

données, de nature à permettre à l'entreprise en position dominante de parfaire l'exploitation abusive de la position qu'elle détient.

8. Les rabais de fidélité ont pour effet d'appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en ce que

deux acheteurs d'une même quantité d'un même produit paient un prix différent suivant qu'ils s'approvisionnent exclusivement chez l'entreprise en position dominante ou qu'ils diversifient leurs sources d'approvisionnement.

Dans l'affaire 85/76,

HOFFMANN-LA ROCHE & CO. AG à Bâle, représentée par M^{es} A. Deringer et J. Sedemund, avocats au barreau de Cologne, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M^e E. Arendt, boîte postale 39,

partie requérante,

contre

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES à Bruxelles, représentée par M. E. Zimmermann, conseiller juridique, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Mario Cervino, Bâtiment Monnet, Kirchberg,

partie défenderesse,

ayant pour objet l'annulation de la décision de la Commission du 9 juin 1976 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/29.020 — vitamines),

LA COUR,

composée de MM. H. Kutscher, président, J. Mertens de Wilmars et Mackenzie Stuart, présidents de chambre, A. Donner, P. Pescatore, M. Sørensen, A. O'Keeffe, G. Bosco et A. Touffait, juges,

avocat général: M. G. Reischl

greffier: M. A. Van Houtte

rend le présent

ARRÊT

En fait

Attendu que les faits et les arguments des parties développés au cours de la procédure écrite peuvent être résumés comme suit :

I — Faits et procédure

Par décision du 9 juin 1976 (JO n° L 223 du 16 août 1976, p. 27), la Commission, défenderesse au présent litige, a constaté (article 1) que la société Hoffmann-La Roche et Co. AG à Bâle (ci-après Roche), requérante, a commis une infraction à l'article 86 du traité « par la conclusion de contrats comportant pour les acheteurs l'obligation ou, par l'application de primes de fidélité, une incitation à réserver à Hoffmann-La Roche une exclusivité ou une préférence pour la couverture de la totalité ou de l'essentiel de leurs besoins en vitamines ».

La même décision déclare, en son article 2, que la défenderesse était tenue de mettre fin à l'infraction constatée cependant qu'en vertu de l'article 3 Roche se voit infliger une amende de 300 000 unités de compte, soit 1 098 000 DM.

Le recours a pour objet, en ordre principal, l'annulation de l'ensemble de la décision, en ordre subsidiaire, l'annulation de son article 3.

Cette décision concerne 26 contrats conclus par Roche avec 22 entreprises nommément désignées et exerçant dans le marché commun une activité de production et/ou de vente de vitamines en vue de leur utilisation, soit par l'industrie pharmaceutique (25 %), soit pour

l'alimentation humaine (15 %), soit comme additif pour l'alimentation animale (60 %).

Selon la décision attaquée, chacun des 13 groupes de vitamines connues constituerait un marché distinct. Roche, qui serait le plus grand producteur mondial de vitamines non conditionnées, produit 8 de ces 13 groupes (A, B₁, B₂, B₃ (acide pantothénique), B₆, C, E et H (biotine) et intervient sur le marché comme revendeur pour les autres (B₁₂, D, K, M (acide folique) et PP).

Toutes ces vitamines sont utilisées à raison de leurs propriétés bionutritives. Les vitamines C et E sont, en outre, utilisées à raison de leurs propriétés chimiques (utilisation technologique), notamment comme antioxydants et agents de fermentation. Dans leur utilisation bionutritive, elles ne rencontreraient pas la concurrence d'autres produits, alors qu'il en irait autrement en ce qui concerne leur utilisation technologique.

La décision attaquée concerne les marchés de 7 des 8 groupes dont Roche est producteur avec exclusion de la vitamine B₁. Dans chacun de ces marchés, la requérante jouirait d'une position dominante qu'elle aurait, de façon délibérée ou par négligence, exploitée abusivement par la conclusion des contrats litigieux.

Cette décision repose sur les éléments suivants :

A — Structure du marché de la vitamine

a) L'analyse de la structure de la production et de l'offre de vitamines ferait

ressortir que la production de chacun des 13 groupes ci-dessus mentionnés exigerait des investissements très importants et nécessiterait des équipements dans une large mesure spécifiques à chaque groupe et très spécialisés. A raison de ce fait, la capacité des usines serait déterminée compte tenu de l'expansion prévue pour 10 ans, ce qui aurait entraîné une surcapacité mondiale, malgré la circonstance que le marché des vitamines est en forte expansion.

b) Roche serait, non seulement dans le monde mais également à l'intérieur du marché commun, le fabricant le plus important et celui dont la production s'étend au plus grand nombre de groupes de vitamines (à l'exception, en ce qui concerne ce dernier point, de Philips-Duphar dont la production dans certains groupes serait toutefois négligeable).

Évaluées sur la base des chiffres d'affaires respectifs des producteurs, les parts de marché détenues par Hoffmann-La Roche à l'intérieur du marché commun seraient les suivantes pour les groupes de vitamines formant les marchés concernés (voir point 20 de la décision).

- Vitamine A: 47 %, le deuxième producteur n'atteignant qu'un peu plus de la moitié de ce pourcentage;
- Vitamine B₂: 86 %, le restant du marché étant fractionné entre plusieurs producteurs;
- Vitamine B₃ (acide pantothénique): 64 %, un autre producteur représentant 30 %;
- Vitamine B₆: 95 %;
- Vitamine C: 68 %, le deuxième producteur ayant une part de marché inférieure à un quart de celle de Roche;
- Vitamine E: 70 %, le deuxième producteur ayant une part de marché

inférieure à un tiers de celle de Roche;

- Vitamine H (biotine): 95 %;

Pour les vitamines non produites mais revendues par Roche:

- Vitamine B₁₂: 13 %;
- Vitamine D: 10 %;
- Vitamine K: 10 %;
- Vitamine M (acide folique): 47 %;
- Vitamine PP: 68 %.

En 1974 le chiffre d'affaires de Roche dans le marché commun était de 65 % de l'ensemble de la vente des vitamines fabriquées par Roche et de 60 % de l'ensemble de celles qu'elle vend (production et revente).

Roche aurait, dans le secteur des vitamines, des filiales en Belgique, aux Pays-Bas, en république fédérale d'Allemagne, en Italie, en France, en Grande-Bretagne et au Danemark. Les filiales allemande, française et britannique sont également des centres de production.

La décision fait, en outre, état de l'avance technologique qu'aurait Roche sur ses concurrents à raison de son rôle de pionnier dans la synthèse de différentes vitamines et de l'existence d'un réseau commercial très étendu et spécialisé.

c) En ce qui concerne la structure de la *demande* de vitamines dans le marché commun, elle serait caractérisée par la circonstance que, bien que la demande soit très diversifiée (Roche compterait 5 000 clients), la concurrence des producteurs porterait essentiellement sur les gros utilisateurs ou groupes multinationaux achetant, à quelques exceptions près, toute la gamme de vitamines fabriquées, au moyen de commandes importantes.

Les 22 entreprises ayant conclu avec Roche les contrats litigieux lui auraient acheté en 1974 des quantités représentant environ 26 % des ventes de Roche dans le marché commun et 16 % des ventes totales (tous producteurs et revendeurs compris) dans le même marché.

B — Comportement de la requérante

Roche aurait conclu depuis 1964 des contrats dits «contrats de fidélité» lui assurant l'exclusivité ou la préférence des clients. Selon ces contrats:

- les acheteurs s'approvisionneraient auprès de Roche pour la totalité ou pour l'essentiel de leurs besoins en vitamines fabriquées par Roche;
- Roche livrerait aux meilleurs prix en vigueur sur le marché national du client;
- les clients ayant couvert la totalité ou l'essentiel de leurs besoins auprès de Roche bénéficieraient d'un rabais annuel ou semestriel calculé sur la base de l'ensemble des achats. Ce rabais varierait de 1 % à 5 %, sauf pour un client pour lequel il serait de 12,5 % à 20 %;
- une «clause anglaise» prévoirait que les clients informent Roche des prix inférieurs à ceux pratiqués par Roche qui leur seraient proposés par d'autres fabricants «réputés». Si Roche ne réduit pas ses prix au niveau de ces offres, les clients sont libres de s'approvisionner auprès desdits fabricants sans perdre le rabais de fidélité pour les achats effectués auprès de Roche.

Plusieurs documents internes confirmeraient les éléments essentiels du «système de fidélité» mis en œuvre par Roche et les avantages qu'elle en retire.

Le comportement incriminé se serait réalisé par la conclusion de contrats soit entre Roche et les sociétés mères des utilisateurs (contrats multinationaux), soit entre les filiales de Roche et des utilisateurs établis sur les territoires où ces filiales opèrent (contrats nationaux). Avec les 22 entreprises concernées ont été conclus 26 contrats, soit 17 multinationaux et 9 nationaux.

C — Position dominante de la requérante

Dans chacun des 7 marchés retenus (A, B₂, B₆, C, E, biotine (H) et acide pantothénique (B₃), Roche jouirait d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité reposant sur le degré d'indépendance globale de comportement dont elle disposerait et qui la mettrait en mesure de faire obstacle à une concurrence effective à l'intérieur du marché commun.

Cette position dominante résulterait:

- 1) de la part du marché détenue par Roche, allant de 95 % pour les vitamines B₆ et H à 47 % (le deuxième producteur n'atteignant qu'environ la moitié) pour la vitamine A;
- 2) de la gamme plus étendue de vitamines fabriquées par Roche. Les besoins de nombreux utilisateurs portant sur plusieurs groupes de vitamines, Roche pourrait utiliser une stratégie de vente, et notamment de prix, beaucoup moins dépendante des conditions de concurrence sur chaque marché que celle des autres producteurs;
- 3) de la circonstance que Roche est le plus grand producteur mondial pour l'ensemble des vitamines et que son chiffre d'affaires dépasse celui de l'ensemble des autres producteurs;
- 4) de la circonstance qu'elle dispose sur ses concurrents d'avantages technologiques;

- 5) de la circonstance qu'elle dispose sur ses concurrents d'avantages commerciaux;
- 6) de l'absence de concurrence potentielle résultant du fait que l'accès au marché des vitamines nécessite des investissements importants et programmés sur de longues années.

D — Existence d'une exploitation abusive

Le comportement de Roche constituerait un abus de position dominante parce qu'il serait de nature à porter atteinte à la liberté de choix et à l'égalité de traitement des acheteurs ainsi qu'à restreindre la concurrence entre producteurs de vitamines non conditionnées dans le marché commun et serait susceptible d'affecter le commerce entre États membres:

- 1) l'exclusivité d'achat convenue pour la totalité ou pour un pourcentage très important des besoins serait de nature à enlever aux clients toute possibilité de choix en ce qui concerne leurs sources d'approvisionnement. Le non-respect par le client de l'exclusivité lui ferait perdre la prime de fidélité pour la totalité de ses achats chez Roche, quel que soit le groupe de vitamines concerné;
- 2) en outre, cette exclusivité porterait atteinte à la concurrence entre producteurs de vitamines;
- 3) la «clause anglaise» laisserait à Roche de décider, cas par cas, en fonction des circonstances, de l'entrée partielle d'un concurrent sur le marché que Roche s'est réservé. En effet, ce serait seulement au cas où Roche déciderait de ne pas aligner son prix que l'acheteur serait autorisé à acheter auprès du concurrent. En plus, la clause ne jouerait que lorsqu'il s'agit d'un concurrent «réputé» du territoire du client. Ainsi, si la commande l'inté-

resse parce qu'il s'agit d'une quantité considérable ou d'une vitamine importante ou encore d'un concurrent réputé, Roche serait en mesure, à raison de sa force sur le marché, d'aligner son prix et de conserver l'exclusivité;

- 4) les primes de fidélité conduiraient à une discrimination, interdite par l'article 86 c), aussi bien au détriment des clients qui n'en bénéficieraient pas qu'envers ceux auxquels des rabais moins élevés sont appliqués;
- 5) le commerce entre États membres serait affecté parce que le comportement incriminé restreindrait les possibilités d'achat et de vente des utilisateurs et des fournisseurs de vitamines non conditionnées d'États membres différents et exercerait donc une influence directe sur les courants d'échange entre États membres.

E — De l'amende

Pour la fixation de l'amende, la Commission n'aurait pris en considération que la période de 1970, année à partir de laquelle il s'agirait d'une politique systématique de contrats de fidélité jusque fin 1974, moment où sont intervenues les premières résiliations.

A raison de la circonstance que Roche a son siège en dehors de la Communauté mais possède plusieurs filiales dans le marché commun, notamment en République fédérale d'Allemagne, l'amende aurait été traduite en marks allemands.

Par requête du 18 août 1976, enregistrée au greffe de la Cour le 27 août 1976, la société Hoffmann-La Roche a introduit un recours en annulation de la décision du 9 juin 1976.

La Cour, l'avocat général entendu, a invité les parties à répondre à certaines questions et a donné à chacune d'elles

l'occasion de présenter leurs observations sur ces réponses.

II — Conclusions des parties

La requérante conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— *à titre principal:*

annuler la décision de la défenderesse du 9 juin 1976;

— *à titre subsidiaire:*

annuler l'article 3 de la décision précitée;

— condamner la défenderesse aux dépens.

La défenderesse conclut à ce que plaise à la Cour:

— rejeter la requête comme non fondée;

— condamner la requérante aux dépens de l'instance.

III — Moyens et arguments des parties

Le recours est fondé sur les moyens suivants:

- 1) Violation du principe général relatif au degré de détermination et de prévisibilité que doit revêtir une règle assortie de sanctions avant qu'une infraction à cette règle puisse donner lieu à application de cette sanction.
- 2) Violation de règles relatives à la procédure (fair trial) en ce que:
 - a) la décision d'ouvrir une procédure aurait été prise sur base d'éléments parvenus illégalement en possession de la défenderesse;
 - b) la décision attaquée serait fondée sur des éléments de preuve dont il n'aurait pas été fait état au cours de l'audition des intéressés prévue

par l'article 19 du règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962 portant application des articles 85 et 86 du traité (JO n° 13 du 21 février 1962, p. 204);

- c) la décision attaquée serait fondée sur des éléments de conviction, notamment en ce qui concerne les parts de marché et l'effet restrictif des contrats litigieux, dont la requérante n'aurait pas eu connaissance.
- 3) Violation de l'article 18 du règlement n° 17 ci-dessus cité, selon lequel, pour l'application des amendes et astreintes, l'unité de compte est celle retenue pour l'établissement du budget de la Communauté, en ce que l'article 3 de la décision attaquée fixe l'amende en Deutsche Mark.
- 4) Violation de l'article 86 du traité: en ce que la Commission aurait, par la décision attaquée, donné une interprétation inexacte et, en tout cas, fait une application inexacte des notions de position dominante et d'exploitation abusive d'une position dominante susceptible d'affecter le commerce entre États membres, en constatant l'existence de pareille position dans le chef de Roche et en qualifiant les contrats litigieux comme constitutifs d'un tel abus.
- 5) Violation de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17, en ce que, à supposer qu'il y ait eu dans le chef de la requérante infraction à l'article 86 du traité, cette infraction n'a été commise ni de propos délibéré ni par négligence.

Premier moyen: l'interdiction d'appliquer des sanctions tant que les notions imprécises de «position dominante» et d'«exploitation abusive» n'ont pas été concrétisées par rapport au type de situation et de comportement critique

Recours

Selon la requérante, les notions de position dominante et d'exploitation abusive de pareille position devraient être comparées parmi les notions les plus indéterminées et les moins claires tant du droit communautaire que des droits nationaux. Dans ces conditions, il se déduirait du principe fondamental «*nullum crimen sine lege*» que la Commission ne saurait infliger les sanctions prévues en cas de violation de l'article 86, qu'après qu'a été donné, soit par la pratique administrative soit par la jurisprudence, à ces notions générales un sens suffisamment concret pour qu'il eût été permis de prévoir l'application de l'article 86 à la situation de Roche et aux contrats en cause, au moment où ils ont été conclus.

La requérante ne conteste pas la compétence pour la défenderesse d'interpréter et d'appliquer des notions imprécises de l'article 86 dans ses décisions, mais bien celle d'infliger des amendes dans des cas qui, comme celui de l'espèce, n'avaient pas encore été concrétisés. Le principe de la nécessaire détermination et précision des règles de sanction qu'exprime l'adage «*nullum crimen sine lege*» serait en outre reconnu et garanti, tant par l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que par la Constitution allemande. Le Bundesverfassungsgericht aurait d'ailleurs précisé (14. 5. 1969, NJW, 1969, 1759) que les exigences de «détermination» et de «prévisibilité» sont d'autant plus élevées que la portée des éléments constitutifs d'une infraction est plus indéterminée et que la sanction est plus lourde.

Défense

Dans son mémoire en défense, la Commission reconnaît que la protection des droits fondamentaux doit être l'un

des objectifs du droit communautaire. Elle observe toutefois que l'adage «*nullum crimen sine lege*» concerne essentiellement la non-rétroactivité des dispositions instituant ou aggravant des peines. Ce principe a été respecté en l'espèce. L'article 86 du traité, combiné avec l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17, sur lesquels l'amende infligée à la requérante a été fondée, étaient l'un et l'autre en vigueur au moment où la requérante a conclu les contrats incriminés.

D'autre part, il ne serait pas établi que les principes de la «détermination» nécessaire des notions et de la «prévisibilité» des sanctions vaudraient avec la même rigueur en ce qui concerne les sanctions administratives ou disciplinaires; or, l'article 15, paragraphe 6, du règlement n° 17 disposerait expressément que les amendes n'ont pas un caractère pénal.

Enfin, même en admettant que les principes précités de «détermination» et «prévisibilité» puissent être appliqués aux infractions de droit administratif, les termes en cause («position dominante» et «abus») ne manqueraient pas de précision, eu égard, d'une part, au fait que le droit de la concurrence, pour être efficace, doit tenir compte des multiples aspects de la vie économique et ne peut renoncer à se référer à des notions générales «nécessitant dans une large mesure une interprétation de la part du juge» et, d'autre part, au fait que ces notions sont bien connues d'entreprises participant, comme la requérante, au commerce international et familiarisées avec les droits nationaux de la concurrence.

Réplique

La requérante réplique que l'exigence de la détermination et de la prévisibilité vaudrait, en droit allemand, également lorsqu'il s'agit de dispositions sanctionnées par des amendes n'ayant pas un

caractère pénal (*Ordnungswidrigkeit*) et même en matière disciplinaire. En outre, il serait communément admis que les amendes communautaires constitueraient en fait des sanctions pénales.

Elle observe ensuite qu'elle ne prétend nullement que l'article 86 serait contraire à l'obligation de précision des règles de sanction, mais bien que la protection des droits fondamentaux exige qu'il ne soit fait usage de la faculté d'infliger une amende qu'après que cette règle aura été concrétisée par une pratique administrative suffisante.

Ce serait bien pourquoi le règlement n° 17 ferait une distinction entre la constatation d'une infraction à l'article 86, la compétence de faire une injonction en vue d'y mettre fin, et le prononcé d'une amende. De même, plusieurs législations en matière de concurrence — notamment l'article 22 de la *GWB* (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (loi sur les restrictions de la concurrence) allemande — ne permettraient d'infliger une sanction qu'en cas de violation (postérieure) de la décision par laquelle une infraction en matière d'abus de puissance économique a été constatée.

La requérante observe enfin que le principe de prévisibilité de la règle de sanction est également admis par d'autres régimes juridiques, notamment en Italie et en Belgique, où il s'exprimerait par la règle «*in dubio pro reo*», qui s'applique non seulement à la preuve des faits constitutifs de l'infraction, mais également à l'imprécision de la règle de droit.

Duplique

Dans sa duplique, la défenderesse observe d'abord que si, selon la jurisprudence de la Cour de justice, des droits fondamentaux garantis par les Constitutions des États membres font partie de l'ordre juridique communautaire, il n'en

résulte pas pour autant qu'ils doivent correspondre, trait par trait, dans leur formulation et leur contenu, aux dispositions nationales. Or, le principe de «la précision de l'élément légal» est, en droit constitutionnel allemand et italien, lié à la compétence reconnue du pouvoir judiciaire de contrôler la constitutionnalité de la loi.

D'autre part, la requérante confondrait précision et prévisibilité de la règle. Il ne faudrait pas, pour qu'une loi, même pénale, puisse être appliquée, que la culpabilité puisse être prévue par chacun, mais seulement que la portée des éléments constitutifs de l'infraction puisse être clairement déterminée par voie d'interprétation judiciaire.

Ces principes, qui vaudraient, également en droit italien, pour le droit pénal, vaudraient d'autant plus dans le domaine de sanctions administratives, en particulier dans le droit administratif économique, et plus spécialement dans le droit des ententes, qui ne pourrait se passer de descriptions abstraites.

Selon la Commission, la requérante tire du principe de la précision de l'élément légal des conclusions qu'on n'en déduit même pas en république fédérale d'Allemagne. Elle conteste en particulier le commentaire que la requérante a donné de l'article 37a *GWB*.

Deuxième moyen: violation des règles de procédure

Recours

La requérante fait état de trois irrégularités qui affecteraient la procédure et qui, selon elle, devraient entraîner l'annulation de la décision attaquée.

a) Elle observe en premier lieu qu'un certain nombre de documents et, en particulier, ceux formant les annexes 3, 4, 5,

6 et 7 du recours, à savoir quatre documents internes dénommés «Management Information» et un compte rendu d'une réunion des «European Bulk Managers» des 12 et 13 octobre 1972 seraient parvenus, de façon irrégulière, entre les mains de la Commission, notamment pour lui avoir été remis par un employé de Roche qui les aurait soustraits illégalement et se serait de ce chef rendu coupable d'un délit puni par la loi pénale suisse. Cette origine irrégulière vicierait la procédure et la Commission aurait, en outre, violé le droit des gens en entreprenant des enquêtes dans un État tiers souverain. La requérante met cependant le texte complet desdits documents à la disposition de la Cour en les annexant à son recours et laisse, dans ces circonstances, à l'appréciation de la Cour le soin de décider des conséquences à tirer de l'irrégularité alléguée.

b) Selon la requérante, la procédure serait également viciée à raison de la circonstance que, dans la décision attaquée, il serait fait état de certains documents qui n'auraient pas été discutés, ni même mentionnés, au cours de l'audience à laquelle il a été procédé, conformément à l'article 19 du règlement n° 17. Sont en particulier visés les cinq éléments de preuve avancés au n° 12 de la décision attaquée [(Observation du rapporteur: ces documents sont les mêmes que ceux auxquels s'adresse le reproche de provenance irrégulière, à savoir les «Management Information» de décembre 1970, de mai (lire mi-août) 1971, du début du mois d'août 1971, de septembre 1970 (lire 8 septembre 1972) et le «European Bulk Managers Meeting» de 1971 (lire 12-13 octobre 1972)] et le compte rendu d'une réunion Unilever-Roche du 11 décembre 1972 (n° 3 in fine de la décision). Il s'agirait là d'une violation des droits de la défense et, en particulier, de

l'article 4 du règlement n° 99/63 du 25 juillet 1963 de la Commission, selon lequel «dans ses décisions, la Commission ne retient contre les entreprises et associations d'entreprises destinataires que des griefs au sujet desquels ces derniers ont eu l'occasion de faire connaître leur point de vue».

c) Enfin, la requérante objecte que la décision attaquée est fondée sur des éléments d'appréciation qui n'ont pas été portés à sa connaissance et qu'elle ne peut contrôler parce que la Commission, faisant état de son obligation de respecter le secret des affaires, lui en refuse la communication dans la mesure où les entreprises auprès desquelles ces éléments d'appréciation ont été collectés s'opposent à cette communication. Il s'agit, d'une part, des éléments recueillis auprès de certaines entreprises productrices de vitamines, et qui ont servi au calcul des parts de marché de Roche, et, d'autre part, de renseignements recueillis auprès de 16 clients de Roche et relatifs à l'effet plus ou moins contraignant des contrats litigieux. En ce qui concerne lesdits clients, un petit nombre seulement s'est déclaré d'accord pour que soit communiqué le contenu des investigations dont ils ont été l'objet, et seuls ces rapports d'investigation ont été communiqués à la requérante.

Défense

a) La Commission conteste formellement l'allégation selon laquelle elle aurait incité un des employés de la requérante à faire parvenir de Suisse certains documents d'affaires internes. Elle ne se serait pas livrée, et n'aurait pas davantage fait procéder pour son compte, à un quelconque acte d'information sur le territoire de la Suisse, qui aurait violé la souveraineté de ce pays. Elle prend, d'autre part, note de ce que la requé-

rante renonce à se prévaloir du moyen tiré d'une provenance prétendument illégale de certains éléments d'information recueillis par la Commission.

b) En ce qui concerne la circonstance qu'il n'a pas été fait état, au cours de la procédure d'audition, de certains documents mentionnés dans la décision, la Commission observe qu'aux termes de l'article 19, paragraphe 1, du règlement n° 17, elle serait tenue de communiquer à la requérante les griefs retenus, ce qui l'obligerait seulement à communiquer aux entreprises intéressées les principaux points de fait et de droit dont elle déduit l'existence de l'infraction, mais non tous les documents qu'elle possède.

c) La Commission conteste également l'existence d'une obligation à sa charge qui lui imposerait, dans le cadre des procédures administratives qu'elle engage, d'autoriser les entreprises concernées à prendre connaissance des dossiers. Dans la présente affaire, elle aurait répondu aux questions posées par la requérante, notamment en ce qui concerne la part de marché de celle-ci, que cette part avait été calculée sur la base de données fournies par d'autres fabricants. La défenderesse estime qu'elle ne pouvait communiquer les données relatives aux parts de marché d'autres entreprises sans avoir obtenu le consentement de celles-ci. Après l'adoption de la décision attaquée, la Commission aurait donné son accord de principe sur la consultation de l'ensemble du dossier par la requérante, mais elle aurait subordonné l'autorisation de consulter les documents contenant les secrets d'affaires d'entreprises tierces au consentement de celles-ci; accord qui n'a pas été donné par les entreprises concurrentes et seulement partiellement par les clients de Roche auprès desquels des investigations ont eu lieu. La défende-

resse renvoie à cet égard à l'arrêt de la Cour du 15 juillet 1970 (affaire 45/69, *Boehringer*, Recueil p. 799).

Réplique

Selon la requérante, l'absence de communication du dossier complet dans le cadre de la procédure administrative violerait les droits de la défense, ce qui constituerait la méconnaissance d'un droit fondamental. L'arrêt *Boehringer*, auquel se réfère la Commission, aurait précisément établi qu'il existe un droit à communication de pièces au cours de la procédure administrative. Il s'agirait là de l'expression d'un principe fondamental de l'État de droit selon lequel une décision ne peut être fondée sur des pièces à propos desquelles les intéressés n'ont pu présenter d'observations. A défaut de pareille connaissance complète, la requérante est dans l'impossibilité de savoir quels sont les résultats d'investigations éventuelles non expressément citées dans la décision. En ce qui concerne les investigations mentionnées, la requérante insiste sur la nécessité, pour elle, de prendre connaissance des investigations chez tous les 16 clients ainsi que des observations faites par ces clients à la communication des griefs.

Duplique

a) La Commission produit, en annexe à son mémoire en duplique, la décision du Straßgericht de Bâle du 1^{er} juillet 1976 qui indiquerait que les allégations selon lesquelles elle aurait incité un employé de la requérante à soustraire des documents en Suisse manqueraient de fondement.

b) Quant à la communication du dossier, la Commission soutient qu'après l'arrêt *Boehringer* précité, la question de savoir si, et dans quelle mesure, une entreprise participant à une violation des

règles de concurrence a un droit formel à la communication du dossier, n'aurait toujours pas été tranchée. Quelle que soit la réponse, la Commission estime qu'il ne faudrait pas confondre le droit à être entendu et un droit éventuel à la communication de l'ensemble du dossier. En droit communautaire, le droit à être entendu serait assuré par l'obligation de communiquer les griefs portant sur une violation des règles de concurrence et l'interdiction d'inclure dans la décision des griefs sur lesquels les entreprises visées n'ont pu se prononcer (article 4 du règlement n° 99/63). En l'espèce, la requérante aurait eu connaissance de tous les documents ne contenant pas de secrets d'affaires d'autres entreprises ainsi que des documents contenant de tels secrets, mais dont la communication aurait été autorisée par les entreprises concernées.

Troisième moyen: violation de l'article 18 du règlement n° 17

Recours

La requérante estime que la conversion en DM de l'amende exprimée en unités de compte à l'article 3 de la décision viole l'article 18 du règlement n° 17, qui renvoie à l'unité de compte prévue pour l'établissement du budget. Le règlement financier n° 68/313 du 30 juillet 1968 (JO 1968, n° L 199, p. 1) aurait fixé la contrepartie en chacune des monnaies des États membres de l'unité de compte, cette parité n'ayant plus été modifiée depuis.

Il résulterait du caractère communautaire de l'unité de compte que tout débiteur devrait pouvoir choisir en quelle monnaie il veut acquitter sa dette. La solution contraire entraînerait une discrimination au détriment des entreprises qui doivent payer en monnaie forte.

