

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. JEAN-PIERRE WARNER
presentadas el 22 de enero de 1974 *

Índice

Introducción	132
Competencia de la Comisión	
1. ¿Constituyen CSC e ICI una «única empresa»?	136
2. La «teoría de los efectos»	140
¿Posee el «grupo CSC-ICI» una «posición dominante» en el mercado que sea relevante?	
1. El mercado afectado	141
2. ¿Tenía el grupo CSC-ICI el monopolio de la producción y venta de 1-nitropropano y de aminobutanol?	143
3. ¿Eran el 1-nitropropano y el aminobutanol materias primas esenciales para la producción de etambutol a escala industrial?	145
¿Ha abusado el grupo CSC-ICI de su posición dominante?	146
¿Ha afectado el abuso de posición dominante del grupo CSC-ICI a los intercambios entre los Estados miembros?	148
¿Tenía la Comisión facultades para imponer al grupo CSC-ICI exigencias específicas para los suministros a Zoja?	150
¿Ejerció la Comisión dichas facultades con arreglo a Derecho?	151

* Lengua original: inglés.

La multa	153
Vicios del procedimiento ante la Comisión	154
Costas	155

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

Introducción

En estas acciones, planteadas en virtud del artículo 173 del Tratado de la CEE, las demandantes impugnan una decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1972 de la que son destinatarias. Esta decisión se basa, o así se considera, en el artículo 86 del Tratado y en el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962.

Tal como han sido expuestos por la Comisión, los hechos pueden resumirse como sigue.

Un grupo de sociedades, a cuya cabeza se encuentra la demandante en el asunto 7/73, Commercial Solvents Corporation, de Nueva York, que en lo sucesivo designaré «CSC», posee actualmente un monopolio mundial en la producción a escala industrial de productos derivados de la nitración de la parafina. Estos productos comprenden el 1-nitropropano, que es la materia prima para la producción de aminobutanol a escala industrial. Además de sus usos limitados como emulsionante, el aminobutanol es, por

su parte, la materia prima para la producción industrial de etambutol, compuesto utilizado en el tratamiento de la tuberculosis pulmonar.

Aunque las patentes principales relativas al método de producción del 1-nitropropano han caducado, el grupo CSC está en condiciones de mantener su monopolio debido a sus conocimientos técnicos y porque todo el que quisiera introducirse en la industria debería superar obstáculos como el elevado coste y la complejidad de las instalaciones necesarias para la elaboración del producto, y la dificultad de encontrar salida para los demás productos, aparte del 1-nitropropano, derivados de la nitración de la parafina, es decir, el 2-nitropropano, el nitrometano y el nitroetano.

A principios del año 1970, el grupo CSC suministraba a sus clientes de la CEE aminobutanol por mediación de filiales y de distribuidores independientes. Suministraba en particular al mercado italiano por intermedio de la demandante en el asunto 6/73, Istituto Chemioterapico Italiano, de Milán, al que, al igual que la Comisión, designaré en lo sucesivo «ICI», esperando que ésta no se confunda por ello con una empresa química más célebre. ICI

es una sociedad anónima italiana de la que CSC posee el 51 % del capital. Esta circunstancia da a CSC, entre otras, la facultad de designar a los administradores de ICI y de definir la política de la empresa. El Consejo de administración de ICI está constituido por diez personas, cinco de las cuales son ejecutivos de CSC. El Consejo de administración está presidido por el Presidente de CSC. Aunque esto no figure en la Decisión impugnada, se ha admitido durante el procedimiento que, en su calidad de Presidente, éste posee un voto de calidad. La Comisión ejecutiva de ICI está compuesta por seis miembros, tres de los cuales son representantes de CSC. En su informe sobre el ejercicio de 1972, CSC habla de ICI como de una filial. En un informe anterior, había declarado que los laboratorios de ICI son el elemento básico de la actividad de CSC en el ámbito de la investigación en Europa.

El etambutol es suministrado en la CEE por tres productores principales. Estos productores utilizan una parte de su producción para la fabricación de sus propias especialidades farmacéuticas y venden el resto. Se trata de los siguientes:

- 1) Grupo CSC, por mediación de ICI.
- 2) Cyanamid Italia, de Catania, que es una filial de American Cyanamid Company, de New Jersey; y
- 3) Otra empresa italiana, Laboratorio Chimico Farmaceutico Giorgio Zoja SpA, a la que llamaré en lo sucesivo

«Zoja». Esta última empresa es la que ha puesto en marcha el presente procedimiento al presentar a la Comisión una solicitud contra CSC e ICI, con arreglo al apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17.

Desde 1966, Zoja fue el primer cliente de ICI respecto al aminobutanol. Durante los años 1968 y 1969, fracasaron unas negociaciones para llevar a cabo la fusión de ICI y Zoja.

En mayo de 1969, ICI informó a Zoja de que CSC había decidido aumentar el precio de venta del aminobutanol. Zoja aceptó este aumento, aunque el contrato celebrado con ICI no preveía ninguna disposición al respecto. En noviembre de 1969, Zoja descubrió, sin embargo, que podía obtener aminobutanol a precios más ventajosos de otras fuentes y obtuvo suministros de éstas durante el primer semestre de 1970, después de anular, con el consentimiento de ICI, una parte sustancial del contrato celebrado con esta empresa.

Durante el segundo semestre de 1970, el aminobutanol y el 1-nitropropano empezaron bruscamente a escasear en el mercado y, rápidamente, ambos productos dejaron de encontrarse. Zoja intentó obtenerlos a través de otros muchos suministradores, tanto en el interior como en el exterior de la CEE, pero todos sus esfuerzos resultaron vanos. Algunas de las empresas a las que se dirigió le informaron de que no poseían los productos en cuestión porque CSC había dejado de

suministrarles; otras afirmaron que se les había prohibido vender los productos con fines farmacéuticos.

En julio y en octubre de 1970, ICI compró unos 35.000 kg de 1-nitropropano a un pequeño productor de etambutol, Bulciago, de Como, cantidad que revendió como emulsionante a diversas pequeñas empresas de pintura, exigiendo que dichas empresas se comprometieran a no revender el producto para su utilización en la industria farmacéutica.

(Debo decir, que ICI sostiene que esta afirmación procede de un mal entendido por parte de la Comisión. Esta última interpretó mal algo expuesto en favor de ICI en el curso de la audiencia. Según ICI, el compromiso consistía en que el 1-nitropropano de que se trataba no se exportaría fuera de la CEE. Como verá el Tribunal, no creo que esta circunstancia tenga, a fin de cuentas, el menor interés en el procedimiento que nos ocupa.)

En noviembre de 1970, Zoja pidió a ICI que le suministrara 120.000 kg de aminobutanol en 1971. ICI respondió que debía dirigirse a CSC. En enero de 1971, ICI informó a Zoja de que CSC le había informado de que no había más existencias de aminobutanol a la venta.

Los siguientes intentos llevados a cabo por Zoja en 1971 para obtener aminobutanol de otras empresas elaboradoras de este producto en la CEE o en otras partes se saldaron

con el mismo resultado negativo. Las gestiones hechas con otras empresas, las efectuadas por mediación de determinadas embajadas de Italia en el extranjero y por mediación del Istituto per il commercio estero condujeron, en todos los casos, a una única fuente de suministro: CSC.

El 8 de abril de 1971, Zoja presentó a la Comisión su solicitud con arreglo al artículo 3 del Reglamento nº 17. En octubre de 1971, dirigió una última petición a ICI para obtener aminobutanol o 1-nitropropano. ICI le respondió que su proveedor, CSC, le había informado desde hacía algún tiempo de que no disponía ya de estos productos para ICI.

La situación, tal como se presentaba en el momento en que la Comisión adoptó su Decisión, era que Zoja había tenido la posibilidad hasta entonces de continuar con la producción de etambutol a un ritmo reducido, pero que esta empresa habría debido interrumpir la producción cuando se hubieran agotado sus reservas de materias primas, a menos que pudiera obtener, entre tanto, un suministro regular.

La Comisión declaró que:

- A) CSC estaba en condiciones de ejercer y ejercía efectivamente sobre ICI un control tan amplio que ambas sociedades deberían ser tratadas como una única empresa en sus relaciones con Zoja y a los efectos de la aplicación del artículo 86.

