



# Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK  
PAOLO MENGOZZI  
esitatud 30. jaanuaril 2013<sup>1</sup>

## Kohtuasi C-382/12

**MasterCard jt  
versus**

**komisjon**

Apellatsioonkaebus — Konkurents — EÜ artikkel 81 — Deebet-, järelmaksu- ja krediitkaardiga tasumise süsteem — Mitmepoolsed varuvahendustasud — Ettevõtjate ühenduste otsused — Mõjupõhine konkurentsi piiramine — Mõiste „seonduv piirang” — Objektiivne vajalikkus — EMP-sisesed kokkulepped mitmepoolsete vahendustasude kohta, mida MasterCard kohaldab piiriüleste maksekaarditehingute suhtes — EÜ artikli 81 lõike 3 alusel erandi tegemise tingimused — Menetlus Üldkohtus — Hagiavalduse lisade vastuvõetavuse tingimused

### I. Sissejuhatus

1. Käesoleva kohtuasja ese on apellatsioonkaebus, mille on esitanud valdusühing MasterCard Incorporated ja tema kaks tütarettvõtjat, edaspidi vastavalt „MasterCard Inc.”, „MasterCard International Inc.” ja „MasterCard Europe” ja koos „põhiapellatsioonkaebuse esitajad”, ning kaks vastuapellatsioonkaebust, mille on esitanud vastavalt The Royal Bank of Scotland plc (edaspidi „RBS”) ja Lloyds TSB Bank plc (edaspidi „LTSB”) ja Bank of Scotland plc (edaspidi „BOS”) 24. mai 2012. aasta otsuse peale kohtuasjas MasterCard jt vs. komisjon (edaspidi „vaidlustatud kohtuotsus”)<sup>2</sup>, millega Üldkohus jättis rahuldamata tühistamishagi, mille hagejad olid esitanud komisjoni 19. detsembri 2007. aasta otsuse K(2007) 6474 (lõplik) [EÜ] artiklis 81 ja EMP lepingu artiklis 53 sätestatud menetluse kohta (juhtum COMP/34.579 – Mastercard, juhtum COMP/36.518 – EuroCommerce, juhtum COMP/38.580 – Commercial Cards; edaspidi „vaidlusalune otsus”) peale.

2. Kohtuasja keskmes on maksesüsteem, mida esindavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad (edaspidi „MasterCardi süsteem” või „MasterCard”). Seda süsteemi haldasid ja juhtisid kuni 25. maini 2006 liitunud pangaasutused. Sel kuupäeval – kui oli pooleli haldusmenetlus, mille tulemusena tehti vaidlusalune otsus – viidi MasterCard International Inc. New Yorgi (Ameerika Ühendriigid) börsile, mis muutis selle struktuuri ja juhtimist.

3. MasterCard haldab nn avatud (ehk „neljapoolset”) maksekaartide süsteemi. Erinevalt suletud (ehk „kolmepoolsest”) süsteemist nagu American Expressi süsteem, milles süsteemi omanik sõlmib ise lepinguid kaardiomanike ja kauplajatega, on avatud süsteemis – millega võivad liituda erinevad finantsinstitutsioonid ühise kaartide kaubamärgi all – kolm vastastikuse tegevuse tasandit: esimene süsteemi omaniku ja liitunud pankade vahel, teine väljastavate pankade (ehk väljastajate)<sup>3</sup> ja

1 – Algkeel: prantsuse.

2 – T-111/08.

3 – Krediitdiasutused, mis annavad konto omanikule kaardi ja võimaldavad tal seda kasutada.

aktsepteerivate pankade (ehk aktsepteerijate)<sup>4</sup> vahel ning kolmas nende pankade ja nende vastavate klientide, st kaardiomanike ja kauplejate vahel.<sup>5</sup> Niisuguses süsteemis koordineerib süsteemi omanik peale maksekaartide logo omamise ja edendamise tavaliselt liitunud pankade tegevust ning võib tegutseda võrguoperaatorina, pakkudes arvutiinfrastruktuuri, mille abil saab edastada tehingud lõpetavad elektronsõnumid. Ta esitab pankadele süsteemis osalemise eest arved, millele on kantud kasutus- ja vahendustasud, ning kui ta tegutseb võrguoperaatorina, arved, millele on kantud maksekaartide käitlemistasud.<sup>6</sup>

4. Käesolevas kohtuasjas käsitletakse täpsemalt MasterCardi otsuseid, milles on kindlaks määratud Euroopa Majanduspiirkonnas (EMP) ja eurotsoonis kohaldatavad mitmepoolsed varuvahendustasud, st vahendustasud, mida kohaldatakse, kui aktsepteeriva ja väljastava panga vahel ei ole sõlmitud kahepoolset lepingut või puuduvad riiklikul tasemel kollektiivselt kehtestatud vahendustasud (edaspidi „mitmepoolsed vahendustasud”).<sup>7</sup> Aktsepteerivad pangad maksavad neid vahendustasusid väljastatavatele pankadele iga MasterCardi või Maestro logoga maksekaardiga tehtud tehingu eest<sup>8</sup> (edaspidi koos „MasterCardi kaardid”) EMP riikide või eurotsooni liikmesriikide vahel. Põhimõtteliselt sisalduvad mitmepoolsed vahendustasud täielikult kuludes, mille aktsepteerivad pangad kauplejatele arvele kannavad (*merchant service charges* – kauplejalt võetavad teenustasud)<sup>9</sup>, ja need kantakse seega ühiste tootmiskuludena üle viimastele.<sup>10</sup> Väite kohaselt, mille esitasid põhiapellatsioonkaebuse esitajad haldusmenetluses ja mida komisjon nõustus hindamisel aluseks võtma, on mitmepoolsed vahendustasud „mehhanism, mis peab tasakaalustama esiteks kaardiomaniku ja teiseks kaupleja nõudluse”, et jaotada teenuse osutamise kulu süsteemi väljastajate ja aktsepteerijate vahel ära.<sup>11</sup>

5. Kuni 25. maini 2006 määras mitmepoolsed vahendustasud kindlaks MasterCardi Euroopa piirkonnanõukogu (edaspidi „Euroopa piirkonnanõukogu”), kuhu kuulub kogu EMP-s asuvate pankade esindajaid. Alates sellest kuupäevast oli mitmepoolsete vahendustasude kohta otsuseid tegema pädev üksnes MasterCardi ülemaailmne nõukogu oma uues koosseisus.

6. Komisjon leidis vaidlusaluses otsuses, et otsused, milles on kindlaks määratud mitmepoolsed vahendustasud – mida ta nimetas ettevõtjate ühenduse otsusteks EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses –, piiravad konkurentsi aktsepteerivate pankade vahel ning nendega rikutakse seega seda artiklit ja EMP lepingu artiklit 53, sest nende tulemusena määratakse kindlaks kauplejalt võetavate teenustasude alammäär.<sup>12</sup> Ta kohustas MasterCardi süsteemi ja põhiapellatsioonkaebuse esitajaid seega –

4 – Krediidiasutused, millel on lepinguline suhe kauplejaga, et teatavas müügikohas saaks kaardiga maksta. Väljastavad pangad edastavad aktsepteerivatele pankadele kaardi omaniku ja kaardi andmeid (autentimine, autoriseerimine jne) ning kannavad raha võrgu arvutiinfrastruktuuri kaudu üle, samal ajal kui aktsepteerivad pangad edastavad tehingud kauplejate müügikohtade makseterminalidest kuni väljastajate töötluskeskusteni, edastades andmed autoriseerimiseks, ning osalevad tasaarvelduses ja tehingu töötlemises.

5 – Vt põhjendused 234-238 ja 242.

6 – Vt vaidlusaluse otsuse põhjendused 239-241.

7 – Vt vaidlusaluse otsuse põhjendus 118 jj.

8 – Tegemist on täpsemalt MasterCardi logoga „tarbijate” krediit- ja järelmaksukaartidega ning MasterCardi või Maestro logoga deebetkaartidega (vt vaidlusaluse otsuse artikkel 1).

9 – Need kulud hõlmavad makseterminalide tarnimist ja muude tehniliste ja rahanduslike teenuste osutamist ning koosnevad tehinguväärtuse teatavast protsendist ja kindlast vahendustasust (vt vaidlusaluse otsuse põhjendused 246 ja 247).

10 – Vt vaidlusaluse otsuse põhjendus 248.

11 – Vt vaidlusaluse otsuse põhjendused 146-155, eelkõige põhjendus 153.

12 – Vt vaidlusaluse otsuse artikkel 1. Tuleb rõhutada, et komisjon oli juba käsitlenud panga vahendustasusid kaardiga tasumise süsteemide raames, eelkõige 24. juuli 2002. aasta otsuses 2002/914/EÜ (COMP/29.373, Visa, EÜT L 318, lk 17), milles Visa piirkonnasisele mitmepoolsete vahendustasude suhtes Euroopa Liidus kohaldati viie aasta jooksul erandit teatavatel tingimustel, millest peamine oli, et need tasud oleksid seotud teatavate kuludega ja kehtestatud nende tasemel. Teise Visa otsuse tegi komisjon 8. jaanuaril 2010 (COMP/D-1/39.398, Visa MIF) ja sellega muudeti kohustuslikuks Visa välja pakutud kohustused, sh tema mitmepoolsete vahendustasude määra kindlaksmääramine. 2012. aasta jaanuaris avaldas komisjon rohelise raamatu „Euroopa integreerituma kaardi-, interneti- ja mobiilmaksete turu saavutamise” (KOM(2011) 941) ning algatas avalikkusega konsulteerimise, mis puudutas ka kaardimaksesüsteemide raames võetavate pankade vahendustasude teatavaid aspekte.

päevapõhise karistusmaks ähvardusel -<sup>13</sup> tegema rikkumisele lõppu kuue kuu jooksul, st 21. juuniks 2008 nii, et nad tühistavad mitmepoolsed vahendustasud,<sup>14</sup> muudavad vastavalt võrgueeskirju, tühistavad kõik mitmepoolseid vahendustasusid käsitlevad otsused<sup>15</sup> ja teatavad võetud meetmetest MasterCardi võrku kuuluvatele rahandusasutustele.<sup>16</sup>

7. Üldkohtus palusid põhiapellatsioonkaebuse esitajad esimese võimalusena vaidlusalune otsus tervikuna tühistada ning teise võimalusena tühistada selle otsuse artiklid 3-5 ja 7, milles komisjon määras kindlaks eespool nimetatud korrektiivmeetmed, ja päevapõhine karistusmaks. Kuus rahandusasutust, nende hulgas kolm vastuapellatsioonkaebuse esitajat astusid nende nõuete toetuseks menetlusse, samas kui Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriik ja kaks ühendust – üks, kes esindab Ühendkuningriigi jaemüüjaid, ja teine, kes esindab Euroopa Liidu jae-, hulgi- ja rahvusvahelist kaubandust, nimelt vastavalt British Retail Consortium (edaspidi „BRC”) ja Eurocommerce - astusid menetlusse, et toetada komisjoni nõuet jätta hagi rahuldamata. Üldkohus analüüsis kõiki väiteid, millega põhjendati esimese ja teise võimalusena esitatud nõudeid, tunnistas hagiavalduse mõned lisad vastuvõetamatuks, jättis hagi rahuldamata ja mõistis kohtukulud välja põhiapellatsioonkaebuse esitajatelt.

8. MasterCard tühistas 12. juunil 2008 ajutiselt piiriülesed mitmepoolsed vahendustasud, jätkates arutelusid komisjoniga. Nende tulemusena tehti lõpuks MasterCardile kohustuseks võtta muu hulgas vastu mitmepoolsete vahendustasude arvutamise uus meetod, mis vähendaks tunduvalt nende taset võrreldes tasemega, mis leiti olevat aluslepingu konkurentsieeskirjadega vastuolus.<sup>17</sup>

9. MasterCard International Inc. ja MasterCard Europe esitasid Euroopa Kohtu kantseleile 4. augustil 2012 põhiapellatsioonkaebuse käesolevas kohtuasjas. Nende nõuete toetuseks astusid menetlusse lisaks RBS-ile, LTSB-le ja BOS-ile – kes esitasid ka vastuapellatsioonkaebuse - MBNA Europe Bank Ltd. (edaspidi „MBNA”) ja HSBC Bank PLC (edaspidi „HSBC”). Komisjoni nõude jätta põhiapellatsioonkaebus rahuldamata toetuseks astusid menetlusse BRC, Eurocommerce ja Ühendkuningriik.

## II. Apellatsioonkaebused

### A. Vastuvõetavus

10. Komisjon kahtleb, kas vastuapellatsioonkaebused on vastuvõetavad, sest need ei vasta 1. novembril 2012 jõustunud Euroopa Kohtu kodukorra artikli 176 lõikes 2 ette nähtud vorminõuetele. Selles õigusnormis, millega muudetakse endist kodukorda, on nähtud ette, et vastuapellatsioonkaebus tuleb esitada eraldi dokumendina vastusest appellatsioonkaebusele.

11. Käesoleval juhul saadeti RBS-i ning LTSB ja BOS-i vastuapellatsioonkaebused e-kirjaga 31. oktoobril 2012 ja nende dokumentide originaalid saabusid Euroopa Kohtu kantseleisse vastavalt 2. ja 5. novembril 2012. Vastavalt kodukorra artikli 57 lõikele 7 „loetakse menetlustähtaegade järgimise üle otsustamisel menetlusdokumendi esitamise ajaks kuupäeva ja kellaaega, mil menetlusdokumendi allkirjastatud originaali ärakiri [...] jõuab faksi või muu Euroopa Kohtu käsutuses oleva tehnilise sidevahendi teel kohtukantseleisse, tingimusel et hiljemalt kümne päeva pärast esitatakse

13 — Vt vaidlusaluse otsuse artikkel 7.

14 — Ja ühtse euromaksete piirkonna (*Single Euro Payments Area*)/euroalasisesed varuvahendustasud.

15 — Ja ühtse euromaksete piirkonna/euroalasisesed varuvahendustasud. Vt vaidlusaluse otsuse artiklid 2 ja 3.

16 — Vt vaidlusaluse otsuse artikkel 5. Selles artiklis kohustatakse MasterCardi ka avaldama oma veebilehel teatava aja jooksul selle otsuse lisas 5 toodud teave.

17 — Vt komisjoni 1. aprilli 2009. aasta pressiteade (IP/09/515). Üks viide põhiapellatsioonkaebuse esitajate võetud kohustustele on toodud vaidlustatud kohtuotsuse punktis 60.

kohtukantseleisse menetlusdokumendi allkirjastatud originaal koos lõikes 2 nimetatud lisade ja ära kirjadega”. Kuna vastuapellatsioonkaebused esitati Euroopa Kohtu kantseleile enne 1. novembrit 2012, ei ole komisjoni vastuvõetamatuse vastuväide faktiliselt põhjendatud ning tuleb seega tagasi lükata.

12. Komisjon esitab ka teatava hulga konkreetseid etteheiteid, et enamik nii põhiapellatsioonkaebuse kui ka vastuapellatsioonkaebuste põhjendamiseks esitatud väiteid ja argumente on vastuvõetamatud. Neid etteheiteid on analüüsitud eraldi nende erinevate väidete ja argumentide analüüsi raames.

#### *B. Sisulised küsimused*

13. MasterCard Inc., MasterCard International Inc. ja MasterCard Europe põhjendavad oma apellatsioonkaebust kolme väitega. Kahe esimese kohaselt rikuti õigusnormi ja/või puudub põhjendus vaidlustatud kohtuotsuse osades, milles Üldkohus analüüsis vastavalt seda, kas väidetav konkurentsipiirang on objektiivselt vajalik ja kas MasterCard on ettevõtjate ühendus. Oma kolmandas väites kinnitavad nad, et Üldkohus jättis esimeses kohtuastmes esitatud hagiavalduse mitu lisa vastuvõetamatuse põhjendusel ekslikult kõrvale.

14. RBS põhjendab oma vastuapellatsioonkaebust ainult ühe väitega, et Üldkohus rikkus konkurentsi piirava mõju olemasolu hindamisel õigusnormi. LTSB ja BOS-i (edaspidi koos „LBG”) ühist vastuapellatsioonkaebust on aga põhjendatud kahe väitega. Esimese kohaselt rikkus Üldkohus – nagu ka RBS-i vastuapellatsioonkaebuse esimese väite kohaselt – õigusnormi, kui hindas mitmepoolsete vahendustasude mõju konkurentstile. Oma teises väites kinnitab LBG, et Üldkohus rikkus õigusnormi oma EÜ artikli 81 lõike 3 alusel läbi viidud analüüsis. Nii RBS kui ka LBG toetavad ja arendavad edasi põhiapellatsioonkaebuse esimest ja teist väidet.

15. Peale põhiapellatsioonkaebuse kolmanda väite võib nii põhiapellatsioonkaebuse kui ka vastuapellatsioonkaebuste põhjendamiseks esitatud erinevad väited ja argumendid rühmitada nelja erineva teema alla: MasterCardi kvalifitseerimine ettevõtjate ühenduseks, konkurentsi piirava mõju olemasolu, piirangu vajalikkus ja EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldamine.

16. Enne nende teemade käsitlemist tuleb analüüsida põhiapellatsioonkaebuse kolmandat väidet, sest kui selles kinnitatakse, et Üldkohus jättis õigusvastaselt kõrvale mõned hagiavaldusele lisatud dokumendid, püütakse sisuliselt tõendada, et viimane rajas oma hinnangu ebatäielikele tõenditele.

1. Põhiapellatsioonkaebuse kolmas väide, et Üldkohus jättis esimeses kohtuastmes esitatud hagiavalduse mitu lisa vastuvõetamatuse põhjendusel ekslikult kõrvale

17. Põhiapellatsioonkaebuse esitajad väidavad, et Üldkohus rikkus õigusnorme, kui tunnistas vastuvõetamatuks mõned lisad, mille nemad Üldkohtule esitasid. Esiteks vaidlustavad nad selle, et on olemas niisugune õiguslik alus, mis õigustab vaidlustatud kohtuotsuses valitud lähenemist. Õigusnormides, millele Üldkohus selles kohtuotsuses viitab, on nende sõnul lihtsalt nõutud, et hageja näitaks oma hagiavalduses ära vaidluse eseme ja esitaks ülevaate väidetest, millele ta tugineb. Ei ole aga õiguslikku alust, mis takistaks hagejal oma väiteid tõendada lisades esitatud argumentidega, tingimusel et neid argumente on hagiavalduses selgelt resümeeritud. Üldkohtu liiga kitsendava lähenemisega rikutakse tema sõnul seega nii tõhusa kohtuliku kaitse põhimõtet - mis on tagatud samaaegselt Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „harta”) artikliga 47 ja Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 6 lõikega 1 ning mille iga piirang peab olema sätestatud seaduses - kui ka proportsionaalsuse põhimõtet. Teiseks vaidlustavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad selle, kuidas Üldkohus teatavaid lisasid konkreetselt käsitas.

18. Lisade käsitamise õiguslikku alust puudutava etteheite osas tuleb märkida, et Üldkohus tugines vaidlustatud kohtuotsuse punktides 68 ja 69 Euroopa Kohtu põhikirja artiklile 21 ja Üldkohtu kodukorra artikli 44 lõike 1 punktile c. Nende õigusnormide kohaselt peab igas hagiavalduses olema näidatud vaidluse ese ja esitatud ülevaade fakti- ja õigusväidetest.

19. Seoses nende õigusnormidega on Euroopa Kohus juba selgitanud, et neid tuleb tõlgendada nii, et selleks, et hagi oleks vastuvõetav, peavad põhilised faktilised ja õiguslikud asjaolud, millele hagi tugineb, vähemalt kokkuvõtlikult, kuid järjekindlalt ja arusaadavalt nähtuma hagiavaldusest endast, ning kuigi teatavate punktide osas saab hagiavalduse teksti põhjendada ja täiendada viidetega hagiavaldusele lisatud dokumentide osadele, ei saa üldine viide teistele dokumentidele, isegi kui need on hagiavaldusele lisatud, asendada selliste sisuliste õiguslike argumentide puudumist, mis eespool mainitud sätete kohaselt peavad olema märgitud hagiavalduses endas. Samas kontekstis on Euroopa Kohus täpsustanud, et analoogseid nõudeid tuleb järgida väite põhjendamiseks esitatud argumentidele viidates.<sup>18</sup> See tõlgendus põhineb tõsiasjal, et lisad on üksnes tõendusliku otstarbega vahendid, ning see otstarve eeldab, et kui hagiavaldusele lisatud dokument sisaldab õiguslikke asjaolusid, millele on rajatud mõned hagiavalduses esitatud väited, peavad need asjaolud olema toodud hagiavalduse enda tekstis, millele see dokument on lisatud, või vähemalt olema selles piisavalt selgesti määratletud. Kuna lisadel on niisugune otstarve, ei pea Üldkohus otsima ja tuvastama lisades väiteid, mida ta võiks pidada hagi põhjendavaks.<sup>19</sup>

20. Euroopa Kohtu põhikirja artikli 21 ja Üldkohtu kodukorra artikli 44 lõike 1 punkti c niisugune tõlgendus ei ole tõhusa kohtuliku kaitse põhimõttega sugugi vastuolus. Euroopa Inimõiguste Kohtu (edaspidi „EIÕK”) praktikast, milles tõlgendatakse Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 6 lõiget 1 - millest tuleb vastavalt harta artikli 52 lõikele 3 juhendada -, ilmneb, et õigus õiglasele kohtulikule arutamisele ei ole absoluutne. Selle õiguse kasutamist on piiratud, eelkõige mis puudutab hagi vastuvõetavuse tingimusi<sup>20</sup> ja seegi veelgi enam poolte väite, argumendi või menetluskohaldamistele lisatud dokumendi vastuvõetavuse tingimusi. Need piirangud on selle kohtu arvates lubatud siiski ainult tingimusel, et nendega taotletakse õiguspärast eesmärki, need on selle eesmärgiga proportsionaalsed ega piira isiku võimalust pöörduda kohtusse niisugusel määral, et kahjustatakse selle õiguse sisu ennast.<sup>21</sup> Lisaks tuleb märkida, et kuigi huvitatud isikud peavad nende piirangute kohaldamisega arvestama, ei tohi nende kohaldamine takistada õigussubjektidel olemasolevaid õiguskaitsevahendeid kasutada.<sup>22</sup>

21. Euroopa Kohtu põhikirja artikli 21 ja Üldkohtu kodukorra artikli 44 lõike 1 punkti c eesmärgi kohta, milleks on tagada õiguskindlus ja korrakohane õigusemõistmine, tunnistavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad ise, et see eesmärk on õiguspärane. Lisaks ei tundu lähenemine, mille kohaselt peavad hagejad esitama hagiavalduses vähemalt ülevaate faktilistest ja õiguslikest asjaoludest, millel põhinevad väited ja argumendid, millele nad tuginevad, nende eesmärkide seisukohast ebaproportsionaalne ega kahjusta ka Üldkohtu poole pöördumise õiguse sisu.

18 — 13. juuni 2013. aasta otsus kohtuasjas C-511/11 P: Versalis vs. komisjon (punkt 115).

19 — 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, punktid 97 ja 99).

20 — Vt 28. veebruari 2013. aasta otsus kohtuasjas C-334/12 RX-II: Arango Jaramillo vs. EIP (punkt 43) ja 16. novembri 2010. aasta määrus kohtuasjas C-73/10 P: Internationale Fruchthandelgesellschaft Weichert vs. komisjon (EKL 2010, lk I-11535, punkt 53), mis sisaldab viiteid EIÕK praktikale.

21 — Vt selle kohta eelkõige minu ettepanek kohtuasjas C-354/04 P: Gestoras Pro Amnistía jt vs. nõukogu, milles otsus tehti 27. veebruaril 2007 (EKL 2007, lk I-1579, ettepaneku punkt 83), milles on veel viiteid EIÕK praktikale. Vt ka eespool viidatud kohtumäärus Internationale Fruchthandelgesellschaft Weichert vs. komisjon, punkt 53, ja kohtujurist Cruz Villaloni ettepanek kohtuasjas C-625/11 P: PPG ja SNF vs. ECHA, milles otsus tehti 26. septembril 2013 (kohtujuristi ettepaneku punkt 73).

22 — Vt eespool viidatud uuesti läbi vaatamise kohtuotsus Arango Jaramillo vs. EIP, punkt 43, ja kohtujurist Cruz Villaloni eespool viidatud ettepanek kohtuasjas PPG ja SNF vs. ECHA, kohtujuristi ettepaneku punkt 73.

