



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
JÁN MAZÁK
esitatud 2. veebruaril 2012¹

Kohtuasi C-549/10 P

Tomra Systems ASA
Tomra Europe AS
Tomra Systems GmbH
Tomra Systems BV
Tomra Leergutsysteme GmbH
Tomra Systems AB
Tomra Butikksystemer AS
versus

Euroopa Komisjon

Apellatsioonkaebus — Konkurents — Turgu valitseva seisundi kuritarvitamine —
Kasutatud joogipakendite kogumise masinate turg — Kokkulepped ainuõiguslikkuse kohta, koguselised
kohustused ja püsikliendi mahahindlused osana konkurentide turult väljatõrjumise strateegiast

1. Käesolevas kohtuasjas paluvad apellandid (edaspidi ühiselt „Tomra”), et Euroopa Kohus tühistaks otsuse kohtuasjas T-155/06: Tomra Systems jt.² Selles kohtuotsuses jättis Üldkohus rahuldamata Tomra taotluse tühistada komisjoni 29. märtsi 2006. aasta otsus K(2006) 734 (lõplik), mis käsitleb EÜ artikli 82, nüüd ELTL artikli 102, ja EMP lepingu artikli 54 kohaldamise menetlust (juhtum COMP/E.-1/38.113 – Prokent-Tomra).³

I. Vaidluse taust

2. Faktilisi asjaolusid, haldusmenetlust ja vaidlusalust otsust on üksikasjalikult kirjeldatud vaidlustatud kohtuotsuse punktides 1–20. Lühidalt kokku võttes toodab Tomra kontsern (kuhu kuuluvad seitse äriühingut, kes on esitanud käesoleva apellatsioonkaebuse, ja teised) tühjade joogipakendite automaatseid kogumisseadmeid (edaspidi „taaraautomaadid”). Need automaadid tunnevad pakendi ära teatavate tunnuste järgi, nagu kuju ja/või triipkood, ja arvutavad välja kliendile hüvitatava tagatisraha, harilikult printides välja kviitungi, mille eest kaupluse kassas raha makstakse. Samuti osutab nimetatud kontsern kogu maailmas taaraautomaatidega seotud teenuseid. Aastal 2005 oli Tomra kontserni käive ligikaudu 300 miljonit eurot ja tal oli 1900 töötajat.

3. Pärast kaebuse saamist Saksamaa äriühingult Prokent AG, kes samuti tegutseb taaraautomaatide sektoris, saatis komisjon, olles läbi viinud uurimise, Tomra Systems ASA-le, Tomra Europe AS-ile ja Tomra kontserni tütarettevõtjatele kuues Euroopa majanduspiirkonna (edaspidi „EMP”) riigis vastuväiteteatise. Komisjon võttis 29. märtsil 2006 vastu vaidlusaluse otsuse, tuvastades, et Tomra on

1 — Algkeel: inglise.

2 — 9. septembri 2010. aasta kohtuotsus (EKL 2010, lk II-4361) (edaspidi „vaidlustatud kohtuotsus”).

3 — Edaspidi „vaidlusalune otsus”, mille kokkuvõte avaldati *Euroopa Liidu Teatajas* (ELT 2008, C 219, lk 11).

ajavahemikus 1998–2002 rikkunud ELTL artiklit 102 ja EMP lepingu artiklit 54, rakendades Saksamaa, Madalmaade, Austria, Rootsi ja Norra siseriiklikul taaraautomaatide turul väljatõrjuvat strateegiat, mis hõlmas ainuõiguslikke kokkuleppeid, individualiseeritud koguselisi kohustusi ja individualiseeritud tagasiulatuvaid mahahindlusskeeme ning piiras sellega nendel turgudel konkurentsi.

4. Muu hulgas tuvastas komisjon nimetatud otsuses, et Tomra turuosad Euroopas olid enne 1997. aastat olnud pidevalt üle 70% ja alates 1997. aastast üle 95% ning et kõikidel asjaomastel turgudel on Tomra turuosad olnud konkurentide omast mitu korda suuremad. Komisjon järeldas, et Tomra kontsern on turgu valitsevas seisundis olev ettevõtja ELTL artikli 102 ja EMP lepingu artikli 54 tähenduses. Täpsustavalt märkis komisjon, et Tomra on nii oma tegevuses kui ka kontsernisistest arutelude raames välja töötanud strateegia, millel on konkurentsivastane eesmärk või mõju. Vaidlusaluses otsuses on märgitud, et Tomra eesmärk oli turgu valitseva seisundi ja turuosade säilitamine selliste vahendite abil nagu uute ettevõtjate turuletuleku takistamine, konkurentide väiksena hoidmine, piirates nende kasvuvõimalusi ja nõrgestades ja kõrvaldades konkurente nende omandamise teel või muudel viisidel. Selle strateegia ellurakendamiseks sõlmis Tomra aastatel 1998–2002 mitme supermarketite ketiga 49 kokkulepet. Need kokkulepped olid oma vormilt ainuõiguslikud kokkulepped, individualiseeritud koguselisi kohustusi sisaldavad kokkulepped ja individualiseeritud tagasiulatuvaid mahahindlusskeeme määravad kokkulepped. Vaidlusaluses otsuses on märgitud, et toime pandud rikkumist hinnates tuleb arvestada, et kõnealune Tomra tegevus väljatõrjumise strateegia raames oli tahtlik, ning ka rikkumise geograafilist ulatust. Komisjon järeldas, et tegu on raske rikkumisega, ja määras Tomrale solidaarse trahvi 24 miljonit eurot.

II. Vaidlustatud kohtuotsus

5. Üldkohtus põhjendas Tomra oma hagi vaidlusaluse otsuse tühistamiseks kuue õigusväitega. Sisuliselt väitis Tomra, et komisjon: 1) kasutas selgelt ebaõigeid ja väheusaldusväärseid tõendeid tuvastamaks, et kontsern töötas välja konkurentsi tõrjuva strateegia ja viis seda strateegiat ellu oma klientidega aastatel 1998–2002 sõlmitud 49 kokkuleppe kaudu; 2) tegi selgeid vigu hinnangus selle kohta, kas need kokkulepped võisid konkurentsi kõrvaldada, jättis oma otsuse selles osas põhjendamata; 3) tegi selgeid vigu hinnangus selle kohta, kas need kokkulepped tegelikult kõrvaldasid konkurentsi; 4) pani selgelt toime õigusnormi rikkumise, kvalifitseerides kõnealused ainuõiguslikud kokkulepped, individualiseeritud koguselised kohustused ja individualiseeritud tagasiulatuva mahahindluse *per se* õigusvastaseks ELTL artikli 102 alusel; 5) tegi selge vea järelduses, et mittesiduvad kohustused saavad rikkuda ELTL artiklit 102; ja 6) rikkus Tomrale 24 miljoni euro suurust trahvi määrares proportsionaalsuse põhimõtet ja mittediskrimineerimise põhimõtet. Vaidlustatud kohtuotsusega lükkas Üldkohus kõik need väited tagasi.

III. Apellatsioonkaebus

6. Käesolevas kohtuasjas tugineb Tomra kokku viiele apellatsioonkaebuse väitele.⁴ Komisjon omalt poolt on seisukohal, et need väited on vastuvõetamatud, tulemusetud või põhjendamatud.

A. Apellatsioonkaebuse esimene väide: Üldkohus rikkus õigusnormi hinnangu andmisel komisjoni järeldusele, et oli olemas konkurentsivastane kavatsus sulgeda turg (vaidlustatud kohtuotsuse punktid 33–41)

7. Apellatsioonkaebuse esimeses väites märgib Tomra sisuliselt seda, et analüüsides, kas komisjon on tuvastanud konkurentsivastase kavatsuse, rikkus Üldkohus õigusnormi, keeldudes arvestamast tõendeid, mille kohaselt Tomra kavatsus oli osaleda konkurentsis toodete omaduste põhjal. Tomra kordab Üldkohtus esitatud argumenti, et komisjon kasutas Tomra organisatsioonisest kirjavahetust ebaõigesti selleks, et põhjendada väidet konkurentsivastase kavatsuse ja strateegia kohta.

⁴ — Palun mees pidada, et käesolevas ettepanekus käsitlen ma ainult neid argumente, mida pooled on esitanud ja mis vastavad nendele rangetele piirangutele, mis on omased apellatsiooniasjadele ja Euroopa Kohtu piiratud kontrollile. Vt ELTL artikli 256 lõige 1 ja Euroopa Liidu Kohtu põhikirja artikkel 58. Vt samuti näiteks Euroopa Kohtu 1. juuni 1994. aasta otsus kohtuasjas C-136/92 P: komisjon vs. Brazzelli Lualdi jt, EKL 1994, lk I-1981, punkt 29.

8. Kohe algul tuleb märkida, et kuritarvitamine on objektiivne mõiste.⁵ Komisjon tegi vaidlusaluses otsuses õigesti, mitte viidates tahtlusele kui tunnusele, mida on vaja käesolevas asjas turgu valitseva seisundi kuritarvitamise tuvastamiseks. Sellega seoses väidab Tomra, et vaidlusaluse otsuse põhjendustest 97–105 tulenevalt oli konkurentsivastane kavatsus konkurentsivastase strateegia kindlakstegemise suhtes oluline tegur ning et sellel järeldusel oli määrav tähtsus rikkumise tuvastamisel.

9. Samuti viitas Tomra vaidlusaluse otsuse põhjendusele 111. Siiski, nagu komisjon märkis, juhatab selle põhjenduse sisse põhjenduses 109 sisalduv märkus, et III.B jaos kirjeldatud tegevust hinnatakse mujal kõnealuses otsuses ELTL artikli 102 alusel. Sellesse puutuvalt meenutati vaidlusaluse otsuse IV.B jaos õigesti ELTL artikli 102 objektiivset laadi, ning järeldusele, et Tomra tegevus kaldub konkurentsi piirama, jõuti Tomra ja tema klientide vahelisi kokkuleppeid, mitte motive analüüsides. Seetõttu tuleks tagasi lükata Tomra väide, et järeldustel tema kavatsuse kohta oli määrav tähtsus rikkumise tuvastamisel.

