article 86.

g) D'après les données fournies dans l'avis commun des parties, ce n'est que pour l'année 1974, durant laquelle la part détenue par la requérante se serait chiffrée à 41,2 %, en fonction des quantités vendues, et à 51 % en fonction de la valeur, qu'il existe des parts sur le marché de la vitamine B_3 d'un ordre de grandeur susceptible d'entraîner l'application de l'article 86. Pour les années précédentes par contre, des chiffres moins élevés ont été avancés, à savoir 23,4 et 34,9 % pour l'année 1973 et, pour l'année 1972, 18,9 et 28,9 %; par ailleurs, les parts dont disposait la requérante en 1970 et 1971 seraient, une fois encore, inférieures de 6 points. D'un autre côté, les calculs de parts, pour autant qu'ils se fondent sur la valeur des ventes, sont largement supérieurs à ceux qui se réfèrent aux quantités, contrairement à ce qui est le cas pour les autres vitamines.

Sur la base de ces éléments, on peut en conclure qu'il ne peut être question d'un indice en faveur d'une position dominante que pour l'année 1974 et que cela même semble douteux quand on s'en tient au calcul exprimé en quantités, calcul que la requérante juge encore nécessaire de corriger. En ce qui concerne ce point du litige, la Commission estime que le calcul basé sur la valeur est plus fiable parce que les vitamines sont vendues en quantités différentes et que, pour cette raison, comme cela apparaît précisément si on considère les importations en provenance de Suisse, il existe des différences de prix très importantes. La requérante préfère par contre se référer au calcul en quantité: en effet, le calcul en valeur falsifie la présentation schématique, dans la mesure où, pour ses ventes, ce sont les prix de vente finals qui sont pris pour base alors que, pour les importations, ce sont les prix à l'importation hors douane, inférieurs de 30 % aux prix de vente finals. Quant au calcul en quantité établi par la Commission, Roche estime par ailleurs que l'on n'a pas tenu compte à tort du fait qu'une partie des importations ne peut pas lui être attribuée et que, pour ce qui est des livraisons en provenance de Suisse, il s'est agi pour parti de mouvements effectués au sein du groupe et portant sur des marchandises qui n'ont pas été introduites sur le marché.

A notre avis, c'est fondamentalement au calcul en quantité que doivent aller les préférences. C'est lui qui, apparemment, fournit la meilleure possibilité de comparaison — un calcul correcteur des marchandises conditionnées en quantités différentes ne devrait pas poser de difficultés particulières — et il semble également que le Bundesgerichtshof ait, en premier lieu, procédé de la sorte, comme on peut le constater, à la lecture des deux décisions citées. Toutefois, nous avons des doutes sur l'opportunité de corriger effectivement, dans une large mesure, les calculs en quantité opérés par la Commission. Ce qui nous y incite tout au plus est le fait que, sur l'ensemble des produits importés de Suisse, dix tonnes ont prétendument été attribuées à tort à la requérante. Dans la mesure où la requérante prétend que c'est de façon inexacte que la Commission a également retenu pour son calcul 23 tonnes de marchandises faisant l'objet de transports purement internes au groupe Roche, on peut fort bien, sur ce point, renvoyer à l'annexe 1 de l'avis commun fourni par les parties sur les questions posées par la Cour de justice, d'où il découle que des importations en provenance de Suisse ont

été attribuées à Roche et qu'ainsi elles n'ont plus été prises en considération sous la rubrique «importation», laquelle revêt de l'importance pour le calcul des parts de marché.

Enfin, ce point, qui a aussi été controversé durant l'audience publique, ne nécessite vraiment pas d'être approfondi, de même qu'il est possible de réserver la question de savoir si la déduction visée à l'annexe 2 de l'avis commun, et appliquée à des marchandises à 45 %, déduction qui a été considérée comme nécessaire pour la transformation en marchandises à 100 %, suffit pour corriger les chiffres d'importation. Même à supposer que le calcul en quantité fournisse un indice en faveur de l'existence d'une position dominante en ce qui concerne l'année 1974, cela devrait être sans intérêt dans la présente affaire pour la bonne raison que les contrats de livraison ont été conclus, comme on nous l'a dit, au plus tard en 1973, à une époque par conséquent à laquelle la requérante ne disposait pas encore sur le marché de la vitamine B_3 d'une position dominante et parce que la requérante a fait tout le nécessaire pour mettre fin à ces contrats juste après la première visite des fonctionnaires de la Commission à l'automne 1974.

De ce point de vue, on peut vraiment dire que c'est à tort que, dans la décision attaquée, le marché de la vitamine B_3 a été pris en ligne de compte pour l'application de l'article 86.

5. Après ces remarques sur les parts de marché, selon lesquelles, en ce qui concerne les vitamines B_2, B_6, H et C, la question de la domination du marché n'exige quasiment plus d'examen complémentaire d'une certaine portée (il n'en est différemment que pour les vitamines A et E et pour une partie de la période qui doit être examinée ici), nous nous consacrerons désormais à l'examen des facteurs que, dans sa décision, la Commission a expressément mentionnés à titre supplémentaire, afin de voir si le jugement provisoire sur la position dominante sur le marché de la requérante peut être corroboré.

a) En premier lieu, ce sont les parts de marché détenues par les concurrents de la requérante qui comptent.

Sur ce point, pour ce qui est de l'année 1974, il apparaît que, pour les vitamines B_2, B_6 et la biotine, les concurrents les plus proches de la requérante ne détiennent que des parts de 8,3 et 7 %. En ce qui concerne la vitamine C, la requérante est suivie par un concurrent qui dispose de 15 % du marché, puis par un autre qui en détient 7 %. Pour la vitamine A, les chiffres correspondants sont de 27 et de 18 %, pour la vitamine E, de 16 % et de 6 % et pour la vitamine B_3 de 23 % et de 3 %.

Pour les vitamines qui intéressent encore le cas d'espèce, on a donc nécessairement l'impression que la requérante a manifestement une position prépondérante sur le marché, ce qui lui permet de l'influencer d'une manière considérable et ce qui autorise un comportement indépendant. Cette constatation ne peut pas non plus être mise en doute pour ce qui est de la vitamine A, secteur dans lequel il existe manifestement un concurrent financièrement puissant et prêt à passer à l'attaque, la BASF, qui, quelques années après son apparition sur le marché en 1970, a acquis la part de marché dont nous avons fait état. Quoi qu'il en soit, la requérante a pu défendre sa position et obtenir que sa part de marché reste pratiquement inchangée. Il en est de même pour la vitamine E sur le marché de laquelle BASF aurait pris pied en 1971. Là, la part de marché de la requérante a même augmenté considérablement de 1970 à

1973 et, même en 1974, elle reste encore d'un ordre de grandeur tel qu'il permet de constater que la requérante était parfaitement en mesure de défendre sa position sur le marché.

Par contre, pour la vitamine B_3, un concurrent puissant, une société japonaise, détenait des parts de marché encore plus élevées dans les années précédentes, à savoir 30,3 % en 1973 et même 43 % en 1972.

b) Par ailleurs, la Commission a attaché de l'importance au fait que la requérante fabrique une large gamme de vitamines et qu'elle est la seule entreprise à produire toutes les principales vitamines. Pour le consommateur qui a besoin de plusieurs sortes de vitamines, cet état de fait exerce une certaine attraction et est ainsi à même de renforcer la position que la requérante détient sur le marché.

La requérante rétorque que la situation est la même pour nombre de ses concurrents d'envergure, puisque ce n'est pas le programme de fabrication, mais le programme de commercialisation qui compte. D'autre part, elle prétend que la gamme de vitamines qu'elle fabrique est sans influence sur la plupart de ses clients, dans la mesure où ils ne s'intéressent qu'à un nombre réduit d'entre elles. Aux dires de la requérante, il faut considérer — et ce n'est pas là un argument mineur — que les acheteurs principaux de vitamines fabriquent des produits destinés à l'alimentation humaine et animale. Ils s'intéressent à de nombreuses matières complémentaires (les additifs) et seulement à un petit nombre de vitamines — pour l'alimentation humaine il ne s'agit en gros que de la vitamine C — qui ne constituent qu'une faible part des matières complémentaires. Or, les rares vitamines nécessaires figureraient également dans les offres des principaux concurrents de la requérante et ceux-ci auraient, en outre, l'avantage sur elle de pouvoir également fournir toutes les matières complémentaires principales.

Quant à cet argument de la requérante, il convient tout d'abord de considérer que, sauf erreur de notre part, les concurrents importants indiqués par la requérante ne *fabriquent* pas toutes les vitamines et sont loin de pouvoir livrer les quantités que peut offrir la requérante. Or, ce sont là deux considérations qui comptent dans l'examen de la question de la situation sur le marché et qui permettent de dire que la requérante jouit d'un certain avantage.

Pour ce qui est de l'argument selon lequel la plupart des clients de la requérante n'achèteraient que peu de vitamines — c'est ainsi par exemple qu'en 1977, sur 815 clients allemands, 589 n'auraient acquis qu'une, deux ou trois sortes de vitamines —, ce n'est pas le nombre des clients qui importe, mais uniquement le volume des ventes. Après les déclarations que la Commission a faites dans ses observations sur les réponses de la requérante aux questions posées par la Cour, il est certain à cet égard que les acheteurs de la requérante avec lesquels les contrats en cause ici ont été conclus, et qui constituent sans conteste un groupe significatif d'acheteurs, tout comme d'ailleurs d'autres clients dont il a été fait état, achètent sans exception un grand nombre de vitamines à la requérante.

Pour ce qui est des autres additifs utilisés dans l'industrie de l'alimentation humaine et animale, qui achète une part importante des vitamines vendues, il faut certes reconnaître que l'existence d'additifs dans l'offre des concurrents — dans la mesure où il s'agit précisément de produits rares ou même de situations de monopole — est un élément intéressant

pour l'appréciation de la position sur le marché. D'un autre côté, toutefois, nous estimons que ce facteur n'a pas une telle importance. Cette conclusion nous est dictée par le fait tout d'abord que la branche industrielle de l'alimentation animale a, elle aussi, besoin d'un plus grand nombre de vitamines et pas seulement d'un petit nombre comme le prétend la requérante; d'après les indications fournies par la Commission, les clients de la requérante qui exercent dans ce secteur de l'alimentation ont effectivement acheté, de façon générale, un plus grand nombre de vitamines. D'autre part, il semble évident que l'attraction qu'exerce la présence d'additifs dans l'offre des concurrents présente plutôt de l'intérêt pour des entreprises petites et moyennes, allors que les gros fabricants d'aliments pour animaux qui acquièrent de grandes quantités, et notamment ceux que l'on appelle les «prémélangeurs» (Vormischer), achètent auprès de diverses sources les matières dont ils ont besoin, dès lors qu'ils y voient un intérêt.

Au total, le fait que la requérante puisse offrir en grandes quantités tous les types importants de vitamines provenant de sa propre production constitue malgré tout, même s'il lui manque certains autres additifs, un élément important pour apprécier la puissance sur le marché. Quoi qu'il en soit (dans ses informations sur le marché datées d'août 1971, la requérante qualifie elle-même d'avantage la large gamme de vitamines qu'elle peut offrir), cette circonstance n'est pas complètement compensée par le fait que, comme d'autres additifs ne figurent pas dans son offre, la requérante souffre d'un certain désavantage concurrentiel pour certains secteurs de vente et certains acheteurs déterminés.

c) En outre, dans sa décision, la Commission a accordé un poids considérable au fait que la requérante est le plus grand fabricant de vitamines du monde et que son volume de ventes excède celui de tous les autres fabricants réunis. De cette position dominante sur le marché à l'échelle mondiale, la Commission tire la conclusion que Roche doit prêter moins d'attention à la concurrence dans le marché commun, parce qu'elle est en mesure de mieux absorber les fluctuations conjoncturelles.

A notre avis, la requérante n'a pu non plus opposer aucun argument décisif sur ce point. Comme il ne s'agit pas ici de la puissance financière d'entreprises quelconques, la référence que fait Roche au volume global des ventes et à la puissance financière des concurrents qui fabriquent également des vitamines mais qui ne détiennent sur ce marché qu'une part relativement petite, ne peut pas porter à conséquence. Comme, de surplus, seule la position sur le marché de la vitamine a une valeur décisive, le fait de savoir que quelques grands concurrents ont la possibilité de compenser des risques avec d'autres produits ne présente assurément qu'un intérêt réduit. Par ailleurs, il est tout à fait exact que ces grandes entreprises, qui concurrencent la requérante sur certains marchés, gèrent fréquemment leurs différents départements de manière décentralisée, ce qui restreint la possibilité de compenser les risques, de même qu'il est également intéressant de savoir que, pour la requérante elle-même, les vitamines ne constituent grosso modo qu'un tiers du volume total des ventes.

d) En se référant aussi par la suite à l'avance technologique et commerciale dont jouit la requérante, la Commission estime qu'en tant que pionnier dans le domaine de la fabrication synthétique de vitamines et de leur utilisation industrielle, Roche détient un savoir-faire plus

important et plus approfondi que ses concurrents, même si entre-temps les brevets de fabrication sont expirés. Par là, il est fait référence par ailleurs au réseau spécial de commercialisation fortement développé dont dispose la requérante, et qui, grâce à un personnel bien formé, permet de livrer en grandes quantités rapidement et de manière sûre des vitamines toujours fraîches et d'assurer une assistance après-vent appréciable.