B) Esta empresa única, de la que habla la Comisión designándola como «grupo CSC-ICI», ostenta una posición dominante, en concreto, el monopolio mundial del suministro de 1-nitropropano y de aminobutanol, productos que constituyen la materia prima esencial para la fabricación de etambutol a escala industrial.

C) El grupo CSC-ICI abusó de dicha posición dominante al dejar de suministrar materias primas a uno de los principales productores de etambutol en la CEE, conducta que supondría la desaparición de este productor y, por tanto, una reducción de la competencia.

D) Este abuso afectó a los intercambios de etambutol entre los Estados miembros, en particular debido a que Zoja exporta este producto a Francia y a Alemania Federal.

En su Decisión, la Comisión:

(en el artículo 1)

- declaró que la interrupción, a partir de 1970, de los suministros a Zoja de materias primas para la producción de etambutol constituye una infracción del artículo 86 del Tratado cometida por CSC e ICI;

(en el artículo 2)

- requirió a CSC e ICI a poner fin a esta infracción y, en particular, a:

a) entregar inmediatamente a Zoja 60.000 kg de 1-nitropropano o 30.000 kg de aminobutanol a un precio que no excediera del precio máximo que aplicaban para estos productos, y

b) someter, en el plazo de dos meses, a la Comisión propuestas para el suministro posterior de Zoja;

(en el artículo 3)

- impuso a CSC e ICI, conjunta y solidariamente, una multa de 200.000 uc pagadera dentro de los tres meses siguientes;

(en el artículo 4)

- les impuso, conjunta y solidariamente, una multa coercitiva de 1.000 uc por día de retraso en la ejecución de las obligaciones relativas al suministro a Zoja.

Poco después de que la Comisión adoptara su Decisión, CSC ejecutó, no sin protestas, la obligación relativa al suministro inmediato a Zoja de 60.000 kg de nitropropano o de 30.000 kg de aminobutanol.

Las demandas por las que se interpusieron los presentes recursos fueron inscritas en el Registro del Tribunal de Justicia el 17 de febrero de 1973 y venían acompañadas de demandas de suspensión de la ejecución de

la Decisión de la Comisión por el período de tiempo durante el cual el procedimiento estuviera pendiente ante el Tribunal de Justicia, en la medida en que la Decisión impugnada obligaba a las demandantes a someter a la Comisión propuestas relativas al suministro futuro a Zoja así como el pago de una multa.

Poco después de iniciarse el procedimiento, Zoja presentó una demanda de intervención sobre la que el Tribunal de Justicia se pronunció favorablemente. Es inútil abusar del tiempo de este Tribunal recordando aquí cuál fue el curso subsiguiente de estos procedimientos, pero debo mencionar, sin embargo, el hecho de que tuvieron especialmente como resultado la firma, en Milán, el 10 de abril de 1973, entre CSC y Zoja, de un contrato relativo al suministro de aminobutanol. Este contrato está previsto para un período de dos años que empieza a contar el primero de enero de 1973 y prorrogable por periodos de un año hasta su resolución por una de las partes contratantes. Zoja está satisfecha de lo dispuesto en este contrato en lo que se refiere a cantidades, precio, etc.; por lo demás, el contrato fue aprobado por la Comisión, al haberlo considerado conforme con las exigencias formuladas en su Decisión. Después de la firma de este documento, Zoja pidió que se le permitiera renunciar a su intervención, lo que autorizó el Tribunal de Justicia al no haber habido oposición.

La Decisión de la Comisión es impugnada por CSC y por ICI a causa de numerosos motivos y comprendo que mi deber es examinarlos uno a uno.

Competencia de la Comisión

1. *¿Constituyen CSC e ICI una «única empresa»?*

En lo que a ella se refiere, CSC sostiene que la Comisión no tiene competencia en la materia, teniendo en cuenta que se trata de una empresa creada de acuerdo con la Ley del Estado de Maryland y que su domicilio social principal está situado en Nueva York. El único vínculo pertinente que pudiera tener con la CEE y que pudiera tomarse en consideración en el presente asunto es, en su opinión, el hecho de que en alguna ocasión vendió nitropropano y aminobutanol en la Comunidad, fob, a partir de puertos americanos, y que tomó a continuación la decisión de política comercial de poner fin a estas ventas. CSC niega haber dispuesto, en ningún momento, de facultades de control sobre ICI que permitan considerar que constituye con esta última una única empresa a los efectos del artículo 86. CSC alega a este respecto las sentencias del Tribunal de Justicia recaídas en el asunto *Béguelin Import* (— Rec. 1971, p. 949), en los asuntos llamados de «materias colorantes» (*ICI/Comisión*, 48/69, — Rec. 1972, p. 619; *Geigy/Comisión*, 52/69, Rec. 1972, p. 787; *Sandoz/Comisión*, 53/69, Rec. 1972, p. 845; *Europemballage y Continental Can/Comisión*, 6/72, — Rec. 1973, p. 215).

Lo que muestra esta jurisprudencia, a mi entender, es que el simple hecho de que una sociedad matriz y su filial sean personas jurídicas diferentes no supone que constituyan «empresas» separadas a los efectos de los artículos 85 y 86 del Tratado. Así pues, un acuerdo entre las mismas no entra, en

general, en el ámbito de la prohibición a la que se refiere el artículo 85 del Tratado (véase, a este respecto, la citada sentencia Béguelin). Por el contrario, la sociedad matriz no puede sustraerse a la aplicación de las prohibiciones de los artículos 85 y 86, diciendo que los únicos actos llevados a cabo en el interior de la Comunidad eran los de su filial.

Las sentencias del Tribunal en los asuntos citados contienen indicios que permiten suponer que la situación puede ser distinta cuando se permite a la filial dirigir sus negocios de manera autónoma y, precisamente, sobre estos indicios descansa la argumentación de CSC. Esta argumentación es la siguiente. Para que una sociedad matriz y una filial puedan ser tratadas como una única empresa, «es necesario: a) unas facultades de dirección de la sociedad matriz sobre la sociedad filial y b) el ejercicio de un control efectivo por parte de la sociedad matriz, de forma que la sociedad filial no pueda determinar de manera autónoma su propia conducta en el mercado, sino que se limite sustancialmente a ejecutar las instrucciones que le han sido comunicadas por la sociedad matriz». Se dice también que «el criterio consiste en que la filial carezca por completo de facultades para determinar su propio comportamiento en el mercado. La posibilidad de control por parte de la sociedad matriz no basta; lo que es necesario es el ejercicio real de este control hasta el extremo de que la filial pierda su autonomía en el mercado». Corresponde a la Comisión probar la existencia de estos requisitos. Puedo comprender que las sentencias dictadas en los asuntos citados podrían interpretarse de esta forma.

Sin embargo, opino que esta interpretación sería errónea.

Lo que me llama la atención, en primer lugar, es que ni el artículo 85 ni el artículo 86 se refieren a «personas». En ambos artículos, las prohibiciones que nos interesan se refieren en todos los casos a «empresas», concepto mucho más amplio y difuso. En efecto, esto es lo que podría esperarse porque sería inadecuado aplicar con rigidez en el ámbito del derecho de la competencia el principio que los juristas ingleses conocen con el nombre de la jurisprudencia de «Salomon v. Salomon & Co. Ltd. (1897) A.C. 22», es decir, el principio según el cual toda sociedad constituye una persona jurídica diferente que no puede confundirse con sus miembros. La finalidad fundamental de este principio es la de preservar el de la responsabilidad limitada. Contempla los derechos de los acreedores en el marco del derecho de sociedades. Se ha aplicado con resultados más o menos afortunados en otros ámbitos, tales como el de los actos traslativos de dominio, contratos y responsabilidad extracontractual. Pero, extenderlo ciegamente a sectores del Derecho en los que disminuye su importancia, sólo podría conducir, a mi parecer, a separar el Derecho de la realidad.

Supongan que CSC hubiera actuado en Italia por mediación de una sucursal. En esta hipótesis, no habría habido dudas de que esta sociedad entraría en el ámbito de competencias de la Comisión y del Tribunal de Justicia. ¿Habría sido distinta la situación si CSC hubiera optado por llevar a

cabo sus actos de comercio en Italia por intermediación de una filial de la que hubiera sido propietaria por entero? La diferencia se habría manifestado únicamente en la forma jurídica y no, en la realidad de los hechos. ¿Qué importancia tiene el hecho de que esta empresa eligiera actuar en Italia a través de una filial de la que controlaba un 51 % de acciones, en lugar de por medio de una filial de la que poseyera el 100 % de acciones? Lo que importa, a mi parecer, en este ámbito es la existencia de un control y no, la importancia de la participación.

