

KOHTUJURISTI ETTEPANEK

JÁN MAZÁK

esitatud 25. septembril 2008¹

1. Apellatsioonkaebuses palutakse Euroopa Kohtul käsitleda väidetavat turgu valitseva seisundi kuritarvitamist, mis avaldub omahinnast madalamate hindadega müügis ja on üks turgu valitsevas seisundis ettevõtjate viise konkurentide turult väljatõrjumiseks või „kõrvaldamiseks”.² Euroopa Kohtu varasem omahinnast madalamaid hindu käsitlev kohtupraktika on seotud põhiliselt kohtuasjadega Akzo³ ja Tetra Pak II⁴.

eXtense ja Wanadoo ADSL⁶ (edaspidi „kõnealused teenused”) omahinnast madalama hinnaga, mis seoses strateegiaga võita kiire Interneti-ühenduse turg endale selle arenemise olulises staadiumis ei võimaldanud tal katta muutuvkulusid kuni augustini 2001 ega kogukulusid alates augustit 2001.⁷ Komisjon nõudis talt selle rikkumise lõpetamist ja määras talle 10,35 miljoni euro suuruse trahvi.⁸

2. Apellatsioonkaebuse põhjuseks on komisjoni 16. juuli 2003. aasta otsus,⁵ milles komisjon leidis, et Wanadoo Interactive SA rikkus EÜ artiklit 82, pakkudes teenuseid

3. Esimese Astme Kohus jättis vaidlustatud otsuse oma 30. jaanuari 2007. aasta otsusega kohtuasjas T-340/03⁹ (edaspidi „vaidlustatud kohtuotsus”) muutmata. Apellatsioonkaebuses palub France Télécom SA (edaspidi „FT” või „apellant”), varem Wanadoo Interactive SA (edaspidi „WIN”), vaidlustatud kohtuotsust tühistada.

1 – Algkeel: inglise.

2 – Omahinnast madalama hinnaga müüki nimetatakse mõnikord ka kuludest madalama hinna võtmiseks.

3 – 3. juuli 1991. aasta otsus kohtuasjas C-62/86: AKZO vs. komisjon (EKL 1991, lk I-3359) (edaspidi „AKZO”).

4 – 14. novembri 1996. aasta otsus kohtuasjas C-333/94 P: Tetra Pak vs. komisjon (EKL 1996, lk I-5951) (edaspidi „Tetra Pak II”).

5 – Komisjoni 16. juuli 2003. aasta otsus [EÜ] artikli 82 kohaldamise menetluse kohta (juhtum COMP/38.233 - Wanadoo Interactive) (edaspidi „vaidlustatud otsus”).

6 – Asümmeetriline digitaalne abonentliin.

7 – Vaidlustatud otsus, artikkel 1.

8 – Otsus, artiklid 2 ja 4.

9 – 30. jaanuari 2007. aasta otsus kohtuasjas T-340/03: France Télécom SA vs. komisjon (EKL 2007, lk II-107).

I. Kohtuasja taust

4. Vaidluse aluseks olevad faktilised asjaolud võttis Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 1–11 kokku järgmiselt:

„1 Seoses kiire internetiühenduse arenguga otsustas komisjon juulis 1999 korraldada Euroopa Liidus selles sektoris järelepärimise^[10]; järelepärimine puudutas teenuseid, mis olid seotud kohalikule võrguühendusele juurdepääsuga ja koduvõrguühenduse kasutamisega. Informatsioon, mis sel teel koguti, andis komisjonile alust uurida täpsemalt [WIN-i] kiire Interneti-ühenduse teenuse hindu, mida pakuti Prantsusmaa kodukasutajatele. Ta algatas selleks [*ex officio*] uurimise septembris 2001.

2 WIN kuulus vaidlusalusel perioodil France Télécom'i kontserni. 99,9% tema aktsiakapitali esindas Wanadoo SA. [FT] osalus Wanadoo kapitalis vaidlusalusel perioodil kõikus 70% ja 72,2% vahel. Wanadoost ja tema tütarettvõtjatest [...] koosnevasse kontserni oli kokku koon-

datud kõik [FT] Internetiga seotud teenused ja telefoniraamatute väljaandmisega seotud tegevus. [...] WIN [täitis] Prantsusmaal Interneti-ühendusega seotud korralduslikke ja tehnilisi üleandeid, osutades sealhulgas ADSL [...] teenuseid.

3 Komisjon esitas WIN-ile esimese vastuväiteteatise 19. detsembril 2001 [...] ja täiendava vastuväiteteatise 9. augustil 2002 [...], millele WIN vastas vastavalt 4. märtsil ja 23. oktoobril 2002.

4 16. jaanuaril 2003 esitas komisjon WIN-ile kirja „faktiliste asjaolude” kohta [...], millega võimaldati juurdepääs toimikule, mille alusel kiri oli koostatud. WIN tutvus toimikuga 23. ja 27. jaanuaril 2003. WIN palus 26. veebruaril 2003 komisjonilt selgitusi faktiliste asjaolude kirja mitme aspekti kohta. Komisjon vastas 28. veebruaril 2003. aasta kirjaga, millele järgnevalt esitas WIN vastuse faktiliste asjaolude kirjale 4. märtsil 2003.

10 – Rakendades talle nõukogu 6. veebruari 1962. aasta määruse nr 17, esimene määrus asutamislepingu artiklite [81] ja [82] rakendamise kohta (EÜT 1962, 13, lk 204; ELT eriväljaanne: 08/01, lk 3) artikli 12 lõikes 1 antud pädevust.

- 5 [Vaidlustatud otsuses] leidis komisjon, et „[WIN rikkus EÜ artiklit 82”,¹¹] nõudis talt selle rikkumise lõpetamist [...] ja määras talle 10,35 miljoni euro suuruse trahvi [...].
- 6 Vaidlustatud otsus määratleb asjaomase turu kui Prantsuse kiire Interneti-ühenduse turu kodukasutajatele. Rikkumine puudutab tooteid, mis on seotud kiire Interneti-ühenduse teenuse pakkumisega ADSL tehnoloogia abil (Wanadoo ADSL ja eXtense).
- 7 Vaidlustatud otsuse kohaselt pidi Wanadoo ADSL-iga liitunud abonent vaidlusalusel perioodil teenuse eest [FT-le] maksuma iga-kuist teenustasu ja [FT] ADSL modemi üüri ning WIN-ile maksuma teenustasu Interneti-ühenduse teenuse pakkujaks (edaspidi „ISP”) olemise eest. EXtense teenuse puhul ostis kasutaja modemi välja ja maksis WIN-ile vaid üht igakuist teenustasu, mis kattis [FT] osutatud teenust ja piiramatut kasutusajaga Interneti-ühenduse muutumatut tasu.
- 8 Pärast erinevate aspektide, sealhulgas turuosade (vaidlustatud otsuse põhjendused 211–222) ja [FT-ga] „seotuse” (põhjendused 223–228) uurimist järeldas komisjon, et WIN-il oli asjaomasel turul turgu valitsev seisund. Seejärel keskendus komisjon selle tõendamisele, et WIN-i omahinnast madalamate hindadega müük toimus strateegia raames, mille eesmärk oli turg „endale võita” ja mis seega kujutab endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist EÜ artikli 82 tähenduses (põhjendus 254).
- 9 Vaidlustatud otsus määrab rikkumise perioodi algusena kindlaks 1. märtsi 2001 ja lõpuna kindlaks 15. oktoobri 2002, mil hakkas kehtima [FT] märtsis 2002 avaldatud hinnaalandus. Seega ei saadud märtsist kuni augustini 2001 võetavate hindadega katta muutuvkulusid ja alates sellest kuupäevast kogukulusid (vaidlustatud otsuse artikkel 1, vt eespool punkt 5).
- 10 WIN-ile teatati vaidlustatud otsusest 23. juulil 2003 [...].
- 11 1. septembril 2004 jõustunud ühinemise tagajärjel muutus [FT] SA WIN-i õigusjärglaseks.”

11 – Vt käesolev ettepanek, punkt 2.

II. Vaidlus Esimese Astme Kohtus ja vaidlustatud kohtuotsus

5. WIN esitas Esimese Astme Kohtu kantseleile 2. oktoobril 2003 hagiavalduse vaidlustatud otsuse tühistamiseks.

6. Esimese Astme Kohus jättis hagi vaidlustatud kohtuotsusega rahuldamata.

7. Vaidlustatud otsuse tühistamise nõude põhendamiseks tugines WIN neljale väitele: i) kaitseõiguse ja oluliste menetlusnormide rikkumine, ii) põhjenduse puudumine, iii) karistuse isiklikkuse põhimõtte rikkumine ja iv) EÜ artikli 82 rikkumine.¹²

8. Apellatsioonkaebus käsitleb üksnes neljanda väite (EÜ artikli 82 rikkumine) teist osa ehk turgu valitseva seisundi kuritarvitamise küsimust.¹³ Selles osas väitis WIN sisuliselt, et komisjon on rikkunud EÜ artiklit 82 sellega, et ta ei ole õiguslikult piisavalt tõestanud, et WIN on rikkunud oma turgu valitsevat

seisundit, müües kõnealuseid teenuseid 2001. aasta märtsist 2002. aasta oktoobrini (edaspidi „vaidlusalune periood”) omahinnast madalamate hindadega.

9. See väide koosnes kahest osast, mis puudutasid: i) kulude katmise testi ja ii) omahinnast madalama hinnaga müügi testi rakendamist komisjoni poolt.

10. Esiteks näib, et pooled jagavad sisuliselt arvamust järgmistes punktides:

- kõnealuste teenuste puhul on tegemist Interneti-ühenduse abonenttellimustega ja seega osutatakse neid teatud perioodi jooksul, milleks on keskmiselt 48 kuud;

¹² – Esimese Astme Kohtule esitatud hagi tugines WIN trahvi summa tühistamiseks või vähendamiseks veel järgmistele väidetele: i) karistuse isiklikkuse ja seaduse alusel karistamise põhimõtete rikkumine, ii) vaidlusaluse tegevuse mõju puudumine, iii) rikkumise kestuse väär kindlaksmääramine ning iv) proportsionaalsuse põhimõtte rikkumine.

¹³ – Vt vaidlustatud kohtuotsus, punktid 122–230.

- iga abonenttellimusega kaasneb igakuiselt korduv tulu;

- kulude hulka kuuluvad ühelt poolt „abonendi tellimuse saamiseks tehtud kulud” või „turu võitmise kulud”, nagu reklaami- ja sooduspakkumiste kulud, klientide „stardikomplektid” jms (mis kuuluvad ühekordsete kulude kategooriasse, kuna ettevõtjale tekivad nad vaid ühel korral seoses abonentlepingu sõlmimisega), ning teiselt poolt „tootmiskulud” ja „võrgu kulud” (mis kuuluvad korduvate kulude kategooriasse, kuna nad on seotud abonenttellimuse täitmisega ja tekivad ettevõtjale igal kuul; sellised kulud võivad olla kas muutuvkulud, nagu kulud, mis on seotud juurdepääsu tagamisega FT võrgule, mille eest viimane nõuab tasu abonentide arvu põhjal, või püsikulud, nagu ettevõtja jooksvate kohustuste täitmisega seotud kulud).

11. Kulude katmise kontrollimiseks võrdles komisjon igakuiseid tulusid summaga, mis saadi igakuiselt korduvate kulude liitmisel ühekordsete kulude selle osaga, mille võis ühekordsete kulude 48 kuu peale jagamisel lugeda ühe kuu kuludeks. Konkreetset arvutas komisjon välja sellise suhtarvu keskmise neljal järjestikusel perioodil: 1. jaanuarist 2001 kuni 31. juulini 2001, 1. augustist 2001 kuni 15. oktoobrini 2001, 15. oktoobrist 2001 kuni 15. veebruarini 2002, 15. veebruarist 2002 kuni 15. oktoobrini 2002.

1. Väited kulude katmise testi kohta

12. Esimese Astme Kohus märkis,¹⁴ et „[k]omisjon leiab seda meetodit kasutades, et WIN-i võetavad hinnad ei võimaldanud tal katta tema muutuvkulusid kuni 2001. aasta augustini ja kogukulusid jaanuarist 2001 kuni oktoobrini 2002 [...]; pole kahtlust, et kuni augustini 2001 ei kaetud ka kogukulusid, arvestades muutuvkulude taset.”