22. Eelnevast tuleneb, et rajades vaidlustatud kohtuotsuses, eelkõige selle punktides 68 ja 69 oma lähenemise poolte menetluskohustusdokumentide lisade käsitamise küsimuses eespool punktis 20 viidatud õigusnormidele niisugustena, nagu neid on tõlgendanud Euroopa Kohus, ei rikkunud Üldkohus õigusnormi.

23. Teiseks tuleb analüüsida seda, kuidas Üldkohus neid sätteid konkreetselt kohaldas lisade puhul, mille käsitamise on põhiapellatsioonkaebuse esitajad vaidlustanud. Nende argumendid puudutavad täpsemalt analüüsi vaidlustatud kohtuotsuse punktides 183-190 ja eelkõige lisade A.13, A.14 ja A.15 analüüsi, samuti analüüsi vaidlustatud kohtuotsuse punktides 275-282 ja eelkõige lisa A.20 käsitamist. Põhiapellatsioonkaebuse esitajad väidavad, et nad esitasid hagiavalduses ülevaate väidetest ja et nii Üldkohus kui ka komisjon said aru, missugused argumendid nad esitavad. Pealegi on lisades esitatud asjaolud faktilised asjaolud. Kui lisad sisaldavad aga ainult faktilisi asjaolusid, ei pea neid esitama hagiavalduses endas. Üldkohus oleks seega pidanud asuma seisukohale, et hagiavaldus on nende väidete ja argumentide osas, millele tuginetakse, piisavalt täpne ja nimetatud lisad on seega vastuvõetavad.

24. Mis puudutab kõigepealt lisade A.13, A.14 ja A.15 käsitamist, siis lugedes hagiavaldust, mille põhiapellatsioonkaebuse esitajad esimeses kohtuastmes esitasid, võib märgata, et Üldkohus leidis, et nad on esitanud oma etteheite – mis käsitleb haldusmenetluse jooksul esitatud majandusalaste tõendite analüüsi – nii lühidalt, et hagiavalduse tekstist ei ilmne, milliste argumentidega nad seda põhjendavad. Etteheidet põhjendavad argumendid asuvad tervikuna nendes lisades ja neid tuleb ka sealt otsida. See ilmneb selgelt ka vaidlustatud kohtuotsuse punktides 185 ja 186. Sama käib vaidlustatud kohtuotsuse punktis 280 nimetatud lisa A.20 käsitamise kohta. Selle lisa osas tuleb tõdeda, et põhiapellatsioonkaebuse esitajad piirdusid oma Üldkohtule esitatud hagiavalduses sellega, et viitasid joonealuses märkuses ilma mingi täpsustuseta täielikult sellele lisale. Niisuguses olukorras leian, et Üldkohus ei rikkunud nende lisade käsitamisel õigusnormi.

25. Mis puudutab argumenti, et kui lisad sisaldavad ainult faktilisi asjaolusid, ei pea need asjaolud olema toodud hagiavalduses endas, siis tuleb meenutada, et eespool punktis 19 viidatud kohtupraktika kohaselt peavad hagi või väite või isegi argumenti aluseks olevad peamised *faktilised* ja *õiguslikud* asjaolud kas või ülevaatlikult, ent seostatult ja arusaadavalt tulenema hagiavalduse tekstist, mis – nagu ilmneb eespool punktist 19 – käesoleval juhul nii ei ole.

26. Kõige eelneva põhjal arvan, et väide, et mõne lisa vastuvõetavuse küsimuses rikuti õigusnorme, tuleb tagasi lükata.

2. Kas MasterCard on ettevõtjate ühendus (põhiapellatsioonkaebuse teine väide)?

a. Vaidlustatud kohtuotsus

27. Üldkohus käsitles küsimust, kuidas tuleks kvalifitseerida MasterCard ja mitmepoolsete vahendustasude kindlaksmääramise otsused EÜ artikli 81 lõike 1 seisukohast, vaidlustatud kohtuotsuse punktides 241-260. Kõigepealt piiritles ta selle küsimuse ulatuse küsimusega, kas „IPO-ga kaasnenud muudatustele vaatamata on MasterCardi makseorganisatsioon endiselt pankade tegevuse kooskõlastamise institutsiooniline vorm” (punkt 244) ja mitmepoolsed vahendustasud selle koordineerimise vorm.<sup>23</sup> Seejärel tuvastas ta esiteks punktides 245-247, et „pankadel oli jätkuvalt kollektiivselt otsustusvõim MasterCardi makseorganisatsiooni toimimise oluliste aspektide üle pärast

23 — Tuginedes mitmele asjaolule, eelkõige asjaoludele, mis on seotud süsteemi toimimise, tema juhtimisorganite ja liikmespankade suhete, võrguga liitumise süsteemi ja mitmepoolsete vahendustasude käsitlevate otsuste laadiga ning sellega, et need tasud olid liikmespankadele kohustuslikud, järeldas komisjon vaidlusaluses otsuses, et MasterCard oli ettevõtjate ühendus EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses (põhjendused 344-349) 25. maini 2006, mis on IPO kuupäev, ning et otsused, mis ta mitmepoolsete vahendustasude kohta tegi, olid kuni selle kuupäevani „ettevõtjate ühenduse otsused” sama sätte tähenduses (põhjendus 371).

IPO-d nii siseriiklikul kui Euroopa tasandil” ning et niisuguse otsustusvõimu säilitamine „muudab suuresti suhteliseks järeldused, mis tuleks teha IPO-st”. Teiseks leidis ta punktides 250-258, et kuna MasterCardil ja pankadel oli ühine huvi määrata kindlaks kõrged mitmepoolsed vahendustasud, võis komisjon tõesti asuda seisukohale, et „mitmepoolsed vahendustasud peegeldasid pankade huve, kuigi pangad ei kontrollinud enam MasterCardi pärast IPO-d”. Ta järeldas seega samade jätkumisele viitavate asjaolude põhjal, millele oli tuginenud komisjon, et komisjonil oli õigus, kui ta jäi selle juurde, et MasterCard on ettevõtjate ühendus ning et MasterCardi organite otsused, millega määrati kindlaks mitmepoolsed vahendustasud, on ettevõtjate ühenduse otsused.

#### b. Apellatsioonkaebus

28. Põhiapellatsioonkaebuse esitajad, keda toetavad RBS, LBG ning HSBC ja MBNA, väitsid, et Üldkohtu järelduse puhul, et MasterCard on ettevõtjate ühendus, kui ta määrab kindlaks mitmepoolsed vahendustasud, rikuti õigusnormi ja/või puudub põhjendus. Nad väidavad esiteks, et esimene põhjendus, mis vaidlustatud kohtuotsuses selle järelduse kohta esitati, st asjaolu, et ka pärast IPO-d jäi pankadele teatav otsustusvõim MasterCardi maksesüsteemis, on asjakohatu, sest seda võimu kasutatakse muudes küsimustes kui mitmepoolsete vahendustasude kindlaksmääramine ning ka Üldkohus ise tunnistas vaidlustatud kohtuotsuse punktis 245, et neid vahendustasusid käsitlevaid otsuseid „võtavad [vastu] MasterCardi makseorganisatsiooni organid [...] ja pangad ei osale selles otsustusmenetluses”. Seejärel väidavad nad, et teine põhjendus, millele Üldkohus tugineb, st süsteemi MasterCard ja pankade väidetav ühine huvi mitmepoolseid vahendustasusid kindlaks määrata ei ole ei asjakohane - kui lähtuda Euroopa Kohtu praktikast - ega piisav selle tõendamiseks, et tegemist oli ettevõtjate ühendusega, sest seda ei saa eelkõige järeldada ainuüksi asjaolust, et äriühing võib olla kallutatud võtma oma otsustes arvesse oma klientide huve. Lisaks väidetakse Üldkohtu arutluskäigus, et aktsepteerivad pangad on samuti huvitatud sellest, et määratakse kindlaks kõrged mitmepoolsed vahendustasud, kuigi see toob kaasa nende kulude tõusu ja seega nende tulude potentsiaalse vähenemise.

#### c. Õiguslik analüüs

29. Küsimus, kuidas tuleks kvalifitseerida MasterCard ja tema otsused EÜ artikli 81 lõike 1 seisukohast pärast MasterCard Inc. viimist börsile, on haldusmenetlusest peale katkemise või jätkumise küsimus. Samas kui põhiapellatsioonkaebuse esitajad – kes ei ole vaidlustanud seda, et MasterCard oli ajavahemikul enne 25. maid 2006 ettevõtjate ühendus – rõhutasid, et süsteemi struktuuris ja juhtimises pärast seda kuupäeva tehtud muudatused olid suured, tuvastasid nii komisjon kui ka Üldkohus, et tema toimimisviis oli enne ja pärast IPO-d sisuliselt samasugune, ning järeldasid, et IPO ei olnud muutnud ei süsteemi erinevate osaliste vastastikuste huvide varasemat tasakaalu ega mitmepoolsete vahendustasude tegelikku majanduslikku laadi.

30. Kuigi selles kontekstis näitavad analüüsitavad etteheiteid, et kritiseeritakse mitmes punktis Üldkohtu hinnanguid faktilistele asjaoludele, on nendes siiski tõstatatud – vastupidi komisjoni väitele – õiguslik küsimus, mis puudutab mõiste „ettevõtjate ühendus” EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses tõlgendamist ja kohaldamist käesoleval juhul.

#### i. Euroopa Kohtu mõistet „ettevõtjate ühendus” käsitleva kohtupraktika väidetav eiramine

31. Põhiapellatsioonkaebuse esitajad heidavad kõigepealt Üldkohtule ette, et viimane kaugenese Euroopa Kohtu seda mõistet käsitlevast praktikast. Nad leiavad, et kohtupraktika kohaselt saab üksuse kvalifitseerida ettevõtjate ühenduseks EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses ainult siis, kui see koosneb enamikus kõnesolevate ettevõtjate esindajatest ja kui võttes arvesse kohaldatavaid siseriiklikke õigusakte, saab ta oma otsuseid teha vabalt ainult nende ettevõtjate huvides.

32. Märgin kohe, et niisugune tõlgendus näib mulle liiga kitsendav. Kuigi see põhineb tõesti kahel kriteeriumil, mis on seotud kõnesoleva üksuse koosseisu ja tegevuse õigusliku reguleerimisega ning mis tulenevad Euroopa Kohtu praktikast, kõneleb see siiski nende range kohaldamise kasuks, mis sobib halvasti kokku nii EÜ artikli 81 eesmärgiga, milleks on hõlmata kõiki selle artikli eesmärkidega vastuolus olevaid ettevõtjate koostöö vorme, kui ka selle laia ulatusega, mis on mõistele „ettevõtjate ühendus” kohtupraktikas antud.

33. Nagu Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuses õigesti meenutas,<sup>24</sup> ilmneb kohtupraktikast üldiselt, et EÜ artikli 81 lõikes 1 kasutatud mõisted „kokkulepe”, „kooskõlastatud tegevus” ja „ettevõtjate ühenduse otsus” peavad hõlmama igasuguseid kokkumänge ettevõtjate vahel, mis võivad avaldada selle õigusnormiga keelatud mõju, sõltumata sellest, mis vormis need avalduvad.<sup>25</sup> Seega ei saa ettevõtjad vältida selle sättega kehtestatud keeldu ainuüksi nii, et kooskõlastavad oma tegevuse turul ühise organi või struktuuri abil või usaldavad selle kooskõlastamise sõltumatule üksusele.<sup>26</sup> Mis puudutab konkreetselt mõistet „ettevõtjate ühendus”, siis seda on laialdaselt tõlgendatud nii, et see tähistab ükskõik missugust üksust – isegi kui see ei ole juriidiline isik või kui selle tegevusala on mittetulunduslik<sup>27</sup> ja sõltumata sellest, kuidas seda siseriikliku õiguse kohaselt kvalifitseeritakse,<sup>28</sup> või sellest, kas selle liikmed on füüsilised või juriidilised isikud või ise ettevõtjate ühendused.<sup>29</sup> Lai tõlgendus on valitud ka mõiste „ettevõtjate ühenduse otsus” puhul. Kohtupraktikast ilmneb nimelt, et see mõiste hõlmab kõiki toiminguid, ka mittekohustuslikke,<sup>30</sup> mis sõltumata nende täpsest õiguslikust kvalifikatsioonist väljendavad just ühenduse soovi kooskõlastada oma liikmete tegevust.<sup>31</sup>

34. Vastupidi põhiapellatsioonkaebuse esitajate väitele ei saa kohtupraktika pretsedentidest, millele nad viitavad, ja eelkõige kohtuotsusest *Wouters*<sup>32</sup> järeldada, et neid kahte nimetatud kriteeriumit kohaldatakse sõltumata sellest, millise üksusega on tegemist. Kohtuasjas, milles tehti see kohtuotsus, ei vaadeldud – nagu ka teistes kohtuasjades, millele põhiapellatsioonkaebuse esitajad viitavad<sup>33</sup> – niisuguseid puhtalt ärilisi eraõiguslikke üksusi nagu MasterCard, vaid eelkõige kutsealaseid avalik-õiguslikke üksusi, millele on sageli seadusega antud volitused ja mis tegutsevad peale oma

24 — Vt punktid 241 ja 242.

25 — Vt Euroopa Kohtu 8. juuli 1999. aasta otsus kohtuasjas C-49/92 P: komisjon vs. Anic Partecipazioni (EKL 1999, lk I-4125, punkt 131); 23. novembri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-238/05: Asnef-Equifax ja Administración del Estado (EKL 2006, lk I-11125, punktid 31 ja 32), ja 4. juuni 2009. aasta otsus kohtuasjas C-8/08: T-Mobile Netherlands jt (EKL 2009, lk I-4529, punkt 23); vt ka Üldkohtu 16. juuni 2011. aasta otsus kohtuasjas T-191/06: FMC Foret vs. komisjon (EKL 2011, lk II-2959, punkt 102).

26 — Vt kohtujurist Leger’ ettepanek eespool viidatud 19. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas C-309/99: *Wouters* (EKL 2002, lk I-1577, kohtujuristi ettepaneku punkt 62). Kohtupraktikast ilmneb ka, et niisuguses suletud süsteemis ei tohiks olla komisjonil keelatud kvalifitseerida kokkulepe kas kokkuleppeks, kooskõlastatud tegevuseks või ettevõtjate ühenduse otsuseks (vt näiteks Üldkohtu 20. aprilli 1999. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 ja T-335/94: *Limburgse Vinyl Maatschappij jt vs. komisjon* (EKL 1999, lk I-931, punkt 697 ning lõpuks 5. detsembri 2013. aasta otsus kohtuasjas C-449/11 P: *Solvay Solexis vs. komisjon*, punktid 61 ja 62).

27 — Vt Euroopa Kohtu 29. oktoobri 1980. aasta otsus liidetud kohtuasjades 209/78-215/78 ja 218/78: *van Landewyck jt vs. komisjon* (EKL 1980, lk 3125, punkt 88).

28 — Vt 30. jaanuari 1985. aasta otsus kohtuasjas 123/83: *Clair* (EKL 1985, lk 391, punkt 17); 18. juuni 1998. aasta otsus kohtuasjas C-35/96: *komisjon vs. Itaalia* (EKL 1998, lk I-3851, punkt 40), ja 12. septembri 2000. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-180/98-C-184/98: *Pavlov jt* (EKL 2000, lk I-6451, punkt 85).

29 — Vt Üldkohtu 26. jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas T-193/02: *Piau vs. komisjon* (EKL 2005, lk II-209, punkt 69) ja 13. detsembri 2006. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-217/03 ja T-245/03: *FNCBV vs. komisjon* (EKL 2006, lk II-4987, punkt 49), mis jäeti muutmata Euroopa Kohtu 18. detsembri 2008. aasta otsusega liidetud kohtuasjades C-101/07 P ja C-110/07 P: *Coop de France bétail et viande jt vs. komisjon* (EKL 2008, lk I-10193).

30 — Vt Üldkohtu 15. septembri 2005. aasta otsus kohtuasjas T-325/01: *DaimlerChrysler vs. komisjon* (EKL 2005, lk II-3319, punkt 210).

31 — Vt selle kohta Euroopa Kohtu 27. jaanuari 1987. aasta otsus kohtuasjas 45/85: *DaimlerChrysler vs. komisjon* (EKL 1987, lk 405, punkt 32).

32 — Viidatud eespool 26. joonealuses märkuses.

33 — Eelkõige Euroopa Kohtu 17. novembri 1993. aasta otsus kohtuasjas C-185/91: *Reiff* (EKL 1993, lk I-5801); 9. juuni 1994. aasta otsus kohtuasjas C-153/93: *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft* (EKL 1994, lk I-2517); 5. oktoobri 1995. aasta otsus kohtuasjas C-96/94: *Centro Servizi Spediporto* (EKL 1995, lk I-2883); 17. oktoobri 1995. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-140/94-C-142/94: *DIP jt* (EKL 1995, lk I-3257, punktid 36–38).

liikmete kollektiivsete huvide ka üldise huvi eesmärkidel.<sup>34</sup> Kõikides nendes kohtuasjades oli peamiselt vaja hinnata, kas võttes arvesse avalik-õiguslikku regulatsiooni, mis nende üksuste suhtes kehtib, tegutsevad nad turul sõltumatult, ning nende tegevust ja toiminguid, mida nad teha otsustasid või mille otsustamises nad osalesid, võib pidada keelatud kokkulepeteks EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses. Seda hinnates pidi Euroopa Kohus mõnikord – näiteks kohtuasjas Wouters ja hiljem kohtuasjas Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas<sup>35</sup> - lahutama tegevused, milles kõnesolev üksus tegutses avalik-õiguslike volitustega üksusena ja/või tegutses üldise huvi eesmärkidel, tegevustest, mille puhul ta toimis ühendusena, mis tegutseb üksnes oma liikmete huvides.

35. Selles avalik-õiguslike ja eraõiguslike volituste ja huvide segunemise kontekstis ongi Euroopa Kohus välja töötanud ja kohaldanud neid kahte kriteeriumit, millele põhiapellatsioonkaebuse esitajad tuginevad. Samas kontekstis on Euroopa Kohus järginud funktsionaalset lähenemist, millele nad samuti viitavad ning mille kohaselt võib üksus olla ettevõtjate ühendus EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses siis, kui ta täidab teatavaid ülesandeid, mitte teatavaid teisi ning seega on tema õigeks kvalifitseerimiseks konkurentsieeskirjade seisukohast vaja arvesse võtta ainult seda, mis laadi ülesandeid ta täidab, kui ta teeb toiminguid, millele eeskirju rikutakse.

36. Ei ole aga vaidlustatud, et MasterCard on eraõiguslik tulunduslik üksus. Selle suhtes ei kehti avalik-õiguslikku regulatsiooni ja see ei osuta avalikku teenust ning selle organid teevad oma otsuseid üksnes erahuvidest lähtudes. Niisuguses olukorras ei olnud eespool punktides 34 ja 35 esitatud kaalutlusi arvestades vaja kasutada neid kriteeriume, mis on töötatud välja selleks, et hinnata käesolevast juhtumist oluliselt teistsuguseid olukordi, ning Üldkohus võis võtta hindamisel arvesse teisi asjaolusid, ilma et ta oleks seejuures eiranud mõistet „ettevõtjate ühendus” niisugusena, nagu seda on tõlgendanud Euroopa Kohus.

ii. Nende asjaolude väidetav asjakohatus, millele Üldkohus tugines

37. Põhiapellatsioonkaebuse esitajad väidavad seejärel, et asjaolud, millele Üldkohus tugines, st esiteks asjaolu, et pankadele jäi maksesüsteemis MasterCard teatav otsustusvõim, ning teiseks asjaolu, et sellel süsteemil ja pankadel olid teatavad ühised huvid mitmepoolsete vahendustasude kindlaksmääramisel, ei ole asjakohased selle hindamisel, kas tegemist on ettevõtjate ühendusega EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses, ning igal juhul ei ole need niisuguse ühenduse iseloomustamisel piisavad.

38. Esimese asjaolu kohta väidavad nad, et see, et pankadele jäid pärast IPO-t otsustamisvolitused, ei ole asjakohane, sest need volitused ei puuduta mitmepoolsete vahendustasude kindlaksmääramist. Järeldades selle asjaolu põhjal, et MasterCard tegutses mitmepoolsete vahendustasude kindlaksmääramisel ettevõtjate ühendusena, eiras Üldkohus funktsionaalset lähenemist, mida Euroopa Kohus järgis eespool viidatud kohtuotsuses Wouters.

39. Selles küsimuses tõden – süvenemata Üldkohtu hinnangu põhjendatusse osas, mis puudutab nende otsustusvolituste hinnangulist ulatust – kõigepealt, et see hinnang erineb hinnangust, mille on andnud põhiapellatsioonkaebuse esitajad, kes püüavad kujutada neid volitusi üsna tühisena. Üldkohus rõhutas nimelt vaidlustatud kohtuotsuse punktis 247, et Euroopa piirkonnanõukogule jäi pädevus otsustada „peamiste küsimuste” üle, mis käsitlevad süsteemi toimimise erinevaid aspekte piirkondlikul tasandil.

34 — Eespool viidatud kohtuasjas Wouters oli tegemist Madalmaade advokatuuriga, eespool viidatud kohtuasjas komisjon vs. Itaalia riikliku tolliekspediitorite nõukoguga, eespool viidatud kohtuasjades Reiff ja Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft komisjonidega, mille ülesanne oli määrata kindlaks vastavalt kaupade maantee kaugveo tariifid ja jõekaubalaevanduse tariifid Saksamaal, eespool viidatud kohtuasjas Centro Servizi Spediporto komiteega, millele oli Itaalia seadusega antud ülesanne pidada kaupade maanteeveo riiklikku registrit ja mis oli kaasatud veotariifide kindlaksmääramisse, ning lõpuks eespool viidatud kohtuasjas DIP kohalike omavalitsuste komisjonidega, mis osalesid jaemüügikauplustele lubade andmise menetluses Itaalias.

35 — Euroopa Kohtu 28. veebruari 2013. aasta otsus kohtuasjas C-1/12.

40. See täpsustatud, viitan kaalutlustele eespool punktides 34 ja 35 ning punktis 36 tuvastatule, millest ilmneb, et käesoleva juhtumi asjaoludel ei olnud Üldkohus kohustatud seda funktsionaalset lähenemist järgima ja võis seega hindamisel asjaoluna arvesse võtta pankadele pärast IPO-t jäänud otsustusvolitusi, ilma et ta oleks pidanud kontrollima – nagu väidavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad –, kas niisugused volitused võisid avaldada mitmepoolsete vahendustasude kindlaksmääramisele mõju.

41. Teise eespool nimetatud asjaolu, st MasterCardi ja pankade ühise huvi kohta mitmepoolsete vahendustasude kindlaksmääramisel väidavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad põhiliselt, et see, kui kahe või enama ettevõtja huvide lihtsast kokkulangemisest järeldatakse, et tegemist on ettevõtjate ühendusega, viib EÜ artikli 81 kohaldamiseni olukordades, kus puuduvad igasugused tõendid kokkumängust, mis eeldab tahte kokkulangevust.

42. See argument tuleb minu arvates tagasi lükata. Käesoleval juhul tuvastas Üldkohus institutsionaalse raamistiku, millega pangad ühinevad ja mille raames nad omavahel ja MasterCardiga koostööd teevad, et viia ellu ühine projekt, mis sisaldab nende ärilise sõltumatuse piiranguid ja määrab kindlaks nende vastastikuse tegevuse üldjooned. Tegemist on seega juhtumiga, mis erineb suuresti lihtsast tegevuse kokkulangemisest, millele viitavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad ja mille puhul järgib iga asjaomane ettevõtja nende ettevõtjate huvi mitte omavahel konkureerida sõltumatult, kohandades oma tegevuse teiste omale. Käesolev kohtuasi erineb ka kohtuasjast Bayer<sup>36</sup>, millele viitab LBG. Selles kohtuasjas järeldas Üldkohus tõesti, et kuna komisjon ei tõendanud Bayeri ja tema hulgimüüjate paralleelse kaubanduse vähendamise tahte kokkulangemist, eksis ta, kui järeldas, et oli olemas kokkulepe EÜ artikli 81 tähenduses; Üldkohus järeldas seda, kui oli tuvastanud, et poolte vastavat tahet oli tõlgendatud valesti ning ei Bayeri kavatsust kehtestada ekspordikeeld ega hulgimüüjate – kas või vaikivat - nõustumist selle keeluga ei olnud tõendatud.<sup>37</sup>

43. Eespool punktides 32-35 esitatud analüüsist ilmneb, et üksus kuulub mõiste „ettevõtjate ühendus” alla selle õigusnormi tähenduses, kui see moodustab raamistiku, milles ettevõtjad kooskõlastavad oma tegevuse turul, või vahendi, mille abil nad seda teevad, ja kui seda kooskõlastamist või tulemusi, milleni see viib, ei ole ette näinud riigiasutused. Sellest analüüsist tuleneb ka, et võttes arvesse otstarvet, mis on mõistetel „ettevõtjate ühendus” ja „ettevõtjate ühenduse otsus” EÜ artikli 81 lõike 1 süsteemis, tuleb küsimust, kas need on konkreetset juhtumil kohaldatavad, hinnata kõikide sellel konkreetset juhul asjakohaste asjaolude põhjal, millest peab ilmnema asjaomaste ettevõtjate tahte kooskõlastada oma tegevus turul kollektiivse struktuuri või ühise üksuse abil.

