

## KOHTUJURISTI ETTEPANEK

JULIANE KOKOTT

esitatud 19. veebruaril 2009<sup>1</sup>

### I. Sissejuhatus

1. Käesolev eelotsusetaotlus võimaldab Euroopa Kohtul kindlaks teha, millistele nõuetele peab vastama EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses konkurentsivastase eesmärgiga kooskõlastatud tegevuse tuvastamine.

2. Peamiselt tuleb välja selgitada, kas ja mil määral on nõutav konkurentsivastase eesmärgi eeldamiseks konkreetsete turu iseärasuste, asjaomaste ettevõtjate turukäitumise ja nende käitumisega konkurentsile avaldatud mõju hindamine. Lisaks tuleb arutada, millised tõendamisnõuded tulenevad ühenduse õigusest, kui EÜ artikli 81 rikkumine tuvastatakse siseriiklikus kohtumenetluses.

3. Nende küsimuste olulisust ei saa alahinnata ühenduse konkurentsioiguse tõhusal rakendamisel uue detsentraliseeritud

süsteemi kaudu, mis kehtestati kartellikokkuleppeid puudutava menetlusega seotud õiguse ajakohastamisel määrusega (EÜ) nr 1/2003<sup>2</sup>. Nende küsimuste lahendamisel tuleb arvestada asutamislepingu konkurentsieeskirjade ranguse leevendamisega kaasnevate ohtudega Euroopa siseturule<sup>3</sup> ja samuti Euroopa tarbijale.

### II. Õiguslik raamistik

#### A. Ühenduse õigusnormid

4. Käesoleval juhul sätestab ühenduse õiguse raamistiku EÜ artikli 81 lõige 1 järgmiselt:

1 – Algkeel: saksa.

2 – Nõukogu 16. detsembri 2002. aasta määrus (EÜ) nr 1/2003 asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta (EÜT 2003, L 1, lk 1; ELT eriväljaanne 08/02, lk 205).

3 – Nendele ohtudele on viimati viidanud kohtujurist Geelhoed; vt tema 12. septembri 2006. aasta ettepanek kohtuasjas C-407/04 P: Dalmine vs. komisjon (EKL 2007, lk I-829, punktid 136 ja 137), millele ka Euroopa Kohus oma 25. jaanuari 2007. aasta kohtuotsuses samas asjas viitab (seal punkt 84).

„Ühisturuga on kokkusobimatud ja keelatud kõik sellised ettevõtjatevahelised kokkulepped, ettevõtjate ühenduste otsused ja kooskõlastatud tegevus, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust ning mille eesmärgiks või tagajärjeks on takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturu piires, iseäranis need kokkulepped, otsused ja tegevus, millega:

kaubanduspartnerid sellega ebasoodsasse konkurentsiolukorda;

- a) otseselt või kaudselt määratakse kindlaks ostu- või müügihinnad või mis tahes muud tehingutingimused;
  - b) piiratakse või kontrollitakse tootmist, turge, tehnilist arengut või investeerimist;
  - c) jagatakse turge või tarneallikaid;
  - d) rakendatakse võrdväärsete tehingute puhul erinevaid tingimusi, pannes
- e) seatakse lepingu sõlmimise eeltingimuseks teise poole nõusolek võtta endale lisakohustusi, mis oma laadilt või kaubandustavade kohaselt ei ole seotud sellise lepingu objektiga.”
5. Täiendavalt tuleb viidata määrusele nr 1/2003, mille artikkel 2 sisaldab eeskätt järgmist tõendamiskohustuse regulatsiooni:
- „Kõigi asutamislepingu artiklite 81 ja 82 kohaldamisega seotud siseriiklike või ühenduse menetluste puhul lasub asutamislepingu artikli 81 lõike 1 või artikli 82 rikkumisega seotud tõendamiskohustus osapoolel või asutusel, kes teeb avalduse väidetava rikkumise kohta. [...]”

6. Lisaks väärrib mainimist määruse nr 1/2003 põhjenduse 5 viimane lause:

„Käesolev määrus ei mõjuta tõendamisnõudeid käsitlevaid siseriiklikke eeskirju ega ka liikmesriikide konkurentsiasutuste ja kohtute kohustust teha kindlaks konkreetse juhtumi asjakohased faktid, tingimusel et sellised eeskirjad ja kohustused on kooskõlas ühenduse õiguse üldpõhimõtetega.”

2. Siseriikliku konkurentsioiguse kohaldamine ei tohi põhjustada selliste kokkulepete ja ettevõtjate ühenduste otsuste või niisuguse kooskõlastatud tegevuse keelamist, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust, kuid ei piira konkurentsi asutamislepingu artikli 81 lõike 1 tähenduses [...]

[...]

7. EÜ artikli 81 ja siseriikliku konkurentsioiguse vahelise seose sätestab määruse nr 1/2003 artikkel 3 järgmiselt:

#### B. Siseriiklikud õigusnormid

„1. Kui liikmesriikide konkurentsiasutused või siseriiklikud kohtud kohaldavad siseriiklikku konkurentsioigust asutamislepingu artikli 81 lõikes 1 sätestatud kokkulepete, ettevõtjate ühenduste otsuste ja kooskõlastatud tegevuse suhtes, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust selle sätte tähenduses, peavad nad selliste kokkulepete, otsuste ja niisuguse kooskõlastatud tegevuse suhtes kohaldama ka asutamislepingu artiklit 81. [...]

8. Madalmaade õigusest tuleneb käesoleval juhul õiguslik raamistik konkurentsiseaduse (Mededingingswet<sup>4</sup>; edaspidi „Mw”) 9. detsembri 2004. aasta seadusega<sup>5</sup> muudetud ja 1. juulil 2005. aastal jõustunud redaktsioonist.

4 – Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging –Mededingingswet (*Staatsblad*, edaspidi „*Stb.*” 1997, 242).

5 – Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan (*Stb.* 2005, 172).

9. Mw artikkel 1 sisaldab muuhulgas järgmisi mõiste määratlusi:

kahjustada konkurentsi Madalmaade turul või osal sellest.”

„Käesoleva seaduse ja selle alusel antud määruste tähenduses on:

11. Mw artikli 6 lõike 1 rikkumisel võib Madalmaade konkurentsiasutuse (nn „NMa”<sup>6</sup>) nõukogu<sup>7</sup> määrata Mw artikli 56 lõike 1 punkti a alusel rikkumises süüdi olevale füüsilisele või juriidilisele isikule rahatrahvi.

[...]

h) kooskõlastatud tegevus – kooskõlastatud tegevus [EÜ] asutamislepingu artikli 81 lõike 1 tähenduses;

### III. Asjaolud ja põhikohtuasi

[...]”

#### A. Madalmaade mobiilsideteenuste turg

10. Mw artikli 6 lõige 1 sätestab:

12. Põhikohtuasjas olulisel ajahetkel 2001. aastal oli Madalmaades oma mobiiltelefonivõrk viiel operaatoril, nimelt Ben Nederland BV-l<sup>8</sup> (turuosa 10,6%), KPN-l (42,1%), Dutchtone NV-l<sup>9</sup> (9,7%), Libertel-Vodafone NV-l (26,1%) ja Telfort Mobiel BV-l<sup>10</sup> (11,4%). Kuuenda mobiiltelefonivõrgu rajamine ei

„Keelatud on kõik sellised ettevõtjatevahelised kokkulepped, ettevõtjate ühenduste otsused ja kooskõlastatud tegevus, mille eesmärk või tagajärg on takistada, piirata või

6 – Nederlandse Mededingingsautoriteit.

7 – Raad van bestuur.

8 – Edaspidi „Ben”.

9 – Edaspidi „Dutchtone”.

10 – Edaspidi „Telfort”.

olnud võimalik, kuna ühtegi uut luba ei väljastatud. Mobiilsideteenuste turule sisenemine oli võimalik ainult lepingu sõlmimise teel neist viiest ühe või mitme juba olemasoleva operaatoriga.

vate tasude võrra sõltuvalt edasimüüjast ja müüdüd lepingust.

#### B. Ettemakstud kõneteenused ja abonemendid Madalmaades

13. Pakutavate mobiilsideteenuste puhul eristatakse Madalmaades nn ettemakstud kõneteenuseid ja abonemente. Ettemakstud kõneteenustele on iseloomulik, et klient maksab ette; ettemakstud kõnekaardi ostmise või kõneaja juurde laadimisega omandab ta kõneminuteid ning ta võib arveloleva summa piires helistada. Abonemente iseloomustab seevastu, et klientidele esitatakse kasutatud kõneminutite eest kindlaksmääratud perioodi kohta tagantjärele arve, millele üldjuhul lisandub kindel põhitasu, mis võib teatud juhtudel sisaldada tasu kõneminutite eest.

#### C. 13. juuni 2001. aasta kohtumine

15. 13. juunil 2001 toimus Madalmaade turul mobiilsideteenuseid pakkuvate mobiilsidoperaatorite esindajate kohtumine. Sellel kohtumisel räägiti muuhulgas abonementide edasimüüjate standardtasude vähendamist alates 1. septembrist 2001 või selle aja paiku. Nagu nähtub eelotsusetaotlusest, vahetasid sellel kohtumisel osalejad konfidentsiaalset teavet.<sup>12</sup>

#### D. Põhikohtuasi

14. Edasimüüja kaudu abonemendilepingu sõlmimisel või pikendamisel annab edasimüüja mobiiltelefoni ja operaator SIM-kaardi<sup>11</sup>. Lisaks sellele maksab operaator edasimüüjale tasu iga sõlmitud mobiilsidalepingu eest. Edasimüüja standardtasu võib teatud juhtudel suureneda erinevate täienda-

16. NMa tuvastas 30. detsembri 2002. aasta otsuses (edaspidi „esialgne otsus“), et Ben, Dutchtone, KPN, O<sub>2</sub> (Telfort) ja Vodafone (endine Libertel-Vodafone) olid omavahel seoses mobiilsidalepingutega sõlminud kokkuleppe või oma tegevust kooskõlastanud.

11 – SIM-kaart (*Subscriber Identity Module*) on mikrokiipi sisaldav kaart, mis sisestatakse mobiiltelefoni ja mille abil tuvastatakse iga kasutaja võrgus. Kaart kujutab endast niioelda kasutaja mobiilset telefonühendust.

12 – Madalamaade valitsus lisab, et arutati abonementide edasimüüjate standardtasude vähendamise ulatust, ajahetke ja üksikasju.

NMa jõudis järeldusele, et vastav tegevus mõjutas oluliselt konkurentsi ja oli seega vastuolus Mw artikli 6 lõikes 1 sätestatud keeluga. Seetõttu määras ta asjaomastele ettevõtjatele rahatrahvi.

