

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 13 de febrero de 1979 *

En el asunto 85/76,

Hoffmann-La Roche & Co. AG, con domicilio social en Basilea, representada por los Sres. A. Deringer y J. Sedemund, Abogados de Colonia, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^e E. Arendt, apartado de correos 39,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. E. Zimmermann, Consejero Jurídico, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Mario Cervino, bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

parte demandada,

que tiene por objeto que se anule la Decisión de la Comisión de 9 de junio de 1976 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/29.020 – Vitaminas),

* Lengua de procedimiento: alemán.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por los Sres.: H. Kutscher, Presidente; J. Mertens de Wilmars y A.J. Mackenzie Stuart, Presidentes de Sala; A. Donner, P. Pescatore, M. Sørensen, A. O'Keefe, G. Bosco y A. Touffait, Jueces;

Abogado General: Sr. G. Reischl;
Secretario: Sr. A. Van Houtte;

dicta la siguiente

Sentencia

(No se transcriben los antecedentes de hecho.)

Fundamentos de Derecho

- 1 Considerando que el recurso, interpuesto el 27 de agosto de 1976 por la sociedad suiza Hoffmann-La Roche & Co. AG (en lo sucesivo, «Roche»), con domicilio social en Basilea, tiene por objeto, con carácter principal, que se anule la Decisión 76/642/CEE de la Comisión, de 9 de junio de 1976, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/29.020 – Vitaminas), notificada a la demandante el 14 de junio de 1976 y publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 223 de 16 de agosto de 1976, p. 27, y, con carácter subsidiario, que se anule el artículo 3 de dicha Decisión, por el que se impone a la demandante una multa de 300.000 unidades de cuenta, o sea, de 1.098.000 DM;
- 2 que en esta Decisión se consigna que Roche ocupa, en el mercado común, una posición dominante, en el sentido del artículo 86 del Tratado, en los mercados de las vitaminas A, B₂, B₃ (ácido pantoténico), B₆, C, E y H (biotina), y que infringió dicho artículo al explotar abusivamente esa posición celebrando, a partir de 1964, pero sobre todo entre 1970 y 1974, con 22 compradores de

dichas vitaminas, contratos que implicaban, para estos compradores, la obligación o, mediante la aplicación de primas de fidelidad, una incitación a reservar a Roche la exclusividad o la preferencia para cubrir la totalidad o lo esencial de sus necesidades de vitaminas (artículo 1 de la Decisión);

que esta misma Decisión ordena a Roche que ponga fin a la infracción inmediatamente (artículo 2) y la condena al pago de la multa antes mencionada (artículo 3);

3 que, en apoyo de su recurso, la demandante alega los motivos siguientes:

- *primer motivo*: la Decisión impugnada viola los principios fundamentales relativos a la determinación y a la previsibilidad de las normas que implican sanciones;
- *segundo motivo*: la Decisión impugnada adolece de varios vicios de forma a causa de irregularidades del procedimiento administrativo a cuyo término fue adoptada;
- *tercer motivo*: la Decisión impugnada infringe el artículo 86 del Tratado en la medida en que la Comisión interpretó y, en todo caso, aplicó de forma inexacta los conceptos de posición dominante y de explotación abusiva de una posición dominante que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, al declarar la existencia de dicha posición en el caso de Roche y al calificar a los contratos litigiosos como constitutivos de tal explotación abusiva;
- *cuarto motivo*: la Decisión impugnada, al imponer una multa a Roche, infringió el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962 (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), dado que las infracciones alegadas, siempre y cuando puedan comprobarse, no fueron cometidas deliberadamente ni por negligencia;

que en su recurso la demandante alegaba, además, que la Decisión impugnada infringía el artículo 18 del Reglamento nº 17 y el Reglamento financiero (CEE) nº 313/68, de 30 de julio de 1968 (DO L 199, p. 1), en la medida en que la multa había sido convertida en marcos alemanes. No obstante, la

demandante, durante el procedimiento, renunció a este motivo, por lo que sólo deben examinarse los cuatro motivos mencionados anteriormente.

Primer motivo: violación del principio de la determinación y de la previsibilidad de las normas que imponen sanciones

- 4 Considerando que, según la demandante, los conceptos de posición dominante y de explotación abusiva de dicha posición, enunciados en el artículo 86 del Tratado, deberían contarse entre los más indeterminados y menos claros, tanto en Derecho comunitario como en el Derecho nacional de los Estados miembros, y que, por tanto, en virtud de un principio fundamental de Derecho que debe deducirse de la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la Comisión no puede imponer las sanciones previstas en caso de infracción de esta disposición hasta que, ya sea mediante la práctica administrativa, ya sea mediante la jurisprudencia, esos conceptos se hayan concretado lo suficiente como para que las empresas sepan a qué atenerse;
- 5 que la demandante no cuestiona, sin embargo, la competencia de la Comisión para interpretar y concretar estos conceptos en las Decisiones que adopta respecto a las empresas, sino sólo la de imponer sanciones mientras éstas no hayan sido especificadas, cosa que ocurre en el caso de autos;
- 6 que de ello resulta que el motivo se refiere únicamente a la multa impuesta y que habrá que examinarlo más adelante junto con las demás alegaciones formuladas contra la imposición de dicha multa.

Segundo motivo: irregularidades del procedimiento administrativo

- 7 Considerando, a este respecto, que la demandante alegaba en su recurso, en primer lugar, que el procedimiento de oficio, iniciado contra ella en virtud de los artículos 3 y 15 del Reglamento nº 17, fue incoado a la vista de documentos de uso interno de sus servicios, documentos que la Comisión obtuvo de modo irregular;

que, sin embargo, la demandante manifestó ante este Tribunal, tanto durante la fase escrita como en la fase oral, que renunciaba a este motivo y ella misma

unió a los autos, entre otros, los documentos cuya utilización por la Comisión había considerado anteriormente irregular;

que, en tales circunstancias, debe desestimarse este motivo sin examinarlo con mayor detenimiento, ya que este Tribunal considera que no procede examinarlo de oficio.

- 8 Considerando que la demandante mantiene, en segundo lugar, que en la Decisión impugnada se habla de documentos y de datos que, en lo que respecta a los primeros, no se han descrito en el procedimiento administrativo y, en cuanto a los segundos, la Comisión se negó a comunicárselos, alegando su obligación de respetar el secreto comercial;

que la demandante se refiere, por tanto, en primer lugar, a los documentos que se mencionan en el n° 12 de la Decisión impugnada, a saber, a cuatro circulares internas de Roche que datan, según esta Decisión, de septiembre de 1970 (en realidad, 8 de septiembre de 1972); de diciembre de 1970; de mayo de 1971 (en realidad, mediados de agosto de 1971), y de agosto de 1971, así como a un acta del European Bulk Managers Meeting de 12 y 13 de octubre de 1971 (en realidad, 12 y 13 de octubre de 1972);

que se refiere, por otra parte, a los datos que la Comisión recogió de otros productores de vitaminas, y que le sirvieron para calcular las cuotas de mercado que atribuye a Roche, así como los datos solicitados y obtenidos de los clientes de la demandante para determinar si los contratos cuya celebración constituye, según la Comisión, una explotación abusiva de una posición dominante tenían o no un efecto restrictivo sobre la competencia y los intercambios entre Estados miembros.

- 9 Considerando que el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda llevar a la imposición de sanciones, especialmente de multas o de multas coercitivas, constituye un principio fundamental de Derecho comunitario que debe ser observado, aun cuando se trate de un procedimiento de carácter administrativo;

que, aplicando este principio, el apartado 1 del artículo 19 del Reglamento n° 17 obliga a la Comisión a dar a los interesados, antes de adoptar una Decisión en materia de multas, la oportunidad de que den a conocer sus

puntos de vista en relación con los cargos que la Comisión formula respecto a ellos;

que, asimismo, el artículo 4 del Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en el artículo 19 del Reglamento nº 17 del Consejo (DO 1963, 127, p. 2268; EE 08/01, p. 62), prevé que, en sus Decisiones, la Comisión solamente mantendrá contra las empresas y las asociaciones de empresas destinatarias los cargos respecto de los cuales aquéllas hayan podido manifestar sus puntos de vista;

- 10 que si bien, en su sentencia de 15 de julio de 1970, *Boehringer Mannheim/Comisión* (45/69, Rec. p. 769), este Tribunal hizo constar que por lo que respecta al pliego de cargos —primer acto del procedimiento administrativo— se cumplen esos requisitos ya que dicha comunicación enuncia, en forma sucinta pero clara, los hechos esenciales en que se basa la Comisión, es a condición de que ésta proporcione «durante el procedimiento administrativo los elementos necesarios para la defensa»;
- 11 que, por consiguiente, tanto de las disposiciones citadas como del principio general que éstas aplican, se deduce que el respeto del derecho de defensa exige que, durante el procedimiento administrativo, la empresa interesada haya tenido la oportunidad de expresar su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y circunstancias aducidas y sobre los documentos utilizados por la Comisión en apoyo de su alegación de que existe una infracción del artículo 86 del Tratado.
- 12 Considerando que la Comisión no discute que, debido a que se sentía vinculada por la obligación de respetar el secreto comercial, se negó a comunicar datos, obtenidos de los competidores o de los clientes de Roche, sobre cuya base, evaluó, entre otras cosas, las cuotas de mercado y fundamentó su apreciación de que los contratos litigiosos eran contrarios a las normas sobre la competencia.
- 13 Considerando que, si bien el apartado 2 del artículo 20 del Reglamento nº 17 establece que «sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones de los artículos 19 y 21, la Comisión y las autoridades competentes de los Estados miembros, así como sus funcionarios y otros agentes, estarán obligados a no divulgar las informaciones que hayan recogido en aplicación del presente

Reglamento, las cuales, por su propia naturaleza, se hallan amparadas por el secreto profesional», esta regla debe conciliarse, como lo confirma la referencia expresa al artículo 19, con el respeto del derecho de defensa;

- 14 que el mencionado artículo 20, al dar a las empresas de las que se ha obtenido información la garantía de que sus intereses, relacionados con la observancia del secreto comercial, no se pondrían en peligro, permite a la Comisión recoger del modo más amplio los datos necesarios para el ejercicio de la misión que le confían los artículos 85 y 86 del Tratado, sin que las empresas puedan negarse a ello, pero no le autoriza, sin embargo, a utilizar en perjuicio de la empresa afectada, mediante un procedimiento contemplado en el Reglamento nº 17, hechos, circunstancias o documentos que, en su opinión, no puede divulgar si esa negativa de divulgación afecta a la posibilidad de que dicha empresa manifieste eficazmente su punto de vista sobre la realidad o las implicaciones de esas circunstancias, sobre esos documentos o aun sobre las conclusiones que la Comisión deduzca de ellos.
- 15 Considerando, no obstante, que si tales irregularidades han sido remediadas efectivamente durante el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, éstas no dan lugar necesariamente a la anulación de la Decisión impugnada siempre y cuando dicha regularización tardía no afecte al derecho de defensa.
- 16 Considerando que los documentos a que se refiere la demandante son, por un lado, los mencionados en el nº 12 de la Decisión impugnada, es decir, los mismos documentos cuya forma de llegar a manos de la Comisión había criticado, pero que luego unió a los autos presentados ante este Tribunal, para que ambas partes pudieran entablar, como realmente hicieron, un debate contradictorio al respecto;

que, por otro lado, en lo referente a los elementos sobre los que la Comisión basó su cálculo de las cuotas de mercado y su análisis de los efectos de los contratos controvertidos, las partes, durante la fase escrita y a petición del Tribunal, efectuaron un intercambio de información reflejado en un documento común que muestra que la Comisión, en lo que respecta a todas las vitaminas de referencia, reveló las bases de su cálculo de las cuotas de mercado según el valor para los años 1972, 1973 y 1974, de forma que Roche, basándose en las ventas atribuidas a determinados competidores en los

documentos presentados por la Comisión, pudo estimar sus cuotas de mercado con relación a las cantidades vendidas;

- 17 que de este modo las partes han podido ponerse acuerdo sobre una estimación de las cuotas de mercado según la cantidad y el valor –a pesar de seguir discrepando en cuanto a cuál de los dos criterios es determinante– en lo que respecta a las vitaminas A, B₃, H, y también a las vitaminas C y E, sin perjuicio, en el caso de estas últimas, del examen del mercado que debe tomarse en consideración debido a la intercambiabilidad para determinados usos de estas dos vitaminas con otros productos, siguiendo la discusión únicamente respecto a las cuotas de mercado de las vitaminas B₂ y B₆;
- 18 que, por último, la Comisión, también en la fase escrita, presentó, a petición de este Tribunal, el acta de la reunión celebrada entre Roche y Unilever, que se menciona en el n° 3 de la Decisión impugnada, así como los informes de las investigaciones llevadas a cabo por sus funcionarios entre los clientes de Roche que habían celebrado los contratos litigiosos o, en el caso de aquellas empresas que querían seguir en el anonimato, una nota en la que se resumían dichos informes;
- 19 que, en tales circunstancias, el motivo basado en la violación del derecho de defensa no puede estimarse.

