

l'impresa in posizione dominante di completare lo sfruttamento abusivo della posizione ch'essa detiene.

8. Gli sconti di fedeltà fanno sì che vengano applicate a controparti commerciali condizioni diverse per prestazioni equivalenti, in quanto due acquirenti

delle stesse quantità del medesimo prodotto pagano prezzi diversi a seconda che si riforniscano esclusivamente presso l'impresa in posizione dominante o diversifichino le loro fonti di approvvigionamento.

Nella causa 85/76,

DITTA HOFFMANN-LA ROCHE & CO. AG, con sede in Basilea, con gli avvocati A. Deringer e J. Sedemund, del foro di Colonia, con domicilio eletto in Lussemburgo presso l'avv. E. Arendt, C.P. 39,

ricorrente,

contro

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Bruxelles, rappresentata dal suo consigliere giuridico sig. E. Zimmermann e con domicilio eletto in Lussemburgo presso il sig. Mario Cervino, edificio Jean Monnet, Kirchberg,

convenuta,

causa avente ad oggetto l'annullamento della decisione della Commissione 9 giugno 1976, relativa ad un procedimento per l'applicazione dell'art. 86 del Trattato CEE (IV/29.020 — vitamine),

LA CORTE,

composta dai signori: H. Kutscher, presidente; J. Mertens de Wilmars e Mackenzie Stuart, presidenti di Sezione; A. M. Donner, P. Pescatore, M. Sørensen, A. O'Keeffe, G. Bosco e A. Touffait, giudici;

avvocato generale: G. Reischl;
cancelliere: A. Van Houtte,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

In fatto

I fatti e gli argomenti svolti dalle parti nella fase scritta si possono così riassumere.

I — Gli antefatti e il procedimento

Con decisione 9 giugno 1976 (GU L 223 del 16 agosto 1976, pag. 27) la Commissione, convenuta nella presente causa, constatava (art. 1) che la soc. Hoffmann-La Roche e Co. AG di Basilea (in prosieguo Roche), ricorrente, aveva commesso un'infrazione dell'art. 86 del Trattato «stipulando contratti che obbligano o, mediante l'applicazione di premi di fedeltà, inducano gli acquirenti a riservare alla Hoffmann-La Roche un'esclusiva o una preferenza per la copertura della totalità o di una parte rilevante del loro fabbisogno in vitamine».

All'art. 2, la stessa decisione stabiliva che la ricorrente «è tenuta a porre immediatamente fine all'infrazione constatata», mentre, in virtù dell'art. 3, alla Roche veniva inflitta un'ammenda di 300 000 u.c., cioè 1 098 000 DM.

Il ricorso mira, in via principale, all'annullamento dell'intera decisione e, in subordine, all'annullamento dell'art. 3 di essa.

Detta decisione riguarda 26 contratti stipulati dalla Roche con 22 imprese indicate per nome e che svolgono nel mercato comune un'attività di produzione e/o di vendita di vitamine da usarsi nel settore dell'industria farmaceutica (25 %), in quello dell'alimentazione umana (15 %), o come additivi per l'alimentazione animale (60 %).

Secondo la decisione impugnata, ciascuno dei 13 gruppi di vitamine in que-

stione costituisce un mercato distinto. La Roche, che è il maggior produttore mondiale di vitamine non confezionate, produce 8 di questi 13 gruppi (A, B₁, B₂, B₃ (acido pantotenico), B₆, C, E ed H (biotina) ed opera sul mercato come rivenditore per gli altri (B₁₂, D, K, M (acido folico) e PP).

Tutte queste vitamine sono impiegate a causa delle loro proprietà bionutritive. Le vitamine C ed E sono inoltre usate a motivo delle loro proprietà chimiche (utilizzo tecnologico), specie come antiossidanti ed agenti di fermentazione. Nel loro impiego bionutritivo, esse non trovano concorrenza da parte di altri prodotti, mentre diversa è la situazione quanto al loro impiego tecnologico.

La decisione impugnata riguarda i mercati di 7 degli 8 gruppi prodotti dalla Roche, eccezion fatta per la vitamina B₁. In ciascuno di questi mercati la ricorrente gode di posizione dominante, da lei abusivamente sfruttata, intenzionalmente o per negligenza, mediante la stipulazione dei contratti litigiosi.

Detta decisione si fonda sui seguenti elementi:

A — *Struttura del mercato delle vitamine*

a) L'esame della struttura della produzione e dell'offerta di vitamine mette in ri-

salto che la produzione di ciascuno dei 13 gruppi summenzionati richiede grandi investimenti e necessita di attrezzature altamente specializzate, impiegate esclusivamente per un determinato gruppo. Per questo motivo, la capacità degli stabilimenti è determinata in base alle previsioni del fabbisogno per i 10 anni successivi, il che ha provocato una sovraccapacità sul piano mondiale, nonostante il fatto che il mercato delle vitamine sia in forte espansione.

b) La Roche è, non solo sul piano mondiale, ma anche nella sfera comunitaria, il fabbricante di maggior levatura e quello che ha la produzione comprendente il maggior numero di vitamine (ad eccezione, per quel che riguarda quest'ultimo punto, della Philips-Duphar, che però, per determinati gruppi vitaminici, ha una produzione trascurabile).

Le sue quote di mercato nell'ambito del mercato comune per i vari gruppi di vitamine, valutate sulla base dei rispettivi fatturati dei produttori, sono approssimativamente le seguenti (vedere punto 5 della decisione):

- Vitamina A: 47 %, mentre il secondo produttore non raggiunge che poco più della metà di questa percentuale;
- Vitamina B₂: 86 %, la restante parte del mercato è frazionata fra vari produttori;
- Vitamina B₃ (acido pantotenico): 64 %, un altro produttore detiene il 30 %;
- Vitamina B₆: 95 %;
- Vitamina C: 68 %, mentre il secondo produttore non raggiunge un quarto della quota di mercato Roche;
- Vitamina E: 70 %, la quota di mercato del secondo produttore è inferiore ad un terzo di quella della Roche;
- Vitamina H (biotina): 95 %.

Per le vitamine non prodotte, ma rivendute dalla Roche:

- Vitamina B₁₂: 13 %;
- Vitamina D: 10 %;
- Vitamina K: 10 %;
- Vitamina M (acido folico): 47 %;
- Vitamina PP: 68 %.

Il fatturato della Roche nel 1974 nel mercato comune rappresenta, rispetto alle vendite complessive delle stesse vitamine, il 65 % per le vitamine di sua produzione e il 60 % per le vitamine offerte in qualità di rivenditore.

Nel settore delle vitamine, la Roche possiede affiliate nel Belgio, nei Paesi Bassi, nella Repubblica federale di Germania, in Italia, in Francia, in Gran Bretagna e in Danimarca. L'affiliata tedesca, quella francese e quella britannica sono pure centri di produzione.

La decisione dichiara inoltre che la Roche gode di un vantaggio tecnologico rispetto alle sue concorrenti, a motivo della sua funzione di pioniere nella sintesi di varie vitamine, e che la sua rete commerciale è molto vasta e specializzata.

c) Quanto alla struttura della *domanda* di vitamine nel mercato comune, essa è caratterizzata dal fatto che, pur se la domanda è molto diversificata (Roche annovererebbe 5 000 clienti), la concorrenza dei produttori verte soprattutto sui «grossi utilizzatori» o gruppi multinazionali che acquistano, salvo alcune eccezioni, l'intera gamma di vitamine prodotte, mediante «ordinativi importanti».

Le 22 imprese che hanno stipulato con la Roche i contratti litigiosi hanno da lei acquistato, nel 1974, quantitativi pari a circa il 26 % delle vendite della Roche nel mercato comune e al 16 % delle vendite complessive (compresi tutti i produttori e rivenditori) sullo stesso mercato.

B — Comportamento della ricorrente

La Roche ha stipulato, dal 1964, contratti cosiddetti «di fedeltà», che le garantiscono l'esclusiva o la preferenza dei clienti. In base a detti contratti:

- i clienti hanno acquistato presso la Roche la totalità o la maggior parte del loro fabbisogno di vitamine prodotte dalla stessa;
- la Roche ha fornito ai migliori prezzi del mercato nazionale del cliente;
- ai clienti che avessero coperto tutto o gran parte del loro fabbisogno presso la Roche, questa avrebbe concesso uno sconto annuale o semestrale calcolato in base al volume delle ordinazioni totali. Lo sconto variava dall'1 al 5 %, salvo per un cliente, che poteva fruire del 12,5-20 %;
- la «clausola inglese» stabiliva che i clienti avrebbero informato la Roche delle offerte più vantaggiose delle sue sottoposte loro dai fabbricanti di maggior levatura. Se la Roche non si fosse allineata su tali prezzi, i clienti avrebbero avuto facoltà di acquistare presso detti fornitori, senza perdere il diritto al premio di fedeltà per i prodotti acquistati presso la Roche.

Vari documenti interni confermano gli elementi essenziali del «sistema di fedeltà» istituito dalla Roche e i vantaggi che essa ne trae. Il comportamento di cui trattasi è stato posto in essere mediante stipulazione di contratti tra la Roche e le società madri dei consumatori (contratti multinazionali) o tra le affiliate della Roche e consumatori ubicati nelle zone nelle quali operano dette affiliate (contratti nazionali). Con le 22 imprese in

questione sono stati stipulati 26 contratti, cioè 17 multinazionali e 9 nazionali.

C — Posizione dominante della ricorrente

In ciascuno dei 7 mercati in esame (A, B₂, B₆, C, E, biotina (H) e acido pantotemico (B₃)) la Roche gode di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato, dato il grado d'indipendenza globale di comportamento di cui essa fruisce, che le consente di ostacolare la concorrenza effettiva nell'ambito del mercato comune.

Questa posizione dominante risulta:

- 1) dalla quota di mercato detenuta dalla Roche, che varia dal 95 % per le vitamine B₆ e H al 47 % (il secondo produttore raggiunge appena la metà circa di questa percentuale) per la vitamina A;
- 2) dalla gamma più vasta di vitamine fabbricata dalla Roche. Poiché il fabbisogno di numerosi consumatori comprende diversi gruppi di vitamine, la Roche può praticare una politica di vendita, specie in materia di prezzi, molto meno dipendente dalle condizioni di concorrenza sui singoli mercati rispetto agli altri produttori;
- 3) dal fatto che la Roche è il maggior produttore mondiale nel campo delle vitamine e che il suo fatturato supera quello complessivo di tutti gli altri produttori;
- 4) dal fatto che, rispetto ai suoi concorrenti, essa gode di vantaggi tecnologici;

- 5) dal fatto che, rispetto ai suoi concorrenti, essa gode di vantaggi commerciali;
- 6) dall'assenza di concorrenza potenziale, in quanto l'accesso al mercato delle vitamine richiede investimenti cospicui e programmati a lunga scadenza.

D — L'abuso

Il comportamento della Roche costituisce abuso di posizione dominante in quanto è atto a pregiudicare la libertà di scelta e la parità di trattamento degli acquirenti, nonché a restringere la concorrenza fra produttori di vitamine non confezionate nel mercato comune; è pure idoneo a pregiudicare il commercio fra Stati membri;

- 1) l'esclusiva d'acquisto stipulata, per la totalità o per una parte preponderante del fabbisogno, è atta a privare i clienti di qualsiasi possibilità di scelta per quel che riguarda le loro fonti d'approvvigionamento. L'inosservanza dell'impegno d'esclusiva da parte del cliente lo priva del diritto al premio di fedeltà per tutti i suoi acquisti presso la Roche, indipendentemente dal gruppo di vitamine in questione;
- 2) inoltre, detta esclusiva pregiudica la concorrenza tra produttori di vitamine;
- 3) la «clausola inglese» riserva alla Roche la facoltà di decidere di volta in volta, a seconda delle circostanze, se consentire ad un concorrente di penetrare parzialmente su un mercato che la Roche si è riservato. Il cliente può infatti rivolgersi al concorrente solo se la Roche non è disposta a ridurre il suo prezzo. La clausola vale inoltre solo se l'offerta proviene da un concorrente «rinomato» nella zona in cui ha sede il cliente; la Roche quindi, se è interessata alla fornitura, o perché il quantitativo è notevole o perché il tipo di vitamina è interessante o, infine, perché il concorrente è rinomato, viene a trovarsi in condizione,

data la sua forza sul mercato, di allineare i suoi prezzi e di conservare l'esclusiva;

- 4) i premi di fedeltà si risolvono in discriminazioni vietate dall'art. 86c, sia a danno del cliente che non ne fruisce, sia a danno di coloro che fruiscono di sconti di minor entità;
- 5) il commercio tra Stati membri ne risente in quanto il comportamento criticato restringe le possibilità d'acquisto e di vendita dei consumatori e dei fornitori di vitamine non confezionate di Stati membri diversi e quindi esercita una influenza diretta sulle correnti di scambio tra Stati membri.

E — L'ammenda

Nel determinare l'ammenda la Commissione ha tenuto conto solo del periodo dal 1970, primo anno nel quale vi è stata una politica sistematica di contratti di fedeltà, fino a tutto il 1974, momento in cui i primi contratti sono stati denunciati.

Dato che la Roche ha sede in un paese terzo, ma ha varie affiliate nel mercato comune, specie nella Repubblica federale di Germania, l'ammenda è stata tradotta in marchi tedeschi.

Con ricorso del 18 agosto 1976, pervenuto nella cancelleria della Corte di giustizia il 27 agosto 1976, la Roche ha chiesto l'annullamento della decisione 9 giugno 1976.

La Corte, sentito l'avvocato generale, ha invitato le parti a rispondere ad alcune domande ed ha offerto ad entrambe le

parti la possibilità di prendere posizione sulle risposte fornite dalla controparte.

II — Conclusioni delle parti

La ricorrente conclude che la Corte voglia:

— *in via principale*:

annullare la decisione della convenuta del 9 giugno 1976;

— *in subordine*:

annullare l'art. 3 della decisione summenzionata;

— porre le spese a carico della convenuta.

La convenuta chiede che la Corte voglia:

— respingere il ricorso;

— porre le spese processuali a carico della ricorrente.

III — I mezzi e gli argomenti delle parti

Il ricorso si fonda sui seguenti mezzi:

1) violazione del principio generale secondo cui la norma munita di sanzione deve avere un grado sufficiente di determinatezza e di prevedibilità prima che l'infrazione della norma stessa possa provocare l'irrogazione della sanzione;

2) violazione di norme processuali (fair trial) in quanto:

a) la decisione di dar avvio al procedimento è stata presa in base ad elementi di cui la convenuta è venuta in possesso in modo illegale;

b) la decisione impugnata si fonda su elementi di prova di cui non è stata fatta menzione durante l'audizione degli interessati di cui all'art. 19 del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento d'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato (GU n. 13 del 21 febbraio 1962, pag. 204);

c) la decisione impugnata è fondata su documenti probatori, specie per quel che riguarda le quote di mercato e l'effetto restrittivo dei contratti litigiosi, non comunicati alla ricorrente.

3) Violazione dell'art. 18 del regolamento n. 17 di cui sopra, secondo il quale, in caso di irrogazione di ammende e penalità di mora, l'unità di conto è quella adottata per la stesura del bilancio della Comunità, mentre l'art. 3 della decisione impugnata stabilisce l'ammenda in marchi tedeschi.

4) Violazione dell'art. 86 del Trattato, in quanto la Commissione, con la decisione impugnata, ha interpretato erroneamente e, comunque, applicato erroneamente le nozioni di posizione dominante e di sfruttamento abusivo della medesima, atto a pregiudicare il commercio tra Stati membri, sostenendo che la Roche godeva di simile posizione e che l'abuso di essa consisteva nella stipulazione dei contratti litigiosi.

5) Violazione dell'art. 15, n. 2, del regolamento n. 17 in quanto, anche volendo ammettere che si potesse addebitare alla ricorrente un'infrazione dell'art. 86 del Trattato, detta infrazione non è stata commessa né intenzionalmente né per negligenza.

Primo mezzo: divieto di irrogare sanzioni finché le nozioni vaghe di «posizione dominante» e di «sfruttamento abusivo» non siano state meglio definite rispetto al tipo di situazione e di comportamento criticati

Ricorso

Secondo la ricorrente, le nozioni di posizione dominante e di sfruttamento abusivo di detta posizione devono annoverarsi tra le nozioni più indeterminate e meno chiare sia del diritto comunitario sia dei diritti nazionali. Si evince infatti dal principio fondamentale «*nullum crimen sine lege*» che la Commissione può infliggere le sanzioni contemplate per la violazione dell'art. 86 solo dopo che sia stato dato a tali nozioni, sia dalla prassi amministrativa sia dalla giurisprudenza, un senso sufficientemente concreto per consentire di prevedere l'applicazione dell'art. 86 alla situazione della Roche ed ai contratti in questione, allorché sono stati stipulati.

La ricorrente non contesta la competenza della convenuta ad interpretare e ad applicare nelle sue decisioni le nozioni imprecise di cui all'art. 86, bensì il potere di infliggere ammende in casi in cui, come nella fattispecie, la nozione non si è ancora concretata. Il principio della necessaria determinatezza e chiarezza delle norme sanzionatorie, espresso nella massima «*nullum crimen sine lege*», è per di più ammesso e garantito sia dall'art. 7 della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia della costituzione tedesca. La Corte costituzionale tedesca ha inoltre precisato (14. 5. 69, NJW 1969, 1759) che le esigenze di «determinatezza» e di «prevedibilità» sono tanto più sentite quanto più la portata degli elementi che costituiscono l'infrazione è indeterminata e la sanzione è grave.

Controricorso

Nel controricorso, la Commissione ammette che la tutela dei diritti fondamentali deve essere una delle finalità del diritto comunitario. Essa osserva però che la massima «*nullum crimen sine lege*» riguarda essenzialmente l'irretroattività delle disposizioni che istituiscono e aggravano le pene. Questo principio non è stato violato nella fattispecie. L'art. 86

del Trattato, unitamente all'art. 15, n. 2, del regolamento n. 17, sui quali è stata fondata l'ammenda inflitta alla ricorrente, erano entrambi in vigore al momento in cui la ricorrente ha stipulato i contratti litigiosi.

D'altra parte, non è dimostrato che i principi della «determinatezza» necessaria delle nozioni e della «prevedibilità» delle sanzioni valgano con identico rigore per quel che riguarda le sanzioni amministrative o disciplinari; ora l'art. 15, n. 6, del regolamento n. 17 dispone espressamente che le ammende non hanno carattere penale.

Infine, pur ammettendo che i principi summenzionati di «determinatezza» e di «prevedibilità» possano applicarsi alle infrazioni di diritto amministrativo, i termini in questione («posizione dominante» e «abuso») non mancano di precisione, dato che, in primo luogo il diritto della concorrenza, per essere efficace, deve tener conto dei vari aspetti della vita economica e non può rinunciare a richiamarsi a nozioni generali «che in larga misura vanno interpretate dal giudice» e, in secondo luogo, queste nozioni sono ben note alle imprese che operano, come la ricorrente, sul mercato internazionale e ben conoscono le discipline nazionali sulla concorrenza.

Replica

La ricorrente replica che l'esigenza della determinatezza e della prevedibilità vale, nel diritto tedesco, anche quando si tratti di disposizioni sanzionate da ammende

prive di carattere penale (Ordnungswidrigkeit) ed anche in materia disciplinare. Inoltre è comunemente riconosciuto che le ammende comunitarie costituiscono di fatto sanzioni penali.

Essa osserva poi che non intende affatto sostenere che l'art. 86 sia in contrasto con l'obbligo di precisione delle norme comminanti sanzioni, bensì che la tutela dei diritti fondamentali richiede che non si faccia ricorso alla facoltà di infliggere ammende se non dopo che la norma sia stata meglio specificata da un'adeguata prassi amministrativa.

È proprio questo il motivo per cui il regolamento n. 17 distingue l'accertamento dell'infrazione dell'art. 86, dalla competenza ad ingiungere di porvi termine e dall'irrogazione dell'ammenda. Analogamente, varie legislazioni in materia di concorrenza — specie l'art. 22 della GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen — Legge sulle restrizioni della concorrenza) tedesca — non consentono di infliggere sanzioni se non in caso di violazione (posteriore) della decisione con cui è stata accertata l'infrazione in materia di abuso di potenza economica.

La ricorrente osserva infine che il principio di prevedibilità della norma che commina sanzioni è pure accolto da altri ordinamenti giuridici, specie in Italia e nel Belgio, in cui si concreta nella massima «in dubio pro reo», che si applica non solo alla prova dei fatti costituenti infrazione, bensì anche all'imprecisione della norma giuridica.

Controreplica

Nella controreplica, la convenuta osserva anzitutto che se, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, i diritti fondamentali garantiti dalle costituzioni degli Stati membri fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario, non ne consegue per questo che essi devono corrispondere punto per punto, nella loro formulazione e nel loro contenuto, alle disposizioni nazionali. Ora, il principio

della «precisione della disposizione di legge» è, secondo i diritti costituzionali tedesco e italiano, connesso alla competenza attribuita al potere giudiziario di sindacare la costituzionalità della legge.

D'altra parte, la ricorrente fa confusione tra precisione e prevedibilità della legge. Affinché una legge, anche penale, possa venir applicata, non è necessario che chiunque possa prevedere la punibilità del suo comportamento, bensì soltanto che la portata degli elementi costitutivi dell'infrazione possa venir chiaramente stabilita dal giudice in via interpretativa.

Questi principi, vigenti nel diritto penale anche in Italia, hanno ancor più valore nel campo delle sanzioni amministrative, specie quelle inerenti al diritto amministrativo economico, e più particolarmente nel diritto delle intese, che non può far a meno di descrizioni astratte.

Secondo la Commissione, la ricorrente trae, dal principio della precisione della disposizione di legge, conclusioni che non vengono tratte nemmeno in Germania. Essa contesta in particolare il commento fatto dalla ricorrente dell'art. 37a della legge sulla concorrenza (GWB).

Secondo mezzo: violazione di norme di procedura

Ricorso

La ricorrente si duole di tre irregolarità di procedura che, a suo avviso, rendono necessario l'annullamento della decisione impugnata.

a) In primo luogo diversi documenti e, in particolare, quelli costituenti gli allegati 3, 4, 5, 6 e 7 del ricorso, cioè quat-

tro documenti interni intitolati «Management Information» ed il resoconto di una riunione degli «European Bulk Managers» del 12 e 13 ottobre 1972, sono giunti in possesso della Commissione per vie irregolari, cioè le sono stati trasmessi da un dipendente della Roche, che se ne è appropriato illegalmente, commettendo così un reato perseguito dalla legge penale svizzera. Questa irregolarità nell'assunzione di informazioni vizia il procedimento e la Commissione ha inoltre violato il diritto internazionale procedendo ad inchieste in uno Stato terzo sovrano. Tuttavia la ricorrente pone detti documenti, nella loro interezza, a disposizione della Corte allegandoli al ricorso e, in questa situazione, si rimette all'apprezzamento della Corte quanto alle conseguenze da trarre dalla irregolarità denunciata.

b) Secondo la ricorrente, il procedimento è pure viziato dal fatto che, nella decisione impugnata, si fa menzione di alcuni documenti di cui non si è discusso, e nemmeno fatto menzione, durante l'audizione tenutasi a norma dell'art. 19 del regolamento n. 17. In particolare, ciò si riferisce ai cinque elementi di prova indicati al n. 12 della decisione impugnata (Osservazione del relatore: questi documenti sono gli stessi che sono oggetto della censura di provenienza irregolare, cioè la «Management Information» del dicembre 1970, del maggio (leggasi metà agosto) del 1971, dell'inizio di agosto 1971, del settembre 1970 (leggasi 8 settembre 1972) e l'«European Bulk Managers Meeting» del 1971 (leggasi 12-13 ottobre 1972) e al resoconto di una riunione Unilever—Roche dell'11 dicembre 1972 (n. 3, alla fine, della decisione). Si ha, in questo caso, violazione dei diritti della difesa e, in particolare, dell'art. 4 del regolamento della Commissione n. 99, 25 luglio 1963, secondo il quale «la Commissione, nel decidere, prende in considerazione soltanto quegli addebiti sui quali le imprese ed associazioni di imprese, contro cui la decisione è diretta,

hanno avuto modo di manifestare il proprio punto di vista».

c) Infine la ricorrente obietta che la decisione impugnata si fonda su elementi di valutazione di cui non ha avuto notizia e che essa non è in grado di controllare in quanto la Commissione, in ossequio al suo obbligo di osservare il segreto su documenti riservati, rifiuta di trasmetterglieli, in quanto le imprese presso le quali i dati sono stati raccolti si oppongono a detta trasmissione. Si tratta, in primo luogo, di elementi raccolti presso alcune imprese produttrici di vitamine e che sono serviti a calcolare le quote di mercato della Roche e, in secondo luogo, di informazioni raccolte presso 16 clienti della Roche e riguardanti gli effetti più o meno vincolanti dei contratti litigiosi. Per quel che riguarda detti clienti, solo una piccola parte ha acconsentito alla comunicazione del risultato delle indagini svolte presso di loro e solo questi rapporti sono stati trasmessi alla ricorrente.

Controricorso

a) La Commissione contesta formalmente l'assunto secondo cui essa avrebbe indotto uno dei dipendenti della ricorrente ad inviare dalla Svizzera alcuni documenti interni della società. Essa non ha assunto, né ha fatto assumere per suo conto, alcuna informazione nel territorio elvetico, in modo da violare la sovranità di detto paese. D'altro canto essa prende

nota del fatto che la ricorrente rinuncia al mezzo relativo alla provenienza assertivamente illecita di alcune informazioni raccolte dalla Commissione.

b) Quanto al fatto che non si siano menzionati, durante l'audizione degli interessati, alcuni documenti citati nella decisione, la Commissione osserva che, a norma dell'art. 19, n. 1, del regolamento n. 17, essa è tenuta a comunicare alla ricorrente i capi d'accusa, il che la vincola a comunicare alle imprese interessate i principali punti di fatto e di diritto dai quali essa arguisce l'esistenza dell'infrazione, ma non tutti i documenti in suo possesso.

c) La Commissione contesta pure che sussista un obbligo a suo carico, per cui dovrebbe, quando instaura un procedimento amministrativo, autorizzare le imprese interessate a prendere visione dei fascicoli. Nella pratica in esame essa ha risposto alle domande della ricorrente, specie per quel che riguarda la quota di mercato che essa detiene, che detta quota era stata calcolata in base a dati forniti da altri produttori. La convenuta ritiene che non le fosse lecito comunicare, senza il consenso delle interessate, le quote di mercato detenute da altre imprese. Dopo aver adottato la decisione impugnata, la Commissione ha acconsentito in linea di massima a che la ricorrente consultasse il complesso del fascicolo, però ha subordinato l'autorizzazione a consultare i documenti che contenevano segreti d'affari delle imprese terze al consenso delle stesse; consenso che le imprese concorrenti non hanno dato e che solo alcuni clienti della Roche presso i quali si sono svolte le indagini hanno rilasciato. A questo proposito la convenuta fa richiamo alla sentenza della Corte del 15 luglio 1970 (causa 45/69, *Boehringer*, Racc. pag. 799).

Replica

Secondo la ricorrente, la mancata trasmissione del fascicolo completo nell'ambito

del procedimento amministrativo è una violazione dei diritti della difesa, il che costituisce disconoscimento di un diritto fondamentale. La sentenza *Boehringer*, cui si richiama la Commissione, ha proprio statuito che vi è un diritto alla trasmissione dei documenti durante il procedimento amministrativo. È questa l'espressione di un principio fondamentale dello Stato di diritto secondo cui una decisione non può fondarsi su documenti a proposito dei quali gli interessati non hanno potuto presentare osservazioni. Se non ha preso conoscenza completa dei documenti, la ricorrente non è in grado di sapere quali siano i risultati delle eventuali indagini non espressamente menzionate nella decisione. Per quel che riguarda le investigazioni menzionate, la ricorrente insiste sulla necessità per lei di conoscere i risultati delle inchieste presso tutti i 16 clienti, nonché le osservazioni presentate da detti clienti circa le censure mosse alla ricorrente.

Controreplica

a) La Commissione produce, in allegato alla controreplica, la sentenza del Tribunale penale di Basilea 1° luglio 1976, da cui risulta che l'assunto secondo cui essa ha indotto un impiegato della ricorrente a sottrarre documenti in Svizzera manca di fondamento.

b) Quanto alla trasmissione del fascicolo, la Commissione sostiene che la ricorrente mal interpreta la sentenza *Boehringer* summenzionata, giacché il

problema del se, e in qual misura, l'impresa accusata di aver concorso alla violazione delle norme sulla concorrenza abbia un preciso diritto alla trasmissione del fascicolo, non è ancora stato definitivamente risolto dalla giurisprudenza. Indipendentemente dalla soluzione di questo punto, la Commissione ritiene che non si debba confondere il diritto di presentare le proprie difese con l'eventuale diritto di consultare l'intero fascicolo. In diritto comunitario, il diritto di presentare le proprie difese è garantito dall'obbligo di notificare le censure vertenti sulla violazione delle norme di concorrenza e dal divieto di includere nella decisione censure sulle quali le imprese interessate non hanno potuto pronunciarsi (art. 4 del reg. n. 99/63). Nella fattispecie, la ricorrente ha potuto prendere conoscenza di tutti i documenti che non contenevano segreti relativi all'attività di altre imprese nonché dei documenti contenenti dati riservati, ma la cui comunicazione era stata autorizzata dalle imprese interessate.

Terzo mezzo: violazione dell'art. 18 del regolamento n. 17

Ricorso

La ricorrente sostiene che la conversione in marchi dell'ammenda espressa in unità di conto, di cui all'art. 3 della decisione, viola l'art. 18 del regolamento n. 17, che fa rinvio all'unità di conto prevista per la redazione del bilancio. Il regolamento finanziario n. 68/313 del 30 luglio 1968 (GU 1968 n. L 199, pag. 1) ha stabilito il controvalore in ciascuna delle monete degli Stati membri dell'unità di conto, controvalore che da allora è rimasto immutato.