17. Esialgse otsuse peale esitasid viis asjaomast ettevõtjat vaide.

18. NMa tunnistas 27. septembri 2004. aasta vaideotsusega T-Mobile (endine Ben), KPN, Orange (endine Dutchtone), Vodafone ja O<sub>2</sub> (Telfort) vaided osaliselt põhjendatuks ja osaliselt põhjendamatuks. Kuigi ta loobus konkurentsivastase kokkuleppe etteheitmisest, jätkas ta konkurentsivastase kooskõlastatud tegevuse etteheitmist ja leidis, et ei esine mitte ainult Mw artikli 6 lõike 1 rikkumine, vaid ka EÜ artikli 81 lõike 1 rikkumine<sup>13</sup>. NMa vähendas vastavalt trahve.

19. T-Mobile, KPN, Orange, Vodafone ja Telfort esitasid Rechtbank te Rotterdamile vaideotsuse peale kaebuse.

20. Rechtbank te Rotterdam tühistas oma 13. juuli 2006. aasta otsusega vaideotsuse ja

13 – Madalmaade valitsuse esitatud andmete kohaselt on rikkumise tuvastamise aluseks määruse nr 1/2003, eriti selle artikli 3 lõike 1, jõustumine.

kohustas NMa-d tegema vaide esitajate asjas uue otsuse.<sup>14</sup>

21. NMa ja kolm asjaomast ettevõtjat (T-Mobile, KPN ja Orange) esitasid selle otsuse peale apellatsioonkaebuse College van Beroep voor het bedrijfslevenile (eelotsusetaotluse esitanud kohus).<sup>15</sup> Seejuures on ka Vodafone ikka veel põhikohtuasjas menetlusosaline, seevastu eelotsusetaotluse esitanud kohtu andmetel ei ole menetlusosaliseks enam Orange.

#### **IV. Eelotsusetaotlus ja menetlus Euroopa Kohtus**

22. College van Beroep voor het bedrijfsleven peatas oma 31. detsembri 2007. aasta määrusega, mis saabus Euroopa Kohtusse 9. jaanuaril 2008. aastal, menetluse ja esitas Euroopa Kohtule järgmised kolm eelotsuse küsimust:

1) Milliseid kriteeriume tuleb EÜ artikli 81 lõike 1 kohaldamisel kasutada, et hinnata, kas kooskõlastatud tegevuse eesmärk on

14 – Toimikust nähtub, et Rechtbank te Rotterdam ei pidanud Orange'i ja Telfort'i osalemist kooskõlastatud tegevuses tõendatuks.

15 – NMA apellatsioonkaebus puudutab Orange'i osalemist kooskõlastatud tegevuses. Oma eelotsusetaotluses kinnitab selle esitanud kohus madalama astme kohtu seisukohta, et Orange'i osalus ei ole tõendatud.

takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturul?

suulised märkused. NMa ühines Madalmaade valitsuse kirjalike seisukohtadega.

- 2) Kas EÜ artiklit 81 tuleb tõlgendada nii, et selle sätte siseriikliku kohtu poolt kohaldamisel tuleb esitada ja hinnata tõendeid kooskõlastamise ja turukäitumise vahelise põhjusliku seose kohta vastavalt siseriiklikele õigusnormidele, eeldusel et kõnealused sätted ei ole vähem soodsad kui need, mis on kohaldatavad samasuguste siseriiklike nõuete suhtes, ning need ei muuda ühenduse õigusest tulenevate õiguste teostamist praktiliselt võimatuks või ülemäära raskeks?

## V. Hinnang

### A. Eelotsusetaotluse vastuvõetavus

- 3) Kas EÜ artikli 81 mõiste „kooskõlastatud tegevus” kohaldamisel on kooskõlastamise ja turukäitumise vahelise põhjusliku seose eeldus kohaldatav isegi siis, kui kooskõlastamine toimus ühekordselt ning selles osalenud ettevõtja jätkab turul tegutsemist, või ainult siis, kui kooskõlastamine toimus korrapäraselt pika ajavahemiku jooksul?

24. Eelotsusetaotluse vastuvõetavuse osas tuleks lühidalt käsitleda kahte seisukohta.

25. Esiteks küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus EÜ artikli 81 lõike 1 tõlgendamise kohta, kuigi põhikohtuasjas vaidlustatud NMa otsus põhineb eeskätt siseriiklikul konkurentsioigusel (Mw artikli 6 lõikel 1).

23. Euroopa Kohtu menetluses esitasid T-Mobile, KPN, Vodafone, Madalmaade valitsus ja Euroopa Ühenduste Komisjon kirjalikud ja

26. Pooled ei vaidle selle üle, et Mw artikli 6 lõige 1 juhindub sisu poolest täielikult vastavast ühenduse õiguse sättest (EÜ artikli 81

lõikest 1). Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale on sellise juhul selgelt ühenduse huvides, et ühenduse õigusest ülevõetud sätteid või mõisteid tõlgendataks ühetaoliselt.<sup>16</sup>

27. Lisaks kohustab määruse nr 1/2003 artikli 3 lõige 1 NMa-d liikmesriikide vahelist kaubandust mõjutada võiva kooskõlastatud tegevuse puhul kohaldama Mw artiklist 6 tuleneva siseriikliku sätte kõrval ka EÜ artiklit 81. Sellekohaselt viitas NMa vaideot-suses õigusliku alusena lisaks Mw artikli 6 lõikele 1 ka EÜ artikli 81 lõikele 1. Seega ei oma EÜ artikli 81 lõige 1 käesolevas kohtuas-jas mitte ainult kaudset tähendust lähtealu-sena Mw artikli 6 lõike 1 tõlgendamisel, vaid see on ka põhikohtuasjale vahetult kohaldatav säte.

28. Eelnevat silmas pidades ei teki kahtlust EÜ artikli 81 tõlgendamise nagu ka ühenduse õiguse ja siseriikliku konkurentsioiguse suhte kohta esitatud eelotsuse küsimuste asja-kohasuses.

16 – Vt hiljutine 14. detsembri 2006. aasta otsus kohtu-asjas C-217/05: Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (EKL 2006, lk I-11987, punktid 19 ja 20) ja 11. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-280/06: ETI jt (EKL 2007, lk I-10893, punktid 21 ja 26) ning seal viidatud kohtupraktika.

29. Teiseks väidab Vodafone, et esimesele eelotsuse küsimusele ei ole vaja vastata, kuna õiguslik olukord on piisavalt selge tänu komisjoni avalikustatud tõlgendamise suunis-tele<sup>17</sup>. Seoses selle väitega tuleb esiteks märkida, et komisjoni teatised ei ole õigusli-kult siduvad ega saa seega ennetada EÜ artikli 234 alusel läbiviidavas menetluses Euroopa Kohtu antavat tõlgendust. Teiseks oleks eelotsusetaotlus isegi siis vastuvõetav, kui õiguslik olukord oleks selge, siis vastataks igal juhul määrusega Euroopa Kohtu kodu-korra artikli 104 lõike 3 alusel.

30. Lõpuks väidab Vodafone, et vaidlusaluse kooskõlastatud tegevuse puhul on ilmne konkurentsivastase eesmärgi puudumine. Arvestades teravat vaidlust, mida pooled peavad nende küsimuste osas nii põhikoh-tuasjas kui ka Euroopa Kohtus, tundub mulle see väide asjakohatu.

31. Seega on kokkuvõttes eelotsusetaotlus täies ulatuses vastuvõetav.

17 – Vodafone viitab komisjoni teatise „Suunised EÜ asutamisle-pingu artikli 81 lõike 3 kohaldamise kohta“ (ELT 2004, C 101, lk 97) punktidele 21 ja 22.



B. *Sisuline hinnang eelotsuse küsimustele*

32. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu kolme küsimuse ühiseks eesmärgiks on selgitada, millised nõuded on esitatud konkurentsivastase kooskõlastatud tegevuse tuvastamisele EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses.

33. Seejuures ei ole oluline mitte niivõrd kooskõlastatud tegevuse mõiste määratlust kui selline. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt mõistetakse selle tegevuse all koostööd ettevõtjate vahel, kes ei ole läinud nii kaugele, et nad oleksid sõlminud kokkuleppe selle sõna kitsas tähenduses, kuid milles teadlikult valitakse konkurentsiriskide asemel ettevõtjatevaheline koostöö.<sup>18</sup>

34. Pigem keskendub käesolev kohtuasi kooskõlastatud tegevuse konkurentsivastase hindamisele ja sellega seoses kooskõlastatud tegevuste eristamisele, sõltuvalt sellest kas nende konkurentsivastatus tuleneb alles nende *tagajärgedest* või sellest kas neid tuleb

pidada konkurentsivastaseks juba nende *eesmärgi alusel*. Eriti viimaste puhul ei ole eelotsust taotleval kohtul selge, kas ja mil määral on konkurentsivastase eesmärgi eeldamiseks nõutav konkreetsete turu iseärasuste, asjaomaste ettevõtjate turukäitumise ja nende käitumisega konkurentsile avaldatud mõju hindamine.

1. Esimene eelotsuse küsimus: kooskõlastatud tegevusel konkurentsi piirava eesmärgi eeldamise kriteeriumid

35. Oma esimese küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, milliste kriteeriumite alusel tuleb hinnata, kas kooskõlastatud tegevuse *eesmärk* on takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturul.

36. Teadaolevalt on NMa mitmele Madalmaade mobiilsideteenuste pakkujale ette heitnud, et nad vahetasid 2001. aasta juuni kohtumisel konfidentsiaalset teavet ja arutasid seda omavahel, mis omakorda viis nende tegevuse kooskõlastamiseni seoses edasimüüjate teatud tasude vähendamisega.

18 – 14. juuli 1972. aasta otsus kohtuasjas 48/69: ICI vs. komisjon (EKL 1972, lk 619, punkt 64) ja 14. juuli 1972. aasta otsus kohtuasjas 52/69: Geigy vs. komisjon (EKL 1972, lk 787, punkt 26), 16. detsembri 1975. aasta otsus liidetud kohtuasjades 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73: Suiker Unie jt vs. komisjon (EKL 1975, lk 1663, punkt 26), 14. juuli 1981. aasta otsus kohtuasjas 172/80: Züchner (EKL 1981, lk 2021, punkt 12), lisaks 8. juuli 1999. aasta otsus kohtuasjas C-49/92 P: komisjon vs. Anic Partecipazioni (EKL 1999, lk I-4125, punkt 115) ja 8. juuli 1999. aasta otsus kohtuasjas C-199/92 P: Hüls vs. komisjon (EKL 1999, lk I-4287, punkt 158).

37. Igasuguse konkurentidevahelise teabevahetuse eesmärgiks ei ole ilmingimata EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturu piires<sup>19</sup>.

38. Konkurentsivastase eesmärgi esinemist tuleb hinnata, arvestades iga konkreetse üksikjuhu asjaolusid. Seejuures on määravaks samad kriteeriumid kui EÜ artikli 81 lõikes 1 sätestatud ettevõtjate vaheliste kokkulepete ja ettevõtjate ühenduste otsuste hindamisel.<sup>20</sup> Seega saab kokkulepete ja otsuste kohasest kohtupraktikast lähtuda ka ettevõtjate kooskõlastatud tegevuse osas.

