

EUROOPA KOHTU OTSUS

13. veebruar 1979*

Turгуvalitsev seisund

Kohtuasjas 85/76,

Hoffmann-La Roche & Co. AG, Basel, esindaja: A. Deringer ja J. Sedemund, Kölni advokatuur, kohtudokumentide kättetoimetamise aadress Luxembourgis, E. Arendti advokaadibüroo, postkontori pk 39,

hageja,

versus

Euroopa Ühenduste Komisjon, Brüssel, esindaja: õigusnõunik E. Zimmermann, kohtudokumentide kättetoimetamise aadress Luxembourgis, c/o Mario Cervino, Jean Monnet Building, Kirchberg,

kostja,

EUROOPA KOHUS,

koosseisus: president H. Kutcher, kodade esimehed J. Mertens de Wilmars ja Lord Mackenzie Stuart, kohtunikud A. M. Donner, P. Pescatore, M. Sørensen, A. O'Keefe, G. Bosco ja A. Tuffait,

kohtujurist: G. Reischl,

kohtusekretär: A. Van Houtte,

on teinud järgmise

otsuse

1. Šveitsi ettevõtte Hoffmann-La Roche & Company AG (edaspidi „Roche”), kelle ametlik tegevuskoht on Baseli linnas, peanõue 27. augustil 1976. aastal esitatud hagi on tunnistada kehtetuks Euroopa Komisjoni 9. juuni 1976. aasta otsus (IV/29.020 – Vitamiinid), mis on seotud EMÜ asutamislepingu artiklis 86 ettenähtud menetlusega ning mis toimetati hagejale 14. juunil 1976. aastal ja avaldati 16. augustil 1976 (EÜT L 223); alternatiivne nõue on tunnistada kehtetuks nimetatud otsuse artikkel 3, mille alusel peab hageja maksma 300 000 arvestusühikut, s.o 1 098 000 Saksa marka, trahvi.

2. Selles otsuses leiab komisjon, et Roche'il on ühisturul asutamislepingu artikli 86 tähenduses turгу valitsev seisund vitamiinide A, B₂, B₃ (pantoteenhape), B₆, C, E ja H (biotiin) turgudel ning et ettevõtte kuritarvitas seda seisundit ja rikkus seeläbi eelnimetatud

* Kohtumenetluse keel: saksa.

artiklit, kui sõlmis alates 1964. aastast (eelkõige aastatel 1970–1974 k.a.) nimetatud vitamiinide 22 ostjaga kokkulepped, millega kohustatakse ostjaid ostma kõik vajalikud vitamiinid või enamiku neist üksnes või eelistatavalt Roche'ilt või motiveeritakse neid lojaalsusel põhineva hindade alandamisega seda tegema (otsuse artikkel 1). See otsus kohustab Roche'il viivitamatult rikkumise lõpetama (artikkel 2) ja maksma eelmainitud trahvi (artikkel 3).

3. Oma hagi põhjendamisel esitab hageja järgmised väited:

– Esimene väide: vaidlustatud otsus rikub põhiprintsiipi, et karistustega seotud õigusnormid peavad olema kindlad ja ettenähtavad.

– Teine väide: vaidlustatud otsusel on selle tegemisele eelnenud haldusmenetluse eeskirjade eiramisest tingituna mitu formaalset puudust.

– Kolmas väide: vaidlustatud otsus rikub asutamislepingu artiklit 86, sest komisjon tõlgendas valesti ja ilmselgelt kohaldas valesti mõisteid „turgu valitseva seisund” ja „liikmesriikidevahelist kaubandust mõjutav „turgu valitseva seisundi kuritarvitamine” leides, et Roche on selles seisundis ja käsitles kõnealuseid kokkuleppeid sellise kuritarvitamisena.

– Neljas väide: vaidlustatud otsus, mis kohustab Roche'i maksma trahvi, rikkus nõukogu 6. veebruari 1962. aasta määruse nr 17 artikli 15 lõiget 2 (EÜT 13, 21.2.1962, lk 204; EÜT eriväljaanne 08/01, lk 3), sest väidetavaid rikkumisi, kuivõrd need leiavad tuvastamist, ei pandud toime tahtlikult ega hooletusest.

Hageja on oma hagis toetunud ka nõukogu 6. veebruari 1962. aasta määruse nr 17 artikli 18 ja 30. juuli 1968. aasta finantsmääruse nr 68/313 (EÜT L 199, lk 1) rikkumisele, sest trahv oli konverteeritud Saksa markadesse, kuid menetluse käigus võttis ta selle väite tagasi, nii et vaadelda tuleb vaid eelnimetatud nelja väidet.

Esimene väide: karistustega seotud õiguskindluse ja ettenähtavuse põhimõtte rikkumine

4. Hageja väitel on artiklis 86 sisalduvad mõisted „turgu valitseva seisund” ja selle „seisundi kuritarvitamine” ühed kõige raskemini määratletavad ja ebaselge sisuga mõisted nii ühenduse õiguses kui liikmesriikide siseriiklikus õiguses ning seetõttu ei tohi komisjon õigusliku põhiprintsiibi, mis peaks olema tuletatud juriidilisest maksimist *nullum crimen, nulla poena sine lege*, kohaldamisel rakendada selle artikli rikkumise eest ettenähtud karistusi, kui neile mõistetele ei ole antud piisavalt konkreetset sisu kas haldustavades või kohtupraktikas, et võimaldada ettevõtetal oma olukorrast aru saada.

5. Sellegipoolest ei eita hageja, et komisjonil on õigus ettevõtete osas tehtavates otsustes neid mõisteid tõlgendada ja neile konkreetne tähendus anda, kuid vaidlustab komisjoni volitused kohaldada karistusi, kuni need mõisted ei ole määratletud, nagu antud juhul.

6. Järelikult puudutab see väide vaid määratud trahvi ja seda on vaja vaadelda hiljem üheaegselt trahvi kehtestamisele esitatud muude vastuväidetega.

Teine väide: Haldusmenetluse eeskirjade eiramine

7. Sellega seoses väitis hageja oma hakis esiteks, et komisjoni poolt omal algatusel nõukogu määruse nr 17 artiklite 3 ja 15 alusel hageja vastu alustatud menetlus eiras eeskirju, sest hageja osakondadesiseseks kasutamiseks mõeldud dokumendid sattusid komisjoni valdusse ebaseaduslikult.

Kirjaliku ja suulise menetluse käigus väitis hageja siiski kohtule, et võttis selle väite tagasi ja esitas ise kohtule koos teiste dokumentidega dokumendid, mille kohta ta varem oli väitnud, et need sattusid komisjoni valdusse ebaseaduslikult.

Sellega seoses võib selle väite ilma edasise uurimiseta kõrvale jätta, sest kohus on seisukohal, et tal ei ole vaja seda omal algatusel läbi vaadata.

8. Teiseks väidab hageja, et arvesse võeti vaidlustatud otsusedokumentide üksikasju ja muid tõendeid, mida komisjon haldusmenetluse käigus talle ametisaladuse pidamise kohustuse tõttu ei näidanud.

Seega viidatakse hakis esiteks vaidlustatud otsuse põhjenduses 12 nimetatud dokumentidele, nimelt Roche'i poolt väljastatud neljale ringkirjale, mis vastavalt otsusele pärinesid 1970. aasta septembrist (tegelikult 8. septembrist 1972), 1970. aasta detsembrist, 1971. aasta maist (tegelikult 1971. aasta augusti keskpaigast) ja 1971. aasta augustist ning samuti 12. ja 13. oktoobril 1971. aastal (tegelikult 12. ja 13. oktoobril 1972. aastal) toimunud European Bulk Managers'i koosoleku protokollile.

Teiseks viitab ta tõenditele, mille komisjon sai teistelt vitamiinitootjatelt ja mille abil ta arvutas Roche'i väidetavad turuosad, ning teabele, mida ta palus ja sai hageja klientidelt, et kindlaks teha, kas lepingud, mille sõlmimist komisjon peab turgu valitseva seisundi kuritarvitamiseks, piirasid konkurentsi ja liikmesriikidevahelist kaubandust või mitte.

9. Menetlustes, kus võidakse määrata sanktsioone (eelkõige trahve või karistusi), on õigus olla ära kuulatud järgimine ühenduse õiguse põhiprintsiipe, mida tuleb järgida ka siis, kui kõnealune menetlus on haldusmenetlus.

Määruse nr 17 artikli 19 lõige 1 kohustab komisjoni enne trahvidega seotud otsuse langetamist andma asjaomastele isikutele võimaluse esitada enda seisukoht tema vastu esitatud kaebuste osas.

Komisjoni 25. juuli 1963. aasta määruse nr 99/63 (määruse nr 17 artiklis 19 sätestatud ärakuulamise kohta) artiklis 4 on samuti sätestatud, et komisjon käsitleb oma otsustes vaid neid ettevõtete ja ettevõtete ühenduste vastu esitatud vastuväiteid, mille osas ettevõtted ja nende ühendused on saanud võimaluse esitada omapoolsed seisukohad.

10. Kuigi kohus otsustas kohtuasjas nr 45/69: Boehringer Mannheim GmbH *versus* Euroopa Ühenduste Komisjon (EKL 1970, lk 769) 15. juulil 1970. aastal langetatud otsuses, et neid nõudeid täidetakse kaebustest teavitamise puhul (mis on haldusmenetluse esimene etapp), kui teatise on selgelt, ehkki lühidalt, mainitud olulised asjaolud, millele komisjon toetub, siis sellele kohtuotsusele kohaldatakse sätet, et „haldusmenetluse käigus esitab ta kaitseks vajalikud andmed.”

11. Seega ilmneb eelpool tsiteeritud sätetest ja nendes kehtestatud põhiprintsiibist, et õiguse olla ära kuulatud järgimiseks peab asjaomastele ettevõtetele olema haldusmenetluse käigus

antud võimalus esitada oma seisukoht tõe ja vaidluse aluseks olevate väidetavate asjaolude asjakohasuse ning komisjoni poolt kasutatud dokumentide kohta, mida ta kasutab põhjendamisel, et asutamislepingu artiklit 86 on rikutud.

12. Komisjon ei eita, kuivõrd ta asus seisukohale, et ta on kohustatud kaitsma ametisaladust, oma keeldumist avaldada Roche'i konkurentidelt või klientidelt saadud andmeid, mis olid koos teiste andmetega aluseks turuosa tuvstamisele ja järeldusele, et vaidlusalusel lepingud piiravad konkurentsi.

13. Kuigi määruse nr 17 artikli 20 lõikes 2 on sätestatud, et „piiramata artiklite 19 ja 21 sätete kohaldamist, ei või komisjon ja liikmesriikide pädevad asutused, nende ametnikud ja muud teenistujad avalikustada käesoleva määruse kohaldamisel neile teatavaks saanud informatsiooni, mis oma laadilt on ametisaladus.” Seda eeskirja tuleb kohaldada vastavuses õigusega olla ära kuulatud, nagu seda kinnitab selge viide artiklile 19.

14. Sama artikkel 20, mis annab ettevõtetele, kellelt teavet hangitakse, tagatise, et nende ametisaladuse kaitsmisega tihedalt seotud huvisid ei ohustata, võimaldab komisjonil koguda võimalikult suures ulatuses vajalikke andmeid talle asutamislepingu artiklites 85 ja 86 pandud ülesande täitmiseks, ilma et ettevõtted saaksid teda takistada, kuid sellegipoolest ei võimalda ta määruses nr 17 nimetatud menetluses osaleval ettevõttel näha vaidluse aluseks olevaid asjaolusid ega dokumente ka siis, kui see mõjutab ettevõtte võimalust esitada tõhusalt oma seisukohad nende asjaolude tõesuse või tähenduse ja dokumentide kohta või nende alusel komisjoni poolt tehtud järelduste kohta.

15. Kui need eeskirjade eiramised on kohtumenetluse ajal heastatud, ei pruugi see tähendada vaidlustatud otsuse kehtetuks tunnistamist, sest nende hilisem heastamine ei ole mõjutanud õigust olla ära kuulatud.

16. Ühelt poolt on dokumendid, millele hageja viitas, need, mida mainitakse vaidlustatud otsuse põhjenduses 12, st samad dokumendid, mille komisjonipoolset hankimist oli hageja kritiseerinud, kuigi esitas need hiljem kohtule ise, nii et mõlemal poolel oli võimalus esitada omapoolsed materjalid.

Teiselt poolt, mis puudutab andmeid, mille alusel komisjon on tuvastanud turuosad ja analüüsinud vaidlustatud lepingute mõju, siis esitasid pooled kohtu palvel kirjaliku menetluse käigus pärast teabevahetust kokkulepitud dokumendi, millest on näha, et komisjon avalikustas 1972., 1973. ja 1974. aasta turuosade väärtuse alusel arvutamise alused kõikide vitamiinide puhul ja Roche'il oli võimalus hinnata oma müügi mahtusid komisjoni esitatud dokumentides mainitud konkurentide müügi käibe alusel.

17. Seega on pooled saavutanud kokkuleppe väärtuse ja koguse alusel arvutatud hinnangulistes turuosades (kuigi kokkuleppele ei jõutud selles osas, kumb neist kahest kriteeriumist on määrav) vitamiinide A, B₃, H, C ja E osas, kusjuures vitamiinide C ja E turu uurimise puhul tuleb võtta arvesse nende kahe mõnd teiste toodetega samasugust kasutusotstarvet. Kokkuleppele ei jõutud vaid vitamiinide B₂ ja B₆ turuosades.