Sur ce point, d'après les pièces versées au dossier, notre impression est que la requérante n'a pas non plus été à même d'ébranler efficacement la portée de ces éléments.

aa) En ce qui concerne tout d'abord l'avance technologique de la requérante, on peut, au stade actuel, laisser en suspens la question de savoir si le renvoi initial de la Commission au service en temps partagé (time-sharing-service) assuré moyennant facturation par la requérante et consistant en la mise au point de programmes d'ordinateur pour les fabricants d'aliments pour animaux constitue effectivement un argument important. Quoi qu'il en soit, la requérante a pu faire remarquer à ce sujet que nombre d'autres entreprises sont dans une situation identique, que ce service n'atteint chez elle qu'une importance très limitée et que, comme cela a été prouvé à l'aide de documents internes, il est quasiment sans intérêt pour les acheteurs.

On peut également laisser sans réponse la question de la détermination de la portée de l'objection formulée par la requérante selon laquelle il existe de nombreuses découvertes pour les procédés de fabrication de vitamines et que des procédés essentiels de fabrication de cinq vitamines seraient entre les mains d'autres entreprises. En fait, il s'agit ici uniquement de vitamines déterminées et, pour les vitamines A, B_1, B_2, B_3, B_6, E et H, il est incontesté que la requérante a effectué un travail de pionnier essentiel et qu'elle a obtenu sur le marché un succès énorme. Or, dans ces circonstances, ce n'est pas, pour la Commission, une simple présomption que de constater qu'en raison d'une expérience vieille de plusieurs années, acquise dans la fabrication de grandes quantités, Roche est en mesure d'offrir des articles de meilleure qualité et un service après-vente de premier rang avec une assistance technique de même niveau. D'ailleurs, sur ce point, on peut non seulement faire référence aux expériences acquises par la requérante dans l'utilisation industrielle de vitamines pour la fabrication de produits destinés à l'alimentation humaine et animale, mais aussi aux explications que fournit Roche dans ses publications quand, évoquant par exemple les «improvement of manufacturing methods», elle souligne son savoir-faire technique et insiste sur le fait qu'en ouvrant de nouveaux domaines d'application elle a pu s'affirmer sur le marché. Cela suffit sans aucun doute pour conclure à l'existence d'une avance technologique.

bb) Pour ce qui est de la constatation de la Commission quant au réseau de distribution de la requérante, il est quasiment hors de doute que la requérante dispose d'un excellent système de répartition. Dans la plupart des États membres, la fabrication de vitamines est effectuée par des entreprises filiales. Roche y entretient, à proximité des clients, des entrepôts de vitamines fraîches et assure une assistance après-vente à laquelle elle se réfère d'ailleurs elle-même dans ses publications.

Durant la procédure, la requérante a purement et simplement prétendu que deux concurrents importants (à savoir BASF et AEC) disposaient d'un réseau

de distribution encore plus dense et pouvaient, du moins pour ce qui est du secteur de l'alimentation animale, plus facilement entrer en contact avec les acheteurs parce qu'ils disposaient d'un système de vente d'engrais et d'insecticides. En outre, d'après la requérante, le fait que presque toutes les vitamines sont à même d'être entreposées durant une longue période est important.

Nous n'avons toutefois pas l'impression que cette argumentation puisse infirmer les arguments avancés par la Commission ou réduire leur portée de manière substantielle. Il ne suffit certainement pas, pour cela, de faire référence au système de vente de deux concurrents dont les ventes de vitamines restent loin en deçà de celles de la requérante et dont on ne peut d'ailleurs pas dire, contrairement à ce qu'il en est de la requérante, que les vitamines sont leur spécialité.

e) Enfin, dans sa décision, la Commission a souligné les difficultés de prendre pied sur les marchés de la vitamine, difficultés liées à la nécessité de pratiquer des investissements spécifiques importants et de planifier les capacités à long terme. D'après la Commission, on doit en conclure qu'à «l'heure actuelle» l'apparition de nouveaux concurrents ne peut pas modifier de façon sensible la position de la requérante.

Sur ce point également, on en conclut nécessairement à l'impossibilité en substance de mettre en doute la constatation de la Commission. Comme des installations particulières sont nécessaires pour chaque type de vitamine et comme la capacité des usines est fonction des besoins à long terme, la construction de nouvelles installations — il se peut qu'il en soit autrement dans le cas d'investissements destinés à des agrandissements — requiert en tout cas de grosses sommes qui ne peuvent être réunies que par des entreprises puissantes relevant notamment du secteur de la chimie lourde. Entre le moment de la conception et celui de la production, y compris la période de mise en route et d'essai, s'écoule en général énormément de temps, ainsi que l'illustre clairement l'exemple de la pénétration sur le marché de BASF. Aussi n'est-il pas erroné de supposer qu'il ne faut pas compter, dans un bref délai, sur une modification substantielle des rapports de production et de marché en ce qui concerne précisément l'ensemble de la gamme de vitamines. Cette interprétation est aussi confirmée, entre autres, par le fait que BASF et AEC se limitent à la fabrication de moins grandes quantités de vitamines et que Hoechst n'a pas dépassé le stade expérimental. A l'occasion de son audition par la Commission, la requérante a elle-même déclaré que les entreprises de chimie lourde s'intéressaient de préférence à d'autres secteur de production; il est incontesté par ailleurs qu'à l'échelle mondiale on constate des surcapacités dans le secteur de la fabrication des vitamines. Par ailleurs, les exemples d'extension prochaine des capacités que fournit la requérante à la page 49 de son recours ne peuvent pas se voir accorder un poids décisif pour la simple raison qu'ils ont trait, semble-t-il, avant tout à des pays situés en dehors de la Communauté et qu'ils visent des vitamines autres que celles en cause ici. Par ailleurs, leurs effets ne se feront sentir que dans l'avenir et, partant, ils ne peuvent pas avoir d'influence sur l'appréciation de la puissance de la requérante sur le marché durant la période qui est déterminante en l'espèce.

f) A la fin de cette partie, nous pouvons donc constater que les considérations formulées à titre complémentaire par la

Commission — en ce qui concerne la question de la puissance de la requérante sur le marché — sont tout à fait pertinentes. Cela suffit pour reconnaître la justesse du jugement que s'est formé la Commission, dans la mesure où il s'agit de vitamines sur le marché desquelles la requérante détient une très large part, telles que les vitamines B_2, B_6, H et C ainsi que, pour certaines tranches de la période en cause ici, de la vitamine E.

6) Or, comme l'examen des parts de marché dans certains secteurs (à savoir la vitamine A et partiellement la vitamine E, la vitamine B_3 pouvant pour d'autres raisons rester hors de question) a seulement permis d'aboutir à des chiffres qui sont à la limite des ordres de grandeur susceptibles d'entraîner l'application de l'article 86 et comme, dans cette hypothèse, l'arrêt United Brands que nous venons de mentionner procède à diverses vérifications minutieuses et complémentaires, nous voulons à présent examiner encore les points cités par la requérante qui doivent permettre de mettre en doute sa puissance sur le marché.

a) Pour la requérante, ce sont, ce faisant, des considérations relatives aux résultats et au comportement sur le marché, notamment l'évolution des prix sur les marchés en cause ici qui sont prépondérants. A ses dires, il apparaît clairement qu'elle ne dispose pas du pouvoir de déterminer les prix; elle ne peut en aucune manière fixer les prix des vitamines à sa guise, mais elle est tenue de s'orienter d'après les prix du marché. Il est notamment frappant, à son avis, de constater que, pour les vitamines, des baisses de prix pour partie considérables ont eu lieu, et cela en dépit des augmentations générales des coûts et d'un accroissement de la demande.

aa) On peut ici tout d'abord mettre en doute la justesse de la thèse selon laquelle, dans l'optique de traité CEE, c'est seulement s'il y a pouvoir de déterminer les prix qu'on peut considérer qu'il y a position dominante. Même le renvoi au traité CECA et à la jurisprudence afférente (affaire 13/60, Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft «Geitling», «Mausegatt» et «Präsident» contre Haute Autorité de la CECA, arrêt du 18 mai 1962, Recueil 1962, p. 177) ne peut pas corroborer cette thèse. Au contraire, l'arrêt United Brands déjà cité contient, nous semble-t-il, une constatation importante: la rentabilité et le pouvoir de déterminer les prix ne constituent pas des questions décisives et la présence d'une concurrence n'interdit pas non plus de conclure à l'existence d'une position dominante dès lors que militent en faveur de cette thèse suffisamment d'autres indices puissants. Quoi qu'il en soit, on ne saurait, à notre avis, se fonder sur le pouvoir de déterminer les prix, quand on est, comme en l'espèce, en présence d'un cas d'abus n'ayant pas trait au domaine de la formation des prix, mais à la consolidation de la structure concurrentielle et à la pénétration sur le marché d'autres concurrents.

bb) Mais si on veut toutefois intégrer l'évolution des prix dans l'examen, il faut, pour commencer, souligner qu'il ne serait pas opportun de s'en tenir aux tableaux figurant dans la requête, qui sont censés refléter les tendances existant sur le marché mondial relativement aux quantités et aux prix. Dans le présent contexte, elles ont peu de valeur, non seulement parce qu'il s'agit uniquement de «tendances» («trends»), mais aussi parce que le choix de différents indicateurs de prix et de quantités fournissent un tableau erroné. Il n'empêche qu'il est intéressant de constater que l'on peut

également y découvrir des augmentations de prix. C'est le cas pour la période allant de 1970 à 1974, pour les vitamines C et B_2; pour les vitamines A, B_6, E et B_3, il faut noter des augmentations de prix, au moins durant les années 1972 à 1974.

cc) Si l'on s'en tient aux autres tableaux déposés pendant la procédure, établis sur la base de prix moyens dans la Communauté valables pour les formes de vente les plus importantes, qui constituent environ 70 % du volume des ventes, on en arrive, en détail, aux résultats suivants:

Pour la *vitamine A*, les prix ont chuté de 1970 à 1972, puis ont à nouveau augmenté pour atteindre en 1974 quasiment leur niveau de 1971. Les prix de la *vitamine E*, ont, eux aussi, baissé de 1970 à 1972, puis ont à nouveau grimpé et se situaient, en 1974, au-dessus du niveau de 1971. En ce qui concerne la *vitamine C* — ici le chiffre de base est celui de l'année 1971 —, les prix ont augmenté de 1971 à 1972, puis ont chuté jusqu'en 1973 pour remonter à nouveau par la suite au-dessus du niveau de 1971. Pour la *vitamine B_2*, les prix ont été fortement majorés de 1970 à 1971, ils ont alors baissé quelque peu sans atteindre toutefois le niveau de 1970, et, en 1974, ils se situaient également à un niveau qui surpassait largement, c'est-à-dire de quelque 50 %, celui de 1970; de 1970 à 1972, les prix de la *vitamine B_6* ont chuté, puis ont remonté et se sont stabilisés également en 1974 à un niveau supérieur de 6 % au niveau de 1970. En ce qui concerne la *vitamine H*, les prix ont peu baissé de 1970 à 1971, ils ont remonté légèrement en 1972 pour baisser à nouveau. Enfin, pour ce qui est de la *vitamine B_3*, secteur où l'on peut tout au plus parler d'une position dominante de la requérante pour l'année 1974, les prix ont clairement augmenté de 1973 à 1974, puis, par la suite, ont considérablement baissé à nouveau.

Il découle tout d'abord de cet exposé que l'évolution des prix ne s'est en aucun cas déroulée de manière uniforme, et cela même pas sur des marchés pour lesquels la requérante — il en est ainsi des vitamines A, E et B_3, — a cité le nom de concurrents faisant preuve d'un esprit particulièrement agressif.

D'un autre côté, il importe également d'incorporer dans l'examen l'évolution des parts de marché de la requérante ainsi que sa production et son volume de ventes. Pour ce qui est des parts de marché, on sait déjà qu'elles n'ont, pour partie, connu quasiment aucune modification (vitamines A et C), qu'elles se sont même agrandies pour partie (vitamines B_3 et B_6) ou que sont apparus tout au plus certains reculs n'ayant aucunement un caractère spectaculaire (comme pour la vitamine E en 1974, pour laquelle on note une augmentation des prix; pour la vitamine B_2 en 1973 et pour la vitamine H, si l'on compare les années 1970 et 1974).