39. Selle kohaselt on konkurentsivastase eesmärgi eeldamise lähtekohaks kooskõlastatud tegevuse sisu<sup>21</sup> ja eesmärgid<sup>22</sup>, kusjuures asjaosaliste subjektiivseid kavatsusi arvesta-

takse üksnes täiendavalt ja need ei ole otsustava tähtsusega<sup>23</sup>. Samuti tuleb täiendavalt arvestada majanduslikku ja õiguslikku konteksti, milles kooskõlastatud tegevus toimub.<sup>24</sup>

40. Käesoleval juhul põhjustab vaidluse eelkõige Madalmaade mobiilsidepakkujate vahel kooskõlastatud tegevuse sisu ja majanduslik kontekst. Lihtsustatult öeldes kahtlevad nii eelotsusetaotluse esitanud kohus kui ka T-Mobile, KPN ja Vodafone, kas arvestades kooskõlastatud tegevuse eset ja selle majanduslikku konteksti saab rääkida konkurentsivastasest eesmärgist EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses.

41. Selle kahtluse taustal tuleb järgnevalt lähemalt selgitada kriteeriume, mille alusel hinnatakse põhikohtuasjas vaidlusaluse kooskõlastatud tegevuse eesmärgi konkurentsivastastust.

19 – Sellise eesmärgi olemasolu eitati 23. novembri 2006. aasta otsuses kohtuasjas C-238/05: Asnef-Equifax (EKL 2006, lk I-11125, punktid 46–48) Hispaania krediitandmete vahetamise süsteemi osas.

20 – Eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused ICI vs. komisjon, punktid 64 ja 65; komisjon vs. Anic Participazioni, punktid 112 ja 123, ning Hüls vs. komisjon, punkt 164.

21 – 30. juuni 1966. aasta otsus kohtuasjas 56/65: LTM (EKL 1966, lk 282, punkt 303); 8. novembri 1983. aasta otsus liidetud kohtuasjades 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 ja 110/82: IAZ International Belgium jt vs. komisjon (EKL 1983, lk 3369, punkt 25) ja 20. novembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-209/07: Beef Industry Development Society ja Barry Brothers („BIDS”) (EKL 2008, lk I-8637, punkt 16).

22 – Eespool 21. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus LTM, lk 303; 1. veebruari 1978. aasta otsus kohtuasjas 19/77: Miller vs. komisjon (EKL 1978, lk 131, punkt 7), 28. märtsi 1984. aasta otsus liidetud kohtuasjades 29/83 ja 30/83: CRAM ja Rheinink vs. komisjon (EKL 1984, lk 1679, punkt 26), 6. aprilli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-551/03 P: General Motors vs. komisjon (EKL 2006, lk I-3173, punkt 66) ja 21. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus BIDS, punkt 21.

23 – Eespool 21. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus IAZ International Belgium jt vs. komisjon, punkt 25, ja eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus General Motors vs. komisjon, punktid 77 ja 78, samas tähenduses eespool 21. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus BIDS, punkt 21.

24 – Eespool 21. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused LTM, lk 303, ja IAZ International Belgium jt vs. komisjon, punkt 25; eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused CRAM ja Rheinink vs. komisjon, punkt 26, ja General Motors vs. komisjon, punkt 66, ning eespool 21. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus BIDS, punkt 16; vt ka 13. juuli 1966. aasta otsus liidetud kohtuasjades 56/64 ja 58/64: Consten ja Grundig vs. komisjon (EKL 1966, lk 322 ja 391).

a) Üldised märkused konkurentsivastase eesmärgi mõiste kohta

42. Kõigepealt tuleb meenutada, et konkurentsivastane eesmärk ja konkurentsivastane tagajärg ei ole mitte kumulatiivsed, vaid on alternatiivsed EÜ artikli 81 lõikes 1 sätestatud keelu kohaldamistingimused.<sup>25</sup> Teisiti öeldes on kooskõlastatud tegevus sõltumata tagajärjest juba siis keelatud, kui sellel on konkurentsivastane eesmärk.<sup>26</sup> Kooskõlastatud tegevuse konkreetsete tagajärgede arvessevõtmine on üleliigne, kui ilmneb, et selle eesmärk on takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturul.<sup>27</sup> Taoline tegevus on isegi siis keelatud, kui sel puudub konkurentsivastane mõju turule.<sup>28</sup>

43. Tegevuse keelamine ainuüksi konkurent-  
sivastase eesmärgi tõttu on põhjendatud

25 – Eespool 21. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused LTM, lk 303 jj, ja BIDS, punkt 15; vt ka 17. juuli 1997. aasta otsus kohtuasjas C-219/95 P: Ferriere Nord vs. komisjon (EKL 1997, lk I-4411, punktid 13–15).

26 – Eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused komisjon vs. Anic Participazioni, punkt 123, ja Hüls vs. komisjon, punkt 164, ning 8. juuli 1999. aasta otsus kohtuasjas C-235/92: Montecatini vs. komisjon (EKL 1999, lk I-4539, punkt 124).

27 – Väljakujunenud kohtupraktika alates eespool 24. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsusest Consten ja Gründig vs. komisjon, lk 390 jj; vt veel 30. jaanuari 1985. aasta otsus kohtuasjas 123/83: Clair (EKL 1985, lk 391, punkt 22) ja hilisemast ajast 15. oktoobri 2002. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P ja C-254/99 P: Limburgse Vinyl Maatschappij jt vs. komisjon (EKL 2002, lk I-8375, punkt 491); 7. jaanuari 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P: Aalborg Portland jt vs. komisjon (EKL 2004, lk I-123, punkt 261); 21. septembri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-105/04 P: Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied vs. komisjon (EKL 2006, lk I-8725, punkt 125); eespool 21. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus BIDS, punkt 15, ja 18. detsembri 2008. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-101/07 P ja C-110/07 P: Coop de France Bétail et Viande vs. komisjon (EKL 2008, lk I-10193, punkt 87).

28 – Eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused komisjon vs. Anic Participazioni, punkt 122, ja Hüls vs. komisjon, punkt 163, ning eespool 26. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Montecatini vs. komisjon, punkt 123.

seeläbi, et ettevõtjatevahelise koostöö teatud vorme võib juba olemuse poolest pidada konkurentsi nõuetekohast toimimist kahjustavaks<sup>29</sup>. Taoliste teadaolevalt ühiskondlikult kahjulike tegevuste *per se* keelamine (*per se* keeld) suurendab õiguskindlust ja võimaldab kõigil turul tegutsevatel ettevõtjatel oma tegevust vastavalt korraldada. Lisaks saab nii konkurentsiasutuste ja kohtute ressursse mõistlikult säästa.

44. Kindlasti ei tohi konkurentsivastast eesmärki omava kooskõlastatud tegevuse mõistet liiga laialt tõlgendada<sup>30</sup>, arvestades tõsiseid tagajärgi, mis võivad oodata asjaomaseid ettevõtjaid EÜ artikli 81 lõike 1 rikkumisel<sup>31</sup>. Samuti ei tohi seda mõistet ka liiga kitsalt tõlgendada, kui ei taheta tõlgendamise käigus kaotada esmasest õigusest tulenevat „eesmärgil põhinevate rikkumiste” keeldu ja seeläbi vähendada EÜ artikli 81

29 – Eespool 21. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus BIDS, punkt 17.

30 – EÜ artikli 81 lõike 1 (EÜ asutamislepingu artikli 85 lõige 1) põhimõttelise „piirava iseloomu” kohta vt 29. veebruari 1968. aasta otsus kohtuasjas 24/67: Parke (EKL 1968, lk 85, punkt 112).

31 – Määruse nr 1/2003 artikli 23 lõike 2 punkti a kohaselt on võimalik igale asjaomasele ettevõtjale tahtliku või ettevaatamatu EÜ artikli 81 rikkumise eest määrata trahv, mis ei ületa 10% eelmise majandusaasta kogukäibest (vaata artikli 5 lõike 1 neljas taane siseriiklike konkurentsiasutuste määratavate sanktsioonide kohta). Sõltumatult sellest sanktsioonist võib määruse nr 1/2003 artikli 7 lõike 1 (artikli 5 lõike 1 esimene taane) alusel ettevõtjalt otsusega nõuda sellise rikkumise lõpetamist. Lisaks on kolmandatel isikutel võimalik esitada kahju hüvitamise nõue.

lõike 1 praktilist mõju. Juba EÜ artikli 81 lõike 1 sõnastusest tuleneb, et nii konkurent-sivastast eesmärki kui konkurentsivastast tagajärge omavad kooskõlastatud tegevused on keelatud.<sup>32</sup>

45. Järelikult ei või vastupidiselt eelotsuse-taotluse esitanud kohtu arvamusele „ees-märgil põhinevate rikkumiste” keeldu tõlgen-dada nii, et konkurentsivastase ees-märgi alusel saab üksnes eeldada õigusvasta-sust, mida saab aga ümber lükata, kui konkreetsel üksikjuhul ei ole tuvastatavad negatiivsed tagajärjed turu toimimisele<sup>33</sup>. Taoline tõlgendus võib nimelt viia nende kahe EÜ artikli 81 lõikes 1 kõrvuti eksistee-rivate alternatiivsete tingimuste, ühelt poolt konkurentsivastase *eesmärgiga* koostöö keelu ja teiselt poolt konkurentsivastase *tagajärjega* koostöö keelu, lubamatu segunemiseni.

46. Oleks liigne seada üksikjuhul konkurent-sivastase eesmärgi eeldamine sõltuvusse konkreetse konkurentsivastase mõju avaldu-mise või puudumise tegelikust tuvastamisest, ükskõik, kas sellega on mõeldud mõju konku-rendile, tarbijale või üldsusele. Pigem piisab EÜ artikli 81 lõikes 1 sätestatud keelu

rakendamiseks, kui kooskõlastatud tegevus võib olemasoleva kogemuse alusel avaldada konkurentsile negatiivset mõju<sup>34</sup>. Teisisõnu peab selle tegevusega olema lihtsalt *konkreet-selt* võimalik – tegevuse õiguslikku ja majanduslikku konteksti arvesse võttes<sup>35</sup> – takis-tada, piirata või kahjustada konkurentsi ühis-turul. Küsimus, kas ja mil määral niisugune mõju tegelikult avaldub, võib omada tähtsust üksnes trahvisummade arvutamisel ja kahju hüvitamise nõuete hindamisel.

