CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GERHARD REISCHL presentadas el 19 de septiembre de 1978 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

El asunto que hoy nos ocupa tiene por objeto una Decisión adoptada por la Comisión de las Comunidades Europeas con arreglo al artículo 86 del Tratado CEE por «explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común».

La demandante en este asunto es la sociedad matriz de Hoffmann-La Roche, grupo que opera en el mundo entero, con domicilio social en Basilea y con filiales en todos los Estados miembros de la Comunidad, con excepción de Luxemburgo e Irlanda. Hoffmann-La Roche, a quien en lo sucesivo denominaré «Roche» para abreviar, fabrica, entre otras cosas, vitaminas sintéticas a granel. Parte de esta producción empezó ya en los años treinta y cuarenta; a partir de entonces, las patentes concedidas para estos productos, al parecer, han caducado. En el mercado común, Roche tiene unos 5.000 clientes en el sector de la fabricación de productos farmacéuticos o destinados a la alimentación humana y animal. Entre 1963 y 1973, Roche celebró con varios de estos clientes –a saber, con 22 compradores que fabrican y venden en el mercado común– contratos de abastecimiento que a menudo tenían un contenido muy diferente y que examinaré más adelante. Según ha expuesto la Comisión, estos contratos tenían la finalidad de hacer que los principales compradores de vitaminas quedasen vinculados a la demandante, bien mediante obligaciones expresas de abastecimiento en lo que respecta a la totalidad o a la mayor parte de sus necesidades, o bien mediante primas por fidelidad o precios preferenciales, de estructura variable según los casos.

La Comisión considera que unos acuerdos referidos a relaciones que han durado hasta el final de 1974 son contrarios al Derecho comunitario. Cree poder demostrar que Roche ocupa una posición dominante en una serie de mercados de vitaminas y estima que tales acuerdos pueden afectar negativamente a la libertad de elección y a la igualdad de trato de los compradores.

La demandante no comparte este punto de vista. En efecto, ha asegurado a este Tribunal que desde la primera visita de los funcionarios de la Comisión, en otoño de 1974, empezó a revisar los contratos objeto de litigio. Incluso antes de que se adoptase la Decisión impugnada, dichos contratos ya

* Lengua de procedimiento: alemán.

habían sido anulados o modificados. Parece ser que en enero de 1975 fueron presentadas a la Comisión, para su consideración, nuevos contratos marco. Además, en junio de 1975, se presentaron a la Comisión, para que ésta las examinara, nuevas versiones de los contratos que debían celebrarse con la empresa Merck, uno de los compradores en cuestión.

A pesar de ello, en julio de 1975 se entabló contra Roche un procedimiento por competencia desleal, en relación con el sistema de venta utilizado anteriormente. Después de que la demandante y las otras partes contratantes hubieron presentado sus observaciones sobre las distintas imputaciones formuladas por la Comisión y después de haber sido oídas las partes y de que los clientes y las sociedades filiales de la demandante establecidas en el mercado común hubieron respondido a la preguntas que se les hicieron, el procedimiento concluyó el 9 de junio de 1976 con la adopción de la Decisión.

En esta Decisión, la Comisión consideró que la demandante ocupaba, en el mercado común, una posición dominante en siete mercados de vitaminas, a saber, las vitaminas A, B_2, B_6, C, E, H y el ácido pantoténico. La Comisión estimaba que, habida cuenta del vínculo que Roche había creado por distintos medios, con el que ataba a varios de sus compradores, y a la vista de la diferencia de trato de que éstos eran objeto, podía imputarse a la demandante un abuso en el sentido del artículo 86 del Tratado. Por consiguiente, el artículo 2 de la Decisión exigía que se pusiese fin inmediatamente a la conducta incriminada. Además, alegando que Roche había infringido intencionadamente, o al menos por negligencia, el artículo 86 la Comisión le impuso una multa con arreglo al apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17, pero sólo tuvo en cuenta, a este respecto, el período comprendido entre 1970 y 1974. Según el artículo 3 de la Decisión, esta multa, que debe pagarse en un plazo de tres meses a partir de su notificación, asciende a 300.000 UC y, como la demandante tiene una sociedad filial en la República Federal de Alemania, dicha multa ha sido convertida, en la Decisión, en 1.098.000 DM.

El 27 de agosto de 1976, Roche interpuso un recurso contra esta Decisión. En él solicita, con carácter principal, la anulación de la misma en su totalidad. Con carácter subsidiario, solicita únicamente la anulación de su artículo 3, es decir, de la disposición por la que se impone la multa.

Después de haberse debatido ampliamente el tema en voluminosos escritos –las partes han dado además muchas explicaciones suplementarias en respuesta a una larga lista de preguntas de este Tribunal– y tras un minucioso debate que tuvo lugar en la vista de 31 de mayo de 1978, mis conclusiones sobre este asunto son las siguientes.

I. Durante algún tiempo pudo haber dudas sobre si lo que quería la demandante era sólo que se anulara la multa que le había sido impuesta, es decir, el artículo 3 de la Decisión, o si, por el contrario, lo que le importaba era que fuese anulada la Decisión en su totalidad. Debido precisamente a

explicaciones expresas dadas durante la vista, ya no cabe ninguna duda a este respecto. La demandante mantiene también su solicitud principal de que se anule la declaración según la cual ella ocupa, en determinados mercados de vitaminas, una posición dominante que utilizó de manera abusiva al disponer, de la forma en que lo hizo, los contratos de abastecimiento que había celebrado.

II. Así pues, el examen debe empezar por la cuestión tan controvertida de si, en la época de que se trata, en particular de 1970 a 1974, la demandante ocupaba una posición dominante. Luego, estudiaré si la mencionada celebración de contratos de abastecimiento debe ser considerada constitutiva de abuso en el sentido del artículo 86 del Tratado y sólo entonces me dedicaré a examinar los demás motivos del recurso, siempre que la demandante no haya desistido de ellos mientras tanto como ha ocurrido con la alegación de que la Comisión actuó incorrectamente, es decir, en infracción del artículo 18 del Reglamento nº 17, al expresar el importe de la multa en la moneda de un Estado miembro.

1. Ya hay alguna jurisprudencia acerca del concepto de «posición dominante» a que se refiere el artículo 86 del Tratado.

Según esta jurisprudencia, se habla de posición dominante cuando la competencia es obstaculizada considerablemente (sentencia de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión, 6/72, Rec. p. 215), o, como se dice en la sentencia de 8 de junio de 1971, Deutsche Grammophon (78/70, Rec. p. 487), cuando una empresa está en situación de impedir que haya una competencia efectiva en una importante parte del mercado de referencia. Al examinar esta cuestión hay que considerar sobre todo –y esto se desprende también de la última sentencia citada– si hay fabricantes que distribuyen los mismos productos y cuál es su posición en el mercado.

En particular, en el famoso asunto del azúcar, sentencia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión (asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663), se hablaba de cuotas de mercado en el contexto del artículo 86. Puede deducirse de dicha sentencia que, cuando las cuotas son muy altas en mercados determinados y delimitados (del 85 %, 90 % o 95 %) y cuando las importaciones son muy reducidas, se puede concluir sin más, es decir, sin hacer comprobaciones adicionales, que es posible que la empresa en cuestión impida que haya una competencia efectiva.

La sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión (27/76, Rec. p. 207), a la que la Comisión ha hecho referencia especialmente, ha proporcionado también una importante explicación suplementaria. Lo importante en esa sentencia es la conclusión general de que es característico de una empresa que ocupa una posición dominante en el mercado el hecho de no necesitar, hasta cierto punto, tener en cuenta a los competidores, a los clientes ni a los consumidores. Además, dicha sentencia

puso de relieve el hecho de que una posición dominante resulta, en general, de varios factores; en primer lugar, debe examinarse la estructura de la empresa en cuestión y luego, la situación en dicho mercado en lo que respecta a la competencia. En cuanto al primer punto, la sentencia 27/76 evocaba toda una serie de factores importantes, como son una marcada integración vertical, la existencia de medios de transporte propios, conocimientos técnicos, una publicidad eficaz que induzca al comprador a preferir la marca de que se trate, un número limitado de clientes y el hecho de mantener un bajo nivel de oferta de los productos. En cuanto a la situación en dicho mercado en lo que respecta a la competencia –puede decirse que algunos de los factores que se acaban de mencionar se refieren también a este punto– la cuota de mercado de la demandante, que oscilaba entre el 40 % y el 45 %, jugó un papel importante. Sin embargo, se comprobó además –y sólo tras esa comprobación decidió el Tribunal de Justicia que existía una posición dominante– que la demandante constituía el principal grupo platanero; además, tras efectuar investigaciones sobre el número y la fuerza de los competidores, se demostró que, a pesar de haber una competencia reiterada y muy intensa en determinados mercados, a la que la demandante había podido hacer frente, no se había producido ninguna transferencia de cuotas de mercado. Otro factor muy importante fue que el acceso al mercado se hizo difícil debido a la necesidad de realizar fuertes inversiones y que, por tanto, no debía esperarse que llegaran nuevos competidores al mercado; en cambio, no se han tenido en cuenta ciertas consideraciones acerca de la rentabilidad y de la posibilidad de fijar los precios.

2. Por tanto me parece útil echar una rápida ojeada a los ordenamientos jurídicos nacionales que recogen el concepto de dominación del mercado. Según la doctrina y la práctica desarrolladas en este sector, es posible, de hecho, tener la impresión de que la sentencia United Brands/Comisión, a la que me acabo de referir, se basa en un enfoque que se considera correcto, por lo general, en lo que respecta a la cuestión de las cuotas de mercado que deben tenerse en cuenta y de las investigaciones adicionales necesarias.

Así pues, es interesante el hecho de que en Francia a menudo se tienen en cuenta cuotas de mercado del orden del 50 %, a lo que se suman otras consideraciones relativas, por ejemplo, a la fuerza y el tamaño de los otros competidores, a la organización técnica y comercial y a otros factores de este tipo (véase Collin, R.: «La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire», Semaine de Bruges 1977, pp. 244 y ss.). También el Derecho alemán tiene en cuenta las cuotas de mercado de esa magnitud (véanse las decisiones del Bundesgerichtshof de 3 de julio y 16 de diciembre de 1976, Wirtschaft und Wettbewerb 1976, p. 783, y 1977, p. 255). Pero, además, se tienen en cuenta detalladas investigaciones sobre las relaciones de competencia, a saber, la posición de los competidores, la estructura del mercado, la evolución de éste y la conducta de los interesados; los recursos financieros y técnicos de una empresa líder también se tienen en cuenta. Parece ser que en los países nórdicos se aplica la misma regla (véase «La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en

droit communautaire», Semaine de Bruges 1977, pp. 301 y ss.). En Finlandia, por ejemplo, se habla de posición dominante cuando se controla más del 50 % del mercado. Si bien es cierto que en otros ordenamientos jurídicos (Noruega, Dinamarca y Suecia) basta con que haya cuotas de mercado del 25 % o que varíen entre el 25 % y el 50 %; no hay que olvidar que, en estos países, el concepto de mercado de referencia se interpreta de manera muy restrictiva. Por último, la situación en EE UU, donde hay una gran experiencia práctica sobre el Derecho de los monopolios, es casi la misma. Ha sido acertadamente descrita en un resumen de jurisprudencia que Holley ofrece en las páginas 174 y siguientes de la citada publicación Semaine de Bruges 1977. Según este resumen, no son necesarios otros argumentos cuando se controla el 90 % del mercado. Esto ya no se aplica cuando se trata de cuotas de mercado del 75 %; en tal caso, se necesita, además, tener en cuenta otros factores, puesto que es evidente que la presunción de dominación del mercado es tan fuerte que es difícil de refutar. En caso de cuotas de mercado inferiores a dicho porcentaje (60 %-70 %), aumenta la importancia de los factores adicionales que hay que tener en cuenta; si las cuotas de mercado superan escasamente el 50 %, debe haber claros indicios de otro tipo que señalen la existencia de una posición dominante en el mercado y, cuando las cuotas son inferiores al 50 %, parece ser que es muy difícil, según el Derecho de EE UU, demostrar que existe una posición dominante.

3. Al empezar el examen del presente asunto a la luz de estos hechos, conviene recordar, en primer lugar, que la Comisión llegó a la conclusión de que Roche ocupaba una posición dominante, habida cuenta, sobre todo, de la magnitud de sus cuotas en los distintos mercados de vitaminas y de la posición de los productores que la siguen de cerca. Pero la Comisión consideró que también tenía importancia el hecho de que la demandante sea el mayor fabricante de vitaminas, que disponga de una flexibilidad y de un poder económico en consecuencia, que pueda ofrecer una gama muy amplia de vitaminas de su propia fabricación y que posea un avance tecnológico y comercial respecto a sus competidores; en este contexto, hay que tener presentes el «know-how» técnico y la muy desarrollada red de distribución de la demandante.

Ante estas afirmaciones, la demandante alega, por un lado, que la Comisión se basó en datos erróneos; Roche mantiene que sus cuotas de mercado, en lo que respecta a las distintas vitaminas, son menores. Además, algunos factores adicionales –la amplia gama de vitaminas ofrecida por la demandante y el poder financiero de ésta– que la Comisión tuvo en cuenta al examinar la situación de los competidores, no son concluyentes en cuanto a la pujanza de la demandante en el mercado. Por otra parte, según Roche, la Comisión actuó incorrectamente al no tener en cuenta otros factores. A este respecto, la demandante piensa, sobre todo, en el examen de la situación del mercado y de la conducta en éste durante un período más largo, ya que lo importante es, precisamente, que el mercado de la vitamina se encuentra en un estado de fuerte expansión; la demandante tampoco tiene, según ella, el poder de fijar los precios, dado que, por el contrario, la evolución de los mismos

está determinada también por la presión que ejercen otros competidores, incluso competidores potenciales. Además, añade la demandante, la Comisión no tuvo en cuenta el acceso a los mercado de abastecimiento, sector en el que la demandante, en contra de lo que sucede con sus principales competidores, está expuesta a dificultades, porque, en lo que respecta a sus materias primas, depende de otros fabricantes.

4. Por tanto, conviene examinar, en primer lugar, las cuotas de la demandante en el mercado de las distintas vitaminas. Sobre este punto, la opinión es unánime acerca de la necesidad de examinar por separado los mercados de vitaminas, porque cada una de ellas requiere instalaciones de fabricación especiales y porque las vitaminas no son intercambiables. Durante el procedimiento, después de que la Comisión hubo proporcionado las cifras relativas a las ventas realizadas por los competidores de la demandante, también se logró la unanimidad en cuanto a determinados datos, tal como se desprende de las observaciones conjuntas presentadas por las partes en respuesta a la lista de preguntas del Tribunal de Justicia. En la medida en que se ha mantenido la divergencia sobre ciertos puntos, me dedicaré a examinarlos cuando me ocupe de los diferentes mercados de vitaminas.

a) Seré relativamente breve en lo que respecta a la vitamina A. Sobre este punto, la demandante ha declarado que la cifra que menciona la Comisión en la Decisión impugnada (el 47 % del mercado de la Comunidad) debe tomarse como correcta y que puede considerarse representativa para los años 1970 a 1974.