Il est encore plus intéressant d'examiner l'évolution, durant la période en question, des volumes de vente et des chiffres d'affaires de la requérante dans le marché commun. Le volume des ventes a clairement augmenté en 1970 et 1974 pour la vitamine A (43 %), la vitamine E (150 %), la vitamine C (54 %), la vitamine B_2 (33 %) la vitame B_6 (100 %), la vitamine H (186 %) et la vitamine B_3 (25 %). D'après les déclarations incontestées faites par la Commission (voir ses observations sur les réponses formulées par la requérente aux questions posées par la Cour de justice, p. 9), la vente, exprimée en termes de valeur, des vitamines A et E pour lesquelles il a été dit qu'une concurrence particulièrement

intensive existait, a pu être augmentée dans tous les États membres de 1972 à 1974. Compte tenu de ces faits (il est intéressant de noter par exemple l'augmentation de la part de marché de la vitamine B_6, alors qu'à la même époque les prix diminuaient et que l'on assistait à une soi-disant pénurie temporaire, la situation étant la même pour la vitamine E), on ne peut effectivement pas repousser l'argument selon lequel c'est la requérante elle-même qui aurait contribué à l'évolution des prix en vue d'augmenter les ventes et que, par conséquent, cette évolution n'était en aucune manière due uniquement à la concurrence; sur ce point, on peut, par exemple, en ce qui concerne l'entrée de BASF sur le marché de la vitamine A, renvoyer à une information de la direction de la requérante datée de 1970. En toute hypothèse, on ne peut nullement, au vu de la situation du marché et de la concurrence telle qu'on la perçoit, conclure que la requérante ne s'est pas trouvée dans une position dominante, bien qu'elle ait défendu avec succès ses parts de marché.

b) La requérante renvoie de surcroît à la concurrence potentielle dont la Commission n'a pas tenu compte, bien que l'arrêt rendu dans l'affaire Continental Can (affaire 6/72, arrêt du 21 février 1973, Recueil 1973, p. 215) l'ait qualifiée d'importante. Roche estime qu'une pression sur le marché peut aussi résulter de l'existence d'une telle concurrence, si bien qu'en dépit de parts de marché élevées il n'y a pas de position dominante.

A notre avis, cette idée, elle aussi, tout comme les arguments exposés en détail à ce sujet, peuvent difficilement ébranler la constatation à laquelle est parvenue la Commission.

Ainsi est-il important de constater qu'en ce qui concerne le marché de la vitamine B_2 les capacités de fermentation inutilisées qui se trouveraient avant tout aux États Unis n'avaient apparemment aucun effet sur l'évolution des prix, parce que c'est précisément pour la vitamine B_2 qu'on constate une augmentation de prix de 50 % de 1970 à 1974.

Pour ce qui est des surcapacités existant à l'échelle mondiale pour la fabrication de vitamines, rien de plus précis ne nous a été dit. Par ailleurs, à supposer qu'elles aient eu des effets sur le comportement et les résultats sur le marché, on peut, à ce sujet, insister sur le fait que la requérante a pu, en tout cas durant des années, maintenir sa position sur les marchés de vitamines en cause dans cette affaire.

Enfin, pour ce qui est de la possibilité dont disposent de grands groupes chimiques d'entamer à tout instant la production de vitamines pour autant qu'ils n'en fabriquent pas déjà, il est intéressant de noter que, jusqu'à présent, cela n'a eu lieu que sur un petit nombre de marchés et sans que la position de la requérante en soit affaiblie. Dans ce contexte, il se peut que l'existence des surcapacités, dont nous venons de faire état, et la constatation établie durant la procédure, selon laquelle les intérêts de ces groupes étaient fondamentalement orientés dans une autre direction, aient joué un rôle. En tout cas, il nous semble très peu vraisemblable que cela ait pu se traduire par une pression effective sur les prix du marché — notamment parce que la réalisation de programmes d'investissement nécessite beaucoup de temps — et qu'ainsi ait pu se justifier la constatation selon laquelle, malgré ses parts importantes du marché, la requérante n'exerce pas une influence prépondérante sur celui-ci.

c) Pour la requérante, ce qui compte également c'est de considérer la phase

dans laquelle se trouve le marché analysé. Ce qui caractérise les marchés de vitamines est, dit-elle, qu'on y constate depuis de nombreuses années une forte expansion qui persiste toujours. Or, dans une telle situation, des parts importantes du marché auraient une signification moindre que l'hypothèse d'un marché stagnant, car le marché est suffisamment ouvert à tous les intéressés et laisse à tous les concurrents un champ de monœuvre suffisant.

Il n'est certes pas possible de dénier tout bien-fondé à cette idée, même si, pour les vitamines à l'exception de la biotine, on est plutôt tenté de parler d'une phase de maturité, puisqu'on sait que leur fabrication artificielle s'effectue avec succès depuis longtemps. Enfin, cet argument ne permet guère toutefois de nier, en l'espèce, l'existence d'une position dominante de la requérante sur le marché.

Sur ce point, nous pensons que la possibilité de rendre impossible ou considérablement plus difficile l'accès au marché des autres concurrents ne revêt pas une importance décisive. Même si d'autres fabricants sont parfaitement en mesure d'opérer sur le marché, l'élément déterminant est, par contre, que la requérante ait pu défendre son excellente position sur un marché en forte expansion durant de nombreuses années et se soit opposée avec succès à la concurrence des nouveaux venus, les contrats d'exclusivité qui seront examinés par la suite ayant d'ailleurs très vraisemblablement contribué aussi à cet état de fait.

En ce qui concerne plus particulièrement la biotine, il est tout à fait exact qu'un marché ne s'est développé que les derniers temps. Il découle des documents déposés par la requérante qu'elle a entamé sa production à la fin des années 40, qu'elle a effectué ses premières ventes au milieu des années 50 et que, depuis quelques années seulement, une série de concurrents japonais est en plus apparue sur le marché. Eu égard également à cela et nonobstant le fait que le volume des ventes de tous les opérateurs sur le marché a fortement progressé, nous serions pourtant enclin à retenir le fait que la requérante a pu quasiment maintenir la situation de monopole dont elle bénéficiait à l'origine, puisqu'elle dispose toujours, même après quatre ans de concurrence, d'une part de marché de 93 %. Le fait que Roche ait réagi à la percée des concurrents sur le marché par les contrats de fidélité (fidelity contracts) devrait y avoir contribué; de ce point de vue, il semble par ailleurs important que les produits de la requérante présentent des avantages que n'ont pas les produits des concurrents — nous renvoyons à cette fin aux notes déposées en annexe 7 au recours, relatives à une réunion des «European Bulk Managers».

d) Enfin, renvoyant entre autres à l'article 22 de la «Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen» (loi allemande relative aux restrictions de la concurrence), la requérante prétend que pour apprécier la position sur le marché il faut également prendre en considération l'accès au marché d'approvisionnement, ce que la Comission a également omis de faire. Sous cet angle, la situation est caractérisée, d'après la requérante, par le fait que les concurrents principaux de cette dernière, de grandes entreprises chimiques, fabriquent elles-mêmes les produits chimiques primaires et intermédiaires utilisés dans la fabrication de vitamines, alors que, pour les matières premières, elle dépend presque totalement de tiers et que pour certaines de ces matières premières elle est même réduite aux livraisons de concurrents. C'est ainsi qu'elle achèterait pour une large part à BASF, à Hoechst et à une entreprise relevant du groupe AEC les matières premières nécessaires à la fabrication de

vitamine B_6, qu'elle achèterait celles destinées à la fabrication de vitamine A dans une large mesure à BASF et que les matières premières nécessaires à la production de vitamine E lui seraient fournies à l'avenir dans une large mesure par BASF également. Par ailleurs les matières premières utilisées pour la fabrication de vitamine C lui seraient fournies par une entreprise française qui entretient des relations étroites avec le groupe ABC ainsi que par une entreprise américaine.

Un examen plus approfondi montre assurément que cet argument ne peut pas avoir, lui non plus, une importance cruciale dans la présente affaire.

Ainsi, un élément important en soi est le fait qu'il ne s'agit pas de substances qui n'existent qu'en quantités réduites à l'état naturel, mais de produits qui peuvent être fabriques à volonté. L'accès à ces substances n'est pas réservé à celui qui les fabrique lui-même, ce que la requérante, en tant qu'entreprise chimique, pourrait manifestement faire elle aussi, mais à celui qui peut sans difficultés les acquérir sur le marché. Or, il n'a pas été dit durant la procédure que la requérante aurait rencontré de telles difficultés.

En ce qui concerne précisément les rapports de la requérante avec certains de ses concurrents, la procédure a révélé que les fabricants de produits primaires relatifs à la vitamine B_6 ne fabriquent pas eux-mêmes cette vitamine et que Hoechst, *un* fabricant du produit primaire destiné à la vitamine A, ne fabrique pas non plus lui-même cette vitamine. Ce n'est qu'en ce qui concerne la vitamine A qu'il peut être question d'un rapport de concurrence, parce que les produits primaires nécessaires à cet effet sont achetés à BASF et que BASF fabrique lui-même de la vitamine A. Or, à lui seul, cet état de fait, sans qu'il soit nécessaire d'ajouter des explications plus précises relatives à de quelconques problèmes de livraison, ne permet assurément pas, dans le cas de la requérante, de mettre néanmoins en doute, pour finir, l'existence d'une position dominante que corroborent de nombreux indices en ce qui concerne également la vitamine A.

7. Cela étant dit, il faut retenir que, dans la décision attaquée, c'est à bon droit que la Commission a constaté que la requérante détient une position dominante sur les marchés de la vitamine A, B_2, B_6, C, E et H. Un autre jugement ne peut se justifier que pour la vitamine B_3. Il est vrai qu'en 1974 la requérante disposait également pour ce produit d'une part de marché d'un ordre de grandeur susceptible d'entraîner l'application de l'article 86. Compte tenue de la taille des parts de marché des concurrents et de l'évolution du prix de cette vitamine, mais plus précisément parce que les contrats en cause ici n'ont été conclus qu'en 1973 au plus tard, ce marché partiel ne devrait pas être pris en considération.

III — Il convient à présent d'examiner si la requérante a effectivement abusé de sa position dominante.

La Commission voit l'existence d'un tel abus dans la conclusion de 26 contrats signés avec 22 acheteurs de la requérante durant une période qui s'étend de 1963 à 1973. D'après la Commission, ces contrats ont, de diverses manières, lié les acheteurs à Roche en ce qui concerne l'approvisionnement de certaines ou de toutes les sortes de vitamines dont les différents clients avaient besoin. Par ailleurs, ces contrats auraient réservé aux clients des avantages différents qui n'étaient pas fonction des économies de coûts réalisées par Roche. Comme cette

situation a influencé le libre choix des acheteurs, restreint la concurrence à laquelle se livrent les fabricants de vitamines et empêché que d'autres fabricants n'entrent en contact avec ces acheteurs, la Commission estime qu'on peut parler d'une violation du principe visé à l'article 3, lettre f, du traité CEE, aux termes duquel il faut veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée. Par ailleurs, la Commission estime qu'il y aurait méconnaissance du principe d'égalité de traitement au sens de l'article 86, alinéa 2, lettre c.

La requérante prétend qu'il ne saurait être question d'un système uniforme de vente; les accords conclus avec Unilever et Merck notamment ont des caractéristiques qui justifient un examen séparé. De surcroît, un élément important est que les contrats n'ont pas été conclus sur la base d'une position dominante sur le marché, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas liés à une position de force, et que, par ailleurs, ils doivent également être considérés comme tout à fait courants dans le commerce. La requérante estime que, pour les apprécier, il faut procéder pour le moins à une prise en compte des intérêts en présence et considérer précisément le fait que ladite clause anglaise figurant dans les contrats a laissé à la concurrence un champ d'action suffisant. En ce qui concerne les différences auxquelles fait référence la Commission, elles sont, estime Roche, justifiées, au moins pour partie, compte tenu des coûts différents qu'elle supporte. En aucun cas elles ne seraient d'un ordre de grandeur aboutissant à porter préjudice à la compétitivité des acheteurs. Enfin, il conviendrait également de tenir compte des effets des contrats sur le marché. Si l'on écarte certaines conventions dont on peut dire qu'elles ne soulèvent aucun problème, on ne peut absolument pas accepter la conclusion selon laquelle la concurrence et le commerce entre les États membres ont été influencés *de manière sensible.*

1. Pour porter une appréciation sur cette controverse, nous commencerons par l'examen de certains arguments d'ordre général avancés par la requérante.

a) C'est ainsi qu'on ne peut certes qu'acquiescer à l'argument de la requérante qui refuse que l'on parle d'un système uniforme de contrats. En effet, une analyse superficielle des contrats suffit à faire apparaître une structure diversifiée en ce qui concerne le domaine d'application ratione materiae et loci, l'époque de la signature, la durée ainsi que le reste de leur économie interne. Toutefois, nous estimons que cet élément n'a pas une importance décisive du point de vue de l'appréciation juridique. Dans un cas comme celui de l'espèce, l'article 86 ne suppose aucunement que les contrats de livraison soient l'expression d'une conception uniforme et qu'ils forment, dans leur ensemble, un système cohérent. Il importe seulement de savoir si les effets des contrats sur lesquels, d'après leur libellé, il faut compter peuvent, dans leur ensemble, être considérés comme relevant du type d'abus dont il s'agit. Il faudra par la suite examiner ce point dans le détail. Pour le moment, nous tenons uniquement à ajouter encore qu'il ne semble effectivement pas inexact de souligner, comme l'a fait la Commission, que l'on distingue dans les contrats une idée de base qui vise à la domination, à savoir celle du maintien de la part de marché et de la protection contre une concurrence indésirable. Sur ce point, on peut renvoyer aux documents internes de la requérante qu'elle-même nous a soumis durant la procédure, c'est-à-dire à une note du

8 mai 1971, à des informations pour la direction et les annexes y afférentes ainsi qu'à un compte rendu relatif à une réunion des «European Bulk Managers».

b) Dans la mesure où la requérante prétend de surcroît que des contrats tels que ceux qui sont en cause sont habituels dans le commerce, il suffit de faire deux remarques.