47. Kokkuvõttes on seega EÜ artikli 81 lõikest 1 tulenev „eesmärgil põhinevate rikku-miste” keeld võrreldav karistusõigusest tuntud *ohudelikuga* (*Gefährdungsdelikte*): enamikes õiguskordades kohaldatakse isiku suhtes, kes juhib raske alkoholi- või narkoo-tilises joobes sõidukit, karistusõiguslikke või väärteoõiguslikke sanktsioone sõltumata sellest, kas ta seadis liikluses tegelikult kellegi ohtu või põhjustas õnnetuse. Samas mõttes rikuvad ettevõtjad Euroopa konku-rentsioigust ja neid võib karistada rahatrah-vinga, kui nad viivad turul ellu konkurentsi-vastase eesmärgiga kooskõlastatud tegevusi, seejuures ei oma tähtsust, kas konkreetsel üksikjuhul kahjustatakse tegelikult teatud ettevõtjaid või üldsust.

32 – Selles tähenduses eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused komisjon vs. Anic Participazioni, punkt 125, ja Hüls vs. komisjon, punkt 166, ning eespool 26. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Montecatini vs. komisjon, punkt 126.

33 – Eelotsusetaotluse esitanud kohus ei rõhuta sõnasõnaliselt eelduse põhimõtet, vaid pigem vajadust vältida „valepositiiv-seid tulemusi”.

34 – Vt selle kohta eespool 17. joonealuses märkuses viidatud komisjoni suunised, punkt 21.

35 – Samas tähenduses, kuigi seoses EÜ artikliga 82, minu 23. veebruari 2006. aasta ettepanek kohtuasjas C-95/04 P: British Airways vs. komisjon (EKL 2007, lk I-2331, ettepaneku punktid 68–74).

48. Ka Esimese Astme Kohtu otsusest kohtuasjas GlaxoSmithKline Services vs. komisjon<sup>36</sup>, millele tugineb KPN, järeldub sama. Mõõndustega võib nimetatud otsuse äärmiselt arusaamatult sõnastatud punktis 147 lugeda, et üksnes kokkuleppe tingimustest, mõistetuna sellesama kokkuleppe kontekstis, ei saa järeldada, et see piirab konkurentsi, vaid „kindlasti” tuleb arvestada ka selle mõjusid. Minu arvates väljendatakse selle kaudu lihtsalt seda, et kokkuleppe (või tegevuse) eesmärki ei saa hinnata abstraktselt, vaid tuleb hinnata konkreetset, arvestades asjakohast õiguslikku ja majanduslikku konteksti, seejuures tuleb arvesse võtta turu iseärasusi; Esimese Astme Kohtu arvamuse kohaselt seisnesid turu iseärasused kohtuasjas GlaxoSmithKline Services selles, et riikliku reguleerimise tõttu olid hinnad kohaldatavate siseriiklike õigusnormide tõttu jäetud suures ulatuses välja poole vaba pakkumist ja nõudlust ning ametiasutused määrasid need kindlaks või kontrollisid neid. Arvestades nimetatud arvamust, ei ole omavahel vastuolus kohtuotsuse GlaxoSmithKline Services vs. komisjon punkt 147 ja käesoleva ettepaneku punktis 46 minu väljendatud seisukoht. Kui kohtuotsuse GlaxoSmithKline Services vs. komisjon punkti 147 tuleb aga tõlgendada nii, et konkurentsivastase eesmärgi eeldamiseks on igal juhul („kindlasti”) vaja tuvastada ka konkreetsed mõjud konkurentsile, siis on Esimese Astme Kohus rikkunud õigusnormi.

49. Nagu eelpool põhjendatud ei eelda konkurentsivastase eesmärgi eeldamine õigupoolest kooskõlastatud tegevuse konkreetsete mõjude hindamist, vaid üksnes sellise tege-

vuse *konkreetselt sobivust* konkurentsivastase mõju avaldamiseks.

b) Konkurentsivastane eesmärk käesoleva juhtumiga sarnases juhtumis

50. NMa järgi seisneb käesoleva juhul tuvastatud kooskõlastatud tegevus selles, et Madalmaade mitmete mobiilsideteenuste pakkujate vahel toimus teabe vahetus, mis puudutas nende kavatsust alandada oma edasimüüjate teatud tasusid.

51. Plaanitava turukäitumise kohta konfidentsiaalse teabe taolise vahetusega konkurentide vahel võib põhimõtteliselt kaasneda konkurentsivastane mõju, kuna see vähendab teadmatuset astet kõnealuse turu toimimise kohta või teeb selle astme olematuks, mille tulemusel võib tekkida konkurentsipiirang osalevate ettevõtjate vahel<sup>37</sup>. Seejuures on ebaoluline, kas selline teabevahetus oli ühendusevõtmise põhiteemaks või toimus see üksnes ühendusevõtmise raames (või egiidi all), millel iseenesest puudub õigusvastane eesmärk.<sup>38</sup>

36 – Esimese Astme Kohtu 27. septembri 2006. aasta otsus kohtuasjas T-168/01: GlaxoSmithKline Services vs. komisjon (EKL 2006, lk II-2969).

37 – 28. mai 1998. aasta otsus kohtuasjas C-7/95 P: Deere vs. komisjon (EKL 1998, lk I-3111, punkt 88 koosmõjus punktiga 90); 2. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-194/99 P: Thyssen Stahl vs. komisjon (EKL 2003, lk I-10821, punkt 81) ja eespool 19. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Asnef-Equifax, punktid 51 ja 62; vt sarnane varasem, eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus ICI vs. komisjon, punktid 101, 112 ja 119.

38 – Selles tähenduses eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus General Motors vs. komisjon, punkt 64 ja eespool 21. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus BIDS, punkt 21.

– Konkurentidevahelise teabevahetuse problemaatika seoses konkurentsi sõltumatuse nõudega

52. Tuleb arvestada, et ettevõtjate sõltumatus on toimiva konkurentsi üks peamisi eeldusi. Vastavalt sellele on asutamislepingu konkurentsieeskirjade aluseks põhimõte, et iga ettevõtja peab otsustama sõltumatult, millisel viisil ta kavatseb ühisturul tegutseda. Taolise sõltumatuse nõudega on vastuolus igasugune ettevõtjate omavaheline otsene või kaudne suhtlemine, millega ettevõtja mõjutab oma konkurentide käitumist turul või annab neile teada isenda turul käitumise kohta tehtud otsustest või kavatsustest, kui selle tulemuseks on konkurentsitingimuste tekkimine, mis ei vasta kõnealuse turu normaalsetele tingimustele.<sup>39</sup>

53. Veelgi enam kehtib see siis, kui teabevahetus toimub seoses oluliselt koondunud oligopoolse turuga.<sup>40</sup> Täpselt selline näis Madalmaade mobiilsideteenuste turu struktuur olevat 2001. aastal: eelotsusetaolusest tuleneb, et tol ajal oli seal ainult viiel ettevõtjal

39 – Eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused *Suiker Unie jt vs. komisjon*, punktid 173 ja 174 ning *Züchner*, punktid 13 ja 14; eespool 37. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus *Deere vs. komisjon*, punktid 86 ja 87; eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused *komisjon vs. Anic Partecipazioni*, punktid 116 ja 117 ning *Hüls vs. komisjon*, punktid 159 ja 160 ning eespool 19. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus *Asnef-Equifax*, punktid 52 ja 53; sama eespool 21. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus *BIDS*, punkt 34.

40 – Eespool 37. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus *Deere vs. komisjon*, punkt 88 koosmõjus punktiga 90 ja eespool 19. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus *Asnef-Equifax*, punkt 58; eespool 37. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus *Thyssen Stahl vs. komisjon*, punktides 86 ja 87 selgitab Euroopa Kohus, et teabevahetussüsteem võib ka siis konkurentsireegleid rikkuda, kui asjaomane turg ei ole käsitletav oluliselt koondunud oligopoolse turuna.

oma mobiiltelefonivõrk, kusjuures üks neist operaatoritest (KPN) oli saavutanud koguni 40%-lise turuosa, samas kui uute sõltumatute võrkude ehitamine ei olnud litsentside puudumise tõttu võimalik<sup>41</sup>.

54. Seoses sellega on ebaoluline, kas ainult üks ettevõtja teavitab ühepoolselt oma konkurenti turul käitumise kavatsusest või kõik osalevad ettevõtjad teavitavad üksteist vastastikkuna oma vastavatest kavatsustest ja eesmärkidest. Isegi kui juba üks ettevõtja lõpetab ärisaladuse hoidmise ja paljastab oma konkurentidele konfidentsiaalse teabe oma tulevase äripoliitika kohta, vähendab see kõikide osalevate ettevõtjate teadmatust turu edasise toimimise kohta ja tekitab konkurentsi vähenemise ja kokkulepete sõlmimise ohu.

– Otsene seos lõpptarbijahinnaga pole vajalik

55. Siseriiklik kohus, KPN ja Vodafone väidavad vastu, et käesoleval juhul puudutas teabevahetus ja kooskõlastatud tegevus ainult

41 – Vt selle kohta eespool käesoleva ettepaneku punkt 12.

edasimüüja tasu ja ei mõjutanud otseselt lõpptarbijahindu. Lõpptarbijahind määratakse kindlaks ainult mobiilsideteenuse pakkuja ja tema klientide vahel, ilma et edasimüüjad seda kuidagi mõjutada saaksid.

primaarselt üksikute konkurentide või tarbijate otseseid huve, vaid *turustruktuuri* ja sellest tulenevalt *konkurentsi kui sellist (kui institutsiooni)*. Kaudselt kaitstakse nii ka tarbijat. Kui konkurents kui selline on kahjustatud, tuleb lõppkokkuvõtteks karta ka olukorra halvenemist tarbija jaoks.<sup>42</sup>

56. See argument ei ole veenev. Kooskõlastatud tegevusel võib konkurentsivastane eesmärk olla ka ilma otsese mõjuta tarbijatele ja nende makstavatele hindadele.

57. Ainuüksi EÜ artikli 81 lõike 1 sõnastusest juba tuleneb, et see on suunatud üldiselt *konkurentsi* takistamise, piiramise või kahjustamise vastu ühisturul. EÜ artikli 81 lõike 1 alapunktides a–e sätestatud näidisloetelust ei nähtu samuti ühtegi konkurentsipiirangut, kus oleks keelatud üksnes konkurentsivastane äripraktika, millel on otsene mõju lõpptarbijale.

58. Pigem on EÜ artikkel 81 osa süsteemist, mis peab tagama, et konkurentsi siseturul ei kahjustata (EÜ artikli 3 lõike 1 punkt g). Vastavalt sellele ei ole EÜ artikli 81 eesmärk sarnaselt muude asutamislepingus sätestatud konkurentsieeskirjadega kaitsta ainult ja

59. Kooskõlastatud tegevusel ei ole ainult siis konkurentsivastane eesmärk, kui sel on *otsene* mõju tarbijatele ja nende makstavatele hindadele või nagu T-Mobile väljendab – „*consumer welfare*’ile”. Konkurentsivastast eesmärki tuleb pigem eeldada juba siis, kui kooskõlastatud tegevus võib takistada, piirata või kahjustada *konkurentsi* ühisturul. Seeläbi nimelt osundatakse, et kooskõlastatud tegevusel võib igal juhul ka tarbija jaoks olla kaudselt negatiivseid tagajärgi.