10. Sellegipoolest ei ole tõendid kavatsuse kohta täiesti asjakohatud, kuivõrd need võivad tegelikult olla asjakohased turgu valitsevas seisundis ettevõtja käitumise hindamisel, milleks on vaja mõista selle käitumise majanduslikke motive, strateegilisi aspekte ja tõenäolist mõju. Nagu Üldkohus oma otsuse punktis 35 õigesti märkis, võivad niisugused tõendid viidata sellele, kas konkurentsi kõrvaldamine oli kavatsetud, või anda hoopis muu selgituse uuritava tegevuse kohta. Tõepoolest annavad niisugused tõendid komisjonile võimaluse paigutada vaidlusalune tegevus konteksti. Näiteks kui komisjon (või siseriiklik konkurentsiasutus) leiab toimikusse lisatud tõendite põhjal, et ettevõtja kujundas mahahindlus- või allahindluskkeemid välja (ka) tarbijate huvides – näiteks kui ettevõtja eeldas efektiivsuse tõusu –, peaksid need asutused selle tulemusel veelgi rohkem uurimisse süvenema.

11. Euroopa Kohtule esitatud dokumentidest ilmneb, et Tomra ei suutnud või ei soovinud selgitada oma tegevust mingite konkreetsete majanduslike motiividega,⁶ ning ma olen seisukohal, et Üldkohus järeldas oma otsuse punktis 36 õigesti, et komisjonil tuli uurimises keskenduda eelisjärjekorras konkurentsivastasele tegevusele. Igal juhul tuleb märkida, et komisjon asus omal algatusel uurima, kas Tomra organisatsioonisisemed dokumendid annavad kõnealusele tegevusele konkurentsi toetava või konkurentsivastase selgituse. Sellega seoses on apellatsioonkaebuses küll viidatud vaidlustatud kohtuotsuse punktile 36, kuid mitte nendele tõenditele Tomra kavatsusest osaleda konkurentsis toodete omaduste põhjal, mida komisjon väidetavalt ei käsitlenud; samuti ei ole seal selgitatud, kuidas sellised tõendid saaksid rääkida vastu analüüsile Tomra konkurentsivastase tegevuse kohta.

12. Nõustun komisjoniga ka selles, et see, et vaidlustatud kohtuotsuses tõdeti tõendite olemasolu Tomra kavatsuse kohta kasutada muid (õiguspäraseid) konkureerimisviise, tähendab, et tegelikult püüab Tomra praegu vaidlustada Üldkohtu hinnangut tõendite asjakohasuse ja tõendusliku väärtuse kohta, mida ei saa apellatsioonimenetluses vaidlustada.⁷ Tomra näib kordavat esimeses astmes kasutatud põhjenduskäiku, rõhutades, et ta ei nõustu sellega, kuidas Üldkohus on faktilisi asjaolusid hinnanud. Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 35 on aga õigesti märgitud, et „komisjoni järeldused vaidlustatud otsuses ei tuginenud kunagi ainult ühele või teisele eraldiseisvale [Tomra] dokumendile, vaid tervele reale erinevatele elementidele”.

13. Lõpuks kritiseerib Tomra konkreetset Üldkohtu otsuse punktis 36 esitatud järeldust, et vaidlustatud otsuses „ei varjata” dokumente, mille kohaselt Tomra kavatses kasutada ka täiesti legitiimseid vahendeid konkureerimiseks. Piisab märkimisest, et see kohtuotsuses esitatud järeldus ei puuduta *olulisi* tõendeid. Pean, nagu komisjongi, selles osas selgeks Üldkohtu soovi märkida, et vaidlusaluses otsuses on viidatud tõenditele, mis olid seotud *muude*, legitiimsete konkureerimismoodustega – kuigi see ei olnud oluline kõnealuse otsuse esemeks olnud kuritarvitava tegevuse selgitamisel.

5 — Vt 13. veebruari 1979. aasta otsus kohtuasjas 85/76: Hoffmann-La Roche vs. komisjon (EKL 1979, lk 461, punkt 91).

6 — Vrd vaidlusaluse otsuse põhjendused 349–357 (seoses Tomra väidetega mastaabisäästude kohta) koostoimes vaidlustatud kohtuotsuse punktiga 224.

7 — Vt nt 6. aprilli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-551/03 P: General Motors vs. komisjon (EKL 2006, lk I-3173, punktid 52–54). Samuti ei ole apellatsioonkaebuses väidetud, et Üldkohus moonutas tõendeid.

14. Kõikidest eespool kirjeldatud kaalutlustest tuleneb, et hinnates komisjoni järeldust seoses konkurentsivastase väljatõrjuva kavatsusega, ei rikkunud Üldkohus õigusnorme. Seega tuleb esimene apellatsiooniväide põhjendamatusse tõttu tagasi lükata.

B. Apellatsioonkaebuse teine väide: õigusnormi rikkumine ja piisavalt põhistamata jätmine seoses sellega, millist kogunõudluse osa pidanuks kokkulepe hõlmama, et olla kuritarvitav (vaidlusaluse kohtuotsuse punktid 238–246)

15. Tomra väitis Üldkohtus, et komisjon on jätnud kaalumata, kas konkureerimiseks sobiv osa taaraautomaatide turust⁸ oli piisavalt suur, et efektiivselt tegutsevad konkurendid saaksid turule jääda.⁹ Nüüd väidab Tomra sisuliselt seda, et Üldkohus rikkus õigusnormi ja ei põhjendanud piisavalt oma järeldust, et väidetavalt ainuõiguslikud kokkulepped hõlmasid niisugust kogunõudluse osa, millest piisas konkurentsi piiramiseks. Täpsemalt väidab Tomra, et põhjenduskäigus, millega Üldkohus lükkas tagasi asjakohast kaubanduslikku nõudlust puudutava argumendi, tugineti eeskätt niisugustele väljenditele nagu „oluline”, „kaugeltki [mitte] väike” ja „väga suur”. Küsimuses, kas ainuõiguslike kokkulepetega saab turul konkurentsi välistada, oleks Üldkohus pidanud nõudma ühemõttelist tuvastusviisi, nimelt kõnealusel turul kasumlikult tegutsemiseks vajaliku minimaalse proportsiooni väljaarvutamist.

16. Kõigepealt tuleb märkida, et nagu väljakujunenud kohtupraktikast selgub, peab ELTL artikliga 296 (enne EÜ artikkel 253) nõutud põhistus vastama asjaomase akti olemusele.¹⁰ Seega peab selguma, kas Üldkohtul oli õigus kasutada sellega seoses sedalaadi sõnu nagu „märkimisväärne” ja kas Tomral on õigus, kui ta väidab, et vaidlustatud kohtuotsust ei ole piisavalt põhistatud, kuivõrd seal ei ole täpselt märgitud, mida sõna „märkimisväärne” käesolevas asjas (näiteks kvantitatiivselt) tähendab.

17. Apellatsioonkaebuse punktis 20 väidab Tomra, et Üldkohus on rikkunud õigusnormi vaidlustatud kohtuotsuse punktis 241, mille kohaselt „konkurentidel peab olema võimalik pakkuda konkurentsi toodete omaduste alusel kogu turul, mitte ainult selle ühel osal”. Nagu komisjon märkis, esitas Tomra selle kriitika kaudu sõnaselgelt väljendamata nõudmise, et Euroopa Kohus kummutaks lahenduse, mille ta oli ära otsustanud kohtuasjas Hoffmann-La Roche vs. komisjon.¹¹ Nimetatud kohtuasjas lükkas Euroopa Kohus tagasi nõude seoses „märkimisväärse mõjutamisega” ehk miinimumlävendiga vastavalt ELTL artiklile 102, märkides, et „kuna käsitletavat tegevuskäiku rakendas ettevõtja, kellel on valitsev seisund niisugusel turul, kus konkurentsi struktuuri juba on seetõttu nõrgestatud, võib konkurentsi struktuuri edasine nõrgestamine [ELTL artikli 102] kohaldamisalas kujutada endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist”.

18. Nimetatud asjas järgis Euroopa Kohus kohtujurist Reischli ettepanekut (punktis 593), kes oli eristanud EÜ artikleid 85 ja 86 (nüüd ELTL artiklid 101 ja 102), väites, et „tajutavuse [prantsuse keeles *sensibilité*] teooriat on laiendatud artiklile [101], s.o valdkonda, kus tõhusat konkurentsi on kokkulepete jms kaudu – artikli sõnastusest tulenevalt – piiratud. Artikli [102] kohaldamisalas olevate asjaolude puhul aga on konkurents sama hästi kui kõrvaldatud, sest turgu valitsevas seisundis ettevõtjat ei ohusta tegelik konkurents. Tegelikult ei tundu käesoleval juhul lubatav jätta arvestamata seesuguse ettevõtja tegevus, mis tuleb artikli [102] kriteeriumide kohaselt lugeda kuritarvituseks, põhjusel, et selle mõju konkurentsitingimustele ei ole märkimisväärne. Ent isegi kui lugeda õigustatuks kuritarvituste arvestamata jätmine või vähemalt karistamata jätmine, kui küsimuse all on üksnes „quantités négligeables” [väheolulised kogused], tuleb siiski tõsiselt kahelda, kas käesolev juhtum kuulub sellesse kategooriasse”.

8 — St see osa nõudlusest, mis ei olnud seotud Tomra tegevusega.

9 — Vt eeskätt Üldkohtusse esitatud hagi punktid 90–95 ning kostjale esimeses astmes esitatud repliigi punktid 38–45.