44. Kahe eespool punktis 37 nimetatud asjaolu asjakohasust ei saa aga käesolevas olukorras vaidlustada, sest selles eeldab MasterCardi kvalifitseerimine ettevõtjate ühenduseks EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses peamiselt seda, et hinnatakse IPO mõju süsteemi toimimisviisile, selle suhetele liitunud pankadega ja üldisemalt selle sisemisele tasakaalule. Selles osas meenutan, et argumentid, mille abil püüdsid põhiapellatsioonkaebuse esitajad esimeses kohtuastmes niisuguse kvalifikatsiooni vaidlustada, põhinesid peamiselt väitel, et pärast 25. maid 2006 ei saa panku süüdistada mingis mitmepoolsete vahendustasude kooskõlastamises, sest nüüd määras MasterCard need vahendustasud kindlaks ja kohaldas neid pankade suhtes tarnija-kliendi suhte raames.

45. Küsimuses, kas nendest asjaoludest piisas käesoleval juhul, et kinnitada, et MasterCard on ettevõtjate ühendus, nagu komisjon ta kvalifitseeris, leian kõikide eelnevate kaalutluste põhjal, et üksuse kvalifitseerimist ettevõtjate ühenduseks ei saa juba ette välistada isegi siis, kui – nagu MasterCardi puhul – ei võeta otsuseid, mida ta teeb, vastu kõnesolevate ettevõtjate esindajate häälteenamusega ega ainult nende ettevõtjate huvides, kui käesoleva juhtumi kõikide asjaolude

36 — 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).

37 — Jättes esimeses kohtuastmes tehtud otsuse muutmata, täpsustas Euroopa Kohus muide, et „eeldamaks, et vaikiva nõusoleku andmisega on sõlmitud kokkulepe [...], on nõutav, et konkurentsivastast eesmärki järgiv tahte avaldamine kujutab endast vaikivat või loogilist üleskutset teisele poolele saavutada see eesmärk ühiselt, ning seda enam, et niisugune kokkulepe ei ole – nagu käesoleval juhul – esmapilgul teise poole, st hulgimüüjate huvides”, vt punkt 102.

hindamisest ilmneb, et need ettevõtjad soovivad kooskõlastada või vähemalt nõustuvad kooskõlastama oma tegevuse turul nende otsuste abil ning nende kollektiivsed huvid langevad kokku huvidega, mida nende otsuste tegemisel arvesse võeti. Niisugust kvalifikatsiooni ei saa ka välistada juba ette sellises kontekstis nagu käesoleval juhul, kus kõnesolevad ettevõtjad taotlesid mitme aasta vältel sama, st turu ühise reguleerimise eesmärki sama süsteemi raames, kuigi erinevas vormis.

46. Üldkohus järeldas aga oma käesoleval juhul faktilistele asjaoludele antud hinnangu põhjal, et MasterCard Inc. ülemaailmse nõukogu otsused, milles on kindlaks määratud mitmepoolsed vahendustasud, peegeldavad edasi süsteemiga liitunud pankade kollektiivseid huve ja et need pangad kooskõlastasid oma poliitikat piiriüleste vahendustasude alal nende otsuste abil teadlikult edasi, hoolimata sellest, et nad ei osalenud enam otsuste tegemise protsessis, mille tulemusena need vastu võeti. Seda hinnangut ei saa Euroopa Kohus – kui faktilisi asjaolusid ja/või tõendeid ei ole moonutatud<sup>38</sup> – iseenesest enam läbi vaadata.

47. Selles osas tuleb lükata tagasi etteheide, mille põhiapellatsioonkaebuse esitajad, keda toetab HSBC, Üldkohtule esitavad ja mille kohaselt kinnitas Üldkohus komisjoni väidet, et ka aktsepteerivad pangad olid huvitatud kõrgete mitmepoolsete vahendustasude kindlaksmääramisest. Esiteks vaidlustatakse selle kriitilise märkusega Üldkohtu antud hinnang faktilistele asjaoludele ja tõenditele, väitmata, et ühtesid või teisi oleks moonutatud, ega tõendamata seda viisil, mis kujutaks endast midagi muud kui lihtsalt väiteid.<sup>39</sup> Teiseks ei piirdunud Üldkohus – vastupidi põhiapellatsioonkaebuse esitajate väitele – selles küsimuses tõdemusega, et aktsepteerivate pankadel oli võimalus kanda mitmepoolsed vahendustasud üle oma klientidele, vaid ta täpsustas, et niisugune vahendustasude mitmepoolse vaikumisi kindlaks määramise süsteem nagu mitmepoolsete vahendustasude süsteem andis aktsepteerivatele pankadele kindlustunde, et vahendustasude tõus ei mõjuta nende konkurentsiseisundit.<sup>40</sup> Mis puudutab lõpuks Üldkohtu viidet süsteemi MasterCard reeglile, mille kohaselt olid pangad, kes soovisid tehinguid aktsepteerida, kohustatud ka kaarte väljastama, siis põhiapellatsioonkaebuse esitajad ei saa väita, et see on asjakohatu, tuginedes lihtsalt asjaolule, et seda reeglit kohaldati kuni 31. detsembrini 2004 ja IPO kuupäeval see enam ei kehtinud. Vaidlustatud kohtuotsuse punktist 254 ilmneb, et Üldkohus nõustus komisjoni selgitusega, et tänu eespool nimetatud reeglile arenes süsteem niisuguses suunas, et peaaegu kõik pangad, kes aktsepteerisid kaarte, andsid neid ka välja, saades nii kasu mitmepoolsetest vahendustasudest, ning nii jäi see isegi pärast selle reegli kaotamist. Lisaks ilmneb vaidlustatud kohtuotsuse samast punktist, et apellandid ei esitanud Üldkohtus asjaolusid, mis võimaldaksid selle selgituse põhjendatuse vaidlustada.

48. Kokkuvõttes ei võimaldanud vaadeldavate etteheidete analüüs tõendada, et kinnitades, et MasterCard on ettevõtjate ühendus, nagu leidis komisjon, eiras Üldkohus mõistet „ettevõtjate ühendus” EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses niisugusena, nagu seda on tõlgendanud liidu kohus.

38 — LBG ja HSBC tuginevad oma vastavates vastustes apellatsioonkaebusele faktiliste asjaolude moonutamisele, heites Üldkohtule ette, et ta ei võtnud arvesse nende poolt Üldkohtule esitatud tõendeid, mis seisnesid tunnistustes ja mille kohaselt ei olnud pankadel pärast IPO-d enam mingisugust kontrolli mitmepoolsete vahendustasude kindlaksmääramise üle ega mõju sellele, selle kindlaksmääramise osas ei konsulteeritud nendega eelnevalt ja sellest teatati neile alles pärast vastuvõtmist. Piisab, kui märkida, et Üldkohus ei tuginenud oma hinnangus faktilistele asjaoludele sellele, et pangad oleksid olnud kuidagi mitmepoolsete vahendustasude vastuvõtmise protsessi kaasatud. Vastupidi, vaidlustatud kohtuotsuse punktis 245 leidis ta, et „ei ole vaidlust”, et „pärast IPO-d võtavad MasterCardi makseorganisatsiooni organid vastu mitmepoolseid vahendustasusid käsitlevaid otsuseid ja pangad ei osale selles otsustusmenetluses”. Seega on need etteheited - juhul kui need ei ole vastuvõetamatud seetõttu, et need on võrreldes põhiapellatsioonkaebusega uued ja neid ei esitatud vastuapellatsioonkaebuse raames – ainetud.

39 — Põhiapellatsioonkaebuse esitajad väidavad ainult, et Üldkohtu arutluskäik on „ilmselgelt vale”, ning kinnitavad, et väljastavate pankade huvides on mitmepoolsete vahendustasude taset alandada, et alandada nende kulusid ja suurendada tulusid kauplajalt võetavatest teenustasudest.

40 — Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 253 ja 134.

3. Konkurentsi piirava mõju olemasolu (RBS-i vastuapellatsioonkaebuse ainus väide ja LBG vastuapellatsioonkaebuse esimene väide)

a. Vaidlusalune otsus ja vaidlustatud kohtuotsus

49. Selguse huvides tuleb lühidalt uuesti ära tuua vaidlusaluses otsuses esitatud analüüsi erinevad lõigud, mis käsitlevad mitmepoolsete vahendustasude mõju konkrentsile. Komisjon järeldas selles otsuses, et kuna need tasud mõjutasid nende vahendustasude summat, mida võtsid väljastavad pangad aktsepteerivatelt pankadelt,<sup>41</sup> kes kandsid selle kulu üle kauplejate kanda jäävatesse kuludesse, avaldasid mitmepoolsed vahendustasud konkrentsile piiravat mõju hindade kaudu aktsepteerimisturul ning seda kauplejate ja nende klientide kahjuks.<sup>42</sup> Komisjon tegi selle järelduse esiteks kahel kvantitatiivsel analüüsil põhineva tõdemuse põhjal, et mitmepoolsed vahendustasud kujutavad endast nende kulude alampiiri, mille aktsepteerivad pangad kauplejatele sõltumata viimaste suuruselt üle kannavad.<sup>43</sup> Teiseks järeldas ta uuringust, mille ta ise kauplejate hulgas 2004. aastal läbi viis (edaspidi „2004. aasta turu-uuring“), et mitmepoolsed vahendustasud ei võimaldanud kauplejalt võetavatel teenustasudel langeda alla teatava taseme. Kolmandaks analüüsis komisjon - olles lükanud tagasi MasterCardi argumentid, milles vaidlustati väide, et mitmepoolsed vahendustasud avaldavad piiravat mõju konkrentsile aktsepteerimisturul<sup>44</sup> - mitmepoolsete vahendustasude mõju väljastamisturule ning leidis, et sellel turul tegutsevad pangad kalduvad soosima kaarte, mis annavad kõrgeimaid vahendustulusid, ning et see strateegia võib suurendada veelgi kaartide aktsepteerimise kulu aktsepteerimisturul.<sup>45</sup> Neljandaks märkis ta, et süsteemide (erinevate kaardimaksevõrkude, peamiselt Visa ja MasterCardi vaheline) konkrents mitte üksnes ei takistanud MasterCardil hoida vahendustasusid kõrgel tasemel, vaid avaldas neile ka survet tõusu suunas, võimendades konkrentsimoonutusi aktsepteerimisturul.<sup>46</sup> Viiendaks tuvastas ta, et mitmepoolsetele vahendustasudele ei avaldanud mingit survet ei aktsepteerimispangad ega kauplejad.<sup>47</sup> Viimases küsimuses võttis komisjon muude tegurite hulgas arvesse MasterCardi võrgureeglit, mille kohaselt on kauplejad (ja aktsepteerimispangad) kohustatud aktsepteerima kõiki kaarte, st kõiki tooteid, mida MasterCard väljastamisturul pakub ja sõltumata väljastavast pangast (*Honour-All-Cards Rule*, edaspidi „HACR“). Lõpuks leidis komisjon, et MasterCardi liikmetel oli koos turuvõim kauplejate ja nende klientide üle ning et mitmepoolsed vahendustasud võimaldasid seda kasutada.

50. Üldkohus analüüsis vaidlustatud kohtuotsuse punktides 123-193 küsimust, missugust mõju mitmepoolsed vahendustasud konkrentsile avaldasid. Kõigepealt käsitles ta etteheiteid, et jäeti uurimata konkrentsiolukord mitmepoolsete vahendustasude puudumisel, ja lükkas need tagasi. Selles küsimuses lükkas ta esiteks tagasi kriitika, et komisjon võttis oma olukordade võrdlusanalüüsis arvesse *ex post*-tasude keelu eeskirja<sup>48</sup> kui varueeskirja, mis asendas mitmepoolsed vahendustasud (vaidlustatud kohtuotsuse punkt 132), ja teiseks kriitika, mis käsitles komisjonipoolset viitamist selle analüüsi raames asjaolule, et väljastavate ja aktsepteerivate pankade vahel toimusid kahepoolsete läbirääkimised, mis viisid mõne aja möödudes vahendustasude kadumiseni (punkt 133). Seejärel lükkas ta tagasi argumentid, milles heideti komisjonile ette, et ta ei tõendanud, et mitmepoolsete vahendustasude

41 — See mõju avaldus nii piiriüleste tehingute puhul, mille suhtes kohaldatai mitmepoolseid vahendustasusid konkreetsemate vahendustasude puudumisel, kui ka riigisiseste tehingute puhul, mille suhtes kohaldatai mitmepoolseid vahendustasusid kas riigisiseste vahendustasude puudumisel või mille puhul võeti need nende riigisiseste vahendustasude kindlaksmääramisel aluseks (vaidlusaluse otsuse põhjendused 412-424).

42 — Mitte välistades võimalust, et mitmepoolsed vahendustasud, mis piiravad hindade kujunemist konkrentsimehhanismi tulemusena, võisid teenida konkrentsi kahjustavat eesmärki, otsustas komisjon siiski mitte selles küsimuses seisukohta võtta, leides, et nende piirav mõju on selgelt tõendatud (punktid 401-407).

43 — Tuginedes 2002. aasta andmetele, leidis komisjon, et mitmepoolsed vahendustasud võivad moodustada keskmiselt kuni 73% nendest kuludest.

44 — Põhjendused 439-460.

45 — Põhjendused 461-466.

46 — Põhjendused 467-496.

47 — Põhjendused 497-521.

48 — St eeskiri, mis keelab väljastajatel ja aktsepteerijatel määrata mitmepoolsete vahendustasude summa kindlaks pärast seda, kui väljastaja üks kaardiomanik tegi mõnes aktsepteerija kaupluses ostu ning tehing esitati tasumiseks.

kadumine suurendab konkurentsi aktsepteerijate vahel (punktid 135 ja 136), ning eelkõige argumendi, et mitmepoolsed vahendustasud samastatakse ühise sisendkuluga, mis on konkurentsi seisukohast neutraalne (punkt 143). Teiseks käsitles Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 168-182 teatavaid etteheiteid, mis on seotud toodete turu analüüsiga, ja lükkas need tagasi, kinnitades vaidlusaluses otsuses esitatud turu analüüsi. Mis puudutab eelkõige sõltumatu aktsepteerimisturu olemasolu, siis ta rõhutas, et hoolimata osade „väljastamine” ja „aktsepteerimine” teatavast täiendavusest, võib kaardiomanikele ja kauplejatele osutatavate teenuste vahel esiteks vahet teha ning teiseks avaldasid kaardiomanikud ja kauplejad eraldi konkurentsipurvet vastavalt väljastavatele pankadele ja aktsepteerivatele pankadele (punktid 176 ja 177). Samas küsimuses leidis ta, et kriitiline märkus, et arvesse ei võetud turu kaheosalist laadi, näitab majanduslikke eeliseid, mis mitmepoolsetest vahendustasudest tulenevad, ning ei ole seega asjakohane väite raames, et on rikutud EÜ artikli 81 lõiget 1. Lõpuks lükkas Üldkohus tagasi põhiapellatsioonkaebuse esitajate etteheite, mis puudutas haldusmenetluse käigus esitatud majandusalaste tõendite analüüsi (vt punkt 139 j tagapool) ning mille kohaselt puudus põhjendus seetõttu, et komisjon muutis võrreldes 24. juuli 2002. aasta Visa otsusega<sup>49</sup> oma lähenemist.

b. RBS-i vastuapellatsioonkaebuse ainus väide

i. Etteheide, et on rikutud õigusnormi, mis mõjutab Üldkohtu olukordade võrdlusanalüüsi

51. RBS, keda toetavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad, heidab oma apellatsioonkaebuse ainsas väites kõigepealt Üldkohtule ette, et ta ei kontrollinud, kas oletus, mille töötas välja komisjon oma olukordade võrdlusanalüüsi raames ja mis põhineb niisuguse eeskirja kohaldamisel, mis keelab väljastavatel pankadel *ex post*-tasud, oleks võinud tõenäoliselt realiseeruda mitmepoolsete vahendustasude puudumisel. Kinnitades ainult, et see eeskiri on majanduslikult elujõuline, ajas ta segi mitmepoolsete vahendustasude konkurentsile avaldatava mõju analüüsi ja selle piirangu objektiivse vajalikkuse analüüsi, mida need loovad.

52. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb selle hindamiseks, kas kokkulepet (või ettevõtjate ühenduse otsust) tuleb pidada keelatuks mõju tõttu, mida see turule avaldab, analüüsida konkurentsiolukorda reaalses raamistikus, milles see konkurents toimiks kokkuleppe (või otsuse) puudumisel.<sup>50</sup> Euroopa Kohtu näidatud analüüsimeetodi puhul tuleb seega võrrelda konkurentsistruktuuri, mille tekitas väidetav piirang, ja struktuuri, mis oleks valitsenud selle piirangu puudumise korral.

53. Kuna selle võrdluse teine kriteerium on oletustel põhineva hindamise tulemus, ei saa nõuda, et tõendataks, et selle hindamise käigus valitud stsenaarium leiab paratamatult aset siis, kui eeldatav piirang puudub.<sup>51</sup> See stsenaarium peab siiski osutama piisavalt realistlikuks ja usutavaks ega tohi olla lihtsalt teoreetiliselt võimalik, lähtudes kõikidest asjakohastest teguritest, näiteks eelkõige asjaomaste

49 — Otsus 2002/914.

50 — Euroopa Kohtu 30. juuni 1966. aasta otsus kohtuasjas 56/65: LTM (EKL 1966, lk 337, 359 ja 360); 11. detsembri 1980. aasta otsus kohtuasjas 31/80: L'Oréal (EKL 1980, lk 3775, punkt 19); 12. detsembri 1995. aasta otsus kohtuasjas C-399/93: Oude Luttikhuis jt (EKL 1995, lk I-4515, punkt 10); 28. mai 1998. aasta otsus kohtuasjas C-7/95 P: Deere vs. komisjon (EKL 1998, lk I-3111, punkt 76); 28. mai 1998. aasta otsus kohtuasjas C-8/95 P: New Holland Ford vs. komisjon (EKL 1998, lk I-3175, punkt 90); 21. jaanuari 1999. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-215/96 ja C-216/96: Bagnasco jt (EKL 1999, lk I-135, punkt 33), ja Üldkohtu 2. mai 2006. aasta otsus kohtuasjas T-328/03: O2 (Germany) vs. komisjon (EKL 2006, lk II-1231, punkt 68).

51 — Vt Euroopa Kohtu 8. detsembri 2011. aasta otsus kohtuasjas C-389/10 P: KME Germany jt vs. komisjon (EKL 2011, lk I-13125, punkt 39).

toodete ja teenuste omadused, kokkuleppe poolte seisund asjaomasel turul,<sup>52</sup> selle turu struktuur ning selle toimimise majanduslik, õiguslik ja tehniline kontekst,<sup>53</sup> nii praeguse kui ka potentsiaalse konkurentsi tingimused,<sup>54</sup> sisenemisbarjääride puudumine,<sup>55</sup> turu küllastatuse aste ja tarbijate ustavus olemasolevatele kaubamärkidele,<sup>56</sup> intellektuaalomandi õiguste olemasolu või kasutamine.

54. Käesoleval juhul analüüsis komisjon vaidlusaluse otsuse punktides 458-460 konkurentsiprotsessi, mis oleks turul aset leidnud ilma mitmepoolsete vahendustasudeta, ning järeldas, et mitmepoolsete vahendustasude puudumisel ning *ex post*-tasude keelu korral „määratakse” hinnad, mille aktsepteerijad kauplejate arvele kannavad, „kindlaks ainult aktsepteerija piirkulude ja tema kasumimarginaali põhjal”. Komisjoni sõnul „avaldaks aktsepteerivate pankade teadmatus selles osas, missugune on vahendustasude tase, mida tema konkurendid nõustuksid kahepoolse kokkuleppe alusel väljastajatele maksuma, aktsepteerijatele survet”, nii et „pikemas perspektiivis võib oodata, et niisugune protsess viib selleni, et pankadevahelised nõuded ja võlad koostatakse makse nimiväärtusega, st arvamata maha vähimatki vahendustasu”. Üldkohus kinnitas seda analüüsi vaidlustatud kohtuotsuse punktis 133. Seega ei puudu vaidlusaluses otsuses vastupidi sellele, mida väitsid RBS ja põhiapellatsioonkaebuse esitajad eelkõige kohtuistungil, olukordade võrdlusanalüüs ning Üldkohus ei rikkunud õigusnormi, kui ei leidnud, et komisjon oleks jätnud selle esitamata.

55. RBS seab kahtluse alla vaidlustatud kohtuotsuse punktis 132 esitatud väite, et „asjaolu, et oletus MasterCardi süsteemist, mis toimib ilma mitmepoolsete vahendustasudeta – tuginedes üksnes *ex post*-tasusid keelavale eeskirjale –, oli oma laadilt majanduslikult elujõuline ja piisav, et õigustada selle arvesse võtmist seoses analüüsiga mitmepoolsete vahendustasude mõjust konkurentstile”.

56. Selle punkti tähenduse ja ulatuse mõistmiseks tuleb märkida, et Üldkohus käsitles vaidlustatud kohtuotsuses etteheiteid, et mitmepoolsete vahendustasude konkurentstile avaldatava mõju analüüsimisel tehti hindamisvigu, pärast etteheidet, et mitmepoolsete vahendustasude objektiivse vajalikkuse analüüs on ekslik. Ta leidis – võttes arvesse kriitikat hinnangu aadressil, mille komisjon andis EÜ artikli 81 lõike 1 põhjal –, et soovitatav on kontrollida, kas süsteem MasterCard ilma mitmepoolsete vahendustasudeta on majanduslikult elujõuline, ning siis hindas – nagu nõutud eespool punktis 52 viidatud kohtupraktikas –, kuidas toimiks konkurents aktsepteerimisturul niisuguse süsteemi raames.

57. Nii jõudis Üldkohus mitmepoolsete vahendustasude konkurentstile avaldatava mõju analüüsis järeldustele, millele ta oli jõudnud, analüüsides seda, kas need olid objektiivselt vajalikud. Näiteks järeldades selle analüüsi tulemusena, et komisjoni seisukoht, et varumehhanism, mis sisaldab positiivseid mitmepoolseid vahendustasusid, ei olnud süsteemi MasterCard püsijäämiseks objektiivselt vajalik ning et see süsteem oleks saanud toimida vähem piirava meetme alusel, st *ex post*-tasude keelu eeskirja alusel, leidis ta selles punktis 132, et nimetatud institutsioon võis tõesti oma analüüsis, milline oleks konkurents mitmepoolsete vahendustasude puudumise korral, võtta lähtepunktina arvesse stsenaariumit, mida iseloomustab see eeskiri. Vastupidi sellele, mida väitis RBS kohtuistungil, ei töötanud niisugust olukordade võrdlusanalüüsil põhinevat stsenaariumi välja Üldkohus selleks, et täita lünk vaidlusaluses otsuses, vaid see oli olemas juba selles otsuses.<sup>57</sup>

52 — Vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus LTM (lk 250).

53 — Vt ka eespool viidatud kohtuotsus O2 (Germany) vs. komisjon (punkt 72), milles Üldkohus rõhutas, kui oluline on analüüsida konkurentsiolukorda kokkuleppe puudumise korral, kui tegemist on liberaliseeritavate või esilekerkivate turgudega.

54 — Üldkohtu 15. septembri 1998. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-374/94, T-375/94, T-384/94 ja T-388/94: European Night Services jt vs. komisjon (EKL 1998, lk II-3141, punkt 137).

55 — Vt eespool viidatud kohtuotsus O2 (Germany) vs. komisjon (punkt 72).

56 — Euroopa Kohtu 28. veebruari 1991. aasta otsus kohtuasjas C-234/89: Delimitis (EKL 1991, lk I-935).

57 — Vt eelkõige vaidlusaluse otsuse põhjendused 408 ja 410, milles komisjon kinnitab, et „aktsepteerivate pankade hinnad oleksid madalamad, kui [mitmepoolset „varueeskirja”] ei oleks olemas ja kui süsteem näeks ette *ex post*-tasude keelu eeskirja”, ning eespool viidatud punkt 460.