La demandante estima únicamente, y esto se refiere a todas las vitaminas que van a examinarse, que la Comisión no debería haber pasado por alto el hecho de que, en mercados parciales (la demandante presentó datos numéricos relativos a Dinamarca y a Bélgica, así como a los años 1971 a 1974) en algunos casos podían verse variaciones considerables. Es difícil –y esto también se aplica a todas las vitaminas– considerar que este punto es importante, y no sólo en los casos en que, como sucede con las vitaminas B_3 y B_6, se ve que la cuota de mercado en las regiones indicadas no ha hecho sino *aumentar*. En primer lugar, las causas de las variaciones no están claras; no puede excluirse, sobre todo, que se deban a determinada estrategia de mercado. Pero, aun admitiendo que las variaciones sean el resultado de una competencia en el mercado, es muy importante la conclusión a que se llega en la mencionada sentencia United Brands/Comisión, según la cual incluso el hecho de que exista una competencia en mercados parciales no excluye la posibilidad de que haya una posición dominante cuando quede patente –y a este respecto, constituye un indicio la estabilización de la cuota de mercado en relación con la totalidad del mercado común– que la empresa en cuestión ha podido resistir con éxito los esfuerzos de posibles competidores.

Por lo tanto, puede decirse, en cuanto a la vitamina A, que la cuota de mercado es lo suficientemente elevada como para dar lugar a la aplicación del artículo 86 y que

debe considerarse que constituye un indicio de la existencia de una posición dominante.

b) La situación tampoco plantea casi ningún problema en lo que se refiere a la vitamina B_2. Según la información contenida en las observaciones conjuntas, las cuotas de mercado de la demandante entre 1972 y 1974 variaban del 74,8 % al 84,5 % si se toman como referencia las cantidades vendidas, y del 80,6 % al 87 % si se toma como base el valor de los suministros. En cambio, para el año 1971, la demandante considera correcta una cuota de alrededor del 70 % como máximo.

Es perfectamente posible basarse en estas cifras, que, con toda seguridad, también son suficientemente altas. En realidad, no se ve ninguna objeción válida a las cifras citadas. Lo mismo puede decirse, en primer lugar, de las indicaciones dadas por la demandante, según las cuales la cuota de Roche en el mercado mundial es supuestamente menor. Naturalmente, por ellas solas, estas indicaciones no constituyen una prueba de que las cifras fijadas inicialmente por la Comisión sean exageradas, como piensa la demandante. Lo mismo ocurre en cuanto a la referencia de la demandante a las instalaciones de fermentación, cuyo funcionamiento ha sido interrumpido; parece ser que éstas se encuentran principalmente en Estados Unidos y hay que contar con que vuelvan a ponerse en marcha si suben los precios. En efecto, para el cálculo de las cuotas de mercado sólo importa, evidentemente, lo que llega al mercado y no una competencia potencial. Este punto sólo debe examinarse en otro contexto.

c) La situación es totalmente idéntica en lo que respecta a la vitamina B_6. Según la información contenida en las observaciones conjuntas, las cuotas de mercado de la demandante, calculadas sobre la base de las cantidades vendidas, se situaban, de 1972 a 1974, entre el 84,2 % y el 88,4 %. Podemos aceptar estas cifras dado que la demandante, para apoyar su versión de que había que tener en cuenta cifras más bajas, sólo pudo referirse a sus valoraciones de la magnitud de su cuota en el mercado mundial.

En cambio, en lo que respecta al período anterior –a propósito del cual la Comisión no ha presentado ninguna cifra–, es posible que la cuota de mercado de la demandante sea de cerca del 68 %, como ha valorado ella misma. Pero, si se toman como base estas cifras, aún sigue habiendo, según los datos que se deducen de la jurisprudencia de este Tribunal y de la práctica nacional, una cuota ampliamente suficiente como para admitir la existencia de una posición dominante en el sentido del artículo 86.

d) En cuanto a la vitamina H (biotina), las partes están de acuerdo en que, hasta 1970, la demandante tenía un monopolio del 100 % y, hasta 1974, su cuota de mercado bajó hasta el 93 %.

Independientemente de las consideraciones que se harán más adelante acerca de la importancia de la fase de mercado, la cuestión que aquí se plantea es sólo si es importante el hecho de que este producto pueda ser sustituido por otros en la industria de la fermentación, como ha alegado la deman-

dante. En sí misma, la objeción de la Comisión según la cual la información dada por la demandante es demasiado imprecisa y no está suficientemente probada en lo que se refiere, sobre todo, al alcance de la intercambiabilidad que discute la Comisión, me parece fundada a este respecto –más adelante examinaré con detalle el problema de la intercambiabilidad en el caso de las vitaminas C y E. Por último, no es preciso profundizar ahora en esta cuestión, simplemente porque, aun aceptando las cifras presentadas por la demandante, cuya cuota de mercado se ve reducida por ello en un 15 % aproximadamente, seguiría habiendo una cuota de mercado extraordinariamente alta, totalmente comparable a las cifras citadas hasta ahora y que, por tanto, debería tenerse en cuenta a efectos de la aplicación del artículo 86.

e) Por lo que respecta a la vitamina C, el cálculo de las cuotas de mercado no ofrece dificultades en la medida en que ambas partes asumen que, de 1972 a 1974, si se considera sólo la vitamina, la demandante tenía una cuota de mercado que variaba del 63 % al 64 %, calculada en cantidad, o, si se toma como referencia el valor de las ventas, una cuota entre el 64,8 % y el 66,2 %. Respecto a los años 1970 y 1971, las cuotas de la demandante, según ella, fueron entre el 1 % y el 2 % más bajas, lo que evidentemente no cambia nada en cuanto a la magnitud que puede dar lugar a la aplicación del artículo 86.

No obstante, como ya he indicado, lo que plantea problemas es la valoración del argumento de la demandante relativo a la competencia de productos sustitutivos. Sobre esto, la demandante ha declarado que la vitamina C se utiliza en gran parte –según ella, el 30 % de sus ventas (no ha podido presentar cifras más concretas)– para fines tecnológicos, es decir, no por sus cualidades bionutritivas, sino por sus características químicas y físicas, sobre todo como «antioxidante». En este concepto, la vitamina puede, según la demandante, ser sustituida por otros productos. Ahora bien, si se suman estos productos para el cálculo del mercado de referencia –sobre este punto también la demandante debe recurrir a estimaciones– la cuota de Roche, en lo que respecta a 1974, sólo llega al 46 % o al 47 %.

Por lo que se refiere a este problema concreto, puede dejarse en suspenso la cuestión de si, como piensa la Comisión, la demandante se basa efectivamente en cifras exageradas, lo que bastaría de por sí para proceder a una corrección de los cálculos hechos por esta última. Como ya se sabe, la Comisión se refiere en este caso al ácido cítrico, un producto sustitutivo que ocupa una cuota considerable (el 60 %) en los cálculos de la demandante. Sólo haré una observación con relación a esto: si bien es cierto que, según las Directivas comunitarias 70/357/CEE y 70/524/CEE, ya vigentes entonces, el ácido cítrico no se considera un antioxidante, podría, no obstante, tenerse en cuenta a este respecto, ya que, según la Directiva 70/357, refuerza el efecto antioxidante de otros productos y puede, por tanto, sustituir parcialmente a la vitamina C. Además, no hay que olvidar que, en sus cálculos, la demandante sólo tuvo en cuenta la cuarta parte de la cantidad total de ácido cítrico introducida en el mercado.

De hecho, lo esencial es saber cómo interpretar el concepto de «intercambiabilidad» en el Derecho sobre la competencia. A este respecto, la Comisión está en lo cierto, en mi opinión, al reconocer la intercambiabilidad únicamente en los casos en que, desde el punto de vista del comprador y del uso que éste hace de una mercancía, puede decirse que otro producto sirve para satisfacer necesidades idénticas. En relación con este punto, podemos remitirnos a la jurisprudencia de la Supreme Court americana y de su interpretación del concepto de «reasonable interchangeability», la misma regla vale también según el Derecho alemán sobre la competencia, tal como se desprende de la mencionada decisión del Bundesgerichtshof de 3 de julio de 1976 y de las observaciones contenidas en ella acerca de la intercambiabilidad funcional, desde el punto de vista de los consumidores. Sin embargo, me parece extremadamente dudoso que pueda hablarse de tal intercambiabilidad a propósito de la vitamina C y de otros antioxidantes. En realidad, se trata sólo de una intercambiabilidad parcial, puesto que, para los compradores de vitaminas que pretenden usarlas para fines bionutritivos, está claro que esta vitamina no puede sustituirse por otros antioxidantes. En tales circunstancias –aquí también puede tenerse en cuenta el concepto de intercambiabilidad restringida que figuraba en la mencionada sentencia United Brands–, realmente parece injustificable delimitar el mercado como hace la demandante y, luego, determinar su cuota, es decir, después de haber incluido las sustancias exclusivamente antioxidantes.

Como máximo, podría considerarse no tener en cuenta la proporción de vitamina C destinada a usos tecnológicos, a pesar de que esa utilización no puede ser controlada exactamente y de que sus fines pueden modificarse a voluntad. Ahora bien, si se hace eso, es difícil obtener como resultado alguna modificación de las cuotas de mercado en el sentido que alega la demandante. En efecto –y en este punto hay que estar de acuerdo con la Comisión–, debe suponerse que también los competidores de la demandante destinan una parte correspondiente de sus ventas a tales fines; evidentemente, aclarar esta cuestión es excesivamente difícil. La exposición que hace la demandante en el anexo 3 de las observaciones conjuntas formuladas en respuesta a las preguntas del Tribunal de Justicia ofrece también un argumento, y no de los menores, en este sentido: en ella se dice que el porcentaje citado (el 30 % de las ventas de vitaminas se destina a usos tecnológicos) es representativo de las ventas totales de vitamina C en la Comunidad.

Por último, podría indicarse también que, incluso si se admiten los puntos de vista de la demandante en cuanto al problema de la intercambiabilidad y si se consideran correctas todas las evaluaciones que menciona, aún sigue habiendo una cuota de mercado que, en relación con la magnitud de las cuotas de que se trata en la sentencia United Brands, debería estimarse que, indudablemente, puede dar lugar a la aplicación del artículo 86. Entonces, la única cuestión que se plantearía –y de la que trataré más adelante, de todas formas– sería la de si las comprobaciones adicionales efectuadas por la Comisión son suficientes para que pueda hablarse de una posición dominante de la demandante en el mercado de referencia y si

las otras consideraciones presentadas por ésta bastan para que se cuestione una resolución provisional en ese sentido.

f) Por lo que respecta a la vitamina E, sector que plantea el mismo problema, las cuotas de mercado de la demandante eran, según las indicaciones no discutidas de la Comisión y sin tener en cuenta la competencia de productos sustitutivos, del 50 % al 60 % durante los años 1972 a 1974, en función de las cantidades vendidas, y del 54 % al 64 %, en función del valor de las ventas. Según la demandante, de 1970 a 1971, las cuotas estaban a unos 7 puntos por debajo del nivel de 1972; por lo tanto, hay que tener en cuenta una cuota del 43 % calculada según la cantidad y del 47 % si se calcula con arreglo al valor.

Si se siguiese aquí la interpretación de la demandante en cuanto a la intercambiabilidad con otros productos y si considerasen correctos los cálculos al respecto, según los cuales el 60 % de las ventas se destina a usos tecnológicos, las cuotas de mercado para 1973 y 1974 no estarían fuera del orden de magnitud que ya he mencionado varias veces, suponiendo que las cantidades citadas por la demandante en este contexto sean correctas: en efecto, la reducción del 14 % que la demandante considera correcta dejaría aún unas cuotas del 40 % al 44 % para 1974 y del 46 % al 50 % para 1973. Pero, por lo que respecta al período anterior, esto ya no sería así prácticamente, dado que, para 1972, sólo tendríamos unas cuotas del 36 % o del 40 % y, para los años anteriores, del 29 % o del 33 %.

No obstante, lo dicho acerca de la intercambiabilidad en el caso de la vitamina C también se aplica aquí. Tampoco me parece convincente la deducción de la demandante según la cual, como el contenido de vitamina E exigido por las disposiciones en materia de alimentación animal ya está cubierto por el contenido natural de los piensos compuestos para animales, hay que considerar que como máximo el 20 % de la vitamina E añadida se destinaba a fines bionutritivos y que, por tanto, el 80 % se utilizó por su efecto antioxidante, el cual también puede obtenerse mediante otras sustancias. Además, la Comisión pudo, acertadamente, hacer referencia a publicaciones de la demandante en las que ésta declaraba que era más ventajoso para los clientes utilizar la vitamina E antes que otros antioxidantes, porque esta vitamina posee también otras propiedades que aconsejan su uso en la cría de animales.

Ahora bien, si, como ocurre con la vitamina C, se considera en último término aceptable no tener en cuenta las ventas de vitamina E destinadas a usos tecnológicos, el cuadro esquemático de las cuotas de mercado, presentado por la Comisión, tampoco cambiaría aquí de manera fundamental. En efecto, también por lo que respecta a la vitamina E, puede verse que una parte correspondiente de las ventas de los competidores de la demandante se destina a usos tecnológicos, tal como se desprende de las mencionadas observaciones de esta última.

Así pues, se puede decir que, también en el caso de la vitamina E, la demandante poseía, durante todo el período de que se trata

en el presente asunto, cuotas de mercado que por su magnitud pueden dar lugar, sin duda, a que se aplique el artículo 86.

g) Según los datos proporcionados en las observaciones comunes de las partes, sólo en lo que respecta al año 1974, durante el cual la cuota de mercado de la demandante era del 41,2 % en función de las cantidades vendidas y del 51 % en función del valor, hay cuotas en el mercado de la vitamina B_3 de tal magnitud que pueda dar lugar a la aplicación del artículo 86. En cambio, para los años anteriores, se han presentado cifras más bajas, a saber, el 23,4 % y el 34,9 % para el año 1973 y, para el año 1972, el 18,9 % y el 28,9 %; además, las cuotas de la demandante en 1970 y 1971 eran, una vez más, inferiores en 6 puntos. Por otro lado, los cálculos de las cuotas, en la medida en que se basan en el valor de las ventas, son muy superiores a los referentes a las cantidades, al revés de lo que sucede con las otras vitaminas.

Según estos datos, puede concluirse que únicamente es posible hablar de un indicio de que existe una posición dominante en lo que se refiere al año 1974 y que incluso esto parece dudoso cuando uno se ciñe al cálculo basado en las cantidades, cálculo que la demandante aún estima necesario corregir. Por lo que respecta a este punto del litigio, la Comisión considera que el cálculo basado en el valor es más fiable porque las vitaminas se venden en cantidades diferentes y, por ello, como se ve precisamente si se tienen en cuenta las importaciones procedentes de Suiza, hay considerables diferencias de precio. En cambio, la demandante prefiere hacer referencia al cálculo según las cantidades, ya que, en su opinión, el cálculo según el valor falsea el cuadro esquemático en la medida en que, para sus ventas, los precios tomados como base son los precios de venta finales, mientras que para las importaciones, se utilizan los precios de importación libres de derechos de aduana, que son inferiores en un 30 % a los precios de venta finales. En cuanto al cálculo según la cantidad efectuado por la Comisión, Roche estima, además, que no se ha tenido en cuenta, indebidamente, el hecho de que no puede atribuírsele una parte de las importaciones y de que, por lo que respecta a los suministros procedentes de Suiza, en algunos casos se trataba de movimientos internos del grupo y relativos a mercancías que no se introdujeron en el mercado.

En mi opinión, debe darse preferencia, en principio, al cálculo según la cantidad. Es éste el que, al parecer, ofrece la mejor posibilidad de comparación –un cálculo corrector de las mercancías con diferentes grados de concentración no debería de plantear especiales dificultades– y también parece que el Bundesgerichtshof procedió del mismo modo en un principio, como se deduce de las dos decisiones mencionadas. No obstante, tengo mis dudas acerca de la conveniencia de hacer importantes correcciones en los cálculos basados en la cantidad efectuados por la Comisión. Lo que me mueve a hacerlo es, a lo sumo, el hecho de que, de todos los productos importados de Suiza, 10 toneladas fueron supuestamente atribuidas por error a la demandante. En la medida en que ésta pretende que la Comisión también actuó incorrectamente al in-

cluir en su cálculo 23 toneladas de mercancías que eran objeto de transportes meramente internos en el grupo Roche, puede muy bien hacerse referencia, a este respecto, al anexo 1 de las observaciones conjuntas de las partes sobre las preguntas del Tribunal de Justicia, de donde se deduce que se atribuyeron a Roche importaciones procedentes de Suiza y que, por tanto, no se tuvieron en cuenta en el epígrafe «importación», que es relevante para el cálculo de las cuotas de mercado.