Risulta dal carattere comunitario dell'unità di conto che qualsiasi debitore deve poter decidere in quale moneta pagare il suo debito. La soluzione contraria implicherebbe una discriminazione a detrimento delle imprese che devono pagare in moneta forte.

Controricorso

La Commissione obietta che, pur se l'art. 18 del regolamento n. 17 si richiama all'«unità di conto . . . adottata per la formazione del bilancio della Comunità a norma degli artt. 207 e 209 del Trattato CEE» e dunque è in questa unità di conto che va fissata l'ammenda, l'esperienza ha però dimostrato che questo sistema non risolveva alcune questioni relative al pagamento dell'ammenda. Dati gli inconvenienti verificatisi in alcuni casi, al momento della riscossione dell'ammenda per via giudiziaria, la Commissione ha preso l'abitudine di convertire l'importo dell'ammenda espresso in unità di conto nella moneta nazionale dell'impresa interessata. Per questo calcolo la Commissione, qualora siano coinvolte imprese aventi sede fuori della Comunità, si basa sullo Stato membro in cui l'impresa colpita ha una affiliata o uno stabilimento di una certa entità, i cui fondi siano sufficienti per pagare l'ammenda.

Il richiamo, di cui all'art. 18 del regolamento n. 17, all'unità di conto impiegata per la redazione del bilancio significa che, come gli Stati membri non hanno più la possibilità di versare i loro contributi finanziari in una moneta diversa dalla loro, secondo il regolamento finanziario del 25 aprile 1973, n. 73/91/CECA, CEE, EURATOM (GU n. L 116, pag. 1), le imprese devono versare in moneta nazionale l'importo risultante dalla conversione dell'ammenda in questa moneta.

Replica

Per la ricorrente, gli argomenti fondati sull'esecuzione forzata non consentono di eludere il preciso enunciato e il senso dell'art. 18 del regolamento n. 17 e non possono venir adottati allorché si tratti di

un'impresa di un paese terzo che non si oppone al pagamento e che ha affiliate in tutti gli Stati membri. In questo caso l'ammenda deve potersi pagare da una qualsiasi delle affiliate nella sua moneta nazionale. Il regolamento finanziario cui si riferisce la Commissione riguarda solo i contributi finanziari degli Stati membri.

Controreplica

La Commissione osserva che essa basa la sua tesi non solo sull'art. 18 del regolamento n. 17, bensì anche sull'art. 15, n. 2, dello stesso regolamento e sull'art. 192 del Trattato CEE. La decisione adottata in applicazione dell'art. 15, n. 2, costituisce titolo esecutivo e per un'esigenza pratica, onde garantirne l'esecuzione, dopo l'apposizione della formula esecutiva da parte dell'autorità nazionale, si deve precisare l'importo dell'ammenda nella moneta nazionale del debitore. È vero che l'ammenda può pagarsi in una moneta diversa dalle monete prescritte, ma in questi casi la Commissione veglia affinché il debitore versi esattamente il controvalore della somma dovuta secondo il corso del giorno del pagamento. Comunque, l'importo in moneta nazionale espresso nella decisione nulla toglie al carattere cogente dell'ammenda.

Quarto mezzo: violazione dell'art. 86 del trattato in quanto la decisione impugnata fornisce un'interpretazione inesatta o, comunque, fa errata applicazione tanto della nozione di posizione dominante, quanto della nozione di sfruttamento abusivo di detta posizione

A — Posizione dominante

La ricorrente critica l'esame della struttura del mercato sul quale la Commissione ha fondato il suo convincimento circa l'esistenza di una posizione dominante, ma soprattutto il fatto che, per constatare l'esistenza di detta posizione e specie l'inesistenza di una concorrenza efficace, la Commissione si è esclusivamente fondata sulle quote e sulla struttura del mercato, senza tener conto del

comportamento sul mercato e delle conseguenze dello stesso, specie dell'andamento dei prezzi, mentre detto comportamento e le relative conseguenze rappresentano criteri fondamentali che devono inevitabilmente venir presi in considerazione.

I — Critica dell'esame della struttura del mercato condotto dalla Commissione

A questo proposito, la ricorrente critica anzitutto sia la pertinenza sia l'esistenza dei dati di cui la Commissione ha tenuto conto e cioè:

- 1) Le quote di mercato detenute dalla Roche e il fatto che esse siano molto maggiori di quelle di ciascuno dei suoi concorrenti.
- 2) Il fatto che la Roche produca una gamma di vitamine più ampia di tutte le sue concorrenti.
- 3) Il fatto che la Roche sia il maggior produttore mondiale e che il suo fatturato superi quello del complesso degli altri produttori.
- 4) Il numero dei concorrenti.
- 5) Il fatto che la Roche, pioniera della sintesi delle vitamine, goda, nonostante i relativi brevetti siano scaduti, di un vantaggio tecnologico sulle sue concorrenti.
- 6) Il fatto che la Roche disponga di una rete commerciale di prim'ordine specificamente organizzata per le vitamine.
- 7) Il fatto che, data l'entità degli investimenti necessari per inserirsi nel mercato delle vitamine, non vi sia concorrenza potenziale.

- 8) Il miglior accesso ai mercati d'approvvigionamento di cui dispongono i concorrenti della Roche.

Ad 1) Le quote di mercato detenute dalla Roche

Ricorso

La ricorrente, pur ammettendo che per svariati tipi di vitamine le sue quote di mercato siano rilevanti, contesta formalmente la valutazione che ne fa la Commissione. In ogni modo dette quote non provano l'esistenza di una posizione dominante, giacché si tratta di un mercato in espansione e nel quale la ricorrente non ha possibilità di controllare il mercato degli approvvigionamenti, la produzione, lo smercio ed, in particolare, i prezzi.

Per diverse ragioni, connesse in particolare all'assenza di statistiche sulla produzione e all'insufficienza delle statistiche disponibili circa l'importazione e l'esportazione di vitamine, la ricorrente non è nemmeno essa in grado d'indicare con sufficiente attendibilità le quote di mercato. Tuttavia numerose quote di mercato indicate nella decisione sono parecchio esagerate.

Ad esempio, la quota di mercato dovrebbe venir ridotta dal 64 % al 30 % per l'acido pantotenico, dal 68 % a meno del 30 % per la vitamina PP, mentre le quote di mercato per le vitamine B₂ e B₆ sono pure state valutate in cifre troppo alte. La Commissione inoltre, nel determinare e valutare le quote di mercato, non ha delimitato correttamente il mercato di cui trattasi ed ha omesso di tener conto del fatto che il mercato delle vitamine è in espansione. Quanto alla delimitazione del mercato, la ricorrente contesta l'assunto della Commissione secondo cui le vitamine non sono intercambiabili con altri prodotti. In particolare, le vitamine E e C, usate in larga misura come anti-ossidanti, sono, in questo campo, intercambiabili con diversi altri prodotti e lo stesso vale per la biotina nell'industria della fermentazione. La ricor-

rente ha indicato, nell'allegato I (pag. 46-47) della risposta alla comunicazione degli addebiti, svariate possibilità di sostituzioni in detti impieghi. Se nel delimitare il mercato si tenesse conto di questo fatto, si ridurrebbe di 2/3 il mercato della vitamina C. Per i prodotti principali, le vitamine A, E e C, le quote di mercato sono solo del 50 % circa e talvolta molto inferiori. Per la vitamina B₂ si deve tener conto della pressione esercitata dall'industria della fermentazione che, in funzione dell'andamento dei prezzi, può in qualsiasi momento destinare capacità di fermentazione non sfruttate alla fabbricazione della vitamina B₂.

Quanto alla biotina (3 % del fatturato delle vitamine della Roche) non vi è stata concorrenza fino al 1971, giacché non vi era mercato per l'insufficiente richiesta. Però, appena la domanda è aumentata per effetto della scoperta di «nuovi impieghi», sono comparsi dei concorrenti che in brevissimo tempo si sono accaparrato il 10 % del mercato mondiale. È quindi improprio parlare di «posizione dominante» a proposito di un mercato che, per così dire, era inesistente e di fronte ad una forte espansione di data recente.

Quanto alla caratteristica del mercato di essere un mercato in espansione, essa è comune a tutte le vitamine ed ha conseguenze di notevole entità circa il valore relativo delle quote di mercato. Rilevate

per la biotina, ma valide per tutte le vitamine, dette conseguenze sono le seguenti. La scoperta e il lancio di un prodotto passano prima per la fase di creazione del mercato, poi per la fase di sperimentazione, indi per quella di espansione. Una quota di mercato che, durante le fasi di creazione e di sperimentazione, può giungere al 100 %, diminuisce rapidamente nella fase di espansione, pur se agli inizi rimane cospicua.

Questa quota di mercato elevata non è tuttavia dovuta al «predominio» poiché non è stata acquistata «né a scapito dei concorrenti né ostacolando la concorrenza». La quota del 90 % per la biotina dimostra che i concorrenti hanno conquistato, fin dall'inizio della fase di espansione, il 10 % del mercato in brevissimo tempo. Una quota di mercato notevole su un mercato in espansione non costituisce indizio che l'innovazione possa ostacolare una concorrenza efficace. La libertà d'azione dell'innovatore nella fase di espansione del mercato non è determinata dalla possibilità di escludere dal mercato i concorrenti, ma esclusivamente dal mercato stesso.

Controricorso

La Commissione dichiara che, per farsi un'idea corretta delle condizioni del mercato, a norma dell'art. 11 del regolamento n. 17 ha raccolto informazioni presso tutti i fabbricanti che — notoriamente — distribuiscono vitamine nel mercato comune. Le informazioni richieste sono state fornite da tutti; i fabbricanti interpellati dovevano indicare il valore dei quantitativi venduti nel 1974. Dopo aver addizionato gli importi indicati, le quote di mercato della ricorrente sono state determinate in base al totale ottenuto. Poiché le imprese concorrenti della ricorrente hanno espressamente dichiarato che i dati trasmessi dovevano considerarsi segreti, e non avendo esse acconsentito a che la ricorrente ne prendesse visione, la convenuta si è dovuta astenere dal trasmetterli alla ricorrente.

Quanto alla fase di espansione del mercato, la Commissione ritiene che non sia possibile, nella realtà, distinguere le fasi di sviluppo del mercato solo in base all'andamento della domanda e queste fasi non possono venir separate secondo un modello ideale, ma si sovrappongono l'una all'altra. Inoltre la fase di mercato reale può venir influenzata dalle stesse imprese che agiscono sul mercato.

La Commissione contesta che tutti i prodotti contemplati dalla decisione impugnata si trovino ancora nella fase di espansione. Eventualmente in questa fase si troverebbe solo la biotina. Per questo prodotto, la Commissione ritiene che l'elemento determinante consista non già nel 10 % di mercato detenuto dalle concorrenti, bensì nel fatto che la ricorrente sia riuscita a conservare una rilevante quota di mercato durante un periodo piuttosto lungo.

Replica

La ricorrente indica le quote di mercato che essa detiene sui vari mercati in questione, dalle quali emerge che i dati esposti dalla Commissione sono esagerati:

- per la vitamina A, la stessa decisione impugnata indica che la quota di mercato è solo del 47 %;
- per la vitamina C, delimitando esattamente il mercato in questione, tenendo conto dei prodotti sostituibili come anti-ossidanti per uso indu-

- striale, si ottiene una quota pari al 50 % esatto del mercato;
- delimitando anche qui il mercato con precisione, si ottiene una quota per la vitamina E del 40 %;
 - sul mercato dell'acido pantotenico la quota della ricorrente è solo del 30 %;
 - per la biotina, la quota di mercato non deve venir presa in considerazione in quanto non è atta a costituire un indizio, comprovante il predominio su un mercato che è in espansione;
 - per la vitamina B₂, la quota del mercato mondiale è leggermente superiore al 50 % dal 1970 al 1974, astrazione fatta dalla concorrenza potenziale proveniente dall'industria di fermentazione e specie dalla capacità dei fabbricanti di antibiotici, soprattutto negli Stati Uniti, ove gli impianti potrebbero venir rimessi in funzione da un momento all'altro;
 - per la vitamina B₆, prodotto insignificante rispetto alle altre vitamine, la quota di mercato della ricorrente non è del 90 %, ma oscilla tra il 60 e il 70 %.

La ricorrente sostiene, tenuto conto della giurisprudenza della Corte cui si richiama la Commissione, nonché della decisione della Commissione nel caso «*Continental Can*», che quote di mercato dell'ordine del 50 % non bastano, da sole, per provare l'esistenza di una posizione dominante.

Nella causa dello *zucchero* (sent. Corte giust. 16. 12. 75, Racc. 1975, pag. 1663 e segg.) la Commissione e la Corte, pur di fronte a quote di mercato che raggiungevano l'85 % (Racc. p. 1981) e il 95 % (Racc. p. 1998), hanno preso in considerazione l'esistenza di altre circostanze. Nella stessa causa, inoltre, la Commissione ha espresso la seguente opinione: «Se una quota di mercato dell'ordine del 30—50 % non consente di concludere ipso facto che esiste una posizione domi-

nante, il caso è diverso per una partecipazione al mercato pari al 90—95 %, in funzione della quale l'impresa interessata può certamente operare senza tener conto dei suoi concorrenti» (Racc. 1975, pag. 1855).

Nella causa *Commercial Solvents* (sent. 16. 3. 1974, cause riunite 6 e 7/73, Racc. pag. 223) si trattava di un «monopolio mondiale».

Nella causa *Continental Can* (sent. 21. 2. 1973, causa 6/72, Racc. 1973, pag. 215) la Commissione si è richiamata non solo a quote di mercato varianti tra il 70 e il 90 %, ma anche alla possibilità «di determinare i prezzi o di controllare la produzione o la distribuzione di una parte cospicua dei prodotti considerati» (GU 1972, n. L 7, pag. 35).

La ricorrente sottolinea che dottrina e giurisprudenza concordano sul punto che la nozione di quota di mercato ha senso solo se la si accosta a quella di fase del mercato. La Commissione ha adottato questo modo di vedere nel suo studio del 1966 e ciò l'ha indotta a dichiarare nella decisione che il mercato delle vitamine è in forte espansione. Sfortunatamente, nella stessa decisione essa ha trascurato di includere questo dato nella valutazione delle quote di mercato.

Per questa ragione, contrariamente alla sua affermazione di aver tenuto conto, nel valutare la posizione dominante, del complesso delle circostanze, la convenuta è ora costretta a negare l'importanza della fase di espansione, pur se la decisione litigiosa dichiara che «il mercato delle vitamine è in forte espansione» (Decisione, punto 3) e offre a tutti i concorrenti una sfera d'attività più vasta.

Controreplica

Secondo la Commissione, tocca alla ricorrente contestare, in base a dati concreti, i dati forniti dalla Commissione, invece di accontentarsi di far richiamo alle proprie stime circa le quote di mercato che essa detiene, senza indicarne le basi.

Scendendo ai particolari, la Commissione osserva, circa le vitamine C ed E, che la ricorrente non ha fornito indicazioni precise che consentano di stabilire in quale misura essa abbia direttamente fornito a clienti vitamine per uso tecnologico né da quali altri prodotti le vitamine possano venir sostituite in questo settore, chi fabbrichi questi prodotti e quale sia la situazione nel settore dei prezzi.

Quanto alle altre vitamine, gli assunti della ricorrente si fondano o su una concorrenza potenziale e *non effettiva* (vitamina B₂), oppure sull'esistenza di importazioni di cui la Commissione ha tenuto conto (acido pantotenico), ovvero sull'assenza di effetto anticoncorrenziale delle quote rilevanti di mercato (biotina e vitamina B₆).

La Commissione sostiene che la ricorrente non ha fornito i dati essenziali che consentano di controllare obiettivamente l'esattezza delle quote di mercato da essa indicate.

A suo giudizio, se un'impresa detiene notevoli quote di mercato mentre i suoi concorrenti ne detengono di molto più esigue e non offrono una gamma di prodotti proporzionalmente altrettanto vasta, ciò può generalmente considerarsi indizio di posizione dominante. Solo se risultassero esistere circostanze speciali, che limitino effettivamente ed in larga misura la libertà d'azione dell'impresa, dalle alte quote di mercato non si potrebbe desumere l'esistenza di una posizione del genere.

Quanto alla giurisprudenza citata dalla ricorrente, la convenuta non ha contestato trattarsi di quote di mercato superiori al 50 %.

Nella decisione litigiosa, essa si è fondata non solo sulle quote di mercato della ricorrente per i vari gruppi di vitamine, ma anche sulle quote di mercato molto inferiori dei concorrenti, nonché su un certo numero di altri criteri essenziali per stabilire la posizione della ricorrente sul mercato. Essa ha inoltre tenuto conto, basandosi sulle dichiarazioni rilasciate dalla ricorrente durante il procedimento amministrativo, del comportamento della ricorrente in materia di prezzi nonché della situazione del mercato. D'altro canto, quote di mercato che raggiungano il 25—33,3 % sono considerate, in vari Stati membri (Regno Unito, Repubblica federale di Germania), significativo indizio di predominio sul mercato.

Quanto al fatto che il mercato delle vitamine è in espansione, la Commissione ritiene che la tesi della ricorrente abbia un punto debole nel fatto che essa vuol trar partito, senza far distinzioni, da determinati modelli economici teorici, attribuendo per di più valore assoluto a tali teorie. La Commissione deduce, richiamandosi ad alcuni autori, che le leggi economiche, logiche o empiriche che siano, non hanno mai valore assoluto.

L'andamento del mercato di cui si deve, inevitabilmente, tener conto per valutare l'esistenza di una posizione dominante, non ha lo stesso senso di fase di mercato, come è intesa dalla dottrina economico-politica. Se la convenuta, nel controricorso, ha parlato di «straordinario au-

mento della produzione e della vendita» della ricorrente, ciò si riferisce solo alla valutazione del comportamento sul mercato della ricorrente e non della sua posizione dominante.

Ad 2) Gamma di vitamine offerta

Ricorso

Per quel che riguarda la gamma di vitamine offerta dalla ricorrente, a proposito della quale la decisione impugnata dichiara che la «Roche è l'unica impresa che offre in vendita l'intera gamma delle vitamine» e che «il fabbisogno di numerosi utilizzatori comprende diversi gruppi di vitamine» (decisione n. 3, ultimo capoverso, e n. 21), la ricorrente osserva che il fabbisogno di numerosi consumatori è limitato ad alcune delle vitamine prodotte non solo dalla ricorrente, ma anche dalle sue concorrenti, che inoltre la domanda comprende pure vari prodotti complementari (additivi) che la ricorrente non è in grado di offrire e per i quali invece i suoi concorrenti hanno una forte posizione. Ciò è particolarmente vero nell'industria dei foraggi che costituisce il 60 % della domanda globale.

Quindi la struttura delle esigenze dei consumatori, dato che non si impernia sulla vastità della gamma di vitamine, non consente certo alla ricorrente «di praticare una politica di vendita, specie in materia di prezzi, molto meno dipendente». L'ampiezza della gamma di vitamine non è dunque indizio di posizione dominante.

Controricorso

La Commissione osserva che la ricorrente non contesta di disporre, come produttore, di una gamma di vitamine nettamente più vasta rispetto ai suoi concorrenti, ma deduce che questo vantaggio sarebbe controbilanciato dal fatto che i concorrenti possono offrire tutti gli additivi di cui necessita il settore dei foraggi. La ricorrente si riferisce dunque ai produttori di foraggi che hanno bisogno di un numero limitato di vitamine e di parecchi altri additivi e che cercano di acquistare

presso lo stesso produttore. Questo consumatore non è però tipico del mercato delle vitamine. La richiesta di vitamine sfuse è nettamente più differenziata. Inoltre, nel settore dei foraggi i maggiori acquirenti di vitamine, come ha riconosciuto la stessa ricorrente, sono gli stabilimenti di premiscelatura (premixers) che preparano vitamine e additivi destinati ai vari foraggi e li forniscono ai fabbricanti di foraggi. Peraltro, grandi imprese dell'industria foraggera preparano da sole gli additivi e li miscelano coi foraggi di loro produzione.

Queste due categorie d'acquirenti possono, secondo la Commissione, rifornirsi di vitamine ed altri additivi presso i vari fabbricanti, come d'altronde fanno. La ricorrente presenta per loro interesse in quanto è in grado di fornire le principali vitamine, specie quelle dei gruppi A, B, C ed E. La ricorrente stessa ha ammesso di ritenere un vantaggio per la sua situazione concorrenziale il fatto di produrre la gamma più ampia di vitamine.

Replica

La ricorrente critica l'argomento della convenuta relativo all'ampia gamma di vitamine offerta dalla Roche, gamma che, grazie alla diversificazione, offrirebbe maggiori garanzie contro i rischi:

- a) la garanzia contro i rischi non si limita alla vendita di sole vitamine: più sono numerosi i prodotti di una ditta, meglio questa è tutelata contro i rischi;
- b) la presenza sul mercato di vitamine prodotte da concorrenti nettamente più forti della ricorrente offre a questi possibilità molto superiori di tutelarsi contro i rischi.

Quanto al miglior sopperimento alle esigenze degli acquirenti che appartengono ai settori dell'industria farmaceutica, delle derrate alimentari e dei foraggi, questo argomento sarebbe convincente solo se gli acquirenti avessero bisogno unicamente di vitamine e per di più di una gamma di prodotti tale che i concorrenti della ricorrente non potrebbero fornire. Ora, i grandi concorrenti della ricorrente, nel loro complesso, sono in grado di offrire come la ricorrente, a coloro che operano la pre-miscelatura, tutte le vitamine fondamentali per la loro attività e, per di più, vari additivi di cui la ricorrente non dispone.

Il mercato delle vitamine rappresenta solo una parte del complesso della gamma degli additivi: la posizione di chi offre prodotti sul mercato è quindi determinata non solo dalle vitamine che distribuisce, ma anche dall'ampiezza della gamma di additivi offerta. Alla ricorrente non resta che constatare che l'ampiezza della gamma di vitamine non consente una strategia indipendente di vendita e di prezzi. Infine, cosa che la stessa ricorrente ha rilevato, una vasta gamma di prodotti fornisce indizi sulla «competitività» dell'impresa, ma non sulla sua posizione dominante.

Controreplica

Per la Commissione, il modo di vedere della ricorrente quanto alla tutela contro i rischi è eccessivamente semplificato: non è affatto certo che un'impresa che registra un passivo nel settore delle vitamine possa rifarsi con gli utili di un altro settore. Quanto al far fronte alle esi-

genze della clientela, la Commissione nota che, tralasciando i settori dell'industria farmaceutica e alimentare, la ricorrente impernia una volta di più i suoi argomenti sul settore dei foraggi, nel quale peraltro essa è in grado di offrire maggiori quantitativi delle quattro principali vitamine.

Ad 3) Il fatto che la Roche sia il principale produttore mondiale e che il suo fatturato superi quello complessivo degli altri produttori

Ricorso

L'affermazione secondo cui la ricorrente «è il maggior produttore mondiale nel campo delle vitamine e che il suo fatturato supera quello di tutti gli altri produttori messi assieme» (dec. n. 21, 4° capov.) è ambigua. Se si vuole sostenere che la ricorrente possiede la maggior quota della produzione di vitamine, l'argomento ricalca quello delle grandi quote di mercato. Se invece si vuole affermare che la ricorrente è la più grande tra le imprese che producono vitamine, includendo tutti i restanti prodotti, l'assunto si rivela chiaramente erroneo.

Vari concorrenti hanno un fatturato totale, una capacità finanziaria e un volume di vendite nettamente superiori. Inoltre, la minore diversificazione delle

attività della ricorrente (il 23 % del suo fatturato è rappresentato dalle vitamine, cioè una percentuale molto superiore a quella dei principali concorrenti) implica una maggior vulnerabilità relativamente al suo comportamento: non è il mercato di un prodotto a sé stante, bensì il complesso dei vari mercati di prodotti sui quali un'impresa è presente, cioè «il mercato dell'impresa» che determina l'indipendenza di comportamento di una ditta.

Il criterio della «grandezza» di un'impresa può esser valutato in maniera esatta solo se vengono concretamente presi in considerazione tutti i fattori della struttura del mercato e se le dimensioni dell'impresa sono poste in relazione con quelle degli altri concorrenti.

Controricorso

L'assunto che la ricorrente è il maggior produttore mondiale per il complesso delle vitamine non va confuso, secondo la Commissione, con l'argomento relativo alla quota di mercato detenuta dalla ricorrente sul mercato comune. Quel che importa è il fatto che, sul mercato delle vitamine, la ricorrente è, sia a livello comunitario sia a livello mondiale, il maggior produttore di vitamine e che per di più essa produce più vitamine di tutti i suoi concorrenti sommati. Il fatto che altre imprese le siano di parecchio superiori come fatturato, come capitale e come potenziale di distribuzione, ha poca importanza. Con un fatturato annuo di 5 miliardi di franchi svizzeri, la ricorrente dispone di una potenza finanziaria che le consente, dato l'alto grado di diversificazione che essa pratica nella produzione di vitamine e data la scarsa incidenza di questa produzione (23 %) sul fatturato totale, giacché il resto si suddivide tra le produzioni — molto lucrative — di prodotti farmaceutici e di prodotti chimici, di non preoccuparsi di eventuali difficoltà sul mercato delle vitamine.

Replica

Secondo la ricorrente, la convenuta non tiene conto del maggior grado di diversificazione dei concorrenti attuali e potenziali della ricorrente, che li rende meno dipendenti dal mercato delle vitamine. Inoltre, la sua affermazione secondo cui non sono il fatturato o la capacità finanziaria come tali che hanno importanza, è in contrasto con l'atteggiamento che essa ha assunto nel progetto di regolamento in materia di controllo delle concentrazioni d'impresе e nella causa «*Continental Can*».

D'altra parte, il fatturato annuo di 5 miliardi di franchi svizzeri realizzato dalla ricorrente non prova nulla, se non è posto a raffronto con la situazione dei concorrenti, che dispongono di una capacità finanziaria maggiore.

Controreplica

La convenuta rileva che, per la ricorrente, ciò che conta sono le dimensioni, espresse in fatturato, in capitale e in potenziale distributivo. La convenuta sostiene dal canto suo che, per valutare la posizione della ricorrente sui mercati delle vitamine, il fatto che la ricorrente detenga notevoli quote di mercato sul mercato comune, ma anche fuori, e che essa sia il primo fabbricante del mondo che produce più di tutti i suoi concorrenti sommati è determinante. La ricorrente è così in grado di tener conto in modo elastico dell'andamento dei vari mercati regionali, sia all'interno sia all'esterno della Comunità.

Ad 4) Il numero dei concorrenti

Ricorso

Per quel che riguarda il *numero dei concorrenti* (e la gamma di prodotti che essi offrono) la ricorrente critica la tabella pubblicata nella decisione al n. 3, la quale pone in una luce del tutto falsa le condizioni della concorrenza sul mercato delle vitamine, in quanto la concorrenza è determinata molto meno dal numero dei produttori che da quello degli offerenti (produttori e rivenditori).

La tabella non tiene dunque conto del ruolo determinante svolto nella concorrenza dalle grandi ditte commerciali che, oltre alla gamma delle vitamine, offrono una vasta gamma di additivi che la ricorrente non è in grado di offrire. La convenuta ha pure trascurato il fatto che la ricorrente da anni è soggetta a una forte pressione concorrenziale giapponese e ad una crescente pressione esercitata da alcuni paesi dell'Europa orientale.

Controricorso

L'assunto secondo cui sono gli offerenti (produttori e rivenditori) e non solo i produttori a determinare la concorrenza non tiene conto della realtà della vita economica.

In generale, il produttore è sempre avvantaggiato rispetto al rivenditore; egli deve infatti tener conto solo dei propri costi, mentre il rivenditore deve anzitutto acquistare, cioè pagare un prezzo che comprende i costi del produttore e un margine di utile e inoltre deve ricavare un utile dalla rivendita. Più specificamente, gli intermediari (brokers) vendono regolarmente a prezzi decisamente superiori a quelli dei produttori e solo occasionalmente offrono a prezzo inferiore piccole partite di merce o merci di seconda scelta.

Replica

Secondo la ricorrente, il punto di vista della convenuta, secondo cui, per valutare la posizione dominante, non si deve

tener conto dei rivenditori, è errato in diritto e in fatto:

- esso è in contrasto con l'insegnamento della Corte di giustizia nella sentenza 18 febbraio 1971 (*Sirena*, causa 40/70, Racc. p. 83), secondo la quale, nel valutare l'ostacolo nella conservazione della concorrenza effettiva, si deve tener conto in particolare «dell'eventuale esistenza, e della posizione, di produttori o distributori che smerciano merci analoghe o sostituibili»;
- inoltre, non è esatto affermare che i rivenditori devono inevitabilmente vendere a prezzi superiori in quanto i loro costi comprendono quelli del produttore e il suo utile. In realtà avviene esattamente il contrario, cioè la ricorrente, oltre alle spese di produzione, deve sopportare anche le spese di distribuzione, che si aggirano sul 12-14 % e che possono perfettamente essere superiori alle spese di distribuzione gravanti sui venditori e sugli intermediari. I produttori che vendono tramite intermediari non hanno spese dirette di distribuzione. Il prezzo d'acquisto dell'intermediario ha quindi tendenza ad essere inferiore dell'importo corrispondente alle spese di distribuzione del produttore.

Controreplica

La convenuta precisa di essersi opposta alla parificazione dei produttori e dei ri-

venditori sul piano della concorrenza, senza tuttavia contestare che nell'accertare la posizione dominante si debba tener conto «dell'eventuale esistenza, e della posizione, di produttori o distributori che smerciano merci analoghe o sostituibili».

L'assunto secondo cui la ricorrente deve accollarsi, oltre alle spese di produzione, anche quelle di distribuzione, che sono superiori del 12-14 % ai costi sopportati dai venditori e dagli intermediari, trascura il fatto che il fabbricante che vende tramite società commerciali ha spese di distribuzione proprie, cui si aggiungono le spese di distribuzione dell'intermediario.