13. Käsitledes WIN-i vastuväidet kulude katmise määra arvutamise meetodi valiku kohta, meenutas Esimese Astme Kohus esiteks, et kuna see valik eeldab komisjonilt keerulist majanduslikku hinnangut, peab tal olema suur kaalutusõigus. Seetõttu piirdus Esimese Astme Kohtu kontroll menetlust ja põhjendamist puudutavatest normidest kinnipidamise, asjaolude sisulise õigsuse, ilmsete hindamisvigade puudumise ja võimu kuritarvitamise puudumise kindlakstegemisega.¹⁵

14. Viidates seejärel otsustele kohtuasjades Akzo ja Tetra Pak II,¹⁶ toonitas Esimese Astme Kohus: „esiteks, et kui küsitav hind on alla poole muutuvkuludest, võib oletada, et hinnapoliitika eesmärk on konkurentide kõrvaldamine, ja teiseks, et kui küsitav hind

¹⁴ – Vt vaidlustatud kohtuotsus, punkt 138.

¹⁵ – Vt vaidlustatud kohtuotsus, punkt 129, milles on viidatud 28. mai 1998. aasta otsusele kohtuasjas C-7/95 P: John Deere vs. komisjon (EKL 1998, lk I-3111, punkt 34 ja seal viidatud kohtupraktika).

¹⁶ – Viidatud eespool vastavalt 2. ja 3. joonealuses märkuses.

on alla poole kogukuludest, kuid ületab muutuvkulusid, siis tuleb hinda käsitleda ebaõiglasena siis, kui see on kindlaks määratud teatud konkurendi kõrvaldamise strateegia raames.”¹⁷

kulusid ei saa arvesse võtta, et arvutada kulude katmise määra rikkumise perioodil.²⁰

15. Esimese Astme Kohus märkis, et komisjon lähtus vaidlustatud otsuses kohandatud kulude tegeliku katmise analüüsist. Varade amortiseerimise põhimõttest lähtudes jagas komisjon klientuuri saamiseks tehtud kulud 48 kuu peale. Tulemusest lähtudes analüüsis ta eraldi kohandatud muutuvkulude katmist ja kohandatud kogukulude katmist.¹⁸

18. Lõpuks märkis Esimese Astme Kohus, et isegi kui WIN tõendaks, et tema valitud meetod (st diskonteeritud rahavoogude meetod) on teatud osas asjakohasem, ei piisa sellest, et tõendada, et komisjoni kasutatud meetod on õigusvastane.²¹

16. Lisaks lükkas Esimese Astme Kohus tagasi WIN-i väite, et komisjon on teinud staatilise kulude katmise testi, võtmata arvesse igakuiselt korduvate kulude kohandamist ajas; selline test oleks olnud WIN-ile palju ebasoodsam. Kohus märkis, et komisjon on iga arvessevõetud rikkumise perioodi ja iga abonendi osas arvestanud hinna alanemist vaidlusalusel perioodil. Komisjon on nendest hinna alanemistest lähtudes struktureerinud isegi oma analüüsi.¹⁹

19. Lisaks leidis WIN, et komisjon on tema enda kasutatud meetodi rakendamisel teinud arvutusvigu, nimelt püsiv- ja muutuvkulude väljaarvutamise osas.

17. Peale selle toonitas Esimese Astme Kohus, et komisjon on õigesti leidnud, et 2002. aasta oktoobrile ja seega rikkumise lõppemisele järgnenud perioodi tulused ja

20. Sellega seoses leidis Esimese Astme Kohus, et sõltumata sellest, kas see väide on vastuvõetav või mitte, ei olnud komisjon, kes kasutas oma kaalutusõigust ja võis leida, et muutuvkulude katmine 99,7% ulatuses ei ole

17 – Vt vaidlustatud kohtuotsus, punkt 130.

18 – Vt punkt 132.

19 – Vt punktid 140–143.

20 – Vt punkt 152.

21 – Vt punkt 153.

käsitletav rikkumisena, selle asjaolu tõttu kohustatud tegema sama järeltust 98% või 99% – olenevalt asjaoludest – kogukulude katmise määra suhtes. Seega tuli antud väide alusetuna tagasi lükata.²²

2. Omahinnast madalama hinnaga müügi testi puudutavad väited

21. Esimese Astme Kohus lükkas tagasi ka WIN-i väited komisjoni kohaldatud omahinnast madalama hinnaga müügi testi kohta.

22. Esmajoones lükkas ta tagasi WIN-i argumentid, et ettevõtjal on õigus juhendada heauskselt hindadest, mida tema konkurent on varem kohaldanud, isegi kui need ei kata tema kulusid.

23. Olles märkinud, et komisjoni otsustuspraktikas ega ühenduse kohtupraktikas ei ole tunnustatud, et turgu valitsevas seisundis ettevõtja õigus juhendada oma konkurentide hindadest on absoluutne, juhtis Esimese Astme Kohus tähelepanu asjaolule, et sellistel ettevõtjatel on erikohustused ning neilt võib võtta õiguse tegutseda viisil või teha selliseid toiminguid, mis ei ole iseenesest turgu kuritarvitavad ja mis ei oleks ka karistatavad, kui

neid viiks läbi või teeks turgu valitseva seisundiga ettevõtja.²³

24. Esimese Astme Kohus järeldas, et „WIN ei saa oma tegevuse põhjendamisel tugineda absoluutsele konkurentide hindadest juhindumise õigusele. Kuigi on tõsi, et turgu valitseva seisundiga ettevõtja juhindumine tema konkurentide hindadest ei ole iseenesest kuritarvitamine või karistatav, võib see olla sellisena käsitletav juhul, kui sellise tegevuse eesmärk ei ole ainult ettevõtja huvide kaitsmine, vaid tema turgu valitseva seisundi tugevdamine ja selle kuritarvitamine.”²⁴

25. Teiseks otsustas Esimese Astme Kohus, et WIN-i väide omahinnast madalama hinnaga müügi strateegia puudumise ja konkurentsi vähenemise kohta tuleb tagasi lükata.

26. WIN-i väitel on komisjon sellise strateegia olemasolu järeldades oluliselt rikkunud EÜ artiklit 82. WIN-i arvates ei saanud alla omahinna müügi strateegia toonaste turutingimuste juures, eriti arvestades, et turuletuleku tõkkeid kõnealuses sektoris oli vähe, olla mingil juhul mõistlik.²⁵

22 – Vt punktid 165–169.

23 – Vt punkt 186.

24 – Vt punkt 187.

25 – Vt punkt 188.

27. Ühenduse kohtupraktikale viidates meenutas Esimese Astme Kohus, et kui omahinnast madalamad hinnad on madalamad keskmistest kogukuludest, tuleb konkurentsi kõrvaldamise strateegia olemasolu tõendada ning see tahe peab olema tõendatud kaalukate ja üksteist toetavate kaudsete tõenditega.²⁶ Seejärel märkis Esimese Astme Kohus, et komisjoni osutatud avaldused, mis sisaldasid äriühingu sisedokumentides, on kaudne tõend omahinnast madalama hinnaga müügi kohta, mida teised asjaolud kinnitavad. Esimese Astme Kohus leidis, et WIN on oma hagiavalduses esitanud üksnes umbmääraseid väiteid, mis ei võimalda Esimese Astme Kohtul ette valmistada kohtuotsust, ning lükkas need seepärast tagasi. Esimese Astme Kohus järeldas, et komisjon on esitanud kaalukaid ja üksteist toetavaid tõendeid selle kohta, et kogu rikkumise vältel oli olemas omahinnast madala hinnaga müügi strateegia.²⁷

29. Esimese Astme Kohus asus seisukohale, et kooskõlas otsustega kohtuasjades Akzo ja Tetra Pak II on komisjon õigesti leidnud, et omahinnast madalamate hindadega müügi tuvastamiseks ei pea tõendama kahjumi tagasiteenimist. Järgides ühenduse kohtupraktikat, võis komisjon keskmisest muutuvkulust madalamaid hindu ebaõiglaseks pidada. Sellisel juhul võis eeldada, et nimetatud hinnapoliitika eesmärk oli konkurentide kõrvaldamine. Mis puutub kogukulusse, siis pidi komisjon tõendama ka seda, et WIN-i omahinnast madalamate hindadega müük toimus strateegia raames, mille elluviimisega taheti turg „endale võita”. Kummalgi juhul ei tulnud lisaks tõendada seda, et WIN-il oli reaalne võimalus kahjum tagasi teenida.²⁹

III. Poolte nõuded

30. FT palub Euroopa Kohtul:

28. Kolmandaks esitas WIN seisukoha, et kahjumi tagasiteenimine on omahinnast madalama hinnaga müügi testist täielikult eraldiseisev asjaolu, mida komisjon peab tõendama. WIN leidis, et komisjon rikub seega oluliselt õigusnorme, arvates, et kahjumi tagasiteenimist ei ole vaja tõendada. Peale selle arvas WIN, et komisjon on teinud lisaks õigusnormide rikkumisele ka ilmse hindamisvea, leides, et ta on kahjumi tagasiteenimise võimalikkust tõendanud.²⁸

- tühistada vaidlustatud kohtuotsus ning sellest tulenevalt:
- suunata asi tagasi Esimese Astme Kohtusse uueks läbivaatamiseks; või

²⁶ – Vt punktid 195–198.

²⁷ – Vt punktid 199–215.

²⁸ – Vt punktid 219–223.

²⁹ – Vt punktid 224–229.

- teha ise lõplik otsus ning tühistada vaidlustatud otsus ja rahuldada nõuded, mis hageja esitas esimeses astmes;

A. *Esimene väide: põhjenduse puudumine*

33. Esimene väide seisneb kahes etteheites. Esimeses etteheites leiab apellant, et Esimese Astme Kohus on rikkunud põhjendamiskohustust kahjumi tagasiteenimise võimalikuse osas, mis peaks olema tõendatud.

- mõista kohtukulud välja komisjonilt.

31. Komisjon palub Euroopa Kohtul:

34. Esimese väite teises etteheites leiab apellant, et Esimese Astme Kohus on rikkunud põhjendamiskohustust konkureerivate ettevõtjate hindadest juhendumise õiguse osas, mille Esimese Astme Kohus põhjenduseta välistas.

- jätta apellatsioonkaebus rahuldamata;

35. Parema jälgitavuse huvides käsitlen neid etteheiteid vastupidises järjekorras.

- mõista kohtukulud välja apellandilt.

1. Konkureerivate ettevõtjate hindadest juhendumise õigus

IV. Apellatsioonkaebus

Poolte argumendid

32. Oma apellatsioonkaebuse põhjendami-seks tugineb apellant seitsmele väitele.

36. *Apellant* ei ole nõus sellega, et Esimese Astme Kohus piirdus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 187 üksnes selle märkimisega, et

„[k]uigi on tõsi, et turgu valitseva seisundiga ettevõtja juhendumine tema konkurentide hindadest ei ole iseenesest kuritarvitamine või karistatav, *ei saa olla välistatud, et see võib olla sellisena käsitletav* juhul, kui tegevuse eesmärk ei ole ainult ettevõtja huvide kaitsmine, vaid tema turgu valitseva seisundi tugevdamine ja selle kuritarvitamine” (kohtujuristi kursiiv).³⁰ Apellant väidab, et see avaldus on puhtalt hüpoteetiline ning Esimese Astme Kohus ei ole täpsustanud, kas WIN on käesolevas asjas kavatsenud oma turgu valitsevat seisundit tugevdada või kuritarvitada.

37. Komisjon väidab, et Esimese Astme Kohtus toetus apellant üksnes „konkurentidest juhendumisele eriliste asjaolude korral” või „konkurentidest juhendumise põhiõigusele”, mida võib kasutada iga ettevõtja olenevata sellest, kas ta on turgu valitsevas seisundis või mitte, ning isegi kui see tähendab, et sel moel kujundatud hinnad ei kata tema kulusid. Seepärast leiab komisjon, et Esimese Astme Kohus tegi sellise absoluutse õiguse olemasolu välistades õigesti.