Por último, este punto, sobre el que también se ha discutido en la vista, no necesita un examen más detenido; también se puede dejar pendiente la cuestión de si la reducción a que se refiere al anexo 2 de las observaciones conjuntas y que se aplica a mercancías al 45 %, reducción que se ha considerado necesaria para la transformación en mercancías al 100 %, es suficiente para corregir las cifras de importación. Aun suponiendo que el cálculo según la cantidad proporcione un indicio de la existencia de una posición dominante en lo que respecta al año 1974, esto debería ser irrelevante en el presente asunto por la sencilla razón de que los contratos de suministro se celebraron, como se ha dicho a este Tribunal, en 1973 como muy tarde, en una época, por lo tanto, en que la demandante aún no ocupaba una posición dominante en el mercado de la vitamina B_3 y porque la demandante hizo todo lo necesario para poner fin a dichos contratos inmediatamente después de la primera visita de los funcionarios de la Comisión en otoño de 1974.

Desde este punto de vista, puede realmente decirse que es incorrecto que en la Decisión impugnada se tenga en cuenta el mercado de la vitamina B_3 a efectos de la aplicación del artículo 86.

5. Tras estas observaciones sobre las cuotas de mercado, según las cuales, en lo referente a las vitaminas B_2, B_6, H y C, la cuestión de la dominación del mercado apenas requiere ya ningún examen adicional de cierta profundidad (únicamente no es así en el caso de las vitaminas A y E en lo que respecta a parte del período que debe examinarse aquí), me dedicaré ahora al examen de los factores que la Comisión menciona explícitamente en su Decisión atribuyéndoles carácter adicional, para ver si puede confirmarse la resolución provisional acerca de la posición dominante de la demandante en el mercado.

a) En primer lugar, lo que cuenta son las cuotas de mercado de los competidores de la demandante.

Sobre este punto, por lo que respecta al año 1974, parece ser que en el caso de las vitaminas B_2 y B_6 y de la biotina, los más cercanos competidores de la demandante poseen sólo cuotas del 8 %, del 3 % y del 7 %. En cuanto a la vitamina C, la demandante tiene un competidor inmediato que ocupa el 15 % del mercado, luego le sigue otro que tiene el 7 %. Para la vitamina A, las cifras correspondientes son del 27 % y del 18 %, para la vitamina E, del 16 % y del 6 % y, para la vitamina B_3, del 23 % y del 3 %.

Así pues, en lo que se refiere a las vitaminas que aún son de interés en el presente asunto, se tiene forzosamente la impresión de que la demandante ocupa, evidentemente, una posición preponderante en el mercado, lo que le permite influir sobre éste de forma considerable y actuar con independencia. Esta conclusión tampoco puede ser cuestionada en lo que respecta a la vitamina A, sector en el que existe evidentemente un competidor poderoso desde el punto de vista económico y dispuesto a pasar al ataque, BASF, que, unos años después de su aparición en el mercado en 1970, ha conseguido la cuota de mercado mencionada. De todos modos, la demandante ha podido defender su posición y hacer que su cuota de mercado permanezca prácticamente inalterada. Lo mismo ocurre en el caso de la vitamina E, en cuyo mercado se introdujo BASF en 1971. Ahí, la cuota de mercado de la demandante incluso aumentó considerablemente entre 1970 y 1973 y, aun en 1974 era de tal magnitud que puede decirse que la demandante era perfectamente capaz de defender su posición en el mercado.

En cambio, en lo que respecta a la vitamina B_3, un poderoso competidor, una sociedad japonesa, poseía cuotas de mercado aún más altas en los años anteriores, a saber, el 30,3 % en 1973 e incluso el 43 % en 1972.

b) Además, la Comisión consideró importante el hecho de que la demandante fabrique una amplia gama de vitaminas y de que sea la única empresa que produzca todas las principales vitaminas. Para el consumidor que necesita varios tipos de vitaminas, este hecho ejerce cierta atracción y puede, por tanto, reforzar la posición que la demandante ocupa en el mercado.

La demandante replica que lo mismo ocurre con varios de sus principales competidores, porque lo importante no es el programa de fabricación, sino el de comercialización. Por otro lado, alega que la gama de vitaminas que fabrica no afecta a la mayor parte de sus clientes, dado que éstos sólo se interesan en un número reducido de ellas. Según la demandante, hay que tener presente –y éste es un argumento importante– que los principales compradores de vitaminas fabrican productos destinados a la alimentación humana y animal. Les interesan muchas materias complementarias (los aditivos) y sólo unas pocas vitaminas –en lo que se refiere a la alimentación humana, probablemente sólo la vitamina C– que únicamente constituyen una pequeña parte de dichas materias complementarias. Ahora bien, las pocas vitaminas necesarias también las ofrecen los principales competidores de la demandante, los cuales tienen, además, sobre ella, la ventaja de poder suministrar también todas las principales materias complementarias.

En cuanto a esta alegación de la demandante, conviene, en primer lugar, considerar que, salvo error por mi parte, los competidores importantes indicados por la demandante no *fabrican* todas las vitaminas y están lejos de poder suministrar las cantidades que ella puede ofrecer. Ahora bien, ésas son dos consideraciones que tienen importancia en el examen de la

cuestión de la situación en el mercado y que permiten decir que la demandante posee cierta ventaja.

En lo que respecta a la alegación de que la mayor parte de los clientes de la demandante no compran sino unas pocas vitaminas –por ejemplo, en 1977, de 815 clientes alemanes, 589 compraron sólo uno, dos o tres tipos de vitaminas–, lo que importa no es el número de clientes, sino sólo el volumen de las ventas. A este respecto, según las declaraciones de la Comisión en sus observaciones sobre las respuestas de la demandante a las preguntas del Tribunal de Justicia, es un hecho comprobado que los clientes de la demandante con los que se celebraron los contratos controvertidos, y que constituyen indudablemente un grupo importante de compradores, así como también otros clientes que se han mencionado, compran sin excepción muchas vitaminas a la demandante.

En lo que respecta a los otros aditivos utilizados en la industria de la alimentación humana y animal, que compra una parte considerable de las vitaminas vendidas, hay que reconocer, ciertamente, que el hecho de que la oferta de los competidores incluya aditivos –en la medida en que se trata precisamente de productos que no abundan o incluso de situaciones de monopolio– constituye un factor importante para la apreciación de la posición en el mercado. Por otra parte, sin embargo, considero que este factor no tiene tanta importancia. Llego a esta conclusión, en primer lugar, por el hecho de que también el sector industrial de la alimentación animal necesita un número considerable de vitaminas y no sólo unas pocas, como mantiene la demandante; según las indicaciones dadas por la Comisión, los clientes de la demandante que operan en ese sector de la alimentación han comprado, sin excepción, un mayor número de vitaminas. Por otro lado, parece evidente que la atracción que ejerce el hecho de que los competidores ofrezcan aditivos es mayor para las empresas pequeñas y medianas, mientras que los grandes fabricantes de piensos, que compran grandes cantidades, y especialmente los llamados «premezcladores» (Vormischer), compran a distintas fuentes las materias que necesitan, si ven que ello les interesa.

En resumidas cuentas, el hecho de que la demandante pueda ofrecer en grandes cantidades todos los principales tipos de vitaminas procedentes de su propia producción constituye, a pesar de todo, aunque falten algunos otros aditivos, un elemento importante para apreciar su fuerza en el mercado. De todos modos (en sus informaciones sobre el mercado que llevan fecha de agosto de 1971, la propia demandante califica de ventaja la amplia gama de vitaminas que puede ofrecer), esta circunstancia no queda totalmente compensada por el hecho de que, como en su oferta no figuran otros aditivos, la demandante tiene cierta desventaja competitiva en lo que respecta a determinados sectores de venta y a determinados compradores.

c) Además, en su Decisión, la Comisión concede mucha importancia al hecho de que la demandante sea el mayor fabricante de vitaminas del mundo y de que su volumen

de ventas sea superior al de todos los demás fabricantes juntos. De esta posición dominante en el mercado a escala mundial, la Comisión saca la conclusión de que Roche necesita prestar menos atención a la competencia en el mercado común porque está en situación de absorber mejor las fluctuaciones del mercado.

En mi opinión, la demandante tampoco ha podido oponer ningún argumento decisivo sobre este punto. Como aquí no se trata simplemente del poder económico de unas empresas, la referencia que hace Roche al volumen global de las ventas y al poder económico de los competidores que también fabrican vitaminas pero que sólo poseen en este mercado una cuota relativamente pequeña, no puede ser convincente. Dado que, además, sólo la posición en el mercado de la vitamina tiene un valor decisivo, el hecho de saber que algunos competidores importantes tienen la posibilidad de compensar los riesgos con otros productos no ofrece, ciertamente, mayor interés. Además, es totalmente cierto que estas grandes empresas, que compiten con la demandante en determinados mercados, dirigen a menudo sus distintos departamentos de manera descentralizada, lo que limita la posibilidad de compensar los riesgos; también es interesante el hecho de que, para la propia demandante, las vitaminas sólo constituyen, *grosso modo*, la cuarta parte de su volumen total de ventas.

d) Refiriéndose, a continuación, al avance tecnológico y comercial de la demandante, la Comisión estima que, como pionero en el terreno de la fabricación sintética de vitaminas y de su utilización industrial, Roche posee un «know-how» más amplio y más profundo que sus competidores, aun cuando mientras tanto hayan caducado las patentes de fabricación. Con esto, se hace referencia, además, a la muy desarrollada y altamente especializada red de comercialización que posee la demandante y que, gracias a un personal bien preparado, permite suministrar en grandes cantidades, rápidamente y de manera segura, vitaminas siempre frescas, y ofrecer un valioso servicio posventa.

Vistos los documentos que obran en autos, mi impresión sobre este punto es que la demandante tampoco ha conseguido crear dudas sobre la relevancia de estos factores.

aa) En lo que respecta, en primer lugar, al avance tecnológico de la demandante, es posible, por el momento, dejar en suspenso la cuestión de si la referencia inicial de la Comisión al servicio en tiempo compartido (time-sharing service) que la demandante presta mediante pago y que consiste en la preparación de programas de ordenador para los fabricantes de piensos, constituye realmente un argumento importante. De cualquier modo, la demandante ha podido señalar, a este respecto, que muchas otras empresas están en una situación idéntica, que en el caso de ella dicho servicio sólo tiene una importancia muy limitada y que, como se ha demostrado mediante documentos internos, casi no tiene interés para los compradores.

También puede dejarse pendiente la cuestión de la relevancia de la objeción formula-

da por la demandante, según la cual se han realizado muchos descubrimientos en cuanto a los procedimientos de fabricación de vitaminas y que determinados procedimientos esenciales de fabricación de cinco vitaminas están en manos de otras empresas. De hecho, aquí se trata sólo de determinadas vitaminas y, en lo que respecta a las vitaminas A, B_1, B_2, B_3, B_6, E y H, es indudable que la demandante ha realizado un trabajo esencial de pionero y que ha tenido un éxito enorme en el mercado. Ahora bien, en tales circunstancias, la Comisión no hace una simple suposición cuando señala que, debido a una experiencia de varios años, adquirida en la fabricación de grandes cantidades, Roche puede ofrecer artículos de mejor calidad y un servicio posventa de primera clase con una asistencia técnica del mismo nivel. Además, sobre este punto, no sólo es posible referirse a la experiencia adquirida por la demandante en la utilización industrial de vitaminas para la fabricación de productos destinados a la alimentación humana y animal, sino también a las explicaciones que Roche da en sus publicaciones cuando, al tratar por ejemplo de los «improvement of manufacturing methods», hace hincapié en su «know-how» técnico e insiste en el hecho de que al abrir nuevos campos de aplicación ha podido consolidar su posición en el mercado. Esto basta, sin duda, para considerar que hay un avance tecnológico.

bb) Por lo que se refiere a la conclusión de la Comisión en cuanto a la red de ventas de la demandante, está prácticamente fuera de duda que ésta dispone de un excelente sistema de distribución. En la mayor parte de los Estados miembros, las vitaminas son fabricadas por empresas filiales. Roche tiene en esos Estados, cerca de los clientes, almacenes de vitaminas frescas y ofrece un servicio posventa al que ella misma hace referencia en sus publicaciones.

Durante el procedimiento, la demandante simplemente alegó que dos competidores importantes (BASF y AEC) tenían una red de distribución aún más densa y podían, por lo menos en lo que respecta al sector de la alimentación animal, ponerse en contacto con los compradores más fácilmente porque disponían de un sistema de venta de abonos e insecticidas. Además, según la demandante, es importante, el hecho de que casi todas las vitaminas puedan ser almacenadas durante un período largo.

No obstante, no tengo la impresión de que estos argumentos puedan invalidar las alegaciones de la Comisión o reducir su importancia de manera esencial. Para ello no basta, ciertamente, con hacer referencia al sistema de venta de dos competidores cuyas ventas de vitaminas están muy por debajo de las de la demandante y de quienes, además, no puede decirse, al revés de lo que sucede en el caso de la demandante, que las vitaminas sean su especialidad.

e) Por último, en su Decisión, la Comisión se refería a las dificultades para entrar en los mercados de vitaminas, dificultades relacionadas con la necesidad de hacer grandes inversiones específicas y de planear las capacidades a largo plazo. Según la Comisión, de esto debe deducirse que «en el momento presente» la aparición de nuevos

competidores no puede modificar sensiblemente la posición de la demandante.

También sobre este punto se llega necesariamente a la convicción de que es imposible poner en duda lo fundamental de la conclusión de la Comisión. Dado que se necesitan instalaciones especiales para cada tipo de vitamina y que la capacidad de las fábricas depende de las necesidades a largo plazo, la construcción de nuevas instalaciones –puede que esto no sea así en el caso de las inversiones destinadas a ampliaciones– requiere, en todo caso, el desembolso de grandes sumas, de las que sólo pueden disponer las empresas fuertes que pertenecen sobre todo al sector de la química pesada. Entre el momento de la planificación y el de la producción, incluidos el período inicial y el de prueba, por lo general transcurre muchísimo tiempo, como muestra claramente el ejemplo de la penetración de BASF en el mercado. Por tanto, no es erróneo suponer que no puede esperarse, a corto plazo, una modificación importante en las relaciones de producción y de mercado en lo que respecta precisamente a toda la gama de vitaminas. Esta interpretación la confirman también, entre otros, el hecho de que BASF y AEC se limitan a fabricar menores cantidades de vitaminas y de que Hoechst aún no ha superado la fase experimental. En su audiencia ante la Comisión, la propia demandante declaró que las empresas de química pesada se interesaban preferentemente en otros sectores de la producción; además, no se discute que hay un exceso de capacidad a escala mundial en el sector de la fabricación de vitaminas. Por otra parte, no puede concederse una importancia decisiva a los ejemplos de ampliación inminente de las capacidades citados por la demandante en la página 49 de su recurso por la sencilla razón de que, al parecer, se refieren sobre todo a países que están fuera de la Comunidad y a otras vitaminas que no son las que aquí nos ocupan. Además, sus efectos sólo se notarán en el futuro y, por tanto, no pueden influir en la valoración de la fuerza de la demandante en el mercado durante el período que interesa en el presente asunto.

f) Así pues, para terminar esta parte, puedo decir que las consideraciones adicionales de la Comisión –en lo que respecta a la cuestión de la fuerza de la demandante en el mercado– son totalmente pertinentes. Esto basta para reconocer que la conclusión a que llegó la Comisión era correcta, en la medida en que se trata de vitaminas en cuyo mercado la demandante posee una cuota muy elevada, como sucede con las vitaminas B_2, B_6, H y C, y también, en lo que respecta a parte del período en cuestión, con la vitamina E.

