

II

(Teatised)

EUROOPA LIIDU INSTITUTSIOONIDE JA ORGANITE TEATISED

KOMISJON

Komisjoni teatis — Suunised komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta EÜ asutamislepingu artikli 82 kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurentide tõrjuva tegevuse suhtes

(EMPs kohaldatav tekst)

(2009/C 45/02)

I. SISSEJUHATUS

komisjon leiab, et juhtum ei ole prioriteetne ühenduse huvi puudumise tõttu.

1. Euroopa Ühenduse asutamislepingu artikliga 82 (edaspidi „artikkel 82”) on keelatud turgu valitseva seisundi kuritarvitamine. Kohtupraktika kohaselt ei ole iseenesest ebaseaduslik, kui ettevõtja on turgu valitsevas seisundis, ning selline turgu valitsev ettevõtja võib konkureerida võrdsetel tingimustel. Ent asjaomane ettevõtja peab eelkõige vastutama selle eest, et tema tegevus ei kahjustaks tõelist moonutamata konkurentsi ühisturul. Artikkel 82 on konkrentsi-poliitika olulise osa õiguslik alus ning selle tõhus jõustamine aitab turgudel paremini toimida ettevõtjate ja tarbijate heaks. See on eriti oluline seoses laiema eesmärgiga saavutada integreeritud siseturg.

4. Artiklit 82 kohaldatakse ettevõtjate suhtes, kellel on turgu valitsev seisund ühel või mitmel asjaomasel turul. Selline seisund võib olla ühel ettevõtjal (ainuvalitsev seisund) või kahel või enamal ettevõtjal (kollektiivne valitsev seisund). Käesolev dokument on seotud üksnes ainuvalitsevas seisundis ettevõtja toime pandud kuritarvitustega.

II. DOKUMENDI EESMÄRK

2. Dokumendis on esitatud täitetegevuse prioriteetidid, millest komisjoni tegevus juhindub artikli 82 kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate konkurentide tõrjuva tegevuse suhtes. Koos komisjoni teatavate täiteotsustega on selle eesmärk saavutada suurem selgus ja prognoositavus seoses üldise analüüsiraamistikuga, mida komisjon kasutab, kui ta otsustab, kas ta peaks uurima juhtumeid, mis on seotud konkurentide tõrjuva tegevuse eri vormidega, ning aidata ettevõtjatel paremini hinnata, kas teatav käitumine võib tuua kaasa komisjoni sekkumise artikli 82 alusel.

5. Kohaldatakse artiklit 82 turgu valitsevate ettevõtjate poolse konkurentide tõrjuva tegevuse suhtes, keskendub komisjon sellistele tegevusliikidele, mis kahjustavad tarbijaid kõige rohkem. Tarbijad saavad konkurentsisist kasu madalamate hindade, parema kvaliteedi ning laiema valiku uute või paremate kaupade ja teenuste kaudu. Komisjon seab seetõttu oma täitetegevuse eesmärgiks tagada turgude nõuetekohane toimimine ja kasu tarbijatele efektiivsuse ja tootlikkuse kaudu, mis tuleneb ettevõtjatevahelisest tõhusast konkurentsisist.

3. Käesoleva dokumendi eesmärk ei ole kirjeldada õigust ning see ei piira artikli 82 tõlgendamist Euroopa Ühenduste Kohtu ja Esimese Astme Kohtu poolt. Lisaks kohaldatakse käesolevas dokumendis esitatud üldraamistikku, ilma et see piiraks komisjoni võimalust lükata tagasi kaebus, kui

6. Komisjoni täitetegevuse puhul seoses konkurentide tõrjuva tegevusega pannakse rõhku sellele, et kindlustada konkurentsisist siseturul ning tagada, et turgu valitsevas seisundis ettevõtjad ei tõrjuks oma konkurentide välja muude vahenditega kui oma pakutatavate toodete ja teenustega võrdsetel alustel konkureerides. Seda tehes peab komisjon silmas, et tegelikult on oluline kaitsta tõhusat konkurentsi, mitte üksnes konkurentide. See võib tähendada ka seda, et konkurendid, kes pakuvad tarbijatele hinna, valiku, kvaliteedi ja uuenduste poolest vähem, lahkuvad turult.

7. Tegevus, mis tarbijaid otseselt kurnab, näiteks liiga kõrgete hindade kehtestamine või teatav käitumine, mis õõnestab ühtse siseturu saavutamiseks tehtud pingutusi, võidakse samuti lugeda artikli 82 rikkumiseks. Komisjon võib otsustada sekkuda seoses sellise käitumisega, eriti kui tarbijate kaitset ja siseturu tõrgeteta toimimist ei saa muul viisil piisavalt tagada. Suuniste andmisel oma täitetegevuse prioriteetide kohta piirdub komisjon käesolevas etapis konkurentide tõrjuva tegevusega ning eelkõige teatavate eriliste konkurentide tõrjuvate tegevusliikidega, mis tema kogemuste põhjal tunduvad kõige levinumad.
8. Teatistes esitatud üldiste täitetegevuse põhimõtete kohaldamisel võtab komisjon arvesse igale juhtumile omaseid asjaolusid ja tingimusi. Näiteks reguleeritud turgudega seotud juhtudel võtab komisjon oma hinnangu kujundamisel arvesse asjaomast õigusraamistikku⁽¹⁾. Komisjon võib seega teatistes esitatud lähenemisviisi kohandada määral, mis osutub asjaomasel juhul mõistlikuks ja asjakohaseks.

III. ÜLDINE LÄHENEMISVIISI KONKURENTE TÕRJUVALE TEGEVUSELE

A. Turuvõim

9. Artikli 82 kohaldamisel on esimene samm hinnata, kas ettevõtja on turgu valitsevas seisundis ja kui suur on tema turuvõim. Kohtupraktika kohaselt tekitab turgu valitsev seisund asjaomasele ettevõtjale erilise vastutuse, mille ulatust tuleb käsitleda iga juhtumi eriasjaolusid arvestades⁽²⁾.
10. Ühenduse õiguses on turgu valitsev seisund määratletud kui seisund, mille puhul ettevõtja majanduslik võim annab talle võimaluse takistada asjaomasel turul tõhusa konkurentsi säilimist, andes kõnealusele ettevõtjale võimaluse käituda märkimisväärses ulatuses sõltumatult oma konkurentidest, klientidest ja lõppkokkuvõttes tarbijatest⁽³⁾. Sõltumatuse mõiste on seotud sellega, mil määral konkurentsisist tingitud piirang asjaomasele ettevõtjale mõjub. Turgu valitsev seisund tähendab, et konkurentsisist tingitud piirangud ei ole piisavalt tõhusad ning seega seda, et asjaomasel ettevõtjal on oluline turuvõim teatava aja jooksul. See tähendab, et konkurentide, klientide ja lõppkokkuvõttes tarbijate teod ja reaktioonid mõjutavad ettevõtja otsuseid väga vähe. Komisjon võib leida, et tõhusad konkurentsisist tingitud piirangud puuduvad isegi siis, kui esineb mõningane tegelik või võimalik konkurent⁽⁴⁾. Üldiselt tekib turgu valitsev seisund mitme teguri koostoimes, mis eraldi võetuna ei pruugi tingimata määravad olla⁽⁵⁾.
11. Komisjon leiab, et ettevõtjat, kes suudab märkimisväärselt ajavahemikuks kasumlikult tõsta hindu üle konkurentsisvõimelise taseme, ei mõjuta tõhusad konkurentsisist tingitud piirangud piisavalt ning teda võib seega üldjoontes käsitleda turgu valitsevas seisundis olevana⁽⁶⁾. Käesolevas teatistes hõlmab väljend „hindu tõstma“ ka suutlikkust hoida hindu konkurentsisvõimelisest tasemest kõrgemal ning seda kasutatakse tinglikult eri viiside kohta, kuidas konkurentsinäitajaid — hindu, toodangut, uuendusi, kaupade või teenuste valikut ja kvaliteeti — saab mõjutada turgu valitseva ettevõtja kasuks ja tarbijate kahjuks⁽⁷⁾.
12. Turgu valitseva seisundi hindamisel võetakse arvesse turu konkrentsistruktuuri ja eelkõige järgmisi tegureid:
- piirangud, mille tekitavad tegelikelt konkurentidelt hetkel saadavad tarded ja nende turuseisund (turgu valitseva ettevõtja ja tema konkurentide turuseisund);
 - piirangud, mille tekitab tegelike konkurentide tulevase laienemise või võimalike konkurentide turuletuleku kindel oht (laienemine ja turuletulek);
 - piirangud, mille tekitab ettevõtja klientide läbirääkimisvõim (tasakaalustav ostujõud).
- a) Turgu valitseva ettevõtja ja tema konkurentide turuseisund
13. Turuosad on komisjoni jaoks esimene kasulik näitaja turustruktuuri ja turul tegutsevate eri ettevõtjate suhtelise tähtsuse kohta⁽⁸⁾. Ent komisjon tõlgendab turuosasid asjaomaste turutingimuste põhjal ja eelkõige turu dünaamikat

⁽¹⁾ Vt näiteks punkt 82.

⁽²⁾ Kohtuasi 322/81: Nederlandsche Banden Industrie Michelin vs. komisjon (Michelin I), EKL 1983, lk 3461, punkt 57; kohtuasi T-83/91 Tetra Pak vs. komisjon (Tetra Pak II), EKL 1993, lk II-755, punkt 114; kohtuasi T-111/96: ITT Promedia vs. komisjon, EKL 1998, lk II-2937, punkt 139; kohtuasi T-228/97: Irish Sugar vs. komisjon, EKL 1999, lk II-2969, punkt 112 ja kohtuasi T-203/01: Michelin vs. komisjon (Michelin II), EKL 2003, lk II-4071, punkt 97.

⁽³⁾ Vt kohtuasi 27/76: United Brands Company ja United Brands Continentaal vs. komisjon, EKL 1978, lk 207, punkt 65; kohtuasi 85/76: Hoffmann-La Roche & Co. vs. komisjon, EKL 1979, lk 461, punkt 38.

⁽⁴⁾ Vt kohtuasi 27/76: United Brands Company ja United Brands Continentaal vs. komisjon, EKL 1978, lk 207, punktid 113–121; kohtuasi T-395/94: Atlantic Container Line jt vs. komisjon, EKL 2002, lk II-875, punkt 330.

⁽⁵⁾ Kohtuasi 27/76: United Brands ja United Brands Continentaal vs. komisjon, EKL 1978, lk 207, punktid 65 ja 66; kohtuasi C-250/92 Güttrup-Klim jt vs. Dansk Landbrugs Grovvarerelskab, EKL 1994, lk I-5641, punkt 47; kohtuasi T-30/89: Hilti vs. komisjon, EKL 1991, lk II-1439, punkt 90.

⁽⁶⁾ See, milline ajavahemik on märkimisväärne, sõltub tootest ja kõnealuse turu asjaoludest, ent tavapärastel on kaks aastat piisav aeg.

⁽⁷⁾ Raamatupidamisjärgne kasumlikkus ei pruugi õigesti näidata turuvõimu kasutamist. Selle kohta vt kohtuasi 27/76: United Brands Company ja United Brands Continentaal vs. komisjon, EKL 1978, lk 207, punkt 126.