Tercer motivo: infracción del artículo 86 del Tratado

- 20 Considerando que, según la demandante, la Comisión ha infringido el artículo 86 del Tratado en la medida en que:
 - I) En la Decisión impugnada se admite equivocadamente que en el caso de Roche existe una posición dominante, interpreta este concepto de forma incorrecta y lo aplica erróneamente en el caso de autos, sobre todo en lo que respecta a la evaluación y a la pertinencia, tanto de las cuotas de mercado como de los demás factores utilizados como indicios de la existencia de la supuesta posición dominante.
 - II) En la Decisión impugnada se parte, en cualquier caso incorrectamente, de que ha habido, por parte de la demandante, una explotación abusiva

de dicha posición, dado que la Comisión hizo un análisis incorrecto de los contratos cuya celebración, según ella, constituye una explotación abusiva, así como de los efectos restrictivos de dichos contratos sobre la competencia.

III) En la Decisión impugnada se asume erróneamente que la conducta de la demandante podía afectar de manera sensible al comercio intracomunitario.

I. Existencia de una posición dominante

Sección 1. Delimitación de los mercados de referencia

- 21 Considerando que, para determinar si Roche ocupa la supuesta posición dominante, es necesario delimitar los mercados de referencia, tanto desde el punto de vista geográfico como desde el punto de vista del producto.
- 22 Considerando que el mercado geográfico tomado en cuenta, como muestran los n^{os} 3 y 6 de la Decisión impugnada, abarca todo el mercado común, es decir, los seis Estados miembros hasta el 31 de diciembre de 1972 y los nueve Estados miembros a partir de esa fecha;
- 23 que los productos a que se refiere la Decisión impugnada son vitaminas a granel pertenecientes a trece grupos, de los cuales, ocho son producidos y comercializados por Roche [A, B₁, B₂, B₃ (ácido pantoténico), B₆, C, E y H (biotina)] y cinco son comprados a los productores y revendidos por Roche (B₁₂, D, PP, K y M);

que la Comisión apreció la existencia de una posición dominante en siete de los ocho grupos que produce Roche, a saber, A, B₂, B₃, B₆, C, E y H;

que las partes están de acuerdo en que, por un lado, cada uno de estos grupos tiene unas funciones metabolizantes específicas y, por tanto, no es intercambiable con los demás y, por otro lado, en lo que respecta a los tres usos comunes a dichos grupos, que son, la alimentación humana, la alimentación animal y el uso farmacéutico, las vitaminas de que se trata no experimentan la competencia de otros productos;

- 24 que, teniendo en cuenta estos factores, la Comisión consideró (nº 20 de la Decisión impugnada) que cada grupo de vitaminas constituye un mercado separado, y que Roche, tras haber sugerido en un principio que varios grupos juntos podrían constituir un mercado, admitió este punto de vista, con la reserva de que, según ella, los grupos de vitaminas C y E, por lo que respecta a cada uno de ellos, formaban parte, junto con otros productos, de un mercado más amplio;

que, por tanto, debe examinarse si la Comisión delimitó correctamente los mercados a los que pertenecen las vitaminas de los grupos C y E.

- 25 Considerando que ha quedado acreditado que las vitaminas C y E, aparte de sus usos en la industria farmacéutica y en la alimentación humana o animal (denominados usos bionutritivos), se comercializan también, entre otras cosas, como antioxidantes, agentes de fermentación y aditivos (usos denominados «tecnológicos»), y que, en la medida en que existe una demanda de estas vitaminas para dichos usos tecnológicos, están expuestas a la competencia de otros productos aptos para los mismos usos;
- 26 que, según Roche, la conclusión que debe sacarse de esto es que las vitaminas C y E forman parte de mercados más amplios que abarcan a esos otros productos y que la Comisión, al no incluir a estos últimos, presentó una imagen exagerada de la cuota de Roche en dichos mercados;
- 27 que, según la Comisión, en cambio, los productos que pueden sustituir a las vitaminas C y E para usos tecnológicos, no pueden incluirse en los mismos mercados que estas vitaminas, ya que el grado de intercambiabilidad de dichos productos con las vitaminas de que se trata es insuficiente, debido a la doble posibilidad de uso de estas últimas;

que tampoco pueden separarse en dos mercados distintos las vitaminas utilizadas, en resumidas cuentas, para fines bionutritivos y las destinadas a usos tecnológicos, dado que los fabricantes y los compradores son totalmente libres, a causa del doble uso a que se presta el producto, para utilizarlas con el fin que consideren más ventajoso, sobre todo en un mercado en expansión;

que, no obstante, aun suponiendo que hubiera que eliminar de los mercados de referencia las vitaminas vendidas por Roche con fines tecnológicos, tendría

que hacerse lo mismo en lo que respecta a sus competidores, de modo que las cuotas de mercado permanecerían invariables.

- 28 Considerando que, cuando un producto puede ser utilizado para varios fines y cuando esos diferentes usos responden a necesidades económicas, que a su vez también son diferentes, hay que admitir que ese producto puede pertenecer, según el caso, a mercados separados, que pueden tener características diferentes, tanto desde el punto de vista de la estructura como de las condiciones de competencia.

que ello no justifica, sin embargo, la conclusión de que un producto de esas características constituye un único mercado con todos los demás productos que pueden sustituirle en sus diferentes usos posibles, y con los que, según el caso, puede competir;

que el concepto de mercado relevante implica, en efecto, que pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado;

que, en todo caso, en la época considerada no había tal intercambiabilidad entre todas las vitaminas de cada uno de los grupos C y E y todos los productos que, según el caso, pueden sustituir a uno u otro de estos grupos de vitaminas en usos tecnológicos, a su vez también muy variados.

- 29 Considerando, en cambio, que puede haber dudas en cuanto a si, para delimitar los mercados respectivos de las vitaminas del grupo C y de las del grupo E, procede incluir todas las vitaminas de cada uno de estos grupos en un mercado que corresponda a ese grupo, independientemente de su utilización posterior, o si, por el contrario, cada uno de estos grupos debe separarse en dos mercados distintos, uno para las vitaminas destinadas a una utilización bionutritiva y otro para las utilizadas con fines tecnológicos;
- 30 que, sin embargo, para calcular correctamente las respectivas cuotas de mercado de Roche y de sus competidores, no era necesario resolver esta cuestión, ya que, como la Comisión ha señalado acertadamente, si hubiera sido preciso hacer esa distinción tendría que haberse hecho tanto para los competidores de Roche como para esta última, y —a falta de cualquier

indicación en sentido contrario por parte de la demandante— en proporciones análogas, con lo que las cuotas de mercado, expresadas en porcentajes, no cambiarían;

que, por último, Roche, en respuesta a una pregunta de este Tribunal, ha indicado que todas las vitaminas de cada grupo, independientemente del destino final del producto, seguían un mismo régimen de precios, de modo que no podían separarse en mercados específicos;

que de todo ello resulta que la Comisión delimitó correctamente, en la Decisión impugnada, los mercados de referencia.

Sección 2. Estructura de los mercados de referencia

- 31 Considerando que, si bien cada grupo de vitaminas constituye un mercado separado, estos diferentes mercados presentan, no obstante, tanto en lo que respecta a las estructuras de producción como a las de comercialización, rasgos comunes que hay que destacar;
- 32 que, en primer lugar, las partes están de acuerdo en que los mercados de todos los grupos de vitaminas tuvieron una fuerte expansión entre 1950 y 1974 —aun que a diferentes escalas— con una producción siempre creciente;
- 33 que, por lo que respecta, en especial, a la *producción*, las partes también están de acuerdo en que, si bien la síntesis de vitaminas, sobre todo una vez caducadas las patentes, de las que una parte considerable estaba en posesión de Roche, no plantea problemas técnicos particularmente arduos, la producción supone, no obstante, inversiones importantes y necesita equipos especiales, en gran parte específicos para cada grupo de vitaminas, con el resultado de que la capacidad de las fábricas durante el período mencionado se determinaba teniendo en cuenta la expansión prevista de la demanda en un período de diez años;

que esta estructura de los mercados, a pesar de la fuerte expansión mencionada, dio lugar, para la mayor parte de los grupos de vitaminas, a un exceso de capacidad de producción en todo el mundo;

que esta situación queda ilustrada de forma contundente por la observación, recogida en el acta de la reunión celebrada entre Unilever y Roche el 11 de diciembre de 1972, de que la capacidad total de Roche bastaba por sí sola para satisfacer la demanda mundial y de que, en esa época, Roche utilizaba sólo el 50 % de dicha capacidad;

- 34 que, por lo que respecta a los productores que operan en el mercado común, esta capacidad de producción estaba concentrada, durante el período tenido en cuenta por la Comisión, en manos de un reducido número de empresas (nueve en total, según el cuadro que figura en el nº 4 de la Decisión impugnada), y el número de productores en cada grupo concreto era aún menor, a saber, 4 en el caso de la vitamina A; 3 en el de la vitamina B₂; 3 en el de la vitamina B₃; 4 en el de la vitamina B₆; 5 en el de la vitamina C; 4 en el de la vitamina E, y 2 en el de la vitamina H;

que algunos de estos productores eran, además, compradores y revendedores de vitaminas que ellos no producían, mientras que importantes firmas comerciales que se abastecían en fuentes que no eran los nueve productores mencionados en la Decisión comercializaban cantidades no especificadas de vitaminas;

- 35 que, en lo que respecta a la *demanda* de vitaminas a granel, la situación en el mercado común se caracteriza por la presencia de un número relativamente alto de compradores —unos 5.000 en el caso de Roche—, pero una parte considerable de esa demanda, que, por lo que respecta a Roche, puede estimarse en cerca del 25 % de sus ventas en el mercado común, se concentraba, en la época considerada, en manos de 22 firmas importantes, 7 de las cuales pertenecían al sector farmacéutico, 5 al de la alimentación humana y 10 al de la alimentación animal;

que todos estos clientes, independientemente del sector económico al que perteneciesen, eran compradores de muchas, si no de todas las vitaminas aquí referidas, ya que sólo Unilever, en todo caso en lo que atañe a sus relaciones con Roche, parecía constituir una excepción en este sentido y comprar sólo vitaminas del grupo A.

Sección 3. Importancia de los indicios sobre la existencia de una posición dominante tenidos en cuenta por la Comisión

- 36 Considerando que la Comisión estima que Roche ocupa una posición dominante en los siete mercados de referencia (A, B₂, B₃, B₆, C, E y H) y basa este punto de vista, por un lado, en la comparación entre las cuotas de mercado de la demandante y las de sus competidores, y, por otro lado, en la existencia de una serie de factores que, cuando la cuota de mercado no es por sí misma determinante, confieren sin embargo a Roche una clara preponderancia en los mercados de referencia;

que la Comisión deduce de ello la conclusión siguiente (nº 21 de la Decisión): «en lo que respecta a los mercados de referencia, Roche goza de una libertad de acción tan completa que le permite impedir que haya una competencia real dentro del mercado común, confiriéndole, por tanto, una posición dominante en esos mercados».

- 37 Considerando que Roche cuestiona la evaluación de sus cuotas de mercado, así como la realidad o la pertinencia de los otros indicios utilizados en la Decisión impugnada;

que también reprocha a la Comisión el no haber examinado ni tenido en cuenta su conducta en los mercados de referencia y, en particular, las continuas e importantes bajas de los precios de las vitaminas, que demuestran que había una competencia real a cuya presión tuvo que ceder.

- 38 Considerando que el artículo 86 expresa el objetivo general asignado por la letra f) del artículo 3 del Tratado a la acción de la Comunidad, a saber, el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común;

que el artículo 86 prohíbe, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una empresa, de una posición dominante en una parte sustancial del mercado común;

que dicha posición dominante atañe a una situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad

de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores;

- 39 que dicha posición, a diferencia de lo que sucede en una situación de monopolio o de cuasimonopolio, no excluye la posibilidad de que exista cierta competencia, pero coloca a la empresa que la disfruta en situación, si no de decidir, por lo menos de influir notablemente en las condiciones en que se desarrollará esa competencia y, en todo caso, de actuar en gran medida sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que, no obstante, esa actitud le perjudique;

que una posición dominante debe, asimismo, diferenciarse de líneas de conducta paralelas, propias de situaciones de oligopolio, en que en estas últimas las conductas influyen unas sobre otras recíprocamente, mientras que en el caso de una posición dominante, la conducta de la empresa que la disfruta se determina, en gran medida, unilateralmente;

que la existencia de una posición dominante puede deberse a varios factores que, tomados por separado, no serían necesariamente determinantes, pero que, entre esos factores, uno muy significativo es la existencia de cuotas de mercado muy altas.

- 40 Considerando que el hecho de tener una cuota de mercado alta, como prueba de la existencia de una posición dominante, no es un dato inmutable, y que su importancia varía de un mercado a otro según la estructura de éstos, especialmente en lo que se refiere a la producción, a la oferta y a la demanda;

que, aunque cada grupo de vitaminas constituye un mercado separado, estos diferentes mercados presentan, no obstante, como ha revelado el examen de su estructura, suficientes rasgos comunes como para que puedan aplicárseles los mismos criterios en lo que respecta a la magnitud de las cuotas de mercado a efectos de determinar si existe o no una posición dominante.