10 — Vt nt 1. veebruari 2007. aasta otsus kohtuasjas C-266/05 P: Sison vs. nõukogu (EKL 2007, lk I-1233, punkt 80 ja seal viidatud kohtupraktika).

11 — Vt eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus, punkt 123.

19. Olgu sellega, kuidas on, kuid küsimuses, milles Üldkohus on kinnitanud, et faktilistest asjaoludest nähtuvalt ületas Tomra poolt turu sulgemine kaugelt igasuguse mõistliku miinimumlävendi, ei saa Tomra paljasõnaline väide, mida ei kinnita ükski ametivõim, käesolevas apellatsioonimenetluses edukas olla.

20. Olen seisukohal, et Üldkohus tegi vaidlustatud kohtuotsuses täpselt seda, mida ta pidigi tegema. Ainult sellise asjaolude analüüsi kaudu, nagu komisjon vaidlusaluses otsuses esitas, saab kindlaks määrata, kas turu valitsevas seisundis ettevõtja on suuteline oma tegevusega konkurentsi välistama (käesoleval juhul on vaidlusaluses otsuses isegi märgitud, et sellel tegevusel „oli tegelikult” turgu moonutav, turu sulgev mõju). Siiski oleks kunstlik *a priori* kindlaks teha, milline on niisugune seotud turuosa, mida ületades võib turu valitsevas seisundis ettevõtja tegevusel olla konkurente välistav mõju (vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 242).

21. Igal juhul ei saa olla kahtlust, et Tomra tegevus hõlmas „olulise” osa turust ja seega näib apellatsioonkaebuse väide olevat käesoleval juhul pelgalt akadeemiline.¹² Tegelikult möönab ka Tomra ise, et keskmiselt ning viie aasta ja viie turu koondarvestuses sidus kõnealune tegevus ligikaudu 39% nõudlusest.

22. Selles suhtes peab vaidlustatud kohtuotsuse punkt 243 paika: kaks viiendikku kogunõudlusest uuritud ajavahemiku jooksul uuritud riikides on igast küljest arvestatav ning igal juhul ei saa seda pidada „väikeseks”. Samuti märkis Üldkohus sel teemal õigesti, et Tomra tegevus tekitas sageli väga suures osas „seotud” nõudlust „otsustavate aastate” jooksul, mil nõudlus oli kõige suurem ja oleks tõenäoliselt kaasa toonud edukaid turuletulekuid eelkõige aastatel 1999 ja 2000 Austrias, aastal 2001 Madalmaades ning aastal 1999 Norras.¹³ Lõpuks märgib Üldkohus punktis 245 õigesti, et „[Tomra] tegevus sidus lõpptarbija nõudlust, mitte turustajate nõudlust. Konkurendid ei saanud seega tugineda erinevatele turustusmeetoditele, mis [oleks võinud] leevendada [Tomra] tegevuse mõju”.

23. Sellest tuleneb, et niisuguste väljendite, nagu „märkimisväärne”, mõistliku tõlgenduse juures oli nende kasutamine Üldkohtu otsuses faktiliste asjaoludega küllaldaselt põhjendatud.

24. Seoses Tomra viimase argumendiga, et komisjoni ja Üldkohtu käsitusviis ei vasta tänapäevasele majanduslikule mõttele, piisab märkimisest, et seda argumenti ei ole esimeses astmes esitatud ega piisavalt uuritud, mistõttu seda ei saa ka teha nüüd, apellatsiooniastmes.

25. Kõikidest eespool kirjeldatud kaalutlustest tuleneb, et Üldkohus ei rikkunud õigusnorme seoses sellega, millist osa kogunõudlusest pidi kokkulepe hõlmama, ega jätnud oma otsust selles osas piisavalt põhistamata. Sellepärast tuleb apellatsioonkaebuse teine väide põhjendamatusse tõttu tagasi lükata.

C. Apellatsioonkaebuse kolmas väide: menetlusviga ja õigusnormi rikkumine tagasiulatuva mahahindluse käsitlemisel (vaidlustatud kohtuotsuse punktid 258–272)

26. Tomra väidab sisuliselt seda, et Üldkohus tegi menetlusvea, mis seisnes tagasiulatuva mahahindlusi puudutavate argumentide ebaõiges kajastamises. Üldkohus luges valesti ja tõlgendas valesti Tomra argumente ning märkis, et Tomra väitel olid „negatiivsed hinnad” vaidlusaluse otsuse fundamentaalseks aluseks, ning selle tagajärjel ei võtnud ta kõnealust argumenti õiguslikult korrektselt arvesse. Kui Üldkohus oleks käsitlenud mahahindluskäsitluse korrektselt, oleks see oluliselt mõjutanud tema järeldust, et kõik kõnealused kokkulepped võisid sulgeda taaraautomaatide turu. Tomra märgib, et esitatud argumentide nõuetekohane analüüs oleks hõlmanud nende mahahindluskäsitluste uurimist

12 — Nagu komisjon märkis, oli 1999. aastal seotud rohkem kui 55% kogu nõudlusest viies riigis. Kui vaadata turge eraldi, oli „konkurentidele suletud” või „seotud” nõudlust 1999. ja 2000. aastal Norras 80–90% ning Madalmaades ligikaudu 65% (aastal 2001 peaaegu 60%). Neid faktilisi asjaolusid Üldkohtus ei vaidlustatud. Seega tuvastati vaidlusaluses otsuses, et nende riikide ja aastate osas, mille puhul rikkumine tuvastati, oli nõudluse piiratud osa alati märkimisväärne ja mõnel aastal (harilikult turu kasvu „otsustavatel aastatel”) moodustas see igal asjaomasel turul väga olulise osa (vt muu hulgas vaidlusaluse otsuse põhjendused 392 ning 160, 163, 183, 187, 218, 219 ja 290).

13 — Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 244. Vrd nt vaidlusaluse otsuse põhjendused 163, 219 ja 237.

nende mõjust lähtuvalt. Tomra väitel tuleb eeldada, et tagasiulatuvad mahahindlused, mille tagajärjeks ei ole omahinnast odavam hind, ei saa konkurente välja tõrjuda. Seega rikkus Üldkohus õigusnormi, jättes komisjonilt nõudmata, et selleks, et lugeda Tomra rakendatud tagasiulatuvad mahahindlused konkurente välistavaks, tuleb tuvastada, et nende tagajärjeks oli omahinnast odavam hind.

27. Kõigepealt tuleb märkida, et apellatsioonkaebuse see väide puudutab üksnes tagasiulatuvaid mahahindlusi. Vastupidi Tomra väitele ei või selle põhjenduseks esitatud argumendid kuidagi mõjutada järeldusi seoses muu tegevusega, nimelt koguseliste kohustustega ja ainuõiguslike kohustustega või *de facto* ainuõiguslikkusega.

28. Komisjon märgib õigesti, et apellatsioonkaebuses osundatud esimeses astmes esitatud hagiavalduse lõiku, ehkki selles viidatakse kuludele seoses hindade kehtestamisega, tuleb hinnata konteksti arvestades. Hagiavalduse lõik, mida Tomra nüüd apellatsioonkaebuses tsiteerib, viitab, tõsi küll, kuludele seoses konkurente välistavate hindade kehtestamisega. Ent see viide kuludele¹⁴ on eraldiseisev¹⁵ ja pelgalt kõrvaline seoses hagi rõhutatud „negatiivsete hindade” argumendiga, milles esitatud kriteeriumi kohaselt on lojaalsusega seotud mahahindlusskeemide ELTL artikli 102 alusel kuritarvitavaks lugemise eeltingimuseks „negatiivsed hinnad”.¹⁶

29. Nimelt oli esimeses astmes esitatud hagi punkti 105 täielik sõnastus selline: „Samuti on oluline märkida, et komisjon ei uurinud Tomra kulusid. Kuigi komisjon viitab oma otsuse [põhjenduses] 165 mahahindlustele, mille tagajärjeks on „väga madalad, võimalik, et koguni negatiivsed hinnad”, ei uurinud ta Tomra kulusid, et teha kindlaks tase, millest allpool oleksid hinnad konkurente välistavad või turuhinnast madalamad. Otsuses on lähtutud kaudsest kriteeriumist, et kui Tomra mahahindlused sunnivad konkurenti küsima negatiivset hinda, on tegu välistava mõjuga – sest hind peab olema allpool Tomra keskmisi muutuvkulusid. Ehkki komisjon viitab „väga madalatele” hindadele, märgib Tomra, et otsuses ei ole tõendeid mahahindluste välistava mõju kohta, kui need võimaldavad konkurentidel küsida positiivset hinda või teenida positiivset tulu. See on oluline, sest käesolevas hagi edaspidi tõendame, et peaaegu kõikides komisjoni esitatud näidetes ei saanud hinnad kunagi olla negatiivsed ja kõikidel juhtudel said konkurendid teenida oma müügist tulu”.

30. Tõsiasiaks jääb see, et kui äsja tsiteeritud lõik välja arvata, käsitles hagiavalduse see osa (punktid 102–131) küsimust, kas Tomra mahahindlused sundisid konkurente küsima negatiivset hinda või mitte. Nagu komisjon märkis, keskendus hagi eranditult tõendamisele, et ainult harva sundisid Tomra hinnad konkurente käibe tagamiseks „negatiivseid hindu” küsima.¹⁷

31. Sellepärast ei nõustu ma Tomra repliigis esitatud väitega, nagu oleksid nad esitanud argumendi selle kohta, et komisjon jättis võrdlemata „taaraautomaatide maksumuse ja hinna mis tahes punktis [...] väga selgelt hagiavalduse punktides 102–131”. Mõiste „tulu”, nagu seda on esimese astme hagi kasutatud, on hoopis samatähenduslik mõistega „positiivne hind” – teisisõnu, kulusid ei arvestata ja neil ei ole tähendust. Tegelikult näib, et esimeses astmes esitatud märkuses ei arvestanudki Tomra määravat hinna–maksumuse kriteeriumi, mille ta nüüd väidab olevat kohase.