18. Lõpuks esitas komisjon kirjaliku menetluse ajal kohtu palvel ka vaidlustatud otsuse põhjenduses 3 nimetatud Unilever'i ja Roche'i vahelise kohtumise protokollid ning aruanded järelpäringute kohta, mille komisjoni ametnikud saatsid mõnele Roche'i kliendile, kellega oli

sõlmitud kõnealused lepingud, või aruannete kokkuvõtted nende ettevõtete puhul, kes soovisid jääda anonüümseks.

19. Sellistel asjaoludel ei saa nõustuda väitega, et rikuti õigust olla ära kuulatud.

Kolmas väide: asutamislepingu artikli 86 rikkumine

20. Hageja arvates rikkus komisjon asutamislepingu artiklit 86 järgmiselt:

I. Vaidlustatud otsuses on eeldatud vääralt, et hageja on turgu valitsevas seisundis, on tõlgendatud seda mõistet valesti ja kohaldatud seda tõlgendust antud juhul ebaõigesti, eelkõige mis puutub nii turuosade ja teiste väidetavalt turgu valitseva seisundi tuvastamiseks kasutatud tegurite hindamise ja tähtsusesse.

II. Vaidlustatud otsuses on eeldatud ilmselgelt vääralt, et hageja on seda seisundit kuritarvitanud, sest komisjon on hinnanud valesti lepinguid, mille sõlmimine on väidetavalt turguvalitseva seisundi kuritarvitamine ja konkurentsi piirav.

III. Vaidlustatud otsuses on eeldatud vääralt, et hageja käitumisel on ühendusesisele kaubandusele märgatav mõju.

I – Turgu valitseva seisundi olemasolu

1. jagu: asjaomaste kaubaturgude määratlemine

21. Selleks, et kindlaks teha, kas Roche'il on turgu valitsev seisund nagu väideti, on vaja määratleda asjaomased turud nii geograafilisest kui toote aspektist.

22. Vaidlustatud otsuse põhjendustest 3 ja 6 nähtub, et vaadeldav geograafiline turg on kogu ühisturg, st kuus liikmesriiki kuni 31. detsembrini 1972 ja üheksa liikmesriiki pärast mainitud kuupäeva.

23. Vaidlustatud otsuses on viidatud 13 rühma kuuluvatele pakendamata puistekaubana müüdavatele vitamiinidele, millest Roche toodab ja turustab kaheksat (A, B₁, B₂, B₃ (pantoteenhape), B₆, C, E ja H (biotiin)) ning viit ostab Roche tootjatelt ja müüb edasi (B₁₂, D, PP, K ja M).

Komisjon leidis, et turgu valitsev seisund on olemas kaheksast seitsme Roche'i toodetud vitamiini, nimelt A, B₂, B₃, B₆, C, E ja H, osas.

Pooled on ühelt poolt nõustunud sellega, et igal neist rühmast on oma konkreetset metaboliseerivad ülesanded ja sellepärast ei saa neid üksteisega asendada, ning teiselt poolt, et nende kolme rühma võimalikel ühistel kasutusaladel, s.o toidus, loomasöödas ja farmatseutilisel otstarbel, ei ole neil vitamiinidel konkurente teiste toodete näol.

24. Pärast nende tegurite arvesse võtmist leidis komisjon (vaidlustatud otsuse põhjendus 20), et iga vitamiinirühm on eraldi turg ja Roche, kes alguses arvas, et mitu rühma moodustavad ühe turu, oli selle seisukohaga nõus, kuid arvas, et C ja E rühma vitamiinid moodustavad koos teiste toodetega osa laiemast turust.

Seetõttu tuleb uurida, kas komisjon on õigesti määratlenud C ja E rühma vitamiinide turud.

25. On tuvastatud asjaolu, et vitamiine C ja E müüakse lisaks ravimitööstuses, toidus ja loomasöödas kasutamiseks (bioloogiline kasutus) ka muu hulgas antioksüdantidena, kääritamisainetena ja toidulisanditena (tehnoloogiline kasutus), sellisel juhul konkureerivad nad teiste samasuguseks tehnoloogiliseks kasutuseks sobivate toodetega.

26. Roche'i väitel tuleb sellest järeldada, et C ja E rühma vitamiinid on koos teiste toodetega osa palju suuremast turust ja komisjon on Roche'i turuosi suuremaks lugenud kui need tegelikult seda viimast asjaolu arvestades on.

27. Komisjon on aga seisukohal, et vitamiinide C ja E asemel tehniliseks otstarbeks kasutatavaid tooteid ei saa lugeda vitamiinidega sama turu osaks, sest nende kaks võimalikku kasutusviisi tähendavad seda, nende toodete ja vitamiinide omavaheline asendatavus ei ole piisav.

Samuti ei saa bioloogilisel ja tehnoloogilisel otstarbel kasutatavaid vitamiine jagada kahte eri turgu, sest kuna neid tooteid saab kasutada kahel viisil, siis võivad tootjad ja ostjad vabalt valida kasutusviisi, mis nende arvates on kõige kasulikum, seda eriti laieneval turul.

Kui Roche'i poolt tehniliseks kasutuseks müüdadavad vitamiinid tuleks kõnealustelt turgudelt välja jätta, siis tuleks seda teha ka konkurentide puhul, mille tulemusel jääksid turuosad ikkagi samaks.

28. Kui toodet võib kasutada erineval otstarbel ja need kasutusviisid on kooskõlas majanduslike vajadustega, mis on samuti erinevad, siis on põhjendatud nõustumine sellega, et toode võib sõltuvalt asjaoludest kuuluda erinevatesse turgudesse, mille struktuur ja konkurentsitingimused võivad teistest erineda.

See põhjendus ei õigusta siiski järeldust, et selline toode moodustab ühtse turu koos kõikide teiste toodetega, mis seda erinevate kasutusotstarvete puhul asendada võivad ja millega see võib konkureerida.

Asjaomase kaubaturu mõiste viitab tegelikult sellele, et selle moodustavate toodete vahel võib olla tõhus konkurents, mis eeldab seda, et kõik sama turgu moodustavad tooted on nende toodete spetsiifilise kasutamise osas omavahel piisaval määral asendatavad.

Vähemalt vaatlusalusel perioodil puudus selline asendatavus kõikide C ja E rühma vitamiinide ja kõikide teiste toodete vahel, mida võib vastavalt olukorrale kasutada ühe või teise rühma vitamiinide asemel tehnoloogiliseks otstarbeks, mis on väga mitmekesised.

29. Teiselt poolt võib kahelda, kas C ja E rühma vitamiinide asjaomaste turgude määramiseks on vaja kaasata selle rühma vitamiinide turgu kõik antud rühma vitamiinid või tuleks iga rühm paigutada erinevasse turgu, millest üks oleks bioloogiliseks otstarbeks kasutatavate vitamiinide turg ja teine tehnoloogiliseks otstarbeks kasutatavate vitamiinide turg.

30. Selleks, et tuvastada õigesti Roche'i ja tema konkurentide turuosad, ei ole vaja siiski sellele küsimusele vastust leida, sest, nagu komisjon õigesti mainis, kui oleks vaja eristada,

siis tuleks seda teha nii Roche'i kui tema konkurentide osas ja kuna hageja ei väida vastupidist, siis kasutades samu proportsioone, mistõttu turuosad jääksid ikkagi samaks.

Lõpetuseks ütles Roche vastuseks kohtu esitatud küsimusele, et iga rühma kõikidele vitamiinidele kohaldati toote lõppotstarbest sõltumatult sama hinnasüsteemi, nii et neid ei saa jagada erinevateks turgudeks.

Eelnevast nähtub, et komisjon on oma otsuses määratlenud asjaomased kaubaturud õigesti.

2. jagu: asjaomaste kaubaturgude struktuur

31. Kuigi iga vitamiinirühm moodustab omaette turu, tuleb siiski välja tuua nende eraldiseisvate turgude tootmis- ja turundusstruktuuridega seotud ühisjooned.

32. Esiteks nõustuvad pooled selles, et kõikide vitamiinirühmade turud laienesid aastatel 1950–1974 olulisel kuigi erineval määral ja tootmine kasvas pidevalt.

33. Mis puudutab eelkõige tootmist, siis nõustuvad pooled selles, et kuigi vitamiinide süntees ei tekitanud mingeid eriti keerulisi tehnilisi probleeme (eriti pärast seda, kui aegusid patendid, millest märkimisväärne osa kuulus Roche'ile), siis tootmine eeldab siiski suuri kapitalimahutusi ja nõuab eriseadmeid, mis on iga vitamiinirühma puhul suurel määral erinevad, mistõttu tehaste võimsus oli eelnimetatud perioodil suunatud nõudluse kasvule kümne aasta jooksul.

Vaatamata selle turustruktuuri eelmainitud jõulisele kasvule enamike vitamiinirühmade osas tekkis seetõttu kogu maailmas üleliigne tootmisvõimsus.

Sellist olukorda iseloomustab jahmatamapanev Unileveri ja Roche'i vahelise 11. detsembri 1972. aasta kohtumise protokollis kajastuv tähelepanek, et Roche'i tootmisvõimsusest oleks piisanud kogu maailma nõudluse rahuldamiseks ja Roche kasutas sel ajal vaid 50% oma võimsusest.

34. Mis puutub ühisturul tegutsevatesse tootjatesse, siis see tootmisvõimsus oli komisjoni poolt vaadeldaval ajavahemikul koondunud väikese arvu ettevõtete kätte (vaidlustatava otsuse põhjenduses 4 toodud tabeli kohaselt üheksa ettevõtet) ja iga rühma tootjate arv oli veelgi väiksem. Nimelt tootis vitamiini A neli tootjat, vitamiini B₂ kolm, vitamiini B₃ kolm, vitamiini B₆ neli, vitamiini C viis, vitamiini E neli ja vitamiini H kaks tootjat.

Lisaks sellele, mõned nendest tootjatest vitamiine ei tootnud, vaid ostsid ja müüsid neid edasi, samas kui suured äriettevõtted turustasid määramata kogustes vitamiine, mida nad ei olnud hankinud otsuses nimetatud üheksalt tootjalt.

35. Mis puudutab nõudlust pakendamata puistekaubana müüdavate vitamiinide järele, siis ühisturul valitsevat olukorda iseloomustab arvukas ostjate olemasolu (umbes 5000 ostab Roche'ilt), kuid märgatav osa sellest nõudlusest, mis Roche'i puhul oli 25% müügikäibest ühisturul, oli vaatlusalusel perioodil 22 suurettevõtte käes, kellest seitse kuulusid ravimitööstuse, viis toiduainetetööstuse ja kümme loomasöödatööstuse alla.

Kõik need kliendid olid sõltumata tööstusharust suured ostjad, kui nad mitte ei ostnud kõiki kõnealuseid vitamiine. Ainus erand suhetes Roche'iga oli Unilever, kes ostis vaid A rühma vitamiine.

3. jagu: komisjoni poolt turgu valitseva seisundi olemasolu määramiseks kasutatavate tegurite asjakohasus

36. Komisjoni arvates on Roche'il turgu valitsev seisund seitsmel turul (A, B₂, B₃, B₆, C, E ja H) ning seda väites ta toetub ühelt poolt hageja ja konkurentide turuosade suhtele ning teiselt poolt mitme sellise asjaolu olemasolule, mis iseenesest ei ole otsustavad kriteeriumid, kuid tagavad siiski Roche'ile ülemvõimu asjaomastel turgudel.

Komisjon teeb sellest järgmise järelduse (otsuse põhjendus 21): „Roche'il on asjaomastel turgudel täielik vabadus, mis võimaldab tal ühisturul tõhusat konkurentsi takistada, kuna ta on nendel turgudel turgu valitsevas seisundis.”

37. Roche vaidlustab hinnangu oma turuosade kohta nagu ka muude vaidlustatud otsuses kasutatud tõesuse ja asjakohasuse.

Samuti süüdistab ta komisjoni, et too ei uurinud ega võtnud arvesse Roche'i käitumist asjaomastel turgudel, eelkõige pidevaid suuri vitamiinide hinna langusi, mis tõendavad, et tõhus konkurent oli olemas ja Roche pidi survet lõdvendama.

38. Artikkel 86 on asutamislepingu artikli 3 punktis f sätestatud ühenduse tegevuste üldise eesmärgi kohaldamine, nimelt kehtestab see süsteemi, mis tagab, et ühisturul konkurentsi ei moonutata.

Artikliga 86 keelatakse igasugune ettevõttepoolne turgu valitseva seisundi kuritarvitamine ühisturu olulises osas, kui see võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust.

Turgu valitsev seisund viitab seega ühe ettevõtte majanduslikule mõjule, mis võimaldab asjaomasel turul ära hoida tõhusat konkurentsi, andes ettevõttele võimu käituda olulisel määral konkurentidest, klientidest ja lõpuks tarbijatestki sõltumatult.

39. See seisund ei välista mõningast konkurentsi, nagu monopoli või poolmonopolide puhul, aga võimaldab seda omaval ettevõttel kui mitte määratleda, siis vähemalt oluliselt mõjutada konkurentsi arengut määravaid tingimusi ja igatahes tegutseda sellest sõltumatult, kui selline käitumine ei mõju talle kahjulikult.

Vahet tuleb teha turgu valitseval seisundil ja paralleelsel käitumisel oligopolis, sest oligopolis määravad käitumise mitu ettevõtet, aga turgu valitsevas seisundis ettevõtte määrab suurel määral ühepoolset talle kasuliku käitumise.

Turgu valitseva seisundi olemasolu võib olla tingitud mitmest tegurist, mis eraldi ei ole otsustava tähtsusega, kuid nende tegurite seas on äärmiselt oluline suurte turuosade olemasolu.

40. Olulise turuosa olemasolu tõendamaks turgu valitseva seisundit ei ole konstantne tegur ja selle olulisus muutub turupõhiselt vastavalt nende struktuurile, eelkõige mis puudutab tootmist, pakkumist ja nõudlust.