Défense

La Commission répond que, s'il est vrai que l'article 18 du règlement n° 17 renvoie à «l'unité de compte retenue pour l'établissement du budget de la Communauté en vertu des articles 207 et 209 du traité CEE» et que c'est donc en cette unité de compte que serait *fixée* l'amende, il se serait avéré à l'expérience que ce système laissait en suspens certaines questions concernant le *paiement* de l'amende. En raison des difficultés survenues, dans certains cas, au moment de l'exécution forcée de l'amende, la Commission aurait pris l'habitude de convertir le montant de l'amende exprimé en unités de compte dans la monnaie nationale de l'entreprise concernée. La Commission tiendrait compte, pour ce faire, lorsqu'il s'agit d'entreprises ayant leur siège principal en dehors de la Communauté, de l'État membre dans lequel l'entreprise visée a une filiale ou un établissement important dont l'avoir peut couvrir le montant de l'amende.

La référence, à l'article 18 du règlement n° 17, à l'unité de compte utilisée pour l'établissement du budget signifierait que, de même que les États membres n'ont plus la possibilité de verser leurs contributions financières dans une monnaie autre que la leur, selon le règlement financier du 25 avril 1973, n° 73/91/CECA, CEE, Euratom (JO n° L 116, p. 1), les entreprises sont tenues d'acquitter en monnaie nationale le montant résultant de la conversion en cette monnaie de l'amende.

Réplique

Pour le requérant, les arguments fondés sur l'exécution forcée ne permettraient pas de tourner l'énoncé précis et le sens de l'article 18 du règlement n° 17 et ne pourraient pas être invoqués lorsqu'il

s'agit d'une entreprise d'un pays tiers qui ne s'opposerait pas au paiement et qui possède des filiales dans l'ensemble des États membres. Dans un tel cas, l'amende devrait pouvoir être acquittée par l'une quelconque des filiales dans sa parité nationale. Le règlement financier auquel se référerait la Commission ne concernerait que les contributions financières des États membres.

La Commission indique qu'elle fonde sa thèse non seulement sur l'article 18 du règlement n° 17, mais également sur l'article 15, paragraphe 2, de ce règlement, et sur l'article 192 du traité CEE. La décision prise en application de l'article 15, paragraphe 2, formerait titre exécutoire et il y aurait une nécessité pratique pour assurer l'exécution, après apposition par l'autorité nationale de la formule exécutoire, de préciser le montant de l'amende dans la monnaie nationale du débiteur. L'amende pourrait, il est vrai, être acquittée dans d'autres monnaies que les monnaies prescrites, mais la Commission veillerait dans ces cas à ce que le débiteur paie exactement la contre-valeur de la somme due selon le cours du jour de paiement. Ainsi, le montant libellé dans la décision en monnaie nationale fixerait la dette de manière contraignante.

Quatrième moyen: violation de l'article 86 du traité en ce que la décision attaquée donne une interprétation inexacte ou, en tout cas, fait une fausse application tant de la notion de position dominante que de celle d'exploitation abusive de pareille position

A — Position dominante

La requérante critique l'analyse de la structure du marché sur laquelle la Commission a fondé sa conviction de l'existence d'une position dominante, mais surtout la circonstance que, pour

constater l'existence de pareille position et notamment l'inexistence d'une concurrence effective, la Commission se serait exclusivement fondée sur les parts et sur la structure du marché sans tenir compte du comportement sur le marché et des résultats de celui-ci, notamment de l'évolution des prix, alors que ce comportement et ces résultats constitueraient des critères décisifs qui devraient nécessairement être pris en considération.

I. Discussion de l'analyse, par la Commission, de la structure du marché

A cet égard, la requérante critique en premier lieu tant la pertinence que l'existence des éléments retenus par la Commission, à savoir:

- 1) les parts de marché détenues par Roche et la circonstance qu'elles sont beaucoup plus importantes que celles de chacun des concurrents;
- 2) la circonstance que Roche produit une gamme de vitamines plus importante que tous ses concurrents;
- 3) la circonstance que Roche est le principal producteur mondial et que son chiffre d'affaires dépasse celui de l'ensemble des autres producteurs;
- 4) le nombre des concurrents;
- 5) la circonstance que Roche, pionnier de la synthèse de la vitamine, dispose, malgré l'expiration des brevets, d'une avance technologique sur ses concurrents;
- 6) la circonstance que Roche dispose d'un réseau commercial de premier ordre, spécifiquement organisé pour la vitamine;
- 7) la circonstance qu'à raison de l'importance des investissements pour entrer dans le marché de la vitamine, il n'y a pas de concurrence potentielle;

- 8) le meilleur accès aux marchés d'approvisionnement dont disposeraient les concurrents de Roche.

Ad 1) Les parts de marché détenues par Roche

Recours

La requérante, tout en reconnaissant que, pour plusieurs sortes de vitamines, ses parts de marché sont considérables, conteste formellement l'évaluation qui en est faite par la Commission. De toute façon, ces parts ne démontreraient pas l'existence d'une position dominante parce qu'il s'agirait d'un marché en expansion et dans lequel la requérante n'aurait pas la possibilité de contrôler le marché des approvisionnements, la production, les débouchés et en particulier les prix.

Pour une série de raisons, provenant en particulier de l'absence de statistiques sur la production et de l'insuffisance des statistiques disponibles concernant l'importation et l'exportation des vitamines, la requérante ne serait pas en mesure d'indiquer elle-même les parts de marché avec suffisamment de certitude. Toutefois, plusieurs des parts de marché mentionnées dans la décision seraient très exagérées.

Ainsi, la part de marché devrait être ramenée de 64 % à 30 % pour l'acide pantothénique, de 68 % à moins de 30 % pour la vitamine PP, tandis que les parts de marché pour les vitamines B₂ et B₆ seraient également surestimées. En outre, la Commission, en fixant et en appréciant les parts de marché, n'aurait pas correctement délimité le marché concerné et aurait omis de tenir compte du fait que le marché des vitamines est un marché en expansion. En ce qui concerne la délimitation du marché, la requérante conteste l'affirmation de la

Commission selon laquelle les vitamines ne seraient pas interchangeables avec d'autres produits. En particulier, les vitamines E et C utilisées à grande échelle comme antioxydants seraient, dans ce domaine, interchangeables avec un nombre d'autres produits, et il en serait de même de la biotine dans l'industrie de la fermentation. La requérante a énuméré à l'annexe 1 (p. 46-47) de sa réponse à la communication des griefs un grand nombre de possibilités de substitution dans ces utilisations. Une délimitation du marché qui tiendrait compte de cet élément réduirait de deux tiers le marché de la vitamine C. Pour les produits principaux, les vitamines A, E et C, les parts de marché ne se situeraient qu'aux environs de 50 % et parfois bien au-dessous. Pour la vitamine B₂, il faudrait tenir compte de la pression exercée par l'industrie de fermentation qui, en fonction de l'évolution des prix, pourrait, à tout moment, affecter des capacités de fermentation inemployées à la fabrication de vitamine B₂.

Pour ce qui est de la biotine (3 % du chiffre d'affaires de vitamines de Roche), il n'y aurait pas eu de concurrence jusqu'en 1971, parce qu'à défaut de demande il n'y avait pas de marché. Mais dès qu'à la suite de la découverte de «débouchés nouveaux» la demande augmenta, des concurrents se sont présentés et ont enlevé en un temps extrêmement bref 10 % du marché mondial. Il serait donc inexact de parler de «position dominante» à propos d'un marché qui n'aurait pour ainsi dire pas encore existé et face à une forte expansion de date récente.

Quant à la caractéristique du marché d'être un marché en expansion, elle serait commune à toutes les vitamines et aurait des implications importantes quant à la valeur relative des parts de marché. Cons-

tatées pour la biotine, mais valables pour toutes les vitamines, ces implications seraient les suivantes. La découverte et la commercialisation d'un produit connaîtraient d'abord une phase de création du marché, ensuite une phase d'expérimentation, pour passer ultérieurement à la phase d'expansion. Une part de marché qui, au cours des phases de création et d'expérimentation, peut être de l'ordre de 100 %, diminuera rapidement dans la phase d'expansion, tout en demeurant élevée au début.

Cette part de marché élevée ne résulterait toutefois pas d'une « domination », puisque cette part n'aurait pas été acquise « au détriment des concurrents ni par entrave à la concurrence ». La part de 90 % pour la biotine montrerait que les concurrents ont conquis dès le début de la phase d'expansion 10 % du marché dans les plus brefs délais. Une part de marché importante sur un marché en expansion ne serait pas un indice que l'innovation puisse faire obstacle à une concurrence effective. La liberté de comportement de l'innovateur dans la phase d'expansion du marché ne résulterait pas du pouvoir de tenir les concurrents à l'écart du marché, mais exclusivement du marché lui-même.

Défense

La Commission explique qu'afin d'avoir une idée correcte des conditions du marché, elle a, conformément à l'article 11 du règlement n° 17, recueilli des renseignements auprès de tous les fabricants dont on sait qu'ils écoulent des vitamines dans le marché commun. Les renseignements demandés auraient été communiqués par tous; les fabricants concernés étaient invités à indiquer la valeur des quantités écoulées en 1974. Après addition des montants indiqués, les parts de marché de la requérante auraient été déterminées sur la base du

résultat total obtenu. Les entreprises concurrentes de la requérante ayant expressément indiqué qu'elles considéreraient les données fournies comme secrètes et n'ayant pas accepté qu'elles soient transmises à la requérante, la défenderesse n'aurait pu autoriser la requérante à en prendre connaissance.

Quant à la phase d'expansion du marché, la Commission estime qu'on ne peut, dans la réalité, distinguer les phases de développement du marché uniquement par l'évolution de la demande et que ces phases ne pourraient être séparées l'une de l'autre conformément à un modèle idéal, mais s'imbriqueraient l'une dans l'autre.

En outre, la phase du marché, telle qu'elle se présente dans la réalité, pourra être influencée par les entreprises qui agissent sur le marché.

La Commission conteste que tous les produits qui font l'objet de la décision attaquée se trouveraient encore dans la phase d'expansion. Tel ne serait éventuellement le cas que pour la biotine. Pour ce produit, la Commission estime que l'élément déterminant réside non dans les 10 % du marché détenus par les concurrents mais dans le fait que la requérante a réussi à maintenir une part de marché élevée pendant une assez longue période.

Réplique

La requérante précise les parts de marché qu'elle détiendrait sur les différents marchés concernés et qui indiqueraient que les chiffres avancés par la Commission sont exagérés:

- pour la vitamine A, la décision attaquée constaterait elle-même que la part de marché n'est que de 47 %;
- pour la vitamine C, une délimitation exacte du marché en cause, en tenant compte des produits substituables

- comme antioxydants pour l'utilisation industrielle, amènerait à constater une part de marché de 50 % juste;
- pour les mêmes raisons de délimitation exacte du marché, la part de marché pour la vitamine E serait de 40 %;
 - sur le marché de l'acide pantothénique, la requérante n'occuperait que 30 %;
 - pour la biotine, la part du marché n'aurait pas à être prise en considération, parce qu'elle ne serait pas à même de constituer un indice en faveur d'une domination d'un marché qui serait en expansion;
 - pour la vitamine B₂ la part du marché mondial serait tout juste au-dessus de 50 % de 1970 à 1974, abstraction faite de la concurrence potentielle émanant de l'industrie de fermentation et notamment des capacités des fabricants d'antibiotiques, surtout aux États-Unis, dont les usines pourraient à tout moment être remises en route;
 - pour la vitamine B₆, produit insignifiant comparé aux autres vitamines, la part du marché de la requérante serait non pas de 95 % mais de 60 à 70 %.

La requérante estime, au vu de la jurisprudence de la Cour à laquelle se réfère la Commission ainsi que de la décision de la Commission dans l'affaire «*Continental Can*», que des parts de marché de l'ordre de 50 % ne suffiraient pas, à elles seules, à établir l'existence d'une position dominante.

Dans l'affaire du sucre (CJ 16 décembre 1975, Recueil 1975, p. 1663 et suiv.) la Commission et la Cour auraient, même lorsqu'il s'agissait de parts de marché de l'ordre de 85 % (Recueil, p. 1979) à 95 % (Recueil, p. 1996) pris en considération l'existence d'autres circonstances.

De plus, la Commission aurait, dans cette affaire, exprimé l'opinion suivante: «si une part de marché entre 30 et 50 % ne permet pas de conclure ipso facto à l'existence d'une position dominante, il en serait autrement dans le cas d'une part de marché se situant entre 90 à 95 % qui permettrait, sans aucun doute, d'agir sans tenir notablement compte des concurrents» (Recueil 1975, p. 1855).

Dans l'affaire *Commercial Solvents* (CJ 16 mars 1974, affaires jointes 6 et 7/73, Recueil, p. 223), il se serait agi d'un «monopole mondial».

Dans l'affaire *Continental Can* (CJ 21 février 1973, affaire 6/72, Recueil, p. 215), la Commission se serait référée non seulement aux parts de marché de 70 à 90 % mais également à la possibilité «de déterminer les prix, de contrôler la production ou la distribution d'une partie significative des produits en cause» (JO 1972, n° L 7, p.35).

La requérante souligne l'accord qui existerait en doctrine et en jurisprudence pour constater que la notion de part de marché n'aurait de signification que si on l'associe à celle de la phase du marché. La Commission aurait adopté ce point de vue dans son étude de 1966 et cela l'aurait amenée à souligner dans la décision que le marché des vitamines est en forte expansion. Malheureusement, dans cette même décision, elle aurait négligé d'inclure cette donnée dans son appréciation des parts de marché. C'est pourquoi, contrairement à son affirmation qu'elle aurait retenu, dans son appréciation de la position dominante, «l'ensemble des circonstances», la défenderesse se verrait maintenant contrainte de nier la signification de la phase d'expansion, alors que la décision litigieuse décrirait le marché comme étant «en forte expansion» (décision, n° 3), qui ouvrirait à tous les concurrents un champ d'activité plus étendu.

Duplique

Selon la Commission, il appartiendrait à la requérante de contester, chiffres à l'appui, les données fournies par la Commission, au lieu de se contenter de renvoyer à ses propres estimations de ses parts de marché sans indiquer sur quelle base elles reposent.

Plus en détail, la Commission fait observer, à propos des vitamines C et E, que la requérante n'aurait pas donné d'indications précises permettant de déterminer pour une utilisation technologique ni par quels autres produits les vitamines peuvent être remplacées dans ce domaine, qui fabrique ces produits et quelle est la situation sur le plan des prix.

Quant aux autres vitamines, les affirmations de la requérante reposeraient soit sur une concurrence potentielle *non actuelle* (vitamine B₂), soit sur l'existence d'importations dont la Commission aurait tenu compte (acide pantothénique), soit sur l'absence d'effet anticoncurrentiel des parts importantes de marché (biotine et vitamine B₆).

La Commission estime que la requérante n'aurait pas fourni les données essentielles permettant de contrôler objectivement l'exactitude des parts de marché dont elle fait état.

Selon elle, lorsqu'une entreprise détient d'importantes parts de marché alors que ses concurrents détiennent des parts notablement plus faibles et n'offrent pas une gamme de produits comparativement aussi importante, on peut généralement y voir l'indice d'une position dominante. Ce ne serait que s'il s'avérait qu'il existe des circonstances particulières, limitant effectivement dans une large mesure la liberté d'action de l'entreprise en question, que la détention de parts de marché importantes ne pourrait permettre de conclure à l'existence de pareille position.

Quant à la jurisprudence citée par la requérante, la défenderesse n'aurait pas contesté qu'il s'agissait de parts de marché supérieures à 50 %.

Elle se serait basée dans la décision litigieuse non seulement sur les parts de marché de la requérante pour les différents groupes de vitamines, mais également sur les parts de marché notablement plus faibles des concurrents ainsi que sur un certain nombre d'autres critères importants pour la détermination de la position de la requérante sur le marché. Elle aurait, en outre, tenu compte, en se fondant sur les déclarations faites par la requérante au cours de la procédure administrative, du comportement de la requérante en matière de prix ainsi que de la situation du marché. D'ailleurs, des parts de marché de l'ordre de 25-33,3 % seraient, dans plusieurs États membres (Royaume-Uni, république fédérale d'Allemagne), considérées comme indicatives d'une domination de marché.

Quant au fait que le marché des vitamines serait en expansion, la Commission estime que la thèse de la requérante pèche par le fait qu'elle entend se prévaloir sans nuance de certains modèles économiques théoriques en accordant de surcroît une valeur absolue aux enseignements de ses théories. La Commission fait valoir, en se fondant sur certains auteurs, que les lois économiques, qu'elles soient logiques ou empiriques, n'ont pas en tout état de cause une valeur absolue.

L'évolution du marché dont il faudrait, à coup sûr, tenir compte pour apprécier l'existence d'une position dominante n'aurait pas la même signification que la phase de marché au sens de la théorie économique. Les remarques de la défenderesse attirant, dans le mémoire en défense, l'attention sur «le formidable accroissement de la production de la

requérante» se situeraient uniquement dans le cadre de l'appréciation du comportement de la requérante et non pas de sa position dominante.

Ad 2) La gamme de vitamines offerte

Recomrs

En ce qui concerne la gamme de vitamines offerte par la requérante, à propos de laquelle la décision litigieuse affirme que «Roche est la seule entreprise qui offre à la vente toute la gamme des vitamines» et que «les besoins de nombreux utilisateurs portent sur plusieurs sortes de vitamines» (décision n° 3, dernier alinéa, et n° 21), la requérante observe que les besoins de nombreux utilisateurs ne porteraient que sur quelques-unes des vitamines produites non seulement par la requérante mais aussi par ses concurrents, mais qu'ils portent également sur un grand nombre de produits complémentaires (additifs) que la requérante ne peut offrir, mais pour lesquels ses principaux concurrents possèdent une position forte. Cela serait particulièrement le cas pour l'industrie de l'alimentation animale qui constituerait 60 % de la demande globale.

Ainsi, la structure des besoins des utilisateurs n'étant pas axée sur l'étendue de la gamme de vitamines ne permettrait certainement pas à la requérante «d'employer une stratégie de vente et notamment de prix beaucoup moins dépendants». L'étendue de la gamme de vitamines ne serait donc pas un indice de position dominante.

Défense

La Commission relève que la requérante ne contesterait pas qu'elle dispose, en tant que producteur, d'une gamme de vitamines nettement plus étendue que celle de ses concurrents, mais que cet

avantage se verrait compensé par le fait que ces concurrents pourraient offrir tous les additifs dont a besoin le secteur des aliments pour animaux. La requérante se référerait ainsi au producteur d'aliments pour animaux qui aurait besoin d'un petit nombre de vitamines et d'un grand nombre d'autres additifs et qui s'efforceraient de se fournir chez le même producteur. Ce consommateur ne serait toutefois pas caractéristique du marché des vitamines. La demande de vitamines en vrac serait nettement plus différenciée. De plus, dans le secteur des aliments pour animaux, les demandeurs en vitamines les plus importants, comme l'aurait admis la requérante elle-même, seraient les établissements de prémélange (premixers) qui préparent les vitamines et les additifs destinés aux différents aliments pour animaux et les livrent aux fabricants d'aliments pour animaux. En outre, de grosses entreprises de l'industrie des aliments pour animaux prépareraient elles-mêmes des additifs et les mélangeraient aux aliments qu'elles fabriquent.

Ces deux catégories d'acheteurs pourraient, d'après la Commission, se fournir en vitamines et autres additifs auprès de différents fabricants et c'est ce qu'ils feraient. La requérante les intéresserait parce qu'elle peut leur offrir les principales vitamines, notamment celles des groupes A, B, C et E. La requérante aurait reconnu elle-même qu'elle considère le fait qu'elle produit la gamme la plus vaste de vitamines comme un avantage pour sa situation concurrentielle.

Réplique

La requérante critique l'argumentation de la défenderesse portant sur la gamme étendue des vitamines offertes par elle, qui, par l'effet de diversification, devrait lui permettre une meilleure compensation des risques:

- a) cette compensation de risques ne serait pas limitée à la commercialisation des seules vitamines: plus le programme de production d'une entreprise est étendu, plus ses possibilités de compensation de risques sont élevées;
- b) la présence sur le marché des vitamines de concurrents nettement plus puissants que la requérante offrirait à ces derniers des possibilités beaucoup plus larges de compensation des risques.

Quant à la meilleure couverture des besoins des acheteurs appartenant au secteur de l'industrie pharmaceutique et de l'alimentation humaine et animale, cet argument ne serait concluant que si les acheteurs n'avaient besoin que de vitamines, et encore pour une quantité que les concurrents de la requérante ne pourraient pas offrir. Or, l'ensemble des grands concurrents de la requérante seraient en mesure d'offrir, comme la requérante, aux «prémélangeurs» toutes les vitamines fondamentales pour leurs besoins, et, en outre, une quantité d'additifs dont ne dispose pas la requérante.

Le marché des vitamines ne constituerait qu'une partie de l'ensemble de la gamme d'additifs: la situation de celui qui offre des produits sur le marché serait donc caractérisée non pas uniquement par les vitamines qu'il distribue mais par l'étendue de la gamme d'additifs proposée. La requérante ne peut ainsi que constater que l'étendue de la gamme de vitamines ne permet pas une stratégie indépendante de vente et de prix. Enfin, ce que la requérante aurait indiqué elle-même c'est qu'une gamme étendue de produits fournit des indices sur la «compétitivité» de l'entreprise, mais pas sur une domination de marché.

Duplique

Pour la Commission, la thèse de la requérante quant à la compensation des risques irait trop loin dans la simplification: il ne serait aucunement certain qu'une société essuyant des pertes dans le secteur des vitamines puisse procéder à une compensation de risques par les profits dégagés dans d'autres domaines. Quant à la couverture des besoins des acheteurs, la Commission relève que, négligeant les secteurs de l'industrie pharmaceutique et de l'alimentation humaine, la requérante centre une fois de plus son argumentation sur le secteur de l'alimentation animale, dans lequel d'ailleurs la requérante pourrait offrir de plus grandes quantités des quatre principales vitamines.

Ad 3) La circonstance que Roche est le principal producteur mondial et que son chiffre d'affaires dépasse celui de l'ensemble des autres producteurs

Recours

L'affirmation que la requérante «est le plus grand producteur mondial pour l'ensemble des vitamines et que son chiffre d'affaires dépasse celui de l'ensemble des autres producteurs» (décision, n° 21, 4^e alinéa) serait ambiguë. S'il s'agit de l'affirmation que la requérante possède la plus grande partie de la production de vitamines, l'argument répéterait celui consacré à la part de marché. Si, par contre, il s'agit de l'affirmation que la requérante serait, parmi les entreprises qui fabriquent des vitamines, la plus grande, compte tenu de tous les autres produits, il s'agirait d'une allégation manifestement erronée.

Plusieurs concurrents auraient un chiffre d'affaires global, une capacité financière et un chiffre de vente nettement supérieurs. En outre, la moindre diversifica-

tion des activités de la requérante (23 % de son chiffre d'affaires reviendraient aux vitamines, c'est-à-dire beaucoup plus que chez les principaux concurrents) entraînerait une plus grande vulnérabilité quant à son comportement: ce n'est pas le marché d'un produit pris isolément, mais l'ensemble des différents marchés de produits sur lesquels une entreprise exerce son activité, c'est-à-dire le «marché de l'entreprise», qui déterminerait l'indépendance de comportement d'une firme.

Le critère de la dimension d'une entreprise ne pourrait être estimé correctement que si l'on tient compte de façon concrète de tous les facteurs intervenant dans la structure du marché et si l'on envisage la dimension par rapport à celle des autres concurrents.

Défense

L'affirmation que la requérante est le plus grand producteur mondial pour l'ensemble des vitamines ne devrait pas être confondue, d'après la Commission, avec l'argument portant sur la part de marché détenue par la requérante sur le marché commun. Ce qui importerait, c'est que sur le marché des vitamines la requérante est, tant au niveau communautaire qu'au niveau mondial, le plus grand producteur de vitamines et qu'en outre elle produit davantage de vitamines que tous ses concurrents réunis. Le fait que d'autres sociétés la dépasseraient plusieurs fois sur le plan du chiffre d'affaires, du capital et du potentiel de distribution importerait peu. Avec un chiffre d'affaires de cinq milliards de francs suisses par an, la requérante disposerait d'une puissance financière qui lui permettrait, eu égard au degré élevé de diversification qu'elle pratique dans la production de vitamines et à la faible partie de son chiffre d'affaires dans cette production (23 % du chiffre d'affaires global), le reste se répar-

tissant entre les productions — très lucratives — de produits pharmaceutiques et produits chimiques, de se jouer d'éventuelles difficultés sur le marché des vitamines.

Réplique

D'après la requérante, la défenderesse ne tiendrait pas compte du degré de diversification plus important des concurrents actuels et potentiels de la requérante, qui les rendrait moins dépendants du marché des vitamines. De plus, son affirmation que ce ne serait pas le chiffre d'affaires ou la capacité financière en tant que tels qui importeraient serait en contradiction avec les positions prises par elle dans le projet de règlement relatif au contrôle des concentrations d'entreprises et dans l'affaire «*Continental Can*».

D'autre part, le chiffre d'affaires de la requérante de cinq milliards de francs suisses par an ne prouverait rien, s'il n'est pas comparé avec la situation des concurrents, dont la capacité financière serait précisément plus grande.

Duplique

La défenderesse note que, pour la requérante, ce qui importe est la taille exprimée en chiffre d'affaires, en capital et en potentiel de distribution. La défenderesse estime, quant à elle, que, pour apprécier la position de la requérante sur les marchés des vitamines, le fait que la requérante possède des parts de marché importantes dans le marché commun, mais aussi en dehors, et qu'elle soit le premier fabricant mondial qui produit plus que tous ses autres concurrents pris globalement serait déterminant. La requérante serait ainsi en mesure de tenir compte de manière souple de l'évolution différente des marchés régionaux, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la Communauté.

Ad 4) Le nombre des concurrents

Recours

En ce qui concerne le *nombre de concurrents* (et l'éventail de produits qu'ils offrent), la requérante critique le tableau publié dans la décision sous le n° 3 et qui ferait apparaître sous un jour complètement faux les conditions de concurrence sur le marché des vitamines, du fait que celle-ci serait beaucoup moins déterminée par le nombre de producteurs que par celui des offrants (producteur et revendeurs).

Le tableau négligerait donc le rôle déterminant joué dans la concurrence par les grandes maisons de commerce qui, outre la gamme des vitamines, offriraient un large éventail d'additifs que la requérante ne pourrait offrir. La défenderesse n'aurait pas non plus tenu compte du fait que la requérante serait soumise depuis des années à une forte concurrence de la part de producteurs japonais et à une pression croissante provenant de certains pays de l'Europe de l'Est.

Défense

La thèse que ce seraient les offrants (producteurs et revendeurs) et non pas simplement les producteurs qui détermineraient la concurrence méconnaîtrait les réalités de la vie économique.

De façon tout à fait générale, un producteur serait toujours avantagé par rapport au revendeur, du fait qu'il n'a à prendre en compte que ses propres coûts, alors que le revendeur doit d'abord acheter, c'est-à-dire payer un prix qui couvre à la fois les coûts du producteur et un bénéfice, puis réaliser encore un bénéfice à la revente. Plus spécifiquement, les intermédiaires (brokers) vendraient régulièrement à des prix assez nettement supérieurs à ceux des producteurs, ils n'offriraient qu'occasionnellement à des prix

plus bas de petites quantités de marchandises ou des marchandises dont la qualité laisserait à désirer.

Réplique

D'après la requérante, l'opinion de la défenderesse que, pour apprécier la position dominante, il n'y aurait pas lieu de prendre en compte les revendeurs serait erronée en droit et en fait:

- elle serait contraire à la position de la Cour de justice, dans son arrêt du 18 février 1971 (Sirena, affaire 40/70, Recueil, p. 84), selon lequel, pour apprécier l'obstacle au maintien de la concurrence effective, il fallait tenir compte notamment «de l'existence éventuelle et de la position de producteur ou distributeurs écoulant des marchandises similaires ou semblables»;
- de plus, il ne serait pas exact de dire que les revendeurs doivent nécessairement vendre à des prix plus élevés du fait que leurs coûts engloberaient ceux du producteur plus son bénéfice. En fait, ce serait exactement la situation inverse qui se produirait: la requérante devrait couvrir, outre ses coûts de production, ses coûts de distribution, de l'ordre de 12 à 14 %, qui peuvent parfaitement être supérieurs aux coûts de distribution que supportent les vendeurs et les intermédiaires. Les producteurs qui revendent par le biais d'intermédiaires ne supporteraient pas de frais de distribution propres. Le prix d'achat de l'intermédiaire aurait ainsi tendance à être moins élevé à concurrence du montant des frais de distribution supportés par le producteur.

Duplique

La défenderesse précise qu'elle s'est inscrite en faux contre la mise sur le

même pied des producteurs et revendeurs sur le plan de la concurrence, mais qu'elle n'a pas contesté que l'examen de la domination du marché doit prendre en considération «la présence éventuelle et la position de producteurs et de distributeurs».

L'affirmation selon laquelle la requérante devrait couvrir elle-même outre ses coûts de production ses coûts de distribution de 12 à 14 % supérieurs aux coûts supportés par les vendeurs et les intermédiaires négligerait le fait qu'un fabricant qui vend par l'intermédiaire de sociétés commerciales supporte ses propres frais de distribution auxquels s'ajoutent les frais de distribution de l'entreprise commerciale.