Hinnang

38. Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 176–182 käsitles Esimese Astme Kohus WIN-i õigust juhendada konkurentide hindadest. Esimese Astme Kohus leidis, et ei ole leidnud kinnitust, et turgu valitsevas seisundis

ettevõtja õigus juhendada konkurentide hindadest on absoluutne. Seda seisukohta toetab komisjoni otsustuspraktika ja asjakohane kohtupraktika.

39. See järeldus tundub mulle õige.

40. Kuid vaidlustatud kohtuotsuse punktis 185 viitab Esimese Astme Kohus väljakujunenud kohtupraktikale, millest tuleneb, et kuigi turgu valitsev seisund ei saa sellises seisundis ettevõtjat jätta ilma õigusest kaitsta oma ärihuvisid, kui neid peaks ohustatama, ja kuigi talle tuleb mõistlikus ulatuses anda õigus võtta meetmeid, mis tema hinnangul on nende õiguste kaitsmiseks kohased, ei saa seda tegevust lubada siis, kui selle tegelik eesmärk on ettevõtja turgu valitsevat seisundit tugevdada ja seda kuritarvitada.³¹

41. Seejärel meenutab Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 186 oma kohtupraktikat, milles ta on leidnud, et EÜ artiklis 82 sätestatud kohustuste laadist tuleneb, et teatud konkreetsete tingimuste esinemisel võib turgu valitsevas seisundis

31 – Viidates 14. veebruari 1978. aasta otsusele kohtuasjas 27/76: United Brands vs. komisjon (EKL 1978, lk 207, punkt 189); 1. aprilli 1993. aasta otsusele kohtuasjas T-65/89: BPB Industries and British Gypsum vs. komisjon (EKL 1993, lk II-389, punkt 117); ja 8. oktoobri 1996. aasta otsusele liidetud kohtuasjades T-24/93–T-26/93 ja T-28/93: Compagnie Maritime Belge Transports jt vs. komisjon (EKL 1996, lk II-1201, punkt 146).

30 – Vt vaidlustatud kohtuotsus, punkt 187.

ettevõtjatel võtta õiguse tegutseda viisil või teha selliseid toiminguid, mis ei ole iseenesest turgu kuritarvitavad ja mis ei oleks ka karistatavad, kui neid viiks läbi või teeks turgu valitseva seisundita ettevõtja.³²

42. Esimese Astme Kohus järeldas, et „WIN ei saa oma tegevuse põhjendamisel tugineda absoluutsele konkurentide hindadest juhindumise õigusele. Kuigi on tõsi, et turgu valitseva seisundiga ettevõtja juhindumine tema konkurentide hindadest ei ole iseenesest kuritarvitamine või karistatav, võib see olla sellisena käsitletav juhul, kui sellise tegevuse eesmärk ei ole ainult ettevõtja huvide kaitsmine, vaid tema turgu valitseva seisundi tugevdamine ja selle kuritarvitamine.”³³

43. Esimese Astme Kohus käsitles turgu valitsevas seisundis ettevõtja õigust juhinduda oma konkurentide hindadest ilmselt üldiselt, lähtumata siiski arutusel oleva kohtuasja konkreetsetest asjaoludest.

44. Teisisõnu ei analüüsinud Esimese Astme Kohus eraldi seda, kas WIN juhindus konkurentide hindadest eesmärgiga turgu valitsevat seisundit tugevdada ja kuritarvitada. Minu

32 – Viidates 17. juuli 1998. aasta otsusele kohtuasjas T-111/96: ITT Promedia vs. komisjon (EKL 1998, lk II-2937, punkt 139).

33 – Vt vaidlustatud kohtuotsus, punkt 187.

arvates ei käsitletud Esimese Astme Kohus seda küsimust antud asjas üldse.

45. Sellega seoses on vaja uurida, kas Esimese Astme Kohus täitis Euroopa Kohtu põhikirja artiklist 36 tuleneva formaalse põhjendamis-kohustuse, mis tema suhtes kehtib vastavalt põhikirja artikli 53 esimesele lõigule. Euroopa Kohtu põhikirja artikkel 36 sätestab, et kohtuotsustes sedastatakse põhjused, mille need rajanevad.³⁴

46. Kohtujurist P. Léger märkis oma ettepanekus kohtuasjas Acerinox, et „kohtuotsuse põhjendus peab näitama selgelt ja ühemõtteliselt Esimese Astme Kohtu arutluskäiku, et huvitatud isik saaks teada vastuvõetud otsuse põhjenduse ja Euroopa Kohus võiks oma kohtulikku järelevalvet teostada”.³⁵

34 – Vastavate sätete kohta ESTÜ Kohtu põhikirjas vt Euroopa Kohtu 11. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-197/99 P: Belgia vs. komisjon (EKL 2003, lk I-8461, punkt 63).

35 – 28. oktoobri 2004. aasta ettepanek kohtuasjas C-57/02 P: Compañía española para la fabricación de aceros inoxidables SA (Acerinox) vs. komisjon, milles otsus tehti 14. juulil 2005 (EKL 2005, lk I-6689), ettepaneku punkt 32, kus sellega seoses viidatakse 14. mai 1998. aasta otsusele kohtuasjas C-259/96 P: nõukogu vs. De Nil ja Impens (EKL 1998, lk I-2915, punktid 32–34); 17. mai 2001. aasta otsusele kohtuasjas C-449/98 P: IECC vs. komisjon (EKL 2001, lk I-3875, punkt 70); ning 19. juuli 1995. aasta määrusele kohtuasjas C-149/95 P(R): komisjon vs. Atlantic Container Line jt (EKL 1995, lk I-2165, punkt 58), 14. oktoobri 1996. aasta määrusele kohtuasjas C-268/96 P(R): SCK ja FNK vs. komisjon (EKL 1996, lk I-4971, punkt 52) ja 25. juuni 1998. aasta määrusele kohtuasjas C-159/98 P(R): Hollandi Antillid vs. nõukogu (EKL 1998, lk I-4147, punkt 70). Vt ka eespool viidatud kohtuotsus Acerinox, punkt 36.

47. Kui komisjon väitis Esimese Astme Kohtus, et konkurentide hindadest juhindumist ei saa turgu valitsevas seisundis ettevõtjale lubada, kuna see ettevõtja ei kataks asjakohase teenuse osutamiseks tehtud kulusid,³⁶ on ilmne, et Esimese Astme Kohtu seisukoht selles küsimuses on kavandatud pisut peenemalt eristatuna. Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 187 kasutatud sõnastuse põhjal tundubki, et Esimese Astme Kohus püüdis jätta võimaluse „konkurentsile vastamise vastuväite” kasutamiseks tulevastes kohtuasjades, kus turgu valitsevas seisundis ettevõtja võtab hindu, mis ei kata tema kulusid.

48. Viidates kohtuotsusel *United Brands*³⁷ põhinevale kohtupraktikale ning kohtupraktikale, mis puudutab turgu valitsevas seisundis ettevõtjate spetsiifilisi kohustusi, kasutas Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 184 püstitatud küsimusele vastates lubatava konkurentide hindadest juhindumise määratlust, mis erineb pisut vaidlustatud kohtuotsuse punktides 176 ja 183 kirjeldatud testist, mille oli sõnastanud komisjon ja mida oli vaidlustatud otsuse tegemisel rakendatud.

49. Seepärast oleks Esimese Astme Kohus pidanud hindama, kas see (uus) määratlus

36 – Sellele väitele on lihtne vastu vaielda, kuna komisjon ei täpsusta, milliseid kulusid (muutuvkulud, kogukulud jne) ta silmas peab.

37 – Vt eespool 31. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus *United Brands vs. komisjon*, punkt 189; 31. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus *BPB Industries ja British Gypsum vs. komisjon*, punkt 117; ning 31. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus *Compagnie maritime belge transports jt vs. komisjon*, punkt 146.

vastab antud asja asjaoludele, mida ta ilmselgelt ei teinud.

50. Olen hoopis nõus apellandi väitega, et Esimese Astme Kohtu seisukoht vaidlustatud kohtuotsuse punktis 187³⁸ on puhtalt hüpoteetiline ja näib esmapilgul lõpetamata. Sellega seoses ei saa ma nõus olla komisjoni argumendiga, et see seisukoht „viiakse lõpule” (ja/või lubatava konkurentide hindadest juhindumise uut määratlust kohaldatakse antud asja asjaolude suhtes) vaidlustatud kohtuotsuse punktides 199–218, kus Esimese Astme Kohus leiab, et komisjon on tõendanud asjaolud, mis peavad olema kogukuludid mittekatvate hindade tõttu omahinnast madalama hinnaga müügi praktiseerimise kohta tõendatud. Esiteks esitati see argument menetluses liiga hilja, et seda saaks pidada vastuvõetavaks, st komisjon esitas selle alles istungil, mistõttu oli see uus väide võrreldes kirjalike dokumentidega. Lisaks tugineb see argument minu arvates vaidlustatud kohtuotsuse nendele punktidele, mis ei ole seotud punktiga 187.

51. Lõpetuseks pean ma asjaolu, nagu on osutatud eespool, et Esimese Astme Kohus on jätnud esitamata põhjendused ning tema

38 – Mille kohaselt võib konkurentide hindadest juhindumine muutuda karistatavaks siis, kui sellise tegevuse eesmärk ei ole ainult turgu valitsevas seisundis oleva ettevõtja huvide kaitsmine, vaid tema seisundi tugevdamine ja selle kuritarvitamine.

arutluskäigus on puudusi, seda tõsisemaks, et see näib olevat esimene kord, kui ühenduse kohus otseselt käsitleb konkurentide hindadest juhendumise vastuväidet käesoleva asjaga sarnases olukorras.

52. Seega ei ole Esimese Astme Kohus täitnud oma põhjendamiskohustust ja on lisaks rikkunud õigusnorme.

53. Niisiis tuleb apellatsioonkaebuse esimese väite teise etteheitega nõustuda.

2. Kahjumi tagasiteenimise (võimalikkuse) tõendamine

Poolte argumendid

54. *Apellandi* väite kohaselt oli Euroopa Kohus kohtuasjas Tetra Pak II seisukohal, et *kõnealuse juhtumi asjaolusid arvestades* ei oleks kohane nõuda, et täiendavalt tõendataks, et turgu valitsevas seisundis ettevõtjal oli reaalne võimalus oma kahjumi tagasi teenida.³⁹ Vaidlustatud kohtuotsuses otsustas Esimese Astme Kohus pidada seda seisukohta

üldreegliks, kuid jättis selle sammu põhjendamata. Apellant lisab, et kohtuasja Tetra Pak II asjaolud olid täiesti teistsugused kui käesolevas asjas, kuna Tetra Pak oli väljakujunenud turul n-ö ülivaltsevas seisundis. Peale selle ei ole ühenduse kohtupraktikas ka kunagi leitud, et kahjumi tagasiteenimise võimalikkust ei ole vaja tõendada.

55. *Komisjon* viitab oma vasturepliigis vastusele, mille ta annab apellatsioonkaebuse seitsmendale väitele, ning väidab sisuliselt, et ühenduse kohtupraktikast ei nähtu, et kahjumi tagasiteenimist on vaja tõendada. Teise võimalusena väidab komisjon, et vaidlustatud otsuses analüüsiti väga põhjalikult küsimust, kas kahjumi tagasiteenimine on antud asjas tõenäoline, ning selles tehti järeldus, et on.