Inoltre, a seguito della decentralizzazione della produzione e della distribuzione mediante creazione di affiliate, la ricorrente è più vicina alla clientela di un fabbricante giapponese o di un paese dell'Europa orientale che si serva di intermediari.

Ad 5) Il vantaggio tecnologico

Ricorso

L'affermazione (dec. n. 21) che la ricorrente gode, rispetto ai concorrenti, di un vantaggio tecnologico e commerciale, è in contraddizione con la constatazione che i brevetti di fabbricazione sono scaduti (dec. n. 8) e che la sintesi delle varie vitamine non presenta, sul piano scientifico, difficoltà di rilievo (dec. n. 3).

Quanto al recente sviluppo degli impieghi industriali della vitamina C (antiossidante, fermentante per le birrerie ecc.) (dec. n. 8) e di «nuove miscele per animali», si tratta di risultati di ricerche ormai di pubblico dominio e che hanno implicato un allargamento del mercato e per la ricorrente e per i suoi concorrenti.

Infine, il «time sharing service», cui si richiama la decisione al n. 8, non è affatto una particolarità della ricorrente e il suo impiego nel 1975 si è limitato a 7 clienti su alcune migliaia di acquirenti (tra i quali nessuno degli acquirenti menzionati

nella decisione). I documenti prodotti dalla convenuta contestano peraltro l'utilità di tale servizio.

Controricorso

La Commissione ribatte che l'affermazione circa il vantaggio tecnologico della ricorrente non è che l'enunciazione di una verità evidente, corrispondente alle valutazioni della stessa ricorrente, come risulta da vari documenti prodotti dinanzi alla Corte.

La Commissione sostiene che sarebbe sorprendente se la ricorrente, che è stata all'avanguardia nella fabbricazione e nell'applicazione delle vitamine sintetiche, non disponesse, anche dopo la scadenza dei brevetti, di esperienza e di conoscenze tecniche che le garantiscono un vantaggio sui concorrenti.

La Commissione cita un documento della ricorrente secondo il quale uno dei motivi per i quali imprese multinazionali possono aver interesse a stipulare contratti di fornitura è il «know how».

Replica

La ricorrente osserva che, invece di dimostrare la presunta esistenza del «vantaggio tecnologico», la convenuta si limita a semplici considerazioni. Quanto al documento citato dalla convenuta, la ricorrente rileva che il «know how», che oggi giorno si accompagna a tutti i prodotti tecnici, non si può considerare come un «vantaggio tecnologico» che costituisca indizio di «posizione dominante».

Controreplica

La Commissione non crede che, per godere di un vantaggio tecnologico notevole sotto il profilo del predominio sul mercato, si debba esser in grado di impedire ai terzi, mediante diritti di esclusiva, di accedere al mercato o di limitare la loro concorrenza. Secondo la Commissione, la ricorrente ha potuto trar partito dalle conoscenze tecnologiche acquistate nella fabbricazione e nell'impiego di vitamine sintetiche per rafforzare la sua posizione dominante.

Ad 6) La rete di vendita

Ricorso

Nemmeno per la rete di vendita (dec. n. 8) la ricorrente è avvantaggiata rispetto ai concorrenti. Alcuni di essi (e tra questi si devono annoverare non solo le imprese farmaceutiche, ma anche i fabbricanti di prodotti chimici), grazie alla loro attività nel settore dei concimi artificiali e dei prodotti fitosanitari, hanno canali commerciali nel settore agricolo dei quali possono avvalersi per la vendita delle vitamine.

Controricorso

Per la convenuta, il vantaggio della rete di distribuzione della Roche sta nel fatto che, mentre i suoi concorrenti sono obbligati ad inserire nella distribuzione un numero non indifferente di imprese commerciali indipendenti, la ricorrente ha istituito, grazie alle sue affiliate, una rete di distribuzione su scala mondiale, in grado di far fronte alle esigenze particolari degli acquirenti di vitamine. Questa rete fornisce pure consulenza tecnica e dispone sempre di vitamine fresche.

Replica

Il vantaggio risultante dalla rete di distribuzione della ricorrente è nullo. Due dei principali concorrenti della ricorrente vendono tramite la propria rete di distribuzione. D'altro canto ha poca importanza disporre regolarmente di una ri-

serva di vitamine fresche quando tutti i prodotti possono conservarsi per mesi, talvolta anche per cinque anni.

In realtà, la presunta «rete di distribuzione» si riduce alle riserve che la ricorrente costituisce presso le sue affiliate.

Controreplica

La convenuta sottolinea che, nella sostanza, la ricorrente non contesta di possedere «una vasta rete di distribuzione»: la ricorrente è rappresentata da affiliate in tutti i paesi. Poiché i maggiori concorrenti nella produzione di vitamine hanno posizioni molto più modeste della ricorrente, la rete distributiva ha per loro minore importanza. Le vitamine, anche se si conservano a lungo, vanno controllate. Detto controllo e il servizio post-vendita sono possibili solo in quanto la ricorrente ha organizzato molto bene la sua rete di vendita.

Ad 7) La concorrenza potenziale

Ricorso

La ricorrente contesta l'affermazione della Commissione secondo cui «la prospettiva di un eventuale accesso di nuovi concorrenti a tale mercato (quello delle vitamine)» può «attualmente modificare in maniera sensibile la posizione di Roche» (dec. n. 21 in fine).

Il criterio cui si rifà la convenuta per dimostrare l'insussistenza di una concorrenza potenziale è la necessità di specifici

e consistenti investimenti e di progettazione delle capacità per lunghi periodi, da cui deriverebbe che «solo i gruppi farmaceutici di grandi dimensioni» possono operare sul mercato. Quest'ultima affermazione, secondo la ricorrente, è errata: quasi tutte le grandi imprese chimiche sono concorrenti potenziali. Ognuno di detti gruppi chimici potrebbe intraprendere subito la produzione di vitamine se la concorrenza su uno dei mercati dovesse smorzarsi e se ci fosse la possibilità di trarre maggiori utili. La concorrenza potenziale esercita un influsso attuale molto efficace sull'andamento dei prezzi.

Quanto agli investimenti necessari, la ricorrente ricorda che quasi tutti i concorrenti attuali e potenziali le sono molto superiori quanto a dimensioni e capacità finanziaria. Inoltre, non è esatto sostenere che ogni nuovo impianto richieda investimenti tanto cospicui da non poter esser eseguito che da imprese di mole ragguardevole. In caso di eccesso di capacità produttiva (che esiste sul piano mondiale), le unità produttive di minor entità possono rivelarsi più redditizie dei grandi impianti. Questa stessa sovraccapacità produttiva mondiale è all'origine di una pressione concorrenziale notevole da parte degli stabilimenti ora inattivi. L'ampliamento della capacità dei concorrenti attuali può anch'esso esercitare una pressione effettiva sul comportamento concorrenziale della ricorrente.

Da tutti questi elementi emerge che, per il fatto di ignorare completamente la concorrenza potenziale sempre presente, la decisione non tiene conto della giurisprudenza della Corte di giustizia nella causa 6/72, *Europemballage* (sent. 21. 2. 1973, Racc. p. 215) la quale per l'appunto attribuisce importanza fondamentale a questa concorrenza potenziale.

Controricorso

Contrariamente a quanto assume la ricorrente, la convenuta ha esaminato a fondo il problema dell'esistenza di una concorrenza potenziale, ma è giunta ad una conclusione negativa.

Nella decisione impugnata essa ha dichiarato che nel periodo considerato (1964-74) la posizione della Roche sul mercato delle vitamine non avrebbe potuto «attualmente» venir sensibilmente modificata, se nuovi concorrenti fossero apparsi sul mercato. Gli argomenti svolti dalla ricorrente circa eventuali sviluppi futuri sono dunque privi di pertinenza. D'altra parte, la Commissione ha incluso nei «gruppi farmaceutici di grandi dimensioni» di cui fa menzione al n. 4 della decisione, i grandi gruppi chimici cui la ricorrente fa allusione. La Commissione contesta però che questi gruppi siano in grado di lanciarsi *immediatamente* nel commercio delle vitamine nella gamma prodotta dalla ricorrente.

Replica

Secondo la ricorrente, la convenuta travisa la natura stessa della concorrenza potenziale. In generale, la pressione sul mercato esercitata dai concorrenti potenziali fa sì che il livello dei prezzi resti basso onde non trasformare i concorrenti potenziali in concorrenti reali. A questo proposito è indifferente che tra la decisione d'investire e la penetrazione sul mercato trascorran alcuni mesi o alcuni anni. La natura stessa della concorrenza potenziale consiste nel fatto che essa è efficace come minaccia. Il solo elemento determinante è che, con la loro semplice presenza, i concorrenti potenziali hanno un peso sul mercato. La convenuta dimentica poi che vi è una supercapacità su

scala mondiale, che esercita un'ulteriore pressione sulla concorrenza. Infine la convenuta non può contestare che, nel periodo indicato, svariate imprese si siano effettivamente presentate sul mercato per la prima volta o vi abbiano aumentato la loro capacità.

Controreplica

Per la convenuta, l'argomento addotto dalla ricorrente circa l'effetto della concorrenza potenziale sul livello dei prezzi, tenuto basso onde non attirare sul mercato detta concorrenza, conferma l'esattezza del suo ragionamento circa il senso della diminuzione dei prezzi dei prodotti della ricorrente. La Commissione ribadisce tuttavia i suoi dubbi, tenuto conto dell'entità degli investimenti richiesti, quanto alla probabilità di comparsa di nuovi concorrenti sul mercato.

Ad 8) L'accesso ai mercati di approvvigionamento

Ricorso

La decisione impugnata ha del tutto negletto l'accesso al mercato delle materie prime. Ora, i principali concorrenti della ricorrente e quasi tutti i suoi concorrenti potenziali dispongono, come fabbricanti di prodotti chimici di base e di prodotti intermedi, di gran parte delle materie prime necessarie per la produzione di vitamine, mentre la ricorrente dipende per l'approvvigionamento quasi interamente da terzi e addirittura, in parte, dai suoi concorrenti attuali e potenziali.

Controricorso

La Commissione osserva che la ricorrente non ha fornito alcuna prova materiale a sostegno del suo assunto secondo cui essa dipende quasi esclusivamente da altre imprese e addirittura, in parte, dalle sue concorrenti per l'approvvigionamento di materie prime.

Replica

La ricorrente ribatte che, nel corso del procedimento amministrativo, essa ha esposto particolareggiatamente il problema dell'approvvigionamento di materie prime. Due concorrenti della ricorrente sono certo favoriti, in quanto produttori di base nel settore della chimica pesante, per quel che riguarda l'accesso ai prodotti che, in larga misura, essi stessi fabbricano. Per la ricorrente, il criterio dell'approvvigionamento del mercato costituisce uno degli elementi fondamentali di valutazione del predominio sul mercato.

Controreplica

La Commissione non contesta che il problema dell'accesso ai mercati d'approvvigionamento possa aver importanza quanto alla valutazione del problema del predominio sul mercato, però questo è solo uno dei molti criteri che entrano in linea di conto. Quello che importa, sotto questo aspetto, è se la ricorrente riesca ad approvvigionarsi sul mercato. In realtà ci riesce; come impresa chimica la ricorrente sarebbe in grado, se del caso, di produrre essa stessa i semilavorati, però ha finora ritenuto più conveniente acquistare i prodotti presso altre imprese.

II — Esame del comportamento della ricorrente sul mercato e delle relative conseguenze

Ricorso

La ricorrente critica la decisione della Commissione in quanto non contiene

traccia dell'esame dei criteri relativi ai risultati del mercato (performance) e al comportamento sul mercato (conduct).

La dottrina è unanime nel ritenere che lo studio solo quantitativo della struttura del mercato «sia inadeguato per determinare il grado di indipendenza d'azione delle imprese, che sfugge al controllo della concorrenza» (Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, p. 370). Si deve invece tener conto di tutte le caratteristiche della situazione del mercato e del comportamento sul mercato. In base a questi criteri la ricorrente non ha mai potuto supporre di non essere esposta ad una concorrenza efficace e di trovarsi quindi in posizione dominante a norma dell'art. 86 del Trattato CEE.

I due criteri (comportamento sul mercato e relative conseguenze) si trovano economicamente in relazione d'interdipendenza. In particolare, il comportamento sul mercato è sovente qualificato «criterio più importante».

Nell'ambito del comportamento sul mercato, è essenziale sapere se l'impresa sia obbligata ad orientarsi sui prezzi del mercato oppure possa fissare i prezzi ad libitum entro un margine non esattamente determinato.

Questa interpretazione è stata accettata dalla stessa convenuta («il problema della concentrazione nel mercato comune»), Bruxelles 1966, n. 22, e decisione Continental Can, GU n. L 7 dell'8 gennaio 1972, pag. 25) come pure dalla Corte di giustizia (sent. 18 maggio 1962, causa 13/60, *Comptoir de vente des Charbons de la Ruhr*, Racc. pag. 200-201).

L'esame delle conseguenze sul mercato e del comportamento sul mercato richiede il controllo dell'andamento della situazione per un periodo piuttosto lungo. Quindi si dovrà accertare in particolare se i prezzi praticati dall'impresa abbiano subito per un periodo piuttosto lungo, aumenti oppure l'impresa abbia dovuto allinearsi ai prezzi del mercato e diminuire i propri per far fronte alla concorrenza.

Ora, l'esame dell'andamento dei prezzi a lunga scadenza, dal lancio delle vitamine in questione fino al 1974, dimostra che i prezzi delle vitamine A, E, C, B₂ e B₆, che sono le più importanti, sono stati in continua e forte diminuzione. È illogico che un'impresa, assertivamente al riparo dalla concorrenza efficace e in grado di determinare i suoi prezzi con molta indipendenza rispetto a concorrenti, fornitori e clienti, effettui simili riduzioni senza esservi costretta dalla concorrenza. Ancor più indicativo è il fatto che, mentre tra il 1970 e il 1974 si registravano aumenti aggirantisi in media sul 50 % e quindi i costi della ricorrente aumentavano di altrettanto e forse più, i prezzi da lei praticati hanno continuato, sotto la pressione della concorrenza, a diminuire notevolmente, in questo periodo, per la maggior parte delle vitamine (vitamina A: diminuzione del 25 %; vitamina E: diminuzione oltre il 18 %; acido pantotenico: diminuzione media del 50 %; per le vitamine B₂ e B₆ la tendenza, pur se meno marcata, è effettiva; solo i prezzi della vitamina C mostrano una lieve tendenza al rialzo). L'unica conclusione possibile è che la ricorrente non ha mai avuto «la facoltà di determinare i prezzi». In un periodo di forti aumenti, la ricorrente non avrebbe mai ridotto volontariamente i listini in siffatte proporzioni se non vi fosse stata obbligata da una concorrenza molto efficace.

I documenti invocati e citati tendenziosamente dalla Commissione, circa il comportamento abusivo della ricorrente, forniscono indicazioni precise in merito. L'esistenza di una «pressione continua di concorrenti giapponesi, danesi e tedeschi» per la vitamina B₆ (circolare del dicembre 1970); l'imminente ingresso sul mercato della vitamina A e della vitamina E di un concorrente il cui potenziale di mercato è il quadruplo di quello della ricorrente (stessa circolare); la «necessità di fissare prezzi altamente competitivi» per poter stipulare un contratto annuale con i clienti di maggior levatura (circolare agosto 1971); l'esistenza di una «forte concorrenza» per le vitamine A ed E; l'impossibilità, quanto alla vitamina C, di effettuare aumenti di prezzo senza provocare una diminuzione delle quote di mercato; il regresso sul mercato tedesco dei pantotenati valutato nel 17,50 % (resoconto del 12 e 13 ottobre 1972) costituiscono a questo proposito elementi di valutazione decisivi.

Questi documenti smentiscono recisamente l'esistenza di una posizione dominante e dimostrano, a fortiori, che la ricorrente poteva, almeno soggettivamente, ritenersi esposta ad una concorrenza sostanziale.

La ricorrente produce inoltre vari altri documenti interni dai quali risulta che nel 1971, 1972 e 1973 la pressione concorrenziale è stata molto vivace, specie sul mercato delle vitamine A, B₁, B₂, B₃, B₆ ed E.

Controricorso

La convenuta sostiene che, per risolvere la questione del se la ricorrente occupi sui mercati delle vitamine una posizione dominante, è necessario fondarsi sulle sue quote di mercato. Solo allorché queste quote, che raggiungono circa il 50 % per i prodotti principali (vitamine A, E e C) saranno state chiaramente definite, sarà opportuno prendere in esame gli elementi di fatto che dovrebbero comprovare che la ricorrente, nonostante le

quote di mercato che detiene, era esposta ad una concorrenza effettiva. Il mercato di cui si deve tener conto è quello di ciascuno dei gruppi delle vitamine in questione (A, B₂, B₆, C, E, biotina (H) e acido pantotenico (B₃)). Ciascuno di questi gruppi serve a far fronte ad esigenze costanti e non è praticamente intercambiabile non altri prodotti, salvo in casi eccezionali e per speciali esigenze.

La sostituzione di altri prodotti alle vitamine va radicalmente esclusa. Il mercato geografico da prendere in considerazione è il complesso del mercato comune.

Alla critica mossale di non aver tenuto conto del comportamento della ricorrente sul mercato e delle relative conseguenze, la convenuta oppone un argomento di forma ed uno di sostanza.

Quanto alla forma, la convenuta deve motivare le sue decisioni e non ribattere a tutti gli argomenti svolti durante il procedimento amministrativo. La ricorrente non può pretendere che la convenuta, nella sua decisione, adotti un punto di vista che essa ritiene errato.

Quanto alla sostanza, la convenuta contesta di aver tenuto conto solo di criteri riguardanti la struttura dei mercati. La stessa Commissione ha già sostenuto in precedenza che il predominio sul mercato «è anzitutto un potere economico, cioè la facoltà di esercitare sul gioco del mercato una forte influenza che è — in linea di principio — prevedibile per l'impresa dominante» (Vedere: Il problema della concentrazione nel mercato co-

mune, n. 22), posizione precisata in seguito nella decisione *Continental Can*, insistendo tuttavia sul fatto che l'indipendenza di comportamento è ravvisabile specie allorché «l'impresa, in virtù della sua parte di mercato o della sua parte di mercato unita in particolare al possesso di conoscenze tecniche e alla disponibilità di materie prime o di capitali, ha la possibilità di determinare i prezzi o di controllare la produzione o la distribuzione di una parte cospicua dei prodotti considerati».

Analogamente, la giurisprudenza della Corte di giustizia, specie le sentenze *Commercial Solvents* (cause riunite 6 e 7/73, Racc. 1974, pag. 215) e «Zuccherero» (cause 40/73 ed altre, *Suiker-Unie ed altri*, Racc. pag. 2005) precisa che il semplice fatto che le imprese considerate detengono quote di mercato molto rilevanti è sufficiente a provare che le stesse imprese hanno una posizione dominante. Se un'impresa detiene alte quote di mercato, mentre le sue concorrenti detengono quote nettamente inferiori e non offrono una gamma di prodotti proporzionalmente altrettanto vasta, si può generalmente ravvisare in questo fatto l'indizio di una posizione dominante. Solo nel caso in cui si accertassero circostanze particolari, atte a limitare veramente e in ampia misura la libertà d'azione dell'impresa, si potrebbe concludere che non vi è posizione dominante nonostante l'entità delle quote di mercato detenute.

Esaminando poi le tabelle da cui si rileva che i prezzi delle vitamine A, E, C, B₂ e B₆ sono diminuiti con l'andar del tempo, la Commissione attira l'attenzione sul notevole aumento della produzione della ricorrente durante il periodo in questione e osserva che detti grafici dimostrano soltanto che il forte aumento della produzione implica la riduzione dei prezzi.

Raffrontando le variazioni percentuali dei quantitativi prodotti e dei prezzi, la Commissione ne desume che dal 1970 al 1974 la ricorrente è stata in grado di aumentare notevolmente le vendite delle

principali vitamine, ha praticato riduzioni di prezzo solo per alcune vitamine e, nel complesso, ha aumentato parecchio i suoi introiti.

I documenti che la convenuta ha invocato e citato nella decisione [n. 12: circolare del dicembre 1970, circolare del maggio 1971, più esattamente dell'agosto 1971, relazione sulla riunione dei «bulk managers» europei del 12 e 13 ottobre 1971 (leggi 1972)] onde dimostrare che vi è stato abuso, non provano, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, che non vi era posizione dominante.

In realtà non ha importanza lo stabilire se la ricorrente godesse di assoluta libertà nella determinazione dei prezzi, caratteristica del monopolio, bensì si deve accertare se la sua posizione fosse tale da consentirle di agire senza doversi veramente preoccupare dei concorrenti, dei fornitori e dei clienti.

Ora, alcuni documenti prodotti dalla ricorrente in allegato al ricorso dimostrano appunto che la ricorrente era perfettamente in grado di far fronte ai nuovi concorrenti che si presentavano sul mercato delle vitamine e si riteneva in grado di mantenere la sua posizione sul mercato.

Replica

Nella replica la ricorrente rileva che, pur affermando il contrario, la Commissione ha tenuto praticamente conto, per accer-

tare la posizione dominante, solo delle quote di mercato. La detenzione di ingenti quote di mercato e l'offerta di una gamma di prodotti comparativamente più ampia sono «indizi» di una posizione dominante che solo circostanze speciali possono smentire.

La Commissione si allontana così dalle sue dichiarazioni rilasciate in precedenza e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Inoltre questo modo di ragionare implica l'inversione dell'onere della prova.

Il fatto che la Commissione nella decisione impugnata abbia trascurato, onde accertare la posizione dominante, i criteri diversi dalle quote di mercato, ad esempio la facoltà di determinare i prezzi, costituisce ad un tempo violazione dell'art. 86, in quanto interpretazione erronea dei presupposti per la sua applicazione, e violazione dell'art. 190 del Trattato, giacché la decisione litigiosa non è adeguatamente motivata.

La ricorrente osserva, per quanto riguarda la giurisprudenza invocata dalla Commissione nonché la decisione 2 gennaio 1973 della stessa, che in quei casi si trattava di imprese in possesso di quote di mercato molto superiori al 50 % ad essa attribuito; non se ne può quindi trarre la conclusione che questa quota di mercato renda superfluo il prendere in considerazione le conseguenze e il comportamento sul mercato ed imponga alle imprese l'obbligo di provare che vi è stata una «limitazione effettiva e notevole della loro libertà di azione».

Quanto all'eccezione della convenuta di non essere tenuta a pronunciarsi su tutte le «obiezioni» o «affermazioni» della ricorrente, essa trascura il fatto che, per quel che riguarda il criterio della facoltà di determinare i prezzi, si tratta, secondo la giurisprudenza della Corte, di presupposti indispensabili per l'applicazione dell'art. 86, di cui spetta alla Commissione dimostrare l'esistenza.

Secondo la ricorrente, i documenti prodotti al momento della presentazione del

ricorso dimostrano che tra il 1970 e il 1974 vi era effettiva concorrenza.

A questo proposito le diminuzioni di prezzo registrate nei documenti forniti dalla ricorrente per le principali vitamine nel dopoguerra e specie prima del periodo 1970-74 non sono conseguenza — come sostiene la Commissione — dell'aumento, in una fase di espansione, dei quantitativi prodotti mirante alla diminuzione dei costi unitari.

In realtà, i prezzi unitari diminuiscono solo nei limiti in cui le capacità potenziali di un impianto produttivo — fino a quel momento non sfruttate appieno — possono venir meglio impiegate e nei limiti in cui non aumentano i prezzi dei beni strumentali. In una fase di espansione gli impianti di produzione si devono inevitabilmente ampliare e si devono costruire nuovi impianti il che esclude la diminuzione dei costi.

La ricorrente sostiene che sia la teoria sia l'esperienza economica dimostrano che un'impresa non soggetta a concorrenza non effettua riduzioni di prezzo nelle proporzioni registrate nella fattispecie. Se essa lo ha fatto, è stato a causa della pressione concorrenziale.

Per quel che riguarda più particolarmente il periodo 1970-74, la ricorrente sottolinea che le riduzioni di prezzo registrate per i suoi prodotti in questo periodo coincidevano con uno straordinario aumento dei prezzi in tutti i paesi della Comunità. Nonostante un aumento dei costi del 50 % e il raddoppio delle

richieste, la ricorrente ha dovuto piegarsi a riduzioni di prezzo dal 17 al 29 % per quattro prodotti e per 3 altri prodotti non è riuscita ad aumentare gli introiti (il che, tenuto conto del tasso d'inflazione, equivale già ad una perdita del 20 %).

Parecchi allegati all'atto introduttivo forniscono prove supplementari circa l'esistenza di un'effettiva concorrenza sui mercati di cui trattasi. È sintomatico il fatto che la ricorrente non sia riuscita ad impedire l'introduzione sul mercato di alcuni nuovi concorrenti. Inoltre, la ricorrente sottolinea che i contratti di cui trattasi nella decisione litigiosa contengono solo una «clausola di *parità*» che contempla unicamente l'ipotesi della riduzione dei prezzi, mentre la ricorrente non è riuscita ad imporre ai suoi clienti la «clausola *d'aumento*», oggi generalizzata, secondo cui in caso di aumento di costi e di prezzi, i prezzi di vendita aumentano in relazione.

Controreplica

La convenuta deduce di aver esaminato e valutato il comportamento della ricorrente sul mercato e le sue conseguenze, ma che detto esame ha dato risultati diversi da quelli ottenuti dalla ricorrente.

Esaminando comportamento sul mercato e relative conseguenze per la ricorrente, la convenuta non ha accertato che la concorrenza ne abbia notevolmente circoscritto l'indipendenza di comportamento. Essenziale a questo proposito è il fatto che la ricorrente sia riuscita a conservare per un tempo piuttosto lungo le sue alte quote di mercato.

D'altro canto, la convenuta non ha mai negato che spetti a lei provare l'esistenza dei presupposti dell'infrazione di cui all'art. 86. L'obbligo della ricorrente di convincere la Corte che la convenuta non ha fornito la prova che era tenuta a fornire non rappresenta un'inversione dell'onere della prova contraria al diritto costituzionale.

La convenuta non contesta che, nei casi in cui la Corte di giustizia ha ammesso la

posizione dominante, le quote di mercato erano superiori al 50 %. Nella decisione impugnata, essa ha assunto come base non solo le quote di mercato della ricorrente per i vari gruppi di vitamine, ma anche le quote di mercato — decisamente meno cospicue — dei concorrenti, nonché vari altri criteri importanti per stabilire la posizione della ricorrente sul mercato. La convenuta ha poi tenuto conto — fondandosi sulle dichiarazioni della ricorrente durante il procedimento amministrativo — del comportamento della ricorrente in materia di prezzi nonché della situazione del mercato.

Quanto alla diminuzione dei prezzi, la convenuta contesta l'argomento della ricorrente secondo cui l'impresa che domina il mercato ha interesse a limitare i quantitativi venduti onde aumentare i prezzi.

L'impresa che non si trovi in situazione di monopolio, ma che tuttavia detenga una quota di mercato elevata e il cui fatturato sia in aumento, deve evitare d'incitare alla concorrenza sul mercato altre ditte, praticando prezzi troppo alti. Essa può dunque aver interesse a diminuire i prezzi in funzione dell'aumento delle vendite.

Quanto ai prezzi per il periodo 1970-74, la convenuta sostiene che la ricorrente non ha preso posizione circa i dati prodotti dalla Commissione per porre a confronto andamento dei prezzi e della produzione tra il 1970 e il 1974, nonché circa la tabella dei prezzi praticati dalla ricorrente tra il 1971 e il 1974, in base

alle informazioni fornite dalle affiliate della ricorrente nel mercato comune.

B — Insussistenza di sfruttamento abusivo

Quanto alla censura di abuso di posizione dominante, la ricorrente contesta anzitutto alcune circostanze di fatto, specie relativamente ai contratti stipulati con le ditte Unilever e Merck. Essa contesta pure l'interpretazione della «clausola inglese» fornita dalla Commissione. Essa rifiuta poi l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 86 fatte dalla Commissione per quel che riguarda le restrizioni della concorrenza provocate dalle clausole di «fedeltà» contenute nei contratti litigiosi. Infine, e più specificamente, essa contesta che i contratti litigiosi, mediante il sistema della riduzioni o degli sconti, abbiano fatto sì che alle controparti commerciali si praticassero condizioni diverse per prestazioni equivalenti, ponendole così in svantaggio nel gioco della concorrenza (art. 86, c).

I — Esame di talune circostanze di fatto addotte dalla Commissione

Ricorso

La ricorrente vuole rettificare alcuni fatti che, a suo giudizio, la Commissione ha descritto in modo inesatto. Essa insiste in primo luogo sul fatto che i contratti di esclusiva o di preferenza rispondono soprattutto al desiderio dei clienti di aver la garanzia di approvvigionamento costante di prodotti di qualità omogenea a prezzi vantaggiosi. In secondo luogo non è esatto considerare le riduzioni di prezzo relative alla biotina come premi di fedeltà. I documenti citati dalla Commissione al n. 12 della decisione indicano chiaramente che si tratta di riduzioni «di lancio», normalmente concesse agli acquirenti che acconsentono a collaborare ad una campagna promozionale per ampliare il mercato di un determinato prodotto.

La ricorrente contesta pure che i contratti stipulati con le ditte Merck e Unilever facciano parte del sistema dei «contratti di fedeltà».

L'Unilever soleva ordinare regolarmente e a lunga scadenza, per tutte le società del gruppo con sede nel continente, grandi quantità di vitamine presso la ricorrente ed i contratti non implicano alcun obbligo per l'Unilever di stipulare contratti solo con la ricorrente.

Circa i contratti con la Merck, gli sconti sono giustificati dai quantitativi ordinati, specie dal momento che non si tratta di «sconti di fedeltà» ma di sconti «funzionali», giacché la Merck rivende la maggior parte di dette vitamine. È dunque ingiustificato comprendere gli ordini Unilever e Merck nel totale del fatturato dei contratti litigiosi (dec. n. 10 in fine), per giungere così alla conclusione che gli acquisti dei 22 clienti interessati rappresentavano il 16 % del totale delle vendite di vitamine nel mercato comune nel 1974. In realtà, le vendite effettuate in base a contratti con concessione di sconto di fedeltà, per il periodo 1970-74, hanno raggiunto solo il 4 % del totale delle vendite nel mercato comune.