32. Lisaks, nagu komisjon märkis, keskenduti esimese astme hagi ühemõtteliselt „negatiivsete hindade” küsimusele, väide esitati sellele küsimusele keskenduvana ning Tomra pühendas sellele palju lehekülgi.

14 — Nagu komisjon märkis, ei ole seda argumenti, hoolimata sellise küsimuse ilmsetest tehnilistest aspektidest, põhjendatud üheski hagi paljudest lisadest. Hagi lisade tabelist ei nähtu, et seda argumenti, millele nüüd, apellatsioonimenetluses omistatakse sellist tähtsust, oleks üldse põhjendatud mingite tõenditega.

15 — Tegelikult viitab Tomra esimeses astmes esitatud hagi teistes osades „positiivsele tulule”. Ainult hagi punktis 128 on märgitud, et sama tõhusalt tegutsev konkurent võiks eeldatavasti saada samal tasemel kasumit.

16 — Hagi peamine argument oli see, et Tomra mahahindlusskeemid ei sundinud konkurente küsima käibe tagamiseks „negatiivseid hindu” või sundisid neid selleks vaid harvadel juhtudel.

17 — Vrd muu hulgas hagi punktid 105, 106, 108, 110, 111, 116, 117, 118, 122, 127 ja 128.

33. Eespool kirjeldatud kaalutlustest tuleneb, et Üldkohtule ei saa ette heita niisuguse argumendi käsitlemata jätmist, mida hakis nõuetekohaselt ei esitatud. „Rafineeritum väide”, mida Tomra nüüd oma hagist tuletab, oleks selgelt eeldanud ulatuslikku argumentatsiooni ja toetavaid tõendeid, ent materjalides, mille Tomra esimeses astmes esitas, ei leidu selle kohta midagi peale kõnealuse fragmendi, millest, nagu juba näidatud, ei piisa vaidlustatud kohtuotsuse kummutamiseks.

34. Sellest lähtudes olen seisukohal, et apellatsioonkaebuse käesolev väide tuleb lugeda vastuvõetamatuks.

35. Teise võimalusena, kui Euroopa Kohus ikkagi otsustab, et apellatsioonkaebuse kolmas väide on vastuvõetav, nõustun komisjoniga, et apellatsioonkaebuses ei ole vaidlustatud Üldkohtu järeldust, mille kohaselt küsimus, kas konkurendil tuli pakkuda (lihtsalt madalama hinna asemel) negatiivset hinda, ei olnud määrav järelduses, et Tomra tagasiulatuvad mahahindlusskeemid olid Euroopa Kohtu praktika tähenduses kuritarvitavad. Üldkohus märkis punktis 266 õigesti, et esiteks ei ole komisjon vaidlusaluses otsuses kinnitanud, nagu oleksid kõnealused mahahindlusskeemid viinud automaatselt negatiivsete hindadeni, ja teiseks ei ole komisjon väitnud, nagu oleks selle tõendamine eeltingimus, et lugeda kõnealused mahahindlusskeemid kuritarvituslikuks. Liati ei ole vaidlusaluses otsuses iga Tomra kasutatud allahindlus- ja mahahindlusskeemi graafilist esitlust. Otsus sisaldab vaid ühte või kahte diagrammi riigi kohta ning need diagrammid illustreerivad Tomra mahahindlusskeemide väljatõrjuvat mõju.

36. Repliigis tugineb Tomra komisjoni teatisele „Suunised komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta [ELTL] artikli [102] kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurentide tõrjuva tegevuse suhtes”,¹⁸ väites, et seal kiidab komisjon heaks maksumuse–hinna kriteeriumi.

37. Nimetatud teatisel, mis anti välja 2009. aastal, ei saa siiski olla mingit mõju käesolevas apellatsioonimenetluses antavale hinnangule. See, kuidas komisjon kavatseb seoses ELTL artikliga 102 korrigeerida oma konkurentsipoliitika tulevast rakendamist, ei puutu asjasse. Mis tahes uus rõhuasetus kõnealuse sätte kohaldamisel saab olla asjakohane ainult komisjoni tulevaste otsuste suhtes, kuid mitte juba 2006. aastal vastu võetud otsusele õigusliku hinnangu andmisel.¹⁹

38. Peale selle väitis Tomra esimese astme repliigi punktis 46 seoses tagasiulatuvate mahahindlustega, et „otsuses ([põhjendused 165, 186, 224, 225, 235, 236 ja 268) on analüüsitud lepinguid, mis väidetavalt sisaldasid tagasiulatuvaid mahahindlusi. Nimelt on esitatud üksikasjalik analüüs näideteks toodud seitsme kokkuleppe kohta. Otsuses väidetakse, et nendel kokkulepetel oleks väljatõrjuv mõju, sest: a) kliendid ei oleks huvitatud rohkem kui „väikese arvu” taaraautomaatide ostmisest ([põhjendus] 165); ja b) konkurendid oleksid sunnitud küsima selle väikese toodete arvu eest „väga madalat või võimalik, et isegi negatiivset hinda” ([põhjendus] 165)”.²⁰

39. Teisisõnu on selge, et Tomra argument, et komisjon luges tagasiulatuvad mahahindlused väljatõrjuvaks ebaõigesti, põhines ühelainsal vaidlusaluse otsuse põhjendusel (s.o põhjendusel 165).²⁰

40. Apellatsioonkaebuse punktis 32 mainib Tomra siiski vaidlustatud kohtuotsuse punktides 260–263 olevaid viiteid vaidlusaluse otsuse sellele osale, mis sisaldab komisjoni õiguslikku analüüsi Tomra mahahindluste kohta (s.o põhjendustele 314–329).²¹ Tomra püüab taandada seal analüüsitud küsimuste tähenduse järeldusele, et Tomra mahahindlused rikkusid ELTL artiklit 102. Siiski piisab

18 — Komisjoni teatis „Suunised komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta [ELTL artikli 102] kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurentide tõrjuva tegevuse suhtes (ELT 2009, C 45, lk 7).

19 — Nõustun selles küsimuses kohtujurist Kokott'iga. Vt tema 23. veebruari 2006. aasta ettepanek kohtuasjas C-95/04 P: British Airways vs. komisjon, milles otsus tehti 15. märtsil 2007 (EKL 2007, lk I-2331, ettepaneku punkt 28) ja 14. aprilli 2011. aasta ettepanek kohtuasjas C-109/10: Solvay vs. komisjon, milles otsus tehti 25. oktoobril 2011 (EKL 2011, lk I-10329, ettepaneku punkt 21).

20 — See põhjendus on vaidlusaluses otsuses Tomra tegevust Madalmaades käsitleva jao (põhjendused 134–166) selles alajaos, mis käsitleb „Mõju” (põhjendused 159–166).

21 — Komisjon osutab, et tähelepanuväärsel kombel ei ole põhjendustes 314–329 üldse viidatud „negatiivsetele hindadele”. Selle asemel on mainitud mahahindluste „tõmbeefekti” ja, nagu põhjenduses 354 mainitud, puudus korrelatsioon mahahindluse süsteemi ja Tomra kulude vahel (st et mahahindlused ei põhinenud ühelgi „majanduslikul teenusel”).

märkimisest, et neid põhjendusi esimeses astmes ei vaidlustatud. Igal juhul, isegi kui nendes punktides on vaidlustatud mõningaid faktilisi asjaolusid, mis vaidlusaluses otsuses tuvastati, jääb tõsiasiaks, et nendes ei vaidlustatud kõnealuse otsuse tuginemist Euroopa Kohtu otsustele kohtuasjas Hoffmann-La Roche vs. komisjon ja Michelini II kohtuasjas.²²

41. Seega ei saa apellatsioonkaebuses üles tõstetud kitsapiirilise küsimusega, mis puudutab Tomra kulusid ja tõhusalt tegutseva konkurendi omi, seada küsimärgi alla esimeses astmes vaidlusaluste mahahindluste ja nende konkurentsi nõrgestava toime olemasolu teemal esitatud väidete tagasilükkamist.

42. Nagu Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 214 õigesti märkis, tuleb „selleks, et teha kindlaks koguseliste hinnaalanduste süsteemi võimalik kuritarvitav laad, [...] hinnata kõiki asjaolusid, eelkõige hinnaalanduse tegemise kriteeriume ja korda, ning analüüsida, kas hinnaalanduse eesmärk on soodustuse abil, mis ei põhine mingil seda õigustaval majanduslikul sooritusel, võtta ostjalt võimalus valida oma tarneallikaid või seda võimalust piirata, tõkestada konkurentide turuletulekut, kohaldada äripartneritele võrdväärsete soorituste korral ebavõrdseid tingimusi või tugevdada turgu valitsevat seisundit moonutatud konkurentsi abil”.²³

43. Vaidlusaluses otsuses kohaldatai seda kriteeriumi. Seal ei kaalutud lihtsalt abstraktselt, kas ainuõigused või mahahindlus saavad „oma loomu poolest” avaldada konkurentsile kahjulikku mõju. Nimetatud otsuses hoopis näidati, et selline tegevus kõnealustel asjaoludel kaldub avaldama või võib avaldada niisugust mõju.