Kuigi iga vitamiinirühm moodustab erineva turu, on neil erinevatel turgudel sellegipoolest piisavalt palju ühiseid jooni, nagu nähtub nende struktuuri uurimisest, mis võimaldab nende turuosade osas kohaldada samu kriteeriume, et hinnata, kas turgu valitsev seisund eksisteerib või mitte.

41. Kuigi turuosade tähtsus võib turupõhiselt erineda on õigustatud arvamus, et väga suured turuosad on iseenesest, v.a erandjuhtudel, tõendiks turgu valitsevast seisundist.

Ettevõtte, kellel on väga suur turuosa ning kes seda mõnda aega säilitab oma tootmismahu ja tarnemastaapidega, palju väiksema turuosaga ettevõtteid ei suuda kiiresti täita nende klientide nõudlust, kes sooviks loobuda koostööst suurima turuosaga ettevõttega, on selle turuosa tõttu jõupositsioonil, mis muudab ta vältimatuks kaubanduspartneriks ja mis seeläbi tagab talle vähemalt küllaltki pikaks ajaks tegevusvabaduse, mis on turgu valitseva seisundi eritunnus.

42. Vaidlustatud otsuses on mainitud lisaks turuosadele rida teisi tegureid, mis koos Roche'i turuosadega tagaksid talle teatud olukorras turgu valitseva seisundi.

Need otsuses lisakriteeriumiteks nimetatud tegurid on järgmised:

a) Roche'i turuosad ei ole mitte ainult suured, vaid on ka suur erinevus tema turuosade ja suuruselt järgmiste konkurentide turuosades (otsuse põhjendused 5 ja 21).

b) Roche toodab palju laiemat valikut vitamiine kui tema konkurendid (otsuse põhjendus 21).

c) Roche on maailma suurim vitamiiniprodukt, kelle käive on suurem kui kõikide teiste tootjate käive kokku ja ta on müügi käibe alusel maailma juhtiva ravimiproduktide rahvusvahelise kontserni emaettevõtte (otsuse põhjendused 5, 6 ja 21).

d) Roche'i vitamiiniproduktide patendid on küll aegunud, kuid kuna ta on selles valdkonnas olnud juhtivas rollis, siis on tal oma konkurentide ees endiselt tehnoloogilisi eeliseid, mida tõendab väga arenenud kliendiinfo ja -abi teenus (otsuse põhjendused 7 ja 8).

e) Roche'il on väga lai valik ja väga spetsialiseerunud müügi võrgustik (otsuse põhjendus 21).

f) Potentsiaalset konkurentsi ei ole (otsuse põhjendus 21).

Lisaks mainis komisjon menetluse käigus kohtule Roche'i turgu valitseva seisundit kinnitava tõendina viimase suutlikust vaatamata elavale konkurentsile oma turuosi peaaegu endisena säilitada.

43. Enne kaalutlemist, kas komisjoni poolt arvesse võetavad tegurid on leidnud Roche'i puhul tõendamist, on vaja kindlaks teha (kuna hageja vaidlustab nende tähtsuse), kas need tegurid on sellised, mis asjaomaste turgude eriomadusi ja turuosi arvestades kinnitavad turgu valitseva seisundi olemasolu.

44. Sellega seoses tuleb tagasi lükata turuosade säilitamisel põhinev kriteerium, sest see võib olla tingitud nii tõhusast konkurentsikäitumisest kui ka seisundist, mis võimaldab

Roche'il tegutseda konkurentidest sõltumatult, ning komisjon, kes tunnistas küll konkurentsi olemasolu, ei ole maininud tegureid, mis võivad turuosade stabiilsust põhjendada.

Kui tegemist on turgu valitseva seisundiga, siis võib turuosade säilitamine olla asjaolu, mis näitab selle seisundi olemasolu ja teisalt võivad turgu valitseva seisundi säilitamiseks kasutatavad meetodid kujutada endast kuritarvitamist asutamislepingu artikli 86 tähenduses.

45. Asjaolu, et Roche toodab palju laiemat valikut vitamiine kui tema konkurendid, tuleb samuti lugeda ebaoluliseks.

Komisjon peab seda turgu valitseva seisundi olemasolu tuvastamisel määravaks teguriks ja väidab, et „kuna paljud kasutajad vajavad mitut vitamiinirühma, siis saab Roche kasutada sellist müügi- ja hinnaseadmisstrateegiat, mis sõltub iga turu konkurentsitingimustest palju vähem kui teistel tootjatel.”

46. Siiski on komisjon ise leidnud, et iga vitamiinirühm moodustab eraldi turu ega ole, vähemalt mitte olulisel määral, ühegi teise vitamiinirühma või toodetega asendatav (otsuse põhjendus 20), mis tähendab, et erinevatesse rühmadesse kuuluvad vitamiinid on tooted, mis on omavahel sama erinevad kui vitamiinid võrrelduna teiste ravimitööstuse ja toiduainetetööstuse toodetega.

Lisaks sellele ei ole vaidlust selle üle, et Roche'i konkurendid, eelkõige keemiatööstuses, turustavad lisaks vitamiinidele, mida nad toodavad ise, ka teisi tooteid, mille osas vitamiinide ostjad samuti nõuavad, nii et asjaolu, et Roche saab pakkuda mitut vitamiinirühma ei anna talle mingeid eeliseid konkurentide ees, kes saavad lisaks kitsamale või oluliselt kitsamale vitamiinivalikule pakkuda ka teisi tooteid, mida vitamiinide ostjad samuti nõuavad.

47. Samadel kaalutlustel ei saa lugeda oluliseks asjaoluks seda, et Roche on maailma suurim vitamiinitootja, et tema käive on suurem kui kõikide teiste tootjate käive kokku ja et ta on maailma juhtiva ravimitootjate kontserni emaettevõte.

Komisjoni arvates nähtub nendest kaalutlustest turgu valitsev seisund, sest „sellest võib järeldada, et hagejal on ülekaalukas positsioon mitte ainult ühisturul, vaid ka maailmaturul. Seega on tal oluline tegevusvabadus, sest tema positsioon võimaldab ta kergesti kohandada arengutega erinevatel piirkondlikel turgudel. Ettevõtte, kes tegutseb kogu maailma turgudel ja kelle turuosa on konkurentidest oluliselt suurem, ei pea ühisturul konkurentide pärast liigselt muretsema.”

Selline arutluskäik, mis põhineb suuremahulisest tootmisest saadud kasul ja võimalusel kasutada erinevat strateegiat erinevatel piirkondlikel turgudel ei ole otsustav, kuna on aktsepteeritav, et iga vitamiinirühm moodustab eraldi turu ja eraldi tooterühma, millele on vaja eraldi tootmisseadmeid, ning tootmise üldmaht, mis on iga toote puhul erinev, ei anna Roche'ile konkurentsielist teiste ees, eriti keemiatööstuse ettevõtete ees, kes toodavad maailmamastaabis nii vitamiine kui ka teisi tooteid ja kellel on põhimõtteliselt samad võimalused tasakaalustada üht turgu teisega, mida võimaldavad üldised suured tootmismahud, mis erinevad üksteisest nagu erinevad vitamiinirühmad.

48. Teisalt on ettevõtte ja selle konkurentide, eriti järgmisena suurema ettevõtte, turuosade suhe, ettevõtte tehnoloogiline edumaa konkurentide ees, kõrgeltarenenud müügivõrgustiku olemasolu ja potentsiaalse konkurentsi puudumine olulised tegurid. Esimene sellepärast, et

see võimaldab hinnata kõnealuse ettevõtte konkurentsivõimet; teine ja kolmas sellepärast, et need on tehnilised ja ärilised eelised; ning neljas sellepärast, et see on tingitud sellest, et uute konkurentide turulepääs on takistatud.

Mis puudutab potentsiaalse konkurentsi olemasolu või puudumist, siis tuleb täheldada, et kuigi on tõsi, et kapitaliinvesteeringute mahu tõttu määratakse tehaste tootmisvõimsus pikema perioodi oodatava nõudluse kasvuga (see kehtib kõikide asjaomaste vitamiinirühmade kohta), nii et uute tootjate turulepääs ei ole kerge, tuleb siiski arvestada asjaoluga, et olulise kasutamata tootmisvõimsuse olemasolu tekitab potentsiaalset konkurentsi vanade tootjate vahel.

Sellele vaatamata on Roche selles osas eelisolukorras, sest nagu ta ise tunnistab, oli tema tootmisvõimsus vaidlustatud otsuses käsitletaval ajal piisav, et katta kogu maailma nõudlus, ilma et see liigne tootmisvõimsus oleks tema majanduslikku või rahalist olukorda halvendanud.

49. Eelnevaid kaalutlusi arvestades tuleb hinnata Roche'i turuosi igal asjaomasel turul võttes arvesse tegureid, mis koos turuosadega võimaldavad näidata võimalikku turgu valitsevat seisundit.

Lõpuks on samuti vaja kaaluda, kas Roche'i väited tema turul käitumise tähenduse kohta (peamiselt hindadega seonduvad) on sellised, mis muudavad järeldusi, milleni võidakse jõuda turuosade ja teiste tegurite uurimise tulemusena.

4. jagu: asjaomaste kriteeriumide kohaldamine erinevatele vitamiinirühmadele

a) A rühma vitamiinid

50. Mõlemad pooled möönavad, et Roche'i turuosa ühisturul on nii väärtuse kui koguse osas 47%.

Komisjoni poolt esitatud andmete alusel, mida Roche ei vaidlusta, olid teiste tootjate turuosad 1974. aastal 27%, 18%, 7% ja 1%.

51. Kuna asjaomasel turul on kitsa oligopoli tunnused, mistõttu konkurents on juba nõrk, siis Roche'i turuosa, mis on sama suur kui kahe talle järgneva konkurendi turuosad kokku, näitab, et tal on täielik vabadus otsustada, millist hoiakut konkurentsi puhul kasutada.

Roche'i tehniline edumaa konkurentide ees, mis on tingitud asjaolust, et talle kuulvad mitmed vitamiiniga A seotud patendid, ka pärast nende aegumist, näitab samuti, et tal on turgu valitsev seisund.

Nagu eelpool mainitud, kehtib sama ka uute tootjate võimaliku konkurentsi puudumise osas, kui võrd olemasolevate ettevõtete liigsest tootmisvõimsusest tingitud konkurents on Roche'ile üpris kasulik, nagu nähtub 1971. aasta augusti keskpaigas avaldatud trükisest *Management Information*, kus on kirjas, et „kuigi BASF jätkuvalt intensiivistab oma tegevust, loodame saavutada stabiilse käibekasvu.” Praegune liigne tootmisvõimsus on selline, mis ei võimalda järgmiste aastate jooksul hindade kindlaks määramist. Seda arengut muidugi kiirendaks see, kui üks väiksem konkurent tootmise lõpetaks.

52. Seega oli komisjonil õigus, kui ta leidis, et hagejal on vitamiini A turul turgu valitsev seisund.

See, et Roche pidi vitamiini A tootmise jaoks toormaterjali ostma keemistööstuse ettevõttelt, kes ka vitamiini A tootis ja seega konkurent oli, ei ole asjaolu, mis muudaks komisjoni järeldusi, sest Roche ei ole kunagi väitnud, et selle ettevõtte tarnesagedus või hinnad oleksid talle mingeid raskusi tekitanud.

b) B rühma vitamiinid

53. Komisjon hindas oma vaidlusaluses otsuses Roche'i turuosa 86%-le.

Kirjaliku menetluse ajal ühiselt koostatud dokumendis avalikustas komisjon Roche'i turuosade väärtuse ja koguse põhjal arvutamise alused ning komisjoni esitatud tabelitest on näha, et arvesse on võetud kogu vitamiinide importi ühisturule, kui selle kohta on olemas statistika.

Nende andmete alusel saab ta järgmised arvnäitajad:

Vitamiin B ₂ Roche'i turuosa	1972 (6 liikmesriiki)	1973 (9 liikmesriiki)	1974 (9 liikmesriiki)
Väärtus	87,0%	81,2%	80,6%
Kogus	84,5%	74,8%	80,8%

54. Roche väidab peamiselt, „et mis puutub konkurentsi, siis peab ta usaldama vaid hinnanguid ega suuda esitada vastupidiseid tõendeid,” kuid tema hinnangutel on ettevõtte turuosa maailmaturul oluliselt väiksem ja ühisturul mitte üle 50%.

Oma ja komisjoni hinnangute vaheliste erinevuste põhjendamisel viitab ta sellele, „et kui neile andmetele lisada kääritamisega seotud 200–300 tonnine aastane tootmisvõimsus (eelkõige USA-s), mis viidi 1970. aasta alguses miinimumini, kuid mida võib igal ajal uuesti kävitada, siis on turuosa üksnes ligikaudu 50%,” ning apelleerides ilma täpsema selgituseta sellele, et potentsiaalne konkurent on olemas või et tema tootmisvõimsus on Ameerika Ühendriikides vähenenud.

55. Kui esimene väide on tõene, siis lubab see oletada, et pärast 1970. aastat kõrvaldati turult mõned Roche'i konkurendid.

Isegi kui on eeldatud (see ei ole kindel), et viidatakse Roche'i tootmisvõimsuse sulgemisele, siis sellele asjaolule ei saa komisjoni arvutuste ümberlukkamisel tugineda, sest ei ole tuvastatud, kas ka konkurendid ei pidanud oma tootmisvõimsust sulgema, ning kas selle tulemusena Roche'i turuosa ühisturul vähenes või oli see vaid tootmise ratsionaliseerimine.