Permítaseme citar las palabras de Lord Denning M.R. en *Littlewoods Mail Order Stores v. C.I.R.* (1969) 1 W.L.R. p. 1258:

«The doctrine laid down in *Salomon v. Salomon & Co.* (1897) A.C. 22, has to be watched very carefully. It has often been supposed to cast a veil over the personality of a limited company through which the courts cannot see. But that is not true. The courts can and often do draw aside the veil. They can, and often do, pull off the mask. They look to see what really lies behind. The legislature has shown the way with group accounts and the rest. And the courts follow suit.»¹

¹ «La doctrina sentada en *Salomon v. Salomon Co.* (1897) A.C. 22, debe ser considerada con mucho cuidado. Se ha supuesto, muy a menudo, que tiende un velo sobre la personalidad de las sociedades anónimas y las sociedades de

Al referirse a las «cuentas consolidadas y todo lo demás» («group accounts and the rest»), Lord Denning describía en síntesis, con su forma característica, un conjunto de reacciones legislativas propias del siglo XX frente a las consecuencias de una extensión desbocada e irreflexiva del principio definido en «*Salomon v. Salomon & Co.*» hacia unos ámbitos, en los que, en todo caso, sólo debía aplicarse con precaución, si es que en realidad era indicada dicha aplicación. El ámbito del Derecho tributario es un ejemplo muy conocido a este respecto. Lo mismo ocurre con el Derecho de la competencia. Así, por ejemplo, la «Fair Trading Act 1973», muy recientemente promulgada en el Reino Unido, contiene determinadas disposiciones que prevén que los «miembros de un único grupo de sociedades conectadas entre sí» serán tratados como una «única persona». La técnica legislativa adoptada en la redacción de este documento es muy distinta de la que han seguido los autores del Tratado CEE, pero la idea subyacente es manifiestamente la misma.

Para que sea respetada, la Ley debe ser acorde con el sentido común y la realidad. No debería permitir, a mi parecer, que sus

responsabilidad limitada, a través del cual los Tribunales no pueden ver. Pero esto no es cierto. Los Tribunales pueden levantar el velo y a menudo lo hacen. Pueden arrancar la máscara y a menudo lo hacen. Observan qué es lo que se esconde en realidad detrás. El legislador ha señalado el camino a seguir con las cuentas consolidadas y todo lo demás. Y los Tribunales siguen el ejemplo.»

propios principios resulten ignorados hasta el extremo de dar pie a que se recurra a mecanismos dirigidos a anular sus propios fines.

Teniendo en cuenta estas consideraciones me inclino en favor de la argumentación desarrollada por CSC en el presente asunto. A mi modo de ver, suponen por lo menos:

- 1) que existe la presunción de que una filial actúa conforme a los deseos de la sociedad matriz, teniendo en cuenta que la experiencia enseña que las filiales generalmente actúan así;
- 2) que, a menos que esta presunción no se invierta, procede considerar a la sociedad matriz y a su filial como una única empresa a los efectos de los artículos 85 y 86 del Tratado de la CEE, y
- 3) que esta presunción sólo puede invertirse si queda demostrado irrefutablemente por los interesados que la filial ha actuado, de hecho, de forma autónoma. Debo reconocer que se trata aquí, a mi parecer, de una carga de la que es muy difícil liberarse. Puedo imaginarme que no sería así en el caso de una compañía de seguros o de una sociedad encargada de gestionar los intereses de un fondo de pensiones, que hubiera adquirido, por vía de inversión, una participación en una sociedad comercial que le haya dado un poder de control sobre ésta, o en la hipótesis de que lo que a primera vista constituye

una filial de una empresa resulta ser, en realidad, una asociación con participación desigual entre dos sociedades. Creo, sin embargo, que es casi imposible invertir esta presunción en la hipótesis habitual de una sociedad matriz y una filial cuyas actividades estén emparentadas.

La argumentación desarrollada por CSC e ICI en sus observaciones consiste esencialmente en afirmar, sin probarlo, que CSC no controlaba la «conducta en el mercado» de ICI. CSC consagra un determinado número de páginas de su réplica a tratar de demostrar que no está previsto en el Derecho de los Estados miembros, incluida Italia, que el control de la mayoría de votos vinculados a las acciones de una sociedad implique el control de esta sociedad. Esto es lisa y llanamente un error.

CSC subraya que más del 75 % del volumen de negocios de ICI procede de la venta de productos que no son fabricados por CSC y que tampoco lo son con materias primas producidas por CSC. Y presenta en apoyo de estas afirmaciones un certificado de «Arthur Young & Company». Esto me parece poco convincente. En cuanto al hecho que subraya CSC de que los administradores delegados de ICI se mantuvieron en sus puestos después de 1962, es decir después de que CSC obtuviera el 51 % de las acciones de ICI, aún me convence menos. En ninguna parte encontramos la menor prueba de que ICI haya tenido posibili-

dades, o incluso la voluntad, de negociar de igual a igual con CSC, como haría un comerciante autónomo. En el resumen de los hechos que figura en el recurso de CSC (p. 4) existe, en efecto, un pasaje que me parece significativo al respecto, aunque estas afirmaciones no sean intencionadas. El texto dice lo siguiente: «A principios de 1970, CSC decidió por razones de política comercial y técnica que, en principio, no seguiría suministrando a la Comunidad Económica Europea nitropropano ni aminobutanol, pero que, en su lugar, suministraría dextro-aminobutanol, producto intermedio en una etapa más elaborada, que el Istituto podría transformar en etambutol a granel para la venta en la CEE y en otros lugares, así como para la fabricación de sus propias especialidades.»

En la vista, el Abogado de ICI, sin duda siguiendo instrucciones, afirmó que, en el momento en que CSC compró el 51 % de las acciones de ICI, se celebró un acuerdo cuya finalidad consistía en garantizar que ICI «no perdería su independencia económica». Los términos de este pretendido acuerdo figuran en la página 5 del documento que reproduce la grabación de la vista. No creo que proceda abusar del tiempo del Tribunal leyéndolos aquí. No se hace la menor referencia a este acuerdo en los escritos de las partes y no se ha presentado prueba alguna al respecto. Ni siquiera sabemos si este acuerdo era verbal o escrito y, aún menos, cuál fue su duración. La Comisión tampoco ha tenido la oportunidad de presentarnos sus comentarios respecto a su alcance. Creo que, en tal caso, no puede esperarse que el Tribunal de Justicia funde

su decisión sobre afirmaciones hechas por un Abogado que no se encuentran en los autos del procedimiento y que no se apoyan en prueba alguna.

Estimo, por tanto, que las imputaciones desarrolladas por CSC respecto a la competencia de la Comisión y del Tribunal de Justicia no pueden prosperar.

2. *La «teoría de los efectos»*

Teniendo en cuenta lo anterior creo que no es necesario que exprese una opinión concluyente respecto a una afirmación hecha por la Comisión con carácter subsidiario en sus observaciones, pero no en su Decisión, sobre el problema de su competencia. La Comisión sostuvo que, incluso si fuera necesario considerar que CSC e ICI eran empresas independientes, CSC entraría sin embargo en el ámbito de su competencia, teniendo en cuenta que la «conducta imputada a CSC (es decir, el hecho de limitar el suministro al mercado italiano de nitropropano, aminobutanol y dextro-aminobutanol, exclusivamente a la cantidad que necesitaba ICI para su producción, impidiendo simultáneamente a Zoja obtener suministros en otros mercados) produce en el territorio del mercado común efectos que son directos e inmediatos, razonablemente previsibles y sustanciales». Se trata evidentemente aquí de una referencia a la «teoría de los efectos», adoptada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Béguelin* y examinada por el Abogado General Sr. Mayras en las conclusiones presentadas en los asuntos de las *materias colorantes* (Rec. 1972, pp. 692-702).

La Comisión cita igualmente a este respecto un pasaje de la sentencia del Tribunal de Justicia Continental Can/Comisión, antes citada (Rec. 1973, pp. 242-243), pero no estoy seguro de que lo haga de forma oportuna.