44. Ma ei saa jätta veel kord rõhutamata, et just see käsitusviis on õige. On selge, et viited kahjulikule (konkurentsivastasele) mõjule ei tohi olla mehaanilised. Sellise väljatõrjuva mõju (tõenäolist) olemasolu ühel või teisel konkreetsel juhul ei tohiks pelgalt eeldada, vaid seda tuleks hinnata ja tõendada.²⁴

45. Eespool toodud toetavad Euroopa Kohtu hiljutised otsused. Kohtuasjas TeliaSonera²⁵ märkis Euroopa Kohus oma otsuse punktis 64, et „niisuguse tegevuse kuritarvitusliku olemuse tuvastamiseks [peab] sellel tegevusel olema asjaomasel turul konkurentsivastane mõju, kuid see mõju ei pea olema tingimata konkreetne, vaid piisab sellest, kui tõendada, et konkurentsivastane mõju on turgu valitseva ettevõtjaga vähemalt sama tõhusate konkurentide turult väljatõrjumise näol võimalik”. Seda märkust tuleks tõlgendada koostoimes kohtuasjas Deutsche Telekom vs. komisjon²⁶ tehtud otsuse punktiga 254, kus Euroopa Kohus märkis, et „[t]õepoolest, kui turgu valitsev ettevõtja rakendab tegelikkuses hinnapraktikat, mis viib tema vähemalt sama tõhusate konkurentide suhtes hinnakruvi efektini ja mille eesmärk on konkurendid asjassepuutuvalt turult välja tõrjuda, siis ei saa asjaolu, et kavandatud tulemust lõppkokkuvõttes ei saavutatud, välistada kvalifitseerimist kuritarvituseks [ELTL] artikli [102] tähenduses. Siiski ei saa vähimagi mõju puudumisel konkurentide konkurentsiolekorrade niisugust hinnapraktikat, nagu vaatluse all, kvalifitseerida väljatõrjuvaks tegevuseks, kui nende viimaste sisenemist asjassepuutuvale turule ei ole selle tegevusega mingil moel raskendatud”.

22 — Põhjendustes 314–329. Vt eespool 5. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas Hoffmann-La Roche vs. komisjon ja Üldkohtu 30. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-203/01: Michelin vs. komisjon (edaspidi „Michelini II kohtuasi”) (EKL 2003, lk II-4071).

23 — Vt 22. joonealuses märkuses viidatud otsus Michelini II kohtuasjas, punkt 60.

24 — Vt nt juhtum COMP/39.451 – Velux, kus komisjoni läbi viidud uurimine näitas, et Velux oli välja kujundanud tingimusliku mahahindluste süsteemi, millel ei olnud mingit konkurentsivastast väljatõrjuvat mõju, st konkurente ei tõrjutud viisil, millega oleks tõenäoliselt põhjustatud kahju tarbijatele. Vt samuti Ühendkuningriigi Office of Fair Trading’i (edaspidi „OFT”) poolt paragrahvi 47 alusel tehtud 29. juuli 2003. aasta otsus, mis käsitleb otsust CA98/20/2002: BSKyB, (punktid 170 ja 178–181), kus kaebuse esitajad olid väitnud, et mis tahes mahahindlus või allahindlus, mida pakub turgu valitsevas seisundis ettevõtja, kaldub piirama ostja võimalust valida tarneallikaid ja on seetõttu *prima facie* kuritarvitus, mis nõuab objektiivset põhjendust. OFT lükkas selle käsitusviisi tagasi. Vt samuti komisjoni 13. mai 2009. aasta otsus K(2009) 3726 lõplik, mis käsitleb juhtumit COMP/C-3/37.990 – Intel, kus tuvastati, et Intel pani toime ühe ja pideva [ELTL] artikli [102] ja EMP lepingu artikli 54 rikkumise, rakendades ellu strateegia, mille eesmärk oli tõrjuda välja konkurendid x86 protsessorite turult (vt Üldkohtu menetluses olev kohtuasi T-286/09: Intel vs. komisjon).

25 — 17. veebruari 2011. aasta otsus kohtuasjas C-52/09 (EKL 2011, lk I-527). Vt samuti minu 2. septembri 2010. aasta ettepanek nimetatud kohtuasjas.

26 — Euroopa Kohtu 14. oktoobri 2010. aasta otsus kohtuasjas C-280/08 P: Deutsche Telekom vs. komisjon (EKL 2010, lk I-9555). Vt samuti minu 22. aprilli 2010. aasta ettepanek nimetatud kohtuasjas.

46. Järgmiseks tuleb märkida, et vaidlustatud kohtuotsuse punktides 259–272 on õigustatult arvesse võetud tervet rida vaidlusaluses otsuses märgitud kaalutlusi. See on põhjus, miks Üldkohtul ei olnud vaja minna hinnatasemetes käsitletus edasi punktis 267 sedastatud tähelepanekust, et „tulenevalt tagasiulatuvate hinnaalanduste süsteemist on kliendi jaoks viimaste ühikute tegelik hind väga madal tõmbeefekti tõttu”.²⁷ Sellega seoses ei asunud vaidlustatud kohtuotsuses arutama küsimust, kas vaidlusaluse otsuse diagrammides oli vigu (vt punkt 268).

47. Komisjonil on õigus, kui ta märgib, et seega ei ole vaidlustatud kohtuotsuse kritiseerimine negatiivsete hindade teemal tulemuslik, sest kui apellatsioonkaebus selle koha pealt paika peakski, ei pakuks see piisavalt õigustust, et tühistada otsus, milleni jõudmisel võttis Üldkohus arvesse laiemaid, apellatsioonkaebuses vaidlustamata kaalutlusi.²⁸ Teisisõnu, isegi kui Tomral peaks õnnestuma tõendada, et „negatiivsete hindade” küsimusel ei olnud nende esimese astme hagi põhjanevat tähtsust, ei ole nad apellatsioonkaebuses vaidlustanud Üldkohtu järeldust, et küsimus, kas konkurent peaks müügikäibe tagamiseks pakkuma negatiivset hinda, ei olnud määrav otsuses selle kohta, et tagasiulatuvad mahahindluskkeemid olid kuritarvituslikud.

48. Kõikidest eespool kirjeldatud kaalutlustest järeldub, et apellatsioonkaebuse kolmas väide ei ole tulemuslik.

49. Lõpuks olen seisukohal, et igal juhul tuleb kolmas väide lugeda põhjendamatuks. Vaidlustatud kohtuotsusest selgub, et „negatiivseid hindu” puudutavad faktiküsimused olid esimeses astmes tiheda arutelu teema. Nagu komisjon märkis, möönis Tomra, et hagi käsitletud seitsme näite hulgast vähemalt kahe puhul pidi konkurent pakkuma negatiivseid hindasid. Komisjon tõi negatiivsete hindade kohta palju lisanäiteid, mida Tomra ei vaidlustanud.²⁹ Selles küsimuses on Tomra otsust valesti tõlgendanud, eeldades, et negatiivsed hinnad olid eeltingimus selleks, et püsikliendi hinnaskeeme saaks lugeda kuritarvituslikeks. Vaidlusalust otsust lugedes on selge, et seal on viidatud „tõmbeefektile”, mida põhjustavad tagasiulatuvad mahahindluskkeemid (vt eespool 27. joonealune märkus).

50. Alternatiivne kriteerium, millele Tomra viitab kui asjakohasele, põhineb maksumuse ja hinna võrdlusel, kusjuures mahahindlus arvestatakse ühele ühikule või jaotatakse „reale” ühikutele, mida konkurent saab tarnida, ning tulemus loetakse selle ühiku või ühikute „tegelikuks hinnaks”. Tomra sõnul tuleb eeldada, et tagasiulatuvad mahahindlused, mille tagajärjeks ei ole omahinnast odavam hind (isegi ühe ühiku puhul), ei ole konkurente välja tõrjuvad.

51. Kohtupraktika sellise kriteeriumi kohaldamist siiski ei nõua.

52. Michelin II kohtuasjas tehtud otsuse punktis 240 meenutati, et „pärast viitamist [nimetatud kohtuotsuse³⁰] punktis 238 korratud põhimõttele märkis Euroopa Kohus, et on vaja „hinnata kõiki asjaolusid, eeskätt allahindluse tingimusi ja korda ning uurida, kas niisuguse soodustuse andmise korral, mis ei põhine seda õigustaval majanduslikul teenusel, kaldub allahindlus kaotama või piirama ostja vabadust valida tarneallikaid, tõkestama konkurentide pääsu turule, rakendama teistsuguseid tingimusi samaväärsetele tehingutele teiste kaubanduspartneritega või tugevdama turgu valitsevat seisundit konkurentsi kahjustamise teel””.³¹

27 — St et mida lähemal on klient lävele, mis annab talle õiguse saada (või säilitada) mahahindlus kõikide varem ostetud seadmete suhtes, seda kulukam on konkurendil sellele kliendile müüa. Selleks et konkureerida allapoole läve jäävate seadmete suhtes, peab konkurent pakkuma palju madalamat hinda. Nii pärssisid kõnealused mahahindluskkeemid turulepääsu, muutes selle struktuuriliselt vähem huvipakkuvaks ja samal ajal kulukamaks sellest, mis oleks olnud mahahindluste puududes, ilma klientidele kasu toomata, sest see strateegia võimaldas Tomral hoida kallist keskmist hinda ja tema monopolist tulenevat renti.

28 — Vt eeskätt käesoleva ettepaneku punktid 41 jj ning 23. joonealune märkus.

29 — Komisjon viitab näidetele mahahindlustest, mis viisid negatiivsete hindadeni klientidel Rimi Svenska, KB Exonen, Netto, Norgesgruppen, HakonGruppen ja Rema 1000 (vt kostja vastureplik esimeses astmes, punktid 68 ja 69).

30 — St „kuritarvitamine” on objektiivne mõiste, mis viitab turu valitsevas seisundis ettevõtja sellisele tegevusele, mis võib mõjutada sellise turu struktuuri, kus just kõnealuse ettevõtja tegutsemise tulemusel on konkurents juba nõrgenenud, ning mis takistab veel turul olemasoleva konkurentsi säilimist või selle konkurentsi arengut selliste vahenditega, mis erinevad nendest vahenditest, mida kasutatakse kaupade või teenuste tavapärase konkurentsis, mis rajaneb ettevõtjate sooritustel” (vt muu hulgas eespool 5. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas Hoffmann-La Roche, punkt 91).