Kui liigse tootmisvõimsuse olemasolu võib mõnel juhul olla potentsiaalse konkurentsi näitaja, mis tõenäoliselt mõjutab turgu valitseva seisundi olemasolu või puudumist (kuigi eelpool on juba tuvastatud, et see tegur Roche'i osas kõnealusel perioodil ei rakendunud), ei saa see mõjutada juba omandatud turuosade hindamist.

56. Neid asjaolusid arvesse võttes ei saa eeltoodud vastuväidetele tuginedes vaidlustada komisjoni korrigeeritud arvutusi (mis on aktsepteerimiseks ka piisavalt usaldusväärsed) ning nendest nähtuvad turuosad on nii suured, et neist piisab turgu valitseva seisundi tõendamiseks.

c) B₃ (pantoteenhape) rühma vitamiinid

57. Komisjon on möönnud, et vaidlustatud otsuses kasutatud arvnäitajaid tuleb korrigeerida ja pooled on jõudnud kokkuleppele järgmistes hinnangulistest turuosades:

Vitamiin B ₃ Roche'i turuosa	1972 (6 liikmesriiki)	1973 (9 liikmesriiki)	1974 (9 liikmesriiki)
Väärtus	28,9%	34,9%	51,0%
Kogus	18,9%	23,4%	41,2%

58. Kas väärtuse või koguse põhjal arvestatud sellise suurusega turuosad ja poolte ühiselt koostatud dokumendis sisalduv väide, et 1971. aasta arvnäitajad olid 6% väiksemad kui 1972. aasta omad, ei ole piisav tegur, mille alusel tuvastada turgu valitseva seisundi olemasolu suuremal osal komisjoni poolt vaadeldaval perioodil.

Vastupidi, selgus, et komisjoni poolt tehtavad parandused olid vajalikud selleks, et võtta arvesse Jaapani konkurendi impordi, mis 1973. aastal moodustas 30% turust.

Teisalt ei ole komisjon selle konkreetse turu puhul ära näidanud, millised võiksid olla täiendavad tegurid, mis koos korrigeeritud turuosaga ikkagi näitaksid turgu valitseva seisundi olemasolu.

Nende järelduste põhjal võib teha otsuse, et vitamiini B₃ osas ei ole piisavaid tõendeid Roche'i vaatlusalusel perioodil turgu valitseva seisundi kohta.

d) B₆ rühma vitamiinid

59. Komisjon hindas Roche'i turuosa 95%-le, aga Roche, kes ei ole ühisturu kohta täpsemaid andmeid esitanud, väidab, et tema osa maailmaturust on umbes 60–70%.

Pärast poolte omavahelist andmete (poolte poolt kokkuleppele jõutud küsimustega seonduva dokumendi lisa 1 punkt e ja lisa 2 punkt g) võrdlust ei suutnud nad kokku leppida ja komisjon esitas järgmised korrigeeritud andmed:

Vitamiin B ₆ Roche'i turuosa	1972 (6 liikmesriiki)	1973 (9 liikmesriiki)	1974 (9 liikmesriiki)
Väärtus (B ₆ + H)	87,0%	90,0%	83,9%
Kogus	84,2%	86,0%	88,4%

60. Tuleb märkida, et kuigi turuosad on esitatud B₆ ja H rühma kohta ühised (vähemalt väärtuse osas), seda sellepärast, et B₆ ja H rühmade vitamiinid kuuluvad ühe tollinomenklatuuri pearubriigi alla, siis Roche ei ole sellegipoolest väitnud, et see asjaolu muudab suurusjärke.

Lähemalt selgitamata väidab Roche, et seda hinnangut tuleb vähendada vähemalt 20% võrra, aga isegi kui seda tehtaks, siis on Roche'i turuosad ikkagi nii suured, et tõendada turgu valitseva seisundi olemasolu.

Seda kinnitab samuti asjaolu, et kogu vaadeldaval perioodil ei jõudnud ühegi Roche'i konkurendi turuosa 10%ni ja neist mõnede turuosad olid tõenäoliselt alla 5%.

e) C rühma vitamiinid

61. Vaidlustatud otsuses hindas komisjon Roche'i turuosa 68%-le, aga Roche'i poolt menetluse käigus esitatud arvnäitaja oli 50%.

Pärast esitatud seisukohtade võrdlemist jõudsid pooled kokkuleppele järgmistes hinnangulistes turuosades, tingimusel, et arvesse võetakse vaid vitamiinide turgu.

Vitamiin C Roche'i turuosa	1972 (6 liikmesriiki)	1973 (9 liikmesriiki)	1974 (9 liikmesriiki)
Väärtus	65,7%	66,2%	64,8%
Kogus	64,4%	63,8%	63,0%

62. Roche on arvamisel, et seda hinnangut tuleks korrigeerida nii, et kõnealune turg sisaldaks ka vitamiini C tehnoloogilistel otstarvetel kasutatavaid konkureerivaid tooteid, ning sellisel juhul ei ületa turuosa 47%.

63. Kuna ülaltoodud kaalutlustest, mis on seotud asjaomase nii bioloogiliseks kui tehniliseks kasutuseks mõeldud vitamiinide turu määratlusega, tuleneb, et Roche'i argumenti ei võeta arvesse, siis tuleb aktsepteerida vitamiini C turuosasid nii nagu pooled selles kokku leppisid. Need tõendavad turgu valitseva seisundi olemasolu.

Mis puutub ka sellese turgu (millel 1971. aastal oli lisaks defitsiit), siis vahe Roche'i turuosa (64,8%) ja järgmiste suuremate konkurentide turuosade (14,8% ja 6,3%) suuruses kinnitas komisjoni järeldusi.

f) E rühma vitamiinid

64. Vaidlustatud otsuses hindas komisjon Roche'i turuosa vitamiini E turul 70%-le, aga Roche'i poolt menetluse käigus esitatud arvnäitaja oli 40%.

Pärast esitatud seisukohtade võrdlemist jõudsid pooled kokkuleppele järgmistes hinnangulistes turuosades, kui arvesse on võetud vaid vitamiini E turgu:

Vitamiin E Roche'i turuosa	1972 (6 liikmesriiki)	1973 (9 liikmesriiki)	1974 (9 liikmesriiki)
Väärtus	54%	64%	58%
Kogus	50%	60%	54%

Lisaks hindab Roche oma turuosa 1970. ja 1971. aastal 7% võrra veelgi väiksemaks kui 1972. aastal.

65. Samadel põhjendustel nagu vitamiini C puhul on Roche arvamusel, et kõnealune turg peaks sisaldama ka vitamiini E tehnoloogilistel otstarvetel kasutatavaid konkureerivaid tooteid, ning väidab, et sellisel juhul ei ületa 1974. aasta turuosa 40%.

66. Kuna Roche'i argument asjaomaste turgude määratlemise kohta on eelmainitud põhjustel tagasi lükatud, siis tuleb arvestada poolte poolt kokkulepitud turuosi.

Nende turuosade suurust, mis on oluline, mõjutab asjaolu, et Roche'i konkurentide hinnangulised turuosad on 1974. aastal pärast eelnimetatud korrigeerimist 16%, 6% ja 1% teiste tootjate puhul ja 19% ühe või mitme importija puhul, kes olid peamiselt mitteliikmesriikidest tegutsevad ettevõtted.

Tuvastatud olukord on kitsa oligopoli jaoks tüüpilisem kui vitamiiniga A seotud olukord ja Roche'i turuosa on sellel turul palju suurem kui kahe järgmise suurema konkurenti turuosad kokku.

Seega oli komisjonil õigus, kui ta leidis, et hagejal on sel turul turgu valitsev seisund.

g) H rühma vitamiinid

67. Hageja on väitnud, et tema turuosa oli 100% ja vaatlusalusel perioodil oli tema turuosa 93%. Järelikult oli ta monopoolses seisus.

h) Kokkuvõte

68. Eeltoodust järeldeb, et A, B₂, B₆, C, E ja H rühma vitamiinide osas olid olemas kõik turgu valitseva seisundi elemendid, aga vitamiini B₃ puhul seda ei tuvastatud.

5. jagu: hageja käitumine turul

69. Vaja on siiski kaaluda, kas hageja käitumine asjaomastel turgudel lükkab eelnevad järeldused ümber, sest hageja arvates näitab tema käitumine, et konkurents oli mitte ainult elav, vaid avaldas hagejale ka survet.

Siinkohal tugineb ta eelkõige asjaolule, et erinevate vitamiinirühmade hinnad langesid pidevalt ja mõnedes liikmesriikides muutusid tema turuosad väiksemaks.

Samuti viitab ta teabele, mis sisaldub mitmes ettevõttesiseses dokumendis, eelkõige *Management Information's* ja *Marketing News's*, mida ta regulaarselt levitas ja milles sisaldub iga vitamiinirühma turuolukorra analüüs, ning Roche'i poolt 1972. aasta oktoobris Baselis korraldatud *European Bulk Managers*'i kohtumisega seotud teabele.

70. Kohus on muu hulgas sedastanud 14. veebruari 1978. aasta otsuses kohtuasjas 27/76: *United Brands Company ja United Brands Continentaal B.V. v. Euroopa Ühenduste Komisjon* (EKL 1978, lk 207), et isegi elava konkurentsi olemasolu konkreetsetel turgudel ei välista turgu valitseva seisundi olemasolu, kuna sellise seisundi peamiseks tunnuseks on asjaomase ettevõtte suutlikkus tegutseda nii, et ta ei pea oma turundusstrateegias arvestama konkurentisiga ega kandma seetõttu sellise käitumise tõttu mingit kahju.

71. Siiski üldiselt ei ole asjaolu, et ettevõtte peab konkurentide madalamate hindade pärast enda hindasid langetama, kooskõlas sõltumatu käitumise kui turgu valitseva seisundi tunnusega.

Hageja on oma hagiavalduse lisa esitanud mitmeid graafikuid, milles on kujutatud kahte erinevat kõverat, millest üks näitab hindade langust ja teine Roche'i erinevate vitamiinirühmade tootmise kasvu maailmaturul konkreetsel perioodil, milleks on aastad ajavahemikul 1940–1954 ja aastad kuni 1974. aasta lõpuni.

72. Siiski tuleb märkida, et need graafikud puudutavad maailmaturgu ja Roche, kes on mitmel korral rõhutanud hinnakõikumiste erinevusi erinevates liikmesriikides, ei saa seetõttu väita, et hinnakõikumised maailmaturul esindavad ühendusesiseseid hinnasuundumusi.

Isegi kui eeldada, et näidatud hinnasuundumused maailmas peegeldavad ühisturu hindade üldist suundumust, siis on graafikute uurimisel vägagi selge, et erinevate vitamiinirühmade hinnad langesid oluliselt samal ajal kui tootmine kasvas aeglaselt, ent neid langusi vähendas ja järk-järgult isegi kompenseeris kindel hindade stabiilsus ajal, kui iga konkreetse vitamiinirühma tootmine suurenes, nimelt: vitamiini A puhul 1964. aastal; vitamiini B₂ puhul 1956. aastal; vitamiini B₆ puhul 1966. aastal; vitamiini C puhul 1958. aastal; vitamiini B₃ puhul 1950. aastal; vitamiini E puhul 1965. aastal, samas kui vitamiini H (biotiin) puhul kuni 1970. aastani stabiilne olnud hinnakõver langeb sel ajal, kui tootmine laieneb.

Need andmed näitavad, et on olemas seos ühelt poolt hindade ja teiselt poolt tootmismahu ja kulude vahel, mitte hindade ja konkurentsipurve vahel.

73. Vastuseks kohtu esitatud küsimustele esitas Roche mitu tabelit (poolte kokkulepitud küsimusi puudutava dokumendi lisa 4 punktid a–i), kus on näha Roche'i arvates iga vitamiinirühma kõige sobivama esindaja hinna muutus igas liikmesriigis aastatel 1970–1976 ning liikmesriikide hindadel põhinevad keskmised hinnad.

74. Tabelitest on tegelikult näha, et hindade tõus ja langus varieerus oluliselt.

Sama toote hinna muutus samal perioodil erineb siiski liikmesriigiti oluliselt, mis näitab turgude eraldatust ja sellest võib tõenäoliselt eeldada, et hinnastrategia oli sellele vastav.

Tuleb märkida, et vitamiini H (biotiin) osas, mille puhul Roche tunnistas oma turuosaks 100% 1970. aastal ja 93% 1974. aastal, näitab poolte kokkulepitud küsimusi puudutava dokumendi lisa 4, et ka selle vitamiini hindu alandati tunduvalt, mis Šveitsi frankides näidatuna olid ühisturul keskmiselt 40,54 Šveitsi frangist 1970. aastal kuni 30,72 Šveitsi frangini 1973. aastal ja 29,85 Šveitsi frangini 1974. aastal. Selliseid hinnalangusi ei saa 93%–100% turuosaga ettevõtte puhul lugeda konkurentsi surveks, vaid pigem tahtlikult rakendatud hinnapoliitika tulemuseks ja need ei välista turgu valitseva seisundi olemasolu.

75. Seda järeldust kinnitavad sisuliselt eelnimetatud ettevõttesisesed dokumendid.

Eelkõige vitamiini H (biotiin) kohta avalikustab 8. septembri 1972. aasta Management Information, et kuigi konkurent – Sumitomi Undertaking, alustas biotiini tootmist 1971. aasta lõpus, eelistas ta müüa osa oma toodangust Roche'ile ja ülejäänud osa Ameerika Ühendriikidesse, ning Roche otsustas „anda esimese löögi ise” ja „oma jäiga hinnapoliitika kohe lõpetada,” kui 1973. aastal oli oodata uue tootja ilmumist.

Tegelikult 1973. aastal registreeriti vitamiini H hinna oluline langus.

76. Need tegurid näitavad, et Roche'il ei ole kindlasti mingit konkurentsipurvet ja ta võib sobiva hinnapoliitikaga seda ennetada.

