CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GERHARD REISCHL DEL 19 SETTEMBRE 1978 [1]

Signor Presidente,
signori Giudici,

Nell'odierno procedimento si discute di una decisione emanata dalla Commissione delle Comunità europee ai sensi dell'art. 86 del Trattato CEE per «sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato comune».

Ricorrente è la societa-madre di un gruppo operante su scala mondiale: il gruppo Hoffmann-La Roche. Questa società, con sede in Basilea, ha affiliate in quasi tutti i paesi della Comunità eccetto il Lussemburgo e l'Irlanda. La società Hoffmann-La Roche (che in prosieguo, per brevità, chiamerò soltanto la «Roche») produce, fra l'altro, vitamine sintetiche sciolte. Questa produzione ebbe in parte inizio già negli anni «trenta» e «quaranta» e sembra che, nel frattempo, i relativi brevetti siano scaduti. La Roche ha, nel mercato comune, circa 5 000 clienti che producono medicinali, alimentari e mangimi. Con alcuni di costoro — si tratta di 22 acquirenti che operano sul mercato comune in qualità di produttori e di venditori — venivano stipulati nel periodo 1963-1973 dei contratti di fornitura, il cui contenuto, in parte assai diverso, dovrà essere sottoposto ad un attento esame. Secondo la Commissione tali contratti intendevano vincolare alla ricorrente i principali compratori di vitamine, sia mediante espressi impegni d'acquisto per l'intero fabbisogno o per la maggior parte di esso, sia mediante premi di fedeltà o prezzi di favore, variamente congegnati.

La Commissione ritiene che detti accordi — i quali sarebbero rimasti in vigore fino a tutto il 1974 — siano contrari al diritto comunitario. Essa crede cioè di poter ravvisare una posizione dominante della Roche su parecchi mercati delle vitamine ed opina che tali accordi possano pregiudicare la libera scelta ed il pari trattamento dei compratori.

Pur non condividendo questa tesi, la ricorrente ci ha assicurato d'aver posto mano alla modifica dei contratti controversi, già dopo una prima visita di funzionari della Commissione nell'autunno 1974. Tali contratti sarebbero stati disdetti o modificati prima ancora che fosse emessa la decisione impugnata. Nuovi contratti di base sono stati, a quanto sembra, sottoposti al giudizio della Commissione nel gennaio 1975. Inoltre, apparentemente nel giugno 1975, sono state sottoposte alla Commissione le nuove redazioni dei contratti che dovevano venir conclusi con la ditta Merck, uno degli acquirenti in questione.

Tuttavia, a causa del sistema di smercio praticato in precedenza, nel luglio 1975 veniva instaurato contro la Roche un procedimento per violazione della concorrenza, che si chiudeva il 9 giugno 1976 con l'emanazione d'una decisione, dopo che la ricorrente ed i suoi «partners» con-

1 — Traduzione dal tedesco.

trattuali avevano presentato le proprie osservazioni circa gli addebiti notificati dalla Commissione, dopo che gli interessati erano stati ascoltati e dopo che avevano ricevuto risposta le richieste d'informazioni indirizzate sia ai clienti sia alle affiliate della ricorrente nel mercato comune.

Mediante la predetta decisione la Commissione constatava che, nell'ambito del mercato comune, la ricorrente godeva d'una posizione dominante su sette mercati di vitamine (Vitamine A, B_2, B_6, C, E, H e acido pantotenico e poteva, in considerazione dei vincoli variamente congegnati con cui legava a sè alcuni acquirenti e del diverso trattamento che praticava loro, essere ritenuta responsabile dell'abuso contemplato dall'art. 86 del Trattato CEE. Perciò l'art. 2 della decisione imponeva all'interessata di cessare immediatamente dal comportamento censurato. Inoltre, partendo dal presupposto che la trasgressione dell'art. 86 fosse dolosa, o almeno colposa, veniva inflitta all'interessata, ai sensi dell'art. 15, n. 2, del regolamento n. 17, un'ammenda per la quale veniva però preso in considerazione unicamente il periodo 1970-1974. L'ammenda, da pagarsi entro i tre mesi successivi alla notifica del provvedimento, ammontava, come risulta dall'art. 3 della decisione stessa, a 300 000 unità di conto e, dal momento che la ricorrente ha un'affiliata nella Repubblica federale di Germania, veniva convertita contestualmente nella somma di 1 098 000 DM.

Con atto di ricorso del 27 agosto 1976 la Roche chiedeva alla Corte di cassare l'intera decisione o quantomeno di annullarne l'art. 3, relativo all'inflizione dell'ammenda.

La controversia è stata trattata con ampie osservazioni dalle parti che, rispondendo ad un nutrito questionario inviato loro dalla Corte, hanno ancora fornito una serie di ulteriori chiarimenti. Vi è poi stata un'approfondita discussione orale nell'udienza del 31 maggio 1978. Tocca quindi a me, ora, esprimere il mio parere.

I — Per qualche tempo non è stato chiaro se la ricorrente intendesse chiedere l'annullamento dell'intera decisione oppure soltanto della parte contenente l'ammenda, cioè dell'art. 3. Su questo punto non sussiste più alcun dubbio dopo le esplicite dichiarazioni formulate in udienza. La ricorrente tiene ferma anche la domanda principale relativa all'annullamento della decisione nella parte in cui si dichiara che la Roche controlla alcuni mercati di vitamine ed ha sfruttato abusivamente la propria posizione dominante nel congegnare i contratti di fornitura da essa conclusi in precedenza.

II — Il punto di partenza di questa mia analisi sarà dunque costituito dalla «vexata quæstio» della posizione dominante di cui la ricorrente avrebbe goduto nel periodo in esame ed in particolare dal 1970 al 1974. Dopo di ciò accerterò se la conclusione dei citati contratti di fornitura vada reputata come un abuso ai sensi dell'art. 86 del Trattato CEE e solo in seguito affronterò i restanti motivi di gravame, o almeno quelli che non sono stati abbandonati in corso di causa come ad es. l'asserzione che la Commissione, fissando l'importo dell'ammenda nella valuta d'uno Stato membro, avrebbe violato il diritto comunitario, e precisamente l'art. 18 del regolamento n. 17.

1. La nozione di «posizione dominante» contenuta nell'art. 86 del Trattato CEE ha già fornito lo spunto per un certo numero di pronunzie della Corte.

Sulla base di tale giurisprudenza si può parlare di posizione dominante quando la libera concorrenza è sostanzialmente ostacolata (causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc./Commissione delle Comunità europee,* sentenza del 21 febbraio 1973, *Racc.* 1973, pag. 215), quando un'impresa può — secondo la formulazione rinvenibile nella sentenza 78/70 *(Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH/Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG,* sentenza dell'8 giugno 1971, *Racc.* 1971, pag. 487) — ostacolare l'effettiva concorrenza su una parte rilevante del mercato in esame. In un'indagine di questo genere occorre specialmente accertare — com'è del pari ricordato nella sentenza citata per ultima — se esistano fabbricanti di prodotti analoghi e quale sia la loro posizione sul mercato.

Con riferimento all'art. 86 s'è parlato di quote di mercato fra l'altro nel famoso caso dello zucchero (cause riunite 40 ecc./73, *«Suiker Unie» e altri/Commissione delle Comunità europee,* sentenza del 16 dicembre 1975, *Racc.* 1975, pag. 1663). Da quella sentenza si ricava che, qualora le quote di partecipazione ad un mercato ben delimitato siano assai alte (85, 90, 95 %) e le importazioni estremamente ridotte, si può senza bisogno d'altro, cioè senza ulteriori indagini, presumere che l'impresa interessata possa ostacolare lo svolgersi di un'effettiva concorrenza.

Un ulteriore importante chiarimento è fornito anche dalla sentenza 27/76 *(United Brands contro Commissione delle Comunità europee,* sentenza del 14 febbraio 1978), cui ha fatto rinvio soprattutto la Commissione. In essa assume rilievo l'affermazione di carattere generale che chi occupa una posizione dominante può tenere — ed è questa la particolarità di tale posizione — comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e dei consumatori. Più avanti, sempre nella stessa sentenza, si afferma che l'esistenza d'una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori, fra i quali occorre esaminare anzitutto la struttura dell'impresa considerata e poi la situazione concorrenziale del mercato. Sotto il primo aspetto entra in gioco nella sentenza 27/76 un complesso di fattori quali la forte integrazione in senso verticale, la proprietà di mezzi di trasporto, le cognizioni tecniche, l'efficace pubblicità che ha saputo attirare le preferenze dei consumatori, il numero limitato dei clienti ed il contenimento della produzione. Per quanto riguarda la situazione concorrenziale del mercato — ad essa si riferisce, se vogliamo, anche qualcuno dei fattori testè menzionati — ha avuto peso la quota di mercato della ricorrente che oscilla fra il 40 % ed il 45 %. Oltracciò è stato tuttavia accertato — e solo a questo punto la Corte ha riconosciuto l'esistenza d'una posizione dominante — che la ricorrente è il più importante dei gruppi bananieri; inoltre sono state compiute delle ricerche intorno al numero ed alla forza dei suoi concorrenti e si è scoperto che, nonostante ripetute ed accanite offensive concorrenziali su singoli mercati, cui la ricorrente è riuscita a far fronte, non si sono verificati spostamenti di quote di mercato. Una certa importanza ha avuto anche il fatto che l'accesso al mercato è reso difficile

dalla necessità di enormi investimenti, ostacolo che rende improbabile la comparsa di nuovi concorrenti, mentre sono state ritenute irrilevanti le considerazioni sulla redditività e sulla possibilità di imporre i prezzi.

2. Mi sembra poi utile gettare anche un rapido sguardo su quegli ordinamenti nazionali che conoscono il concetto di posizione dominante. Stando agli sviluppi della dottrina e della prassi in tali ordinamenti, si è effettivamente portati a credere che, per quanto riguarda sia le quote di mercato, sia indagini più approfondite, la citata sentenza delle banane segni un orientamento che è generalmente ritenuto giusto.

Così, è interessante sapere che in Francia sono spesso considerate rilevanti quote di mercato oscillanti sul 50 %, cui poi si aggiungono altri elementi di giudizio, quali la potenza e le dimensioni di altri concorrenti, l'organizzazione tecnica e commerciale, e simili (cfr. R. Collin, in *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire,* Semaine de Bruges 1977, pag. 244 e segg.). Anche nell'ordinamento tedesco ci si fonda su tali ordini di grandezza delle quote di mercato (cfr. le ordinanze del *Bundesgerichtshof* del 3 luglio 1976 e del 16 dicembre 1976 in: *Wirtschaft und Wettbewerb 1976,* pag. 783, e 1977, pag. 255). Si aggiungono però ancora esami dettagliati dei rapporti concorrenziali, ad esempio della posizione dei concorrenti, della struttura del mercato, dello sviluppo del mercato e del comportamento degli interessati; vengono altresì prese in considerazione le risorse finanziarie e tecniche di un'impresa leader. Lo stesso sembra valere per i paesi nordici (cfr. *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire,* Semaine de Bruges 1977, pag. 301 e segg.). In Finlandia, ad esempio, si parla di posizione dominante se un'impresa controlla oltre il 50 % del mercato. Se in altri ordinamenti (Norvegia, Danimarca e Svezia) bastano quote di mercato del 25 % o comprese fra il 25 % ed il 50 %, non bisogna dimenticare che in tali paesi il «mercato rilevante» viene inteso in senso assai stretto. Non fa infine eccezione neppure la situazione degli Stati Uniti con la ricca prassi che colà esiste in tema di disciplina giuridica del monopolio. Essa viene esattamente caratterizzata da un sommario di giurisprudenza che lo Holley riporta alla pag. 177 e segg. della già citata pubblicazione della Semaine de Bruges 1977. In base a tale giurisprudenza, se un'impresa controlla il 90 % del mercato, non sono necessari altri argomenti. Se la quota controllata scende al 75 %, la situazione comincia a cambiare: occorre accertare la presenza di altri fattori, anche se la presunzione dell'esistenza d'una posizione dominante rimane così forte che è difficile controbatterla. Quanto più scende la percentuale (70-60 %), tanto più aumenta il peso degli altri fattori da prendere in esame. Se la quota di mercato detenuta dall'impresa supera di poco il 50 %, l'esistenza di una posizione dominante può essere provata soltanto mediante forti indizi di altro genere, mentre per quote inferiori al 50 % questa prova diventa, secondo il diritto statunitense, molto difficile.

3. Procedendo, su questo sfondo, ad esaminare il presente caso, occorre anzitutto ricordare che la Commissione ha sostenuto l'esistenza d'una posizione dominante della ricorrente soprattutto con riferimento alla grandezza delle sue quote di mercato sui diversi mercati di vitamine ed alla posizione dei suoi immediati concorrenti. La Commissione ha tuttavia considerato rilevante anche il fatto che la Roche è la maggior produttrice di vitamine ed appare dotata di corrispondente flessibilità e potenza economica, che essa può offrire un vasto assortimento di vitamine di propria produzione e che dispone di fronte ai propri concorrenti d'un vantaggio tecnico e commerciale (basti pensare al suo know-how tecnico ed alla sua sviluppatissima rete di distribuzione).

La ricorrente eccepisce anzitutto che la Commissione s'è fondata su cifre inesatte; le sue quote di mercato per i vari tipi di vitamine sarebbero in realtà più ridotte. Inoltre alcuni aspetti ulteriormente sfruttati dalla Commissione — ad esempio il vasto assortimento di vitamine della ricorrente, nonchè la sua potenza economica — risulterebbero inadatti a provare la forza di mercato dell'interessata, se si tiene conto della concorrenza. Inoltre la Commissione avrebbe a torto trascurato altri elementi. Nel dir ciò, la ricorrente intende riferirsi all'analisi della situazione di mercato e del comportamento di mercato durante un periodo piuttosto lungo, analisi per la quale assumerebbe specialmente rilevanza il fatto che il mercato delle vitamine si trova in una fase di forte espansione; per di più la ricorrente non sarebbe in grado di imporre da sola i prezzi, il cui sviluppo sarebbe invece condizionato dalla pressione di altri concorrenti, anche potenziali. La Commissione non avrebbe inoltre preso in esame l'accesso ai mercati delle materie prime, sui quali l'interessata incontra, a differenza dei suoi principali concorrenti, delle difficoltà, in quanto dipende per i prodotti iniziali da altri fabbricanti.

4. È perciò opportuno accertare anzitutto le quote di mercato che la ricorrente detiene per le singole vitamine. Le parti concordano nell'affermare che i mercati delle vitamine vanno esaminati separatamente, giacchè i vari tipi di vitamine richiedono distinti impianti di produzione e non sono intercambiabili. Nel corso del procedimento, dopo che la Commissione aveva esposto il fatturato dei concorrenti dell'interessata, le parti hanno poi concordato su alcune delle cifre indicate, come risulta dalla dichiarazione comune ch'esse hanno redatto in risposta al questionario della Corte. I punti che sono rimasti controversi verranno trattati nell'esame dei singoli mercati.

a) Circa la vitamina A c'è abbastanza poco da dire. La ricorrente ha riconosciuto che la cifra — 47 % del mercato comunitario — menzionata dalla Commissione nell'atto impugnato era esatta e poteva venir considerata rappresentativa per gli anni dal 1970 al 1974.