Tout d'abord, ce fait n'est nullement prouvé pour le marché de la vitamine. Les quelques cas cités à titre d'exemple durant la procédure ne suffisent assurément pas à cet effet. D'un autre côté, à supposer que de tels contrats soient largement répandus, on ne peut pas poser en principe que ce qui est autorisé pour des entreprises en situation de concurrence vaut pareillement pour des entreprises détenant une position dominante. Dans le premier cas en effet, les conditions d'approvisionnement ne réduisent que dans une certaine mesure la concurrence existante. Dans le second cas au contraire, une entreprise est à même d'empêcher une concurrence efficace et peut en conséquence affermir les relations existant entre les fournisseurs et les clients, de manière à aboutir à une consolidation et à un renforcement des positions sur le marché qui existent de toute façon et qui sont sujettes à discussion.

c) On ne peut pas non plus admettre le point de vue de la requérante pour qui le comportement de l'entreprise détenant une position dominante sur le marché, critiquable au regard de l'article 86, doit pouvoir être qualifié de «lié à une position de force» (machtbedingt). La requérante prétend qu'un tel élément manque dans le cas d'espèce, parce que les contrats n'ont pas été conclus en raison de la puissance de la requérante sur le marché; en particulier, la clause anglaise n'aurait pas été imposée aux acheteurs, mais aurait souvent pour origine la puissance de la demande des acheteurs.

Il se peut qu'une telle compréhension de la notion «d'abus» convienne éventuellement pour certaines situations relevant de l'article 86, quand, par exemple, il est question du fait d'imposer des prix non équitables (article 86, alinéa 2, lettre a), mais elle ne convient certainement pas d'une manière générale pour l'article 86. C'est ce qu'a clairement établi l'arrêt rendu dans l'affaire Continental Can (affaire 6/72, Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc./Commission des Communautés européennes, arrêt du 21 février 1973, Recueil 1973, p. 215), qui avait trait à l'acquisition, par une entreprise dominante, d'un important concurrent. Cet arrêt déclare que ce n'est pas la mise en œuvre de la puissance sur le marché qui est déterminante, mais qu'il faut, au contraire, parler d'abus dès lors qu'une entreprise en position dominante exerce, par son action, une influence sur la structure de la concurrence. La présente affaire offre une certaine ressemblance avec la situation ainsi décrite dans la mesure où, ici aussi, il s'agit, en définitive, d'une structure de marché influençable par le biais des liens existant avec les acheteurs. Ici aussi, on peut se fonder pareillement sur une notion objective d'abus. Mais, de plus, nous serions aussi prêt à penser qu'il en est de même pour le reproche concernant l'illégalité de traitement des acheteurs. Elle non plus ne suppose nullement la mise en œuvre de la puissance sur le marché, car elle doit se situer sur un marché qui manque sur ce point de transparence.

2. En poursuivant l'examen de l'affaire, nous nous consacrerons tout d'abord aux liens existant avec les acheteurs de la requérante. Ce faisant, il faut de toute façon, conformément à l'argumentation

de la requérante, exclure momentanément les contrats passés avec Unilever et Merck, parce qu'ils présentent soi-disant des caractéristiques particulières qui nécessitent, dans chaque cas, un jugement différent.

Dans les contrats, on retrouve deux types de liens, à savoir, d'une part des obligations expresses d'approvisionnement liées à des promesses de remise et, d'autre part, des liens reposant exclusivement sur des rabats de fidélité, si on peut ainsi qualifier brièvement les avantages promis.

a) Commençons par les contrats qui prévoient des *obligations expresses d'approvisionnement.* Ils concernent soit la totalité, soit un certain pourcentage (oscillant entre 70 et 80 %), soit l'essentiel des besoins des différents acheteurs et s'appliquent à *toutes* les vitamines, à toutes celles qui sont en cause dans la présente affaire ou à un certain nombre qui a été indiqué en détail. Relèvent de ce type de contrats ceux qui ont été conclus avec Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Purina et Upjohn (totalité des besoins), Cyanamid (au moins 90 % des besoins), Animedica (au moins 80 % des besoins totaux), Guyomarc'h (au moins 70 % des besoins totaux), ainsi que les accords conclus avec Nitrovit et Isaac (qui concernent l'essentiel des opérations).

Sur ce point, il faut assurément partager le point de vue de la Commission selon laquelle de telles obligations d'approvisionnement sont inconciliables avec les règles de concurrence du traité CEE quand le fournisseur détient une position dominante. Ces obligations privent les acheteurs de la liberté de choix à l'occasion de l'achat, excluent d'autres concurrents de ces marchés et contribuent ainsi à un affermissement des relations de concurrence et à un renforcement de la position dominante sur le marché qui existe déjà de toute façon. Le fait que les besoins soient couverts dans leur intégralité ou pour partie seulement auprès de l'entreprise dominante sur le marché ne change rien en l'occurrence, dans la mesure en tout cas où, comme en l'espèce, il s'agit d'une part essentielle des besoins. L'important n'est pas non plus de savoir si toutes les vitamines dont les acheteurs ont besoin ou seulement certaines vitamines sont visées, puisque l'on sait que Roche a une position dominante sur tous les marchés en cause dans cette affaire, abstraction faite de celui de la vitamine B_3.

Il y a lieu tout au plus de se demander ici, d'une part, s'il importe que certaines conventions soient limitées à un an ou contiennent des clauses de résiliation, c'est-à-dire qu'elles ne se traduisent que par un lien limité ou résoluble à relativement court terme et, d'autre part, si l'existence de la clause anglaise peut entraîner une quelconque modification de ce jugement de principe.

aa) Si nous avons bien compris, sur le premier point, la requérante a avant tout avancé l'argument de *la prise en compte des intérêts.* Elle fait découler la pertinence de cet argument de la décision GEMA de la Commission (JO 1972, n° L 166). Par ailleurs, elle renvoie sur ce point à l'arrêt rendu dans l'affaire 127/73 (Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs/SV/SABAM et NV Fonior, arrêt du 21 mars 1974, Recueil 1974, p. 313), dans lequel il est dit, au sujet de l'article 86, que ce qui est déterminant c'est de savoir si un lien d'exclusivité excède ce qui est acceptable, et que, sur ce point, il faut prendre en considération les intérêts des parties, intérêts entre lesquels doit exister un rapport d'équilibre. Aux dires de la requérante, il est, en ce sens, important de noter en l'es-

pèce, d'une part, que les acheteurs eux-mêmes avaient un intérêt à ces contrats. Ils permettaient une rationalisation des achats à des prix avantageux et assuraient une sécurité des livraisons sur un marché pour partie chaotique, sans tenir compte de pénuries momentanées. Par ailleurs, d'après la requérante, beaucoup d'acheteurs accordent de l'importance à une garantie de qualité constante dans la mesure en effet où les mélanges préalables sont rarement modifiés et où des installations industrielles spéciales ne permettent pas de modifications des marchandises achetées. Pour Roche, dans l'optique d'une planification raisonnable de sa production, le fournisseur a intérêt à connaître de manière fiable le volume de ses ventes; en outre, on ne peut pas exiger de lui qu'il s'oblige unilatéralement à livrer sans exiger de garantie d'achat. Enfin, les intérêts des tiers tout comme ceux des acheteurs sont de surcroît pris en considération, grâce à une limitation dans le temps des conventions ainsi que par le biais du système de la clause anglaise qui permet de tenir compte des offres plus avantageuses faites par des tiers.

En ce qui concerne ce problème, il faut concéder que dans l'arrêt 127/73 on retrouve effectivement l'idée d'une prise en compte des intérêts. Il est exact de surcroît que ces considérations apparaissent également en doctrine (voir Von Gamm, «Das Kartellrecht der EWG», p. 81, qui évoque la nécessité d'une prise en compte des intérêts et pour qui on ne peut parler d'abus que lorsque les justes intérêts des concurrents ou des utilisateurs sont lésés d'une manière qui heurte les convenances). Toutefois, on peut douter tout d'abord qu'il puisse s'agir là d'une interprétation juridique définitive de l'article 86. D'autre part, il peut sembler critiquable de transposer sans plus à la présente affaire des considérations émises dans l'arrêt cité à propos des faits spécifiques. En outre, on peut se demander s'il est effectivement habituel et très répandu sur le marché de la vitamine que de gros acheteurs commandent une fois le volume de leurs besoins annuels, et qu'en conséquence de puissants intérêts de la part des acheteurs militent en faveur de la licéité d'un tel lien. Quoi qu'il en soit, il semble bien établi que seul un petit nombre d'acheteurs de la requérante a conclu des contrats de ce type.

Finalement, on peut néanmoins laisser cette question en suspens pour les raisons suivantes.

C'est ainsi que, d'après certains contrats prévoyant des obligations expresses d'approvisionnement, à savoir les contrats avec Guyomarc'h, Purina et Upjohn, il n'y avait pas de limite dans le temps. Dans ce cas donc, les considérations formulées, qui permettent tout au plus d'accepter des liens existant pour de courtes périodes, ne pourraient de toute façon pas s'appliquer.

Il est vrai que d'autres contrats prévoient une limitation à un an (Isaac), qu'ils sont conclus pour une durée d'une année avec possibilité de prolongation à défaut de résolution au 1er ou au 31 octobre (Afico, Cyanamid, Animedica, Organon), ou encore qu'ils permettent la résiliation sous réserve de l'observation de délais variables — 30 jours, 2 ou 3 mois — (Isaac, Nitrovit, Dawe's et Provimi). Sur ce point, il ne faut pas méconnaître le fait qu'ici, dans tous les cas, l'attribution de rabais joue aussi un rôle. Pour ces contrats se pose donc pour le moins la question de savoir si l'avantage que constitue l'octroi de rabais n'a pas pour effet de créer un lien susceptible de faire renoncer à la suppression des relations d'affaires. Voilà la raison pour laquelle, à notre sens, il n'est pas défendable d'ex-

clure, dès à présent, de l'examen les contrats en question sous prétexte qu'ils ne soulèvent pas de problème; ils doivent au contraire, à juste titre, être pris en considération lorsque nous analyserons, plus tard, la question des liens qu'entraîne l'attribution de rabais.

bb) En ce qui concerne par ailleurs ladite *clause anglaise*, selon laquelle des offres plus avantageuses faites par des concurrents peuvent jouer un rôle, il convient certes d'admettre que, dans ces conditions, la concurrence dispose d'une certaine marge de manœuvre. Cependant, abstraction faite de ce que la clause est complètement absente du contrat conclu avec Guyomarc'h, le point essentiel est que le lien établi avec la requérante n'est pas supprimé pour autant, mais tout au plus assoupli. En effet, en règle générale, la clause en question était élaborée de telle sorte que dès lors qu'existait une offre plus avantageuse les acheteurs n'étaient tout simplement pas libres, mais devaient informer la requérante et lui laisser la possibilité d'appliquer les conditions plus avantageuses. Cela vaut également pour le contrat conclu avec Afico, si on l'interprète comme il devrait l'être; en effet, la formule «au cas où Roche ... n'est pas en mesure de livrer à un prix concurrentiel» doit assurément être comprise en ce sens qu'il fallait laisser à Roche la possibilité de livrer à de telles conditions. En conséquence, c'est exclusivement de la décision de la requérante que dépendait la possibilité, pour les concurrents, d'obtenir ou non une commande, en raison de la clause anglaise. En outre, il faut rappeler qu'à de nombreux points de vue, la clause était formulée d'une façon très restrictive. C'est ainsi qu'il n'y était question que d'offres faites par des fabricants, et non par des négociants (Animedica), ou même uniquement par des fabricants réputés (Afico, Cyanamid et Provimi) ou par des fabricants concurrents de même niveau (Organon), ce qui signifiait, le cas échéant — mais cette question peut rester en suspens pour le moment —, qu'il fallait révéler l'identité du concurrent. Dans certains cas, il est aussi question d'offres écrites sérieuses (Isaac et Nitrovit) et d'un approvisionnement régulier comparable.