6. Ahora bien, como el examen de las cuotas de mercado en algunos sectores (a saber, la vitamina A y, en algunos casos, la E; la vitamina B_3, por otras razones, puede dejarse a un lado) sólo ha permitido llegar a cifras que están en el límite de las magnitudes que pueden dar lugar a la aplicación del artículo 86 y como, a este respecto, en la mencionada sentencia United Brands se efectuaron varias comprobaciones adicionales minuciosas, procederé ahora a examinar los puntos citados por la demandante que, según ella, justifican las dudas en cuanto a su poder en el mercado.

a) A este respecto, según la demandante, son de la mayor importancia las consideraciones relativas a los resultados y a la conducta en el mercado, especialmente la evolución de los precios en los mercados de referencia. En su opinión, está claro que ella no tiene el poder de determinar los precios; no puede, de ninguna manera, fijar los precios de las vitaminas a voluntad, sino que tiene que orientarse según los precios del mercado. En su opinión, es particularmente extraño que haya habido bajas, considerables en algunos casos, en los precios de las vitaminas, a pesar de los aumentos generales de los costes y del incremento de la demanda.

aa) En primer lugar, puede dudarse de que sea correcto el punto de vista según el cual, a la luz del Tratado CEE, sólo puede considerarse que hay posición dominante cuando existe el poder de determinar los precios. Ni siquiera la referencia al Tratado CECA y a la jurisprudencia correspondiente (sentencia de 18 de mayo de 1962, Geitling Ruhrkohlen- Verkaufsgesellschaft y otros/Alta Autoridad, 13/60,↔ Rec. p. 165) puede corroborar este punto de vista. Por el contrario, en la mencionada sentencia United Brands hay una conclusión que me parece importante: la rentabilidad y la capacidad de determinar el precio no constituyen factores decisivos y el hecho de que exista una competencia tampoco excluye la posibilidad de que haya una posición dominante si otros indicios de suficiente peso muestran que es así. De cualquier manera, no es posible, en mi opinión, basarse en la capacidad de determinar los precios cuando se trata, como en el presente asunto, de un caso de abuso que no se refiere al ámbito de la formación de los precios, sino a la consolidación de la estructura de competencia y a la penetración en el mercado de otros competidores.

bb) Pero si, no obstante, se quiere tener también en cuenta la evolución de los precios, es necesario, en primer lugar, señalar que no sería apropiado ceñirse a los gráficos que figuran en la demanda, los cuales se supone que reflejan las tendencias que hay en el mercado mundial en cuanto a cantidades y a precios. En el presente contexto, tienen poco valor, no sólo porque se trata únicamente de «tendencias» («trends»), sino también porque la elección de diferentes indicadores de precios y cantidades da lugar a un cuadro erróneo. Sin embargo, es interesante el hecho de que también se pueden descubrir en ellos aumentos de precios. Tal es el caso, en lo que respecta al período comprendido entre 1970 y 1974, de las vitaminas C y B_2; en cuanto a las vitaminas A, B_6, E y B_3, se observan aumentos de precio, por lo menos durante los años 1972 a 1974.

cc) Si se consideran los otros cuadros presentados durante el procedimiento, confeccionados con arreglo a los precios medios en la Comunidad válidos para las más importantes modalidades de venta, que constituyen alrededor del 70 % del volumen de ventas, se llega, en detalle, a los resultados siguientes:

En cuanto a la *vitamina A*, de 1970 a 1972 los precios cayeron, después subieron de

nuevo para llegar en 1974 casi a su nivel de 1971. Los precios de la *vitamina E* también bajaron de 1970 a 1972, luego volvieron a subir y en 1974 estaban por encima del nivel de 1971. En lo que respecta a la *vitamina C* –aquí la cifra de base es la del año 1971–, los precios aumentaron de 1971 a 1972, después cayeron hasta 1973 para luego volver a subir hasta más arriba del nivel de 1971. En cuanto a la *vitamina* B_2, los precios subieron mucho de 1970 a 1971, luego bajaron algo sin llegar, no obstante, al nivel de 1970, y, en 1974, llegaron a un nivel que superaba por mucho, aproximadamente en un 50 %, al de 1970; de 1970 a 1972, los precios de la *vitamina* B_6 cayeron, luego volvieron a subir y se estabilizaron también en 1974 en un nivel superior en un 6 % al de 1970. Por lo que respecta a la *vitamina H*, los precios bajaron un poco de 1970 a 1971, subieron ligeramente en 1972 y volvieron a bajar. Por último, en lo referente a la *vitamina* B_3, sector en el que puede hablarse de una posición dominante de la demandante por lo menos en lo que respecta al año 1974, los precios subieron claramente de 1973 a 1974 y luego volvieron a bajar considerablemente.

De esto se deduce, en primer lugar, que la evolución de los precios no fue uniforme en ningún caso, ni siquiera en mercados respecto de los cuales la demandante –como ocurre en el caso de las vitaminas A, E y B_3– ha citado el nombre de competidores especialmente agresivos.

Por otro lado, también es importante incluir en el examen la evolución de las cuotas de mercado de la demandante, así como su producción y su volumen de ventas. En cuanto a las cuotas de mercado, ya se sabe que en algunos casos no sufrieron prácticamente ninguna modificación (vitaminas A y C), que en ciertos casos incluso aumentaron (vitaminas B_3 y B_6) o experimentaron, como mucho, algún retroceso nada espectacular (como en el caso de la vitamina E en 1974, respecto de la cual se observa un aumento de los precios; en el caso de la vitamina B_2 en 1973 y en el de la vitamina H, si se comparan los años 1970 y 1974).

Es aún más interesante examinar la evolución, durante el período de que se trata, de los volúmenes de ventas y de los volúmenes de negocios de la demandante en el mercado común. El volumen de ventas aumentó claramente en 1970 y en 1974 en el caso de la vitamina A (43 %), de la vitamina E (150 %), de la vitamina C (54 %), de la vitamina B_2 (33 %), de la vitamina B_6 (100 %), de la vitamina H (186 %) y de la vitamina B_3 (25 %). Según las declaraciones, no discutidas, de la Comisión (véanse sus observaciones sobre las respuestas de la demandante a las preguntas del Tribunal de Justicia, página 9), la venta, expresada en valor, de las vitaminas A y E, respecto de las cuales se ha dicho que había una competencia especialmente fuerte, pudo aumentar en todos los Estados miembros de 1972 a 1974. Habida cuenta de estos hechos (es interesante observar, por ejemplo, el aumento de la cuota de mercado de la vitamina B_6, mientras que al mismo tiempo bajaban los precios y había, según se decía, una escasez temporal; la situación era la misma en cuanto a la vitamina E), no se puede, realmente, rechazar el argumento de que la propia demandante contribuyó a la evolución de

los precios con el fin de aumentar las ventas y, por tanto, dicha evolución no se debió en absoluto únicamente a la competencia. Sobre este punto, es posible, por ejemplo, en lo que respecta a la entrada de BASF en el mercado de la vitamina A, remitirse a una información de la dirección de la demandante de 1970. En cualquier caso, es imposible, habida cuenta de la situación que puede verse en cuanto al mercado y a la competencia, llegar a la conclusión de que la demandante no ocupaba una posición dominante, aunque defendiera con éxito sus cuotas de mercado.

b) Además, la demandante se refiere a la competencia potencial, que no fue tenida en cuenta por la Comisión, a pesar de que la citada sentencia Europemballage y Continental Can/Comisión la haya calificado de importante. Roche estima que ese tipo de competencia también puede hacer presión en el mercado, de forma que aunque haya cuotas de mercado altas no existe una posición dominante.

En mi opinión, tanto esta idea como los argumentos detallados presentados al respecto, difícilmente pueden crear dudas sobre la conclusión de la Comisión.

Así pues, es importante el hecho de que, en lo que respecta al mercado de la vitamina B_2, las capacidades de fermentación no utilizadas que, según se ha dicho se encuentran sobre todo en Estados Unidos no tenían, al parecer, ningún efecto sobre la evolución de los precios, porque precisamente en relación con la vitamina B_2 puede comprobarse un aumento de precio del 50 % de 1970 a 1974.

En lo que respecta al exceso de capacidad que hay a escala mundial para la fabricación de vitaminas, no se ha presentado ninguna información más detallada. Además, suponiendo que dicho exceso de capacidad haya afectado a la conducta y a los resultados en el mercado, se puede insistir en el hecho de que la demandante ha podido, en cualquier caso, mantener durante años su posición en los mercados de vitaminas de que se trata en el presente asunto.

Por último, respecto a la posibilidad que tienen los grandes grupos de comenzar en cualquier momento a producir vitaminas, si no las están fabricando ya, es interesante señalar que, hasta ahora, esto sólo ha sucedido en unos pocos mercados y sin que la posición de la demandante se haya debilitado. En este contexto, puede que hayan desempeñado un papel el mencionado exceso de capacidad y la conclusión a que se llegó durante el procedimiento, según la cual los intereses de estos grupos estaban fundamentalmente orientados en otra dirección. En cualquier caso, me parece muy poco verosímil que ello haya podido traducirse de hecho en una presión sobre los precios del mercado –sobre todo porque la realización de programas de inversión requiere mucho tiempo– y que así pueda justificarse la alegación de que, a pesar de sus elevadas cuotas de mercado, la demandante no ejerce una influencia preponderante sobre éste.

c) Para la demandante, es importante también tener en cuenta la fase de desarrollo del mercado que se está considerando. Según ella, lo que caracteriza a los mercados de vitaminas es que desde hace muchos años se observa en ellos una fuerte expansión que aún continúa. Ahora bien, en una situación así, unas cuotas de mercado altas tienen menos importancia que en el caso de un mercado estancado, ya que el mercado es lo bastante abierto como para todos los interesados y deja a todos los competidores un campo de maniobras suficiente.

Ciertamente, no puede decirse que este punto de vista sea totalmente injustificado, aun cuando, en lo que respecta a las vitaminas con excepción de la biotina, es más lógico hablar de una fase culminante, ya que se sabe que su fabricación sintética se está llevando a cabo con éxito desde hace tiempo. En definitiva, este argumento difícilmente permite negar, en el presente asunto, la existencia de una posición dominante de la demandante en el mercado.

A este respecto, opino que la posibilidad de impedir o de hacer considerablemente más difícil el acceso al mercado de los demás competidores no tiene una importancia decisiva. Aun cuando otros fabricantes sean perfectamente capaces de operar en el mercado, el elemento decisivo es, en cambio, que la demandante haya podido defender su excelente posición en un mercado en fuerte expansión durante muchos años y se haya enfrentado con éxito a la competencia de los recién llegados; es muy probable que los contratos de exclusividad que se examinarán a continuación hayan contribuido también a que ello sea así.

En lo que respecta concretamente a la biotina, es totalmente cierto que el mercado no se ha desarrollado hasta hace poco tiempo. De los documentos presentados por la demandante se desprende que ésta empezó a producir biotina al final de los años cuarenta, que efectuó sus primeras ventas a mediados de los cincuenta y que, desde hace sólo unos años, aparecieron en el mercado varios productores japoneses. Sin embargo, teniendo en cuenta también esto y a pesar del hecho de que el volumen de ventas de todos los operadores del mercado ha aumentado mucho, considero que la demandante casi ha podido mantener la situación de monopolio de que disfrutaba al principio, ya que aún posee, incluso después de cuatro años de competencia, una cuota de mercado del 93 %. El hecho de que Roche haya reaccionado a la entrada de los competidores en el mercado con los contratos de fidelidad (fidelity contracts) debe haber contribuido a ello; además, desde este punto de vista, parece importante que los productos de Roche ofrezcan unas ventajas que no tienen los productos de sus competidores (a este respecto, me remito a las notas presentadas como anexo 7 al recurso, relativas a una reunión de los European Bulk Managers).

d) Por último, haciendo referencia, entre otros, al artículo 22 de la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley alemana relativa a las restricciones de la competencia), la demandante pretende que para apreciar la posición en el mercado hay que tener también en cuenta el acceso al mercado de

abastecimiento, lo que la Comisión tampoco ha hecho. Desde este punto de vista, la situación se caracteriza, según la demandante, por el hecho de que los principales competidores de ésta, grandes empresas químicas, fabrican ellos mismos los productos químicos primarios e intermediarios utilizados en la fabricación de vitaminas, mientras que, en lo que respecta a las materias primas, la demandante depende casi totalmente de terceros y, en el caso de algunas de esas materias primas, incluso tiene que abastecerse de sus competidores. Así pues, compra gran parte de las materias primas que necesita para la fabricación de vitamina B_6 a BASF, a Hoechst y a una empresa que pertenece al grupo AEC, compra a BASF gran parte de las que necesita para fabricar vitamina A y en el futuro las que necesite para la fabricación de vitamina E se las proporcionará también BASF en gran parte. Además, las materias primas utilizadas para la fabricación de vitamina C le son suministradas por una empresa francesa que mantiene estrechas relaciones con el grupo AEC y por una empresa americana.

Un examen más a fondo muestra claramente que tampoco este argumento puede tener una importancia decisiva en el presente asunto.

Es importante el hecho de que no se trata de sustancias que sólo existen en cantidades reducidas en su estado natural, sino de productos que pueden fabricarse a voluntad. El acceso a estas sustancias no está reservado a quien las fabrica por sí mismo (cosa que la demandante, como empresa química, también podría hacer, evidentemente) sino a quien puede adquirirlas en el mercado sin dificultades. Ahora bien, durante el proceso no se ha dicho que la demandante hubiese tenido tales dificultades.

En lo que respecta precisamente a las relaciones de la demandante con determinados competidores, se ha visto en el procedimiento que los fabricantes de los productos primarios a partir de los cuales se produce la vitamina B_6 no fabrican ellos mismos esta vitamina y que Hoechst, *un* fabricante del producto primario a partir del cual se produce la vitamina A, tampoco fabrica él mismo esta vitamina. Unicamente en lo que respecta a la vitamina A puede decirse que hay competencia, porque los productos primarios que se necesitan para este fin son suministrados por BASF, que a su vez es fabricante de vitamina A. Sin embargo, este hecho, por sí solo, sin más detalles relativos a algunos problemas de suministro no justifica, ciertamente, en el caso de la demandante, que se ponga en duda la existencia de una posición dominante, corroborada por muchos indicios en lo que respecta también a la vitamina A.

7. En vista de todo ello, debe considerarse correcta la conclusión a que llega la Comisión en la Decisión impugnada, según la cual la demandante ocupa una posición dominante en los mercados de las vitaminas A, B_2, B_6, C, E y H. Sólo en el caso de la vitamina B_3 puede justificarse otra conclusión. Es cierto que en 1974 la demandante poseía también en lo que respecta a este producto una cuota de mercado de una magnitud que podía dar lugar a la aplicación del artículo 86. Habida cuenta de la magni-

tud de las cuotas de mercado de los competidores y de la evolución del precio de dicha vitamina, y más concretamente debido a que los contratos en cuestión se celebraron en 1973 a más tardar, este mercado parcial no debería tomarse en cuenta.