- 41 Considerando, además, que aunque la magnitud de las cuotas de mercado puede variar de un mercado a otro, es correcto estimar que unas cuotas extremadamente elevadas constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante;

que, en efecto, el hecho de tener una cuota de mercado muy alta coloca a la empresa que la posee durante cierto tiempo, por el volumen de producción y de oferta que representa —que impide que aquellos que posean cuotas sensiblemente más bajas puedan satisfacer rápidamente la demanda de quienes querrían apartarse de la empresa que tiene la cuota más alta—, en una situación de fuerza que hace que sea inevitable mantener relaciones comerciales con ella y que, ya sólo por eso, le proporciona, al menos durante periodos relativamente largos, la independencia de comportamiento característica de la posición dominante.

- 42 Considerando que la Decisión impugnada ha puesto de manifiesto, además de las cuotas de mercado, una serie de otros factores que, junto con las cuotas de mercado, proporcionarían a Roche en determinados casos, una posición dominante;

que esos indicios, que la Comisión califica de criterios suplementarios, son los siguientes:

- a) las cuotas de mercado de Roche no sólo son elevadas sino que, además, hay una gran diferencia entre sus cuotas y las de sus más directos competidores (n^{os} 5 y 21 de la Decisión);
- b) Roche fabrica una gama de vitaminas mucho más amplia que la de sus competidores (n^o 21 de la Decisión);
- c) Roche es el mayor productor mundial de vitaminas y su volumen de negocios es superior al de todos los demás productores juntos; está al frente de un grupo multinacional que, por su volumen de negocios, es el primer grupo farmacéutico del mundo (n^{os} 5, 6 y 21 de la Decisión);
- d) aun cuando sus patentes para fabricar vitaminas hayan caducado, Roche posee sobre sus competidores, debido al papel de pionero que ha desempeñado en este terreno, ventajas tecnológicas que se manifiestan a través de un servicio muy perfeccionado de ayuda e información a la clientela (n^{os} 7 y 8 de la Decisión);
- e) Roche dispone de una red comercial muy amplia y especializada (n^o 8 de la Decisión);

f) no existe competencia potencial (nº 21 de la Decisión);

que, además, durante el procedimiento ante este Tribunal, la Comisión adujo, como factor indicativo de la posición dominante de Roche, la capacidad de esta última para mantener, a pesar de una fuerte competencia, sus cuotas de mercado prácticamente intactas.

43 Considerando que, antes de examinar si los indicios tenidos en cuenta por la Comisión pueden efectivamente comprobarse en el caso de Roche, es preciso investigar, dado que la demandante cuestiona su pertinencia, si dichos factores pueden, habida cuenta de las especiales características de los mercados de referencia y de las cuotas de mercado poseídas, revelar la existencia de una posición dominante.

44 Considerando que, a este respecto, debe rechazarse el criterio basado en el mantenimiento de las cuotas de mercado, dado que este mantenimiento puede ser consecuencia tanto de una conducta eficaz en lo que respecta a la competencia, como de una posición que garantiza a la empresa de referencia la posibilidad de actuar independientemente de los competidores, la Comisión no ha indicado a qué factores puede atribuirse la estabilidad de las cuotas de mercado en los casos en que consta su existencia;

que, sin embargo, en caso de que haya una posición dominante, el mantenimiento de las cuotas de mercado puede ser revelador del mantenimiento de dicha posición y que, por otra parte, los métodos empleados para mantener la posición dominante pueden, eventualmente, ser constitutivos de una explotación abusiva en el sentido del artículo 86 del Tratado.

45 Considerando que, asimismo, la circunstancia de que Roche produzca una gama de vitaminas más amplia que sus competidores carece de valor indicativo, por lo cual debe descartarse;

que la Comisión ve en esta circunstancia un indicio de posición dominante porque «habida cuenta de que las necesidades de muchos usuarios se extienden a varios grupos de vitaminas, Roche puede utilizar una estrategia de venta y, sobre todo, de precios que dependa mucho menos de las condiciones de competencia en cada mercado que las de los demás productores».

- 46 Considerando, no obstante, que la propia Comisión ha comprobado que cada grupo de vitaminas constituye un mercado específico y que éste no es intercambiable, o lo es en pequeña medida, con otros grupos o con otros productos (nº 20 de la Decisión), de modo que las vitaminas que pertenecen a distintos grupos constituyen productos tan diferentes entre sí como las vitaminas con relación a otros productos del sector farmacéutico y de la alimentación;

que, por otra parte, no se discute que los competidores de Roche, especialmente los de la industria química, comercializan, además de las vitaminas que fabrican, otros productos, que también demandan los compradores de vitaminas, de manera que la circunstancia de que Roche esté en situación de ofrecer varios grupos de vitaminas no le garantiza, por sí misma, una ventaja respecto a sus competidores, que pueden ofrecer, además de una gama menos o mucho menos amplia de vitaminas, otros productos también solicitados por los compradores de esas vitaminas.

- 47 Considerando que razonamientos análogos llevan a rechazar también el indicio basado en que Roche es el mayor productor mundial de vitaminas, que su volumen de negocios es superior al de todos los demás productores juntos y que encabeza el grupo farmacéutico más importante del mundo;

que, según la Comisión, esta triple circunstancia constituye un factor indicativo de una posición dominante, porque «de ello se deduce que la demandante ocupa una posición preponderante, no sólo en el mercado común, sino también en el mercado mundial; disfruta, por tanto, de una libertad de acción muy grande, ya que su posición le permite adaptarse fácilmente a la evolución de los diferentes mercados regionales. Una empresa que opera en todo el mercado mundial y que tiene una cuota de mercado tan alta que deja muy atrás a todos sus competidores no tiene que preocuparse excesivamente por la competencia que pueda tener en el mercado común»;

que dicha argumentación, basada en las ventajas que ofrece la existencia de economías de escala y en la posibilidad de una estrategia diferente según los distintos mercados regionales no es concluyente, ya que se ha reconocido que cada grupo de vitaminas constituye un grupo de productos distintos que necesitan instalaciones específicas y que constituyen un mercado separado, en el sentido de que el volumen de la producción global de productos distintos

entre ellos no da a Roche una ventaja sobre sus competidores, especialmente sobre los de la industria química, los cuales, además de vitaminas, producen a escala mundial otros productos y tienen en principio las mismas posibilidades de compensación de mercados que las que ofrece una producción global considerable de productos tan distintos entre ellos como son los diferentes grupos de vitaminas.

- 48 Considerando, en cambio, que la comparación entre las cuotas de mercado de la empresa afectada y las de sus competidores, sobre todo las de los más inmediatos, el avance tecnológico de la empresa respecto a sus competidores, la existencia de una red comercial extremadamente perfeccionada y el hecho de que no haya competencia potencial constituyen indicios válidos; el primero de ellos porque permite evaluar la capacidad de los competidores de la empresa de referencia en el terreno de la competencia; el segundo y el tercero porque constituyen, por sí mismos, ventajas técnicas y comerciales, y el cuarto porque es el resultado de la existencia de obstáculos a la entrada de nuevos competidores en el mercado;

que en lo que respecta al hecho de que exista o no una competencia potencial, hay que señalar sin embargo que, si bien es cierto que debido a la cuantía de las inversiones necesarias —y esto se aplica a todos los grupos de vitaminas de que se trata— la capacidad de las fábricas se determina teniendo en cuenta la expansión prevista para un período largo, de modo que el acceso al mercado no es fácil para los nuevos productores, también debe tenerse en cuenta que la existencia de considerables capacidades de producción no utilizadas crea una situación de competencia potencial entre los productores establecidos;

que, no obstante, Roche se encuentra, a este respecto, en una situación privilegiada porque, como ella misma reconoce, su capacidad de producción bastaba por sí sola, en la época a que se refiere la Decisión impugnada, para satisfacer la demanda mundial sin que ese exceso de capacidad la pusiera en una situación económica o financiera difícil.

- 49 Considerando que a la luz de estas consideraciones deben evaluarse las participaciones de Roche en cada uno de los mercados de referencia y, con carácter complementario, los indicios que, junto con las cuotas de mercado, permiten detectar la posible existencia de una posición dominante;

que, por último, también habrá que considerar si las alegaciones de Roche en cuanto a la incidencia de su conducta en el mercado, principalmente en lo que respecta a los precios, tiene capacidad para modificar las conclusiones a que podría llevar el examen de las cuotas de mercado y de los otros indicios considerados.

Sección 4. Aplicación de los criterios pertinentes a los distintos grupos de vitaminas

a) En lo que respecta al grupo de la vitamina A

- 50 Considerando que las partes están de acuerdo en que la cuota de mercado de Roche dentro del mercado común puede evaluarse en el 47 %, tanto en valor como en cantidad;

que, según los datos facilitados por la Comisión, y que Roche no discute, las cuotas de los demás productores en 1974 pueden evaluarse en el 27 %, 18 %, 7 % y 1 %;

- 51 que, como el mercado de referencia tiene las características de un mercado oligopolístico estricto, en el que el grado de competencia ya se halla debilitado de por sí, la cuota de mercado de Roche, que es igual a la suma de las de sus dos inmediatos competidores, demuestra que dispone de una total libertad de acción para decidir qué actitud adoptar frente a la competencia;

que el hecho de que exista un adelanto tecnológico de Roche respecto a sus competidores, debido a que es el inventor y el titular de muchas patentes relativas a la vitamina A, incluso después de caducadas esas patentes, constituye un indicio complementario de que ocupa una posición dominante;

que, como se ha señalado anteriormente, lo mismo puede decirse en cuanto a la inexistencia de competencia potencial por parte de empresas nuevas, mientras que la derivada del exceso de capacidad de producción en las empresas ya existentes favorecía más bien a Roche, según se desprende de un extracto de la Management Information de mediados de agosto de 1971, que dice «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, por tanto, la Comisión estaba en lo cierto al reconocer la existencia de una posición dominante de la demandante en el mercado de la vitamina A;

que el hecho de que Roche tuviese que abastecerse de materias primas, para la producción de vitaminas del grupo A, de una empresa de la industria química que fabricaba también vitamina A y que, por tanto, era su competidora, no puede modificar las conclusiones de la Comisión, dado que Roche nunca alegó que padeciera ninguna dificultad en lo que se refiere al ritmo de su abastecimiento ni en cuanto a los precios.

b) En lo que respecta al grupo de la vitamina B₂

- 53 Considerando que, en la Decisión impugnada, la Comisión había evaluado la cuota de mercado de Roche en el 86 %;

que, en el documento elaborado conjuntamente durante la fase escrita, la Comisión comunicó las bases sobre las que había calculado las cuotas de mercado de Roche, tanto en valor como en cantidad, y que, de los cuadros que presentó, se desprende que se habían tenido en cuenta todas las importaciones de vitaminas en el mercado común de las que existían estadísticas;

que, basándose en dichos datos, la Comisión llega a las cifras siguientes:

vitamina B ₂ cuota de mercado de Roche	1972 (6 Estados miembros)	1973 (9 Estados miembros)	1974 (9 Estados miembros)
en valor	87,0 %	81,2 %	80,6 %
en cantidad	84,5 %	74,8 %	80,8 %

- 54 que Roche se limita, básicamente, a afirmar «que como, en lo que respecta a la competencia, tiene que basarse en meras estimaciones, no puede aportar ninguna prueba en contrario», pero que estima que su cuota en el mercado

mundial es considerablemente menor y que su cuota en el mercado común no supera el 50 %;

que, para justificar la diferencia entre esta última estimación y la de la Comisión, alega que «si a estas cifras se añaden las capacidades de fermentación, en particular en los Estados Unidos de América, de 200 a 300 toneladas anuales, cuya actividad quedó en suspenso a principios del año 1970, pero que pueden ser reactivadas en cualquier momento, la cuota de mercado no asciende más que al 50 % aproximadamente», invocando así—sin dar más detalles— bien la existencia de una competencia potencial, o bien la disminución de su propia capacidad de producción en Estados Unidos;

- 55 que si la primera hipótesis fuese cierta, podría hacer suponer que después de 1970 algunos de los competidores de Roche fueron eliminados del mercado;

que aun suponiendo que se haga referencia al cierre de capacidades de producción de Roche, lo cual no se ha hecho, esta circunstancia no puede invocarse para impugnar los cálculos de la Comisión mientras no se haya demostrado que no ha habido cierres de capacidad análogos por parte de los competidores y que, en cualquier caso, ello produjo como consecuencia inevitable una disminución de las cuotas de Roche en el mercado común, más que una racionalización de la producción;

que, además, si bien la existencia de un exceso de capacidad de producción puede, dado el caso, constituir un factor de competencia potencial que puede influir en la existencia de una posición dominante—aunque se ha confirmado anteriormente que no fue así en el caso de Roche durante el período tomado en consideración—, no puede influir en la evaluación de las cuotas de mercado, que realmente cubren;