Hinnang

56. Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 226 tsiteeris Esimese Astme Kohus kohtuotsuse Tetra Pak II punkti 44, kus on leitud, et „käesoleva juhtumi asjaolusid arvestades ei oleks kohane nõuda, et täiendavalt tõendataks, et Tetra Pakil oli reaalne võimalus oma kahjumi tagasi teenida. Nimelt peab saama omahinnast madalamate hindade võtmist karistada juba siis, kui on olemas konkurentide kõrvaldamise risk. [Antud] asjas on Esimese Astme Kohus selle riski tuvastanud kohtuotsuse [Tetra Pak II] punktides 151 ja 191. Taotletav eesmärk, st säilitada moonutamata konkurents, ei lubaks oodata ajani, mil

³⁹ – 3. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Tetra Pak II, punkt 44.

konkurent sellise strateegia tagajärjel tegelikult kõrvaldataksegi.” Seejärel asus Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 227 ja 228 seisukohale, et „[...] komisjon [võis] keskmisest muutuvkulust madalamaid hindu ebaõiglaseks pidada. [Sellises olukorras] nimetatud hinnapoliitika konkurendi kõrvaldamise eesmärki eeldatakse. [...] Mis puutub kogukulusse, siis pidi komisjon tõendama ka seda, et WIN-i omahinnast madalamate hindadega müük toimus strateegia raames, mille elluviimisega taheti turg „endale võita”. Kummalgi juhul ei tulnud lisaks tõendada seda, et WIN-il oli reaalne võimalus kahjum tagasi teenida. [...] Seega on komisjon õigesti leidnud, et omahinnast madalamate hindadega müügi tuvastamiseks ei pea tõendama kahjumi tagasiteenimist.”⁴⁰

57. Nagu eespool konkurentide hindadest juhindumise õiguse kohta osutatud, peab Esimese Astme Kohtu otsuse põhjendus näitama selgelt ja ühemõtteliselt Esimese Astme Kohtu arutluskäiku, et huvitatud isik saaks teada vastuvõetud otsuse põhjenduse ja Euroopa Kohus võiks oma kohtulikku järelevalvet teostada.⁴¹

58. Minu arvates ei ole Esimese Astme Kohus selgitanud, miks ta leidis, et kahjumi tagasiteenimise võimalikkust ei ole antud asjaasjaolusid arvestades vaja tõendada.

59. Esimese Astme Kohus viitas kohtuotsusele, kus on ühemõtteliselt sätestatud, et *kõnealuse juhtumi asjaolusid arvestades* ei oleks kohane nõuda, et täiendavalt tõendataks, et turgu valitsevas seisundis ettevõtjal oli reaalne võimalus oma kahjumit tagasi teenida. Ma leian, et Esimese Astme Kohus ei oleks pidanud seda seisukohta, mis rajanes üheselt kohtuasja Tetra Pak II spetsiifilistel asjaoludel, muutma üldreeglik. Seda siiski tehes ja selle kohta selgitusi andmata on Esimese Astme Kohus selgelt jätnud oma põhjendamiskohustuse täitmata.

60. Seepärast teen järelduse, et Esimese Astme Kohus on eksinud kaks korda. Esiteks on ta kohtuotsust Tetra Pak II tõlgendanud ja kohaldanud valesti, mis kujutab endast vale õigusnormi kasutamist. Teiseks, nagu eespool osutatud, on selge, et Esimese Astme Kohus ei ole oma otsust piisavalt põhjendanud.

61. Võin lisada, et peale selle ei vastanud Esimese Astme Kohus täpselt WIN-i argumentidele. WIN ei väitnud, et komisjon peab tõendama kahjumi „tegelikku” tagasiteenimist. Ta väitis hoopis, et komisjon peaks tõendama, et WIN võib kahjumi tagasiteenimise „võimalikkust eeldada”.

62. Kuivõrd asjaolu, et Esimese Astme Kohus ei kaalunud apellandi argumentide teatavaid

40 – Vt vaidlustatud kohtuotsus, punktid 226–228.

41 – Vt 35. joonealuses märkuses viidatud kohtupraktika.

osi, mõjutab menetluse tulemust ja kahjustab niisiis selle huve, võib see lisaks kujutada õiguse olla ära kuulatud rikkumist.⁴²

tagasiteenimise võimalikkuse tõendamine ei ole omahinnast madalama hinna võtmise tuvastamise üks eeldusi, rikkunud EÜ artiklit 82.

63. Seega tuleks ka apellatsioonkaebuse esimese väite esimese etteheitega nõustuda.

Poolte argumendid

64. Eespool esitatust tuleneb, et Esimese Astme Kohus on rikkunud oma põhjendamiskohustust ja lisaks õigusnorme, ning seepärast tuleb vaidlustatud kohtuotsus tühistada.

66. *Apellant* väidab, et ühenduse kohtupraktika kohaselt tuleb tõendada kahjumi tagasiteenimise võimalikkust, ilma milleta ei ole omahinnast madalama hinnaga müük mõeldav, sest kui sellise strateegia puhul ei eeldata kahjumi tagasiteenimist, ei saa sellist majanduslikku käitumist pidada ratsionaalseks. *Apellant* väidab, et seda seisukohta jagavad paljude liikmesriikide kohtud ja konkurentsiasutused ning arvukalt õiguskirjanduse autoreid.

B. Apellatsioonkaebuse seitsmenda väite esimene etteheide: EÜ artikli 82 rikkumine – kahjumi tagasiteenimine – kahjumi tagasiteenimise võimalikkus kui omahinnast madalama hinna võtmise tuvastamise eeldus

65. Seitsmes väide seisneb kahes etteheites. Apellandi esimese etteheite kohaselt, mida ma kohe käsitlen, on Esimese Astme Kohus sellega, et ta asus seisukohale, et kahjumi

67. *Komisjon* väidab, et ühenduse kohtupraktika kohaselt ei ole kahjumi tagasiteenimise võimalikkust vaja eraldi tõendada. Erinevalt Ameerika Ühendriikide konkurentsiseaduse aluseks olevast lähenemisviisist eeldatakse EÜ artikli 82 alla kuuluva kuritarvitamise

42 – Vt 10. detsembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-221/97 P: Schröder jt vs. komisjon (EKL 1998, lk I-8255, punkt 24).

analüüsis turgu valitseva seisundi olemasolu (vt kohtuotsus Hoffman-La Roche⁴³), millest endast piisab juba selleks, et järeldada kahjumi tagasiteenimise võimalikkust.

70. Ma leian, et Euroopa Kohtu ilmne eesmärk täpsustava väljendiga „käesoleva juhtumi asjaolusid arvestades” oli vältida üldsõnalist seisukohta,⁴⁴ mille tõttu muutuks kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse tõendamine tulevastes omahinnast madalama hinnaga müüki käsitlevates kohtuasjades tarbetuks.⁴⁵

Hinnang

68. Olles viidanud Euroopa Kohtu otsusele kohtuasjas Tetra Pak II, järeldab Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 228, et komisjon on õigesti leidnud, et omahinnast madalamate hindadega müügi tuvastamiseks ei pea tõendama kahjumi tagasiteenimist.

71. Nagu kohtujurist N. Fennelly õigesti osutas oma ettepanekus kohtuasjas Compagnie Maritime Belge⁴⁶, „Euroopa Kohus ei ole ilmselt läinud nii kaugele kui kohtujurist D. Ruiz-Jarabo Colomer, kes tegi Euroopa Kohtule ettepaneku,^[47] et ta „ei sätestaks kahjumi tagasiteenimise väljavaadet kui EÜ artikliga [82] vastuolus oleva omahinnast madalama hinnaga müügi tuvastamise uut eeltingimust”, muu hulgas [kohtujurist D. Ruiz-Jarabo Colomeri] arvamuse tõttu, et „kahjumi tagasiteenimine on turgu valitsevas

69. Ma leian, et Esimese Astme Kohus ja sellega seoses ka komisjon ei ole Euroopa Kohtu praktikast tõlgendanud õigesti. Minu arvates tuleneb kõnealusest kohtupraktikast, et kahjumi tagasiteenimise võimalikkust tuleb tõendada.

44 – Samasugust tõlgendust vt nt Whish, R., *Competition Law*, 4. ed., Butterworths, 2001, lk 650; Jones, A. ja Sufrin, B., *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2001, lk 342; Korah, V., „The Paucity of Economic Analysis in the Decision on Competition: Tetra Pak II”, *Current Legal Problems*, 46. ak, 1993, lk 172; ning Kon, S. ja Turnbull, S., „Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal’s Judgment in the NAPP Case”, *E.C.L.R.*, nr 24(2), 2003, lk 70–86, lk 75.

45 – Minu arvates nähtub Euroopa Kohtu kohtuotsuse Tetra Pak II punktist 44 selgesti, et kahjumi tegelikku tagasiteenimist ei ole vaja tõendada. Euroopa Kohus on selles punktis sätestanud järgmist: „[n]imelt peab saama omahinnast madalamate hindade võtmist karistada juba siis, kui on olemas konkurentide kõrvaldamise risk. [Antud] asjas on Esimese Astme Kohus selle riski tuvastanud oma kohtuotsuse punktides 151 ja 191. Taotletav eesmärk, st säilitada moonutamata konkurents, ei lubaks oodata ajani, mil konkurent sellise strateegia tagajärjel tegelikult kõrvaldataksegi.”

46 – 16. märtsi 2000. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-395/96 P ja C-396/96 P: Compagnie Maritime Belge Transports jt vs. komisjon (EKL 2000, lk I-1365, punkt 129 ja 84. jonealune märkus).

47 – Vt tema 27. juuni 1996. aasta ettepanek eespool 4. jonealuses märkuses viidatud kohtuasjas Tetra Pak II, punkt 78.

43 – 13. veebruari 1979. aasta otsus kohtuasjas 85/76: Hoffmann-La Roche vs. komisjon (EKL 1979, lk 461).

seisundis ettevõtja eesmärk, kuid omahinnast madalama hinnaga müük on juba iseenesest konkurentsi kahjustav, olenemata sellest, kas ettevõtja saavutab selle eesmärgi või mitte.”

72. Peale selle on ilmne, et Euroopa Kohus distantseerus sellist täpsustavat väljendit kasutades Esimese Astme Kohtu kategoorilisest avaldusest kohtuotsuses Tetra Pak II: „asjaolu, et kõnealusel ettevõtjal oli põhjust eeldada, et ta teenib selliselt tekkinud kahjumi tagasi, ei ole vaja eraldi tõendada”.⁴⁸

73. Minu arvates tuleneb ka otsustest kohtuasjades AKZO⁴⁹ ja Hoffman-La Roche,⁵⁰ et EÜ artikliga 82 vastuolus oleva omahinnast madalama hinnaga müügi tuvastamiseks on kahjumi tagasiteenimise võimalikkust vaja tõendada.⁵¹ Kui kahjumit ei ole võimalik tagasi teenida, on tõenäoline, et turgu valit-

sevas seisundis ettevõtja osaleb konkrentsis tavalistel tingimustel.⁵²

74. Sellisel juhul, kui kahjumi tagasiteenimine ei ole võimalik, ei tohiks see tarbijaid ja nende huve kahjustada. Võiks siinkohal märkida, et ma olen ühel arvamusel kohtujurist F. G. Jacobsiga, kes leidis oma ettepanekus kohtuasja Oscar Bronner kohta, et „[EÜ] artikli 82 esmane eesmärk on hoida ära konkurentsi moonutamine ja eelkõige kaitsta tarbijate huve, mitte konkreetsete konkurentide seisundit”.⁵³

75. Lõpuks tahaksin kasutada võimalust ja juhtida tähelepanu asjaolule, et kui eespool osutatud kohtupraktika kõrvale jätta, on

48 – Vt Esimese Astme Kohtu 6. oktoobri 1994. aasta otsus kohtuasjas T-83/91: Tetra Pak International SA vs. komisjon (EKL 1994, lk II-755, punkt 150).

49 – Eelkõige kohtuotsus, punkt 71.

50 – Eelkõige kohtuotsus, punkt 91.

51 – Minu arvates tuleb kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse analüüsimisel turu struktuuri hinnata *ex ante* või ettevaatavalt ajale, mil konkurendid on turult välja tõrjutud, st tuleb hinnata kahjumi tagasiteenimise võimalikkust, mida turu valitsevas seisundis ettevõtja võib õigusega eeldada oma hindade kindlaksmääramise ajal. Tundub, et selline hindamisviis on sarnane analüüsiga, mida komisjon on teinud koondumiste kontrolli valdkonnas. Vt 15. veebruari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-12/03 P: komisjon vs. Tetra Laval (EKL 2005, lk I-987, punktid 42-44). Vt ka nt Ezrachi, A., *EC Competition Law*, Hart, 2008, lk 140; Papandropoulos, P., „Article 82 EC reform”, *Droit & économie, Concurrences*, nr 1, 2008; de la Mano, M. ja Durand, B., *A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82*, Euroopa Komisjon, konkrentsi peadirektooraat, peakonoomisti büroo, aruteludokument, 12. detsember 2005, lk 3.