Dans ces circonstances, il n'est effectivement pas possible, face à la clause anglaise dont la Commission a dit à juste titre qu'elle a vraisemblablement facilité la conclusion de contrats d'exclusivité, de nier l'existence d'un lien abusif. Une autre appréciation n'est tout au plus possible qu'en ce qui concerne le contrat conclu avec Upjohn, lequel ne contient qu'une simple clause de concurrence («à la condition ... que les prix de Roche soient concurrentiels»). On peut dire qu'ici Roche n'a pas obtenu le pouvoir d'exercer une influence sur les approvisionnements auprès d'autres fabricants et l'on pourrait être tenté de considérer que ce type de lien ne soulève aucune critique si l'on se refuse à accorder, en l'espèce, une importance décisive au fait qu'il s'agissait d'un lien qui n'était pas limité dans le temps.

b) L'autre type de *lien* qu'a contesté la Commission est, comme nous l'avons déjà dit, celui qui se réalisait par le *biais des rabais.*

Sur ce point il faut assurément reconnaître que, lorsque les avantages en matière de livraisons sont accordés en considération de la fidélité des clients et non pas en fonction des économies réalisées dans les frais supportés par le fournisseur, on peut aboutir à créer une force d'attraction, très proche de celle qui résulte d'un lien proprement dit. En effet, si un acheteur obtient un rabais en fonction du total de ses approvisionne-

ments (remise d'après le volume total de ventes) ainsi qu'à la condition de couvrir la totalité ou une grande part de ses besoins auprès du fournisseur qui accorde la remise, un concurrent ne peut obtenir la commande qui si son offre compense la perte de la remise. Même quand le rabais n'est pas très élevé, c'est souvent excessivement difficile ou même impossible, si bien que de la sorte en fait la possibilité de toucher de tels clients se trouve bloquée. C'est pour cette raison que, dans l'affaire du sucre que nous venons de citer (affaires 40 etc./73, Coöperatieve vereniging «Suiker Unie» UA et autres/Commission des Communautés européennes), des rabais accordés dans l'hypothèse d'un approvisionnement exclusif ont été considérés comme constituant un abus. En droit national de la concurrence également, de telles conventions font l'objet de très vives critiques. Nous renvoyons sur ce point à Mestmaecker, «Europäisches Wettbewerbsrecht», p. 390, ainsi qu'à une décision du Bundeskartellamt allemand (Office fédéral des cartels), datée du 10 septembre 1971 (Wirtschaft und Wettbewerb/Entscheidungen des Bundeskartellamtes 1361). En droit français, un jugement du 5 février 1966, rendu par le tribunal de grande instance de Paris (J.C.P. 67, II. 15029) et un avis de la Commission technique des ententes et des positions dominantes du 28 mars 1973 (JO Documents administratifs n° 66, p. 2609) sont intéressants à cet égard. En ce qui concerne le droit belge, on peut citer un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, daté du 16 mai 1973 (Journal des tribunaux 1963, p. 434 et suiv.); par ailleurs, il est intéressant de consulter sur ce point le «Report on Supply of Flat Glass» de la «Monopoly's Commission» britannique de 1968.

Dans cette optique, les contrats contestés en l'espèce se présentent de la façon suivante:

Dans toute une série d'entre eux, l'octroi du rabais est lié à la condition que l'ensemble des besoins soit couvert auprès de la requérante (Dawe's, Organon, Provimi, Radar et Purina); d'autres contrats prévoient l'attribution d'un rabais quand une certaine partie des approvisionnements est fournie par la requérante (Cyanamid, Animedica, Guyomarch, Protector, Ramikal et Trouw); dans un troisième groupe, les rabais étaient échelonnés en fonction des ventes, ils étaient accordés à partir d'un certain volume minima de ventes (Afico, Beecham, Capsugel, Nitrovit, Sandoz, Upjohn et Wyeth); enfin, s'apparentent à ces contrats ceux qui prévoient des rabais échelonnés en fonction de la part de l'estimation du volume d'opérations réalisées avec Roche (Beecham, Isaac, Pauls). A cet égard, même là où le rabais n'est pas formellement lié à une exclusivité d'approvisionnement, une interprétation des contrats (certains utilisent la notion de «rabais de fidélité»; pour d'autres, une comparaison avec des accords parallèles est instructive) conduit à établir un tel rapprochement (comme, par exemple, dans le cas d'Afico, de Cyanamid, d'Organon, de Protector, de Provimi et de Purina).

Compte tenu de cette situation, il faut effectivement en conclure que c'est par principe à bon droit que la Commission a considéré que tous ces contrats entraient dans le cadre des abus visés par l'article 86.

En tentant pour partie de qualifier ces rabais de rabais accordés en raison du volume ou des commandes préalables, qui se justifieraient sous l'angle des économies de coûts de fabrication et en raison de la suppression de l'assistance technique pour les gros clients, la requérante ne change rien à cette situation. En effet, les rabais se rapportent effective-

ment à l'ensemble des ventes, c'est-à-dire qu'ils s'appliquent également à des livraisons en petites quantités de différentes vitamines, lorsqu'il est difficile de parler d'économies de ce genre. Par ailleurs, on lit dans les informations de la direction de la requérante que, pour tous les achats effectués dans le cadre des contrats de fidélité, il faut appliquer le prix le plus avantageux pour le volume en question, ce qui signifie que les volumes en question ont déjà été pris en considération lors de la formation du prix.

Pareillement, le point de vue selon lequel là où cette qualification a été utilisée (à savoir pour Afico, Capsugel, Provimi et Upjohn) il s'est agi de véritables rabais de «ducroire» ne permet pas d'aboutir à une autre interprétation. Sur ce point, la Commission a souligné à juste titre que pour des sociétés filiales de grands groupes bien connus, et c'est d'elles qu'il s'agit en permanence, il ne saurait être question d'un véritable risque de paiement qui doit être couvert et honoré. Par ailleurs, il est intéressant de constater à ce sujet que l'appellation des rabais a, pour partie, changé dans les contrats (voir par exemple les contrats conclus avec Afico et Provimi).

Ainsi, dans ce contexte également, se pose l'unique question de savoir si l'existence de la clause anglaise modifie en quoi que ce soit ce jugement. Disons-le dès maintenant: il nous faudra donner à cette question aussi une réponse négative pour le plus grand nombre des conventions. A ce sujet, peu importe que cette clause n'intervienne pas, semble-t-il, en cas d'égalité de prix et, comme Roche le concède elle-même, qu'elle n'ait pas pour effet que les commandes passées auprès de concurrents soient comprises dans le calcul des rabais, ce qui signifie qu'il faut compenser la perte correspondant aux rabais des concurrents. Au contraire, ici aussi, ce qui importe c'est que, d'après l'économie de la clause, Roche a la possibilité de décider si l'approvisionnement se fera auprès des tiers — à notre avis, cela vaut également pour le contrat conclu avec Capsugel — et qu'en cas d'intervention de Roche, l'acheteur n'est plus libre et ne remplirait plus les conditions requises pour se voir accorder des rabais s'il s'approvisionnait ailleurs. En outre, il est important de noter, ici aussi, que la clause anglaise est partiellement formulée de manière très restrictive dans la mesure où elle permet de ne prendre en considération que des offres faites par des producteurs (Ramikal et Trouw), dans la mesure où il y est question de producteurs réputés, de fabricants de premier rang, ou de fabricants réputés de premier rang (Radar, Purina, Sandoz, Wyeth), dans la mesure où des offres écrites sérieuses sont nécessaires (Beecham, Paul's) ou dans la mesure où il est fait mention de livraisons régulières comparables ou de conditions de livraison identiques (Beecham, Paul's, Trouw).

Dans un seul cas (celui de Protector), ou dans deux cas si dès à présent ou inclut le contrat signé avec Upjohn, déjà mentionné dans ce contexte, on peut aboutir à une conclusion différente, parce que, dans ces contrats, figure une clause simple de concurrence et parce qu'il n'y est pas prévu un droit d'intervention de Roche. Dans cette situation, il est effectivement possible de prétendre que le lien était à ce point détendu et que les concurrents disposaient d'une telle marge de manœuvre véritable qu'il ne saurait plus être question d'un obstacle abusif à l'exercice de la concurrence.

c) Enfin, pour ce qui est de la réalité du lien et avant de pouvoir établir définitivement l'existence d'un abus au sens de

l'article 86, il faut, conformément aux arguments avancés par la requérante, se demander encore si, *en pratique, l'usage qui a été fait effectivement des contrats* est important du point de vue de leur appréciation. Sur ce point, la requérante a déclaré que la clause anglaise avait été largement appliquée, que d'importants approvisionnements avaient été effectués auprès de concurrents et que, de ce fait, ces derniers n'avaient pas été largement exclus. A maintes reprises, contrairement à ce que prévoit la clause anglaise, les acheteurs n'auraient même pas informé Roche et il n'y aurait pas eu perte de rabais, même dans les cas où Roche n'avait pas obtenu la possibilité d'intervenir dans des offres plus avantageuses. Pour cela, la requérante se réfère entre autres à des rapports relatifs à des vérifications effectuées auprès de ses clients, que la Commission a déposés durant la procédure; par ailleurs, elle renvoie aux observations sur la communication des griefs par la Commission, formulées par certains partenaires contractuels de la requérante durant la procédure administrative.

A notre avis, de telles considérations sont hors du sujet. Nous considérons comme pertinent le point de vue défendu par la Commission qui considère que seuls la lettre des contrats et les effets avec lesquels il faillait raisonnablement compter par la suite sont déterminants pour juger la question de savoir s'il y a ou non abus au sens de l'article 86. Ce point de vue peut se justifier, ne serait-ce que parce que l'on peut estimer que des clauses contractuelles, pour l'adoption desquelles les discussions ont vraisemblablement été en partie rudes, avaient également une portée pratique.

Ce que l'on peut envisager à la rigueur, c'est de prendre en considération les conséquences réelles du système de vente de la requérante lorsqu'il est question de la gravité de la violation qui lui est reprochée — préjudice porté aux rapports de concurrence dans le marché commun — à l'occasion du calcul de l'amende qui lui a été infligée. Il nous faudra éventuellement revenir sur ce point dans un prochain contexte.

3. Après avoir établi que c'est à bon droit — tout du moins en ce qui concerne la majorité des contrats en question — que la Commission a considéré qu'il existait un lien abusif avec la requérante, nous voulons encore examiner maintenant les contrats conclus avec les entreprises Merck et Unilever, pour voir si une appréciation particulière se justifie dans ce cas.

a) Avec l'entreprise Merck, la requérante a conclu trois contrats de livraison de vitamines A, E et B_6. Ils avaient pour objet l'ensemble des besoins de l'entreprise ou ses besoins supplémentaires, excédant sa capacité de production; ils devaient s'appliquer pour une durée de cinq ans et être prorogés chaque fois de deux ans, à défaut d'une résiliation préalable et effectuée en temps utile. L'entreprise Merck s'était vu promettre des rabais de l'ordre de 20 % pour la vitamine B_6. Pour les deux autres vitamines s'appliquaient des rabais minimum et maximum, oscillant entre 12,5 (15) et 20 %, en fonction de l'évolution des prix. Deux contrats contenaient également la clause anglaise qui assurait à Roche le droit d'intervenir dans des conditions de prix et d'affaires plus intéressantes proposées par d'autres fabricants.

Pour ce qui est des rabais, la requérante se fonde essentiellement sur le fait qu'il s'agissait, pour les vitamines E et B_6, de rabais de quantité et, pour la vitamine A, de rabais fonctionnels, parce que l'entre-

prise Merck revendait ce produit et parce que la requérante faisait l'économie des frais de commercialisation. Par ailleurs, Roche prétend qu'en raison de son propre planning de production, l'entreprise Merck avait intérêt à obtenir une livraison régulière, portant sur de grosses quantités, et qu'elle tenait à s'approvisionner auprès d'un seul fournisseur parce que, de l'extérieur, elle passait pour un fabricant.