⁽⁸⁾ Kohtuasi 85/76: Hoffmann-La Roche & Co. vs. komisjon, EKL 1979, lk 461, punktid 39–41; kohtuasi C-62/86: AKZO vs. komisjon, EKL 1991, lk I-3359, punkt 60; kohtuasi T-30/89: Hilti vs. komisjon, EKL 1991, lk II-1439, punktid 90–92; kohtuasi T-340/03 France Télécom vs. komisjon, EKL 2007, lk II-107, punkt 100.

ja toodete diferentseerituse ulatust arvestades. Kõikuvatel või pakkumisi kasutataval turgudel võidakse arvesse võtta ka turuosade suundumust või arengut aja jooksul.

14. Komisjon leiab, et väike turuosa on üldjoontes hea tõend olulise turuvõimu puudumise kohta. Komisjoni kogemus näitab, et turgu valitseva seisundi olemasolu ei ole tõenäoline, kui ettevõtja turuosa on asjaomasel turul alla 40 %. Siiski võib esineda erijuhte alla selle künnise, mille puhul konkurendid ei ole piira turgu valitseva ettevõtja tegevust, näiteks kui neil on ulatuslikud suutlikkuspiirangud. Sellised juhud võivad samuti komisjoni tähelepanu pälvida.

15. Kogemus näitab, et mida suurem on turuosa ja mida pikema aja vältel seda hoitakse, seda tõenäolisem on, et see on esimene tõsine märk turgu valitseva seisundi olemasolust ning teataval juhtudel kuritahtliku tegevuse võimalikest tõsistest mõjudest, mis õigustab komisjoni sekkumist artikli 82 alusel⁽¹⁾. Üldreeglina komisjon siiski ei tee lõplikku järeldust asja menetlemise kohta, kui ta ei ole uurinud kõiki tegureid, mis võivad olla piisavad ettevõtja käitumise piiramiseks.

b) Laienemine või turuletulek

16. Konkurents on dünaamiline protsess ning ettevõtjale avalduvaid konkurentsist tingitud piiranguid ei saa hinnata üksnes olemasoleva turuolukorra põhjal. Tegelikke konkurentide laienemise või võimalike konkurentide turuletuleku potentsiaalne mõju, sealhulgas sellise laienemise või turuletuleku oht on samuti asjakohased. Kui laienemine või turuletulek on tõenäoline, õigeaegne ja piisav, võib see takistada ettevõtjat hindu tõstmast. Komisjon käsitleb laienemist või turuletulekut tõenäolisena, kui see on piisavalt kasumlik konkurendi või turule tulija jaoks, võttes arvesse selliseid tegureid nagu laienemise või turuletuleku takistused, väidetava turgu valitseva ettevõtja ja teiste konkurentide tõenäoline reaktsioon ning ebaõnnestumise riskid ja kulud. Laienemist või turuletulekut käsitletakse õigeaegsena siis, kui see on piisavalt kiire, et hoida ära olulise turuvõimu kasutamist või see nurjata. Laienemist või turuletulekut käsitletakse piisavana siis, kui see ei ole üksnes väikese ulatusega turuletulek, näiteks mõnda turuniši sisenemine, vaid on sellise ulatusega, et võib hoida ära oletatava turgu valitseva ettevõtja katsed tõsta hindu asjaomasel turul.

⁽¹⁾ Turgu valitseva seisundi ja kuritahtliku tegevuse tuvastamise vaheliste seoste kohta vt otsus liidetud kohtuasjades C-395/96 P ja C-396/96 P: Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge ja Dafra-Lines vs. komisjon, EKL 2000, lk I-1365, punkt 119; Kohtuasi T-228/97: Irish Sugar vs. komisjon, EKL 1999, lk II-2969, punkt 186.

17. Laienemise või turuletuleku takistused võivad olla erisulgused. Need võivad olla seaduslikud takistused, nagu tariifid või kvoodid, või need võivad olla eelised, mida saab kasutada eelkõige turgu valitseva ettevõtja, näiteks mastaabi- või mitmekülgussääst, eelisjuurdepääs vajalikele sisenditele või loodusvaradele, olulisele tehnoloogiale⁽²⁾ või toimivale turustus- ja müügivõrgule⁽³⁾. Need võivad hõlmata ka kulusid ja muid takistusi, mis tulenevad näiteks võrguefektist, millega kliendid puutuvad kokku uue tarnija kasutuselevõtul. Turgu valitseva ettevõtja enda tegevus võib samuti luua turuletuleku takistusi, näiteks kui ta on teinud ulatuslikke investeringuid, millega turule tulijad või konkurendid peavad silmitsi seisma⁽⁴⁾, või kui ta on sõlminud oma klientidega pikaajalisi lepinguid, millel on turulepääsu sulgev mõju. Püsivalt suur turuosa võib olla märk turuletuleku ja laienemise takistuste olemasolu kohta.

c) Tasakaalustav ostujõud

18. Konkurentsist tingitud piiranguid ei pruugi tekitada mitte üksnes tegelikud või potentsiaalsed konkurendid, vaid ka kliendid. Isegi suure turuosaga ettevõtja ei pruugi suuta tegutseda suures ulatuses sõltumatult klientidest, kellel on piisav läbirääkimisvõim⁽⁵⁾. Selline tasakaalustav ostujõud võib tuleneda klientide suurusest või nende kaubanduslikust tähtsusest turgu valitseva ettevõtja jaoks või nende suutlikkusest minna kiiresti üle konkureerivatele tarnijatele, toetada uute ettevõtjate turuletulekut või vertikaalselt integreeruda ning selliste tegevustega usutavalt ähvardada. Kui tasakaalustav jõud on piisavalt suur, võib see takistada ettevõtja katsed kasumlikult hindu tõsta. Ostujõudu ei saa siiski pidada piisavalt tõhusaks piiranguks, kui see tagab üksnes teatava või piiratud kliendisegmendi kaitse turgu valitseva ettevõtja turuvõimu eest.

B. Turulepääsu sulgemine, mis tekitab tarbijatele kahju (konkurentsivastane turulepääsu sulgemine)

19. Komisjoni täitetegevuse eesmärk seoses konkurentide tõrjuva tegevusega on tagada, et turgu valitsevad ettevõtjad ei kahjustaks tõhusat konkurentsi, sulgedes oma konkurentide turulepääsu konkurentsivastasel viisil ning avaldades seega kahjulikku mõju tarbija heaolule kas tavapärasesst kõrgema hinnataseme kujul või mõnel muul viisil, nagu kvaliteedi vähendamine või tarbija valiku piiramine. Käesolevas dokumendis kasutatakse mõistet „konkurentsivastane turulepääsu

⁽²⁾ Kohtuasi T-30/89: Hilti vs. komisjon, EKL 1991, lk II-1439, punkt 19.

⁽³⁾ Kohtuasi 85/76: Hoffmann-La Roche vs. komisjon, EKL 1979, lk 461, punkt 48.

⁽⁴⁾ Kohtuasi 27/76: United Brands vs. komisjon, EKL 1978, lk 207, punkt 91.

⁽⁵⁾ Vt kohtuasi T-228/97: Irish Sugar vs. komisjon, EKL 1999, lk II-2969, punktid 97–104, milles Esimese Astme Kohus uuris, kas ettevõtte väidetavat sõltumatust oma klientidest tuleks käsitleda erakorralise asjaoluna, mis takistab tegemast järeldust turgu valitseva seisundi kohta, olenemata asjaolust, et ettevõttele kuulub väga suur osa tööstusliku suhkru turu registreeritud käibest firmaal.

sulgemine”, et kirjeldada olukorda, mille puhul tegelike või potentsiaalsete konkurentide juurdepääsu tarnetele või turgudele takistab või selle kõrvaldab turgu valitseva ettevõtja tegevus, mis tõenäoliselt annab turguvalitsevale ettevõtjale võimaluse tõsta kasumlikult hindu⁽¹⁾ tarbija kahjuks. Tõenäolisele tarbijatele tekitatava kahju kindlaksmääramisel võidakse tugineda kvalitatiivsetele ning võimalikele ja asjakohastele kvantitatiivsetele tõenditele. Komisjon käsitleb turulepääsu sulgemist kas vahetasandil, lõpptarbijatastandil või mõlemal tasandil⁽²⁾.

20. Tavapärastelt sekkub komisjon artikli 82 alusel, kui selgete ja veenvate tõendite põhjal toob väidetav kuritahtlik tegevus tõenäoliselt kaasa konkurentsivastase turulepääsu sulgemise. Komisjon peab sellise hinnangu puhul üldiselt asjakohaseks järgmisi tegureid:

— *turgu valitseva ettevõtja seisund*. Mida tugevam on turgu valitsev seisund, seda suurem on üldiselt tõenäosus, et seda seisundit kaitsev tegevus toob kaasa konkurentsivastase turulepääsu sulgemise;

— *asjaomase turu tingimused*. See hõlmab turuletuleku ja laienemise tingimusi, näiteks mastaabi- ja/või mitmekülgssussäästu ja võrguefkti olemasolu. Mastaabisääst tähendab, et konkurentide turuletulek või turul püsimine on vähem tõenäoline, kui turgu valitsev ettevõtja sulgeb suure osa asjaomasest turust. Samuti võib tegevus võimaldada turgu valitseval ettevõtjal „kallutada” turgu, mida iseloomustab võrguefekt, oma kasuks või veelgi kindlustada oma seisundit sellel turul. Kui turuletuleku tõkked eelneval ja/või järgneval kaubaturul on märkimisväärsed, tähendab see jällegi seda, et konkurentide jaoks võib olla kulukas vertikaalse integreerumise kaudu võimalikust turulepääsu sulgemisest läbi tungida;

— *turgu valitseva ettevõtja konkurentide seisund*. See hõlmab konkurentide tähtsust tõhusta konkurentsi säilitamisel. Teatav konkurent võib isegi väikese turuosaga omada olulist konkurentsirolli võrreldes teiste konkurentidega: ta võib näiteks olla turgu valitseva ettevõtja lähim konkurent, olla eriti uuenduslik konkurent või omada korrapärastelt hindu alandava ettevõtja mainet. Hindamise käigus võib komisjon asjakohastel juhtudel kaaluda

olemasoleva teabe alusel, kas on olemas realistlikke, tõhusaid ja õigeaegseid vastustrateegiaid, mida konkurendid võiksid tõenäoliselt kasutada.