III. Ahora es necesario examinar si, de hecho, la demandante abusó de su posición dominante.

La Comisión considera que puede verse que existe dicho abuso en la celebración de 26 contratos con 22 compradores de la demandante durante el período comprendido entre 1963 y 1973. Según la Comisión, estos contratos vinculaban, de diversas formas, a los clientes de Roche en lo que respecta al abastecimiento de algunos o de todos los tipos de vitaminas que necesitaban los distintos clientes. Además, añade la Comisión, dichos contratos ofrecían a los clientes varias ventajas que no tenían que ver con los ahorros de costes de Roche. Dado que esta situación influyó en la libertad de elección de los compradores, restringió la competencia entre los fabricantes de vitaminas e impidió que otros fabricantes tuviesen acceso a dichos compradores, la Comisión considera que se trata de una violación del principio contemplado en la letra f) del artículo 3 del Tratado, según el cual hay que velar por que la competencia no sea falseada. Además, la Comisión estima que no se ha tenido en cuenta el principio de igualdad de trato en el sentido de la letra c) del párrafo segundo del artículo 86.

La demandante mantiene que no puede hablarse de un sistema uniforme de venta; los acuerdos celebrados con Unilever y Merck, en particular, presentan características que justifican un examen aparte. Además, es importante que los contratos no se celebraran sobre la base de una posición dominante en el mercado, es decir, que no están determinados por una posición de fuerza, y que, por otra parte, deben considerarse totalmente normales en el comercio. La demandante estima que, para valorarlos, por lo menos hay que tener en cuenta los intereses involucrados y considerar precisamente el hecho de que la llamada «cláusula inglesa» que figura en los contratos ha dejado suficiente campo de acción a la competencia. En cuanto a las diferencias a que se refiere la Comisión, Roche opina que están justificadas, por lo menos en parte, habida cuenta de los costes tan diferentes que tiene. Según ella, en ningún caso esas diferencias son tan grandes como para perjudicar a la competitividad de los compradores. Por último, conviene también tener en cuenta los efectos de los contratos en el mercado. Si se dejan de lado algunos contratos de los que puede decirse que no plantean ningún problema, no puede admitirse en absoluto la conclusión de que la competencia y el comercio entre los Estados miembros hayan sido afectados *de manera sensible.*

1. Para poder evaluar esta controversia, empezaré por el examen de ciertas alegaciones generales presentadas por la demandante.

a) Sin duda, la demandante tiene razón cuando no admite que se hable de un sistema uniforme de contratos. En efecto, basta un examen superficial de los contratos para

advertir una gran variedad en lo que respecta al ámbito de aplicación material y local, a la época en que se celebraron, a su duración y al resto de su sistema general. No obstante, considero que esto no tiene una importancia decisiva desde el punto de vista de la valoración jurídica. En un caso como el de autos, el artículo 86 no supone en absoluto que los contratos de suministro sean la expresión de un concepto uniforme y que formen, en conjunto, un sistema coherente. Lo único que importa es si los efectos de los contratos que, según su texto, hay que tener en cuenta pueden incluirse, en conjunto, dentro del tipo de abuso de que se trata. Más adelante, habrá que examinar detalladamente esta cuestión. Por el momento, sólo añadiré que efectivamente no parece erróneo señalar, como ha hecho la Comisión, que en los contratos subyace una idea cuyo objeto es la dominación, a saber, el mantenimiento de la cuota de mercado y la protección contra una competencia no deseada. A este respecto, puede hacerse referencia a los documentos internos de la demandante que ella misma ha presentado durante el procedimiento, es decir, a una nota de 8 de mayo de 1971, a informaciones para la dirección y a los anexos correspondientes, así como a un acta de una reunión de los European Bulk Managers.

b) En la medida en que la demandante pretende, además, que unos contratos como los controvertidos son habituales en el comercio, hasta con hacer dos observaciones.

En primer lugar, no se ha demostrado que eso sea cierto en lo que respecta al mercado de la vitamina. Los pocos casos citados como ejemplo durante el procedimiento no son, a buen seguro, suficientes. Por otra parte, suponiendo que tales contratos sean muy corrientes, no puede darse por sentado que lo que es admisible para empresas que se enfrentan a una competencia valga igualmente para empresas que ocupan una posición dominante. Efectivamente, en el primer caso, las condiciones de abastecimiento sólo reducen hasta cierto punto la competencia existente. En el segundo caso, por el contrario, una empresa tiene la posibilidad de impedir que haya una competencia eficaz y puede, por tanto, reforzar las relaciones entre proveedores y clientes, dando lugar a que se consoliden y refuercen posiciones en el mercado que ya existen y que son discutibles.

c) Tampoco puede admitirse el punto de vista de la demandante según el cual la conducta de la empresa que ocupa una posición dominante en el mercado, objetable según el artículo 86, debe poder calificarse de «determinada por una posición de fuerza» (machtbedingt). La demandante pretende que este elemento falta en el presente asunto, porque la fuerza de la demandante en el mercado no fue la causa de que se celebraran los contratos; concretamente, la cláusula inglesa no se les impuso a los compradores, sino que a menudo se debía a la fuerza de la demanda de éstos.

Es posible que dicha interpretación de la noción de «abuso» valga para determinadas situaciones que entran en el ámbito de aplicación del artículo 86, cuando, por ejemplo, se trata de imponer precios no

equitativos [letra a) del párrafo segundo del artículo 86], pero, ciertamente, no vale en general para el artículo 86. Esto es lo que ha establecido claramente la citada sentencia Continental Can/Comisión, que se refería a la adquisición, por una empresa en posición dominante, de un importante competidor. Dicha sentencia declara que el criterio determinante no es la utilización del poder que una empresa en posición dominante tiene en el mercado, sino que, por el contrario, existe un abuso cuando tal empresa influye, mediante sus actos, en la estructura de la competencia. El presente asunto tiene cierto parecido con la situación mencionada en la medida en que también en él se trata, en definitiva, de una estructura de mercado sobre la que se puede influir a través de las relaciones existentes con los compradores. También aquí es posible basarse, igualmente, en una noción objetiva de abuso. Pero, además, me inclino a pensar que lo mismo puede decirse en cuanto a la imputación relativa a la desigualdad de trato a los compradores. Tampoco ésta presupone en absoluto la utilización del poder que se tiene en el mercado, ya que tiene lugar en un mercado que carece de transparencia en este aspecto.

2. Siguiendo con el examen del asunto, trataré ahora de la vinculación de los compradores a la demandante. Para ello es preciso, de todos modos, de conformidad con las alegaciones de la demandante, excluir de momento los contratos celebrados con Unilever y Merck porque, al parecer, presentan características especiales que requieren, en cada caso, un examen por separado.

En los contratos nos encontramos con dos tipos de vinculación; por un lado, obligaciones de abastecimiento, a las que acompañan promesas de descuentos, y, por otro, vínculos que se basan únicamente en descuentos por fidelidad, si pueden calificarse así, para abreviar, las ventajas prometidas.

a) Empezaré por los contratos que prevén *obligaciones explícitas de abastecimiento*. Se refieren, bien a la totalidad, bien a determinado porcentaje (que oscila entre el 70 % y el 80 %) o bien a la mayor parte de las necesidades de los distintos compradores y se aplican a *todas* las vitaminas, a todas aquellas a las que se refiere el presente asunto o a algunas determinadas que se indican individualmente. Pertenecen a esta categoría de contratos los celebrados con Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Purina y Upjohn (la totalidad de sus necesidades), Cyanamid (por lo menos el 90 % de sus necesidades), Animedica (por lo menos el 80 % de sus necesidades totales), Guyomarc'h (por lo menos el 70 % de sus necesidades totales), así como los acuerdos celebrados con Nitrovit e Isaac (que se refieren a la mayor parte de las operaciones).

A este respecto, es acertado el punto de vista de la Comisión según el cual tales obligaciones de abastecimiento son incompatibles con las normas del Tratado relativas a la competencia cuando el proveedor ocupa una posición dominante. Dichas obligaciones privan a los compradores de la libertad de elección al comprar, excluyen de esos mercados a otros competidores y contribuyen así a fortalecer las relaciones de competencia y a reforzar la posición domi-

nante, que ya existe de todos modos, en el mercado. El hecho de que las necesidades sean cubiertas totalmente o sólo en parte por la empresa dominante en el mercado no cambia nada en el presente asunto, por lo menos en la medida en que, como ocurre en este caso, se trata de la mayor parte de las necesidades. Tampoco es importante saber si se trata de todas las vitaminas que los compradores necesitan o sólo de determinadas vitaminas, ya que es sabido que Roche ocupa una posición dominante en todos los mercados de referencia en este asunto, a excepción del de la vitamina B_3.

Todo lo más, procede preguntarse aquí, en primer lugar, si es importante que algunos acuerdos se limiten a un año o contengan cláusulas de resolución, es decir, que impliquen un vínculo limitado o resoluble a relativamente corto plazo y, en segundo lugar, si el hecho de que exista la cláusula inglesa puede cambiar en algo la conclusión a que se llegue en principio.

aa) En cuanto al primer punto, si he entendido bien, la demandante presenta, sobre todo, el argumento de *la consideración de los intereses*. Basa la pertinencia de este argumento en la Decisión de la Comisión (DO 1972, L 166, p. 22). Además, se remite sobre este punto a la sentencia de 21 de marzo de 1974, BRT (127/73, Rec. p. 313), en la que se dice, a propósito del artículo 86, que el factor determinante es si una cláusula de exclusividad excede o no de lo que es admisible, y que, a este respecto, hay que tener en cuenta los intereses de las partes, entre los cuales debe haber una relación equilibrada. En opinión de la demandante, es importante, en este sentido, señalar en el presente asuntos que los propios compradores tenían interés en dichos contratos. Estos permitían una racionalización de las compras a precios ventajosos y ofrecían suministros seguros en un mercado caótico en algunos aspectos, sin tener en cuenta escaseces momentáneas. Además, según la demandante, muchos compradores conceden importancia a un garantía de calidad constante, dado que las mezclas previas rara vez se modifican y que determinadas instalaciones industriales especiales no permiten que se hagan modificaciones en las mercancías compradas. Para Roche, el interés del proveedor es tener un conocimiento fiable de su volumen de ventas para poder planificar razonablemente su producción; además, no se le puede pedir que se obligue unilateralmente a abastecer sin exigir una garantía de compra. Por último, los intereses de terceros, lo mismo que los de los compradores se tienen en cuenta mediante la celebración de contratos limitados en el tiempo y mediante el sistema de la cláusula inglesa, que permite considerar otras ofertas más ventajosas hechas por terceros.

En lo que respecta a esta cuestión, hay que reconocer que en la sentencia 127/73 se sugiere, efectivamente, la idea de tener en cuenta los intereses. Además, es cierto que tales consideraciones aparecen también en la doctrina (véase, Von Gamm: «Das Kartellrecht der EWG», p. 81, que habla de la necesidad de que se tengan en cuenta los intereses y para quien sólo puede hablarse de abuso cuando los intereses justificados de los competidores o de los usuarios sean lesionados de forma incorrecta). No obstan-

te, en primer lugar, es dudoso que esto pueda considerase como una interpretación jurídica definitiva del artículo 86. Por otra parte, puede parecer objetable aplicar sin más al presente asunto consideraciones que se aplicaban en la sentencia citada en relación con hechos específicos. Además, cabe preguntarse si efectivamente es un hecho habitual y muy extendido en el mercado de la vitamina que los compradores importantes encarguen de una vez la cantidad necesaria para cubrir sus necesidades anuales, y que, por tanto, hay poderosos intereses por parte de los compradores en favor de la licitud de tal vínculo. De cualquier forma, parece ser un hecho comprobado que sólo unos pocos de los compradores de la demandante celebraron contratos de este tipo.

Por último, sin embargo, esta cuestión puede dejarse pendiente por las siguientes razones.

Algunos contratos que prevén obligaciones explícitas de abastecimiento, a saber, los contratos con Guyomarc'h, Purina y Upjohn, no estaban sujetos a ninguna limitación en el tiempo. Por tanto, las consideraciones formuladas, que permiten como máximo admitir vínculos que existan durante períodos cortos, no podrían aplicarse, de todas formas.

Es cierto que otros contratos prevén una limitación de un año (Isaac), que se han celebrado por un período de un año con posibilidad de prórroga si no hay resolución antes del 1 o del 31 de octubre (Afico, Cyanamid, Animedica, Organon) o que permiten la resolución mediante preavisos de plazos variables –treinta días, dos meses o tres meses– (Isaac, Nitrovit, Dawe's y Provimi). A este respecto, hay que pasar por alto el hecho de que aquí la concesión de descuentos también tiene su importancia. Por lo tanto, en cuanto a estos contratos se plantea, por lo menos, la cuestión de si la ventaja que constituye la concesión de descuentos no produce el efecto de crear un vínculo que puede impedir que se extinga la relación comercial. Por este motivo, en mi opinión, no está justificado excluir desde ahora del examen los contratos en cuestión alegando que no plantean ningún problema; por el contrario, hay que tenerlos en cuenta al tratar, más adelante, de la cuestión de los vínculos que crea la concesión de descuentos.

bb) Por otra parte, en lo que se refiere a la llamada *cláusula inglesa*, según la cual pueden tenerse en cuenta ofertas más ventajosas hechas por competidores, realmente hay que admitir que en ese caso la competencia dispone de cierto margen de maniobra. Sin embargo, independientemente del hecho de que esta cláusula no figura en absoluto en el contrato celebrado con Guyomarc'h, la cuestión fundamental es que el vínculo establecido con la demandante no se ha extinguido, sino que, todo lo más, se ha suavizado. Por lo general, la cláusula en cuestión se redactaba de tal forma que cuando había una oferta más ventajosa los compradores no quedaban libres sin más, sino que tenían que informar a la demandante y dejarle la posibilidad de aplicar esas condiciones más ventajosas. Esto se aplica también al contrato celebrado con Afico, si se interpreta como es debido; en efecto, la

expresión «en caso de que Roche [...] no pudiese suministrar a un precio competitivo» debe interpretarse, indudablemente, en el sentido de que había que dar a Roche esa oportunidad. Por lo tanto, dependía exclusivamente de la decisión de Roche el que sus competidores pudiesen o no obtener un pedido. Además, debe recordarse que, en muchos aspectos, la cláusula estaba redactada de una forma muy restrictiva. Es por eso que sólo se trataba de ofertas hechas por fabricantes, y no por comerciantes (Animedica), o incluso sólo por fabricantes competidores de igual categoría (Organon), lo que posiblemente significaba –aunque de momento esta cuestión puede quedar pendiente–, que había que revelar la identidad del competidor. En ciertos casos, se habla también de ofertas serias por escrito (Isaac y Nitrovit) y de un abastecimiento regular comparable.

En tales circunstancias, la presencia de la cláusula inglesa, de la que ha dicho la Comisión acertadamente que es probable que facilitara la celebración de contratos de exclusividad, no permite negar la existencia de una relación abusiva. Una conclusión distinta sólo es posible en lo que respecta al contrato celebrado con Upjohn, el cual contiene únicamente una cláusula de competencia («siempre y cuando [...] los precios de Roche sean competitivos»). Puede decirse que aquí Roche tiene poder para influir en los abastecimientos que hacen otros fabricantes y, por tanto, podría considerarse que ese tipo de relación no es objetable, si en el presente asunto no tuviera una importancia decisiva el hecho de que se tratase de un vínculo que no estaba limitado en el tiempo.

b) El otro tipo de *vínculo* cuestionado por la Comisión es como ya he dicho, el establecido *mediante los descuentos*.