60. EÜ artikli 81 lõikes 1 sisalduva keelu kitsendamine tegevustele, millel on otsene mõju tarbijahindadele, võib kaotada suure osa selle siseturu jaoks keskse sätte praktilisest mõjust.

42 – Vt selle kohta minu ettepanek eespool 35. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas *British Airways vs. komisjon*, ettepaneku punkt 68.

– Piisab ka teabevahetusest üksiku konkurentsiaspekti kohta

61. Vastupidiselt eelotsusetaotluse esitanud kohtu vihjatud arvamusele ei ole üldse vajalik, et kooskõlastatud tegevus hõlmaks kõiki konkurentsiaspekte. Konkurentsivastane eesmärk võib esineda ka siis, kui kooskõlastatud tegevus puudutab ainult üksikuid konkurentsiaspekte, nagu käesoleval juhul abonementide edasimüüjate standardtasusid.

62. Kui ettevõtja vähendab ühepoolselt oma edasimüüjate tasusid, siis selle tulemusena tavaliselt väheneb ka edasimüüja motivatsioon vahendada ettevõtja ja lõpptarbija vahel lepingute sõlmimist. Teatud juhul võib see osutada asjaomase ettevõtja turuosa ohustavaks teguriks, kuna edaspidi võivad sõltumatud edasimüüjad<sup>43</sup> meelsamini vahendada lõpptarbijatele intensiivsemalt teiste ettevõtjate tooteid<sup>44</sup>. Ettevõtjad väldivad või igal juhul vähendavad sellist normaalsetes konkurentsitingimustes esinevat majandusriski, kui tasude vähendamine ei ole ühepoolselt, vaid toimub nagu kõnealusel juhul kooskõlastatud tegevuse käigus enam-vähem üheaegselt; seeläbi vähendavad nad teadmatust oma konkurentide turukäitumise kohta. Sellisel juhul võib tulemuseks olla ühisturul konkurentsi takistamine või vähemalt piiramine või kahjustamine. Järelikult on taolise kooskõlastatud tegevuse puhul konkurentsivastane eesmärk tuvastatud.

43 – Madalmaade valitsuse andmetel vahendasid Madalmaades 2001. aastal abonementide sõlmimist enamasti sõltumatud edasimüüjad.

44 – Vastavalt eelotsusetaotlusele määrab ka käesoleval juhul edasimüüja, millisel viisil ja millise ettevõtlikkusega müüb ta tarbijatele abonemente.

63. Käesoleval juhul tuleb lisaks arvestada, et abonementide edasimüüjate tasude puhul on mobiilsidepakkujate seisukohast tegemist ostuhinnaga nende teenuste eest, mida neile asjaomased edasimüüjad abonementlepingute sõlmimisel osutavad. Komisjon rõhutab õigesti, et EÜ artikli 81 lõike 1 punktis a tuleneb, et ostuhindadega („sisseostuhindadega”) seotud kooskõlastatud tegevusel on ühenduse õigusega keelatud konkurentsivastane eesmärk.

– Turu iseärasuste mõju konkurentide käitumisele

64. Vodafone väidab edasi, et edasimüüjate standardtasusid oleks tulnud tol ajahetkel valitsevate turu iseärasuste tõttu igal juhul vähendada. Ettevõtjate samasuunalist käitumisviisi ei tohi pidada konkurentsivastase eesmärgiga tegevuseks, kui seda saab põhjendada turustruktuuri ja valitsevate majandusoludega.

65. Ka see argument ei veena mind, isegi kui Vodafone'i hinnang toonastele turu iseärasustele õigeks osutuks.



66. Mõndustega võib tõdeda, et iga konkurentide samasuunaline käitumisviis turul ei tähenda ilmingimata, et konkurendid on kooskõlastanud oma konkurentsivastase eesmärgiga tegevuse<sup>45</sup>. Ka üldine turusituatsioon võib selleni viia, et kõik ühel turul tegutsevad ettevõtjad kohandavad oma turukäitumise teatud sarnasel viisil<sup>46</sup>.

67. Ajaomaste ettevõtjate elluviidava kohandamise täpse aja, ulatuse ja üksikasjade suhtes võib siiski olulisel määral teadmatus säilida. Teabevahetusel, mis võib kõrvaldada ettevõtjate säilinud teadmatus, on konkurentsivastane eesmärk. Käesoleval juhul oli esitatud andmete põhjal tegemist just taolise teabevahetusega ja seega eristub see oluliselt II tselluloosi kohtuasjast, millele viitab Vodafone<sup>47</sup>.

68. 2001. aasta juuni kohtumisel oli teabevahetuse teemaks pigem küsimus, *kuidas* tasude kohandamine toimub, st millisel ajahetkel, millises ulatuses ja milliste korraldustega viivad asjaomased ettevõtjad abonentide edasimüüjate standardtasude vähendamise

ellu, ja vähem asjaolu, *et* teatud tasusid kohandatakse, sest seda näis vähemalt üks konkurent juba eelnevalt teadvat.

69. Puuduvad tõendid selle kohta, et 2001. aasta majanduslik kontekst oleks välistanud toimiva konkurentsi seoses abonentide edasimüüjate standardtasude võimaliku vähendamise ajahetke, ulatuse ja üksikasjadega.<sup>48</sup>

70. EÜ artikkel 81 ei takista ettevõtjatel kohandada oma tegevust vastava turu iseärasustega ja reageerida seejuures targalt nii majanduslike ja õiguslike tingimuste kui ka teiste ettevõtjate turukäitumise võimalikele muutustele.<sup>49</sup> EÜ artikkel 81 keelab siiski taolise kohandamise vaba konkurentsi mängureegleid välistaval viisil, näiteks selliselt, et konkurendid kooskõlastavad oma tulevase käitumise turul ja selliselt teataval määral väldivad konkurentsi survet ja sellega kaasnevat tururiske.

45 – 31. märtsi 1993. aasta otsus liidetud kohtuasjades 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 ja 125/86–129/85: Ahlström Osakeyhtiö jt vs. komisjon („II tselluloosi kohtuasi”) (EKL 1993, lk I-1307, punkt 126); selles tähenduses eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus CRAM ja Rheinink vs. komisjon, punkt 20 koosmõjus punktiga 18.

46 – Selle tähenduses ka kohtujuristi Mayras’ 2. mai 1972. aasta ettepanek eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas ICI vs. komisjon, millele viitab Vodafone. Selleks, et kvalifitseerida tegevus kooskõlastatud tegevuseks EMÜ lepingu artikli 85 lõike 1 (nüüd EÜ artikli 81 lõike 1) tähenduses, on kohtujuristi Mayrasi arvates vajalik, et see tegevus „ei tulene või vähemalt *peamiselt* ei tulene turustruktuurist ja turul valitsevatest majandusoludest” (vt nimetatud ettepaneku esimese jaotise esimese jaotise alapunkt D; kursiiv ka originaalis).

47 – Eespool 45. joonealuses märkuses viidatud otsus II tselluloosi kohtuasjas; Vodafone toetub nimetatud otsuse punktidele 85–88, 123 ja 124, milles ei sisaldu aga Euroopa Kohtu õiguslikku argumentatsiooni.

48 – Selles tähenduses 29. oktoobri 1980. aasta otsus liidetud kohtuasjades 209/78–215/78 ja 218/78: van Landewyck jt vs. komisjon (EKL 1980, lk 3125, punkt 153); 10. detsembri 1985. aasta otsus liidetud kohtuasjades 240/82–242/82, 261/82, 268/82 ja 269/82: Stichting Sigarettenindustrie jt vs. komisjon (EKL 1985, lk 3831, punktid 24–29) ja eespool 26. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Montecatini vs. komisjon, punkt 127.

49 – Eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused Suiker Unie jt vs. komisjon, punkt 174 ja Züchner, punkt 14; eespool 37. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Deere vs. komisjon, punkt 87; eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused komisjon vs. Anic Participazioni, punkt 117, ja Hüls vs. komisjon, punkt 160, ning eespool 19. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Asnef-Equifax, punkt 53.

71. Kui EÜ artiklit 81 ei kohaldataks sellistele tegevustele, siis kaitseks see lõpuks konkurente konkurentsi eest ja seaks asjaomaste ettevõtjate huvid kõrgemale avalikust huvist kahjustamata konkurentsi vastu (EÜ artikli 3 lõike 1 punkt g). Euroopa konkurentsiõiguse eesmärgiks peab aga olema *konkurentsi ja mitte konkurentide kaitsmine*, sest see on kaudselt kasulik tarbijatele ja üldsusele laiemalt.

Konfidentsiaalse teabe vahetusel konkurentide vahel on konkurentsivastane eesmärk, kui vahetus võib kõrvaldada asjaomaste ettevõtjate tulevase turukäitumise kohta esineva teadmatuse ja kalduda nii kõrvale vaba konkurentsi mängureeglitest.

c) Vahekokkuvõte

2. Teine eelotsuse küsimus: põhjusliku seose eeldamine kooskõlastamise ja turukäitumise vahel

72. Vahekokkuvõttena võib seega väita:

73. Oma teise küsimusega tahab eelotsuse taotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas kooskõlastamise ja turukäitumise vahelise põhjusliku seose tõendamise nõuded on sätestatud üksnes ühenduse õiguses või siseriiklikus õiguses, järgides ühenduse õiguse teatud piire.

Kooskõlastatud tegevusel on konkurentsivastane eesmärk EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses, kui selle sisu ja eesmärgi tõttu nagu ka õiguslikku ja majanduslikku konteksti arvestades on sellega konkreetselt võimalik takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühiskondlikul turul. Konkurentsi tegelik takistamine, piiramine või kahjustamine on sama vähe oluline kui otsene seos kooskõlastatud tegevuse ja lõpptarbijahindade vahel.

74. Kooskõlastatud tegevuse mõiste EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses eeldab kolme asjaolu esinemist: esiteks osalevate ettevõtjate

vahelist kooskõlastamist, teiseks nende ettevõtjate turukäitumist vastavalt kooskõlastusele ja kolmandaks põhjuslikku seost kooskõlastamise ja turukäitumise vahel<sup>50</sup>, ilma et antud turukäitumine kui selline piiraks tegelikult konkurentsi<sup>51</sup>.

75. Euroopa Kohtu praktika kohaselt kehtib ümberlükatav eeldus, et kooskõlastamises osalenud ja turul tegutsemist jätkavad ettevõtjad arvestasid oma turukäitumise määramisel konkurentidelt saadud teabega; asjaomased ettevõtjad on kohustatud tõendama vastupidist.<sup>52</sup>

76. College van Beroep voor het bedrijfsleven soovib oma küsimusega selgeks teha, kas ka siseriiklikud ametiasutused ja kohtud on kohustatud EÜ artikli 81 kohaldamisel lähtuma ühenduse tasandil tunnustatud *põhjusliku seose eeldusest*.