Lisaks sellele soovitatakse samas *Management Information*'i väljaandes muude ennetavate meetmete kõrval kasutada lojaalsuslepinguid.

77. Vitamiini C, mille puhul võib Roche'i turuosa aastatel 1972–1974 hinnata 65%-le, osas väidetakse 6. detsembri 1971. aasta *Marketing News*'s, et selle toote defitsiitsuse tõttu soovitatakse Roche'i esindajatel ja tütarettevõtetel pikaajalist turustrateegiat arvestades „eelistada toiduainetetööstust nii tarnete kui hindade osas” vastukaaluks ravimitööstusele, mis peab hankima tooteid osaliselt vahendajatelt.

78. Kuigi esitatud arvnäitajad ja dokumendid näitavad, et hinnakõikumisi, mis olid mõnel juhul olulised, võib täheldada kõikide vitamiinide turgudel, ei ole need kõikumised konkreetsetel juhtudel konkurentsiga seotud ja teistel juhtudel on tavaliselt Roche see, kes on hinnaliider.

Lisaks näitavad kõik koostatud dokumendid tervikuna, et eksisteerib esmaklassiline äri- ja turundusorganisatsioon, mille kaudu on mitte üksnes võimalik saada süsteemset ülevaadet turgudest, vaid avastada ka iga võimaliku konkurendi väikseim ühe või teise toote kaubaturule sisenemise kavatsus, ning mis suudab mitte ainult silmapilkselt reageerida, vaid ka sobivate meetmetega ennetada selliseid katseid.

Kõik need kaalutlused näitavad, et väidetavad ja kinnitust leidnud hinnakõikumised ei tõenda, et oli olemas konkurentsipurve, mis võis ohustada Roche'i olulist sõltumatust turustrategia osas ning et need hinnakõikumised ei ole sellised, mis lükkaksid ümber järeldused, et eksisteerib turgu valitsev seisund, mis põhineb iga vitamiinirühma puhul turuosa ja muude tegurite kombinatsioonil.

79. Järelikult oli komisjonil õigus, kui ta leidis vaidlustatud otsuses, et vitamiinide A, B₂, B₆, C, E ja H turul oli olemas turgu valitsev seisund.

Vitamiini B₃ puhul oli selline järeldus aga vale.

II – turgu valitseva seisundi kuritarvitamine

1. jagu: esialgsed märkused

80. Vaidlustatud otsuse kohaselt kuritarvitas hageja oma turgu valitsevat seisundit sellega, et sõlmis 22 suure vitamiinistjaga müügilepingud (umbes 30 lepingut, millest mõned olid uuendatud lepingud, mida oli muudetud), milles need ostjad kohustusid hankima kõik või enamuse oma vajaminevatest vitamiinidest või nendes selgelt nimetatud vitamiinid vaid Roche'ilt või mis motiveerisid neid seda tegema, lubades hinnaalandust, mida komisjon peab lojaalsusel põhinevaks hinnaalanduseks.

Komisjoni väitel (vaidlustatud otsuse põhjendused 22 ja 24) kujutavad kaevatavad ainuõiguslepingud ja lojaalsusel põhinevad hinnaalandused endast kuritarvitamist

asutamislepingu artikli 86 tähenduses ühelt poolt seeõttu, et nad moonutavad tootjatevahelist konkurentsi, kuna ei anna turgu valitsevas seisus ettevõtte klientidele võimalust valida hankeallikaid, ning teiselt poolt seetõttu, et nende mõju oli erinevate tingimuste rakendamine võrdsetele tehingutele, pannes kaubanduspartnerid sellega ebasoodsasse konkurentsiolukorda, sest Roche pakkus kahele ostjale kahte erinevat hinda sama koguse sama toote eest sõltuvalt sellest, kas need kaks ostjat on nõus loobuma konkurentidelt toodete hankimisest või mitte.

81. Kõnealused lepingud on sõlmitud nende ühe või mitme vitamiinirühma müügiks, mille puhul on tuvastatud turgu valitseva seisundi olemasolu, ostjatele, kelle omandis on ühisturul ettevõtted, kellele on mõeldud kõik need vitamiinid või osa neist.

Nende lepingute loetelu on alljärgnev ja neile edaspidisel viitamisel kasutatakse ostja nime:

1. Afico/Nestle: üheaastase tähtajaga leping, mis hakkas kehtima 1. jaanuaril 1968 ja mida sai automaatselt pikendada.

2. American Cyanamid: üheaastase tähtajaga leping, mis hakkas kehtima 1. jaanuaril 1971 ja mida sai automaatselt pikendada.

3. Animedica: kaks lepingut, millest üks oli 12. jaanuaril 1973. aastal sõlmitud rahvusvaheline leping ja teine 9. mail 1972. aastal sõlmitud leping toodete tarnimiseks Saksa Föderaalsele Vabariigile; mõlemad olid aastase tähtajaga lepingud, mida sai automaatselt pikendada.

4. Beecham: kolm järjestikust lepingut, mis sõlmiti 1. aprillil 1972, 1. aprillil 1973 ja 31. detsembril 1973 vastavalt järgmisteks perioodideks: 1. aprill 1972 kuni 31. märts 1973, 1. aprill 1973 kuni 31. detsember 1973 ja aastaks 1974.

5. Capsugel/Parke Davis: leping, mis sõlmiti 22. märtsil 1967 ja mis hakkas kehtima 15. märtsil 1967.

6. Dawe's: leping, mis hakkas kehtima 1. augustil 1971 ja mis ei sisaldanud kokkulepet tähtaja osas.

7. Guyomarc'h: üheaastase kehtivusega leping, mis hakkas kehtima 1. mail 1972 ja mida sai automaatselt pikendada.

8. Isaac Spencer: kaks lepingut, millest üks oli sõlmitud perioodiks 1. juuli 1973 kuni 31. detsember 1973 ja teine aastaks 1974.

9. Merck: kolm lepingut, millest esimene oli sõlmitud 3. märtsil 1972 viieaastase tähtajaga vitamiini A osas ja mida sai automaatselt pikendada kahe aasta kaupa; millest teine oli sõlmitud 3. märtsil 1972 vitamiini E kohta ja milles oli eelmise lepinguga peaaegu sama tähtaega puudutav punkt; millest kolmas oli sõlmitud 5. juulil 1971 vitamiini B₆ kohta ja mis kehtis 31. detsembrini 1966 ja mida sai seejärel automaatselt pikendada kahe aasta kaupa.

10. Nitrovit/Imperial Foods: kaks üheaastase tähtajaga lepingut, millest esimene sõlmiti 22. detsembril 1972 ja teine 11. jaanuaril 1974.

11. Organon: üheaastase tähtajaga leping, mis sõlmiti 15. aprillil 1970, mida muudeti 10. oktoobril 1974 ja mida sai automaatselt pikendada.

12. Pauls and Whites: kolm lepingut, mis sõlmiti 2. märtsil 1972, 16. juulil 1973 ja 22. jaanuaril 1974 vastavalt järgmisteks perioodideks: 1. aprill 1972 kuni 31. märts 1973, 1. aprill 1973 kuni 31. detsember 1973 ja aastaks 1974.

13. Protector: üheaastase tähtajaga leping, mis hakkas kehtima 1. juulil 1968. aasta kohta, kuid mida tegelikult pikendati igal aastal vähemalt 1972. aasta lõpuni.

14. Provima: üks 30. septembril 1972. aastal sõlmitud leping, mida muudeti 27. novembril 1974 ja kus ei olnud tähtaega.

15. Radar: üks 23. veebruaril 1971 aastaks 1971 sõlmitud leping, milles viidatakse sarnasele lepingule, mis oli sõlmitud aastaks 1970.

16. Ralston Purina: üks 19. jaanuaril 1970 aastaks 1970 sõlmitud leping, mida pikendati vähemalt 1974. aasta lõpuni.

17. Ramikal: üks 22. augustil 1972 sõlmitud tähtajatu leping, mis hakkas kehtima 1. jaanuaril 1972 ja mis asendas 1964. aastast pärit lepingut.

18. Sandoz: üks leping, mis hakkas kehtima 1965. aastal, oli sõlmitud ühe kalendriaasta kohta ja mida sai igal aastal automaatselt pikendada.

19. Trouw: üks 1. juulil 1971 sõlmitud leping, mis hakkas kehtima 1. jaanuaril 1971 ja mida muudeti 27. novembril 1972.

20. Unilever: kolm 9. jaanuaril 1974 sõlmitud lepingut, mis olid sõlmitud aastateks 1974 ja 1975 ning millest esimene oli sõlmitud B tüüpi vitamiini A ja teine muud tüüpi vitamiin A tarnimise kohta Ühendkuningriiki ning kolmas vitamiini A tarnete kohta Mandri-Euroopas.

21. Upjohn: leping, mis hakkas kehtima 1. novembril 1967 ja milles ei olnud tähtaega.

22. Wyeth: üks leping, mis hakkas kehtima 1. jaanuaril 1964 ja milles ei olnud tähtaega.

2. jagu: kõnealuste lepingute analüüs

82. Kuigi lepingud koostati viiel erineval ajal ja samadel tingimustel, võib need ostja hankekohustuste ulatuse alusel jaotada kolmeks.

83. Mõned neist sisaldasid konkreetset ostjapoolset kohustust hankida eksklusiivselt Roche'ilt kas:

a) kõik või peaaegu kõik pakendamata puistekaubana müüdavad vitamiinid, mida Roche toodab: Afico/Nestle, Dawe's, Organon, Provimi (v.a 10% võrdlusmaterjalina), Ralston, Purina, Upjohn (kõik vitamiinid, v.a neli spetsiaalset vitamiin A toodet, mis on mõeldud loomasöödaks, mille jaoks on Roche andnud Upjohn'le litsentsi oma kaubamärgi Injacom kasutamiseks);

b) kõik lepingus nimetatud vitamiinid: Merck (vitamiin A, vitamiin B₆ Mercki enda toodetud 200 tonnist ülejäävas osas ja vitamiin E);

c) lepingus nimetatud protsent koguhangetest (American Cyanamid, Animedica Allemagne ja Animedica International: 80%) või konkreetse vitamiini hangetest (Guyomarc'h: 75% vitamiinide A, B, C ja E hangetest);

d) suurem osa (*la majeure partie, uberwiegender Teil*) vitamiinide või teatud vitamiinide hangetest (Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Ramikal, Trouw).

84. Mõnedes lepingutes kohustus ostja „eelistama Roche'i” (Wyeth), väljendas „kavatsust” teostada oma hanked vaid Roche'ist (Capsugel/Parke Davis) või nõustus soovutama oma tütarettevõtetel teha sama (Sandoz) kas kõikide vitamiinide või lepingus nimetatud vitamiinide hangete puhul (Capsugel/Parke Davis: A, B₁, B₂, B₆, C, E, H) või jällegi teatud koguhangete protsendi puhul (Protector: 80%).

85. Lisaks olid Merck'i ja Unilever'ga sõlmitud lepingud erilise iseloomuga ja nendes võetud kohustusi tasub eraldi uurida.

86. Enamik lepinguid olid tähtajatud vastavalt kokkulepitud tingimustele või sisaldasid kokkulepet automaatse pikendamise kohta, ning lepingute ilmselgeks eesmärgiks olid mitmeaastased kaubandussuhted.

Enamik lepinguid olid sõlmitud 1970. aastal ja kehtisid kas kogu ajavahemiku aastatel 1970–1974 või osal sellest.

87. Kõik eelmainitud lepingud, v.a Unilever'ga sõlmitud, sisaldasid erinevalt nimetatud allahindlusi või hinnaalandusi vitamiinide aastastelt või poolaastastelt koguhangetelt sõltumata vitamiinide rühmast.

Beecham'i, Isaac Spencer'i, Nitrovit'i, Pauls and Whites'i, Sandoz'e ja Wyeth'ga sõlmitud lepingute erijoon oli, et hinnaalanduste protsent ei olnud muutumatu vaid suurenes (üldiselt 1–3%) vastavalt igal aastal ostetud kogustele.

Välja arvatud Animedica International'i, Guyomarc'hi, Merck'i (B₆), Protector'i ja Upjohn'i puhul sisaldasid lepingud punkti (nn inglise punkt), mille kohaselt võisid kliendid (erinevate meetoditega, mida käsitletakse hiljem) teavitada Roche'i konkurentide soodsamatest pakkumistest, mille esinemisel võis klient, kui Roche oma hindu ei muutnud, selle ostu sooritada konkurendi juures, kuigi ta oli kohustunud ostma vaid Roche'ilt, või kui sellist konkreetset kohustust ei olnud mainitud, siis võis klient selle toote osta konkurentidelt, kusjuures mõlemal juhul ei kaotanud klient võimalust saada hinnaalandust.

88. Neid eritunnuseid arvestades on vaja tuvastada, kas vaidlustatud lepingud kujutavad endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist Roche'i poolt.

3. jagu: hinnaalanduste süsteemi ja eksklusiivselt Roche'ilt hankimise kohustuse juriidilise olemuse kindlaksmääramine asutamislepingu artikli 86 alusel

89. Kui turgu valitsevas seisundis ettevõtte seob ostjad, isegi kui see toimub nende enda palvel, nendepoolse kohustuse või lubadusega teha kõik hanked või suurem osa hangetest nimetatud ettevõtelt, kuritarvitab ta turguvalitsevat seisundit asutamislepingu artikli 86

tähenduses sõltumata sellest, kas kohustusega kaasneb lisatingimusi või võetakse see vastutasuks hinnaalanduse eest.