De plus, ayant décentralisé sa production et sa distribution par la création de filiales, la requérante serait plus proche de la clientèle qu'un fabricant du Japon ou d'un pays de l'Est distribuant par des intermédiaires.

Ad 5) L'avance technologique

Recours

L'affirmation (décision, n° 21) que la requérante disposerait sur ses concurrents d'avance technologique et commerciale serait en contradiction avec la constatation que les brevets pour la fabrication sont expirés (décision, n° 8) et que la synthèse des différentes vitamines ne présenterait pas, sur le plan scientifique, de difficulté majeure (décision, n° 3).

Quant au développement récent des utilisations industrielles de la vitamine C (antioxydant, fermentatif pour les brasseries, etc.) (décision, n° 8) et de «nouveaux mélanges pour animaux», il s'agirait du résultat de recherches tombées dans le domaine public et ayant apporté un élargissement du marché tant pour la requérante que pour ses concurrents.

Enfin, le «time sharing service» auquel fait allusion la décision sous le n° 8 ne serait nullement propre à la requérante, et son utilisation en 1975 n'aurait concerné que 7 clients sur quelques milliers d'acheteurs (dont aucun des clients cités dans la décision). Les documents produits par la défenderesse contestent d'ailleurs l'utilité de ce service.

Défense

La Commission répond que l'affirmation de l'avantage technologique de la requérante ne serait que l'énonciation d'une vérité d'évidence, correspondant aux estimations de la requérante elle-même, telles qu'elles ressortent d'une série de pièces produites devant la Cour.

La Commission estime qu'il serait surprenant que la requérante, qui a fait un travail de pionnier dans la fabrication et l'application de vitamines synthétiques, ne dispose pas, même après l'expiration des brevets, d'une expérience et de connaissances techniques qui lui assurent une avance sur ses concurrents.

La Commission cite un document de la requérante selon lequel un des motifs pour lesquels des entreprises multinationales pourraient être intéressées par la conclusion de contrats de livraison serait le know-how.

Réplique

La requérante constate qu'au lieu d'apporter la preuve de l'affirmation de l'existence d'un «avantage technologique», la défenderesse se limiterait à des simples spéculations. Quant au document cité par la défenderesse, la requérante constate que le «know-how» qui accompagnerait à l'heure actuelle tous les produits techniques ne pourrait pas être considéré comme «une avance technologique» constituant un indice de «domination du marché».

Duplique

La Commission ne croit pas que, pour avoir une avance technologique importante du point de vue de la domination du marché, il faudrait être en mesure d'empêcher, par des droits d'exclusivité, les tiers d'accéder au marché ou de limiter leur concurrence. D'après la Commission, la requérante aurait pu tirer parti du savoir technologique acquis dans la fabrication et l'utilisation de vitamines synthétiques pour affirmer sa position dominante.

Ad 6) Le réseau commercial

Recours

La requérante ne posséderait pas non plus, en ce qui concerne son réseau commercial (décision, n° 8), une avance sur ses concurrents. Certains d'entre eux (et il faudrait compter parmi eux non seulement les entreprises pharmaceutiques mais également les fabricants de produits chimiques), grâce à leurs activités dans le secteur des engrais artificiels et des produits phytosanitaires, posséderaient des canaux commerciaux dans le secteur agricole dont ils pourraient se servir pour la vente des vitamines.

Défense

Pour la défenderesse, l'avantage du réseau commercial de Roche résiderait dans le fait qu'alors que ses concurrents seraient obligés d'intercaler dans la distribution un nombre non négligeable d'entreprises commerciales indépendantes, la requérante aurait établi, grâce à ses filiales, un réseau de distribution mondial, destiné à répondre aux besoins particuliers des acheteurs de vitamines. Ce réseau les conseillerait et aurait un stock permanent de vitamines fraîches.

Réplique

L'avantage résultant du réseau commercial détenu par la requérante serait inexistant. Deux des principaux concurrents de

la requérante vendraient par l'intermédiaire de leurs propres réseaux de distribution. Il serait, d'autre part, indifférent de disposer en permanence d'un stock de vitamines «fraîches» dans la mesure où tous les produits pourraient être stockés pendant des mois, parfois même pendant cinq ans.

En fait, le prétendu «réseau de distribution» se réduirait au fait que la requérante entretient des stocks auprès de différentes sociétés filiales.

Duplique

La défenderesse constate que la requérante ne conteste pas quant au fond qu'elle possède un «vaste réseau de distribution»: la requérante est représentée par des filiales dans tous les pays. Le réseau de distribution des concurrents venant loin derrière la requérante pour ce qui est de la fabrication de vitamines n'aurait pas pour eux la même importance. Même si les vitamines peuvent être stockées pendant longtemps, un contrôle reste nécessaire. Ce contrôle et le service après vente ne sont possibles que si la requérante a très bien développé son réseau de distribution.

Ad 7) La concurrence potentielle

Recours

La requérante conteste l'affirmation de la Commission selon laquelle «la perspective d'un accès éventuel de nouveaux concurrents à ce marché (des vitamines) puisse actuellement modifier d'une façon appréciable la position de Roche» (décision, n° 21 in fine).

Le critère utilisé par la défenderesse pour conclure à l'absence d'une concurrence potentielle serait la nécessité d'investisse-

ments importants et spécialisés et de capacités programmées sur de longues périodes, d'où il résulterait que «seuls des groupes pharmaceutiques de grande dimension» pourraient opérer sur le marché. Cette dernière affirmation serait, selon la requérante, erronée: la quasi-totalité des grandes entreprises chimiques seraient des concurrents potentiels. Chacun de ces groupes chimiques serait capable de faire aussitôt son entrée dans la production des vitamines si la concurrence sur l'un des marchés fléchissait et qu'il y ait une perspective de bénéfices plus élevés. La concurrence potentielle exercerait une influence actuelle très efficace sur l'évolution des prix.

Quant aux investissements requis, la requérante rappelle que la quasi-totalité des concurrents actuels ou potentiels la dépasserait de loin par la dimension et la capacité financière. En outre, il ne serait pas exact de prétendre que toute nouvelle installation exige des investissements si élevés qu'elle ne pourrait être entreprise que par des maisons de grande dimension. En cas de surcapacité de la production (ce qui serait le cas au niveau mondial), les unités de production de moindre envergure pourraient être plus rentables que les grandes installations. Cette même surcapacité mondiale serait à l'origine d'une pression concurrentielle importante de la part des usines de production actuellement arrêtées. L'extension des capacités existantes des concurrents actuels pourrait, elle aussi, créer une pression réelle sur le comportement concurrentiel de la requérante. Il résulterait de l'ensemble de ces éléments qu'en laissant complètement de côté la concurrence potentielle toujours présente, la décision ne tiendrait pas compte de la jurisprudence de la Cour de justice dans l'affaire 6/72, *Europemballage* (CJ 21 février 1973, Recueil, p. 215), qui aurait précisément attaché une importance capitale à cette concurrence potentielle.

Défense

Contrairement à ce qu'affirme la requérante, la défenderesse aurait bien examiné la question de l'existence d'une concurrence potentielle, mais elle serait arrivée à une conclusion négative.

Elle aurait donné à connaître dans la décision que, durant la période considérée (1964-1974), la position de Roche sur le marché des vitamines n'aurait pu «actuellement» être sensiblement modifiée si de nouveaux concurrents apparaissaient sur le marché. Les arguments développés par la requérante au sujet d'éventuels développements futurs seraient donc étrangers à l'affaire. D'autre part, la Commission aurait inclus dans les «groupes pharmaceutiques de grande dimension» qu'elle mentionne au n° 4 de la décision les grands groupes chimiques auxquels la requérante fait allusion. La Commission conteste toutefois que ces groupes puissent se lancer *immédiatement* dans le *commerce* des vitamines dans la gamme fabriquée par la requérante.

Réplique

D'après la requérante, la défenderesse méconnaîtrait la nature même de la concurrence potentielle. En général, la pression sur le marché exercée par les concurrents potentiels aurait pour conséquence que le niveau des prix reste bas afin de ne pas transformer ces concurrents potentiels en concurrents actuels. Il serait à cet égard indifférent qu'entre la décision d'investir et la pénétration sur le marché s'écoulent quelques mois ou des années. La nature même de la concurrence potentielle consisterait dans le fait qu'elle est efficace en tant que menace. Le seul élément déterminant serait que, par leur simple présence, les concurrents potentiels ont un impact sur le marché. La défenderesse négligerait en outre l'existence d'une surcapacité à l'échelle

mondiale, exerçant une pression supplémentaire sur la concurrence. Enfin, la défenderesse ne pourrait pas contester que, durant la période indiquée, toute une série d'entreprises se seraient effectivement lancées pour la première fois sur le marché ou y auraient étendu leurs capacités.

Duplique

Pour la défenderesse, l'argument présenté par la requérante quant à l'effet de la concurrence potentielle sur le niveau des prix qui resterait bas afin de ne pas attirer cette concurrence sur le marché confirmerait, d'après la Commission, l'exactitude de son raisonnement quant à la signification de la baisse des prix des produits de la requérante. La Commission persisterait toutefois à mettre en doute, compte tenu des investissements importants nécessaires, la probabilité de l'apparition de nouveaux concurrents sur le marché.

Ad 8) L'accès aux marchés d'approvisionnement

Recours

La décision litigieuse aurait entièrement négligé l'accès au marché des matières premières. Or, les principaux concurrents de la requérante et presque tous ses concurrents potentiels disposeraient, en tant que fabricants de produits chimiques de base et de produits intermédiaires, d'une grande partie des matières premières nécessaires à la production de vitamines, alors que la requérante dépendrait, pour son approvisionnement, presque entièrement de tiers et même en partie de ses concurrents actuels et potentiels.

Défense

La Commission répond que la requérante n'aurait fourni aucune preuve matérielle

de son affirmation selon laquelle elle dépendrait presque exclusivement d'autres entreprises et même, en partie, de ses concurrents pour son approvisionnement en matières premières.

Réplique

La requérante rétorque qu'elle aurait, au cours de la procédure administrative, évoqué en détail la question de l'approvisionnement en matières premières. Deux des concurrents de la requérante seraient certainement favorisés en tant que producteurs de base dans le domaine de la chimie lourde, en ce qui concerne l'accès aux produits qu'ils fabriquent dans une large mesure eux-mêmes. Pour la requérante, le critère de l'approvisionnement du marché constituerait un des éléments fondamentaux d'appréciation de la domination du marché.

Duplique

La Commission ne conteste pas que la question de l'accès aux marchés d'approvisionnement puisse avoir de l'importance pour apprécier la question de la domination du marché, mais il ne s'agirait que d'un parmi plusieurs critères entrant en ligne de compte. Ce qui serait à cet égard déterminant serait de savoir si la requérante est en mesure de s'approvisionner sur le marché. En l'espèce, tel serait le cas: en tant qu'entreprise chimique, la requérante aurait pu, au besoin, fabriquer elle-même les demi-produits, mais elle aurait jugé jusqu'ici plus avantageux d'acheter les produits à d'autres entreprises.

II. Discussion du comportement de la requérante sur le marché et des résultats de celui-ci

Recours

La requérante critique la décision de la Commission en ce qu'elle ne contiendrait

pas trace d'examen des critères concernant les résultats du marché (performance) et le comportement sur le marché (conduct).

Les auteurs seraient unanimes à considérer qu'une étude seulement quantitative de la structure du marché «est inappropriée pour déterminer le degré d'indépendance d'action des entreprises, qui échappe au contrôle de la concurrence» (Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, p. 370). Il faudrait, au contraire, tenir compte de toutes les particularités de la situation du marché et du comportement sur le marché. Sur base de ces critères, la requérante n'aurait jamais pu supposer qu'elle n'était pas exposée à une concurrence efficace et qu'elle possédait donc une position dominante aux termes de l'article 86 du traité CEE.

Les deux critères (comportement sur le marché et résultats de celui-ci) se trouveraient économiquement dans un rapport d'interdépendance. En particulier le comportement sur le marché serait souvent qualifié de «critère le plus important».

Dans le cadre du comportement sur le marché, il est capital de savoir si une entreprise est obligée de s'orienter selon les prix du marché ou si elle peut fixer ses prix à sa guise à l'intérieur d'une marge qui n'est pas exactement déterminée.

Cette interprétation aurait été acceptée par la défenderesse elle-même («Le problème de la concentration dans le marché commun», Bruxelles 1966, n° 22 et décision Continental Can, JO n° L 7 du 8 janvier 1972, p. 25) ainsi que par la Cour de justice (arrêt du 18 mai 1962, affaire 13/60, Comptoir de vente de charbons de la Ruhr, Recueil, p. 201).

L'examen des résultats du marché et du comportement sur le marché impliquerait un contrôle de l'évolution pendant une

période assez longue. Ainsi faudrait-il notamment vérifier si les prix pratiqués par l'entreprise ont accusé, pendant une période assez longue, une hausse ou si l'entreprise a été contrainte de s'orienter sur les prix du marché et de baisser les siens sous la pression de la concurrence.

Or, un examen de l'évolution des prix à long terme depuis l'introduction des vitamines concernées jusqu'à 1974 indiquerait que les prix des vitamines A, E, C, B₂ et B₆ qui seraient les plus importantes n'auraient cessé de baisser dans une mesure considérable. Il serait contraire au bon sens qu'une entreprise qui n'est prétendument pas exposée à une concurrence efficace et qui peut déterminer ses prix d'une façon largement indépendante de ses concurrents, fournisseurs et acheteurs, baisse à ce point ses prix sans y être obligée par la concurrence. Qui plus est, alors qu'on enregistrerait pendant la période 1970 à 1974 des hausses de prix atteignant en moyenne 50 % et que donc les coûts de la requérante enregistreraient une hausse égale ou supérieure à 50 %, les prix pratiqués par la requérante auraient continué, sous la pression de la concurrence, à baisser considérablement à cette époque pour la plupart des vitamines (vitamines A: baisse de 25 %, vitamine E: baisse supérieure à 18 %, acide pantothénique: baisse de 50 % en moyenne, pour les vitamines B₂ et B₆ la tendance quoique moins nette serait réelle, seuls les prix de la vitamine C présenteraient une légère tendance à la hausse). On ne pourrait qu'en conclure que la requérante n'a jamais eu le «pouvoir de déterminer les prix». A une période de fortes hausses de prix, la requérante n'aurait jamais volontairement effectué de telles baisses de prix si elle n'y avait été contrainte par une concurrence extrêmement efficace.

Les documents invoqués et cités de façon tendencieuse par la Commission quant au comportement abusif de la requérante donneraient des indications précises à ce sujet. L'existence d'une «pression continue de concurrents japonais, danois et allemands» pour la vitamine B₆ (circulaire de décembre 1970); l'entrée imminente sur le marché de la vitamine A et de la vitamine E d'un concurrent dont le potentiel de marché serait le quadruple de celui de la requérante (même circulaire); la nécessité de fixer des prix «hautement compétitifs» pour obtenir un contrat annuel auprès de clients importants (circulaire du mois d'août 1971); l'existence d'une «forte concurrence» pour les vitamines A et E; l'impossibilité, en ce qui concerne la vitamine C, de procéder à une hausse de prix, sans entraîner une régression des parts de marché; la perte de marché de l'ordre de 17,50 % sur le marché allemand pour les pantothénates (compte rendu des 12 et 13 octobre 1972) constituerait à cet égard des éléments d'appréciation décisifs.

Ces documents réfuteraient objectivement l'existence d'une position dominante et prouveraient, a fortiori, que la requérante pouvait supposer tout au moins subjectivement qu'elle était exposée à une concurrence substantielle.

La requérante produit une série d'autres documents internes dont il ressortirait qu'en 1971, 1972 et 1973 la pression concurrentielle aurait été très vive, notamment sur le marché des vitamines A, B₁, B₂, B₃, B₆ et E.

Défense

La défenderesse estime que, pour répondre à la question de savoir si la requérante occupe sur les marchés des vitamines une position dominante, il faut se baser sur ses parts de marché. Ce ne serait que lorsque ces parts, représentant

près de 50 % pour les principaux produits (vitamines A, E et C), auraient été déterminées clairement qu'il serait utile de traiter des éléments de fait qui montreraient que la requérante, malgré les parts de marché détenues, aurait été exposée à une concurrence effective. Le marché à prendre en considération serait celui de chacun des groupes de vitamines concernées (A, B₂, B₆, C, E, biotine (H) et acide pantothénique (B₃)). Chacun de ces groupes serait apte à satisfaire des besoins constants et ne serait guère interchangeable avec d'autres produits, si ce n'est dans des cas exceptionnels et en ce qui concerne des besoins particuliers.

La substitution d'autres produits aux vitamines serait totalement exclue. Le marché géographique à prendre en considération serait l'ensemble du marché commun.

Au reproche qui lui est fait de n'avoir pas pris en considération le comportement de la requérante sur le marché et les résultats de celui-ci, la défenderesse oppose un argument de forme et un argument de fond.

Quant à la forme, la défenderesse serait tenue de motiver ses décisions et non de réfuter tous les arguments avancés au cours de la procédure administrative. La requérante ne pourrait exiger de la défenderesse que dans sa décision elle adopte un point de vue qu'elle considère comme erroné.

Quant au fond, la défenderesse conteste avoir pris exclusivement en considération des critères concernant la structure des marchés. La Commission elle-même aurait antérieurement déjà soutenu que la domination du marché «est en premier lieu un pouvoir économique, c'est-à-dire la faculté d'exercer sur le jeu du marché une influence notable et en principe prévisible pour l'entreprise dominante» (voir: Le problème de la concertation dans le

marché commun, n° 22), position qu'elle aurait ensuite précisée dans la décision *Continental Can* en insistant toutefois sur le fait que l'indépendance de comportement était notamment donnée «lorsque, en raison de leur part de marché, ou de leur part de marché en liaison notamment avec la disposition de connaissances techniques, de matières premières ou de capitaux, les entreprises ont la possibilité de déterminer les prix ou de contrôler la production ou la distribution pour une partie significative du produit en cause».

De même, la jurisprudence de la Cour de justice, notamment les arrêts *Commercial Solvents* (affaires jointes 6 et 7/73, Recueil, 1974, p. 215) et «Sucreries» (affaire 40/73 et autres, Suiker-Unie et autres, Recueil, p. 2005), indiquerait que le simple fait pour les entreprises visées de détenir des parts de marché très importantes suffirait pour établir que ces entreprises occupaient une position dominante. Si une entreprise détient d'importantes parts de marché alors que ses concurrents détiennent des parts notablement plus faibles et n'offrent pas une gamme de produits comparativement aussi importante, on pourrait généralement y voir l'indice d'une position dominante de l'entreprise ayant des parts de marché importantes. Ce ne serait que s'il s'avérait qu'il existe des circonstances particulières limitant effectivement, dans une large mesure, la liberté d'action de l'entreprise en question que la détention de parts de marché importantes ne pourrait permettre de conclure à l'existence d'une position dominante.

Analysant ensuite les tableaux dont il ressortirait qu'au cours des années les prix des vitamines A, E, C, B₂ et B₆ auraient baissé, la Commission attire l'attention sur l'augmentation considérable de la production de la requérante durant les périodes concernées et estime que les

graphiques prouveraient simplement qu'une forte extension des quantités produites entraîne une chute des prix.

Comparant les variations en pour cent des quantités produites, d'une part, et des prix, d'autre part, la Commission en conclut que, de 1970 à 1974 la requérante aurait été en mesure d'augmenter de façon très substantielle ses ventes pour les principales vitamines, qu'elle n'aurait fait de concessions sur les prix que pour un certain nombre d'entre elles et que, dans l'ensemble, elle aurait pu améliorer sensiblement ses recettes.

Les documents que la défenderesse avait invoqués et cités dans la décision (n° 12: circulaire de décembre 1970, circulaire de mai 1971, correctement août 1971, réunion des European Bulk Managers des 12 et 13 octobre 1971, correctement 1972) en vue d'illustrer l'existence de l'abus ne prouveraient pas, contrairement à ce qu'affirme la requérante, l'absence de position dominante.

Il n'importerait en effet pas de savoir si la requérante était totalement libre de déterminer ses prix, ce qui serait le propre des monopoles, mais de savoir si sa position était telle qu'elle pouvait agir sans devoir véritablement se préoccuper de ses concurrents, de ses fournisseurs et de ses clients.

Or, certains documents produits par la requérante en annexe au recours prouveraient précisément que la requérante était parfaitement en mesure de lutter contre de nouveaux concurrents apparaissant sur le marché des vitamines et qu'elle s'estimait capable de maintenir sa position sur le marché.

Réplique

Dans son mémoire en réplique, la requérante constate que, malgré ses affirmations du contraire, la Commission ne tiendrait pratiquement compte, pour déter-

miner la position dominante, que des seules parts de marché. La détention d'importantes parts de marché et l'offre d'un assortiment comparativement plus large seraient des «indices» de position dominante que seules des circonstances particulières pourraient infirmer. La Commission se distancierait de ses propres déclarations antérieures et de la jurisprudence de la Cour de justice. De plus, en raisonnant comme elle le fait, elle renverserait le fardeau de la preuve.

Le fait que la Commission dans la décision litigieuse aurait négligé, en vue de constater la position dominante, les critères autres que les parts de marché, par exemple le pouvoir de déterminer le prix, constituerait à la fois une violation de l'article 86 par une interprétation erronée de ses conditions d'application et une violation de l'article 190 du traité, la décision litigieuse n'étant pas suffisamment motivée.

La requérante observe en ce qui concerne la jurisprudence invoquée par la Commission ainsi que sa propre décision du 2 janvier 1973 que, s'agissant d'entreprises détenant des parts de marché notablement supérieures aux 50 % qu'elle détiendrait, on ne pourrait en conclure que cette part de marché rendrait superflue la prise en considération des résultats et du comportement sur le marché et imposerait aux entreprises d'apporter la preuve d'une «limitation effective et considérable de leur liberté d'action».

Quant à l'objection de la défenderesse qu'elle ne serait pas tenue de se prononcer sur toutes les «objections» ou «affirmations» de la requérante, elle méconnaîtrait qu'en ce qui concerne le critère du pouvoir de déterminer le prix il s'agirait, d'après la jurisprudence de la Cour, de conditions d'application obligatoires de l'article 86 dont il appartiendrait à la Commission de prouver la réalisation.

Pour la requérante, les documents produits à l'occasion du dépôt du recours indiqueraient l'existence, pendant la période 1970-1974, d'une concurrence effective.

A cet égard, les réductions de prix constatées dans les documents fournis par la requérante pour les principales vitamines dans l'après-guerre et notamment devant la période 1970-1974 ne résulteraient pas, comme l'affirme la Commission, de l'augmentation dans une phase d'expansion des quantités produites qui aurait pour but de diminuer les coûts unitaires.

En effet, les prix unitaires ne baissent que pour autant que les capacités qu'une installation de production a en réserve et qui, jusque-là, n'étaient pas totalement exploitées peuvent être mieux utilisées et pour autant que les prix des moyens de production n'augmentent pas. Dans une phase d'expansion, les installations de production devraient obligatoirement être agrandies et des installations complémentaires construites, si bien qu'il ne pourrait y avoir une baisse de coûts.

La requérante estime que tant la théorie que l'expérience économique démontreraient qu'une entreprise non soumise à la concurrence ne baisserait pas ses prix dans la mesure où cela aurait été le cas en l'espèce. Si la requérante a baissé ses prix, c'est qu'elle y a été contrainte par le jeu de la concurrence.

En ce qui concerne plus particulièrement la période 1970 à 1974, la requérante souligne que les réductions de prix enregistrées sur les produits de la requérante durant cette période auraient coïncidé avec une extraordinaire hausse des prix dans l'ensemble des pays de la Communauté. Malgré l'augmentation de 50 % des coûts et face à un doublement de la demande, la requérante aurait néanmoins

dû accepter des réductions de prix de 17 % à 29 % pour quatre produits et n'aurait pu obtenir, pour 3 autres produits, aucune augmentation de recettes (ce qui en raison de l'inflation équivaldrait déjà à une perte de 20 %).

Plusieurs annexes à la requête fourniraient des preuves supplémentaires de l'existence d'une concurrence réelle sur les marchés considérés. Il serait significatif que la requérante n'aurait pas réussi à empêcher certains nouveaux concurrents de s'introduire sur le marché. De plus, la requérante souligne que les contrats mis en cause dans la décision litigieuse ne contiendraient qu'une « clause de *parité* » prévoyant uniquement l'éventualité d'une baisse des prix, mais que la requérante n'aurait pas réussi à imposer à ses clients la « clause d'augmentation », généralisée à l'heure actuelle, d'après laquelle, en cas d'augmentation des coûts et des prix, les prix de livraison augmentent de manière correspondante.

Duplique

La défenderesse fait valoir qu'elle aurait examiné et apprécié le comportement de la requérante sur le marché et les résultats qu'elle y a obtenus, mais que cet examen aurait fourni d'autres résultats que ceux auxquels serait parvenue la requérante.

Procédant à un examen du comportement de la requérante et des résultats obtenus sur le marché, la défenderesse n'aurait pas constaté que la concurrence ait limité de façon notable l'indépendance de comportement de la requérante. Il serait essentiel à cet égard que la requérante ait pu maintenir, au cours d'une période relativement longue, ses parts élevées de marché.

Par ailleurs, la défenderesse n'aurait jamais nié que c'est à elle qu'il incombe de prouver l'existence de critères de l'in-

fraction visée à l'article 86. L'obligation de la requérante de convaincre la Cour que la défenderesse n'a pas apporté la preuve attendue d'elle ne constituerait pas un renversement anticonstitutionnel de la charge de la preuve. La défenderesse ne conteste pas que, dans les cas où la Cour de justice a admis une position dominante, les parts de marché étaient supérieures à 50 %. Elle se serait basée dans la décision entreprise non seulement sur les parts de marché de la requérante pour les différents groupes de vitamines, mais également sur les parts de marché — notablement plus faibles — des concurrents ainsi que sur un certain nombre d'autres critères importants pour la détermination de la position de la requérante sur le marché. La défenderesse aurait tenu compte en outre — en se fondant sur les déclarations faites par la requérante au cours de la procédure administrative — du comportement de la requérante en matière de prix ainsi que de la situation du marché.

En ce qui concerne la baisse des prix, la défenderesse conteste l'argument de la requérante suivant lequel une entreprise dominante le marché aurait intérêt à limiter la quantité écoulee afin d'augmenter le prix. Une entreprise qui n'est pas en situation de monopole mais qui détient une part importante du marché et dont le volume des ventes croît doit veiller à ne pas inciter par des prix trop élevés d'autres entreprises à la concurrence sur le marché. Elle peut donc avoir intérêt à baisser les prix en fonction de la croissance des quantités. Quant aux prix pour la période 1970 à 1974, la défenderesse estime que la requérante n'aurait pas réagi au tableau présenté par la défenderesse juxtaposant l'évolution des prix et celle des quantités de 1970 à 1974 ainsi qu'au tableau des prix pratiqués par la requérante de 1971 à 1974, sur base de renseignements fournis par les filiales

de la requérante dans le marché commun.

B — Absence d'exploitation abusive

En ce qui concerne la constatation de l'abus de la position dominante qu'elle occuperait, la requérante conteste en premier lieu certaines circonstances de fait, notamment en ce qui concerne les contrats passés avec les firmes Unilever et Merck. Elle conteste également l'interprétation donnée par la Commission à la clause anglaise. Elle réfute ensuite l'interprétation et l'application données par la Commission à l'article 86 en ce qui concerne la restriction de concurrence qui résulterait des clauses de «fidélité» contenues aux contrats litigieux. Enfin, et plus spécifiquement, elle conteste que les contrats litigieux auraient, par le jeu des rabais ou remises, eu pour résultat d'appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence (article 86, c)).

I. *Discussion de certaines circonstances de fait alléguées par la Commission*

Recours

La requérante entend rectifier certains faits dont, selon elle, la Commission aurait donné une image inexacte. Elle insiste en premier lieu sur la circonstance que les contrats d'exclusivité ou de préférence répondraient surtout au désir des clients de se voir garantir un approvisionnement certain en produits de qualité homogène et à des prix favorables.

En second lieu, ce serait à tort que la Commission considérerait les rabais relatifs à la biotine comme des rabais de fidélité. Les documents cités par la Commission au n° 12 de la décision indiqueraient clairement qu'il s'agit de rabais «d'intro-

duction», couramment accordés à une sélection d'acheteurs qui acceptent de promouvoir un produit en vue de l'élargissement du marché dudit produit.

La requérante conteste également que les contrats passés avec les firmes Merck et Unilever fassent partie du système des «contrats de fidélité». Unilever avait l'habitude de commander régulièrement et à long terme, pour toutes les sociétés continentales du groupe, d'importantes quantités de vitamines auprès de la requérante et les contrats ne contiendraient aucune obligation pour Unilever de passer les contrats exclusivement avec la requérante.

En ce qui concerne les contrats passés avec Merck, les rabais accordés se justifieraient par les quantités achetées, d'autant plus qu'il s'agirait non pas de «rabais de fidélité» mais de rabais de fonction, puisque Merck revendrait la majeure partie de ces vitamines.

Il serait donc injustifié d'inclure les commandes Unilever et Merck dans le montant total représenté par la somme des contrats litigieux (décision, n° 10 in fine) pour arriver ainsi à conclure que les achats des 22 clients concernés représentaient 16 % des ventes totales de vitamines dans le marché commun en 1974. En réalité, les ventes couvertes par les contrats à rabais de fidélité ne représenteraient, pour la période 1970-1974, que 4 % des ventes totales dans le marché commun.