La ricorrente ritiene soltanto — e ciò vale per tutte le vitamine di cui parleremo — che alla Commissione non sarebbe dovuto sfuggire come sui mercati parziali (la ricorrente fornisce delle cifre per la Danimarca e per il Belgio con riferimento al periodo 1971-1974) si verifichino oscillazioni talvolta considerevoli. Questo argomento è qui difficile da sostenere; esso è comunque debole per tutte le vitamine ed in tutte le ipotesi, non solo là dove, come è avvenuto per le vitamine B_3 e B_6, la quota di mercato nei paesi considerati è sempre e soltanto *aumentata*. In primo luogo non sono chiare le cause delle oscillazioni e non è anzitutto da escludere che esse risalgano ad una determinata strategia di mercato. Ma anche ammesso che fossero frutto della concorrenza esistente sul mercato, avrebbe rilievo l'affermazione della citata sentenza delle banane secondo cui anche la presenza di concorrenti su mercati parziali non esclude l'esistenza d'una posizione dominante quando risulta — e la stabilizzazione della quota di mercato riferita all'intero mercato comune ne è un indizio — che l'impresa in questione ha resistito con successo agli attacchi di eventuali concorrenti.

Per quanto riguarda la vitamina A si può dunque ritenere accertata l'esistenza d'una quota di mercato che è tale da assumere rilevanza ai sensi dell'art. 86 e che costituisce un indizio dell'esistenza d'una posizione dominante.

b) Poche difficoltà presenta anche la vitamina B_2. A quanto risulta dalla dichiarazione comune, la quota di mercato della ricorrente nel periodo 1972-1974 oscillò fra il 74,8 % e l'85 % — se si tien conto dei quantitativi venduti — ovvero fra l'80,6 % e l'87 % se si tien conto del valore della merce. Per l'anno 1971, al contrario, la ricorrente ritiene esatta tutt'al più una quota del 70 % circa.

Possiamo senz'altro accettare questi valori, che sono comunque sufficienti. In effetti non sono state sollevate contro tali cifre obiezioni convincenti. Ciò vale anzitutto per l'affermazione della ricorrente secondo cui la sua quota sul mercato mondiale sarebbe inferiore. Questo rilievo non basta naturalmente a provare che le cifre accertate all'inizio dalla Commissione siano eccessive, come invece afferma la ricorrente. Lo stesso si dica per il richiamo della ricorrente agli impianti di fermentazione disattivati che si trovano — a quanto pare — prevalentemente negli Stati Uniti e che potrebbero essere rimessi in funzione non appena il livello dei prezzi ne rendesse conveniente la riattivazione. Tale argomento va respinto perchè nel calcolo delle quote di mercato si può — è ovvio — prendere in considerazione solo la concorrenza effettiva, non quella potenziale. Di quest'ultima si potrà tener conto soltanto in un altro contesto.

c) Identico è il quadro per la vitamina B_6. Secondo quanto risulta dalla dichiarazione comune la quota di mercato della ricorrente, calcolata in base ai quantitativi smerciati, oscillò nel periodo 1972-1974 fra l'84,2 % e l'88,4 %. Anche queste cifre possono essere ritenute valide, giacché la ricorrente, pur sostenendo che le cifre esatte erano più basse, non ha potuto provare la sua tesi se non con illazioni circa la propria quota sul mercato mondiale.

In relazione al periodo precedente — per il quale la Commissione non ha presentato cifre — si può invece accettare la stima della ricorrente che ha valutato la propria quota al 68 % circa. Anche accettando questa cifra, se si tien conto dei valori che si desumono dalla nostra giurisprudenza e dalla prassi dei vari paesi si vedrà che siamo ancora di fronte ad una percentuale assai elevata e senz'altro rilevante per accertare l'esistenza d'una posizione dominante ai sensi dell'art. 86.

d) Per quanto riguarda la vitamina H (Biotina) le parti concordano nell'affermare che fino al 1970 la ricorrente aveva avuto il monopolio assoluto di tale prodotto, mentre nel 1974 la sua quota di mercato si era ridotta al 93 %.

Qui ci si deve semplicemente domandare — senza pregiudizio delle riflessioni che si faranno più tardi sulla rilevanza della fase di sviluppo del mercato — se abbia importanza il fatto che tale prodotto può, secondo la ricorrente, essere sostituito nell'industria della fermentazione da altri preparati. In proposito mi sembra di per sé (del problema dell'intercambiabilità mi occuperò a fondo in seguito trattando delle vitamine C ed E) giustificato il rilievo della Commissione secondo cui gli argomenti della ricorrente sono troppo vaghi e — per quanto riguarda le dimensioni dell'intercambiabilità, negate dalla Commissione — non sostenuti da prove inoppugnabili. Da ultimo appare tuttavia inutile approfondire questo problema per la semplice ragione che, anche accettando le cifre proposte dalla ricorrente (circa il 15 % in meno), la sua quota di mercato resterebbe pur sempre estremamente alta e paragonabile, per ordine di grandezza, ai valori testé citati, cosicché continuerebbe ad esser presa in considerazione ai sensi dell'art. 86.

e) Nessun problema per la vitamina C in quanto non viene contestato che la ricorrente abbia detenuto, se si prende in esame soltanto la vitamina, nel periodo 1972-1974 una quota di mercato oscillante fra il 63 % ed il 64,4 % in relazione ai quantitativi smerciati ovvero fra il 64,8 % ed il 66,2 % in relazione al fatturato. Negli anni 1970-1971 le predette cifre sarebbero state, secondo la ricorrente, inferiori dell'1 % o del 2 %. È chiaro tuttavia che uno scarto di portata così ridotta è assolutamente insignificante.

Il difficile consiste invece — come ho già adombrato in precedenza — nell'accertare quale rilievo possa assumere la concorrenza dei surrogati, punto su cui insiste la ricorrente. Essa ha infatti sostenuto che la vitamina C viene adoperata in larga misura (a suo giudizio nella proporzione di circa il 30 % dei quantitativi smerciati, ma non sono disponibili dati precisi) a scopi tecnici, cioè non per le sue qualità biologico-nutritive, bensì per le sue proprietà chimiche e fisiche, in particolare quale cosiddetto antiossidante. In questa funzione essa può venire sostituita da altri prodotti. Qualora questi ultimi venissero imputati al mercato in questione, la quota di mercato della ricorrente per il 1974 si ridurrebbe — anche qui mancano dati precisi — al 46-47 %.

Con riferimento a questo specifico problema, non è per il momento necessario accertare se, come sostiene la Commissione, la ricorrente prenda le mosse da cifre esagerate, fatto che già di per sé imporrebbe di correggere i suoi calcoli. Nell'affermare ciò, la Commissione pensa evidentemente al surrogato «acido citrico» cui la ricorrente attribuisce una

considerevole quota di mercato (il 60 %). Mi sia lecito osservare semplicemente che l'acido citrico, sebbene non sia menzionato come antiossidante dalle direttive comunitarie nn. 70/357 e 70/524 già in vigore nel periodo di cui trattasi, può tuttavia venir preso in considerazione sotto questo aspetto in quanto, stando alla direttiva n. 70/357, esso rafforza l'effetto antiossidante di altre sostanze e può quindi surrogare parzialmente la vitamina C. Non si può inoltre trascurare che la ricorrente ha effettuato i suoi calcoli tenendo conto soltanto di ¼ del quantitativo totale di acido citrico immesso sul mercato.

È essenziale quindi stabilire come si debba intendere la nozione di «intercambiabilità» nel diritto della concorrenza. Sotto questo aspetto ha, secondo me, ragione la Commissione quando ammette l'intercambiabilità soltanto nei casi in cui, mettendosi nei panni del compratore e tenendo presente l'impiego cui egli destina la merce, si può affermare che un altro prodotto soddisfa gli stessi bisogni. Si può richiamare in proposito la giurisprudenza della *Supreme Court* americana con il suo modo di intendere la «reasonnable interchangeability». Lo stesso vale anche per il diritto tedesco della concorrenza, come risulta dalla già citata ordinanza del *Bundesgerichtshof* 3 luglio 1976 e dalle osservazioni in essa contenute circa l'intercambiabilità funzionale dal punto di vista della persona che decide l'impiego. A mio parere è tuttavia estremamente dubbio che si possa parlare di tale intercambiabilità in relazione alla vitamina C e ad altri antiossidanti. In realtà ci troviamo di fronte ad una intercambiabilità soltanto parziale in quanto i compratori di vitamine che pensano all'utilizzazione biologico-nutritiva del prodotto escluderanno — com'è ovvio — di poterlo sostituire con altri antiossidanti. Così stando le cose — si può richiamare qui anche la nozione di «intercambiabilità ridotta» enunciata nella sentenza delle banane — risulta in effetti inammissibile delimitare il mercato secondo i criteri proposti dalla ricorrente e calcolare la sua quota ci mercato su questa base, cioè includendo nel computo anche i puri antiossidanti.

Tutt'al più si potrebbe giungere a non tener conto della quota di vitamina C che viene usata a scopi tecnici, e ciò, senza tuttavia dimenticare che l'utilizzazione non è controllabile con esattezza e che il suo scopo può essere variato a piacere. Ma anche se si procedesse in tal modo, difficilmente si otterrebbero quote di mercato diverse e più vicine a quelle indicate dalla ricorrente. Bisogna infatti presumere — e su questo punto non posso non concordare con la Commissione — che anche i concorrenti dell'interessata vedano una corrispondente porzione delle loro vendite destinata ad analoghi usi (evidentemente è quanto mai difficile poter disporre di dati precisi su questo punto). A favore di tale supposizione gioca anche l'ammissione fatta dalla ricorrente nell'allegato 3 della risposta comune al questionario della Corte: in tale allegato si legge che la proporzione indicata (il 30 % delle vendite di vitamina sarebbe destinato ad impieghi tecnici) può essere estesa al totale dello smercio di vitamine C nella Comunità.

Infine si potrebbe ancora osservare che, persino se si accogliesse la tesi della ricorrente circa l'intercambiabilità e si ritenessero esatte tutte le sue valutazioni, resterebbe pur sempre in piedi una quota di mercato che, visto l'ordine di grandezze di cui s'è tenuto conto nella sentenza

delle banane, sarebbe senz'altro rilevante ai sensi dell'articolo 86. Ci sarebbe poi soltanto da domandarsi — ed è un punto che va senza alcun dubbio approfondito — se gli ulteriori controlli disposti dalla Commissione bastino per parlare di una posizione dominante dell'interessata su questo mercato e se gli ulteriori argomenti dedotti dalla ricorrente possano scuotere questa conclusione provvisoria.

f) Lo stesso problema si presenta per la vitamina E: se si lasciano da parte i surrogati, le quote di mercato della ricorrente negli anni 1972-1974 oscillavano secondo la Commissione, che non è stata contraddetta dall'interessata, tra il 50 % ed il 60 %, in relazione ai quantitativi smerciati, e tra il 54 % ed il 64 %, in relazione al valore fatturato. Per gli anni 1970 e 1971 le percentuali dovrebbero, secondo la ricorrente, essere ridotte di circa 7 punti rispetto ai valori del 1972: si otterrebbe in tal modo una quota di mercato pari al 43 %, se si tien conto dei quantitativi smerciati, e al 47 %, se si tien conto del valore fatturato.

Se si accogliesse la tesi dell'intercambiabilità con altri prodotti, sostenuta dalla ricorrente, e si ritenessero esatti i calcoli che ne conseguono (il 60 % delle vendite destinato ad usi tecnici), le quote di mercato per gli anni 1973 e 1974 non uscirebbero in realtà, sempre presupponendo che le stime della ricorrente siano esatte, dall'ordine di grandezze già più volte menzionato, poiché la riduzione del 14 % ritenuta corretta dalla ricorrente lascerebbe ancora sussistere quote di mercato dal 40 % al 44 % per il 1974 e dal 46 % al 50 % per il 1973. Ciò comincerebbe però a non essere più vero per il periodo precedente, giacché si otterrebbero per l'anno 1972 una quota pari appena al 36 % e rispettivamente al 40 % e per gli anni precedenti quote del 29 % e del 33 %.

In merito all'intercambiabilità vale pure qui quanto si è detto trattando della vitamina C. Già non appare convincente il ragionamento dell'attrice secondo cui, essendo la percentuale di vitamina E richiesta dalle leggi sui mangimi già fornita dalle sostanze naturali contenute nel mangime miscelato, si deve presumere che tutt'al più il 20 % della vitamina E aggiunta serva per scopi biologico-nutritivi, mentre il restante 80 % sarebbe sfruttato per le sue proprietà antiossidanti, possedute anche da altre sostanze. Inoltre la Commissione ha avuto buon gioco nel riferirsi ad alcuni opuscoli pubblicati dalla ricorrente nei quali si spiega che i clienti avrebbero convenienza a servirsi della vitamina E anziché di altri antiossidanti in quanto tale vitamina possiede anche altre proprietà che ne consigliano l'uso nell'allevamento di animali.

Se tuttavia si ritiene — come già per la vitamina C — che sia tutt'al più lecito escludere dal mercato in questione le vendite di vitamina E destinate ad impieghi tecnici, la ripartizione del mercato non cambia di molto rispetto a quella descritta dalla Commissione. Anche per la vitamina E si può infatti presumere — come risulta dalla già citata risposta della ricorrente al questionario della Corte — che un'analoga proporzione delle vendite delle società concorrenti sia destinata ad usi tecnici.

Con ciò si giunge ad accertare anche per la vitamina E che la ricorrente ha dete-

nuto durante l'intero periodo rilevante ai fini della causa quote di mercato che senza alcun dubbio costituivano una posizione dominante ai sensi dell'art. 86.

g) Tra le cifre fornite nella risposta comune delle parti con riferimento alla vitamina B_3 appaiono rilevanti ai sensi dell'art. 86 soltanto quelle dell'anno 1974, anno in cui la quota di mercato della ricorrente raggiunse il 41,2 % (sul totale dei quantitativi smerciati) ed il 51 % (sul totale del valore fatturato). Le cifre indicate per gli anni precedenti sono invece inferiori: 23,4 % e 34,9 % nel 1973; 18,9 % e 28,9 % nel 1972; altri sei punti in meno, a quanto pare, negli anni 1970 e 1971. D'altro lato, a differenza di ciò che avviene per le altre vitamine, la quota di mercato calcolata sulla base del valore fatturato risulta notevolmente superiore a quella accertata secondo il criterio dei quantitativi smerciati.

I dati di cui sopra forniscono un indizio di posizione dominante soltanto per l'anno 1974 ed anche questo indizio diventerebbe inconcludente se ci si fondasse sulla quota di mercato concernente i quantitativi smerciati e se tale quota dovesse ancora venire corretta, come sostiene la ricorrente. Su questo punto la Commissione afferma che il calcolo basato sul valore dà più affidamento, in quanto le vitamine vengono vendute a differente concentrazione ed esistono quindi fra di loro, come dimostrano proprio le importazioni dalla Svizzera, notevolissime differenze di prezzo. La ricorrente ritiene invece che debba essere determinante il calcolo effettuato sulla base dei quantitativi smerciati, in quanto — a suo avviso — l'altro tipo di calcolo è falsato dal fatto che per lo smercio s'è tenuto conto dei prezzi di vendita finale, mentre per le importazioni s'è tenuto conto dei prezzi d'importazione senza dazio, che sono inferiori del 30 % ai primi. A suo parere, inoltre, la Commissione ha trascurato a torto la circostanza che una parte delle importazioni non poteva essere imputata alla ricorrente stessa e che le forniture dalla Svizzera erano a volte movimenti di merci effettuati nell'ambito del gruppo, senza immissione sul mercato.

A mio avviso è senz'altro da preferire il calcolo fondato sui quantitativi venduti. Ritengo infatti che esso presenti la migliore comparabilità — la conversione di merci a diverso grado di concentrazione non dovrebbe presentare eccessive difficoltà — e questa sembra essere anche l'opinione seguita in prima linea dal *Bundesgerichtshof*, come risulta dalle due ordinanze già citate. Non credo comunque che il corrispondente calcolo della Commissione vada corretto in misura rilevante. Una correzione potrebbe tutt'al più essere effettuata con riferimento alle 10 tonnellate di importazioni dalla Svizzera che sarebbero state imputate senza ragione alla ricorrente.