— *klientide või sisenditarnijate seisund*. See võib hõlmata asjaomase käitumise võimaliku selektiivsuse arvesse võtmist. Turgu valitsev ettevõtja võib kasutada oma käitumist üksnes valitud klientide või sisenditarnijate suhtes, kes võivad olla eriti olulised konkurentide turuletulekuks või laienemiseks, suurendades sellega konkurentsivastase turulepääsu sulgemise tõenäosust⁽³⁾. Need võivad olla näiteks tarbijad, kes kõige tõenäolisemalt reageeriksid alternatiivsete tarnijate pakkumistele, toote puhul uuele turule tulijale sobivat turustusmeetodit kasutavad isikud, või isikud, kes asetsevad turuletulekuks sobivas geograafilises piirkonnas või võivad tõenäoliselt mõjutada teiste klientide käitumist. Sisenditarnijatest võivad need, kellega turgu valitsev ettevõtja on sõlminud ainuõiguslikud tarnelepingud, olla isikud, kes kõige tõenäolisemalt reageerivad selliste klientide taotlustele, kes on turgu valitseva ettevõtja konkurendid järgneval kaubaturul või toodavat sellist toodet — või sellises asukohas — mis on uue turule tulija jaoks eriti sobiv. Uuritakse ka kõiki strateegiaid, mida kliendid või sisenditarnijad saavad kasutada ja mis võivad aidata turgu valitseva ettevõtja käitumiseviisi vastu võidelda;

— *väidetava kuritahtliku tegevuse ulatus*. Üldiselt mida kõrgem on asjaomasel turul tegevusest mõjutatud koguläbimüügi osakaal ja mida pikem tegevuse kestus ja suurem korrapärusus, seda suurem on tõenäoline turulepääsu sulgemise oht;

— *võimalikud tõendid turulepääsu tegeliku sulgemise kohta*. Kui tegevus on toimunud piisava aja jooksul, siis võivad turgu valitseva ettevõtja ja tema konkurentide tulemused turul olla otseseks tõendiks konkurentsivastase turulepääsu sulgemise kohta; väidetava kuritahtliku tegevusega seotud põhjustel võib turgu valitseva ettevõtja turuosaga olla tõusnud või turuosaga kahanemine aeglustunud. Sarnastel põhjustel võivad tegelikud konkurendid olla vähemusse jäänud või turult lahkunud või potentsiaalsed konkurendid võivad olla üritanud turule siseneda ja see pole neil õnnestunud;

— *otsesed tõendid konkurentide tõrjuva strateegia kohta*. See hõlmab sisedokumente, mis sisaldavad otseseid tõendeid konkurentide tõrjuva strateegia kohta, näiteks üksikasjalik kava kasutada teatavat tegevust, et konkurent välja tõrjuda, takistada turuletulekut või ennetada turu tekkimist, või tõendeid tõrjuva tegevuse selge ohu kohta. Sellised otsesed tõendid võivad olla abiks turgu valitseva ettevõtja tegevuse tõlgendamisel.

⁽¹⁾ Väljendi „hindu tõstma” tähendus on määratletud punktis 11.

⁽²⁾ „Tarbija” mõiste hõlmab kõiki tegevuse poolt mõjutatud toodete otseid või kaudseid kasutajaid, sealhulgas vahetootjaid, kes kasutavad toodet sisendina, samuti esmatootjate ja vahetootjate toodetud toodete turustajaid ja lõpptarbijaid. Kui vahekasutajad on turgu valitseva ettevõtja tegelikud või potentsiaalsed konkurendid, siis keskendutakse tegevuse poolt kasutajatele avaldatava mõju hindamisel ka järgnevatele turgudele.

⁽³⁾ Kohtuasi T-228/97: Irish Sugar vs. komisjon, EKL 1999, lk II-2969, punkt 188.

21. Juhtumit uurides analüüsib komisjon punktis 20 nimetatud üldisi tegureid koos täpsemate teguritega, mida on kirjeldatud jagudes, milles käsitletakse konkurente tõrjuva tegevuse teatavaid liike, ja muid tegureid, mida ta võib pidada asjakohaseks. See hinnang tehakse tavaliselt, võrreldes asjaomase turu praegust või tulevast tõenäolist olukorda (juhul, kui turgu valitsev ettevõtja kasutab oma tegevust) koos asjakohaste vastuväidetega, nagu kõnealuse tegevuse puudumine või muu alternatiivne reaalne stsenaarium, võttes arvesse kehtivat äritava.
22. Võivad esineda asjaolud, mille puhul komisjon ei pea tegema üksikasjalikku hinnangut, enne kui ta järeldab, et kõnealune tegevus toob tõenäoliselt kaasa kahju tarbijatele. Kui selgub, et tegevus võib üksnes tekitada konkurentsitõkkeid ega too kaasa tõhususe kasvu, siis võidakse teha järeldus selle konkurentsivastase mõju esinemise kohta. See võib olla nii näiteks siis, kui turgu valitsev ettevõtja takistab oma kliente katsetamast konkurentide tooteid või pakub oma klientidele rahalisi ajendeid tingimusel, et nad ei katseta selliseid tooteid, või maksab turustajale või tarbijale, et need viivitaks konkurentide toote turuletoomisega.

C. Hinnal põhinev konkurente tõrjuv käitumisviis

23. Punktides 23–27 esitatud kaalutlusi võetakse arvesse hinnal põhineva konkurente tõrjuva käitumisviisi puhul. Jõuline hinnakonkurents on tarbijatele üldiselt kasulik. Eesmärgiga hoida ära konkurentsivastast turulepääsu sulgemist sekkub komisjon tavapärast üksnes siis, kui asjaomane tegevus on juba kahjustanud või võib kahjustada selliste konkurentide poolset konkurentsi, keda peetakse sama tõhusaks kui turgu valitsevat ettevõtjat (¹).
24. Komisjon tunnustab siiski, et teataval juhudel võib vähem tõhus konkurent samuti tekitada piirangu, mida tuleks võtta arvesse, kui kaalutakse, kas teatav hinnal põhinev tegevus toob kaasa konkurentsivastase turulepääsu sulgemise. Komisjon arvestab selle piirangu eri tahke, arvestades seda, et kuritahtliku tegevuse puudumisel võib see konkurent saada kasu nõudlusega seotud eelistest, nagu võrguefekt ja kogemuste omandamise mõju, mis kalduvad tema tõhusust suurendama.
25. Selleks, et määrata kindlaks, kas isegi oletatav konkurent, kes on sama tõhus kui valitsev ettevõtja, kaotaks kõnealuse tegevuse tõttu turulepääsu, uurib komisjon majanduslikke näitajaid seoses kulude ja müügihindadega ning eelkõige seda, kas turgu valitsev ettevõtja müüb omahinnast

madalamate hindadega. Selleks on vaja piisaval hulgal usaldusväärseid andmeid. Kui need on olemas, siis kasutab komisjon turgu valitseva ettevõtja enda kulude andmeid. Kui nende kulude kohta ei ole usaldusväärseid andmeid saadaval, siis võib komisjon otsustada kasutada konkurentide kuluandmeid ja muid võrreldavaid usaldusväärseid andmeid.

26. Kulude võrdlusnäitajad, mida komisjon tõenäoliselt kasutab, on keskmine välditav kulu ja pikaajaline keskmine täiendkulu (²). Suutmatuse katta keskmisi välditavaid kulusid näitab, et turgu valitsev ettevõtja loobub lühiajaliselt kasumist ning et sama tõhus konkurent ei suuda sihtkliente teenindada kahjumit kannatamata. Pikaajaline keskmine täiendkulu on tavaliselt suurem kui keskmine välditav kulu, kuna erinevalt keskmisest välditavast kulust (mis hõlmab üksnes püsikuluseid, kui need esinevad uuritava ajavahemiku jooksul) hõlmab see tootega seotud püsikuluseid, mis tehakse enne ajavahemikku, mil väidetav kuritahtlik tegevus toimus. Suutmatuse katta pikaajalist keskmist täiendkulu näitab, et turgu valitsev ettevõtja ei kata kõiki (omistatavaid) püsikuluseid, mis on seotud kõnealuse kauba või teenuse tootmisega, ning et sama tõhus konkurent võidakse turult välja tõrjuda (³).

27. Kui andmed näitavad selgelt, et sama tõhus konkurent suudab tõhusalt konkureerida turgu valitseva ettevõtja hinnakujundusega, siis komisjon teeb üldiselt järelduse, et turgu valitseva ettevõtja hinnakujundus ei oma kahjulikku mõju tõhusale konkurentsile ja seega tarbijatele ning tema sekkumine on seetõttu ebatõenäoline. Kui andmed näitavad vastupidi, et turgu valitseva ettevõtja kehtestatud hinnad võivad tõhusad konkurendid välja tõrjuda, siis lisab komisjon selle konkurentsivastase turulepääsu sulgemise (vt eespool B jagu) üldhinnangusse, võttes arvesse muid kvantitatiivseid ja kvalitatiivseid tõendeid.

(¹) Kohtuasi 62/86: AKZO Chemie vs. komisjon, EKL 1991, lk I-3359, punkt 72: seoses hindadega, mis on alla keskmise kogukulu, on Euroopa Ühenduste Kohus märkinud: „Sellised hinnad võivad kõrvaldada turult ettevõtjad, mis võivad olla sama tõhusad kui turgu valitsev ettevõtja, ent mis oma väiksemate finantsvahendite tõttu ei suuda taluda nende vastu suunatud konkurentsi.” Vt ka 10. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas T-271/03: Deutsche Telekom vs. komisjon, kohtulahendite kogumikus veel avaldamata, punkt 194.

(²) Keskmine välditav kulu on selliste kulude keskmine näitaja, mida oleks saanud vältida, kui ettevõtte ei oleks tootnud teatavat kogust (lisa toodangut, käesoleval juhul kogus, mis väidetavalt on seotud kuritahtliku tegevusega. Enamikul juhtudel on keskmine välditav kulu ja keskmine muutuvkulu samad, kuna sageli saab vältida üksnes muutuvkuluseid. Pikaajaline keskmine täiendkulu on kõigi (muutuv- ja püsi-) kulude keskmine, mis ettevõtetel tekivad teatava toote tootmisel. Pikaajaline keskmine täiendkulu ja keskmine kogukulu on teineteise suhtes head tõendid ning need on üht toodet tootvate ettevõtete puhul võrdsed. Kui mitut toodet tootvatel ettevõtetel tekib mitmekülgussääst, siis on pikaajaline keskmine täiendkulu väiksem kui keskmine kogukulu iga üksiku toote puhul, kuna tegelikke üldkuluseid pikaajalise keskmise täiendkulu puhul arvesse ei võeta. Mitme toote puhul ei ole kulud, mida oleks saanud vältida teatavat toodet või teatavaid tooteid mitte tootes, üldkulud. Olukorras, kus üldkulud on ulatuslikud, võidakse neid arvesse võtta, hinnates sama tõhusate konkurentide väljatõrjumise suutlikkust.

(³) Kulude võrdlusnäitajate kohaldamiseks võib tekkida vajadus vaadelda ka turgu valitseva ettevõtja ja tema konkurentide tuluseid ja kulusid laiemalt. Ei pruugi piisata sellest, et hinnatakse, kas hind või tulu katab kõnealuse toote kulud, vaid tuleb vaadelda täiendavaid tuluseid, kui turgu valitseva ettevõtja asjaomane tegevus mõjutab negatiivselt tema tulu teistel turgudel või teiste toodete puhul. Samamoodi võib kahepoolse turu korral tekkida vajadus vaadelda mõlema poole tuluseid ja kulusid samal ajal.

D. Objektivne vajadus ja tõhususe kasv

28. Artikli 82 jõustamisel uurib komisjon ka turgu valitseva ettevõtja esitatud väiteid selle kohta, et tema tegevus on õigustatud⁽¹⁾. Turgu valitsev ettevõtja võib teha seda, tõendades, et tema tegevus on objektiivselt vajalik, või tõendades, et tema tegevus toob kaasa tõhususe märkimisväärse kasvu, mis kaalub üles kõik konkurentsivastased mõjud tarbijatele. Seoses sellega hindab komisjon, kas kõnealune tegevus on vältimatu ja turgu valitseva ettevõtja väidetava taotletava eesmärgi suhtes proportsionaalne.