CSC intenta distinguir el asunto Béguelin, basándose en que este asunto se refería a la validez de un contrato, problema de Derecho internacional privado, mientras que el presente asunto pertenece al ámbito del Derecho internacional público. Tengo que confesar que la distinción no me satisface. Los autores del Tratado no redactaron los artículos 85 y 86 en términos que pudieran sugerir que las prohibiciones que contienen estas disposiciones hacen tal distinción. Por lo demás, los argumentos de CSC constituyen en esencia una repetición de los que examinó de manera exhaustiva el Abogado General Sr. Mayras, con el añadido, quizá, de la cita de la sentencia de la cour d'appel de Paris en el asunto «*Société la Technique Minière/Maschinenbau GmbH*» (Rec. Dalloz, Jurisprudence, 1967, p. 681). En lo que se refiere al presente asunto, esta sentencia versa sobre la interpretación de la letra a) del apartado 1 del artículo 37 de la ordonnance francesa nº 45/1423, de 30 de junio de 1945, relativa al «refus de vente» e indudablemente existe, como sugiere CSC, una estrecha analogía entre este asunto y el caso de autos. Pero no resulta por ello que el artículo 86 del Tratado deba recibir la misma interpretación que la letra a) del apartado 1 del artículo 37 de la citada ordonnance.

Por las razones que ya he citado, no diré más respecto al tema de la posible aplica-

ción de la «teoría de los efectos» en el asunto que nos ocupa.

¿Posee el «grupo CSC-ICI» una «posición dominante» en el mercado que sea relevante?

1. *El mercado afectado*

Recordarán que en tres asuntos, *Sirena* (40/70, → Rec. 1971, pp. 69 y ss., especialmente p. 84), *Deutsche Grammophon* (78/70, → Rec. p. 1971, pp. 487 y ss., especialmente p. 501) y *Europemballage y Continental Can/Comisión* (antes citado, pp. 249-252), el Tribunal de Justicia declaró que una posición sólo puede ser «dominante» a tenor del artículo 86 si lo es en el mercado afectado. Entiendo esta jurisprudencia en el sentido de que el mercado afectado en este caso es el mercado en el que los productos disponibles son básicamente intercambiables.

Aunque se haya sugerido varias veces por parte de CSC y de ICI que la Comisión ha modificado a este respecto de vez en cuando su base jurídica, me parece, después de examinar el pliego de cargos de 25 de abril de 1972, notificado a CSC conforme al artículo 2 del Reglamento nº 99/63/CEE, la Decisión impugnada y los escritos de la Comisión, que ésta ha sostenido invariablemente (como también hizo en las observaciones orales hechas en su nombre durante la vista) que el mercado afectado y en el que, según ella, CSC e ICI ostentaban una posición dominante, era el del 1-nitropropano y del aminobutanol conside-

rados como materias primas para la producción de etambutol. Es posible, como ha subrayado la Comisión, que los Abogados de CSC e ICI hayan sido inducidos a error sobre la actitud de la Comisión a este respecto por una falta de fidelidad de una traducción no oficial de la Decisión en lengua inglesa.

Sea como fuere, no pienso que la cuestión de si el mercado de materias primas para la fabricación de un compuesto determinado constituye, o no, un mercado afectado a efectos de la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, pueda separarse lógicamente de la cuestión de si el mercado de dicho compuesto es también un mercado de dicha naturaleza. Después de todo, el consumidor sólo se interesa por el producto final y a lo que se refiere el artículo 86 es al perjuicio causado al consumidor, tanto si es directo como indirecto -véase la sentencia del Tribunal de Justicia en el citado asunto *Europemballage y Continental Can/Comisión* (Rec. 1973, p.247)-. Así pues, era legítimo que CSC intentara, como hizo tanto durante el procedimiento ante la Comisión como en el que se desarrolla ante el Tribunal de Justicia, establecer que el mercado de etambutol no es un mercado afectado a efectos de la aplicación de los artículos 85 y 86, teniendo en cuenta que, en opinión de esta empresa, el etambutol no es más que un medicamento contra la tuberculosis pulmonar entre un gran número de otros productos intercambiables.

En su Decisión, la Comisión estimó que no era éste el caso. En un apartado en el que sopesa cada una de sus palabras (aquel en el

que la traducción inglesa contenía la desafortunada imprecisión de la que he hablado anteriormente), se dice que, para determinar los efectos del comportamiento de CSC y de ICI, el mercado de etambutol debe considerarse propiamente como un mercado en sí mismo, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que el etambutol se utiliza en combinación con otros productos antituberculosos y constituye, más bien, un complemento de éstos que un producto competitivo.

Para socavar esta afirmación se han presentado determinadas pruebas ante el Tribunal de Justicia. Pero, en mi opinión, estas pruebas, en la medida en que puedan tener relación con la afirmación, lejos de socavarla sirven, por el contrario, para darle más apoyo.

En este sentido va el artículo del Doctor Virchow, director médico de un sanatorio de Davos (anexo IX a la demanda de CSC), que subraya la importancia de la administración combinada de medicamentos antituberculosos y analiza las posibles combinaciones de estos medicamentos que pueden experimentarse en un paciente, considerando «su acción, su tolerancia, sus efectos secundarios y su compatibilidad». El autor menciona las combinaciones que comprenden el etambutol como «las más adecuadas», en su opinión, lo que no permite en absoluto suponer que estos medicamentos puedan sustituirse unos por otros. Hay que inclinarse, más bien, a deducir que cada uno de ellos posee sus propiedades particulares,

que el médico debe tener en cuenta en el tratamiento que prescribe.

Lo mismo ocurre con el anexo X a la demanda de CSC, una comunicación del «American Medical Association's Council on Drugs», publicada en el diario de esta asociación fechado el 17 de abril de 1972. Esta comunicación se denomina «Evaluation of a New Antituberculous Agent: Rifampin (Rifadin, Rimactane)». ² Su fuerza probatoria queda un poco debilitada por el hecho de que contiene la siguiente advertencia: «This statement is an initial assessment of a new drug evaluated on the basis of available evidence. It does not necessarily represent the final opinion of the Council on Drugs, nor does it imply approval, endorsement, or acceptance of the drug». ³ Sea como fuere, la comunicación contiene la siguiente observación:

«Rifampin should be administered with one or preferably two other antituberculous agents (e.g., isoniazid, ethambutol, streptomycin) selected on the basis of bacterial

² «Evaluación de un nuevo agente antituberculoso denominado Rifampin (Rifadin, Rimactane).»

³ «Esta comunicación constituye una primera apreciación de un nuevo medicamento, hecha sobre la base de los elementos de que se dispone. No es necesariamente representativa de la opinión definitiva del Council on Drugs y no implica de manera alguna aprobación, aval o aceptación del producto.»

sensitivity studies and knowledge that the patient had not received these agents previously.»

CSC e ICI se apoyan igualmente en algunas estadísticas (reproducidas en el anexo XI de la demanda de CSC), que están destinadas a demostrar que los productos a base de etambutol no son los más empleados entre los medicamentos antituberculosos. Esto queda aprobado por las estadísticas, pero éstas muestran igualmente que el uso de dichos productos es muy corriente.

Por esta razón estimo que las imputaciones que CSC e ICI hacen contra la validez de la Decisión de la Comisión carecen de base, en la medida en que se fundan en la afirmación de que el mercado afectado en este caso es el de los medicamentos antituberculosos en general.

2. *¿Tenía el grupo CSC-ICI el monopolio de la producción y venta de 1-nitropropano y de aminobutanol?*

CSC e ICI se dirigen, a continuación, contra la afirmación que hace la Comisión de que

⁴ «La administración de Rifampin debería ir acompañada de la de uno o, preferiblemente dos, agentes antituberculosos (por ejemplo: isoniazida, etambutol, estreptomycin), escogidos en función del análisis de la sensibilidad a las bacterias y en función del hecho de que estos agentes nunca hayan sido administrados anteriormente al paciente.»

ellas mismas ostentan un monopolio mundial de producción y venta de 1-nitropropano y de aminobutanol. Lo hacen, principalmente, basándose en que la Comisión llegó a esta conclusión sin un examen adecuado de los hechos. En el procedimiento ante la Comisión, CSC e ICI expresaron sus dudas respecto a la existencia de dicho monopolio, pero no han presentado la menor prueba al respecto. Esta falta de pruebas puede deberse al breve período de tiempo que les dejó la Comisión para preparar su defensa, punto sobre el que volveré a continuación. Sea como fuere, la afirmación de la Comisión se basa, hasta donde alcanzo a ver, en la prueba aportada por Zoja respecto a los resultados de las gestiones que esta última realizó a nivel mundial para obtener suministros de 1-nitropropano o de aminobutanol. La correspondencia de Zoja al respecto figura en anexo al escrito de contestación de la Comisión en el asunto 7/73 (anexo 2) y su lectura es muy convincente. Es difícil ver cómo, en estas circunstancias, la Comisión habría podido llegar a una conclusión distinta de aquella a la que llegó.