La ricorrente sostiene che la Commissione avrebbe tenuto conto a torto anche di 23 tonnellate di semplici movimenti interni nell'ambito del gruppo Roche, ma a questo riguardo si può ben richiamare l'allegato 1 della risposta comune delle parti al questionario della Corte dal quale risulta che importazioni dalla Sviz-

zera venivano imputate alla Roche e non comparivano perciò più nella rubrica «Importazioni», che è rilevante per il calcolo della quote di mercato.

Checché ne sia, questo punto, che non è stato chiarito neppure nella fase orale, non ha bisogno d'essere ulteriormente discusso, come pure non è il caso di soffermarsi sul problema d'accertare se la detrazione ritenuta necessaria per convertire la merce a concentrazione del 45 % in merce a concentrazione del 100 % (cfr. risposta comune, allegato 2) possa giustificare la correzione dei dati concernenti le importazioni. Anche se si ammettesse che il calcolo fondato sui quantitativi fornisce per l'anno 1974 un indizio di posizione dominante, ciò rimarrebbe senza importanza nel caso di specie per il semplice fatto che, come abbiamo appreso, i contratti di fornitura sono stati conclusi al più tardi nel 1973, cioè in un periodo nel quale la ricorrente non occupava ancora alcuna posizione dominante sul mercato della vitamina B_3; inoltre, la ricorrente ha fatto tutto il necessario per sciogliere i contratti subito dopo la prima visita dei funzionari della Commissione nell'autunno del 1974.

Ciò premesso, si può effettivamente affermare che il mercato della vitamina B_3 non avrebbe dovuto figurare nella decisione con cui si è applicato l'articolo 86.

5. Dopo queste considerazioni sulle quote di mercato, dalle quali è risultata in modo pressocché inoppugnabile l'esistenza d'una posizione dominante per quanto riguarda le vitamine B_2, B_6, H e C, mentre qualche dubbio sussiste ancora in merito alle vitamine A ed E per una parte del periodo che qui ci interessa, affronterò ora gli ulteriori elementi che la Commissione ha espressamente menzionato nella sua decisione e cercherò di stabilire se essi confermino la conclusione provvisoria che ammette l'esistenza d'una posizione dominante.

a) In primo luogo assumono rilievo le quote di mercato detenute dalle società concorrenti.

A questo proposito si può constatare che, nell'anno 1974, sui mercati delle vitamine B_2 e B_6 e della Biotina i concorrenti immediati coprivano appena l'8 %, il 3 % ed il 7 % del mercato. Sul mercato della vitamina C v'è un primo concorrente con il 15 % ed un secondo con il 7 %. Per la vitamina A i primi due concorrenti coprono rispettivamente il 27 % ed il 18 % del mercato, per la vitamina E il 16 % ed il 6 %, per la vitamina B_3 il 23 % ed il 3 %.

Con riferimento alle vitamine ancora in discussione, si ha dunque l'impressione che la ricorrente detenga senz'altro una posizione privilegiata, che le consente di influire in modo considerevole sul mercato e le offre un autonomo margine di manovra. Questa osservazione vale anche per il mercato della vitamina A sul quale opera, a quanto pare, una concorrente dinamica e ricca di capitali, la BASF, che è riuscita a conquistare la già citata percentuale pur essendo comparsa sul predetto mercato solo da pochi anni (precisamente nel 1970). La ricorrente è comunque riuscita a difendersi ed a conservare praticamente intatta la propria quota di mercato. Analoghe considerazioni si possono svolgere con riferimento al mercato della vitamina E sul quale la BASF ha fatto il suo ingresso nel 1971. Qui la quota di mercato della ricorrente è addirittura aumentata in modo considerevole

dal 1970 al 1973 e permaneva anche nel 1974 così elevata da far ritenere che la ricorrente fosse senz'altro in grado di difendere la propria posizione di mercato.

Sul mercato delle vitamina B_3 invece le maggiori quote di mercato erano state detenute negli anni precedenti da una forte concorrente, una società giapponese, che nel 1973 aveva coperto il 30,3 % del mercato e nel 1972 addirittura il 43 %.

b) La Commissione ha inoltre ritenuto importante la circostanza che la ricorrente produce una vasta gamma di vitamine e che è l'unica impresa nella cui produzione si ritrovino tutte le principali vitamine. Ciò eserciterebbe una certa attrazione su quei consumatori che abbisognano di vitamine di vario tipo e potrebbe quindi rafforzare la posizione di mercato della ricorrente.

La ricorrente obietta che lo stesso discorso sarebbe valido per tutta una serie di grandi imprese concorrenti, giacché determinante non è il programma di produzione, bensì il programma di distribuzione. Essa aggiunge che il suo vasto assortimento di vitamine non ha alcuna importanza per la maggior parte dei suoi clienti, che sono interessati soltanto a poche vitamine. Non bisognerebbe inoltre trascurare che i maggiori acquirenti di vitamine sono i produttori di alimenti e di foraggi, i quali hanno bisogno di molti additivi e di poche vitamine (negli alimentari, ad esempio, è usata soltanto la vitamina C), la cui proporzione è assai ridotta rispetto agli additivi. Ma le poche vitamine necessarie — conclude l'interessata — sono fornite anche dai suoi principali concorrenti, che hanno altresì il vantaggio di poter fornire tutti i principali additivi.

A questo argomento della ricorrente si può subito opporre che i grossi concorrenti da essa citati non *producono* — salvo errore — tutte le vitamine e non sono inoltre neppure lontanamente in grado di fornire i quantitativi che essa può offrire. Questi due elementi sono, ora, due aspetti importanti per l'accertamento della posizione sul mercato e consentono di affermare che la ricorrente gode di un certo vantaggio.

Circa l'argomento secondo cui la maggior parte dei clienti della ricorrente acquisterebbero solo pochi tipi di vitamine (nel 1977, ad esempio, su 815 clienti tedeschi della ricorrente 589 avrebbero acquistato soltanto una, due o tre vitamine), va osservato che ciò che conta non è il numero dei clienti, ma unicamente l'ampiezza dello smercio. Sotto questo aspetto la Commissione ha accertato, nel suo commento alle risposte fornite dalla ricorrente ai quesiti della Corte, che sia i compratori con cui la ricorrente ha concluso i contratti in esame — e si tratta senz'altro d'un gruppo assai numeroso — sia anche altri clienti di cui s'è detto, effettuano presso la ricorrente acquisti di vitamine assai differenziati.

Circa gli altri additivi che sono usati dai produttori di alimenti e di foraggi e che assorbono una larga parte delle vendite di vitamine, è in effetti vero che la presenza di additivi nell'offerta dei concorrenti è importante per la valutazione della posizione di mercato, specie quando si tratta di sostanze rare o addirittura di situazioni di monopolio. Ri-

tengo tuttavia che questo fattore non sia poi così importante. In primo luogo, perché anche nella preparazione dei mangimi sono necessarie molte vitamine e non invece poche, come sostiene la ricorrente; in realtà, secondo quanto ha dichiarato la Commissione, i clienti della ricorrente che operano nel settore dei mangimi hanno sempre acquistato una notevole varietà di vitamine. In secondo luogo, perché appare chiaro che l'attrattiva rappresentata dagli additivi nell'offerta dei concorrenti opera piuttosto per le imprese di medie e piccole dimensioni, mentre i grandi produttori di mangimi, che ne ordinano grosse quantità, ed in particolare soprattutto i cosiddetti «premiscelatori», si procurano da fonti diverse, secondo la propria convenienza, le sostanze di cui abbisognano.

In conclusione, il fatto che la ricorrente produca in proprio grandi quantitativi di tutte le principali vitamine, anche se non di tutti gli altri additivi, rappresenta comunque un elemento che ha la sua importanza nel giudizio sulla posizione di mercato. Questo fattore — che la ricorrente stessa nelle sue informazioni di mercato dell'agosto 1971 definiva un vantaggio — non viene interamente neutralizzato dallo svantaggio che la mancanza di altri additivi nell'assortimento dei prodotti costituisce in talune zone e di fronte a determinati compratori.

c) Un altro punto di cui la Commissione ha tenuto conto nella sua decisione è che la ricorrente è la maggior produttrice mondiale di vitamine e che il suo fatturato supera il fatturato di tutti gli altri produttori messi insieme. Da questa posizione di predominio a livello mondiale la Commissione deduce che la Roche non ha bisogno di preoccuparsi della concorrenza sul mercato comune in quanto può resistere meglio dei suoi rivali alle oscillazioni congiunturali.

Anche a ciò la ricorrente non ha potuto, secondo me, contrapporre alcun elemento decisivo. Il suo richiamo al fatturato globale ed alla potenza economica di concorrenti che fabbricano anch'essi vitamine, ma che sono presenti su questo mercato con percentuali ridotte, non può essere preso in considerazione, giacché il problema non verte qui sulla pura e semplice potenza economica delle imprese. Poiché l'unica cosa che conta è la posizione sul mercato delle vitamine, è certo irrilevante che tali grandi imprese compensino con una forte presenza in altri settori la loro debolezza su questo mercato. Inoltre è esatto che le grosse imprese di questo tipo, in concorrenza con l'interessata su alcuni mercati, gestiscono spesso le loro diverse branche in maniera decentrata, il che riduce le possibilità di compensazione del rischio. È pure interessante osservare che solo un quarto all'incirca del fatturato totale della ricorrente concerne le vitamine.

d) Menzionando il vantaggio tecnico e commerciale della ricorrente, la Commissione intende dire che l'interessata, la quale è stata l'iniziatrice della produzione sintetica di vitamine e del loro sfruttamento industriale, possiede un know-how più ampio e più dettagliato di

quello dei suoi concorrenti, anche se nel frattempo sono scaduti i brevetti che tutelavano i procedimenti di produzione. A ciò contribuisce fra l'altro la sua rete speciale di distribuzione che è assai sviluppata e che, grazie all'impiego di personale qualificato, consente di fornire in modo rapido e sicuro grandi quantitativi di vitamine sempre fresche e di offrire un apprezzato servizio di assistenza alla clientela.

Sulla base di quanto accertato nel corso del procedimento, non credo che la ricorrente possa validamente contestare la rilevanza di questi fattori.

aa) Con riferimento in primo luogo al vantaggio tecnico della ricorrente, non è qui necessario accertare se il servizio retribuito di time-sharing (programmazione elettronica per i produttori di mangimi) sia — come aveva inizialmente sostenuto la Commissione — un fattore importante. La ricorrente ha comunque potuto replicare che molte altre imprese fanno lo stesso, che il serivizio in questione si svolge su scala assai ridotta e che esso non rappresenta — come è stato provato mediante documenti interni — un vantaggio degno di nota per i clienti.

È pure inutile accertare quanto ci sia di esatto nella asserzione della ricorrente che sono stati scoperti molti nuovi procedimenti di produzione delle vitamine e che importanti procedimenti di produzione per altre cinque vitamine vengono sfruttati da altre imprese. In questa sede, infatti, si discute soltanto di alcune vitamine (A, B_1, B_2, B_3, B_6, E e H), per le quali è fuor di dubbio che la ricorrente ha svolto una vera e propria azione pionieristica ed ha ottenuto sul mercato un enorme successo. Così stando le cose, non abbiamo a che fare con una semplice presunzione quando la Commissione afferma che, grazie alla sua pluriennale esperienza nella produzione di grossi quantitativi, la ricorrente può offrire migliore qualità ed un servizio dopovendita di prima classe con corrispondente consulenza tecnica. In proposito, oltre che l'esperienza della ricorrente nello sfruttamento industriale di vitamine per la preparazione di alimenti e di mangimi, si può pure richiamare quanto figura nelle pubblicazioni pubblicitarie: in tali opuscoli la Roche, trattando ad esempio dello «improvement of manifacturing methods», magnifica il proprio know-how o sottolinea di aver potuto mantenere le proprie posizioni sul mercato grazie alla scoperta di nuove possibilità di sfruttamento delle vitamine. Ciò basta senz'altro per parlare di un vantaggio tecnico.

bb) Per quanto concerne le affermazioni della Commissione circa la rete di distribuzione della ricorrente, è innegabile che quest'ultima dispone di un ammirevole sistema di vendita. Nella maggior parte degli Stati membri la produzione di vitamine avviene per il tramite di società affiliate. Presso tali imprese — situate in prossimità della clientela — vengono tenuti i magazzini con le vitamine fresche e viene prestata la consulenza ai clienti, cose cui del resto la ricorrente stessa si richiama nelle sue pubblicazioni.

Durante il procedimento essa ha semplicemente osservato che due sue concorrenti di grandi dimensioni (la BASF e l'AEC) hanno una rete distributiva an-

cora più fitta della sua e sono, almeno nel settore dei foraggi, a più stretto contatto con i clienti in quanto possiedono reti di distribuzione anche per i concimi e gli antiparassitari. Sarebbe inoltre importante che quasi tutte le vitamine possono essere conservate lungo tempo in magazzino.

Non mi sembra tuttavia che questi rilievi tolgano credito alle osservazioni della Commissione o le rendano sostanzialmente meno valide. Per far ciò non basta di certo riferirsi alla rete distributiva di due concorrenti, il cui smercio di vitamine è assai inferiore a quello dell'interessata e delle quali inoltre non si può dire che siano, come la ricorrente, specializzate nel settore delle vitamine.

e) Nella decisione la Commissione ha infine accennato alle difficoltà d'accesso al mercato delle vitamine, difficoltà connesse alla necessità di ampi investimenti specifici e della pianificazione degli impianti a lungo termine. Se ne deve desumere che «per il momento» l'apparire di nuovi concorrenti non potrebbe mutare in modo rilevante la posizione della Roche.

Anche a questo riguardo si ha l'impressione che i giudizi formulati dalla Commissione siano in sostanza fondati. Giacché per ogni vitamina sono necessari speciali impianti e le capacità produttive vengono indirizzate verso uno sfruttamento a lungo termine, occorrono in ogni caso per la creazione di nuovi impianti — per gli investimenti destinati all'ampliamento le cose possono presentarsi diversamente — grosse somme di cui possono disporre solo potenti imprese, in particolare i grandi gruppi chimici. Dalla programmazione alla produzione, ivi compresi i periodi di decollo e di prova, trascorre in genere molto tempo, come dimostra precisamente l'esempio che si può trarre dall'entrata della BASF sul mercato. Perciò non è assurdo supporre che debba ancore passare molto tempo prima che si verifichi un mutamento sostanziale nei rapporti di produzione e nella situazione di mercato, in particolare per quanto riguarda l'intera gamma delle vitamine. A questa conclusione conduce fra l'altro la circostanza che la BASF e la AEC si limitano a produrre poche vitamine e che la Hoechst non ha ancora superato la fase sperimentale. La stessa ricorrente, in occasione dell'audizione da parte della Commissione, ha affermato che i grandi gruppi chimici si interessano piuttosto ad altri settori produttivi; è inoltre pacifico che, su scala mondiale, la capacità di produrre vitamine è superiore al fabbisogno. Quando la ricorrente adduce d'altra parte esempi di imminente espansione degli impianti (ricorso, pag. 59), ciò non può avere peso decisivo già per il semplice fatto che tali nuovi impianti interessano manifestamente paesi extracomunitari e vitamine diverse da quelle in discussione. Inoltre essi produrranno effetti soltanto in futuro e non possono quindi assumere alcun rilievo per valutare la posizione di mercato della ricorrente nel periodo ora in esame.

f) Alla fine di questo capitolo possiamo perciò affermare che le osservazioni ulteriormente formulate dalla Commissione

per quanto riguarda la posizione di mercato della ricorrente sono senz'altro rilevanti. Ciò basta per riconoscere l'esattezza del giudizio formulato dalla Commissione con riferimento a vitamine con una quota di mercato assai elevata quali le vitamine B_2, B_6, H e C nonché — per una parte del periodo qui considerato — anche la vitamina E.