29. Küsimust, kas käitumisviis on objektiivselt vajalik ja proportsionaalne, tuleb hinnata turgu valitseva ettevõtja väliste tegurite põhjal. Konkurente tõrjuvat käitumisviisi võib pidada objektiivselt vajalikuks näiteks kõnealuse toote laadiga seotud tervishoiu- või ohutuspõhjustel. Siiski tuleks tõendite puhul, et selline tegevus on objektiivselt vajalik, võtta arvesse, et tavapäraselt on avalik-õiguslike asutuste ülesanne kehtestada ja jõustada riiklikke tervishoiu- ja ohutusstandardeid. Turgu valitseva ettevõtja ülesanne ei ole võtta omal algatusel meetmeid, et tõrjuda välja tooted, mida ta peab õigesti või ekslikult ohtlikuks või oma tootest kehvemaks⁽²⁾.

30. Komisjon leiab, et turgu valitsev ettevõtja võib õigustada ka käitumisviisi, mis toob kaasa konkurentide turulepääsu sulgemise, tuginedes tõhususe kasvule, mis on piisav selle tagamiseks, et tarbijad ei kannataks puhaskahju. Seoses sellega eeldatakse üldiselt, et turgu valitsev ettevõtja tõendab piisava tõenäosusega ja kontrollitavate tõendite alusel, et järgmised kumulatiivsed tingimused on täidetud⁽³⁾:

— tõhususe kasv on saavutatud või tõenäoliselt saavutatakse asjaomases tegevuses tulemusel. See võib hõlmata näiteks kauba kvaliteedi tehnilist parandamist või tootmis- või turustamiskulude vähendamist;

— tegevus on vältimatu sellise tõhususe kasvu saavutamiseks: tegevusele ei või olla vähem konkurentsivastaseid alternatiive, mis suudavad tekitada samasuguse tõhususe kasvu;

⁽¹⁾ Vt kohtuasi 27/76: *United Brands vs. komisjon*, EKL 1978, lk 207, punkt 184; kohtuasi 311/84: *Centre Belge d'études de marché — Télémarketing (CBEM) vs. Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT)* ja *Information publicité Benelux (IPB)*, EKL 1985, lk 3261, punkt 27; kohtuasi T-30/89: *Hilti vs. komisjon*, EKL 1991, lk II-1439, punktid 102–119; kohtuasi T-83/91: *Tetra Pak International vs. komisjon (Tetra Pak II)*, EKL 1994, lk II-755, punktid 136 ja 207; kohtuasi C-95/04 P: *British Airways vs. komisjon*, EKL 2007, lk I-2331, punktid 69 ja 86.

⁽²⁾ Vt näiteks kohtuasi T-30/89: *Hilti vs. komisjon*, EKL 1991, lk II-1439, punktid 118–119; kohtuasi T-83/91: *Tetra Pak International vs. komisjon (Tetra Pak II)*, EKL 1994, lk II-755, punktid 83–84 ja 138.

⁽³⁾ Vt teises kontekstis EÜ asutamislepingu artiklit 81 ja komisjoni teatis „Asutamislepingu artikli 81 lõike 3 kohaldamise suunised” (ELT C 101, 27.4.2004, lk 97).

— tõenäoline tõhususe kasv, mille toob kaasa asjaomane tegevus, kaalub üles tõenäolise negatiivse mõju konkurentsile ja tarbijate heaolule asjaomastel turgudel;

— tegevus ei kõrvalda tõhusat konkurentsi, kõrvaldades kõik või enamiku tegelikest või võimalikest konkurentsiallikatest. Ettevõtjate vaheline konkurents on oluline majandusliku tõhususe, sealhulgas uuendusena esineva dünaamilise tõhususe kasvu mõjutaja. Selle puudumisel ei ole turgu valitseval ettevõtjal piisavaid ajendeid jätkata tõhususe kasvust tuleneva kasu loomist ja edasiandmist. Kui konkurentsi ja turuletuleku prognoositavat ohtu enam pole, siis konkurentsikaitse ja konkurents kaaluvad üles võimaliku tõhususe kasvust tuleneva kasu. Komisjoni arvates ei saa üldiselt õigustada konkurenti tõrjuvat tegevust, mis säilitab, tekitab või tugevdab turuseisundit, mis hakkab sarnanema monopoliga, põhjendusel, et see tekitab ka tõhususe kasvu.

31. Turgu valitseva ettevõtja ülesanne on esitada kõik vajalikud tõendid, et näidata, et asjaomane tegevus on objektiivselt õigustatud. Seejärel on komisjoni ülesanne teha lõplik hinnang, kas uuritav tegevus on objektiivselt vajalik ning, arvestades võimalike ilmsete konkurentsivastaste mõjude ja võimaliku ulatuslikuma ja põhjendatud tõhususe kasvu võrdlust, võib tuua kaasa kahju tarbijatele.

IV. KURITAHTLIKU TEGEVUSE ERI VORMID

A. Ainuõiguslikud kokkulepped

32. Iga turgu valitsev ettevõtja võib üritada tõrjuda välja oma konkurente, takistades neil müümast klientidele, kasutades ainuõiguslikke ostukohustusi või mahahindlusi, mida koos nimetatakse ainuõiguslikeks kokkulepeteks⁽⁴⁾. Käesolevas jaos on nimetatud asjaolud, mis kõige tõenäolisemalt toovad kaasa komisjoni sekkumise ainuõiguslike kokkulepete puhul, mille on sõlminud turgu valitsevad ettevõtjad.

a) Ainuõiguslikud ostutehingud

33. Ainuõiguslik ostukohustus nõuab, et teatava turu klient ostaks üksnes või suures osas turgu valitsevalt ettevõtjalt.

⁽⁴⁾ Ainuõiguslike kokkulepete mõiste hõlmab ka ainuõiguslike tarnekohustusi või -ajendeid, millel on sama mõju ja mille abil turgu valitsev ettevõtja üritab oma konkurente välja tõrjuda, takistades nende oste tarnijatelt. Komisjon leiab, et selline sisenditega seotud väljatõrjumine toob üldiselt kaasa konkurentsivastase turulepääsu sulgemise, kui välitav tarnekohustus või -ajend seob enamikku tõhusaid sisenditarnijaid ning kliendid, kes konkureerivad turgu valitseva ettevõtjaga, ei suuda leida alternatiivseid tõhusaid sisenditarne allikaid.

Teatavad muud kohustused, näiteks laovarude nõuded, milles ei nõuta ainuõiguslikke ostukokkuleppeid, võivad tegelikkuses tuua kaasa sama mõju ⁽¹⁾.

34. Veenmaks tarbijat nõustuma ainuõigusliku ostukokkuleppega, võib olla vajalik, et turgu valitsev ettevõtja hüvitab ostjatele täielikult või osaliselt konkurentsi kadumise, mis tuleneb ainuõiguslikest kokkulepetest. Kui sellist hüvitist makstakse, siis võib see olla kliendi isiklikes huvides sõlmida ainuõiguslik ostukohustus turgu valitseva ettevõtjaga. Ent oleks vale teha selle põhjal automaatselt järeldus, et kõik ainuõiguslikud kohustused on kokkuvõttes üldiselt kasulikud klientidele, sealhulgas neile, kes hetkel ei osta turgu valitsevalt ettevõtjalt, ning lõpptarbijatele. Komisjon koondab oma tähelepanu neile juhtudele, mille puhul on tõenäoline, et tarbijad tervikuna ei saa kasu. Sellega on eelkõige tegemist, kui on palju tarbijaid ning turgu valitseva ettevõtja ainuõiguslikud ostukohustused avaldavad kokkuvõttes mõju, mis takistab konkureerivate ettevõtjate turuletulekut või laienemist.
35. Lisaks punktis 20 nimetatud teguritele on üldiselt järgmised tegurid eriti olulised, kui määratakse kindlaks, kas komisjon sekkub ainuõiguslike ostukokkulepete osas.
36. Ainuõiguslike ostukohustuste suutlikkus tuua kaasa konkurentsivastane turulepääsu sulgemine ilmneb eelkõige siis, kui ilma kohustusteta kasutatakse olulist konkurentsisit tingitud piirangut konkurentide vastu, kes kas ei ole veel turul sel ajal, kui kohustused sõlmitakse, või kes ei suuda konkureerida klientidele täielikult tarnimisel. Konkurendid ei pruugi olla suutelised konkureerima ühe kliendi kogunõudluse puhul, kuna turgu valitsev ettevõtja on vältimatu kaubanduspartner vähemalt osa nõudluse puhul turul, näiteks seetõttu, et tema kaubamärk on nii-öelda kohustuslik laoartikkel, mida paljud lõpptarbijad eelistavad, või kuna teiste tarnijate suutlikkuspiirangud on sellised, et osa kõnealusest nõudlusest suudab täita üksnes turgu valitsev tarnija ⁽²⁾. Kui konkurendid suudavad konkureerida võrdsetel tingimustel iga üksiku kliendi kogunõudluse puhul, siis ainuõiguslikud ostukohustused tõenäoliselt üldiselt ei kahjusta tõhusat konkurentsi, välja arvatud juhul, kui tarnija vahetamine kliendi poolt on muudetud keeruliseks ainuõigusliku ostukohustuse kestuse tõttu. Üldiselt mida pikem on kohustuse kestus, seda suurem on turulepääsu sulgemise mõju tõenäosus. Ent kui turgu valitsev ettevõtja on vältimatu kaubanduspartner kõigi või enamiku klientide jaoks, võib isegi lühiajaline ainuõiguslik ostukohustus tuua kaasa konkurentsivastase turulepääsu sulgemise.

⁽¹⁾ Kohtuasi T-65/98: Van den Bergh Foods vs. komisjon, EKL 2003, lk II-4653. Selle kohtuasja puhul loeti kohustus kasutada jahuteid üksnes turgu valitseva ettevõtja toodete puhul müügikohtadele kohustuslikuks ainuõiguseks.