- 56 que, en tales circunstancias, los cálculos corregidos de la Comisión, que además ofrecen suficientes garantías de seriedad para ser aceptados, no pueden ponerse en duda en virtud de las objeciones mencionadas, y que las cuotas de mercado que revelan son tan importantes que por sí mismas son una prueba de la existencia de una posición dominante.

c) En lo que respecta al grupo de la vitamina B₃ (ácido pantoténico)

- 57 Considerando que la Comisión ha reconocido que había que corregir las cifras utilizadas en la Decisión impugnada y que ambas partes están de acuerdo en evaluar las cuotas de mercado como sigue:

vitamina B ₃ cuota de mercado de Roche	1972 (6 Estados miembros)	1973 (9 Estados miembros)	1974 (9 Estados miembros)
en valor	28,9 %	34,9 %	51,0 %
en cantidad	18,9 %	23,4 %	41,2 %

- 58 que unas cuotas de mercado de esta magnitud, tanto en cantidad como en valor, junto con la indicación que figura en el documento preparado de común acuerdo por las partes, de que las cifras correspondientes a 1971 aún eran inferiores en un 6 % a las correspondientes a 1972, no constituyen un factor suficiente por sí mismo para probar la existencia de una posición dominante en lo que respecta a la mayor parte del período considerado por la Comisión;

que, por el contrario, ha resultado que la rectificación que tuvo que hacer esta última se debía al hecho de no haber tenido en cuenta las importaciones procedentes de un competidor japonés que tenía en 1973 una cuota de mercado del 30 %;

que, por otra parte, la Comisión no ha indicado, en lo que respecta a este mercado en particular, cuáles serían los indicios complementarios que, junto con la cuota de mercado corregida, podrían hacer suponer la existencia de una posición dominante;

que estas comprobaciones llevan a la conclusión de que no hay pruebas suficientes de la existencia de una posición dominante por parte de Roche, durante el período considerado, en lo que se refiere a la vitamina B₃.

d) En lo que respecta al grupo de la vitamina B₆

- 59 Considerando que la Comisión había evaluado la cuota de mercado de Roche en el 95 %, mientras que Roche, que no ha facilitado indicaciones en lo que se refiere al mercado común, admite tener una cuota en el mercado mundial del orden del 60 % al 70 %;

que después de comparar sus datos (anexos 1/e y 2/g del documento conjunto), las partes no pudieron ponerse de acuerdo sobre una evaluación común y que la Comisión corrigió la suya presentando las cifras siguientes:

vitamina B ₆ cuota de mercado de Roche	1972 (6 Estados miembros)	1973 (9 Estados miembros)	1974 (9 Estados miembros)
en valor (B ₆ +H)	87,0 %	90,0 %	83,9 %
en cantidad	84,2 %	86,0 %	88,4 %

- 60 que debe señalarse que, si bien las cuotas de mercado, por lo menos las expresadas en valor, comprenden los dos grupos B₆ y H, debido a la circunstancia de que las vitaminas de estos grupos forman parte de la misma rúbrica aduanera, sin embargo Roche no ha negado que esta circunstancia no puede alterar los órdenes de magnitud resultantes;

que Roche mantiene, sin explicarse con más detalle, que esta estimación debe reducirse por lo menos en un 20 %, pero que, aun aceptando sin más este punto de vista, las cuotas de mercado de Roche siguen siendo, no obstante, tan altas que demuestran que existe una posición dominante;

que esto es cierto aún con mayor razón si se tiene en cuenta que, en la época considerada, la cuota de mercado de ninguno de los cuatro competidores que seguían a Roche llegaba al 10 % y que algunas de ellas eran muy probablemente inferiores al 5 %.

e) En lo que respecta al grupo de la vitamina C

- 61 Considerando que, en la Decisión impugnada, la Comisión había estimado la cuota de mercado de Roche en el 68 %, mientras que Roche indicó, durante el procedimiento, la cifra del 50 %;

que, tras comparar sus puntos de vista, las partes estuvieron de acuerdo en la siguiente estimación de las cuotas de mercado, en el supuesto de que sólo se considerara el mercado de vitaminas:

vitamina C cuota de mercado de Roche	1972 (6 Estados miembros)	1973 (9 Estados miembros)	1974 (9 Estados miembros)
en valor	65,7 %	66,2 %	64,8 %
en cantidad	64,4 %	63,8 %	63,0 %

- 62 que, según Roche, esta estimación debería corregirse en el sentido de que el mercado pertinente debería incluir también los productos que compiten con la vitamina C en cuanto a sus usos tecnológicos, y que mantiene que, en tal caso, su cuota de mercado no pasaría del 47 %;
- 63 que, dado que las consideraciones expuestas relativas a la delimitación del mercado pertinente para las vitaminas que se destinan tanto a usos bio-nutritivos como tecnológicos han dado lugar a que se desestime la tesis formulada por Roche, las cuotas de mercado respecto a las cuales las partes estaban de acuerdo, en lo que se refiere al mercado de la vitamina C como tal, deben admitirse y demuestran la existencia de una posición dominante;

en lo que respecta también a este mercado —en el que además hubo una situación de escasez en 1971— la diferencia entre las cuotas de mercado de Roche (64,8 %) y las de sus inmediatos competidores (14,8 % y 6,3 %) era tan grande que confirma la conclusión a que llegó la Comisión.

f) En lo que respecta al grupo de la vitamina E

- 64 Considerando que, en la Decisión impugnada, la Comisión había evaluado la cuota de mercado de Roche, en lo que se refiere a la vitamina E, en el 70 %, mientras que Roche, durante el procedimiento, indicó la cifra del 40 %;

que, tras comparar sus puntos de vista, las partes se pusieron de acuerdo, en su documento conjunto, para estimar como sigue las cuotas de mercado, en el supuesto de que sólo deba tomarse en cuenta el mercado de la vitamina E:

vitamina E cuota de mercado de Roche	1972 (6 Estados miembros)	1973 (9 Estados miembros)	1974 (9 Estados miembros)
en valor	54,0 %	64,0 %	58,0 %
en cantidad	50,0 %	60,0 %	54,0 %

que, según la estimación de Roche, su cuota en lo que respecta a los años 1970 y 1971 es aún inferior en un 7 % a la de 1972;

- 65 que, según Roche, y por los mismos motivos que los que alega a propósito de la vitamina C, el mercado de referencia debería incluir también los productos que compiten con la vitamina E en cuanto a sus usos tecnológicos, y que mantiene que, en tal caso, su cuota de mercado para 1974 no sería mayor del 40 %;
- 66 que, dado que el punto de vista de Roche en cuanto a la delimitación del mercado pertinente fue desestimado por los motivos que se han indicado anteriormente, deben tenerse en cuenta las cuotas de mercado sobre las que las partes se pusieron de acuerdo;

que la magnitud de estas cuotas, ya importante por sí sola, queda reforzada por el hecho de que las de los competidores de Roche deben ser estimadas, después de la corrección mencionada, por lo que respecta al año 1974, en valor, en el 16 %, 6 % y 1 % en el caso de los otros productores, y en el 19 % en el caso de uno o varios importadores, generalmente firmas comerciales que operan desde países terceros;

que tal situación corresponde, aún de manera más característica que en el caso de la vitamina A, al modelo de un mercado oligopolístico estricto en el que la cuota de Roche es muy superior a la suma de las de los dos competidores más cercanos;

que, por tanto, la Comisión estaba en lo cierto al declarar que existía una posición dominante en este mercado.

g) En lo que respecta al grupo de la vitamina H

- 67 Considerando que la demandante ha admitido haber ocupado el 100 % de este mercado y que, durante el período que se tiene en cuenta, su cuota ascendía aún al 93 %, por lo que, de hecho, ocupa una posición de monopolio.

h) Conclusión general

- 68 Considerando que de todo lo expuesto resulta que, por lo que respecta a los grupos de vitaminas A, B₂, B₆, C, E y H, se reunían todos los elementos constitutivos de una posición dominante, mientras que la existencia de dicha posición no ha podido demostrarse en el caso de la vitamina B₃.

Sección 5. Conducta de la demandante en el mercado

- 69 Considerando que, no obstante, procede examinar si las conclusiones mencionadas no quedan desmentidas por la conducta de la demandante en los mercados de referencia, conducta que, según ella, muestra no sólo que existía una fuerte competencia, sino también que dicha competencia ejerció presión sobre ella;

que, a este respecto, la demandante invoca en particular, la circunstancia de que los precios de los diferentes grupos de vitaminas bajaron constantemente y también que sus cuotas de mercado disminuyeron en determinados Estados miembros;

que también hace referencia a las indicaciones contenidas en diferentes documentos internos, especialmente en el «Management Information» y en el «Marketing news», distribuidos regularmente por ella y que contienen un análisis del estado del mercado de cada grupo de vitaminas, así como a la documentación relativa al «European Bulk managers meeting», organizado por Roche en Basilea en octubre de 1972.

70 Considerando que este Tribunal ha afirmado ya, en particular en su sentencia de 14 de febrero de 1978, *United Brands* (27/76, Rec. p. 207), que el hecho de que haya competencia, incluso fuerte, en un mercado dado no excluye la posibilidad de una posición dominante en ese mismo mercado, ya que dicha posición se caracteriza esencialmente por la capacidad de actuar sin necesidad de tener en cuenta, en su estrategia de mercado, esa competencia y sin sufrir, no obstante, los efectos perjudiciales de esa actitud.

71 Considerando, sin embargo, que el hecho de que una empresa se vea obligada a bajar sus precios, ante la presión de las bajas de precios de sus competidores, es incompatible por lo general con la independencia de conducta característica de una posición dominante;

que la demandante ha presentado, en anexo a su recurso, una serie de gráficos con dos indicadores diferentes, uno sirve para medir las bajas de precios y el otro los aumentos de producción de los distintos grupos de vitaminas de Roche en el mercado mundial durante un período que abarca, según el caso, de los años 1940 a 1954, hasta finales de 1974;

72 que, no obstante, procede observar que estos gráficos se refieren al mercado mundial y que Roche, que ha insistido varias veces en las diferencias entre las fluctuaciones de precios de un Estado miembro a otro, no puede mantener, por tanto, que las variaciones en el mercado mundial son necesariamente representativas de la evolución de los precios en la Comunidad;

que, aun admitiendo que la evolución de los precios llevada a escala mundial, pueda considerarse como un reflejo de la tendencia general de los precios en el mercado común, el examen de los gráficos muestra sin embargo que, en muchos casos, los precios de los diferentes grupos de vitaminas bajaron considerablemente mientras que la producción sólo progresaba lentamente, pero que dichas bajas se redujeron mucho e incluso cedieron paso

gradualmente a una gran estabilidad a partir del momento en que hubo un fuerte aumento en la producción de cada grupo de vitaminas, a saber: desde 1964 para la vitamina A; desde 1956 para la B₂; desde 1966 para la B₆; desde 1958 para la C; desde 1960 para la B₃; desde 1965 para la E, mientras que para la vitamina H (biotina), la curva de precios, estable hasta 1970, disminuye ligeramente a partir de ese momento, al mismo tiempo que crece la producción;

que estos datos indican que hay una correlación entre los precios, por un lado, y el volumen de producción y los costes, por otro, más bien que entre los precios y la presión de la competencia.

73 Considerando que, en respuesta a las preguntas de este Tribunal, Roche presentó una serie de cuadros (anexo 4 a – i del documento conjunto) que indican las variaciones de los precios de la vitamina que Roche considera la más representativa de cada grupo, entre 1970 y 1976, para cada Estado miembro, así como los precios medios obtenidos a partir de los precios nacionales en toda la Comunidad;

74 que estos cuadros muestran efectivamente unas considerables variaciones de precios, tanto al alza como a la baja;

que, sin embargo, estas variaciones son notablemente diferentes para un mismo producto en una misma época en los distintos Estados miembros, lo que revela una compartimentación de los mercados y podría hacer suponer una estrategia de precios correspondiente;

que hay que señalar que en el caso de la vitamina H (biotina), respecto de la cual Roche reconoce que su cuota de mercado era del 100 % en 1970 y del 93 % en 1974, el anexo 4 del documento conjunto de las partes muestra también que hubo considerables reducciones de precios, los cuales, expresados en francos suizos y en cifras medias, van para todo el mercado común, de 40,54 francos suizos en 1970 a 30,72 francos suizos en 1973 y a 29,85 francos suizos en 1974, bajas que, para una empresa que ocupa entre el 100 y el 93 % del mercado, no pueden atribuirse a la presión de la competencia, sino que se deben más bien a una política de precios, deliberada y libremente elegida, y que, en todo caso, no son incompatibles con la existencia de una posición dominante;

- 75 que esta conclusión queda ampliamente confirmada por los diferentes documentos internos que se mencionan anteriormente;

que, por lo que respecta especialmente a la vitamina H (biotina), el «Management Information», de 8 de septiembre de 1972, revela que, si bien un competidor —la empresa Sumitomo— había empezado a fabricar biotina a finales de 1971, prefirió vender parte de su producción a Roche y comercializar el resto en Estados Unidos y que Roche, previendo la aparición de otro productor durante 1973, decidió adelantarse y abandonar su «inflexible price policy at once»;

que es precisamente en 1973 cuando se registra una importante baja del precio de la vitamina H.