6. Poiché tuttavia l'esame delle quote di mercato ha evidenziato in taluni settori (la vitamina A ed in parte la vitamina E; la vitamina B_3 può essere trascurata per altre ragioni) dei valori che raggiungono appena il limite dell'ordine di grandezze rilevanti, e visto che nella già citata sentenza delle banane sono state ritenute necessarie approfondite analisi aggiuntive di vario tipo, voglio ancora esaminare i diversi aspetti posti in luce dalla ricorrente per giustificare dubbi circa la sua posizione di mercato.

a) La ricorrente attribuisce particolare importanza a considerazioni concernenti i risultati di mercato ed il comportamento sul mercato, ed in particolare l'andamento dei prezzi sui mercati che qui ci interessano. In proposito, sarebbe evidente che essa non è in grado di fissare i prezzi; essa non potrebbe affatto stabilire i prezzi delle vitamine a propria discrezione, bensì dovrebbe orientarsi secondo i prezzi di mercato. Sarebbe particolarmente evidente il fatto che per le vitamine, nonostante l'aumento generale dei prezzi e l'espansione della domanda, si siano verificate talvolta notevoli riduzioni di prezzo.

aa) A questo punto è ben possibile dubitare dell'esattezza della tesi secondo cui le idee ispiratrici del Trattato CEE consentirebbero di parlare di posizione dominante solo quando vi sia la possibilità di fissare i prezzi. Nemmeno il riferimento al Trattato CECA ed alla relativa giurisprudenza (causa 13/60, *Gli Uffici di vendita del carbone della Ruhr «Geitling», «Mausegatt», «Präsident», contro Alta Autorità della CECA*, sentenza del 18 maggio 1962, *Racc.* 1962, pag. 167) può confortare detta tesi. Mi sembra al contrario rilevante quanto affermato nella già citata sentenza delle banane, e cioè che gli aspetti della redditività e del potere di stabilire i prezzi non sono decisivi e che anche la presenza di imprese concorrenti non esclude l'esistenza d'una posizione dominante, quando quest'ultima sia confermata da altri indizi sufficienti. Il potere di stabilire i prezzi non costituirebbe comunque, a mio avviso, un elemento decisivo quando si tratta, come nella fattispecie, di un abuso che non riguarda il settore della formazione dei prezzi, bensì il congelamento del quadro concorrenziale e l'accesso al mercato di altri concorrenti.

bb) Qualora si intenda nondimeno tener conto anche dello sviluppo dei prezzi, è anzitutto necessario sottolineare che non sarebbe indicato limitarsi alle tabelle prodotte dalla ricorrente per illustrare le tendenze dei quantitativi e dei prezzi sul mercato mondiale. Dette tabelle hanno nel presente contesto poca importanza, non solo perché si tratta semplicemente di «tendenze», ma altresì perché la scelta di indicatori diversi per i prezzi e per la quantità conduce ad un'immagine distorta. È comunque in-

teressante osservare che le predette tabelle indicano talvolta anche aumenti di prezzo. Ciò vale, nel periodo 1970-1974, per le vitamine C e B_2; anche per le vitamine A, B_6, E e B_3 si riscontrano, almeno negli anni 1972-1974, degli aumenti di prezzo.

cc) Se ci si fonda sulle altre tabelle prodotte in giudizio, tabelle che sono state elaborate sulla base dei prezzi medi correnti nella Comunità per le principali forme di vendita, corrispondenti a circa il 70 % dello smercio, si giunge in particolare ai seguenti risultati:

I prezzi della *vitamina A,* diminuiti nel periodo 1970-1972, sono risaliti negli anni successivi avvicinandosi di nuovo nel 1974 al livello già raggiunto nel 1971. Lo stesso è accaduto per la *vitamina E,* i cui prezzi nel 1974 hanno addirittura superato il livello del 1971. I prezzi della *vitamina C* — qui l'anno di partenza è il 1971 — sono aumentati dal 1971 al 1972, caduti nel 1973, e sono successivamente risaliti oltre il livello del 1971. I prezzi della *vitamina* B_2, in forte ascesa dal 1970 al 1971, sono poi calati un po', ma non fino al livello del 1970, ed hanno ancora toccato nel 1974 un livello superiore di circa il 50 % a quello del 1970. Per quanto riguarda la *vitamina* B_6, vi è stato un calo dei prezzi nel periodo 1970-1972 ed una successiva risalita; anche nel 1974 i prezzi superavano di circa il 6 % il livello del 1970. I prezzi della *vitamina H* hanno subito una leggera contrazione dal 1970 al 1971, sono lievemente risaliti nel 1972 e sono in seguito nuovamente calati. Sul mercato della *vitamina* B_3 infine, dove non si può parlare di posizione dominante della ricorrente se non tutt'al più per l'anno 1974, i prezzi sono saliti in modo considerevole dal 1973-1974 ma hanno avuto in seguito una caduta altrettanto notevole.

Da quanto sopra risulta anzitutto che lo sviluppo dei prezzi non è stato per nulla uniforme, neppure sui mercati come quelli delle vitamine A, E e B_3, per i quali esistevano — secondo l'interessata — concorrenti agguerritissimi.

In secondo luogo è pure importante prendere in considerazione lo sviluppo delle quote di mercato della ricorrente e quello della sua produzione nonché del suo smercio. Delle quote di mercato si sa già che in parte sono rimaste inalterate (vitamine A e C), in parte sono addirittura aumentate (vitamine B_3 e B_6) oppure hanno subito lievi diminuzioni (così la vitamina E nel 1974, anno in cui è stato registrato un aumento di prezzo, la vitamina B_2 nel 1973 e la vitamina H se si confrontano gli anni 1970 e 1974).

Ancora più interessante è l'andamento dei quantitativi smerciati e del fatturato della ricorrente nel mercato comune durante il periodo considerato. Sotto l'aspetto quantitativo, lo smercio è inequivocabilmente aumentato nel periodo 1970-1974 per le vitamine A (43 %), E (150 %), C (54 %), B_2 (33 %), B_6 (100 %), H (186 %) e B_3 (25 %). Secondo quanto ha affermato la Commissione (cfr. la sua presa di posizione sulle risposte della ricorrente al questionario della Corte, pag. 9) senza essere contraddetta, il fatturato relativo alle vitamine A ed E, per le quali è stata sostenuta l'esistenza d'una concorrenza particolar-

mente vivace, ha potuto essere accresciuto nel periodo 1972-1974 in tutti gli Stati membri. Di fronte a tali fatti — notevole è ad esempio l'aumento della quota di mercato della vitamina B_6, verificatosi in un periodo di calo dei prezzi e di penuria presumibilmente temporanea del prodotto; analoga è la situazione per la vitamina E — non si può in effetti ritenere infondata la supposizione che la ricorrente stessa abbia contribuito a determinare l'andamento dei prezzi nell'intento di ampliare lo smercio del prodotto, cosicché lo sviluppo dei prezzi non appare in alcun modo determinato esclusivamente dalla concorrenza (a questo riguardo si può per esempio citare, con riferimento all'ingresso della BASF sul mercato della vitamina A, una «management information» della ricorrente dell'anno 1970). In base alla situazione accertabile del mercato e della concorrenza si deve comunque riconoscere che la ricorrente si è trovata in posizione dominante, per quanto essa abbia dovuto difendere — con successo — le proprie quote di mercato.

b) La ricorrente menziona poi la concorrenza potenziale che la Commissione avrebbe trascurato sebbene essa sia stata considerata come un fattore importante nella sentenza *Continental Can* (causa 6/72, sentenza del 21 febbraio 1973, *Racc.* 1973, pag. 215). Anche questo tipo di concorrenza potrebbe influire sul mercato ed escludere la posizione dominante nonostante le notevoli quote di mercato.

A mio parere, anche questa tesi ed i singoli argomenti che la compongono non valgono molto contro gli accertamenti della Commissione.

Così, quando si parla degli impianti di fermentazione non utilizzati che dovrebbero trovarsi soprattutto negli Stati Uniti, è importante osservare, per quanto riguarda il mercato della vitamina B_2, che detti impianti non hanno manifestamente influenzato lo sviluppo dei prezzi, visto che proprio per la vitamina B_2 si riscontra nel periodo 1970-1974 un aumento dei prezzi di circa il 50 %.

In merito alla sovrabbondanza di impianti per la produzione di vitamine su scala mondiale non ci è stato reso noto nulla di più preciso. Inoltre — ammesso che ciò possa aver influito sul comportamento di mercato e sui risultati di mercato — si può ricordare che la ricorrente è comunque stata in grado di difendere nel corso degli anni la propria posizione sui mercati di vitamine che qui ci interessano.

Circa la possibilità per i grossi gruppi chimici di dedicarsi in qualsiasi momento alla produzione di vitamine, quando già non le producano, è infine interessante osservare che ciò s'è finora verificato soltanto su pochi mercati, senza che ne fosse scossa la posizione della ricorrente. A questo riguardo possono aver avuto un certo rilievo la già citata sovrabbondanza degli impianti ed il fatto, accertato durante il procedimento, che gli interessi di questi gruppi sono orientati in sostanza in modo del tutto diverso. Mi sembra comunque assai improbabile — se non altro a causa del lungo tempo necessario per la realizzazione di programmi d'investimenti — che tali circostanze possano esercitare un'effettiva pressione sui prezzi di mercato e che si possa dunque affermare con ragione che la ricorrente non detiene sul mercato una posizione dominante, nonostante il possesso di considerevoli quote di mercato.

c) Secondo la ricorrente occorre anche tener conto di quale sia lo stadio rag-

giunto dal mercato su cui si indaga. I mercati delle vitamine sono caratterizzati da una forte espansione in corso da vari anni e tuttora perdurante. In tale situazione — osserva la ricorrente — alte quote di mercato sono però meno significative di quanto non sarebbero in un mercato stagnante, in quanto il mercato è abbastanza aperto per tutti gli interessati ed offre a tutti gli operatori un sufficiente margine di manovra.

Questa riflessione non è in effetti del tutto infondata, anche se nel settore delle vitamine si può ormai parlare, con la sola eccezione della Biotina, di una fase di maturità, in quanto la loro produzione artificiale si svolge con successo da lungo tempo.

In ultima analisi essa non permette però affatto di negare nel presente caso l'esistenza di una posizione dominante della ricorrente.

In proposito non è a mio avviso determinante la possibilità di impedire o di rendere assai più difficile l'ingresso di altri concorrenti sul mercato. Anche se altri produttori risultano senz'altro in grado di operare sul mercato, ciò che è decisivo è la circostanza che la ricorrente abbia potuto conservare per molti anni la propria posizione di punta su di un mercato in forte espansione e si sia opposta con successo alla concorrenza dei nuovi arrivati, risultato cui hanno con molta probabilità contribuito anche i contratti di esclusiva sui quali dovrò successivamente pronunziarmi.

Con particolare riferimento alla Biotina, è esatto dire che si tratta di un mercato «molto giovane». Dai documenti che la Roche ha prodotto in giudizio si desume che essa ha iniziato la produzione di questa vitamina verso la fine degli anni «quaranta» e ne ha cominciato la vendita a metà degli anni «cinquanta». Solo da pochi anni alcune società giapponesi sono comparse sul mercato in veste di concorrenti. Anche in questo settore e trascurando il fatto che sono aumentate le vendite di tutte le imprese operanti sul mercato, è però decisivo — a mio parere — che la ricorrente sia riuscita a mantenere quasi inalterata la sua posizione originale di monopolio, visto che dopo quattro anni di concorrenza controlla ancora il 93 % del mercato. A ciò può aver contribuito l'aver reagito all'apparizione di concorrenti con «contratti di fedeltà»; sotto questo aspetto sembra inoltre assumere un certo rilievo — rimando in proposito al resoconto di un European Bulk Managers Meeting (allegato 7 del ricorso) — il fatto che i prodotti della Roche presentano determinati vantaggi sconosciuti ai prodotti della concorrenza.

d) Da ultimo la ricorrente fa valere — riferendosi fra l'altro al § 22 della legge tedesca contro le restrizioni della concorrenza — che, nel valutare la posizione di mercato, occorre pure tener conto dell'accesso ai mercati delle materie prime. Sarebbe questo un altro elemento trascurato dalla Commissione. Da questo punto di vista la situazione sarebbe caratterizzata dal fatto che le principali rivali della ricorrente, importanti imprese chimiche, fabbricano esse stesse i prodotti chimici iniziali ed intermedi per la produzione di vitamine, mentre la ricorrente dipende per le materie prime quasi completamente da terzi e per alcune di esse deve addirittura rifornirsi presso i propri concorrenti. Così, ad esempio, essa acquista su larga scala le materie prime per la

produzione della vitamina B_6 dalla BASF, dalla Hoechst e da un'impresa del gruppo AEC, mentre per la produzione di vitamina A dipende in larga misura dalla BASF, cui si rivolgerà in futuro anche per rifornirsi della maggior parte delle materie prime necessarie per la produzione della vitamina E. Inoltre le materie prime per la produzione di vitamina C provengono da una ditta francese, che si trova in stretti rapporti con il gruppo AEC, nonché da una ditta americana.

Osservando le cose con maggior attenzione, si constata però che anche tali argomenti nella fattispecie non convincono. Va anzitutto osservato che non si ha a che fare con sostanze presenti in natura in quantitativi limitati, bensì con prodotti che possono essere fabbricati a piacere. La possibilità di procurarsene non è riservata a chi li produce (cosa che la ricorrente in quanto impresa chimica potrebbe ovviamente fare essa stessa); si tratta invece di prodotti che possono essere acquistati senza difficoltà sul mercato. Le difficoltà che la ricorrente asserisce d'aver incontrato nel rifornirsi di tali prodotti non sono per nulla documentate.

Per quanto riguarda in particolare i rapporti dell'interessata con alcuni suoi concorrenti, è risultato dal procedimento che i fabbricanti dei prodotti di partenza per la vitamina B_6 non producevano a loro volta tale vitamina e che la Hoechst, *uno* dei fabbricanti del prodotto di partenza per la vitamina A, non produceva questa vitamina. Solo rispetto alla vitamina A si può parlare d'una situazione di concorrenza in quanto una fornitrice dei prodotti di partenza, cioè la BASF, fabbrica altresì il prodotto finito. Questa circostanza non è certo sufficiente da sola, senza più dettagliate considerazioni su eventuali problemi di fornitura, per dubitare in definitiva della posizione dominante della ricorrente anche sul mercato della vitamina A, dove molti indizi depongono a favore dell'esistenza di tale posizione.

7. Sulla base di tutto quanto s'è visto occorre dunque dare per scontato, come ha sostenuto la Commissione nella sua decisione, che la ricorrente detiene una posizione dominante sui mercati delle vitamine A, B_2, B_6, C, E e H. Una diversa conclusione appare giustificata soltanto per la vitamina B_3. In realtà anche sul mercato di questa vitamina la ricorrente ha detenuto nel 1974 una quota di mercato tale da assumere rilievo ai sensi dell'articolo 86. Questo mercato parziale va però trascurato, non tanto a causa delle quote di mercato dei concorrenti e dell'andamento dei prezzi, quanto piuttosto perchè i contratti che qui ci interessano sono stati conclusi al più tardi nel 1973.

III — Dobbiamo ora accertare se la ricorrente abbia realmente abusato della posizione dominante.