Défense

La Commission conteste l'affirmation de la requérante que les contrats en cause répondraient en premier lieu au désir des clients d'assurer leur approvisionnement avec une qualité constante et à des prix favorables, car, si tel avait réellement été le cas, il aurait suffi que la requérante prévoie dans ses contrats une obligation

de livrer. La requérante ne saurait contester sérieusement que ladite obligation sert ses propres intérêts qui consisteraient à lier ses clients afin de préserver sa part de marché élevée.

La Commission s'oppose également à l'affirmation que les rabais dans le secteur de la biotine auraient le caractère de «rabais de lancement». Quant aux contrats conclus avec Unilever et Merck, s'ils ne prévoient pas expressément de primes de fidélité, ces deux firmes étaient néanmoins en pratique obligées de couvrir la totalité de leurs besoins auprès de la requérante. Si tel n'était pas le cas, l'inclusion d'une clause anglaise dans les contrats n'aurait pas eu de sens.

Réplique

Dans la mesure où les rabais mis en cause à titre de «primes de fidélité» ne constitueraient en aucun cas de véritables rabais de fidélité, et ce par le jeu de la clause anglaise, cela vaudrait a fortiori, estime la requérante, pour les remises concernant la biotine qui ne devaient être accordées qu'à des clients disposés à fournir des services de promotion particulière pour la mise au point de nouveaux domaines d'application.

La requérante observe ensuite que, par le jeu de la clause anglaise, il était exclu que le client se voit lié «de manière exclusive». Il serait inexact de parler «d'obligations d'approvisionnement exclusif» alors qu'il est incontesté que le client peut répondre à toute offre plus favorable d'un concurrent que la requérante ne reprend pas à son compte. Seule une minorité des contrats contiendrait des obligations d'approvisionnement exclusif, tandis que, dans les autres cas, précisément parce que «l'effet d'attraction» serait absent par le jeu de la clause anglaise, les clients ne seraient pas liés par de simples promesses de primes.

Le fait que la requérante doit décider, par le jeu de la clause anglaise, si oui ou non elle aligne ses prix sur l'offre plus avantageuse des concurrents vaudrait pour toute affaire qui serait l'enjeu d'une concurrence sur les prix et ne prouverait pas l'existence d'un lien d'exclusivité. La défenderesse ne pourrait contester le fait que la requérante n'aurait jamais ne fût-ce que tenté d'imposer à un client une quelconque obligation d'approvisionnement ou tenté de le menacer de représailles parce qu'il s'approvisionnait auprès d'un autre vendeur.

Quant aux contrats conclus avec Unilever et Merck, il serait inexact de supposer, comme le fait la Commission, que la «clause anglaise» démontre l'obligation pour Unilever de couvrir l'intégralité de ses besoins auprès de la requérante, car sa justification se trouve uniquement dans la durée du contrat.

D'après la requérante, la position de la Commission reviendrait en définitive à interdire à l'entreprise Unilever de conclure avec la requérante, de son propre chef et sans y être obligée, un contrat de livraison portant sur ses besoins annuels, ce qui constituerait une restriction inadmissible de la liberté de choix des acheteurs. Le seul fait qu'un acheteur couvre la plus grande partie ou l'intégralité de ses besoins auprès de la requérante sans y être obligé par une quelconque convention ne pourrait en aucun cas constituer une violation de l'article 86 du traité CEE. Le fait que les contrats prévoyaient une quantité maximum que la requérante s'engageait à livrer et une quantité minimum qu'Unilever s'engageait à acheter n'y changerait rien, car, dans des contrats à long terme portant sur de grandes quantités de matières premières, de telles réglementations seraient absolument conformes au marché.

Quant aux contrats avec la firme Merck, il s'agirait d'approvisionnements en vitamines B₆ et E à ce point importants que la requérante ne pourrait les produire si elle n'était pas assurée de la vente de ces quantités.

Duplique

Les rabais convenus dans le secteur de la biotine ne seraient pas des rabais de lancement, «car ils seraient liés» à la condition préalable que le client couvre ses besoins exclusivement ou essentiellement auprès de la requérante dans le but de protéger la part de marché acquise («you should protect your market through fidelity contracts...», Management information Biotine, p. 2).

La Commission rappelle que, dans la décision attaquée, elle a distingué les clauses qui établissent *directement* un lien d'exclusivité (fidelity contracts) et celles qui, par une incitation financière — l'octroi d'une prime de fidélité —, ont *indirectement* établi un tel lien. Il ne serait pas exact que la clause anglaise «exclut d'emblée l'exclusivité»: l'exclusivité concerne l'approvisionnement, la clause anglaise la fixation des prix.

Or, à cet égard, il serait tout à fait courant pour les contrats à long terme que le vendeur s'engage à tenir compte des prix des concurrents. La Commission ne conteste pas que la nature même de la concurrence implique que l'on cherche à s'attacher des clients au détriment des concurrents et à conserver des clients fidèles en tant que clientèle attirée, mais une entreprise en position dominante ne pourrait utiliser à cette fin des contrats comportant des obligations d'exclusivité.

Quant aux contrats passés avec les firmes Unilever et Merck, la défenderesse observe ce qui suit:

- a) en réponse à l'argumentation de Roche, selon laquelle l'existence

d'une clause anglaise dans les contrats Unilever ne permet pas de conclure que ces contrats obligeraient Unilever à couvrir l'ensemble de ses besoins chez Roche, la Commission rétorque qu'elle n'ignore pas que cette clause a un sens pour tous les contrats à long terme, pour des quantités déterminées et ne couvrant pas l'ensemble des besoins. Mais, dans ces cas, c'est, selon la Commission, le vendeur qui s'engage à aligner ses prix avec la conséquence que l'acheteur reste tenu d'acheter. Toute autre serait la situation en ce qui concerne la clause anglaise des contrats litigieux. Étant donné que le vendeur Roche n'est pas tenu de s'aligner, la clause ne s'appliquerait que pour l'exécution d'un engagement de l'acheteur de couvrir chez Roche la totalité ou l'essentiel de ses besoins;

- b) les importants besoins d'approvisionnement en vitamines B₆ et E de la société Merck qui, d'après la requérante, auraient justifié la conclusion d'un contrat d'exclusivité auraient, d'après la Commission, pu être satisfaits par d'autres méthodes, par exemple en commandant à intervalles d'un semestre ou d'un an des quantités déterminées.

II. Discussion de l'interprétation de la clause anglaise

Recours

Quant à la «clause anglaise», la requérante observe qu'il est inexact que cette clause prévoit l'obligation pour les clients de l'informer des offres à des prix inférieurs à ceux pratiqués par elle qu'ils recevraient d'autres fabricants réputés. L'identité du concurrent ne devrait en aucun cas être dévoilée. L'anonymat ainsi assuré au concurrent placerait la requérante dans une situation à peu près

semblable à celle où elle se trouverait avec un acheteur dans toute négociation de prix.

Quant au fonctionnement de la «clause anglaise», elle enlèverait d'emblée tout caractère exclusif aux obligations d'approvisionnement, à supposer même qu'elles auraient ce caractère en principe. Chaque client resterait libre de s'efforcer d'obtenir de meilleurs prix et/ou des conditions plus avantageuses auprès de la concurrence. Ces constatations s'appliqueraient aussi bien aux contrats prévoyant des rabais d'incitation ou de préférence qu'à ceux prévoyant des exclusivités. Le client qui profiterait d'une offre plus avantageuse ne perdrait pas le rabais qu'il obtient sur les autres achats. La présente affaire se distinguerait ainsi totalement de l'affaire dite du «sucre» (CJ 16 décembre 1975, Suiker-Unie et autres/Commission, affaires jointes 40 à 48/73 et autres, Recueil, p. 2005) par le fait qu'en l'espèce il n'y aurait eu aucun risque de perte de rabais (voir arrêt «sucre» n° 504).

Défense

Pour la Commission, la signification et le rôle de la clause anglaise seraient minimisés par la requérante. Si la clause sert les intérêts du client en ce qui concerne les prix, ce client ne serait cependant libre d'acheter auprès d'un tiers que si la requérante l'y autorise en n'adaptant pas ses prix.

Réplique

Contrairement à ce que semble croire la défenderesse, la clause anglaise servirait, dans son sens et dans son but, manifestement à la protection du client et non du vendeur. Elle aurait pour but la protection de l'utilisateur parce qu'elle assurerait automatiquement l'application des prix les plus bas. Elle serait dès lors

typique du pouvoir de la demande et non de l'offre.

La clause anglaise n'aurait pas l'effet attractif des primes de fidélité dont il était question dans l'affaire du sucre susdite, parce qu'il s'agissait alors d'un cas où l'acheteur perdait, en tout état de cause, la prime dès qu'il satisfaisait la partie la plus infime de ses besoins chez un concurrent. La clause anglaise disposerait précisément que la prime annuelle n'est pas supprimée en cas d'achat à des concurrents pratiquant des prix plus avantageux. La requérante produit des indications chiffrées tendant à prouver qu'effectivement et précisément pour ces raisons les acheteurs de la requérante se seraient dans de nombreux cas procurés plus de 50 % de leurs besoins auprès de concurrents de la requérante.

Duplique

La Commission répond, en ce qui concerne le sens véritable de la clause anglaise, qu'elle permettrait à l'entreprise dominante de réagir aux modifications des prix pratiqués par la concurrence sans courir le risque de perdre ses clients au profit de celle-ci. Comme la décision de savoir si un client peut s'approvisionner auprès d'un concurrent dépend de la requérante, celle-ci est en mesure d'empêcher les clients liés par ces contrats de s'approvisionner ailleurs et ainsi d'exclure ses concurrents. Le fait que, dans de nombreux cas, les clients de la requérante auraient couvert plus de 50 % de leurs besoins auprès des concurrents ne serait pas déterminant pour la question de savoir si la requérante a exploité abusivement sa position dominante en leur imposant une obligation contractuelle excessive.

III. Discussion de l'effet anticoncurrentiel et «abusif» de l'exclusivité ou de la préférence résultant des contrats litigieux

Recours

Ayant précisé la portée de la clause anglaise, la requérante conclut que son utilisation ne pourrait constituer un «abus» au sens de l'article 86. L'indispensable balance des intérêts en présence (Interessenabwägung) indiquerait que les contrats litigieux :

- assureraient l'approvisionnement des clients et garantiraient le maintien d'une qualité homogène;
- permettraient à la requérante de planifier sa production;
- assureraient aux consommateurs les prix les plus bas.

D'autre part, l'article 86 exigerait qu'il y ait un rapport entre la position dominante et le comportement de l'entreprise concernée: le comportement incriminé devrait découler de la force de l'entreprise et ne devrait lui être possible que sur la base de sa position dominante. Or, le fait de lier des acheteurs serait tout à fait habituel sur le marché des vitamines et il n'existerait pas la moindre preuve que la requérante n'aurait pu conclure les contrats incriminés qu'en raison de sa prétendue force sur le marché. Bien au contraire, c'étaient les clients, ainsi qu'il résulte d'une déclaration d'Animedica, qui donnaient la préférence au fournisseur offrant le meilleur rabais. Le comportement de la requérante n'aurait pas non plus entravé l'accès au marché, car, s'agissant d'un marché déterminé à l'échelon des débouchés, les concurrents principaux de la requérante posséderaient, comme déjà indiqué, un éventail de produits beaucoup plus étendu.

En pesant tous ces facteurs, on parviendrait à la conclusion que le prétendu barrage de l'accès du marché aux concurrents n'a jamais atteint une ampleur qui puisse justifier la supposition d'un abus au sens de l'article 86.

Défense

La Commission justifie son appréciation du caractère abusif du comportement de Roche tel qu'il est exposé au n° 21 et suivants de la décision litigieuse par les considérations suivantes:

- les contrats «de fidélité», en obligeant les clients à s'approvisionner exclusivement auprès de la requérante ou en proposant des avantages de prix (prime de fidélité) aboutissant au même résultat, ôteraient aux clients la possibilité de choisir librement une source d'approvisionnement dans la mesure où ils étaient liés à la requérante en tant que clients;
- ces contrats provoqueraient également une altération de la concurrence entre les fabricants de vitamines dans la mesure où la clause d'exclusivité conclue entre la requérante et ses acheteurs empêche les autres fabricants de vitamines d'avoir accès à cette clientèle;
- la «clause anglaise» représenterait un assouplissement de ce lien dans la mesure où elle permet une adaptation des prix. Elle ne laisserait toutefois pas les clients libres de s'approvisionner à leur gré auprès de la requérante ou de ses concurrents: ce ne serait que lorsque la requérante refuse d'aligner son prix sur celui du concurrent que l'acheteur pourrait s'approvisionner au prix de ce dernier.

Dans l'appréciation de la licéité de cette clause, la requérante partirait à tort du

principe que ce seraient les intérêts des participants au marché qui seraient déterminants lorsqu'il s'agit de constater s'il y a eu ou non abus d'une position dominante. Il ne serait pas non plus exact d'exiger que le comportement en cause doit résulter de la position dominante et n'être possible que grâce à celle-ci pour tomber sous l'interdiction de l'article 86.

Au contraire, du fait que les entreprises en position dominante disposeraient d'un champ d'action leur permettant d'agir sans devoir faire grand cas de leurs concurrents, certaines pratiques, qui peuvent être légitimes dans le cas d'entreprises soumises à la concurrence, ne leur sont pas permises.

D'autre part, pour l'application de l'interdiction de l'article 86, il ne serait pas requis, comme pour l'article 85, qu'il y ait une perturbation «sensible» de la concurrence. Une entreprise en position dominante ne serait, par définition, pas exposée à une concurrence effective. Dès qu'elle exploite abusivement sa position, l'objectif du traité qui est de protéger la concurrence se trouverait compromis. En outre, l'interdiction de l'article 86 aurait manifestement pour objet de protéger les partenaires des entreprises détenant une position dominante.

En tout état de cause, les contrats en cours représenteraient principalement dans deux secteurs, alimentation humaine et alimentation animale, 26 % du volume des ventes de la requérante, 14 % même, si l'on fait abstraction des contrats conclus avec Unilever et Merck.

Réplique

Revenant sur les observations présentées dans le recours (p. 91 et suiv.) concernant les avantages et désavantages des contrats litigieux pour les clients, Roche affirme qu'une balance des intérêts en

présence est parfaitement justifiée et que cette nécessité aurait été reconnue, dans le cadre de l'application de l'article 86 du traité, tant par la Cour (CJ 21 mars 1974, affaire 127/73, BRT-SABAM, Recueil, p. 317) que par la Commission dans sa décision n° 72/268, GEMA (JO n° L 166 du 24 juillet 1972). Un juste équilibre des intérêts en présence aurait été, en l'espèce, atteint dans la mesure où les clients, parce que leur production est tributaire de livraisons à longs termes, exigent et obtiennent des contrats leur assurant un approvisionnement sur une longue période, tandis que, d'autre part, la requérante qui prend ces engagements est également assurée de pouvoir écouler sa production. De plus, par le jeu de la clause anglaise, les contrats garantissent à n'importe quel client un approvisionnement au prix le plus avantageux, au concurrent compétitif la possibilité de voir aboutir son offre plus avantageuse et à l'utilisateur l'assurance d'obtenir automatiquement le prix le plus bas.

D'après la requérante, le texte de l'article 86 indiquerait qu'il doit exister un certain rapport de cause à effet entre la position dominante et l'attitude de l'entreprise concernée. Le prétendu abus devrait être lié une certaine «pression», il ne suffirait pas qu'il soit uniquement lié à la situation du marché.

La défenderesse elle-même aurait admis, dans son étude de 1966 sur «la concentration des entreprises», qu'il y aurait abus lorsque l'entreprise dominante le marché exploite sa position pour obtenir des avantages auxquels elle n'aurait pas abouti s'il y avait eu une concurrence efficace.

La requérante n'aurait jamais contraint un client à conclure une convention ou à souscrire une clause précise. En fait, elle aurait préféré conclure de véritables contrats d'exclusivité, renoncer à la clause

anglaise, insérer à la place des prix fermes ou une clause d'augmentation, lier ses clients à long terme, plutôt que de leur accorder des droits de résiliation à court terme.

Quant à l'effet des contrats de fidélité, la requérante conteste que les contrats litigieux qui ne concerneraient que 4 % des vitamines pour les 7 produits en cause puissent éliminer la concurrence sur le marché commun ou entraver l'intégration. Cette faible part du marché concerné ne serait pas susceptible de limiter l'accès au marché pour les concurrents de la requérante. L'article 86 supposerait que les possibilités de vente des concurrents aient été substantiellement entravées. Cela ne serait pas le cas quand l'accès du marché reste entièrement libre en ce qui concerne 96 % de la demande et lorsque, de surcroît, les 4 % restants ne sont en aucun cas soustraits à la concurrence, comme en témoignerait la «clause anglaise».

On ne pourrait être qu'étonné du fait que, pour la défenderesse, le critère de «sensibilité» ne jouerait pas pour l'application de l'article 86. Au vu de l'arrêt de la Cour et des conclusions de l'avocat général dans l'affaire 23/67 (CJ 12 décembre 1967, Haecht, Recueil, p. 525) et compte tenu de ce que l'article 85 et l'article 86 ont le même but, on ne pourrait accepter qu'un lien particulièrement lâche des acheteurs avec Roche, n'excédant pas 4 % de la demande et qui, même pour cette part limitée de la demande, conduit à une forte concurrence sur l'offre, en raison de l'existence de la «clause anglaise», constitue une entrave sensible au commerce intracommunautaire.

Duplique

En ce qui concerne la balance des intérêts en présence, la Commission fait

valoir que, lorsque le comportement d'une entreprise dominant le marché porte atteinte au système de la concurrence, la question de savoir si celle-ci répond aux intérêts des parties ne pourrait avoir de portée. L'arrêt de la Cour dans l'affaire *BRT-SABAM* et la décision de la commission GEMA concernaient les rapport spécifiques entre une société d'exploitation de droits d'auteur et ses membres, hypothèse qui ne pourrait être transposée à la présente espèce.

Répondant à l'argument tiré du manque de pression exercée par Roche, la Commission rappelle qu'il ne serait pas nécessaire, pour pouvoir considérer que l'on se trouve en présence d'un abus, de prouver ni une faute ni un élément subjectif ou la constatation d'un fait contraire à la morale, un abus devant s'entendre comme étant un usage moralement indifférent mais objectivement illécite.

L'argumentation de la requérante sur l'effet des contrats de fidélité serait sans portée sur la question de savoir si l'on se trouve en présence d'un abus. Tout au plus pourrait-elle être importante pour apprécier la gravité de l'infraction lors de la détermination de l'amende.

La référence à l'arrêt *Brasserie de Haecht* serait elle aussi sans pertinence. La question de savoir si un certain nombre de contrats d'exclusivité qui lient les clients à des fabricants ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sur le marché considéré ne pourrait manifestement pas être appréciée de la même manière que celle de savoir si les contrats d'exclusivité appliqués par une entreprise non soumise à une concurrence effective doivent être considérés comme un abus au sens de l'article 86.

La Commission fait encore observer que les contrats de l'espèce concernent pour l'essentiel des clients importants du

secteur de l'alimentation humaine et animale dont les activités ne se limitent pas à quelques États membres mais s'étendent à l'intérieur de toute la Communauté.

IV. Discussion de l'effet discriminatoire attribué aux contrats litigieux

Recours

La requérante relève qu'aux termes de la décision litigieuse, sous le n° 26, les conditions requises par l'article 86, lettre c), seraient réunies parce que les rabais, différents selon les acheteurs, auraient conduit à une discrimination au détriment d'autres clients.

La requérante estime, à ce sujet, qu'en l'occurrence l'élément constitutif supplémentaire énoncé par l'article 86, lettre c), à savoir que les clients subissent «de ce fait un désavantage dans la concurrence», ferait défaut. Étant donné que la part de vitamines entrant dans les produits que fabriquent ces clients serait minime et atteindrait tout au plus 5 % — en général 1 % —, les prétendus désavantages dans la concurrence résultant d'une différence de rabais de l'ordre de 1,2 % ou même 5 % seraient presque impossibles à calculer. Pour un fabricant de produits alimentaires, une différence de rabais même de 5 % ne constituerait que 0,05 % de ses prix de vente et ne pourrait jamais représenter un désavantage pour l'établissement de ses prix.

Défense

Pour la Commission, un «désavantage dans la concurrence» ne saurait être assimilé à une «altération de la compétitivité»; même des discriminations de prix de 1 à 2 % — et en tout cas 5 % — pourraient en principe entraîner pour les clients un désavantage dans la concurrence.

La Cour de justice aurait, notamment dans son arrêt 40/73 (Suiker-Unie et autres, CJ 16 décembre 1975, Recueil, p. 2008) rejeté l'objection et constaté que «des acheteurs de SZV, et notamment de gros consommateurs industriels, sont en concurrence avec d'autres acheteurs de la société». Par ailleurs, les pièces qui ont été produites par la requérante prouveraient quelle importance elle-même et les acheteurs auraient attribuée aux primes de fidélité.

Réplique

La requérante estime que la référence à la jurisprudence de la Cour de justice dans l'affaire «sucre» serait inopérante, la discrimination dans cette affaire résultant de la perte de l'intégralité des rabais en cas d'infidélité. En l'espèce, le jeu de la clause anglaise exclurait un tel effet.

Dans la mesure où certains clients auraient obtenu des remises moins importantes, il se serait agi de services, de quantités, d'époques différents. Le point de vue de la défenderesse, d'après lequel chaque concession sur le prix doit être ajustée exactement en fonction des économies sur les coûts dont on peut justifier l'existence, serait absolument inapplicable en pratique et conduirait à figer la concurrence sur les prix, ce qui, d'un point de vue concurrentiel, ne serait pas souhaitable.

Duplique

La Commission renvoie à ses observations dans son mémoire en défense.

Cinquième moyen: violation par l'article 3 de la décision attaquée de l'article 15 du règlement n° 17 en ce qu'une amende a été appliquée alors qu'il ne serait pas établi — au contraire — que la requérante a agi de propos délibéré ou par négligence

Recours

Ce moyen, relatif à l'amende, est présenté en ordre subsidiaire et reprend, en premier lieu, les arguments déjà développés dans le premier moyen.

Quant à la culpabilité, telle qu'il y est fait référence au n° 28 de la décision, la requérante estime qu'on ne pourrait la considérer comme coupable d'infraction à l'article 86 du traité que:

- si l'interprétation des notions de position dominante et d'abus était claire et
- si l'entreprise ne commet pas une erreur de fait sur l'existence d'une concurrence efficace.

La requérante n'aurait, en tout cas, pas eu conscience de commettre un acte illégal et serait, du fait de l'interprétation incertaine des notions constitutives du délit, dans une situation d'ignorance excusable du caractère illicite de ses comportements. A cela s'ajouterait une erreur de fait qui, selon la conception généralement reconnue, exclurait la culpabilité.

Défense

La Commission répond en affirmant que la requérante n'aurait ignoré aucun des faits essentiels quant à sa position sur le marché des vitamines. En ce qui concerne la conscience de l'illégalité, la Commission estime qu'il n'y avait pas, en l'occurrence, erreur excusable quant au comportement interdit. Si la requérante n'a pas été consciente du fait que son comportement était interdit, elle aurait pu s'en apercevoir moyennant l'effort voulu. La requérante aurait dû être consciente du fait qu'au regard de l'article 86 du traité CEE la position qu'elle détenait sur le marché pour un grand nombre de vitamines pouvait être consi-

tifs qu'elle poursuivait au moyen de contrats d'exclusivité et de contrats de fidélité pouvaient répondre aux conditions de l'abus de cette position.

Réplique

La requérante réplique qu'en ce qui concerne l'absence de preuve d'une faute dans le chef de la requérante, la défenderesse négligerait sciemment le fait que même de véritables primes de fidélité (qui n'existeraient même pas dans la présente affaire) seraient fondamentalement régulières dans le droit de la concurrence (CJ 11 juin 1968, affaire 22/67, De Wendel/Commission, Recueil, p. 388). Le fait d'escompter des effets d'une prime de fidélité fondamentalement régulière ne pourrait être à l'origine d'une faute.

La défenderesse aurait soutenu dans la présente affaire un certain nombre de points de vue qu'elle n'aurait jamais soutenus auparavant et qui contrediraient sa propre pratique et la jurisprudence de la Cour de justice:

- que les parts du marché détenues par la requérante, de 50 % seulement environ, fournissent, en elles-mêmes, un indice de l'existence d'une position dominante sur le marché;
- que le fait incontesté que tous les marchés de vitamines sont en expansion est sans signification;
- que le comportement sur le marché et les résultats sur le marché ne sont pas déterminants;
- que la preuve d'un pouvoir de déterminer le prix n'est pas nécessaire;
- que l'on peut constater l'existence d'une domination de marché en dépit de la démonstration que la requérante a, sous la pression d'une concurrence «puissante» et «forte», baissé considérablement ses prix en raison de l'action de concurrents «agressifs»

et a dû accepter des pertes considérables de ses parts de marché;

- que la capacité financière de ses concurrents, incontestablement de beaucoup plus importante, ne joue aucun rôle;
- qu'une appréciation des intérêts est impossible dans le cadre de l'article 86;
- que les effets des pratiques mises en cause ne sont pas déterminants d'après l'article 86.

D'autre part, la défenderesse se fonderait sur l'arrêt «sucre» du 16 décembre 1975, confirmant ainsi l'absence de prévisibilité de 1964 à 1973 d'un certain nombre de griefs. Aussi bien en ce qui concerne la position dominante qu'en ce qui concerne l'abus, les critères déterminants dans l'affaire du sucre pour l'application de l'article 86 et l'importance de la violation feraient défaut.

Duplique

La Commission répond que l'élément déterminant serait la question de savoir si la requérante peut bénéficier d'une erreur excusable à propos de l'illicéité de son comportement. La requérante aurait dû s'assurer, en ce qui concerne son activité dans la Communauté, que les contrats appliqués par elle soulevaient ou non des objections. Ne l'ayant pas fait, elle aurait accepté que ces contrats puissent être considérés comme constituant un abus au sens de l'article 86.

IV — Réponses des parties aux questions posées par la Cour

Par lettre du 21 octobre 1977, la Cour a invité les parties à répondre avant la procédure orale, selon le cas, conjointement

ou chacune en ce qui la concerne, à un certain nombre de questions. Ces questions visaient (A) à la production de documents et à faire préciser des données mentionnées dans les mémoires ou dans les documents annexés à ceux-ci; (B) à rechercher si les parties pouvaient se mettre d'accord sur un certain nombre d'éléments factuels concernant les parts de marché détenues par la requérante; et (C) la mesure dans laquelle les clients avec lesquels Roche a conclu les contrats litigieux se seraient effectivement approvisionnés auprès de concurrents de celle-ci.

A — En ce qui concerne les documents demandés

La Commission a produit le compte rendu de la réunion Unilever et Roche à Londres le 11 décembre 1972, dont elle avait fait état au point 3 de la décision attaquée, ainsi que les documents relatifs aux investigations auxquelles elle a procédé chez certains clients de Roche. Les deux parties ont, en outre, fourni des précisions sur certaines des données et documents dont il est fait état dans leurs mémoires, notamment en ce qui concerne l'évolution des prix dans les différents États membres, les quantités fournies (en kg/tonnes) et l'utilisation technologique des vitamines C et E.

B — En ce qui concerne les parts de marché

La Cour ayant demandé aux parties de préciser un certain nombre de données, utilisées par chacune d'elles pour évaluer les parts de marché de Roche dans le marché commun, notamment en les étendant aux années 1970 jusques et y compris 1974, en prenant en considération les quantités commercialisées sur le marché commun en provenance de pays

tiers par des revendeurs non producteurs, en précisant les quantités et les prix, et, surtout, en s'efforçant de fournir à la Cour des données factuelles sur lesquelles, dans toute la mesure du possible, les parties se seraient mises d'accord.

En réponse, les parties ont soumis, d'une part, un document commun, mentionnant les données chiffrées sur lesquelles elles étaient parvenues à un accord, et, d'autre part, des documents séparés, répondant chacune pour sa part aux questions pour lesquelles une réponse concordante n'a pas pu être dégagée. En outre, chaque partie a présenté des observations sur le document séparé, établi par l'autre.