- 76 Considerando que estos datos muestran que, lejos de estar sujeta a ninguna presión en el terreno de la competencia, Roche puede, por su posición, adoptar una política de precios para evitar dicha presión;

que, además, entre otras precauciones que deben tomarse, el mismo número del Management Information recomienda que se celebren contratos de fidelidad;

- 77 que, en lo que se refiere a la vitamina C, en la que la cuota de mercado de Roche entre 1972 y 1974 puede estimarse en alrededor del 65 %, el Marketing News, de 6 de diciembre de 1971, dice que, dada la escasez de este producto, se recomienda a los representantes y a las filiales de Roche, habida cuenta de la estrategia de mercado a largo plazo, «to give preference to the *food industry*, both in respect of supplies and price advantages», con relación a la industria farmacéutica que tendrá que obtener parte de sus suministros de los intermediarios;

- 78 que, aunque las cifras y documentos presentados muestran que pueden registrarse variaciones de precios, a veces considerables, en los mercados de las diferentes vitaminas, en ciertos casos esas variaciones parecen no tener relación con la existencia de una competencia, mientras que, en otros casos, es normalmente Roche quien desempeña, por lo menos, el papel de líder en lo que respecta a los precios;

que el conjunto de los documentos presentados revela, además, la existencia de una organización comercial y de marketing de primer orden, capaz no sólo de llevar a cabo un estudio sistemático de los mercados, sino también de detectar la más ligera intención de cualquier posible competidor de entrar en el mercado de uno u otro producto, y capaz no sólo de reaccionar instantáneamente, sino también de adelantarse a esos intentos mediante iniciativas apropiadas;

que de todo lo que precede resulta que las variaciones de precios alegadas y realmente comprobadas no demuestran que exista una presión en el ámbito de la competencia que pueda menoscabar el notable grado de independencia de que Roche gozaba en su estrategia de mercado y no pueden invalidar las conclusiones de que existe una posición dominante deducidas, por lo que respecta a cada grupo de vitaminas, de la combinación de las cuotas de mercado y de los demás indicios tenidos en cuenta;

- 79 que, por tanto, la Comisión estaba en lo cierto al estimar, en la Decisión impugnada, que existía una posición dominante en lo que respecta a los mercados de las vitaminas A, B₂, B₆, C, E y H;

que, en cambio, no estaba en lo cierto al considerar que dicha posición existía en lo que se refiere al mercado de la vitamina B₃.

III. Existencia de una explotación abusiva de una posición dominante

Sección 1. Consideraciones preliminares

- 80 Considerando que, según la Decisión impugnada, la demandante explotó abusivamente su posición dominante al celebrar con 22 importantes compradores de vitaminas contratos de venta —unos 30 (además, algunos no hacían sino recoger, con o sin modificación, un contrato anterior)— mediante los cuales estos compradores se comprometían a obtener exclusivamente de Roche la totalidad o la mayor parte de sus necesidades de vitaminas o de determinadas vitaminas expresamente designadas, o que les incitaban a hacerlo mediante la promesa de bonificaciones que la Comisión califica de descuentos por fidelidad;

que, según la Comisión (n^{os} 22 a 24 de la Decisión impugnada), los contratos de exclusividad o los descuentos por fidelidad que se imputan constituyen una explotación abusiva en el sentido del artículo 86 del Tratado, por una parte, porque falsean la competencia entre productores al quitar a los clientes de la empresa en posición dominante toda posibilidad de elección en lo que respecta a sus fuentes de abastecimiento y, por otra parte, porque producen el efecto de aplicar a las empresas con las que mantienen relaciones comerciales, condiciones distintas para prestaciones equivalentes, colocándolas así en situación de desventaja en el terreno de la competencia, en el sentido de que Roche ofrece a dos compradores dos precios diferentes por una cantidad idéntica de un mismo producto según esos compradores acepten o no renunciar a abastecerse en los competidores de Roche.

- 81 Considerando que los contratos controvertidos se refieren a ventas de vitaminas de uno o de varios de los grupos respecto de los cuales ha sido reconocida la existencia de una posición dominante, a compradores que tienen empresas en el mercado común a las que se destinan, total o parcialmente, dichas vitaminas;

que estos contratos pueden catalogarse de la siguiente manera y serán designados en lo sucesivo por el nombre del comprador:

- 1) Afico/Nestlé: *un* contrato por un período de un año a partir del 1 de enero de 1968, renovable por tácita reconducción;
- 2) America Cyanamid: *un* contrato por un período de un año a partir del 1 de enero de 1971, renovable por tácita reconducción;
- 3) Animedica: *dos* contratos, uno multinacional, de 12 de enero de 1973, y otro referente a las entregas en la República Federal de Alemania, de 9 de mayo de 1972, ambos por un período de un año, renovables por tácita reconducción;
- 4) Beecham: *tres* acuerdos sucesivos, de 1 de abril de 1972, 1 de abril de 1973 y 31 de diciembre de 1973, relativos respectivamente a los períodos del 1 de abril de 1972 al 31 de marzo de 1973, del 1 de abril de 1973 al 31 de diciembre de 1973, y al año 1974;

- 5) Capsugel/Parke Davis: *un* contrato de 22 de marzo de 1967, con efectos de 15 de marzo de 1967;
- 6) Dawe's: *un* contrato con efectos de 1 de agosto de 1971 sin especificar su duración;
- 7) Guyomarc'h: *un* contrato con efectos de 1 de mayo de 1972, por un período de un año, renovable por tácita reconducción;
- 8) Isaac Spencer: *dos* contratos, el primero por el período comprendido entre el 1 de julio al 31 de diciembre de 1973, y el segundo por el año 1974;
- 9) Merck: *tres* contratos, el primero de 3 de marzo de 1972, referente a la vitamina A, celebrado por un período de cinco años y luego renovable por tácita reconducción, cada vez por dos años; el segundo, de 3 de marzo de 1972, referente a la vitamina E y con una cláusula casi idéntica a la del contrato anterior en lo que respecta a su duración; el tercero, de 5 de julio de 1971, referente a la vitamina B₆, por el período comprendido entre esa fecha y el 31 de diciembre de 1976, renovable luego por tácita reconducción por períodos sucesivos de dos años;
- 10) Nitrovit/Imperial Foods: *dos* contratos, uno de 22 de diciembre de 1972 y otro de 11 de enero de 1974, ambos válidos por un período de un año;
- 11) Organon: *un* contrato de 15 de abril de 1970, modificado el 10 de octubre de 1974, y por períodos de un año, renovable por tácita reconducción;
- 12) Pauls and Whites: *tres* contratos, de 2 de marzo de 1972, 16 de julio de 1973 y 22 de enero de 1974, relativos respectivamente a los períodos del 1 de abril de 1972 al 31 de marzo de 1973, del 1 de abril de 1973 al 31 de diciembre de 1973, y al año 1974;
- 13) Protector: *un* contrato con efectos de 1 de julio de 1968, para el año 1968, que se prorrogó de hecho de año en año, en todo caso hasta finales de 1972;

- 14) Provimi: *un* contrato de 30 de septiembre de 1972, sin estipular su duración, modificado el 27 de noviembre de 1974;
- 15) Radar: *un* contrato de 23 de febrero de 1971, que cubre el año 1971 y se refiere a un acuerdo análogo celebrado anteriormente para el año 1970;
- 16) Ralston Purina: *un* contrato de 19 de enero de 1970, relativo al año 1970, prorroga como mínimo hasta finales de 1974;
- 17) Ramikal: *un* contrato de 22 de agosto de 1972, con efectos de 1 de enero de 1972, por un período indeterminado, y que reemplazaba a un contrato de 1964;
- 18) Sandoz: *un* contrato con efectos de 1965, por un año civil, con tácita reconducción de año en año;
- 19) Trouw: *un* contrato de 1 de julio de 1971, con efectos de 1 de enero de ese mismo año, modificado el 27 de noviembre de 1972;
- 20) Unilever: *tres* contratos de 9 de enero de 1974, los dos primeros referentes a entregas en el Reino Unido, el primero de vitamina A, tipo b), y el segundo de otros tipos de vitamina A, mientras que el tercero se refiere a entregas de vitamina A en el continente, en los tres casos para los años 1974 y 1975;
- 21) Upjohn: *un* contrato con efectos de 1 de noviembre de 1967, que no contiene ninguna especificación en lo que respecta a su duración;
- 22) Wyeth: *un* contrato con efectos de 1 de enero de 1964, en el que no se especifica su duración.

Sección 2. Análisis de los contratos controvertidos

- 82 Considerando que estos contratos, a pesar de haberse redactado en épocas diferentes y en términos que no siempre son idénticos, pueden clasificarse en tres categorías en lo que respecta al alcance del compromiso de abastecimiento contraído por el comprador;

- 83 que algunos de ellos implican un compromiso firme, por parte del comprador, de abastecerse exclusivamente en Roche por cuanto se refiere a:
- a) la totalidad o casi la totalidad de sus necesidades de vitaminas a granel fabricadas por Roche: Afico/Nestlé, Dawe's, Organon, Provimi (excepto un 10 % a efectos de comparación), Ralston Purina, Upjohn (todas las vitaminas, salvo cuatro especialidades de la vitamina A destinadas a la alimentación animal para las cuales Roche concede a Upjohn una licencia de su marca Injacom);
 - b) la totalidad de sus necesidades de determinadas vitaminas específicamente designadas: Merck (vitaminas A, B₆, más allá de las 200 toneladas fabricadas anualmente por la propia Merck, y vitamina E);
 - c) un porcentaje de sus necesidades totales indicado en el contrato (America Cyanamid, Animedica Deutschland y Animedica International: 80 %) o de sus necesidades de determinadas vitaminas designadas específicamente (Guyomarc'h: 75 % de sus necesidades de vitaminas A, B, C y E);
 - d) «la mayor parte» («the major part», «überwiegender Teil») de sus necesidades de vitaminas o de determinadas vitaminas (Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Ramikal, Trouw);
- 84 que en algunos de los contratos el comprador se comprometía a «give preference to Roche» (Wyeth), o expresaba la intención de abastecerse exclusivamente en Roche (Capsugel/Parke Davis) o a recomendar a sus filiales que hiciesen lo mismo (Sandoz), ya sea para todas sus necesidades de vitaminas, o para determinadas vitaminas designadas específicamente (Capsugel/Parke Davis: A, B₁, B₂, B₆, C, E y H), o para un porcentaje determinado de la totalidad de sus necesidades (Protector: 80 %);
- 85 que, por último, los contratos celebrados respectivamente con Merck y Unilever tienen ciertas características especiales que hacen deseable un examen por separado de los compromisos que implican.
- 86 Considerando que la mayor parte de los contratos se celebraron por un período indeterminado, ya sea según sus propios términos o en virtud de una

cláusula de tácita reconducción, y que su finalidad era, manifiestamente, establecer unas relaciones que abarcasen varios años;

que la gran mayoría de los contratos se celebraron a partir del año 1970 y estuvieron vigentes durante todo el período comprendido entre 1970 y 1974, o parte de él.

- 87 Considerando que todos los contratos mencionados anteriormente, con excepción de los celebrados con Unilever, preveían la concesión, bajo distintos nombres, de descuentos o reducciones que se calculaban sobre la totalidad de las compras de vitaminas, independientemente del grupo al que éstas perteneciesen, durante un período dado, normalmente de un año o de seis meses;

que los contratos Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Sandoz y Wyeth, tenían la particularidad de que el porcentaje de los descuentos previstos no era fijo, sino que aumentaba —en general del 1 % al 3 %— según las cantidades que se comparan cada año;

que los contratos, con excepción de Animedica International, Guyomarc'h, Merck B₆, Protector y Upjohn, contenían una cláusula, llamada cláusula inglesa, en virtud de la cual los clientes podían, a efectos de comparación, presentar a Roche —bajo diferentes modalidades que se examinarán más adelante— ofertas más favorables de los competidores, con la consecuencia de que si Roche no ajustaba sus precios, el cliente interesado quedaba libre, en lo que respecta a esa compra, de su obligación de abastecerse exclusivamente en Roche, o, si no se había estipulado en firme tal obligación, podía comprar a dichos competidores sin perder por ello en ninguno de ambos casos, en cuanto a las compras pasadas o futuras, el descuento mencionado;

- 88 que, a la luz de estas particularidades, procede examinar si los contratos en litigio eran constitutivos de una explotación abusiva de posición dominante por parte de Roche.