58. Üldkohus ei ajanud seega segi kriteeriumeid, mille põhjal analüüsitakse piirangu mõju konkurentsile, ja kriteeriumeid, mida kohaldatakse, analüüsides, kas seonduv piirang on objektiivselt vajalik, samuti ei eiranud ta eespool punktis 52 viidatud kohtupraktikas sedastatud põhimõtteid, kui asendas „tegeliku raamistiku”, milles tuleb konkurentsiolukorda oletatava piirangu puudumisel hinnata, „majanduslikult elujõulise” raamistikuga. Vaidlustatud kohtuotsuse eespool viidatud punktis 132 meenutas ta sisuliselt ainult oma mitmepoolsete vahendustasude objektiivse vajalikkuse hindamise tulemuste põhjal tingimusi, mille korral oleks süsteem MasterCard võinud *oletatava piirangu puudumise korral* edasi toimida.

59. Väite osas, mida põhiapellatsioonkaebuse esitajad kordavad oma vastuses RBS-i vastuapellatsioonkaebusele ning mille kohaselt ei ole varutasusid keelava eeskirja kehtestamine realistlik, et niisugune eeskiri ei oleks turujõudude tulemus ja MasterCard ei oleks seda kunagi vastu võtnud, v. a juhul, kui teda oleks selleks kohustatud vastava regulatsiooniga, viitan kaalutlustele tagapool punktides 101-106, milles ma analüüsin, kas mitmepoolsed vahendustasud on objektiivselt vajalikud. Praegu märgin ainult, et esimeses kohtuastmes rõhutasid põhiapellatsioonkaebuse esitajad kaua esiteks seda, et varutasude süsteem tehingute eest tasumisel on iga niisuguse neljapoolse süsteemi põhinõue, mida iseloomustab HACR, ning teiseks turumehhanismi puudumist väljastavate pankade ja aktsepteerivate pankade vahel. Selles olukorras tekib mul küsimus, kas niisugune varusüsteem ei ole *tingimata* selle tulemus, et turujõududesse sekkuti väljastpoolt, ükskõik kas tegemist on maksesüsteemi raames<sup>58</sup> tehtud otsuse või konkurentsiasutuse sekkumisega.<sup>59</sup>

60. Seega on meil siin tegemist juhtumiga, mis on väga erinev juhtumist, mille puhul tehti kohtuotsus O2<sup>60</sup>, millele põhiapellatsioonkaebuse esitajad oma vastuses RBS-i vastuapellatsioonkaebusele samuti viitavad. Selles kohtuotsuses leidis Üldkohus, et komisjon ei rekonstrueerinud õigesti konkurentsistruktuuri, mis oleks valitsenud vaidlusaluse kokkuleppe puudumisel, sest ta asus eelkõige seisukohale, et O2 olemasolu 3G-mobiiltelefonide turul on kindel, kuigi see ei olnud mitte üksnes tõendamata, vaid analüüs, mille ta viis läbi EÜ artikli 81 lõikest 3 lähtudes, lükkas selle olemasolu lausa ümber. Käesoleval juhul seevastu heidetakse komisjonile sisuliselt ette, et ta analüüsis konkurentsiolukorda aktsepteerimisturul mitmepoolsete vahendustasude puudumisel, võtmata arvesse varusüsteemi, mille MasterCard oleks tõenäoliselt *otsustanud* vastu võtta, et asendada mitmepoolsed vahendustasud.

61. Eespool esitatud põhjustel näib mulle, et tagasi tuleb lükata RBS-i etteheide, et rikuti õigusnormi, mis mõjutas Üldkohtu olukordade võrdlusanalüüsi.

ii. Etteheide, et mitmepoolsete vahendustasude mõju konkurentsile analüüsiti ebapiisavalt

62. RBS heidab seejärel komisjonile ja Üldkohtule ette, et nad ei tuginenud oma mitmepoolsete vahendustasude konkurentsile avaldatava mõju analüüsis konkreetsetele tõenditele, vaid piirdusid üldist laadi kaalutluste ja lihtsalt oletustega, järgides lähenemist, mis on sobiv, kui oletatakse eesmärgipõhist, mitte mõjupõhist piirangut nagu käesoleval juhul.

63. Etteheide on ebatõenäoline, kuna selles piirduakse sisuliselt viitamisega sellele, et Üldkohtu väited on üldsõnalised, ja vaidlustatud kohtuotsust on loetud valikuliselt. Vastupidi sellele, millele vihjab RBS, viidates vaidlustatud kohtuotsuse punkti 143 teises lauses kasutatud sõnastusele,<sup>61</sup> ei teinud Üldkohus järeldust, et mitmepoolsed vahendustasud avaldavad piiravat mõju, ainuüksi tõdemuse põhjal, et

58 — Muu hulgas süsteemidevahelist konkurentsi puudutavate kaalutluste alusel.

59 — Mõistagi ei tähenda see ennatliku otsuse tegemist komisjoni analüüsi kohta, mille kohaselt viiks konkurentsiolukord mitmepoolsete vahendustasude puudumisel aktsepteerivate pankade vahel pikemas perspektiivis igasuguste vahendustasude kadumiseni.

60 — Viidatud 50. joonealuses märkuses.

61 — See lause on järgmine: „Kui nõustuda, et mitmepoolsed vahendustasud kehtestavad MSC-de minimaalse määra, ja kuna komisjon võis õiguspäraselt järeldada, et ilma mitmepoolsete vahendustasudeta toimiv MasterCardi süsteem oleks majanduslikult elujõuline, siis tuleneb sellest tingimata, et neil tasudel on konkurentsi piirav mõju.”

nendega määrati kindlaks kauplejalt võetavate teenustasude alampiir. Vastupidi, ta meenutas esiteks vaidlustatud kohtuotsuse punktis 140 EÜ artikli 81 lõike 1 punkti a sisu, rõhutades, et selle eesmärk „on [...] keelata ettevõtjatel moonutada hindade normaalset arengut turul”. Teiseks selgitas ta - lükates tagasi etteheite, et mitmepoolsed vahendustasud toimisid ühise sisenemistasuna -, et „mitmepoolsed vahendustasud [piiravad] survet, mida kauplejad saavad avaldada aktsepteerivatele pankadele, kui nad peavad läbirääkimisi MSC-de üle, vähendades võimalusi, et hinnad langevad alla teatud taseme” (punkti 143 kolmas lause). Kolmandaks käsitles ta erinevaid etteheiteid ja argumente, mille põhiapellatsioonkaebuse esitajad ja menetlusse astujad esitasid mitmepoolsete vahendustasude piirava mõju analüüsi kohta, mis on toodud vaidlusaluses otsuses. Selles kontekstis analüüsis ja kinnitas ta hinnangut, mille andis komisjon eelkõige küsimustes, kas komisjon tõendas õiguslikult piisavalt, et mitmepoolsete vahendustasudega määrati kindlaks kauplejalt võetavate teenustasude alampiir (punktid 159-165) ning et surve, mida kauplejad mitmepoolsetele vahendustasudele avaldasid, oli ebapiisav (punktid 157 ja 158), kas ta oli õigesti määratlenud tooteturu (punktid 169-173) ja leidnud, et sõltumatu ja asjaomane turg on aktsepteerimisturg (punktid 175-178), ning kas ta oli põhjendatult jätnud oma analüüsist välja konkurentsisureve, mida avaldasid mitmepoolsete vahendustasude maksmisele muud maksemeetodid (punkt 180) ja turu kaheosaline laad (punktid 181 ja 182). Lõpuks analüüsis ja kinnitas Üldkohus nii nende dokumentide usaldusväärust kui ka tõenduslikku väärtust, millele komisjon tugines, milleks on esiteks ühe naftaettevõtja, ühe Ühendkuningriigis asuva supermarketite keti, ühe lennuettevõtja ja ühe mööblikaupluse avaldused (punktid 146 ja 147) ning teiseks 2004. aasta turu-uuring (punktid 148-158).

64. Eelneva põhjal ei saa minu arvates Üldkohtule ette heita, et ta analüüsis – nagu väidab RBS – mõjupõhist piirangut ebapiisavalt. Igal juhul tuleb märkida, et kuigi vaidlusaluses otsuses ei võtnud komisjon lõplikku seisukohta mitmepoolsete vahendustasude võimaliku konkurentsi kahjustava mõju küsimuses ning et ta oli seega kohustatud hindama nende mõju turule, on siiski nii, et kui tegemist on – nagu käesoleval juhul – kokkuleppega, mis puudutab otseselt hinnakujunemismehhanismi, võib selle võimet moonutada hindade normaalset kujunemist turul olla konkreetselt kergem tõendada. Selles osas märgin, et Austria panku käsitlevas kohtuotsuses<sup>62</sup> kinnitas Üldkohus – ilma et Euroopa Kohus, kellele esitati apellatsioonkaebus, oleks leidnud vastupidist<sup>63</sup> -, et selleks, et tõendada, et hinnakokkulepe, mille viisid ellu selles osalenud ettevõtjad, avaldas turule konkreetset mõju, „piisab, et kokkulepitud hinnad on olnud konkreetsete tehinguhindade aluseks, mis piirab klientide läbirääkimisruumi”.<sup>64</sup> Kokkulepet, mida vaadeldi kohtuasjas, milles tehti see kohtuotsus, peeti küll eesmärgipõhiseks piiranguks ning komisjon oli võtnud selle mõju turule arvesse ainult siis, kui hindas rikkumise raskusastet trahvi määramiseks. Ei saa siiski asuda seisukohale, et trahvi taset kindlaks määrates on nõutav väiksem rangus kokkuleppe mõju tõendamisel kui hinnates, kas see kokkulepe kuulub EÜ artikli 81 lõike 1 kohaldamisalasse.<sup>65</sup>

iii. Etteheide, et vaidlustatud kohtuotsuse põhjendused on vastuolulised

65. RBS juhib lõpuks tähelepanu vastuolule selle vahel, mida on väidetud vaidlustatud kohtuotsuse punktis 143, ja selle vahel, mida on tuvastatud sama kohtuotsuse punktides 150, 157 ja 158 kauplejate ja MasterCardi liikmete võime kohta mõjutada MasterCardi poliitikat hindade alal.

66. Ka see etteheide tuleb minu arvates tagasi lükata. „Surve”, millest kõneldakse vaidlustatud kohtuotsuse punktides 150, 157 ja 158, on surve, mida kauplejad võisid mitmepoolsete vahendustasude tasemele avaldada, keeldudes MasterCardi kaartide kasutamisest või seda pärssides – surve, mida komisjon ja Üldkohus pidasid 2004. aasta turu-uuringu põhjal ebapiisavaks negatiivsete

62 – Üldkohtu 14. detsembri 2006. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-259/02-T-264/02 ja T-271/02: Raiffeisen Zentralbank Österreich vs. komisjon (EKL 2006, lk II-5169).

63 – Euroopa Kohtu 24. septembri 2009. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P ja C-137/07 P: Erste Group Bank jt vs. komisjon (EKL 2009, lk I-8681, punktid 116-119).

64 – Punkt 285 ja seal viidatud kohtupraktika.

65 – Vt selle kohta kohtujurist Bot' ettepanek eespool viidatud kohtuasjas Erste Group Bank jt vs. komisjon.

tagasilanguste tõttu, mida kauplejate niisugune tegevus võis nende klientidele avaldada.<sup>66</sup> Seevastu vaidlustatud kohtuotsuse punktis 143 viitab Üldkohus „survele”, mida kauplejad võivad avaldada aktsepteerivatele pankadele kauplejalt võetavate teenustasude üle läbirääkimiste pidamisel ja mida piiravad mitmepoolsed vahendustasud - mis moodustavad alampiiri, millest allapoole ei saa kauplejalt võetavad teenustasud põhimõtteliselt langeda –, kuid mis tõuseksid ilma nendeta toimival aktsepteerimisturul. Vaidlustatud kohtuotsuse punktide vahel, millele RBS viitab, ei ole ilmselgelt mingit vastuolu, sest nendes on vaadeldud erinevaid olukordi.

iv. Järeldused RBS-i vastuapellatsioonkaebuse ainsa väite kohta

67. Kõikide eelnevate kaalutluste põhjal arvan, et RBS-i vastuapellatsioonkaebuse ainus väide tuleb põhjendamatus tõttu tagasi lükata ja seega vastuapellatsioonkaebus ise põhjendamatus tõttu rahuldamata jätta.

c. LBG vastuapellatsioonkaebuse esimene väide

68. LBG esitab oma vastuapellatsioonkaebuse esimese väite raames sisuliselt kolm kriitilist märkust vaidlustatud kohtuotsuse kohta.

69. Esiteks heidab ta Üldkohtule ette, et viimane ei esitanud sobivaid põhjendusi, miks moonutavad mitmepoolsed vahendustasud konkurentsi aktsepteerimisturul, kuigi need kujutavad endast ühist sisenemistasu. Selles osas piisab, kui meenutada, et Üldkohus lükkas etteheite, et mitmepoolsed vahendustasud toimisid ühise sisenemistasuna, tagasi vaidlustatud kohtuotsuse punktis 143, milles ta selgitas, et võrreldes ilma nendeta toimiva aktsepteerimisturuga „piiravad mitmepoolsed vahendustasud survet, mida kauplejad saavad avaldada aktsepteerivatele pankadele, kui nad peavad läbirääkimisi MSC-de üle, vähendades võimalusi, et hinnad langevad alla teatud taseme”. Selle selgituse juures on viide sellele, mida komisjon tuvastas ja Üldkohus kinnitas ilma mitmepoolsete vahendustasudeta toimiva süsteemi MasterCard elujõulisuse osas. Minu arvates piisab sellisest põhjendusest tervikuna – mis rajaneb pöördvõrdelisel suhtel kauplejatele kauplejalt võetavate teenustasude osas jäetud läbirääkimisruumi ja mitmepoolsete vahendustasude taseme vahel, samuti väitel, et mitmepoolsed vahendustasud on kunstlikud ja mitte tingimata vajalikud –, et mõista Üldkohtu arutluskäiku.

70. Teiseks heidab LBG Üldkohtule sisuliselt ette, et viimane leidis, et hinnakokkulepe eksisteeris väljastamisturul, kuid analüüsis selle mõju järgneval, st aktsepteerimisturul. Selles osas viitab ta ainult argumentidele oma Üldkohtus esitatud menetluse astuja seisukohtade punktides 48-52, millele viimane väidetavalt ei vastanud.

71. Komisjoni arvates on see etteheide vastuvõetamatu, sest menetluse astujana ei olnud LBG-l lubatud tugineda nendele argumentidele, milles on tegelikult esitatud uus väide võrreldes nendega, millega põhjendati hagiavaldust - väide, et asjaomase turu määramisel tehti viga. Selles osas märgin, et LBG heitis oma esimeses kohtuastmes esitatud menetluse astuja seisukohtade eespool viidatud punktides komisjonile sisuliselt esiteks ette, et komisjon valis oma olukordade võrdlusanalüüsis oletuse, st ilma mitmepoolsete vahendustasudeta, kuid *ex post*-tasude keelu eeskirjaga toimiva süsteemi MasterCard, mis avaldab aktsepteerimispankadevahelisele konkurentsile sama mõju nagu mitmepoolsed vahendustasud (punktid 49 ja 50), teiseks tugines 2004. aasta turu-uuringule, mille tõenduslik väärtus on vaidlustatud (punkt 51), ja kolmandaks valis „ebahariliku” lähenemise, analüüsidest mitmepoolsete vahendustasude mõju aktsepteerimisturule, mitte väljastamisturule, kus

66 — Üldkohus meenutas kõigepealt vaidlustatud kohtuotsuse punktis 150 järeldusi, mille komisjon tegi 2004. aasta turu-uuringust, st et kauplejad ei saanud avaldada piisavalt survet mitmepoolsete vahendustasude summadele „põhjendusel, et kauplejatepoolse kaardimaksete aktsepteerimise põhitegur oli nende kaardimaksete ligitõmbavus tarbijatele ja seega võis sellest makseviisist keeldumine või selle diskrimineerimine avaldada negatiivset mõju nende klientuurile”, seejärel punktis 157 tuvastas ta, et need järeldused on põhjendatud, ja lõpuks punktis 158 käsitles mõningaid nende tagajärgi.

kokkulepe sõlmiti (punktid 52-54). Üldkohus vastas kahele esimesele etteheitele või üsna sarnastele etteheidetele, mille esitasid põhiapellatsioonkaebuse esitajad esimeses kohtuastmes, vastavalt vaidlustatud kohtuotsuse punktides 143 ja 149-156. Mis puudutab kolmandat etteheidet, siis see kattub osaliselt etteheitega, et ei võetud arvesse turu kaheosalist laadi - mille esitas ka LBG esimeses kohtuastmes ja millest on juttu - tagapool punktides 73-75 analüüsitud - kolmandas kriitilises märkuses, mille viimane esitas vaadeldava väite raames, ning osaliselt püütakse sellega kahtluse alla seada komisjonipoolne asjaomase turu valik. Viimasest aspektist vastas Üldkohus sellele etteheitele vaidlustatud kohtuotsuse punktides 168-178. LBG võis seega põhimõtteliselt esitada võimalikud etteheited, et rikutud on õigusnorme, mis mõjutab vaidlustatud kohtuotsuse eespool viidatud punktides esitatud hinnanguid.

72. Osas, milles väidetakse, et seisukoht jäeti võtmata, tuleb analüüsiv etteheide siiski sisulistes küsimustes tagasi lükata, sest – nagu ma märkisin – vastas Üldkohus tegelikult erinevatele argumentidele, mille LBG oma menetlusse astuja seisukohtade viidatud punktides esitas. Ülejäänud osas tuleb märkida, et kuna puuduvad konkreetset etteheited, mis oleksid suunatud vaidlustatud kohtuotsuse seda vastust sisaldavate punktide vastu, saab ainuüksi väidet, et Üldkohus ei „käsitlenud sobivalt” argumente ja asjaolusid, mis talle hindamiseks esitati, tõlgendada üksnes nii, et see on Euroopa Kohtule esitatud argumentide ja asjaolude uuesti läbi vaatamise taotlus, mis on apellatsiooniasutuses vastuvõetamatu.

73. Sama käib kolmanda kriitilise märkuse kohta, mille LBG vaidlustatud kohtuotsuse kohta esitas ja milles ta heidab Üldkohtule ette, et Üldkohus ei võtnud arvesse ei selle surve suurust, mida avaldasid väljastamisturule „teised maksesüsteemid”, ega ka turu kaheosalist laadi.

74. LBS kinnitab sisuliselt ainult, et Üldkohus jättis need küsimused oma EÜ artikli 81 lõike 1 põhjal läbi viidud analüüsist ekslikult välja ja tunnistas nende asjakohasust ainult selle artikli lõike 3 kohaldamisel, kuid LBS ei selgita siiski, miks on selline meetod ekslik, piirdudes nende argumentide kordamisega, mille ta oli esitanud juba oma esimese ja teise kriitilise märkuse raames, ning viitamisega oma esimeses kohtuastmes esitatud menetlusse astuja seisukohtade sisule. Selles osas märgin, et vaidlustatud kohtuotsuse punktides 180 ja 181 leidis Üldkohus, et kriitika, et arvesse ei võetud turu kaheosalist laadi, on „EÜ artikli 81 lõike 1 rikkumist käsitleva väite raames [...] asjassepuutumatu”, sest selles „esitavad hagejad majanduslikke eeliseid, mis tulenevad mitmepoolsetest vahendustasudest”. LBG ei esitanud oma vastuapellatsioonkaebuses aga ühtegi argumenti, millega ta oleks vaidlustanud selle kohta esimeses kohtuastmes esitatud argumentide niisuguse tõlgenduse või selgitanud, milliseid eeliseid oleks Üldkohus pidanud oma EÜ artikli 81 lõike 1 põhjal läbi viidud analüüsis arvesse võtma ja miks on see arvessevõtmine käesoleval juhul vajalik, arvestades eelkõige Euroopa Kohtu ja Üldkohtu praktikat selles küsimuses. Märgin ka, et vastupidi sellele, mida näib väitvat LBG, käsitles Üldkohus argumenti, et komisjon ei võtnud arvesse „teisi makseviise koos pangakaartide süsteemidega seoses ühe turuga ega võtnud neid igal juhul arvesse kui konkurentsisure avaldajaid”, vaidlustatud kohtuotsuse punktides 179 ja 180. Ka selles osas ei esita LBG ühtegi etteheidet Üldkohtu hinnangule. Põhjalikumate argumentide puudumise tõttu on Euroopa Kohus sunnitud lähtuma oma kontrolli puhul lihtsalt väitest, et Üldkohtu analüüs on puudulik.

75. Kuna vaadeldavas kriitilises märkuses viidatakse põhjenduse puudumisele kõnesolevates küsimustes, tuleb see märkus minu arvates põhjendamatus tõttu tagasi lükata, sest vaidlustatud kohtuotsuse asjakohased põhjendused võimaldavad mõista Üldkohtu arutluskäiku.

76. Eelneva põhjal tuleb LBG vastuapellatsioonkaebuse esimene väide minu arvates tervikuna tagasi lükata.

4. Kas mitmepoolsed vahendustasud on objektiivselt vajalikud (põhiapellatsioonkaebuse esimene väide)?

a. Vaidlustatud kohtuotsus

77. Üldkohus analüüsis vaidlustatud kohtuotsuse punktides 77-121 küsimust, kas mitmepoolsed vahendustasud on objektiivselt vajalikud. Enne seda analüüsi täpsustas ta punktis 75, et põhiapellatsioonkaebuse esitajate väidet, et mitmepoolsed vahendustasud olid objektiivselt vajalikud, tuleb „mõista nii, et komisjon oleks pidanud järel dama, et need on MasterCardi süsteemiga seonduvad piirangud ja et seetõttu ei olnud komisjonil õigust uurida nende mõju konkurentsile autonoomselt, vaid oleks pidanud uurima seda mõju koos MasterCardi süsteemi mõjuga, millega need seonduvad”.

78. Olles meenutanud lühidalt põhimõtteid, mis on sedastatud kohtuotsuses M6 jt vs. komisjon<sup>67</sup> seonduvate piirangute vallas, analüüsis Üldkohus põhiapellatsioonkaebuse esitajate etteheidet, et kohaldati valesid õiguslikke kriteeriume, ja lükkas selle tagasi (vaidlustatud kohtuotsuse punktid 84-92). Seejärel analüüsis ta eraldi seda, kas mitmepoolsed vahendustasud on objektiivselt vajalikud kui varutasud tehingute eest tasumisel (punktid 94-99) ja kui väljastamispankadele vahendite ülekandmise mehhanism (punktid 100-121). Esimese analüüsi raames kinnitas ta komisjoni hinnangut, et see, kui MasterCardi süsteemi lisatakse *ex post*-tasude keelu eeskiri, on vähem piirav alternatiiv positiivsetele mitmepoolsetele vahendustasudele. Oma analüüsi tulemusena järel das Üldkohus, et komisjonil oli õigus, kui ta leidis, et mitmepoolsed vahendustasud ei ole MasterCardi süsteemi toimimiseks objektiivselt vajalikud.

b. Põhiapellatsioonkaebuse esimene väide

79. Oma esimeses väites heidavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad, keda toetavad RBS, MBNA, HSBC ja LBG, Üldkohtule ette mitut õigusnormide rikkumist ja põhjenduse puudumist hinnangu andmisel sellele, kas mitmepoolsed vahendustasud on objektiivselt vajalikud. See väide on jagatud neljaks osaks, mille kohaselt kohaldati vastavalt vale õiguslikku kriteeriumi, konkurentsipiirangut ei analüüsitud selle kontekstis, asendati komisjoni hinnang Üldkohtu omaga ja kontrollitase oli ebapiisav.

i. Põhiapellatsioonkaebuse esimese väite esimene osa, et kohaldati vale õiguslikku kriteeriumi

80. Oma esimese väite esimeses osas heidavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad Üldkohtule ette, et viimane eiras õiguslikku kriteeriumit, mida kohaldatakse seonduva piirangu objektiivse vajalikkuse analüüsimisel, nagu see kriteerium on määratletud eelkõige Euroopa Kohtu otsuses DLG<sup>68</sup> ja Üldkohtu otsuses M6 jt vs. komisjon<sup>69</sup>. Kui liidu kohus täpsustas nendes kohtuotsustes, et piirang on objektiivselt vajalik siis, kui selle puudumisel oleks põhitehingu eesmärki võimatu saavutada või pooltel oleks seda raskem saavutada, st siis, kui see tehing „oleks raskesti teostatav või teostamatu”,<sup>70</sup> siis vaidlustatud kohtuotsuse punktis 89 muutis Üldkohus selle kriteeriumi jäigemaks, kinnitades, et „üksnes põhitehingu toimimiseks igal juhul vajalikke piiranguid [võib] pidada seonduvate piirangute kohaldamisalasse kuuluvaks”. Põhiapellatsioonkaebuse esitajad ja menetluse astujad arvavad, et õige kriteerium, mida tuleks kohaldada, peaks olema „kaubanduslikult realistlik” ning loogilises plaanis ei tohiks see eeldada ranget vajadust. See peaks võimaldama pidada objektiivselt vajalikuks piirangut, mille puudumine „takistaks materiaalselt” põhitehingu „tõhusat toimimist” või selle „tõhusa” toimimise võimet.