A notre avis toutefois, tout cela ne permet pas de ne pas considérer les contrats conclus avec Merck comme tombant sous le coup de l'application de la disposition de l'article 86 qui interdit les abus. Sur ce point, la question de la qualification des rabais peut rester sans réponse, parce que, comme cela nous a été dit, la Commission n'accorde pas une importance primordiale à cette circonstance, mais bien à la relation d'exclusivité. Or, il nous faut, ici aussi, contester l'existence de ce lien, et notamment sa longue durée. Même si l'on juge digne de protection l'intérêt qu'a Merck à faire l'objet de livraisons régulières et sûres, cela ne peut pas justifier pour autant un lien aussi long et aussi étroit que celui qui existait. Pareillement, on peut, avec la Commission, douter que, dans ses efforts pour passer, aux yeux de l'extérieur, pour un fabricant, alors qu'en réalité elle n'effectue que les fonctions d'un revendeur, l'entreprise Merck ait un intérêt digne d'être prise en considération et protégée. Enfin, pour ce qui est de la clause anglaise, on constate que le lien n'est pas supprimé pour autant, mais uniquement assoupli, et cela, dans la mesure où Roche l'a acceptée et dans la mesure également où il ne s'agissait que d'autres *fabricants*, et non pas de distributeurs.

b) D'autre part, en ce qui concerne le contrat conclu avec Unilever, il faut constater qu'il prévoyait une obligation de couverture de l'ensemble des besoins en vitamine A pour l'année 1974 et une obligation de même genre pour l'année suivante, la quantité estimée devant être communiquée en décembre 1974. Dans ce cas, il n'y avait pas de rabais, mais des prix préférentiels, les directions des groupes Unilever et Roche devant compenser chaque fois ultérieurement la différence entre les prix de facture et les prix de contrat Le contrat contenait également une clause anglaise accordant à Roche un droit d'option pour s'adapter aux prix moins élevés d'autres fabricants.

Sur ce point, la requérante estime tout d'abord qu'aucune critique ne peut être soulevée à l'encontre des prix spéciaux convenus. Ils se justifient, compte tenu des relations d'affaires vieilles de plusieurs années et en raison du volume des livraisons, mais surtout parce que Roche a des coûts de distribution moins élevés et peut faire l'économie du service d'assistance technique. De surcroît, d'après la requérante, ces contrats ont été élaborés sous la pression des offres de la concurrence, comme cela ressort d'un procès-verbal établi à la suite d'une réunion avec Roche, à Londres en décembre 1971. Sur ce point, la manière de facturer n'a pas, aux dires de Roche, de signification particulière et s'explique simplement pour des raisons fiscales et de technique comptable.

Si nous avons bien compris, ici non plus, la Commission n'accorde pas une importance primordiale aux prix spéciaux convenus, mais à l'obligation s'imposant à Unilever de s'approvisionner auprès de Roche. Or, sur ce point également, l'appréciation ne peut se faire que sur la base des arguments développés pour les contrats que nous venons d'examiner. Cela vaut également quant à la durée du

contrat — même de gros clients ne passent pas nécessairement des contrats pour deux ans; par ailleurs, on peut également renvoyer à ce qui vient d'être dit sur la structure de la clause anglaise dans le cadre des autres contrats. De surcroît, on peut encore ajouter qu'il ne semble pas inexact que la Commission conclue, au vu du mode de facturation utilisé, que ce système servait effectivement à contrôler le respect de l'obligation d'approvisionnement. On ne voit effectivement pas très bien quelles peuvent être les circonstances impératives faisant obstacle à ce que les prix de contrat convenus par les directions des groupes soient directement appliqués par leurs sociétés filiales.

c) En conséquence, il n'y a certainement pas de raison de porter un jugement différent sur les contrats conclus avec Merck et Unilever. Eux aussi doivent être considérés comme constituant un abus, et cela à tout le moins pour ce qui est de l'obligation d'approvisionnement incombant aux acheteurs, c'est-à-dire en raison de la restriction apportée à leur liberté de choix et en raison des difficultés accrues que les tiers rencontrent en pénétrant sur ces marchés.

4. Nous en arrivons maintenant à la seconde catégorie d'abus, à savoir l'application de conditions inégales à des prestations équivalentes que l'article 86, alinéa 2, lettre c condamne si elle est le fait d'entreprises en position dominante. Sur ce point également, on peut renvoyer à l'affaire du sucre dans laquelle, au sujet précisément des rabais de fidélité, une critique de ce genre a été formulée au motif qu'elles défavoriseraient les acheteurs sur le plan de la concurrence. De plus, il est intéressant de noter qu'en droit national également, on retrouve de telles appréciations: c'est le cas, par exemple, du droit français qui interdit de pratiquer des écarts de prix non justifiés par des différences de prix de revient; une règle identique s'applique en droit anglais (voir le rapport de la «Monopoly's and restrictive practices commission on supply of insulated electric wires and cables»).

Le fait qu'en l'espèce, pour ce qui est du calcul des rabais, les acheteurs ont subi un traitement différent ne peut pas être mis en doute et n'a d'ailleurs pas été contesté par la requérante. Si l'on examine l'échelonnement des rabais sur le volume de ventes total, on constate, pour partie, des écarts considérables en ce qui concerne les quantités minimales requises et les rabais afférents aux quantités, et cela, il est vrai, non seulement si on compare les contrats libellés dans une même monnaie et courant pour une période identique, mais encore si l'on compare les contrats libellés en monnaies différentes. Il en est de même pour les autres rabais de fidélité, y compris lesdits rabais de «ducroire», dont les taux varient de 1 à 7,5 %, si on excepte les ristournes figurant dans le contrat conclu avec Merck et qualifiées de rabais de quantité. Ce n'est assurément pas non plus le renvoi fait aux périodes durant lesquelles ces conventions s'appliquaient — pour partie elles se chevauchent — ou la référence au volume des besoins couverts ou encore aux approvisionnements réels, tels qu'ils nous ont été communiqués pour 1974, qui justifient ces écarts. Pour le moment d'ailleurs, nous n'avons pas à en apporter la preuve détaillée; sur ce point, une analyse attentive des contrats ne permet pas le moindre doute.

C'est la raison pour laquelle les tentatives de justification qu'apporte la requérante ont aussi un aspect tout différent. C'est

ainsi qu'elle a estimé, au cours de l'audition menée par la Commission durant la procédure administrative, que, du fait des fluctuations monétaires, les rabais et différences de rabais n'avaient pas été perceptibles.

Elle prétendait en outre qu'en aucun cas les clients n'avaient été lésés dans leur compétitivité. A ses dires en effet, presque tous les acheteurs procèdent au traitement des vitamines. Dans les produits finals cependant, les vitamines ne jouent qu'un rôle de second plan; en ce qui concerne précisément la fabrication de produits destinés à l'alimentation animale et humaine, qui concentre la part principale des ventes, elles ne constituent qu'une toute petite partie du prix final, à savoir 1 % ou moins. Voilà pourquoi, aux dires de la requérante, même une différence de rabais de 5 % ne peut donc pas avoir d'effet sur les rapports de concurrence.

Il nous semble toutefois qu'avec ces objections la requérante ne peut pas écarter l'abus qui lui est reproché. En ce qui concerne le premier point, il suffit de rappeler que les écarts existant pour les taux de rabais figurent également dans les contrats libellés en monnaies identiques. Pour ce qui est du second point de l'argumentation développée par la requérante, la Commission renvoie à bon droit, nous semble-t-il, au fait qu'«infliger un désavantage dans la concurrence», comme le déclare l'article 86, alinéa 2, lettre c, n'a pas la même signification qu'affecter la compétitivité. De la même manière, la doctrine également (Siraguza, «Semaine de Bruges 1977», p. 452) déclare que les discriminations sont également irrégulières dans les cas où les acheteurs concernés ne sont pas en concurrence. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que les acheteurs ont apparemment accordé une grande importance aux rabais et il faut en conclure qu'ils étaient manifestement importants pour leur position sur le marché et leurs décisions économiques; il convient également de rappeler que, dans l'affaire du sucre elle aussi, des écarts de prix de 5 % avaient été considérés par la Cour comme suffisants pour pouvoir parler d'une violation de l'article 86, alinéa 2, lettre c.

En conséquence — et sans qu'il s'avère nécessaire, il est vrai, d'examiner l'argument manifestement hors de propos aux termes duquel les concurrents de la requérante également auraient accordé des rabais de cet ordre de grandeur —, on ne peut que retenir que, dans la décision attaquée, la Commission a aussi établi à juste titre l'existence d'un abus quant à l'octroi de conditions d'affaires différentes.

5. Après ces constatations fondamentales relatives à l'abus d'une position dominante, il nous reste encore maintenant à examiner la question de savoir si l'appréciation donnée par la Commission et qui, comme nous l'avons vu, est bien-fondée dans sa majeure partie peut voir son autorité entamée par référence au volume d'affaires visé par les contrats. Il faut encore se demander s'il importe que la concurrence et le commerce entre États soient affectés de manière *sensible* et si, en l'espèce, conformément à l'avis de la requérante, on peut écarter l'application de l'article 86 parce que la condition ci-dessus mentionnée n'est pas remplie. Sur ce point, elle prétend précisément que, si on laisse hors de question les contrats conclus avec Merck et Unilever et si on se limite aux véritables contrats de fidélité en excluant les rabais sur le volume total des ventes, le système de vente critiqué n'a concerné, en moyenne, pour les années 1970 à 1974, que 4 % de la vente de vitamines dans le marché commun.

A notre avis, sur ce point également, nous ne pouvons pas suivre les arguments de la requérante. C'est à juste titre que la Commission indique que la théorie de la sensibilité a été développée à propos de l'article 85, c'est-à-dire pour un domaine où, en soi, la restriction d'une concurrence efficace et existante est due à des conventions et aures méthodes similaires. Par contre, en présence de faits visés à l'article 86, la concurrence est quasiment éliminée, dans la mesure où une entreprise dominante n'est pas soumise à une concurrence effective. Dans cette hypothèse, il ne semble effectivement pas possible de ne pas prendre en considération le comportement d'une telle entreprise, comportement qu'il faut considérer comme abusif d'après les critères de l'article 86, au motif que ses effets ne se font pas sentir de manière sensible sur les rapports de concurrence.

Or, à supposer même qu'il soit défendable de négliger les abus ou de les laisser pour le moins impunis quand il ne s'agit, pour ainsi dire, que de «quantités négligeables», il faut néanmoins douter sérieusement de ce que la présente affaire relève de cette catégorie. Comme nous l'avons vu, les contrats conclus avec Merck et Unilever ne peuvent en aucune manière ne pas entrer en considération, mais tout au plus ceux qui existent avec Protector et Upjohn et qui toutefois concernent moins d'un demi pour cent de la vente globale dans la Communauté en 1974. Il est important de noter également qu'il s'agit de contrats visant de gros acheteurs de la requérante, concentrés dans le secteur de la fabrication de produits destinés à l'alimentation humaine et animale. Il est cependant indifférent de comparer leur volume d'affaires avec les ventes totales de la requérante ou, pour répondre aux vœux de cette dernière, avec la vente globale de vitamines sur le marché commun; en aucun cas, nous n'avons sous les yeux des quantités d'un ordre de grandeur permettant de parler d'effets tout à fait insignifiants sur les rapports de concurrence, si l'on prend également en considération la clause anglaise. Comme il s'agit, par ailleurs, de contrats conclus avec des entreprises de traitement des vitamines et dont l'activité ne se restreint pas au territoire d'un État membre, cet état de fait permet également de supposer que le commerce entre les États membres est affecté à un point qui présente de toute façon de l'importance au regard de l'article 86.

IV — Maintenant que les remarques que nous avons formulées jusqu'à présent ont démontré qu'en ce qu'elle établit l'existence d'un abus de position dominante la décision de la Commission ne peut pas, pour l'essentiel, voir sa légalité mise en doute, permettez-nous d'examiner l'autre question de savoir si la condamnation au versesement d'une amende est susceptible de susciter des objections.

Sur ce point, trois considérations s'imposent avant tout:

— La première se fonde sur le fait que l'article 86 a recours à des notions indéterminées (position dominante sur le marché, abus). La requérante estime à ce sujet que ces notions auraient dû être concrétisées préalablement par des décisions de nature administrative et, si possible, judiciaire également — ce qui n'était pas encore le cas lors de la conclusion des contrats en question — avant qu'on ne songe à infliger une sanction.

— Une autre considération vise l'existence nécessaire d'une faute, comme le prévoit l'article 15 du règlement

n° 17. La requérante prétend sur ce point qu'elle se trouvait dans une situation d'erreur de droit, ce qui écarte le reproche de faute.

— Enfin, la requérante invoque aussi le principe d'égalité de traitement, dans la mesure où, face à des comportements de fait comparables — et elle pense notamment aux rabais de fidélité dont il était question dans l'affaire du sucre que nous venons de mentionner — des amendes n'ont pas été infligées.