Les principales indications de caractère factuel qui se dégagent des renseignements complémentaires ainsi fournis sont reprises au tableau (voir pages 504 et 505) et donnent lieu aux observations suivantes:

a) Roche déclare qu'elle a pu prendre connaissance des éléments pris en considération par la Commission et des calculs effectués par celle-ci pour établir les parts de marché.

b) Les parties sont d'accord pour admettre qu'en ce qui concerne la vitamine A, le pourcentage de 47 % est représentatif de la part de marché de Roche.

c) Les parties sont arrivées à des chiffres communs en ce qui concerne les parts de marché, calculés, d'une part, en valeur, d'autre part, en quantités, en ce qui concerne les vitamines B₃ (acide pantothénique), C, E et H (biotine) (voir tableau). Selon la Commission, ce seraient toutefois les valeurs qui seraient les plus représentatives, tandis que, selon Roche, ce seraient les quantités. Cette dernière invoque à cet égard l'arrêt du Bundesgerichtshof du 3 juillet 1976,

concernant la vitamine B₁₂ (WuW/E, BGH 1435, 1442) d'où il résulterait que ce sont essentiellement les parts quantitatives, plutôt que les parts en valeur, qui doivent être prises en considération pour conclure à l'existence d'une position dominante.

d) Pour les vitamines B₂ et B₆, la Commission a calculé les parts de marché en 1972, 1973 et 1974 et arrive, tant en valeurs qu'en quantités, à des parts se situant entre 75 et 90 %. Roche souligne que, devant se fonder sur de simples suppositions en ce qui concerne les ventes de ses concurrents, elle n'est pas en mesure de fournir une preuve contraire, mais que, suivant ses propres estimations à usage interne, sa part de marché se réduirait de 20 à 30 % pour la vitamine B₂ et ne dépasserait pas 50 % pour la vitamine B₆.

e) Roche attire l'attention sur les fluctuations considérables que subiraient ses parts de marché d'une année à l'autre (réponse à la question I/5f), ce qui serait démonstratif de l'existence d'une concurrence réelle.

f) En ce qui concerne les vitamines C et E, les parties sont d'accord pour constater qu'à côté de leurs utilisations à des fins bio-nutritives elles sont utilisées à des fins technologiques comme antioxydants, colorants et moyens de protection contre les altérations du goût, de l'odeur et de la couleur. Par contre, les parties ne sont pas d'accord en ce qui concerne la proportion de ces vitamines affectées à ces usages, ni surtout sur les conclusions à tirer de leurs constatations.

Selon Roche, il s'agirait d'une proportion de 30 % pour les vitamines C et de 60 % pour les vitamines E. Comme ces vitamines rencontreraient, pour les usages technologiques, la concurrence

Parts de marché des vitamines de Roche à l'intérieur du marché commun

Marchés des vitamines, retenus comme constituant une position dominante (décision n° 20)	Usage selon HLR (réponses aux questions de la Cour I.4)	Évaluation 1974 Commission en valeur décision n° 5 et défense annexe IV)	Évaluation 1974 HLR en quantité (réplique p. 26)
Vitamine			
A	Al. animaux 81 % Al. humaine 7 % Prod. pharm. 12 %	47 % (les autres producteurs 27, 18, 7, 1 %)	47 %
B ₂	Al. animaux 74 % Al. humaine 4 % Prod. pharm. 22 %	86 % (le producteur suivant représente 8 %)	50 %
B ₃ acide pantothénique	Al. animaux 81 % Al. humaine 2 % Prod. pharm. 17 %	64 % (un autre producteur représente 32 %)	± 30 %
B ₆	Al. animaux 14 % Al. humaine 1 % Prod. pharm. 85 %	95 % (un autre producteur atteint 3 %)	60 à 70 % du marché mondial
C	Al. animaux 7 % Al. humaine 43 % Prod. pharm. 50 %	68 % (les autres producteurs représentent 15, 7, 5, 3 %)	50 %
E	Al. animaux 72 % Al. humaine 3 % Prod. pharm. 25 %	70 % (2 autres producteurs représentent 21,8 %)	± 40 %
H Biotine	Al. animaux 57 % Al. humaine 6 % Prod. pharm. 37 %	95 % (un autre producteur représente 5 %)	+ 90 % (recours p. 68-70)

HOFFMANN-LA ROCHE / COMMISSION

Corrections après questions de la Cour

Chiffres sur lesquels les parties sont d'accord (avis commun)				Évaluations sur lesquelles les 2 parties ne sont pas d'accord							
quantité: calcul par Roche valeur: calcul par la Commission				Calcul en valeur et en quantité de la Commission (avis commun)			Calculations en quantité de Roche de ses propres parts de marché (question de la Cour I.2a)				
↓	1972 6 pays	1973 9 pays	1974 9 pays		1972 6 pays	1973 9 pays	1974 9 pays		1972 6 pays	1973 9 pays	1974 9 pays
v	45	48	47								
q	les parties admettent que les pourcentages en valeur sont représentatifs										
				v	87	81,2	80,6				
				q	84,5 191 t	74,8 271 t	80,8 298 t	q	188 t	268 t	297 t
V	28,9	34,9	51								
q	18,9 115 t	23,4 222 t	41,2 256 t								
				H + B ₀ = 1 seul poste du TDC							
				v	87	90	83,9				
				q	84,2 139 t	86 296 t	88,4 404 t	q	262 t	347 t	407 t
v	65,7	66,2	64,8					46 à 47 %, compte tenu de l'interchangeabilité: 33 % usage technologique (questions de la Cour I.3, I.5 a-b)			
q	64,4 2979 t	63,8 3673 t	63 3988 t								
v	54	64	58					40 %, compte tenu de l'interchangeabilité: 60 % usage technologique (questions de la Cour I.3, I.5 a-b)			
q	50 463 t	60 793 t	54 890 t								
	100	→	93								

d'autres antioxydants, colorants et adjuvants, ces derniers produits devraient être englobés dans le marché relevant de chacune des vitamines auxquelles ils peuvent être substitués. Le marché en cause serait donc, dans le cas des vitamines C et E, beaucoup plus étendu que ne l'affirme la Commission, et les parts de Roche dans ces marchés, compte tenu de la part revenant aux produits substituables, seraient d'environ 46 % pour la vitamine C et d'environ 40 % pour la vitamine E.

Selon la requérante, son point de vue serait confirmé par l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire «Cellophane» (E.I. Du Pont de Nemours and Co., 118 F. Supp. 41 (D. Del) 1953; affaire d, 351 US 377, 1956 Trade Cases, paragraphes 68 369 à 71 597).

La Commission conteste ce point de vue. Selon elle, les proportions affectées à des usages technologiques seraient sensiblement inférieures à celles avancées par Roche. Elle considère, en outre, que les produits qui peuvent être substitués aux vitamines C et E pour des usages technologiques ne relèvent pas des marchés concernés par la décision, et, en tout cas, ne relèvent pas des marchés des vitamines C et E, destinées à des fins bio-nutritives parce qu'il n'y a pas, entre ces produits, de «reasonable interchangeability».

Par contre, les vitamines C et E, affectées à des usages technologiques, appartiendraient néanmoins aux mêmes marchés que celles destinées à des fins bio-nutritives, car, à raison de la double propriété de ces vitamines, les fabricants seraient, surtout dans un marché en expansion, libres de leur donner la destination qui leur convient.

Enfin, à supposer même qu'il faille éliminer des marchés concernés les vitamines vendues par Roche à des fins tech-

nologiques, il faudrait en faire de même pour ses concurrents, de telle façon que les parts de marchés demeurerait inchangées.

g) Les parties ont produit, en annexe IV de la réponse commune, des tableaux relatifs à l'évolution des prix des vitamines dans les différents États membres entre 1970 et 1976. Comme pour certaines vitamines il existe un nombre considérable de formes de vente par exemple 100 formes pour la Vitamine A), elles se sont mises d'accord pour sélectionner le produit le plus représentatif. Ces chiffres révèlent une évolution, tant à la baisse qu'à la hausse, assez — quoique non fondamentalement — différente d'un État membre à l'autre.

h) La Commission a fait état, à l'appui de son appréciation de l'existence d'une position dominante dans le chef de Roche, de la circonstance que la requérante dans le chef de Roche, de la circonstance que la requérante produit une large gamme de vitamines et serait, dès lors, en mesure de répondre à l'ensemble des besoins de chacun de ses différents clients. Roche a contesté cette déduction en faisant remarquer que la plupart des clients ne s'approvisionnent que pour une à trois sortes de vitamines. Interrogée par la Cour à cet égard (question I/6), la Commission a élaboré un tableau (observations de la Commission sur la réponse de Roche aux questions de la Cour p. 6) d'où il ressort que 13 firmes, dont 11 sont parmi celles avec lesquelles ont été conclus les contrats litigieux (Animedica, Beecham, Dawe's, Guyomarc'h Organon, Protector, Provimi, Radar, Ralston, Ramikal, Trouw), achètent chez Roche un grand nombre de vitamines différentes et notamment, pour les firmes citées ci-dessus, toutes les vitamines retenues dans la décision.

La requérante, de son côté, fait état (réponse à la question 1/6) d'une enquête à laquelle elle a procédé sur le marché allemand et portant sur 815 clients dont 589, soit 72,3 %, ont acheté 1, 2 ou 3 vitamines au maximum.

i) De manière générale, la Commission conclut que, sauf pour la vitamine B₃ (acide pantothénique), les investigations auxquelles il a été procédé à la demande de la Cour confirment dans leur ensemble les appréciations des parts de marchés relevées dans la décision attaquée.

La requérante, par contre, estime que les différences constatées sont significatives et suffisamment importantes pour mettre en cause l'appréciation de la Commission en ce qui concerne l'existence d'une position dominante.

C — En ce qui concerne les contrats litigieux

a) Alors qu'en ce qui concerne la détermination des parts de marchés détenues par Roche les parties sont parvenues à un certain nombre de constatations concordantes, elles n'ont pu y parvenir en ce qui concerne l'analyse à faire des 26 contrats conclus avec 22 clients depuis 1964 et que la Commission considère comme des contrats de fidélité dont la conclusion serait constitutive d'un abus de position dominante, alors que, selon l'analyse à laquelle procède Roche, il s'agirait essentiellement de rabais de quantité ou de ducroire. La Commission a joint au dossier neuf rapports de vérification auxquels ses services ont procédé chez des clients de Roche afin de juger de la façon dont les contrats liant Roche à ses clients étaient exécutés. Elle a, en outre, joint — en les classant sous les lettres A à G — une analyse des rapports de vérification chez des clients de Roche

qui se sont opposés à ce que leur identité soit dévoilée.

b) En ce qui concerne les questions posées par la Cour relativement à l'effet de la clause dite «clause anglaise», la Commission (réponse de la Commission aux questions de la Cour, p. 13 et suiv.) met l'accent sur la circonstance que les contrats litigieux prévoient en général que ne peuvent être prises en considération, pour libérer le client de son obligation de se fournir exclusivement ou principalement chez Roche, que les offres émanant de «concurrents sérieux», ou de «fabricants honorablement connus», ou «à l'exception des courtiers ou distributeurs» et qu'il doit le plus souvent s'agir d'offres sur le marché local. Elle souligne également qu'elle ne critique pas le recours à la clause anglaise, mais soutient que cette clause n'efface pas l'effet anticoncurrentiel des contrats de fourniture exclusive assortis d'un rabais de fidélité.

c) Répondant à son tour aux questions de la Cour relatives aux contrats litigieux, la requérante fait valoir les considérations suivantes.

En ce qui concerne l'effet anticoncurrentiel des contrats incriminés, elle observe que, après qu'elle eut annulé les contrats litigieux, la part des clients avec lesquels ces contrats avaient été conclus dans les ventes de vitamines, loin de diminuer aurait augmenté, ce qui démontrerait que ces contrats ne limitaient pas la concurrence (réponse à la question II/1 et 3). Elle se réfère également à la décision de la Commission du 5 décembre 1969 dans l'affaire Pirelli-Dunlop (JO 1969, n° L 323, p. 21) d'où l'on devrait déduire que la Commission elle-même admettrait que l'insertion de la clause anglaise enlèverait aux contrats de fourniture exclusive leur caractère anticoncurrentiel.

Elle ajoute qu'elle a lieu de croire que ses concurrents auraient conclu, en grand nombre, avec leurs clients des contrats de même nature que ceux incriminés par la Commission (réponse à la question II/4). Elle précise, en réponse à la question II/6, qu'après que les contrats litigieux eussent été supprimés, il n'a pas encore été conclu de contrats nouveaux avec la plupart des clients, les négociations entre elle et la Commission relativement à l'approbation d'un contrat type ne s'étant terminées qu'en novembre 1977. Des nouveaux contrats ont cependant été conclus avec Merck, Unilever, Animedica et Dawe's et ont été annexés à sa réponse.

La requérante, répondant aux questions II/7 et II/8, soutient qu'il y aurait une différence essentielle entre les rabais de fidélité et les clauses qui sont — sous des formes diverses — insérées dans les contrats litigieux. Un rabais de fidélité serait perdu tout entier dès que le client se fournit chez un tiers. Au contraire, dans les rapports entre Roche et ses clients, ceux-ci conserveraient les rabais déjà acquis lorsqu'ils se fournissent chez un tiers. La requérante déclare avec force

qu'elle n'avait, en fait, aucun moyen de contrôle de l'application correcte de la clause anglaise par ses clients et qu'elle s'est toujours abstenue d'appliquer les sanctions prévues aux contrats.

V — Procédure orale

Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries à l'audience publique du 31 mai 1978 et ont répondu à une série de questions posées par les juges et l'avocat général.

La requérante a, avec l'accord de la défenderesse, déposé certains documents à l'appui de son argumentation orale et a confirmé qu'elle renonçait au moyen tiré de la façon dont certains documents auraient été obtenus par la défenderesse (moyen 2a).

Elle a, en outre, rappelé que, dans sa lettre du 17 avril 1978, elle avait également renoncé au moyen tiré de la violation de l'article 18 du règlement n° 17 (3^e moyen).

L'avocat général a présenté ses conclusions à l'audience du 19 septembre 1978.

En droit

- 1 Attendu que le recours, introduit le 27 août 1976 par la société le droit suisse, Hoffmann-La Roche et Co. AG (ci-après désignée sous l'abréviation Roche), dont le siège est à Bâle, tend, en ordre principal, à l'annulation de la décision (IV/29.020 — vitamines) de la Commission, du 9 juin 1976, concernant une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE, notifiée à la requérante le 14 juin 1976 et publiée au Journal officiel des communautés européennes, n° L 223 du 16 août 1976, et, en ordre subsidiaire, à l'annulation de l'article 3 de cette décision infligeant à la requérante une amende de 300 000 unités de compte, soit 1 098 000 marks allemands;

- 2 que par cette décision il est constaté que Roche disposerait, dans le marché commun, d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité sur les marchés des vitamines A, B₂, B₃ (acide pantothénique), B₆, C, E, et H (biotine), et qu'elle aurait commis une infraction audit article en exploitant abusivement cette position par la conclusion, à partir de 1964, mais en particulier entre 1970 et 1974, avec 22 acheteurs de ces vitamines, de contrats comportant, pour ces acheteurs, l'obligation ou, par l'application de primes de fidélité, une incitation à réserver à Roche l'exclusivité ou la préférence pour la couverture de la totalité ou de l'essentiel de leurs besoins en vitamines (article 1 de la décision);

que cette même décision ordonne à Roche de mettre immédiatement fin à l'infraction (article 2) et la condamne au paiement de l'amende ci-dessus indiquée (article 3);

- 3 qu'à l'appui de sa demande, la requérante fait valoir les moyens suivants:

- *Premier moyen*: la décision attaquée violerait les principes fondamentaux relatifs à la détermination et à la prévisibilité des règles comportant des sanctions;
- *Second moyen*: la décision attaquée serait entachée de plusieurs vices de forme à raison des irrégularités de la procédure administrative au terme de laquelle elle a été édictée;
- *Troisième moyen*: la décision attaquée violerait l'article 86 du traité CEE en ce que la Commission aurait donné une interprétation et, en tout cas, fait une application inexactes des notions de position dominante et d'exploitation abusive d'une position dominante susceptible d'affecter le commerce entre les États membres, en constatant l'existence de pareille position dans le chef de Roche et en qualifiant les contrats litigieux comme constitutifs d'une telle exploitation abusive;
- *Quatrième moyen*: la décision attaquée aurait, en infligeant une amende à Roche, violé l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962 (JO n° 13, p. 204), les infractions alléguées, pour autant qu'elles puissent être constatées, n'ayant été commises ni de propos délibéré ni par négligence;

que dans son recours la requérante avait, en outre, invoqué la violation, par la décision attaquée, de l'article 18 du règlement n° 17 du Conseil du 6

février 1962 et du règlement financier n° 68/313 du 30 juillet 1968 (JO n° L 199, p.1) en ce que l'amende avait été convertie en marks allemands, mais qu'elle a, au cours de la procédure, renoncé à ce moyen, de telle façon que seuls les quatre moyens ci-dessus mentionnés doivent être examinés;

Premier moyen: de la violation du principe de la détermination et de la prévisibilité des règles comportant des sanctions

- 4 Attendu que, selon la requérante, les notions de position dominante et d'exploitation abusive de pareille position, énoncées à l'article 86 du traité CEE, devraient être comptées parmi les plus indéterminées et les moins claires, tant en droit communautaire que dans le droit national des États membres, et que, dès lors, par application d'un principe fondamental de droit qui devrait être déduit de l'adage «nullum crimen, nulla poena sine lege», la Commission ne pourrait infliger les sanctions prévues en cas de violation de cette disposition, qu'après que, soit par la pratique administrative, soit par la jurisprudence, ces notions aient été suffisamment concrétisées pour que les entreprises puissent savoir à quoi s'en tenir;
- 5 que la requérante ne conteste toutefois pas la compétence de la Commission pour interpréter et concrétiser ces notions dans les décisions qu'elle édicte à l'égard des entreprises, mais seulement celle d'infliger des sanctions tant qu'elles n'auraient pas été précisées, ce qui aurait été le cas en l'espèce;
- 6 qu'il en résulte que le moyen concerne uniquement l'amende infligée et qu'il y aura lieu de l'examiner ci-après en même temps que les autres griefs énoncés contre l'imposition de cette amende;

Deuxième moyen: des irrégularités de la procédure administrative

Attendu, à cet égard, que la requérante faisait, dans son recours, en premier lieu valoir que la procédure d'office, engagée contre elle en application des articles 3 et 15, du règlement du Conseil n° 17, l'aurait été au vu de documents à l'usage interne de ses services et parvenus irrégulièrement en possession de la Commission;

que toutefois, devant la Cour, tant au cours de la procédure écrite qu'au cours de la procédure orale, elle a déclaré renoncer à ce moyen et a, elle-même, joint au dossier, avec d'autres, les documents dont elle avait précédemment estimé l'emploi, par la Commission, irrégulier;

qu'il y a, dans ces circonstances, lieu d'écarter ce moyen sans plus ample examen, la Cour estimant qu'il n'y a pas lieu de l'examiner d'office;

- 8 attendu que la requérante soutient, en second lieu, qu'il serait fait état dans la décision attaquée de documents et d'éléments d'appréciation qui n'auraient, en ce qui concerne les premiers, pas été décrits au cours de la procédure administrative et dont, en ce qui concerne les seconds, communication lui aurait été refusée par la Commission, motif pris de son obligation de respecter le secret des affaires;

que la requérante vise ainsi d'abord les documents invoqués au n° 12 de la décision attaquée, à savoir quatre circulaires internes de Roche datant, selon cette décision, de septembre 1970 (en réalité 8 septembre 1972), de décembre 1970, mai 1971 (en réalité mi-août 1971) et d'août 1971, ainsi qu'un compte rendu de l'European Bulk Managers Meeting des 12 et 13 octobre 1971 (en réalité 12 et 13 octobre 1972);

qu'elle vise, d'autre part, les éléments d'appréciation recueillis par la Commission auprès d'autres producteurs de vitamines et à l'aide desquels elle a calculé les parts de marché qu'elle attribue à Roche ainsi que les renseignements demandés et obtenus auprès des clients de la requérante en vue d'établir si les contrats, dont la conclusion est considérée par la Commission comme constitutive d'une exploitation abusive d'une position dominante, avaient ou non un effet restrictif de la concurrence et des échanges entre États membres;

- 9 attendu que le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé, même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif;

que, faisant application de ce principe, l'article 19, paragraphe 1, du règlement du Conseil n° 17, oblige la Commission à donner aux intéressés, avant de prendre une décision en matière d'amendes l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet ces griefs qu'elle a retenus à leur égard;

que, de même, l'article 4 de règlement n° 99/63 de la Commission du 25 juillet 1963 (JO p. 2268), relatif aux auditions prévues à l'article 19 du règlement n° 17, prévoit que dans ses décisions la Commission ne retient contre les entreprises et associations d'entreprises destinataires que les griefs au sujet desquels ces dernières ont eu l'occasion de faire connaître leur point de vue;

- 10 que si, dans son arrêt du 15 juillet 1970 (affaire 45/69), Boehringer, Recueil p. 769), la Cour a constaté qu'en ce qui concerne la communication des griefs — premier acte de la procédure administrative — il est satisfait à ces exigences dès lors que cette communication énonce, même sommairement, mais de manière claire, les faits essentiels sur lesquels la Commission se base, c'est à la condition que celle-ci fournisse «au cours de la procédure administrative les éléments nécessaires à la défense»;
- 11 qu'ainsi il suit, tant des dispositions ci-dessus citées que du principe général dont elles font application, que le respect des droits de la défense exige que l'entreprise intéressée ait été mise en mesure, au cours de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances alléguées et sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une infraction à l'article 86 du traité;
- 12 attendu qu'il n'est pas contesté par la Commission qu'elle a, estimant être liée par le respect du secret des affaires, refusé communication des données, recueillies chez des concurrents ou des clients de Roche, sur la base desquelles elle a, entre autres, évalué les parts de marché et fondé son appréciation du caractère anticoncurrentiel des contrats litigieux;
- 13 attendu que, si l'article 20, paragraphe 2, du règlement n° 17, dispose que «sans préjudice des dispositions des articles 19 et 21, la Commission et les autorités compétentes des États membres ainsi que leurs fonctionnaires et autres agents sont tenus de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies en application du présent règlement et qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel», cette règle doit, ainsi que le confirme le renvoi exprès à l'article 19, se concilier avec le respect des droits de la défense;
- 14 que ledit article 20, en donnant aux entreprises auprès desquelles des informations sont recueillies l'assurance que leurs intérêts, liés au respect du secret des affaires, ne seront pas mis en danger, permet à la Commission de recueillir de la façon la plus large les données nécessaires à l'exercice de la mission que lui confient les articles 85 et 86 du traité, sans que les entreprises puissent lui opposer un refus, mais ne l'autorise pas, pour autant, à retenir à charge de l'entreprise concernée, par une procédure visée au règlement n° 17,

des faits, circonstances ou documents qu'elle estime ne pouvoir divulguer si ce refus de divulgation affecte la possibilité de cette entreprise de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité ou la portée de ces circonstances, sur ces documents ou encore sur les conclusions que la Commission en tire;

- 15 attendu toutefois que si, au cours de la procédure devant la Cour, il a été remédié effectivement à des irrégularités de cette nature; celles-ci n'entraînent pas nécessairement l'annulation de la décision attaquée pour autant que les droits de la défense ne se trouvent pas affectés par cette régularisation tardive;
- 16 attendu que les documents visés par la requérante sont, en premier lieu, ceux dont il est fait état au n° 12 de la décision attaquée, c'est-à-dire les mêmes que ceux dont elle avait critiqué la façon dont ils seraient venus en possession de la Commission, mais qu'elle a, par la suite, joints au dossier produit devant la Cour, de sorte qu'un débat contradictoire a pu être, et s'est effectivement, établi à leur sujet;

que, d'autre part, en ce qui concerne les éléments d'information sur lesquels la Commission a fondé son appréciation des parts de marché et son analyse des effets des contrats litigieux, les parties ont, au cours de la procédure écrite, à la demande de la Cour, procédé à un échange d'informations résultant en un document commun d'où il apparaît que la Commission a révélé, pour toutes les vitamines en cause, les bases de son calcul des parts de marché en valeur pour les années 1972, 1973 et 1974, de sorte que Roche a été en mesure, en se fondant sur les ventes attribuées à certains concurrents dans les documents produits par la Commission, d'estimer ses parts de marché par rapport aux quantités vendues;

- 17 qu'ainsi, les parties ont pu se mettre d'accord sur une estimation des parts de marché en quantité et en valeur — tout en restant divisées sur la question de savoir lequel des deux critères est déterminant — en ce qui concerne les vitamines A, B₃, H, et également les vitamines C et E, sous réserve pour ces dernières, de l'examen du marché à prendre en considération à raison de l'interchangeabilité pour certains usages de ces deux vitamines avec d'autres produits, seules les parts de marché des vitamines B₂ et B₆ demeurant contestées;

- 18 qu'enfin, la Commission, également au cours de la procédure écrite, a produit, à la demande de la Cour, le procès-verbal de la réunion entre Roche et Unilever, mentionné au n° 3 de la décision attaquée, ainsi que les rapports d'investigation de ses fonctionnaires auprès des clients de Roche qui ont conclu les contrats litigieux ou, pour celles de ces firmes qui désiraient garder l'anonymat, une note résumant lesdits rapports;
- 19 que, dans ces conditions, le moyen tiré de la violation des droits de la défense ne peut plus être retenu;

Troisième moyen: de la violation de l'article 86 du traité

- 20 Attendu que, selon la requérante, la Commission aurait violé l'article 86 du traité en ce que:

- I. La décision attaquée admettrait à tort l'existence, dans le chef de la requérante, d'une position dominante, donnerait de cette notion une interprétation inexacte et en ferait une fausse application dans le cas d'espèces, notamment en ce qui concerne l'évaluation et la pertinence, tant des parts de marché que des autres éléments retenus à titre d'indices de l'existence de la position dominante alléguée.
- II. La décision attaquée, admettrait, en tout cas à tort, qu'il y a eu, dans le chef de la requérante exploitation abusive de pareille position, la Commission ayant procédé à une analyse inexacte des contrats dont la conclusion serait, d'après elle, constitutive d'exploitation abusive ainsi que des effets restrictifs sur la concurrence desdits contrats.
- III. La décision attaquée admettrait à tort que le comportement de la requérante était de nature à affecter de façon sensible le commerce intracommunautaire.