52 – Vt selle kohta kohtujurist N. Fennelly ettepanek 46. joonealusel märkuses viidatud kohtuasjas Compagnie Maritime Belge, punkt 136. Kuna kulude ja hindade vahekorra analüüsimine omahinnast madalama hinnaga müüki käsitlevates asjades tekitab paratamatult erimeelsusi ja vaidlusi (vt 3. joonealusel märkuses viidatud kohtuotsus AKZO; vt ka Howarth, D., „Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC”, *EC Competition Law*, Amato, G. ja Ehlermann C.-D., toim, Hart, 2007, lk 258–262), millest suuremad puudutavad küsimusi, nagu näiteks millised on muutuvkulud ja millised püsikulud, milline on asjakohane periood jne, võib kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse tõendamise nõue väidetavat omahinnast madalama hinnaga müüki käsitlevates asjades põhimõtteliselt vähendada ekstimustest tulenevat kahju (eelkõige ekslikult positiivsete tulemuste korral). Mis puudutab lisaks kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse *ex ante* tõendamist kui kasulikkuna ja juhitavat kontrollimehhanismi, olen nõus sellega, et põhimõtteliselt „turu struktuuri põhjal on palju lihtsam leida, et kahjumi tagasiteenimine ei ole tõenäoline, kui tuvastada kulutid, mis tekitavad konkreetsele tootjale”. Vt USA kohtuasi A. A. Poultry Farms, Inc vs. Rose Acre Farms, Inc, 881 F.2d 1396, (7th Cir. 1989), cert denied, 494 U.S. (1990). Lisaks võimaldab kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse selline analüüs „kohtul vältida tülikat kulude analüüsimist, mitmesuguste raamatupidamisaruannete läbivaatamist ja vaidlemist ekspertidega küsimuse üle, mis on asjaomased kulud”. Vt Austraalia kohtuasi Boral (2003) 195 ALR 609, punkt 292.

53 – 28. mai 1998. aasta ettepanek kohtuasjas C-7/97: Oscar Bronner (EKL 1998, lk I-7791, punkt 58).

kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse tõendamise tähtsust esile tõstnud muu hulgas konkurentsipoliitika nõuanderühm majandusküsimustes (EAGCP),⁵⁴ Majanduskoostöö ja Arengu Organisatsioon (OSCE)⁵⁵ ning Euroopa reguleerivate organite töörühm.⁵⁶

selgitasin, kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse tõendamine on iseenesest ettevaatav (*ex ante*) ehk eeldab turu struktuuri hindamist sellisena, nagu see on tulevikus.⁵⁷

76. Lõpetuseks sooviksin kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse tõendamise küsimuse kohta märkida, et mind ei veena komisjoni arutluskäik, mille kohaselt tähendab turgu valitsev seisund Euroopas ja EÜ artikli 82 kohaselt ka kahjumi tagasiteenimise võimalust; olen sellel seisukohal muu hulgas ka sellepärast, et turgu valitsevat seisundit määratakse sageli kindlaks ajalooliste turutingimuste põhjal, samas kui, nagu ma eespool

77. Eespool esitatud kaalutlustest tuleneb, et apellatsioonkaebuse seitsmenda väite esimese etteheitega tuleb nõustuda.

78. Minu arvates tuleks vaidlustatud kohtuotsus tühistada ainuüksi eespool esitatud kaalutlustest tulenevalt. Lisaks leian, et kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse tõendamise ja konkurentide hindadest juhindumise õiguse küsimused on käesolevas asjas niivõrd kesksel kohal, et arutusel olev hagi tuleks esimeses astmes uuesti läbi vaadata.

54 – „Eelkõige tuleb hoolikalt hinnata omahinnast madalamaid hindu pakkuva ettevõtja võimalusi oma kahjumi tagasiteenimiseks.“ „An economic approach to Article 82“, EAGCP aruanne, juuli 2005, lk 52. Internetis kättesaadav: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf.

55 – „Kahjumi tagasiteenimise võimalikkust tuleks kontrollida igas omahinnast madalama hinnaga müüki käsitlevas asjas.“ „Predatory Foreclosure“, OECD, rahanduse ja ettevõtluse direktoraat, konkurentsikomitee, DAF/COMP(2005)14, 15. märts 2005, lk 8 jj, Internetis kättesaadav: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf>. Üldise ülevaate 35 jurisdiktsioonist annab rahvusvahelise konkurentsivõrgustiku (ICN) dokument „Report on Predatory Pricing“, mille koostas ühepoolne konkurentsikorralduse töörühm ja mis kanti ette 2008. aasta aprillis Kyotos ICN-i 7. aastakonverentsil, Internetis kättesaadav: http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral_WG_3.pdf.

56 – Komisjoni moodustatud elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste Euroopa reguleerivate organite töörühm märgib 21. novembri 2003. aasta konsultatiivdokumendi „Draft joint ERG/EC approach on appropriate remedies in the new regulatory framework“, lk 36, järgmist: „Omahinnast madalama hinnaga müügil on seega järgmised tunnused: i) võetav hind ei kata kulusid, ii) konkurendid tõrjutakse turult välja või tõkestatakse nende turuletulek ning iii) ettevõtjal on võimalik oma kahjum tagasi teenida“ (kohtujuristi kursiiv). Internetis kättesaadav: http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330_draft_joint_approach_on_remedies.pdf

57 – Vt „Samal ajal tuleb siiski tunnistada, et tõendus turgu valitseva seisundi kohta ei pruugi tingimata tähendada seda, et sellist seisundit omaval ettevõtjal on ka võimalik oma kahjum tagasi teenida. Kuigi kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse tõendus tähendab, et turgu valitsevat seisundit omava ettevõtja monopol jääb ka tulevikus alles, on oluline mõista, et kahjumi tekkimise ja tagasiteenimise perioodid ei lange kokku. [...] Asjaolu, et ettevõtjal oli omahinnast madalamate hindadega müügi ajal turgu valitsev seisund, ei tähenda, et tal on tulevikus võimalik teenida oma varasem kahjum tagasi hindade tõstmise teel, sest konkurentsitingimused võivad siis olla hoopis teistsugused. [...] Teiseks on omahinnast madalama hinnaga müüki käsitlevad nõuded praktikas EÜ artikli 82 alusel rahuldatud üksnes siis, kui kahjumi tagasiteenimise võimalikkus oli tegelikult tuvastatud või asjaolude põhjal tõenäoline.“ O'Donoghue, R. ja Padilla, A. J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, Hart, 2006, lk 254. Vt ka „Asutused peaksid siiski meeles pidama, et turgu valitseva seisundi tuvastamine ei ole sama mis kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse analüüsimine.“ OECD, lk 8 jj.

C. Apellatsioonkaebuse teine väide: EÜ artikli 82 rikkumine – konkurentide hindadest juhendumine

kontrollima, kas WIN-i reaktsioon konkurentsile oli „mõistlik” ja „kohane”.

79. Apellatsioonkaebuse teises väites leiab apellant, et Esimese Astme Kohus on rikkunud EÜ artiklit 82, keelates heas usus tegutseval WIN-il konkureerivate ettevõtjate hindadest juhendumise.

Poolte argumentid

80. *Apellant* väidab, et Esimese Astme Kohus ei vaidlustanud asjaolu, et WIN on oma hindade määramisel kõigest juhitud konkurentide hindadest. Kuid Esimese Astme Kohus ei teinud selle põhjal ühtki järeldust. Ta piirdus üksnes märkusega, et selline tegevus „võib” olla kuritarvitav või karistatav, põhjust täpsemalt selgitamata. Sellega rikkus Esimese Astme Kohus EÜ artikli 82 kohaldamise tingimusi. Konkurentide hindadest juhendumise õigust on tunnustatud nii komisjoni otsustuspraktikas ja Euroopa Kohtu praktikas kui ka konkurentsioigust käsitlevas kirjanduses ning Prantsusmaa ametiasutuste otsustuspraktikas. Pealegi on konkurentide hindadest juhendumise õigus ainus vahend, mille abil apellant saab turul säilitada oma konkurentsivõime. Lõpuks väidab apellant, et vastavalt kohtuotsusel *United Brands*⁵⁸ põhinevale kohtupraktikale oli Esimese Astme Kohus kohustatud

81. *Komisjon* on seisukohal, et apellant ei väida, et Esimese Astme Kohus on WIN-i konkurentide hindadest juhendumise õigusele tuginevate väidete puhul rikkunud õigusnorme või et vaidlustatud kohtuotsuse põhjendustes esineb mingeid vastuolusid. Mis puudutab väiteid „mõistliku” ja „kohase” reaktsiooni kohta, siis esitab apellant need esimest korda alles oma apellatsioonkaebuses, väites selles, et komisjon jättis sellise proportsionaalsuse testi tegemata. Igatahes kritiseerib apellant üksnes üht vaidlustatud kohtuotsuse punkti (187).⁵⁹ Komisjon on seisukohal, et kui turgu valitsevas seisundis ettevõtjal keelatakse juhendada oma konkurentide hindadest juhul, kui sellega kaasnevad omahinnast madalamad hinnad, on see täielikus kooskõlas EÜ artikli 82 aluseks olevate põhimõtetega, millest tuleneb, et turgu valitsevas seisundis ettevõtjal on „erikohustused”. Teise võimalusena väidab komisjon, et vaidlustatud otsus tehti asjaolude põhjal, millest nähtus, et WIN-i väide, et ta on oma hindade määramisel kõigest juhitud konkurentide hindadest, oli alusetu. Esimese Astme Kohus ei olnud kohustatud nende asjaolude üle otsustama.

58 – Viidatud 37. joonealuses märkuses.

59 – Mille kohaselt võib konkurentide hindadest juhendumine olla „kuritarvitamine või karistatav [...] juhul, kui [sellise] tegevuse eesmärk ei ole ainult ettevõtja huvide kaitsmine, vaid tema turgu valitseva seisundi tugevdamine ja selle kuritarvitamine.”

Hinnang

82. Esiteks, nagu ma märkisin juba käesoleva ettepaneku punktis 39, tuvastas Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 176–182 õigesti, et ühenduse kohtupraktikast ei tulene turgu valitsevas seisundis ettevõtjate absoluutset õigust juhinduda konkurentide hindadest.

83. Kuid käesolevas apellatsioonkaebuse väites ei selgita apellant, miks on Esimese Astme Kohtu eespool osutatud põhjendused valed, ega väida, et Esimese Astme Kohus on rikkunud õigusnorme.

84. Apellant väidab siiski, nagu ka Esimese Astme Kohtus, et iga ettevõtja (absoluutset) õigust juhinduda heas usus konkurentide hindadest on komisjon tunnustanud oma varasemates otsustes ja Euroopa Kohus oma praktikas ning sellega on nõus kõik õiguskirjanduse autorid ja majandusanalüütikud.

85. Vastavalt Euroopa Kohtu põhikirja artikli 58 esimesele lõigule ja viimati nimetatud institutsiooni kodukorra artikli 112 lõike 1 punktile c tuleb apellatsioonkaebuses selgelt märkida selle otsuse vaidlustatud osad, mille tühistamist taotletakse, ning õiguslikud argumentid, mis just apellatsioonkaebust

toetavad. Euroopa Kohus on järjepidevalt olnud seisukohal, et sellele nõudele ei vasta apellatsioonkaebus, mis piirdub Esimese Astme Kohtus juba esitatud väidete ja argumentide sõnasõnalise kordamise või taas-esitamisega.⁶⁰

86. Kohtujurist L. A. Geelhoed viitas sellega seoses oma ettepanekus kohtuasjas Sumitomo Metal Industries ja Nippon Steel vs. komisjon⁶¹ asjakohasele kohtupraktikale: „[p]raeguseks juba mahukaks kasvanud ja üheselt tõlgendatavas kohtupraktikas on Euroopa Kohus olnud seisukohal, et apellatsioonkaebuse alusena esitatud väited peavad viitama Esimese Astme Kohtu otsusele^[62] ning et kaebus tunnistataks vastuvõetavaks, tuleb selles selgelt ära näidata need [Esimese Astme Kohtu] otsuse punktid, kus on õigust rikutud.^[63] Sellest täpsusenõudest tuleneb muu hulgas, et üksnes väite esitamisest, ilma et seda selgitataks, ei piisa.^[64]”

60 – Vt 42. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Schröder jt vs. komisjon, punkt 35. Selline apellatsioonkaebuse tõlgendus ei tähendaks muud kui püüet saavutada asja uus läbivaatamine, mida aga Euroopa Kohus ei ole ette näinud. Vt eelkõige 3. märtsi 2005. aasta otsus kohtuasjas C-499/03 P: Biegi Nahrungsmittel ja Commonfood vs. komisjon (EKL 2005, lk I-1751, punktid 37–38).