Sama kehtib ka siis, kui nimetatud ettevõtte kasutab kas nendega sõlmitava lepingu tingimustele vastavat või ühepoolset lojaalsusel põhinevate hinnaalanduste süsteemi, s.o allahindlusi, mida antakse tingimusel, et klient teostab kõik või suurema osa hankeid turguvalitsevas seisundis ettevõttelt, sõltumata sellest, kas kliendi hangete kogus on suur või väike, ilma ostjaid formaalse kohustusega sidumata.

90. Sellist tüüpi kohustused osta tooteid vaid ühelt ettevõttelt, hoolimata sellest kas see toimub vastutasuks hinnaalanduste eest, või lojaalsusel põhinevate hinnaalanduste tegemine, millega motiveeritakse ostjat teostama hankeid vaid turgu valitsevas seisundis ettevõttelt, ei ole kooskõlas eesmärgiga tagada ühisturul moonutamata konkurents, sest (kui ei ole erilisi asjaolusid, mis lubaksid ettevõtetevahelisi kokkuleppeid kooskõlas artikliga 85 ja eelkõige selle artikli lõikega 3) need ei põhine majandustehingutel, mis seda kohustust või kasu õigustab, vaid nende eesmärk on keelata ostjal valida hankeallikaid või seda valikut piirata ning takistada teiste tootjate turulepääsu.

Lojaalsusel põhinev hinnaalandus on erinevalt kvantiteedipõhistest hinnaalandustest, mis on seotud vaid ostumahtudega konkreetset tootjalt, mõeldud selleks, et rahaliste soodustuste pakkumisega takistada kliente ostmast tooteid konkurentidelt.

Lisaks tähendab lojaalsusel põhinevate hinnaalanduste tegemine erinevate tingimuste rakendamist võrdsete tehingute puhul teistele kaubanduspartneritele, sest kaks ostjat maksavad sama koguse sama toote eest erinevat hinda sõltuvalt sellest, kas nad teostavad hankeid vaid turgu valitsevas seisundis ettevõttelt või mitmest allikast.

Lisaks tugevneb nende turgu valitsevas seisundis olevate ettevõtete tegevuste (eelkõige laieneval turul) tulemusena tema positsioon mitte tehtud tehingutel põhineva konkurentsivormi abil ning on seega moonutatud.

91. Nõustuda ei saa hageja tõlgendusega, et kuritarvitamine tähendab turgu valitseva seisundiga kaasneva majandliku võimu kasutamist kuritarvitamise vahendina, millega hageja soovis ümber lükata järeldust, et aset oli leidnud turgu valitseva seisundi kuritarvitamine.

Kuritarvitamine on objektiivne mõiste, mis on seotud turgu valitsevas seisundis ettevõtte käitumisega, mis mõjutab turustruktuuri, sest kõnealuse ettevõtte olemasolu tõttu nõrgeneb konkurents ning äriettevõtte kasutab toodete või teenuste tehingute tegemisel toimivas tavapärasel konkurentsitasel kasutatavatest võtetest erinevaid võtteid, mis takistavad turul veel eksisteeriva konkurentsi taseme säilitamist või konkurentsi tugevnemist.

4. jagu: kõnealuste hinnaalanduste olemus

92. Hoolimata sellest väidab hageja, et kokkulepitud hinnaalandused on kogusel mitte lojaalsusel põhinevad või et need on ikkagi majandustehingud kliendiga, mille puhul selline tasu on õigustatud.

93. Seda väidet kaaludes on vaja eristada muutumatu ja progressiivse määraga hinnaalandusi sisaldavad lepinguid.

a) Lepingud, mis näevad ette muutumatu määraga hinnaalandused

94. Esiteks ei saa nõustuda hageja argumendiga muutumatu määraga hinnaalandusi sisaldavate lepingute osas.

95. Tegelikult, ja ilma, et see mõjutaks märkust, et ainuõiguste formaalse lubamise korral ei ole hinnaalanduse andmine lõpliku analüüsi jaoks oluline, ei sisalda ükski nimetatud leping kohustust, mis oleks seotud kindla või hinnangulise kogusega või ostumahtudega, ent lepingutes viidatakse „hangetele” või „protsendile hangetest”.

Lisaks sellele on enamikes neist lepinguosalistes ise kirjeldanud kõnealust punkti kui lojaalsusel põhinevat hinnaalanduse punkti (American Cyanamid, Organon, Provimi, Ralston Purina, Trouw) või kasutanud mõisteid, mis rõhutavad ainuõiguse ja lubatud hinnaalanduste vahelist seost.

96. Dawe'ga sõlmitud lepingus on kokkulepitud, et hinnaalandus antakse lubatud ainuõiguse „eest”. Ramikal'ga sõlmitud lepingus on kokkulepitud salastatud aastaboonus (*vertraulicher Jahresbonus*), „mis on tõeline boonus Roche'ist tehtud hangete eest (*eine echte Vergütung auf ihre Bezüge von Roche*) ja mis ei ole seotud kogusel põhinevate hinnaalandustega, millele Ramikal'l on jätkuvalt õigus”.

Tõsi, neljas lepingus, nimelt Afico/Nestle'i, Capsugel/Parke Davise, Provimi (aastast 1974) ja Upjohn'ga sõlmitud lepingutes antakse lepingutingimuste kohaselt kõikidele ostjatele hinnaalandust seetõttu, et need kliendid tagavad nende tütarettevõtete kohustusi esitatud otsetellimuste eest maksmisel.

Siiski on raske nõustuda, et hinnaalandused, mis on arvatud samadel alustel nagu lojaalsusel põhinevad hinnaalandusi sisaldavates lepingutes kokkulepitud hinnaalandused, võivad olla tasu rahvusvaheliste ettevõtete nagu Nestle, Parke Davis ja Upjohn poolt võetud kohustuse eest tagada Roche'ile nende tütarettevõtete maksejõulisust.

Samuti ei saa nõustuda Roche'i argumendiga, et osade vitamiinide nagu biotiini (vitamiin H) puhul oli hinnaalanduse näol tegemist tutvustusallahindlusega, sest lepingutes ei eristata erinevaid hinnaalandusi nende ülesande alusel, need on üldiselt ja ühtemoodi kohaldatavad iga kliendi kõikidele hangetele või suurele osale neist; samuti ei ole eristamine võimalik.

b) Progresseeruva määraga hinnaalandusi sisaldavad lepingud

97. Paljud kõnealused lepingud, nimelt Beecham'i (1972, 1973, 1974), Isaac Spencer'i (1973, 1974), Nitrovit'i (1973, 1974), Pauls and Whites'ga (1972, 1973, 1974) sõlmitud lepingutes on ühelt poolt ostja hangete „suurema osaga” seotud kohustus ja teisalt punkt hinnaalanduse kohta, mille kohaselt lubatakse kohaldada hinnaalandust, mille protsent suureneb (üldiselt 1%-lt 2%-le ja siis 3%-le) vastavalt sellele, kas aasta jooksul on ostjale tarnitud suurem või väiksem protsent tema hinnangulistest hangetest, kusjuures kõikides nendes lepingutes on koguhangete hinnanguline väärtus naelsterlingites ja kahes lepingus (Pauls and Whites 1972, Beecham 1972) on lisaks ka lepingus nimetatud vitamiinitüüpide hinnangulised kogused.

Näitena võib tuua Beecham'i lepingu (1.4.1972–31.3.1973), mille alusel oli hinnaalandus 1% (180 000 naela) alates 60% käibest, 1,5% (210 000 naela) alates 70% käibest ja 2% (240 000

naela) alates 80% käibest, kuna hinnangulisteks aastasteks hangeteks loeti maksimaalselt 300 000 naela.

Teistes lepingutes sisalduvad samad valemid, erinevates lepingutes ja erinevatel aastatel erinevad vaid hinnangulised hanked, mis sõltuvad ilmselgelt kliendi hankesuutlikkusest.

98. Kuigi kõnealustes lepingutes on elemente, mis esmapilgul tunduvad olevat kvantitatiivse iseloomuga, siis nende seose mitmelt ostult hinnaalanduse andmisega lähemal uurimisel selgub, et need on spetsiaalselt välja töötatud lojaalsusel põhineva hinnaalanduse alusel.

99. Esiteks tuleb märkida, et seda tüüpi hinnaalandus lisati lepingutesse, mille alusel tekkis ostjal hankimiskohustus, ostjat kõige vähem piiraval kujul, nimelt pidi ostja teostama „enamuse oma hankeid” Roche’ilt ja nii säilis tal tegevusvabadus.

Selle kohustuse ebamäära iseloomu tasakaalustasid suuresti hinnangulised aastased hankekogused ja hinnaalandus, mida anti vastavalt protsendile ostja koguhangetest ning selline progressiivne määr on tõhusaks stiimuliks, et teha maksimaalseid palju hankeid Roche’ilt.

100. Selline hinnaalanduste arvutamise meetod erineb vaid konkreetse ostja ostude mahuga seotud kogusel põhinevatest hinnaalandustest, sest kõnealused hinnaalandused ei sõltu objektiivselt määratud kogustest ja neid ei kohaldata kõikide ostjate puhul võrdselt, vaid need sõltuvad hinnangutest iga kliendi hankesuutlikkusest ja nende eesmärk ei ole mitte suurim kogus, vaid maksimaalselt suur protsent hangetest.

101. Järelikult oli komisjon samuti õigustatud käsitlema neid lojaalsusel põhinevaid hinnaalandusi sisaldavaid lepinguid turgu valitseva seisundi kuritarvitamisena.

5. jagu: ”inglise punkt”

102. Kõik kõnealused lepingud peale viie (Animedica International’i, Guyomarc’hi, Merck’i (B₆), Protector’i ja Upjohn’i lepingud) sisaldasid punkti (nn inglise punkt), mille kohaselt võis klient nõuda Roche’ilt oma hindu korrigeerida vastavalt konkurentidelt saadud soodsamatele pakkumistele. Kui Roche seda nõuet ei täitnud, siis võis klient selle ostu sooritada konkurendi juures, kuigi oli võtnud kohustuse osta eksklusiivselt Roche’ilt, kusjuures klient ei kaotanud sellepärast hinnaalandust teistelt juba tehtud või tulevastelt ostudelt Roche’i juures.

103. Hageja arvates välistab see punkt nii ainuõigusi andvate lepingute kui ka lojaalsusel põhinevate hinnaalanduste konkurentsi piirava mõju.

Eelkõige nende lepingute puhul, mis ei sisalda ostja selgesõnalist kohustust teostada kõik hanked Roche’ilt, kaotab „inglise punkt” kõnealuste hinnaalanduste „atraktiivse mõju,” kuna klient ei pea valima Roche’i vähematraktiivsete pakkumistega nõustumise ja kõikidelt Roche’ilt juba hangitud kaupadelt antavatest lojaalsusel põhinevatest hinnaalandustest ilmajäämise vahel.

104. Pole kahtlust, et see punkt võimaldab heastada mõningaid ebaõiglasi tagajärgi, nagu ostjate kohustus teha kõik hanked eksklusiivselt Roche’ilt või lojaalsusel põhinevate

hinnaalanduste andmine kõikidelt aktsepteeritud ostudelt küllaltki pika aja jooksul, mis leping nende ostjate jaoks kaasa tõi.

Sellegipoolest tuleb märkida, et ostjate võimalused kasutada konkurentsi oma kasuks on piiratumad kui esmapilgul tundub.

105. Peale selle, et „inglise punkt” ei sisaldu Guyomarc’hi, Merck’i (B₆), Animedica International’i, Protector’i ja Upjohn’ga sõlmitud lepingutes, kohaldatakse sellele tingimusi, mis piiravad selle kohaldamisala ja jätavad Roche’ile suure vabaduse otsustada, kas klient saab seda kasutada või mitte.

Mitmes lepingus on kokku lepitud mitte ainult tingimuses, et pakkumine peab olema tulnud olulistelt konkurentidelt, vaid ka tingimuses, et see peab olema tulnud suurtelt konkurentidelt, kes tegutsevad Roche’iga samades mastaapides, või on seal täpsustatud, et pakkumine peab olema võrreldav mitte ainult toote kvaliteedi, vaid ka kestvuse osas ning selline tingimus tugevdab ainuõigust kaotades võimaluse teostada aeg-ajalt soodsamaid hankeid.

Teistes lepingutes on lepitud kokku, et pakkumise peavad olema teinud tootjad, mitte vahendajad või esindajad, ning see tingimus peab jätma tegelikult kõrvale euroopavälised konkurendid, kes tegutsevad turul esindajate vahendusel, mis tuvastati sel ajal mil pooled kohtu palvel uurisid eraldi turuosasid.

Osades lepingutes on „inglise punkt” otseselt seotud Roche’i kohustusega tagada parimad hinnad „kohalikul turul” ja see toimib vaid nendes piirides, mis tähendab, et see piirab mitte ainult punkti kohaldamisala, vaid eraldab ka turud, ja see ei sobi kokku ühisturuga.

106. Lisaks ei kõrvalda „inglise punkt” ostjatevahelist diskrimineerimist, mis tuleneb lojaalsusel põhinevatest hinnaalandustest, mida antakse sarnases olukorras sõltuvalt sellest, kas ostjad saavad tarnijaid valida või mitte.

107. Eriti tuleb rõhutada asjaolu, et isegi kõige soodsamatel tingimustel ei heasta „inglise punkt” tegelikult konkurentsimoonutust, mis on tingitud lepingu punktidest, mis kohustavad ostjaid teostama hankeid vaid Roche’ilt, ja lojaalsusel põhinevatest hinnaalandustest kaubaturul, kus tegutseb turgu valitsevas seisundis ettevõtte ja kus sel põhjusel on konkurents juba nõrgendatud.