I — De l'existence d'une position dominante

Section 1: de la détermination des marchés en cause

- 21 Attendu que, pour apprécier si Roche détient la position dominante alléguée, il y a lieu de délimiter les marchés en cause tant du point de vue géographique que du point de vue du produit;

- 22 attendu que le marché géographique pris en considération, ainsi qu'il apparaît des n^{os} 3 et 6 de la décision attaquée, s'étend à l'ensemble du marché commun, c'est-à-dire des six États membres jusqu'au 31 décembre 1972 et des neuf États membres par la suite;
- 23 que les produits visés par la décision attaquée sont des vitamines non conditionnées appartenant à treize groupes, dont huit sont produits et commercialisés par Roche (A, B₁, B₂, B₃ (acide pantothénique), B₆, C, E et H (biotine)) et cinq achetés aux producteurs et revendus par Roche (B₁₂, D, PP, K, M);

que la Commission a retenu l'existence d'une position dominante dans sept des huit groupes dont Roche est producteur, à savoir A, B₂, B₃, B₆, C, E et H;

que les parties sont d'accord pour constater, d'une part, que chacun de ces groupes a des fonctions métabolisantes spécifiques et n'est, de ce fait, pas interchangeable avec les autres, et, d'autre part, que pour les trois utilisations communes à ces groupes, à savoir l'alimentation humaine, l'alimentation animale et l'usage pharmaceutique, les vitamines en question ne rencontrent pas la concurrence d'autres produits;

- 24 que, compte tenu de ces éléments, la Commission a considéré (décision attaquée n^o 20) que chaque groupe de vitamines constitue un marché distinct et que Roche, après avoir d'abord suggéré que plusieurs groupes pourraient constituer ensemble un marché, a admis ce point de vue, sauf que, selon elle, les groupes de vitamines C et E feraient, chacun en ce qui le concerne, ensemble avec d'autres produits, parties d'un marché plus étendu;

qu'il y a donc lieu d'examiner si la Commission a correctement délimité les marchés auxquels appartiennent les vitamines des groupes C et E;

- 25 attendu qu'il est constant qu'à côté des utilisations dans l'industrie pharmaceutique et dans l'alimentation humaine ou animale, — désignées comme utilisation bio-nutritives — les vitamines C et E sont également commercialisées, entre autres, comme antioxydants, agents de fermentation et additifs — utilisations désignées par le vocable «technologiques» —, et que, dans la mesure où elles sont demandées en vue desdites utilisations technologiques, ces vitamines rencontrent la concurrence d'autres produits aptes aux mêmes usages;

26 que, selon Roche, il faudrait en conclure que les vitamines des groupes C et E font partie de marchés plus vastes qui engloberaient ces autres produits et que la Commission, en omettant d'y comprendre ces derniers, aurait donné une image exagérée de la part de Roche dans lesdits marchés;

27 que, selon la Commission, par contre, les produits, qui peuvent être substitués aux vitamines C et E pour des usages technologiques, ne peuvent être englobés dans les mêmes marchés que ces vitamines, le degré d'interchangeabilité desdits produits et des vitamines en question étant, à raison même de la double affectation possible de ces dernières, insuffisant;

qu'on ne pourrait non plus séparer les vitamines affectées, en fin de compte, à des fins bio-nutritives et celles affectées à des usages technologiques en deux marchés distincts, les fabricants et les acheteurs étant entièrement libres, à raison du double usage auquel se prête le produit, de leur donner la destination qu'ils estiment la plus avantageuse, surtout dans un marché en expansion;

que, toutefois, à supposer même qu'il faille éliminer des marchés concernés, les vitamines vendues par Roche à des fins technologiques, il faudrait en faire de même pour ses concurrents, de telle façon que les parts de marché demeureraient inchangées;

28 attendu que, lorsqu'un produit est susceptible d'être utilisé à des fins diverses et lorsque ces différents usages répondent à des besoins économiques, eux aussi différents, il y a lieu d'admettre que ce produit peut appartenir, selon le cas, à des marchés distincts, présentant éventuellement, tant du point de vue de la structure que des conditions de concurrence, des caractéristiques différentes;

que cette constatation ne justifie cependant pas la conclusion qu'un tel produit constitue un seul et même marché avec tous les autres qui, dans les différents usages auxquels il peut être affecté, peuvent lui être substitués et avec lesquels il entre, suivant le cas, en concurrence;

que la notion de marché concerné (relevant market) implique, en effet, qu'une concurrence effective puisse exister entre les produits qui en font partie, ce qui suppose un degré suffisant d'interchangeabilité en vue du même usage entre tous les produits faisant partie d'un même marché;

que pareille interchangeabilité n'existait pas, en tout cas à l'époque considérée, entre l'ensemble des vitamines de chacun des groupes C et E, et l'ensemble des produits qui, selon le cas, peuvent être substitués à l'un ou l'autre de ces groupes de vitamines dans des usages technologiques, eux aussi fort diversifiés;

29 attendu, par contre, que l'on peut hésiter quant à la question de savoir si, pour délimiter les marchés respectifs des vitamines du groupe C et des vitamines du groupe E, il y a lieu d'englober l'ensemble des vitamines de chacun de ces groupes dans un marché correspondant à ce groupe, quelle que soit leur utilisation ultérieure ou si, au contraire, il faut séparer chacun de ces groupes en deux marchés distincts, l'un comprenant les vitamines destinées à une utilisation bio-nutritive, l'autre celles utilisées à des fins technologiques;

30 qu'il n'était toutefois pas nécessaire, pour évaluer correctement les parts de marché respectives de Roche et de ses concurrents, de trancher cette question, cette distinction, s'il y avait lieu de la faire, devant alors être faite, ainsi que l'observe à juste titre la Commission, tant pour les concurrents de Roche que pour cette dernière et — à défaut de toute indication contraire de la part de la requérante — dans des proportions analogues, de sorte que les parts de marché, exprimées en pourcentages, demeureraient inchangées;

qu'enfin, Roche, en réponse à une question posée par la Cour, a indiqué que l'ensemble des vitamines de chaque groupe suivait, quelle que soit la destination ultérieure du produit, un même régime de prix, de sorte qu'on ne pourrait le scinder en marchés spécifiques;

qu'il résulte de ces considérations que la Commission a, dans la décision attaquée, correctement délimité les marchés en cause;

Section 2: de la structure des marchés en cause

31 Attendu que, si chaque groupe de vitamines constitue un marché distinct, ces différents marchés présentent néanmoins, tant en ce qui concerne les structures de production que celles de la commercialisation, des traits communs qu'il y a lieu de relever;

32 qu'en premier lieu, les parties sont d'accord pour constater qu'entre 1950 et 1974 les marchés de tous les groupes de vitamines ont — quoique dans les

proportions différentes — été en forte expansion la production n'ayant cessé d'augmenter;

- 33 qu'en ce qui concerne, en particulier, *la production*, les parties sont également d'accord pour constater que si la synthèse de la vitamine, surtout après l'expiration des brevets détenus pour une part non négligeable par Roche, ne pose pas de problèmes techniques particulièrement ardu, la production suppose néanmoins des investissements importants et nécessite des équipements très spécialisés, dans une large mesure spécifiques à chaque groupe de vitamines, avec la conséquence que la capacité des usines était, au cours de la période ci-dessus indiquée, déterminée, compte tenu de l'expansion prévue des besoins sur une période de dix ans;

que cette structure des marchés a, malgré la forte expansion dont question ci-dessus, entraîné, pour la plupart des groupes de vitamines, une surcapacité mondiale de l'instrument de production;

que cette situation est illustrée de façon frappante par l'observation reprise au procès-verbal de la réunion entre Unilever et Roche, du 11 décembre 1972, que la capacité totale de Roche suffisait, à elle seule, à satisfaire la demande mondiale et que Roche, à cette époque, n'utilisait que 50 % de cette capacité;

- 34 que cette capacité de production était, pour la période prise en considération par la Commission, concentrée, en ce qui concerne les producteurs opérant sur le marché commun, dans les mains d'un nombre restreint de firmes, neuf au total suivant le tableau repris sous le n° 4 de la décision attaquée, le nombre de producteurs étant encore plus restreint dans chaque groupe particulier, à savoir 4 pour les vitamines A, 3 pour les vitamines B₂, 3 pour les vitamines B₃, 4 pour les vitamines B₆, 5 pour les vitamines C, 4 pour les vitamines E, et 2 pour les vitamines H;

que certains de ces producteurs étaient, en outre, acheteurs et revendeurs de vitamines qu'ils ne produisaient pas, tandis que des quantités non précisées de vitamines étaient mises sur le marché par d'importantes maisons de commerce qui s'approvisionnaient à d'autres sources que les neuf producteurs mentionnés dans la décision;

- 35 qu'en ce qui concerne la *demande* de vitamines non conditionnées, la situation dans le marché commun est caractérisée par la présence d'un nombre

relativement élevé d'acheteurs — environ 5 000 pour Roche —, mais qu'une part notable de cette demande, qui, en ce qui concerne Roche, peut être évaluée à environ 25 % de ses ventes dans le marché commun, était, à l'époque considérée, concentrée dans les mains de 22 firmes importantes, dont 7 appartenaient au secteur pharmaceutique, 5 à celui de l'alimentation humaine et 10 à l'alimentation animale;

que tous ces clients, à quelque secteur d'activité qu'ils appartiennent, étaient acheteurs d'un grand nombre, sinon de toutes les vitamines concernées, seule la firme Unilever semblant, en tout cas en ce qui concerne ses relations avec Roche, faire exception à cet égard et n'être acheteur que pour le seul groupe des vitamines A;

Section 3: de la signification des indices de l'existence d'une position dominante, retenus par la Commission

- 36 Attendu que la Commission estime que Roche occupe une position dominante sur les sept marchés en cause (A, B₂, B₃, B₆, C, E, H) et fonde ce point de vue, d'une part, sur les parts de marché détenues par la requérante par rapport à celles de ses concurrents, et, d'autre part, sur l'existence d'une série de facteurs qui, lorsque la part de marché ne serait pas, à elle seule, déterminante, assureraient néanmoins à Roche une prédominance marquée sur les marchés en cause;

qu'elle en tire la conclusion (décision, n° 21) «qu'en ce qui concerne les marchés en cause, Roche dispose d'un degré d'indépendance globale de comportement qui (la) met en mesure de faire obstacle à une concurrence effective à l'intérieur du marché commun, lui conférant donc une position dominante sur ces marchés»;

- 37 attendu que Roche conteste l'évaluation de ses parts de marché ainsi que la réalité ou la pertinence des autres indices retenus dans la décision attaquée;

qu'elle reproche également à la Commission d'avoir négligé d'examiner et de prendre en considération son comportement sur les marchés en cause et en particulier les baisses continuelles et importantes des prix des vitamines, baisses qui démontreraient l'existence d'une concurrence effective à la pression de laquelle Roche aurait dû céder;

- 38 attendu que l'article 86 est une expression de l'objectif général assigné par l'article 3 f) du traité à l'action de la Communauté, à savoir l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun;

que l'article 86 interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une entreprise d'exploiter de façon abusive une position dominante dans une partie substantielle du marché commun;

que la position dominante ainsi visée concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs;

- 39 que pareille position, à la différence d'une situation de monopole ou de quasi-monopole, n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence mais met la firme qui en bénéficie en mesure, sinon de décider, tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera et, en tout cas, de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice;

qu'une position dominante doit également être distinguée des parallélismes de comportements propres aux situations d'oligopoles, en ce que, dans un oligopole, les comportements s'influencent réciproquement tandis qu'en cas de position dominante le comportement de l'entreprise qui bénéficie de cette position est, dans une large mesure, déterminé unilatéralement;

que l'existence d'une position dominante peut résulter de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants, mais que parmi ces facteurs l'existence de parts de marché d'une grande ampleur est hautement significative;

- 40 attendu que la détention d'une part de marché considérable, comme élément de preuve de l'existence d'une position dominante, n'est pas une donnée immuable, et que sa signification varie de marché à marché d'après la structure de ceux-ci, notamment en ce qui concerne la production, l'offre et la demande;

que, bien que chaque groupe de vitamines constitue un marché distinct, ces différents marchés présentent, cependant, ainsi qu'il est apparu de l'examen de leur structure, suffisamment de traits communs pour que les mêmes critères puissent leur être appliqués en ce qui concerne la signification des parts de marché pour l'évaluation de l'existence ou non d'une position dominante;

- 41 attendu, en outre, que si la signification des parts de marché peut différer d'un marché à l'autre, on peut, à juste titre, estimer que des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante;

qu'en effet, la possession d'une part de marché extrêmement importante met l'entreprise qui la détient pendant une période d'une certaine durée, par le volume de production et d'offre qu'elle représente — sans que les détenteurs de parts sensiblement plus réduites soient en mesure de satisfaire rapidement la demande qui désirerait se détourner de l'entreprise détenant la part la plus considérable —, dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire et qui, déjà de ce fait, lui assure, tout au moins pendant des périodes relativement longues, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante;

- 42 attendu que la décision attaquée a relevé, à côté des parts de marché, l'existence d'une série d'autres éléments, qui, combinés avec ses parts de marché, assureraient, dans certains cas, à Roche une position dominante;

que ces indices, que la Commission qualifie de critères supplémentaires, sont les suivants:

- a) les parts de marché de Roche ne sont pas seulement importantes mais il y aurait, en outre, un écart considérable entre ses parts et celles des concurrents qui la suivent immédiatement (décision, n^{os} 5 et 21);
- b) Roche fabrique une gamme de vitamines beaucoup plus étendue que celle de ses concurrents (décision, n^o 21);
- c) Roche est le plus grand producteur mondial de vitamines dont le chiffre d'affaires dépasse celui de l'ensemble des autres producteurs et est à la tête d'un groupe multinational qui, par son chiffre d'affaires, est le premier groupe pharmaceutique mondial (décision, n^{os} 5-6 et 21);

d) bien que les brevets pour la fabrication de vitamines qu'elle détenait soient expirés, Roche, à raison du rôle de pionnier qu'elle a joué dans ce domaine, possède sur ses concurrents des avantages technologiques qui se manifestent par la possession d'un service très perfectionné d'aide et d'information de la clientèle (décision, n^{os} 7 et 8);

e) Roche dispose d'un réseau commercial très étendu et spécialisé (décision, n^o 8);

f) l'absence de concurrence potentielle (décision, n^o 21);

qu'en outre, au cours de la procédure devant la Cour, la Commission a fait état, comme indice de la position dominante de Roche, de la capacité de cette dernière de maintenir, malgré une vive concurrence, des parts de marché largement intactes;

43 attendu qu'avant d'examiner si les indices retenus par la Commission peuvent effectivement être constatés dans le cas de Roche, il y a lieu de rechercher, la requérante contestant leur pertinence, si ces éléments sont, compte tenu des particularités des marchés en cause et des parts détenues, de nature à révéler l'existence d'une position dominante;

44 attendu qu'il y a lieu, à cet égard, de rejeter le critère tiré du maintien des parts de marché, ce maintien pouvant tout aussi bien être la conséquence d'une attitude concurrentielle efficace que d'une position assurant à l'entreprise en cause une possibilité de comportement indépendant de la concurrence, n'a pas indiqué les facteurs auxquels peut être attribuée la stabilité des parts de marché là où elle a été constatée;

que, toutefois, en cas d'existence d'une position dominante, le maintien de parts de marché peut être révélateur du maintien de cette position et que, d'autre part, les méthodes auxquelles il est recouru en vue de maintenir la position dominante peuvent éventuellement être constitutives d'une exploitation abusive au sens de l'article 86 du traité;

45 attendu que de même doit être rejetée la valeur indicative de la circonstance que Roche produirait une gamme de vitamines plus étendue que ses concurrents;

que la Commission voit dans cette circonstance un indice de position dominante parce que «compte tenu que les besoins de nombreux utilisateurs portent sur plusieurs groupes de vitamines, Roche peut employer une stratégie de vente et notamment de prix beaucoup moins dépendante des conditions de concurrence sur chaque marché que celles des autres producteurs»;

- 46 attendu, cependant, que la Commission a elle-même établi que chaque groupe de vitamines constitue un marché spécifique et n'est pas ou peu interchangeable avec d'autres groupes ou d'autres produits (décision, n° 20), de sorte que les vitamines appartenant à des groupes différents constituent des produits aussi différents entre eux que des vitamines par rapport à d'autres produits du secteur pharmaceutique et de l'alimentation;

qu'il n'est, par ailleurs, pas contesté que des concurrents de Roche, notamment ceux appartenant à l'industrie chimique, mettent sur le marché, à côté des vitamines qu'ils fabriquent, d'autres produits qui, eux aussi, font l'objet d'une demande de la part des acheteurs de vitamines, de sorte que la circonstance que Roche est en mesure d'offrir plusieurs groupes de vitamines ne lui assure pas, de ce seul fait, un avantage par rapport à ses concurrents qui peuvent, à côté d'une gamme moins ou peu étendue de vitamines, offrir d'autres produits également demandés par les acheteurs de ces vitamines;

- 47 attendu que des considérations analogues amènent à écarter également l'indice tiré de ce que Roche est le plus grand producteur mondial de vitamines, que son chiffre d'affaires dépasse celui de l'ensemble des autres producteurs et qu'elle est à la tête du groupe pharmaceutique mondial le plus important;

que, selon la Commission, cette triple circonstance constituerait un facteur d'une position dominante parce que: «il s'ensuit que la requérante occupe une position prépondérante non seulement dans le marché commun mais encore dans le marché mondial; elle bénéficie, dès lors, d'une très grande liberté d'action, sa position lui permettant de s'adapter aisément à l'évolution des différents marchés régionaux. Une entreprise opérant sur l'ensemble du marché mondial et possédant une part du marché telle qu'elle laisse tous ses concurrents loin derrière elle n'a pas à se préoccuper notablement des concurrents qu'elle peut avoir dans le marché commun»;

que pareille argumentation, tirée des avantages que procure l'existence d'économies d'échelle et de la possibilité d'une stratégie différente d'après les différents marchés régionaux n'est pas démonstrative dès lors qu'il est admis que

chaque groupe de vitamines constitue un groupe de produits distincts nécessitant des installations spécifiques et constituant un marché particulier, en ce sens que le volume de la production globale de produits distincts entre eux ne procure pas à Roche un avantage concurrentiel par rapport à ces concurrents notamment de l'industrie chimique qui, à côté des vitamines, produisent à l'échelle mondiale d'autres produits et possèdent en principe les mêmes possibilités de compensation des marchés que ceux que procure une production globale considérable de produits aussi distincts que ne le sont entre eux les différents groupes de vitamines;

- 48 attendu, par contre, que constituent des indices valables le rapport entre les parts de marché détenues par l'entreprise concernée et par ses concurrents, en particulier ceux qui la suivent immédiatement, l'avance technologique qu'une entreprise possède par rapport à ses concurrents, l'existence d'un réseau commercial extrêmement perfectionné et l'absence de concurrence potentielle, le premier facteur parce qu'il permet d'évaluer la capacité concurrentielle des concurrents de l'entreprise en cause, le second et le troisième parce qu'ils constituent, par eux-mêmes, des avantages techniques et commerciaux, le quatrième parce qu'il est le résultat de l'existence de barrières à l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché;

qu'en ce qui concerne l'existence ou l'inexistence d'une concurrence potentielle, il y a cependant lieu de constater que, s'il est exact qu'à raison de l'importance des investissements nécessaires — et cela pour tous les groupes de vitamines concernés — la capacité des usines est déterminée en tenant compte de l'expansion prévue pour une longue période, de sorte que l'accès au marché est malaisé pour de nouveaux producteurs, il faut également tenir compte de la circonstance que l'existence d'importantes capacités de production inemployées crée, entre les producteurs établis, une situation de concurrence potentielle;

que, toutefois, Roche se trouve à cet égard dans une situation privilégiée parce qu'ainsi qu'elle admet elle-même, sa capacité de production suffisait à elle seule, à l'époque visée par la décision attaquée, à satisfaire la demande mondiale sans cependant que cette surcapacité l'ait mis dans une situation économique ou financière difficile;

- 49 attendu que c'est à la lumière des considérations qui précèdent qu'il y a lieu d'apprécier les parts détenues par Roche dans chacun des marchés en cause, et à titre complémentaire, les indices qui, combinés avec les parts de marché, permettent de déceler l'existence éventuelle d'une position dominante;

qu'enfin, il y aura également lieu de rechercher si les arguments que Roche fait valoir en ce qui concerne la signification de son comportement sur le marché, essentiellement en ce qui concerne les prix, sont de nature à modifier les constatations auxquelles pourrait amener l'examen des parts de marché et des autres indices retenus;

Section 4: de l'application des critères pertinents aux différents groupes de vitamines

a) En ce qui concerne le groupe des vitamines A

- 50 Attendu que les parties sont d'accord pour admettre que la part de marché de Roche sur le marché commun peut être évaluée à 47 % tant en valeur qu'en quantité;

que, selon les données fournies par la Commission, et non contestées par Roche, les parts des autres producteurs, en 1974, peuvent être évaluées à 27 %, 18 %, 7 % et 1 %;

- 51 que le marché en cause présentant ainsi les caractéristiques d'un marché oligopolistique étroit, dans lequel le degré de concurrence est déjà par lui-même affaibli, la part de Roche, égale à celles additionnées de ses deux concurrents les plus proches, démontre qu'elle dispose d'une liberté d'action particulière pour déterminer son attitude en face de la concurrence;

que l'existence, à raison de la circonstance que Roche a été l'inventeur et le détenteur de nombreux brevets relatifs à la vitamine A, d'une avance technologique par rapport à ses concurrents, même après l'expiration de ces brevets, constitue un indice complémentaire de l'existence, dans son chef, d'une position dominante;

qu'il en est de même, ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, en ce qui concerne l'absence de concurrence potentielle d'entreprises nouvelles, tandis que celle provenant de la surcapacité de production dans les entreprises existantes jouait plutôt en faveur de Roche, comme il apparaît d'un extrait du Management Information de mi-août 1971, selon lequel «Although BASF will continue to intensify its activities, we expect to achieve a further steady increase of our turnover. However, the present overcapacity of production is such, that a firming of prices cannot be expected for the next few years. Such a development would, of course, be accelerated if one of our smaller competitors ceased production»;

- 52 que c'est, dès lors, à juste titre que la Commission a reconnu l'existence d'une position dominante de la requérante sur le marché des vitamines A;

que la circonstance que Roche devait s'approvisionner pour des matières premières servant à la production des vitamines du groupe A chez une entreprise de l'industrie chimique qui fabriquait également des vitamines A et qui était, dès lors, son concurrent n'est pas de nature à modifier les conclusions de la Commission, Roche n'ayant jamais allégué qu'elle était exposée à de quelconques difficultés ni en ce qui concerne le rythme de son approvisionnement ni en ce qui concerne les prix;

b) En ce qui concerne le groupe des vitamines B₂

- 53 Attendu que, dans la décision attaquée, la Commission avait évalué la part de marché de Roche à 86 %;

que, dans le document établi en commun, au cours de la procédure écrite, elle a communiqué les bases sur lesquelles elle avait établi ses calculs des parts de marché de Roche, tant en valeur qu'en quantité, et qu'il apparaît, en outre, des tableaux qu'elle produit que toutes les importations de vitamines dans le marché commun, recensées statistiquement, ont été prises en considération;

que, sur la base de ces données, elle arrive aux chiffres suivants:

vitamine B ₂ part de marché de Roche	1972 (6 États membres)	1973 (9 États membres)	1974 (9 États membres)
en valeur	87,0 %	81,2 %	80,6 %
en quantité	84,5 %	74,8 %	80,8 %

- 54 que Roche se borne, en substance, à affirmer «qu'étant réduite, en ce qui concerne la concurrence, à de simples estimations, elle n'est pas en mesure de fournir une preuve contraire», mais qu'elle estime que sa part de marché mondiale est sensiblement moindre et que celle sur le marché commun ne dépasserait pas 50 %;

que, pour justifier cette dernière estimation par rapport à celle de la Commission, elle fait état de ce que «lorsqu'on ajoute à ces chiffres les capacités de

fermentation, en particulier aux États-Unis d'Amérique, de 200 à 300 tonnes par année, qui ont été mises en veilleuse au début de l'année 1970, mais qui peuvent à tout moment être réactivées, la part ne s'élève plus qu'à environ 50 %», invoquant ainsi — sans autre précision — soit l'existence d'une concurrence potentielle, soit la diminution de sa propre capacité de production aux États-Unis;

- 55 que, si la première hypothèse se révélait exacte, elle serait de nature à faire supposer que, postérieurement à 1970, des concurrents de Roche ont été en partie éliminés du marché;

qu'à supposer même, ce qui n'a pas été précisé, qu'il soit fait allusion à la fermeture de capacités de production appartenant à Roche, cette circonstance ne saurait être invoquée pour contester les calculs de la Commission, tant qu'il n'est pas établi que des fermetures de capacité analogues n'ont pas eu lieu chez les concurrents et, en tout cas, qu'elles ont eu pour résultat nécessaire une diminution des parts de marché de Roche sur le marché commun, plutôt qu'une rationalisation de la production;

qu'en outre, si l'existence de surcapacités de production peut, le cas échéant, constituer un facteur de concurrence potentielle de nature à influencer sur l'existence d'une position dominante — encore qu'il a été constaté ci-dessus que tel n'est pas le cas pour Roche durant la période prise en considération —, elle ne saurait influencer l'évaluation de parts de marché effectivement réalisées;

- 56 que, dans ces conditions, les calculs corrigés de la Commission, qui présentent par ailleurs des garanties de sérieux suffisantes pour pouvoir être admis, ne sauraient être mis en doute sur la base des objections ci-dessus, et que les parts de marché qu'ils révèlent sont à ce point importantes qu'elles démontrent par elles-mêmes l'existence d'une position dominante;

c) En ce qui concerne le groupe de vitamines B₃ (acide pantothénique)

- 57 Attendu que la Commission a reconnu qu'il y avait lieu de corriger les chiffres retenus dans la décision attaquée et que les deux parties sont d'accord pour évaluer les parts de marché comme suit:

vitamine B ₃ part de marché de Roche	1972 (6 États membres)	1973 (9 États membres)	1974 (9 États membres)
en valeur	28,9 %	34,9 %	51,0 %
en quantité	18,9 %	23,4 %	41,2 %

- 58 que des parts de cette importance, que ce soit en quantité ou en valeur, complétées par l'indication, dans la position commune des parties, que les chiffres pour 1971 étaient encore inférieurs de 6 % à ceux de 1972, ne constituent pas un indice suffisant par lui-même de l'existence d'une position dominante pour la majeure partie de la période considérée par la Commission;

qu'au contraire, il est apparu que la rectification à laquelle cette dernière a dû procéder venait de ce qu'elle avait omis de tenir compte des importations dues à un concurrent japonais qui détenait, lui, en 1973, une part de 30 % du marché;

que la Commission n'a, d'autre part, pas indiqué, pour ce marché en particulier, quels seraient les indices complémentaires qui, ensemble avec la part de marché telle qu'elle a été corrigée, seraient de nature à faire néanmoins l'existence d'une position dominante;

que ces constatations amènent à la conclusion que l'existence dans le chef de Roche d'une position dominante en ce qui concerne les vitamines B₃, pour la période considérée, n'est pas suffisamment démontrée;

d) En ce qui concerne le groupe des vitamines B₆

- 59 Attendu que la Commission avait évalué la part de marché de Roche à 95 %, tandis que Roche, qui n'a pas fourni d'indications en ce qui concerne le marché commun, admet, en ce qui concerne le marché mondial, une part de marché de l'ordre de 60 à 70 %;

qu'après confrontation des données entre parties (prise de position commune, annexes 1/e et 2/g), celles-ci n'ont pu se mettre d'accord sur une évaluation commune et que la Commission a corrigé la sienne en avançant les chiffres suivants:

vitamine B ₆ part de marché de Roche	1972 (6 États membres)	1973 (9 États membres)	1974 (9 États membres)
en valeur (B ₆ + H)	87,0 %	90,0 %	83,9 %
en quantité	84,2 %	86,0 %	88,4 %

- 60 qu'il y a lieu d'observer que, si à raison de la circonstance que les vitamines des groupes B₆ et H font partie de la même rubrique douanière, les parts, tout au moins exprimées en valeur, comprennent les deux groupes B₆ et H, Roche n'a cependant pas contesté que cette circonstance n'est pas de nature à modifier les ordres de grandeur qui en résultent;

que Roche soutient, sans s'expliquer plus amplement, que cette estimation doit être diminuée d'au moins 20 %, mais que, même si l'on accepte sans plus ce point de vue, les parts de Roche n'en demeurent pas moins d'une telle importance qu'elles démontrent l'existence d'une position dominante;

qu'il en est d'autant plus ainsi qu'à l'époque considérée, la part d'aucun des quatre concurrents qui suivent Roche n'atteignait 10 % et que certaines d'entre elles étaient très probablement inférieures à 5 %;

e) En ce qui concerne le groupe des vitamines C

- 61 Attendu que, dans la décision attaquée, la Commission avait estimé la part de marché de Roche à 68 %, tandis que Roche a avancé, au cours de la procédure, le chiffre de 50 %;

qu'après confrontation de leurs points de vue, les parties ont été d'accord pour estimer comme suit les parts de marché, dans l'hypothèse où seul le marché des vitamines est pris en considération:

vitamine C part de marché de Roche	1972 (6 États membres)	1973 (9 États membres)	1974 (9 États membres)
en valeur	65,7 %	66,2 %	64,8 %
en quantité	64,4 %	63,8 %	63,0 %

- 62 que, selon Roche, cette estimation devrait être corrigée en ce sens que le marché concerné devrait également comprendre les produits qui font concurrence aux vitamines C en ce qui concerne les usages technologiques et qu'elle soutient que, dans ce cas, sa part de marché ne dépasserait pas 47 %;
- 63 que les considérations développées ci-avant relativement à la délimitation du marché concerné pour les vitamines qui sont destinées à la fois à des usages

bio-nutritifs et technologiques ayant conduit au rejet de la thèse développée par Roche, les parts de marché sur lesquelles les parties s'étaient mises d'accord, en ce qui concerne le marché des vitamines C en tant que tel, doivent être admises et démontrent l'existence d'une position dominante;

qu'en ce qui concerne ce marché également — dans lequel d'ailleurs a existé, en 1971, une situation de pénurie — la distance entre les parts de Roche (64,8 %) et celles de ses concurrents immédiats (14,8 % et 6,3 %) était telle qu'elle confirme la conclusion à laquelle est arrivée la Commission;

f) En ce qui concerne le groupe des vitamines E

- 64 Attendu que, dans la décision attaquée, la Commission avait évalué la part de marché de Roche, en ce qui concerne les vitamines E, à 70 %, tandis que Roche a, au cours de la procédure, avancé le chiffre 40 %;

qu'après confrontation de leurs points de vue, les parties ont été d'accord dans leur prise de position commune pour estimer comme suit les parts de marché, dans l'hypothèse où seul le marché des vitamines E doit être pris en considération:

vitamine E part de marché de Roche	1972 (6 États membres)	1973 (9 États membres)	1974 (9 États membres)
en valeur	54,0 %	64,0 %	58,0 %
en quantité	50,0 %	60,0 %	54,0 %

que, selon l'estimation de Roche, sa part serait, pour les années 1970 et 1971, encore inférieure de 7 % à celle de 1972;

- 65 que, selon Roche, et pour les mêmes motifs que ceux qu'elle a fait valoir à propos des vitamines C, le marché concerné devrait également englober les produits qui font concurrence aux vitamines E en ce qui concerne les usages technologiques et qu'elle soutient que, dans ce cas, sa part de marché ne dépasserait pour 1974 pas 40 %;
- 66 que le point de vue de Roche en ce qui concerne la délimitation du marché concerné ayant été rejeté pour les motifs ci-dessus indiqués, il y a lieu de retenir les parts de marché sur lesquelles les parties se sont mises d'accord;

que l'importance de ces parts, déjà significative par elle-même, est renforcée par la circonstance que celles détenues par les concurrents de Roche doivent être estimées, après la correction dont question ci-dessus, pour l'année 1974, en valeur, à 16 %, 6 % et 1 % pour les autres producteurs, et 19 % pour un ou plusieurs importateurs, généralement des maisons de commerce, opérant à partir de pays tiers;

que la situation ainsi constatée répond, de façon plus caractéristique encore que pour les vitamines A, au modèle d'un marché oligopolistique étroit, dans lequel la part de Roche est largement supérieure à celles cumulées des deux concurrents les plus proches;

que c'est, dès lors, à juste titre que la Commission a constaté l'existence d'une position dominante sur ce marché;

g) En ce qui concerne le groupe des vitamines H

- 67 Attendu que la requérante a admis avoir détenu 100 % de ce marché et que, durant la période considérée, sa part se montait encore à 93 %, de sorte qu'elle se trouve, en fait, en position de monopole;

h) Conclusion d'ensemble

- 68 Attendu qu'il résulte des considérations qui précèdent qu'étaient réunis les facteurs d'une position dominante en ce qui concerne les groupes de vitamines A, B₂, B₆, C, E et H, tandis que l'existence de pareille position n'a pas été démontrée en ce qui concerne les vitamines B₃;