En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, CSC e ICI presentaron dictámenes periciales elaborados por los Profesores Pietra, Corbellini y Macchioni, así como por el consejero técnico de CSC, Doctor Martin, para demostrar que es posible producir aminobutanol a partir de otros productos distintos del 1-nitropropano (ver anexos VI, X y XI de la demanda de ICI y anexo XV de la réplica de CSC). Pero todas estas pruebas se limitan a las posibilidades de fabricación en laboratorio. A pesar de las afirmaciones en sentido contrario hechas

por CSC e ICI en sus escritos, ninguno de estos expertos afirma que el aminobutanol se haya producido de hecho a escala industrial por uno de estos otros métodos.

CSC e ICI presentaron igualmente una carta (anexo VIII de la demanda de CSC) procedente de una organización denominada «International Business & Research», de Coral Gables, Florida, en la que se indica que esta organización «trabaja sobre un nuevo procedimiento de fabricación de aminobutanol». La carta expresa la «convicción de que, cuando se perfeccione este método, el procedimiento será probablemente el más económico del mercado» y llega a la conclusión de que CSC «podría obtener grandes beneficios de una colaboración con International Business & Research participando en el ulterior desarrollo de dicho procedimiento». Pienso que este documento no necesita más comentarios.

Más pertinente es el hecho invocado por CSC e ICI de que el aminobutanol es producido a escala industrial por una sociedad italiana, la «Polifarm SpA». Parece, sin embargo, que esta empresa no comercializa aminobutanol en cantidades notables, ya que su producción es limitada y está reservada principalmente a una empresa vinculada a ella que produce etambutol.

En sus escritos de contestación, CSC e ICI mencionaron por primera vez otro productor de 1-nitropropano y de aminobutanol en el interior de la CEE: «Société chimique de la Grande Paroisse», de París. Pero nada alegaban respecto a la importancia de la

producción de dicha empresa ni respecto a cuándo comenzó, aparte de no proporcionar la menor prueba de ello. La Comisión sostiene en su dúplica que las investigaciones que ha llevado a cabo le permiten dejar establecido que «Société chimique de la Grande Paroisse» sólo ha construido hasta el presente una fábrica piloto para la producción de nitropropano, lo que sólo le permite en la actualidad comercializar algunos kilogramos y desde una fecha muy reciente. La Comisión afirma poseer un informe en apoyo de su afirmación, que se encuentra a disposición del Tribunal de Justicia, pero que contiene elementos cuya comunicación podría suponer la revelación de secretos comerciales. No pienso que sea necesario exigir la presentación de dicho documento.

En general, estimo que las alegaciones y pruebas de CSC e ICI respecto a esta parte del asunto no son, en absoluto, convincentes.

3. *¿Eran el 1-nitropropano y el aminobutanol materias primas esenciales para la producción de etambutol a escala industrial?*

Una conclusión capital de la Decisión de la Comisión consistía en que el etambutol no podía producirse de manera competitiva a escala industrial a partir de otras materias primas distintas del 1-nitropropano y del aminobutanol. Esta alegación es impugnada por CSC e ICI, basándose en que se hizo sin haber procedido a una investigación suficiente.

Aquí también se apoyan CSC e ICI en los dictámenes periciales a los que ya he hecho referencia. Se fundan igualmente en una comunicación que figura en una carta dirigida a ICI por una empresa denominada Falleg Petrochemical (Europe) CV, de Amsterdam, en la que se dice que el tiofenol se utiliza en Europa del Este como producto intermedio para la fabricación de etambutol (anexo VIII de la demanda de ICI), en el hecho de que Polifarm, SpA fabrica aminobutanol por un procedimiento basado en la butanona, y en la insinuación de que Bulciago puede estar utilizando el mismo procedimiento.

La Comisión opone a esto, en primer lugar, el dictamen del profesor Cardani para demostrar que la producción de aminobutanol a partir de la butanona es mucho más costosa que la producción de esta sustancia a partir del 1-nitropropano (anexos 3 y 4 del escrito de contestación de la Comisión en el asunto 7/73); declara luego que, tras haber sido invitado a divulgar la naturaleza de su procedimiento de fabricación, «Bulciago» se negó a hacerlo, confirmando, sin embargo, que tal procedimiento aún no es competitivo; finalmente, presenta determinados datos de una correspondencia intercambiada entre Zoja y Falleg Petrochemical (Europe) y de fecha posterior a la carta de Falleg Petrochemical (Europe) a ICI, que desmiente la impresión que puede recogerse de la lectura de dicha carta (anexo 5).

La mejor prueba a favor de la Comisión al respecto se basa, probablemente, en el hecho de que, según consta, los tres principales productores de etambutol de la Comu-

nidad fabrican esta sustancia a partir del aminobutanol o de dextro-aminobutanol derivado del 1-nitropropano. Sea como fuere, después de haber apreciado los elementos de prueba presentados ante el Tribunal de Justicia, he llegado, superadas algunas dudas, a la conclusión de que el ataque que CSC e ICI dirigen sobre ese punto contra la Decisión de la Comisión debe igualmente destinarse al fracaso.

¿Ha abusado el grupo CSC-ICI de su posición dominante?

Recordarán que la Comisión estima en su Decisión que el abuso de posición dominante en que ha incurrido el grupo CSC-ICI consistió en el hecho de dejar de suministrar materias primas de cuyo monopolio disponía, a uno de los principales productores de etambutol en la CEE, Zoja, actitud que habría de suponer la eliminación de esta última empresa como productor de etambutol y, por tanto, una disminución de la competencia. Creo que la fórmula utilizada a este respecto por la Comisión contiene implícitamente la comprobación de que había existido una discriminación contra Zoja.

No dudo de que, si una empresa ostenta una posición dominante en el mercado respecto a una materia prima, dicha empresa abusa de dicha posición al negarse a suministrar a un usuario determinado dicha materia prima sin justificación razonable. Pienso, sin embargo, que podría no ocurrir lo mismo cuando, siendo la propia materia prima un producto manufacturado que existe únicamente gracias a los esfuerzos desplegados

en el ámbito de la investigación y desarrollo por la empresa dominante, esta última decide no vender el producto a cualquiera, sino llevar al máximo sus beneficios satisfaciendo por sí misma toda la demanda del producto final o de la substancia a la que se refiere el presente asunto como un «producto semiacabado». Me pareció en un momento dado que CSC e ICI podrían apoyar su defensa en un principio de este tipo. Después de finalizar la fase escrita, el Tribunal de Justicia planteó unas preguntas a estas empresas con el fin de aclarar el auténtico alcance y naturaleza de la decisión que CSC dice haber adoptado a principios de 1970 y para descubrir las razones comerciales y técnicas que subyacen en dicha decisión; y, al final de la vista, he intentado obtener informaciones más amplias por parte de CSC al respecto, especialmente para determinar si todos los clientes de CSC y de ICI habían sido tratados de la misma forma o si Zoja había sido objeto de un trato diferente.

A mi modo de ver, las respuestas dadas por CSC e ICI a estas cuestiones están lejos de demostrar que no hubo discriminación contra Zoja. Permiten deducir claramente, por ejemplo, que CSC suministra dextro-aminobutanol a Cynamid Italia, lo cual es el hecho decisivo para la Comisión. En la vista se sugirió a favor de CSC y de ICI que la razón de ello podía ser que Zoja nunca intentó obtener dextro-aminobutanol. Pero se admitió que Zoja nunca había pedido tampoco que se le proporcionara etambutol a granel, y sin embargo se le ofreció la venta de este producto (véase el documento que contiene la transcripción de la vista, pp. 44-46).