31 — Nimetatud kohtuotsus (eespool 22. joonealuses märkuses toodud Michelin II kohtuasi) viitab Euroopa Kohtu 9. novembri 1983. aasta otsusele kohtuasjas 322/81: NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin vs. komisjon (edaspidi „Michelin I kohtuasi”) (EKL 1983, lk 3461, punkt 73).

53. Seoses sellega, nagu komisjon õigesti märkis, ei väida Tomra isegi seda, et Üldkohus rikkus neid kriteeriume kohaldades õigusnormi.

54. Igal juhul on aga selge, et kohtupraktika kohaselt ei ole järeldamiseks, et Tomra tegevus kaldus nõrgestama turul konkurentsi või takistama või raskendama konkurentsi tekkimist või laienemist, samuti selle tekkimise või laienemisega viivitama, vaja teha hinna–maksumuse analüüsi. Näiteks võib selline analüüs aidata komisjonil tuvastada, kas kõnealune tegevus muutis turulepääsu ja laienemise pelgalt raskemaks või majanduslikult võimatuks.

55. Olen seisukohal, et Üldkohus kohaldas Euroopa Kohtu praktikat õigesti, kui ta oma otsuse punktis 289 meenutas, et „[ELTL] artikli [102] rikkumise tuvastamiseks ei ole tegelikult vaja näidata, et kõnealune kuritarvitus avaldas asjaomastele turgudele konkreetset mõju. Sellega seoses piisab, kui tõendada, et turgu valitsevas seisundis oleva ettevõtja kuritarvitav tegevus kaldub konkurentsi piirama või teisisõnu, et tegevusel võib olla või tõenäoliselt on niisugune mõju”.³² Tuleb märkida, et Tomra ei ole seda järeldust käesolevas apellatsioonkaebuses vaidlustanud.

56. Igal juhul on siinkohal oluline meenutada seda, mida ma juba märkisin eespool punktides 42 jj: käesoleval juhul oli vaidlusaluses otsuses tegu mitte pelgalt abstraktse kaalumise, kas ainuõigused või mahahindlus võisid „oma loomu poolest” avaldada kahjulikku mõju konkurentidele. Selles otsuses hoopis näidati, et seesugune tegevus kaldus avaldama või võis avaldada sellist mõju, arvestades käesoleva juhtumi asjaolusid. See ongi õige käsitusviis. Viitamine kahjulikule mõjule ei tohiks olla mehaaniline. Niisuguse väljatõrjuva mõju (tõenäolist) olemasolu konkreetset juhul ei tohiks pelgalt eeldada, vaid seda tuleks hinnata ja tõendada.

57. Kõikidest eespool kirjeldatud kaalutlustest tuleneb, et tagasiulatuvate mahahindluste uurimisel ei teinud Üldkohus menetlusviga ega rikkunud õigusnorme. Sellepärast tuleb apellatsioonkaebuse kolmas väide põhjendamatusena tõttu tagasi lükata.

D. Apellatsioonkaebuse neljas väide: õigusnormi rikkumine ja piisava põhistuse andmata jätmine tuvastamisel, kas kokkulepped, milles on Tomrat nimetatud „eelistatud, peamiseks või esimeseks tarnijaks”, saab liigitada ainuõiguslikeks (vaidlustatud kohtuotsuse punktid 55–67)

58. Tomra märgib sisuliselt seda, et Üldkohus rikkus õigusnormi ja jättis andmata piisava põhistuse tuvastamisel, kas kokkulepped, milles on Tomrat nimetatud „eelistatud, peamiseks või esimeseks tarnijaks”, sai kirjeldada kui ainuõiguslikke ja kuritarvituslikke. Olles tagasi lükanud argumendi, et ta peab oma hinnangus arvesse võtma, kas kõnealused kokkulepped olid siduvad ainuõiguslike kokkuleppede siseriiklike õigusnormide tähenduses, jättis Üldkohus kaalumata ja tuvastamata, kas kõik vaidlusalused lepingud sisaldasid ajendeid selleks, et kõik tellimused esitataks üksnes Tomrale, nagu nõuab otsus kohtuasjas Hoffmann-La Roche vs. komisjon. Tomra märgib, et Üldkohus tugines oma järelduses, et kõik kõnealused kokkulepped olid ainuõiguslikud, pelgalt väidetavatele Tomra subjektiivsetele kavatsustele.

59. Punktis 57 leidis Üldkohus – 1) üldiselt –, et „komisjon [kvalifitseeris] vaidlustatud otsuses „eelistatud tarnija” lepingud ainuõiguslikuks poolte tahet puudutavate kättesaadavate tõendite alusel. Need tõendid näitavad, et nendes peeti tõesti silmas ainuõiguslikkust ja neid mõisteti sellisena, olenemata nende täitmisele pööratavuse küsimusest siseriiklikus lepinguõiguses”. Peale selle leidis Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuses edaspidi (punktides 58–66) samuti – 2) konkreetset –, et eespool märgitu peab iga lepingu puhul paika.

32 — Vt eespool 22. joonealuses märkuses viidatud Micheline II kohtuasi, punkt 239, ja eespool 19. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas British Airways vs. komisjon, punkt 293.

60. Seega nähtub selgelt Üldkohtu seisukoht, et see, kas asjaomased pooled käsitasid neid kokkuleppeid kui ainuõigustega seotud kohustumist, on faktiküsimus, mis tuleb otsustada olemasolevate tõendite, mitte eri lepinguid reguleerivate siseriiklike õigusnormide põhjal.

61. Seega vaidlustab Tomra vaidlustatud kohtuotsuses faktiliste asjaolude kohta tehtud järelduse.³³

62. Komisjonil on õigus selles, et Tomra oleks võinud vaidlustada Üldkohtu järelduse aluseks olnud õigusliku põhjenduskäigu; Tomra saanuks väita, et ainuõiguslikkusega seotud kohustuse olemasolu tuleb tuvastada ainuüksi siseriikliku lepinguõiguse alusel, ja esimeses astmes oligi Tomra just sellel seisukohal.

63. See aga ei ole tema seisukoht käesolevas apellatsiooniasjas. Apellatsioonkaebuse punktis 39 näib küll olevat nenditud, et Üldkohus lükkas selle väite tagasi, ent paraku ei ole seal seda tagasilükkamist apellatsiooni korras vaidlustatud. Tuleb märkida, et apellatsioonkaebuses ei ole vaidlustatud sellekohaseid järeldusi, mida sisaldab vaidlustatud kohtuotsus punktides 223 ja 298.

64. Olen seisukohal, et vastupidi sellele, mida Tomra käesolevas apellatsiooniasjas väidab, kaalus Üldkohus ainuõiguslikkust tuvastades, „kas kõik vaidlusalused lepingud sisaldasid ajendeid selleks, et kõik tellimused esitataks üksnes Tomrale”. Üldkohus uuris üksikasjalikult selles küsimuses sõnastatud konkreetseid argumente ning lükkas need vaidlustatud kohtuotsuse punktides 88–197 tagasi sisuliselt, lähtudes talle esitatud tõenditest.

65. Kohtupraktika kohaselt ei kujuta see, kuidas Üldkohus tõendeid hindab, endast apellatsioonimenetluses kontrollitavat õigusküsimust, välja arvatud kui „tõendeid on moonutatud”.³⁴

66. Sellepärast olen seisukohal, et kuna Tomra ei ole tõendanud ega isegi väitnud, et Üldkohus moonutas faktilisi asjaolusid ja tõendeid, tuleb see neljanda väite osa tagasi lükata kui vastuvõetamatu.

67. Veel väidab Tomra, et Üldkohus jättis uurimata, kas lepingud sisaldasid „muid ajendeid” selleks, et kõik tellimused esitataks üksnes Tomrale. Tomra sõnul jättis Üldkohus uurimata, kas kõikides lepingutes oli objektiivseid ajendeid, mis oleksid võimaldanud liigitada kõik lepingud ainuõiguslikeks. Selleks et lugeda kokkulepe ainuõiguslikuks, peab Üldkohus kaaluma, kas kokkulepe sisaldab ajendeid selleks, et kõik tellimused esitataks üksnes tarnijale. Üldkohus rikkus õigusnormi, sest ta ei andnud sellist hinnangut iga kokkuleppe kohta.

68. Nõustun komisjoniga, et apellatsioonkaebuse neljas väide kajastab märkimisväärset muutust Tomra väidetes.

69. Apellatsioonkaebuse punktis 36 väidab Tomra, et „[o]lles tagasi lükanud [Tomra] argumenti, et ta peab oma hinnangus arvesse võtma, kas kõnealused kokkulepped olid siduvad ainuõiguslikud kokkulepped siseriiklike õigusnormide tähenduses, jättis Üldkohus kaalumata ja tuvastamata, kas kõik vaidlusalused kokkulepped sisaldasid ajendeid selleks, et kõik tellimused esitataks üksnes [Tomrale]”.

70. Apellatsioonkaebuses on sisuliselt nenditud, et väide lükati esimeses astmes tagasi, kuid ei vaidlustata selle väite tagasilükkamist Üldkohtu poolt. Näib hoopis, et pärast seda, kui Tomra väide osutus esimeses astmes edutuks, on ta nüüd omaenda eeldustest lähtudes asunud küllaltki teistsuguse väite juurde, mille kohaselt Üldkohus jättis kaalumata, kas kokkulepped sisaldasid muid „ajendeid” selleks, et kõik tellimused esitataks üksnes Tomrale.

33 — Mille kohaselt lepingud, kus Tomrat oli nimetatud „eelistatud, peamiseks või esimeseks tarnijaks”, tähendasid kohustumist ainuõiguslikkuseks.

34 — Vt nt Euroopa Kohtu 11. aprilli 2002. aasta otsus kohtuasjas C-481/01 P(R): NDC Health Corporation vs. IMS Health Inc. ja komisjon (EKL 2002, lk I-3401, punkt 88). Vt samuti 14. juuli 2005. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-65/02 P ja C-73/02 P: Thyssen Krupp vs. komisjon (EKL 2005, lk I-6773, punktid 80–87) ning 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, punktid 48 ja 49).