Controricorso

La Commissione contesta l'assunto della ricorrente secondo cui i contratti in questione rispondono in primo luogo al desiderio dei clienti di aver la garanzia di forniture regolari, di qualità costante e a prezzi vantaggiosi perché, se così fosse stato veramente, sarebbe bastato includere nel contratto una clausola vinco-

lante la ricorrente a fornire. La ricorrente non può validamente negare che detto obbligo torni a suo esclusivo vantaggio, giacché vincola i clienti onde consentirle di conservare la sua alta quota di mercato.

La Commissione contesta pure l'assunto che gli sconti concessi per la biotina avessero indole «promozionale». Quanto ai contratti stipulati con l'Unilever e la Merck, pur se non prevedono espressamente sconti di fedeltà, sta di fatto che in pratica entrambe queste società erano obbligate a rifornirsi esclusivamente presso la ricorrente. Se così non fosse, non si comprenderebbe perché nei contratti sia stata inclusa la «clausola inglese».

Replica

Se gli sconti litigiosi definiti «premi di fedeltà» non costituiscono affatto veri premi di fedeltà, e ciò a causa della clausola inglese, ciò vale a maggior ragione, sostiene la ricorrente, per gli sconti relativi alla biotina, destinati solo ai clienti che intendevano fornire prestazioni speciali connesse alla campagna di lancio per reclamizzare le nuove possibilità di impiego.

La ricorrente osserva poi che, per effetto della clausola inglese, era escluso che il cliente si trovasse vincolato «in modo esclusivo». È inesatto parlare di «obbligo di approvvigionamento esclusivo», quando è pacifico che il cliente può accettare qualsiasi offerta più vantaggiosa proveniente dai concorrenti, se la ricorrente non offre le stesse condizioni. Solo una piccola parte dei contratti implica obblighi di approvvigionamento esclusivo, mentre negli altri casi, proprio grazie all'assenza di «effetto d'attrazione», assenza dovuta alla clausola inglese, i clienti non sono vincolati dalla semplice promessa di premi.

Il fatto che la ricorrente, a causa della clausola inglese, debba decidere se allinearsi o no sulle offerte più vantaggiose dei concorrenti vale per tutti gli affari la

cui conclusione dipenda dalla concorrenza sui prezzi e non dimostra l'esistenza di un vincolo di esclusiva. La convenuta non può contestare il fatto che la ricorrente non ha mai nemmeno tentato di imporre a un cliente il minimo obbligo di approvvigionarsi e neppure ha tentato di minacciarlo di rappresaglie perché si riforniva presso un altro venditore.

Quanto ai contratti stipulati con l'Unilever e la Merck, non è esatto supporre — come fa la Commissione — che la «clausola inglese» dimostri che l'Unilever dovesse rifornirsi solo presso la ricorrente, in quanto la «clausola inglese» è dovuta unicamente alla durata del contratto.

Secondo la ricorrente, la posizione della Commissione si risolve in definitiva nel vietare all'Unilever di stipulare con la ricorrente, sua sponte e senza esservi obbligata, un contratto di fornitura per far fronte al suo fabbisogno annuo, il che costituisce una restrizione inammissibile della libertà di scelta degli acquirenti. Il solo fatto che un cliente si rifornisse prevalentemente o esclusivamente presso la ricorrente senza esservi costretto da una convenzione qualsiasi non può assolutamente costituire violazione dell'art. 86 del Trattato CEE.

Il fatto che nei contratti si facesse menzione di un quantitativo massimo che la ricorrente s'impegnava a fornire e di un quantitativo minimo che l'Unilever si impegnava a ritirare non muta i termini della questione, giacché nei contratti a lunga scadenza, relativi a grandi partite di materie prime, siffatte condizioni sono perfettamente consone alle consuetudini commerciali.

Quanto ai contratti con la ditta Merck, si trattava di forniture di vitamine B₆ ed E in quantitativi tali che la ricorrente non poteva intraprenderne la produzione se non ne fosse stata garantita la vendita.

Controreplica

Gli sconti accordati nel settore della biotina non sono sconti di lancio, in quanto dipendono dalla condizione preliminare che il cliente si rifornisca essenzialmente o prevalentemente presso la ricorrente al fine di salvaguardare la quota di mercato acquistata («you should protect your market through fidelity contracts...», Management information Biotine, p. 2).

La Commissione ricorda che nella decisione impugnata essa ha fatto distinzione tra le clausole che istituivano *direttamente* un vincolo di esclusiva (fidelity contracts) e quelle che, tramite uno stimolo finanziario, la concessione del premio di fedeltà, hanno *indirettamente* stabilito detto vincolo. Non è esatto dire che la clausola inglese «esclude ipso facto l'esclusiva»: l'esclusiva riguarda l'approvvigionamento, la clausola inglese la determinazione dei prezzi.

Ora, sotto questo profilo, nei contratti a lunga scadenza è normale che il venditore si impegni a tener conto delle quotazioni della concorrenza. La Commissione non contesta che la natura stessa della concorrenza implichi che si cerchi di strappare la clientela ai concorrenti e si cerchi di conservare i clienti fedeli come «acquirenti d'élite», però un'impresa in posizione dominante non può ricorrere, per far ciò, a contratti che implicano vincoli d'esclusiva.

Quanto ai contratti stipulati con l'Unilever e con la Merck, la convenuta osserva che:

a) replicando all'argomento della Roche, secondo cui l'esistenza della clausola inglese nei contratti Unilever non consente di concludere che detti contratti vincolino l'Unilever ad acquistare presso la Roche il suo intero fabbisogno, la Commissione osserva che con-

corda sul fatto che detta clausola ha senso in tutti i contratti a lunga scadenza, per quantitativi determinati e che non coprano l'intero fabbisogno. Secondo la Commissione, tuttavia, in questi casi è il venditore che si impegna ad allineare i prezzi, con la conseguenza che l'acquirente è obbligato ad acquistare. Completamente diversa è invece la situazione per quel che riguarda la clausola inglese dei contratti litigiosi. Poiché il venditore Roche non deve allinearsi, la clausola si applica solo per l'esecuzione dell'impegno dell'acquirente di acquistare dalla Roche tutto o la maggior parte del proprio fabbisogno;

b) le grandi partite di vitamine B₆ ed E necessarie alla società Merck che, secondo la ricorrente, hanno giustificato la stipulazione di un contratto di esclusiva, avrebbero potuto venir fornite — secondo la Commissione — secondo altri metodi, ad esempio ordinando determinati quantitativi ogni semestre od ogni anno.

II — Esame dell'interpretazione della clausola inglese

Ricorso

Circa la «clausola inglese», la ricorrente osserva che è inesatto sostenere che questa clausola contemplasse l'obbligo per la clientela di informarla delle offerte, a prezzi inferiori a quelli che essa pratica, sottoposte dai concorrenti più importanti. L'identità dell'offerente doveva rimanere ignota. L'anonimato che il concorrente conserva in questa maniera pone la ricorrente in una situazione all'in-

circa simile a quella in cui verrebbe a trovarsi con l'acquirente in ogni trattativa sui prezzi.

Quanto al funzionamento della clausola inglese, essa priva ipso facto di ogni indole d'esclusiva gli obblighi di approvvigionamento, ammesso che essi abbiano quest'indole in linea di principio. Ogni cliente rimane libero di fare quanto può per ottenere prezzi più favorevoli e/o condizioni più vantaggiose presso la concorrenza. Queste considerazioni valgono sia per i contratti con sconti di stimolo o di preferenza, sia per quelli comportanti l'esclusiva. Il cliente che accetta un'offerta più favorevole non perde gli sconti sugli altri acquisti. La presente controversia è dunque del tutto diversa dal caso «dello zucchero» (sent. 16. 12. 1975, *Suiker-Unie ed altri/Commissione*, cause riunite 40-48/73 ed altre, *Racc.*, pag. 2005) in quanto nella fattispecie non si correva nessun rischio di perdere lo sconto (vedere sentenza «zucchero» n. 504).

Controricorso

Per la Commissione, la ricorrente minimizza senso e funzione della clausola inglese. Se la clausola è posta nell'interesse del cliente sotto il profilo dei prezzi, il cliente non è però libero di acquistare altrove, a meno che la ricorrente glielo conceda non modificando i suoi prezzi.

Replica

Contrariamente a quanto pare credere la convenuta, la clausola inglese di per sé serve manifestamente a tutelare il cliente e non il venditore. Essa ha lo scopo di proteggere il consumatore in quanto garantisce automaticamente l'applicazione dei prezzi più bassi. Essa è quindi tipica di un predominio della domanda e non dell'offerta.

La clausola inglese non ha l'«effetto d'attrazione» dei premi di fedeltà, di cui si è discusso nella causa dello zucchero, giacché in quell'ipotesi il cliente perdeva ogni diritto al premio se acquistava anche quantitativi insignificanti presso la con-

correnza. La clausola inglese dispone invece che il premio annuale non viene abolito se il cliente acquista presso i concorrenti che offrono prezzi inferiori. La ricorrente produce tabelle statistiche per dimostrare che effettivamente e proprio per questi motivi i clienti della ricorrente hanno sovente acquistato più della metà del loro fabbisogno presso i concorrenti della ricorrente.

Controreplica

La Commissione osserva, per quel che riguarda la vera funzione della clausola inglese, che essa consente all'impresa dominante di prendere contromisure — in caso di modifiche dei prezzi da parte della concorrenza — senza correre il rischio che la sua clientela passi alla concorrenza. La ricorrente, dato che è essa a decidere se un cliente possa o no acquistare presso un concorrente, è in grado di impedire ai clienti vincolati da siffatti contratti di acquistare altrove e di eliminare così i concorrenti. Il fatto che in più occasioni i clienti abbiano acquistato dalla concorrenza oltre il 50 % del loro fabbisogno non ha rilevanza per stabilire se la ricorrente abbia abusivamente tratto profitto dalla sua posizione dominante, imponendo loro un vincolo contrattuale troppo oneroso.

III — *Esame dell'effetto anticoncorrenziale e «abusivo» dell'esclusiva o della preferenza risultante dai contratti litigiosi*

Ricorso

Dopo aver precisato la portata della clausola inglese, la ricorrente conclude che la sua applicazione non può costituire «abuso» ai sensi dell'art. 86. L'indispensabile contemperamento degli interessi in gioco (*Interessenabwägung*) mette in luce che i contratti litigiosi:

- garantiscono l'approvvigionamento dei clienti e la conservazione di una qualità costante;
- consentono alla ricorrente di pianificare la sua produzione;
- fanno fruire i consumatori dei prezzi più bassi.

D'altra parte l'art. 86 prescrive che vi deve esser relazione tra posizione dominante e comportamento dell'impresa interessata. Il comportamento criticato deve esser conseguenza della forza dell'impresa e deve poter venire tenuto in conseguenza soltanto della sua posizione dominante. Ora, il fatto di vincolare gli acquirenti è normale sul mercato delle vitamine e non vi è la minima prova che la ricorrente abbia potuto stipulare i contratti incriminati solo a motivo della sua presunta forza sul mercato. Anzi, erano proprio i clienti, come risulta da una dichiarazione della ditta Animedica, a dare la preferenza ai fornitori che offrivano il maggior sconto. Il comportamento della ricorrente non ha, dal canto suo, nemmeno ostacolato l'accesso al mercato, in quanto, trattandosi di un mercato determinato a livello dello smercio, i concorrenti principali della ricorrente dispongono, come si è già detto, di una gamma di prodotti molto più vasta.

Soppesando tutti questi fattori, si giunge alla conclusione che il presunto sbarramento dell'accesso al mercato ai concorrenti non è mai giunto ad un punto che possa far pensare che vi è stato abuso ai sensi dell'art. 86.

Controricorso

La Commissione così giustifica la sua valutazione del carattere abusivo del comportamento della Roche, come esposto al n. 21 e segg. della decisione litigiosa:

- i contratti «di fedeltà», obbligando i clienti a rifornirsi esclusivamente presso la ricorrente od offrendo vantaggi di prezzo (premio di fedeltà) che hanno le stesse conseguenze, privano i clienti della possibilità di scegliere liberamente una fonte di approvvigionamento nella misura in cui sono vincolati alla ricorrente;
- detti contratti provocano pure un'alterazione della concorrenza tra i fabbricanti di vitamine, in quanto la clausola d'esclusiva stipulata tra la ricorrente e i suoi acquirenti impedisce agli altri fabbricanti di vitamine di aver accesso a detta clientela;
- la «clausola inglese» rappresenta una mitigazione di questo vincolo, in quanto consente la modifica dei prezzi. Comunque essa non lascia i clienti liberi di acquistare presso chi loro aggrada, ricorrente o concorrenti: solo allorché la ricorrente rifiuta di allineare i suoi prezzi su quelli del concorrente il cliente può ordinare a quest'ultimo.

Nella valutazione della liceità di questa clausola, la ricorrente presuppone erro-

neamente che siano gli interessi dei partecipanti al mercato che sono determinanti allorché si deve accertare se vi sia stato o no abuso di posizione dominante. Nemmeno è esatto pretendere che il comportamento in questione deve risultare dalla posizione dominante ed esser consentito solo grazie a questa, per esser colpito dal divieto dell'art. 86. Al contrario, per il fatto che le imprese in posizione dominante dispongono di un raggio d'azione che loro consente di agire senza troppo curarsi dei loro concorrenti, determinate pratiche, che possono esser legittime per imprese soggette alla concorrenza, sono invece loro vietate.

D'altro canto, per applicare il divieto dell'art. 86 non si richiede, come per l'art. 85, che vi sia una perturbazione «rilevante» della concorrenza. L'impresa in posizione dominante non è soggetta, per definizione, al gioco della concorrenza effettiva. Nel momento in cui essa sfrutta abusivamente la sua posizione, lo scopo del Trattato, che è quello di salvaguardare la concorrenza, è compromesso. Inoltre, il divieto di cui all'art. 86 ha evidentemente lo scopo di tutelare le controparti delle imprese in posizione dominante.

Comunque stiano le cose, i contratti in questione rappresentano principalmente in due settori, alimentazione umana e foraggi, il 26 % del volume delle vendite della ricorrente e almeno il 14 %, facendo astrazione dai contratti stipulati con Unilever e Merck.

Replica

Tornando sulle osservazioni espone nel ricorso (pag. 91 e segg.) circa vantaggi e svantaggi che i contratti litigiosi presentano per la clientela, la Roche sostiene che il contemperamento degli interessi in gioco è perfettamente giustificato e che detta necessità è stata ammessa, nell'ambito dell'applicazione dell'art. 86 del Trattato, sia dalla Corte (sent. 21 marzo 1974, causa 127/73, *BRT-SABAM*, Racc. pag. 317), sia dalla Commissione nella de-

cisione 72/268, *GEMA* (GU n. L 166 del 24 luglio 1972). Il giusto equilibrio fra gli interessi in gioco è stato raggiunto nella fattispecie in quanto i clienti, dato che la loro produzione dipende da forniture a lunga scadenza, esigono ed ottengono contratti che garantiscono loro il rifornimento a lunga scadenza, mentre, d'altra parte, la ricorrente, che assume siffatti impegni, ha pure la garanzia di poter vendere quanto produce. Inoltre, grazie alla clausola inglese, i contratti garantiscono a qualsiasi cliente l'approvvigionamento al prezzo più favorevole, al concorrente più competitivo la possibilità di veder accolta la sua offerta più vantaggiosa e al consumatore la garanzia di fruire automaticamente del prezzo più basso.

Secondo la ricorrente, il tenore dell'art. 86 lascia intendere che vi deve essere un certo rapporto causale tra la posizione dominante ed il comportamento dell'impresa. Il presunto abuso deve esser connesso ad una certa «pressione», non basta che sia determinato solo dalle condizioni del mercato.

La stessa convenuta ha ammesso, nel suo studio del 1966 sulla «concentrazione delle imprese», che vi è abuso se l'impresa che domina il mercato «sfrutta la sua posizione per ottenere vantaggi che le sarebbero stati preclusi in una situazione di concorrenza efficace».

La ricorrente non ha mai costretto i clienti a stipulare una convenzione o ad accettare una precisa clausola. In realtà, essa ha preferito stipulare veri e propri contratti d'esclusiva, rinunciare alla clau-

sola inglese, sostituirla con prezzi fissi o con una clausola d'aumenti, vincolare i propri clienti a lunga scadenza, invece di concedere loro il diritto di denunciare il contratto a breve scadenza.

Quanto agli effetti dei contratti di fedeltà, la ricorrente contesta che i contratti litigiosi, che riguardano solo il 4 % delle vitamine per i 7 prodotti in questione, possano eliminare la concorrenza sul mercato comune od ostacolare l'integrazione. Questa esigua quota detenuta sul mercato interessato non può limitare l'accesso al mercato per i concorrenti della ricorrente. L'art. 86 presuppone che le possibilità di vendita dei concorrenti siano state sostanzialmente eliminate. Ciò non avviene se l'accesso al mercato resta interamente libero per quel che riguarda il 96 % della domanda e se, per di più, il 4 % rimanente non è affatto sottratto alla concorrenza, come dimostra la clausola inglese.

Ci si può solo stupire per il fatto che, secondo la convenuta, il criterio della «rilevanza» è fuori causa nell'applicazione dell'art. 86. In considerazione della sentenza della Corte e delle conclusioni dell'avvocato generale nella causa 23/67 (sent. 12 dic. 1967, *Haecht*, Racc, pag. 480) e dato che gli artt. 85 e 86 perseguono lo stesso scopo, non si può ammettere che un vincolo particolarmente blando tra gli acquirenti e la Roche, limitato al 4 % della domanda e che, nonostante questo limite percentuale, consente sempre una vivace concorrenza nel settore dell'offerta, grazie all'esistenza della clausola inglese, costituisca un ostacolo rilevante per il commercio intracomunitario.

Controreplica

Per quel che riguarda il temperamento degli interessi in gioco, la Commissione osserva che, allorché il comportamento di un'impresa che domina il mercato mette a repentaglio il gioco della concorrenza, non interessa stabilire se il pregiudizio per la concorrenza corri-

sponda agli interessi delle parti. La sentenza della Corte nella causa *BRT-SABAM* e la decisione della Commissione GEMA riguardavano i rapporti specifici tra una società per lo sfruttamento dei diritti d'autore ed i suoi soci, ipotesi che non può venir assimilata al caso in esame.

Replicando all'argomento secondo cui la Roche non avrebbe agito sfruttando la sua forza sul mercato, la Commissione ricorda che, per dichiarare che vi è abuso non è necessario provare che vi sia stato illecito o qualsiasi altro elemento soggettivo oppure che vi sia stato un comportamento immorale, giacché per abuso si deve intendere un uso irrilevante sotto l'aspetto morale, ma obiettivamente illecito.

L'argomento della ricorrente sull'effetto dei contratti di fedeltà è irrilevante quanto al problema del se vi sia stato abuso; al massimo potrebbe assumere importanza nel valutare la gravità dell'infrazione al momento della determinazione dell'ammenda. Anche il richiamo alla sentenza *Brasserie de Haecht* è privo di pertinenza. Per stabilire se alcuni contratti di esclusiva che vincolano i clienti ai fabbricanti abbiano per oggetto o per effetto di comprimere la concorrenza sul mercato considerato, non si possono evidentemente usare gli stessi parametri usati per stabilire se i contratti di esclusiva stipulati da un'impresa non soggetta a concorrenza effettiva vadano considerati come abuso ai sensi dell'art. 86.

La Commissione sottolinea ancora che i contratti della fattispecie riguardano in sostanza grandi clienti del settore dell'ali-

mentazione umana ed animale, le cui attività non sono circoscritte ad alcuni Stati membri, ma si estendono all'intero territorio della Comunità.

IV — Esame dell'effetto discriminatorio attribuito ai contratti litigiosi

Ricorso

La ricorrente osserva che, ai sensi della decisione litigiosa, al n. 26, i presupposti di cui all'art. 86, lett. c), sarebbero sussistiti, in quanto gli sconti, varianti da cliente a cliente, avrebbero provocato discriminazioni tra acquirenti. La ricorrente sostiene su questo punto che nella fattispecie manca l'elemento costitutivo supplementare enunciato dall'art. 86, lett. c), cioè che i clienti subiscano per questo motivo «uno svantaggio per la concorrenza». Dato che la parte di vitamine che si impiega nei prodotti fabbricati da questi clienti è minima e giunge al massimo al 5 % — in genere 1 % — i presunti svantaggi per la concorrenza risultanti da una differenza di sconto dell'ordine dell'1,2 % o anche del 5 % sono quasi impossibili da calcolare. Per un fabbricante di prodotti alimentari, una differenza di sconto anche del 5 % rappresenta solo lo 0,05 % dei suoi prezzi di vendita e non può mai costituire uno svantaggio per la fissazione dei suoi prezzi.

Controricorso

Per la Commissione, lo «svantaggio per la concorrenza» non può venir assimilato all'«alterazione della competitività»; anche discriminazioni di prezzo varianti dall'1 al 2 % — e comunque quelle del 5 % — possono, in linea di massima, arrecare ai clienti svantaggi sul piano della concorrenza.

La Corte di giustizia, specie nella sentenza 40/73 (*Suiker-Unie e altri*, 16 dic. 1975, Racc. pag. 2007) ha respinto l'obiezione ed ha rilevato che «alcuni clienti della SZV, in particolare certi grandi consumatori industriali, si trovano in concorrenza con altri clienti della stessa im-

presa». D'altro canto, gli stessi documenti prodotti dalla ricorrente dimostrano quale importanza essa stessa e gli acquirenti attribuissero ai premi di fedeltà.

Replica

La ricorrente ritiene fuori luogo il richiamo alla giurisprudenza della Corte nella causa «zucchero» giacché la discriminazione, in quel caso, derivava dalla perdita totale del diritto a sconto in caso di «infedeltà». Nella fattispecie, per contro, questo effetto viene evitato grazie alla clausola inglese.

Se alcuni clienti hanno avuto sconti di minor entità, è stato in occasione di servizi, di quantitativi, di periodi diversi. Il punto di vista della convenuta secondo cui ogni concessione sul prezzo dev'essere esattamente proporzionale all'entità della riduzione dei costi comprovabile, risulta in pratica del tutto inapplicabile e si risolverebbe nella cristallizzazione della concorrenza a livello dei prezzi, il che — sotto il profilo concorrenziale — non è auspicabile.

Controreplica

La Commissione rinvia alle osservazioni formulate nel controricorso.

Quinto mezzo: Violazione nell'art. 3 della decisione impugnata, dell'art. 15 del regolamento n. 17 in quanto è stata inflitta un'ammenda mentre non è provato — anzi, è vero il contrario — che la ricorrente abbia agito intenzionalmente o per negligenza

Ricorso

Questo mezzo, riguardante l'ammenda, è dedotto in subordine e ripete, in primo luogo, gli argomenti già svolti a proposito del primo mezzo.

Quanto alla colpa, di cui si parla al n. 28 della decisione, la ricorrente ritiene che le si potrebbe far carico d'aver violato l'art. 86 del Trattato solo se:

- l'interpretazione del concetto di posizione dominante e di quello di abuso fosse chiara;
- essa avesse commesso un errore di fatto circa l'esistenza di un'efficace concorrenza.

Comunque la ricorrente non riteneva di commettere illecito alcuno e, per effetto delle incertezze interpretative della nozione di illecito, la sua ignoranza circa l'illiceità del suo comportamento risulta scusabile. A ciò si aggiunge un errore di fatto che, secondo l'opinione generalmente ammessa, esclude la colpa.

Controricorso

La Commissione osserva che la ricorrente non ignorava alcuno dei fatti essenziali circa la sua posizione sul mercato delle vitamine. Quanto al rendersi conto di commettere un illecito, la Commissione sostiene che, nella fattispecie, non vi era errore scusabile circa il comportamento vietato. La ricorrente, se non sapeva che il suo comportamento era vietato, avrebbe potuto accertarlo informandosi adeguatamente. La ricorrente avrebbe dovuto sapere che, sotto il profilo dell'art. 86 del Trattato CEE, la posizione che essa deteneva sul mercato per svariate vitamine poteva considerarsi dominante e le finalità che essa perseguiva mediante i contratti d'esclusiva ed i contratti di fedeltà potevano far ravvisare un abuso di detta posizione.

Replica

La ricorrente replica che, per quel che riguarda l'insussistenza di prove circa l'illecito addebitabile alla ricorrente, la conve-

nuta ignora volutamente il fatto che anche veri e propri premi di fedeltà (che nella fattispecie nemmeno esistono) rientrano fundamentalmente tra gli elementi ammessi dal diritto della concorrenza (sentenza Corte di giustizia 11 giugno 1968, causa 29/67, *De Wendel/Commissione*, Racc. pag. 349). Il ripromettersi risultati da un premio di fedeltà sostanzialmente lecito non può dar origine ad un illecito.

La convenuta ha sostenuto nella presente causa tesi mai sostenute in precedenza e che sono in contrasto con la prassi finora seguita e con la giurisprudenza della Corte di giustizia:

- le quote di mercato detenute dalla ricorrente, che raggiungono a malapena il 50 %, costituiscono di per sé un indizio dell'esistenza di una posizione dominante sul mercato;
- il fatto incontestato che tutti i mercati delle vitamine sono in espansione non ha rilevanza;
- il comportamento sul mercato e le relative conseguenze non sono determinanti;
- la prova del potere di determinare i prezzi non è necessaria;
- si può accertare l'esistenza di un predominio sul mercato nonostante sia dimostrato che la ricorrente, costretta da una concorrenza «potente» e «vigorosa», ha ridotto notevolmente i suoi prezzi in conseguenza dell'azione di concorrenti aggressivi e ha dovuto

piegarsi a notevoli perdite delle sue quote di mercato;

- la capacità finanziaria dei suoi concorrenti, incontestabilmente molto superiore, non ha alcuna importanza;
- la valutazione degli interessi è impossibile nell'ambito dell'art. 86;
- gli effetti del comportamento criticato non sono determinanti alla luce dell'art. 86.

D'altro canto, la convenuta si fonda sulla sentenza «zucchero» del 16 dicembre 1975, confermando in questo modo che tra il 1964 e il 1973 non era possibile prevedere un certo numero di addebiti. Sia per quel che riguarda la posizione dominante sia per quel che riguarda l'abuso, fanno difetto i criteri di giudizio, determinanti nella causa dello zucchero, per l'applicazione dell'art. 86 nonché per stabilire la gravità dell'illecito.

Controreplica

La Commissione ribatte che l'aspetto determinante è se alla ricorrente possa farsi credito di un errore scusabile quanto all'illiceità del suo comportamento. La ricorrente avrebbe dovuto accertarsi, iniziando la sua attività nella Comunità, che i contratti che avrebbe stipulato non si prestassero a critiche. Non avendolo fatto, essa ha accettato il rischio che detti contratti potessero configurarsi come elementi di un abuso a norma dell'art. 86.

IV — Risposte delle parti alle domande fatte dalla Corte

Con lettera 21 ottobre 1977 la Corte invitava le parti a rispondere, prima dell'apertura della fase orale, a seconda dei casi, di conserva o ciascuna sui punti che la riguardavano, a diverse domande. Dette domande miravano: (A) alla produzione di documenti e alla precisazione di dati menzionati nelle memorie o nei relativi allegati; (B) a tentare di giungere ad un accordo tra le parti su alcuni elementi di

fatto relativi alle quote di mercato detenute dalla ricorrente e (C) a stabilire entro quali limiti i clienti con cui la Roche ha stipulato i contratti litigiosi si siano realmente riforniti presso i concorrenti della Roche stessa.

A — Quanto ai documenti richiesti

La Commissione ha prodotto il resoconto della riunione Unilever-Roche, tenutasi a Londra l'11 dicembre 1972, di cui si era fatto cenno al n. 3 della decisione impugnata, nonché i documenti relativi alle indagini da essa condotte presso alcuni clienti della Roche. Entrambe le parti hanno poi fornito lumi su alcuni dati e documenti citati nelle loro memorie, specie per quel che riguarda l'andamento dei prezzi nei vari Stati membri, i quantitativi forniti (in kgs/tonn.) e l'impiego tecnologico delle vitamine C ed E.

B — Quanto alle quote di mercato

Le parti hanno aderito alla richiesta della Corte di precisare diversi dati citati da ciascuna di esse per valutare le quote di mercato della Roche sul mercato comune, specie estendendoli agli anni 1970-1974 (compreso), tenendo conto dei quantitativi venduti sul mercato co-

mune dopo esser stati importati da paesi terzi da rivenditori non produttori, precisando quantitativi e prezzi e, soprattutto, cercando di fornire alla Corte elementi di fatto, possibilmente concordati.

Ottemperando a detta richiesta, le parti hanno presentato, da un lato, un documento comune, in cui si citano i dati su cui è stato raggiunto l'accordo e, dall'altro, documenti separati, fornendo risposte singole su tutti i punti per i quali non è stato possibile elaborare una risposta comune. Inoltre, ciascuna parte ha presentato osservazioni sul documento separatamente elaborato dalla controparte.