77. Kas ja millistel tingimustel võib kooskõlastuse ja turukäitumise vahel eeldada põhjuslikku seost, on tõendamise küsimus. Tõenda-

mist peetakse sageli materiaaioiguse probleemiks<sup>53</sup>. Käeoleval juhul saab mõistest „kooskõlastatud tegevus” kui sellisest üksnes järeldada, et kooskõlastus peab olema põhjuslikus seoses asjaomaste ettevõtjate turukäitumisega. Seevastu ei saa vastupidiselt Madalmaade valitsuse ja komisjoni arvamusele EÜ artikli 81 lõikes 1 sätestatud kooskõlastatud tegevuse mõistest teada, millistel tingimustel saab lugeda põhjusliku seose kooskõlastuse ja turukäitumise vahel tõendatuks.

78. Menetlustes, milles komisjoni konkurentsioiguslike otsuseid vaidlustati, on ühenduste kohtud sõnaselgete eeskirjade puudumise tõttu lahendanud tõendamisküsimused alati üldtunnustatud põhimõtete alusel. Reegli „*necessitas probandi incumbit ei qui agit*” alusel on komisjon kohustatud vaidluses konkurentsieskirjade rikkumise olemasolu üle tõendama väidetavat rikkumist ning esitama asjakohaseid tõendeid, mis piisava õigusliku kindlusega kinnitaksid nimetatud rikkumise toimepanemise asjaolusid.<sup>54</sup>

50 – Eespool 18. jonealuses märkuses viidatud kohtuotsused komisjon vs. Anic Participazioni, punkt 118, ja Hüls vs. komisjon, punkt 161.

51 – Eespool 18. jonealuses märkuses viidatud kohtuotsused komisjon vs. Anic Participazioni, punkt 124, ja Hüls vs. komisjon, punkt 165; eespool 26. jonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Montecatini vs. komisjon, punkt 125, ning eespool 27. jonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied vs. komisjon, punkt 139.

52 – Eespool 18. jonealuses märkuses viidatud kohtuotsused komisjon vs. Anic Participazioni, punktid 121 ja 126, ning Hüls vs. komisjon, punktid 162 ja 167.

53 – Euroopa Kohus otsustas teisiti 17. juuli 1997. aasta otsuses kohtuasjas C-242/95: GT-Link (EKL 1997, lk I-4449, punkt 23 koosmõjus punktiga 26).

54 – Väljakujunenud kohtupraktika, nt 17. detsembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-185/95 P: Baustahlgewebe vs. komisjon (EKL 1998, lk I-8417, punkt 58); eespool 18. jonealuses märkuses viidatud kohtuotsused komisjon vs. Anic Participazioni, punkt 135, ja Hüls vs. komisjon, punkt 154; eespool 26. jonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Montecatini vs. komisjon, punkt 179, ja 6. jaanuari 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-2/01 P ja C-3/01 P: BAI ja komisjon vs. Bayer (EKL 2004, lk I-23, punkt 62).

Seejuures on Euroopa Kohus pidanud vastu võetavaks ka kaudseid tõendeid.<sup>55</sup>

79. Seevastu on Euroopa Kohus selgitanud, et EÜ asutamislepingu artikli 86 (nüüd EÜ artikkel 82) kohaldamisel siseriiklike ametiasutuste poolt kehtib põhimõtteliselt siseriiklik õigus<sup>56</sup>, kaasa arvatud ka siis, kui tuleb tõendada EÜ asutamislepingu artikli 86 rikku mist<sup>57</sup>. Puudub ilmne põhjus, miks see peaks seoses EÜ artikliga 81 (varasem EÜ asutamislepingu artikkel 85) olema teisiti<sup>58</sup>, sõltumata sellest, kas tõendamine on materiaaloiguse või menetlusõiguse küsimus.

80. Vahepeal vastuvõetud määruse nr 1/2003 artikkel 2 sätestab sõnaselge ühenduse õiguse regulatsiooni *tõendamiskohustuse* kohta, mis kehtib ka siseriiklikes menetlustes EÜ

artikli 81 ja 82 kohaldamisel. Käesoleval juhul vaidlusaluse põhjusliku seose eelduse puhul ei ole erinevalt komisjoni arvamusest tegemist tõendamiskohustuse või tõendamiskohustuse ümberpööramise<sup>59</sup> küsimusega, vaid *tõendamisõuete*<sup>60</sup> küsimusega.

81. Siseriiklikes menetlustes kohaldatavad tõendamisnõuded ei ole ka praegu reguleeritud ühenduse õigusega. See on eriti selgelt näha, kui vaadata määruse nr 1/2003 artiklit 2 koostoimes selle preambuliga. Selle põhjenduses 5 on nimelt selgitatud, et määrus ei mõjuta tõendamisnõudeid käsitlevaid siseriiklike eeskirju. Ühenduse õigus ei takista seega siseriiklikel kohtutel EÜ artikli 81 ja 82 kohaldamisel rakendada siseriiklikust õigusest tulenevaid tõendamisnõudeid ja seda sõltumata sellest, kas tõendamisnõudeid käsitletakse materiaaloiguse või menetlusõiguse osana.

82. Siseriiklikul kohtul tuleb siiski tõendamisnõudeid käsitlevate siseriiklike eeskirjade

55 – Vt mh eespool 27. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Aalborg Portland jt vs. komisjon, punkt 81; hiljuti sest ajast 25. jaanuari 2007. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-403/04 P ja C-405/04 P: Sumitomo Metal Industries ja Nippon Steel vs. komisjon (EKL 2007, lk I-729, punkt 47) ning eespool 27. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Coop de France Bétail et Viande vs. komisjon, punkt 88.

56 – Eespool 53. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus GT-Link, punkt 23.

57 – Eespool 53. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus GT-Link, punkt 26.

58 – Vt selle tähenduses 10. novembri 1993. aasta otsus kohtuasjas C-60/92: Otto (EKL 1993, lk I-5683, punkt 14).

59 – Eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Hüls vs. komisjon, punkt 155, ning eespool 26. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Montecatini vs. komisjon, punkt 181.

60 – *Tõendamisnõuded* määravad, millistel tingimustel loetakse asjaolud tõendatuks. Seda tuleb eristada *tõendamiskohustusest*, mille üle käesoleval juhul ei vaielda. *Tõendamiskohustuse* alusel määratakse esiteks, milline pool peab esitama asjaolud ja vajaduse korral asjassepuutuvad tõendid (*subjektiivne* või *formaalne tõendamiskohustus*, nimetatud ka tõendite esitamise kohustuseks); teiseks tuleneb tõendamiskohustuse jagamisest, milline pool kannab riski selgitamata asjaolude ehk väite tõendamata jäämise eest (*objektiivne* või *materiaalne tõendamiskohustus*). Vt lisaks minu selgitusi Kokott, J. *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*, Berlin ja Heidelberg 1993, lk 12 jj.

ja põhimõtete kohaldamisel järgida ühenduse õiguse teatud miinimumnõudeid, mis tulevad esiteks võrdväärsuse põhimõttest, teiseks tõhususe põhimõttest ja kolmandaks ühenduse õiguse üldpõhimõtetest.<sup>61</sup>

83. Kõigepealt ei või *võrdväärsuse põhimõtte* kohaselt olla tõendamisnõudeid käsitlevad siseriiklikud põhimõtted vähem soodsad kui need, mida tuleb kohaldada siseriikliku konkurentsioiguse alusel asjakohases menetluses. Käesoleva kohtuasjaga sarnase juhtumi puhul tähendab see, et siseriiklik konkurentsiasutus ei pea EÜ artikli 81 rikkumise tõendamisel järgima rangemaid tõendamisnõudeid kui Mw artikli 6 rikkumise tõendamisel. Käesoleval juhul ei valmista võrdväärsuse põhimõtte ilmselt mingeid probleeme.

84. *Tõhususe põhimõtte* kohaselt ei või tõendamisnõudeid käsitlevad siseriiklikud põhimõtted teha EÜ asutamislepingu konkurentsieskirjade rakendamist võimatuks või

ülemäära raskeks. Lisaks peavad siseriiklikus õiguses ette nähtud sanktsioonid ühenduse õiguse rikkumise eest olema tõhusad, proportsionaalsed ja hoiatava mõjuga.<sup>62</sup>

85. Eeskätt tuleb seoses sellega arvestada, et alates 1. maist 2004<sup>63</sup> rakendatakse EÜ artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieskirju detsentraliseeritud süsteemis, mis sõltub olulisel määral siseriiklike ametiasutuste ja kohtute koostööst.<sup>64</sup> Seejuures on otsustava tähtsusega, et ühenduses oleks tagatud konkurentsieskirjade ühetaoline kohaldamine. Ettevõtjatele Euroopa siseturul võrdsete konkurentsitingimuste loomise fundamentaalse eesmärgiga ja ühenduse piires tarbija huvide ühetaolise kaitsmise sooviga oleks vastuolus EÜ artiklitest 81 ja 82 tulenevate

61 – Vt esmalt sõnastust määruse nr 1/2003 põhjenduse 5 lõpus, mille kohaselt peavad siseriiklikud eeskirjad ja kohustused olema kooskõlas ühenduse õiguse üldpõhimõtetega; vt teiseks väljakujunenud kohtupraktika alates 16. detsembrist 1976. aasta otsusest kohtuasjas 33/76: Rewe-Zentralfinanz ja Rewe-Zentral (EKL 1976, lk 1989, punkt 5), võrdväärsuse ja tõhususe põhimõtete järgimise kohta konkurentsioiguslikes menetlustes vt eelkõige 53. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus GT-Link, punkt 26; 20. septembri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-453/99: Courage ja Crehan (EKL 2001, lk I-6297, punkt 29); 13. juuli 2006. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-295/04–C-298/04: Manfredi jt (EKL 2006, lk I-6619, punktid 62 ja 71) ja 18. jaanuari 2007. aasta otsus kohtuasjas C-421/05: City Motors Groep (EKL 2007, lk I-653, punkt 34).

62 – Väljakujunenud kohtupraktika alates 21. septembri 1989. aasta otsusest kohtuasjas 68/88: komisjon vs. Kreeka (EKL 1989, lk 2965, punktid 23 ja 24), vt veel 3. mai 2005. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-387/02, C-391/02 ja C-403/02: Berlusconi jt (EKL 2005, lk I-3565, punkt 65) ja 4. juuli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-212/04: Adeneler jt (EKL 2006, lk I-6057, punkt 94).

63 – See kuupäev tähistab üleminekut ajakohastatud kartellikokkuleppeid puudutavale menetlusõigusele määruse nr 1/2003 järgi (vt artikli 45 teine lõik).