Sección 3. Calificación, respecto al artículo 86 del Tratado, de los compromisos de abastecimiento exclusivo y de los sistemas de descuentos

- 89 Considerando que, para una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado, el hecho de vincular a los compradores —aunque sea a instancia de éstos— mediante una obligación o promesa de abastecerse, en lo que respecta a la totalidad o a gran parte de sus necesidades, exclusivamente en dicha empresa, constituye una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado, tanto si la obligación de que se trata ha sido estipulada sin más, como si es la contrapartida de la concesión de descuentos;

que lo mismo puede decirse cuando dicha empresa, sin vincular a los compradores mediante una obligación formal, aplica, ya sea en virtud de acuerdos celebrados con esos compradores, ya sea unilateralmente, un sistema de descuentos por fidelidad, es decir, de bonificaciones sujetas a la condición de que el cliente se abastezca en lo que respecta a la totalidad o a una parte importante de sus necesidades —cualquiera que sea el importe, grande o pequeño, de sus compras— exclusivamente en la empresa que está en posición dominante;

- 90 que, en efecto, los compromisos de abastecimiento exclusivo de este tipo, con o sin contrapartida de reducciones de precios o la concesión de descuentos por fidelidad para estimular al comprador a abastecerse exclusivamente en la empresa en posición dominante, son incompatibles con el objetivo de una competencia no falseada en el mercado común porque no se basan —salvo circunstancias excepcionales que pudiesen hacer admisible un acuerdo entre empresas en el marco del artículo 85, y en particular del apartado 3 de esta disposición— en una prestación económica que justifique esa carga o esa ventaja, sino que pretenden quitar al comprador, o limitarle, la posibilidad de elección en lo que respecta a sus fuentes de abastecimiento e impedir a otros productores el acceso al mercado;

que, a diferencia de lo que sucede con los descuentos cuantitativos, relacionados exclusivamente con el volumen de compras efectuadas al productor de que se trate, el descuento por fidelidad pretende impedir, mediante la concesión de una ventaja financiera, que los clientes se abastezcan en los fabricantes competidores;

que, además, los descuentos por fidelidad producen el efecto de aplicar a las empresas con las que se mantienen relaciones comerciales condiciones distintas para prestaciones equivalentes, en la medida en que dos compradores de la misma cantidad de un mismo producto pagan un precio diferente según se aprovisionen exclusivamente en la empresa en posición dominante o tengan varias fuentes de abastecimiento;

que, por último, estas prácticas por parte de una empresa que ocupa una posición dominante y, especialmente, en un mercado en expansión, tienden a consolidar esa posición mediante una competencia no basada en prestaciones y, por tanto, falseada.

- 91 Considerando que, para descartar la calificación de explotación abusiva de posición dominante, no se puede aceptar la interpretación propuesta por la demandante, según la cual la explotación abusiva implica que el empleo del poder económico que confiere la posición dominante sea el medio gracias al cual se ha realizado el abuso;

que el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia.

Sección 4. Naturaleza de los descuentos controvertidos

- 92 Considerando que la demandante mantiene, no obstante, que los descuentos acordados no eran descuentos por fidelidad, sino cuantitativos, y que correspondían a una prestación económica del cliente que justificaba una contraprestación de ese tipo.
- 93 Considerando que procede, en el examen de este motivo, distinguir entre los contratos que prevén descuentos con porcentaje uniforme y los que prevén descuentos con porcentaje creciente.

a) En cuanto a los contratos que prevén descuentos con porcentaje uniforme

94 Considerando, en primer lugar, que la tesis de la demandante no puede admitirse en lo que respecta a los contratos que prevén un descuento con porcentaje uniforme;

95 que, en efecto –y sin perjuicio de la observación de que en caso de exclusividad formalmente aceptada, el hecho de que se conceda o no un descuento es, a fin de cuentas, irrelevante– ninguno de dichos contratos contiene compromisos acerca de cantidades determinadas, aunque sean sólo estimadas, o compromisos relacionados con el volumen de compras, sino que todos se refieren a las «necesidades» o a una parte proporcional de éstas;

que, además, en la mayoría de dichos contratos, las propias partes se refieren a la cláusula como un descuento por fidelidad (American Cyanamid, Organon, Provimi, Ralston Purina, Trouw) o utilizan términos que resaltan claramente la relación entre la exclusividad y el descuento concedido;

96 que el contrato Dawe's prevé que el descuento se concede en «contrapartida» (in return) de la exclusividad aceptada; que en el contrato Ramikal se habla de un «descuento confidencial» (vertraulicher Jahresbonus), que «constituye una auténtica prima por sus compras a Roche» (eine echte Vergütung auf ihre Bezüge van Roche) y que es independiente de las reducciones cuantitativas a las que Ramikal sigue teniendo derecho;

que, sin duda, en cuatro contratos, a saber, Afico/Nestlé, Capsugel/Parke Davis, Provimi (a partir de 1974) y Upjohn, el descuento concedido en todas las compras se concede, según dice el texto de dichos contratos, por el hecho de que esos clientes garantizan a Roche el pago de las facturas que resultan de los pedidos hechos directamente por las filiales de dichos clientes;

que, sin embargo, es difícil admitir que unos descuentos calculados en todos los aspectos sobre las mismas bases que los que, en otros contratos, se reconoce que son descuentos por fidelidad, puedan ser contrapartida de un compromiso por parte de sociedades de dimensiones mundiales como Nestlé, Parke Davis y Upjohn, con el objeto garantizar a Roche la solvencia de sus filiales;

que tampoco puede admitirse la alegación de Roche de que se trata, por lo menos en el caso de determinadas vitaminas, tales como la biotina (vitamina H), de descuentos de lanzamiento, dado que los contratos ni hacen ni permiten hacer distinción alguna, según su función, entre los diferentes descuentos fijados de modo general y uniforme para todas las necesidades de cada cliente o para gran parte de las mismas.

b) En cuanto a los contratos que prevén descuentos con porcentaje creciente

- 97 Considerando que varios de los contratos objeto del litigio, a saber, Beecham (1972, 1973, 1974), Isaac Spencer (1973, 1974), Nitrovit (1973, 1974), Pauls and Whites (1972, 1973, 1974), contienen, por un lado, un compromiso que se refiere a «la mayor parte» de las necesidades del comprador y, por otro lado, una cláusula de descuento que prevé una bonificación cuyo porcentaje aumenta –por lo general del 1 % al 2 % y luego al 3 %– según se haya cubierto, durante un período de un año, un porcentaje mayor o menor de las necesidades estimadas del comprador, dado que los contratos contienen en todos los casos una estimación del valor (en libras esterlinas) de las necesidades totales y además, en dos casos (Pauls and Whites 1972, Beecham 1972) una estimación de la cantidad de cada uno de los tipos de vitaminas a que se refiere el contrato;

que, a modo de ejemplo, puede citarse el contrato Beecham (1 de abril de 1972-31 de marzo de 1973) en el que las necesidades anuales se evaluaban en 300.000 £ como máximo, por lo que el descuento previsto era del 1 % si el volumen de negocios llegaba al 60 %, o sea a 180.000 £, del 1,5 % si llegaba al 70 %, o sea a 210.000 £, y del 2 % si llegaba al 80 %, o sea a 240.000 £;

que los métodos son parecidos en los demás contratos, variando la estimación de las necesidades de caso en caso y de año en año, con el fin, evidentemente, de adaptarla a la capacidad de absorción que tenga el cliente.

- 98 Considerando que, si bien los contratos controvertidos contienen elementos que, a primera vista, parecen de tipo cuantitativo en lo que respecta a su relación con la concesión de un descuento total, su examen muestra, sin embargo, que se trata en realidad de una forma especialmente elaborada de descuento por fidelidad;

99 que, en primer lugar, es notable que esa forma concreta de descuento se encuentre precisamente en contratos en los que el compromiso de abastecimiento ha sido redactado de la forma menos vinculante, es decir, «la mayor parte de sus necesidades», dejando a dicho comprador una considerable libertad de acción;

que el carácter ambiguo del compromiso redactado de este modo se corrige, en gran medida, mediante una estimación de las necesidades anuales y mediante la concesión de un descuento que aumenta en función del porcentaje de las necesidades que se cubran y este tipo creciente constituye, evidentemente, un poderoso estímulo para cubrir el mayor porcentaje de dichas necesidades con productos de Roche;

100 que este método de calcular los descuentos se diferencia de la concesión de descuentos cuantitativos relacionados exclusivamente con el volumen de las compras efectuadas al productor de que se trate, en que los descuentos controvertidos no dependen de cantidades fijadas objetivamente y válidas para todos los posibles compradores, sino de estimaciones realizadas, caso por caso, para cada cliente según la capacidad de absorción que se supone que éste tiene, siendo el objetivo no la máxima cantidad, sino las máximas necesidades;

101 que, por tanto, la Comisión estaba en lo cierto también al considerar que dichos contratos incluían descuentos por fidelidad constitutivos de explotación abusiva de una posición dominante.

Sección 5. La cláusula inglesa

102 Considerando que todos los contratos controvertidos, menos cinco (Animedica International, Guyomarc'h, Merck B₆, Protector y Upjohn) contienen una cláusula, llamada cláusula inglesa, según la cual si el cliente obtiene de la competencia ofertas de precios más favorables que los que resultan de la aplicación de los contratos objeto de litigio, puede pedir a Roche que ajuste sus precios a dicha oferta; si Roche no se atiende a esta petición, el cliente está autorizado, no obstante su compromiso de abastecimiento exclusivo, a aprovisionarse en dicho competidor, sin perder

por ello los descuentos por fidelidad previstos en los contratos para las otras compras ya efectuadas o por efectuar a Roche.

- 103 Considerando que, según la demandante, esta cláusula destruye el efecto restrictivo que tienen sobre la competencia tanto los acuerdos de exclusividad como los descuentos fidelidad;

que, especialmente para los contratos que no incluyen una obligación expresa de abastecimiento exclusivo, la cláusula inglesa elimina «el efecto de atracción» de los descuentos de que se trata, ya que el cliente no se encuentra ante la alternativa de aceptar ofertas de Roche menos ventajosas para él o de perder, para todas las compras ya efectuadas a Roche, los descuentos por fidelidad previstos.

- 104 Considerando que indudablemente esta cláusula permite remediar algunas de las injustas consecuencias que podrían tener para los compradores las obligaciones de abastecimiento exclusivo o los descuentos por fidelidad globales, cuando se han aceptado por períodos relativamente largos;

que, sin embargo, debe señalarse que la posibilidad de que el comprador explote la competencia en su propio beneficio es más limitada de lo que parece a primera vista;

- 105 que la cláusula, además de no figurar en los contratos Guyomarc'h, Merck B₆, Animedica International, Protector y Upjohn, está sujeta a condiciones que limitan su alcance y, de hecho, dejan a Roche una amplia facultad discrecional en lo que respecta a la posibilidad de que el cliente la invoque;

que, en varios contratos, no sólo se especifica que la oferta debe emanar de competidores serios, sino también de competidores importantes que operen al mismo nivel que Roche, o también que las ofertas deben ser comparables no sólo en cuanto a la calidad del producto, sino también en lo que se refiere a la continuidad de la oferta, lo que, al eliminar un abastecimiento más favorable, pero ocasional, refuerza la exclusividad;

que, otras veces, se dice que la oferta debe venir de productores, excluyendo a «brokers» o agentes comerciales, lo que elimina a competidores no europeos que operan en el mercado a través de empresas comerciales, como se

comprobó con ocasión del examen contradictorio de las cuotas de mercado que efectuaron las partes a petición de este Tribunal;

que, en una serie de contratos, la cláusula inglesa está directamente relacionada con la garantía de Roche de ofrecer los mejores precios «del mercado local» y únicamente opera dentro de esos límites, lo cual no sólo reduce su alcance, sino que crea una compartimentación de los mercados, incompatible con el mercado común.

106 Considerando, además, que la cláusula inglesa no elimina la discriminación resultante de los descuentos por fidelidad entre compradores que se encuentran en condiciones idénticas, según se reserven o no su libertad de abastecimiento.

107 Considerando que sobre todo procede señalar que, aun en las circunstancias más favorables, la cláusula inglesa no remedia sensiblemente el falseamiento de la competencia provocado por las cláusulas de abastecimiento exclusivo y los descuentos por fidelidad en un mercado en el que opera una empresa en posición dominante y en el que, por ello, la estructura de la competencia ya está debilitada;

que, efectivamente, al obligar a los clientes de Roche a revelarles las ofertas más favorables hechas por la competencia y a hacerlo con los detalles antes mencionados —de manera que sea fácil para Roche identificar a ese competidor— la cláusula inglesa, por su propia naturaleza, pone a disposición de la demandante datos sobre la situación del mercado y sobre las posibilidades e iniciativas de sus competidores, que le son especialmente valiosos para llevar a cabo su estrategia de mercado;

que el hecho de que una empresa en posición dominante exija a sus clientes o haga que éstos se obliguen bajo contrato a comunicarle las ofertas de la competencia, cuando esos clientes pueden tener un interés comercial evidente en no revelarlas, puede agravar el carácter abusivo de la explotación de la posición dominante.

que, por último, en virtud del mecanismo de la cláusula inglesa, es a la propia Roche a quien corresponde decidir, según ajuste sus precios o no, si admite el juego de la competencia;

108 que, de este modo, puede variar, gracias a los datos que le proporcionan sus propios clientes, su estrategia de mercado a estos últimos y respecto a sus competidores;

que de todo lo expuesto resulta que la Comisión interpretó y aplicó correctamente el artículo 86 del Tratado al considerar que las cláusulas inglesas que figuran en los contratos controvertidos no eran de tal naturaleza que pudiesen sustraer a éstos a la calificación de explotación abusiva de posición dominante.