El único argumento que realmente presentaban CSC e ICI en esta parte del asunto consiste, básicamente, en decir que no habían abusado de su posición dominante, porque Zoja era un mero productor de «especialidades» basadas en el etambutol, y que estaban dispuestas a proporcionarle todo el etambutol a granel que necesitara para producir dichas especialidades.

CSC e ICI, por una parte, y la Comisión, por otra, discrepan sobre si Zoja sólo vende especialidades fabricadas con etambutol o si vende también etambutol a granel. La Comisión sostiene que Zoja vende etambutol a granel y su Decisión deja constancia de ello.

CSC e ICI niegan tal hecho. Ninguna de las dos partes presentó la menor prueba al respecto. El Tribunal de Justicia podría, desde luego, requerir a las partes a hacerlo, incluso en esta etapa avanzada del procedimiento (véanse los artículos 60 y 61 del Reglamento de Procedimiento). Pero, por mi parte, no pienso que ello sea necesario, por dos razones.

En primer lugar, creo que el problema podría resolverse averiguando quién soporta la carga de la prueba. Como el Tribunal de Justicia declaró en los llamados «asuntos del cemento» (asuntos acumulados 8/66 a 11/66, - Rec. 1967, p. 93), en los procedimientos administrativos ante la Comisión en virtud de los artículos 85 y 86, corresponde a la Comisión la carga de la prueba, en el sentido de que está obligada a cerciorarse de que se reúnen todos los requisitos

para que sean aplicables los citados artículos. Pienso, sin embargo, que, quien interpone un recurso ante el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 173, debe demostrar que la Decisión de la Comisión está basada en un fundamento erróneo. Si sostiene que una comprobación de la Comisión respecto a los hechos es errónea, a él corresponde, a mi parecer, probarlo o demostrar que la comprobación se basó en pruebas inexistentes, insuficientes o irrelevantes, o, lo que quizá venga a ser lo mismo, en pruebas que han sido mal interpretadas por la Comisión. Desde luego, si un hecho es de tal naturaleza que sólo puede ser conocido por la Comisión y no por el demandante, puede invertirse fácilmente la carga de la prueba. Pero, en el caso presente, ni CSC ni ICI han hecho el menor intento de apoyar su afirmación según la cual, en contra de las comprobaciones de la Comisión, Zoja vendía únicamente especialidades farmacéuticas.

En segundo lugar, no creo que la cuestión de si Zoja era, o no, vendedora de etambutol a granel tenga verdaderamente importancia. Lo que es capital, es que esta empresa producía etambutol y que, en estas circunstancias, era ilegal que el monopolista que aseguraba el suministro de materias primas para la producción de etambutol, se negara a suministrar a esta empresa las materias primas necesarias para dicha producción.

No tengo la intención de abusar del tiempo de este Tribunal profundizando sobre las diferentes fuentes al respecto. El caso de autos contempla esencialmente la interpretación del artículo 86. Desde luego, la negativa del suministro no se menciona

expresamente en este artículo, pero, como el Tribunal de Justicia declaró en su citada sentencia *Europemballage y Continental Can/Comisión* (Rec. 1973, pp. 245-247) los abusos citados en este artículo sólo son ejemplos. El concepto de abuso de posición dominante debe interpretarse a la luz de la letra f) del artículo 3 del Tratado, que prevé expresamente que la competencia no será falseada en el mercado común; *a fortiori*, es posible deducir que esta competencia no debe ser eliminada. Más aún, la letra c del artículo 86 prevé que este abuso puede consistir particularmente en «aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva». *A fortiori* ha de decirse que constituye un abuso de posición dominante el hecho de situar a un tercero contratante en una posición de desventaja negándose a suministrarle una materia prima que la empresa dominante suministra a otras empresas que se encuentran en una situación equivalente.

CSC e ICI no han citado ninguna fuente en apoyo de sus alegaciones en esta parte del asunto. La Comisión, por su parte, se ha referido acertadamente a un informe relativo a la «negativa de venta», elaborado en 1969 por el Comité de Expertos en materia de Prácticas Comerciales Restrictivas de la OCDE. Este informe muestra que en Francia es ilegal toda negativa de venta si no se justifica por razones específicas admitidas por la Ley. Ninguna de estas razones corresponde a las que alegan CSC e ICI en el presente asunto. En otros países miembros de la OCDE, existen disposiciones legislativas de tipos diversos que permiten actuar en caso de negativa de venta por parte de un

monopolio o de una empresa que ocupa una posición dominante, cuando esta negativa es contraria al interés público. Citemos entre estos países a Alemania, Bélgica, Dinamarca, Países Bajos y Reino Unido. Es interesante anotar que en el apartado 33 del informe sobre la «negativa de venta» elaborado por la Monopolies Commission del Reino Unido en 1970 (Cmnd 4372), esta Comisión cita el supuesto de un proveedor integrado verticalmente que no vende de acuerdo con unas condiciones razonablemente competitivas, que se niega a suministrar a sus competidores, como un caso que exige una investigación. Con este telón de fondo, no pienso que sea necesario referirse a fuentes de otros países, como los EEUU, para justificar la opinión de que no sería nada extraño que el Tribunal de Justicia apoyara la interpretación del artículo 86 sobre la que se ha fundado la Decisión de la Comisión en el presente asunto.

¿Ha afectado el abuso de posición dominante del grupo CSC-ICI a los intercambios entre los Estados miembros?

CSC e ICI impugnan la comprobación de la Comisión respecto al hecho de que su conducta afectara a los intercambios entre los Estados miembros, y ello, por dos razones. Señalan en primer lugar (y cito el recurso de CSC, p. 21):

«En la Comunidad Europea, la tuberculosis se ha convertido en una enfermedad infrecuente. Los auténticos mercados para los

medicamentos antituberculosos son los países en vías de desarrollo en los que la tuberculosis continúa extendiéndose. Según las mejores estimaciones de CSC, Zoja sólo vende una pequeña parte de su producción en la CEE.»

parte económicamente del mercado belga, carece por sí mismo de interés desde el punto de vista comercial.»

Creo que existen dos razones para rechazar esta argumentación.

Me parece que esta declaración se refiere a la medida en que la acción de CSC e ICI afectó a los intercambios entre Estados miembros más que a la cuestión de si hubo, o no, tal incidencia sobre dichos intercambios. Propongo al Tribunal que hablemos de ello cuando llegue al problema de la congruencia de la Decisión de la Comisión en cuanto impone multas a CSC y a ICI y ordena a estas empresas que vuelvan a iniciar los suministros a Zoja.

En primer lugar, porque, en principio, parte de un concepto falso. El simple hecho de que una empresa esté facultada para restringir el comercio de otra ejerciendo sus derechos de patente, no significa que un tercero se encuentre igualmente en libertad para restringir este comercio abusando de una posición dominante. El hecho de que un hombre se esté ahogando no faculta a otro para matarlo. Además, la existencia de los derechos de patente no conduce necesariamente a una desaparición de la competencia. Para una ilustración viva de esto me remito al asunto «Pfizer Corporation v. Ministry of Health» (1965) A.C. 512, en que la Cámara de los Lores estimó que, en virtud del artículo 46 de la Patents Act 1949 del Reino Unido, el suministro de productos farmacéuticos al «National Health Service» no podía quedar restringido por el ejercicio de derechos de patente. Incluso los países en los que no existen disposiciones legislativas de este tipo disponen generalmente de normas sobre concesión de licencias obligatorias en determinadas circunstancias. De hecho, existen casos en los que el titular de una patente considera ventajoso desde el punto de vista económico otorgar voluntariamente una licencia a un competidor, de manera que sus productos y los del licenciario compiten en el mercado.