⁽²⁾ Kohtuasi T-65/98: Van den Bergh Foods vs. komisjon, EKL 2003, lk II-4653, punktid 104 ja 156.

b) Tingimuslikud mahahindlused

37. Tingimuslikke mahahindlusi antakse klientidele, et premeerida neid teatavat laadi ostukäitumise eest. Tavapärane tingimuslik mahahindlus on see, et kliendile võimaldatakse mahahindlust, kui tema ostetud kogus teatava võrdlusperioodi jooksul ületab teatava künnise, ning mahahindlust võimaldatakse kas kõigile ostudele (tagasiulatuvad mahahindlused) või üksnes neile ostudele, mis ületavad künnise (täiendavad mahahindlused). Tingimuslikud mahahindlused on praktikas tavalised. Ettevõtjad võivad pakkuda selliseid mahahindlusi, et saavutada suurem nõudlus, ning iseenesest võivad mahahindlused nõudlust stimuleerida ja tarbijatele kasu tuua. Siiski võivad sellised mahahindlused — kui neid võimaldab turgu valitsev ettevõtja — tuua kaasa ka tegeliku või potentsiaalse turulepääsu sulgeva mõju, nagu ainuõiguslike ostukohustuste puhul. Tingimuslikud mahahindlused võivad avaldada sellist mõju, ilma et nad põhjustaksid tingimata turgu valitseva ettevõtja loobumisi ⁽³⁾.
38. Lisaks punktis 20 juba nimetatud teguritele on komisjoni jaoks eriti olulised järgmised tegurid, et määrata kindlaks, kas asjaomane tingimuslike mahahindluste süsteem võib tuua kaasa konkurentsivastase turulepääsu sulgemise, ning kuulub järelikult komisjoni täitetegevuse prioriteetide alla.
39. Nii nagu ainuõiguslike ostukohustuse puhul, on konkurentsivastase turulepääsu sulgemise tõenäosus suurem, kui konkurendid ei suuda samaväärsetel tingimustel konkureerida iga üksiku kliendi kogunõudluse puhul. Tingimuslik mahahindlus, mida pakub turgu valitsev ettevõtja, võib võimaldada tal kasutada niinimetatud „vaidlustamatut” osa iga kliendi nõudlusest (st kogust, mille klient turgu valitsevalt ettevõtjalt niikuinii ostaks) võimendava mõjurina, et vähendada hinda, mis makstakse niinimetatud „vaidlustatava” nõudlusosa eest (st kogus, mille puhul klient võib eelistada ja suudab leida asendavaid tooteid) ⁽⁴⁾.
40. Üldjoontes võivad tagasiulatuvad mahahindlused sulgeda suure osa turust, kuna need võivad muuta klientide jaoks vähem atraktiivseks väikese osa nõudluse pärast alternatiivse tarnija valimise, kui see tooks kaasa tagasiulatuvate mahahindluste kaotamise ⁽⁵⁾. Tagasiulatuvate mahahindluste võimalik turulepääsu sulgev mõju on üldiselt tugevaim toote viimase ostetud ühiku puhul enne künnise ületamist. Komisjoni arvates on mahahindluse lojaalsust suurendava mõju hindamisel oluline mitte üksnes mõju, mida avaldab konkurentsile viimase ühe ühiku pakkumine, vaid mahahindlussüsteemi turulepääsu sulgev mõju turgu valitseva

⁽³⁾ Seoses sellega erineb tingimuslike mahahindluste hindamine turuhinnast madalama hinnaga müügi hindamisest, millega alati kaasneb milledki loobumine.

⁽⁴⁾ Vt kohtuasi T-203/01: Michelin vs. komisjon (Michelin II), EKL 2003, lk II-4071, punktid 162–163. Vt ka kohtuasi T-219/99: British Airways vs. komisjon, EKL 2003, lk II-5917, punktid 277 ja 278.

⁽⁵⁾ Kohtuasi 322/81: Nederlandsche Banden Industrie Michelin vs. komisjon (Michelin I), EKL 1983, lk 3461, punktid 70–73.

ettevõtja (tegelikele või potentsiaalsetele) konkurentidele. Mida suurem on mahahindlus protsendina koguhinnast ja kõrgem künnis, seda suurem on ajend allpool künnist ning seega tugevam tõenäoline turulepääsu sulgemine tegelikele või potentsiaalsetele konkurentidele.

41. Kohaldades punktides 23–27 selgitatud meetodikat, kavatses komisjon uurida määral, mil andmed on kättesaadavad ja usaldusväärsed, kas mahahindlussüsteem suudab takistada isegi sama tõhusate konkurentide laienemist või turuletulekut, muutes nende jaoks keerulisemaks tarnida osa eri klientide nõuetest. Seoses sellega hindab komisjon, millist hinda peaks konkurent pakkuma, et hüvitada klientidele tingimusliku mahahindluse kahju, kui klient vahetaks osa oma nõudluse puhul tarnijat („asjaomane vahemik“), valides muu kui turgu valitseva ettevõtja. Tõhus hind, mida konkurent peab pakkuma, ei ole turgu valitseva ettevõtja keskmine hind, vaid tavapärase (hinnakirja) hind, millest on maha arvatud mahahindlus, millele tarbija kaotab tarnijat vahetades ja mis on arvatud müügi asjaomase vahemiku ja asjaomase ajavahemiku kohta. Komisjon võtab arvesse vea ülemmäära, mille võib põhjustada sellise analüüsi puhul esinev ebakindlus.
42. Asjaomane vahemik, millest kõrgemal tõhus hind asjaomasel juhul tuleks arvutada, sõltub iga juhtumi konkreetsetest asjaoludest ja sellest, kas mahahindlus on täiendav või tagasiulatav. Täiendavate mahahindluste puhul on asjaomane vahemik tavaliselt täiendav müük, mida kavandatakse. Tagasiulatavate mahahindluste puhul on üldiselt asjakohane hinnata teatavas turuolukorras, kui suure osa kliendi ostunõuetest saab realselt viia üle konkurendile („vaidlustatav osa“ või „vaidlustatav kogus“). Kui on tõenäoline, et kliendid soovivad ja on valmis viima suure osa nõudlusest üle (potentsiaalsetele) konkurendile suhteliselt kiiresti, siis on asjaomane vahemik ilmselt suhteliselt suur. Kui teisest küljest on tõenäoline, et kliendid soovivad viia või on valmis viima üle väikesed kogused lisanduvalt, siis on asjaomane vahemik suhteliselt väike. Olemasolevate konkurentide puhul võib nende suutlikkus laiendada müüki klientidele ning sellise müügi kõikumine aja jooksul samuti näidata asjaomast vahemikku. Potentsiaalsete konkurentide puhul võib võimaluse korral hinnata, millises ulatuses oleks uus turule tulija realselt suuteline turule tulema. Võib olla võimalik kasutada uute turule tulijate varasemat kasvutendentsi samal või sarnasel turul uue turule tulija realistliku turuosa näitajana ⁽¹⁾.
43. Mida madalam on hinnanguline tõhus hind asjaomasel vahemikus võrreldes turgu valitseva ettevõtja keskmise hinnaga, seda tugevam on lojaalsust suurendav mõju. Ent kui tõhus hind püsib endiselt kõrgemal kui turgu valitseva ettevõtja pikaajaline keskmine täiendkulu, siis võimaldab see tavaliselt sama tõhusal konkurendil mahahindlustest olenemata kasumlikult konkureerida. Sellistel asjaoludel ei suuda mahahindlus tavaliselt tekitada konkurentsivastast turulepääsu sulgemist.
44. Kui tõhus hind on madalam kui keskmine välditav kulu, siis mahahindluskava üldreeglina suudab põhjustada isegi sama tõhusate konkurentide jaoks turulepääsu sulgemise. Kui tõhus hind on keskmise välditava kulu ja pikaajalise keskmise täiendkulu vahel, siis komisjon uurib, kas teised tegurid osutavad järeldusele, et kas isegi sama tõhusate konkurentide turuletulekut või laienemist võidakse mõjutada. Sellega seoses uurib komisjon, kas ja millises ulatuses on konkurentidel võimalik kasutada realistlikke ja tulemuslikke vastustrateegiaid, näiteks nende suutlikkust kasutada ka „mitteväidlustatavat“ osa oma ostjate nõudlusest võimendava mõjurina, mis vähendaks asjaomase vahemiku hinda. Kui konkurentidel ei ole võimalik kasutada selliseid vastustrateegiaid, siis kaalub komisjon, kas mahahindluskava suudab sulgeda turulepääsu sama tõhusate konkurentide jaoks.
45. Nagu on osutatud punktis 27, integreeritakse see analüüs üldhinnangusse, võttes arvesse muid asjakohaseid kvantitatiivseid või kvalitatiivseid tõendeid. Tavaliselt on oluline uurida, kas mahahindlussüsteemi kohaldatakse individualiseeritud või standardiseeritud künnisega. Individualiseeritud künnis — mis põhineb kliendi kogunõuete osakaalul või individuaalsel mahueesmärgil — võimaldab turgu valitseval tarnijal kehtestada künnis sellisel tasemel, mis muudab klientide jaoks raskemaks tarnijaid vahetada, luues seega maksimaalse lojaalsust suurendava mõju ⁽²⁾. Seevastu standardiseeritud mahu künnis — mille puhul on künnis sama kõigile klientidele või kliendirühmale — võib olla liiga kõrge mõnede väiksemate klientide jaoks ja/või liiga madal suurte klientide jaoks, et avaldada lojaalsust suurendavat mõju. Kui sellegipoolest saab teha kindlaks, et standardiseeritud mahukünnis lähendab märkimisväärse osa klientide nõudmised, siis leiab komisjon tõenäoliselt, et selline standardiseeritud mahahindlustesüsteem võib tekitada konkurentsivastast turulepääsu sulgemise mõju.

c) Tõhususe kasv

46. Eeldusel, et III jao punktis D märgitud tingimused on täidetud, kaalub komisjon turgu valitsevate ettevõtjate väiteid, et mahahindluste süsteemidega saavutatakse kulu- või muid eeliseid, mis antakse edasi klientidele ⁽³⁾. Tehinguga seotud kulueeliseid on sageli tõenäolisem

⁽¹⁾ Asjaomast vahemikku hinnatakse andmete põhjal, mis võivad olla erineva täpsusega. Komisjon võtab seda arvesse, tehes järeldused turgu valitseva ettevõtja suutlikkuse kohta sulgeda turulepääsu sama tõhusate konkurentidele. Samuti võib olla kasulik arvutada, kui suur osa klientide nõuetest peaks keskmise turule tulija jaoks olema miinimum, nii et tõhus hind on vähemalt sama kõrge kui turgu valitseva ettevõtja pikaajaline keskmine täiendkulu. Mitmel juhul võib selle osa suurus võrreldes konkurentide tegelike turuosadega ja klientide nõuete osaga selgitada, kas mahahindlussüsteem suudab avaldada konkurentsivastast turulepääsu sulgevat mõju.

⁽²⁾ Vt kohtuasi 85/76: Hoffmann-La Roche & Co. vs. komisjon, EKL 1979, lk 461, punktid 89–90; kohtuasi T-288/97: Irish Sugar vs. komisjon, EKL 1999, lk II-2969, punkt 213; kohtuasi T-219/99: British Airways vs. komisjon, EKL 2003, lk II-5917, punktid 7–11 ja 270–273.

⁽³⁾ Mahahindluste kohta vt näiteks kohtuasi C-95/04 P: British Airways vs. komisjon, EKL 2007, lk I-2331, punkt 86.

saavutada standardiseeritud mahueesmärkidega kui individualiseeritud mahueesmärkidega. Sarnaselt annab täiendavate mahahindluste süsteem edasimüüjatele tagasiulatava mahahindluste süsteemiga ajendi toota ja müüa edasi suuremat mahtu/kogust⁽¹⁾. Samadel tingimustel arvestab komisjon tõendeid, mis näitavad, et ainuõiguslikud kokkulepped toovad teatavate klientide jaoks kaasa eelised, kui need kokkulepped on vajalikud turgu valitsevale ettevõtjale teatavate kliendisuhete seotud investeeringute tegemiseks, et suuta tarnida neile klientidele.