Tegelikult annab „inglise punkt”, mille kohaselt peavad Roche’i kliendid talle teatama konkurentide soodsamatest pakkumistest koos eelnimetatud üksikasjadega (nii et Roche’il on lihtne konkurenti tuvastada), oma olemuse tõttu hageja käsutusse teabe turutingimuste kohta ning konkurentidele avatud alternatiivide ja nende tegevuste kohta, mis on väga väärtuslik teave oma turustrategia elluviimisel.

Asjaolu, et turgu valitsevas seisundis ettevõtte nõuab oma klientidelt või saab neilt lepingulise nõusoleku teavitada teda konkurentide pakkumistest, samas kui klientidel võib olla selge ärihuvi neid mitte avaldada, on asjaolu, mis on raskendav asjaolu turgu valitseva seisundi kuritahtlikku ärakasutamisel.

Lisaks on „inglise punkti” tõttu Roche’il endal võimalik hindade muutmise või mittemuutmise kaudu otsustada, kas ta võimaldab konkurentsi või mitte.

108. Sellisel moel saab Roche tänu klientidelt saadud teabele muuta oma turustrateegiat nii, et see mõjutab nii kliente kui konkurente.

Kõikidest nendest teguritest nähtub, et komisjoni järeldus, et kõnealustesse lepingutesse lisatud „inglise punktid” ei kaotasid selle turgu valitseva seisundi kuritarvitamise iseloomu, kujunes asutamislepingu artikli 86 õige tõlgendamise ja kohaldamise pinnalt.

6. jagu: kõnealustes lepingutes (v.a Unilever ja Merck) sisalduvate kriteeriumide kohaldamine

109. Lepingud, milles sisaldub selgesõnaliselt ostjate kohustus teostada kõik (Afico, Dawe’s, Organon, Provimi, Ralston, Purina, Upjohn) või väga suur protsent (Animedica Allemagne, Animedica International, American Cyanamid, Guyomarc’h) oma vitamiinide või lepingus nimetatud vitamiinirühmade hangetest Roche’lt, vastavad konkurentsi piirava käitumise tingimustele ja kujutavad endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist.

Sama kehtib ka lepingute puhul, milles ostja võtab endale kohustuse anda Roche’ile õigus tarnida „suurema osa” (*majeure partie, uberwiegender Teil*) oma hangetest (Beecham, Pauls and Whites, Nitrovit, Isaac Spencer, Ramikal and Trouw), eriti kuivõrd selle vähem piirava sõnastuse iseloom kitsendab (nagu eelpool näidatud) vastavate hinnaalanduste andmine.

110. Samasugused järeldused tuleb teha nende lepingute puhul, mis annavad ostjatele eelnevalt analüüsitud hinnaalanduste andmisega tugeva stiimuli lasta Roche’il üksi tarnida kõik neile vajalikud vitamiinid või vitamiinirühmad või osa neist, kuigi võib kahelda, kas nendes lepingutes on ostjatel kindel kohustus teostada kõik hanked vaid Roche’ilt.

Komisjonil märkis õigustatult (vaidlustatud otsuse põhjendused 11 ja 24), et selle stiimuli muudab atraktiivsemaks asjaolu, et hinnaalandust antakse kõikidele erinevate rühmade vitamiinide ostude korral, nii et kui ostja sooviks osta konkreetset vitamiini konkureerivalt tootjalt (tingimustel, millele ei kohaldata „inglise punkti”, mille kohaldamisala käsitleti eelpool), siis ta ei saa seda teha, sest ta kaotaks hinnaalanduse kõikidelt teistelt vitamiinidelt, mida ta jätkuvalt ostab Roche’ilt.

111. Võttes arvesse asjaolu (mida nii hageja kui ka komisjon möönavad), et erinevad vitamiinirühmad on tooted, mida ei saa üksteisega asendada ja mis on erinevatel kaubaturgedel, siis kujutab see koguhangetelt antavate hinnaalanduste süsteem endast kuritarvitamist ka asutamislepingu artikli 86 teise lõigu punkti d tähenduses, sest selle eesmärgiks on, „et lepingute sõlmimise eeltingimuseks seatakse teise osapoole nõusolek võtta endale lisakohustusi, mis oma laadilt või kaubandustavade kohaselt ei ole seotud lepingu objektiga.”

Lisaks tuleb meeles pidada, et isegi kui ostja ei täida kohustust teostada kõiki hankeid eksklusiivselt Roche’ilt, ei saa teda süüdistada lepingu rikkumises, vaid ta kaotab ainult õiguse lubatud hinnaalandustele (nagu Roche seda möönab), on lepingutes siiski piisavaid stiimuleid, mis annavad Roche’ile ainuõiguse ostjat varustada, ja juba ainuüksi sellepärast kujutavad need endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist.

7. jagu: Merck’i ja Unilever’ga sõlmitud lepingutes sisalduvate kriteeriumide kohaldamine

a) Merck’ga sõlmitud lepingud

112. Roche on Merck'ga sõlminud kolm lepingut, millest esimene sõlmiti 5. juulil 1971 Merck'i vitamiiniga B₆ varustamise kohta, teine sõlmiti 3. märtsil 1972 vitamiiniga A varustamise kohta ja kolmas samal kuupäeval vitamiiniga E varustamise kohta.

113. Esimese, hageja 80% turuosaga toodet puudutava lepingu retsitaalis on kirjas, et „Roche kavatseb varsti oma tehase tootmist, mis hetkel on 500 tonni aastas, kahekordistada ja sellepärast on ta huvitatud osa Merck'i nõudluse rahuldamisest” ning et „Merck soovib need hanked teha Roche'ilt järgmistel tingimustel, kui Merck'i vajadused ületavad tema praegust tootmisvõimsust, mis on umbes 200 tonni aastas.”

Selle lepingu punktide 6 ja 7 kohaselt on Merck'i poolt makstav hind sama toote eest kolmandatele isikutele makstav keskmine hind, millest arvestatakse maha hinnaalandus 20%, millest on aru saada, et Roche kohaldab Merck'le kõige soodsamaid hindu ja/või tingimusi.”

Lepingu punkti 12 kohaselt on Merck'l keelatud nimetatud vitamiine ilma Roche'i nõusolekuta viimase konkurentidele edasi müüa.

Punkti 14 kohaselt nõustub Roche hankima kõik talle vajaliku „pürodoksiin-5-fosforestri” Merck'lt ja Merck nõustub seda tarnima samadel tingimustel kui Roche tarnib Merck'le vitamiini B₆.

Lepingu punktis 13 nähtud ette, et leping kehtib viis aastat ja see on kahe aasta kaupa automaatselt pikendatav.

Lepingus ei ole „inglise punkti”.

114. Teised kaks lepingut, mis on sõlmitud 3. märtsil 1972 Merck'le vitamiinide A ja E tarnimise kohta on üldiselt samas vormis, mis eelnevalt analüüsitud leping.

Erinevus nende kahe lepingu vahel seisneb selles, et vitamiini E kohta sõlmitud lepingute retsitaalides korratakse, et „Roche kavatseb peagi oluliselt suurendada vitamiini E tootmise võimsust” ja „soovib sellepärast olla Merck'i püsitarnija,” aga vitamiini A kohta sõlmitud lepingus seda retsilaatli ei sisaldu.

3. märtsil 1972. aastal sõlmitud kahes lepingus ei ole erinevalt 5. juulil 1971. aastal sõlmitud lepingust punkti, et lepinguosalistes teostavad hankeid ainult vastastikku, kuid seal sisaldub punkt, et Merck'l on õigus teostada hange mujalt, kui ta saab soodsama pakkumise ja Roche oma hindu ei muuda.

Lisaks keelavad need kaks lepingut Merck'l neis nimetatud vitamiine ilma Roche'i nõusolekuta viimase konkurentidele edasi müüa.

115. Eelnimetatud eritegurid näitavad, et Merck'i kohustuse hankida eksklusiivselt eesmärgiks on vähemalt vitamiinide B₆ ja E puhul tagada Roche'ile kavandatud tootmise suurendamise jaoks juba ette stabiilne turg ning eemaldada vähemalt märkimisväärne osa lisatoodangust konkurentsiohust.

Taoline kohustus hankida kaupa sellise aja jooksul eksklusiivselt turgu valitsevas seisundis ettevõttelt, mis on kasulik viimasele, on turgu valitsevas seisundis ettevõtte poolt oma seisundi kuritarvitamine asutamislepingu artikli 86 tähenduses.

Kuigi sama eesmärki ei ole nimetatud vitamiini A puhul ja kuigi ei saa välistada võimalust, et Merck soovis tagada regulaarset ja pidevat varustamist tootega, mida ta ise toodab vähe (mida võib oletada teksti lisatud mitme täpse tehnilise määratluse alusel), ei kaota see keeldu, et turgu valitsevas seisus ettevõtte ei tohi siduda oma ostjaid kohustustega hankida vaid temalt, eriti nii pika aja jooksul kui eelnimetatud lepingus.

Kohustus teostada hankeid vaid Roche'ilt koos lubadusega anda suuri hinnaalandusi (vastavalt olukorrale 12,5–20% vitamiini A puhul, 15–20% vitamiini E puhul ja 20% vitamiini B₆ puhul) ning vitamiinitootjatele edasimüümise keeld näitavad konkurentsi piiramise tahtlust.

116. Vaja on rõhutada, et nimetatud olukorras ja eelkõige arvesse võttes 5. juulil 1971. aastal sõlmitud lepingut, mille kohaselt lepinguosalisel kohustuvad tarnima vastastikku ainult teineteisele, tõstatub küsimus, kas selline käitumine kuulub asutamislepingu artikli 85 ja võib-olla selle lõike 3 rakendusalasasse.

Asjolu, et seda tüüpi kokkulepped võivad kuuluda artikli 85 ja eelkõige selle lõike 3 kohaldamisalasasse, ei välista artikli 86 kohaldamist, sest artikkel 86 reguleerib selgesõnaliselt olukordi, mis tulenevad selgelt lepingulistest suhetest, nii et sellisel juhul on komisjonil vastastikku võetud kohustusi ja lepinguosaliste konkurentsiolukorda turul arvestades õigus tegutseda artikli 85 või artikli 86 alusel.

b) Unilever'ga sõlmitud lepingud

117. Roche sõlmis Unilever'ga 9. jaanuaril 1974. aastal kolm lepingut.

118. Esimeses, mille sõlmis Unilver'i esindajana Food Industries Ltd. Roche'i tütarettevõttega Ühendkuningriigis, on ette nähtud ostja hinnanguliseks sünteetilise B-tüüpi vitamiini A hangete mahuks 1974. aastal 130–134 tuhat miljardit rahvusvahelist ühikut.

Leping näeb ka ette, et see pikeneb aastaks 1975 ja ostja esitab oma hinnangulise hankemahu hiljemalt 1974. aasta detsembriks.

Teine, mis on sõlmitud samade lepingupoolte vahel, käsitleb mitte B-tüüpi vitamiin A tarneid ja selle tingimused on muus osas samad mis esimeses lepingus.

Kolmas leping on sõlmitud otseselt Roche'i (Basel) ja Rotterdami Unilever Inkoop Mij-i vahel ja see näeb ette, et Roche on „nõus tarnima teie kontserni hanked (ainult Kontinentaal-Euroopas) järgmiste toodete osas: umbes 30 tuhat miljardit margariini jaoks mõeldud vitamiini A 1974. aastal, 27–33 tuhat miljardit 1975. aastal, umbes 6 000 kg β-karoteeni (kõik vormid) 1974. aastal, 5 400–6 600 kg 1975. aastal”.

119. Need kolm lepingut näevad ette kokkulepitud hinnad, mis Food Industries Ltd.-ga sõlmitud lepingute puhul on seotud ka vahetuskurssi reguleeriva punktiga.

Nendes kolmes lepingus ei ole nähtud ette hinnaalandusi, kuid kahe Food Industries Ltd.-ga sõlmitud lepinguga tagab Roche, et küsib Unileverilt soodsamat hinda kui kolmandatelt isikutelt, aga ainult Kontinentaal-Euroopa kohta sõlmitud lepingus on ette nähtud, et kui konkurendid teevad Unilever'le soodsama pakkumise, siis kohandab Roche oma hindu vastavalt või lubab ostjal osta selle koguse konkurentide juurest.

120. Lepingu tingimustest ilmneb täiesti selgelt, et nende eesmärk on see, et Unilever hangiks kogu vajamineva kõnealuse vitamiini aastatel 1974 ja 1975 Roche'ilt.

Kuivõrd kõnealustes lepingutes sisaldub formaalne kohustus teostada kõik hanked Roche'ilt, siis asjaolu, kas seal on ka hinnaalanduse andmise punkt, ei ole asutamislepingu artikli 86 kohaldamise üle otsustamisel määravaks.

Asjaolu, et Roche'i lepingupartner on ise mõjuvõimas ettevõtte ja et leping ei ole sõlmitud Roche'i poolt partnerile surve avaldamise tulemusena, et muuda olematuks turgu valitseva seisundi kuritarvitamist, mis vaid Roche'ilt hankimise kohustuse tõttu seisneb turu konkurentsistruktuuri veel suuremas häirimises, sest turgu valitseva ettevõtte olemasolu tõttu on konkurents isegi nõrgentatud.

Selliseid kokkuleppeid võib lubada vaid asutamislepingu artikli 85 lõikes 3 sätestatud tingimustel, kuid ükski lepinguosaline ei ole seda võimalust kasutanud.

121. Merck'i ja Unilever'ga sõlmitud lepingute uurimine ei avalikusta mingeid erijooni, mis ei võimaldaks neid pidada kuritarvitamiseks, mis põhimõtteliselt sisaldab kohustust teostada hanked turgu valitsevas seisus ettevõttelt, kes sellest kasu saab.