64 – Vt selle kohta eriti määruse nr 1/2003 põhjendused 4, 6, 7, 8, 21 ja 22. Ka oli 1. maiks 2004. aastaks Euroopa Kohus juba rõhutanud lojaalsuskohustust, mida peavad siseriiklikud kohtud järgima konkurentsioiguse vallas (14. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-344/98: Masterfoods ja HB (EKL 2000, lk I-11369, punkt 49)).

konkurentsieeskirjade väga erinev rakendamine liikmesriikide ametiasutuste ja kohtute poolt. Seetõttu on määruse nr 1/2003 läbiv teema EÜ artiklite 81 ja 82 ühetaoline kohaldamine.<sup>65</sup>

86. Kindlasti ei tähenda see liikmeriikide jaoks sundust kohandada oma siseriiklikus õiguses EÜ artikli 81 rikkumise tuvastamiseks kehtivad tõendamisnõuded igas üksikasjas tõendamisnõuetega, mille täitmist nõuavad ühenduse kohtud EÜ artikli 81 alusel tehtud komisjoni otsuste õiguspärasuse hindamisel. Määruse nr 1/2003 põhjendusest 5 nähtub, et ühenduse seadusandja on teadlikult aktsepteerinud teatud ulatuses erinevusi liikmesriikide praktikas.<sup>66</sup> Nagu KPN õigesti rõhutab, on need omased õiguse detsentraliseeritud rakendamise süsteemile.

87. Tõhususe põhimõttega oleks aga vastuolus, kui siseriiklikud kohtud seaksid sise-

riiklikele konkurentsiasutustele ja eraõiguslikele hagejatele<sup>67</sup> EÜ artiklite 81 ja 82 rikkumise tõendamisel niivõrd kõrged nõudmised, et tõendamine oleks ülemäära raske või üldse praktiliselt võimatu. Eeskätt ei tohi siseriiklikud kohtud jätta tähelepanuta tõendite esitamise tüüpilisi eripärasid konkurentsieeskirjade rikkumise tuvastamisel.

88. Sellisteks tunnusteks on näiteks, et enamikul juhtudel tuleb konkurentsivastaste tegevuste või kokkulepete olemasolu järeldata teatud hulgast kokkusattumustest ja näitajatest, mis kogumis vaadelduna võivad teistsuguse loogilise seletuse puudumisel kujutada endast tõendit konkurentsieeskirjade rikkumise kohta.<sup>68</sup> Tavaliselt toimuvad taolistes kokkulepetes sisalduvad või käitumisviisile vastavad tegevused ja kokkusaamised salaja ja sellekohaseid dokumente vähendatakse miinimumini.<sup>69</sup>

65 – Vt eriti määruse nr 1/2003 artikli 3 lõiked 1 ja 2. Lisaks tuleb viidata selle määruse artiklitele 11 ja 16 nagu ka preambuli põhjendustele 1, 14, 17, 19, 21 ja 22.

66 – Sarnane kohtupraktika juba varem; vt 58. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Otto, punkt 14, viimane lause ja 53. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus GT-Link, punktid 23–26.

67 – Konkurentsioiguse nn „private enforcement” kohta vt eriti 61. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused Courage ja Manfredi; üldiselt tõhususe põhimõtte kehtivuse kohta tsiviilnõuete esitamisel vt 15. jaanuari 2004. aasta otsus kohtuasjas C-230/01: Penycoed (EKL 2004, lk I-937, punkt 36 ja 37).

68 – EÜ artikli 81 kohta vt veel eespool 27. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused Aalborg Portland jt vs. komisjon, punkt 57, ja Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied vs. komisjon, punktid 94 ja 135; 21. septembri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-113/04 P: Technische Unie vs. komisjon (EKL 2006, lk I-8831, punkt 165) ja eespool 55. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Sumitomo Metal Industries ja Nippon Steel vs. komisjon, punkt 51; EÜ artikli 82 kohta vt veel 13. juuli 1989. aasta otsus liidetud kohtuasjades 110/88, 241/88 ja 242/88: Lucazeau jt (EKL 1989, lk 2811, punkt 25) ja eespool 53. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus GT-Link, punkt 42.

69 – Eespool 27. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Aalborg Portland jt vs. komisjon, punkt 55, ja eespool 55. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Sumitomo Metal Industries ja Nippon Steel vs. komisjon, punkt 51.

89. Taoliste konkurentsieeskirjade rikkumise tõendamise tunnustega on seotud ka see, et asjaomasel tõendamiskohustust omaval ametiasutusel või vaidluse eraõiguslikul osapoolel peab olema võimalik teha tüüpilises sündmuste käigus omandatud praktiliste kogemuste alusel teatud järeldusi. Pärast seda on vastaspool, enamasti konkurentsieeskirjade rikkumises kahtlustatav ettevõtja, kohustatud ümber lükkama need *prima facie*, kogemuste ja tüüpilise sünduste käigu alusel tehtud järeldused oma esitatud loogiliste vastupidist tõendavate tõendite põhjal, vastasel juhul vastavad taolised järeldused tõendamiskohustuse nõuetele.<sup>70</sup> Teiste sõnadega toimub objektiivsele tõendamiskohustusele eelneva vastastike tõendamise kohustuste raskuskeskme asetamine ühelt poolelt teisele.<sup>71</sup>

90. Kooskõlastatud tegevuse puhul on Euroopa Kohtu tunnustatud põhjusliku seose eeldus kooskõlastamise ja turukäitumise vahel samuti kogemustel põhineva tüüpilise sündmuste käigu alusel tehtud lubatav järeldus. Kui nimelt on tõendatud, et kahe või enama ettevõtja vahel jõuti kooskõ-

lastuseni ja need ettevõtjad hakkasid hiljem turul käituma vastava kooskõlastuse alusel, on võimalik eeldada põhjuslikku seost kooskõlastuse ja turukäitumise vahel, kui need ettevõtjad just ei paku vastupidist tõendavate tõendite esitamisega teistsugust loogilist seletust oma turul käitumise kohta.<sup>72</sup>

91. Kui konkurendid vahetavad teavet võimaliku abonementide edasimüüjate tasude vähendamise kohta nagu käesoleval juhul ja vähendavad järgnevalt enam-vähem paralleelselt taoliselt viisil tasusid, siis teiste veenvate seletuste puudumisel, saab eeldada, et see teabevahetus oli vähemalt üheks nende turukäitumist mõjutavaks teguriks.<sup>73</sup> Üldiselt tuleb lähtuda sellest, et kooskõlastatud tegevuses osalevad ettevõtjad, kes jätkavad turul tegutsemist, arvestavad oma turukäitumise määramisel konkurentidelt saadud teabega.<sup>74</sup>

70 – Selles tähenduses eespool 27. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Aalborg Portland jt vs. komisjon, punkt 79; sarnane oli varasem eespool 68. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Lucazeau jt, punkt 25.

71 – Vt selles osas ka minu 8. detsembri 2005. aasta ettepanek eespool 27. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied vs. komisjon, ettepaneku punkt 73.

72 – Selles tähenduses eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused komisjon vs. Anic Participazioni, punktid 121 ja 126, ning Hüls vs. komisjon, punktid 162 ja 167; vt lisaks käesoleva ettepaneku punkt 66 nagu ka eespool 45. joonealuses märkuses viidatud kohtupraktika.

73 – Vt selles osas ka veel käesoleva ettepaneku punktid 64–71.

74 – Eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused komisjon vs. Anic Participazioni, punkt 121, ja Hüls vs. komisjon, punkt 162.

92. Lõpuks tuleb meenutada, et siseriiklikud ametiasutused ja kohtud peavad EÜ artiklite 81 ja 82 rikkumiste kohtulikul menetlemisel ja sanktsioonide rakendamisel järgima ühenduse õiguse üldpõhimõtteid, eelkõige ühenduse tasandil tunnustatud põhiõigusi.<sup>75</sup> Üheks selliseks põhiõiguseks, millega tuleb arvestada konkurentsieeskirjade rikkumist sanktsioneerivas menetluses, on süütuse presumptsioon<sup>76</sup>; see põhimõte on osa liikmesriikide ühistest põhiseaduslikest tavadest ja tuleneb samuti Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni<sup>77</sup> artikli 6 lõikest 2; hiljem sätestati see ka Euroopa Liidu põhiõiguste harta<sup>78</sup> artikli 48 lõikes 1.

93. Süütuse presumptsiooni rikkumisena ei saa konkurentsimenetluses käsitleda kogemustel põhineva tüüpilise sündmuste käigu alusel tehtud teatud järeldusi, kuna asja-

omased ettevõtjad võivad need järeldused ümber lükata<sup>79</sup>. Ka klassikalises kriminaalmenetluses on lubatud kasutada kaudset tõendit ja viidata kogemustele.

94. Kokkuvõtvalt tuleb sedastada:

EÜ artikli 81 rikkumise tõendamisel siseriiklikus kohtumenetluses on tõendamisnõuded sätestatud vastavas siseriiklikus õiguses, seejuures tuleb järgida nii võrdväärsuse ja tõhususe põhimõtteid kui ühenduse õiguse üldpõhimõtteid.

Tõhususe põhimõtte kohaselt ei tohi EÜ artikli 81 rikkumise tõendamisele olla seatud nii ranged nõuded, et sealäbi muutub tõendamine ülemäära raskeks või praktiliselt võimatuks. Eelkõige ei tohi siseriiklikud kohtud jätta

75 – 13. aprilli 2000. aasta otsus kohtuasjas C-292/97: Karlsson jt (EKL 2000, lk I-2737, punkt 37 ja 3. mai 2007. aasta otsus kohtuasjas C-303/05: Advocaten voor de Wereld (EKL 2007, lk I-3633, punkt 45); vt ka Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikkel 51 lõige 1.

76 – Eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Hüls vs. komisjon, punktid 149 ja 150 ning eespool 26. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Montecatini vs. komisjon, punktid 175 ja 176.

77 – Alla kirjutatud 4. novembril 1950 Roomas.

78 – Euroopa Liidu põhiõiguste harta kuulutati esimest korda pidulikult välja 7. detsembril 2000. aastal Nice'is (EÜT 2000, C 364, lk 1) ja seejärel uuesti 12. detsembril 2007. aastal Strassburgis (ELT 2007, C 303, lk 1). Kuigi harta ei loo veel esmase õigusega võrreldavaid siduvaid õiguslikke tagajärgi, annab see ometi õiguse allikana teada ühenduse õiguskorraga tagatud põhiõigustest; vt selle kohta ka 27. juuni 2006. aasta otsus kohtuasjas C-540/03: parlament vs. nõukogu („perekonnaga taasühinemine“) (EKL 2006, lk I-5769, punkt 38) ja minu 8. septembri 2005. aasta ettepanek selles kohtuasjas, ettepaneku punkt 108; ka 13. märtsi 2007. aasta otsus kohtuasjas C-432/05: Unibet (EKL 2007, lk I-2271, punkt 37).

79 – Selles tähenduses ka eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Hüls vs. komisjon, punkt 155, ja eespool 26. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Montecatini vs. komisjon, punkt 181, osutab, et sellist lähenemisiivi peetakse lubatavaks tõendamiskohustuse ümberpöramiseks.



arvestamata konkurentsieeskirjade rikkumise tuvastamisel tõendite esitamise tüüpiliste eripäradega ja peavad lubama tüüpiliste sündmuste käigu hindamisel kogemustele viitamist.

kooskõlastamise puhul, mis kestab pikema ajavahemiku jooksul, või ka kooskõlastamise puhul, mis toimub ühel ainsal korral, eeldusel, et osalevad ettevõtjad jätkavad tegutsemist turul.