71. Seega, kuigi Üldkohtul varem ei palutud seda nüüd esitatud väidet kaaluda, on see siiski esitatud kui apellatsioonkaebuse väide esimese astme kohtuotsuse vastu. Näib, nagu oleks Tomra väidete nihkumiseks inspiratsiooni andnud kohtuasjas Hoffmann-La Roche vs. komisjon tehtud otsuse punktidele 89 ja 90 viitamine vaidlustatud kohtuotsuses (punktis 59).

72. Seega kujutab apellatsioonkaebuse neljas väide endast uut õigusväidet. Euroopa Kohtu praktikas on välja kujunenud, et „kui poolel oleks õigus esitada esimest korda Euroopa Kohtus väiteid, mida ta ei ole esitanud [Üldkohtus], oleks tal õigus [Üldkohtus] arutatud asjaga võrreldes laiendada kohtuasja ulatust Euroopa Kohtus, kellel on apellatsioonimenetluses piiratud pädevus. Seega piirdub Euroopa Kohtu pädevus apellatsioonkaebuse puhul [Üldkohtule] esitatud väidetele antud õigusliku hinnangu läbivaatamisega”.³⁵

73. Kõikidest eespool kirjeldatud kaalutlustest tuleneb, et apellatsioonkaebuse neljas väide tuleb lugeda kogu ulatuses vastuvõetamatuks.

74. Igal juhul – ka siis, kui Euroopa Kohus peaks otsustama, et apellatsioonkaebuse neljas väide ei ole uus õigusväide ega kujuta endast Üldkohtus tõenditele antud hinnangu vaidlustust – on komisjonil minu arvates õnnestunud tõendada, et apellatsioonkaebuse neljas väide on põhjendamata.

75. Argument, et kohtuasjas Hoffmann-La Roche tehtud otsuse punktides 89 ja 90 sõnastatud kriteeriumi täitmiseks on lisaks ainuõiguslikkuse tingimusele vaja mingit lisaajendit, põhineb nimetatud kohtuotsuse vääriti mõistmisel.

76. Nagu vaidlustatud kohtuotsuse punktis 296 (mida ei ole apellatsioonkaebuses vaidlustatud) meenutati, „[ei ole] [n]iisugused ainuõigusliku hankimise kohustused, olenemata sellest, kas nende eest antakse vastutasuks hinnaalandus või püsikliendisoodustus, selleks et kallutada ostjaid hankima ainult turgu valitseva seisundiga ettevõtjalt, [...] kooskõlas eesmärgiga tagada ühisturul kahjustamata konkurents, kuna need ei põhine majanduslikul sooritusel, mis õigustaks seda kohustust või soodustust, vaid nende eesmärk on võtta ostjalt võimalus valida oma tarneallikaid või seda võimalust piirata ning tõkestada teiste tootjate turuletulekut”.³⁶ Kohtuasjas Hoffmann-La Roche vs. komisjon tehtud otsusest ja kontekstist, milles seda vaidlustatud kohtuotsuse punktis 59 tsiteeriti, selgub, et ainuõiguslikkuseks kohustumine on iseenesest, olenemata selle staatusest ja rakendatavusest siseriiklikus õiguses, ainuõiguslikkuse ajend.

77. Ja selle Üldkohus tuvastaski, esiteks punktis 223 üldiselt seoses Tomra kogu tegevusega ja teiseks punktis 298 konkreetselt seoses koguseliste kohustustega.

78. Punktis 223 on märgitud, et „mis puudutab asjaolu, et supermarketite ketid on professionaalsed ostjad, kes olid võimelised võrdlema ning valima [Tomra] ja nende konkurentide taaraautomaatide vahel, siis tuleb märkida, et [Tomra] käitumine oli ilmselgelt välja töötatud, et kehtestada vahendeid, mis kallutavad klienti mitte hankima muudelt tarnijatelt ja seda olukorda säilitama”.

79. Punktis 298 on märgitud, et „[n]iisugused individualiseeritud koguselised kohustused nagu need, millele viidatakse vaidlustatud otsuse põhjenduses 302 ja mis seovad *de facto* ja/või kallutavad ostjat katma kogu oma vajadus või märkimisväärne osa sellest ainult turgu valitsevas seisundis olevalt ettevõtjalt hangitava kogusega ning mis ei põhine majanduslikul sooritusel, mis õigustaks seda kohustust või soodustust, vaid mille eesmärk on võtta ostjalt võimalus valida oma tarneallikaid või seda võimalust piirata ning tõkestada teiste tootjate turuletulekut, *isegi kui tunnistada, et need ei seo ostjat formaalse kohustusega*, kujutavad endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist [ELTL] artikli [102] tähenduses”.³⁷

35 — Vt eespool 4. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas komisjon vs. Brazzelli Lualdi jt, punkt 59.

36 — Viidatud on eespool 5. joonealuses märkuses viidatud otsusele kohtuasjas Hoffmann-La Roche vs. komisjon, punkt 90.

37 — Kohtujuristi kursiiv. Siin on sellekohaselt viidatud Üldkohtu 23. oktoobri 2003. aasta otsusele kohtuasjas T-65/98: Van den Bergh Foods vs. komisjon (EKL 2003, lk II-4653, punktid 84 ja 160).

80. Nagu komisjon märkis, ei ole Tomra vaidlustatud kohtuotsuse seda osa vaidlustanud. Sellest tulenevalt on apellatsioonkaebuse neljas väide ühtaegu nii alusetu kui ka tulemusetu.

81. Liiati ei vasta neljas väide kodukorra artikli 38 lõike 1 punkti c nõuetele. Apellatsioonkaebuse ainus lõik, milles Tomra viitab teistele kokkulepetele, kus teda on nimetatud „eelistatud, peamiseks või esimeseks tarnijaks”, mida Üldkohus väidetavalt valesti hindas, ei ole midagi enam kui joonealune märkus, kus on pelgalt loetletud neli kokkulepet ilma mingi selgituseta. Seda ei saa pidada artikli 38 lõike 1 punkti c kohaselt piisavalt põhjendatud väiteks.

82. Apellatsioonkaebuse punktis 38 möönab Tomra, et vaidlustatud kohtuotsuses on mainitud teatud kokkuleppeid, „mis sisaldasid koguselisi kohustusi või astmelisi tagasiulatuvaid mahahindlusi”. Apellatsioonkaebuses on aga märgitud, et nendest vähestest näidetest ei piisa märkimiseks, et kõik kokkulepped, kus on kasutatud sõnu „eelistatud”, „peamine” või „esimene”, sisaldasid ajendeid selleks, et kõik tellimused esitataks üksnes Tomrale. Repliigis väidab Tomra, et „õigusnormi rikkumine”, mille Üldkohus väidetavalt toime pani, seisneb selles, et Üldkohus ei teinud „iga kokkuleppe kohta” niisugust analüüsi, nagu ta vaidlustatud kohtuotsuse punktis 60 mõnede kokkulepete kohta esitas.

83. Paraku on apellatsioonkaebuses loetletud kokkulepetena, mida väidetavalt niiviisi valesti hinnati, kõigest neli kokkulepet (joonealuses märkuses) ilma mingi selgituseta.

84. Komisjon märkis õigesti, et tegelikult on vaidlustatud kohtuotsuse punktis 60 mainitud kokkulepete hulgas ka üks nendest neljast lepingust (Royal Ahold). Seega näib see olevat üks nendest „vähestest näidetest”, mille puhul Tomra möönab, et Üldkohus uuris ajendite olemasolu õigesti. Peale selle ei ole kaks teist kokkulepet (Edeka Baden-Württemberg (2000) ja COOP Schleswig-Holstein (2000)) tõesti „eelistatud”, „peamise” ega „esimese tarnija” kokkulepped. Need on tegelikult sõnaselgelt ainuõiguslikud kokkulepped. Lõpuks, seoses Edeka Bayern-Sachsen-Thüringeniga (Kooperationsverbund Süd) (1998–1999) sisaldasid Üldkohtule esitatud tõendid lepingutingimusi ja organisatsioonisiseseid dokumente, milles oli kirjeldatud läbirääkimiste tulemusi;³⁸ ühest Tomra Germanys saadetud e-kirjast, milles on viidatud varasemale vestlusele ja kirjeldatud läbirääkimiste tulemusi, selgub, et kokkulepet käsitati kui ainuõiguslikku,³⁹ ning see, mida tähendab klausel, mis lubab osta konkureerivaid taaraautomaate üksnes „kui need pakuvad olulisi eeliseid” või „katsetamiseks” väga rangetel tingimustel.⁴⁰

85. Sellest lähtudes asun seisukohale, et Tomra argumendid seoses apellatsioonkaebuse neljanda väitega ei tekita kahtlusi vaidlustatud kohtuotsuses esitatud järeldustes Tomra kokkulepete ainuõiguslikkuse kohta.

86. Eespool kirjeldatud kaalutlustest tuleneb, et Üldkohus ei rikkunud õigusnorme ega jätnud andmata piisavat põhjust tuvastamisel, kas kokkulepped, milles on Tomrat nimetatud „eelistatud, peamiseks või esimeseks tarnijaks”, saab liigitada ainuõiguslikeks. Seega tuleb apellatsioonkaebuse neljas väide põhjendamatusse tõttu tagasi lükata.

E. Apellatsioonkaebuse viies väide: Üldkohus rikkus õigusnormi, jättes trahvi kontrollimisel õigesti kohaldamata võrdse kohtlemise põhimõtte (vaidlustatud kohtuotsuse punktid 310–321)

87. Tomra märgib sisuliselt seda, et Üldkohus rikkus õigusnormi, jättes komisjoni määratud trahvi kontrollimisel õigesti kohaldamata võrdse kohtlemise põhimõtte. Selle põhimõtte kohaselt ei tohi komisjon määrata ettevõtjale trahvi, mis on oluliselt suurem samasuguses olukorras teistele ettevõtjatele määratavast trahvist.