67 — Üldkohtu 18. septembri 2001. aasta otsus kohtuasjas T-112/99: M6 jt vs. komisjon (EKL 2001, lk II-2459).

68 — Euroopa Kohtu 15. detsembri 1994. aasta otsus kohtuasjas C-250/92: DLG (EKL 1994, lk I-5641).

69 — Viidatud 67. joonealuses märkuses.

70 — Eespool viidatud kohtuotsus M6 jt vs. komisjon (punkt 109).

81. Tuleb meenutada, et eespool viidatud kohtuotsuse M6 jt vs. komisjon kohaselt, mida on laialdaselt tsiteeritud vaidlustatud kohtuotsuse punktides 77-82, „[hõlmab mõiste „seonduv piirang” [...] mis tahes piirangut, mis on põhitehinguga otseselt seotud”.<sup>71</sup> Selle kohtuotsuse järgi tuleb piirangu vajalikkuse hindamiseks „uurida, kas piirang on põhitehingu teostamiseks objektiivselt vajalik, ja teiseks seda, kas see on põhitehinguga võrreldes proportsionaalne”.<sup>72</sup> Piirangu objektiivse vajalikkuse hindamise osas on selles kohtuotsuses täpsustatud, et „[a]nalüüsida ei tule seda, kas piirang on hädavajalik põhitehingu äriliseks õnnestumiseks, arvestades asjassepuutuva turu konkurentsiolukorda, vaid tuleb teha kindlaks, kas põhitehingu konkreetseid asjaolusid arvestades on piirang vajalik selle tehingu teostamiseks. Kui piirangu puudumisel oleks põhitehing raskesti teostatav või teostamatu, võib piirangut käsitada kui tehingu teostamiseks objektiivselt vajalikku”.<sup>73</sup>

82. Tuleb ka märkida, et ei põhiapellatsioonkaebuse esitajad ega menetlusse astujad ei vaidlusta iseenesest niisugust seonduva piirangu objektiivse vajalikkuse analüüsimisel kohaldatavat õiguslikku kriteeriumit, nagu on kindlaks määratud eespool viidatud kohtuotsuses M6 jt vs. komisjon, vaid piirduvad väitega, et Üldkohus kohaldas seda kriteeriumit ainult osaliselt, eelkõige jättes analüüsimata, kas mitmepoolsete vahendustasude kõrvaldamine oleks muutnud MasterCardi süsteemi „raskesti teostatavaks”. Seega tuleb esiteks määratleda selle kriteeriumi täpne ulatus ja teiseks kontrollida, kas Üldkohus tegi vea, mida talle ette heidetakse.

83. Esimese aspekti osas märgin, et liidu õiguses tuleneb seonduvate piirangute teooria mitmest Euroopa Kohtu otsusest, mis on tehtud alates kohtuotsusest Metro<sup>74</sup> ja milles ta on leidnud, et konkurentsipiiranguteks EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses ei ole kokkuleppeosaliste sõltumatuse piiramised, mis on „vajalikud” mõne õiguspärase ärialase eesmärgi saavutamiseks. Nendes kohtuotsustes tõlgendati ja kohaldati piirangu vajalikkuse tingimust üsna kitsalt, sest Euroopa Kohus on üldiselt nõudnud, et kõnesolev piirang oleks kavandatava kaubandustehingu tegemiseks „võimalikkuse”, „tõhususe” ja „elujõulisuse” mõttes vajalik.<sup>75</sup>

84. Selle ranguse põhjuseks on peamiselt asjaolu, et niisugused piirangud tunnistatakse põhimõtteliselt automaatselt EÜ artikli 81 lõikega 1 kooskõlas olevaks nagu kokkulepe. Niisugune käsitlemine tuleneb positiivsest hinnangust, mis antakse liidu õiguskorras õiguslik-majanduslikule otstarbele, mida kokkulepe täidab, ja prioriteetsusele, mis on selles õiguskorras antud selle õiguspärasele eesmärgile, sallides võimalikke (mõõdukaid) konkurentsipiiranguid, mis osutuvad selle eesmärgi saavutamise huvides vajalikuks. Seetõttu saab objektiivselt vajalikuks seonduvaks piiranguks tunnistada ainult piirangud, ilma milleta ei saaks kokkulepe täielikult täita oma õiguslik-majanduslikku otstarvet, mis

71 — Eespool viidatud kohtuotsus M6 jt vs. komisjon (punkt 104).

72 — Eespool viidatud kohtuotsus M6 jt vs. komisjon (punkt 106).

73 — Vt selle kohta ka Üldkohtu 29. juuni 2012. aasta otsus kohtuasjas T-360/09: E.ON Ruhrgas ja E.ON vs. komisjon. Eespool viidatud kohtuotsuses M6 jt vs. komisjon sedastatud põhimõtteid on kohaldatud ka analoogia alusel Üldkohtu 12. aprilli 2013. aasta otsuses kohtuasjas T-451/08: Stim vs. komisjon.

74 — Euroopa Kohtu 25. oktoobri 1977. aasta otsus kohtuasjas 26/76: Metro SB-Großmärkte vs. komisjon (EKL 1977, lk 1875, punktid 20 ja 27). Selles kohtuotsuses kinnitas Euroopa Kohus, et teatavatel tingimustel „kujutab valikurustussüsteem endast teiste hulgas konkurentsielementi, mis on [EÜ] artikli 8[1] lõikega 1 kooskõlas”, ning asus siis seisukohale, et „igasugune süsteem, mis põhineb turustuskohdade valikul, eeldab tingimata, et võrku kuuluvad hulgemüüjad varustavad üksnes heakskiidetud edasimüüjaid, vastasel korral ei ole sellel süsteemil mõtet”, ja seega, et piirangud, mis võimaldavad kontrollida selle kohustuse järgimist, „ei kujuta nii kaua, kui need ei lähe kaugemale taotletavast eesmärgist, iseenese konkurentsipiirangut, vaid täiendavad põhikohustust, mille kohaldamise nad tagavad”.

75 — Näiteks 11. juuli 1985. aasta otsuses kohtuasjas 42/84: Remia jt vs. komisjon (EKL 1985, lk 2545, punktid 19 ja 20) leidis Euroopa Kohus, et ettevõtja võõrandamise lepingutesse lisatud konkurentsikeelu tingimused tagavad põhimõtteliselt „niisuguse võõrandamise võimalikkuse ja tõhususe” ning aitavad seega „tugevdada konkurentsi, suurendades asjaomasel turul tegutsevate ettevõtjate arvu”, kuid siiski tingimusel, et „need tingimused on võõrandatava ettevõtja üleminekuks vajalikud ning et nende kestus ja kohaldamisala piiratakse rangelt selle eesmärgiga”. Tookord märkis Euroopa Kohus, et vaidlusaluse tingimuse puudumise korral „[ei oleks]” kõnesolevat ettevõtja võõrandamise kokkulepet „[saanud] ellu viia”, sest „müüjale, kes tun[dis] eriti hästi võõrandatavate ettevõtjate isearausi, [oleks jäänud] võimalus tõmmata pärast võõrandamist taas ligi oma endiseid kliente ja muuta nii see ettevõtja elujõuetuks”. Ka 28. jaanuari 1986. aasta otsuses kohtuasjas 161/84: Pronuptia de Paris (EKL 1986, lk 353, punkt 15 jj ja resolutsiooni punkt 1.B) leidis Euroopa Kohus, et mõned frantsiisikokkulepete lisatingimused ei kuulu EÜ artikli 81 lõikes 1 sätestatud keelu kohaldamisalasse, sest need on „frantsiisisüsteemi toimimiseks hädavajalikud”. Lõpuks eespool viidatud kohtuotsuses DLG, millele põhiapellatsioonkaebuse esitajad tuginevad, leidis Euroopa Kohus, „et ostukooperatiivi põhikirja sätte suhtes, mille kohaselt on selle liikmetel keelatud kuuluda teist liiki organiseeritud kooperatiividesse, mis konkureerivad otseselt temaga, ei kohaldata [EÜ] artikli 8[1] lõikes 1 sätestatud keeldu, sest nimetatud põhikirjasättes piirdatakse sellega, mis on rangelt vajalik, et tagada kooperatiivi korralik toimimine ja toetada selle läbirääkimisjõudu suhtes tootjatega”.

seada iseloomustab, ja/või selle elluviimine oleks võimatu või satuks tõsiselt kahtluse alla. Nõnda tulebki minu arvates tõlgendada nii viidet eespool viidatud kohtuotsuses DLG põhitehingu „korralikule toimimisele” kui ka viidet eespool viidatud kohtuotsuses M6 jt vs. komisjon selle „raskesti teostatavusele”.<sup>76</sup>

85. Nõuet vältida seda, et seonduva piirangu objektiivse vajalikkuse analüüsi ei kasutataks kahekordselt koos analüüsiga, mis viiakse läbi EÜ artikli 81 lõike 3 põhjal, on ka mainitud seonduva piirangu objektiivse vajalikkusele antud hinnangu raames.<sup>77</sup> Näiteks on täpsustatud, et piiranguid, mis võimaldavad hõlbustada põhitehingu tegemist, parandada selle tõhusust ja tagada selle üldise õnnestumise, ning üldiselt piiranguid, mis on turu „konkurentsiolukorda” arvestades hädavajalikud, tuleb võtta arvesse selle lõike, mitte sama artikli lõike 1 kontekstis.<sup>78</sup>

86. Nüüd analüüsin, kas hinnates mitmepoolsete vahendustasude objektiivset vajalikkust MasterCardi süsteemis, kauges Üldkohus eespool nimetatud õiguslikust kriteeriumist.

87. Selles osas märgin, et Üldkohus meenutas kõigepealt vaidlustatud kohtuotsuse punktides 77-82 põhimõtteid, mis sedastati eespool viidatud kohtuotsuses M6 jt vs. komisjon, sh selle kohtuotsuse punktis 109 põhitehingu „raskesti teostatavuse” kohta tehtud täpsustust. Seejärel märkis ta punktides 88 ja 89, et eelised, mida mitmepoolsed vahendustasud endast MasterCardi süsteemile kujutavad, samuti kaalutlused, mis on seotud nende hädavajalikkusega konkurentsiolukorra seisukohast asjaomasel turul, ei tule arvesse nende objektiivse vajalikkuse tõendamisel seonduvate piirangute teooria raames.<sup>79</sup> Samas kontekstis täpsustas ta vaidlustatud kohtuotsuse punktis 89, et „üksnes põhitehingu toimimiseks igal juhul vajalikke piiranguid [võib] pidada [selle teooria] kohaldamisalasse kuuluvaks”, punktis 90 järeldas ta, et „[a]sjaolu, et mitmepoolsete vahendustasude puudumine võib mõjutada MasterCardi süsteemi toimimist negatiivselt, ei tähenda seega iseenesest, et mitmepoolseid vahendustasusid tuleb lugeda objektiivselt vajalikuks, kui MasterCardi süsteemi analüüsist selle majanduslikus ja õiguslikus kontekstis ilmneb, et see suudab ka ilma nende tasudeta toimida”. Vastupidi põhiapellatsioonkaebuse esitajate väidetele ei usu ma, et neid lõike võiks tõlgendada - isoleerides need nende kontekstist - kui Üldkohtu püüet juba niigi rangeid hindamiskriteeriume, mis valiti eespool punktis 83 meenutatud kohtupraktikas, hiljem veelgi rangemaks muuta.

88. Niisugust tõlgendust ei näi kinnitavat ei vaidlustatud kohtuotsuse neid kriteeriume kirjeldavate põhjenduste lugemine koos ega hindamine, mille Üldkohus käesoleval juhul läbi viis. Ta leidis oma analüüsi tulemusena nimelt, et raskused, mida tekitaks mitmepoolsete vahendustasude kõrvaldamine MasterCardi süsteemi toimimises ning millele põhiapellatsioonkaebuse esitajad ja menetlusse astujad viitavad, ei olnud niisugused, mis oleksid takistanud süsteemil konkreetselt toimida, arvestades selle õiguslikku ja majanduslikku konteksti. Selles küsimuses märgin lisaks, et oma esimeses kohtuastmes esitatud hagiavalduses jäid põhiapellatsioonkaebuse esitajad kindlaks, et mitmepoolsete vahendustasude kõrvaldamine oleks seadnud kahtluse alla süsteemi MasterCard enda püsijäämise - sest see süsteem ei saa toimida ainult väljastavate pankade ja aktsepteerivate pankade vaheliste kahepoolsete vahendustasusid käsitlevate kokkulepete alusel ja ilma varueeskirjata -, mitte lihtsalt ei oleks muutnud selle toimimise raskemaks.

76 — Näiteks tingimus, millega hõlbustatakse ainult kokkuleppe elluviimist ja mis ei ole vajalik kirjeldatud tähenduses, ei kuulu EÜ artikli 81 lõikes 1 sätestatud keelu kohaldamisalasse üksnes siis, kui see ei sisalda konkurentsipiirangut või kui selle suhtes saab teha erandi EÜ artikli 81 lõike 3 alusel.

77 — Vt eespool viidatud kohtuotsus M6 jt vs. komisjon (punkt 109 ja 121).

78 — Vt eespool viidatud kohtuotsus M6 jt vs. komisjon (punkt 109 ja 121), milles on selles küsimuses muu hulgas viidatud kohtuotsuse Pronuptia de Paris punktile 24, milles Euroopa Kohus leidis, et asjaomane territoriaalse ainuõiguse tingimus kujutab endast konkurentsipiirangut EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses, nõustudes siiski, et niisuguse territoriaalse kaitse puudumisel oleks frantsiisikandidaat võinud otsustada mitte riskida ketiga liitumisega.

79 — Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 101 täpsustas Üldkohus enne, kui hakkas analüüsima, kas mitmepoolsed vahendustasud on objektiivselt vajalikud kui väljastavatele pankadele raha üle kandmise mehhanism, samuti, et „[s]iin ei pea läbi viima võrdlust, et määrata kindlaks, kas MasterCardi süsteem toimib tõhusamalt mitmepoolsete vahendustasudega või üksnes *ex post*-tasude keelu põhjal”.

89. Kõige eelneva põhjal arvan, et põhiapellatsioonkaebuse esimese väite esimene osa tuleb põhjendamatusse tõttu tagasi lükata.

ii. Põhiapellatsioonkaebuse esimese väite teine osa, mille kohaselt konkurentsipiirangut ei analüüsitud selle kontekstis

90. Oma esimese väite teise osa raames esitavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad sisuliselt viis etteheidet.

– Etteheide, et valiti vähem piirav alternatiiv, mis ei ole turujõudude tulemus

91. Nad vaidlustavad esiteks vaidlustatud kohtuotsuse punktis 99 toodud väite, et komisjonil „ei olnud aga kohustust tõendada, et turujõudude vaba toimimine ajendas väljastavaid ja aktsepteerivaid panku otsustama ise sellise eeskirja üle, mis piirab konkurentsi vähem kui mitmepoolsed vahendustasud”. Nad leiavad, et olukordade võrdlusanalüüs, mis sobib selle *hindamiseks, kas piirang on objektiivselt vajalik*, peab kindlasti olema turujõudude, mitte reguleeriva asutuse sekkumise tulemus, vastasel juhul eiratakse eespool punktis 53 viidatud kohtupraktikat, mis kohustab võtma arvesse „tegelikku raamistikku”, mis valitseks kokkuleppe, ettevõtjate ühenduse otsuse või kooskõlastatud tegevuse puudumise korral.

92. Komisjon vaidlustab selle etteheite vastuvõetavuse. Ta kinnitab, et põhiapellatsioonkaebuse esitajad ei saa oma väidet, et mitmepoolsed vahendustasud olid objektiivselt vajalikud, põhjendada argumendiga, et *ex post*-tasude keelul põhinev olukordade võrdlusanalüüs on sobimatu, mille nad esitasid esimeses kohtuastmes selleks, et põhjendada teistsugust väidet, st väidet, et konkurentsipiirangut ei olnud. See vastuväide tuleb minu arvates tagasi lükata. Kuna Üldkohus vastas sellele argumendile vaidlustatud kohtuotsuse põhjenduste selles osas, milles anti hinnang mitmepoolsete vahendustasude objektiivsele vajalikkusele ning kus põhiapellatsioonkaebuse esitajad vaidlustavad selle vastuse õigusliku põhjendatuse samas kontekstis, on vaadeldav etteheide minu arvates vastuvõetav.

93. Sisulistes küsimustes märgin, et Euroopa Kohtu ja Üldkohtu praktikast ilmneb, et piirangu vajalikkuse tingimus eeldab, et tehakse kindlaks esiteks, „kas piirang on põhitehingu teostamiseks objektiivselt vajalik, ning teiseks, kas see on põhitehinguga võrreldes proportsionaalne”, st ega selle esemeline ja geograafiline kohaldamisala ei ületa selle tehingu tegemiseks vajalikku (või kas see kohaldamisala piirdub rangelt sellega).<sup>80</sup>

94. Niisugune proportsionaalsuse analüüs eeldab, et kui on olemas vähem piirav alternatiiv, mis võimaldab saavutada õiguspäraseid eesmärke, mida asjaomase piiranguga taotletakse, ei saa seda piirangut pidada põhitehingu saavutamiseks vajalikuks ning see kuulub seega EÜ artikli 81 lõike 1 kohaldamisalasse. Niisuguse alternatiivi võimalikku olemasolu tuleb hinnata, lähtudes kõikidest asjakohastest kaalutlustest, ning – nagu Üldkohus kinnitab vaidlustatud kohtuotsuse punktis 99 – see peab osutama realistlikuks eelkõige majanduslikust vaatevinklist.

95. Seevastu ei saa minu arvates komisjonilt nõuda, et kui ta valib *seonduva piirangu proportsionaalsuse analüüsi* raames *alternatiivse, vähem piirava stsenaariumi*, tõendaks ta, et ilma selle piiranguta leiaks turujõudude toimet aset niisugune stsenaarium.

80 — Vt eespool viidatud kohtuotsused Remia (punkt 20) ja M6 jt vs. komisjon (punkt 113).

96. Selles osas ei saa põhiapellatsioonkaebuse esitajad tugineda eespool punktis 53 viidatud kohtupraktikale, mis ei puuduta konkreetset seonduva piirangu objektiivse vajalikkuse analüüsi. Mõistagi on Euroopa Kohus seda kohtupraktikat järgides nõustunud, et hinnates, kas piirang on selle põhitehingu tegemiseks, millega see seotud on, objektiivselt vajalik, tuleb analüüsida, missugune oleks konkurentsiolukord ilma selleta,<sup>81</sup> et teha kindlaks, kas niisugusel juhul osutuks see tehing raskesti teostatavaks või isegi teostamatuks.<sup>82</sup> Sellegipoolest ei saa seda nõuet tõlgendada nii, et kui komisjon leiab, et on olemas vähem piirav alternatiiv, peab ta tõendama, et see alternatiiv kujuneb välja konkurentsiolukorras ilma põhitehingu poolte kehtestatud piiranguta, ning ka seda, et need pooled otsustaksid tõenäoliselt selle valida.<sup>83</sup>

97. Seevastu ilmneb kohtupraktikast, et niisugusel juhul loeb esiteks see, kas selline alternatiiv on elujõuline eelkõige majanduslikus mõttes,<sup>84</sup> ja teiseks see, kas alternatiiv võib vastata õiguspärastele eesmärkidele, mille saavutamiseks asjaomane piirang ette nähti, ületamata selleks vajalikku, kuid võimaldades teha põhitehingut.<sup>85</sup>

98. Lõpuks märgin selles küsimuses, et seonduva piirangu proportsionaalsuse hindamisel selles mõttes, et selle hindamise eesmärk on kontrollida, kas on vähem piiravaid alternatiive, mida on võimalik kasutada põhitehingu poolte sätestatu asemel, samuti vastastikuste kohustuste tasakaalu, mille poole nad püüdleval, on tingimata „reguleeriv” külg, kui kasutada terminit, mida kasutavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad.

– Etteheide, et *ex post*-tasude keelu eeskirja MasterCardi süsteemi lisamine ei ole usutatav

99. Teiseks heidavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad Üldkohtule ette, et viimane „lubas” komisjonil tugineda „mitteusutavatele” faktilistele asjaoludele ja alternatiivsele stsenaariumile.

100. Niisugune etteheide tuleb minu arvates vastuvõetamatuse tõttu tagasi lükata, sest sellega püütakse tegelikult saavutada seda, et Euroopa Kohus annab uue hinnangu faktilistele asjaoludele. Lisaks tuleb ainetuse tõttu tagasi lükata ka argumendid, millel see etteheide põhineb. Kui põhiapellatsioonkaebuse esitajad kinnitavad, et „on teoreetiliselt mõeldamatu”, et kui mitmepoolsed vahendustasud on kõrvaldatud, sunnivad turujõud MasterCardi välistama muud vahendid, mille abil tasuda väljastavatele pankadele eeliste eest, mida nad annavad aktsepteerivatele pankadele ja kauplejatele, keelates *ex post*-tasud, ning loogiline on pigem vastupidine, eiravad nad asjaolu, et vaidlustatud kohtuotsuse punktides 100-119 jõudis Üldkohus järeldusele, et ei ole vaja mingit vahendite aktsepteerivatelt pankadelt väljastatavatele pankadele ülekandmise mehhanismi. Seega ei nõustunud Üldkohus mõttest tulenevalt – vastupidi põhiapellatsioonkaebuse esitajate väitele – sellega, et positiivsed mitmepoolsed vahendustasud on MasterCardi toimimiseks vajalikud, vaid kinnitas sõnaselgelt vastupidist. *Ex*

81 — Vt eespool viidatud kohtuotsus Remia (punktid 18 ja 19).

82 — Vt kohtuotsus M6 (punkt 109).

83 — Ma viitan käesoleva juhtumi osas eespool punktis 66 viidatud kaalutlustele.

84 — Kuigi arvesse võib võtta ka muid asjaolusid, näiteks kaalutlusi, mis on seotud poliitilise olukorraga, milles põhitehing toimub, vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus E.ON Ruhrgas ja E.ON vs. komisjon (punkt 75).

85 — Näiteks kohtuotsuses Remia kinnitas Euroopa Kohus komisjoni lähenemist, mis seisneb selles, et asjaomase ettevõtja võõrandamise lepingus sisalduva konkurentsikeelu tingimuse puhul valitakse poolte kokku lepitud kümneaastase kestuse asemel neli aastat – „valik”, mis põhines „veendumusel” - mille pooled olid omandanud pärast juhtumi kõikide asjaolude analüüsimist, - „et üksnes nelja-aastane kestus on objektiivselt põhjendatud”, et võimaldada isikul, kellele ettevõtja võõrandatakse, tuua turule oma kaubamärk ja leida endale kliendid, hoides ära võõrandaja taas turule tungimise (punkt 30). Ka tuleb märkida, et kui eespool viidatud kohtuotsuses Metro analüüsis Euroopa Kohus valikurustuse lepingu poolte tegevusvabadust piiravate tingimuste proportsionaalsust, puudutas see analüüs ainult küsimust, kas niisugused tingimused ületavad nende eesmärgi saavutamiseks vajaliku, kehtestades pooltele piiravaid kohustusi (eelkõige punktid 27, 37 ja 39). Eespool viidatud kohtuotsuses M6 jt vs. komisjon analüüsis Üldkohus kümneaastase ainuõiguse tingimust satelliittelevisiooniühingu loomise kokkuleppes ja leidis, et niisugune kestus on „liiga pikk”, sest selle äriühingu loomine peaks aset leidma enne selle perioodi lõppu, et on „üsna tõenäoline”, et tema ebasoodus konkurentsiolukord väheneb ajaga, ning et „seega ei saa välistada”, et niisugune konkurentsieelis, mille eesmärk oli algselt küll tugevdada selle äriühingu konkurentsiseisundit tasulise televisiooni turul, „võimaldab tal mõne aasta möödudes konkurents sellel turul kõrvaldada”. Vt ka eespool viidatud kohtuotsus DLG (punktid 35 ja 40) ja teises kontekstis eespool viidatud kohtuotsus Wouters (punkt 109) ning 18. juuli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-519/04 P: Meca-Medina ja Majcen vs. komisjon (EKL 2006, lk I-6991, punkt 47); 18. juuli 2013. aasta otsus kohtuasjas C-136/12: Consiglio Nazionale dei Geologi (EKL 2013, punkt 54) ja eespool viidatud kohtuotsus Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (punkt 100).