Section 5: du comportement de la requérante sur le marché

- 69 Attendu qu'il y a cependant lieu d'examiner si les conclusions précédentes ne se trouvent pas démenties par le comportement de la requérante sur les marchés en cause, comportement qui, selon elle, démontrerait non seulement l'existence d'une vive concurrence, mais encore la pression que cette concurrence a exercée sur elle;

qu'à cet égard, elle invoque en particulier la circonstance que les prix des différents groupes de vitamines auraient constamment baissés ainsi que les diminutions de ses parts de marché dans certains États membres;

qu'elle se réfère également aux indications contenues dans différents documents internes, en particulier les «Management Information» et «Marketing news», diffusés régulièrement par elle et qui contiennent une analyse de l'état du marché de chaque groupe de vitamines ainsi qu'à la documentation relative au «European Bulk managers meeting» organisé par Roche à Bâle en octobre 1972;

70 attendu qu'il a déjà été constaté par la Cour, notamment dans son arrêt du 14 février 1978 (United Brands, affaire 27/76, Recueil 1978, p. 207), que l'existence d'une concurrence, même vive, sur un marché donné n'exclut pas celle d'une position dominante sur ce même marché, ladite position étant essentiellement caractérisée par la capacité de se comporter sans avoir à tenir compte, dans sa stratégie de marché, de cette concurrence et sans, pour autant, subir des effets préjudiciables de cette attitude;

71 attendu cependant que la contrainte pour une entreprise de baisser ses prix, sous la pression de baisses dont ses concurrents prennent l'initiative, est en général incompatible avec l'indépendance de comportement caractéristique d'une position dominante;

que la requérante a produit, en annexe à son recours, une série de graphiques comportant deux indicateurs différents, l'un servant à mesurer les baisses de prix et l'autre les augmentations de production des différents groupes de vitamines de Roche sur le marché mondial au cours d'une période qui s'étend, selon le cas, des années 1940 à 1954, jusqu'à fin 1974;

72 qu'il y a toutefois lieu d'observer que ces graphiques concernent le marché mondial et que Roche, qui a elle-même insisté à plusieurs reprises sur les différences entre les mouvements des prix d'un État membre à l'autre, ne saurait dès lors soutenir que les variations sur le marché mondial sont nécessairement représentatives pour l'évolution des prix dans la Communauté;

que même si l'on admet que l'évolution des prix, reportée à l'échelle mondiale, peut être considérée comme reflétant la tendance générale des prix sur le marché commun, l'examen des graphiques fait cependant apparaître que, dans une très large mesure, les prix des différents groupes de vitamines ont baissé dans des proportions considérables tant que la production ne progressait que lentement, mais que ces baisses se sont fortement atténuées et ont même fait graduellement place à une grande stabilité à partir du moment

où, pour chaque groupe de vitamines, la production connaissait une progression importante, à savoir: à partir de 1964 pour les vitamines A; 1956 pour B₂; 1966 pour B₆; 1958 pour C; 1960 pour B₃; 1965 pour E, tandis que pour les vitamines H (biotine), la courbe des prix, stable jusqu'en 1970, diminue légèrement à partir de ce moment en même temps que la production se développe;

que ces données indiquent une corrélation entre les prix, d'une part, et le volume de la production et les coûts, d'autre part, plutôt qu'entre les prix et une pression de la concurrence;

- 73 attendu qu'en réponse aux questions posées par la Cour, Roche a produit une série de tableaux (prise de position commune, annexe 4 a-i) indiquant les variations des prix de la vitamine estimée par Roche la plus représentative dans chaque groupe, entre 1970 et 1976, pour chaque État membre ainsi que les prix moyens obtenus à partir des prix nationaux, pour l'ensemble de la Communauté;

- 74 que ces tableaux font effectivement apparaître des variations de prix non négligeables, tant à la hausse qu'à la baisse;

que ces variations toutefois sont sensiblement différentes pour un même produit à une même époque dans les différents États membres, ce que révèle un cloisonnement des marchés et serait de nature à faire supposer une stratégie de prix correspondante;

qu'il est remarquable que pour la vitamine H (biotine), pour laquelle Roche admet que sa part de marché était de 100 % en 1970 et 93 % en 1974, on constate, ainsi qu'il résulte de l'annexe 4 de la prise de position commune des parties, également des diminutions sensibles de prix, lesquels, exprimés en francs suisses et en chiffres moyens, passent pour l'ensemble du marché commun, de 40,54 francs suisses en 1970 à 30,72 francs suisses en 1973, et 29,85 francs suisses en 1974, baisses qui, pour une entreprise possédant entre 100 et 93 % du marché, ne sauraient être attribuées à la pression de la concurrence, mais résultent plutôt d'une politique de prix délibérément et librement choisie et qui, en tout cas, ne contredisent pas l'existence d'une position dominante;

- 75 que cette constatation est largement confirmée par les différents documents internes dont question ci-dessus;

qu'en ce qui concerne notamment les vitamines H (biotine), le «Management Information» du 8 septembre 1972 révèle que si un premier concurrent — l'entreprise Sumitomo — avait commencé la production de biotine, fin 1971, il avait préféré vendre une partie de sa production à Roche et écouler le reste aux États-Unis et que, prévoyant l'apparition, au cours de l'année 1973, d'un autre producteur, Roche décidait de prendre les devants et d'abandonner son «inflexible price policy at once»;

que c'est précisément en 1973 que l'on constate une baisse significative du prix de la vitamine H;

- 76 attendu que ces éléments démontrent que loin de subir une pression concurrentielle, Roche est, de par sa position, en mesure d'adopter une politique de prix destinée à prévenir celle-ci;

qu'en outre, parmi les autres précautions à prendre, ce même Management Information recommande l'adoption de contrats de fidélité;

- 77 qu'en ce qui concerne les vitamines C, où la part de marché de Roche entre 1972 et 1974 peut être estimée à environ 65 %, le Marketing News du 6 décembre 1971 expose que, étant donné la pénurie de ce produit, il est recommandé aux représentants et filiales de Roche, compte tenu de la stratégie de marché à long terme, «to give preference to the *food industry*, both in respect of supplies and price advantages», par rapport à l'industrie pharmaceutique qui sera amenée à s'approvisionner partiellement chez les brokers;

- 78 que, si les chiffres et documents produits font voir que des variations de prix, parfois non négligeables, peuvent être constatées sur les marchés des différentes vitamines, ces variations apparaissent dans certains cas sans relation avec l'existence d'une concurrence, tandis que, dans d'autres cas, c'est le plus souvent Roche qui joue, à tout le moins, le rôle de price leader;

que l'ensemble des documents produits révèle, en outre, l'existence d'une organisation commerciale et de marketing de premier ordre, en mesure non seulement de prospecter systématiquement les marchés, mais encore de détecter toute velléité de concurrents éventuels d'entrer dans le marché de l'un ou l'autre produit, et capable non seulement de réagir instantanément, mais également de prévenir ces tentatives par des initiatives appropriées;

qu'il résulte de l'ensemble de ces considérations que les variations de prix alléguées et effectivement constatées ne démontrent pas l'existence d'une pression concurrentielle de nature à compromettre le degré notable d'indépendance dont jouissait Roche dans sa stratégie de marché et ne sont pas de nature à infirmer les constatations de l'existence d'une position dominante tirées, pour chaque groupe de vitamines, de la combinaison des parts de marché et des autres indices retenus;

- 79 que c'est donc à juste titre que l'existence d'une pareille position a été reconnue dans la décision attaquée, en ce qui concerne les marchés des vitamines A, B₂, B₆, C, E et H;

que c'est, par contre, à tort qu'elle a été reconnue en ce qui concerne le marché des vitamines B₃;

II — De l'existence d'une exploitation abusive d'une position dominante

Section 1: considérations préliminaires

- 80 Attendu que, selon la décision attaquée, la requérante aurait exploité abusivement sa position dominante par la conclusion, avec 22 acheteurs importants de vitamines, de contrats de vente — environ 30 (certains ne faisant d'ailleurs que reprendre, avec ou sans modification, un contrat antérieur) — par lesquels ces acheteurs s'engageaient à s'approvisionner exclusivement auprès de Roche pour la totalité ou pour une partie essentielle de leurs besoins en vitamines ou en certaines vitamines expressément désignées, ou qui les incitaient à le faire, par la promesse de ristournes que la Commission qualifie de rabais de fidélité;

que, selon la Commission (décision attaquée, n^{os} 22 à 24), les contrats d'exclusivité ou les rabais de fidélité incriminés constitueraient une exploitation abusive au sens de l'article 86 du traité, d'une part, parce qu'ils fausseraient la concurrence entre producteurs, en enlevant aux clients de l'entreprise en position dominante toute possibilité de choix en ce qui concerne leurs sources d'approvisionnement et, d'autre part, parce qu'ils auraient pour effet d'appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales pour des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, en ce sens qu'il serait fait par Roche à deux acheteurs deux prix différents pour une quantité identique d'un même produit, suivant

que ces acheteurs acceptent ou non de renoncer à s'approvisionner chez des concurrents de Roche;

- 81 attendu que les contrats en cause concernent des ventes de vitamines de l'un ou de plusieurs des groupes pour lesquels l'existence d'une position dominante a été reconnue, à des acheteurs ayant, dans le marché commun, des entreprises auxquelles ces vitamines sont, en tout ou en partie, destinées;

que ces contrats peuvent être catalogués comme suit et seront désignés par la suite par le nom de l'acheteur:

1. Afico/Nestlé: *un* contrat d'une durée d'un an à partir du 1^{er} janvier 1968, renouvelable par tacite reconduction;
2. America Cyanamid: *un* contrat d'une durée d'un an à partir du 1^{er} janvier 1971, renouvelable par tacite reconduction;
3. Animedica: *deux* contrats, l'un multinational, du 12 janvier 1973, l'autre concernant les livraisons en république fédérale d'Allemagne, du 9 mai 1972, l'un et l'autre pour une durée d'un an, renouvelables par tacite reconduction;
4. Beecham: *trois* arrangements successifs des 1^{er} avril 1972, 1^{er} avril 1973 et 31 décembre 1973 concernant respectivement les périodes 1. 4. 1972-31. 3. 1973, 1. 4. 1973-31. 12. 1973 et l'année 1974;
5. Capsugel/Parke Davis: *un* contrat du 22 mars 1967, prenant cours le 15 mars 1967;
6. Dawe's: *un* contrat prenant cours le 1^{er} août 1971 sans spécification de sa durée;
7. Guyomarc'h: *un* contrat prenant cours le 1^{er} mai 1972 pour une durée annuelle, renouvelable par tacite reconduction;
8. Isaac Spencer: *deux* contrats, le premier couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 1973, le second couvrant l'année 1974;
9. Merck: *trois* contrats, le premier du 3 mars 1972, concernant les vitamines A, conclu pour cinq ans et renouvelable ensuite par tacite reconduction, chaque fois pour deux ans; le second, du 3 mars 1972, concernant les vitamines E et contenant une stipulation quasi identique au précédent contrat en ce qui concerne sa durée; le troisième, du 5 juillet 1971, concernant la vitamine B₆ pour une période allant jusqu'au 31 décembre 1976, renouvelable ensuite par tacite reconduction pour des périodes successives de deux ans;

10. Nitrovit/Imperial Foods: *deux* contrats, l'un du 22 décembre 1972, l'autre du 11 janvier 1974, valables chaque fois pour un an;
11. Organon: *un* contrat du 15 avril 1970, amendé le 10 octobre 1974 et couvrant des périodes annuelles, renouvelable par tacite reconduction;
12. Pauls and Whites: *trois* contrats des 2 mars 1972, 16 juillet 1973 et 22 janvier 1974, couvrant respectivement les périodes 1. 4. 1972-31. 3. 1973, 1. 4. 1973-31. 12. 1973, et l'année 1974;
13. Protector: *un* contrat prenant effet au 1^{er} juillet 1968, pour l'année 1968, prolongé en fait d'année en année, en tout cas jusque fin 1972;
14. Provimi: *un* contrat du 30 septembre 1972, sans stipulation de durée, amendé le 27 novembre 1974;
15. Radar: *un* contrat du 23 février 1971, couvrant l'année 1971 et se référant à un engagement analogue convenu antérieurement pour l'année 1970;
16. Ralston Purina: *un* contrat du 19 janvier 1970, visant l'année 1970, prolongé à tout le moins jusque fin 1974;
17. Ramikal: *un* contrat du 22 août 1972, prenant effet au 1^{er} janvier 1972, pour une durée indéterminée et remplaçant un contrat datant de 1964;
18. Sandoz: *un* contrat prenant cours en 1965, pour une année civile, avec tacite reconduction d'année en année;
19. Trouw: *un* contrat du 1^{er} juillet 1971, prenant effet le 1^{er} janvier de cette même année, amendé le 27 novembre 1972;
20. Unilever: *trois* contrats du 9 janvier 1974, les deux premiers concernant des livraisons au Royaume-Uni, le premier de vitamines A, type b), et le second des autres vitamines A, tandis que le troisième concerne des livraisons de vitamines A sur le continent, dans les trois cas pour les années 1974 et 1975;
21. Upjohn: *un* contrat prenant cours le 1^{er} novembre 1967, ne contenant pas de spécification en ce qui concerne la durée;
22. Wyeth: *un* contrat ayant pris cours le 1^{er} janvier 1964, sans spécification quant à sa durée;

Section 2: analyse des contrats litigieux

- 82 Attendu que ces contrats, bien que rédigés à des époques différentes et en des termes qui ne sont pas toujours identiques, peuvent, en ce qui concerne la portée de l'engagement d'approvisionnement accepté par l'acheteur, être classés en trois catégories;
- 83 qu'un certain nombre d'entre eux comportaient, de la part de l'acheteur, un engagement ferme de s'approvisionner exclusivement chez Roche:
- a) soit pour la totalité ou la quasi-totalité de ses besoins en vitamines non conditionnées fabriquées par Roche: Afico/Nestlé, Dawe's, Organon, Provimi (sauf 10 % à titre d'élément de comparaison), Ralston Purina, Upjohn (toutes les vitamines, sauf quatre spécialités de la vitamine A, destinées à l'alimentation animale pour lesquelles Roche accorde à Upjohn une licence de sa marque Injacom);
 - b) soit pour la totalité de ses besoins pour certaines vitamines expressément désignées: Merck (vitamines A, B₆, au-delà des 200 tonnes annuellement fabriquées par Merck lui-même, et vitamines E);
 - c) soit pour un pourcentage indiqué dans le contrat de ses besoins totaux (America Cyanamid, Animedica Allemagne et Animedica international: 80 %) ou de ses besoins pour certaines vitamines désignées (Guyomarc'h: 75 % des besoins de vitamines A, B, C, E);
 - d) soit enfin pour «la majeure partie» (major part, überwiegender Teil) de ses besoins en vitamines ou en certaines vitamines (Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Ramikal, Trouw);
- 84 qu'un certain nombre de contrats comportaient de la part de l'acheteur l'engagement de «give preference to Roche» (Wyeth), ou exprimaient l'intention de s'approvisionner exclusivement auprès de Roche (Capsugel/Parke Davis) ou de recommander à ses filiales d'en faire autant (Sandoz), soit pour l'ensemble des besoins en vitamines, soit pour certaines vitamines désignées (Capsugel/Parke Davis: A, B₁, B₂, B₆, C, E, H), soit encore pour un pourcentage déterminé de l'ensemble des besoins (Protector: 80 %);
- 85 qu'enfin, les contrats conclus respectivement avec Merck et Unilever, présentaient des particularités qui rendent souhaitable un examen séparé des engagements qu'ils comportaient;

- 86 attendu que la plupart des contrats étaient conclus pour une durée indéterminée, soit d'après leurs termes mêmes, soit par la mise en œuvre d'une clause de reconduction tacite et qu'ils étaient manifestement conçus pour établir des relations s'étendant sur plusieurs années;

que la grande majorité des contrats ont été conclus à partir de l'année 1970 et étaient en vigueur au cours de tout ou partie de la période 1970 à 1974;

- 87 attendu que tous les contrats énumérés ci-dessus, à l'exception de ceux conclus avec Unilever; prévoyaient l'octroi, sous des qualifications diverses, de ristournes ou rabais calculés sur l'ensemble des achats de vitamines, quel que soit le groupe auquel celles-ci appartiennent, au cours d'une période donnée, le plus souvent annuelle ou semestrielle;

que les contrats Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Sandoz et Wyeth, présentaient la particularité que le pourcentage des ristournes prévues n'était pas unique, mais augmentait — en général de 1 % à 3 % — suivant les quantités qui auraient été annuellement achetées;

que les contrats, à l'exception de Animedica International, Guyomarc'h, Merck B₆, Protector et Upjohn, contenaient une clause dite clause anglaise, en vertu de laquelle les clients pouvaient opposer — sous des modalités diverses qui seront examinées ci-après — à Roche des offres plus favorables émanant de la concurrence avec la conséquence que si Roche n'alignait pas ses prix, le client intéressé était libéré, en ce qui concerne cet achat, de son obligation d'approvisionnement exclusif, ou, lorsque pareille obligation ferme n'était pas stipulée, pouvait acheter chez ledit concurrent, sans pour autant perdre, ni dans l'un ni dans l'autre cas, en ce qui concerne les achats qu'il aurait déjà effectués ou effectuerait à l'avenir, le bénéfice du rabais dont question ci-dessus;

- 88 que c'est à la lumière de ces particularités qu'il y a lieu d'examiner si les contrats litigieux étaient constitutifs d'une exploitation abusive de position dominante dans le chef de Roche;

Section 3: de la qualification, au regard de l'article 86 du traité, des engagements d'approvisionnement exclusif et des systèmes de rabais

- 89 Attendu que, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier — fût-ce à leur demande — des acheteurs par une

obligation ou promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité, soit que l'obligation en question soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais;

qu'il en est de même lorsque ladite entreprise, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, applique, soit en vertu d'accords passés avec ces acheteurs, soit unilatéralement, un système de rabais de fidélité, c'est-à-dire de remises liées à la condition que le client — quel que soit par ailleurs le montant, considérable ou minime, de ses achats — s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante;

- 90 qu'en effet, les engagements d'approvisionnement exclusif de cette nature, avec ou sans la contrepartie de rabais ou l'octroi de rabais de fidélité en vue d'inciter l'acheteur à s'approvisionner exclusivement auprès de l'entreprise en position dominante, sont incompatibles avec l'objectif d'une concurrence non faussée dans le marché commun parce qu'ils ne reposent pas — sauf circonstances exceptionnelles rendant éventuellement admissible un accord entre entreprises dans le cadre de l'article 85, et en particulier du paragraphe 3 de cette disposition — sur une prestation économique justifiant cette charge ou cet avantage, mais tendent à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement et à barrer l'accès du marché aux autres producteurs;

qu'à la différence des rabais de quantité, liés exclusivement au volume des achats effectués auprès du producteur intéressé, la remise de fidélité tend à empêcher, par la voie de l'octroi d'un avantage financier, l'approvisionnement des clients auprès des producteurs concurrents;

que les rabais de fidélité ont, en outre, pour effet d'appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en ce que deux acheteurs d'une même quantité d'un même produit paient un prix différent suivant qu'ils s'approvisionnent exclusivement chez l'entreprise en position dominante ou qu'ils diversifient leurs sources d'approvisionnement;

qu'enfin, ces pratiques, dans le chef d'une entreprise en position dominante et particulièrement dans un marché en expansion, tendent à renforcer cette position par une concurrence non fondée sur des prestations et, dès lors, faussée;

- 91 attendu qu'on ne saurait, pour écarter la qualification d'exploitation abusive de position dominante, accepter l'interprétation proposée par la requérante selon laquelle l'exploitation abusive impliquerait que l'utilisation de la puissance économique conférée par une position dominante soit le moyen grâce auquel l'abus a été réalisé;

que la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence;

Section 4: de la nature des rabais litigieux

- 92 Attendu que la requérante soutient toutefois que les rabais convenus ne seraient pas des rabais de fidélité mais de quantité ou qu'ils correspondraient à une prestation économique du client justifiant une contrepartie de ce genre;
- 93 attendu qu'il y a lieu, dans l'examen de ce moyen, de faire une distinction entre les contrats prévoyant des rabais d'un taux uniforme et ceux dans lesquels il est prévu des rabais à taux croissant;

a) En ce qui concerne les contrats prévoyant des rabais à taux uniforme

- 94 Attendu, en premier lieu, que la thèse de la requérante ne saurait être admise pour les contrats prévoyant un rabais à taux uniforme;
- 95 qu'en effet — et sous le bénéfice de l'observation qu'en cas d'exclusivité formellement acceptée, l'octroi ou non d'un rabais est, en fin de compte, irrelevante — aucun desdits contrats ne contient des engagements portant sur des quantités déterminées, ne fût-ce que supputées, ou des engagements liés au volume des achats, mais que tous visent les «besoins» ou une quotité desdits besoins;

que d'ailleurs, dans la plupart d'entre eux, les parties ont elles-mêmes qualifié la clause comme rabais de fidélité (American Cyanamid, Organon, Provimi, Ralston Purina, Trouw) ou employé des termes qui soulignent fortement le lien entre l'exclusivité et le rabais consenti;

- 96 que, dans le contrat Dawe's, il est stipulé que c'est en «contrepartie» (in return) de l'exclusivité acceptée que le rabais est accordé; que, dans le contrat Ramikal, il est question d'un «rabais confidentiel» (vertraulicher Jahresbonus), qui «constitue une authentique prime pour vos achats de Roche» (eine echte Vergütung auf ihre Bezüge von Roche), indépendamment des rabais de quantité qui demeurent acquis;

que, sans doute, dans quatre contrats, à savoir les contrats Afico/Nestlé, Capsugel/Parke Davis, Provimi (à partir de 1974) et Upjohn, le rabais consenti sur l'ensemble des achats est, selon les termes desdits contrats, consenti à raison de la circonstance que ces clients garantissent à Roche le paiement des factures consécutives à des ordres qui seraient directement passés par les filiales desdits clients;

qu'il est toutefois difficile d'admettre que des rabais, calculés à tous égards sur les mêmes bases que ceux qui, dans d'autres contrats, sont reconnus être des rabais de fidélité puissent être la contrepartie d'un engagement de sociétés de dimensions mondiales comme Nestlé, Parke Davis et Upjohn, visant à rassurer Roche sur la solvabilité de leurs filiales;

qu'on ne saurait non plus retenir l'argument de Roche qu'il s'agirait, tout au moins pour certaines vitamines telles que la biotine (vitamine H), de rabais de lancement, les contrats ne faisant ni ne permettant de faire aucune distinction, d'après leur fonction, entre les différents rabais établis de façon globale et uniforme, par client, pour ses besoins totaux ou pour une quotité importante de ses besoins;

b) En ce qui concerne les contrats prévoyant des rabais à taux croissant

- 97 Attendu qu'un certain nombre des contrats litigieux, à savoir Beecham (1972, 1973, 1974), Isaac Spencer (1973, 1974), Nitrovit (1973, 1974), Pauls and Whites (1972, 1973, 1974), comportent, d'une part, un engagement visant «la majeure partie» des besoins de l'acheteur et, d'autre part, une clause de rabais prévoyant une ristourne dont le pourcentage augmente — en général de 1 à 2 %, puis à 3 % —, suivant qu'aura été couvert, au cours d'une

période annuelle, un pourcentage plus ou moins grand des besoins estimés de l'acheteur, les contrats contenant dans tous les cas une estimation en valeur (£) des besoins totaux et, en plus, dans deux cas (Pauls and Whites 1972, Beecham 1972) une estimation en quantité pour chacune des sortes de vitamines visées au contrat;

qu'à titre d'exemple, on peut citer le contrat Beecham (1. 4. 1972-31. 3. 1973) dans lequel les besoins annuels étant évalués à 300 000 £ au maximum, le rabais prévu est de 1 % si le chiffre d'affaires atteint 60 %, soit 180 000 £, 1,5 % s'il atteint 70 %, soit 210 000 £, et 2 % s'il atteint 80 %, soit 240 000 £;

que les formules sont du même ordre dans les autres contrats, l'estimation des besoins différant de cas à cas et d'année en année, en vue, manifestement, d'être adaptée à la capacité d'absorption du client;

98 attendu que si les contrats en cause contiennent des éléments qui, à première vue, paraissent de nature quantitative en ce qui concerne leur lien avec l'octroi d'un rabais total, leur examen révèle cependant qu'il s'agit, en réalité, d'une forme particulièrement élaborée de rabais de fidélité;

99 qu'il est, en premier lieu, remarquable que cette forme particulière de rabais se trouve insérée précisément dans des contrats dans lesquels l'engagement d'approvisionnement a été rédigé de la façon la moins contraignante, à savoir «une majeure partie des besoins» laissant là l'acheteur concerné une marge appréciable de liberté;

que le caractère vague de l'engagement ainsi formulé est, dans une large mesure, corrigé par une estimation des besoins annuels et l'octroi d'un rabais augmentant en fonction du pourcentage des besoins qui seraient couverts, ce taux croissant constituant, de toute évidence, une incitation puissante à couvrir le pourcentage maximum desdits besoins chez Roche;

100 que cette méthode de calculer les rabais diffère de l'octroi de rabais de quantité, liés exclusivement au volume des achats effectués auprès du producteur intéressé en ce que les rabais litigieux ne sont pas fonction de quantités fixées objectivement et valables pour l'ensemble des acheteurs éventuels, mais d'estimations établies, cas par cas, pour chaque client en fonction de la capacité d'absorption présumée de celui-ci, l'objectif visé n'étant pas le maximum de quantité mais le maximum des besoins;

- 101 que c'est donc également à juste titre que la Commission a considéré que lesdits contrats comportaient des rabais de fidélité constitutifs d'une exploitation abusive d'une position dominante;

Section 5: de la clause anglaise

- 102 Attendu que tous les contrats en cause, sauf cinq (Animedica International, Guyomarc'h, Merck B₆, Protector et Upjohn) contiennent une clause, dite clause anglaise, aux termes de laquelle le client, s'il obtient de la concurrence des offres de prix plus favorables que ceux résultant de l'application des contrats litigieux, peut demander à Roche d'aligner ses prix sur ladite offre; si Roche ne donne pas suite à cette demande, le client est autorisé, par dérogation de son engagement d'approvisionnement exclusif, à se fournir chez ledit concurrent, sans pour autant perdre le bénéfice des rabais de fidélité prévus aux contrats pour les autres achats déjà effectués ou encore à effectuer auprès de Roche;

- 103 attendu que, selon la requérante, cette clause détruirait l'effet restrictif de la concurrence tant des accords d'exclusivité que des rabais de fidélité;

qu'en particulier pour les contrats qui ne contiennent pas d'obligation expresse d'approvisionnement exclusif, la clause anglaise éliminerait «l'effet d'attraction» des rabais en cause, puisque le client ne serait pas placé devant l'alternative d'accepter des offres de Roche moins avantageuses pour lui ou de perdre, pour l'ensemble des achats déjà effectués auprès de Roche, le bénéfice des rabais de fidélité prévus;

- 104 attendu qu'il est incontestable que cette clause permet de remédier à certaines des conséquences inévitables que des obligations d'approvisionnement exclusif ou la prévision de rabais de fidélité globaux, acceptées pour des délais relativement longs, pourraient avoir pour les acheteurs;

qu'il y a toutefois lieu d'observer que la possibilité pour l'acheteur de faire jouer la concurrence à son profit est plus limitée qu'il n'y paraît au premier abord;

- 105 qu'en effet, la clause, outre qu'elle est absente dans les contrats Guyomarc'h, Merck B₆, Animedica International, Protector et Upjohn, est assortie de modalités qui en restreignent la portée et laissent, en fait, à Roche un large

pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la possibilité pour le client d'y faire appel;

que, dans un certain nombre de contrats, il n'est pas seulement précisé que l'offre doit émaner de concurrents sérieux, mais également de concurrents importants du même niveau que Roche ou encore que les offres doivent être comparables non seulement en ce qui concerne la qualité du produit, mais également en ce qui concerne la continuité de l'offre, ce qui, en éliminant un approvisionnement plus favorable mais occasionnel, renforce l'exclusivité;

que, d'autres fois, il est dit que l'offre doit émaner de producteurs, à l'exclusion de brokers ou agents commerciaux, ce qui a pour effet d'éliminer des concurrents non européens qui agissent sur le marché par l'intermédiaire de maisons de commerce, ainsi qu'il a été établi à l'occasion de l'examen des parts de marché auquel les parties ont contradictoirement procédé à la demande de la Cour;

que, dans une série de contrats, la clause anglaise est directement liée à l'assurance de Roche de garantir les meilleurs prix «sur le marché local» et qu'elle ne joue que dans cette limite, ce qui non seulement en restreint la portée, mais opère un cloisonnement des marchés, incompatible avec le marché commun;

106 attendu, en outre, que la clause anglaise n'élimine pas la discrimination qui résulte des rabais de fidélité entre des acheteurs se trouvant dans des conditions identiques, selon qu'ils se réservent ou non leur liberté d'approvisionnement;