Le principali indicazioni sugli elementi di fatto desumibili dalle informazioni complementari così fornite sono riportate nella tabella delle pagg. 504 e 505 e si possono così commentare:

a) La Roche dichiara di aver avuto agio di conoscere gli elementi di cui la Commissione ha tenuto conto e i calcoli che essa ha effettuato per determinare le quote di mercato.

b) Le parti concordano nel riconoscere che, per la vitamina A, il 47 % corrisponde alla quota di mercato della Roche.

c) Le parti hanno raggiunto l'accordo sui dati relativi alle quote di mercato, calcolate, da un lato, in valore, dall'altro, in quantità, per quel che riguarda le vitamine B₃ (acido pantotenico), C, E ed H (biotina) (vedi tabella). Per la Commissione sono più significativi i valori, mentre per la Roche lo sono le quantità. Quest'ultima si fonda sulla sentenza del Bundesgerichtshof 3 luglio 1976, relativa alla vitamina B₁₂ (WuW/E, BGH 1435, 1442), dalla quale emergerebbe che si deve sostanzialmente tener conto delle quote quantitative, piuttosto che delle quote in valore, per giungere alla conclusione che vi è posizione dominante.

d) Per le vitamine B₂ e B₆ la Commissione ha calcolato le quote di mercato

nel 1972, 1973 e 1974 e giunge, sia in valore sia in quantità, a quote oscillanti tra il 75 e il 90 %. La Roche sottolinea che, dovendo fondarsi su semplici supposizioni quanto alle vendite dei suoi concorrenti, essa non è in grado di fornire la prova contraria, ma, secondo le sue stime, ad uso interno, la sua quota di mercato si riduce del 20-30 % per la vitamina B₂ e non supera il 50 % per la vitamina B₆.

e) La Roche attira l'attenzione sulle notevoli variazioni cui vanno soggette le sue quote di mercato da un anno all'altro (risposta al quesito I/5f), il che, a suo avviso, dimostra che vi è una reale concorrenza.

f) Per quel che riguarda le vitamine C ed E, le parti concordano nel rilevare che, oltre che a fini bio-nutritivi, esse sono impiegate a fini tecnologici come anti-ossidanti, coloranti e mezzi di tutela contro le alterazioni del gusto, dell'odore e del colore. Per contro, le parti non sono d'accordo per quel che riguarda la proporzione di dette vitamine destinate a questi impieghi, né — soprattutto — sulle conclusioni da trarre dai loro rilievi.

Secondo la Roche, si tratta di una proporzione del 30 % per le vitamine C e del 60 % per le vitamine E. Poiché dette vitamine, negli impieghi tecnologici, sono in concorrenza con altri

Quote di mercato delle vitamine Roche nel mercato comune

Mercati delle vitamine nei quali si considera Roche in posizione dominante (Decisione n. 20)	Impiego secondo HLR (domanda della Corte 1.4)	Stima 1974 Commissione in valore	Stima 1974 Hoffmann - La Roche in quantità (Replica pag. 26)
Vitamina			
A	Foraggi 81 % Alim. umana 7 % Prod. farm. 12 %	47 % (altri produttori 27, 18, 7, 1 %)	47 %
B ₂	Foraggi 74 % Alim. umana 4 % Prod. farm. 22 %	86 % (il secondo produttore detiene l'8 %)	50 %
B ₃ acido pantotenico	Foraggi 81 % Alim. umana 2 % Prod. farm. 17 %	64 % (un altro produttore detiene il 32 %)	± 30 %
B ₆	Foraggi 14 % Alim. umana 1 % Prod. farm. 85 %	95 % (un altro produttore raggiunge il 3 %)	60-70 % del mercato mondial
C	Foraggi 7 % Alim. umana 43 % Prod. farm. 50 %	68 % (gli altri produttori detengono il 15, 7, 5, 3 %)	50 %
E	Foraggi 72 % Alim. umana 3 % Prod. farm. 25 %	70 % (due altri produttori detengono il 21,8 %)	± 40 %
H Biotina	Foraggi 57 % Alim. umana 6 % Prod. farm. 37 %	95 % (un altro produttore detiene il 5 %)	± 90 % (ricorso p. 68-7C)

HOFFMANN - LA ROCHE / COMMISSIONE

Rettifiche susseguenti ai quesiti della Corte

Dati sui quali le parti concordano (documento comune)			Stime sulle quali le parti non concordano						
quantità: calcolo Roche valore: calcolo Commissione			Calcoli in valore e quantità della Commissione (documento comune)			Calcolo in quantità della Roche delle sue quote di mercato (domanda della Corte I.2 a)			
1972 6 paesi	1973 9 paesi	1974 9 paesi	1972 6 paesi	1973 9 paesi	1974 9 paesi	1972 6 paesi	1973 9 paesi	1974 9 paesi	
45	48	47							
le parti riconoscono che le percentuali in valore sono rappresentative									
			v	87	81,2	80,6			
			q	84,5 191 tonn.	74,8 271 tonn.	80,8 298 tonn.	q	188 tonn. 268 tonn. 297 tonn.	
28,9	34,9	51							
18,9 115 tonn.	23,4 222 tonn.	41,2 256 tonn.							
			v	H + B ₆ + 1 sola voce TDC					
				87	90	83,9			
			q	84,2 139 tonn.	86 296 tonn.	88,4 404 tonn.	q	262 tonn. 347 tonn. 407 tonn.	
65,7	66,2	64,8							
64,4 2979 tonn.	63,8 3673 tonn.	63 3988 tonn.						46-47%, tenuto conto della sostituibilità: 33% impiego tecnologico (domande della Corte I.3, I.5 a-b)	
54	64	58							
50 463 tonn.	60 793 tonn.	54 890 tonn.						40 %, tenuto conto della sostituibilità: 60 % impiego tecnologico (domande della Corte I.3, I.5 a-b)	
100	→	93							

anti-ossidanti, coloranti e additivi, questi prodotti devono venir compresi nel mercato di ciascuna delle vitamine cui possono sostituirsi. Il mercato di cui trattasi è dunque, nel caso delle vitamine C ed E, molto più vasto di quanto sostiene la Commissione e le quote della Roche in questi mercati, tenuto conto della quota da attribuirsi ai prodotti di sostituzione, è del 46 % circa per la vitamina C e di circa il 40 % per la vitamina E. Secondo la ricorrente, il suo modo di vedere trova sostegno nella sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nella causa «Cellophane» (E.I. Du Pont de Nemours and Co., 118 F. Supp. 41 (D. Del) 1953; aff'd, 351 US 377, 1956 Trade Cases, par. 68.369 — 71.597).

La Commissione contesta questo punto di vista. A suo giudizio, i quantitativi destinati ad usi tecnologici sono molto inferiori alle percentuali indicate dalla Roche. Essa osserva inoltre che i prodotti che possono venir sostituiti alle vitamine C ed E, per usi tecnologici, non rientrano nei mercati contemplati dalla decisione e, comunque, non rientrano nei mercati delle vitamine C ed E destinate a scopi bionutritivi, in quanto non vi è, tra detti prodotti, «reasonable interchangeability».

Al contrario, le vitamine C ed E, destinate ad impieghi tecnologici, rientrano tuttavia negli stessi mercati delle vitamine destinate a fini bio-nutritivi in quanto, a motivo della duplice proprietà di dette vitamine, i fabbricanti hanno facoltà, soprattutto in un mercato in espansione, di destinarle agli usi che ritengono più opportuni. Infine, pur supponendo di dover eliminare dai mercati in questione le vitamine vendute dalla Roche a fini tecnologici, lo stesso deve farsi per quelle vendute dai concorrenti e le quote di mercato restano immutate.

g) Nell'allegato IV della risposta comune, le parti hanno prodotto tabelle relative all'andamento dei prezzi delle vitamine nei vari Stati membri tra il 1970 e il 1976. Poiché per alcune vitamine le

forme di vendita sono molteplici (ad es. 100 forme per la vitamina A), esse si sono accordate per selezionare il prodotto più rappresentativo. Questi dati mettono in luce un andamento, sia al ribasso sia al rialzo, abbastanza variabile — pur se non radicalmente diverso — da uno Stato membro all'altro.

h) La Commissione ha rilevato, per corroborare il suo accertamento di posizione dominante nei confronti della Roche, che la ricorrente produce una vasta gamma di vitamine ed è quindi in grado di far fronte al complesso delle esigenze di ciascuno dei suoi vari clienti. La Roche ha contestato questa osservazione, sottolineando che la maggior parte dei clienti acquista solo da uno a tre tipi di vitamine. Interrogata dalla Corte su questo punto (domanda I/6), la Commissione ha elaborato una tabella (Osservazioni della Commissione sulla risposta della Roche alle questioni della Corte, pag. 6) da cui si evince che 13 ditte, con 11 delle quali sono stati stipulati i contratti litigiosi (Animedica, Beecham, Dawe's, Guyomarc'h, Organon, Protector, Provimi, Radar, Ralston, Ramikal, Trouw), acquistano dalla Roche un gran numero di vitamine diverse ed in particolare, per le ditte menzionate sopra, tutte le vitamine oggetto della decisione. Dal

canto suo, la ricorrente menziona un'inchiesta (Risposta al quesito I/6) che essa ha effettuato sul mercato tedesco presso 815 clienti, 589 dei quali, pari al 72,3 %, hanno acquistato 1, 2 o 3 vitamine al massimo.

i) In modo generale, la Commissione conclude che, salvo per la vitamina B₃ (acido pantotenico), le indagini effettuate a richiesta della Corte confermano, nel loro complesso, le valutazioni delle quote di mercato contenute nella decisione impugnata. La ricorrente invece sostiene che le differenze rilevate sono significative e abbastanza notevoli, sì da ingenerare dubbi quanto alla valutazione della Commissione per quel che riguarda l'esistenza di una posizione dominante.

C — Quanto ai contratti litigiosi

a) Mentre le parti hanno trovato soluzioni concordanti per alcuni punti riguardanti la determinazione delle quote di mercato detenute dalla Roche, nessun punto ha potuto venir risolto di comune accordo circa l'esame dei 26 contratti stipulati con 22 clienti dal 1964, considerati dalla Commissione contratti di fedeltà, la cui stipulazione indica, secondo la Commissione, che vi è posizione dominante, mentre, secondo l'esame effettuato dalla Roche, si tratta essenzialmente di sconti di quantità o di star del credere. La Commissione ha allegato al fascicolo nove relazioni di verifiche effettuate dai suoi uffici presso i clienti della Roche, onde stabilire come venissero posti ad esecuzione i contratti che vincolavano la Roche ai suoi clienti. Inoltre essa ha allegato un'analisi delle relazioni sulle ispezioni presso i clienti Roche, indicati con le lettere da A a G, che non hanno consentito a che fosse indicata la loro identità.

b) Per quel che riguarda le domande rivolte dalla Corte circa l'effetto della cosiddetta «clausola inglese», la Commissione (Risposta alle domande della Corte, pag. 13 e segg.) sottolinea che i contratti litigiosi stabiliscono in generale

che possono venir prese in considerazione, per esimere il cliente dall'obbligo di rifornirsi esclusivamente o principalmente presso la Roche, solo le offerte presentate da «clienti seri», o da «fabbricanti di buona reputazione», escluse quelle di «mediatori o distributori», e che per lo più deve trattarsi di offerte presentate sul mercato locale. Essa sottolinea pure che non intende criticare il ricorso alla clausola inglese, però sostiene che detta clausola non elimina l'effetto anticoncorrenziale dei contratti di fornitura esclusiva che prevedono uno sconto di fedeltà.

c) Rispondendo a sua volta alle domande della Corte relative ai contratti litigiosi, la ricorrente espone le seguenti considerazioni. Quanto all'effetto anticoncorrenziale dei contratti litigiosi essa osserva che, dopo la disdetta degli stessi, la quota dei clienti con i quali detti contratti erano stati stipulati nelle vendite di vitamine, lungi dal diminuire, è aumentata, il che dimostra che simili contratti non limitavano la concorrenza (Risposta alla domanda II/1 e 3). Essa si richiama pure alla decisione della Commissione del 5 dicembre 1969 concernente le società Pirelli e Dunlop (GU 1969, n. L 323, pag. 21), dalla quale si deve desumere che la stessa Commissione riconosce che l'inserimento della clausola inglese priva i contratti di fornitura esclusiva della loro indole anticoncorrenziale.

Essa aggiunge di aver buone ragioni di credere che i suoi concorrenti abbiano stipulato, e in gran numero, con i loro clienti, contratti dello stesso tipo di quelli criticati dalla Commissione (Risposta al quesito II/4). Essa precisa, in risposta al quesito II/6, che dopo la denuncia dei contratti litigiosi, non sono ancora stati stipulati nuovi contratti con la maggior parte dei clienti, dato che le trattative tra la Roche e la Commissione circa l'approvazione del contratto tipo si sono concluse solo nel novembre 1977. Nuovi contratti sono però stati stipulati con Merck, Unilever, Animedica, Dawe's e sono stati allegati alla risposta. La ricorrente, rispondendo ai quesiti II/7 e II/8, rileva che vi è una differenza sostanziale tra gli sconti di fedeltà e le clausole che sono — in forma diversa — inserite nei contratti litigiosi. Il diritto allo sconto di fedeltà viene meno appena il cliente si rifornisce presso terzi. Per contro, i contratti stipulati dalla Roche con i suoi clienti consentivano a questi di conservare il diritto allo sconto nonostante gli acquisti presso terzi. La ricorrente ribadisce con vigore che non disponeva, in realtà, di alcun

mezzo di controllo circa la corretta applicazione della clausola inglese da parte dei suoi clienti e che si è sempre astenuta dall'applicare le sanzioni comminate nei contratti.

V — Fase orale

Le parti hanno svolto le loro difese orali all'udienza del 31 maggio 1978 ed hanno risposto a varie domande loro rivolte dai giudici e dall'avvocato generale.

Col consenso della convenuta, la ricorrente ha depositato alcuni documenti a sostegno delle sue difese orali ed ha confermato di rinunciare al mezzo relativo al modo in cui la convenuta si è procurata alcuni documenti (mezzo 2a).

Essa ha ricordato inoltre che, nella lettera 17 aprile 1978, essa aveva pure rinunciato al mezzo relativo alla violazione dell'art. 18 del regolamento n. 17 (3° mezzo).

L'avvocato generale ha presentato le sue conclusioni all'udienza del 19 settembre 1978.

In diritto

1 Il ricorso, proposto il 27 agosto 1976 dalla società svizzera Hoffmann-La Roche & Co. AG (in prosieguo Roche), con sede in Basilea, mira, in via principale, a far annullare la decisione della Commissione 9 giugno 1976 (IV/29.020 — vitamine) relativa ad una procedura in applicazione dell'art. 86 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea, notificata alla ricorrente il 14 giugno 1976 e pubblicata sulla Gazzetta ufficiale delle Comunità europee L 223 del 16 agosto 1976 e, in via subordinata, a far annullare l'art. 3 di detta decisione che infligge alla ricorrente un'ammenda di 300 000 uc, pari a 1 098 000 marchi tedeschi;

- 2 nella stessa decisione si dichiara che la Roche dispone, nel mercato comune, di una posizione dominante, ai sensi dell'art. 86 del Trattato, sui mercati delle vitamine A, B₂, B₃ (acido pantotenico), B₆, C, E ed H (biotina) e che essa ha commesso un'infrazione dello stesso articolo sfruttando abusivamente detta posizione, mediante stipulazione dal 1964, ma specie tra il 1970 e il 1974, con 22 acquirenti di dette vitamine, di contratti che obbligavano o — tramite concessione di premi di fedeltà — stimolavano detti acquirenti a riservare alla Roche l'esclusiva o la preferenza nella fornitura di vitamine (art. 1 della decisione) per la totalità o per la parte essenziale del loro fabbisogno;

la stessa decisione impone alla Roche di porre immediatamente fine all'infrazione (art. 2) e la condanna al pagamento dell'ammenda indicata sopra (art. 3);

- 3 a sostegno della domanda, la ricorrente deduce i seguenti mezzi:

- *Primo mezzo*: la decisione impugnata viola i principi fondamentali relativi alla determinatezza e alla prevedibilità delle norme comportanti sanzioni;
- *Secondo mezzo*: la decisione impugnata è inficiata da vari vizi di forma, date le irregolarità del procedimento amministrativo in esito al quale essa è stata emanata;
- *Terzo mezzo*: la decisione impugnata viola l'art. 86 del Trattato CEE in quanto la Commissione ha dato un'interpretazione e — comunque — fatto un'applicazione inesatta delle nozioni di posizione dominante e di sfruttamento abusivo di posizione dominante, atto a pregiudicare il commercio tra Stati membri, attribuendo questa posizione alla Roche e qualificando i contratti litigiosi come gli elementi costitutivi di detto sfruttamento abusivo;
- *Quarto mezzo*: la decisione impugnata, infliggendo un'ammenda alla Roche, ha violato l'art. 15, n. 2, del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17 (GU n. 13, pag. 204), giacché le infrazioni contestate, sempreché possano venir comprovate, non sarebbero state commesse né dolosamente né colposamente;

nel ricorso la ricorrente aveva pure dedotto la violazione, ad opera della decisione impugnata, dell'art. 18 del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, nonché del regolamento finanziario n. 68/313 del 30 luglio 1968

(GU n. L 199, pag. 1) in quanto l'ammenda era stata tradotta in marchi tedeschi: in corso di causa, la ricorrente ha tuttavia rinunciato a questo mezzo, sicché restano da esaminare solo i quattro mezzi di cui sopra.

Primo mezzo: violazione del principio della determinatezza e della prevedibilità delle norme comportanti sanzioni

- 4 Secondo la ricorrente, le nozioni di posizione dominante e di sfruttamento abusivo della stessa, enunciate dall'art. 86 del Trattato CEE, vanno annoverate tra le più indeterminate e le meno chiare, sia in diritto comunitario sia nel diritto nazionale degli Stati membri e, quindi, in ossequio ad un principio fondamentale di diritto che deve desumersi dalla massima «nullum crimen, nulla poena sine lege», la Commissione non ha facoltà di infliggere le sanzioni contemplate per la violazione di questa disposizione prima che, o dalla prassi amministrativa, o dalla giurisprudenza, queste nozioni siano state definite in modo sufficiente per consentire alle imprese di regolarsi;
- 5 la ricorrente non contesta tuttavia la competenza della Commissione ad interpretare e chiarire dette nozioni nelle decisioni che essa adotta nei confronti delle imprese, bensì solo quella di infliggere sanzioni finché dette nozioni non siano state precisate, come si è verificato nella fattispecie;
- 6 ne risulta che il mezzo è rivolto solo contro l'ammenda inflitta ed è d'uopo esaminarlo in seguito, unitamente alle altre censure dedotte contro l'inflizione dell'ammenda stessa.

Secondo mezzo: le irregolarità del procedimento amministrativo

- 7 A questo proposito, nel ricorso la ricorrente deduceva in primo luogo che il procedimento instaurato d'ufficio nei suoi confronti, a norma degli artt. 3 e 15 del regolamento del Consiglio n. 17, è stato instaurato in base a documenti ad uso interno dei suoi uffici, giunti irregolarmente in possesso della Commissione;

tuttavia, dinanzi alla Corte, sia nella fase scritta sia in quella orale, essa ha dichiarato di rinunciare a questo mezzo ed ha essa stessa inserito nel fascicolo, insieme ad altri, i documenti che — a suo precedente avviso — la Commissione aveva usato impropriamente;

così stando le cose, si può eliminare questo mezzo senza approfondirne l'esame, giacché la Corte ritiene non sia il caso di esaminarlo d'ufficio.

- 8 La ricorrente sostiene, in secondo luogo, che nella decisione impugnata si fa menzione di documenti e di elementi di valutazione che — quanto ai primi — non sono stati specificati durante la procedura amministrativa e — quanto ai secondi — la Commissione ha rifiutato di comunicare all'interessata onde non venir meno al suo impegno di rispettare il segreto d'ufficio;

la ricorrente intende riferirsi a questo proposito, anzitutto ai documenti citati al n. 12 della decisione impugnata, cioè quattro circolari interne della Roche che — secondo la decisione impugnata — risalgono al settembre 1970 (in effetti, 8 settembre 1972), al dicembre 1970, maggio 1971 (in effetti, metà agosto 1971) e all'agosto 1971, nonché ad un resoconto dell'European Bulk Managers Meeting del 12 e 13 ottobre 1971 (in realtà, 12 e 13 ottobre 1972);

in secondo luogo, la ricorrente si riferisce agli elementi di valutazione raccolti dalla Commissione presso altri produttori di vitamine e in base ai quali essa ha calcolato le quote di mercato che attribuisce alla Roche, nonché alle informazioni richieste ed ottenute dai clienti della ricorrente onde accertare se i contratti, la cui stipulazione la Commissione considera elemento costitutivo dello sfruttamento abusivo di posizione dominante, avessero o no effetto restrittivo della concorrenza e degli scambi tra Stati membri.

- 9 Il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento con cui possono essere inflitte sanzioni, specie ammende o penalità di mora, costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che va osservato anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa;

in applicazione di detto principio, l'art. 19, n. 1, del regolamento del Consiglio n. 17 obbliga la Commissione a fornire agli interessati, prima di adottare una decisione implicante ammende, la possibilità di presentare il loro punto di vista circa gli addebiti su cui essa si basa;

ed ancora, l'art. 4 del regolamento della Commissione 25 luglio 1963, n. 99 (GU pag. 2268), relativo alle audizioni di cui all'art. 19 del regolamento n. 17, stabilisce che, nelle sue decisioni, la Commissione può muovere alle imprese e alle associazioni d'impresa destinatarie solo gli addebiti sui quali queste hanno potuto esprimere il loro punto di vista;

- 10 nella sentenza 15 luglio 1970 (causa 45/69, *Boehringer*, Racc. p. 769) la Corte ha rilevato che, per quel che riguarda la contestazione degli addebiti — primo passo del procedimento amministrativo — queste esigenze sono soddisfatte dal momento che nella comunicazione sono enunciati, anche sommariamente, ma chiaramente, i fatti essenziali sui quali si fonda la Commissione, a condizione però che la Commissione fornisca «durante la procedura amministrativa, gli elementi necessari per la difesa»;
- 11 sia dalle disposizioni citate sopra, sia dal principio generale che esse applicano consegue quindi che il rispetto dei diritti della difesa esige che l'impresa interessata sia stata messa in grado, durante il procedimento amministrativo, di far conoscere in modo efficace il suo punto di vista sulla realtà e sulla pertinenza dei fatti e delle circostanze allegare e sui documenti di cui la Commissione ha tenuto conto per suffragare il suo addebito di infrazione dell'art. 86 del Trattato.
- 12 La Commissione non contesta di aver rifiutato, ritenendo di essere vincolata dal segreto d'ufficio, di comunicare dati raccolti presso concorrenti o clienti della Roche, in base ai quali essa ha, tra l'altro, stimato le quote di mercato e fondato la sua valutazione circa l'indole anticoncorrenziale dei contratti litigiosi.
- 13 È vero che l'art. 20, n. 2, del regolamento n. 17 dispone che «fatte salve le disposizioni degli articoli 19 e 21 la Commissione e le autorità competenti degli Stati membri nonché i loro funzionari ed altri agenti sono tenuti a non divulgare le informazioni raccolte in applicazione del presente regolamento e che, per la loro natura, sono protette dal segreto professionale»; detta norma, però, come è confermato dall'esplicito richiamo all'art. 19, deve conciliarsi con il rispetto dei diritti della difesa;
- 14 detto articolo 20, fornendo alle imprese cui i dati sono stati richiesti la garanzia che i loro interessi, che dipendono dal rispetto del segreto d'ufficio, non verranno lesi, consente alla Commissione di raccogliere nella più ampia misura i dati necessari per espletare il compito che le conferiscono gli artt. 85 e 86 del Trattato, senza che le imprese possano opporvisi, ma non l'autorizza, per questo motivo, a muovere all'impresa interessata, nell'ambito del procedimento di cui al regolamento n. 17, addebiti fondati su fatti, circostanze o

documenti che la Commissione ritiene di dover mantenere segreti, qualora questo rifiuto di divulgazione pregiudichi la possibilità per detta impresa di far conoscere efficacemente il suo punto di vista sulla realtà o sulla portata di detti fatti, su detti documenti od anche sulle conclusioni che ne trae la Commissione.

15 Se tuttavia, nel corso della causa dinanzi alla Corte, siffatte irregolarità sono state efficacemente sanate, esse non implicano necessariamente l'annullamento della decisione impugnata, sempreché i diritti della difesa non vengano lesi da questa sanatoria tardiva.

16 I documenti cui si riferisce la ricorrente sono, in primo luogo, quelli elencati al n. 12 della decisione impugnata, cioè gli stessi che la Commissione si sarebbe procurati nel modo criticato dalla ricorrente, che però essa ha in seguito incluso tra gli atti del fascicolo processuale, cosicché è stato possibile instaurare e si è instaurato a questo proposito il contraddittorio;

d'altra parte, per quel che riguarda gli elementi di informazione sui quali la Commissione ha basato la valutazione delle quote di mercato e l'esame degli effetti dei contratti litigiosi, le parti — nel corso della fase scritta — si sono scambiate, a richiesta della Corte, informazioni raccolte in un documento comune da cui risulta che la Commissione ha reso note, per tutte le vitamine in questione, le basi dei propri calcoli circa le quote di mercato in valore per gli anni 1972, 1973 e 1974, cosicché la Roche è stata in grado, assumendo come base le vendite attribuite ad alcuni concorrenti nei documenti prodotti dalla Commissione, di stimare le proprie quote di mercato rispetto ai quantitativi venduti;

17 in questo modo le parti hanno potuto raggiungere l'accordo sulla valutazione delle quote di mercato in quantità ed in valore — pur rimanendo discordi sulla preminenza da accordare all'uno o all'altro criterio — per quel che riguarda le vitamine A, B₃, H ed anche le vitamine C ed E, eccettuato, per queste ultime, l'esame del mercato di cui si deve tener conto, data l'intercambiabilità, per alcuni impieghi, di queste due vitamine con altri prodotti; sono rimaste contestate solo le quote di mercato delle vitamine B₂ e B₆;

- 18 infine la Commissione, pure nel corso della fase scritta, ha prodotto — a richiesta della Corte — il processo verbale della riunione tra la Roche e l'Unilever, menzionato al n. 3 della decisione impugnata, nonché le relazioni circa le indagini condotte dai propri dipendenti presso i clienti della Roche che hanno stipulato i contratti litigiosi o, per le ditte che desideravano restare anonime, una nota riassuntiva di dette relazioni;
- 19 così stando le cose, non è più possibile accogliere il mezzo relativo alla violazione dei diritti della difesa.

Terzo mezzo: violazione dell'art. 86 del Trattato

- 20 Secondo la ricorrente, la Commissione ha violato l'art. 86 del Trattato in quanto:

- I) la decisione impugnata dichiara, a torto, che la ricorrente detiene una posizione dominante, fornisce di questa nozione un'interpretazione inesatta e l'applica erroneamente alla fattispecie, particolarmente per quel che riguarda la valutazione e la pertinenza sia delle quote di mercato sia degli altri elementi considerati come indizi dell'esistenza della presunta posizione dominante;
- II) la decisione impugnata dichiara, comunque a torto, che vi è stato, da parte della ricorrente, sfruttamento abusivo di detta posizione, giacché la Commissione ha effettuato un esame inesatto dei contratti la cui stipulazione costituisce, secondo l'istituzione, uno sfruttamento abusivo, nonché un esame inesatto degli effetti restrittivi sulla concorrenza di detti contratti;
- III) la decisione impugnata dichiara, a torto, che il comportamento della ricorrente era atto a pregiudicare in modo rilevante il commercio intracomunitario.

I — Sull'esistenza di una posizione dominante

Sezione 1: determinazione dei mercati di cui trattasi

- 21 Per stabilire se la Roche detenga la posizione dominante che le viene attribuita, si devono delimitare i mercati in questione, sia sotto l'aspetto geografico sia sotto il profilo del prodotto.

- 22 Il mercato geografico preso in considerazione, come risulta dai nn. 3 e 6 della decisione impugnata, comprende l'intero mercato comune, cioè il mercato dei 6 Stati membri fino al 31 dicembre 1972 e dei 9 Stati membri in seguito;
- 23 i prodotti contemplati dalla decisione impugnata sono vitamine non confezionate appartenenti a tredici gruppi, otto dei quali sono prodotti e venduti dalla Roche (A, B₁, B₂, B₃ (acido pantotenico), B₆, C, E ed H (biotina)) e cinque sono acquistati presso i produttori e rivenduti dalla Roche (B₁₂, D, PP, K, M);

la Commissione ha ravvisato l'esistenza di una posizione dominante per sette degli otto gruppi prodotti dalla Roche, cioè A, B₂, B₃, B₆, C, E ed H;

le parti concordano nel ritenere, in primo luogo, che ciascuno di detti gruppi ha funzioni metabolizzanti specifiche e, per questo motivo, non è intercambiabile con gli altri e, in secondo luogo, che per i tre impieghi comuni a questi gruppi, cioè alimentazione umana, alimentazione animale ed uso farmaceutico, le vitamine in questione non sono soggette alla concorrenza di altri prodotti;

- 24 tenuto conto di questi elementi, la Commissione ha dichiarato (decisione impugnata, n. 20) che ciascun gruppo di vitamine costituisce un mercato distinto e la Roche, dopo aver in un primo tempo prospettato l'idea che più gruppi potrebbero costituire insieme un mercato, ha ammesso questo punto di vista salvo che, a suo parere, i gruppi di vitamine C ed E rientrano, ciascuno per quel che lo riguarda, insieme con altri prodotti, in un mercato più ampio;

si deve perciò accertare se la Commissione abbia correttamente delimitato i mercati ai quali appartengono le vitamine dei gruppi C ed E.