*post*-tasude keelu eeskirja MasterCardi süsteemi lisamise osas on põhiapellatsioonkaebuse esitajad oma argumentidega eiranud asjaolu, et niisugust võimalust mainiti vaidlustatud kohtuotsuse punktides 95 ja 96 kui vähem piiravat alternatiivi mitmepoolsetele vahendustasudele, et vältida seda, et väljastavad pangad saavad vahendustasu summa ühepoolse kindlaksmääramisega HACR-iga seotud aktsepteerivaid panku ära kasutada.

101. Lõpuks märgin möödamannes, et kuna põhiapellatsioonkaebuse esitajad arvavad, et mitmepoolsed vahendustasud on süsteem, mille abil tasustatakse teenuseid, mida väljastavad pangad osutavad aktsepteerivatele pankadele ja kauplejatele, näivad nad naasvat seisukoha juurde, mille nad esitasid haldusmenetluses ja Üldkohtus, st et mitmepoolsed vahendustasud on pigem süsteem, mis tasakaalustab kaardiomanike ja kauplejate nõudluse ning jaotab teenuse kulu süsteemi väljastajate ja aktsepteerijate vahel.<sup>86</sup>

– Asjaolu, et Üldkohus ei võtnud arvesse argumenti, et *ex post*-tasude keeld avaldab konkurentsile sama mõju nagu mitmepoolsed vahendustasud, ja põhjenduse puudumine selles osas

102. Kolmandaks heidavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad Üldkohtule ette, et viimane ei võtnud arvesse argumente, mille nad esitasid esimeses kohtuastmes sisulise identsuse kohta, mis valitseb konkurentsile avaldatava mõju osas esiteks mitmepoolsete vahendustasude ja teiseks *ex post*-tasude keelu vahel. Mõlemal juhul on tegemist varueeskirjaga, mis võeti vastu MasterCardi tsentraalsel tasandil ning millega „määratakse kindlaks väljastajate ja ostjate vahel kohaldatav hind”.

103. Selles osas piisab, kui märkida – nagu ma tegin juba eespool punktis 69, analüüsid samasugust etteheidet, mille esitas LBG oma vastuapellatsioonkaebuses –, et Üldkohus vastas nende argumentidele vaidlustatud kohtuotsuse punktis 143, milles ta täpsustas, et erinevus nende kahe olukorra vahel seisneb selles, et „[v]õrreldes ilma selliste tasudeta toimiva aktsepteerimisturuga, piiravad mitmepoolsed vahendustasud survet, mida kauplejad saavad avaldada aktsepteerivatele pankadele, kui nad peavad läbirääkimisi MSC-de üle, vähendades võimalusi, et hinnad langevad alla teatud taseme”. Sellest selgitusest ilmneb mõistagi, et Üldkohus keskendas oma tähelepanu hinnatasemega seotud aspektidele, samas kui põhiapellatsioonkaebuse esitajate argumentides peetakse silmas pigem aspekte, mis on seotud hindade struktuuriga. See erinev lähenemine ei too siiski iseenesest kaasa nõustumist vaadeldava etteheitega, mille kohaselt jäeti seisukoht võtmata.<sup>87</sup> Selles punktis toodud hinnangut ei saa Euroopa Kohus lisaks kontrollida, v. a juhul, kui faktilisi asjaolusid või tõendeid on moonutatud, mida ei ole käesoleval juhul väidetud.

104. Tagasi tuleb lükata ka etteheide, et selles küsimuses puudub põhjendus, sest vaidlustatud kohtuotsuse punktis 143 on selgelt ja üheselt mõistetavalt Üldkohtu arutluskäik välja toodud.

86 — Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 19 ja vaidlusaluse otsuse põhjendused 146-155.

87 — Igal juhul isegi eeldusel, et *ex post*-tasude keeld avaldab aktsepteerimisturul „kvalitatiivselt” samasugust mõju nagu mitmepoolsed vahendustasud, sest see kõrvaldab nagu need tasudki läbipaistvuse vahendustasudega seotud kulude osas kahepoolsete kokkulepete puudumisel, ei ole see mõju „kvantitatiivselt” sellegipoolest samastatav. Selles osas meenutan, et komisjon tugines vaidlusaluses otsuses 2002. aastat puudutavatele andmetele, ja leidis, et mitmepoolsed vahendustasud võivad moodustada kuni 73% kuludest, mille aktsepteerivad pangad kauplejate arvele kannavad (vt põhjendused 425 ja 426). Lisaks isegi eeldusel, et see, millele põhiapellatsioonkaebuse esitajad oma argumentidega vihjavad, st et komisjon vaidlustab lihtsalt mitmepoolsete vahendustasude *taseme*, meenutan esiteks, et komisjon andis oma hinnangu kohaldatavate mitmepoolsete vahendustasude põhjal haldusmenetluses, teiseks, et esimeses kohtuastmes ei esitatud ühtegi etteheidet mitmepoolsete vahendustasude tasemega seotud piirangu võimaliku tundlikkustaseme kohta – ja igal juhul ei ole seda mainitud käesolevas menetluses –, ning kolmandaks, et vaidlustatud kohtuotsuse osa, milles Üldkohus lükkab tagasi etteheited, mis käsitlevad määratud meetme, st mitmepoolsete vahendustasude täieliku kõrvaldamise ebaproportsionaalsust, kui komisjon pidas silmas üksnes nende taset, ei ole käesolevas menetluses vaidlustatud.

– Etteheide, et arvesse ei võetud *ex post*-tasude keelu eeskirja mõju MasterCardi süsteemi „väljastusosale”

105. Neljandaks väidavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad, et „mitmepoolsed nullvahendustasud, mille komisjon välja pakkus, tekitavad ka piirangu kaheosalise turu teisel poolel, takistades väljastajatel aktsepteerijatelt sisse kasseerimast tasu teenuste eest, mida nad osutavad”. Nad rõhutavad selles osas, et „komisjon keeldus keskendumast sellele vältimatule mõjule ja tegeles vastupidi ainult kaheosalise turu ühe poolega, st kauplejatele avaldatava mõjuga”.

106. Tuleb tõdeda, et see kriitika käib ainult komisjoni antud hinnangu kohta ning selles ei ole näidatud ära ei vaidlustatud kohtuotsuse põhjendusi, mida silmas peetakse, ega vigu, mis nendes on tehtud. Kuna seda tuleb aga ikkagi mõista nii, et sellega heidetakse Üldkohtule kaudselt ette seda, et ta ei hinnanud õigesti mõju, mida avaldab konkurentsile mitmepoolsete vahendustasude alandamine nullile võrreldes olemasolevate vahendustasudega, sest ta ei võtnud arvesse piiranguid, mida niisugune alandamine põhjustaks kaheosalise turu teises osas, märgin esiteks, et Üldkohus vastas argumentidele, millega vaidlustati komisjoni hinnang selle tõttu, et viimane piirdus oma majanduslikus analüüsis ainult aktsepteerimisturuga, vaidlustatud kohtuotsuse punktides 172-182, milles ta tunnustab väljastamis- ja aktsepteerimisturud sisuliselt sõltumatuteks turgudeks. Teiseks märgin, et põhiapellatsioonkaebuse esitajad ei selgita, kuidas avaldab piirang väljastavate pankade ja aktsepteerivate pankade vahel konkurentsi piiravat mõju väljastusturul.<sup>88</sup> Selles osas meenutan lõpuks, et selgitusest, mille kohaselt kujutavad mitmepoolsed vahendustasud endast tasu teenuste eest, mida väljastavad pangad aktsepteerivatele pankadele ja kauplejatele osutavad, loobusid põhiapellatsioonkaebuse esitajad haldusmenetluse käigus.

– Etteheide, mille kohaselt moonutati vaidlusalust otsust niisugusena, nagu komisjon seda esimeses kohtuastmes tõlgendas

107. Viiendaks ja viimaseks väidavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad, et Üldkohus iseloomustas valesti olukordade võrdlusanalüüsi niisugusena, nagu selle joonistas välja komisjon, kes selgitas oma vasturepliigis, et see oletus seisnes selles, et mitmepoolsed vahendustasud kaotatakse täielikult ja kasutatakse pankadevahelisi kahepoolseid läbirääkimisi, kusjuures *ex post*-tasude keeld lisati täiendavana.

108. Selles osas tuleb märkida, et vaidlustatud kohtuotsuse punktis 95 vastas Üldkohus täielikult vaidlusaluse otsuse põhjenduse 554 sisule, milles komisjon pakkus alternatiivse, mitmepoolsetest vahendustasudest vähem piirava võimalusena välja eeskirja, millega kehtestatakse *ex post*-tasude keeld. Olles leidnud vaidlustatud kohtuotsuse punktis 96, et selles põhjenduses toodud arutluskäigus ei ole tehtud mingeid ilmseid hindamisvigu, rajas Üldkohus oma analüüsi järgneva osa selles sõnastatud oletusele. Isegi eeldusel, et komisjon muutis tõesti oma seisukohta – nagu väidavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad – menetluse jooksul oluliselt, ei saa iseenesest kritiseerida Üldkohtu lähenemist, mis seisneb selles, et jäädi vaidlustatud kohtuotsuse sisu juurde, mis on kõnesoleva põhjenduse osas pealegi selge.

– Järeldus põhiapellatsioonkaebuse esimese väite teise osa kohta

109. Kõikidest esitatud kaalutlustest lähtudes arvan, et põhiapellatsioonkaebuse esimese väite teine osa tuleb tagasi lükata.

88 — Väljastavate pankade vahel ei ole konkurentsi aktsepteerivatele pankadele pakutavate teenuste osas (iga tehingu puhul on väljastav pank alati kaardi väljastanud pank) ning seega ei ole nende teenuste puhul võimalik turgu kindlaks määrata.

iii. Põhiapellatsioonkaebuse esimese väite kolmas osa, mille kohaselt asendas Üldkohus komisjoni hinnangu enda omaga

110. Oma esimese väite kolmanda osa raames väidavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad, et oma analüüsis, kas mitmepoolsed vahendustasud on objektiivselt vajalikud, asendas Üldkohus komisjoni hinnangu enda omaga, võttes arvesse ainult ühte piiratud osa nendest põhjendustest, millele komisjon vaidlusaluses otsuses tugines.

111. Selles osas meenutan, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt, millele põhiapellatsioonkaebuse esitajad tühistamishagis viitasid, ei tohi liidu kohus asendada vaidlustatud akti andja põhjendusi oma põhjendustega,<sup>89</sup> ega asendada komisjoni keerukate majanduslike hinnangute kontrollimisel selle institutsiooni hinnangut oma majandusliku hinnanguga.<sup>90</sup>

112. Esiteks heidavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad Üldkohtule ette, et „võimaluse osas kohaldada *ex post*-tasude keeldu eeskirja nõustus Üldkohus selle järeldusega, analüüsimata üldse, miks see nii on”. Selle etteheitega kritiseeritakse tegelikult Üldkohut, et tema analüüs on puudulik, mitte et ta asendas komisjoni hinnangu enda omaga, ning seega kattub see argumentidega, mis esitati, et põhjendada vaadeldava väite neljandat etteheidet, et kohtulik kontroll oli ebapiisav. Olgu kuidas on, aga Üldkohtu arutluskäik vaidlustatud kohtuotsuse punktides 95-99 vastab täpselt komisjoni arutluskäigule. Seega ei saa siin olla tegemist vaidlusaluses otsuses esitatud hinnangu ja/või põhjenduste asendamisega.

113. Teiseks heidavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad Üldkohtule ette, et ta „pani palju rohkem rõhku” kui komisjon „nende majanduslike vahendite ja eeliste üldisemale kontekstile, mida pangad oma kaartide väljastamise tegevusest saavad”, samuti asjaolule, et Austraalias ei avaldanud Austraalia keskpanga kehtestatud vahendustasude langus MasterCardi süsteemile mingit mõju (edaspidi „Austraalia näide”).<sup>91</sup>

114. Selles osas arvan, et liidu kohtul, kellele on esitatud tühistamishagi, ei saa keelata omistada vaidlustatud akti õiguspärasuse kontrollimisel selle akti teatavatele põhjendustele rohkem tähtsust kui teistele, tingimusel et niisugune teguviis ei kahjusta asjaomase akti sisemist loogikat niisugusel määral, et selles olevad põhjendused või hinnang on ära asendatud. Minu meelest ei ole käesoleval juhul tegemist säärase olukorraga. Kuigi Üldkohus keskendab oma tähelepanu nende tulude analüüsimisele, mida pangad oma väljastamistegevusest saavad, ning omistab erilist tähelepanu Austraalia näitele, ei tundu, et komisjoni hinnangut või vaidlusaluse otsuse põhjendusi, mis põhinevad ka niisugustel asjaoludel,<sup>92</sup> oleks eiratud või need oleksid ära asendatud.

iv. Põhiapellatsioonkaebuse esimese väite neljas osa, mille kohaselt oli kontrolli tase ebapiisav

115. Esimese väite neljanda osa raames heidavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad, keda toetavad MBNA, HSBC, RBS ja LBG, Üldkohtule ette, et tema kohtulik kontroll oli väga piiratud selles osas, kas mitmepoolsed vahendustasud on objektiivselt vajalikud. Võttes esiteks arvesse harta jõustumist ja EIÕK praktikat, oli Üldkohus kohustatud kontrollima neid hinnanguid täielikult, mitte piirdudes ainult selle kontrollimisega, kas ei ole tehtud ilmselt hindamisviga. Teisalt ei järginud Üldkohus kohtuliku

89 — 27. jaanuari 2000. aasta otsus kohtuasjas C-164/98 P: DIR International (EKL 2000, lk I-447, punktid 38 ja 42). Euroopa Kohus täpsustab siiski, et kuigi Üldkohus võib tõlgendada vaidlusaluse akti põhjendusi selle andjast erinevalt või teatavatel asjaoludel selle vormilised põhjendused tagasi lükata, ei saa ta seda teha, kui seda ei õigusta ükski materiaalne asjaolu (punkt 42).

90 — 22. novembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-525/04 P: Hispaania vs. Lenzing (EKL 2007, lk I-9947, punkt 57) ja 2. septembri 2010. aasta otsus kohtuasjas C-290/07 P: komisjon vs. Scott (EKL 2010, lk I-7763, punkt 66).

91 — Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 106 jj.

92 — Vt vaidlusaluse otsuse põhjendused 609-614.

kontrolli taset, mida Euroopa Kohus nõuab, sest esiteks ei kohaldanud ta ilmse vea kriteeriumit komisjoni tuvastatu suhtes, mis eeldab tõesti „keerukaid” majanduslikke hinnanguid, ning teiseks asendas selle kriteeriumi teise kriteeriumiga, mis on leebem ja mille puhul piirduakse nende hinnangute „mõistlikkuse” kontrollimisega.

116. Enne nende etteheidete analüüsimist märkin, et vaadeldava osa raames kordavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad ka mõningaid argumente, mis langevad kokku eespool analüüsitud kolmanda osa raames esitatud argumentidega. Tegemist on eelkõige väitega, et Üldkohus tugines ainult ühele osale vaidlusaluse otsuse põhjendustest, omistas teatavatele põhjendustele rohkem tähtsust, kui omistas neile komisjon, ning asendas komisjoni hinnangu enda omaga. Kuna ma arutasin neid argumente juba selle osa raames, piirdun selles küsimuses viitamisega eespool punktides 110-114 esitatud kaalutlustele, märkides siiski ära teatava sisulise vastuolu nende väidete ja väite vahel, et Üldkohus näitas üles liiga palju aukartust kaalutlusõiguse suhtes, mis komisjonil majanduse valdkonnas on.

117. See täpsustatud, märkin, et vaadeldavad etteheited tõstatavad Euroopa Kohtus taas kord delikaatse küsimuse, missugune peab ulatuselt olema see kohtulik kontroll, mida teostatakse komisjoni otsuste üle, millega määratakse ettevõtjatele konkurentsieeskirjade rikkumise eest karistused.<sup>93</sup>

118. Selle kontrolli ulatuse määrab kõigepealt ära kontrolli tüüp, mida liidu kohus peab teostama talle aluslepinguga usaldatud kohtu ülesande raames. Trahvide valdkonnas, milles tal on ETL artikli 261 ja määruse nr 1/2003 artikli 31 alusel täielik pädevus,<sup>94</sup> teostab see kohus aga vastavalt ETL artikli 263 esimesele lõigule õiguspärasuse kontrolli, mis võimaldab tal ainult jätta tühistamishagi rahuldamata või tühistada vaidlustatud otsus, mitte seda ära muuta ega selle asjakohasust üle vaadata. Teine piirang, mis on kohtupraktikas välja toodud, on institutsionaalne ning tuleneb pädevuse jaotumisest komisjoni ja liidu kohtute vahel, sest aluslepinguga anti esimesele järelevalveülesanne konkurentsioiguse valdkonnas, mis hõlmab kohustust uurida ja karistada üksikuid rikkumisi, ülesannet arendada ja järgida üldist poliitikat „asutamislepingus kehtestatud põhimõtete kohaldamiseks ja sellesse suunda suunata ka ettevõtjate tegevust”.<sup>95</sup> Selles olukorras on kohtupraktikas tunnustatud, et liidu kohtu ülesanne ei ole asendada komisjoni konkurentsi valdkonnas tehtud otsuste õiguspärasuse kontrollimise raames selle institutsiooni seisukohta enda omaga ega vaidlusalust otsust ära muuta, vastasel juhul rikub ta aluslepingus ette nähtud institutsionaalset tasakaalu.<sup>96</sup> Kolmas piirang puudutab lõpuks nende hinnangute laadi, mis komisjon peab oma EÜ artikli 81 põhjal tehtud otsustes andma. Talle on jäetud teatav kaalutlusruum, kui ta annab keerukaid majanduslikke või tehnilisi hinnanguid, ning seda seepärast, et niisuguste hinnangute andmiseks on vaja suurt tehnilist pädevust ja majandusalaseid teadmisi ning need eeldavad majanduspoliitiliste valikute tegemist, mille peab tegema komisjon. Liidu kohtu kontroll nende hinnangute üle on seega piiratud. Seepärast saab selle kontrolli raames väljakujunenud kohtupraktika kohaselt kontrollida üksnes „menetlusnormide järgimist ja põhjendamiskohustuse täitmist, faktiliste asjaolude sisulist õigsust ning et rikutud ei oleks õigusnorme, asjaolude hindamisel ei oleks tehtud ilmselget kaalutlusviga ning tegemist ei oleks võimu kuritarvitamisega”.<sup>97</sup>

93 — Käesoleval juhul ei määrata vaidlusaluse otsusega trahvi, vaid nähakse ette päevapõhised karistusmaksed juhuks, kui määratud korrektiivmeetmeid ei järgita.

94 — 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).

95 — Vt näiteks 7. juuni 1983. aasta otsus liidetud kohtuasjades 100/08-103/80: *Musique Diffusion française jt vs. komisjon* (EKL 1983, lk 1825, punkt 105) ja Üldkohtu 20. aprilli 1999. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328794, T-329/94 ja T-335/94: *Limburgse Vinyl Maatschappij jt vs. komisjon* (EKL 1999, lk II-931, punkt 149).

96 — Vt näiteks Üldkohtu 10. märtsi 1992. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-68/89, T-77/89 ja T-78/89: *SIV jt vs. komisjon* (EKL 1992, lk II-1403, punktid 160, 319 ja 320).

97 — Seda kohtupraktikat, mis esialgu piirdus EÜ artikli 81 lõikega 3, laiendati seejärel alates eespool viidatud kohtuotsusest *Remia jt vs. komisjon* (punkt 34) selle artikli lõike 1 kohaldamisele, vt muu hulgas 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 279). Põhjendatult kerkib küsimus, kas praegusel hetkel on põhjuseid, mis õigustavad sellist kohtulikku aukartust, võttes eelkõige arvesse liidu kartelliõiguse kohaldamise detsentraliseerimise protsessi ning kogemust, mille liidu kohtud on selles valdkonnas aastate jooksul omandanud.

119. Juba mõned aastad on marginaalset kontrolli käsitleva kohtupraktika ulatus märgatavalt piiratum,<sup>98</sup> seda ka järk-järgulise karistuste rangemaks muutmise tõttu liidu konkurentsioiguses. Näiteks kohtuotsustes *KME ja Chalkor vs. komisjon* täpsustas Euroopa Kohus, et „kui komisjonil on valdkondades, mille tõttu antakse keerulisi majanduslikke hinnanguid, kaalutlusruum majanduslikes küsimustes, ei tähenda see, et ühenduse kohus peab hoiduma kontrollimast, kuidas komisjon majanduslikku laadi andmeid on tõlgendanud. Ühenduste kohtud peavad muu hulgas kontrollima esitatud tõendite vastavust tegelikkusele, usaldatavust ja sidusust, samuti seda, kas kogutud tõendid sisaldavad kogu asjakohast teavet, mida keerulise olukorra hindamisel tuleb arvesse võtta, ja kas kõnealused tõendid võivad toetada järeldusi, mis nende pinnalt on tehtud.”<sup>99</sup> Euroopa Kohus on ka lisanud, et „liidu kohtul [lasub] kohustus kontrollida seaduslikkust teabe põhjal, mille hageja on esitanud oma väidete põhjendamiseks”, ning ta ei saa kontrolli läbi viies tugineda kaalutlusruumile, mis komisjonil on, „et loobuda komisjoni sellekohase hinnangu nii õiguslike kui ka faktiliste asjaolude põhjalikust kontrollimisest”.<sup>100</sup> Missuguse ulatusega on see täpsustus, mis võib faktiliselt neutraliseerida isegi põhimõtte, mille kohaselt on komisjonil majandusalaste hinnangute alal kaalutlusruum, ei ole veel selge.<sup>101</sup> See tõendab aga täiesti ilmselgelt Euroopa Kohtu kavatsust vähendada nii palju kui võimalik sellise kaalutlusruumi mõju nende komisjoni otsuste kohtuliku kontrolli ulatusele, millega määratakse EÜ artikli 81 rikkumise eest karistus.<sup>102</sup>

120. Mis puudutab küsimust, kas liidu kohtute eespool kirjeldatud kohtuliku kontrolli ulatus on kooskõlas õigusega tõhusale kohtulikule kaitsele ja õigusega õiglasele kohtulikule arutamisele, siis tuleb märkida, et eespool viidatud kohtuotsustes *KME ja Chalkor vs. komisjon* kinnitas Euroopa Kohus, et „ei ole tõi see, et ELTL artiklis 263 sätestatud seaduslikkuse kontroll, mida trahvisumma puhul täiendab määruse nr 1/2003 artiklis 31 ette nähtud täielik pädevus, oleks vastuolus harta artiklis 47 asuva tõhusa kohtuliku kaitse põhimõtte nõuetega”.<sup>103</sup> Lisaks kinnitas Euroopa Kohus oma hiljutises kohtuotsuses *Schindler Holding jt vs. komisjon* seda kooskõlahinnangut ka Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 6 vaatevinklist, mille põhjal tuleb harta artikli 47 mõte ja ulatus harta artikli 52 lõike 3 kohaselt kindlaks määrata.<sup>104</sup>

98 — Selle protsessi kohta, mis puudutas kõigepealt eraldi sektoreid, näiteks koondumiste kontroll ja riigiabi, vt vastavalt 15. veebruari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-12/03: komisjon vs. Tetra Laval (EKL 2005, lk I-987, punkt 39) ja 22. novembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-525/04 P: Hispaania vs. Lenzing (EKL 2007, lk I-9947, punktid 56 ja 57).

99 — Vt 8. detsembri 2011. aasta otsus kohtuasjas C-272/09 P: *KME jt vs. komisjon* (EKL 2011, lk I-12789, punkt 94), eespool viidatud otsus kohtuasjas C-389/10 P: *KME Germany jt vs. komisjon* (punkt 121) ja 8. detsembri 2011. aasta otsus kohtuasjas C-386/10 P: *Chalkor vs. komisjon* (EKL 2011, lk I-13085, punkt 54).

100 — Eespool viidatud otsus kohtuasjas C-389/10: *KME Germany jt vs. komisjon* (punkt 129) ja eespool viidatud kohtuotsus *Chalkor vs. komisjon* (punkt 62). Vt ka 6. novembri 2012. aasta otsus kohtuasjas C-199/11: *Otis jt* (punktid 59 ja 61).