La Commissione riscontra tale abuso in 26 contratti stipulati dalla ricorrente con 22 compratori nel periodo 1963-1973. Si tratta di contratti che, con diverse modalità, vincolavano i clienti alla Roche per l'acquisto di singole vitamine, quando non addirittura per tutto il loro fabbisogno di vitamine. Tali contratti avrebbero inoltre concesso ai clienti vantaggi differenti, non proporzionati ai risparmi così realizzati dalla Roche. Poiché, in tal

modo, si è pregiudicata la libertà di scelta dei compratori, si è limitata la concorrenza fra i produttori di vitamine e si è impedito agli altri concorrenti ogni contatto con i predetti compratori, si può — secondo la Commissione — parlare di violazione del principio enunciato all'articolo 3 f) del Trattato CEE e volto ad impedire le distorsioni della concorrenza. Inoltre — prosegue la Commissione — è stato del pari violato il principio della parità di trattamento figurante all'articolo 86, 2° comma, lettera C.

La ricorrente sostiene che non si può parlare di un sistema uniforme di smercio; in particolare, gli accordi stipulati con la Unilever e con la Merck avrebbero caratteristiche tali da giustificarne un esame separato. Sarebbe inoltre importante considerare che i contratti non sono stati conclusi sulla base d'una posizione dominante e non sono quindi espressione della preponderanza di uno dei contraenti, senza contare che essi sono assolutamente usuali nei rapporti commerciali. Quantomeno essi andrebbero esaminati ponderando gli interessi delle parti ed in particolare tenendo conto del fatto che la cosiddetta «clausola inglese di scioglimento» figurante nei contratti lasciava spazio sufficiente al gioco della concorrenza. Per quanto riguarda le differenze sottolineate dalla Commissione, esse sarebbero almeno in parte giustificate, vista la diversità delle spese incontrate dalla Roche nei singoli casi, e sarebbero comunque di portata così ridotta che non avrebbero potuto in alcun caso pregiudicare la capacità concorrenziale dei compratori. Infine sarebbe giusto tener presente anche i riflessi di tali contratti sul mercato. Una volta lasciati da parte gli accordi che non danno adito a critiche, ciò che resta non potrebbe comunque essere ritenuto tale da poter pregiudicare *in modo degno di nota* la concorrenza e il commercio fra gli Stati membri.

1. Nell'esaminare il problema comincerò con l'affrontare alcuni argomenti di carattere generale, avanzati dalla ricorrente.

a) Si può senz'altro essere d'accordo con la ricorrente quando essa dichiara che i contratti in questione non presentano caratteristiche uniformi. In effetti, già un'analisi superficiale di tali contratti ne mette in evidenza la varietà con riferimento sia alla loro sfera d'applicazione materiale e locale, sia al momento della stipulazione, sia alla durata ed agli altri elementi che ne costituiscono il contenuto. Per la valutazione giuridica ciò non ha però, secondo me, importanza determinante. L'articolo 86 non esige assolutamente che, in un caso come quello di specie, i contratti di fornitura si ispirino ad un unico modello e formino nel loro insieme un sistema coerente. Importa soltanto accertare se gli effetti che il testo di tali contratti lascia prevedere rientrino tutti quanti nelle categorie di abusi di cui si discute. Questo punto dovrà essere esaminato con più attenzione in seguito. Per ora aggiungerò soltanto che mi sembra non abbia torto la Commissione quando sottolinea che si può riscontrare nei suddetti contratti un'idea fondamentale, e precisamente quella della conservazione della quota di mercato e della protezione dalla concorrenza indesiderata. A questo riguardo si possono menzionare documenti interni della ricorrente, che essa stessa ha prodotto in giudizio, ed in parti-

colare una circolare dell'8 maggio 1971, la Management Informations ed i relativi allegati, nonché il resoconto di un European Bulk Managers Meeting.

b) In merito all'affermazione della ricorrente secondo cui contratti del tipo in esame sono di uso corrente bastano due considerazioni.

Anzitutto tale affermazione non è affatto documentata per quanto riguarda il mercato delle vitamine. A provarla non bastano certamente i pochi esempi di cui si è parlato durante il procedimento. In secondo luogo, ammesso che tali contratti siano d'uso corrente, non si può postulare che ciò che vale per le imprese in situazione di concorrenza valga anche per le imprese che si trovano in posizione dominante. Nella prima ipotesi infatti la concorrenza esistente viene soltanto un po' limitata dalle condizioni di rifornimento; nella seconda, invece, un'impresa può impedire un'efficace concorrenza e quindi cristallizzare i rapporti fornitore-cliente col risultato di consolidare e rafforzare posizioni di mercato già esistenti e che suscitano perplessità.

c) Non si può seguire l'opinione della ricorrente neppure quando essa afferma che il comportamento dell'impresa dominante, per essere censurato in base all'articolo 86, dovrebbe identificarsi con lo «sfruttamento d'una posizione di forza». La ricorrente sottolinea che questo requisito manca nella fattispecie in quanto essa non ha fatto perno sulla propria potenza economica per concludere i contratti; in particolare, la clausola inglese non sarebbe stata imposta agli acquirenti, bensì dipenderebbe spesso dalla capacità di domanda dei medesimi.

Un simile modo in intendere l'«abuso» può eventualmente andar bene per alcuni elementi della fattispecie delineata dall'articolo 86, ad esempio quando si parla dell'imposizione di prezzi non equi (art. 86, 2° comma, lettera a)), ma non può certo valere per l'intero articolo 86, come è stato chiarito nella sentenza *Continental Can* (causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc./Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 21 febbraio 1973, *Racc.* 1973, pag. 215) relativa ad un caso in cui un'impresa in posizione dominante aveva assunto il controllo di una sua importante concorrente. In tale sentenza la Corte ha precisato che si può parlare d'abuso non solo quando uno dei contraenti getta sulla bilancia la propria potenza economica, ma già quando il comportamento di un'impresa in posizione dominante influisce sulla struttura della concorrenza. Il presente caso mostra alcune analogie con la fattispecie testé menzionata, nel senso che anche ora la discussione verte sull'influsso esercitato sul mercato mediante vincoli imposti ai compratori. Si può dunque anche qui parlare, per così dire, d'una nozione oggettiva d'abuso. Vorrei tuttavia aggiungere che lo stesso ragionamento vale per l'addebito relativo al diverso trattamento dei compratori. Nemmeno tale abuso esige in alcun modo che sia stata sfruttata una posizione di forza sul mercato, giacché sarebbe stato compiuto su di un mercato che manca in proposito di trasparenza.

2. Proseguendo nell'esame del caso mi dedicherò innanzitutto alla fattispecie costituita dai vincoli che legavano i compratori alla ricorrente. Trascurerò tuttavia

provvisoriamente — come suggerisce l'interessata — i contratti conclusi con la Merck e con l'Unilever, i quali sembrano avere caratteristiche particolari, che ne giustificherebbero comunque una diversa valutazione.

Nei predetti contratti si riscontrano due tipi di vincoli: da un lato, impegni formali d'acquisto abbinati a promesse di sconto; dall'altro, vincoli che si fondano unicamente sugli sconti di fedeltà, se vogliamo così riassumere in una sola espressione le diverse agevolazioni promesse.

a) Cominciamo con i contratti che contengono *impegni formali d'acquisto.* Tali obbligazioni possono riferirsi alla totalità, ad una percentuale fissa (oscillante fra il 70 % ed il 90 %) o ad una parte preponderante del fabbisogno del cliente ed interessano *tutte* le vitamine, oppure tutte le vitamine di cui si tratta nel presente procedimento o ancora determinate vitamine, indicate una per una. A questa prima categoria di accordi appartengono i contratti stipulati con l'Afico, la Dawe's, la Organon, la Provimi, la Purina e la Upjohn (per l'intero fabbisogno), con la Cyanamid (per il 90 % almeno del fabbisogno), con la Animedica (per il 70 % almeno del fabbisogno globale), con la Guyomarc'h (per il 70 % almeno del fabbisogno globale), con la Nitrovit e la Isaac (per la parte preponderante degli acquisti di tali imprese).

In propositio non possiamo non condividere l'opinione della Commissione che ritiene detti impegni d'acquisto incompatibili col diritto comunitario della concorrenza quando il fornitore gode di una posizione dominante sul mercato. Essi infatti sottraggono al compratore la sua libertà di scelta all'atto dell'acquisto ed escludono dai mercati in questione altri concorrenti, operano cioè la cristallizzazione dei rapporti di concorrenza ed il consolidamento della posizione dominante che già esiste. Non fa differenza che l'impresa dominante provveda all'intero fabbisogno del cliente o soltanto ad una parte di esso, purché si tratti, come nel caso di specie, della parte prevalente. È del pari irrilevante accertare se vengano forniti tutti i tipi di vitamina di cui il cliente ha bisogno o soltanto alcuni, giacché la Roche domina i mercati di tutte le vitamine che qui ci interessano, con la sola eccezione della vitamina B_3.

Nel predetto contesto si dovrà tutt'al più accertare, da un lato, se sia rilevante il fatto che taluni accordi hanno la durata di un anno o contengono clausole di recesso, e danno perciò vita ad un vincolo limitato e risolvibile più o meno a breve termine, dall'altro, se l'esistenza della clausola inglese possa modificare sostanzialmente il giudizio su tali accordi.

aa) Circa il primo punto, la ricorrente ha anzitutto sostenuto — se non erro — la necessità di *ponderare gli interessi in gioco.* Per affermare la rilevanza di questo aspetto essa si richiama alla decisione adottata dalla Commissione nei confronti della società GEMA (GU 1972, n. L 166). Essa menziona inoltre la sentenza 127/3 *(Belgische Radio en Televisie e Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs/SV-SABAM e NV Fonior,* sentenza del 21 marzo 1974, *Racc.* 1974, pag. 313), nella quale è stato sottolineato, con riferimento all'articolo 86, che il problema principale consiste nell'accertare se un vincolo d'esclusiva superi i limiti consentiti e che per stabilire ciò occorre tener conto degli interessi dei contraenti, fra i quali deve sussistere un rapporto equilibrato. Nel presente caso sarebbe an-

zitutto importante sotto questo aspetto ricordare che anche i compratori avevano un proprio interesse nei contratti, giacché potevano così razionalizzare gli acquisti, spuntare prezzi vantaggiosi, ottenere la certezza delle forniture su un mercato in parte caotico senza dover temere situazioni contingenti di penuria. Molti compratori tenevano inoltre a procurarsi una merce la cui qualità costante era garantita sia dal fatto che le pre-miscele venivano raramente cambiate, sia dal fatto che speciali impianti escludevano che l'acquirente potesse trovarsi di fronte ad un prodotto modificato. L'interesse del fornitore andrebbe ricercato nella circostanza che egli poteva così conoscere con una certa sicurezza i quantitativi da smerciare e poteva quindi programmare in modo razionale la propria produzione; inoltre sarebbe stato assurdo pretendere che il fornitore s'impegnasse a fornire un prodotto senza esigere dalla controparte una corrispondente garanzia d'acquisto. Infine si sarebbe tenuto conto degli interessi dei terzi quanto degli interessi dei compratori limitando la durata dei contratti ed inserendovi la clausola inglese di recesso, che consente di prendere in considerazione offerte più favorevoli provenienti da terzi.

Per quanto riguarda questo problema, bisogna ammettere che nella sentenza 127/73 affiora effettivamente l'idea d'una ponderazione di interessi. È inoltre vero che riflessioni di questo genere fanno capolino anche in dottrina (cfr. Von Gamm, «*Das Kartellrecht der EWG*», pag. 81: questo autore accenna alla necessità d'una ponderazione di interessi e sostiene che si può parlare di abuso solo quando giustificati interessi dei concorrenti o dei consumatori siano pregiudicati in modo inammissibile). È tuttavia lecito, in primo luogo, dubitare che detta tesi possa ritenersi fondata con riferimento all'articolo 86. È inoltre dubbio che le considerazioni svolte nella citata sentenza di fronte ad una fattispecie congegnata in modo particolare si adattino senz'altro al presente caso. Inoltre è senz'altro giustificato domandarsi se sul mercato delle vitamine i maggiori compratori abbiano veramente per prassi normale e assai diffusa quella di coprire con un solo ordinativo il loro intero fabbisogno annuale e se su questa base tali vincoli appaiano dunque giustificati da importanti interessi dei compratori. Comunque, sembra ben certo che solo una piccola parte dei clienti della ricorrente ha concluso contratti di questo tipo.

In definitiva però il soffermarsi su questo punto è reso inutile dalle considerazioni che seguono.

Alcuni contratti con obbligazioni espresse d'acquisto, e precisamente i contratti stipulati con la Guyomarc'h, la Purina e la Upjohn, non avevano limiti di durata. Essi non sono dunque toccati dalle osservazioni di cui s'è detto le quali potrebbero tutt'al più far ritenere leciti vincoli di durata abbastanza breve.

Altri contratti sarebbero scaduti dopo un anno (Isaac) oppure erano stati conclusi per la durata d'un anno con la clausola del rinnovo tacito in mancanza di disdetta entro il 1° ottobre ovvero entro il 31 ottobre (Afico, Cyanamid, Animedica, Organon) o ancora consentivano il recesso con differenti termini di preavviso: 30 giorni, 2 mesi, 3 mesi (Isaac, Nitrovit, Dawe's, Provimi). Sotto questo aspetto non va però dimenticato che in tutti i predetti contratti ha la sua importanza anche la concessione di sconti. Ci si può dunque almeno domandare se in questi casi un vincolo di rilievo non sia costituito dal vantaggio connesso agli sconti, che trattiene dall'interruzione dei rap-

porti commerciali. Per questo motivo non mi sembra possibile escludere fin d'ora tali contratti dall'indagine perché non criticabili; essi andranno più correttamente presi in considerazione quando si discuterà, più avanti, dei vincoli creati mediante la concessione di sconti.

bb) Per quanto riguarda d'altra parte la cosiddetta *clausola inglese di scioglimento,* grazie alla quale il cliente può approfittare di offerte più vantaggiose presentate da concorrenti del fornitore, si deve ammettere che essa concede un certo spazio alla concorrenza. In sostanza però — a prescindere dal fatto che tale clausola manca ad esempio nel contratto con la Guyomarc'h — il risultato che così s'ottiene consiste tutt'al più nell'allentamento, non già nell'eliminazione del legame con la ricorrente. Di regola detta clausola è infatti congegnata in modo tale che il cliente non si libera dal proprio impegno d'acquisto per il solo fatto d'aver ricevuto un'offerta più vantaggiosa, bensì deve informarne la Roche, che può a sua volta far propria tale offerta. Ciò vale, se lo si interpreta correttamente, anche per il contratto stipulato con l'Afico, giacché la frase «qualora la Roche ... non possa effettuare la fornitura a prezzo concorrenziale» va indubbiamente intesa nel senso che alla Roche deve essere offerta la possibilità di allinearsi sul prezzo più favorevole al cliente. Dipendeva quindi esclusivamente dalla ricorrente permettere o meno l'entrata in lizza di imprese concorrenti. Si aggiunga che la clausola era sotto diversi aspetti assai restrittiva. Le offerte dovevano, per esempio, provenire soltanto da produttori e non già da commercianti (Animedica) oppure soltanto da produttori di fama (Afico, Cyanamid, Provimi) o da produttori dello stesso livello della ricorrente (Organon), il che probabilmente significava — non è qui necessario approfondire l'argomento — che occorreva rendere nota l'identità del concorrente. In alcuni casi (Isaac, Nitrovit) si esigeva addirittura che il concorrente presentasse un'offerta scritta impegnativa e che fosse in grado di effettuare forniture regolari paragonabili a quelle che poteva garantire la ricorrente.