- 25 È pacifico che, oltre che per gli impieghi nell'industria farmaceutica e nell'alimentazione umana o animale — definiti impieghi bio-nutritivi — le vitamine C ed E vengono pure vendute, tra l'altro, come antiossidanti, agenti di fermentazione ed additivi — impieghi cosiddetti «tecnologici» — e che dette vitamine, quando vengono richieste per impieghi tecnologici, devono affrontare la concorrenza di altri prodotti idonei agli stessi usi;

26 secondo la Roche, se ne deve concludere che le vitamine dei gruppi C ed E rientrano in mercati più ampi, che comprendono questi altri prodotti e che la Commissione, omettendo di farvi rientrare questi ultimi, ha dato una valutazione eccessiva alla quota della Roche su detti mercati;

27 secondo la Commissione, invece, i prodotti che possono sostituirsi alle vitamine C ed E negli impieghi tecnologici non possono venir inclusi negli stessi mercati di dette vitamine giacché il grado di intercambiabilità di detti prodotti e delle vitamine in questione, proprio a motivo della possibilità di doppia destinazione di queste ultime, è insufficiente;

non si potrebbero nemmeno separare le vitamine destinate, in definitiva, a fini bio-nutritivi e quelle destinate a impieghi tecnologici in due mercati distinti, giacché fabbricanti e acquirenti sono del tutto liberi, data la duplicità d'impiego cui si presta il prodotto, di destinarlo all'uso che ritengono più vantaggioso, specie in un mercato in espansione;

tuttavia, pur supponendo che si debbano eliminare dai mercati in questione le vitamine vendute dalla Roche a fini tecnologici, si dovrebbe operare secondo lo stesso criterio per i suoi concorrenti, sicché le quote di mercato rimarrebbero immutate.

28 Quando un prodotto può venir impiegato a fini diversi e quando questi impieghi diversi rispondono ad esigenze economiche, anch'esse diverse, si deve riconoscere che questo prodotto può appartenere, a seconda dei casi, a mercati distinti, che presentano eventualmente, sotto l'aspetto sia della loro struttura sia delle condizioni di concorrenza, caratteristiche diverse;

questa osservazione non giustifica tuttavia la conclusione che tale prodotto costituisca un solo ed unico mercato insieme con tutti gli altri che, nei vari impieghi cui esso si presta, possono venirgli sostituiti e con i quali si pone, a seconda dei casi, in concorrenza;

la nozione di mercato di cui trattasi (relevant market) implica, in realtà, che vi possa essere concorrenza effettiva tra i prodotti che ne fanno parte, il che presuppone un sufficiente grado di intercambiabilità per lo stesso uso fra tutti i prodotti che fanno parte dello stesso mercato;

siffatta intercambiabilità non esisteva, almeno all'epoca di cui trattasi, tra il complesso delle vitamine di ciascuno dei gruppi C ed E ed il complesso dei prodotti che, a seconda dei casi, possono venir sostituiti all'uno o all'altro di detti gruppi di vitamine negli impieghi tecnologici, pure essi molto diversificati.

29 Al contrario, vi è motivo di esitare dinanzi al problema del se, per delimitare i mercati rispettivi delle vitamine del gruppo C e delle vitamine del gruppo E, si debba riunire il complesso delle vitamine di ciascuno di questi gruppi in un mercato corrispondente a questo gruppo, indipendentemente dal loro uso successivo o, invece, si debba separare ciascun gruppo in due mercati distinti, uno comprendente le vitamine destinate ad un impiego bio-nutritivo, l'altro quelle usate a fini tecnologici;

30 tuttavia, per dare una valutazione esatta delle quote di mercato rispettivamente detenute dalla Roche e dai suoi concorrenti, non era necessario risolvere detta questione, giacché detta distinzione, se fosse stata necessaria, avrebbe dovuto effettuarsi, come giustamente osserva la Commissione, sia per i concorrenti della Roche sia per la Roche stessa e — in assenza di qualsiasi indicazione contraria da parte della ricorrente — in proporzioni analoghe, cosicché le parti di mercato, espresse in percentuale, sarebbero rimaste immutate;

infine la Roche, in risposta ad una domanda fattale dalla Corte, ha dichiarato che per il complesso delle vitamine di ciascun gruppo si seguiva, indipendentemente dalla successiva destinazione del prodotto, un identico regime di prezzi, sicché sarebbe impossibile dividerlo in mercati specifici;

risulta da queste considerazioni che la Commissione, nella decisione impugnata, ha correttamente delimitato i mercati di cui trattasi.

Sezione 2: Struttura dei mercati di cui trattasi

31 Benché ogni gruppo di vitamine costituisca un mercato distinto, questi diversi mercati hanno tuttavia, sia per quel che riguarda le strutture della produzione sia quelle della vendita, aspetti comuni che è opportuno sottolineare;

32 in primo luogo, le parti concordano sul punto che, tra il 1950 e il 1974, i mercati di tutti i gruppi di vitamine sono stati in forte espansione, pur se in porporzioni diverse, giacché la produzione non ha cessato d'aumentare;

33 per quel che riguarda, in particolare, *la produzione*, le parti concordano inoltre sul punto che, benché la sintesi della vitamina, specie dopo la scadenza dei brevetti che per una parte rilevante erano nelle mani della Roche, non sollevi problemi tecnici particolarmente complicati, la produzione richiede comunque notevoli investimenti e necessita di impianti altamente specializzati, in ampia misura specifici ad ogni gruppo di vitamine, con la conseguenza che la capacità degli impianti, nel periodo indicato sopra, veniva determinata in previsione del probabile aumento del fabbisogno nel successivo decennio;

questa struttura dei mercati, nonostante la forte espansione di cui si è detto sopra, ha provocato, per la maggior parte dei gruppi di vitamine, un eccesso di capacità su scala mondiale dell'apparato produttivo;

questa situazione è illustrata in maniera eloquente dall'osservazione contenuta nel processo verbale della riunione tra l'Unilever e la Roche, dell'11 dicembre 1972, cioè che la capacità complessiva della Roche era sufficiente, da sola, a far fronte alla richiesta mondiale e che la Roche, a quel tempo, utilizzava solo il 50 % di detta capacità;

34 questa capacità di produzione, nel periodo preso in considerazione dalla Commissione, era concentrata, per quel che riguarda i produttori operanti sul mercato comune, nelle mani di un numero limitato di ditte (nove in tutto, secondo la tabella di cui al n. 4 della decisione impugnata) mentre il numero dei produttori era ancora più ridotto per ogni gruppo specifico, cioè 4 per le vitamine A, 3 per le vitamine B₂, 3 per le vitamine B₃, 4 per le vitamine B₆, 5 per le vitamine C, 4 per le vitamine E e 2 per le vitamine H;

taluni fra detti produttori erano inoltre acquirenti e rivenditori di vitamine che essi non producevano, mentre quantitativi non precisati di vitamine erano immessi sul mercato da grandi imprese commerciali che si rifornivano presso fonti diverse dai nove produttori menzionati nella decisione;

35 quanto alla *domanda* di vitamine non confezionate, la situazione nel mercato comune è caratterizzata dalla presenza di acquirenti piuttosto numerosi

— per la Roche circa 5 000 —; tuttavia una parte rilevante di detta domanda che, per quel che riguarda la Roche, può venir stimata in circa il 25 % delle sue vendite nel mercato comune, era concentrata, all'epoca in questione, nelle mani di 22 ditte di primo piano, 7 delle quali facevano parte del settore farmaceutico, 5 di quello alimentare e 10 di quello foraggero;

tutti questi clienti, indipendentemente dal settore d'attività di cui facevano parte, acquistavano gran parte, se non tutte le vitamine in questione; solo la ditta Unilever, a quanto pare, almeno per quel che riguarda i suoi rapporti con la Roche, faceva eccezione — sotto questo profilo — in quanto acquistava solo il gruppo delle vitamine A.

Sezione 3: Importanza degli indizi dell'esistenza di una posizione dominante dei quali la Commissione ha tenuto conto

- 36 La Commissione sostiene che la Roche occupa una posizione dominante sui sette mercati in questione (A, B₂, B₃, B₆, C, E, H) e fonda il suo punto di vista, in primo luogo, sulle quote di mercato detenute dalla ricorrente rispetto a quelle dei suoi concorrenti, e, in secondo luogo, sull'esistenza di una serie di fattori che, nell'ipotesi in cui la quota di mercato non fosse, di per sé, determinante, garantirebbero comunque alla Roche un netto predominio sui mercati di cui trattasi;

essa ne trae la conclusione (decisione n. 21) «che, sui mercati in questione, Roche dispone di una totale indipendenza di comportamento che le permette di ostacolare una concorrenza effettiva all'interno del mercato comune e di assumere quindi una posizione dominante su questi mercati».

- 37 La Roche contesta la stima delle sue quote di mercato nonché l'esattezza o la pertinenza degli altri indizi di cui si è tenuto conto nella decisione impugnata;

essa critica pure la Commissione per aver omesso di esaminare e di tener conto del suo comportamento sui mercati di cui trattasi ed in particolare delle riduzioni continue e notevoli dei prezzi delle vitamine, riduzioni che proverebbero l'esistenza di una concorrenza effettiva alla cui pressione la Roche avrebbe dovuto cedere.

38 L'art. 86 è un'espressione dello scopo generale assegnato dall'art. 3f) del Trattato all'azione della Comunità, cioè l'instaurazione di un regime che garantisca che la concorrenza non venga falsata nel mercato comune;

l'art. 86 vieta alle singole imprese, nei limiti in cui il commercio tra gli Stati membri potrebbe venirne pregiudicato, di sfruttare in modo abusivo una posizione dominante in una parte sostanziale del mercato comune;

la posizione dominante contemplata in detto articolo corrisponde ad una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori;

39 siffatta posizione, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone la ditta che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tener conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio;

la posizione dominante va pure distinta dai parallelismi di comportamento tipici delle situazioni di oligopolio, in quanto in un oligopolio i comportamenti s'influenzano reciprocamente, mentre in caso di posizione dominante il comportamento dell'impresa che si trova in tale posizione è, in gran parte, determinato unilateralmente;

l'esistenza di una posizione dominante può risultare da diversi fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente determinanti; tuttavia, nell'ambito di detti fattori la detenzione di cospicue quote di mercato è molto significativa.

40 La detenzione di una quota di mercato notevole, come elemento probante dell'esistenza di una posizione dominante, non è un dato assoluto, e la sua importanza varia da mercato a mercato a seconda della struttura dei medesimi, specie per quel che riguarda la produzione, l'offerta e la domanda;

pur se ogni gruppo di vitamine costituisce un mercato distinto, questi diversi mercati hanno tuttavia, come è risultato dall'esame della loro struttura, numerosi aspetti comuni, cosicché, per quel che riguarda il significato delle quote di mercato, si possono seguire gli stessi criteri per stabilire se sussista o no una posizione dominante.

- 41 Inoltre, benché l'importanza delle quote di mercato possa variare da un mercato all'altro, si può ritenere che quote molto alte costituiscano di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante;

in effetti, la detenzione di una quota di mercato particolarmente cospicua pone l'impresa che la detiene durante periodi di una certa entità, dato il volume di produzione e d'offerta che in essa viene compreso, — mentre i detentori di quote notevolmente inferiori non sono in grado di soddisfare rapidamente la domanda che vorrebbe orientarsi verso imprese diverse da quella che detiene la quota maggiore — in una posizione di forza che la rende controparte obbligatoria e che, già per questo fatto, le garantisce, quanto meno per periodi relativamente lunghi, l'indipendenza di comportamento che caratterizza la posizione dominante.

- 42 La decisione impugnata ha accertato, oltre alle quote di mercato, l'esistenza di vari altri elementi che, venendo a sommarsi alle quote stesse, garantirebbero in determinati casi alla Roche una posizione dominante;

detti indizi, che la Commissione definisce criteri supplementari, sono i seguenti:

- a) non solo le quote di mercato della Roche sono rilevanti, ma vi è per di più una differenza notevole tra le sue quote e quelle dei maggiori concorrenti (dec. nn. 5 e 21);
- b) la Roche produce una gamma di vitamine molto più vasta di quella dei suoi concorrenti (dec. n. 21);
- c) la Roche è il maggior produttore mondiale di vitamine, il cui fatturato supera quello di tutti gli altri produttori sommati, ed è alla testa di un gruppo multinazionale che, per il suo fatturato, è il primo gruppo farmaceutico mondiale (dec. nn. 5-6 e 21);

- d) pur se i brevetti per la fabbricazione di vitamine, di cui era titolare, sono scaduti, la Roche, grazie alla funzione di avanguardia assunta in questo settore, possiede sui suoi concorrenti vantaggi tecnologici che si concretano nella disponibilità di un servizio molto perfezionato di assistenza e di informazione per la clientela (dec. nn. 7 e 8);
- e) la Roche dispone di una rete distributiva molto estesa e specializzata (dec. n. 8);
- f) l'assenza di concorrenza potenziale (dec. n. 21);

inoltre, nel corso del procedimento giurisdizionale, la Commissione ha rilevato, come indizio della posizione dominante della Roche, la capacità di questa di mantenere praticamente intatte, nonostante una viva concorrenza, le sue quote di mercato.

43 Prima di accertare se gli indizi di cui la Commissione ha tenuto conto sussistono realmente nel caso della Roche, si deve stabilire, dato che la ricorrente ne contesta la pertinenza, se detti elementi, tenuto conto delle caratteristiche dei mercati di cui trattasi e delle quote detenute, siano atti a dimostrare l'esistenza di una posizione dominante.

44 A questo proposito, è opportuno respingere il criterio che si fonda sulla conservazione delle quote di mercato, giacché detta conservazione può essere la conseguenza tanto di un'efficace politica concorrenziale quanto di una posizione che garantisca all'impresa la possibilità di comportarsi in modo indipendente dalla concorrenza e la Commissione, pur ammettendo l'esistenza di una concorrenza, non ha indicato i fattori cui può attribuirsi la stabilità delle quote di mercato nei settori in cui è stata rilevata;

tuttavia, qualora vi sia posizione dominante, la conservazione di quote di mercato può rivelare la conservazione di detta posizione e — d'altro canto — i metodi cui si fa ricorso onde conservare la posizione dominante possono eventualmente costituire sfruttamento abusivo ai sensi dell'art. 86 del Trattato.

45 Parimenti va disatteso il valore indicativo del fatto che la Roche produca una gamma di vitamine più vasta di quella dei concorrenti;

la Commissione ravvisa in questo fatto un indizio di posizione dominante in quanto «poiché il fabbisogno di numerosi utilizzatori comprende diversi gruppi di vitamine, Roche può praticare una politica di vendita, specie in materia di prezzi, molto meno dipendente dalle condizioni di concorrenza su singoli mercati rispetto agli altri produttori».

- 46 Tuttavia la Commissione stessa ha dimostrato che ogni gruppo di vitamine costituisce un mercato specifico e non è — o lo è in modo limitato — intercambiabile con altri gruppi o altri prodotti (dec. n. 20), cosicché le vitamine appartenenti a gruppi diversi costituiscono prodotti tra loro diversi, alla stessa stregua delle vitamine rispetto ad altri prodotti del settore farmaceutico e dell'alimentazione;

d'altronde non è contestato che alcuni concorrenti della Roche, specie quelli appartenenti all'industria chimica, pongono in vendita, oltre alle vitamine che essi fabbricano, altri prodotti che, anch'essi, sono richiesti dagli acquirenti di vitamine, cosicché il fatto che la Roche sia in grado di offrire più gruppi di vitamine non le garantisce, solo per questo, un vantaggio rispetto alle sue concorrenti che possono, accanto ad una gamma di vitamine più ridotta o ristretta, offrire altri prodotti del pari richiesti dagli acquirenti di dette vitamine.

- 47 Considerazioni analoghe portano anche a disattendere l'indizio tratto dal fatto che la Roche è il maggior produttore mondiale di vitamine, che il suo fatturato è superiore a quello del complesso di tutti gli altri produttori e che essa è alla testa del più importante gruppo farmaceutico mondiale;

secondo la Commissione, questi tre elementi costituiscono un fattore di posizione dominante in quanto «ne consegue che la ricorrente occupa una posizione preponderante non solo sul mercato comune, ma anche sul mercato mondiale; essa fruisce, quindi, di una grandissima libertà d'azione, giacché la sua posizione le consente di adattarsi facilmente all'andamento dei vari mercati regionali. Un'impresa che opera sull'intero mercato mondiale e che possiede una quota di mercato tale da sopravanzare di gran lunga tutte le sue concorrenti non deve preoccuparsi eccessivamente delle concorrenti che può avere nel mercato comune»;

simile argomento, tratto dai vantaggi offerti dall'esistenza di economie di scala e dalla possibilità di una strategia diversa secondo i vari mercati regionali, non ha forza probante, se si ammette che ogni gruppo di vitamine costi-

tuisce un gruppo di prodotti distinti che richiedono impianti specifici e che costituiscono un mercato particolare, nel senso che il volume della produzione globale di prodotti distinti tra loro non dà alla Roche un vantaggio concorrenziale rispetto ai suoi concorrenti, specie quelli dell'industria chimica i quali, oltre alle vitamine, producono su scala mondiale altri prodotti e dispongono, in linea di principio, delle stesse possibilità di compensazione dei mercati offerte da una produzione globale considerevole di prodotti altrettanto differenziati di quanto lo sono tra loro i vari gruppi di vitamine.

- 48 Al contrario, costituiscono indizi validi il rapporto tra le quote di mercato detenute dall'impresa interessata e quelle detenute dai suoi concorrenti, specie quelli più importanti, il vantaggio tecnologico che un'impresa possiede rispetto ai suoi concorrenti, l'esistenza di una rete commerciale estremamente perfezionata, l'assenza di concorrenza potenziale; il primo fattore, in quanto consente di valutare la competitività dei concorrenti dell'impresa, il secondo e il terzo in quanto rappresentano, di per sé, vantaggi tecnici e commerciali, il quarto poiché è il risultato dell'esistenza di ostacoli per l'entrata sul mercato di nuovi concorrenti;

per quanto riguarda l'esistenza o l'inesistenza di una concorrenza potenziale, si deve tuttavia osservare che, se è esatto che, data l'entità degli investimenti necessari — e ciò vale per tutti i gruppi di vitamine in questione — la capacità degli stabilimenti si determina in base all'espansione prevista per un lungo periodo, cosicché l'accesso al mercato è difficoltoso per i nuovi produttori, si deve anche tener conto della circostanza che l'esistenza di rilevanti capacità produttive inutilizzate crea, tra i produttori già introdotti, una situazione di concorrenza potenziale;

tuttavia, sotto questo aspetto la Roche si trova in una posizione privilegiata in quanto, come essa stessa riconosce, la sua capacità produttiva bastava da sola, nel periodo cui si riferisce la decisione impugnata, a far fronte alla domanda mondiale, senza che, tuttavia, questa eccedenza di capacità l'abbia posta in una situazione economicamente o finanziariamente difficile.

- 49 È dunque alla luce delle considerazioni suesposte che si devono valutare le quote detenute dalla Roche in ciascuno dei mercati di cui trattasi, e — in via complementare — gli indizi che, combinati con le quote di mercato, consentano di accertare l'eventuale esistenza di una posizione dominante;

infine, sarà pure opportuno stabilire se gli argomenti che la Roche adduce quanto al significato del suo comportamento sul mercato, essenzialmente per quel che riguarda i prezzi, siano atti a modificare le conclusioni che potrebbero trarsi dall'esame delle quote di mercato e degli altri indizi presi in considerazione.

Sezione 4: Applicazione ai vari gruppi di vitamine dei criteri pertinenti

a) Per quel che riguarda il gruppo delle vitamine A

- 50 Le parti concordano sul punto che la quota di mercato della Roche nell'area comunitaria può stimarsi nel 47 % sia in valore sia in quantità;

secondo i dati forniti dalla Commissione, e non contestati dalla Roche, le quote degli altri produttori, nel 1974, possono stimarsi nel 27 %, 18 %, 7 % e 1 %;

- 51 dato che il mercato di cui trattasi possiede quindi le caratteristiche di un mercato oligopolistico ristretto, nel quale la concorrenza è già di per sé indebolita, la quota della Roche, pari a quelle sommate delle sue due principali concorrenti, dimostra che essa dispone di una libertà d'azione particolare nel determinare il suo atteggiamento nei confronti della concorrenza;

il fatto che, dal momento che la Roche ha al suo attivo molte scoperte ed è titolare di svariati brevetti relativi alla vitamina A, essa disponga di un vantaggio tecnologico rispetto ai suoi concorrenti, anche dopo la scadenza di detti brevetti, costituisce un indizio complementare del fatto che essa gode di una posizione dominante;

lo stesso vale, come si è detto sopra, per l'insussistenza di concorrenza potenziale di nuove imprese, mentre quella conseguente all'eccesso di capacità produttiva presso le imprese esistenti si risolveva piuttosto a favore della Roche, come risulta da un estratto del Management Information della metà d'agosto 1971, secondo cui «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 è quindi a ragion veduta che la Commissione ha dichiarato che la ricorrente fruiva di una posizione dominante sul mercato delle vitamine A;

il fatto che la Roche dovesse rifornirsi, per alcune materie prime impiegate nella produzione di vitamine del gruppo A, presso un'impresa dell'industria chimica che produceva pure vitamine A e che era quindi sua concorrente, non è atto a modificare le conclusioni della Commissione giacché la Roche non ha mai sostenuto di aver incontrato difficoltà di qualsiasi genere, né per quel che riguarda il ritmo dei suoi approvvigionamenti, né per quel che riguarda i prezzi.

b) Per quanto riguarda il gruppo di vitamine B₂

- 53 Nella decisione impugnata, la Commissione aveva stimato la quota di mercato della Roche nell'86 %;

nel documento redatto in comune, durante la fase scritta, la Commissione ha reso noti gli elementi di base assunti per calcolare le quote di mercato della Roche, sia come valore sia come quantità, e risulta inoltre, dalle tabelle che essa produce, che tutte le importazioni di vitamine nel mercato comune, statisticamente recensite, sono state prese in considerazione;

in base a questi dati, essa giunge a queste conclusioni:

vitamina B ₂ quota di mercato Roche	1972 (6 Stati membri)	1973 (9 Stati membri)	1974 (9 Stati membri)
in valore	87,0 %	81,2 %	80,6 %
in quantità	84,5 %	74,8 %	80,8 %

- 54 La Roche si limita in sostanza ad affermare che, «dal momento che i dati relativi alla concorrenza consistono in semplici stime, essa non è in grado di fornire la prova contraria»; però sostiene che la sua quota sul mercato mondiale è molto inferiore e che quella sul mercato comune non supera il 50 %;

per giustificare quest'ultima stima rispetto a quella della Commissione, essa dichiara che, «se si aggiungono a queste cifre le capacità di fermentazione,

specie negli Stati Uniti d'America, di 200-300 tonnellate annue, che sono state poste fuori servizio all'inizio del 1970, ma che possono venir riattivate in qualunque momento, la quota si riduce a circa il 50 % soltanto», facendo così valere — senza fornire altri particolari — sia l'esistenza di una concorrenza potenziale, sia la diminuzione della propria capacità produttiva negli Stati Uniti;

55 se la prima ipotesi si rivelasse esatta, vi sarebbe di che pensare che, dopo il 1970, alcuni concorrenti della Roche sono stati in parte eliminati dal mercato;

pur volendo ammettere, cosa che non è stata precisata, che si sia fatta allusione alla chiusura delle capacità produttive appartenenti alla Roche, detta circostanza non potrebbe venir invocata per contestare i calcoli della Commissione, sinché non venga dimostrato che chiusure di capacità analoghe non si sono verificate presso i concorrenti e, comunque, che esse hanno provocato inevitabilmente la riduzione delle quote di mercato della Roche sul mercato comune, piuttosto che la razionalizzazione della produzione;

inoltre, l'esistenza di eccedenze di capacità produttiva, benché possa eventualmente costituire un fattore di concorrenza potenziale tale da influire sull'esistenza di una posizione dominante — pur se si è accertato sopra che questa ipotesi non si è verificata per la Roche durante il periodo preso in considerazione — non può influenzare la stima di quote di mercato effettivamente conquistate;

56 così stando le cose, i calcoli rettificati della Commissione, che peraltro offrono sufficienti garanzie di serietà per poter venire accettati, non possono venir messi in dubbio dalle obiezioni di cui sopra, e le quote di mercato che essi mettono in luce sono talmente cospicue da dimostrare da sole l'esistenza di una posizione dominante.

c) Per quel che riguarda il gruppo di vitamine B₃ (acido pantotenico)

57 La Commissione ha ammesso l'opportunità di correggere le cifre indicate nella decisione impugnata e le due parti sono concordi nello stimare le quote di mercato come segue:

vitamina B ₃ quota di mercato Roche	1972 (6 Stati membri)	1973 (9 Stati membri)	1974 (9 Stati membri)
in valore	28,9 %	34,9 %	51,0 %
in quantità	18,9 %	23,4 %	41,2 %

58 quote dell'entità indicata, in quantità o in valore, completate dall'indicazione, nel documento redatto in comune dalle parti, che i dati relativi al 1971 erano ancora inferiori del 6 % a quelli del 1972, non costituiscono un indizio sufficiente, di per sé, a provare l'esistenza di una posizione dominante per la maggior parte del periodo di cui la Commissione ha tenuto conto;

al contrario, è emerso che la rettifica cui questa ha dovuto procedere era dovuta al fatto che essa aveva omesso di tener conto delle importazioni effettuate da un concorrente giapponese che, dal canto suo, nel 1973 deteneva il 30 % del mercato;

d'altra parte, la Commissione non ha indicato, per questo mercato in particolare, quali siano gli indizi complementari che unitamente alla quota di mercato rettificata, sarebbero atti a provare comunque l'esistenza di una posizione dominante;

se ne deve concludere che non è sufficientemente provata, nei confronti della Roche, l'esistenza di una posizione dominante per quel che riguarda le vitamine B₃ nel periodo di cui trattasi.

d) Per quel che riguarda il gruppo delle vitamine B₆

59 La Commissione aveva stimato la quota di mercato della Roche nel 95 %, mentre la Roche, che non ha prodotto dati per quel che riguarda il mercato comune, ammette, per quanto riguarda il mercato mondiale, una quota di mercato aggirantesi sul 60-70 %;

dopo aver raffrontato i loro dati rispettivi (documento comune, allegati 1/e e 2/g), le parti non sono riuscite a concordare una stima comune e la Commissione ha modificato la propria proponendo le seguenti cifre:

vitamina B ₆ quota di mercato Roche	1972 (6 Stati membri)	1973 (9 Stati membri)	1974 (9 Stati membri)
in valore (B ₆ + H)	87,0 %	90,0 %	83,9 %
in quantità	84,2 %	86,0 %	88,4 %

60 osservato che, dato che le vitamine dei gruppi B₆ e H rientrano nella stessa voce doganale, le quote, quantomeno espresse in valore, comprendono i due gruppi B₆ e H; la Roche non ha tuttavia contestato che questa circostanza non è atta a modificare gli ordini di grandezza che ne risultano; essa sostiene, senza dare maggiori spiegazioni, che questa stima va ridotta di almeno il 20 %; tuttavia — pur accettando senza riserve questa obiezione — le quote della Roche hanno pur sempre un'entità tale da dimostrare l'esistenza di una posizione dominante;

ciò è ancor più vero in quanto, nel periodo di cui trattasi, le quote dei quattro concorrenti immediati della Roche erano inferiori al 10 % ed alcune di esse con tutta probabilità non raggiungevano il 5 %.

e) Per quel che riguarda il gruppo delle vitamine C

61 Nella decisione impugnata la Commissione aveva stimato la quota di mercato della Roche pari al 68 %, mentre la Roche, in corso di causa, ha proposto la quota del 50 %;

dopo essersi concertate, le parti hanno concordato le seguenti quote di mercato, nell'ipotesi in cui si consideri solo il mercato delle vitamine:

vitamina C quota di mercato Roche	1972 (6 Stati membri)	1973 (9 Stati membri)	1974 (9 Stati membri)
in valore	65,7 %	66,2 %	64,8 %
in quantità	64,4 %	63,8 %	63,0 %

62 secondo la Roche, questa stima va corretta nel senso che il mercato interessato deve anche comprendere i prodotti che fanno concorrenza alle vitamine C per quel che riguarda gli impieghi tecnologici; in questo caso la sua quota di mercato non supererebbe il 47 %;

63 poiché le considerazioni esposte sopra circa la delimitazione del mercato in questione per le vitamine destinate ad impieghi sia bio-nutritivi sia tecnolo-

gici si sono risolte nella reiezione della tesi sostenuta dalla Roche, le quote di mercato sulle quali le parti hanno concordato, per quel che riguarda il mercato delle vitamine C in sé e per sé, vanno accettate e dimostrano l'esistenza di una posizione dominante;

ancora per quel che riguarda detto mercato — sul quale peraltro nel 1971 vi era una situazione di penuria — lo scarto tra le quote della Roche (64,8 %) e quelle dei suoi concorrenti immediati (14,8 e 6,3 %) era tale da confermare le conclusioni cui è pervenuta la Commissione.

f) Per quel che riguarda il gruppo di vitamine E

- 64 Nella decisione impugnata, la Commissione aveva stimato la quota di mercato della Roche, per quel che riguarda le vitamine E, nel 70 % mentre, in corso di causa, la Roche ha proposto la percentuale del 40 %;

dopo essersi concertate, le parti hanno concordato, nel documento comune, di stimare come segue le quote di mercato, nell'ipotesi in cui si debba tener conto solo del mercato delle vitamine E:

vitamina E quota di mercato Roche	1972 (6 Stati membri)	1973 (9 Stati membri)	1974 (9 Stati membri)
in valore	54 %	64 %	58 %
in quantità	50 %	60 %	54 %

secondo la stima della Roche, la sua quota, per gli anni 1970 e 1971, va ulteriormente ridotta del 7 % rispetto a quella del 1972;

- 65 secondo la Roche, e per gli stessi motivi accampati a proposito della vitamina C, il mercato di cui trattasi deve pure comprendere i prodotti che fanno concorrenza alle vitamine E per quel che riguarda gli impieghi tecnologici ed essa sostiene che in questo caso la sua quota di mercato, per il 1974, non supera il 40 %;
- 66 dato che il punto di vista della Roche, per quanto riguarda la delimitazione del mercato di cui trattasi, è stato respinto per le ragioni summenzionate, è opportuno prendere in considerazione le quote di mercato sulle quali le parti hanno concordato;

l'entità di dette quote, già di per sé notevole, è rafforzata dal fatto che quelle detenute dalle concorrenti della Roche vanno stimate, dopo la correzione di cui si è detto sopra, per il 1974 e in valore, nel 16 %, 6 % e 1 % per gli altri produttori e nel 19 % per uno o più importatori, generalmente imprese commerciali che operano importando da paesi terzi;

la situazione così risultante risponde, in modo ancor più caratteristico che per le vitamine A, al prototipo di un mercato oligopolistico ristretto, nel quale la quota della Roche è di molto superiore a quella sommata dei due concorrenti più vicini;

giustamente, quindi, la Commissione ha accertato l'esistenza di una posizione dominante su questo mercato.

g) Per quel che riguarda il gruppo delle vitamine H

- 67 La ricorrente ha ammesso di aver detenuto il 100 % di detto mercato e, durante il periodo considerato, la sua quota era ancora del 93 % sicché essa si trova, di fatto, in posizione di monopolio.

h) Conclusione complessiva

- 68 Risulta dalle considerazioni che precedono che sussistevano i fattori di una posizione dominante per quanto riguarda i gruppi di vitamine A, B₂, B₆, C, E ed H, mentre non è stata dimostrata l'esistenza di detta posizione per quel che riguarda le vitamine B₃.