El otro motivo alegado por CSC e ICI para impugnar la afirmación de la Comisión relativa a los intercambios entre los Estados miembros figura en el recurso de CSC (igualmente en la página 21) donde se expresa en los siguientes términos:

«Los intercambios entre Italia y los demás Estados miembros están bloqueados por las patentes que posee en estos Estados la American Cyanamid Company [...] ACC es titular de patentes en todos los Estados miembros, excepto en Italia (donde es imposible patentar los productos farmacéuticos) y en Luxemburgo, que, al formar

En segundo lugar, los hechos que se han sometido a la apreciación del Tribunal de Justicia, la mayor parte de los cuales no han sido negados, no sirven de apoyo a la alegación de que los intercambios dentro de la CEE están «bloqueados» por las patentes de American Cyanamid. Prueban simplemente que Zoja y American Cyanamid están implicadas a escala mundial, respecto a sus respectivas patentes, en unos litigios de incierto desenlace. En Francia, una sentencia de la cour d'appel de Paris favorable a Zoja sigue siendo objeto de un recurso pendiente ante la Cour de cassation. Nadie puede prever cuál será la sentencia que dicte este último órgano jurisdiccional. En Alemania, parecen estar pendientes varios procesos, en ninguno de los cuales se ha dictado todavía sentencia definitiva, pero Zoja parece haber salido ganando en determinados incidentes. En el Reino Unido, se han concedido patentes tanto a Zoja como a American Cyanamid, basadas, en ambos casos, en una solicitud y con la oposición de la otra empresa. Cada una de las dos empresas recurrió ante los Tribunales la concesión de la patente de la otra. En ambos casos el recurso se encuentra aún en fase incidental. Procesos similares están en curso igualmente en Japón y en Corea, en los que, al parecer, Zoja ha obtenido ya algunos éxitos iniciales. Para CSC e ICI, no puede atribuirse importancia alguna al estado de los asuntos pendientes en países distintos de los que eran miembros de la CEE en el momento en que se suponen cometidas las infracciones al artículo 86. No pienso que haya que adoptar esta actitud, porque el estado de estos asuntos confirma la impresión de que la posición de las patentes de American Cyanamid dista mucho de ser indiscutible.

¿Tenía la Comisión facultades para imponer al grupo CSC-ICI exigencias específicas para los suministros a Zoja?

CSC e ICI sostienen que la Comisión no tenía facultades para ordenarles proceder en un plazo concreto al suministro de una cantidad dada de un determinado producto a un precio máximo. Admiten que en la legislación de determinados Estados miembros no son desconocidas las facultades para imponer una orden específica de esta naturaleza en materia de competencia, y citan, a título de ejemplo, el artículo 24 de la Ley neerlandesa sobre la «competencia económica», pero indican que habría sido necesaria una disposición explícita en un reglamento adoptado por el Consejo con arreglo al artículo 87 del Tratado para otorgar dichas facultades a la Comisión. Afirmar que el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento nº 17, en el que se funda la Comisión, faculta a esta última para adoptar una medida «de cesación», en términos generales, y que, de lo contrario, muchas otras disposiciones que figuran en el Reglamento nº 17 habrían sido superfluas.

Por mi parte, no puedo aceptar esta argumentación.

El apartado 1 del artículo 3 está redactado en los siguientes términos:

«Si la Comisión comprobare, de oficio o a instancia de parte, una infracción a las disposiciones del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado, podrá obligar mediante

decisión a las empresas y asociaciones de empresas interesadas a poner fin a la infracción comprobada.»

Creo que es útil interpretar esta disposición considerando igualmente los términos del apartado 3 del mismo artículo:

«Sin perjuicio de las otras disposiciones del presente Reglamento, la Comisión podrá, antes de tomar la decisión mencionada en el apartado 1, dirigir a las empresas y asociaciones de empresas interesadas recomendaciones tendentes a hacer cesar la infracción.»

Me parece claro que las recomendaciones hechas en aplicación del apartado 3 deben ser específicas. Una recomendación de que se ponga fin a una infracción redactada en términos generales no alcanzaría su objetivo. Sería extraño, en efecto, que unas recomendaciones específicas hechas con arreglo al apartado 3 no pudieran acompañarse, llegado el caso, de exigencias específicas impuestas en virtud del apartado 1.

Aceptaría el argumento de la Comisión de que la razón por la cual el apartado 1 del artículo 3 se ha mantenido en términos generales se debe a que las infracciones de los artículos 85 y 86 pueden adoptar formas tan variadas que habría resultado imposible a los autores del Reglamento dar un catálogo de las medidas que pueden ser ordenadas por la Comisión para poner fin a estas infracciones.

Creo además que no hay que perder de vista que, generalmente, es poco equitativo dirigir a una persona una orden que le imponga una obligación positiva de hacer algo, sin precisar exactamente en dicha orden qué es lo que debe hacer para darle cumplimiento, como subrayó Lord Upjohn en «*Morris v. Redland Bricks Ltd.*» (1970) A.C. 625, pp. 666-667. Si, en el presente asunto, la Comisión hubiera dado una orden redactada en términos generales requiriendo a CSC e ICI a poner fin a su infracción, ello habría significado evidentemente que estas empresas debían reanudar sus suministros a Zoja. Pero dicha orden no habría podido indicar qué cantidades ni qué productos debían suministrar a Zoja, ni a qué precio, para dar cumplimiento a la orden. Teniendo en cuenta multas coercitivas por un importe de 1.000 u.c. por día, esta orden les habría colocado en una situación intolerable. No creo que se deba atribuir a los autores del Reglamento nº 17 la intención de obligar a la Comisión a poner a las empresas en esta posición.

¿Ejerció la Comisión dichas facultades con arreglo a Derecho?

Según los propios términos del artículo 86, un abuso de posición dominante no constituye una infracción de este artículo más que «en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros». Por consiguiente, la Comisión tenía facultades para ordenar a CSC y a ICI que reanudaran el suministro a Zoja únicamente en la medida en que la interrupción de estos suministros podía afectar a los intercambios entre los Estados miembros. CSC e ICI alegan

que la Comisión ignoró este punto al tomar su Decisión. He llegado a la conclusión de que esta imputación tiene efectivamente un fundamento.

La Comisión consideró como un hecho que Zoja vendía sus productos tanto en la CEE como en países terceros, pero no indicó qué porcentaje de ventas correspondía a la CEE y cuál a países terceros. CSC e ICI afirmaron que, según las mejores estimaciones que podían hacer, Zoja no vende más del 10 % de sus productos en la CEE, dirigiéndose al menos el 90 % de su producción a países terceros. Sostienen que la Comisión no habría debido obligarles a suministrar a Zoja más materias primas que las necesarias para que esta empresa mantuviera su comercio en la CEE. Dicen, en efecto, y la Comisión no lo discute, que, durante el procedimiento de la Comisión, ofrecieron en varias ocasiones suministrar suficiente aminobutanol a Zoja con esta finalidad, pero que sus ofertas fueron rechazadas por la Comisión.

La Comisión reconoce que ignoró este punto. El único apartado de la Decisión en el que intentó justificar la orden que daba de suministrar a Zoja está redactado como sigue:

«Considerando, en lo que se refiere a la forma en que debe ponerse fin a la infracción, que es necesario garantizar el suministro inmediato de Zoja en una determinada cantidad de materias primas que, a la luz de la última solicitud hecha por Zoja, permita satisfacer sus necesidades más urgentes;

procede igualmente, para garantizar el mantenimiento de las condiciones de competencia efectiva, que Zoja quede en situación de obtener suministros a más largo plazo».

En su escrito de contestación en el asunto 7/73, la Comisión explica que, al dar esta orden, se inspiró en dos consideraciones. La primera fue la urgencia de proporcionar a Zoja un «salvavidas» en forma de suministro inmediato cuya cantidad no podía quedar sujeta a discusión. La segunda (y cito el texto que figura en la página 38 del escrito de contestación de la Comisión) es que «era prácticamente imposible que la Comisión, incluso admitiendo que fuera legítimo que lo hiciera, se inmiscuyera en los detalles de la gestión de Zoja hasta el punto de que hubiera sido capaz de evaluar, por sí misma, poniéndose en el lugar de la empresa, el volumen de suministro necesario para garantizar la eficacia de la operación». En función de estos dos factores fue por lo que la Comisión fijó el suministro «salvavidas» en función de la media de la última entrega anual de ICI a Zoja (es decir 80.000 kg para 1969) y de los pedidos anuales de suministro hechos por Zoja en 1971 (es decir, 120.000 kg), ajustado a un período de 3 a 4 meses. Tras haber garantizado de esta forma la supervivencia de Zoja, la Comisión confió en que, para el suministro a más largo plazo, se presentaran propuestas que pudieran estar sujetas a discusión.