1. Sur le premier point, la requérante s'est référée à l'article 22 de la «Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen» (loi allemande sur les restrictions de la concurrence), aux termes duquel un comportement abusif d'une entreprise en position dominante sur le marché n'est pas, en soi, sanctionnée par une amende et elle a fait état d'autres dispositions nationales relatives à la concurrence qui ne prévoient d'amendes que dans les cas où des injonctions concrètes formulées par les autorités compétentes en matière d'ententes ne sont pas respectées. Elle a rappelé par ailleurs qu'une loi de 1973 a introduit, dans la loi allemande sur les restrictions de la concurrence, une procédure supplémentaire d'interdiction, au motif que les dispositions relatives aux amendes ne se prêtaient pas au règlement des questions y afférentes. Or, si nous avons bien compris, Roche ne va pas toutefois jusqu'à en conclure que la disposition relative aux amendes, visée à l'article 15 du règlement n° 17, est illégale dans son entier, pour autant qu'elle se rapporte à l'article 86 du traité CEE. Elle estime uniquement que l'article 15 doit être interprété d'une manière conforme aux droits fondamentaux, en ce sens que les amendes ne doivent être infligées que lorsqu'il existe déjà des décisions administratives ayant une portée explicative.

Cette interprétation a pour point de départ capital la thèse selon laquelle on critique, en l'espèce, la conclusion de certains contrats parfaitement courants, ne soulevant aucun problème sur le plan du droit des ententes et ne pouvant être considérés comme illicites que s'il existe une position dominante. Or, s'agissant de la question de la position dominante, il faut, aux dires de la requérante, concéder qu'elle entraîne de délicates appréciations de fait et qu'en conséquence des doutes pour le moins fondés doivent nécessairement exister en l'espèce, parce que tout dépend non seulement des parts et de la structure du marché, mais de toute une série de questions complémentaires. Pour Roche, infliger une amende dans une telle situation aboutit donc à entrer en conflit avec le principe selon lequel des dispositions pénales doivent être précisées de manière suffisante avant de pouvoir être appliquées. Comme cela découle de la doctrine et de la jurisprudence, ce principe de précision, lié à celui de sécurité juridique, trouverait, pour partie, son fondement dans le droit constitutionnel national (article 103 de la loi fondamentale allemande, article 25, paragraphe 2, de la Constitution italienne); en outre, ainsi que le déclare également la doctrine, ce principe trouverait son expression dans l'article 7 de la Convention sur la sauvegarde des droits de l'homme. Selon Roche, pour les ordres juridiques qui ne connaissent pas une telle disposition constitutionnelle, applicable d'ailleurs non seulement aux peines criminelles, mais aussi aux infractions de droit réglementaire (Ordnungswidrigkeiten), il est possible de renvoyer, pour le droit belge par exemple, à la règle «in dubio pro reo» ou au principe «nullum crimen sine lege», en vigueur dans d'autres États membres. D'après la requérante, on peut en déduire aussi —

et cela vaudrait, il est vrai, eu égard aux infractions de droit réglementaire également — qu'une sanction disparaît dès lors que les notions sont floues et qu'il existe des doutes quant à leur interprétation. Cette règle imposerait pour le moins une interprétation restrictive des lois imprécises.

La Commission a opposé à ces considérations un certain nombre de doutes et d'objections visant précisément la portée tant des dispositions constitutionnelles évoquées que de la disposition figurant dans la Convention sur la sauvegarde des droits de l'homme ainsi que du principe connu en droit belge; selon vos objections, l'existence d'un principe juridique général correspondant dans son contenu à ce que prétend la requérante doit être mis en doute. La Commission a fait remarquer qu'un principe de ce type ne figure que dans le droit constitutionnel de deux États membres qui connaissent un contrôle du législatif par le judiciaire, qu'il s'agit d'un principe d'un type nouveau et qu'il s'applique avant tout en droit pénal, alors qu'il n'est toujours pas établi définitivement s'il vise également les infractions de droit réglementaire au nombre desquelles il faut compter les amendes infligées en application de l'article 15 du règlement n° 17. Quoi qu'il en soit, déclare la Commission, il faut considérer que ce principe ne permet pas de tirer des conclusions excessivement sévères. Tant en droit allemand qu'en droit italien, on a admis que dans des dispositions législatives figurent des notions générales, déterminées de manière peu précise et qu'en conséquence il importe principalement que le cadre établi permette une interprétation par le juge et fournisse une base sûre pour la jurisprudence. Cela vaut notamment pour le droit de la concurrence, domaine dans lequel, en raison de la diversité des aspects de la vie économique, il n'est pas possible de faire abstraction des notions de caractère général. D'après la Commission, il suffit dans ce cas que le contenu précis d'une disposition puisse être déterminé sur la base des objectifs poursuivis par la règle dans son intégralité dans un cas comme celui de l'espèce; en l'occurrence, le fait qu'une grande entreprise opérant sur le marché international peut, pour juger de la licéité ou de l'illicéité de son comportement, obtenir suffisamment d'éléments de référence, qu'elle tire de la connaissance des différents ordres juridiques nationaux, joue assurément un rôle important.

Il faut reconnaître qu'il serait excessivement intéressant d'examiner dans le détail les problèmes que soulève cette controverse, et c'est là la raison pour laquelle nous les avons exposés d'une manière relativement complète. Mais des raisons qui deviendront vite compréhensibles par la suite font que nous n'y sommes pas contraint en l'espèce.

Il nous semble difficile de défendre la thèse selon laquelle on ne peut en aucun cas envisager d'appliquer la disposition du règlement n° 17, relative aux amendes, avant que des décisions administratives permettant une application pratique de l'article 86 n'aient été adoptées. Il est tout à fait évident que cela irait trop loin; en effet, il est certain qu'il existe des situations de fait qui répondent sans difficulté aux critères retenus par les dispositions de l'article 86 et qui ne donnent pas lieu à des doutes sérieux quant à l'existence d'une position dominante et d'un abus, au sens des exemples cités à l'article 86.

Mais tant qu'il existe parallèlement des zones floues et des domaines limitrophes et tant que la pratique administrative ne s'est pas développée suffisamment, il devrait certainement être possible, dans

la plupart des cas, de tenir compte, comme il convient, de ce problème sur la base de considérations ayant trait à la faute reprochée. Il devrait à tout le moins en être ainsi dans la présente affaire et c'est la raison pour laquelle il nous semble approprié de concentrer l'essentiel de l'examen sur ce thème, c'est-à-dire sur la considération formulée en second lieu par la requérante.

2. Dans le cadre de la question de savoir si la requérante a abusé de sa position dominante d'une manière fautive, c'est-à-dire de propos délibéré ou par négligence, on a introduit dans le débat l'intéressante notion juridique le l'erreur de droit, exclusive de responsabilité.

Sur la base d'exposés approfondis de droit comparé, la requérante a aussi réussi à démontrer qu'il s'agit d'un concept juridique très répandu et qu'il y a donc de bonnes raisons de l'accepter en tant qu'il constitue un élément de progrès pour le domaine de la CEE et pour les dispositions qui y sont applicables en matière d'amende. Nous renvoyons sur ce point aux explications fournies par la requérante quant à la valeur de l'erreur de droit en droit allemand, et cela également pour ce qui est des infractions de droit réglementaire; nous renvoyons également aux exposés sur les droits danois, néerlandais et français — en tout cas en ce qui concerne la doctrine de ces pays — et nous rappelons que, dans son article intitulé «Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften» (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1953, p. 497 et suiv.), Jeschek a défendu le point de vue selon lequel on peut aussi conclure, pour le droit de la CECA, à l'existence d'un principe du même ordre fondé sur l'article 36 du traité CECA. Par contre, le fait qu'il faille constater sur ce point encore une certaine réticence des droits anglais et italien devrait difficilement entrer en ligne de compte.

Si l'on accepte ce point de vue, la question essentielle est de savoir si, dans le cas d'espèce, on peut effectivement parler d'une erreur exclusive de responsabilité, commise par la requérante en ce qui concerne sa position dominante et le comportement dénoncé par la Commission.

En ce qui concerne la *position dominante* et abstraction faite d'une éventuelle erreur de fait au sujet de laquelle il se peut que la part du marché mondial détenue par la requérante joue un rôle important, il faut, sur ce point, faire les remarques suivantes:

Sur certains marchés (vitamines A et E), la part détenue par la requérante oscille manifestement aux alentours de ce qui est requis. Dans la mesure où tel n'est pas le cas, le fait que dans la pratique relative à l'adoption de décisions, telle qu'elle existait avant la conclusion des contrats liant la requérante à ses clients, il se soit agi de monopoles ou de parts de marché très élevées, peut jouer un certain rôle. On nous a exposé, sans qu'il y ait eu contestation, que d'après la pratique allemande en vigueur avant la modification législative de 1973, même des parts très élevées de marché ne suffisaient pas pour retenir l'existence d'une position dominante, s'il existait parallèlement une concurrence sur la qualité. Dans ce contexte, ce qui a été constaté durant la procédure en ce qui concerne l'évolution des prix sur les marchés de la vitamine et en ce qui concerne une certaine concurrence à ce niveau peut également présenter de l'importance, et cela précisément eu égard au fait que, d'après le traité CECA, l'existence d'une position dominante dépend du pouvoir de déterminer les prix. Enfin, pour ce qui est de l'opinion de la requérante selon laquelle

elle n'a pas pu exclure une concurrence efficace, la connaissance de la puissance financière de gros concurrents peut aussi avoir été importante; pareillement, il n'est pas possible d'écarter l'argument selon lequel l'appréciation de la situation par la requérante pouvait être influencée par le fait qu'elle savait qu'elle opérait sur un marché en très forte expansion.

Quant au comportement dénoncé par la Commission — dans la mesure où il s'agit de l'*inégalité de traitement entre acheteurs* —, on peut retenir que les effets sur la compétitivité se maintenaient dans certaines limites et qu'à l'époque les opérateurs sur le marché ne pouvaient pas savoir sans plus que ce point n'était pas déterminant au regard de l'article 86. Pour ce qui est du *lien existant avec les acheteurs,* il faut, à notre avis, admettre les considérations suivantes: dans le droit de la CECA et dans le cadre de l'article 86, les rabais de fidélité ne sont, pour partie, pas non plus critiqués par la doctrine (voir Van Hecke, «Kartelle und Monopole im modernen Recht», Vol. 1, p. 338), et, à l'époque à laquelle ont été conclus les contrats litigieux, il n'existait pas encore de décision sur les rabais de fidélité vrais ou faux. Notamment, d'après les déclarations faites par la requérante et qui n'ont pas été contestées, il semble que, dans la pratique suivie tant aux États-Unis qu'en Allemagne, de tels contrats n'ont pas été jusqu'à présent sanctionnés par des amendes. Le point de vue de la requérante selon lequel, dans une phase d'expansion du marché, de tels liens posent moins de problèmes, parce que, contrairement au cas d'un marché en stagnation, tous les opérateurs sur le marché disposent encore d'une marge de manœuvre suffisante, ne nous semble pas non plus tout à fait inexact. Pareillement, on ne peut pas qualifier comme totalement dépourvu de pertinence le fait, pour la requérante, d'accorder de l'importance au principe de la prise en compte des intérêts; quoi qu'il en soit, il est question de ce principe dans la décision GEMA de la Commission concernant des relations d'exclusivité et dans l'arrêt Sabam rendu par la Cour de justice concernant une affaire identique. A cet égard, la clause anglaise figurant dans tous les contrats ainsi que l'usage effectif qu'en a fait la requérante devraient également jouer un rôle, et non des moindres, et cela précisément parce qu'une telle clause a été retenue à la propre instigation de la Commission dans la décision Dunlop qu'elle a adoptée (JO 1969, n° L 323, p. 21).

Compte tenu de toutes ces considérations auxquelles il n'est pas possible, à notre avis, de répondre de manière concluante en affirmant que la requérante pouvait se prémunir en s'informant sur le plan juridique et qu'il existait pour elle des raisons d'être prudente en raison des connaissances qu'elle avait des droits nationaux, lesquels, pour partie, divergent effectivement de manière considérable, on ne devrait pas hésiter à parler dans son cas d'une erreur de droit, exclusive de responsabilité, en ce qui concerne l'application de l'article 86. On peut pour le moins estimer que la faute est si minime qu'il n'y a pas de raison d'infliger une amende, et cela précisément à l'endroit d'une entreprise qui, durant la procédure administrative, s'est montrée, de l'aveu de tous, particulièrement coopérative et s'est déclarée immédiatement disposée à mettre un terme au comportement litigieux.

3. En principe, il n'est donc plus besoin d'examiner plus avant l'argument de l'inégalité de traitement quant à l'amende infligée. Si on voulait malgré tout le faire, il suffirait de remarquer très brièvement qu'en réalité, dans le cas présent, cet argument ne peut guère aider la requé-

rante. Celle-ci s'étant, sur ce point, référée à l'affaire du sucre, il faut en effet rappeler que, dans cette affaire, une amende a aussi été infligée en raison d'une violation de l'article 86 due à l'octroi de rabais de fidélité, et que cette amende a seulement fait l'objet d'une réduction par la Cour de justice, même s'il s'est agi d'un montant considérable.