Sección 6. Aplicación de los criterios adoptados a los contratos controvertidos (con excepción de Unilever y Merck)

109 Considerando que los contratos que contienen una obligación expresa de exclusividad en lo que se refiere a cubrir la totalidad (Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Ralston Purina y Upjohn) o un porcentaje muy importante (Animedica Deutschland, Animedica International, American Cyanamid y Guyomarc'h) de las necesidades de vitaminas de los compradores o de sus necesidades de determinados grupos de vitaminas que se especifican en los contratos, reúnen los requisitos que determinan la existencia de una conducta contraria a las normas sobre la competencia, como la descrita, y constitutiva de explotación abusiva de posición dominante;

que lo mismo se aplica a los contratos en los que el comprador se compromete a reservar a Roche el abastecimiento de la «mayor parte» (major part, überwiegender Teil) de sus necesidades (Beecham, Pauls and Whites, Nitrovit, Isaac Spencer, Ramikal y Trouw), especialmente en la medida en que se corrige el carácter menos restrictivo de la expresión utilizada, como se ha demostrado más arriba, mediante la concesión de descuentos especialmente concebidos para ejercer ese efecto corrector.

110 Considerando que las mismas conclusiones se imponen en lo que respecta a los contratos que, si bien puede ser dudoso que incluyan un compromiso firme de abastecimiento, ofrecen, mediante la concesión de los descuentos analizados anteriormente, un poderoso estímulo para que los compradores reserven a Roche la exclusividad del abastecimiento en lo que se refiere a la

totalidad o a parte de sus necesidades de vitaminas, o de determinados grupos de vitaminas;

que la Comisión estaba en lo cierto al señalar (n^{os} 11 y 24 de la Decisión impugnada) que dicho estímulo aún resulta más fuerte si se tiene en cuenta el hecho de que el descuento se prevé para todas las compras de los diferentes grupos de vitaminas, de forma que el comprador, si quiere dirigirse —en circunstancias distintas a aquéllas en que se aplica la cláusula inglesa, cuyo alcance ya ha sido examinado— a un productor de la competencia para obtener una vitamina, no podrá hacerlo ya que perdería el descuento en lo que respecta a todas las demás vitaminas que sigue comprando a Roche;

- 111 que, teniendo en cuenta el hecho, admitido tanto por la demandante como por la Comisión, de que los diferentes grupos de vitaminas constituyen productos no intercambiables y mercados distintos, este sistema de descuentos sobre las compras globales constituye, además, una práctica abusiva en el sentido del último párrafo del artículo 86 en la medida en que pretende «subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por las otras partes contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guardan relación alguna con el objeto de dichos contratos»;

que, por último, procede señalar que, aun cuando, como mantiene Roche, la inobservancia de su compromiso de abastecimiento exclusivo por parte del comprador no expusiera a éste a acciones por incumplimiento de contrato, sino que sólo produjera el efecto de hacerle perder los descuentos prometidos, esos contratos siempre implicarían un estímulo para reservar la exclusividad a Roche lo suficientemente grande como para constituir, sólo por esa razón, una explotación abusiva de posición dominante.

Sección 7. Aplicación de los criterios adoptados a los contratos Merck y Unilever

a) Los contratos Merck

- 112 Considerando que Roche celebró tres contratos con Merck, el primero de fecha 5 de julio de 1971, relativo al abastecimiento a Merck de vitamina B₆,

el segundo de 3 de marzo de 1972, relativo a su abastecimiento de vitamina A, y el tercero, de igual fecha, relativo a su abastecimiento de vitamina E;

- 113 que en el preámbulo del primer contrato, que se refiere a un producto en el que la cuota de mercado de la demandante es de alrededor del 80 %, se manifiesta que «Roche va a doblar próximamente la capacidad de sus instalaciones de producción, que actualmente es de unas 500 toneladas al año» y, por tanto, tiene interés en cubrir parte de las necesidades de Merck y que «Merck está dispuesta a cubrir sus necesidades con productos de Roche, en las condiciones que se fijan a continuación, siempre que dichas necesidades sean superiores a su capacidad actual, que es de unas 200 toneladas al año»;

que, según las estipulaciones 6 y 7 de dicho contrato, el precio que debe pagar Merck es el precio medio de venta del mismo producto a terceros, con un descuento del 20 %, entendiéndose que Roche «aplicará en todos los casos a Merck los precios y/o condiciones más favorables»;

que, según la estipulación 12, se prohíbe a Merck revender dichas vitaminas a competidores de Roche sin autorización de ésta;

que, según la estipulación 11, Roche se compromete a abastecerse exclusivamente en Merck, y Merck se compromete a abastecer la totalidad de las necesidades de Roche de «éster fosfórico de pirodoxina 5» en las mismas condiciones que las previstas para el abastecimiento a Merck de vitamina B₆;

que, según la estipulación 13 del contrato, éste se celebra por un período de cinco años y luego es renovable por tácita reconducción de dos en dos años;

que el contrato no contiene la denominada cláusula inglesa.

- 114 Considerando que los otros dos contratos, de fecha de 3 de marzo de 1972 y relativos al abastecimiento a Merck de vitaminas A y E, tienen, en general, las mismas características que el que se acaba de analizar;

que se diferencian entre ellos en que el relativo a la vitamina E dice en su preámbulo que «próximamente Roche debe ampliar de forma notable sus instalaciones de producción de vitamina E y desearía, por tanto, ocuparse del

abastecimiento regular de Merck» mientras que el contrato que se refiere a la vitamina A no contiene ninguna declaración de ese tipo;

que ninguno de los dos contratos de 3 de marzo de 1972 —a diferencia de lo que ocurre con el de 5 de julio de 1971— prevé un abastecimiento exclusivo recíproco, pero ambos contienen una cláusula según la cual Merck queda libre de su obligación de compra exclusiva si recibe una oferta más favorable y Roche no ajusta sus precios;

que, por último, estos dos contratos prohíben a Merck revender las vitaminas a que se refieren a competidores de Roche sin autorización de ésta.

- 115 Considerando que de las especiales características descritas se desprende que las obligaciones de abastecimiento exclusivo asumidas por Merck tenían como objetivo, en lo que respecta a las vitaminas B₆ y E, asegurar a Roche por adelantado un mercado estable para una producción cuyo aumento se planeaba y sustraer, por lo menos, una parte sustancial de esa producción adicional a los riesgos de la competencia;

que una obligación de abastecimiento exclusivo de estas características y de esta duración en favor de una empresa que ocupa una posición dominante constituye, por parte de tal empresa, una explotación abusiva en el sentido del artículo 86 del Tratado;

que, aunque no se ha expresado el mismo objetivo en lo que respecta a la vitamina A y aunque no se excluya la posibilidad de que este contrato corresponda —como hacen suponer varias especificaciones técnicas estrictas que figuran en el texto— al deseo de Merck de garantizar un abastecimiento regular y constante de un producto del que ella misma sólo fabrica pequeñas cantidades, este hecho no excluye la prohibición de que una empresa en posición dominante vincule a sus compradores mediante obligaciones de abastecimiento exclusivo, sobre todo por períodos tan largos como los previstos en dicho contrato;

que la obligación de abastecimiento exclusivo, junto con la concesión de descuentos especialmente considerables, según los casos del 12,5 al 20 % (vitamina A), del 15 al 20 % (vitamina E) y del 20 % (vitamina B₆), y con la

prohibición de reventa a productores de vitaminas, demuestra la intención de limitar la competencia.

- 116 Considerando que procede señalar que en casos como el de autos, sobre todo en lo que se refiere al contrato de 5 de julio de 1971, que implica compromisos recíprocos de abastecimiento exclusivo, podría plantearse la cuestión de si la conducta controvertida entra en el ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado y posiblemente del apartado 3 de dicha disposición;

que la circunstancia de que unos acuerdos de este tipo puedan entrar en el ámbito de aplicación del artículo 85, y especialmente de su apartado 3, no excluye, sin embargo, la aplicación del artículo 86, ya que esta disposición se refiere, de forma expresa, a situaciones nacidas evidentemente de relaciones contractuales, por lo que, en estos casos, teniendo en cuenta sobre todo la naturaleza de los compromisos recíprocos contraídos y la posición de competencia de las diversas partes contratantes en el mercado o mercados a que pertenezcan, la Comisión puede seguir el procedimiento basándose tanto en el artículo 85 como en el artículo 86.

b) Los contratos Unilever

- 117 Considerando que Roche celebró tres contratos con Unilever el 9 de enero de 1974;

- 118 que el primero, formalizado por Food Industries Ltd., que actuaba como agente de Unilever, con la filial de Roche en el Reino Unido, contiene, en primer lugar, una estimación de las necesidades de vitamina sintética A, tipo b), del comprador, necesidades evaluadas en 130-134 billones de unidades internacionales para el año 1974;

que el contrato prevé, además, que seguirá en vigor durante 1975 y que el comprador comunicará la estimación de sus necesidades en diciembre de 1974, a más tardar;

que el segundo, formalizado entre las mismas partes, se refiere a las entregas de vitamina A, que no sea del tipo b), y por lo demás contiene las mismas estipulaciones que el primero;

que el tercer contrato se celebró directamente entre Roche (Basilea) y Unilever Inkoop Mij (Rotterdam) y prevé 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 en los tres contratos se estipulan los precios convenidos, sujetos además, en el caso de los contratos celebrados con Food Industries Ltd., a una cláusula que se refiere a los tipos de cambio;

que estos tres contratos no prevén descuentos, pero en los dos celebrados con Food Industries Ltd., Roche garantiza que aplicará a Unilver cualquier precio más favorable que conceda a terceros, mientras que en el contrato continental se prevé que si Unilever recibe ofertas más ventajosas de la competencia, Roche ajustará sus precios o autorizará al comprador a comprar a la competencia la cantidad de que se trate.

- 120 Considerando que el texto de estos contratos no deja ninguna duda acerca de que su finalidad es que Roche cubra la totalidad de las necesidades de Unilever en lo que respecta a la vitamina referida por un período que abarca los años 1974 y 1975;

que, tratándose de contratos que contienen un compromiso formal de abastecimiento exclusivo, la cuestión de si en ellos figura o no una cláusula por la que se conceden descuentos no es decisiva para calificarlos con respecto al artículo 86 del Tratado;

que el hecho de que la parte con quien Roche celebró el contrato sea a su vez una empresa pujante y de que dicho contrato no sea, evidentemente, el resultado de una presión ejercida por Roche sobre la otra parte contratante no excluye la posibilidad de que exista una explotación abusiva de posición dominante, dado que tal explotación consiste en este caso en el menoscabo adicional que la obligación de abastecimiento exclusivo implica para la estructura de la competencia de un mercado en el que, debido a la presencia de una empresa en posición dominante, el grado de competencia está ya debilitado;

que este tipo de acuerdos sólo podría ser admisible en el contexto y bajo las condiciones previstas en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado, pero ninguna de las partes contratantes consideró necesario recurrir a esa posibilidad.

- 121 Considerando que el examen de los contratos objeto de litigio, tanto los celebrados con Merck como con Unilever, no revela ninguna característica especial que permita sustraerlos al concepto de explotación abusiva, que corresponde en principio a cualquier compromiso de abastecimiento exclusivo en favor de una empresa en posición dominante.

III. El efecto sobre la competencia y sobre el comercio entre Estados miembros

- 122 Considerando que la demandante niega que la diferencia entre los precios que, mediante los descuentos por fidelidad, permite que paguen sus distintos clientes, según éstos acepten o no que sea ella exclusivamente quien los abastezca, pueda ocasionarles una desventaja competitiva, en el sentido de la letra c) del artículo 86 del Tratado, ya que dicha diferencia no puede tener un efecto apreciable sobre la competencia que los clientes de Roche se hagan entre ellos;

que, además, en su réplica, la demandante parece mantener que la conducta que se le imputa no es de tal naturaleza que pueda obstaculizar el comercio entre Estados miembros.

- 123 Considerando, en lo que respecta al primer punto, que tanto el tenor de los contratos litigiosos como las consideraciones expuestas en el Management Information y en el acta de la reunión de Unilever y Roche, celebrada en Londres el 11 de diciembre de 1972, muestran claramente la importancia que la propia Roche da a los descuentos que concede;

que, en tales circunstancias, no puede admitirse que estos descuentos no tengan ninguna importancia para la clientela;

que, además, en el ámbito de aplicación del artículo 86, dado que se trata de las actividades de una empresa en posición dominante en un mercado en el

que por esa razón la estructura de la competencia ya está debilitada, toda restricción adicional de dicha estructura puede constituir una explotación abusiva de posición dominante.