Sezione 5: Del comportamento della ricorrente sul mercato

- 69 Si deve però stabilire se le conclusioni di cui sopra non siano smentite dal comportamento della ricorrente sui mercati di cui trattasi, comportamento che, a suo dire, dimostra non solo l'esistenza di una vivace concorrenza, ma pure la pressione che detta concorrenza ha esercitato su di essa;

a questo proposito essa invoca in particolare il fatto che i prezzi dei vari gruppi di vitamine sono costantemente scesi, nonché la diminuzione delle sue quote di mercato in alcuni Stati membri;

essa si richiama pure alle indicazioni contenute in vari documenti interni, specie nel «Management Information» e nel «Marketing News», che essa pubblica regolarmente e che contengono un esame della situazione del mercato di ciascun gruppo di vitamine, nonché alla documentazione relativa all'«European Bulk Managers Meeting», organizzato dalla Roche a Basilea nell'ottobre 1972.

70 La Corte ha già affermato, specie nella sua sentenza 14 febbraio 1978 (*United Brands*, causa 27/76, Racc. 1978, pag. 207), che l'esistenza della concorrenza, anche vivace, su un determinato mercato, non esclude l'esistenza di una posizione dominante sullo stesso mercato giacché siffatta posizione è caratterizzata essenzialmente dalla possibilità di agire senza dover tenere conto, nella propria politica di mercato, di detta concorrenza e senza, per questo, subire conseguenze pregiudizievoli.

71 Tuttavia, il fatto che un'impresa debba ridurre i suoi prezzi a causa di un'iniziativa analoga dei concorrenti è in genere incompatibile con l'indipendenza di comportamento caratteristica di una posizione dominante;

in allegato all'atto introduttivo, la ricorrente ha prodotto una serie di grafici che contengono due indici diversi, uno relativo alle riduzioni di prezzo e l'altro relativo agli aumenti di produzione dei vari gruppi di vitamine della Roche sul mercato mondiale in un periodo che va, a seconda dei casi, dal 1940 al 1954, fino a tutto il 1974;

72 si deve però osservare che detti grafici riguardano il mercato mondiale e la Roche, che ha essa stessa ripetutamente sottolineato le differenze nell'andamento dei prezzi da uno Stato membro all'altro, non può perciò sostenere che le variazioni sul mercato mondiale sono necessariamente rappresentative dell'andamento dei prezzi nella Comunità;

pur volendo ammettere che l'andamento dei prezzi, visto su scala mondiale, possa ritenersi rispecchiare la tendenza generale dei prezzi sul mercato comune, l'esame dei grafici mette tuttavia in luce che, in ampia misura, i prezzi dei vari gruppi di vitamine sono scesi notevolmente, finché la produzione progrediva solo lentamente, e che questo calo è molto diminuito e gli è anzi subentrata una grande stabilità a decorrere dal momento in cui, per ciascun

gruppo di vitamine, la produzione ha registrato un forte aumento e cioè: dal 1964 per le vitamine A; 1956 per B₂; 1966 per B₆; 1958 per C; 1960 per B₃; 1965 per E, mentre per le vitamine H (biotina) la curva dei prezzi, stabile fino al 1970, diminuisce leggermente da questo momento, in coincidenza con l'aumento della produzione;

questi dati indicano che vi è correlazione tra i prezzi, da una parte, e il volume della produzione e i costi, dall'altra, piuttosto che tra i prezzi e la pressione della concorrenza.

73 Rispondendo alle donande fattele dalla Corte, la Roche ha prodotto varie tabelle (documento comune, all. 4, a-i) che indicano le variazioni dei prezzi della vitamina che la Roche ritiene la più rappresentativa in ciascun gruppo, tra il 1970 e il 1976, per ciascuno Stato membro nonché i prezzi medi, calcolati in base ai prezzi sui mercati nazionali, per il complesso della Comunità;

74 dette tabelle rivelano effettivamente oscillazioni di prezzo non trascurabili, sia in rialzo sia in ribasso;

tuttavia dette oscillazioni differiscono notevolmente per lo stesso prodotto nello stesso periodo nei vari Stati membri, il che dimostra l'isolamento dei mercati e potrebbe far pensare che si seguisse una corrispondente politica dei prezzi;

colpisce il fatto che, per la vitamina H (biotina), per la quale la Roche riconosce di aver avuto una quota di mercato pari al 100 % nel 1970 e al 93 % nel 1974, vi siano state — come risulta dall'all. 4 del documento steso in comune — pure notevoli diminuzioni di prezzi i quali, espressi in franchi svizzeri e in valori medi, passano, per l'intero mercato comune, da 40,54 fr. sv. nel 1970 a 30,72 fr. sv. nel 1973 e a 29,85 fr. sv. nel 1974, riduzioni che, per una ditta che detiene dal 100 % al 93 % del mercato, non possono attribuirsi alla pressione concorrenziale, ma sono piuttosto effetto di una politica di prezzi scientemente e liberamente prescelta e che, comunque, non contraddicono l'esistenza di una posizione dominante;

75 questo rilievo è ampiamente confermato dai vari documenti interni di cui sopra;

per quel che riguarda in particolare la vitamina H (biotina), il «Management Information» dell'8 settembre 1972 rivela che un primo concorrente — la ditta Sumitomo — il quale aveva intrapreso la produzione di biotina alla fine del 1971, aveva preferito vendere parte della sua produzione alla Roche e smaltire il resto negli Stati Uniti e che, in previsione dell'avvento di un altro produttore, nel 1973, la Roche aveva deciso di premunirsi, abbandonando la sua «inflexible price policy at once»;

è precisamente nel 1973 che si registra una riduzione eloquente del prezzo della vitamina H.

- 76 Questi elementi dimostrano come, lungi dal risentire la pressione concorrenziale, la Roche, grazie alla sua posizione, sia in grado di adottare una politica di prezzi destinata a prevenirla;

inoltre, tra le altre precauzioni da adottare, lo stesso Management Information raccomanda di stipulare contratti di fedeltà;

- 77 per quel che riguarda le vitamine C, settore in cui la quota di mercato della Roche tra il 1972 e il 1974 può stimarsi nel 65 % circa, il Marketing News del 6 dicembre 1971 dichiara che, data la penuria di questo prodotto, si raccomanda ai rappresentanti e alle filiali della Roche, in considerazione della politica di mercato a lunga scadenza, «to give preference to the *food industry*, both in respect of supplies and price advantages» rispetto all'industria farmaceutica, che dovrà rifornirsi parzialmente presso i brokers;

- 78 è vero che cifre e documenti prodotti mettono in luce variazioni di prezzo, talvolta non trascurabili, registrate sui mercati delle varie vitamine; tuttavia queste variazioni appaiono in alcuni casi senza rapporto con l'esistenza di una concorrenza, mentre in altri casi è per lo più la Roche che — quanto meno — svolge la funzione di price leader;

il complesso dei documenti prodotti rivela inoltre l'esistenza di un'organizzazione commerciale e di marketing di prim'ordine, in grado non solo di sondare sistematicamente i mercati, bensì anche di captare in anticipo qualsiasi velleità di eventuali concorrenti di entrare nel mercato dell'uno o dell'altro prodotto, nonché in grado non solo di reagire prontamente, ma anche di prevenire detti tentativi con adeguate iniziative;

dal complesso delle considerazioni suesposte si arguisce che le variazioni di prezzo adottate e realmente accertate non dimostrano l'esistenza di una pressione concorrenziale tale da compromettere il rilevante grado di indipendenza di cui godeva la Roche nella sua politica di mercato e non sono idonee ad inficiare gli accertamenti dell'esistenza di una posizione dominante scaturenti, per ciascun gruppo di vitamine, dalla concomitanza delle quote di mercato e degli altri indizi;

- 79 è dunque fondato l'accertamento dell'esistenza di siffatta posizione nella decisione impugnata, per quel che riguarda i mercati delle vitamine A, B₂, B₆, C, E ed H;

erroneo è invece lo stesso accertamento per il mercato delle vitamine B₃.

II — Sullo sfruttamento abusivo di posizione dominante

Sezione 1: Considerazioni preliminari

- 80 Secondo la decisione impugnata, la ricorrente ha sfruttato abusivamente la sua posizione dominante stipulando, con 22 acquirenti importanti di vitamine, contratti di vendita — circa 30 (alcuni dei quali peraltro costituivano semplicemente una proroga, con o senza modifiche, di contratti precedenti) — con i quali detti acquirenti s'impegnavano a rifornirsi esclusivamente presso la Roche per la totalità o per una parte essenziale del loro fabbisogno di vitamine o di determinate vitamine espressamente indicate, o che li stimolavano con la promessa di sconti, che la Commissione definisce sconti di fedeltà, a seguire questa linea;

secondo la Commissione (decisione impugnata nn. 22-24), i contratti d'esclusiva o gli sconti di fedeltà litigiosi costituiscono sfruttamento abusivo ai sensi dell'art. 86 del Trattato, in primo luogo, in quanto falsano la concorrenza tra produttori, privando i clienti dell'impresa in posizione dominante di qualsiasi possibilità di scelta per quel che riguarda le loro fonti di approvvigionamento e, in secondo luogo, in quanto hanno l'effetto di applicare, nei confronti delle controparti contrattuali, condizioni diverse per prestazioni equivalenti, penalizzandole quindi sotto il profilo concorrenziale, in quanto la Roche pratica a due acquirenti due prezzi diversi per l'identica quantità dello stesso

prodotto a seconda che essi accondiscendano o no a rinunciare a rifornirsi presso i concorrenti.

- 81 I contratti di cui trattasi riguardano vendite di vitamine di uno o più gruppi per i quali è stata accertata l'esistenza di una posizione dominante, ad acquirenti che, nel mercato comune, hanno aziende cui dette vitamine sono destinate, in tutto o in parte;

questi contratti possono venir classificati come segue e in prosieguo saranno designati con il nome dell'acquirente:

1. Afico/Nestlé: *un* contratto annuale dal 1° gennaio 1968, tacitamente prorogabile;
2. American Cyanamid: *un* contratto annuale dal 1° gennaio 1971, tacitamente prorogabile;
3. Animedica: *due* contratti, uno multinazionale, del 12 gennaio 1973, l'altro riguardante le forniture nella Repubblica federale di Germania, del 9 maggio 1972, entrambi annuali e tacitamente prorogabili;
4. Beecham: *tre* accordi successivi del 1° aprile 1972, 1° aprile 1973 e 31 dicembre 1973, relativi ai periodi 1. 4. 72-31. 3. 73, 1. 4. 73-31. 12. 73 e all'anno 1974, rispettivamente;
5. Capsugel/Parke Davis: *un* contratto del 22 marzo 1967, decorrente dal 15 marzo 1967;
6. Dawe's: *un* contratto decorrente dal 1° agosto 1971, senza specificazione di durata;
7. Guyomarc'h: *un* contratto annuale decorrente dal 1° maggio 1972, tacitamente prorogabile;
8. Isaac Spencer: *due* contratti, il primo per il periodo 1° luglio-31 dicembre 1973, il secondo per il 1974;
9. Merck: *tre* contratti, il primo del 3 marzo 1972, relativo alle vitamine A, stipulato per 5 anni e prorogabile tacitamente con scadenze biennali; il secondo, del 3 marzo 1972, riguardante le vitamine E e contenente una clausola quasi identica al precedente quanto alla durata; il terzo, del 5 luglio 1971, relativo alla vitamina B₆, con scadenza il 31 dicembre 1976, prorogabile tacitamente con scadenze biennali;

10. Nitrovit/Imperial Foods: *due* contratti, uno del 22 dicembre 1972, l'altro dell'11 gennaio 1974, entrambi con validità annuale;
11. Organon: *un* contratto del 15 aprile 1970, modificato il 10 ottobre 1974, con scadenza annuale, tacitamente prorogabile;
12. Pauls and Whites: *tre* contratti del 2 marzo 1972, del 16 luglio 1973 e del 22 gennaio 1974, relativi ai periodi 1. 4. 72-31. 3. 73, 1. 4. 73-31. 12. 73 e al 1974, rispettivamente;
13. Protector: *un* contratto a decorrere dal 1° luglio 1968, prorogato di fatto di anno in anno, in ogni caso a tutto il 1972;
14. Provimi: *un* contratto del 30 settembre 1972, di durata non convenuta, modificato il 27 novembre 1974;
15. Radar: *un* contratto del 23 febbraio 1971, relativo al 1971 e facente richiamo ad un accordo analogo stipulato nel 1970;
16. Ralston Purina: *un* contratto del 19 gennaio 1970, relativo al 1970, prorogato quanto meno fino al 1974;
17. Ramikal: *un* contratto del 22 agosto 1972, decorrente dal 1° gennaio 1972, a tempo indeterminato, che sostituiva un contratto del 1964;
18. Sandoz: *un* contratto decorrente dal 1965, per un anno civile, prorogabile tacitamente ogni anno;
19. Trouw: *un* contratto dal 1° luglio 1971, decorrente dal 1° gennaio dello stesso anno, modificato il 27 novembre 1972;
20. Unilever: *tre* contratti del 9 gennaio 1974, i due primi relativi alle forniture nel Regno Unito, il primo di vitamine A, tipo b), ed il secondo delle altre vitamine A, mentre il terzo riguarda forniture di vitamine A sul continente; tutti i tre contratti riguardano gli anni 1974 e 1975;
21. Upjohn: *un* contratto decorrente dal 1° novembre 1967, senza specificazioni circa la durata;
22. Wyeth: *un* contratto decorrente dal 1° gennaio 1964, senza specificazioni circa la durata.

Sezione 2: Esame dei contratti litigiosi

- 82 Detti contratti, pur se redatti in date diverse e in termini non sempre identici, per quel che riguarda la portata dell'impegno d'approvvigionamento accettato dall'acquirente, possono dividersi in tre categorie;
- 83 un certo numero di contratti implicava per l'acquirente l'impegno formale a rifornirsi esclusivamente presso la Roche:
- a) per la totalità o per la quasi-totalità del suo fabbisogno di vitamine non confezionate fabbricate dalla Roche: Afico/Nestlé, Dawe's, Organon, Provimi (salvo il 10 % come elemento di raffronto), Ralston Purina, Upjohn (tutte le vitamine, salvo quattro specialità della vitamina A, destinate all'alimentazione animale, per le quali la Roche ha concesso alla Upjohn una licenza del suo marchio Injacom);
 - b) per la totalità del suo fabbisogno di alcune vitamine espressamente designate: Merck (vitamine A, B₆, oltre alle 200 tonnellate annualmente prodotte dalla stessa Merck, e vitamine E);
 - c) per una percentuale, indicata nel contratto, del suo fabbisogno totale (American Cyanamid, Animedica Germania e Animedica international: 80 %) o del suo fabbisogno per alcune vitamine designate (Guyomarc'h: 75 % del fabbisogno di vitamine A, B, C, E);
 - d) oppure, infine, per la «maggior parte» (major part, überwiegender Teil) del suo fabbisogno di vitamine o di determinate vitamine (Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Ramikal, Trouw);
- 84 alcuni contratti implicavano per l'acquirente l'impegno di «give preference to Roche» (Wyeth), o di dichiarare la sua intenzione di approvvigionarsi esclusivamente presso Roche (Capsugel/Parke Davis) o di raccomandare alle sue affiliate di seguire la stessa linea (Sandoz), per il complesso del fabbisogno di vitamine, o per alcune vitamine determinate (Capsugel/Parke Davis: A, B₁, B₂, B₆, C, E, H), oppure ancora per una determinata percentuale del fabbisogno totale (Protector: 80 %);
- 85 infine, i contratti stipulati rispettivamente con la Merck e l'Unilever possedevano caratteristiche che rendono opportuno l'esame separato degli impegni che essi implicavano.

- 86 La maggior parte dei contratti erano stipulati per una durata indeterminata, o per convenzione espressa o mediante la clausola della proroga tacita, quindi è chiaro che con essi si intendevano stabilire relazioni pluriennali;

la grande maggioranza dei contratti è stata stipulata con decorrenza dal 1970, ed era in vigore per una parte o per tutto il periodo 1970-74.

- 87 Tutti i contratti di cui sopra, salvo quelli conclusi con l'Unilever, contemplavano la concessione, con nomi diversi, di riduzioni o sconti calcolati sul totale degli acquisti di vitamine — indipendentemente dal gruppo in cui rientravano — durante un periodo determinato, per lo più annuale o semestrale;

i contratti Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Sandoz e Wyeth avevano la caratteristica che la percentuale degli sconti contemplati non era fissa, ma aumentava — in generale dall'1 % al 3 % — a seconda degli acquisti annui;

i contratti, eccettuati Animedica international, Guyomarc'h, Merck B₆, Protector e Upjohn, contenevano una clausola, cosiddetta «inglese», in base alla quale i clienti potevano far valere — nei modi che vedremo — di fronte alla Roche offerte più vantaggiose ricevute dalla concorrenza, il che faceva sì che, se la Roche non allineava i suoi prezzi, il cliente era svincolato, in quella determinata trattativa, dall'obbligo di approvvigionamento esclusivo oppure, se questo impegno formale non era stipulato, poteva acquistare dal concorrente in questione senza per questo perdere, né nell'uno né nell'altro caso, il vantaggio dello sconto di cui si è detto, né per gli acquisti passati né per quelli futuri;

- 88 è sotto il profilo di queste caratteristiche che si deve stabilire se i contratti litigiosi costituiscano sfruttamento abusivo di posizione dominante da parte della Roche.

Sezione 3: Definizione, alla luce dell'art. 86 del Trattato, degli impegni d'approvvigionamento esclusivo e dei sistemi di sconti

- 89 Per un'impresa che si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare — sia pure a loro richiesta — gli acquirenti con l'obbligo o la

promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso l'impresa in questione, costituisce sfruttamento abusivo di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato, tanto se l'obbligo in questione è imposto sic et simpliciter, quanto se ha come contropartita la concessione di sconti;

lo stesso dicasi se detta impresa, senza vincolare gli acquirenti con un obbligo formale, applica, o in forza di accordi stipulati con gli acquirenti, o unilateralmente, un sistema di sconti di fedeltà, cioè riduzioni subordinate alla condizione che il cliente — indipendentemente dal volume degli acquisti, rilevante o trascurabile — si rifornisca esclusivamente per la totalità o per una parte considerevole del suo fabbisogno presso l'impresa in posizione dominante;

- 90 in effetti, gli impegni d'approvvigionamento esclusivo di questo tipo, con o senza contropartita di sconti o concessioni di premi di fedeltà onde stimolare l'acquirente ad acquistare unicamente presso l'impresa in posizione dominante, sono incompatibili con lo scopo che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune, in quanto non si fondano — salvo circostanze eccezionali, che rendano eventualmente ammissibile un accordo tra imprese nell'ambito dell'art. 85 ed in particolare del n. 3 di questo — su una prestazione economica che giustifichi questo onere o questo vantaggio, bensì mirano a togliere all'acquirente, o a ridurre nei suoi riguardi, la possibilità di scelta per quel che concerne le sue fonti di approvvigionamento ed a precludere l'accesso al mercato agli altri produttori;

contrariamente agli sconti quantitativi, che dipendono solo dal volume degli acquisti, il premio di fedeltà mira ad impedire, mediante la concessione di un vantaggio finanziario, che i clienti si riforniscano presso produttori concorrenti;

i premi di fedeltà, inoltre, fanno sì che vengano applicate alle controparti contrattuali condizioni diverse per prestazioni equivalenti, in quanto due acquirenti delle stesse quantità del medesimo prodotto pagano prezzi diversi a seconda che si riforniscano esclusivamente presso l'impresa in posizione dominante o che diversifichino le loro fonti di approvvigionamento;

infine, simile condotta, tenuta da un'impresa in posizione dominante, e specie in un mercato in espansione, mira a rafforzare detta posizione mediante una concorrenza non fondata sulle prestazioni e — dunque — falsata.

Non è possibile condividere l'interpretazione suggerita dalla ricorrente onde sottrarsi alla censura di sfruttamento abusivo di posizione dominante, secondo cui lo sfruttamento abusivo implica che l'impiego della potenza economica conferita dalla posizione dominante sia il mezzo con cui si esercita l'abuso;

la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza.

Sezione 4: Natura degli sconti litigiosi

- 92 La ricorrente sostiene tuttavia che gli sconti pattuiti non sono sconti di fedeltà, ma di quantità o che essi corrispondono ad una prestazione economica del cliente che giustifica una contropartita di questo genere.
- 93 Nell'esaminare questo mezzo si deve distinguere tra contratti che contemplano sconti ad aliquota fissa e contratti che contemplano sconti ad aliquota progressiva.
- a) Contratti con sconti ad aliquota fissa
- 94 In primo luogo, non si può accogliere la tesi della ricorrente per i contratti che contemplano sconti ad aliquota fissa;
- 95 infatti — senza dimenticare che, in caso di esclusiva formalmente accettata, la concessione dello sconto è in definitiva irrilevante — nessuno dei contratti in questione contiene impegni relativi a quantitativi definiti, fosse pure a titolo di previsione, né impegni connessi al volume degli acquisti, bensì tutti fanno menzione del «fabbisogno» o di una parte di esso;

d'altro canto, nella maggior parte dei casi, le parti stesse hanno qualificato la clausola come premio di fedeltà (American Cyanamid, Organon, Provimi, Ralston Purina, Trouw) o hanno usato formule che sottolineano fortemente il nesso tra esclusiva e sconto;

- 96 nel contratto Dawe's si conviene che lo sconto è concesso come contropartita (in return) dell'accettazione dell'esclusiva; nel contratto Ramikal si menziona uno «sconto riservato» (vertraulicher Jahresbonus) che «costituisce un vero premio sugli acquisti da Voi effettuati presso la Roche» (eine echte Vergütung auf ihre Bezüge von Roche), indipendentemente dagli sconti di quantità, che rimangono impregiudicati;

indubbiamente in quattro contratti, cioè quelli Afico-Nestlé, Capsugel/Parke Davis, Provimi (dal 1974) e Upjohn, lo sconto sul complesso degli acquisti è concesso, come specificato dagli stessi contratti, per il fatto che i clienti garantiscono alla Roche il pagamento delle fatture relative agli ordini passati direttamente dalle affiliate dei clienti stessi;

è tuttavia difficile ammettere che degli sconti, calcolati sotto ogni aspetto sulle stesse basi di quelli che in altri contratti si definiscono premi di fedeltà, possano essere la contropartita dell'impegno di società di dimensioni mondiali, quali Nestlé, Parke Davis e Upjohn, di fornire alla Roche garanzie sulla solvibilità delle loro affiliate;

non è nemmeno possibile accogliere l'argomento della Roche secondo cui si tratta, quanto meno per alcune vitamine come la biotina (vitamina H), di sconti di lancio, giacché i contratti né fanno, né consentono di fare, alcuna distinzione, in base alla loro funzione, tra i vari sconti, calcolati in modo globale ed uniforme, per ciascun cliente, per il suo fabbisogno totale o per una parte notevole dello stesso.

b) Contratti con sconto ad aliquota progressiva

- 97 Un certo numero di contratti litigiosi, cioè Beecham (1972, 1973, 1974), Isaac Spencer (1973, 1974), Nitrovit (1973, 1974), Pauls and Whites (1972, 1973, 1974), implicano, in primo luogo, un impegno riguardante «la maggior parte» del fabbisogno dell'acquirente e, in secondo luogo, una clausola che stabilisce uno sconto a percentuale crescente — di regola dall'1 al 2 % e poi

al 3 % — a seconda che il cliente, nel corso dell'anno, si rifornisca in proporzione maggiore o minore rispetto alle previsioni, mentre i contratti contengono in ogni caso una stima in valore (Lst) del fabbisogno totale ed inoltre, in due casi (Pauls and Whites 1972, Beecham 1972) una stima in quantità per ognuno dei tipi di vitamine contemplati dal contratto;

a mo' d'esempio, si può citare il contratto Beecham (1. 4. 72 — 31. 3. 73), nel quale il fabbisogno annuale era stimato in Lst. 300 000 al massimo e si prevedeva uno sconto dell'1 % se il fatturato avesse raggiunto il 60 %, cioè 180 000 Lst., 1,5 % nel caso del 70 %, cioè 210 000 Lst. e 2 % per l'80 %, cioè 240 000 Lst.;

le formule sono analoghe negli altri contratti, mentre la stima dei singoli fabbisogni differisce a seconda dei casi e degli anni, evidentemente al fine di adeguarla alla capacità di assorbimento del cliente.

- 98 È vero che i contratti in questione contengono elementi che, a prima vista, appaiono di natura quantitativa per quel che riguarda il loro nesso con la concessione di uno sconto totale; cionondimeno il loro esame rivela che, in realtà, essi costituiscono una forma particolarmente elaborata di premio di fedeltà;
- 99 anzitutto sorprende il fatto che questa forma particolare di sconto sia inserita proprio nei contratti in cui l'impegno di fornitura è stato formulato nel modo meno vincolante, cioè verta su «la maggior parte del fabbisogno», lasciando al cliente un notevole margine di libertà;

l'indeterminatezza dell'impegno così formulato è largamente compensata dalla stima del fabbisogno annuo e dal fatto che lo sconto aumenta in funzione della percentuale di copertura di detto fabbisogno, poiché questa aliquota progressiva costituisce chiaramente uno stimolo notevole a rifornirsi quanto più possibile presso la Roche;

- 100 questo metodo di calcolo dello sconto differisce dalla concessione degli sconti di quantità, connessi esclusivamente al volume degli acquisti effettuati presso il produttore, in quanto gli sconti litigiosi non dipendono da quantitativi fissati obiettivamente e validi per tutti gli eventuali acquirenti, bensì dipendono da stime fatte, di volta in volta, per ciascun cliente in funzione della sua presunta capacità di assorbimento, con lo scopo quindi non già di fornire la quantità massima, ma di coprire il massimo del suo fabbisogno;

- 101 altrettanto giustificata è perciò la tesi della Commissione secondo cui detti contratti, implicanti premi di fedeltà, costituivano sfruttamento abusivo di posizione dominante.

Sezione 5: La clausola inglese

- 102 Tutti i contratti in questione, salvo cinque (Animedica international, Guyomarc'h, Merck B₆, Protector e Upjohn) contengono una clausola, la cosiddetta clausola inglese, in base alla quale il cliente, se riceve dalla concorrenza offerte a prezzi più vantaggiosi di quelli ottenibili in base ai contratti di cui sopra, può chiedere alla Roche di allinearsi su dette offerte; qualora la Roche non acconsenta, il cliente ha facoltà, in deroga al suo impegno di approvvigionamento esclusivo, di acquistare da detto fornitore senza tuttavia perdere il diritto al premio di fedeltà pattuito nei contratti per la merce già acquistata o da acquistarsi presso la Roche.

- 103 Secondo la ricorrente, questa clausola elimina l'effetto restrittivo della concorrenza, esercitato dagli accordi di esclusiva e dai premi di fedeltà;

in particolare, per i contratti che non implicano l'obbligo espresso di approvvigionamento esclusivo, la clausola inglese eliminerebbe «l'effetto d'attrazione» dei premi di cui trattasi, poiché il cliente non verrebbe a trovarsi nell'alternativa di accettare le offerte della Roche, che per lui sono più onerose, o perdere il diritto al premio di fedeltà per tutti gli acquisti già effettuati presso la stessa Roche.

- 104 È innegabile che questa clausola costituisce un rimedio per alcune delle conseguenze inique che potrebbero avere per gli acquirenti gli impegni di approvvigionamento esclusivo o la stipulazione di premi di fedeltà globali, convenuti per periodi piuttosto lunghi;

si deve però osservare che la possibilità per l'acquirente di trar partito dalla concorrenza è meno grande di quanto non paia a prima vista;

- 105 in effetti la clausola, oltre a non figurare nei contratti Guyomarc'h, Merck B₆, Animedica international, Protector e Upjohn, comporta modalità che ne

restringono la portata e, di fatto, lasciano alla Roche un ampio potere discrezionale per quel che riguarda la possibilità per il cliente di avvalersene;

in alcuni contratti, si precisa che l'offerta deve provenire non solo da concorrenti seri, ma anche da ditte importanti dello stesso livello della Roche, o anche che le offerte devono essere paragonabili non solo per quel che riguarda la qualità del prodotto, ma anche per quel che riguarda la continuità dell'offerta, il che, escludendo le forniture più vantaggiose ma occasionali, rinforza l'esclusiva;

in altri contratti si specifica che l'offerta deve provenire da produttori, non già da brokers o agenti commerciali, il che ha l'effetto di eliminare concorrenti extraeuropei che operano sul mercato europeo mediante imprese commerciali, come è emerso dall'esame delle quote di mercato che le parti hanno effettuato in contraddittorio, a richiesta della Corte;

in vari contratti, la clausola inglese è direttamente connessa alla promessa della Roche di garantire i migliori prezzi «sul mercato locale» ed essa ha valore solo entro questi limiti, il che non solo ne restringe la portata, ma provoca un isolamento dei mercati, incompatibile con il mercato comune.