Kui puuduvad vastupidist tõendavad tõendid, mida peavad esitama osalenud ettevõtjad, tuleb ka siseriiklikel kohtutel lähtuda sellest, et kooskõlastatud tegevuses osalevad ettevõtjad, kes jätkavad turul tegutsemist, arvestavad oma turukäitumise määramisel konkurentidelt saadud teabega.

96. Selle küsimuse taustaks on asjaolu, et käesoleval juhul toimus Madalmaade mobiilside teenuste pakkujate esindajate vahel vaid üks kohtumine, nimelt 2001. aasta juunis.

97. T-Mobile, KPN ja Vodafone näevad põhjusliku seose eelduses kitsalt tõlgendatavat erandit, mis peab olema piiratud olukorraga, kus ettevõtjate vahel toimuvad korrapärasel kohtumised ja mida ei tohiks laiendada olukorrale, kus toimub ühekordne kooskõlastamine.

3. Kolmas eelotsuse küsimus: põhjusliku seose eeldamine ühekordse kooskõlastamise korral

98. Mina ei ole selle seisukohaga nõus.

95. Täiendavalt teisele eelotsuse küsimusele tahab eelotsusetaotluse esitanud kohus oma kolmanda küsimusega sisuliselt teada, kas põhjusliku seose eeldust kooskõlastamise ja turukäitumise vahel võib kohaldada üksnes

99. Kohtuotsustest, milles Euroopa Kohus on tunnustanud põhjusliku seose eeldust, ei tulene, et selline eeldus on erandiks reeglist ega et seda eeldust kohaldatakse ainult juhtudel, kus ettevõtjad kooskõlastavad tegevust korrapäraselt või vähemalt mitmel korral.

Pigem võib Euroopa Kohtu kasutatud sõnas- tuse kohaselt pidada põhjusliku seose eeldust tavapäraseks, sest eeldus „kehtib” üleüldiselt ja sellest on ainult üks erand – seda saavad osalevad ettevõtjad ümber lükata vastupidist tõendavate tõenditega<sup>80</sup>.

100. Hilisem Euroopa Kohtu viide kooskõ- lastatud tegevuse korrapärasele toimumisele pikema ajavahemiku jooksul ei sea põhjusliku seose eeldusele täiendavat piirangut. Vastu- pidi, seda tuleb mõista nii, et põhjusliku seose eeldus võimendub veelgi, kui ettevõtjad on kooskõlastanud oma tegevused korrapäraselt pikema ajavahemiku jooksul. See tuleneb juba Euroopa Kohtu sõnastusest „See kehtib seda enam, kui [...]”<sup>81</sup>.

101. Ka T-Mobile viidatud Esimese Astme Kohtu otsusest<sup>82</sup>, kus asjaolude kohaselt oli tegemist osavõtuga mitmetest konkurentsi-

vastase eesmärgiga kohtumistest, ei saa ma järeldada põhjusliku seose eelduse üldist kitsendamist.

102. Isegi kui kohtujurist Cosmas oma ette- panekus kohtuasjas Anic Partecipazioni, eris- tades osalemist ühekordsel kohtumisel ja osalemist mitmetel kohtumistel<sup>83</sup> pidas silmas kitsendatud põhjusliku seose eeldust, siis ei ole Euroopa Kohus seda igal juhul järginud.

103. Lisan sellele, et ka sisuliselt ei ole vajalik piirata põhjusliku seoses eeldust juhtudele, kus kooskõlastamine toimus korrapäraselt pika ajavahemiku jooksul. Minu arvates puudub üldine kogemus, mille kohaselt konkurentidevaheline ühekordne teabeva- hetus ei võiks viia nende turukäitumise konkurentsivastase kooskõlastamiseni ja ainult korrapärased ühendusevõtmised pikema ajavahemiku jooksul seda võimal- davad.<sup>84</sup> Sellekohaselt ei tule ka mõne menet-

80 – Eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused komisjon vs. Anic Partecipazioni, punkti 121 esimene lause, ning Hüls vs. komisjon, punkti 162 esimene lause.

81 – Eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused komisjon vs. Anic Partecipazioni, punkti 121 teine lause, ning Hüls vs. komisjon, punkti 162 teine lause.

82 – 12. juuli 2001. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-202/98, T-204/98 ja T-207/98: Tate & Lyle jt vs. komisjon (EKL 2001, lk II-2035, punkt 66).

83 – Kohtujurist Cosmas'i 15. juuli 1997. aasta ettepanek eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas komisjon vs. Anic Partecipazioni, ettepaneku punkt 56.

84 – Kohtupraktikas on tunnustatud, et EÜ artikli 81 lõike 1 rikkumine võib seisneda üksikus teos, mitmes teos või vältavas tegevuses; vt eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus komisjon vs. Anic Partecipazioni, punkt 81, ja eespool 27. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Aalborg Portland jt vs. komisjon, punkt 258.

lusosalise viidatud süütuse presumptsiooni alusel ühekordse kooskõlastamise korral põhjuslikkust teisiti käsitleda kui korrapäraselt pikema ajavahemiku jooksul toimunud kooskõlastamiste puhul.

104. Nagu Madalmaade valitsus on õigesti märkinud, oleneb see, kui sageli, millise intervalliga ja mil viisil konkurendid üksteisega turukäitumise kooskõlastamiseks ühendust võtavad, nii kooskõlastamise eesmärgist kui ka turu iseärasustest.

105. Kui asjaomased ettevõtjad sõlmivad keelatud kokkuleppe, mis hõlmab ettevõtjate turukäitumist puudutavate paljude aspektide keerulist ja läbimõeldut kooskõlastamist pikema aja vältel, võib neil selleks olla vaja korrapäraselt suhelda pika ajavahemiku jooksul. Kui aga kooskõlastamine on nagu käesoleval juhul sporaadiline ja selle eesmärk on ühte konkreetset konkurentsiaspekti puudutava turukäitumise kooskõlastamine, siis võib ühekordne ühendusevõtmine olla piisav, et saavutada ettevõtjate soovitud konkurentsivastane eesmärk ja nii olla aluseks hilisemale turukäitumisele.

106. Üksnes asjaolu, et toimus üksnes ühekordne ühendusevõtmine, ei tähenda seega ilmingimata, et tõendid ei ole piisavad. Otsustava tähtsusega on pigem ainult see, kas toimunud ühendusevõtmine, isegi kui tegemist on ühekordse teabevahetusega ühe kohtumise raames, võimaldas asjaomastel ettevõtjatel konkreetsel juhul tegelikult oma

turukäitumist kooskõlastada ja seega teadlikult vältida omavahelise koostööga konkurentsiga seotud riske. Käesoleval juhul viitab kogu Euroopa Kohtule esitatud teave sellele, et nii see oligi, sest juba ühekordse kohtumise tulemusel vähenesid tegelikkuses edasimüüjate standardtasud.

107. Konkurentidevaheliste kohtumiste arv ja korrapärasus võib siiski olla tõendiks konkurentsieeskirjade rikkumise kestuse ja raskusastme kohta. Seda tuleb sel juhul arvestada vastavate trahvisummade suuruse määramisel<sup>85</sup> ja see võib mõjutada ka kolmandate isikute vastavate kahju hüvitamise nõuete suurusi, sh siis, kui kohaldatava siseriikliku õiguse järgi on lubatud karistustlikud kahjuhüvitised<sup>86</sup>.

108. Kokkuvõtvalt tuleb sedastada:

Isegi kui konkurentide vahel, kes jätkavad tegevust turul, toimus ainult ühekordne kooskõlastamine, võib ümberlükatavalt eeldada, et see kooskõlastamine mõjutas nende turukäitumist. Eeskätt kehtib taoline eeldus, kui vaidlusesemeks on ühte konkreetset konkurentsiaspekti puudutava turukäitumise ühekordne kohandamine asjaomaste ettevõtjate vahel.

85 – Ühenduse tasandil tuleneb see selgelt määruse nr 1/2003 artikli 23 lõikest 3.

86 – Vaata selle kohtaeespool 61. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Manfredi jt, punkt 92.

## VI. Ettepanek

109. Tuginedes eelnevale, teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata College van Beroep voor het bedrijfsleven`i eelotsuse küsimustele järgmiselt:

- 1) a) Kooskõlastatud tegevusel on konkurentsivastane eesmärk EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses, kui selle sisu ja eesmärgi tõttu nagu ka õigusliku ja majanduslikku konteksti arvestades on sellega konkreetselt võimalik takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturul. Konkurentsi tegelik takistamine, piiramine või kahjustamine on sama vähe oluline kui otsene seos kooskõlastatud tegevuse ja lõpptarbijahindade vahel.
  
  - b) Konfidentsiaalse teabe vahetusel konkurentide vahel on konkurentsivastane eesmärk, kui vahetus võib kõrvaldada asjaomaste ettevõtjate tulevase turukäitumise kohta esineva teadmatususe ja kalduda nii kõrvale vaba konkurentsi mängureeglitest.
- 
- 2) a) EÜ artikli 81 rikkumise tõendamisel siseriiklikus kohtumenetluses on tõendamisnõuded sätestatud vastavas siseriiklikus õiguses, seejuures tuleb tõendamisel järgida nii võrdväarsuse ja tõhususe põhimõtteid kui ühenduse õiguse üldpõhimõtteid.

- b) Tõhususe põhimõtte kohaselt ei tohi EÜ artikli 81 rikkumise tõendamisele olla seatud nii ranged nõuded, et seeläbi muutub tõendamine ülemäära raskeks või praktiliselt võimatuks. Eelkõige ei tohi siseriiklikud kohtud jätta arvestamata konkurentsieskirjade rikkumise tuvastamisel tõendite esitamise tüüpiliste eripäradega ja peavad lubama tüüpilise sündmuste käigu hindamisel kogemustele viitamist.
  
  - c) Kui puuduvad vastupidist tõendavad tõendid, mida peavad esitama osalevad ettevõtjad, tuleb ka siseriiklikel kohtutel lähtuda sellest, et kooskõlastatud tegevuses osalevad ettevõtjad, kes jätkavad turul tegutsemist, arvestavad oma turukäitumise määramisel konkurentidelt saadud teabega.
- 3) Isegi kui konkurentide vahel, kes jätkavad tegevust turul, toimus ainult ühekordne kooskõlastamine, võib ümberlükatavalt eeldada, et see kooskõlastamine mõjutas nende turukäitumist. Eeskätt kehtib taoline eeldus, kui vaidlusesemeks on ühte konkreetset konkurentsiaspekti puudutava turukäitumise ühekordne kohendamine asjaomaste ettevõtjate vahel.