101 — Võttes arvesse selle sisu ja konteksti, näib, et see peab piirduma nende tegurite valiku ja hindamisega, mis tulevad arvesse trahvi summa kindlaksmääramisel, ega tohi laieneda rikkumise tuvastamise käigus antud hinnangute kontrollile. Võib siiski kerkida küsimus, kas samasugune piirav lähenemine on seda enam põhjendatud niisuguse kontrolli raames, kus erinevalt trahvide valdkonnast ei ole liidu kohtul täielikku pädevust.

102 — EFTA Kohus läks selles osas veel kaugemale ja kinnitas oma 18. aprilli 2012. aasta otsuses kohtuasjas E-15/10: *Posten Norge As vs. EFTA Järelevalveamet* (veel avaldamata) sõnaselgelt, et tuleb loobuda piiratud kontrollist, st ainult selle kontrollimisest, kas EFTA Järelevalveamet ei ole teinud oma keerukate majandusalaste hinnangute andmisel ilmselget hindamisviga (punkt 102). Kohtuotsuse põhjendustes tõlgendas ta liidu kohtute praktikat selles osas kui viidet õiguspärasuse kontrolli piiridele (punkt 96) ning järeldas – võttes arvesse Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 6 lõike 1 karistusõiguslikust aspektist tulenevaid piiranguid –, et EFTA Järelevalveametil ei ole konkurentsieskirjade rikkumise eest trahve määramiseks mingit kaalutlusruumi, kui ta peab andma keerukaid majandusalaseid hinnanguid, mis ületavad neid piire (punkt 100). EFTA Kohus arvab seega, et kuigi kohus ei tohi asendada niisuguse kontrolli raames akti andja hinnangut keerukatele majandusalastele olukordadele oma (teistsuguse) hinnanguga, kui akti andja järeldusi ei saa vaidlustada ühegi õigusliku vastuväitega, peab see kohus olema siiski „veendunud, et neid järeldusi toetavad faktilised asjaolud” (punkt 101).

103 — Eespool viidatud kohtuotsused *Chalkor vs. komisjon* (punkt 67), *KME Germany jt vs. komisjon* (C-389/10, punkt 133) ja *Otis jt vs. komisjon* (punktid 59-63).

104 — 18. juuli 2013. aasta otsus kohtuasjas C-501/11 P (punktid 30-39). Formaalses mõttes põhines analüüs harta artiklil 47, mitte Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artiklil 6, vt eelkõige punkt 32 ja seal viidatud kohtupraktika.

121. Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 6 lõige 1, mida tuleb siin kohaldada selle karistusõiguslikust seisukohast,<sup>105</sup> ei välista haldusasutuse poolt repressiivkaristuse määramist, tingimusel et selle asutuse otsust saab hiljem kontrollida „täieliku pädevusega” kohtuorgan. Niisuguse organi omaduste hulgas on EIÕK arvates „õigus muuta tehtud otsus kõikides faktilistes ja õiguslikes küsimustes ära” ning „pädevus teha otsus kõikides talle hindamiseks esitatud asjakohastes faktilistes ja õiguslikes küsimustes”.<sup>106</sup> Hoolimata sellest, et niisugune avaldus<sup>107</sup> näib eeldavat, et organil, kellele on usaldatud Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 6 lõikes 1 nõutud ajatatud kohtulik kontroll, oleksid volitused, mis ületaksid volitusi, mida võib õiguspärasuse kontrollimisel kasutada,<sup>108</sup> samuti õigus analüüsida kohtuasja tõeliselt,<sup>109</sup> on EIÕK seda konkreetselt kohaldanud äärmiselt paindlikult.<sup>110</sup>

122. Eelkõige on siin tegemist eriti olulise metodoloogilise konvergensti teguriga EIÕK ja liidu kohtu praktika vahel,<sup>111</sup> EIÕK arvates loeb Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 6 kohaldamisel mitte niivõrd kohtu teoreetiline seisukohavõtt kontrolli tüübi kohta („nõrk” või „tugev”), mida tal on õigus või mida ta kavatseb konkreetsel juhul teostada, vaid pigem asjaolu, et selle kontrolli teostamise endaga kaitsti tõesti selles konventsioonis sätestatud õigusi. Seda kasuistlikku lähenemist on varjatult,<sup>112</sup> kuid ilmselgelt kinnitatud EIÕK otsuses Menarini Diagnostics Srl vs. Itaalia<sup>113</sup>. Niisuguses kontekstis tuleb märkida – nagu märkis Euroopa Kohus kohtuotsuses Schindler Holding jt vs. komisjon –, et kuigi näib, et kontroll, mida liidu kohtud teostavad komisjoni otsuste üle, millega määrati karistus konkurentsieeskirjade rikkumise eest, peab vastama Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 6 lõikele 1,<sup>114</sup> sõltub see viisist, kuidas seda kontrolli konkreetselt teostatakse.

123. Seda, kas käesoleval juhul oli Üldkohtu kontroll selle üle, mida komisjon mitmepoolsete vahendustasude objektiivse vajalikkuse osas tuvastas, piisav, tulebki analüüsida, lähtudes eespool kirjeldatud põhimõtetest.

124. Selles osas tuleb esiteks lükata tagasi komisjoni vastuväide, et põhiapellatsioonkaebuse esitajate enda ülesanne on tõendada, et mitmepoolsed vahendustasud olid MasterCardi toimimiseks objektiivselt vajalikud, et vältida EÜ artikli 81 lõikes 1 ette nähtud keeldu. Isegi eeldusel, et niisugune väide on õige, on Üldkohus siiski kohustatud teostama suundumuste poolest täielikku kontrolli kõikide komisjoni hinnangute üle, sh siis, kui nende hinnangute eesmärk on lükata ümber asjaomaste ettevõtjate kaitseargumendid.

105 — Liidu konkurentsioiguse rikkumise eest määratud sanktsioonide karistusõiguslik laad Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 6 lõike 1 karistusõigusliku aspekti kohaldamisel tuleneb kriteeriumitest, mida EIÕK on nimetanud 8. juuni 1976. aasta otsuses kohtuasjas nr 5100/71: Engel jt vs. Madalmaad. Näiteks nii leidis EFTA Kohus eespool viidatud kohtuotsuses Posten Norge vs. EFTA Järelevalveamet, punkt 88. Sellega näib ka olevat nõustunud Euroopa Kohus eespool viidatud kohtuotsuses Schindler Holding jt vs. komisjon (eelkõige punkt 33).

106 — EIÕK 27. septembri 2011. aasta otsus kohtuasjas 43509/08: Menarini Diagnostics Srl vs. Itaalia (*Recueil des arrêts et décisions*, punkt 59 ja seal viidatud kohtupraktika).

107 — Vähemalt nende EIÕK otsuste prantsuskeelses versioonis on viidatud äramuutmise õigusele, mitte üksnes tühistamise õigusele, nagu see on seevastu ingliskeelses versioonis.

108 — Ja seda nii karistuse kindlaksmääramise kui ka rikkumise tuvastamise osas.

109 — Selle kontrolli ulatust ja nende volituste laadi on eriti laialdaselt kirjeldatud kohtunik Pinto de Albuquerque'i eriarvamuses eespool viidatud kohtuotsuses Menarini Diagnostics Srl vs. Itaalia. Kui valida selles arvamuses soovitatud lähenemine, oleks lubatud kahelda, kas kontroll, mida liidu kohus teostab konkurentsioiguste rikkumise eest karistuse määramise otsuste üle ja mis rikkumise tuvastamise osas on piiratud õiguspärasuse kontrolliga, vastab Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste konventsiooni artiklile 6.

110 — Vt selle kohta minu ettepanek kohtuasjas Elf Aquitaine, ettepaneku punktid 32-36 (Euroopa Kohtu 29. septembri 2011. aasta otsus kohtuasjas C-521/09 P: Elf Aquitaine vs. komisjon, EKL 2011, lk I-8947).

111 — Vt eespool viidatud kohtuotsused KME Germany jt vs. komisjon (C-389/10) ja Chalkor vs. komisjon, vastavalt punktid 136 ja 82.

112 — Selle lähenemise – mis siiski kutsub esile kriitikat õiguskindluse osas – sõnaselgemat kinnitust vt kohtunik Sajó kokkulangevast arvamusest eespool viidatud kohtuasjas Menarini Diagnostics Srl vs. Itaalia.

113 — Viidatud eespool 106. joonealusel märkuses.

114 — Nagu kontroll, mida Tribunale amministrativo regionale di Lazio ja Itaalia Consiglio di Stato teostasid Autorità garante della concorrenza e del mercato otsuste üle, mille vastavust sellele õigusnormile on kinnitanud EIÕK oma eespool viidatud kohtuotsuses Menarini.

125. Seejärel tuleb märkida, et vaidlustatud kohtuotsuse punktis 82 meenutas Üldkohus - viidates eespool viidatud kohtuotsustele M6 jt vs. komisjon ja Remia -, et liidu kohus teostab piiratud kontrolli keerukate majanduslike hinnangute üle, mis on läbi viidud seotud piirangu objektiivse vajalikkuse tuvastamiseks. Nagu eespool märgitud, ei saa niisugust teoreetilist avaldust, mille käigus tehakse teatavaks Üldkohtu plaanitava kontrolli ulatuse kriteeriumid, kritiseerida, kui ilmneb, et konkreetselt viis ta läbi nii õiguslike kui faktiliste asjaolude süvendatud kontrolli asjaolude põhjal, millega talle esitatud väiteid põhjendati.<sup>115</sup>

126. Põhiapellatsioonkaebuse esitajad väidavad kõigepealt, et Üldkohus ei kontrollinud piisavalt komisjoni väidet, et mitmepoolseid vahendustasusid kui varueeskirja ei saanud asendada *ex post*-tasude keeluga.

127. Nimetatud küsimuses piirdus Üldkohus tõesti sellega, et tõi vaidlustatud kohtuotsuse punktides 95 ja 96 täielikult ära vaidlusaluse otsuse põhjenduse 554 ning kinnitas, et selles toodud arutluskäigu puhul ei ole tehtud ilmseid hindamisvigu.<sup>116</sup> Esimeses kohtuastmes esitatud hagiavalduse lugemisel ilmneb siiski, et põhiapellatsioonkaebuse esitajate etteheited käsitlesid peamiselt *ex post*-tasude keeluga toimiva MasterCardi süsteemi kui oletuse reguleerivat laadi, konkurentsikonteksti analüüsi puudumist ja asjaolu, et komisjon ei tõendanud, et niisugune keeld piirab konkurentsi vähem kui mitmepoolsed vahendustasud. Üldkohus käsitles neid erinevaid argumente vaidlustatud kohtuotsuse punktides 97-99 ja 143. Seevastu ei olnud nende etteheidete hulgas praegu esitatavat etteheidet, et varueeskiri on ebarealistlik, mis takistab väljastavatel pankadel saada tasu teenuste eest, mida nad aktsepteerivatele pankadele osutavad. Nagu ma eespool punktis 105 juba märkisin ning nagu ilmneb vaidlustatud kohtuotsuse punktist 19 ja vaidlusaluse otsuse punktides 146-155, loobuti põhiapellatsioonkaebuse esitajate haldusmenetluses esitatud väitest, et mitmepoolsed vahendustasud on tasu, mida aktsepteerivad pangad väljastavatele pankadele maksavad teenuste eest, mida viimased neile osutavad, kvalifitseerides need tasud hoopis kaardiomanike ja kauplejate nõudluse tasakaalustamise mehhanismiks. HSBC omakorda viitab ainult ühe oma töötaja avaldusele, mis on lisatud tema esimeses kohtuastmes esitatud menetluse astuja seisukohtadele ja milles on kinnitatud, et niisuguse *ex post*-tasude keelu eeskirja kehtestamine oleks tõenäoliselt viinud selleni, et vahendustasude kahepoolse kindlaksmääramise mehhanismist loobutakse. Ta ei selgita siiski, kuidas oleks niisugune tulemus – eeldusel, et see on tõendatud – avaldanud MasterCardi süsteemile sellist mõju, et oleks muutnud mõeldamatuks *ex post*-tasude keelul põhineva varumehhanismi, ega ka seda, kuidas oleks asjaolu, et Üldkohus ei võtnud seda tulemust arvesse – isegi eeldusel, et see on nii – avaldanud mõju tema kohtuliku kontrolli tegelikule laadile.

128. Põhiapellatsioonkaebuse esitajad väidavad seejärel, et Üldkohus ei teostanud piisavat kontrolli selle üle, mida komisjon tuvastas küsimuses, kas mitmepoolsete vahendustasude kui vahendite väljastavatele pankadele ülekandmise mehhanism on objektiivselt vajalik.

129. Selle kohta märgin, et Üldkohtu vastavast analüüsist vaidlustatud kohtuotsuse punktides 100-119 ei ilmne mingit „aukartust” komisjoni oletatava kaalutlusruumi suhtes ning see on vastupidi nii sõltumatu, et selle kohta on põhiapellatsioonkaebuses esitatud samaaegselt etteheide, et Üldkohus asendas komisjoni hinnangu enda omaga. Seda, et võib mõistlikult järeldada, et nende majanduslike eeliste vähenemine mitmepoolsete vahendustasude kõrvaldamisel ei oleks olnud piisav, et seada ohtu MasterCardi süsteemi elujõulisust, leidis Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 110, analüüsides ise vaidlusaluses otsuses nende majanduslike eeliste kohta toodud andmeid, mida MasterCardi süsteemi pangad saavad oma kaartide väljastamise tegevusest - ning Euroopa Kohus ei saa seda

115 — Vt eespool viidatud kohtuotsused KME jt vs. komisjon (C-272/09, punkt 63), Germany jt vs. komisjon (C-389/10, punkt 136) ja Chalkor vs. komisjon (punkt 82).

116 — Täpsustus, mis järgneb sellele väitele punktis 96, on ainult põhimõtteline avaldus, mille kohaselt ei saa põhitehingu seonduvat piirangut pidada objektiivselt vajalikuks, kui on olemas vähem piirav alternatiiv.

analüüsi uuesti läbi vaadata, kui ei ole tuginetud moonutamisele - ning seda, et see analüüs kinnitab järeldust, et mitmepoolsete vahendustasude tühistamine ei too kaasa MasterCardi süsteemi kokkuvarisemist, leidis Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 111 samuti vähendamise tagajärgede analüüsi tulemuste sõltumatu hindamise põhjal.<sup>117</sup>

130. Ei põhiapellatsioonkaebuse esitajad ega LBG ei piirdu oma argumentides siiski sellega, et mainivad „kohtulikku vaoshoitust” komisjoni hinnangute suhtes, vaid kinnitavad ka, et Üldkohtu analüüs on „spekulatiivne ja pealiskaudne”, et viimane ei võtnud arvesse talle esitatud asjaolusid ega tuvastanud seda puudust vaidlusaluses otsuses toodud analüüsis. Nad kinnitavad eelkõige, et Üldkohus ei analüüsinud küsimust, kas positiivsete varuvahendustasude kehtestamine ei ole vajalik, võttes arvesse turu kaheosalist laadi. Ta ei võtnud arvesse ka piiravat mõju, mida nullmääraga mitmepoolsed vahendustasud avaldavad kaheosalise turu teisele poolele, st väljastamispoolele.

131. Selles osas meenutan, et vaidlustatud kohtuotsuse punktides 101, 181 ja 182 ilmneb Üldkohtu seisukoht, et argumendid, et arvesse ei võetud turu kaheosalist laadi ega mitmepoolsete vahendustasude kaotamise mõju selle turu osale „väljastamine”, on EÜ artikli 81 lõike 3 põhjal läbi viidava analüüsi raames asjakohatud, ükskõik kas mitmepoolsete vahendustasude objektiivse vajalikkuse analüüsi või nende konkurentsile avaldatava mõju seisukohast. Lisaks kinnitas Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 176-178, et asjaomane turg on väljastamisturg ja et see turg on sõltumatu, mis õigustab tema arutluskäigu ülesehituses asjaolu, et oma analüüsis, missugust mõju mitmepoolsed vahendustasud konkurentsile avaldavad, piirdus komisjon ainult selle turuga. Põhiapellatsioonkaebuse esitajad ei esita aga argumente, mis tõendaksid, et vaidlustatud kohtuotsuses toodud eespool nimetatud põhjendustega rikutaks õigusnormi, ja LBG piirdub selles osas väga üldiste väidetega.

132. Lõpuks väidavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad, et see, et Üldkohus viitas oma arutluskäigu kinnituseks Austraalia näitele, mis puudutab mitmepoolsete vahendustasude vähendamist, mitte kõrvaldamist, „näitab [tema analüüsi] puudulikkust”.

133. Selles osas märgin ainult, et Üldkohus käsitles argumente, et Austraalia näide ei ole asjakohane, vaidlustatud kohtuotsuse punktides 112-114 ja lükkas need tagasi. Kuna nendes punktides esitatud hinnang vaidlustatakse ilma ühtegi argumenti esitamata, ammuugi faktiliste asjaolude moonutamisele viitamata, tuleb vaadeldav kriitiline märkus minu arvates tagasi lükata.

134. Eelneva põhjal arvan, et põhiapellatsioonkaebuse esimese väite neljas osa ja seega kogu esimene väide tuleb tagasi lükata.

#### 5. EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldamine (põhiapellatsioonkaebuse kolmas väide)

135. LBG, keda toetavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad, heidab oma vastuapellatsioonkaebuses Üldkohtule ette, et viimane rikkus EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldamisel õigusnorme. LBG ja põhiapellatsioonkaebuse esitajate etteheited saab jagada kolmeks osaks.

117 — Lisaks analüüsis Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 113-119 põhiapellatsioonkaebuse esitajate ja menetluse astujate argumente, millega seati kahtluse alla Austraalia näite asjakohasus ning mille kohaselt viis Austraalia reguleeriva asutuse sekkumine mitmepoolsete vahendustasude vähenemise, mitte kadumiseni, teiseks ei ole turutingimused Austraalias võrreldavad EMP omadega ning kolmandaks avaldas niisugune vähenemine negatiivset mõju kaardiomanikele, ning lükkas need argumendid tagasi.

a. Tõendamiskoormise tase ja põhimõte *in dubio pro reo*

136. Esiteks oleks Üldkohus pidanud LBG arvates tuvastama, et komisjon rikkus õigusnorme, kui sundis peale liiga kõrge tõendamiskoormise. Tõendamiskoormise tase peaks EÜ artikli 81 lõikes 3 ette nähtud tingimuste puhul olema tõenäosuse kaalumise. Käesoleval juhul oleks see hinnang tulnud anda kogu MasterCardi süsteemi põhjal, mis annab tarbijatele ja kauplejatele olulisi eeliseid. Ei ole õiguslikult korrektne nõuda MasterCardilt, et ta tõendaks mitmepoolsete vahendustasude täpset taset, mitte lihtsalt kaalukate tõendite abil, et meetod, mille kohaselt ta mitmepoolsed vahendustasud kindlaks määrab, on põhjendatud. Samas kontekstis väidavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad, et Üldkohus rikkus õigusnormi, kui leidis – ilma et oleks muide esitanud piisavaid selgitusi –, et põhimõtet *in dubio pro reo* ei pea kohaldama, kui ettevõtja, kes tugineb EÜ artikli 81 lõikele 3 nagu käesoleval juhul, esitas tõendid, mis tõstatavad vähemalt kahtlusi, kas kohaldada tuleks seda sätet, ning kui komisjon ei ole neid kahtlusi täielikult hajutanud.

137. Mis puudutab esiteks etteheidet, et tõendamiskoormis on liiga kõrge, siis tuleb tõdeda, et etteheide, mille LBG oma vastuapellatsioonkaebuses esitab, tugineb üsna lakoonilises ja ebamäärases vormis esitatud argumentidele. LBG ei näita ära vaidlustatud kohtuotsuse punkte, mille puhul on õigusnorme rikutud, ning piirdub väitega, et nõuti liiga kõrget tõendamiskoormist, täpsustamata, mida vaidlustatud kohtuotsuses kritiseeritakse. LBG viitab oma argumentide põhjendamiseks ainult üldiselt argumentidele, mis on toodud tema Üldkohtule esitatud menetlusse astuja seisukohtades. Selles olukorras on mul tõsiseid kahtlusi, kas see etteheide on Euroopa Kohtu kodukorra artikli 168 lõike 1 punkti d seisukohast vastuvõetav.

138. Igal juhul arvan, et see etteheide on ka põhjendamatu.

139. Mis puudutab kõigepealt argumenti, et mitmepoolseid vahendustasusid tuleb hinnata kogu MasterCardi süsteemi raames, siis meenutan, et vaidlustatud kohtuotsuse punktis 207 leidis Üldkohus, et kuna mitmepoolsed vahendustasud ei ole seonduvad piirangud, analüüsis komisjon õigustatult, kas on olemas tuntavaid objektiivseid eeliseid, mis tulenevad konkreetsetest mitmepoolsetest vahendustasudest, võtmata arvesse kogu MasterCardi süsteemi. Esiteks tuleb aga tõdeda, et LBG ei esitanud oma vastuapellatsioonkaebuses ühtegi asjaolu ega argumenti, et seda Üldkohtu järeldust kahtluse alla seada. Teiseks teen eespool punktides 79-134 läbi viidud analüüsi arvestades ettepaneku lükata tagasi etteheited, millega põhiapellatsioonkaebuse esitajad kritiseerivad vaidlustatud kohtuotsuse põhjendusi küsimuses, kas mitmepoolsed vahendustasud on objektiivselt vajalikud.

140. Mis puudutab seejärel argumenti, et EÜ artikli 81 lõikes 3 ette nähtud tingimuste puhul peaks tõendamiskoormis olema tõenäosuse kaalumise, siis kõigepealt tuleb meenutada, et määruse nr 1/2003 artiklis 2 on nähtud ette, et ettevõtja, kes tugineb EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldatavusele, peab tõendama, et selles lõikes nimetatud tingimused on täidetud, ilma et sellega oleks siiski kehtestatud nõutavat *tõendamiskoormist*.

141. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt peab sellele sättele tuginev isik – nagu Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 196 õigesti meenutas - *veenvate* argumentide ja tõenditega tõendama, et erandi kohaldamiseks nõutavad tingimused on täidetud, eelkõige mis puudutab EÜ artikli 81 lõikes 3 ette nähtud esimest tingimust, et kõnesolevast kokkuleppest tuleneval paremaksmuutmisel on olulisi eeliseid, mis võivad korvata puudused, mis kokkuleppel konkurentsi seisukohast on.<sup>118</sup> Tuleb ka märkida, et eespool viidatud kohtuotsuses GlaxoSmithKline Services kinnitas Euroopa Kohus, et EÜ artikli 81 lõike 3 põhjal läbi viidava analüüsi raames piisab sellest, kui komisjon jõuab tema käsutuses oleva teabe põhjal veendumusele, et tuntava objektiivse eelise konkretiseerumise *tõenäosus* on piisav, et eeldada, et kokkuleppel on niisugune eelis.<sup>119</sup> Tuleb siiski

118 — 6. oktoobri 2009. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-501/06 P, C-513/06, C-515/06 P ja C-519/06 P: GlaxoSmithKline Services jt vs. komisjon jt (EKL 2009, lk I-9291, punkt 92) (kohtujuristi kursiv).

119 — Eespool viidatud kohtuotsus GlaxoSmithKline Services, punkt 93 (kohtujuristi kursiv).

tõdeda, et see väide asetub – nagu ilmneb sõnaselgelt selle kohtuotsuse punktist 93 – erandi konteksti, mis on nähtud ette EÜ artikli 81 lõikes 3, mis kehtis enne määrust nr 1/2003, milles nähti ette komisjoni poolt *eelnevalt* antavate lubade süsteem.<sup>120</sup> Niisuguses kontekstis oli analüüs, mille komisjon pidi läbi viima, nende tõenäoliste eeliste *tulevikku suunatud* ja *prognoosiv* analüüs, mida teatatud kokkulepe võib tekitada.

142. Tuleb aga tõdeda, et LBG ja põhiapellatsioonkaebuse esitajad mitte üksnes jätsid oma menetlusdokumentides täpsustamata vaidlustatud kohtuotsuse punktid, milles on tehtud viga, ja piirdusid üldise väitega, et tõendamiskoormis peab olema tõenäosuse kaalumise, vaid nad ei täpsustanud ka kuidagi, miks peab niisugust tõendamiskoormise taset kohaldama käesoleval juhul, mil komisjon ei pidanud esiteks läbi viima tulevikku suunatud analüüsi ning teiseks pidid hoopis põhiapellatsioonkaebuse esitajad ise esitama *veenvad* tõendid tuntavate objektiivsete eeliste kohta, mida andsid MIF-id ja mis oleksid pidanud olema niisugused, et korvavad puudused, mille komisjon tuvastas.