Sobre este punto, hay que reconocer, indudablemente, que cuando las ventajas en materia de suministros se conceden en atención a la fidelidad de los clientes y no en función de las economías realizadas en los gastos del proveedor, se puede llegar a crear una fuerza de atracción muy parecida a la que resulta de un vínculo propiamente dicho. En efecto, si un comprador obtiene un descuento en función del total de sus abastecimientos (bonificación según el volumen total de ventas), así como a condición de cubrir la totalidad o gran parte de sus necesidades a través del proveedor que concede el descuento, un competidor de dicho proveedor únicamente podrá obtener el pedido si su oferta compensa la pérdida de la bonificación. Aun cuando el descuento no sea muy grande, a menudo esto resulta demasiado difícil o incluso imposible, de manera que, en la práctica, la posibilidad de acceder a tales clientes se encuentra bloqueada. Esta es la razón por la que, en el asunto del azúcar que acabo de citar (Suiker Unie y otros/Comisión), unos descuentos concedidos en el caso de un abastecimiento exclusivo fueron considerados constitutivos de abuso. También en el Derecho nacional de la competencia, tales contratos son objeto de duras críticas. A este respecto, me remito a Mestmaecker: «Europäisches Wettbewerbsrecht», p. 390, así como a una decisión del Bundeskartellamt (Oficina federal sobre prácticas colusorias) alemán de 10 de septiembre de 1971 (Wirtschaft und Wettbewerb/Entscheidungen des Bundeskartellamtes 1361). En Derecho francés,

una resolución de 5 de febrero de 1966, dictada por el Tribunal de grande instance de Paris (J.C.P. 67, II.15029) y un dictamen de la Commmission technique des ententes et des positions dominantes, de 28 de marzo de 1973 (JO Documents administratifs n° 66, p. 2609), son interesantes a este respecto. En cuanto al Derecho belga, puede citarse una sentencia de la cour d'appel de Bruxelles, de 16 de mayo de 1973 (*Journal des tribunaux* 1963, pp. 434 y ss.); además, es interesante consultar sobre este punto el «Report on Supply of Flat Glass» de la «Monopoly's Commission» británica de 1968.

Desde este punto de vista, los contratos de que se trata en este asunto se presentan de la manera siguiente:

En varios de ellos, la concesión del descuento está sujeta a la condición de que la totalidad de las necesidades sea cubierta por la demandante (Dawe's, Organon, Provimi, Radar y Purina); otros contratos prevén la concesión de un descuento cuando la demandante suministra las existencias necesarias para cubrir cierta parte de las necesidades del cliente (Cyanamid, Animedica, Guyomarc'h, Protector Ramikal y Trouw); en un tercer grupo, los descuentos estaban escalonados en función de las ventas, se concedían a partir de cierto volumen mínimo de ventas (Afico, Beecham, Capsugel, Nitrovit, Sandoz, Upjohn y Wyeth); por último, se relacionan con estos contratos los que prevén descuentos escalonados según la proporción del volumen estimado de operaciones realizadas con Roche (Beecham, Isaac, Pauls). A este respecto, incluso en los casos en que el descuento no está expresamente relacionado con una exclusividad de abastecimiento, una interpretación de los contratos (algunos usan la expresión «descuentos por fidelidad»; en otros casos, una comparación con acuerdos parecidos es reveladora) sugiere tal conexión (como sucede, por ejemplo, en los casos de Afico, Cyanamid, Organon, Protector, Provimi y Purina).

En tales circunstancias, se impone la conclusión de que la Comisión actuó correctamente al considerar que todos estos contratos entraban en el marco de los abusos contemplados por el artículo 86.

El intento de la demandante de considerar en algunos casos dichos descuentos como descuentos concedidos con motivo del volumen o de los pedidos previos, que, según ella, se justifican por el ahorro de costes de fabricación y con motivo de la supresión de la asistencia técnica para los grandes clientes, no cambia en nada esta situación. En efecto, los descuentos se relacionan, de hecho, con la totalidad de las ventas, es decir, que se aplican también a suministros de pequeñas cantidades de diferentes vitaminas cuando apenas puede decirse que haya economías de ese tipo. Además, en las informaciones de la dirección de la demandante puede leerse que, para todas las compras efectuadas en el marco de los contratos de fidelidad, hay que aplicar el precio más ventajoso para la cantidad en cuestión, lo que significa que las cantidades de que se trata ya se tuvieron en cuenta al fijar los precios.

Del mismo modo, el punto de vista según el cual se trataba de verdaderos «descuentos por garantía» en los casos en que se usaba tal expresión (a saber, Afico, Capsugel, Provimi y Upjohn), no permite llegar a otra conclusión. A este respecto, la Comisión ha señalado, acertadamente, que en el caso de sociedades filiales de grandes grupos bien conocidos, y es de éstas de quien se trata todo el tiempo, no puede haber un verdadero riesgo en cuanto al pago que tenga que ser cubierto y compensado. Además, es interesante a este respecto que la denominación de los descuentos cambiaba hasta cierto punto en los contratos (véanse, por ejemplo, los celebrados con Afico y Provimi).

Por tanto, también en este contexto se plantea únicamente la cuestión de si el hecho de que exista la cláusula inglesa cambia en algo esta situación. Desde ahora diré que habría que dar una respuesta negativa en lo que respecta a la mayor parte de los contratos. Sobre este punto, no es tan importante que dicha cláusula no se aplique, evidentemente, cuando los precios son iguales, ni que, como la propia Roche reconoce, no produzca el efecto de que los pedidos hechos a los competidores se tengan en cuenta al calcular el descuento, lo que significa que es preciso compensar la pérdida correspondiente a los descuentos de los competidores. Por el contrario, lo importante aquí también es que, según el sistema de la cláusula, Roche tiene la posibilidad de decidir si el abastecimiento lo realizan terceros (en mi opinión, esto se aplica también al contrato celebrado con Capsugel) y que, en caso de que Roche intervenga, el comprador ya no es libre y ya no reuniría las condiciones necesarias para que se le concedan descuentos si se abastece de otra fuente. Además, es importante señalar, también aquí, que la cláusula inglesa en algunos aspectos está redactada en forma muy restrictiva en la medida en que permite tener en cuenta sólo las ofertas hechas por productores (Ramikal y Trouw), en la medida en que se trata de productores de prestigio, de fabricantes de primera categoría, o de fabricantes de prestigio y de primera categoría (Radar, Purina, Sandoz y Wyeth), en la medida en que se exigen ofertas serias por escrito (Beecham y Paul's) o en la medida en que se habla de suministros regulares comparables o de condiciones de suministro idénticas (Beecham, Paul's y Trouw).

En un solo caso (el de Protector), o en dos si desde ahora se incluye el contrato celebrado con Upjohn, ya mencionado en este contexto, puede llegarse a una conclusión diferente, porque en estos contratos hay una simple cláusula de competencia y porque en ellos no se prevé un derecho de intervención de Roche. En tal situación, se puede decir, efectivamente, que el vínculo estaba tan distendido y que los competidores tenían tal margen real de maniobra que no podía hablarse de un obstáculo abusivo al ejercicio de la competencia.

c) Finalmente, en lo que respecta a la realidad del vínculo y antes de poder determinar definitivamente la existencia de un abuso en el sentido del artículo 86, es preciso, de conformidad con los argumentos de la demandante, preguntarse si, *la forma en*

que los contratos se han usado en la práctica es importante desde el punto de vista de su valoración. A este respecto, la demandante ha declarado que se había hecho un gran uso de la cláusula inglesa, que muchos suministros habían sido realizados por los competidores y que, por lo tanto, estos últimos no habían sido realmente excluidos. En varias ocasiones, en contra de lo que prevé la cláusula inglesa, los compradores ni siquiera informaron a Roche y no se perdieron los descuentos, incluso en los casos en que Roche no había tenido la posibilidad de intervenir en relación con ofertas más ventajosas. En este sentido, la demandante hace referencia, entre otras cosas, a determinados informes relativos a verificaciones realizadas entre sus clientes, que la Comisión presentó durante el procedimiento; además, se remite a las observaciones sobre las imputaciones de la Comisión, formuladas durante el procedimiento administrativo por algunas de las empresas que habían celebrado contratos con la demandante.

En mi opinión, tales consideraciones carecen de pertinencia. Considero correcto el punto de vista de la Comisión según el cual sólo el tenor de literal de los contratos y los efectos con los que razonablemente había que contar como consecuencia, son determinantes para juzgar la cuestión de si existe o no un abuso en el sentido del artículo 86. Este punto de vista puede justificarse aunque sólo sea porque es posible considerar que unas cláusulas contractuales, cuya adopción probablemente había sido objeto de discusiones hasta cierto punto duras, tenían también un alcance práctico.

Al considerar la gravedad de la infracción imputada a la demandante (perjuicio causado a las relaciones de competencia en el mercado común) con ocasión del cálculo de la multa que le ha sido impuesta, lo que puede hacerse, como mucho, es tener en cuenta las consecuencias reales de su sistema de venta. Si es necesario, más adelante volveré sobre este punto en otro contexto.

3. Tras haber demostrado que la Comisión actuó correctamente (por lo menos en lo que se refiere a la mayor parte de los contratos en cuestión) al considerar que existía un vínculo abusivo con la demandante, examinaré ahora los contratos celebrados con las empresas Merck y Unilever, para ver si está justificada una conclusión especial en este caso.

a) La demandante celebró con la empresa Merck tres contratos de suministro de vitaminas A, E y B_6. Estos contratos tenían por objeto cubrir la totalidad de las necesidades de la empresa o las necesidades suplementarias que excedieran de su capacidad de producción; eran válidos por un período de cinco años y se prorrogaban automáticamente por períodos de dos años más, salvo denuncia previa con suficiente antelación. Se habían prometido a Merck unos descuentos del orden del 20 % en lo que respecta a la vitamina B_6. En cuanto a las otras dos vitaminas, se aplicaban descuentos mínimos y máximos que oscilaban entre el 12,5 % (15) y el 20 %, según la evolución de los precios. Dos contratos contenían también la cláusula inglesa que daba a Roche derecho a intervenir cuando otros fabricantes propusieran precios y condiciones más favorables.

Por lo que respecta a los descuentos, la demandante se basa principalmente en el hecho de que se trataba, en el caso de las vitaminas E y B_6, de descuentos por cantidad y, en el caso de la vitamina A, de descuentos funcionales (por la labor realizada), dado que Merck revendía este producto y esto ahorraba a la demandante los gastos de comercialización. Además, Roche mantiene que, debido a su propio plan de producción, Merck estaba interesada en tener un suministro regular, de grandes cantidades, y en abastecerse de un solo proveedor, ya que el público la tenía por fabricante.

Sin embargo, en mi opinión, nada de esto permite considerar que los contratos celebrados con Merck entran en el campo de aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 sobre el abuso. A este respecto, la cuestión de la calificación de los descuentos puede quedar sin respuesta, porque, como se nos ha dicho, la Comisión no concede una importancia primordial a ese aspecto, sino más bien a la relación de exclusividad. Ahora bien, también aquí es objetable la existencia de este vínculo y, sobre todo, su larga duración. Aunque se considere digno de protección el interés que tiene Merck en obtener suministros regulares y seguros, ello no puede justificar un vínculo tan duradero y tan estrecho como el que existía. Asimismo, puede dudarse, como hace la Comisión, de que el interés de Merck en pasar por fabricante a ojos del público, cuando en realidad sólo realiza las funciones de un revendedor, sea un interés digno de ser tenido en cuenta y protegido. Por último, en lo que respecta a la cláusula inglesa, el vínculo no se suprimió, sino que sólo se hizo menos rígido, y ello en la medida en que Roche lo permitió y en que sólo se trataba de otros *fabricantes* y no de distribuidores.

b) Por otra parte, en lo que se refiere al contrato celebrado con Unilever, hay que señalar que preveía una obligación de cubrir la totalidad de las necesidades de vitamina A para el año 1974 y una obligación del mismo tipo para el año siguiente, debiendo comunicarse la cantidad estimada en diciembre de 1974. En este caso no había descuentos, sino precios preferenciales, y las direcciones de los grupos Unilever y Roche debían compensar posteriormente, en cada caso, la diferencia entre los precios facturados y los precios contractuales. Había también una cláusula inglesa por la que se concedía a la demandante un derecho de opción para adaptarse a los precios más bajos de otros fabricantes.

Sobre este punto, la demandante considera, en primer lugar, que no puede hacerse ninguna objeción a los precios especiales convenidos. Estos están justificados por unas relaciones comerciales de varios años de antigüedad y por el volumen de los suministros, pero sobre todo porque Roche tiene unos costes de distribución más bajos y puede ahorrar en el servicio de asistencia técnica. Además, según la demandante, dichos contratos se celebraron bajo la presión de las ofertas de la competencia, como se desprende de un acta levantada tras una reunión con Roche en Londres en diciembre de 1971. A este respecto, la manera de facturar no tiene, según Roche,

ninguna importancia especial y se explica, simplemente, por razones fiscales y de contabilidad.

Si he entendido bien, tampoco aquí concede la Comisión una importancia primordial a los precios especiales convenidos, sino a la obligación que se impone a Unilever de abastecerse en Roche. Sin embargo, también este punto, la valoración sólo puede hacerse con arreglo a los argumentos expuestos respecto de los contratos que se acaban de examinar. Lo mismo puede decirse en cuanto a la duración del contrato, ni siquiera los compradores importantes celebran necesariamente contratos por dos años; además, también puede hacerse referencia a lo que se acaba de decir sobre la estructura de la cláusula inglesa en el marco de los otros contratos. Por otra parte, se puede añadir que no parece incorrecto el que la Comisión concluya, habida cuenta del modo de facturación utilizado, que ese sistema servía en realidad para controlar la observancia de la obligación de abastecimiento. De hecho, es difícil entender cuáles son las circunstancias imperiosas que impiden que los precios contractuales convenidos por las direcciones de los grupos sean aplicados directamente por sus sociedades filiales.

c) Por lo tanto, no hay ninguna razón para llegar a una conclusión distinta en lo referente a los contratos celebrados con Merck y Unilever. Estos también, deben considerarse constitutivos de abuso, por lo menos en lo que respecta a la obligación de abastecimiento impuesta a los compradores, porque su libertad de elección queda restringida y porque el acceso de terceros a esos mercados se ha hecho más difícil.

4. Llego ahora a la segunda categoría de abuso, a saber, la aplicación de condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, que la letra c) del párrafo segundo del artículo 86 prohíbe en el caso de empresas en posición dominante. También sobre este punto puede hacerse referencia al asunto del azúcar, en el que, precisamente con motivo de las reducciones por fidelidad, se planteó una objeción parecida sobre la base de que dichas reducciones eran desfavorables para los compradores desde el punto de vista de la competencia. Además, es interesante observar que también en Derecho nacional pueden encontrarse valoraciones parecidas: en el caso, por ejemplo, del Derecho francés que prohíbe aplicar diferencias en los precios que no estén justificadas por diferencias en los precios de coste; una norma idéntica se aplica en Derecho inglés (véase el informe de la «Monopol and restrictive practices commission on supply of insulated electric wires and cables»).

No puede ponerse en duda el hecho de que en el presente asunto, en lo que respecta al cálculo de los descuentos, los compradores han recibido un trato desigual, y la demandante tampoco lo ha negado. Si se examina la aplicación gradual de los descuentos sobre el volumen total de ventas se ven, en algunos casos, diferencias considerables en cuanto a las cantidades mínimas exigidas y a los descuentos correspondientes a esas cantidades, y ello es así no sólo cuando se comparan contratos expresados en la misma

moneda y con un período de duración idéntico, sino también cuando se comparan contratos expresados en monedas diferentes. Lo mismo puede decirse respecto de los otros descuentos por fidelidad, incluidos los llamados «descuentos de garantía», cuyos porcentajes varían del 1 % al 7,5 %, si se exceptúan las bonificaciones que figuran en el contrato celebrado con Merck y que se califican de descuentos por cantidad. Dichas diferencias, evidentemente, tampoco pueden justificarse remitiéndose a los períodos durante los cuales se aplicaban esos contratos –en algunos casos se superponen– o haciendo referencia al volumen de las necesidades cubiertas o a los suministros reales para 1974, tal como se han comunicado a este Tribunal. Además, por el momento no tengo que demostrar esto detalladamente; un estudio atento de los contratos no permite la menor duda al respecto.