Così stando le cose, l'esistenza della clausola inglese di scioglimento (clausola che, come ha detto giustamente la Commissione, ha con molta probabilità facilitato la conclusione di contratti d'esclusiva) non è sufficiente per negare che ci si trovi in realtà di fronte ad un vincolo abusivo. Ad una diversa conclusione si può giungere tutt'al più per il contratto con la Upjohn, nel quale si trova una semplice clausola concorrenziale («a condizione che i prezzi della Roche siano convenienti ...»). In questo caso si può dire che alla Roche non veniva concessa alcuna possibilità di influenzare gli acquisti presso altri produttori e si può dunque ritenere privo di rilievo questo vincolo, a meno che non si voglia considerare determinante la circostanza che il contratto aveva durata illimitata.

b) L'altro tipo di *vincolo* che la Commissione censura, è — come s'è già detto — quello posto in essere *mediante la concessione di sconti.*

A questo riguardo occorre dire che, quando vengono concesse agevolazioni nelle forniture con riguardo alla fedeltà dei clienti e non già in proporzione ai minori costi del fornitore, si crea una forza d'attrazione i cui effetti sono assai vicini a quelli d'un impegno espresso d'acquisto. Infatti, se il cliente ottiene uno sconto proporzionato al totale dei suoi

acquisti (sconto sul fatturato totale) ed a condizione di coprire il suo intero fabbisogno o gran parte di esso presso chi concede lo sconto, un concorrente può farsi avanti solo se è disposto a compensare la perdita di questa agevolazione. Ciò risulta spesso assai difficile — anche quando lo sconto non è molto elevato — o addirittura impossibile, cosicché l'accesso a tali clienti è sbarrato anche di fatto. Di conseguenza, nel già citato caso dello zucchero (cause riunite 40 ecc./73 *Coöperative vereniging «Suiker Unie» e altri/Commissione delle Comunità europee)*, gli sconti di fedeltà accordati per la copertura dell'intero fabbisogno presso un solo fornitore sono stati considerati come abusi. Anche gli ordinamenti nazionali in materia di concorrenza guardano con occhio assai critico a tali accordi. Cito, in proposito, il Mestmaecker, *«Europäisches Wettbewerbsrecht»*, pag. 390, nonché una decisione del *Bundeskartellamt* tedesco del 10 settembre 1971 (WuW/ E BkartA 1361). Per quanto riguarda il diritto francese è interessante una sentenza pronunziata il 5 febbraio 1966 dal *Tribunal de grande instance* di Parigi (JCP 67, II 15029) ed una presa di posizione della *Commission technique des ententes et des positions dominantes* del 28 marzo 1973 (JO DA n. 66, pag. 2609). Con riferimento al diritto belga si può ricordare una sentenza della *Cour d'appel di Bruxelles* del 16 maggio 1963 (JT 1963, pag. 434 e segg.); inoltre va tenuto presente il *Report on Supply of Flat Glass* redatto dalla *Monopolies Commission* britannica nel 1968.

Sotto questo aspetto emerge, con riferimento ai contratti di cui si discute, la seguente situazione:

In un certo numero di essi lo sconto è accordato soltanto se l'intero fabbisogno del cliente viene coperto presso la ricorrente (Dawe's, Organon, Provimi, Radar, Purina); in altri basta la copertura d'una quota del fabbisogno (Cyanamid, Animedica, Guyomarc'h, Protector, Ramikal, Trouw); in altri ancora gli sconti sono graduati e vengono concessi a partire da un minimo di forniture (Afico, Beecham, Capsugel, Nitrovit, Sandoz, Upjohn, Wyeth); a quest'ultima categoria si avvicinano infine quei contratti in cui gli sconti scaglionati corrispondono alla parte del previsto fatturato globale coperta presso la Roche (Beecham, Isaac, Pauls). Inoltre anche là dove lo sconto non è espressamente subordinato all'esclusività del rifornimento, è facile interpretare i contratti in questo senso (come nei casi Afico, Cyanamid, Organon, Protector, Provimi e Purina); alcuni contratti usano il termine «sconti di fedeltà», per altri è significativo il confronto con accordi paralleli.

Di fronte a questa situazione bisogna effettivamente concludere che in fondo la Commissione non ha avuto torto nel considerare tutti questi contratti come abusi ai sensi dell'articolo 86.

Nulla può contro tale constatazione il tentativo della ricorrente di qualificare parte degli sconti come sconti di quantità e di disposizione anticipata, giustificati dai minori costi di distribuzione e dalla rinuncia dei grandi acquirenti alla consulenza tecnica. In realtà gli sconti si riferiscono al fatturato globale, valgono cioè anche per piccole forniture di singole vi-

tamine, che difficilmente possono dar luogo a tali risparmi. Inoltre risulta dalle Management Informations della ricorrente che a tutti gli acquisti effettuati nell'ambito di contratti di fedeltà si doveva applicare per il quantitativo considerato il prezzo più favorevole, il che significa che i quantitativi in questione erano già presi in considerazione al momento della formazione del prezzo.

Nemmeno la tesi secondo cui, nei contratti (ad es. i contratti Afico, Capsugel, Provimi e Upjohn) in cui è stata usata tale denominazione, si sarebbe trattato di autentici sconti per garanzia, può condurre ad un risultato diverso. In proposito la Commissione ha giustamente sottolineato che, con riferimento alle affiliate di rinomati grossi gruppi industriali — e proprio di questi si tratta nella stragrande maggioranza dei casi — non si può parlare d'un vero e proprio rischio di pagamento che debba essere coperto e compensato. È inoltre interessante notare che, sotto questo aspetto, la denominazione degli sconti muta in parte nei diversi contratti (si vedano, ad esempio, i contratti Afico e Provimi).

Anche in tale contesto resta quindi unicamente da accertare se l'esistenza della clausola inglese di recesso possa giustificare una diversa conclusione. Se mi consentite di anticipare la mia conclusione, posso già dire che la risposta sarà negativa per la maggior parte degli accordi. Decisivo non è tanto il fatto che a parità di prezzo tale clausola rimanga manifestamente inoperante e — come la stessa Roche ammette — escluda dal calcolo dello sconto i quantitativi acquistati presso le società concorrenti, cosicchè il mancato sconto va ripianato dai concorrenti, quanto piuttosto anche qui il fatto che la clausola — così com'è congegnata — consente alla Roche di condizionare il rifornimento presso i terzi — ciò vale secondo me anche per il contratto con la Capsugel — e, nel caso di accettazione della Roche, vincola il cliente, il quale, se si rifornisse altrove, non potrebbe più beneficiare dello sconto. Inoltre occorre ricordare anche qui che talvolta la clausola inglese è formulata in modo assai restrittivo, e precisamente quando permette di prendere in considerazione soltanto le offerte di produttori (Ramikal, Trow), di produttori rinomati o di alto livello o di rinomati produttori di alto livello (Radar, Purina, Sandoz, Wyeth), o soltanto offerte scritte impegnative (Beecham, Paul's), oppure quando esige forniture regolari comparabili o identiche condizioni di fornitura (Beecham, Paul's, Trouw).

Solo in un caso (Protector), o in due casi se si considera anche il contratto Upjohn già menzionato in un altro contesto, si può giungere ad una diversa conclusione, visto che ci troviamo di fronte ad una semplice clausola concorrenziale senza diritto di prelazione per la Roche. Qui si può veramente dire che il vincolo è stato allentato e che s'è creato uno spazio effettivo per i concorrenti cosicché non si può più parlare di impedimento abusivo della libera concorrenza.

c) Secondo la ricorrente, non si può infine, sempre con riferimento al vincolo, ritenere esistente un abuso ai sensi dell'ar-

ticolo 86 senza prima aver accertato se l'*effettiva attuazione pratica dei contratti* influisca sulla loro valutazione. A questo riguardo la ricorrente ha sostenuto che la clausola inglese di recesso è stata largamente applicata e che i concorrenti, avendo effettuato notevoli forniture, non sono stati esclusi in misura sostanziale dal mercato. Nelle predette occasioni i clienti non avrebbero spesso neppure informato la Roche, malgrado il dettato della clausola inglese, ed inoltre gli sconti non sarebbero stati negati neppure nei casi in cui alla Roche non è stata concessa la possibilità di far propria l'offerta più favorevole. Per provare quanto sopra la ricorrente si riferisce tra l'altro alle relazioni prodotte in giudizio dalla Commissione su indagini compiute presso i suoi clienti; essa ricorda inoltre le precisazioni circa alcuni degli addebiti contestatile dalla Commissione che sono state fornite da alcuni suoi «partners» contrattuali durante il procedimento amministrativo.

A mio parere, tali considerazioni sono marginali. Sono d'accordo con la Commissione quando essa afferma che soltanto il testo dei contratti e gli effetti ragionevolmente prevedibili sono determinanti per affermare o negare l'esistenza dell'abuso contemplato dall'articolo 86. Detta tesi trova già conferma nel fatto che le clausole contrattuali, parte delle quali sono state di certo aspramente dibattute, devono presumibilmente aver avuto anche rilevanza pratica.

Degli effetti pratici del sistema di distribuzione della ricorrente si potrà tutt'al più tenere conto quando si tratterà di valutare la gravità della violazione imputatale — ostacolo alla concorrenza sul mercato comune — per accertare l'adeguatezza dell'ammenda che le è stata inflitta. Su questo punto ritornerò, se del caso, in un altro contesto.

3. Dopo aver così constatato che gli addebiti di vincolo abusivo formulati dalla Commissione nei confronti della ricorrente erano fondati — almeno per quanto riguarda la maggior parte dei contratti in esame — vorrei ora esaminare dettagliatamente i contratti conclusi con la Merck e con la Unilever, per accertare se essi debbano essere valutati in modo speciale.

a) "Con la Merck la ricorrente ha concluso tre contratti per la fornitura di vitamina A, E e B_6. Detti contratti riguardavano l'intero fabbisogno della ditta acquirente, ovvero il fabbisogno eccedente la capacità produttiva della Merck, e dovevano durare 5 anni con possibilità di successivi rinnovi biennali in mancanza di disdetta entro i termini prescritti. Per la vitamina B_6 erano promessi sconti del 20 %; per le *altre* due vitamine erano previsti sconti oscillanti fra un minimo del 12,5 % (o del 15 %) ed un massimo del 20 % a seconda dell'andamento dei prezzi. Due contratti contenevano anche la clausola inglese di recesso, con facoltà per la Roche di far propri i prezzi e le condizioni contrattuali più favorevoli offerte da altri produttori.

In merito agli sconti, la ricorrente afferma anzitutto essersi trattato si sconti quantitativi per le vitamine E e B_6 e di sconti di funzione per la vitamina A, che la Merck rivendeva facendo così rispar-

miare alla ricorrente stessa le spese di distribuzione. Inoltre essa sostiene che la Merck aveva interesse, per poter pianificare la propria produzione, a garantirsi la fornitura di grossi quantitativi e teneva a rifornirsi presso un solo fornitore, in quanto verso l'esterno essa figurava come produttrice.

A mio giudizio tutto ciò non basta comunque per sottrarre i contratti conclusi con la Merck alla sfera d'applicazione dell'articolo 86. Non è necessario approfondire il problema della qualificazione degli sconti perché — come abbiamo sentito — ciò che la Commissione ritiene determinante non è tanto lo sconto, quanto il vincolo esclusivo. Tale vincolo tuttavia, e soprattutto la sua lunga durata, presta pure qui il fianco a critiche. Quand'anche si ritenesse degno di tutela l'interesse della Merck a rifornimenti regolari e sicuri, ciò non giustificherebbe un vincolo della durata e dell'intensità che sono state scelte. È poi lecito domandarsi, insieme con la Commissione, se sia degno d'attenzione e meritevole di tutela l'interesse della Merck ad apparire, nei rapporti esterni, come produttore, quando in realtà essa svolge soltanto le funzioni di rivenditore. Per quanto riguarda infine la clausola inglese di recesso si può osservare che essa non scioglieva, ma semplicemente allentava il vincolo, nella misura consentita dalla Roche e solo a condizione che si trattasse di *produttori*, e non già di commercianti.

b) In relazione, d'altra parte, al contratto concluso con l'Unilever, va osservato che esso contemplava un impegno a coprire presso la ricorrente tutto il fabbisogno di vitamina A preventivato per il 1974, nonché un identico impegno per l'anno successivo, con l'obbligo di comunicare quantità preventivate entro il dicembre 1974. Nel predetto contratto non si parlava di sconti bensì di prezzi preferenziali, ed era previsto che la differenza tra i prezzi fatturati ed i prezzi contrattuali fosse ogni volta compensata «a posteriori» fra la capogruppo della Unilever e la Roche. Anche qui c'era una clausola inglese di recesso con la facoltà per la Roche d'adeguarsi a prezzi meno elevati di altri produttori.

La ricorrente sostiene anzitutto che i prezzi speciali così convenuti non danno adito a critiche. Essi sarebbero stati giustificati da lunghi anni di rapporti commerciali e dall'ampiezza delle forniture, ma anche dalla circostanza che, grazie al predetto contratto, la Roche risparmiava le spese di distribuzione ed i costi dell'assistenza tecnica. Inoltre i contratti sarebbero stati conclusi sotto la pressione delle offerte della concorrenza, come risulta dal verbale d'una riunione svoltasi nel dicembre 1972 a Londra fra l'Unilever e la Roche. Le modalità di fatturazione non avrebbero al riguardo alcuna importanza e si spiegherebbero con ragioni puramente contabili e fiscali.

Se non vado errato, anche qui la Commissione attribuisce importanza non tanto all'accordo sui prezzi preferenziali, quanto alla sorta di impegno d'acquisto che essi rappresentavano per la Unilever nei confronti della Roche. Per la valutazione di questo contratto non si possono neppure qui assumere parametri diversi da quelli adottati per giudicare gli altri contratti. Ciò si può di nuovo dire con

riferimento alla durata del contratto: nemmeno i grossi clienti fanno necessariamente ordinativi per due anni; ed è inoltre possibile rinviare a quanto s'è già detto in relazione agli altri contratti circa la formulazione della clausola inglese di recesso. Si può ancora aggiungere che sembra logico che la Commissione deduca dalle modalità di fatturazione che esse sono pure servite per controllare l'osservanza dell'impegno di copertura del fabbisogno. Non si comprende bene infatti per quali inderogabili ragioni i prezzi contrattuali convenuti dalle società capogruppo non potessero essere immediatamente applicati dalle loro affiliate.

c) Non v'è dunque sicuramente alcun motivo di valutare in modo diverso i contratti conclusi con la Merck e con la Unilever. Essi pure vanno ritenuti espressione di un abuso, almeno per quanto riguarda l'impegno d'acquisto dei compratori, cioè a causa della restrizione alla libertà di scelta di costoro, nonché a causa dell'ostacolo così frapposto all'entrata di terzi sui predetti mercati.

4. Affronto ora il secondo addebito: esso riguarda l'applicazione di condizioni differenti a partià di prestazioni, comportamento che l'artciolo 86, 2° comma, lettera c) del Trattato vieta alle imprese che godono di una posizione dominante sul mercato. Anche a questo riguardo si può ricordare il caso dello zucchero, nel quale un addebito di tal genere è stato formulato proprio con riguardo agli sconti di fedeltà, che avrebbero pregiudicato la capacità concorrenziale dei compratori. Merita inoltre osservare che simili apprezzamenti si ritrovano anche nelle legislazioni nazionali, ad esempio nel diritto francese che vieta la pratica di differenze di prezzo non giustificate da differenti costi di produzione; lo stesso vale per il diritto inglese (cfr. la relazione della *Monopoliers and Restrictive Practices Commission «on supply of insulated electric wires and cables».*

È indubbio che nella fattispecie, come la ricorrente stessa ha riconosciuto, gli acquirenti hanno ottenuto sconti diversi gli uni dagli altri. Osservando gli sconti scaglionati in funzione del fatturato globale, si constata l'esistenza di scarti talvolta considerevoli in relazione ai quantitativi minimi necessari ed agli sconti di quantità, e ciò tanto se si confrontano fra loro i contratti conclusi nella stessa moneta e relativi allo stesso periodo, quanto se si confrontano contratti conclusi in valute differenti. Identiche considerazioni valgono per gli altri sconti, inclusi gli sconti di garanzia, che oscillano fra l'1 % e il 7,5 % se si trascurano gli sconti figuranti nel contratto con la Merck e definiti sconti di quantità. Questi divari non si possono certo giustificare con riferimento ai periodi di validità dei contratti — che in parte si sovrappongono — né con riferimento all'ampiezza della copertura del fabbisogno ovvero agli acquisti realmente effettuati, che ci sono stati resi noti per l'anno 1974. Non ho bisogno ora di dimostrare nei dettagli quanto ho appena detto; un'accurata analisi dei contratti non permette alcun dubbio a questo riguardo.