38 — Viidatud on vaidlusaluse otsuse põhjendustele 192–194 ja 415. joonealusele märkusele.

39 — „Es wird einen Exklusivvertrag mit Tomra zu den Bedingungen vom 20.03.98 geben” (Tomraga sõlmitakse eksklusiivleping vastavalt 20.03.98 tingimustele). Kaitse materjalid, lisa B.1, komisjoni toimiku lk 6686.

40 — Klausel 4 on sõnastatud nii: „Die Kooperationspartner sowie deren Regiebetriebe haben die Möglichkeit, jeweils einen Testmarkt innerhalb des Zeitraums mit Wettbewerbserzeugnissen auszustatten” (koostööpartneril ja tema müügipunktidel, s.o igalühel neist, on võimalus kasutada selle ajavahemiku jooksul konkureerivaid tooteid katseks ühel turul). Hagi, lisa A-21, lk 892.

88. Komisjon märgib, et väidetav õigusrikkumine oli selge⁴¹ ja toime pandud tahtlikult. Komisjoni sõnul ei olnud erilisi asjaolusid, mis õigustanuks trahvi vähendamist. Ta lisab, et käesoleval juhul määratud trahv ei ole ebatavaline ega iseäranis karm.

89. Olen seisukohal, et Tomra argument on õiguslikust seisukohast põhjendamata.

90. Apellatsioonkaebuses on vaidlustatud trahvi summa, sisuliselt korrates mõnesid esimeses astmes esitatud argumente. Minu arvates, aga kohaldas Üldkohus asjakohast kohtupraktikat õigesti ja ei rikkunud oma otsuses õigusnorme.

91. Viitan vaidlustatud kohtuotsuse punktides 310–321 toodud kohtupraktikale ja piirdun ise vaid järgmiste vähete märkusega.

92. Kohtupraktika⁴² kohaselt ei kujuta komisjoni varasem otsustuspraktika endast konkurentsivaldkonna trahvide õiguslikku raamistikku, sest selle raamistiku määrab üksnes määrus nr 1/2003.⁴³ Liati ei saa see, et komisjon on teatavat liiki rikkumiste puhul varem määranud teataval tasemel trahve, takistada teda seda taset määruks nr 1/2003 sätestatud piirides tõstmast, kui seda on vaja EL konkurentsipoliitika elluviimiseks. Vastupidi, ühenduse konkurentsieeskirjade tõhus kohaldamine eeldab, et komisjon saaks igal hetkel kohandada trahvide taset vastavalt nimetatud poliitikaga seotud vajadustele.⁴⁴ Peale selle on trahvid komisjoni konkurentsipoliitika vahend ja sellepärast peab tal olema trahvisummade määramisel kaalutlusruum, et ta saaks suunata ettevõtjate käitumist konkurentsieeskirjade järgimisele.⁴⁵

93. Liati ei saa komisjonile ette heita, et ta ei määra ühesuguse raskusastmega rikkumiste eest eri juhtudel trahve, mis vastavad ühele ja samale proportsionaalsele osale käibest.⁴⁶

94. Nõustun komisjoniga, et ei ole ühtki head põhjust, miks trahvi ranguse võrdlemine võrdse kohtlemise põhimõtte tähenduses peaks põhinema proportsionaalsel osal kogukäibest. Trahvi rangust saaks hinnata kui selle absoluutsumma funktsiooni või vastavalt muudele suhtelistele parameetritele, nagu mõjutatud käive või saadud kasum. Kogukäibel ei ole selles suhtes erilist tähtsust. Trahve ei arvutata kui proportsionaalset osa kogukäibest.

95. Euroopa Kohus on märkinud, et „komisjonil [ei ole] trahvisummade kindlaksmääramisel vastavalt konkreetse rikkumise raskusastmele ja kestusele kohustust teostada trahvi arvutamine lähtuvalt asjaomaste ettevõtjate käibest tulenevast põhisummast”.⁴⁷

41 — Sedalaadi rikkumiste kohta on varem tõepoolest tehtud mitmeid otsuseid ja kohtuotsuseid. Viitan muu hulgas, kuid mitte ainult järgmistele: 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 517 jj); eespool 5. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas Hoffmann-La Roche vs. komisjon, punkt 90 jj; eespool 31. joonealuses märkuses viidatud Michelini I kohtuotsus, punkt 62 jj; 29. märtsi 2001. aasta otsus kohtuasjas C-163/99: Portugal vs. komisjon (EKL 2001, lk I-2613, punkt 50 jj); eespool 19. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas British Airways vs. komisjon; Üldkohtu 12. detsembri 1991. aasta otsus kohtuasjas T-30/89: Hilti vs. komisjon (EKL 1991, lk II-1439, punkt 101); Üldkohtu 1. aprilli 1993. aasta otsus kohtuasjas T-65/89: BPB Industries ja British Gypsum vs. komisjon (EKL 1993, lk II-389, punktid 71 ja 120); Üldkohtu 7. oktoobri 1999. aasta otsus kohtuasjas T-228/97: Irish Sugar vs. komisjon (EKL 1999, lk II-2969, punktid 198, 201 ja 213); eespool 22. joonealuses märkuses viidatud Michelini II kohtuotsus, punkt 53 jj; ning eespool 19. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas Solvay vs. komisjon.

42 — Vt 28. juuni 2005. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P ja C-213/02 P: Dansk Rørindustri jt vs. komisjon (EKL 2005, lk I-5425, punkt 205). Vt samuti nt Üldkohtu 29. novembri 2005. aasta otsus kohtuasjas T-52/02: SNCZ vs. komisjon (EKL 2005, lk II-5005, punkt 77). Komisjonil on vabadus muuta seda, millise kaalu ta omistab rikkumise raskusastme hindamisel teatavatele teguritele: Üldkohtu 14. mai 1998. aasta otsus kohtuasjas T-347/94: Mayr-Melnhof vs. komisjon (EKL 1998, lk II-1751, punkt 368) ja 18. juuli 2005. aasta otsus kohtuasjas T-241/01: Scandinavian Airlines System vs. komisjon (EKL 2005, lk II-2917, punkt 132) (see, et komisjon võis varem teatavat laadi rikkumist vähem raskeks pidada, ei ole asjakohane).

43 — 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).

44 — 7. juuni 1983. aasta otsus liidetud kohtuasjades 100/80-103/80: Musique Diffusion française jt vs. komisjon (EKL 1983, lk 1825, punkt 109).

45 — Üldkohtu 11. detsembri 1996. aasta otsus kohtuasjas T-49/95: Van Megen Sports vs. komisjon (EKL 1996, lk II-1799, punkt 53).

46 — Vt selle kohta eespool 42. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas SNCZ vs. komisjon, punkt 79, ja Üldkohtu 13. jaanuari 2004. aasta otsus kohtuasjas T-67/01: JCB Service vs. komisjon (EKL 2004, lk II-49, punktid 187–189).

47 — Vt muu hulgas eespool 42. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas Dansk Rørindustri jt vs. komisjon, punkt 255.

96. Määruse nr 1/2003 artikli 23 lõike 2 kohaselt ei tohi trahv ületada 10% ettevõtja eelmise majandusaasta kogukäibest. On selge, et käeolevas asjas ei ole ületatud määrata lubatud trahvisumma absoluutpiiri. Kõrvalmärkuse korras olgu viidatud, et paljudel hiljutistel juhtudel on tegelikult jõutud selle 10% piirini: aastatel 1998–2009 on vähemalt kakskümmend neli komisjoni otsuste adressaati näinud oma trahvide vähendamist osas, milles trahvi lõppsumma ületas 10% kogukäibest: seega jõuti kokku ligikaudu 10% adressaatide puhul tegelikult selle absoluutse piirini.

97. Olen seisukohal, et vaidlustatud kohtuotsuses trahvi kontrollides ei rikkunud Üldkohus õigusnorme seoses võrdse kohtlemise põhimõttega ning kohaldas kohtupraktikat õigesti. Üldkohtul oli õigus, kui ta sisuliselt otsustas, et käesoleval juhul on trahv kooskõlas komisjoni kohustustega, mis tulenevad kohaldatavatest suunistest trahvide arvutamise meetodi kohta.⁴⁸ Seega tuleb tagasi lükata Tomra argument, mille kohaselt sai Üldkohus tagada, et diskrimineerimist ei ole, üksnes võrreldes komisjoni määratud trahvide „taset” vaidlusaluse otsuse vastuvõtmise ajal teiste samasuguste juhtumitega.

98. Sellest lähtudes tuleb apellatsioonkaebuse viies väide tagasi lükata.

99. Kõikidest eespool esitatud põhjendustest lähtudes tuleb apellatsioonkaebus tervikuna jätta rahuldamata.

IV. Ettepanek

100. Eelnevast lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku:

- jätta apellatsioonkaebus rahuldamata;
- mõista Euroopa Komisjoni kohtukulud välja ettevõtjatelt Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS, Tomra Systems GmbH, Tomra Systems BV, Tomra Leergutssysteme GmbH, Tomra Systems AB ja Tomra Butikksystemer AS ning jätta viimaste kohtukulud nende endi kanda.

48 — Illustratsiooniks võib märkida, et nagu komisjon osutas seoses Tomra argumentidega, et trahv vastas 8%-le Tomra käibest, on trahvi lõppsumma samaväärne ligikaudu 7,14%-ga Tomra käibest. Arvestades rikkumise kestust (viis aastat, mida kunagi ei ole vaidlustatud), ulatus trahv ligikaudu 1,6%-ni Tomra kogukäibest rikkumise perioodi jooksul.