Por este motivo, los intentos de la demandante de justificar su conducta tienen también un aspecto muy diferente. Así pues, consideró, en la audiencia celebrada por la Comisión durante el procedimiento administrativo, que, debido a las fluctuaciones monetarias, los descuentos y las diferencias entre ellos no eran apreciables.

La demandante mantenía, además, que en ningún caso los clientes habían sido perjudicados en su competitividad. De hecho, según ella, casi todos los compradores someten a las vitaminas a un proceso de elaboración. Sin embargo, las vitaminas sólo desempeñan un papel secundario en los productos finales; en lo que respecta concretamente a la fabricación de productos destinados a la alimentación animal y humana, que absorbe la mayor parte de las ventas, las vitaminas sólo constituyen una parte muy pequeña del precio final, a saber, el 1 % o menos. Por esta razón, según la demandante, ni siquiera una diferencia del 5 % en el descuento puede afectar las relaciones de competencia.

No obstante, me parece que con estas objeciones la demandante no puede refutar el abuso que se le imputa. En lo que respecta al primer punto, basta con recordar que las diferencias en los porcentajes de los descuentos se dan también en los contratos expresados en la misma moneda. En cuanto al segundo punto de la alegación de la demandante, la Comisión señala, acertadamente en mi opinión, que la expresión «ocasionar una desventaja competitiva», que figura en la letra c) del párrafo segundo del artículo 86, no significa lo mismo que afectar a la competitividad. Del mismo modo, también la doctrina (Siraguza: «Semaine de Bruges 1977», p. 452) afirma que las discriminaciones son también irregulares en los casos en que los compradores de que se trate no son competidores. Además, no hay que olvidar que los compradores, al parecer, han concedido gran importancia a los descuentos y debe deducirse de ello que éstos eran realmente importantes para su posición en el mercado y sus decisiones económicas; conviene asimismo recordar que, también en el asunto del azúcar, el Tribunal de Justicia consideró que unas diferencias de precios del 5 % eran suficientes para poder hablar de una infracción de la letra c) del párrafo segundo del artículo 86.

Por lo tanto –y sin que, de hecho, sea necesario, examinar la alegación, a todas luces improcedente, de que los competidores de la demandante también habían concedido descuentos de esa magnitud–, la única conclusión posible es que, la Comisión actuó acertadamente al considerar, en la Decisión impugnada, que la concesión de condiciones comerciales diferentes constituía un abuso.

5. Tras estas constataciones básicas relativas al abuso de una posición dominante, queda ahora por examinar la cuestión de si la valoración de la Comisión, que, como ya hemos visto, es correcta en su mayor parte, puede ser invalidada por lo que respecta al volumen de negocios a que se refieren los contratos. Aún hay que preguntarse si es preciso que la competencia y el comercio entre Estados sean afectados de forma *sensible* y si, en el presente asunto, como mantiene la demandante, puede dejar de aplicarse el artículo 86 porque la condición que se acaba de mencionar no se satisface. A este respecto, alega concretamente que, si se dejan a un lado los contratos celebrados con Merck y Unilever y sólo se tienen en cuenta los verdaderos contratos de fidelidad, excluyendo los descuentos sobre el volumen total de ventas, el sistema de venta controvertido sólo afectó, por término medio, en lo que respecta a los años 1970 a 1974, al 4 % de la venta de vitaminas en el mercado común.

En mi opinión, tampoco sobre este punto pueden admitirse los argumentos de la demandante. La Comisión señala acertadamente que la teoría de la sensibilidad fue formulada a propósito del artículo 85, es decir, para un ámbito en el que, por definición, una competencia ya existente y eficaz ha sido restringida mediante contratos y otros métodos similares. En cambio, en las circunstancias a que se refiere el artículo 86, la competencia ha sido prácticamente eliminada, en la medida en que una empresa dominante no está sujeta a una competencia efectiva. En este caso, de hecho no parece posible no tener en cuenta la conducta de una empresa de esas características, conducta que hay que considerar abusiva según los criterios del artículo 86, porque no afecta de manera sensible a las relaciones de competencia.

Ahora bien, suponiendo incluso que fuese justificable el hecho de no tener en cuenta los abusos o, por lo menos, de no sancionarlos cuando se trata sólo, por decirlo así, de «quantités négligeables», es muy dudoso que el presente asunto pertenezca a esa categoría. Como ya se ha visto, los contratos celebrados con Protector y Upjohn, que afectan a menos del 0,5 % de la venta global de vitaminas en la Comunidad en 1974, quizá pueden no tenerse en cuenta, pero no ocurre lo mismo, de ninguna manera, con los celebrados con Merck y Unilever. Asimismo es esencial señalar que se trata de contratos entre Roche y compradores importantes, concentrados en el sector de la fabricación de productos destinados a la alimentación humana y animal. Sin embargo, es indiferente comparar sus volúmenes de negocios con las ventas totales de la demandante o, como ésta desea, con la venta global de vitaminas en el mercado común; en ningún caso se trata de cantidades de una magnitud que permita hablar de

efectos totalmente insignificantes sobre las relaciones de competencia, aun teniendo en cuenta la cláusula inglesa. Como se trata, además, de contratos celebrados con empresas que procesan las vitaminas y cuya actividad no se limita al territorio de un Estado miembro, esto permite también suponer que el comercio entre los Estados miembros ha sido afectado hasta un punto que, en cualquier caso, es importante en lo que respecta al artículo 86.

IV. Ahora que las consideraciones formuladas han demostrado que en lo fundamental no puede ponerse en duda la conformidad a Derecho de la Decisión de la Comisión, en la medida en que determina la existencia de un abuso de posición dominante, permítaseme examinar la otra cuestión de si la imposición de una multa puede dar lugar a objeciones.

Sobre este punto, hay que hacer, ante todo, tres consideraciones:

– La primera se basa en el hecho de que el artículo 86 utiliza conceptos indeterminados (posición dominante en el mercado, abuso). La demandante estima a este respecto que estos conceptos deberían haberse concretado previamente mediante decisiones administrativas y, si fuese posible, también judiciales –lo que aún no ocurría en la época en que se celebraron los contratos en cuestión– antes de pensar en imponer una multa.

– Otra consideración se refiere al requisito de que debe existir una falta, como prevé el artículo 15 del Reglamento nº 17. Sobre este punto, la demandante mantiene que se encontraba en una situación de error de derecho, lo que elimina cualquier imputación de falta.

– Por último, la demandante invoca también el principio de igualdad de trato, en la medida en que, en circunstancias comparables –y se refiere especialmente a los descuentos por fidelidad en el mencionado asunto del azúcar– no se han impuesto multas.

1. En cuanto al primer punto, la demandante hace referencia al artículo 22 de la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley sobre las restricciones de la competencia), según el cual la conducta abusiva de una empresa en posición dominante en el mercado no es, por sí misma, sancionable mediante una multa, y menciona otras disposiciones nacionales relativas a la competencia que no prevén multas más que en los casos en que no se respeten requerimientos concretos formulados por las autoridades competentes en materia de prácticas colusorias. Recuerda, además, que una Ley de 1973 introdujo en la Ley alemana sobre las restricciones de la competencia un procedimiento suplementario de prohibición, con motivo de que las disposiciones en materia de imposición de multas no eran adecuadas para solucionar las cuestiones relacionadas con las mismas. Sin embargo, si he entendido bien, Roche no llega tan lejos como para decir que la disposición relativa a las multas, contenida en el artículo 15 del Reglamento nº 17 no es conforme a Derecho, en la medida en que hace referencia al artícu-

lo 86 del Tratado. La demandante considera únicamente que el artículo 15 debe ser interpretado de un modo conforme a los derechos fundamentales, en el sentido de que las multas sólo deben imponerse si ya existen una decisiones administrativas explicativas.

Esta interpretación nace sobre todo del argumento de que en el presente asunto se objeta la celebración de determinados contratos que son perfectamente corrientes, que no plantean ningún problema desde el punto de vista del Derecho sobre prácticas colusorias y que sólo pueden considerarse ilícitos si existe una posición dominante. Ahora bien, según Roche, en lo que respecta a la cuestión de la posición dominante, hay que reconocer que implica difíciles valoraciones de hecho y que, por tanto, en este caso debe haber necesariamente dudas por lo menos fundadas, porque todo depende no sólo de las cuotas y de la estructura del mercado, sino de toda una serie de cuestiones complementarias. Para Roche, imponer una multa en tal situación es incompatible con el principio de que las disposiciones penales deben definirse suficientemente antes de poder ser aplicadas. Según se desprende de la doctrina y de la jurisprudencia, este principio de definición, que está relacionado con el de seguridad jurídica, se basa en parte en el Derecho constitucional nacional (artículo 103 de la Ley Fundamental alemana, apartado 2 del artículo 25 de la Constitución italiana); además, también según la doctrina, dicho principio está expresado en el artículo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos. Según Roche, en el caso de los ordenamientos jurídicos en los que no existe tal disposición constitucional, aplicable además no sólo a las multas impuestas con arreglo al Derecho penal, sino también a las infracciones de normas administrativas y reglamentarias (Ordnungswidrigkeiten), es posible remitirse, como sucede por ejemplo en el Derecho belga, a la norma *in dubio pro reo* o al principio *nullum crimen sine lege,* en vigor en otros Estados miembros. Según la demandante, de esto puede deducirse también –y, de hecho, ello también vale para las infracciones de normas y reglamentos administrativos– que no puede haber una sanción cuando las nociones son indefinidas y existen dudas respecto a su interpretación. Por tanto, las leyes indeterminadas deben, por lo menos, interpretarse con un criterio restrictivo.

Frente a estas alegaciones la Comisión ha planteado varias dudas y objeciones que se refieren precisamente al alcance de las disposiciones constitucionales invocadas, a la disposición contenida en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y al principio que existe en Derecho belga; y, según dichas objeciones, debe dudarse de la existencia de un principio jurídico general cuyo contenido corresponda a lo que afirma la demandante. La Comisión ha indicado que un principio de ese tipo sólo existe en el Derecho constitucional de dos Estados miembros en los que hay un control del poder legislativo por parte del poder judicial, que se trata de un principio de un tipo nuevo y que se aplica sobre todo en Derecho penal, no habiéndose determinado definitivamente si se aplica también a las infracciones del Derecho reglamentario, al que corresponden las multas impuestas con arreglo al artículo 15 del Reglamento nº 17.

De cualquier modo, mantiene la Comisión, hay que considerar que este principio no permite sacar conclusiones excesivamente severas. Tanto en Derecho alemán como en Derecho italiano, se reconoce que hay disposiciones legislativas que contienen nociones generales, determinadas de forma poco precisa y que, por tanto, es especialmente importante que el marco establecido permita una interpretación por parte del Juez y ofrezca una base segura para la jurisprudencia. Esto se aplica especialmente al Derecho de la competencia, ámbito en el que, debido a la variedad de los aspectos de la vida económica, no es posible prescindir de las nociones de carácter general. Según la Comisión, basta en este caso con que el contenido exacto de una disposición pueda determinarse sobre la base de los objetivos perseguidos por la norma en su totalidad; en el caso de autos, es indudablemente importante el hecho de que una gran empresa que opera en el mercado internacional pueda tener suficientes elementos de referencia, que obtiene de su conocimiento de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, como para determinar la licitud o ilicitud de su conducta.

Hay que reconocer que sería extremadamente interesante examinar con detalle los problemas que plantea esta controversia y ésta es la razón por la que los he expuesto de forma relativamente completa. Pero en el presente asunto, por razones que pronto se harán comprensibles, no estoy obligado a hacerlo.

Me parece difícilmente sostenible el punto de vista de que en ningún caso puede pensarse en aplicar la disposición del Reglamento nº 17 relativa a las multas antes de que se adopten las decisiones administrativas que permiten una aplicación práctica del artículo 86. Eso sería, evidentemente, ir demasiado lejos, porque es indudable que hay situaciones de hecho que responden sin dificultad a los criterios utilizados por las disposiciones del artículo 86 y que no permiten dudar seriamente de la existencia de una posición dominante y de un abuso, en el sentido de los ejemplos citados en el artículo 86.

Pero mientras haya también zonas borrosas y áreas limítrofes y mientras la práctica administrativa no se haya desarrollado suficientemente, debería ser posible, en la mayoría de los casos, tener debidamente en cuenta este problema basándose en consideraciones relativas a la falta imputada. Por lo menos, así debería ser en el presente asunto y ésta es la razón por la que me parece apropiado enfocar la atención sobre todo en este tema, es decir, en la segunda consideración formulada por la demandante.

2. En el marco de la cuestión de si Roche abusó de su posición dominante de manera culpable, es decir, deliberadamente o por negligencia, se ha introducido en el debate la interesante noción jurídica del error de derecho, que excluye la responsabilidad.

Basándose en detalladas explicaciones de Derecho comparado, la demandante ha conseguido también demostrar que se trata de un concepto jurídico muy extendido y que, por tanto, hay razones para admitirlo

en la medida en que constituye un elemento de progreso en el ámbito de la y de las disposiciones que son aplicables en ésta en materia de multas. A este respecto me remito a las explicaciones de la demandante en cuanto a la validez del error de derecho en Derecho alemán y también en lo referente a las infracciones del Derecho reglamentario (infracciones de normas y reglamentos administrativos); me remito también a las explicaciones sobre los Derechos danés, neerlandés y francés –en cualquier caso, en lo que respecta a la doctrina de estos países– y me gustaría señalar que, en su artículo titulado «Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften» (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1953, pp. 497 y ss.), Jeschek defendió el punto de vista de que también puede deducirse, en lo que respecta al Derecho de la CECA, que existe un principio análogo basado en el artículo 36 del Tratado CECA. En cambio, según la demandante, el hecho de que haya cierta reticencia sobre este punto en los Derechos inglés e italiano no es muy importante.

Si se admite este punto de vista, la cuestión esencial es si en el presente asunto puede hablarse en realidad de un error eximente de responsabilidad, cometido por la demandante en lo que respecta a su posición dominante y a la conducta objetada por la Comisión.

Por lo que se refiere a la *posición dominante* e independientemente de cualquier posible error de hecho respecto del cual puede tener importancia la cuota de la demandante en el mercado mundial, es preciso hacer las siguientes consideraciones sobre este punto:

En ciertos mercados (vitaminas A y E), la cuota de la demandante se acerca claramente a la magnitud relevante. Cuando no ocurre así, puede tener importancia el hecho de que en la práctica relativa a la adopción de decisiones, tal como existía antes de celebrarse los contratos entre la demandante y sus clientes, se tratase de monopolios o de cuotas de mercado muy altas. Se ha alegado, sin que tal alegación haya sido impugnada, que según la práctica alemana vigente antes de la modificación legislativa de 1973, ni siquiera unas cuotas de mercado muy altas eran suficientes si había también competencia en lo que se refiere a la calidad. A este respecto, lo que se ha comprobado durante el procedimiento en cuanto a la evolución de los precios en los mercados de la vitamina y en cuanto a determinada competencia a ese nivel puede asimismo ser importante, precisamente teniendo en cuenta el hecho de que, según el Tratado CECA, la existencia de una posición dominante depende de la capacidad de determinar los precios. Finalmente, en lo que respecta a la opinión de la demandante de que no pudo eliminar una competencia eficaz, el hecho de ser consciente de la capacidad financiera de los principales competidores, también puede haber sido importante; del mismo modo, tampoco se puede descartar el argumento de que la valoración de la situación, hecha por la demandante podía haber sido influida por, el hecho de que ella sabía que operaba en un mercado en muy fuerte expansión.