III – Mõju konkurentsile ja liikmesriikidevahelise kaubandusele

122. Hageja eitab, et lojaalsusel põhinevatest hinnaalandustest tingitud hinnaerinevused, mis sõltuvad sellest, kas kliendid on nõus teostama kõik hanked temalt või mitte, on sellised, mis panevad kliendid ebasoodsasse konkurentsiolukorda asutamislepingu artikli 86 punkti c mõistes, sest see erinevus ei mõjuta oluliselt Roche'i ostjate omavahelist konkurentsi.

Lisaks näib ta oma vastuses väitvat, et käitumine, mille tõttu teda kritiseeritakse, ei ole selline, mis takistaks liikmesriikidevahelist kaubandust.

123. Mis puutub esimesse punkti, siis kõnealused lepingud, *Management Information's* ette nähtud tasud ning 11. detsembris 1972. aastal Londonis Unilever'i ja Roche'i vahel toimunud kohtumise protokoll näitavad selgelt, kui oluliseks Roche antavaid hinnaalandusi peab.

Sellises olukorras ei saa nõustuda, et need hinnaalandused ei ole klientidele olulised.

Lisaks kui nii käitub turul valitsevas seisundis olev ettevõtte, kelle turul olemine juba iseenesest konkurentsi nõrgendab, siis võib artikli 86 mõistes lugeda turgu valitseva seisundi kuritarvitamiseks konkurentsi edasist nõrgendamist.

124. Mis puudutab mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele, siis esiteks on teada asjaolu, et iga kõnealuse vitamiini kaubaturg hõlmab kogu ühenduse territooriumit, milleks oli algselt kuus ja hiljem üheksa liikmesriiki.

125. Artiklites 85 ja 86 sisalduvaid keeldusid tuleb tõlgendada ja kohaldada võttes arvesse asutamislepingu artikli 3 punkti f, milles sätestatakse, et ühenduse tegevus hõlmab „sellise süsteemi loomist, mis tagab, et konkurentsi ühisturul ei kahjustata,” ja asutamislepingu artiklit 2, millega pannakse ühendusele kohustus edendada ühenduse kõigis osades majandustegevuse harmoonilist arengut.”

Keelates ettevõttepoolse turgu valitseva seisundi kuritarvitamise, kui see võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust, hõlmab artikkel 86 mitte ainult kuritarvitamist, mis võib otseselt kahjustada tarbijaid, vaid ka kuritarvitamist, mis kahjustab neid kaudselt kahjustades tõhusat konkurentsi, mis on ette nähtud asutamislepingu artikli 3 punktis f.

126. Lisaks viitas mitmete „inglise punktide” tegelik sõnastus, et säilitatakse turgude eraldatus, mis võimaldab eelkõige muuta erinevates liikmesriikides hindu, ja seda järeldust kinnitab asjaolu, millele on juba tähelepanu juhitud, et konkreetse vitamiini hinnamuutused konkreetsel ajavahemikul erinesid liikmesriigiti oluliselt.

127. Eelnevast nähtub, et kõnealune käitumine võis mõjutada nii konkurentsi kui ka liikmesriikidevahelist kaubandust.

Neljas väide: trahv

a) Karistusi sisaldavate eeskirjade ebatäpsus

128. Hageja väidab, et asutamislepingu artiklis 86 sisalduvad mõisted „turgu valitsev seisund” ja selle „kuritarvitamine” on üldise iseloomuga ja ebatäpsed ning komisjon oleks võinud selle artikli rikkumise eest trahvi määrata vaid juhul, kui neile mõistetele oleks antud spetsiifiline sisu kas halduskorras või kohtupraktikas, nii isikud, kellele trahve määratakse, oleksid teadlikud oma olukorrast.

129. Asutamislepingu artikli 87 alusel pidi nõukogu vastu võtma vajalikud määrused või direktiivid, eelkõige selleks, et tagada „trahvide ja perioodiliste karistusmaksete ettenägemiseks artikli 85 lõikes 1 ja artiklis 86 sätestatud keeldude järgimine.”

Sellest sättest lähtudes võttis nõukogu 6. veebruaril 1962 vastu määruse nr 17, mille artikli 15 lõikes 2 on sätestatud, et komisjon võib oma otsusega määrata ettevõtetele või ettevõtete ühendustele trahve kuni selles artiklis nimetatud maksimummääras, kui need rikuvad asutamislepingu artikli 85 lõiget 1 või artiklit 86 kas tahtlikult või hooletusest.

Teiselt poolt on määruse artiklis 2 sätestatud, et „asjassepuutuvate ettevõtete ja ettevõtete ühenduste taotlusel võib komisjon kinnitada, et temale teada olevate faktide põhjal ei ole tal EMÜ asutamislepingu artikli 85 lõike 1 või artikli 86 järgi alust kohaldada mingeid meetmeid selle kokkuleppe, otsuse või tegevuse suhtes.”

130. Seega alates 1962. aastast teadsid ettevõtted ühelt poolt seda, et kui nad artiklis sätestatud 86 keelde eiravad, siis võib neile määrata trahve ja teiselt poolt seda, et spetsiaalse korra kohaselt oli neil võimalus hankida teavet nimetatud keeldude kohaldamisala kohta konkreetsel juhudel.

Lisaks ei ole nende keeldude olemus ja täitmisele kuuluvad tingimused vaatamata artikli 86 üldsõnalisusele ebatäpsed ja ettenähtamatud, nagu Roche väidab.

131. Artikli 86 varasem kohaldamine andis Roche'ile aastatel 1970–1974, mille põhjal komisjon trahvi määras, teatud eelteadmise, millest oleks Roche'ile täiesti piisanud, et selle järgi toimida, kui ta langetas otsuseid turgu valitseva seisundi ja tegevuse osas, milles teda süüdistatakse.

132. Kui artikkel 86 viitab turgu valitseva seisundi olemasolule ja keelab seda kuritarvitada, siis tuleb seda artiklit vaadelda koos teiste sätetega (asutamislepingu artikli 3 punkt f, artikli 37 lõige 1, artikli 40 lõike 3 teine lõik, artikkel 85 ja artikkel 90), mille kõigi mõtteks on tõhusa ja moonutamata konkurentsi loomine erijoontega ühtsel turul.

Lisaks, kui artiklis 86 on kasutatud väljendeid „turgu valitsev seisund” ja „kuritarvitamine,” siis need ei ole uued mõisted ja nende sisuliselt spetsiifilise sisu on andnud enamikes liikmesriikides konkurentsi piirava käitumise uurimise ja tõkestamise eest vastutavad asutused oma tegevusega.

133. Mis puudutab eelkõige „turgu valitseva seisundi” mõistet, siis mõistlik äriettevõtte ei kahtle, et kuigi suured turuosad ei tähenda alati turgu valitsevat seisundit, siis see on sellega seoses küllaltki tähtis asjaolu ja seda on vaja arvestada seoses oma võimaliku käitumisega turul.

Selline artikli 86 kohaldamissala hindamine ei tähenda, et Roche'i puhul oli turgudel mõni tegur, mida ta ei saanud ette näha või mis tekitas põhjendamata kahtlusi.

134. Mis puutub lojaalsusel põhinevate hinnaalanduste kooskõlas olemisse artikli 86 keeldudega, siis ei olnud võimatu ette näha selle artikli kohaldamist süsteemile, mille alusel sooritati hankeid vaid hagejalt ja saadi kõnealuseid hinnaalandusi. Seda näitab mitte ainult asjaolu, et igal ühisturul tegutseval hageja suurusega ettevõttel peaks olema piisavad kogemused liikmesriikides konkurentsiõiguse kohaldamisega tegelevate asutuste tööga, vaid ka artikli 86 teise lõigu punkti b turgude piiramisele suunatud sõnastus, artikli 86 teise lõigu punkt d, mis keelab lepingute sõlmimise, mille eeltingimuseks seatakse teise osapoole nõusolek võtta endale lisakohustusi, mis ei ole seotud lepingu eesmärgiga, ning eelkõige artikli 86 teise lõigu punkt c, mis on suunatud erinevate tingimuste rakendamisele võrdsete tehingute puhul.

Veel vähem põhjust on nõustuda Roche'i väitega, et tema tegevuse tagajärge oli võimatu ette näha, sest hoolas äriettevõtte oleks pidanud võtma arvesse vähemalt selle õiguse kohaldamise võimalust, kui mitte tõenäosust, ning määruse nr 17 artiklis 2 lubatakse artikli 86 kahtlastel juhtudel kohaldamise otsuse puhul kasutada ennetusmeedet. Hageja siiski ei leidnud, et oleks võinud seda võimalust kasutada ja saada õiguskindlus, millest ta väidab end ilma jätud olevat.

135. Viimasena viitab hageja komisjoni 5 detsembri 1969. aasta otsusele (EÜT L 323, lk 21), mis puudutab EMÜ asutamislepingu artikli 85 kohast menetlust (IV-24, 470-1, Pirelli/Dunlop).

Hageja arvates näitab see otsus, et vastastikuse tarnimise ainuõiguse kokkulepped on lubatavad, kui neis on „inglise punkt”.

136. Hageja poolt viidatud otsus käsitles kahe turul mittevalitsevas seisus ettevõtte vahelist vastastikust rehvide tootmise kokkulepet, millega taheti muuta lihtsamaks teineteise turule sisenemist.

Veelgi enam, Dunlopi ja Pirelli kokkuleppes hindade kohandamist puudutavat punkti ei piiratud nii paljude piirangute ja tingimustega, mis on olemas kõnealustes lepingutes ja mis piiravad seda punkti oluliselt.

Turguvalitsevas seisundis olev ettevõtte ei või põhjendatult uskuda, et sellises olukorras antud sekkumatustõend on pretsedent, mis õigustab tema enda käitumist seoses artikliga 86.

137. Eeltoodud kaalutlustest nähtub, et artiklis 86 sisalduvate mõistete ebatäpsusel põhinev väide tuleb tagasi lükata.

b) Määruse nr 17 artikli 15 lõike 2 kohaldamine

138. Hageja väidab samuti, et kogu toimiku sisust ja tema tegevusest nähtub, et tema käitumist ei saa pidada ei tahtlikuks ega hooletuks, kui ta arvas ühelt poolt, et ta ei olnud antud kaubaturgudel turguvalitsevas seisundis ja teiselt poolt, et kõnealused lepingud olid asutamislepingu artikliga 86 kooskõlas.

139. *Managemant Information's* ja muudes ettevõttesisestes dokumentides sisalduvad soovitusel ja juhised tõendavad, et seoses eksklusiivselt Roche'ilt hankimist ja lojaalsusel põhinevaid hinnaalandusi sisaldavate lepingute sõlmimise oodatava mõjuga Roche'i turuosade säilitamisele, kasutas hageja sihilikult äristrateegiat, mille eesmärk oli uute konkurentide turuletuleku takistamine.

Seda kavatsust kinnitab eksklusiivselt Roche'ilt hankimist sisaldavate või seda soodustavate lepingute arvu suurenemine pärast 1970. aastat.

Teisalt viitavad hageja turuosad (igatahes enamiku vitamiinirühmade puhul), et hageja veendumus, et ta ei ole turgu valitsevas seisundis, võis olla tingitud vaid sellest, et ta ei tutvunud piisavalt nende turgude struktuuridega, kus ta tegutses, või keeldus neid arvesse võtmast.

Seega olid määruse nr 17 artikli 15 kohaldamise tingimused täidetud.

c) Trahvi suurus

140. Siiski näitasid selle kohtuasja ettevalmistavad uurimistoimingud, et komisjon on hageja turgu valitseva seisundi hindamisel eksinud B₃ rühma vitamiinide turu puhul.

Mis aga puudutab turgu valitsevat seisundit tõendavaid turuosasid, siis komisjon esitas andmed ainult aastate 1972, 1973, 1974 ja teatud määral 1971 kohta, nii et vaadeldava rikkumise ajavahemikku, mille alusel trahv määrati, tuleb vähendada nii, et see oleks vaid veidi üle kolme aasta, mitte viis aastat, nagu komisjon arvestas.

Lisaks on tuvastatud asjaolu, et juba haldusmenetluse ajal väitis Roche, et ta on valmis kõnealuseid lepinguid muutma ja tegelikult muutiski neid koostöös komisjoni osakondadega.

141. Eeltoodut arvesse võttes tuleb trahvi vähendada ja tundub õiglane, kui see on 200 arvestusühikut, s.o 732 000 saksa marka ja ülejäänud hagi jäetakse rahuldamata.

Kohtukulud

142. Kodukorra artikli 69 lõike 2 alusel tehakse kohtuvaidluse kaotanud poolele ettekirjutus kanda kohtukulud, kui pool, kelle kasuks otsus tehti, seda oma hagis nõuab.

Kui hagi rahuldati osaliselt, või teatud erakorralistel juhtudel, võib kohus sama artikli lõike 3 kohaselt teha pooltele ettekirjutuse kanda oma kohtukulud kas osaliselt või täielikult.

Kumbki pool on kõnealuses kohtuasjas osaliselt kaotanud ja peab sellepärast kandma enda kohtukulud.

Esitatud põhjendustest lähtudes

EUROOPA KOHUS

otsustab:

1. Vähendada Hoffmann-La Roche AG-le komisjoni 9. juuni 1976. aasta otsuse (IV/29.020) artikli 3 lõikes 1 määratud trahv 300 000 arvestusühikult, so 1 098 000 Saksa margalt 200 000 arvestusühikule, so 732 000 Saksa margale.

2. Jätta ülejäänud osa hagist rahuldamata.

3. Jätta mõlema poole kohtukulud nende endi kanda.

Kutcher

Mertens de Wilmars

Mackenzie Stuart

Donner

Pescatore

Sørensen

O'Keefe

Bosco

Tuffait

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 13. veebruaril 1979. aastal Luxembourgis.

A. Van Houtte

H. Kutcher

Kohtusekretär

President