4. Pareillement, si l'on estime juste d'annuler la décision infligeant une amende, il est superfétatoire de se demander s'il ne conviendrait pas d'en corriger au moins le calcul. Sur ce point, cependant, nous voudrions faire remarquer à tout le moins qu'une telle correction serait de toute façon sohaitable, puisque, d'après les résultats de la procédure, il y a lieu de nier l'existence d'une domination du marché de la vitamine B_3, et puisque le grief d'abus quant aux liens existant avec les acheteurs est difficilement défendable pour deux contrats. De surcroît, il faudrait, le cas échéant, tenir compte dans un contexte du fait qu'une part importante des livraisons effectuées par la requérante était destinée à des fins technologiques, qu'elle pénétrait donc sur un marché pour lequel il n'a pas été démontré que la requérante détenait une position dominante. En outre, il conviendrait ici aussi de calculer les effets véritables résultant de l'application des contrats litigieux. Nous rappellerons sur ce point les affirmations dont la requérante a tenté de prouver l'exactitude en renvoyant, en partie, aux avis donnés par ses clients en réponse aux griefs formulés par la Commission, affirmations aux termes desquelles les acheteurs se seraient sentis très libres dans leurs décisions d'achat, et cela grâce à la clause anglaise notamment et à l'usage libéral qu'en a fait la requérante. Nous rappellerons également que la Commission a concédé qu'apparemment — il semble que cela n'ait pas toujours été contrôlé — les obligations imposées n'ont pas toujours été respectées et que l'attraction représentée par l'octroi de rabais n'a pas partout été aussi forte qu'on le craignait. C'est du moins en ce sens qu'il convient de comprendre l'observation de la Commission pour qui, en résumé, les 22 clients de la requérante, en cause maintenant, se sont, pour une part *prépondérante*, approvisionnés exclusivement ou *essentiellement* auprès de Roche. Nous ne voulons pas maintenant examiner plus avant les détails de cette affaire. Nous renvoyons sur ce point aux déclarations qu'a faites la Commission dans sa duplique pages 52 et suivantes et dans les observations qu'elle a formulées en réponse aux questions posées par la Cour (p. 12 et suiv.) ainsi qu'aux rapports qui nous ont été soumis, relativement aux investigations effectuées auprès des clients de la requérante.

V — Nous n'en avons toutefois pas encore terminé pour autant avec l'examen de cette affaire. Il nous faut encore analyser deux arguments qui, de l'avis de la requérante, mettent en question la légalité de la décision dans son ensemble, à savoir la violation de l'interdiction d'exploiter des documents obtenus illégalement et la violation des droits de la défense.

1. Sur la première question, nous pouvons être relativement bref.

La requérante a prétendu sur ce point que des documents internes avaient été illégalement communiqués à la Commission par un de ses précédents employés, ce qui, en droit suisse, constitue un fait punissable, ainsi que cela résulte d'un jugement condamnant pénalement cet employé. D'après les déclarations qu'il a faites à la police, c'est la Commission qui l'a incité à commettre un tel acte. Ainsi,

la requérante estime que la Commission a entrepris, contrairement au droit international public, des opérations d'instruction sur le territoire souverain de la Suisse sans l'accord de cet État. Une telle atteinte à la souveraineté d'un État non membre de la Communauté a nécessairement pour conséquence l'interdiction d'exploiter les documents ainsi obtenus, et cela d'autant plus que, compte tenu de ce que les faits en question résultent tout simplement des contrats communiqués par la requérante, on peut dire qu'il n'était absolument pas nécessaire que la Commission outrepasse ainsi ses compétences et que, partant, elle a enfreint le principe de proportionnalité.

La Commission nie avant tout avoir incité le précédent employé de la requérante à agir de la sorte. La condamnation pénale qui vient d'être évoquée ne fournit aucun élément en ce sens. Le fait que la Suisse n'a aucunement adressé de réclamation à la Communauté à raison d'opérations d'instruction exécutées à tort sur son territoire souverain milite d'ailleurs en faveur de cette interprétation.

Dans le détail, on peut à présent parfaitement en rester là pour tout ce qui précède. Ce qui importe en effet, c'est qu'en définitive la requérante a déposé les documents en question de son propre gré. Elle a encore déclaré renoncer à se prévaloir de l'interdiction d'exploiter lesdits documents et elle a laissé expressément à l'appréciation de la Cour de justice le soin de se saisir de ce problème et de le résoudre. D'après le jugement auquel nous sommes arrivé jusqu'à présent dans cette affaire, il n'y a incontestablement aucune raison de la suivre dans cette voie. Aussi devrions-nous, à notre avis, nous abstenir de poursuivre plus avant l'examen de la question délicate qui a été soulevée, notamment parce qu'il faudrait de toute façon, dans ce cas, apporter encore des précisions sur le rôle joué par la Commission et ses fonctionnaires pour se procurer les documents en question.

2. En ce qui concerne, d'autre part, la violation du principe des droits de la défense, la requérante se plaint tout d'abord de ce que certaines preuves, dont il est fait état dans la décision attaquée, n'ont pas fait l'objet d'une audition. De plus, elle critique le fait que certaines données relatives au marché, utilisées par la Commission (parts de marché de concurrents, ventes de vitamines dans la Communauté, volumes d'importation), n'ont pas été portées à sa connaissance; elle proteste en outre contre le fait qu'elle n'a eu aucun accès ou un accès incomplet et tardif aux renseignements donnés par ses clients, ainsi qu'aux rapports relatifs aux investigations menées auprès d'eux et aux observations qu'ils ont fournies sur la communication des griefs de la Commission. Enfin, elle estime encore de façon très générale que c'est à tort qu'on lui a refusé de prendre entièrement connaissance du dossier, ce qui lui aurait permis d'insister sur des éléments à décharge qui n'ont pas été pris en considération.

Il convient tout d'abord de rétorquer à cet argument que les documents qui, d'après la requérante, auraient dû faire l'objet d'une audition, provenaient de ses propres services et que, partant, leur contenu lui était connu. Ensuite, il est également essentiel de noter que, d'après les règles en vigueur pour des procédures de ce genre à l'intérieur de la Communauté, il n'existe par principe que l'obligation de communiquer les griefs. Ainsi que la jurisprudence l'a déjà précisé, ces griefs doivent rapporter les circonstances de fait essentielles de l'affaire et les considérations juridiques qui s'y rapportent;

par contre, il n'est question nulle part d'une indication des documents sur lesquels la Commission s'est fondée. Or, s'il est vrai que certains cas peuvent se présenter dans lesquels il semble approprié de discuter de tels documents avec le ou les intéressés — lorsqu'ils autorisent par exemple diverses interprétations ou lorsqu'il y a de bonnes raisons de penser qu'ils sont incomplets ou que les intéressés pourraient les compléter par des documents à décharge —, néanmoins il importe de noter en l'espèce qu'aucune prétention en ce sens n'a été formulée durant la procédure. Comme, par ailleurs, les faits démontrés grâce aux documents en question (liens tissés avec les acheteurs par le biais de primes de fidélité) ont été clairement rapportés dans la communication des griefs et que, de surcroît, ils ont fait l'objet de développements complets durant la procédure judiciaire, il n'y a assurément pas de raison d'annuler la décision de la Commission pour violation des droits de la défense sur ce plan.

En ce qui concerne la prétention de la requérante tendant à obtenir un accès complet au dossier, la Commission a fait remarquer, à juste titre nous semble-t-il, que le droit communautaire ne prévoit expressément aucune mesure de ce type et qu'on ne peut pas non plus établir l'existence d'un principe juridique d'ordre général en ce sens. Sur ce point, il est particulièrement intéressant de noter les remarques qu'elle a formulées sur les dispositions de procédure, fortement élaborées du droit allemand des ententes (article 53 de la loi sur les restrictions de la concurrence). D'après cette réglementation, durant la procédure administrative, seul s'applique le principe selon lequel les intéressés doivent avoir la possibilité de donner leurs avis sur ce qu'on leur reproche et selon lequel une décision ne doit pas être fondée sur des faits qui n'ont pas été divulgués aux parties intéressées. La pratique que fait le Bundeskartellamt (Office fédéral des cartels) de ce principe est, semble-t-il, que seul le contenu essentiel des documents est communiqué aux intéressés et que ces derniers ne sont notamment tenus au courant que du contenu essentiel des avis formulés par d'autres parties. Même pour la procédure de recours (Beschwerde), qui est une procédure en justice, le droit de prendre complètement connaissance des dossiers n'existe pas. C'est seulement avec l'accord des intéressés que, d'après l'article 71 de la loi sur les restrictions de la concurrence, l'accès aux dossiers préalables ou parallèles, aux expertises et renseignements peut être autorisé et, si l'accord est refusé pour respecter l'obligation du secret, seul leur contenu est communiqué de manière à pouvoir être exploité durant la procédure.

Sur la base de ces principes, il suffit dès lors de faire les remarques suivantes quant aux différentes critiques formulées par la requérante:

Abstraction faite de ce qu'une lettre de la direction générale de la concurrence, datée du 13 août 1975, a fourni une réponse aux questions de la requérante et que, comme cela ressort d'une lettre de la Commission du 16 juillet 1976, il a été, pour l'essentiel, fait droit à certaines demandes formulées par la requérante, ce qui importe quant aux parts de marché détenues par d'autres concurrents, au sujet desquels la Commission s'est référée au début à l'obligation du secret qui lui incombait, se conformant ainsi à l'arrêt 45/69 (Boehringer Mannheim GmbH/Commission des Communautés européennes, arrêt du 15 juillet 1970, Recueil 1970, p. 769), c'est que ces données, une fois rendues anonymes, ont quand même été fournies à la requérante

au moins durant l'action en justice, ce qui a permis, comme chacun sait, d'aboutir largement à des jugements concordants au sujet des parts du marché.

Quant aux observations formulées par les clients de la requérante sur les griefs communiqués par la Commission, nous inclinons à penser que la question de savoir si c'est à bon droit que la Commission les a traitées comme secrètes peut maintenant rester en suspens. En effet, quoi qu'il arrive, elles n'auraient, pour la présente procédure, qu'un intérêt très limité, et cela abstraction faite de considérations auxquelles nous en arrivons maintenant, pour la simple raison qu'elles ont été fournies dans le cadre d'une procédure entamée en application de l'article 85, au cours de laquelle les partenaires contractuels de la requérante devaient se considérer en quelque sorte comme des accusés.

Enfin, en ce qui concerne les renseignements obtenus auprès des clients de la requérante et les investigations opérées chez eux, il est important de noter que seuls certains d'entre eux ont donné leur accord pour que ces documents soient transmis à la requérante. C'est sous cette réserve que la requérante a eu connaissance des documents en question tout comme lui ont été fournis également des dossiers présentés sous forme anonyme, relatifs à d'autres clients. D'ailleurs, on ne saurait se fonder sur ces documents que si les effets véritables du système de vente pratiqué par la requérante étaient importants pour porter un jugement sur la décision attaquée, ce qui toutefois, à notre avis, n'est pas le cas si on annule l'amende.

Même si donc on peut avoir l'impression que, durant la procédure administrative, la Commission aurait pu discuter plus complètement avec la requérante des documents qu'elle a exploités et que, respectant l'obligation du secret qui lui incombe, elle aurait dû envisager, dès le stade de la phase administrative et non pas durant la procédure en justice, d'informer plus complètement la requérante sur les faits essentiels, on ne pourra quand même pas, en définitive, parler en l'espèce d'une violation des droits fondamentaux de la défense, susceptible d'entraîner une annulation complète de la décision attaquée.

VI — Permettez-nous donc de résumer, une fois encore, notre opinion.

Nous estimons que la décision attaquée est bien fondée dans la mesure où elle retient l'existence d'une position dominante de la requérante sur les marchés de six types de vitamines, à l'exclusion donc du marché de la vitamine B_3, et dans la mesure où elle reproche à la requérante d'avoir établi avec vingt clients, à l'exception par conséquent des entreprises Protector et Upjohn, des liens abusifs et d'avoir abusivement réservé un traitement différent aux entreprises visées dans la décision. Par contre, il ne nous semble pas justifié d'infliger à la requérante une amende pour violation de l'article 86 parce que la faute n'est pas suffisamment caractérisée. C'est dans cette mesure qu'il y a lieu de faire droit au recours intenté par l'entreprise Hoffmann-La Roche; pour le reste, il doit être rejeté. Dans cette hypothèse, il nous semble opportun, par ailleurs, de déclarer que chaque partie doit supporter ses propres frais.