B. Seosmüük ja müük komplektidena

47. Turgu valitsev ettevõtja võib üritada oma konkurentide turulepääsu sulgeda seosmüügi või komplektidena müügi abil. Käesolevas jaos on nimetatud asjaolud, mis kõige tõenäolisemalt toovad kaasa komisjoni sekkumise turgu valitsevate ettevõtjate seosmüügi ja komplektidena müügi hindamisel.
48. Seosmüük viitab tavaliselt olukordadele, mille puhul kliendid, kes ostavad ühte toodet (siduv toode), peavad ostma turgu valitsevalt ettevõtjalt ka teist toodet (seotud toode). Seosmüük võib toimuda tehniliselt või lepinguliselt⁽²⁾. Müük komplektidena viitab tavaliselt turgu valitseva ettevõtja viisile pakkuda tooteid ja kujundada nende hindu. Puhaskomplektmüügi puhul müüakse tooteid ainult koos ja fikseeritud proportsioonides. Segakomplektmüügi puhul, mida sageli nimetatakse ka mitut toodet hõlmavaks mahahindluseks, on tooted saadaval ka eraldi, kuid eraldi müügi korral on hindade kogusumma kõrgem kui komplekti hind.
49. Seosmüük ja müük komplektidena on levinud tavad, mille eesmärk on pakkuda klientidele paremaid tooteid või pakkumisi kulutõhusamal viisil. Siiski võib ettevõtja, kes on ühel (või mitmel) seosmüügi või komplektidena müügi tooteturul (edaspidi „siduv turg“) turgu valitsevas seisundis, kahjustada tarbijaid seosmüügi või komplektidena müügi kaudu, sulgedes turu teiste toodete puhul, mis on osa seosmüügist või müügist komplektidena (edaspidi „seotud turg“), ning kaudselt siduva turu.
50. Komisjon võtab tavapäraselt meetmeid artikli 82 alusel, kui ettevõtja on turgu valitsevas seisundis siduval turul⁽³⁾ ning lisaks on täidetud järgmised tingimused: i) siduvad ja seotud tooted on erinevad tooted ning ii) sidumine toob tõenäoliselt kaasa konkurentsivastase turulepääsu sulgemise⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Vt kohtuasi T-203/01: Michelin vs. komisjon (Michelin II), EKL 2003, lk II-4071, punktid 56-60 ja 74-75.

⁽²⁾ Tehniline sidumine esineb siis, kui siduv toode on välja töötatud nii, et see toimib nõuetekohaselt üksnes koos seotud tootega (ja mitte konkurentide pakutavate alternatiividega). Lepinguline sidumine seisneb kliendi poolt siduva toote ostmisel antavas lubaduses osta ainult seotud toodet (ja mitte konkurentide pakutavaid alternatiive).

⁽³⁾ Ettevõtja peaks olema turgu valitsevas seisundis siduval turul, ent mitte tingimata seotud turul. Komplektidena müügi korral peab ettevõtte olema turgu valitsev ühel komplekteeritud turgudest. Erandjuhuks, kui on tegemist sidumisega järelturul, on tingimuseks see, et ettevõtte on turgu valitsev siduval turul ja/või seotud järelturul.

⁽⁴⁾ Kohtuasi T-201/04: Microsoft vs. komisjon, EKL 2007, lk II-3601, eelkõige punktid 842, 859-862, 867 ja 869.

a) Eraldi tooted

51. See, kas komisjon käsitleb tooteid eraldi toodetena, sõltub klientide nõudlusest. Kaks toodet on eraldi tooted, kui märkimisväärne arv kliente ostaks või oleks ostmiseks siduva toote seotud toodet samalt tarnijalt ostmata, võimaldades seega siduvat ja seotud toodet eraldi toota⁽⁵⁾. Tõendid selle kohta, et kaks toodet on eraldi tooted, võiks hõlmata otseid tõendeid, et valikut arvestades ostavad kliendid siduvat ja seotud toodet eraldi erinevatest tarneallikatest, või kaudseid tõendeid, näiteks seotud toote ilma siduva tooteta⁽⁶⁾ või iga turgu valitseva ettevõtja poolt komplekteeritud toote eraldi tootmisele või müügil spetsialiseerunud ettevõtjate olemasolu turul, või tõendid, mis näitavad, et vähese turuvõimuga ettevõtjad, eriti konkurentsile avatud turgudel, kipuvad tooteid mitte siduma ega komplekteerima.

b) Konkurentsivastane turulepääsu sulgemine seotud ja/või siduval turul

52. Seosmüük või müük komplektidena võib tuua kaasa konkurentsivastased mõjud seotud turul, siduval turul või mõlemal turul samal ajal. Ent isegi kui seosmüügi või komplektidena müügi eesmärk on kaitsta turgu valitseva ettevõtja olukorda siduval turul, toimub see kaudselt seotud turu sulgemise kaudu. Lisaks punktis 20 juba nimetatud teguritele leiab komisjon, et järgmised tegurid on eriti olulised, et teha kindlaks tõenäolise või tegeliku konkurentsivastase sulgemise juhtumeid.
53. Konkurentsivastase sulgemise oht on eeldatavasti suurem, kui turgu valitsev ettevõtja muudab oma seos- või komplektidena müügi strateegia pidevaks, näiteks tehnilise sidumise kaudu, mida on kulukas muuta. Tehniline sidumine vähendab ka eri osade edasimüügi võimalusi.
54. Komplektidena müügi korral võib ettevõtjal olla turgu valitsev seisund rohkem kui ühe komplektis oleva toote puhul. Mida rohkem selliseid tooteid komplektis on, seda suurem on tõenäoline konkurentsivastane turulepääsu sulgemine. See on tõsi eelkõige siis, kui konkurendil on keeruline komplekti kas ise või koostöös teistega jäljendada.

55. Seosmüük võib tuua kaasa väiksema konkurentsi klientide jaoks, kes on huvitatud seotud toote ja mitte siduva toote ostmisest. Kui ei ole piisaval arvul kliente, kes ostavad ainult seotud toodet, et turgu valitseva ettevõtja konkurendid jääksid seotud turul püsima, siis võib seosmüük tuua kaasa kõrgemad hinnad nende klientide jaoks.

⁽⁵⁾ Kohtuasi T-201/04: Microsoft vs. komisjon, EKL 2007, lk II-3601, eelkõige punktid 917, 921 ja 922.

⁽⁶⁾ Kohtuasi T-30/89: Hilti vs. komisjon, EKL 1991, lk II-1439, punkt 67.

56. Kui siduvat ja seotud toodet saab kasutada eri vahekordades tootmisprotsessi sisendina, siis võivad kliendid reageerida siduva toote hinnatõusule, suurendades oma nõudlust seotud toote järele ning vähendades nõudlust siduva toote järele. Kahe toote sidumise abil võib turgu valitsev ettevõtja üritada vältida sellist asendamist ning sellest tulenevalt olla valmis oma hindu tõstma.
57. Kui hinnad, mida turgu valitsev ettevõtja saab siduval turul kehtestada, on reguleeritud, siis võib seosmüük võimaldada turgu valitseval ettevõtjal tõsta hindu seotud turul, et hüvitada siduval turul reguleerimisest tekitatud tulukaotus.
58. Kui seotud toode on oluline lisatoode siduva toote klientide jaoks, siis seotud toote alternatiivsete pakujate vähenemine ja seega selle toote väiksem kättesaadavus võib muuta üksnes siduval turule sisenemise keerulisemaks.

c) *Mitut toodet hõlmavad mahahindlused*

59. Mitut toodet hõlmavad mahahindlused võivad olla konkurentsivastased seotud või siduval turul, kui see on nii suur, et üksnes osasid komponente pakuvad tõhusad konkurendid ei suuda mahahindlusega komplektiga konkureerida.
60. Teoreetiliselt oleks ideaalne, kui mahahindluse mõju saaks hinnata kaaludes, kas täiendav tulu katab iga toote täiendavad kulud turgu valitseva ettevõtja komplektis. Ent praktikas on täiendava tulu hindamine keeruline. Seetõttu kasutab komisjon oma täitemenetluse puhul enamikus olukordades täiendavaid hindu tõendina. Kui täiendav hind, mida kliendid maksavad turgu valitseva ettevõtja iga toote eest komplektis, on alla turgu valitseva ettevõtja pikaajalise keskmise täiendkulu komplekti selle toote lisamise eest, siis komisjon tavapärastel ei sekku, kuni üksnes ühe tootega võrdselt tõhus konkurent peaks olema üldiselt suuteline konkureerima kasumlikult komplekti vastu. Täitetegevus võib siiski olla tagatud, kui täiendav hind on madalam kui pikaajaline keskmine täiendkulu, kuna sel juhul võidakse isegi võrdselt tõhusat konkurenti takistada laienemast või turule tulemast ⁽¹⁾.
61. Kui tõendid näitavad, et turgu valitseva ettevõtja konkurendid müüvad samasuguseid komplekte või võivad seda teha kiirelt, ilma et nad hoiduksid sellest võimalike lisakulude tõttu, siis loeb komisjon seda komplektiga konkureerivaks komplektiks ning sel juhul ei ole küsimus mitte selles, kas täiendav tulu katab iga komplektis oleva toote täiendavad kulud, vaid selles, kas komplekti hind tervikuna on turgu vallutatav.

⁽¹⁾ Üldiselt on siin oluline pikaajalise keskmise täiendkulu võrdlusnäitaja, kuni konkurendid ei suuda müüa ka komplekte (vt punktid 23–27 ja punkt 61).

d) *Tõhususe kasv*

62. Tingimusel, et III jao punktis D nimetatud tingimused on täidetud, käsitleb komisjon turgu valitsevate ettevõtjate väiteid selle kohta, et nende seos- ja komplektidena müügi tava võib tuua kaasa tootmis- või turustamiskulude kokkuhoiu, mis toob klientidele kasu. Komisjon võib kaaluda ka seda, kas selline tava vähendab tehingukulusid kliendi jaoks, kes muidu oleksid sunnitud ostma komponendid eraldi, ning võimaldavad kokkuhoidu tarnijate pakke- ja turustus- kuludelt. Ta võib kontrollida ka, kas kahe sõltumatu toote komplekteerimine uueks ühtseks tooteks võib suurendada suutlikkust tuua see toode turule tarbijate kasu suurendades. Komisjon võib kaaluda ka, kas seos- ja komplektidena müügi tava võimaldab tarnijal anda edasi tõhususe kasvu, mis tuleneb seotud toote suure koguse tootmisest või ostmisest.