61 – 12. septembri 2006. aasta ettepanek liidetud kohtuasjades C-403/04 P ja C-405/04 P: Sumitomo Metal Industries ja Nippon Steel vs. komisjon, milles otsus tehti 25. jaanuaril 2007 (EKL 2007, lk I-729).

62 – Väited, mis on sisuliselt suunatud institutsiooni(de) tegevuse või tegevusetuse vastu, ei ole vastuvõetavad. Kui need väited esitatakse uuesti, tähendab see, et tegemist on „tavalise” edasikaebamisega. Vt mh 7. mai 1998. aasta otsus kohtuasjas C-401/96 P: Somaco vs. komisjon (EKL 1998, lk I-2587, punkt 49) ja 22. aprilli 1999. aasta otsus kohtuasjas C-161/97 P: Kernkraftwerke Lippe-Ems vs. komisjon (EKL 1999, lk I-2057, punktid 76 ja 77).

63 – Vt mh 42. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Schröder jt vs. komisjon, punktid 35 ja 38–42, ning 9. septembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-257/98 P: Lucaccioni vs. komisjon (EKL 1999, lk I-3251, punktid 61 ja 62).

64 – Vt 8. juuli 1999. aasta otsus kohtuasjas C-51/92 P: Hercules Chemicals vs. komisjon (EKL 1999, lk I-4235, punkt 113).

87. Seepärast tuleks apellatsioonkaebuse teine väide minu arvates tunnistada vastuvõetamatuks.

88. Kuid oletagem, et apellandil on õigus ning vaatamata eeltoodud kahtlustele käesoleva väite vastuvõetavuse kohta, tuleks see lugeda vastuvõetavaks.

89. Vastupidi apellandile leian ma, et vaidlustatud kohtuotsuse põhjendustes ei ole vastuolu, kuivõrd selles ei väideta, et „Esimese Astme Kohus ei vaidlusta asjaolu, et WIN on oma hindade määramisel kõigest juhindunud oma konkurentide hindadest”.

90. Nagu ma järeldasin eespool oma hinnangus apellatsioonkaebuse esimese väite kohta, ei kohaldanud Esimese Astme Kohus konkurentide hindadest juhendumise õigust käsitlevat kohtupraktikat, arvestades antud asja asjaolusid.

91. Tegelikult ei kontrollinud Esimese Astme Kohus antud asjas asjaolu, kas WIN juhindus oma hindades heauskselt konkurentide hindadest või mitte. Probleem seisneb selles, et apellatsioonkaebuse pooled vaidlevadki praegu selle asjaolu üle.

92. Kuid Euroopa Kohtusse saab edasi kaevata ainult õigusküsimusi, mis tähendab, et üksnes Esimese Astme Kohus on pädev otsustama esimese astme menetluse aluseks olnud asjaolude üle. Lisaks ei ole pooltel lubatud apellatsioonistmes esitada tõendeid asjaolude kohta, mida Esimese Astme Kohus ei ole tuvastanud.

93. Minu arvates järeldeb sellest, et apellatsioonkaebuse teine väide on kahekordselt vastuvõetamatu.

94. Igatahes tuleks vaidlustatud kohtuotsus, nagu ma olen käesolevas ettepanekus järeldanud, tühistada ja suunata uuesti läbivaatamiseks Esimese Astme Kohtusse. See samm annaks Esimese Astme Kohtule võimaluse hinnata WIN-i poolse konkurentide hindadest juhendumise asjaolusid.⁶⁵

95. Mis puutub põhimõtteküsimusse, kasutaksin siinkohal siiski võimalust, et juhtida tähelepanu punktidele, mis on minu arvates sel puhul olulised. Esiteks tuleb ära märkida kohtupraktika, millele Esimese Astme Kohus tugineb vaidlustatud kohtuotsuse punktides 185–186. Teiseks märkis Euroopa Kohus kohtuasjas Tetra Pak II tehtud otsuses, et „turgu valitsevas seisundis ettevõt-

65 – Euroopa Kohus suunab asja Esimese Astme Kohtusse tagasi siis, kui on vaja tuvastada täiendavaid asjaolusid või uuesti käsitleda juba tuvastatud. Sellega seoses vt 17. detsembri 1992. aasta otsus kohtuasjas C-68/91 P: Moritz vs. komisjon (EKL 1992, lk I-6849, punktid 41 ja 42).

ja erikohustuste tegelikku ulatust tuleb käsitleda arvestades iga asja spetsiifilisi asjaolusid, mis viitavad nõrgenenud konkurentsiolekorradele.”⁶⁶ Seega tuleks konkurentide hindadest juhindumise küsimust, nagu näiteks käesolevas asjas, analüüsida iga kord eraldi. Ja kolmandaks peaks minu arvates mõeldav olema ka olukord, kus turgu valitsevas seisundis ettevõtjale antakse erandkorras võimalus tõendada, et ta on oma keskmistest muutuvkuludest madalamat hinda võtnud objektiivsetel põhjustel.⁶⁷

kasutatud kulude katmise hindamise meetodit, mis aga moonutas Euroopa Kohtu poolt kohtuasjas AKZO nõutud omahinnast madalama hinnaga müügi testi olemust. Nimelt ei saa komisjoni meetodit kasutades teada, kas WIN-i abonendid tootsid WIN-ile lepingu kehtivuse jooksul kasumit või kahjumit.

D. Apellatsioonkaebuse kolmas väide: EÜ artikli 82 rikkumine – omahinnast madalama hinnaga müügi testi olemuse moonutamine

Poolte argumendid

96. Kolmandas väites leiab apellant, et Esimese Astme Kohus on rikkunud EÜ artiklit 82 sellega, et ta pidas õigeks komisjoni

97. Seoses muutuvkuludega väidab apellant, et selleks, et muutuvkuludest madalamaid hindu saaks käsitleda EÜ artikli 82 alusel kuritarvitavatena, oleks kohtuotsuse AKZO punktis 71 nõutud kulude katmise meetodi puhul tulnud tõendada, et asjaomaseid tooteid või teenuseid müüdi kahjumiga. Kasutatud meetod saab EÜ artikliga 82 kooskõlas olla ainult siis, kui sellega tõendatakse, et mõned abonendid tootsid 48 kuu jooksul kahjumit. Kuna aga WIN väitis oma tühistamishagis, et iga abonent tootis praktiliselt kogu vaidlusaluse perioodi jooksul WIN-ile kasumit, ei saanud Esimese Astme Kohus EÜ artiklit 82 rikkumata jätta kontrollimata, kas komisjon on tõendanud, et vähemalt mõned abonendid olid WIN-ile tootnud üldist kahjumit. Sellegipoolest nõustus Esimese Astme Kohus komisjoni lähenemisviisiga, mis ei andnud iga abonendi kasumlikusest täielikku pilti.

66 – Vt 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Tetra Pak II, punkt 24.

67 – Vt 31. joonealuses märkuses viidatud kohtujurist N. Fennelly ettepanek kohtuasjas Compagnie Maritime Belge, punkt 127. Vt 6. oktoobri 1994. aasta otsus kohtuasjas T-83/91: Tetra Pak International SA vs. komisjon (EKL 1994, lk II-755, punkt 147): „teatavalte asjaoludel võib kahjumiga müümise olla turgu valitsevas seisundis ettevõtja puhul aktsepteeritav”. Vt mh ka Bellamy, C. ja Child, G., *European Community Law of Competition* (toim Roth, P., Oxford, 6th ed., 2008, lk 956–957, osa 10.071) „keskmistest muutuvkuludest madalamad hinnad võivad konkurenti soodustada”; Motta, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004, lk 453; Faull, J., ja Nikpay, A., *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, lk 379, osa 4.287; Ezrachi, A., viidatud 51. joonealuses märkuses, lk 136; 55. joonealuses märkuses viidatud OECD dokument, lk 18: „Asjaolu, et ettevõtja võtab omahinnast madalamat hinda, ei pruugi sugugi tähendada, et selline teguviis kahjustab konkurenti. On olukordi, kus selline hinnapoliitika ei ole mitte lihtsalt heatahtlik, vaid lausa konkurentidele kasulik. Asutused peaksid väidetavalt omahinnast madalamaid hindu võtvate ettevõtjate mis tahes põhjendusi oma hinnapoliitika kohta põhjalikult kontrollima.”; 44. joonealuses märkuses viidatud Whish, R., lk 649; 44. joonealuses märkuses viidatud Jones, A. ja Sufirin, B., lk 339; Garzaniti, L. ja Liberatore, F., „Recent Developments in the European Commission’s Practice in the Communications Sector: Part 2”, 2004, *E.C.L.R.* 25(4), lk 234–240.

98. Seoses kogukuludega viitab *apellant* oma argumentatsioonile muutuvkulude kohta ning väidab, et Esimese Astme Kohus moonutas omahinnast madalama hinnaga müügi testi olemust sellega, et jättis kontrollimata, kas abonentide kogukulude katmata jäämine on tõendatud. Tegelikult ei esitatud ühtki tõendit abonentide kohta, kes oleksid WIN-ile 48 kuu jooksul tootnud kahjumit.

99. *Komisjon* lükkab need väited tagasi, väites eelkõige, et käesolevas asjas kasutatud meetodi puhul ei ole tegemist mitte ainult sama meetodiga, mida kasutati kohtuasjades AKZO ja Tetra Pak II – kus kulused võeti sellistena, nagu need nähtusid ettevõtja raamatupidamisdokumentidest –, vaid seekord komisjon isegi lõdvendas seda meetodit apellandi jaoks soodsal viisil. Nii näiteks ei kasutanud komisjon oma arvutustes diskonteerimist ega võimaluse maksumust.

100. Alternatiivse arvutusmeetodi (diskonteeritud rahavoogude meetodi) osas märkis Esimese Astme Kohus, et komisjon ei ole teinud ilmset kaalutusviga, ning käesolevas apellatsioonkaebuses ei väideta, et Esimese Astme Kohus on sellega seoses rikkunud õigusnorme. Abonenttellimuse kogu 48-kuulise kestuse arvessevõtmise vajaduse puhul väidab komisjon, et kuna kulude katmise määr oli kõigil vaidlustatud otsuses analüüsitud üksteisele järgnenud lühikestel perioodidel (kogupikkusega umbes poolteist aastat) alla 100%, pidi see määr olema alla 100% ka

kogu keskmise tellimusperioodi, s.o 48 kuu jooksul. Sellega seoses väidab komisjon, et kulude katmine vähem kui 100% ulatuses ei saa pikema aja jooksul 100% piiri ületada, välja arvatud juhul, kui pärast rikkumise toimepanemist tekib olukord, mis võimaldab ettevõtjal iga abonendi pealt teenida tulu, mis on püsivalt suurem kui hariliku konkurentsi tingimustes.

Hinnang

101. Apellant ei täpsusta, milliste vaidlustatud kohtuotsuse osadega (st punktidega) ta nõus ei ole.⁶⁸

102. Euroopa Kohtule esitatud avalduses väidab apellant, et komisjon analüüsis kulude katmist staatiliselt, mis sisuliselt seisnes selles, et ta liitis abonenttellimuse saamiseks tehtud kuludele 48-kordselt igakuiselt korduvad kulud tellimuse tegemise ajal ja võrdles seda summat 48-kordse igakuiselt korduva tuluga samal kuupäeval.