107 attendu qu'il y a surtout lieu d'observer que, même dans les circonstances les plus favorables, la clause anglaise n'a pas pour effet de remédier notablement à la distorsion de concurrence que provoquent les clauses d'approvisionnement exclusif et les rabais de fidélité dans un marché où opère une entreprise en position dominante, marché qui, de ce fait, présente déjà une structure concurrentielle affaiblie

qu'en effet, en obligeant ses clients à lui révéler les offres plus favorables qui sont faites par la concurrence et à les révéler avec les précisions ci-dessus décrites — de telle façon qu'il sera aisé à Roche d'individualiser ce concurrent —, la clause anglaise, par sa nature même, met à la disposition de la requérante des éléments d'information sur la situation du marché ainsi que

sur les possibilités et initiatives de ses concurrents, qui sont particulièrement précieux pour la conduite de sa stratégie de marché;

que le fait, pour une entreprise en position dominante, d'exiger ou d'obtenir contractuellement de ses clients qu'ils s'obligent à lui signaler les offres de la concurrence, alors que lesdits clients peuvent avoir un intérêt commercial évident à ne pas les révéler, est de nature à aggraver le caractère abusif de l'exploitation de la position dominante;

qu'enfin, en vertu du mécanisme de la clause anglaise, c'est à Roche elle-même qu'il appartient de décider si, en alignant ses prix ou non, elle admet de faire jouer la concurrence;

- 108 qu'elle peut ainsi diversifier, grâce aux éléments d'information que lui fournissent ses propres clients, sa stratégie de marché à leur égard et à l'égard de ses concurrents;

que de tous ces éléments il résulte que c'est par une interprétation et une application exactes de l'article 86 du traité que la Commission a estimé que les clauses anglaises inscrites dans les contrats litigieux n'étaient pas de nature à les soustraire à la qualification d'exploitation abusive de position dominante;

Section 6: de l'application des critères retenus aux contrats litigieux (autres que Unilever et Merck)

- 109 Attendu que les contrats qui contiennent une obligation expresse d'exclusivité pour la totalité (Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Ralston Purina, Upjohn) ou pour un pourcentage extrêmement important (Animedica Allemagne, Animedica international, American Cyanamid, Guyomarc'h) de tous les besoins des acheteurs en vitamines ou de leurs besoins en certains groupes nommément désignés, réunissent les éléments du comportement anticoncurrentiel ci-dessus décrit et constitutif d'une exploitation abusive de position dominante;

qu'il en va de même pour les contrats par lesquels l'acheteur s'engage à réserver à Roche l'approvisionnement de la «majeure partie» (major part, überwiegender Teil) de ses besoins (Beecham, Pauls and Whites, Nitrovit, Isaac Spencer, Ramikal et Trouw), d'autant plus que le caractère moins

contraignant de la formule employée est corrigé, ainsi qu'il a été établi ci-dessus, par l'octroi de rabais qui sont spécialement conçus pour exercer cet effet correcteur;

- 110 attendu que les mêmes constatations s'imposent en ce qui concerne les contrats qui, s'il peut être douteux qu'ils contiennent un engagement d'approvisionnement ferme, comportent, par l'octroi des rabais analysés ci-dessus, une incitation puissante à réserver à Roche l'exclusivité de l'approvisionnement, pour la totalité ou partie des besoins en vitamines ou en certains groupes de vitamines;

que c'est à juste titre que la Commission a relevé (décision attaquée n^{os} 11 et 24), que cette incitation est encore renforcée par la circonstance que le rabais est prévu pour l'ensemble des achats des différents groupes de vitamines, de telle sorte que l'acheteur, s'il désirait s'adresser — en dehors de l'application de la clause anglaise dont la portée a été examinée ci-avant — à un producteur concurrent pour une vitamine, sera néanmoins empêché de le faire parce qu'il perdrait ainsi le bénéfice du rabais pour toutes les autres vitamines qu'il continue d'acheter chez Roche;

- 111 que, compte tenu de la circonstance, admise tant par la requérante que par la Commission, que les différents groupes de vitamines constituent des produits non interchangeables et des marchés distincts, cette globalisation du système de rabais constitue, en outre, une pratique abusive au sens du dernier alinéa de l'article 86, en ce qu'elle vise à «subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature, ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats»,

qu'il y a, enfin, lieu d'observer que, même si, comme le soutient Roche, l'observation par l'acheteur de son engagement d'approvisionnement exclusif n'exposait pas cet acheteur à des actions en rupture de contrat, mais avait seulement pour effet de lui faire perdre le bénéfice des rabais promis, ces contrats comporteraient toujours une incitation suffisante à réserver l'exclusivité à Roche, pour tomber, de ce chef, sous la qualification d'exploitation abusive de position dominante;

Section 7: de l'application des critères retenus aux contrats Merck et Unilever

a) Les contrats Merck

112 Attendu que Roche a conclu avec Merck trois contrats, datés le premier du 5 juillet 1971, visant l'approvisionnement de Merck en vitamines B₆, le second du 3 mars 1972, visant son approvisionnement en vitamines A, et le troisième de la même date, visant son approvisionnement en vitamines E;

113 que dans le préambule du premier contrat, qui concerne un produit où la part de marché de la requérante se situe aux environs de 80 %, il est déclaré que «Roche va prochainement doubler la capacité de ses installations de production qui est actuellement d'environ 500 tonnes par année» et a donc intérêt à couvrir une partie des besoins de Merck et que «Merck est disposée à couvrir auprès de Roche aux conditions fixées ci-après ses besoins, pour autant qu'ils dépassent sa capacité actuelle d'environ 200 tonnes par année»;

que, selon les articles 6 et 7 de cette convention, le prix de livraison à payer par Merck est le prix moyen de vente du même produit aux tiers affecté d'un rabais de 20 %, étant cependant entendu que Roche «appliquera dans tous les cas à Merck les prix et/ou conditions les plus favorables»;

que, selon l'article 12, il est interdit à Merck de revendre lesdites vitamines à des concurrents de Roche sans l'autorisation de celle-ci;

que, selon l'article 11, Roche s'engage à se fournir exclusivement chez Merck, et Merck s'engage à approvisionner Roche pour la totalité des besoins de cette dernière en «ister phosphorique de pyridoscal 5» aux mêmes conditions que celles prévues pour l'approvisionnement de Merck en vitamines B₆;

que, selon l'article 13 du contrat, celui-ci est conclu pour une période de cinq ans et renouvelable ensuite par tacite reconduction de deux en deux ans;

que le contrat ne contient pas de clause dite anglaise;

114 attendu que les deux autres contrats, portant la date du 3 mars 1972 et relatifs à l'approvisionnement de Merck en vitamines A et E, présentent, de façon générale, les mêmes caractéristiques que celui analysé ci-dessus;

qu'ils diffèrent entre eux en ce que dans celui relatif aux vitamines E on retrouve dans le préambule la déclaration que «Roche doit prochainement

agrandir sensiblement ses installations de production de vitamine E et souhaiterait donc assurer l'approvisionnement régulier de Merck», tandis que celui relatif aux vitamines A ne contient aucune déclaration de ce genre;

que les deux contrats du 3 mars 1972 — à la différence de celui du 5 juillet 1971 — ne prévoient pas d'approvisionnement exclusif réciproque, mais comprennent une clause selon laquelle Merck est libérée de son obligation d'achat exclusif si elle reçoit une offre plus favorable et que Roche n'aligne pas ses prix;

que ces deux contrats prévoient enfin l'interdiction pour Merck de revendre lesdites vitamines qui en sont l'objet à des concurrents de Roche sans l'autorisation de celle-ci;

- 115 attendu qu'il ressort des particularités décrites ci-dessus que les obligations d'approvisionnement exclusif assumées par Merck ont eu pour objectif, en ce qui concerne les vitamines B₆ et E, d'assurer par avance à Roche un débouché ferme pour une production dont l'augmentation était projetée et de soustraire, à tout le moins, une partie non négligeable de cette production additionnelle, aux aléas de la concurrence;

qu'une obligation d'approvisionnement exclusif de cette nature et de cette durée au profit d'une entreprise en position dominante constitue, dans le chef de cette entreprise, une exploitation abusive au sens de l'article 86 du traité;

que, si le même objectif n'est pas exprimé en ce qui concerne la vitamine A et s'il n'est pas exclu que ce contrat corresponde au désir de Merck — ainsi que plusieurs spécifications techniques rigoureuses insérées dans le texte le laissent supposer — de s'assurer un approvisionnement régulier et constant d'un produit dont elle ne fabriquait elle-même que de faibles quantités, cette circonstance n'exclut pas l'interdiction, pour une entreprise en position dominante, de lier ses acheteurs par des obligations d'approvisionnement exclusif, surtout pour des périodes aussi longues que celles prévues audit contrat;

que l'obligation d'approvisionnement exclusif, jointe à l'octroi de rabais particulièrement considérables, selon les cas 12,5 % à 20 % (vitamine A), de 15 à 20 % (vitamine E) et 20 % (vitamine B₆), et à l'interdiction de revente à des producteurs de vitamines, démontre la volonté de limiter la concurrence;

- 116 attendu qu'il y a lieu d'observer que, dans des cas comme ceux de l'espèce, et en particulier en ce qui concerne le contrat du 5 juillet 1971, comportant des engagements d'approvisionnement exclusif réciproques, on pourrait se poser la question de savoir si le comportement en cause en relève pas de l'article 85 du traité et le cas échéant, du paragraphe 3, de cette disposition;

que la circonstance que des accords de ce genre pourraient relever de l'article 85, et notamment de son paragraphe 3, n'a cependant pas pour effet d'éliminer l'application de l'article 86, cette dernière disposition visant en effet, de façon expresse, des situations qui trouvent manifestement leur origine dans des liens contractuels, de sorte qu'il est, dans ces cas, loisible à la Commission, compte tenu notamment de la nature des engagements réciproquement assumés et de la position concurrentielle des divers contractants sur le marché ou les marchés auxquels ils appartiennent, de poursuivre la procédure sur la base de l'article 85 ou sur celle de l'article 86;

b) Les contrats Unilever

- 117 Attendu que Roche a conclu avec Unilever, le 9 janvier 1974, trois contrats;
- 118 que le premier, passé par Food Industries Ltd., agissant comme agent d'Unilever, avec la filiale de Roche au Royaume-Uni, comporte en premier lieu une estimation des besoins de l'acheteur en vitamines synthétiques A, de type b, besoins évalués à 130-134 mille milliards (m.m.) d'unités internationales pour l'année 1974;
- qu'il est prévu, en outre, que le contrat sera continué en 1975, et que l'acheteur fera en conséquence connaître l'estimation de ses besoins au plus tard en décembre 1971;
- que le second, passé entre les mêmes parties, porte sur les livraisons des vitamines A, autres que celles du type b, et comporte pour le surplus, des stipulations identiques au premier;
- que le troisième contrat est conclu directement entre Roche-Bâle et Unilever Inkoop Mij à Rotterdam et prévoit que Roche «agreed to supply the requirements of your group (Continent only) for the following products: vitamin A for margarine about 30 m.m. in 1974, between 27 and 33 m.m. in 1975; Bêta-carotene (all forms) about 6 000 kg in 1974, between 5 400 kg and 6 600 kg in 1975»;

119 que les trois contrats stipulent les prix convenus, assortis d'ailleurs, en ce qui concerne les contrats avec Food Industries Ltd., d'une clause de change;

que ces trois contrats ne comportent pas de rabais mais que, dans les deux contrats avec Food Industries, Roche donne l'assurance qu'elle appliquera à Unilever tout prix plus favorable qu'elle accorderait à des tiers, tandis que, dans le contrat continental, il est prévu que si Unilever reçoit des offres plus avantageuses de la concurrence, Roche s'alignera ou autorisera l'acheteur à acheter la quantité concernée chez la concurrence;

120 attendu que les termes des contrats ne laissent aucun doute sur la circonstance qu'ils visent l'approvisionnement de la totalité des besoins d'Unilever en ce qui concerne la vitamine en cause pour une période couvrant les années 1974 et 1975;

que, s'agissant de contrats contenant un engagement forme d'approvisionnement exclusif, la question de savoir s'ils sont ou non complétés par l'octroi de rabais n'est pas décisive pour leur qualification au regard de l'article 86 du traité;

que la circonstance que le cocontractant de Roche est lui-même une entreprise puissante et que le contrat n'est manifestement pas le résultat d'une pression exercée par Roche sur son partenaire n'exclut pas l'existence d'une exploitation abusive de position dominante, pareille exploitation consistant en l'espèce dans l'atteinte supplémentaire portée par l'exclusivité d'approvisionnement à la structure concurrentielle d'un marché dans lequel, à la suite de la présence d'une entreprise en position dominante, le degré de concurrence est déjà affaibli;

que des accords de ce genre ne pourraient éventuellement être admissibles que dans le cadre et sous les conditions prévues à l'article 85, paragraphe 3, du traité, mais qu'aucune des parties contractantes n'a estimé devoir recourir à cette possibilité;

121 attendu que l'examen des contrats litigieux, tant ceux conclus avec Merck que ceux conclus avec Unilever, ne fait pas apparaître des particularités qui permettraient de les soustraire à la notion d'exploitation abusive qui revient en principe à tout engagement d'approvisionnement exclusif au profit d'une entreprise en position dominante;

III — De l'affectation de la concurrence et du commerce entre États membres

- 122 Attendu que la requérante conteste que la différence entre les prix que par le truchement des rabais de fidélité elle consent à ses différents clients, suivant qu'ils acceptent ou non de s'approvisionner exclusivement chez elle, serait de nature à leur infliger un désavantage dans la concurrence au sens de l'article 86, lettre c, du traité, cette différence ne pouvant avoir un effet sensible sur la concurrence que les acheteurs de Roche se font entre eux;

qu'en outre, dans sa réblique, elle semble soutenir que le comportement qui lui est reproché ne serait pas de nature à entraver le commerce entre États membres;

- 123 attendu, en ce qui concerne le premier point, qu'aussi bien les termes des contrats litigieux que les considérations développées dans les Management Informations et dans le procès-verbal de la rencontre de Unilever-Roche à Londres du 11 décembre 1972 font clairement voir l'importance que Roche, elle-même, attribue aux rabais qu'elle consent;

que, dans ces conditions il ne saurait être admis que ces rabais ne présentent pour la clientèle aucune importance;

que, d'ailleurs, dans le champ d'application de l'article 86, s'agissant de comportements d'une entreprise en position dominante sur le marché où de ce fait la structure concurrentielle est déjà affaiblie, toute restriction supplémentaire de cette structure concurrentielle est susceptible de constituer une exploitation abusive de position dominante;

- 124 attendu, en ce qui concerne l'affectation du commerce entre États membres, qu'il est en premier lieu constant que le marché de chacune des vitamines retenues comprend l'ensemble du territoire de la Communauté s'étendant d'abord à six, puis à neuf États membres;

- 125 que les interdictions des articles 85 et 86 sont à interpréter et à appliquer à la lumière de l'article 3, lettre f, du traité, prévoyant que l'action de la Communauté comporte l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun et de l'article 2 du traité, qui donne pour mission à la Communauté de «promouvoir le développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble du marché commun»;

qu'en interdisant l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, l'article 86 vise dès lors non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice direct aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice indirect en portant atteinte à une structure de concurrence effective, telle qu'envisagée à l'article 3, lettre f, du traité;

- 126 que, d'ailleurs, un certain nombre des clauses anglaises, par leur rédaction même, impliquaient le maintien de cloisonnements de marchés, permettant notamment de pratiquer des prix différents d'un État membre à l'autre, constatation confirmée par la circonstance déjà relevée ci-dessus que les variations de prix, pour une même vitamine à une même époque, différaient de façon sensible d'un État membre à l'autre;
- 127 attendu qu'il résulte de ce qui précède que les comportements litigieux étaient susceptibles tant d'affecter la concurrence que d'affecter le commerce entre États membres;

Quatrième moyen: de l'amende

a) En ce qui concerne l'indétermination des règles comportant des sanctions

- 128 Attendu que la requérante fait valoir qu'en raison de la généralité et de l'indétermination des notions de «position dominante» et «d'exploitation abusive» de pareille position, énoncées à l'article 86 du traité, la Commission n'aurait pu lui infliger des amendes pour contravention à cette disposition qu'après que ces notions eussent été concrétisées soit par la pratique administrative, soit par la jurisprudence, de façon à ce que les justiciables sachent à quoi s'en tenir;
- 129 attendu qu'en vertu de l'article 87 du traité, le Conseil était tenu de prendre les dispositions nécessaires en vue notamment «d'assurer le respect des interdictions visées à l'article 85, paragraphe 1, et à l'article 86, par l'institution d'amendes et d'astreintes»;

qu'en exécution de cette disposition, il a adopté le règlement n° 17 du 6 février 1962, dont l'article 15, paragraphe 2, dispose que la Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entre-

prises des amendes dont le maximum est déterminé par ce texte, lorsque, de propos délibéré ou par négligence, elles commettent une infraction aux dispositions des articles 85, paragraphe 1, ou 86 du traité;

que, d'autre part, selon l'article 2 du même règlement: «la Commission peut constater, sur demande des entreprises et associations d'entreprises intéressées, qu'il n'y a pas lieu pour elle, en fonction des éléments dont elle a connaissance, d'intervenir à l'égard d'un accord, d'une décision ou d'une pratique en vertu des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, ou de l'article 86 du traité»;

- 130 qu'ainsi, depuis 1962, les entreprises savaient, d'une part, qu'elles s'exposeraient à des amendes en cas de violation des interdictions de l'article 86 et, d'autre part, qu'elles étaient en mesure, grâce à une procédure spécialement organisée, d'être éclairées sur le champ d'application desdites interdictions en ce qui les concerne;

que la nature de ces interdictions et les conditions qui doivent être réunies pour qu'elles s'appliquent ne présentaient d'ailleurs pas, malgré les termes nécessairement généraux de l'article 86, le caractère d'indétermination et d'imprévisibilité allégué;

- 131 attendu que l'article 86 du traité, tel qu'il avait précédemment été appliqué, comportait dans la période 1970 à 1974, qui a été retenue par la Commission pour la détermination de l'amende, un degré de prévision largement suffisant pour que Roche puisse en tenir utilement compte dans son comportement à la fois en ce qui concerne l'existence dans son chef d'une position dominante qu'en ce qui concerne les pratiques qui lui sont reprochées;

- 132 que l'article 86, lorsqu'il vise l'existence d'une position dominante et interdit son exploitation abusive, s'encadre dans un ensemble systématique de dispositions — tels les articles 3, lettre f, 37, paragraphe 1, 40, paragraphe 3, alinéa 2, 85 et 90, du traité — qui tous tendent à l'établissement d'une concurrence effective et non faussée dans un marché présentant les caractéristiques d'un marché unique;

que, d'ailleurs, l'article 86, lorsqu'il utilise les expressions de «position dominante» et «exploitation abusive», renvoie à des notions qui ne sont pas nouvelles, mais qui ont déjà, pour l'essentiel, été concrétisées par la pratique

des autorités chargées dans la plupart des États membres de contrôler et de réprimer les comportements anticoncurrentiels;

- 133 qu'en ce qui concerne en particulier la notion de position dominante, il ne saurait faire de doute, pour un opérateur économique avisé, que la possession de parts de marché importantes, si elle n'est pas nécessairement et dans tous les cas le seul indice déterminant de l'existence d'une position dominante, a cependant à cet égard une importance considérable qui doit nécessairement être prise en considération par lui en ce qui concerne son comportement éventuel sur le marché;

que pareille appréciation de la portée de l'article 86 ne présentait pour Roche, en tout cas pour la plupart des marchés en cause, aucun élément d'imprévisibilité ni même d'incertitude raisonnable;

- 134 qu'en ce qui concerne la compatibilité des rabais de fidélité avec l'interdiction de l'article 86, outre l'expérience que toute entreprise de l'importance de la requérante et opérant sur l'ensemble du marché commun devait avoir de la pratique des autorités chargées dans les États membres d'appliquer le droit de la concurrence, la formulation précise de l'article 86, lettre b, visant la limitation des débouchés, celle de l'article 86, lettre d, interdisant de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats, et en particulier celle de l'article 86, lettre c, visant l'application à l'égard de partenaires commerciaux de conditions inégales à des prestations équivalentes, indiquent que l'application de cette disposition à un système d'approvisionnement exclusif et de rabais, tel que celui élaboré par la requérante, n'était pas imprévisible;

que l'imprévisibilité alléguée peut d'autant moins être admise qu'à tout le moins la possibilité, sinon la probabilité de cette application devait être prise en considération par un opérateur économique vigilant et que l'article 2 du règlement n° 17 permettait de faire concrétiser à titre préventif l'application de l'article 86 aux cas douteux, sans cependant que la requérante ait cru devoir faire usage de cette possibilité d'obtenir la sécurité juridique dont elle se plaint d'être dépourvue;

- 135 attendu que la requérante invoque enfin la décision de la Commission du 5 décembre 1969 (JO n° L 323, p. 21) relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité CEE (IV-24.470-1, Pirelli/Dunlop);

que, selon elle, il ressortirait de cette décision que des accords d'approvisionnement exclusif réciproques seraient admissibles du moment qu'ils seraient assortis d'une clause anglaise;

- 136 attendu que la décision invoquée concernait un accord conclu entre deux entreprises n'occupant pas une position dominante sur le marché, relatif à la fabrication, pour compte réciproque, de pneumatiques et qui devait faciliter à chacune des deux parties la pénétration sur le marché de l'autre;

qu'au surplus la clause d'alignement dans l'accord Dunlop/Pirelli n'était pas assortie des nombreuses restrictions et modalités qu'on retrouve dans les contrats litigieux et qui restreignent singulièrement la portée de cette clause;

qu'une entreprise en position dominante ne pouvait raisonnablement croire qu'une attestation négative délivrée dans ces conditions servirait de précédent pour justifier son propre comportement dans le cadre de l'article 86;

- 137 qu'il suit des considérations qui précèdent que le moyen tiré du caractère indéterminé des notions de l'article 86 doit être rejeté;

b) En ce qui concerne l'application de l'article 15 du règlement n° 17

- 138 Attendu que la requérante fait encore valoir qu'il apparaîtrait de l'ensemble des éléments du dossier et de son comportement qu'elle ne pourrait être considérée comme ayant agi de propos délibéré ou par négligence lorsque, d'une part, elle estimait ne pas disposer d'une position dominante sur les marchés en cause et estimait, d'autre part, que les contrats litigieux étaient compatibles avec l'article 86 du traité;

- 139 attendu que les suggestions et instructions contenues dans les Management Information et les autres documents internes, en ce qui concerne l'importance et les effets attendus de la conclusion d'accords d'exclusivité et d'un système de rabais de fidélité pour le maintien des parts de marché de Roche, démontrent que la requérante poursuivait de propos délibéré une politique commerciale visant à barrer l'accès des marchés à de nouveaux concurrents;

que la multiplication, à partir de 1970, des contrats d'approvisionnement exclusif on incitant à l'exclusivité, confirme l'existence de ce propos délibéré;

que, d'autre part, l'importance des parts de marché qu'elle détenait, en tout cas pour la plupart des groupes de vitamines, implique que la conviction de la requérante qu'elle n'occupait pas une position dominante ne pouvait être que le fruit soit d'un examen insuffisant de la structure des marchés sur lesquels elle opérait, soit d'un refus de prendre ces structures en considération;

que les conditions d'application de l'article 15 du règlement n° 17 se trouvaient dès lors réunies;

c) En ce qui concerne le montant de l'amende

- 140 Attendu toutefois que l'instruction de l'affaire a fait apparaître des erreurs d'appréciation de la Commission quant à la position dominante de la requérante sur le marché des vitamines du groupe B₃;

que, par ailleurs, en ce qui concerne les parts de marché démonstratives d'une position dominante, des éléments précis n'ont été fournis par la Commission que pour les années 1972, 1973, 1974 et, dans une certaine mesure, pour l'année 1971, de sorte que la durée de l'infraction à prendre en considération pour la fixation du montant de l'amende doit être ramenée à une période qui n'est que légèrement supérieure à trois années et donc inférieure aux cinq années que la Commission a prises en considération;

qu'enfin, il est constant que, dès le stade de la procédure administrative, Roche s'est déclarée d'accord pour modifier les contrats litigieux et a effectivement procédé à cette modification de concert avec les services de la Commission;

- 141 que, compte tenu de ces éléments, il y a lieu de réduire le montant de l'amende et qu'il apparaît justifié de fixer celui-ci à 200 000 unités de compte, soit 732 000 marks allemands, le recours étant rejeté pour le surplus;

Sur les dépens

- 142 Attendu qu'aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens s'il est conclu en ce sens;

qu'en vertu du paragraphe 3 du même article, la Cour peut compenser les dépens en totalité ou en partie si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs, ou pour des motifs exceptionnels;

que chaque partie a succombé sur certains chefs et qu'il y a dès lors lieu de compenser les dépens;

par ces motifs,

LA COUR

déclare et arrête:

- 1) Le montant de l'amende infligée à la firme Hoffmann-La Roche AG, fixé par l'article 3, alinéa 1, de la décision (IV-29.020) de la Commission du 9 juin 1976 à 300 000 unités de compte, soit 1 098 000 marks allemands, est ramené à 200 000 unités de compte, soit 732 000 marks allemands.
- 2) Le recours est rejeté pour le surplus.
- 3) Les dépens sont compensés.

Kutscher	Mertens de Wilmars	Mackenzie Stuart	Donner	Pescatore
Sørensen	O'Keeffe	Bosco	Touffait	

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 13 février 1979.

Le greffier
A. Van Houtte

Le président
H. Kutscher

TABLE DES MATIÈRES

En fait

I — Faits et procédure analyse de la décision attaquée	465
A — Structure du marché de la vitamine	465
B — Comportement de la requérante Roche	467
C — Position dominante de la requérante Roche	467
D — De l'existence d'une exploitation abusive	468
E — De l'amende	468
II — Conclusions des parties	469
III — Moyens et arguments des parties	469
Premier moyen: Violation du principe général relatif à la précision des règles de sanction	469
Deuxième moyen: Violation de règles de procédure (fair trial)	471
Troisième moyen: Violation de l'article 18 du règlement n° 17	474
Quatrième moyen: Violation de l'article 86, fausse interprétation et application des notions de position dominante et exploitation abusive	475
A — Position dominante	475
I. Discussion de l'analyse par la Commission de la structure du marché	475
1) Les parts de marché détenues par Roche	475
2) La gamme de vitamines offerte	475
3) La circonstance que Roche est le principal producteur mondial et que son chiffre d'affaires dépasse celui de l'ensemble des autres producteurs	475
4) Le nombre des concurrents	475
5) L'avance technologique	475
6) Le réseau commercial	475
7) La concurrence potentielle	475
8) L'accès aux marchés d'approvisionnement	476
II. Discussion du comportement de la requérante sur le marché et des résultats de celui-ci	487
	559

B — Absence d'exploitation abusive	493
I. Les circonstances de fait	493
II. La clause anglaise	495
III. L'exclusivité en tant qu'abus	497
IV. La discrimination	500
Cinquième moyen: Violation par l'article 3 de la décision attaquée de l'article 15 du règlement n° 17	500
IV — Réponses des parties aux questions posées par la Cour	502
A — Documents produits à la demande de la Cour	502
B — Réponses concernant les parts de marché	502
C — Réponses concernant les contrats litigieux et leur effet sur la concurrence . .	507
V — Procédure orale	508

En droit

Position du problème	508
Premier moyen: de la violation du principe de la détermination et de la prévisibilité des règles comportant des sanctions	510
Deuxième moyen: des irrégularités de la procédure administrative	510
Troisième moyen: de la violation de l'article 86 du traité	514
I — De l'existence d'une position dominante	514
Section 1: de la détermination des marchés en cause	514
Section 2: de la structure des marchés en cause	517
Section 3: de la signification des indices de l'existence d'une position dominante, retenus par la Commission	519
Section 4: de l'application des critères pertinents, aux différents groupes de vita- mines	525
a) En ce qui concerne le groupe des vitamines A	525
b) En ce qui concerne le groupe des vitamines B ₂	526
c) En ce qui concerne le groupe des vitamines B ₃	527
d) En ce qui concerne le groupe des vitamines B ₆	528
e) En ce qui concerne le groupe des vitamines C	529
f) En ce qui concerne le groupe des vitamines E	530
g) En ce qui concerne le groupe des vitamines H	531
h) Conclusion d'ensemble	531
Section 5: du comportement de la requérante sur le marché	531

II — De l'existence d'une exploitation abusive d'une position dominante	535
Section 1: considérations préliminaires	535
Section 2: analyse des contrats litigieux	538
Section 3: de la qualification, au regard de l'article 86 du traité, des engagements d'approvisionnement exclusif et des systèmes de rabais	539
Section 4: de la nature des rabais litigieux	541
a) En ce qui concerne les contrats prévoyant des rabais à taux uniforme	541
b) En ce qui concerne les contrats prévoyant des rabais à taux croissant	542
Section 5: de la clause anglaise	544
Section 6: de l'application des critères retenus aux contrats litigieux (autres que Unilever et Merck)	546
Section 7: de l'application des critères retenus aux contrats Merck et Unilever	548
a) Les contrats Merck	548
b) Les contrats Unilever	550
III — De l'affectation de la concurrence et du commerce entre États membres	552
Quatrième moyen: de l'amende	553
a) En ce qui concerne l'indétermination des règles comportant des sanctions	553
b) En ce qui concerne l'application de l'article 15 du règlement n° 17	556
c) En ce qui concerne le montant de l'amende	557
Sur les dépens	557