C. Turu vallutamine

63. Koosõlas oma täitetegevuse prioriteetidega sekkub komisjon üldjuhul siis, kui on tõendeid selle kohta, et turgu valitsev ettevõtja tegeleb turu vallutamise, kannatades tahtlikult kahjumit või keeldub lühiajalisest kasumist (edaspidi nimetatud „loobumine“), nii et ühe või mitme tema tegeliku või potentsiaalse konkurendi jaoks turg suletakse või võidakse sulgeda eesmärgiga tugevdada või säilitada oma turuvõimu, põhjustades sellega tarbijatele kahju ⁽²⁾.

a) *Loobumine*

64. Komisjon käsitleb tegevust loobumisena, kui turgu valitsev ettevõtja kehtestab madalama hinna kogu oma toodangule või teatavale osale sellest teatava ajavahemiku jooksul või laiendab oma toodangut teatava ajavahemiku jooksul, ja see töö või toob talle kaasa kahjumi, mida oleks saanud vältida. Komisjon kasutab asjakohase lähtepunktina keskmist välditavat kulu, kui ta hindab, kas turgu valitsev ettevõtja kannatab või kannatas välditavat kahjumit. Kui turgu valitsev ettevõtja kehtestab kogu oma toodangule või osale sellest hinna, mis on madalam kui keskmine välditav kulu, siis ei saa ta tagasi kulusid, mida oleks saanud seda toodangut mitte tootes vältida: ta kannatab kahju, mida oleks saanud vältida ⁽³⁾. Hindu, mis on madalamad kui

⁽²⁾ Komisjon võib uurida ka turgu valitsevate ettevõtjate turuvallutamise tavasid teistel turgudel, kus nad ei ole veel turgu valitsevad. Eelkõige leiab komisjon tõenäolisemalt sellist kuritahtlikku tegevust sektorites, kus tegevust kaitseb seaduslik monopol. Kui turgu valitsev ettevõtja ei pea tegelema turu vallutamise, et kaitsta oma turgu valitsevat seisundit turul, mida kaitseb seaduslik monopol, siis ta võib monopoliselt turult saadud kasumit kasutada oma tegevuse ristsubsideerimiseks teisel turul ning seega ähvardada kaotada tõhus konkurents sellel teisel turul.

⁽³⁾ Enamikul juhtudel on keskmine muutuvkulu ja keskmine välditav kulu samad, kuna sageli saab vältida üksnes muutuvkulusid. Ent olukorras, kus keskmine muutuvkulu ja keskmine välditav kulu erinevad, kajastab võimalikku loobumist paremini keskmine välditav kulu: näiteks kui turgu valitsev ettevõtja pidi suurendama võimsust, et suuta turgu vallutada, siis tuleb selle lisavõimsuse pöördumatuid kulusid võtta arvesse turgu valitseva ettevõtja kahjumit vaadeldes. Need kulud kajastatakse keskmise välditava kulu ja mitte keskmise muutuvkulu all.

keskmine välditav kulu, käsitleb komisjon seega enamikul juhtudel selge määrgina loobumisest ⁽¹⁾.

65. Ent loobumise mõiste ei hõlma üksnes keskmisest välditavast kulust madalamat hinda ⁽²⁾. Selleks et tõendada turuvallutamise strateegiat, võib komisjon uurida ka seda, kas väidetav turgu vallutav tegevus tõi lühiajaliselt kaasa väiksema puhastulu, kui oleks võinud mõistlikust alternatiivsest tegevusest eeldada, st kas turgu valitsev ettevõtja kannatas kahju, mida ta oleks saanud vältida ⁽³⁾. Komisjon ei võrdle tegelikku tegevust hüpoteetiliste või teoreetiliste alternatiividega, mis oleks võinud olla kasumlikumad. Üksnes majanduslikult ratsionaalseid ja teostatavaid alternatiive võetakse arvesse, mida arvestades turutingimusi ja reaalselt ärikeskkonda, milles turgu valitsev ettevõtja tegutseb, võib realistlikult pidada kasumlikumaks.
66. Mõnel juhul on võimalik tugineda otsestele tõenditele, mis koosnevad turgu valitseva ettevõtja dokumentidest, mis näitavad selgelt turgu vallutatavat strateegiat ⁽⁴⁾, näiteks üksikasjalik loovutamiskava, et konkurent välja tõrjuda, takistada sisenemist või ennetada turu tekkimist, või tõendid konkreetsete ähvarduste kohta kasutada turu vallutamist ⁽⁵⁾.

b) Konkurentsivastane turulepääsu sulgemine

67. Kui on saadaval piisavalt usaldusväärsed andmed, siis kasutab komisjon tõhusa konkurendi analüüsi, mida on kirjeldatud punktides 25–27, et määrata kindlaks, kas tegevus võib tarbijaid kahjustada. Tavapärastel võib üksnes pikaajalisest keskmisest täiendkulust madalamal tasemel kehtestatud hind sama tõhusa konkurendi jaoks turulepääsu sulgeda.
68. Lisaks juba punktis 20 nimetatud teguritele uurib komisjon üldiselt, kas ja kuidas kahtlustatav tegevus võib vähendada tõenäosust, et konkurendid suudavad konkureerida. Näiteks kui turgu valitsev ettevõtja on paremini teadlik kuludest või teistest turutingimustest või suudab moonutada turusignaale kasumlikkuse kohta, siis ta võib tegeleda turu vallutamise,

et mõjutada potentsiaalsete turule tulijate ootusi ja seega takistada turuletulekut. Kui tegevust ja selle tõenäolisi mõjusid on tunda mitmel turul ja/või järjestikuste võimalike turuletuleku ajavahemike ajal, siis võidakse tõendada, et turgu valitsev ettevõtja üritab kahjustada mainet, et turgu vallutada. Kui sihiks võetud konkurent sõltub välisfinantseeringutest, siis võib turgu valitseva ettevõtja oluline hinnalandumus või muu turgu vallutav tegevus mõjutada kahjulikult konkurendi tulemusi, nii et tema edaspidiseid võimalusi finantseerimist saada õhnestatakse oluliselt.

69. Komisjon arvates ei ole vajalik tõendada konkurentide turult lahkumist, tõendamaks et on toimunud konkurentsivastane turulepääsu sulgemine. Ei ole välistatud, et turgu valitsev ettevõtja pigem takistab konkurenti elujõuliselt konkureerimast või paneb ta järgima turgu valitseva ettevõtja hinnakujundust kui kõrvaldab ta turult täielikult. Sellise tegevuse kasutamine väldib konkurentide kõrvaldamisega kaasnevat riski, eelkõige riski, et konkurendi varad müüakse madala hinnaga ning jäävad turule, tekitades uue madalate kuludega turule tulija.
70. Üldjoontes kahjustab tarbijaid tõenäoliselt see, kui turgu valitsev ettevõtja saab põhjendatult eeldada pärast turuvallutamistegevuse lõpetamist suuremat turuvõimu, kui tal oleks olnud, kui ta ei oleks selle tegevusega tegelema, see tähendab, et ettevõtte on tõenäoliselt olukorras, kus ta saab loobumisest kasu.
71. See ei tähenda, et komisjon sekkub üksnes siis, kui turgu valitsev ettevõtja oleks tõenäoliselt valmis tõstma oma hindu üle taseme, mis oleks turul püsinud enne teguviisi. Piisab näiteks sellest, et tegevus tõenäoliselt hoiab ära või lükkab edasi hinnalanguse, mis oleks muidu esinenud. Tarbijatele tekitatava kahju kindlaksmääramine ei ole mehhaaniline tulude ja kulude arvutus ning ei nõuta kogukasumi tõendamist. Tõenäolist tarbijatele tekitatavat kahju võib näidata see, kui hinnatakse tegevuse põhjustatud tõenäolist turulepääsu sulgevat mõju, võttes arvesse teisi tegureid, näiteks turuletuleku tõkkeid ⁽⁶⁾. Sellega seoses kaalub komisjon turule naasmise võimalusi.
72. Turgu valitseva ettevõtja jaoks võib olla lihtsam turu vallutada, kui ta selektiivselt valib teatavad kliendid sihtkliendiks madalate hindadega, kuna see piirab turgu valitseva ettevõtja kannatatavaid kahjusid.

⁽¹⁾ Kohtuasjas 62/86: AKZO Chemie vs. komisjon, EKL 1991, lk I-3359, punktis 71 otsustas Euroopa Ühenduste Kohus seoses hindadega, mis olid alla keskmise muutuvkulu, et: „Turgu valitsev ettevõtja ei ole huvitatud selliste hindade kasutamisest, välja arvatud selleks, et kõrvaldada konkurent, et oleks võimalik sejärel ise tõsta hinda, kasutades eelisena oma monopoolset seisundit, kuna iga müüik tekitab kahjumit ...”.

⁽²⁾ Kui prognoositava kulu aluseks on otsene tootmiskulu (vastavalt ettevõtja raamatupidamise kajastatule), ei pruugi olla piisavalt selge, kas on tegemist loobumisega või mitte.

⁽³⁾ Ettevõtjaid ei tohiks siiski karistada, kui neil tekib hiljem kahjum, kui eelnev otsus hakata tegevust kasutama on tehtud heas usus, st kui ettevõtjad suudavad esitada vaieldamatuid tõendeid selle kohta, et neil oli mõistlik eeldada, et asjaomane tegevus on kasumlik.

⁽⁴⁾ Vt kohtuasi T-83/91: Tetra Pak International vs. komisjon (Tetra Pak II), EKL 1994, lk II-755, punktid 151 ja 171, ning kohtuasi T-340/03: France Télécom vs. komisjon, EKL 2007, lk II-107, punktid 198–215.

⁽⁵⁾ Kohtuasjas 62/86: AKZO Chemie vs. komisjon, EKL 1991, lk I-3359 aksepteeris kohus, et esines selgeid tõendeid, et AKZO ähvardas ECSi kahel koosolekul kuludest madalamate hindade kehtestamisega, kui see ei lahku orgaaniliste peroksiidide turult. Lisaks oli olemas üksikasjalik kava koos arvudega, milles kirjeldati meetmeid, mida AKZO oleks kasutanud, kui ECS ei oleks turult lahkunud (vt punktid 76–82, 115 ja 131–140).

⁽⁶⁾ Seda kinnitati kohtuasjas T-83/91: Tetra Pak International vs. komisjon (Tetra Pak II), EKL 1994, lk II-755, mida kinnitati apellatsioonkaebuses Euroopa Ühenduste Kohtule kohtuasjas C-333/94 P Tetra Pak International vs. komisjon, EKL 1996, lk I-5951, kus Esimese Astme Kohus sedastas, et tegelikku hüvitamist ei ole vaja tõendada (punkti 150 kokkuvõtte). Üldisemalt, kuna turu vallutamine võib osutada keeruliseks, kui tegevuse alguses eeldatud, siis turgu valitseva ettevõtja turu vallutamise kogukulud võivad tema hilisema kasumi tasakaalustada ning seega muudavad tegeliku hüvitamise võimatuks, kuigi võib endiselt olla ratsionaalne otsustada jätkata turuvallutamise strateegiat, mis mõnda aega tagasi algas. Vt ka komisjoni 16. juuli 2003. aasta otsus juhtumis nr COMP/38.233 Wanadoo Interactive, punktid 332–367.

73. On vähem tõenäoline, et turgu valitsev ettevõtja vallutab turu, kui tegevus on seotud madala hinnaga, mida üldiselt kohaldatakse pika aja jooksul.

c) Tõhususe kasv

74. Üldiselt peetakse ebatõenäoliseks, et turu vallutamine tekitab tõhususe kasvu. Ent tingimusel, et III jao punktis D nimetatud tingimused on täidetud, arvestab komisjon turgu valitseva ettevõtja väiteid, et madalad hinnad võimaldavad tal saavutada mastaabisäästu või tõhususe kasvu, mis on seotud turu laiendamisega.