143. Selles olukorras arvan, et juhul kui Euroopa Kohus peaks leidma, et argument, et tõendamiskoormis oli liiga kõrge, on vastuvõetav, tuleb see tagasi lükata.

144. Mis puudutab teiseks põhiapellatsioonkaebuse esitajate etteheidet, et on rikutud põhimõtet *in dubio pro reo*, siis tuleb meenutada, et see põhimõte käib kaasas süütuse presumptsiooni põhimõttega,<sup>121</sup> millest tuleb rikkumise tõendatuse hindamisel juhinduda.<sup>122</sup> Selle põhimõtte kohaselt tuleb rikkumist tõendada täielikult ning kahtlused ja ebakindlus selle tõendatuse osas peavad tooma kasu sellele, kelle tegevuses rikkumist nähakse, ja need ei võimalda seega talle karistusi määrata.

145. Põhiapellatsioonkaebuse esitajate argument puudutab vaidlustatud kohtuotsuse punkti 237, milles Üldkohus võttis kokku oma EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldamist käsitleva analüüsi ja leidis, et kuna hagejad ei ole esitanud tõendeid, et eksisteerib erand, millele nad tuginevad, siis tuleb tagasi lükata väide, et on rikutud põhimõtet *in dubio pro reo*.

146. Ma arvan, et selle hinnangu puhul ei ole tehtud viga. Minu meelest võib põhimõtet *in dubio pro reo* kohaldada analüüsis, mille komisjon viib läbi EÜ artikli 81 lõike 1 põhjal ja mille raames peab ta tõendama selle õigusnormi rikkumist asjaomase ettevõtja poolt. Selles kontekstis nõuab see põhimõte, et komisjoni esitatud tõenditega tõendataks seda rikkumist täielikult, nii et selle toimepanemises ei ole enam mingit kahtlust.

147. Seevastu ei usu ma, et põhimõttele *in dubio pro reo* saab tugineda nii, nagu seda teevad põhiapellatsioonkaebuse esitajad, st selleks, et püüda vähendada selle tõendamiskoormise taset, mida EÜ artikli 81 lõikes 3 sätestatud erandi puhul nõutakse. Nagu ma märkisin eespool punktis 141, peab EÜ artikli 81 lõikele 3 tuginev isik väljakujunenud kohtupraktika kohaselt *veenvate* argumentide ja tõenditega tõendama, et erandi kohaldamiseks nõutavad tingimused on täidetud. Seega ei piisa – nagu näivad arvavat põhiapellatsioonkaebuse esitajad – sellest, kui esitatakse tõendid, milles avaldatakse ainult kahtlust, kas kohaldada ei tule mitte EÜ artikli 81 lõiget 3.

148. Nagu meenutas Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 197, võivad argumendid ja faktilised asjaolud, mille esitab ettevõtja, kes tugineb erandile, olla niisugused, et kohustavad teist poolt, st komisjoni esitama selgituse või põhjenduse, vastasel korral võib asuda seisukohale, et tõendamiskoormist täideti.<sup>123</sup> Tuleb siiski tõdeda, et põhiapellatsioonkaebuse esitajad ei vaidlusta

120 — Vt konkreetselt nõukogu 6. veebruari 1962. aasta määruse nr 17, esimese määruse asutamislepingu artiklite [81] ja [82] rakendamise kohta (EÜT 1962, 13, lk 204; ELT erivaljaanne 08/01, lk 3) artiklid 4, 6 ja 9.

121 — Vt kohtujurist Trstenjaki 3. mai 2007. aasta ettepanek kohtuasjas C-62/06: ZF Zefeser, milles otsus tehti 18. detsembril 2007 (EKL 2007, lk I-11995, kohtujuristi ettepaneku punkt 66).

122 — Vt kohtujurist Ruiz-Jarabo Colomeri 8. juuni 2006. aasta ettepanek kohtuasjas C-150/05: van Straaten, milles otsus tehti 28. septembril 2006 (EKL 2006, lk I-9327, kohtujuristi ettepaneku punkt 70).

123 — Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus GlaxoSmithKline Services, punkt 83 ja seal viidatud kohtupraktika.

järeldust, millele Üldkohus jõudis vaidlustatud kohtuotsuse punktis 231 - st järeldust, et komisjon analüüsis nende haldusmenetluse käigus esitatud argumentide põhjendatust ja lükkas need nõuetekohaselt tagasi -, vaid väidavad ainult, et Üldkohus nõustus vaidlustatud kohtuotsuses, et endiselt on kahtlus, kas EÜ artikli 81 lõige 3 on mitmepoolsete vahendustasude suhtes kohaldatav. Vaidlustatud kohtuotsuses ei ole siiski niisuguseid kahtlusi ja eelkõige ei ole neid lauses, mis on toodud vaidlustatud kohtuotsuse punkti 233 alguses ja millele põhiapellatsioonkaebuse esitajad viitavad. Vastupidi, vaidlustatud kohtuotsuse punktis 237 järeldas Üldkohus selgelt, ilma vähimatki kahtlust avaldamata, et komisjon leidis põhjendatult, et hagejad ei ole tõendanud, et EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldatavuse tingimused on täidetud.

149. Lõpuks tuleb märkida, et kuna kõnesolevat etteheidet võib tõlgendada nii, et sellega väidetakse, et vaidlustatud kohtuotsuses puudub põhjendus osas, mis käsitleb põhimõtte *in dubio pro reo* kohaldamist, märgin eespool punktides 30 ja 31 esitatud kaalutluste põhjal, et kuna järeldati, et EÜ artikli 81 lõikes 3 ette nähtud erandi esinemist ei tõendatud, ei olnud Üldkohus kohustatud selgitama põhjalikumalt, miks ei pea käesoleval juhul kohaldama põhimõtet *in dubio pro reo*.

b. Lähenemine, mis on väidetavalt ekslik turu seisukohast, kus EÜ artikli 81 lõikes 3 ette nähtud eelised tekivad, samuti asjaomaste kasutajate kategooriate seisukohast

150. Teiseks väidab LBG, keda toetavad põhiapellatsioonkaebuse esitajad, et Üldkohus valis lähenemise, mis on vale turu seisukohast, kus EÜ artikli 81 lõikes 3 ette nähtud eelised tekivad. LBG väidab, et tunnistades, et kohtupraktika kohaselt võib neid eeliseid arvesse võtta iga turu puhul, mis sõlmitud kokkuleppes kasu saab, ja aktsepteerides seost, mis valitseb kõnesoleva turu kahe poole vahel (milleks on kaardiomanikud ja kauplused), keskendus Üldkohus eranditult kaupluse eelistele. Nii toimides eiras Üldkohus tema sõnul olulisi eeliseid, mis tulenevad MasterCardi süsteemist ja mitmepoolsetest vahendustasudest kaardiomanikele endale, ning turu kaheosalist laadi ja süsteemi optimeerimist, millele mitmepoolsed vahendustasud kaasa aitavad. Põhiapellatsioonkaebuse esitajad väidavad, et Üldkohus ei selgitanud, miks ei saaks EÜ artikli 81 lõikes 3 sätestatud kaks esimest tingimust olla täidetud, kui tugineda üksnes eelistele, mis tulenevad mitmepoolsetest vahendustasudest kaardiomanikele, tingimisel et need eelised võivad korvata kõik võimalikud ebasoodsad asjaolud, mis tulenevad mitmepoolsete vahendustasude piiravast mõjust kauplusele. Miski EÜ artikli 81 lõike 3 sõnastuses ei toeta nende arvates Üldkohtu väidet, et kui on kaks või mitu asjaomaste tarbijate kategooriat, peavad kõik need kategooriad saama konkurentsipiirangust sama palju kasu, et seda piirangut võiks pidada EÜ artikliga 81 kooskõlas olevaks.

151. LBG ja põhiapellatsioonkaebuste esitajate etteheited puudutavad analüüsi vaidlustatud kohtuotsuse punktides 228 ja 229, milles Üldkohus meenutas oma kohtupraktikat, mille kohaselt võivad EÜ artikli 81 lõikes 3 nimetatud esimeses tingimuses ette nähtud eelised esineda mitte üksnes asjaomasel turul, vaid ka ükskõik missugusel turul, kus kokkulepe võib avaldada soodsat mõju, kuid leidis siiski, et kuna kauplused kujutavad endast ühte kahest asjaomase kasutajate rühmast, keda maksekaardid puudutavad, siis on EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldamiseks vaja, et mitmepoolsetest vahendustasudest tulenevate tuntavate objektiivsete eeliste olemasolu oleks ka nende puhul tõendatud. Selle põhjal järeldas Üldkohus, et kuna sellist tõendit ei ole esitatud, on igal juhul ainetu argument, et mitmepoolsetest vahendustasudest tulenevaid eeliseid võeti kaardiomanike puhul ebapiisavalt arvesse.

152. Need etteheited puudutavad EÜ artikli 81 lõikes 3 ette nähtud erandi kohaldamist kontekstis, mida iseloomustab kaks eraldi turgu, millel piirav kokkulepe võib mõju avaldada. Käesoleval juhul on tegemist aktsepteerimis- ja väljastamisturuga, mis on küll eraldi turud, kuid mis teineteist siiski mõjutavad ja täiendavad.<sup>124</sup> Selles osas tuleb märkida, et kuigi Üldkohus kinnitas, et asjaomane turg on tõesti see, mille määratles komisjon, ei ole vaidlustatud kohtuotsuse seda aspekti siiski Euroopa Kohtule esitatud apellatsioonkaebuses vaidlustatud.

124 — Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 176.

153. LBG ja põhiapellatsioonkaebuse esitajad väidavad sisuliselt, et Üldkohus tegi vea, kui eiras eeliseid, mis tulenevad mitmepoolsetest vahendustasudest kaardiomanikele, kes on väljastamisturul pakutavate teenuste otsesed kasutajad, samas kui need eelised oleksid võinud potentsiaalselt tasakaalustada piirava mõju, mis tuleneb mitmepoolsetest vahendustasudest kauplejatele, kes aktsepteerimisturul pakutavaid teenuseid otseselt kasutavad.

154. Selles etteheites tõstatav õiguslik küsimus on niisugune, et kas selleks, et EÜ artikli 81 lõikes 3 ette nähtud erand oleks niisuguses kontekstis kohaldatav, on vaja, et turul, kus konkurentsi piirav mõju avaldub, pakutavate teenuste otsesed kasutajad – käesoleval juhul eelkõige kauplejad – saaksid kokkuleppega loodavatest eelistest tulenevast kasust õiglase, EÜ artikli 81 lõikes 3 ette nähtud osa, või võib asuda seisukohale, et neid kasutajaid kahjustavat mõju võivad korvata eelised seotud turul pakutavate teenuste kasutajatele, antud juhul kaardiomanikele.

155. Kõigepealt tuleb meenutada, et EÜ artikli 81 lõikes 3 nimetatud teine tingimus nõuab, et selles õigusnormis ette nähtud erandi kohaldamiseks piirava kokkuleppe suhtes peavad kasutajad saama õiglase osa kasust, mis sellest kokkuleppest tuleneb.

156. Selles osas tuleb esiteks märkida, et kasutajaid, kellele selles õigusnormis on viidatud, peab saama pidada kokkuvõttega hõlmatud toodete või teenuste otsesteks või kaudseteks kasutajateks. Teiseks tuleneb väljakujunenud kohtupraktikast, et selleks, et konkurentsi piirava kokkuleppe suhtes saaks teha EÜ artikli 81 lõike 3 alusel erandi, peavad tuntavad objektiivsed eelised, mida see kokkulepe tekitab, korvama puudused konkurentsi seisukohast, mis selle kokkuleppega kaasnevad.<sup>125</sup> Sellest kohtupraktikast võib järeldada, et erandi kohaldamiseks piirava kokkuleppe suhtes on vaja, et sellest kokkuleppest tulenevad eelised tagaksid kasutajatele, et korvatakse täielikult see tegelik või võimalik kahjustav mõju, mida nad peavad kokkuleppest tingitud konkurentsi piirangu tõttu kannatama. Teisisõnu peavad piiravast kokkuleppest tulenevad eelised selle negatiivse mõju tasakaalustama.

157. Minu arvates peab see korvamine puudutama siiski kasutajaid, keda kokkulepe otseselt või kaudselt puudutab.<sup>126</sup> Kõnesoleva kokkuleppe piirav mõju kahjustab nimelt kasutajad, kes peavad põhimõtteliselt saama hüvitiseks selle kahju eest õiglase osa kokkuleppest tulenevast kasust, millele on EÜ artikli 81 lõikes 3 viidatud.

158. Kui arvesse oleks võimalik võtta eeliseid, mis tulenevad kokkuleppest teatavate teenuste kasutajate *ühete* kategooriale, et tasakaalustada negatiivset mõju teiste teenuste kasutajate *teisele* kategooriale teisel turul, tähendaks see esimese kasutajate kategooria teisega võrreldes soodsamasse olukorda asetamist. Niisugust laadi jaotav loogika näib mulle konkurentsiõiguse valdkonnas põhimõtteliselt võõras.<sup>127</sup> Selle õiguse eesmärk on kaitsta turustruktuuri ja seeläbi konkurentsi konkurentide huvides ning lõpuks tarbijaid<sup>128</sup> üldiselt. Selle eesmärk ei ole seevastu tarbijate ühe kategooria asetamine soodsamasse olukorda võrreldes teisega.<sup>129</sup>

125 — Vt 13. juuli 1966. aasta otsus liidetud kohtuasjades 56/64 ja 58/64: Consten ja Grundig vs. komisjon (EKL 1966, lk 429 ja 502) ja eespool viidatud kohtuotsus GlaxoSmithKline Services, punkt 92. Vt ka eespool punkt 141.

126 — Seevastu ei ole vaja, et igaüks nendest kasutajatest üksikult saaks osa objektiivsetest eelistest, sest arvesse tuleb võtta mõju kasutajatele tervikuna asjaomasel turul. Vt selle kohta 23. novembri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-238/05: Asnef-Equifax ja Administración del Estado (EKL 2006, lk I-11125, punktid 70 ja 72).

127 — Need kaalutlused ei ole vastuolus Euroopa Kohtu kinnitusega eespool viidatud kohtuasjas Asnef-Equifax, et selleks, et oleks täidetud tingimus, et kasutajad peavad saama õiglase osa kasust, „on vajalik, et mõju tarbijatele asjaomastel turgudel oleks tervikuna soodne” (vt punktid 70 ja 72). Nagu ilmneb eelmisest joonealusest märkusest, kerkis kohtuasjas Asnef-Equifax küsimus, kas on vaja, et asjaomase tarbijate kategooria iga liige omandas üksikult piiravast kokkuleppest tulenevad objektiivsed eelised, mitte küsimus, kas üks tarbijate kategooria asetati teisega võrreldes soodsamasse olukorda.

128 — Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus GlaxoSmithKline Services, punkt 63.

129 — Need kaalutlused ei välista minu arvates absoluutselt, et nendel konkreetsetel juhtudel võib komisjon konkrentsi poliitiliste valikute raames, mis ta tegema peab, kohaldada kokkuleppe suhtes erandit seetõttu, et kokkulepe tekitab olulisi ja selgelt tõendatud objektiivseid eeliseid ühele kasutajate kategooriale, samas kui ta avaldab piiratud negatiivset mõju teisele kasutajate kategooriale, tuues kaasa üldise heaolu märkimisväärse tõusu. Niisuguse konkrentsi poliitilise valiku, mis näib igal juhul olevat erakorraline, võib ehk teha komisjon, kuid see ei kuulu siiski kahtlemata kokkuleppe poolte pädevusse, kui nad annavad ise hinnangu sellele, kas kokkulepe on tervikuna EÜ artikliga 81 (nüüd ELTL artikkel 101) kooskõlas.

159. Selles osas pean veel märkima, et need kaalutlused ei ole tingimata vastuolus Üldkohtu väljakujunenud kohtupraktikaga, millele on viidatud vaidlustatud kohtuotsuse punktis 228 ja mille kohaselt ei ole välistatud, et arvesse võib võtta kokkuleppes tulenevaid eeliseid, mis tekivad muul turul kui see, kus kokkulepe avaldab piiravat mõju. Niisuguseid eeliseid võib võtta arvesse, kui näiteks tarbijatekategoria, keda kokkulepe nendel kahel eraldi turul mõjutab, on sama.<sup>130</sup>

160. Käesoleval juhul leidis Üldkohus, et EÜ artikli 81 lõikes 3 ette nähtud erandi kohaldamiseks on vaja, et mitmepoolsetest vahendustasudest tulenevate tuntavate objektivsete eeliste olemasolu oleks tõendatud igal juhul kauplejate puhul. Kuna aga kauplejad kujutavad endast tarbijatekategoriat, kes kannatab otseselt mitmepoolsete vahendustasude piirava mõju all turul, kus see mõju avaldub, arvan, et Üldkohus ei rikkunud õigusnormi.

161. Sellest tuleneb, et nõustuda ei saa nii põhiapellatsioonkaebuse esitajate kui ka LBG argumendiga, et Üldkohus eiras mitmepoolsetest vahendustasudest<sup>131</sup> kaardiomanikele tulenevaid olulisi eeliseid. Sama järeldus kehtib seetõttu, et asjaomase turu määratlust ei ole vaidlustatud, ka argumendi kohta, et arvesse ei võetud asjaomase turu kaheosalist laadi. Lõpuks ilmneb eelnevast ka, et vastupidi põhiapellatsioonkaebuse esitajate väidetele ei leidnud Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 228 ja 229, et kui on kaks või enam asjaomaste tarbijate kategooriat, peavad kõik kategooriad saama *samasuguse osa* konkurentsipiirangust tulenevast kasust, et võiks asuda seisukohale, et piirang on EÜ artikliga 81 kooskõlas. Ta leidis ainult, et mitmepoolsetest vahendustasudest tulenevad eelised peavad olema tõendatud kauplejate puhul.

162. Kõikide esitatud kaalutluste põhjal arvan seega, et tervikuna tuleb tagasi lükata LBG ja põhiapellatsioonkaebuse esitajate etteheited, et turu osas, millel EÜ artikli 81 lõikes 3 ette nähtud eelised peavad avalduma, ja tarbijatekategoriate osas, mida peab arvesse võtma, valiti väidetavalt vale lähenemine.

#### c. Liiga range kriteeriumi heakskiitmine EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldamisel

163. Kolmandaks väidab LBG, et Üldkohus tegi vea, kui kiitis EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldamisega seoses heaks liiga range kriteeriumi. LBG peab silmas vaidlustatud kohtuotsuse punkti 233, milles Üldkohus laseb aimata, et hinnates, kas mitmepoolsete vahendustasude tase on sobiv, tuleb arvesse võtta ainult seda, kas kauplejad hüvitavad kulutused, mida väljastavad pangad neile teenuste osutamiseks teevad või mis toovad neile ilmselgelt kasu, ning et kompensatsiooni arvutamisel tuleb võtta arvesse muid tulusid, mida väljastavad pangad saavad. LBG väidab, et ka komisjon näib hiljutisematel juhtudel olevat valinud lähenemise, mis on keskendatud üksnes kauplejate eelistele, sest ta kasutas piiravat meetodit, mida nimetatakse „turisti kriteeriumiks”.<sup>132</sup> Niisugune lähenemine on LBG sõnul kasutamiskõlbmatu ja ebasobiv ning komisjon ise ei suuda seda kriteeriumit andmete puudumise tõttu kohaldada. LBG-l kerkib selles olukorras küsimus, kuidas peaks MasterCard või veelgi enam litsentsiomanikest pangad, kelle käsutuses ei ole täielikke andmeid turu kohta, seda mõistlikult kohaldama. Valitud meetodit ei ole ka võimalik praktikas kohaldada, sest see eeldab, et konkreetsete mitmepoolsete vahendustasude tasemete kohta esitatakse täpseid tõendeid. Neid tõendeid

130 — Nii oli see kohtuasjas T-86/95: *Compagnie générale maritime jt vs. komisjon*, milles Üldkohus tegi otsuse 28. veebruaril 2002 (EKL 2002, lk II-1011) – otsuse, millele on viidatud vaidlustatud kohtuotsuse punktis 228. Selles kohtuasjas osutati neid kahte teenust, mida konkurentsipiirangud puudutasid, kahel eraldi turul, kuid neid nõudis sama kasutajatekategoria, st laadijad, kes vajasisid ühendvedude teenuseid Põhja-Euroopa ning Kagu- ja Ida-Aasia vahel (vt eelkõige selle kohtuotsuse punktid 112 ja 343–345).

131 — Mis puudutab süsteemist MasterCard ja selle optimeerimisest otseselt tulenevaid eeliseid, siis neid ei saanud igal juhul arvesse võtta, sest Üldkohus leidis, et mitmepoolsed vahendustasud ei kujuta endast selle süsteemi suhtes seonduvat piirangut.

132 — LBG väidab, et see kriteerium võimaldab hinnata, kas mitmepoolsed vahendustasud ja kauplejalt võetavad teenustasud määratakse kindlaks niisugused, et kaupleja on nõus neid maksma, kui ta peaks võrdlema tarbijapoolse maksekaardi kasutamise kulu nende maksete kuluga, mis tehti kaardita (sularahas).

ei ole siiski võimalik esitada. Ei komisjon ega Üldkohus ei ole esitanud vähimatki juhust täpse meetodi kohta, mida MasterCard peaks järgima, et määrata mitmepoolsete vahendustasude tase kindlaks niisugune, et see oleks õigustatud. Sellest lähenemisest tulenev mitmetimõistetavus tekitab ettevõtjates väga palju ebakindlust ja võib kahjustada tarbijat, takistades innovatsiooni turul.

164. See etteheide põhineb minu arvates vaidlustatud kohtuotsuse ekslikul tõlgendusel. Punktis 233 – mis on vaidlustatud kohtuotsuse ainus punkt, millele selles etteheites konkreetselt viidatakse – ei kinnitanud Üldkohus, et väljastavate pankade osutatavate teenuste kulud on *ainus* asjaolu, mida tuleb arvesse võtta, hinnates, kas mitmepoolsete vahendustasude tase on sobiv. Vaidlustatud kohtuotsuse selles punktis vastas Üldkohus talle esitatud argumendile, et puuduvad andmed, mis vastaksid komisjoni nõutavale tõendamiskoormise tasemele majandusalaste tõendite osas. Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 233 esitatud kaalutlusi tuleb seega tõlgendada, lähtudes eelmisest punktist, milles Üldkohus selgitas, et komisjoni nõutavat tõendamiskoormist majandusalaste tõendite esitamise osas on raske täita argumentide tõttu, mille põhiapellatsioonkaebuse esitajad haldusmenetluse käigus esitasid.

165. Mis puudutab konkreetselt viidet meetodile, mida nimetatakse „turisti kriteeriumiks”, siis tuleb tõdeda, et ei vaidlustatud kohtuotsuses ega vaidlusaluses otsuses ei ole üldse viidatud sellele meetodile, nii et argument, mis põhineb sellel meetodil, ei ole asjakohane. LBG ei esita muide ühtegi asjaolu, mis selgitaks, kuidas võiks tema viide sellele meetodile tuua välja vea vaidlustatud kohtuotsuses.

166. Argumendi osas, et komisjon ja Üldkohus ei esitanud vähimatki juhust täpse meetodi kohta, mida MasterCard peaks mitmepoolsete vahendustasude kindlaksmääramisel järgima, ei ole vaidlustatud kohtuotsuses võimalik täheldada mingit õigusnormi rikkumist ja see argument on seega ainetu.

167. Eelnevast tuleneb, et ka selle väite kolmanda osaga, et on rikutud EÜ artikli 81 lõiget 3, ei saa nõustuda ning see väide tuleb seega tervikuna tagasi lükata.

### III. Ettepanek

168. Esitatud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule järgmise ettepaneku:

1. Jätta appellatsioonkaebus ja vastuapellatsioonkaebused rahuldamata.
2. Mõista MasterCard Incorporatedilt, MasterCard International Incorporatedilt ja MasterCard Europe SPRL-ilt välja põhiapellatsioonkaebuse kulud.
3. Mõista The Royal Bank of Scotland Plc-ilt välja tema vastuapellatsioonkaebuse kulud.
4. Mõista Lloyds TSB Bank Plc ja Bank of Scotland Plc-ilt välja nende vastuapellatsioonkaebuse kulud.
5. Jätta MBNA Europe Bank Ltd., HSBC Bank PLC ja Ühendkuningriigi kohtukulud nende enda kanda.