106 Inoltre, la clausola inglese non elimina la discriminazione, risultante dai premi di fedeltà, tra acquirenti che si trovano in condizioni identiche, a seconda che si riservino o no la libertà di approvvigionamento.

107 Soprattutto si deve osservare che, nemmeno nelle circostanze più favorevoli la clausola inglese costituisce un efficace rimedio per la distorsione della concorrenza provocata dalle clausole di approvvigionamento esclusivo e dai premi di fedeltà in un mercato sul quale opera un'impresa in posizione dominante, mercato che, di conseguenza, ha già una struttura concorrenziale indebolita;

in realtà, obbligando i clienti a comunicarle le offerte più vantaggiose fatte dalla concorrenza, corredandole dei particolari indicati sopra — sicché la Roche non ha difficoltà ad individuarne la provenienza — la clausola inglese, per la sua stessa natura, fornisce alla ricorrente elementi d'informazione sulla situazione del mercato, nonché sulle possibilità ed iniziative dei

suoi concorrenti, elementi particolarmente preziosi per la determinazione della sua politica di mercato;

il fatto che un'impresa in posizione dominante esiga od ottenga per contratto dai suoi clienti l'impegno a renderle note le offerte della concorrenza, mentre gli stessi clienti possono avere un evidente interesse commerciale a non comunicarle, è atto ad aggravare il carattere abusivo dello sfruttamento della posizione dominante;

infine, con il sistema della clausola inglese, spetta alla Roche stessa decidere se, allineando o no i propri prezzi, dare adito al gioco della concorrenza;

108 essa può così diversificare, grazie agli elementi d'informazione fornitile dai clienti, la propria politica di mercato nei loro confronti e nei confronti dei suoi concorrenti;

da tutti questi elementi si desume che la Commissione ha interpretato ed applicato correttamente l'art. 86 del Trattato quando ha ritenuto che la clausola inglese inclusa nei contratti litigiosi non fosse atta a togliere loro il carattere di sfruttamento abusivo di posizione dominante.

Sezione 6: Applicazione dei criteri suesposti ai contratti litigiosi (esclusi Unilever e Merck)

109 I contratti che stipulano un obbligo espresso di esclusiva per la totalità (Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Ralston Purina, Upjohn) o per una percentuale molto alta (Animedica Germania, Animedica international, American Cyanamid, Guyomarc'h) del fabbisogno complessivo degli acquirenti di vitamine o di alcuni gruppi espressamente definiti, possiedono le caratteristiche del comportamento anticoncorrenziale sopra descritto e che costituisce sfruttamento abusivo di posizione dominante;

lo stesso dicasi dei contratti nei quali l'acquirente si impegna a riservare alla Roche la fornitura della «maggior parte» (major part, überwiegender Teil) del suo fabbisogno (Beecham, Pauls and Whites, Nitrovit, Isaac Spencer, Ramikal e Trouw) specie poi per il fatto che la formula meno vincolante

usata è modificata, come si è detto sopra, dalla concessione di sconti escogitati appositamente per esercitare detto effetto modificante.

- 110 Le stesse considerazioni sono inevitabili anche per i contratti che, pur non contenendo forse un preciso impegno di approvvigionamento, implicano, mediante la concessione degli sconti sopra esaminati, un potente stimolo a riservare alla Roche l'esclusiva delle forniture, per la totalità o per una parte del fabbisogno di vitamine o di determinati gruppi di vitamine;

giustamente la Commissione ha rilevato (dec. nn. 11 e 24) che questo stimolo è acuito dal fatto che lo sconto è previsto per il complesso degli acquisti dei vari gruppi di vitamine, cosicché l'acquirente, se volesse rivolgersi — prescindendo dalla clausola inglese, la cui portata è stata esaminata sopra — a un produttore concorrente per una vitamina, non potrebbe comunque farlo giacché in tal caso perderebbe la riduzione per tutte le altre vitamine che continua ad acquistare dalla Roche;

- 111 tenuto conto del fatto, ammesso sia dalla ricorrente sia dalla Commissione, che i vari gruppi di vitamine rappresentano prodotti non intercambiabili e costituiscono mercati distinti, questa generalizzazione del sistema di sconti costituisce, inoltre, una pratica abusiva ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 86, in quanto mira a «subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura, o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi»;

si deve infine osservare che anche se, come sostiene la Roche, l'inosservanza da parte dell'acquirente dell'impegno di approvvigionamento esclusivo non esponesse l'acquirente stesso ad azioni per inadempienza contrattuale, ma gli facesse solo perdere il vantaggio degli sconti promessi, questi contratti implicherebbero comunque uno stimolo sufficiente per riservare l'esclusiva alla Roche e, per questo motivo, costituirebbero sfruttamento abusivo di posizione dominante.

Sezione 7: Applicazione dei criteri suesposti ai contratti Merck e Unilever

a) I contratti Merck

112 La Roche ha stipulato con la Merck tre contratti: il primo, in data 5 luglio 1971, inerente alla fornitura alla Merck di vitamine B₆, il secondo, datato 3 marzo 1972, inerente alla fornitura di vitamine A ed il terzo, dello stesso giorno, inerente alla fornitura di vitamine E;

113 nel preambolo del primo contratto, che riguarda un prodotto per il quale la quota di mercato della ricorrente è dell'80 % circa, si dichiara che «la Roche raddoppierà tra breve la capacità degli impianti di produzione, che attualmente è di 500 tonnellate annue, ed ha dunque interesse a fornire una parte del fabbisogno della Merck» e che «la Merck è disposta ad acquistare dalla Roche parte del suo fabbisogno, alle condizioni specificate sotto, qualora esso superi la sua capacità attuale di circa 200 tonnellate l'anno»;

a norma degli artt. 6 e 7 di detto contratto, il prezzo dovuto dalla Merck è il prezzo medio di vendita dello stesso prodotto ai terzi, con lo sconto del 20 %, rimanendo tuttavia inteso che la Roche «praticherà in ogni caso alla Merck i prezzi e/o le condizioni più favorevoli»;

a norma dell'art. 12, è vietato alla Merck rivendere dette vitamine ai concorrenti della Roche, senza autorizzazione di questa;

a norma dell'art. 14, la Roche si impegna a rifornirsi esclusivamente presso la Merck e questa s'impegna a fornire alla Roche l'intero suo fabbisogno di «estere fosforico di piridoscal 5» alle stesse condizioni stabilite per la fornitura alla Merck di vitamine B₆;

a norma dell'art. 13, il contratto viene stipulato per un periodo di 5 anni ed è tacitamente prorogabile per periodi biennali;

nel contratto non figura la cosiddetta clausola inglese.

114 Gli altri due contratti, datati 3 marzo 1972 e relativi alla fornitura alla Merck di vitamine A ed E, presentano, in linea generale, le stesse caratteristiche del contratto di cui sopra;

essi si differenziano tra loro in quanto quello relativo alle vitamine E ripete nel preambolo la dichiarazione che «la Roche dovrà tra breve ampliare note-

volmente i suoi impianti di produzione di vitamina E ed auspica dunque poter approvvigionare regolarmente la Merck», mentre quello relativo alle vitamine A non contiene alcuna dichiarazione di questo tipo;

i due contratti del 3 marzo 1972 — a differenza di quello del 5 luglio 1971 — non contemplano la fornitura esclusiva reciproca, ma contengono una clausola in base alla quale la Merck è svincolata dall'obbligo di acquisto esclusivo qualora le venga sottoposta un'offerta più vantaggiosa e la Roche non allinei i suoi prezzi;

questi due contratti contemplano infine il divieto per la Merck di rivendere le vitamine che ne costituiscono oggetto ai concorrenti della Roche senza l'autorizzazione di questa.

- 115 Emerge dalle particolarità esposte sopra che gli impegni di approvvigionamento esclusivo assunti dalla Merck hanno avuto lo scopo, per quel che riguarda le vitamine B₆ ed E, di garantire anticipatamente alla Roche uno sbocco certo per una produzione di cui si era progettato l'aumento e di sottrarre agli incerti della concorrenza quanto meno una parte non trascurabile di questa produzione supplementare;

un obbligo di approvvigionamento esclusivo di siffatta natura e di siffatta durata a vantaggio di un'impresa in posizione dominante costituisce, da parte di questa impresa, sfruttamento abusivo ai sensi dell'art. 86 del Trattato;

pur se lo stesso scopo non è espresso per quel che riguarda la vitamina A e se non è escluso che simile contratto corrisponda — come fanno supporre varie specificazioni tecniche rigorose inserite nel testo — al desiderio della Merck di garantirsi la fornitura regolare e costante di un prodotto che essa fabbricava solo in quantitativi ridotti, questa circostanza non esclude il divieto, per un'impresa in posizione dominante, di vincolare i suoi clienti con impegni di approvvigionamento esclusivo, soprattutto per periodi così lunghi come quelli contemplati nel detto contratto;

l'obbligo di approvvigionamento esclusivo, unitamente alla concessione di sconti particolarmente cospicui — a seconda dei casi dal 12,5 % al 20 % (vitamina A), dal 15 al 20 % (vitamina E) e 20 % (vitamina B₆) — nonché al divieto di rivendere a produttori di vitamine, dimostra il proposito di limitare la concorrenza.

- 116 Si deve osservare che, nei casi come la fattispecie, ed in particolare per quel che riguarda il contratto del 5 luglio 1971, che implicava reciproci impegni di fornitura esclusiva, ci si potrebbe chiedere se il comportamento in questione non ricada sotto l'art. 85 del Trattato ed, eventualmente, sotto il n. 3 dello stesso articolo;

il fatto che accordi di tal fatta possano rientrare nella sfera dell'art. 85, ed in particolare del suo n. 3, non implica comunque che debba venir disapplicato l'art. 86, giacché questo riguarda in effetti, in modo espresso, situazioni derivanti manifestamente da vincoli contrattuali cosicché, in questi casi, la Commissione può, tenuto conto in particolare dell'indole degli impegni reciprocamente assunti e della posizione concorrenziale dei vari contraenti sul mercato o sui mercati in cui operano, instaurare un procedimento in base all'art. 85 o all'art. 86.

b) I contratti Unilever

- 117 Il 9 gennaio 1974 la Roche stipulava con l'Unilever tre contratti;

- 118 il primo, stipulato tra la Food Industries Ltd, in qualità di agente della Unilever, e l'affiliata della Roche nel Regno Unito, contiene in primo luogo una stima del fabbisogno dell'acquirente di vitamine sintetiche A, di tipo b, fabbisogno stimato in 130-134 mila miliardi (m.m.) di unità internazionali per il 1974;

si stabiliva inoltre di prorogare il contratto per il 1975, e che l'acquirente avrebbe quindi comunicato la stima del suo fabbisogno al più tardi entro il dicembre 1974;

il secondo, stipulato tra le stesse parti, verteva sulla fornitura di vitamine A, diverse da quelle di tipo b, e conteneva per il resto clausole identiche a quelle figuranti nel primo;

nel terzo contratto, stipulato direttamente tra la Roche-Basilea e l'Unilever Inkoop Mij di Rotterdam, si dichiarava che la 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 nei tre contratti venivano fissati i prezzi di vendita; peraltro, nei contratti con la Food Industries Ltd essi erano corredati di una clausola sul cambio;

questi tre contratti non prevedevano sconti; tuttavia, nei due contratti con la Food Industries, la Roche garantiva che avrebbe praticato all'Unilever i prezzi più favorevoli praticati ai terzi, mentre nel contratto relativo al continente si conveniva che, se l'Unilever avesse ricevuto offerte più vantaggiose dalla concorrenza, la Roche vi si sarebbe allineata o avrebbe autorizzato l'acquirente ad acquistare le partite offerte dalla concorrenza.

- 120 Il tenore dei contratti non lascia alcun dubbio sul fatto che essi si riferiscano alla fornitura del fabbisogno totale dell'Unilever per quel che riguarda la vitamina in questione, per un periodo comprendente il 1974 e il 1975;

trattandosi di contratti che contengono un impegno formale di fornitura esclusiva, il problema del se in essi sia o no prevista la concessione di sconti non è determinante per classificarli alla luce dell'art. 86 del Trattato;

il fatto che la controparte della Roche sia essa stessa un'impresa di primo piano e che il contratto non sia manifestamente la conseguenza della pressione esercitata dalla Roche sulla controparte non esclude l'esistenza di uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, dal momento che nella fattispecie detto sfruttamento è costituito dall'ulteriore colpo inferto dall'esclusiva di fornitura alla struttura concorrenziale di un mercato nel quale, data la presenza di un'impresa in posizione dominante, il grado di concorrenza era già sminuito;

accordi di questo tipo potrebbero eventualmente essere ammessi solo nell'ambito e alle condizioni contemplate dall'art. 85, n. 3, del Trattato; tuttavia, nessuna delle parti contraenti ha ritenuto opportuno valersi di detta possibilità.

- 121 L'esame dei contratti litigiosi, sia quelli stipulati con la Merck sia quelli stipulati con l'Unilever, non mette in luce particolarità che consentano di astrarli dalla nozione di sfruttamento abusivo, nella quale rientra in linea di massima qualsiasi impegno di fornitura esclusiva a vantaggio di un'impresa in posizione dominante.

III — Pregiudizio per la concorrenza e per il commercio tra Stati membri

- 122 La ricorrente nega che la differenza tra i prezzi che, tramite i premi di fedeltà, essa pratica ai vari clienti, a seconda che essi accettino o no di rifornirsi esclusivamente presso di lei, sia atta a svantaggiarli sotto il profilo concorrenziale ai sensi dell'art. 86, lett. c, del Trattato, giacché detta differenza non potrebbe avere rilevanti ripercussioni sulla concorrenza che gli acquirenti della Roche si fanno reciprocamente;

inoltre, nella replica, pare che la ricorrente voglia sostenere che il comportamento di cui le si fa carico non è atto ad ostacolare il commercio tra Stati membri.

- 123 Per quel che riguarda il primo punto, sia il tenore dei contratti litigiosi, sia le considerazioni esposte nel Management Information e nel processo verbale dell'incontro Unilever-Roche dell'11 dicembre 1972 a Londra, mettono chiaramente in evidenza l'importanza che la stessa Roche attribuiva agli sconti da lei praticati;

stando così le cose, non può ammettersi che questi sconti non avessero alcuna importanza per la clientela;

d'altronde, nella sfera d'applicazione dell'art. 86, quando si tratta del comportamento di un'impresa in posizione dominante sul mercato nel quale, di conseguenza, la struttura concorrenziale è già indebolita, qualsiasi ulteriore restrizione di detta struttura concorrenziale può costituire sfruttamento abusivo di posizione dominante.

- 124 Per quel che riguarda il pregiudizio per il commercio tra Stati membri, è in primo luogo assodato che il mercato di ciascuna delle vitamine prese in considerazione comprende l'intero territorio della Comunità, costituita dapprima da 6 e poi da 9 Stati membri;

- 125 i divieti di cui agli artt. 85 e 86 vanno interpretati ed applicati alla luce dell'art. 3, lettera f) (L'azione della Comunità comporta «la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune») e dell'art. 2 del Trattato («La Comunità ha il compito di promuovere uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme del mercato comune»);

vietando, nella misura in cui possa essere pregiudizievole per il commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo d'una posizione dominante sul mercato, l'art. 86 vuole quindi colpire non solo le pratiche atte a danneggiare direttamente i consumatori, ma anche quelle che recano loro un danno indiretto, indebolendo la struttura di effettiva concorrenza, prevista dall'art. 3, lettera f) del Trattato;

126 d'altro canto, un certo numero di clausole inglesi, per il loro stesso tenore, implicavano la conservazione dell'isolamento dei mercati, specie in quanto consentivano di praticare prezzi diversi da uno Stato membro all'altro, constatazione confermata dalla circostanza, già rilevata sopra, che le variazioni di prezzo per la stessa vitamina nello stesso periodo variavano notevolmente da uno Stato membro all'altro.

127 Da quanto precede risulta che il comportamento litigioso poteva nuocere tanto alla concorrenza quanto agli scambi tra Stati membri.

Quarto mezzo: l'ammenda

a) Sull'indeterminatezza delle norme implicanti sanzioni

128 La ricorrente sostiene che, data la genericità e l'indeterminatezza delle nozioni di «posizione dominante» e di «sfruttamento abusivo» di detta posizione enunciate dall'art. 86 del Trattato, la Commissione non poteva infliggerle ammende per inosservanza di detto articolo prima che le stesse nozioni fossero state meglio precisate dalla prassi amministrativa oppure dalla giurisprudenza, in modo da consentire agli amministrati di regolarsi.

129 A norma dell'art. 87 del Trattato, il Consiglio doveva adottare le disposizioni necessarie onde, in particolare, «garantire l'osservanza dei divieti di cui all'art. 85, paragrafo 1, e all'art. 86, comminando ammende e penalità di mora»;

per l'attuazione di detta disposizione, esso ha adottato il regolamento 6 febbraio 1962, n. 17, il cui art. 15, n. 2, dispone che la Commissione può, mediante decisione, infliggere alle imprese e alle associazioni di imprese am-

mende il cui massimo è stabilito nella norma stessa, qualora, intenzionalmente o per negligenza, esse contravvengano agli artt. 85, n. 1, o 86 del Trattato;

d'altra parte, secondo l'art. 2 dello stesso regolamento: «la Commissione può accertare, su domanda delle imprese e associazioni di imprese interessate, che, in base agli elementi a sua conoscenza, essa non ha motivo di intervenire, a norma dell'art. 85, paragrafo 1, o dell'art. 86 del Trattato, nei riguardi di un determinato accordo, decisione o pratica»;

- 130 quindi, dal 1962, le imprese sapevano, in primo luogo, che sarebbero incorse in ammende se avessero violato i divieti dell'art. 86 e, in secondo luogo, esse erano in grado, grazie ad un procedimento istituito ad hoc, di aver chiarimenti sulla sfera d'applicazione di detti divieti per quel che le riguarda;

la natura di detti divieti e i presupposti per la loro applicazione non presentavano, d'altronde, nonostante i termini inevitabilmente generali dell'art. 86, quell'indole indeterminata e imprevedibile che si è inteso loro attribuire.

- 131 L'art. 86 del Trattato, come era stato applicato in precedenza, implicava, nel periodo 1970—74 preso in considerazione dalla Commissione per fissare l'ammenda, un grado di prevedibilità più che sufficiente perché la Roche ne tenesse conto nel determinare il suo comportamento, sia sotto il profilo della posizione dominante, sia per valutare le pratiche di cui le si fa carico;

- 132 l'art. 86, in quanto contempla l'esistenza di una posizione dominante e ne vieta lo sfruttamento abusivo, si inserisce in un complesso sistematico di disposizioni — come gli artt. 3, lett. f, 37, n. 1, 40, n. 3, secondo comma, 85 e 90 del Trattato — che mirano tutte all'instaurazione di una concorrenza efficace e non falsata in un mercato che presenta le caratteristiche di un mercato unico;

d'altro canto, l'art. 86, allorché fa ricorso alle espressioni di «posizione dominante» e di «sfruttamento abusivo», si richiama a nozioni che non sono nuove, bensì, per l'essenziale, sono già state precisate dalla prassi delle auto-

rità incaricate, nella maggior parte degli Stati membri, di controllare e reprimere i comportamenti anticoncorrenziali;

- 133 per quel che riguarda in particolare la nozione di posizione dominante, qualsiasi operatore economico accorto deve sapere che la detenzione di cospicue quote di mercato, pur se non costituisce necessariamente ed in ogni caso il solo indizio determinante dell'esistenza di una posizione dominante, ha tuttavia a questo proposito un'importanza notevole che deve inevitabilmente venir presa in considerazione da parte sua per quel che riguarda il suo eventuale comportamento sul mercato;

siffatta valutazione della portata dell'art. 86 non presentava per la Roche, quanto meno per la maggior parte dei mercati in questione, alcun elemento di imprevedibilità nè di ragionevole incertezza;

- 134 per quel che riguarda la compatibilità degli sconti di fedeltà con il divieto dell'art. 86, oltre all'esperienza che qualsiasi impresa delle dimensioni della ricorrente ed operante nell'intero mercato comune doveva avere circa la prassi delle autorità incaricate negli Stati membri di applicare il diritto della concorrenza, la precisa formulazione dell'art. 86, lett. b, che contempla la limitazione degli sbocchi, quella dell'art. 86, lett. d, che vieta di subordinare la stipulazione dei contratti all'accettazione, da parte dell'altro contraente, di prestazioni supplementari che non abbiano nessi con l'oggetto di detti contratti, ed in particolare quella dell'art. 86, lett. c, che contempla l'applicazione nei confronti delle controparti commerciali di condizioni diverse per prestazioni equivalenti, indicano che l'applicazione di questa disposizione ad un sistema di forniture esclusive e di sconti, come quello elaborato dalla ricorrente, non era imprevedibile;

l'asserita imprevedibilità è tanto più inammissibile in quanto almeno la possibilità, se non la probabilità, di detta applicazione doveva venir tenuta presente da un operatore economico avveduto e l'art. 2 del regolamento n. 17 consentiva di ottenere preventivamente precisazioni circa l'applicazione dell'art. 86 a casi dubbi; tuttavia la ricorrente non ha ritenuto di avvalersi di questa possibilità di ottenere la certezza del diritto della cui mancanza essa si duole.

- 135 La ricorrente invoca infine la decisione della Commissione 5 dicembre 1969 (GU n. L 323, pag. 21) relativa ad un procedimento ex art. 85 del Trattato CEE (IV-24.470-1, Pirelli/Dunlop);

a suo giudizio, da detta decisione si desume che gli accordi di fornitura esclusiva reciproca sono ammissibili se corredati della clausola inglese.

- 136 La decisione invocata riguardava un accordo stipulato tra due imprese che non detenevano una posizione dominante sul mercato, per la produzione di pneumatici, ciascuna per conto dell'altra, e che avrebbe dovuto facilitare a ciascun contraente la penetrazione sul mercato dell'altro;

inoltre la clausola d'allineamento nell'accordo Dunlop/Pirelli non conteneva le numerose restrizioni e modalità che si trovano nei contratti litigiosi e che limitano notevolmente la portata di detta clausola;

un'impresa in posizione dominante non poteva ragionevolmente credere che un attestato negativo rilasciato in una situazione del genere potesse costituire un precedente atto a giustificare il suo comportamento nell'ambito dell'art. 86;

- 137 da quanto precede si desume che va disatteso il mezzo relativo all'indeterminatezza delle nozioni di cui all'art. 86.

b) Applicazione dell'art. 15 del regolamento n. 17

- 138 La ricorrente assume inoltre che si desume dal complesso degli elementi del fascicolo e dal suo comportamento che non si può farle carico di aver agito intenzionalmente o per negligenza dal momento che, in primo luogo, essa riteneva di non godere di una posizione dominante sui mercati in questione e giudicava, in secondo luogo, che i contratti litigiosi fossero compatibili con l'art. 86 del Trattato.

- 139 I suggerimenti e le istruzioni contenuti nel Management Information e negli altri documenti interni, per quel che riguarda l'importanza e gli effetti che la Roche si riproponeva dalla stipulazione di contratti d'esclusiva e dal sistema di premi di fedeltà quanto alla conservazione delle sue quote di mercato, dimostrano che la ricorrente praticava intenzionalmente una politica commerciale mirante a impedire l'accesso ai mercati a nuovi concorrenti;

la moltiplicazione, a partire dal 1970, dei contratti di fornitura esclusiva o facenti propendere per l'esclusiva, conferma l'esistenza di detta intenzionalità;

d'altra parte, l'entità delle quote di mercato che essa deteneva, in ogni caso per la maggior parte dei gruppi di vitamine, implica che la convinzione della ricorrente di non avere una posizione dominante poteva derivare solo da un esame inadeguato della struttura dei mercati sui quali essa operava, oppure dal rifiuto di prendere in considerazione le strutture stesse;

sussistevano perciò i presupposti per applicare l'art. 15 del regolamento n. 17.

c) Sull'entità dell'ammenda

140 Nel corso dell'istruttoria sono tuttavia emersi errori di valutazione commessi dalla Commissione circa la posizione dominante della ricorrente sul mercato delle vitamine del gruppo B₃;

d'altro canto, per quel che riguarda le quote di mercato atte a provare la posizione dominante, la Commissione ha fornito dati precisi solo per gli anni 1972, 1973 e 1974 e, in una certa misura, per l'anno 1971, cosicché la durata dell'infrazione alla quale va commisurata l'ammenda si riduce ad un periodo solo leggermente superiore a tre anni, dunque inferiore ai cinque anni presi in considerazione dalla Commissione;

infine è assodato che, già durante il procedimento amministrativo, la Roche si è dichiarata disposta a modificare i contratti litigiosi e li ha anche modificati di conserva con i servizi della Commissione;

141 tenuto conto di questi elementi, è opportuno ridurre l'importo dell'ammenda e appare equo portarlo a 200 000 u.c., pari a DM 732 000, respingendo il ricorso per la parte restante.

Sulle spese

142 A norma dell'art. 69, § 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se la controparte lo richiede; a norma del § 3 dello stesso articolo, la Corte può compensare le spese totalmente o parzialmente se le parti restano rispettivamente soccombenti su uno o più capi della domanda, oppure per motivi eccezionali;

ciascuna delle parti è rimasta soccombente su alcuni capi ed è dunque opportuno compensare le spese;

Per questi motivi,

LA CORTE,

dichiara e statuisce:

- 1° L'importo dell'ammenda inflitta alla società Hoffmann-La Roche A.G., stabilito dall'art. 3, primo comma, della decisione (IV-29.020) della Commissione 9 giugno 1976 in 300 000 unità di conto, cioè 1 098 000 marchi tedeschi, è ridotto a 200 000 unità di conto, cioè 732 000 marchi tedeschi.
- 2° Il ricorso è respinto per la parte restante.
- 3° Le spese sono compensate.

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

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo, il 13 febbraio 1979.

Il cancelliere
A. Van Houtte

Il presidente
H. Kutscher

INDICE

Parte «In fatto»

I — Gli antecedenti e il procedimento: esame della decisione impugnata	465
A — Struttura del mercato delle vitamine	465
B — Comportamento della ricorrente	467
C — Posizione dominante della ricorrente	467
D — L'abuso	468
E — L'ammenda	468
II — Conclusioni delle parti	469
III — I mezzi e gli argomenti delle parti	469
Primo mezzo: Violazione del principio generale relativo alla determinatezza delle norme sanzionatorie	469
Secondo mezzo: Violazione di norme di procedura	471
Terzo mezzo: Violazione dell'art. 18 del regolamento n. 17	474
Quarto mezzo: Violazione dell'art. 86, inesatta interpretazione ed errata applicazione delle nozioni di posizione dominante e di sfruttamento abusivo	475
A — Posizione dominante	475
I — Critica dell'esame della struttura del mercato condotto dalla Commissione	475
1) le quote di mercato detenute dalla Roche	475
2) gamma di vitamine offerta	475
3) il fatto che la Roche sia il principale produttore mondiale e che il suo fatturato superi quello complessivo degli altri produttori	475
4) il numero dei concorrenti	475
5) il vantaggio tecnologico	475
6) la rete di vendita	475
7) la concorrenza potenziale	475
8) l'accesso ai mercati di approvvigionamento	476
II — Esame del comportamento della ricorrente sul mercato e delle relative conseguenze	487

B — Insussistenza di sfruttamento abusivo	493
I — Circostanze di fatto	493
II — La clausola inglese	495
III — L'«abuso» costituito dall'esclusiva	497
IV — La discriminazione	500
Quinto mezzo: Violazione, nell'art. 3, della decisione impugnata, dell'art. 15 del regolamento n. 17	500
IV — Risposte delle parti alle domande fatte dalla Corte	502
A — Documenti richiesti	502
B — Quote di mercato	502
C — Contratti litigiosi	507
V — Fase orale	508

Parte «In diritto»

Impostazione del problema	508
Primo mezzo: violazione del principio della determinatezza e della prevedibilità delle norme comportanti sanzioni	510
Secondo mezzo: irregolarità del procedimento amministrativo	510
Terzo mezzo: violazione dell'art. 86 del Trattato	514
I — Sull'esistenza di una posizione dominante	514
Sezione 1: determinazione dei mercati di cui trattasi	514
Sezione 2: struttura dei mercati di cui trattasi	517
Sezione 3: importanza degli indizi dell'esistenza di una posizione dominante dei quali la Commissione ha tenuto conto	519
Sezione 4: applicazione, ai vari gruppi di vitamine, dei criteri pertinenti	525
a) per quel che riguarda il gruppo delle vitamine A	525
b) per quel che riguarda il gruppo delle vitamine B ₂	526
c) per quel che riguarda il gruppo delle vitamine B ₃	527
d) per quel che riguarda il gruppo delle vitamine B ₆	528
e) per quel che riguarda il gruppo delle vitamine C	529
f) per quel che riguarda il gruppo delle vitamine E	530
g) per quel che riguarda il gruppo delle vitamine H	531
h) conclusione complessiva	531
Sezione 5: del comportamento della ricorrente sul mercato	531

II — Sullo sfruttamento abusivo di posizione dominante	535
Sezione 1: considerazioni preliminari	535
Sezione 2: esame dei contratti litigiosi	538
Sezione 3: definizione, alla luce dell'art. 86 del Trattato, degli impegni di approvvigionamento esclusivo e dei sistemi di sconto	539
Sezione 4: natura degli sconti litigiosi	541
a) contratti con sconto ad aliquota fissa	541
b) contratti con sconto ad aliquota progressiva	542
Sezione 5: la clausola inglese	544
Sezione 6: applicazione dei criteri suesposti ai contratti litigiosi (esclusi Unilever e Merck)	546
Sezione 7: applicazione dei criteri suesposti ai contratti Merck e Unilever	548
a) i contratti Merck	548
b) i contratti Unilever	550
III — Pregiudizio per la concorrenza e per il commercio tra Stati membri	552
Quarto mezzo: l'ammenda	553
a) sull'indeterminatezza delle norme implicanti sanzioni	553
b) applicazione dell'art. 15 del regolamento n. 17	556
c) sull'entità dell'ammenda	557
Sulle spese	557
Indice	559