Anche i tentativi di giustificazione della ricorrente sono perciò i più disparati. Nel corso dell'audizione che si svolse durante il procedimento amministrativo, essa af-

fermò che gli sconti e la loro diversità erano irrilevanti, tenuto conto delle oscillazioni valutarie. Più tardi essa ha sostenuto che la capacità concorrenziale dei clienti non era mai stata pregiudicata. Quasi tutti i compratori infatti avrebbero lavorato le vitamine. Nei prodotti finiti però le vitamine avrebbero svolto soltanto una funzione subordinata; proprio nel settore della produzione di alimentari e di mangimi, cui sarebbe stata destinata la maggior parte delle forniture, esse avrebbero influito sul prezzo in maniera minima: per l'1 % o ancor meno. Perciò addirittura una differenza di sconto del 5 % non avrebbe potuto influire in alcun modo sulla concorrenza.

Mi sembra tuttavia che con questa argomentazione la ricorrente non riesca a difendersi dall'addebito di comportamento abusivo. Alla prima parte dall'argomentazione basta obiettare che sconti diversi si ritrovano anche in contratti conclusi nella stessa valuta. Circa la seconda parte, concordo con la Commissione nel ritenere che l'espressione «svantaggio per la concorrenza» (articolo 86, 2° comma, lettera c)) non equivalga al pregiudizio della capacità concorrenziale. Nello stesso senso anche la dottrina (Siragusa in *«Semaine de Bruges 1977»*, pag. 425) sottolinea che le discriminazioni sono vietate indipendentemente dall'esistenza di una situazione di concorrenza fra i clienti considerati. Non si può inoltre dimenticare che i compratori hanno ovviamente attribuito grande importanza agli sconti, per cui è necessario concludere che tali sconti avevano senz'altro molto peso per la loro posizione di mercato e per le loro iniziative economiche; va pure ricordato che anche nelle cause dello zucchero la Corte ha ritenuto che differenze di prezzo del 5 % bastassero per concretare la violazione dell'articolo 86, 2° comma, lettera c).

Si deve quindi concludere — senza che occorra affrontare l'argomento, palesemente irrilevante, secondo cui anche i concorrenti dell'interessata avrebbero concesso sconti dello stesso ordine di grandezza — che anche l'addebito d'infrazione consistente nel concedere condizioni contrattuali diverse risulta fondato.

5. Dopo queste osservazioni fondamentali circa l'abuso di posizione dominante, occorre ancora esaminare se il giudizio della Commissione, che — come abbiamo visto — può ritenersi fondato, salvo per qualche aspetto marginale, possa venire contestato in base al volume d'affari cui i contratti si riferiscono. Si deve ancora accertare se ci si trovi di fronte ad una distorsione della concorrenza o del commercio intracomunitario che sia rilevante e se nella fattispecie vada esclusa l'applicazione dell'articolo 86 perché, come sostiene la ricorrente, tale distorsione manca. In proposito essa sostiene specialmente che il sistema di distribuzione criticato riguardava — se si trascurano i contratti con la Merck e la Unilever e ci si limita ai contratti di fedeltà veri e propri, senza tener conto degli sconti sul fatturato globale — una quota delle vendite di vitamine nel mercato comune che negli anni 1970-1974 fu pari in media ad un modesto 4 %.

Non posso dar ragione alla ricorrente neppure su questo punto. Come giustamente ricorda la Commissione, la teoria della *rilevanza* è stata elaborata con riferimento all'articolo 85, cioè ad un settore nel quale l'effettiva concorrenza già esistente può venir limitata da accordi o da altre pratiche analoghe. Nelle fattispecie prese in esame dall'articolo 86 la concorrenza è invece praticamente inesistente dal momento che un'impresa in posizione dominante non può subire un'efficace concorrenza. In quest'ultimo caso non è in realtà possibile considerare innocuo perché privo di effetti degni di nota sulla concorrenza il comportamento di un'impresa in posizione dominante che costituisca un comportamento abusivo ai sensi dell'articolo 86.

Quand'anche si ritenesse lecito trascurare o almeno lasciare impuniti degli abusi, perché essi si riferiscono per così dire a «quantités négligeables», sarebbe comunque assai difficile far rientrare nella predetta categoria il caso di cui stiamo discutendo. Come abbiamo visto, non è assolutamente possibile trascurare i contratti stipulati con la Unilever e con la Merck; quelli di cui si potrebbe forse non tener conto, e cioè i contratti con la Protector e con la Upjohn, riguardano meno dello 0,50 % delle vendite di vitamine effettuate nella Comunità durante il 1974. È pure importante la circostanza che si tratta di contratti con grossi clienti della ricorrente che operano quasi tutti nel settore degli alimentari e dei mangimi. Però, sia che confrontiamo il loro volume d'affari con il fatturato globale della ricorrente, sia che lo confrontiamo — come suggerisce l'interessata — con l'intero smercio di vitamine nel mercato comune, una cosa è certa: non si tratta mai di grandezze che consentano, anche tenendo conto della clausola inglese di recesso, di considerare irrilevanti i loro riflessi sulla situazione della concorrenza. Poiché si tratta inoltre di contratti con trasformatori di vitamine la cui attività si estende oltre i confini di un singolo Stato membro, è legittimo presumere al tempo stesso l'esistenza di un pregiudizio al commercio fra gli Stati membri di dimensioni tali da essere comunque rilevante ai sensi dell'articolo 86.

IV — Dopo che le precedenti osservazioni hanno dimostrato la legittimità della decisione della Commissione per quanto riguarda l'abuso di posizione dominante, e l'impossibilità di metterla in dubbio salvo sotto qualche aspetto marginale, permettetemi ora di affrontare le ulteriori questioni che vertono sulla legittimità dell'ammenda.

A questo riguardo sono stati, in primo luogo, dedotti tre argomenti:

— Il primo è fondato sulla circostanza che l'articolo 86 usa concetti indeterminati (posizione dominante sul mercato, abuso). La ricorrente sostiene che un'ammenda avrebbe potuto essere inflitta soltanto se tali concetti fossero già stati precisati da provvedimenti amministrativi o meglio ancora da decisioni giudiziarie nel momento in cui furono stipulati i contratti controversi. Ciò non sarebbe invece avvenuto.

— Il secondo concerne il requisito del comportamento colposo, come esige l'articolo 15 del regolamento 17. A

questo proposito la ricorrente sostiene di essersi trovata in errore sull'esistenza del divieto e di non aver quindi tenuto un comportamento colposo.

— Infine, la ricorrente invoca il principio della parità di trattamento, ricordando che in casi analoghi — essa pensa in particolare agli sconti di fedeltà dei quali s'è discusso nelle già citate cause dello zucchero — non sono state inflitte ammende.

1. Sul primo punto la ricorrente rinvia al § 22 della legge tedesca contro le restrizioni della concorrenza, che non contempla ammende per il semplice comportamento abusivo di imprese che si trovino in posizione dominante, e ad altre legislazioni nazionali in tema di concorrenza, che irrogano ammende soltanto quando gli interessati non abbiano rispettato concrete disposizioni delle autorità di controllo antitrust. Inoltre essa ricorda che una legge del 1973 ha introdotto nel diritto tedesco della concorrenza un ulteriore procedimento di divieto, motivandolo con l'affermazione che le ammende non servirebbero per chiarire i problemi concorrenziali. Se non vado errato, la ricorrente non osa tuttavia concludere che l'articolo 15 del regolamento n. 17 (cioè la norma che contempla l'istituto dell'ammenda) è interamente illegittimo quando si riferisce all'articolo 86 del Trattato CEE. Essa si limita invece ad affermare che il predetto articolo 15 va interpretato «in senso conforme ai diritti fondamentali», cioè nel senso che è possibile infliggere ammende soltanto se la materia è già stata chiarita da decisioni amministrative.

Questa tesi si fonda sull'assunto che nella fattispecie venga criticata la conclusione di determinati contratti, che sarebbero senz'altro normali e corretti dal punto di vista della legislazione anticartello e che potrebbero essere ritenuti inammissibili soltanto in presenza di una posizione dominante. Circa il problema della posizione dominante si dovrebbe tuttavia ammettere che esso implica difficili apprezzamenti di fatto e che di conseguenza, giacché non si tratta soltanto di quote di mercato e di struttura del mercato, bensì di un'intera serie di ulteriori questioni, esistono nel caso di specie perlomeno dei fondati dubbi. L'inflizione di un'ammenda in un caso del genere contrasterebbe dunque con il principio secondo cui le disposizioni penali non possono essere applicate se non sono sufficientemente chiare. Questo principio della precisione, che è collegato al principio della certezza del diritto, è, come si può ricavare dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in parte enunciato dal diritto costituzionale degli Stati membri (art. 103 della Costituzione tedesca; art. 25, n. 2, della Costituzione italiana); inoltre esso trova espressione — come risulta del pari dalla dottrina — nell'articolo 7 della Convenzione sui diritti dell'uomo. Per quanto riguarda gli ordinamenti giuridici in cui manca una norma costituzionale di questo tipo, che del resto si riferisce non soltanto ai delitti, ma anche alle contravvenzioni, si potrebbe, come si fa ad esempio nel diritto belga, invocare il principio «in dubio pro reo» oppure — e ciò varrebbe anche per altri Stati membri — il principio «nullum crimen sine lege». Anche da esso si potrebbe desumere, e ciò

pure con riferimento alle contravvenzioni, che non si può infliggere una pena quando i concetti sono imprecisi e la loro interpretazione è dubbia. Le leggi indeterminate sarebbero quindi, se non altro, da interpretare in senso restrittivo.

La Commissione ha opposto ai predetti argomenti una serie di critiche e di obiezioni relative in particolare alla portata delle citate norme costituzionali, della norma contenuta nella Convenzione sui diritti dell'uomo e del principio riscontrabile nel diritto belga. Secondo la Commissione, si deve dubitare che esista un principio generale di diritto del tenore indicato dalla ricorrente. Essa ha osservato che tale principio è presente nel diritto costituzionale di due soli Stati membri, i quali conoscono il controllo giurisdizionale sull'attività legislativa, che si tratta di un principio di nuovo tipo e che esso si riferisce anzitutto al diritto penale, senza che sia stato ancora chiarito in modo definitivo se la sua validità si estenda alle contravvenzioni, categoria in cui vanno fatti rientrare i comportamenti puniti con le ammende contemplate dall'articolo 15 del regolamento n. 17. Si dovrebbe comunque ammettere che da ciò non si possono trarre conclusioni troppo categoriche. Sia in Germania, sia in Italia, si sarebbe riconosciuto che è possibile trovare nella legislazione norme generali, non precisabili in modo univoco, e che è dunque soprattutto importante accertare se la cornice così delineata consenta un'interpretazione *giudiziaria* e costituisca un fondamento sicuro per la giurisprudenza. Non da ultimo ciò varrebbe per il diritto della concorrenza, nel quale a causa della multiformità della vita economica non si può rinuciare a concetti generali. In tale settore sarebbe sufficiente la possibilità di accertare l'esatto contenuto della norma mediante un'interpretazione teleologico-sistematica, e sotto questo aspetto assumerebbe senza dubbio rilievo, in un caso come quello di specie, la considerazione che una grossa impresa commerciale, attiva su scala internazionale, è in grado di conoscere i diversi ordinamenti giuridici interni e di trarre da essi elementi di giudizio sufficienti per valutare la liceità o l'illiceità del proprio operato.

Circa questo punto — e proprio per questo mi sono attardato un po' di più su di esso — va senza dubbio detto che è fortissima la tentazione di esaminare dettagliatamente il problema posto sul tappeto. Nella fattispecie ciò non è tuttavia necessario, per i motivi che esporrò più oltre.

A mio giudizio, è difficile sostenere che la norma del regolamento n. 17 in materia di ammende non può assolutamente essere applicata prima che siano stati emanati provvedimenti amministrativi volti a concretare l'articolo 86. Una simile conclusione sarebbe palesemente eccessiva, giacché esistono senza alcun dubbio delle fattispecie che si lasciano facilmente sussumere sotto l'articolo 86 e che non lasciano alcun dubbio circa l'esistenza di una posizione dominante e di un abuso corrispondente agli esempi indicati nell'articolo 86.

Nella misura in cui esistono tuttavia, a fianco di tali ipotesi, zone grigie e settori marginali, sarà possibile, finché la prassi amministrativa non si sarà adeguatamente sviluppata, tenerne conto me-

diante considerazioni che attengono al problema della colpa. Tale dovrebbe quantomeno essere la situazione nel caso di specie, ragion per cui ritengo opportuno spostare l'attenzione sul predetto tema, cioè sul secondo degli argomenti dedotti dalla ricorrente.

2. In relazione al problema del se la ricorrente sia responsabile, per dolo o per colpa, di abuso della propria posizione dominante, la Roche ha suggerito l'interessante costruzione giuridica dell'errore scusabile su un divieto.

Grazie ad approfondite analisi di diritto comparato essa ha potuto dimostrare che si tratta di una teoria assai diffusa e meritevole d'essere accolta anche nell'ambito comunitario, e specificamente nel settore delle ammende, come elemento di progresso giuridico. Rinvio, in proposito, alle osservazioni svolte dalla ricorrente circa l'efficacia dell'errore sul divieto nell'ordinamento tedesco, anche per quanto riguarda le contravvenzioni, nonché nei diritti danese, olandese e francese — almeno sotto l'aspetto del dibattito dottrinale — e ricordo che lo Jeschek nel suo trattato «*Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften*» (*Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 1953, pag. 497 e segg.) ha sostenuto che un principio di tal genere era stato introdotto nel diritto comunitario dall'articolo 36 del Trattato CECA. Contro di ciò avrebbe poca importanza che gli ordinamenti inglese ed italiano siano ancora un po' restii ad accettare tale principio.

Se si accoglie questa tesi, il nocciolo della questione consiste nell'accertare se nel caso di specie sia effettivamente lecito affermare che la ricorrente è incorsa in un errore scusabile circa la propria posizione dominante e circa il comportamento criticato dalla Commissione.

A questo riguardo, per quanto concerne la *posizione dominante* — e trascurando del tutto un eventuale errore di fatto per il quale potrebbe assumere rilievo la quota detenuta dalla ricorrente sul mercato mondiale — si può osservare quanto segue:

Su alcuni mercati (vitamina A e vitamina E) la quota della ricorrente è senza dubbio a malapena rilevante. Negli altri casi, può avere importanza l'osservazione che i provvedimenti emanati nel periodo anteriore alla conclusione dei contratti in esame avevano sempre avuto per oggetto monopoli o quote di mercato molto elevate. Ci è stato detto — e nessuno lo ha contestato — che nella prassi tedesca anteriore alla riforma legislativa del 1973 nemmeno quote di mercato assai elevate erano ritenute prova sufficiente di una posizione dominante, se continuava ad esserci concorrenza sulla qualità. Può assumere rilievo nel predetto contesto anche quanto è emerso durante il procedimento con riferimento allo sviluppo dei prezzi sui mercati delle vitamine e ad una certa concorrenza sui prezzi, specialmente in relazione alla circostanza che il Trattato CECA ricollega la posizione dominante al potere di fissare i prezzi. Infine può darsi che l'interessata, conoscendo la potenza finanziaria dei suoi grandi concor-

renti, abbia pensato che il proprio comportamento non sarebbe stato atto ad impedire un'effettiva concorrenza, come non si può trascurare che il suo giudizio sulla situazione sia stato influenzato dalla consapevolezza di operare su un mercato in fortissima espansione.