Permítaseme decir entre paréntesis que, a la luz de esta explicación, dudo que la Decisión de la Comisión sea estrictamente conforme a lo dispuesto en el artículo 190 del

Tratado, a tenor del cual las decisiones de la Comisión deben indicar los motivos sobre los que se fundan. Esta exigencia ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en el sentido de que supone que la Comisión debe exponer claramente en su Decisión los hechos y las razones sobre las que reposa su orden, de forma que permita, tanto a las partes como al Tribunal de Justicia, dejar establecidos los puntos esenciales del razonamiento de la Comisión (AFC Chemiefarma/Comisión, 41/69, Rec. 1970, pp. 661 y ss., especialmente p. 692, y Cassella/Comisión, 55/69, Rec. 1972, pp. 887 y ss., especialmente p. 915).

Sea como fuere, el elemento esencial se encuentra en el apartado siguiente del escrito de contestación de la Comisión en el asunto 7/73 (p. 39):

«Pero, y éste es el punto esencial, el criterio no puede basarse, como pretende la demandante, en una distinción entre las ventas efectivas de Zoja destinadas al mercado común y las ventas destinadas a países terceros. Este criterio no puede tomarse en consideración, puesto que hace abstracción de la necesidad de garantizar el mantenimiento de Zoja como empresa viable. En efecto, una disminución importante del volumen de negocios de Zoja no puede producirse sin afectar gravemente a su competitividad.»

Estamos muy acostumbrados a este tipo de asuntos en los que se dice en favor de una empresa que las exportaciones de ésta son esenciales para el mantenimiento de su

comercio en el interior de un país, o viceversa, porque la desaparición de uno u otro reduciría su volumen de negocios hasta el extremo de convertirla en no competitiva; y si la Comisión hubiera considerado como un hecho probado, basado en pruebas suficientes, que así ocurría en el caso de Zoja, y si hubiera reflejado este hecho en su Decisión, la orden contenida en ésta habría sido defendible. Pero la falta de constancia de este hecho, vital a mi modo de ver, vicia dicha orden. No puedo aceptar la sugerencia de la Comisión de que le era imposible obtener de Zoja las pruebas determinantes. Salvo en relación con una circunstancia, diré, por tanto, que los artículos 2 y 4 de la Decisión de la Comisión deberían ser anulados. Esta circunstancia es, evidentemente, el hecho de que el artículo 2 haya sido ya plenamente cumplido por parte de CSC. A consecuencia de ello, Zoja ha recibido suministros que no puede verse obligada a devolver y ha adquirido para su aprovisionamiento posterior unos derechos contractuales que el Tribunal no puede suprimir. Siendo así, anular ahora los artículos 2 y 4 equivaldría, a mi modo de ver, a cerrar la puerta de la cuadra después de haberse escapado el caballo.

La multa

En estas circunstancias, para hacer justicia a CSC e ICI es necesario, a mi modo de ver, anular la multa impuesta a dichas empresas por el artículo 3 de la Decisión. Dudo que la imposición de esta multa pudiera mantenerse en cualquier caso. El apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 prevé que, para establecer la cuantía de la multa, la Comisión debe tomar en consideración,

«además de la gravedad de la infracción, la duración de ésta». Me parece que la Comisión podría establecer con dificultad la «gravedad» de una infracción del artículo 86 sin determinar, en primer lugar, la medida en la que la conducta que constituye esta infracción puede afectar a los intercambios entre los Estados miembros, y, si no me equivoco, esto es lo que la Comisión ha dejado de hacer en el presente asunto. Sea como fuere, el artículo 17 del Reglamento n° 17 confiere al Tribunal de Justicia una competencia jurisdiccional plena sobre los recursos interpuestos contra las decisiones mediante las cuales la Comisión fija una multa: el Tribunal de Justicia puede suprimir, reducir o aumentar la multa como le parezca oportuno. No dudo de que, al ejercer esta competencia, el Tribunal de Justicia esté facultado para tener en cuenta consideraciones generales de equidad.

Vicios del procedimiento ante la Comisión

Desde este punto de vista creo que no es necesario examinar con detalle las imputaciones articuladas por CSC e ICI a propósito del procedimiento adoptado por la Comisión. Ya he tratado, en efecto, expresa o tácitamente, la mayor parte de ellos al referirme al fondo del asunto.

Hay, sin embargo, un punto que necesita algunos comentarios; se trata del calendario adoptado por la Comisión. Recordará el Tribunal que la solicitud de Zoja, con arreglo al apartado 2 del artículo 3 del Reglamento n° 17, fue presentada ante la Comi-

sión el 8 de abril de 1971. Sólo un año después, es decir el 24 de abril de 1972, la Comisión envió pliegos de cargos a CSC e ICI. Sin embargo, en estos pliegos de cargos, la Comisión no fijaba a CSC e ICI más que un plazo de respuesta de quince días. El 15 de mayo de 1972 celebró una audiencia y finalmente adoptó su Decisión el 14 de diciembre de 1972. Entre estas dos fechas, hubo un intenso intercambio de correspondencia entre CSC e ICI, por una parte, y la Comisión, por otra. No obstante, existe una flagrante desproporción entre el plazo que la Comisión se dio a sí misma para dar cumplimiento a sus deberes y el plazo concedido a CSC e ICI para preparar su defensa.

El apartado 4 del artículo 2 del Reglamento n° 99/63 establece que, al tiempo que comunica las quejas, la Comisión fijará el plazo dentro del cual las empresas a las que se dirigen «tendrán la facultad de poner en conocimiento de aquélla sus puntos de vista». El artículo 3 del mismo Reglamento autoriza a las empresas a exponer en sus observaciones escritas «los hechos y medios útiles para su defensa»; además, «para probar los hechos que invoquen, podrán adjuntar tantos documentos como precisen» y «proponer que la Comisión oiga a las personas que puedan confirmar los hechos invocados». Es evidente que el apartado 4 del artículo 2 prevé implícitamente que la Comisión debe fijar un plazo razonable que permita a las empresas demandadas ejercer plenamente y de manera efectiva los derechos que les concede el artículo 3. En un asunto tan complejo como el de autos, conceder únicamente quince días a estos efectos a unas empresas, una de las cuales

tiene su oficina principal en Nueva York y la otra, en Milán, es a mi modo de ver manifiestamente irracional. El asunto se agravó aún más con la decisión de la Comisión de celebrar una audiencia tres semanas después de la notificación del pliego de cargos.

La Comisión no intentó justificar realmente el carácter opresivo de su calendario, salvo cuando dijo al principio que era urgente debido a que se habían cortado los suministros a Zoja, y sosteniendo, a continuación, que CSC e ICI pudieron presentar sus observaciones escritas en un plazo de seis meses posteriores a la fecha de la audiencia. Ninguna de estas dos consideraciones justificaba a mi modo de ver la negativa a respetar el derecho de CSC e ICI de presentar su defensa de la forma contemplada en el Reglamento nº 99/63. Si existía urgencia, era a la Comisión a quien correspondía acelerar sus propias actuaciones más que adoptar un procedimiento incongruente. La situación es aquí muy diferente de la del asunto 51/69, *Bayer/Comisión*, donde el Tribunal de Justicia desestimó un recurso aparentemente similar (Rec. 1972, pp. 745 y ss., especialmente pp. 772 y 773), porque en este asunto había pasado alrededor de un

año desde la notificación del pliego de cargos hasta la fecha de la audiencia.

He examinado si este vicio de procedimiento podría considerarse a los efectos de la anulación del artículo 1 de la Decisión de la Comisión. Después de todo, no lo creo, puesto que este artículo es meramente declarativo y, al haber sido ya plenamente examinada la materia, parece que la declaración que contiene es correcta.

Costas

Cada una de las partes pide la condena en costas de la otra parte. El apartado 3 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento prevé que el Tribunal de Justicia podrá imponer el pago de las costas parcialmente o en su totalidad, cuando sean desestimadas, respectivamente, una o varias de las pretensiones de las partes. A mi modo de ver, no se haría justicia en el presente asunto si cada una de las partes hubiera de soportar sus propias costas. Teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidos los vicios de procedimiento a los que he hecho alusión, creo que debería condenarse a la Comisión al pago de las costas de las demandantes.

Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que:

- 1) Anule el artículo 3 de la Decisión de la Comisión, pero confirme el resto de esta Decisión.
- 2) Condene la Comisión al pago de las costas de las demandantes.