En cuanto a la conducta objetada por la Comisión –en la medida en que se refiere a la *desigualdad de trato a los compradores*–, puede tenerse en cuenta que los efectos sobre la competitividad se mantenían

dentro de ciertos límites y que en aquella época los operadores no podían saber sin más que este punto no es determinante en lo que respecta al artículo 86. Por lo que respecta al *vínculo existente con los compradores*, hay que admitir, en mi opinión, las consideraciones siguientes: en el Derecho de la CECA y en el marco del artículo 86, los descuentos por fidelidad, en algunos aspectos, no son criticadas por la doctrina (véase Van Hecke: «Kartelle und Monopole im modernen Recht», vol. 1, p. 338), y, en la época en que se celebraron los contratos controvertidos no existía aún ninguna decisión sobre los descuentos por fidelidad, auténticos o no. Especialmente, después de las declaraciones de la demandante, que no han sido rebatidas, parece ser que, en la práctica seguida tanto en Estados Unidos como en Alemania, hasta ahora tales contratos no han sido sancionados con multas. Tampoco me parece del todo improcedente el punto de vista de la demandante según el cual, en una fase de expansión del mercado, esos vínculos plantean menos problemas porque, al revés de lo que ocurre en el caso de un mercado estacionario, todos los operadores disponen aún de suficiente margen de maniobra. Tampoco puede decirse que sea totalmente improcedente por lo que respecta a la demandante el hecho de conceder importancia al principio de que se tengan en cuenta los intereses afectados, principio que, después de todo, figuraba en la Decisión GEMA de la Comisión, que se refería a una obligación de exclusividad, y en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Sabam, referente a una situación idéntica. A este respecto, la cláusula inglesa contenida en todos los contratos, así como el uso práctico que la demandante ha hecho de la misma, tiene también su importancia, y no pequeña, precisamente porque a instancias de la Comisión se habría incluido una cláusula de este tipo en la Decisión que adoptó respecto a Dunlop (DO 1969, L 323, p. 21).

Habida cuenta de todas estas consideraciones a las que, en mi opinión, no es posible responder de forma concluyente afirmando que la demandante podía haberse prevenido informándose desde el punto de vista jurídico y que tenía razones para ser prudente debido a su conocimiento de los Derechos nacionales, los cuales en algunos casos eran considerablemente diferentes entre sí, no debería dudarse en hablar en su caso de un error de derecho, eximente de responsabilidad, en lo que respecta a la aplicación del artículo 86. Puede considerarse, al menos, que la falta es tan pequeña que no hay motivo para imponer una multa, especialmente en el caso de una empresa que durante el procedimiento administrativo se mostró, en opinión de todos, extremadamente cooperativa y se declaró inmediatamente dispuesta a poner fin a la conducta controvertida.

3. En principio, ya no es necesario, por lo tanto, seguir examinando el argumento de la desigualdad de trato en cuanto a la multa impuesta. No obstante, si quisiese hacerse así, bastaría con señalar muy brevemente que, en realidad, en el caso de autos, este argumento apenas puede ayudar a la demandante. Dado que, sobre este punto, Roche se ha remitido al asunto del azúcar, hay que recordar, efectivamente, que en dicho asunto se impuso también una multa por causa de una infracción del artículo 86 a raíz de la concesión de descuentos por fidelidad y que

dicha multa fue simplemente reducida por el Tribunal de Justicia, aunque en una cuantía considerable.

4. Del mismo modo, si se considera justo anular la Decisión por la que se impone una multa, es redundante preguntarse si no convendría por lo menos corregir su cálculo. Sin embargo, a este respecto me gustaría señalar, como mínimo, que de todos modos dicha corrección sería deseable, porque, según los resultados del procedimiento, no existe una posición dominante en el mercado de la vitamina B_3, y porque la imputación de abuso en cuanto a los vínculos existentes con los compradores difícilmente puede mantenerse en lo que respecta a dos de los contratos. Además, en este contexto, habría que tener en cuenta el hecho de que gran parte de los suministros efectuados por la demandante se destinaba a fines tecnológicos y, por tanto, entraba en un mercado respecto del cual no se ha demostrado que Roche ocupase una posición dominante. Por otra parte, también convendría tener en cuenta los efectos reales de la aplicación de los contratos controvertidos. Recordaré al respecto las afirmaciones, cuya veracidad ha intentado demostrar la demandante en parte haciendo referencia a las opiniones expresadas por sus clientes en respuesta a las imputaciones de la Comisión, afirmaciones según las cuales los compradores se sentían muy libres en sus decisiones de compra, sobre todo gracias a la cláusula inglesa y al amplio uso de ella que hizo la demandante. Recordaré también que la Comisión ha reconocido que, al parecer –por lo visto, esto no siempre se controlaba–, las obligaciones impuestas no siempre fueron observadas y que el aliciente que representaba la concesión de descuentos no era en todos los casos tan fuerte como se temía. De cualquier modo, debe entenderse en este sentido la observación de la Comisión, para quien, en resumidas cuentas, los 22 clientes de la demandante de los que aquí se trata se abastecieron, en lo que respecta a la *mayor parte* de sus necesidades, exclusiva o *principalmente* en Roche. No quiero entrar ahora en más detalles sobre este asunto. Me remito, al respecto, a las declaraciones hechas por la Comisión en su dúplica (pp. 52 y ss.) y en las observaciones formuladas en respuesta a las preguntas del Tribunal de Justicia (pp. 12 y ss.) así como a los informes presentados, relativos a las investigaciones efectuadas entre los clientes de la demandante.

V. Sin embargo, todavía no he terminado el examen de este asunto. Aún me faltan por analizar dos alegaciones que, según la demandante, ponen en duda la conformidad a Derecho de la Decisión en su totalidad, a saber, la inobservancia de la prohibición de utilizar documentos obtenidos ilegalmente y la violación del derecho de defensa.

1. En cuanto a la primera cuestión, puedo ser relativamente breve.

La demandante alegó, a este respecto, que un antiguo empleado suyo había entregado a la Comisión, sin permiso de la demandante, determinados documentos internos, lo que, en Derecho suizo, constituye un hecho punible, como demuestra la sentencia en la que se condena penalmente a dicho empleado. Según las declaraciones de éste a la

policía, fue la Comisión quien le indujo a cometer tal acto. Así pues, la demandante estima que la Comisión, infringiendo el Derecho internacional público, llevó a cabo investigaciones en el territorio de Suiza sin el consentimiento de este Estado. Tal atentado contra la soberanía de un Estado no miembro de la Comunidad debe dar lugar, necesariamente, a la prohibición de utilizar los documentos así obtenidos, especialmente cuando, habida cuenta de que los hechos en cuestión se deducen simplemente de los contratos presentados por la demandante, puede decirse que no era necesario en absoluto que la Comisión se excediese así en sus competencias y que, por lo tanto, violó el principio de proporcionalidad.

La Comisión niega, sobre todo, haber inducido al antiguo empleado de la demandante a hacer lo que hizo. La condena penal mencionada no prueba nada en ese sentido. El hecho de que Suiza no haya presentado ninguna reclamación a la Comunidad acerca de las investigaciones realizadas indebidamente en su territorio apoya, además, este punto de vista.

No es necesario entrar ahora en todos los detalles. Lo que realmente importa es que, en definitiva, la demandante presentó en el procedimiento, por su propia voluntad, los documentos en cuestión. Además, declaró que renunciaba a invocar la prohibición de utilizar dichos documentos y dejó expresamente al criterio del Tribunal de Justicia el hacerse cargo de ese problema y resolverlo. Según la opinión que me he formado hasta ahora en el presente asunto, no hay ninguna razón para que el Tribunal haga eso. Por tanto, opino que no se debe seguir adelante con el examen de la delicada cuestión suscitada, sobre todo porque en cualquier caso sería necesario, a este respecto, precisar el papel desempeñado por la Comisión y sus funcionarios para obtener los documentos en cuestión.

2. En lo referente, por otro lado, a la violación del principio del derecho de defensa, la demandante alega, en primer lugar, que no fue oída en lo que respecta a determinadas pruebas mencionadas en la Decisión impugnada. Además, objeta el hecho de que no se le comunicaron ciertos datos relativos al mercado, utilizados por la Comisión (cuotas de mercado de competidores, ventas de vitaminas en la Comunidad y volúmenes de importación); la demandante alega también que no tuvo acceso, o sólo de forma incompleta y extemporánea, a las informaciones dadas por sus clientes, así como a los informes relativos a las investigaciones realizadas sobre ellos y a las observaciones que presentaron sobre el pliego de cargos de la Comisión. Finalmente, considera también, de manera muy general, que fue incorrecto el hecho de que no se le permitiera estudiar a fondo el expediente, pues ello le habría permitido insistir en ciertos elementos de descargo que no se tuvieron en cuenta.

Lo primero que hay que señalar en relación con este argumento es que los documentos sobre los cuales la demandante, según ella, debía haber sido oída, procedían de sus propios servicios y, por tanto, ya conocía su contenido. En segundo lugar, también es

importante señalar que, según las normas vigentes para procedimientos de este tipo dentro de la Comunidad, en principio sólo existe la obligación de comunicar los cargos. Como ya ha precisado la jurisprudencia, dichos cargos deben indicar los hechos esenciales del asunto y las consideraciones jurídicas correspondientes; en cambio, en ningún sitio se habla de que deben especificarse los documentos en los que se ha basado la Comisión. Ahora bien, si bien es cierto que pueden darse determinados casos en los que parece apropiado discutir tales documentos con el o los interesados –cuando admiten, por ejemplo, varias interpretaciones o cuando hay motivos para pensar que son incompletos o que los interesados podrían completarlos mediante documentos de descargo–, es importante señalar en el caso de autos que durante el procedimiento no se ha formulado ninguna pretensión en este sentido. Como, por otra parte, los hechos demostrados gracias a los documentos en cuestión (vínculos establecidos con los compradores mediante la concesión de primas por fidelidad) se indicaban claramente en el pliego de cargos y, además, han sido tratados ampliamente durante el procedimiento judicial es indudable que no hay ninguna razón para anular, desde este punto de vista, la Decisión de la Comisión por violación del derecho de defensa.

Por lo que respecta a la pretensión de la demandante de tener total acceso al expediente, la Comisión ha señalado, acertadamente en mi opinión, que el Derecho comunitario no prevé expresamente ninguna medida de este tipo y que tampoco puede decirse que exista un principio jurídico de carácter general en ese sentido. Sobre este punto, es especialmente interesante señalar las observaciones que ha formulado sobre las elaboradísimas disposiciones procesales del Derecho alemán sobre prácticas colusorias (artículo 53 de la Ley sobre las restricciones de la competencia). Según esta normativa, durante el procedimiento administrativo sólo se aplica el principio según el cual los interesados deben tener la posibilidad de expresar su opinión sobre las objeciones que se les hagan y según el cual una decisión no debe basarse en hechos que no hayan sido comunicados a las partes interesadas. La aplicación que hace el Bundeskartellamt (Oficina federal sobre prácticas colusorias) de este principio es, al parecer, que sólo se comunica a los interesados el contenido esencial de los documentos y, sobre todo, que sólo se les tiene al corriente del contenido esencial de las opiniones expresadas por otras partes. Incluso en el caso del procedimiento de recurso (Beschwerde), que es un procedimiento judicial, no existe el derecho de inspeccionar a fondo los expedientes. Según el artículo 71 de la Ley sobre las restricciones de la competencia, sólo con el consentimiento de los interesados puede autorizarse el acceso a los antecedentes, los expedientes auxiliares, los dictámenes y los informes, y si se niega tal consentimiento, alegando la obligación de mantener el secreto, sólo se comunica su contenido, para que pueda ser utilizado durante el procedimiento.

En virtud de estos principios, basta con hacer las siguientes observaciones en cuanto a las diferentes objeciones formuladas por la demandante:

Prescindiendo del hecho de que las preguntas de la demandante fueron contestadas en un escrito de la Dirección General de la Competencia de 13 de agosto de 1975 y de que, como se desprende de un escrito de la Comisión de 16 de julio de 1976, ciertas solicitudes de la demandante fueron atendidas, en lo esencial, lo importante en cuanto a las cuotas de mercado de otros competidores, respecto de los cuales la Comisión invocó al principio la obligación que tenía de guardar el secreto, basándose en la sentencia de 15 de julio de 1970, Boehringer Mannheim/Comisión (45/69, Rec. p. 769), es que, sin embargo, esos datos se notificaron a la demandante, una vez despojados de referencias nominales, por lo menos durante el procedimiento judicial, lo que permitió, como todos saben, llegar a valoraciones concordantes acerca de las cuotas de mercado.

En cuanto a las observaciones de los clientes de la demandante sobre las imputaciones comunicadas por la Comisión, me inclino a pensar que la cuestión de si la Comisión tenía derecho a tratarlas como un secreto puede ahora quedar pendiente. En cualquier caso, de hecho ofrecerían sólo un interés muy limitado en el presente asunto por la sencilla razón de que, independientemente de las consideraciones a las que ahora llegaré, se presentaron en el marco de un procedimiento incoado en virtud del artículo 85, en el que las partes que habían celebrado contratos con la demandante debían considerarse en cierto modo como acusados.

Por último, en lo que respecta a las infracciones obtenidas de los clientes de la demandante y a las investigaciones realizadas entre ellos, es importante señalar que sólo algunos de ellos dieron su consentimiento para que dichos documentos fuesen transmitidos a la demandante. Bajo esta condición, la demandante tuvo conocimiento de los documentos de que se trata, así como también se le proporcionaron expedientes presentados en forma anónima, relativos a otros clientes. Además, sólo sería posible basarse en esos documentos si los efectos reales del sistema de venta practicado por la demandante fueran relevantes para el enjuiciamiento de la Decisión impugnada, pero esto no es así, en mi opinión, si se anula la multa.

Aun cuando puede dar la impresión de que, durante el procedimiento administrativo, la Comisión habría podido discutir más a fondo con la demandante los documentos que utilizó y de que, habida cuenta de su obligación de guardar el secreto, tendría que haber considerado, ya en la fase del procedimiento administrativo y no durante el procedimiento judicial, la posibilidad de informar más a fondo a la demandante sobre los hechos esenciales, no es posible, en definitiva, hablar en el presente asunto de una violación del derecho fundamental de defensa, que pueda dar lugar a la anulación de la totalidad de la Decisión impugnada.

VI. Así pues, permítaseme resumir, una vez más, mi opinión.

Estimo que la Decisión impugnada es fundada en la medida en que aprecia la existencia de una posición dominante de la demandante en los mercados de seis tipos de vitaminas, exceptuando, por tanto, el mercado de la vitamina B_3, y en la medida en que imputa a la demandante el hecho de haber establecido con veinte clientes, con la excepción, por consiguiente, de las empresas Protector y Upjohn, vínculos abusivos y de haber tratado, también con carácter abusivo, de manera desigual a las empresas mencionadas en la Decisión. En cambio, no me parece justificado imponer a la demandante una multa por infracción del artículo 86 del Tratado CEE, porque la falta no está suficientemente caracterizada. En esta medida debe acogerse el recurso interpuesto por la empresa Hoffmann-La Roche; en cuanto al resto, debe ser desestimado. En tal caso, considero que procede, además, declarar que cada parte cargue con sus propias costas.