⁶⁸ – Sellega seoses viitan kordamise vältimiseks käesoleva ettepaneku punktidele 85–86, mis on asjakohased ka siinkohal.

103. Esimese Astme Kohus asus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 140 ja 142 seisukohale, et „vastupidi sellele, mida väidab WIN, ei ole komisjon teinud staatilist kulude katmise testi” ning et „vastupidi sellele, mida väidab WIN, ei liideta selle meetodiga kuidagi tellimuse saamiseks tehtud kuludele 48-kordselt igakuiselt korduvaid kulusid abonenttellimuse tegemise ajal ega võrrelda seda summat 48-kordse igakuiselt korduva tuluga samal kuupäeval”.⁶⁹

104. Kuigi apellant ei ole apellatsioonkaebuses näiliselt nõus sellega, kuidas Esimese Astme Kohus on asjaolusid hinnanud, ei väida ta, et Esimese Astme Kohus on selles osas teinud hindamisvigu või moonutanud asjaolusid, ning üksnes kordab Esimese Astme Kohtule esimeses astmes esitatud argumente.⁷⁰ Diskonteeritud rahavoogude meetodi kohta esitatud väidete osas leidis Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 153–155, et komisjon ei rikkunud seda meetodit kasutamata jättes õigusnorme, ning apellant ei väida, et Esimese Astme Kohus on selles osas rikkunud õigusnorme.

105. Seega leian ma, et sellest juba piisab, et lugeda apellatsioonkaebuse kolmas väide vastuvõetamatuks ning igal juhul alusetuks.

69 – Esimese Astme Kohtu põhjendust selle kohta, miks see nii on, vt vaidlustatud kohtuotsuses, punktid 143–151.

70 – Apellatsioonkaebuses ei saa piirduda Esimese Astme Kohtule esitatud väidete ja argumentide kordamisega, esitamata selgitusi selle kohta, kuidas on Esimese Astme Kohus rikkunud õigusnorme. Vt 5. veebruari 1998. aasta määrus kohtuasjas C-30/96 P: Abello jt vs. komisjon (EKL 1998, lk I-377, punkt 45).

E. Apellatsioonkaebuse neljas väide: EÜ artikli 82 ja põhjendamiskohustuse rikkumine Esimese Astme Kohtu poolt – vaidlusalusest perioodist hiljem tekkinud kulu ja tulu

106. Neljandas väites leiab apellant, et Esimese Astme Kohus on rikkunud nii EÜ artiklit 82 kui ka põhjendamiskohustust, järeldades, et eeldatava rikkumise perioodist hiljem (st pärast 15. oktoobrit 2002) tekkinud kulu ja tulu ei tule arvesse võtta. Arvesse võetud tulu ja kulu piiratuse tõttu ajas tegigi komisjon vale järelduse, leides, et toime on pandud rikkumine.

Poolte argumentid

107. *Apellant* heidab Esimese Astme Kohtule ette, et viimane nõustus komisjoni analüüsiga, kus ei võetud arvesse pärast 15. oktoobrit 2002 tekkinud kulu ja tulu. Esimese Astme Kohus ei saanud endale vastu rääkimata ja EÜ artiklit 82 rikkumata kinnitada lähenemisviisi, milles komisjon ühelt poolt ei arvestanud pärast väidetavat rikkumist, kuid tegelikult kõnealuse 48 kuu jooksul tekkinud kulude ja tulude katmise määra ning teiselt poolt tunnistas

seoses abonenttellimustega, et need kulud ja tulud jagunesid põhjendatult 48 kuu peale. EÜ artiklist 82 tulenevate nõuete täitmiseks tuleb kulude katmise määr arvutada üksnes 48 kuu kohta.

108. Apellant väidab, et komisjoni seisukohaga nõustudes tekitas Esimese Astme Kohus oma põhjendustes vastuolu selles osas, et vaidlustatud otsuses oli selgelt tuvastatud, et alates 15. oktoobrist 2002 olid konkurentsi tingimused „taastatud”,⁷¹ ning nüüd tunnistas komisjon, et ta ei olnud pärast väidetavat rikkumist tekkinud tulusid arvesse võtnud, sest need oleksid realiseerunud ainult nõrgenenud konkurentsiolukorras.

109. *Komisjon* väidab, et see apellatsioonkaebuse väide on tegelikult kõigest kolmanda väite edasiarendus ja esitatud väärarusaama tõttu. Küsimust kõigi abonenttellimusega seotud tulude ja kulude 48 kuu peale jagamise lubatavuse kohta pole kunagi olnudki. Komisjoni meetod, millega Esimese Astme Kohus nõustus, lubas hoopis teatavat liiki kulud, nimelt tellimuse tegemise alguses tekkinud ühekordsed muutuvkulud („tellimuse saamiseks tehtud kulud” või „turu võitmise kulud”) jagada varade amortiseerimise põhimõttel teatava perioodi peale.

110. Komisjoni väitel ei tule aga korduvkulud teatava aja peale ära jagada. Vaidlustatud otsuse kohaselt ei suutnud ettevõtja „saavutada korduvate kulude (võrgu ja tootmise kulud) katmise taset, mis on piisav, et korduvate kulude marginaal kataks mõistliku aja pärast ka ühekordsed muutuvkulud, mis on investeeritud asjakohaste toodete kaubanduslikku arendamisse”.⁷² Kõik pärast väidetavat rikkumist tekkinud tulud ja kulud, mille arvessevõtmist apellant nõuab, on korduvad.

111. Edasi väidab komisjon, et oleks vale võtta arvutustes arvesse tulevaste positiivsete marginaalide prognoose, mis näevad ette kulude vähenemist kõigi konkurentide jaoks, kuid millega hindade langust ei kaasne. Selline tulemus tekiks üksnes nõrgenenud konkurentsiolukorras. Komisjon märgib, et igal juhul ei vii apellandi ekstrapoleeriv mõttekäik kogukulude katmise positiivse määraneni ning et isegi kui nõustuda apellandi prognoosidega äärmiselt kõrgete kasumimarginaalide kohta 48 kuu jooksul, saaksid need marginaalid realiseeruda üksnes nõrgenenud konkurentsiolukorras. Lõpuks väidab komisjon, et isegi kui jätta „tellimuse saamiseks tehtud kulud” arvesse võtmata, oleksid WIN-ile otseselt seoses iga abonendiga iga kuu tekkinud kulud suuremad kui tulud.

71 – Vt vaidlustatud otsus, punkt 386.

72 – Vt vaidlustatud otsus, põhjendus 76, ja vaidlustatud kohtuotsus, punkt 136.

112. Viimaks leiab komisjon, et apellandi (ekslik) lähenemisviis seisneb nõustumises sellega, et tema abonendid tekitavad pooleteise aasta jooksul (vaidlustatud otsusega hõlmatud aeg) iga kuu kasvavat kahjumit, eeldades samas, et komisjoni sekkumisele järgnevatel aastatel muutub kasumimarginaal oluliselt positiivsemaks, nii et iga tellimus võib tellimisperioodi lõpuks muutuda kasumlikuks.

kasuks korrigeerides, võtmaks arvesse asjaomase turu eripära, ja järgides samas EÜ artiklis 82 sätestatud nõudeid, on komisjoni poolt käesolevas asjas rakendatud kulude katmise test õigusvastane” ning et „kohtupraktikast ei ilmne esiteks seda, et käesolevas asjas oleks tulnud kasutada diskonteeritud rahavoogude meetodit, ja [...] WIN [ei ole] esitanud ühtegi argumenti, mis tõendaks, et komisjon on selles osas ilmse hindamisvea teinud.”⁷³

Hinnang

113. Esmapilgul näib, et apellatsioonkaebuse käesolev väide on üksnes eelneva väite edasarendus ning apellant vaid kordab väidet, et EÜ artikliga 82 oleks kooskõlas olnud ainult selline kulude katmise määra arvutuskäik, kus oleks arvesse võetud 48 kuu kulud. Ennekoike näib käesolev väide põhinevat apellandi ekslikul väärrarusaamal, et Esimese Astme Kohus tunnustas „kulude ja tulude jagamist 48 kuu peale”. Esimese Astme Kohus ei ole seda vaidlustatud kohtuotsuses teinud. Esimese Astme Kohus kinnitas hoopis seda, et komisjon jagas oma meetodis ajaliselt ainult üht liiki kulud, s.o ühekordseid muutuvkulud.

115. Lõpuks tahaksin meenutada, et Euroopa Kohtu kodukorra kohaselt ei tohi apellatsioonkaebuses muuta Esimese Astme Kohtu menetluses olnud hagi eset. Apellatsioonkaebuse käesolev väide erineb oluliselt apellandi poolt Esimese Astme Kohtule esitatud väitest, mille kohaselt on komisjon rikkunud õiguspõhiseid norme, kui ta ei kasutanud diskonteeritud rahavoogude või puhasnüüdisväärtuse meetodit (mis on apellandi arvates ainus asjakohane meetod). Seda meetodit ei ole apellant Euroopa Kohtule esitanud apellatsioonkaebuses enam maininud.

114. Igal juhul ei ole ma vaidlustatud kohtuotsuse punkte 129–156 analüüsid leidnud midagi, mis võiks mõjutada Esimese Astme Kohtu lähenemisviisi kehtivust. Minu arvates ei ole Esimese Astme Kohus õiguspõhiseid rikkunud ja ta kohaldas EÜ artiklit 82 õigesti, kui ta asus seisukohale, et WIN ei ole „tõendanud, et WIN-i raamatupidamises kajastatud andmeid kasutades ja neid tema

116. Seega tuleks apellatsioonkaebuse neljas väide minu arvates lugeda vastuvõetamatuks ning igal juhul alusetuks.

73 – Vt punktid 154 ja 155. Jooksva puhaskäitumise teemal toimunud arutelude kohta vt nt Ühendkuningriigi [15. jaanuari 2002. aasta] kohtuotsus asjas nr 1001/1/1/01: Napp Pharmaceutical Holdings Ltd vs. konkurentsikomisjoni apellatsioonkohtu (CAT) õiglase kaubanduse osakonna peadirektor, punkt 260.

F. Apellatsioonkaebuse viies väide: EÜ artikli 82 ja põhjendamiskohustuse rikkumine – hind võib olla alla omahinna ka siis, kui hinnaalandus toimub koos ettevõtja turuosa olulise vähenemisega

olu ja nõuda trahvisumma vähendamist. Kuritarvitamise asetleidmise vaidlustamiseks kasutab ta seda väidet esimest korda apellatsioonkaebuses.

117. Apellatsioonkaebuse viiendas väites leiab apellant, et Esimese Astme Kohus on rikkunud nii EÜ artiklit 82 kui ka põhjendamiskohustust, otsustades, et hind võib olla alla omahinna ka siis, kui hinnaalandus toimub koos ettevõtja turuosa olulise vähenemisega. Sellist hinda ei saa käsitleda hinnana, mis võib viia konkureerivate ettevõtjate turult kõrvaldamiseni.

Poolte argumendid

118. Apellant väidab, et kuigi Esimese Astme Kohus tunnistas, et WIN-i turuosa oli alates 2002. aasta augustist vähenenud, leidis ta sellegipoolest, et väidetav rikkumine kestis kuni 15. oktoobrini 2002. Omahinnast madalama hinnaga müük eeldab aga konkurentsi olulist vähenemist ning ei saa seepärast toimuda olukorras, kus konkurents tiheneb.

120. Mis puutub selle väite sisu, siis nähtub komisjoni käsutuses olevatest andmetest, et WIN-i turuosa kasvas järjepidevalt kuni 31. augustini 2002. Tema turuosa sai rikkumise viimase pooleteise kuu jooksul väheneda üksnes FT võrgujuurdepääsu hulgihindade alandamise tõttu, mida WIN otsustas erinevalt oma konkurentidest jätta oma hindades arvesse võtmata, lõpetades sellega rikkumise 15. oktoobril 2002. Täielikkuse huvides lisab komisjon, et mis tahes turuosa selline vähenemine ei seaks kahtluse alla otsuse kui sellise õiguspärasust, vaid kõige rohkem rikkumise kestust. See ei mõjutaks aga trahvisummat, sest apellatsioonkaebuses ei ole selle muutmist nõutud.