Per quanto riguarda il comportamento criticato dalla Commissione, sotto l'aspetto del *diverso trattamento* dei clienti, si può osservare che i suoi effetti sulla capacità concorrenziale furono limitati e che a suo tempo gli operatori commerciali non erano in grado di riconoscere a prima vista che questa circostanza non era determinante nel caso dell'articolo 86.

Circa il *vincolo imposto ai clienti*, occorre, secondo me, riconoscere che anche parte della dottrina non critica gli sconti di fedeltà nell'ambito del Trattato CECA e con riferimento all'art. 86 (Van Hecke, «*Kartelle und Monopole im modernen Recht*», volume 1°, pag. 338) e che alla data in cui furono conclusi i contratti controversi non esisteva ancora alcuna decisione che distinguesse, nell'ambito degli sconti di fedeltà, fra quelli che erano veramente tali e quelli che non lo erano. In particolare — secondo quanto la ricorrente ha affermato senza essere contraddetta — tali contratti non sono finora mai stati puniti con ammende né negli Stati Uniti, né in Germania. Non è neppure del tutto da respingere l'asserzione che la ricorrente riteneva meno criticabili tali contratti nella fase d'espansione allora attraversata dal mercato, la quale, a differenza di ciò che avviene in un mercato stagnante, lasciava spazio sufficiente a tutti gli operatori economici. Del pari, la ricorrente non ha sbagliato del tutto nell'attribuire importanza al principio della ponderazione degli interessi, principio di cui s'è comunque parlato nella decisione GEMA, adottata dalla Commissione con riferimento ad un vincolo esclusivo, e nella sentenza SABAM, pronunciata dalla Corte con riferimento ad un caso analogo. Non da ultimo potrebbero assumere rilievo nel predetto contesto la clausola inglese di recesso, presente in tutti i contratti, e la sua effettiva applicazione da parte della ricorrente, e ciò in ispecie se si considera che tale clausola è stata inserita nei contratti in ottemperanza a quanto suggerito dalla Commissione stessa nella sua decisione Dunlop (GU 1969, n. L 323, pag. 21).

Di fronte a tutte queste osservazioni — cui non si può secondo me validamente contrapporre che la ricorrente avrebbe potuto garantirsi da errori mediante ricerche giuridiche e che, conoscendo il diritto nazionale, il quale era in parte assai diverso da un paese all'altro, essa avrebbe dovuto essere prudente — non si dovrebbe esitare ad accogliere nella fattispecie l'idea d'un errore scusabile di diritto circa l'applicazione dell'articolo 86. Quantomeno è lecito affermare che la colpevolezza è stata così ridotta che non v'era motivo di infliggere un'ammenda, e questo particolarmente quando s'aveva a che fare con un'impresa che s'era dimostrata — tutti lo hanno riconosciuto — pronta alla massima cooperazione durante il procedimento amministrativo e che aveva provveduto immediatamente a far cessare il comportamento criticato.

3. Ciò premesso, non è più il caso di approfondire l'argomento che verte sulla disparità di trattamento nell'inflizione delle ammende. Se tuttavia volessimo ugualmente farlo, basterebbe ricordare in breve che nel presente caso tale argomento non gioverebbe in realtà alla ricor-

rente. Quando in tale contesto la ricorrente rinvia al caso dello zucchero bisognerebbe precisare che in tale occasione erano state inflitte ammende anche per violazione dell'articolo 86 mediante la concessione di sconti di fedeltà e che la Corte s'è limitata a ridurre tali ammende, sebbene in misura cospicua.

4. Allo stesso modo è inutile — una volta detto che occorre annullare le ammende — discutere se non si dovessero almeno correggere le loro modalità di calcolo. Vorrei tuttavia osservare che una simile correzione sarebbe comunque stata opportuna, giacché secondo le risultanze del procedimento l'interessata non godeva di una posizione dominante sul mercato della vitamina B_3 ed anche per quanto riguarda l'abuso consistente nel vincolo imposto ai clienti, per due contratti esso è piuttosto difficile da dimostrare. Oltracciò sarebbe possibile nel predetto contesto tener conto del fatto che una parte notevole delle forniture della ricorrente era destinata ad impieghi tecnici, cioè ad un mercato per il quale non è stato possibile provare che la ricorrente vi godesse d'una posizione dominante. Inoltre si potrebbe qui tener conto anche dei reali effetti prodotti dai contratti controversi. Ricordo in proposito le asserzioni della ricorrente, che essa ha cercato in parte di convalidare rinviando alle precisazioni fornite, circa gli addebiti contestatile dalla Commissione, dai suoi clienti, i quali avrebbero continuato a sentirsi largamente liberi nel decidere i propri acquisti anche grazie alla clausola inglese di recesso ed alla sua generosa applicazione da parte dell'interessata. Ricordo pure le osservazioni della Commissione la quale ha riconosciuto che apparentemente — questa circostanza non è stata a quanto sembra controllata in ogni singolo caso — gli impegni assunti nei contratti non sono sempre stati rigorosamente rispettati e che l'attrazione esercitata dagli sconti non è sempre stata così forte come si temeva. Questo almeno sembra doversi intendere quando la Commissione conclude che i 22 clienti di cui si tratta hanno coperto *per la maggior parte* o *sostanzialmente* il loro fabbisogno presso la ricorrente. Non voglio ora entrare nei dettagli e mi accontento di rinviare alle osservazioni svolte dalla Commissione nella controreplica (pag. 52 e segg.) e nella risposta al questionario della Corte (pag. 12 e segg.) nonché nei rapporti — versati agli atti — concernenti le ispezioni svolte presso i clienti della ricorrente.

V — Non abbiamo però ancora terminato l'esame di questo caso. Ci sono due altri argomenti che secondo la ricorrente metterebbero in forse la legittimità dell'intera decisione: l'uno concerne la violazione del divieto di usare documenti di cui si sia venuti in possesso illegalmente, l'altro il diniego del contraddittorio.

1. Sul primo punto sarò abbastanza breve.

La ricorrente ha sostenuto che suoi documenti confidenziali erano stati consegnati abusivamente alla Commissione da un suo ex-dipendente, cosa che è punita dalla legge svizzera — come risulta da una sentenza penale pronunciata contro tale impiegato —. Stando alle deposizioni rese dall'imputato alla polizia, la sottrazione dei documenti sarebbe avvenuta su richiesta della Commissione. Nel

far ciò la Commissione avrebbe violato il diritto internazionale, conducendo indagini in territorio svizzero senza l'autorizzazione delle autorità elvetiche. Una simile ingerenza nella sovranità d'uno Stato estraneo alla Comunità renderebbe necessariamente inutilizzabili i documenti in tal modo ottenuti, e ciò tanto più in quanto, visto che la fattispecie controversa risulta senz'altro dai contratti consegnati dalla ricorrente, un simile straripamento di competenza da parte della Commissione non appariva necessario e contrasta quindi col principio della proporzionalità.

La Commissione nega anzitutto d'aver indotto l'ex-dipendente dell'interessata a compiere gli atti di cui s'è detto. Nessun indizio in questo senso trasparirebbe dalla già citata sentenza penale. Si potrebbe inoltre osservare che la Svizzera non ha mai protestato presso la Comunità per indagini effettuate illegalmente in territorio elvetico.

Non è il caso di soffermarsi su questo argomento. In fin dei conti — ed è questo che ha importanza — la ricorrente ha prodotto in giudizio di propria iniziativa i suddetti documenti ed ha per di più dichiarato di rinunciare all'eccezione di inutilizzabilità, rimettendosi espressamente al prudente giudizio della Corte per quanto riguardava il modo di affrontare e chiarire tale problema. Sulla base delle conclusioni cui sono giunto finora, non v'è di certo alcun motivo per approfondire l'argomento. Ritengo dunque che sia meglio astenerci dall'esaminare tale delicata questione, non da ultimo per il fatto che, altrimenti, sarebbe necessario accertare quale parte abbiano svolto la Commissione ed i suoi funzionari nella vicenda dei documenti sottratti.

2. Per quanto riguarda poi il diniego del contraddittorio, la ricorrente lamenta anzitutto che determinati documenti probatori, cui la decisione si riferisce, non siano stati oggetto di un'audizione. Essa aggiunge che non le è stato concesso di prendere visione di certi dati di mercato utilizzati dalla Commissione (quote di mercato dei concorrenti, smercio di vitamine nella Comunità, cifre concernenti le importazioni) e che non le è stato consentito di avere notizia completa e tempestiva delle informazioni fornite dai suoi clienti, dei rapporti sulle verifiche effettuate presso i suddetti clienti e delle precisazioni da costoro fornite con riferimento agli addebiti della Commissione. Infine essa ritiene che, nell'insieme, le sia stato ingiustamente impedito di avere piena conoscenza del fascicolo; ciò le avrebbe infatti permesso di far valere circostanze esimenti che invece non sono state invocate.

Circa tale argomento, va in primo luogo osservato che i documenti i quali, secondo la ricorrente, avrebbero dovuto formare oggetto di un'audizione, provenivano dalla ricorrente stessa e le erano quindi noti. Va altresì ricordato che per tali procedimenti le norme vigenti nella Comunità contemplano in sostanza soltanto l'obbligo di notificare gli addebiti. Gli addebiti devono esporre — come è già stato chiarito dalla giurisprudenza — le circostanze essenziali del caso e le rela-

tive considerazioni giuridiche; non c'è invece alcun accenno ad un obbligo di comunicare i documenti cui la Commissione si riferisce. Qualora si ritenga tuttavia che esistano fattispecie in cui è necessario discutere tali documenti con l'interessato (o gli interessati) — ad esempio, quando sono possibili diverse interpretazioni o quando si può pensare che i documenti siano incompleti e possano essere integrati dall'interessato con materiale a suo discarico — va osservato che nel caso di specie non è stato fatto valere nulla di simile. Visto inoltre che i fatti (vincolo dei clienti mediante premi di fedeltà) comprovati dai documenti in questione sono stati chiaramente enunciati negli addebiti e per di più esaurientemente discussi in sede di ricorso giurisdizionale, non v'è alcun motivo di annullare il provvedimento della Commissione a causa del mancato contraddittorio su questi punti.

La ricorrente ha inoltre sostenuto che le si sarebbe dovuto consentire di prendere completa visione del fascicolo del procedimento amministrativo. La Commissione ha risposto — ed io condivido tale risposta — che il diritto comunitario non contempla nulla di simile, né esiste un principio generale di diritto che abbia tale contenuto. Particolare attenzione meritano le osservazioni che essa ha svolto in proposito con riferimento ad un settore ampiamente elaborato come è quello del diritto tedesco antitrust (§ 53 della legge contro le restrizioni della concorrenza). Secondo tale legislazione, nel procedimento amministrativo si esige semplicemente che gli interessati possano rispondere agli addebiti formulati nei loro confronti e che la decisione non si fondi su circostanze loro ignote. Tale principio viene manifestamente applicato dal *Bundeskartellamt* nel senso che gli interessati ricevono soltanto comunicazione del contenuto sostanziale degli atti e vengono informati soltanto dei punti fondamentali delle dichiarazioni rese da altri interessati. Neppure nel ricorso, che è un procedimento giurisdizionale, esiste il diritto di ricevere comunicazione dell'intero fascicolo. Il § 71 della legge sulle restrizioni della concorrenza permette di prendere visione degli atti preliminari e collaterali, dei pareri e delle informazioni solo previo consenso dell'interessato; quando tale consenso viene negato, con richiamo all'obbligo del segreto, di tali atti viene reso noto solo il contenuto sostanziale affinché esso possa essere invocato nel corso del procedimento.

Prendendo le mosse da questi principi, occorre ancora svolgere le seguenti osservazioni in merito alle singole critiche sollevate dalla ricorrente:

Trascuriamo il fatto che la Direzione generale della concorrenza ha risposto in data 13 agosto 1975 ad alcune domande rivoltele dalla ricorrente e che talune asserzioni della ricorrente sono state sostanzialmente riconosciute esatte, come risulta da uno scritto della Commissione del 16 luglio 1976, e veniamo invece alla questione delle quote di mercato di altri concorrenti. A questo riguardo è importante osservare che la Commissione, dopo essersi inizialmente richiamata all'obbligo del segreto sulla base della sentenza 45/69 *(Boehringer Mannheim GmbH/Commissione delle Comunità europee,* sentenza del 15 luglio 1970, *Racc.* 1970, pag. 769), ha, se non altro in sede processuale, comunicato alla ricorrente

tali cifre in forma resa anonima, il che ha manifestamente permesso alle parti di giungere, per quanto riguarda le quote di mercato, a valutazioni largamente coincidenti.

Circa le precisazioni fornite dai clienti della ricorrente in merito agli addebiti formulati dalla Commissione, ritengo che sia ora inutile esaminare se la Commissione avesse il diritto di tenerle segrete. Esse sarebbero comunque di poco peso per il caso di specie, non solo per le considerazioni di cui dirò fra breve, ma già per il semplice fatto che sono state rese nel corso di un procedimento ai sensi dell'articolo 85, nel quale i «partners» contrattuali della ricorrente dovevano considerarsi, per così dire, «imputati».

Per quanto riguarda le informazioni raccolte e le verifiche effettuate presso i clienti, non va infine dimenticato che solo una parte di costoro ha acconsentito a che la ricorrente prendesse visione di tali documenti. La ricorrente è dunque venuta a conoscenza dei predetti documenti nella misura in cui gli interessati lo hanno permesso ed ha inoltre preso visione di atti, resi anonimi, concernenti altri clienti. Per di più detti documenti assumerebbero rilievo soltanto se il giudizio sull'atto impugnato dipendesse dall'effettivo funzionamento del sistema di distribuzione della ricorrente. Ma ciò influisce a mio parere solo sulle ammende, che devono essere annullate, e non sul resto.

In base a quanto s'è visto, si può avere l'impressione che nel corso del procedimento amministrativo la Commissione avrebbe dovuto discutere più in dettaglio con la ricorrente i documenti su cui fondava la propria azione e che essa avrebbe dovuto maggiormente informare la ricorrente su fatti sostanziali già durante il procedimento amministrativo, senza attendere il ricorso giurisdizionale. Ma anche così non è possibile, in ultima analisi, invocare nel presente caso una violazione dei diritti della difesa tale da implicare il completo annullamento della decisione impugnata.

VI — Consentitemi di riassumere ancora una volta la mia opinione. Secondo me la decisione impugnata è fondata nella parte in cui afferma che la ricorrente domina il mercato di sei vitamine (con la sola eccezione della vitamina B_3) ed ha vincolato a sé in modo abusivo venti clienti (con l'eccezione delle ditte Protector ed Upjohn) e le fa carico di un trattamento ingiustificatamente diverso delle imprese menzionate nella decisione stessa. L'inflizione di un'ammenda per violazione dell'articolo 86 mi sembra invece ingiustificata, visto il grado di colpa assai ridotto della ricorrente. Il ricorso della ditta Hoffmann-La Roche va quindi accolto nella misura così indicata; per il resto esso va respinto. Propongo inoltre che ciascuna delle parti sopporti le spese da essa incontrate.