- 124 Considerando, en lo que respecta a la cuestión de si ha sido afectado el comercio entre Estados miembros, que es un hecho acreditado que el mercado de cada una de las vitaminas consideradas comprende todo el territorio de la Comunidad, que en principio se extendía a seis y luego a nueve Estados miembros;
- 125 que las prohibiciones contenidas en los artículos 85 y 86 deben interpretarse y aplicarse a la luz de la letra f) del artículo 3 del Tratado, que prevé que la acción de la Comunidad llevará consigo el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común, y del artículo 2 del Tratado, que confiere a la Comunidad la misión de promover «un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad»;

que, al prohibir la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, el artículo 86 se refiere, por tanto, no sólo a las prácticas que pueden causar un perjuicio directo a los consumidores, sino también a las que les perjudican indirectamente al atentar contra una estructura de competencia efectiva, como la contemplada en la letra f) del artículo 3 del Tratado;

- 126 que, además, la propia redacción de varias de las cláusulas inglesas implica el mantenimiento de la compartimentación de mercados, lo que permite especialmente practicar precios diferentes de un Estado miembro a otro, y esta conclusión queda confirmada por el hecho, ya señalado anteriormente, de que las variaciones de precios, para una misma vitamina en una misma época, eran muy diferentes de un Estado miembro a otro.
- 127 Considerando que de todo lo expuesto resulta que la conducta controvertida podía afectar a la competencia y al comercio entre los Estados miembros.

Cuarto motivo: la multa

a) Sobre la indeterminación de las normas que implican sanciones

128 Considerando que la demandante alega que, debido a la generalidad y a la indeterminación de los conceptos de «posición dominante» y de «explotación abusiva» de dicha posición, mencionados en el artículo 86 del Tratado, la Comisión no habría podido imponerle multas por infringir esta disposición sino después de que esos conceptos se hubiesen concretado, bien por la práctica administrativa o bien por la jurisprudencia, de modo que los justiciables supieran a qué atenerse.

129 Considerando que, en virtud del artículo 87 del Tratado, el Consejo tenía que adoptar las disposiciones necesarias especialmente para «garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en el apartado 1 del artículo 85, y en el artículo 86, mediante el establecimiento de multas y multas coercitivas»;

que, en cumplimiento de esta disposición, adoptó el Reglamento nº 17, de 6 de febrero de 1962, cuyo apartado 2 del artículo 15, prevé que la Comisión puede, mediante Decisión, imponer a las empresas y asociaciones de empresas multas, cuyo importe máximo se determina en dicho artículo, cuando, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85 o en el artículo 86 del Tratado;

que, por otra parte, según el artículo 2 del mismo Reglamento, «la Comisión podrá certificar a petición de empresas y asociaciones de empresas interesadas, que no ha lugar, por su parte, en función de los elementos de que tiene conocimiento, a intervenir en relación con un acuerdo, decisión o práctica en virtud de las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado»;

130 que, por tanto, desde 1962 las empresas sabían, por un lado, que se expondrían a multas si no observaban las prohibiciones del artículo 86 y, por otro lado, que, gracias a un procedimiento especialmente previsto, podían ser informadas acerca del ámbito de aplicación de dichas prohibiciones en lo que a ellas se refiere;

que, además, a pesar de los términos inevitablemente generales del artículo 86, la naturaleza de estas prohibiciones y sus condiciones de aplicación no eran indeterminadas ni imprevisibles, como alega Roche.

131 Considerando que el artículo 86 del Tratado, tal como había sido aplicado anteriormente, implicaba en el período comprendido entre 1970 y 1974, utilizado por la Comisión para la determinación de la multa, un grado de previsión lo bastante amplio como para que Roche pudiese tenerlo eficazmente en cuenta, al decidir cómo actuar en lo que se refiere tanto al hecho de ocupar una posición dominante como a las prácticas que se le imputan;

132 que el artículo 86, cuando se refiere a la existencia de una posición dominante y prohíbe su explotación abusiva, se inscribe en un conjunto sistemático de disposiciones —como son la letra f) del artículo 3, el apartado 1 del artículo 37, el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 40 y los artículos 85 y 90 del Tratado— que persiguen todas el objetivo de establecer, en un mercado que tiene las características de un mercado único, una competencia efectiva y no falseada;

que, además, cuando el artículo 86 utiliza las expresiones de «posición dominante» y «explotación abusiva», se remite a conceptos que no son nuevos, sino que ya han sido, en lo fundamental, concretados por la práctica de las autoridades encargadas en la mayoría de los Estados miembros de controlar y reprimir las conductas contrarias a las normas sobre la competencia;

133 que, en lo que respecta especialmente al concepto de posición dominante, un operador económico perspicaz no dudaría de que la posesión de cuotas de mercado importantes, aunque ésta no sea necesariamente ni en todos los casos el único indicio que determine la existencia de una posición dominante, tiene, no obstante, a este respecto, una importancia considerable que debe tener necesariamente en cuenta en relación con su posible conducta en el mercado;

que dicha valoración del alcance del artículo 86 no presentaba para Roche, en todo caso por lo que respecta a la mayoría de los mercados de referencia, ningún elemento de imprevisibilidad ni siquiera de duda razonable;

134 que, en lo referente a la compatibilidad de los descuentos por fidelidad con la prohibición del artículo 86, además de la experiencia que toda empresa de la importancia de la demandante y que opere en todo el mercado común debía tener de la práctica de las autoridades encargadas en los Estados miembros de aplicar el Derecho sobre la competencia, la formulación precisa de la letra b) del artículo 86, que se refiere a la limitación del mercado, la de la letra d) del mismo artículo, que prohíbe subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos, y especialmente la de la letra c) del mismo artículo, que se refiere al hecho de aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, indican que la aplicación de esta disposición a un sistema de abastecimiento exclusivo y de descuentos, como el desarrollado por la demandante, no era imprevisible;

que aún hay menos motivo para admitir la imprevisibilidad alegada por Roche si se considera que un operador económico atento debía tener en cuenta por lo menos la posibilidad, si no la probabilidad, de dicha aplicación y que el artículo 2 del Reglamento nº 17 permitía concretar, con carácter preventivo, la aplicación del artículo 86 a los casos dudosos; sin embargo, la demandante no estimó que debía utilizar esa posibilidad de obtener la seguridad jurídica cuya falta denuncia ahora.

135 Considerando que la demandante invoca, por último, la Decisión de la Comisión, de 5 de diciembre de 1969 (DO L 323, p. 21), relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE (IV-24.470-1, Pirelli/Dunlop);

que, según ella, de dicha Decisión se desprende que los acuerdos de abastecimiento exclusivo recíprocos son admisibles siempre que contengan una cláusula inglesa.

136 Considerando que la Decisión invocada se refería a un acuerdo celebrado entre dos empresas que no ocupaban una posición dominante en el mercado, relativo a la fabricación, por cuenta recíproca, de neumáticos y que debía facilitar a cada una de las partes la penetración en el mercado de la otra;

que, además, la cláusula relativa al ajuste de precios en el acuerdo Dunlop/Pirelli no estaba sujeta a las numerosas restricciones y condiciones

que se encuentran en los contratos controvertidos y que limitan notablemente el alcance de dicha cláusula;

que una empresa en posición dominante no podía razonablemente creer que un certificado negativo expedido en tales circunstancias serviría de precedente para justificar su propia conducta en el marco del artículo 86;

- 137 que de las consideraciones anteriores se desprende que debe desestimarse el motivo referente a la indeterminación de los conceptos contenidos en el artículo 86.

b) Sobre la aplicación del artículo 15 del Reglamento nº 17

- 138 Considerando que la demandante alega también que del conjunto de los autos y de su propia conducta resulta que no puede considerarse que actuara deliberadamente o por negligencia cuando opinaba, por un lado, que no ocupaba una posición dominante en los mercados de referencia y, por otro, que los contratos controvertidos eran compatibles con el artículo 86 del Tratado.

- 139 Considerando que las sugerencias e instrucciones contenidas en el Management Information y los otros documentos internos, relativos a la importancia y a los efectos que se esperaban de la celebración de acuerdos de abastecimiento exclusivo y de un sistema de descuentos por fidelidad en lo que respecta al mantenimiento de las cuotas de mercado de Roche, demuestran que la demandante llevaba a cabo deliberadamente una política comercial que pretendía impedir el acceso a los mercados a nuevos competidores;

que la proliferación, a partir de 1970, de los contratos de abastecimiento exclusivo o que inducen a la exclusividad confirma la existencia de ese propósito deliberado;

que, por otra parte, la magnitud de las cuotas de mercado de la demandante, en todo caso por lo que respecta a la mayor parte de los grupos de vitaminas, implica que su convicción de no ocupar una posición dominante sólo podía

ser fruto o bien de un estudio insuficiente de la estructura de los mercados en que operaba, o bien del hecho de negarse a tomar en cuenta esas estructuras;

que, por tanto, se reunían las condiciones de aplicación del artículo 15 del Reglamento nº 17.

c) Sobre el importe de la multa

- 140 Considerando, no obstante, que la instrucción del asunto ha puesto de manifiesto errores de apreciación de la Comisión en cuanto a la posición dominante de la demandante en el mercado de las vitaminas del grupo B₃;

que, además, en lo que se refiere a las cuotas de mercado que prueban la existencia de una posición dominante, la Comisión sólo ha dado detalles respecto a los años 1972, 1973, 1974 y, hasta cierto punto, respecto a 1971, de modo que la duración de la infracción que hay que tener en cuenta para fijar el importe de la multa debe reducirse a un período de poco más de tres años, inferior, por lo tanto, al de cinco años que tuvo en cuenta la Comisión;

que, por último, consta que, ya en la fase del procedimiento administrativo, Roche manifestó su conformidad para modificar los contratos controvertidos y de hecho los modificó de común acuerdo con los servicios de la Comisión;

- 141 que, habida cuenta de estos elementos, procede reducir el importe de la multa y parece justificado fijarlo en 200.000 unidades de cuenta, o sea, en 732.000 marcos alemanes, desestimándose el recurso en todo lo demás.

Costas

- 142 Considerando que, a tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte;

que, en virtud del apartado 3 del mismo artículo, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, o en circunstancias

excepcionales, el Tribunal de Justicia podrá imponerles el pago de sus propias costas en todo o en parte;

que han sido desestimadas algunas de las pretensiones de ambas partes y que, por tanto, procede repartir el pago de las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

decide:

- 1) **Reducir a 200.000 unidades de cuenta, o sea, a 732.000 DM, el importe de la multa impuesta a Hoffmann-La Roche AG, fijado por el párrafo primero del artículo 3 de la Decisión (IV – 29.020) de la Comisión, de 9 de junio de 1976, en 300.000 unidades de cuenta, o sea, en 1.098.000 DM.**
- 2) **Desestimar el recurso en todo lo demás.**
- 3) **Repartir el pago de las costas.**

Kutscher Mertens de Wilmars Mackenzie Stuart Donner Pescatore

Sørensen

O'Keefe

Bosco

Touffait

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 13 de febrero de 1979.

El Secretario
A. Van Houtte

El Presidente
H. Kutscher

Indice

Fundamentos de Derecho

Planteamiento del problema	230
Primer motivo: violación del principio de la determinación y de la previsibilidad de las normas que implican sanciones	232
Segundo motivo: irregularidades del procedimiento administrativo	232
Tercer motivo: infracción del artículo 86 del Tratado	236
I. Existencia de una posición dominante	237
Sección 1. Delimitación de los mercados de referencia	237
Sección 2. Estructura de los mercados de referencia	240
Sección 3. Importancia de los indicios sobre la existencia de una posición dominante tenidos en cuenta por la Comisión	242
Sección 4. Aplicación de los criterios pertinentes a los distintos grupos de vitaminas	248
a) En lo que respecta al grupo de la vitamina A	248
b) En lo que respecta al grupo de la vitamina B ₂	249
c) En lo que respecta al grupo de la vitamina B ₃	251
d) En lo que respecta al grupo de la vitamina B ₆	252
e) En lo que respecta al grupo de la vitamina C	253
f) En lo que respecta al grupo de la vitamina E	254
g) En lo que respecta al grupo de la vitamina H	255
h) Conclusión general	255
Sección 5. Conducta de la demandante en el mercado	255
II. Existencia de una explotación abusiva de una posición dominante	259
Sección 1. Consideraciones preliminares	259
Sección 2. Análisis de los contratos controvertidos	262
Sección 3. Calificación, respecto al artículo 86 del Tratado, de los compromisos de abastecimiento exclusivo y de los sistemas de descuentos	265

Sección 4. Naturaleza de los descuentos controvertidos	266
a) En cuanto a los contratos que prevén descuentos con porcentaje uniforme	267
b) En cuanto a los contratos que prevén descuentos con porcentaje creciente	268
Sección 5. La cláusula inglesa	269
Sección 6. Aplicación de los criterios adoptados a los contratos controvertidos (con excepción de Unilever y Merck)	272
Sección 7. Aplicación de los criterios adoptados a los contratos Merck y Unilever	273
a) Los contratos Merck	273
b) Los contratos Unilever	276
III. El efecto sobre la competencia y sobre el comercio entre Estados miembros	278
Cuarto motivo: la multa	280
a) Sobre la indeterminación de las normas que implican sanciones	280
b) Sobre la aplicación del artículo 15 del Reglamento nº 17	283
c) Sobre el importe de la multa	284
Costas	284