Hinnang

119. Komisjon väidab, et apellant esitas selle väite esimeses astmes üksnes selleks, et vaidlustada turgu valitseva seisundi olemas-

121. Nagu komisjon õigesti märgib, piirdub käesolev apellatsioonkaebus sellega, kuidas on Esimese Astme Kohus hinnanud turgu

valitseva seisundi kuritarvitamist, ning WIN esitas väite oma turuosa väidetava vähenemise kohta esimeses astmes üksnes selleks, et vaidlustada turgu valitseva seisundi olemasolu⁷⁴ ja nõuda trahvisumma vähendamist.⁷⁵

G. Apellatsioonkaebuse kuues väide: faktide väidetav moonutamine ja EÜ artikli 82 rikkumine – väidetav omahinnast madalama hinnaga müügi strateegia

1. Faktide ja tõendite moonutamine

122. Kohtupraktikas on välja kujunenud, et kui poolel oleks õigus esitada esmakordselt Euroopa Kohtus väiteid, mida ta ei ole esitanud Esimese Astme Kohtus, oleks tal õigus Esimese Astme Kohtus arutatud asjaga võrreldes laiendada kohtuasja ulatust Euroopa Kohtus, kellel on apellatsioonimeetluses piiratud pädevus. Apellatsioonimeetluses piirdub Euroopa Kohtu pädevus Esimese Astme Kohtus arutatud väidetele antud õigusliku hinnangu kontrollimisega.⁷⁶

124. Apellatsioonkaebuse kuues väide koosneb kahest etteheitest. Esimeses väidab apellant, et Esimese Astme Kohus on omahinnast madalama hinnaga müügi väidetava strateegia osas moonutanud fakte ja talle hindamiseks esitatud tõendeid.

Poolte argumentid

123. Apellandi viies väide tuleks seepärast lugeda vastuvõetamatuks.

125. *Apellant* väidab, et Esimese Astme Kohus moonutas tõendeid, mille põhjal ta analüüsis seda, kas omahinnast madalama hinnaga müügi strateegia oli olemas või mitte. Ta tugines üksnes WIN-i dokumentidele ja järeldas sellise strateegia olemasolu neis kasutatud terminite põhjal, nagu näiteks turu „endale võitmine”. Kuid Esimese Astme Kohtu enda sõnul peegeldasid need dokumendid kõigest WIN-i „suhteliselt ambitsioonikat eesmärki turul”.⁷⁷

⁷⁴ – Esimese Astme Kohtule esitatud WIN-i hagi, punkt 95, väide turgu valitseva seisundi olemasolu kohta.

⁷⁵ – Esimese Astme Kohtule esitatud WIN-i hagi, punkt 272, väide trahvisumma kohta.

⁷⁶ – Vt 26. oktoobri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-68/05 P: Koninklijke Coöperatie Cosun UA vs. komisjon (EKL 2006, lk I-10367, punktid 95–98 ja seal viidatud kohtupraktika).

⁷⁷ – Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 214.

126. Komisjon väidab, et apellant taotleb apellatsioonimenetluses sellise väite läbivaatamist, mille Esimese Astme Kohus on lugenud vastuvõetamatuks, vaidlustamata siiski selle väite vastuvõetamatust ennast. Teiseks ei esitanud apellant ühtki argumenti väidetava moonutamise toetuseks, mistõttu saab Esimese Astme Kohus vaid ise hinnata talle esitatud tõendite tõenduslikku väärtust. Lisaks väidab komisjon, et Esimese Astme Kohus ei kasutanud oma analüüsis ainult neid dokumente, kus kasutati „turu endale võitmise” väljendit, vaid ka palju muid dokumente.

esitama argumente.⁷⁹ Minu arvates ei ole apellant Esimese Astme Kohtu järeldust kõnealuse väite vastuvõetamatuse kohta vaidlustanud.

129. Käesolev etteheide puudutab faktiküsimust ja ei sisalda veenvaid argumente, mis toetaksid faktide moonutamise väidet.

Hinnang

127. Apellant taotleb sellise väite uuesti läbivaatamist, mille Esimese Astme Kohus oli vaidlustatud kohtuotsuse punktides 204–205 lugenud vastuvõetamatuks.

128. Käesolevas menetluses ei ole apellandil aga õigust seda väidet uuesti esitada. Ta saab ainult konkreetsetel alustel vaidlustada Esimese Astme Kohtu järelduse, et esimeses astmes esitatud väide ei ole vastuvõetav,⁷⁸ ning peab selle tõendamiseks, et Esimese Astme Kohus on rikkunud õigusnorme,

130. EÜ artiklist 225 ja Euroopa Kohtu põhikirja artikli 58 esimesest lõigust tuleneb, et Euroopa Kohus ei ole pädev fakte tuvas-tama ega põhimõtteliselt hindama tõendeid, mida Esimese Astme Kohus on nende faktide põhjendamisel aktsepteerinud. Juhul kui need tõendid on hangitud õiguspäraselt, kui on järgitud õiguse üldpõhimõtteid ja tõendamiskohustust ning tõendite hankimist puudutavaid menetlusnorme, on üksnes Esimese Astme Kohus pädev hindama talle esitatud tõendite tõenduslikku väärtust.⁸⁰ Järelikult ei kujuta see hindamine – välja arvatud juhul, kui tõendeid on moonutatud – endast Euroopa Kohtu kontrollile alluvat õiguslikku küsimust.⁸¹

78 – Vt Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. ed., London, 2006, lk 464: „Seda võib järeldada 22. detsembri 1993. aasta otsusest kohtuasjas C-354/92 P: Eppe vs. komisjon (EKL 1993, lk I-7027, punkt 13).”

79 – Vt 70. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Abello jt vs. komisjon, punkt 45.

80 – 17. detsembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-185/95 P: Baustahlgewebe vs. komisjon (EKL 1998, lk I-8417, punkt 24).

81 – 7. novembri 2002. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-24/01 ja C-25/01 P: Glencore ja Compagnie Continentale vs. komisjon (EKL 2002, lk I-10119, punktid 65–69). Selline moonutamine peab selgelt nähtuma Euroopa Kohtu toimikumaterjalidest, ilma et fakte ja tõendeid oleks vaja uuesti hinnata. Vt 6. aprilli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-551/03 P: General Motors vs. komisjon (EKL 2006, lk I-3173, punktid 51, 52 ja 54).

131. Seega tuleks apellatsioonkaebuse kuuenda väite esimene etteheide lugeda vastuvõetamatuks.

134. *Komisjon* väidab esiteks, et kuritarvitamise kavatsus on paratamatult subjektiivne, ja teiseks, et ühenduse kohtupraktika kohaselt ei tule omahinnast madalama hinnaga müügi strateegiat tõendada sedalaadi objektiivsete tõenditega, mida peab asjakohaseks apellant.

2. EÜ artikli 82 rikkumine

Hinnang

132. Teise etteheitega väidab apellant, et Esimese Astme Kohus on rikkunud EÜ artiklit 82. See artikkel nõuab, et eksisteeriks objektiivselt hinnatav konkurentide väljatõrjumise strateegia ning mingil juhul ei saa lähtuda mõiste „turgu valitseva seisundi kuritarvitamine” puhtalt subjektiivsest tõlgendamisest.

135. Piisab, kui vaid märkida, et nagu mõnes eespool käsitletud apellatsioonkaebuse väites näib apellant ka siin tuginevat samadele argumentidele, mille ta esitas Esimese Astme Kohtule.

Poolte argumentid

136. Seega tuleks ka apellatsioonkaebuse kuuenda väite teine etteheide lugeda vastuvõetamatuks.

133. *Apellant* väidab, et turgu valitseva seisundi kuritarvitamine on objektiivne mõiste. Esimese Astme Kohus aga tugines oma analüüsis ja järeldustes puhtalt subjektiivsetele teguritele, mitte objektiivsetele tõenditele, nagu näiteks konkurentide riskid, selektiivne hinnapoliitika konkurentide klientide suhtes, hinnadiskrimineerimine, paremate pakkumiste tegemine või kahjumiga müügi kestus, järjepidevus ja ulatus.

137. Mis puudutab omahinnast madalama hinna strateegia olemasolu, siis on Esimese Astme Kohus minu arvates kohaldanud Euroopa Kohtu otsuseid kohtuasjades AKZO ja Tetra Pak II õigesti ja õiguslikult piisavalt.

138. Seega tuleks apellatsioonkaebuse kuues väide lugeda vastuvõetamatuks ning igal juhul alusetuks.

H. Apellatsioonkaebuse seitsmenda väite teine etteheide: EÜ artikli 82 rikkumine – kahjumi tagasiteenimine – ettevõtja tõendid kahjumi tagasiteenimise võimatuse kohta

139. Apellatsioonkaebuse seitsmenda väite teise etteheitega väidab apellant, et Esimese Astme Kohus on rikkunud EÜ artiklit 82, ajades segamini komisjoni esitatud tõendi kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse kohta ja asjassepuutuva ettevõtja esitatud tõendi võimatuse kohta neid kulusid tagasi teenida.

Poolte argumendid

140. *Apellant* väidab, et WIN esitas ise tõendeid kahjumi tagasiteenimise võimatuse kohta. Seepärast oleks Esimese Astme Kohus pidanud otsustama selle üle, kas komisjonil oli õigust ettevõtja esitatud tõendid kahjumi tagasiteenimise võimatuse kohta tagasi lükata.

141. *Komisjon* väidab, et apellant ei esitanud esimeses astmes ühtki väidet selle kohta, kas komisjonil oli õigust sellised tõendid tagasi lükata. Igatahes väidab komisjon, et see apellandi väide lükatakse sisuliselt ümber vaidlustatud kohtuotsuse punktides 103–121 ning 261–267. Lõpuks väidab komisjon täielikkuse huvides, et tegelikult ta analüüsis kahjumi tagasiteenimise võimalikkust vaidlustatud otsuses ning leidis selles, et see on tõenäoline.

Hinnang

142. Minu arvates ei ole apellant Esimese Astme Kohtule esitanud ühtki muud argumenti kahjumi tagasiteenimise võimatuse kohta kui vaid selle, et komisjon tõendas kahjumi tagasiteenimise võimatust vaidlustatud otsuses oma väitega, et „konkurentsi-tingimused olid taastatud”.

143. Esimese Astme Kohtu kohustus oma otsuseid põhjendada ei tähenda seda, et ta peab vastama põhjalikult igale apellandi argumendile, eriti kui argument ei ole piisavalt selge ja täpne ning puuduvad tõendid, mis seda piisavalt toetaksid.⁸²

82 – Vt 6. märtsi 2001. aasta otsus kohtuasjas C-274/99 P: *Connolly vs. komisjon* (EKL 2001, lk I-1611, punkt 121) ning eespool 34. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus *Belgia vs. komisjon*, punkt 81.

144. Ma leian, et argumenti, mille WIN esitas oma hakis Esimese Astme Kohtule oma kahjumi tagasiteenimise võimatuse tõendamiseks, nimelt et komisjoni turuanalüüs on vastuoluline, ei saa pidada piisavalt selgeks ja täpseks. Samamoodi ei olnud see piisav väitmaks, et komisjonil ei olnud õigust lükata tagasi kõnealuse ettevõtja tõendeid tema kahjumi tagasiteenimise võimatuse kohta.

kohtuotsuse punktides 103–121 ning 261–267.

145. Igatahes näib, et need tõendid lükatakse kaudselt, kuid vältimatult tagasi vaidlustatud

146. Seepärast leian, et appellatsioonkaebuse seitsmenda väite teine etteheide tuleks lugeda vastuvõetamatuks kui uus argument/väide, mida Esimese Astme Kohtus ei esitatud, ning igal juhul alusetuks.

V. Ettepanek

147. Eespool esitatust lähtuvalt teen Euroopa Kohtule ettepaneku vaidlustatud kohtuotsus tühistada.

148. Lisaks leian, et Euroopa Kohtul oleks kohane suunata asi kooskõlas Euroopa Kohtu põhikirja artikli 61 esimese lõiguga tagasi Esimese Astme Kohtusse otsustamiseks ja teha otsus kohtukulude kohta hiljem.