D. Tarnimisest keeldumine ja hinnakruvi

75. Oma täitetegevuse prioriteetide kehtestamisel lähtub komisjon seisukohast, et üldiselt peaks igal ettevõtjal, olenevata sellest, kas ta on turgu valitsev või mitte, olema õigus valida oma kaubanduspartnereid ning müüa vabalt oma vara. Komisjon leiab seega, et sekkumine konkurentsioiguse alusel nõuab hoolikat kaalumist, kui asutamislepingu artikli 82 kohaldamine võib viia tarnekohustuse kehtestamiseni turgu valitsevale ettevõtjale⁽¹⁾. Sellise kohustuse olemasolu — isegi väikese tasu eest — võib õhnestada ettevõtete ajendeid investeerida ja uuendada ning seega võib see kahjustada tarbijaid. Teadmine, et neil võib olla kohustus tarnida oma tahtmise vastaselt, võib panna turgu valitsevad ettevõtjad — või ettevõtjad, kes prognoosivad, et nad võivad saada turgu valitsevaks — mitte investeerima või investeerima vähem kõnealusse tegevusse. Samuti võib konkurentidel olla kiusatus kasutada investeeringud, mille turgu valitsev ettevõtja on teinud, selle asemel, et ise investeerida. Kumbki neist tagajärgedest ei ole pikaajaliselt tarbijate huvides.

76. Tavaliselt tekivad konkurentsiprobleemid siis, kui turgu valitsev ettevõtja konkureerib järgneval kaubaturul ostjaga, kellele ta keeldub tarnimast. Terminit „järgnev kaubaturu” kasutatakse viitamisel turule, kus keeldutud sisendeid vajatakse, et toota toodet või osutada teenust. Käesolevas jaos on käsitletud ainult sedalaadi keeldumisi.

77. Käesolevas jaos ei käsitleta muud liiki ebaseaduslikku tarnimisest keeldumist, millega tarnimine seotakse piirangutega ostja tegevusele. Näiteks kui peatatakse tarned, et karistada kliente, kes teevad tehinguid konkurentidega, või keeldutakse tarnimast klientidele, kes ei ole nõus seosmüügi kokkulepetega, uurib komisjon seda kooskõlas ainuõiguslike tehinguid ning seos- ja komplektidena müüki käsitlevates jagudes esitatud põhimõtetega. Samamoodi ei käsitleta käesolevas jaos tarnimisest keeldumist, mille eesmärk on

takistada ostjal tegemast tehinguid teiste müüjatega⁽²⁾ või alandamast hindu.

78. Tarnimisest keeldumise mõiste hõlmab mitut teguviisi, näiteks keeldumine tarnimast tooteid olemasolevatele või uutele klientidele⁽³⁾, litsentsimast intellektuaalomandi õigusi⁽⁴⁾, sealhulgas vajaduse korral andmast liidese-teavet⁽⁵⁾ või võimaldamast juurdepääsu vajalikule vahendile või võrgule⁽⁶⁾.

79. Komisjon ei pea vajalikuks, et keeldutud tootega on juba kaubeldud: piisab, kui esineb nõudlus potentsiaalsetelt ostjalt ning et saab tuvastada potentsiaalse turu asjaomase sisendi jaoks⁽⁷⁾. Samuti ei ole vaja, et turgu valitsev ettevõtja keeldub tegelikult; piisab „tõlgendatavast keeldumisest”. Tõlgendatav keeldumine võib esineda näiteks mittevajalikus viivitamises või muul viisil tarnimise pidurdamises või põhjendamatute tingimuste kehtestamises tarne eest.

80. Turgu valitsev ettevõtja võib tarnimisest keeldumise asemel kehtestada eelneval kaubaturul toote eest hinna, mis võrreldes hinnaga, mille ta kehtestab järgneval kaubaturul⁽⁸⁾, ei võimalda isegi tõhusal konkurendil kasumlikult järgneval kaubaturul püsivalt kaubelda (nn „hinnakruvi”). Hinnakruvi puhul on võrdlusnäitaja, millele komisjon üldiselt tugineb, et määrata kindlaks sama tõhusa konkurendi kulud, turgu valitseva integreerunud ettevõtja järgneva kaubaturu allüksuse pikaajalised keskmised täiendkulud⁽⁹⁾.

81. Komisjon peab neid tegevusi täitetegevuses esmatahtsaks, kui on olemas kõik järgmised asjaolud.

— keeldumine on seotud toote või teenusega, mis on objektiivselt vältimatu, et suuta järgneval turul tõhusalt konkureerida;

⁽²⁾ Vt 16. septembri 2008. aasta kohtuotsus liidetud kohtuasjades C 468/06 ja C 478/06 Sot. Lélou kai Sia jt vs. GlaxoSmithKline, kohtulahendite kogumikus veel avaldamata.

⁽³⁾ Liidetud kohtuasjad 6/73 ja 7/73: Istituto Chemioterapico Italiano ja Commercial Solvents vs. komisjon, EKL 1974, lk 223.

⁽⁴⁾ Liidetud kohtuasjad C-241/91 P ja C-242/91 P: Radio Telefis Eireann (RTE) ja Independent Television Publications Ltd (ITP) vs. komisjon (Magill), EKL 1995, lk 743; kohtuasi C-418/01: IMS Health vs. NDC Health, EKL 2004, lk I-5039. Need kohtulahendid näitavad, et erandjuhtudel on intellektuaalomandi õiguste litsentsimisest keeldumine kuritahtlik.

⁽⁵⁾ Kohtuasi T-201/04: Microsoft vs. komisjon, EKL 2007, lk II-3601.

⁽⁶⁾ Vt komisjoni 21. detsembri 1993. aasta otsus 94/19/EÜ asjas IV/34.689 Sea Containers vs. Stena Sealink (EÜT L 15, 18.1.1994, lk 8) ja komisjoni 26. veebruari 1992. aasta otsus 92/213/EMÜ asjas IV/33.544 British Midland vs. Aer Lingus (EÜT L 96, 10.4.1992, lk 34).

⁽⁷⁾ Kohtuasi C-418/01: IMS Health vs. NDC Health, EKL 2004, lk I-5039, punkt 44.

⁽⁸⁾ Sealhulgas olukord, milles integreerunud ettevõtte, kes müüb „süsteemina” täiendavaid tooteid, keeldub müümast ühte täiendavatest toodetest komplekteerimata kujul konkurendile, kes toodab teist täiendavat toodet.

⁽⁹⁾ Mõnel juhul võib siiski kasutada võrdlusnäitajana järgneva kaubaturu integreerumata konkurendi pikaajalisi keskmisi täiendkulusid, näiteks siis, kui ei ole võimalik selgelt jaotada turgu valitseva ettevõtte kulusid eelneva ja järgneva kaubaturu toimingute vahel.

⁽¹⁾ Liidetud kohtuasjad C-241/91 P ja C-242/91: Radio Telefis Eireann (RTE) ja Independent Television Publications (ITP) vs. komisjon (Magill), EKL 1995, lk I-743, punkt 50; kohtuasi C-418/01: IMS Health vs. NDC Health, EKL 2004, lk I-5039, punkt 35; kohtuasi T-201/04: Microsoft vs. komisjon, EKL 2007, lk II-3601, punktid 319, 330–332 ja 336.

- keeldumine toob tõenäoliselt kaasa tõhusa konkurentsikaotamise järgneval turul ning
- keeldumine tekitab tõenäoliselt tarbijatele kahju.
82. Teatavatel erijuhtudel võib olla selge, et tarnekohustuse kehtestamine ei suuda üldjoontes avaldada negatiivset mõju sisendi omanikule ja/või teiste ettevõtjate ajenditele investeerida ja tegelda uuendamise eelneval turul, kas eelnevalt või järgnevalt. Komisjon leiab, et see on eriti tõenäoline, kui ühenduse õigusele vastav regulatsioon juba kehtestab turgu valitsevale ettevõtjale kohustuse tarnida ning regulatsiooni aluseks olevate kaalutluste põhjal on selge, et ajendite vajalik tasakaalustamine on sellist tarnekohustust kehtestades avalik-õigusliku asutuse poolt juba tehtud. Sellega võib olla tegemist ka siis, kui turgu valitseva ettevõtja seisund eelneval kaubaturul on tekkinud eri- või ainuõiguste kaitse alusel või seda on rahastatud riigi vahenditest. Sellistel erijuhtudel ei ole komisjonil põhjust oma üldisest täitetegevuse standardist kõrvale kalduda ning ta võib tõendada tõenäolist konkurentsivastast turulepääsu sulgemist, uurimata punktis 81 nimetatud kolme asjaolu olemasolu.
- a) *Objektiivne vajadus sisendi järele*
83. Kui komisjon kaalub, kas tarnimisest keeldumine väärrib tema tähelepanu esmajärjekorras, siis ta arvestab seda, kas keeldutud sisendite tarnimine on objektiivselt vajalik ettevõtjate jaoks, et suuta turul tõhusalt konkureerida. See ei tähenda, et ükski konkurent ei suudaks ilma keeldutud sisenditeta järgnevale kaubaturule tulla või seal püsima jääda⁽¹⁾. Pigem on sisend vältimatu, kui ei ole tegelikku või potentsiaalset asendajat, millele järgneval kaubaturul saaksid konkurendid tugineda, et võidelda — vähemalt pikaajaliselt — keeldumise negatiivsete tagajärgedega⁽²⁾. Seoses sellega hindab komisjon tavaliselt seda, kas konkurendid suudavad turgu valitseva ettevõtja poolt toodetavat sisendit lähitulevikus tulemuslikult dubleerida⁽³⁾. Dubleerimise mõiste tähendab tõhusa tarne alternatiivse allika loomist, mis võimaldab konkurentidel kasutada konkurentsist tingitud piirangut turgu valitseva ettevõtja suhtes järgneval kaubaturul⁽⁴⁾.
- b) *Tõhusa konkurentsikaotamine*
84. Punktis 81 nimetatud kriteeriume kohaldatakse nii varasema tarnimise katkemise juhtude kui ka keeldumiste puhul tarnida kaupa või teenust, mida turgu valitsev ettevõtja ei ole teistele varem tarninud (*de novo* keeldumised tarnimast). On siiski tõenäolisem, et kuritahtlikuks peetakse pigem kehtiva tarnekorralduse lõpetamist kui *de novo* keeldumist tarnimisest. Näiteks kui turgu valitsev ettevõtja on varem tarninud taotlevale ettevõtjale ning see on teinud kliendisuhetega seotud investeeringuid, et kasutada sisendeid, millest on seejärel keeldutud, siis võib komisjon tõenäoliselt pidada kõnealust sisendit vältimatuks. Sarnaselt näitab asjaolu, et varasem olulise sisendi omanik on pidanud tarnimist enda huvides olevaks seda, et sisendi tarnimisega ei kaasne ohtu, et omanik ei saa esialgse investeeringu eest piisavat hüvitist. Seepärast on turgu valitseval ettevõtjal kohustus tõendada, miks on olukord muutunud nii, et kehtiv tarnekorraldus ohustab tema piisavat hüvitist.
85. Kui punktides 83 ja 84 sätestatud tingimused on täidetud, uurib komisjon, kas turgu valitseva ettevõtja keeldumine tarnida võib üldjoontes kas kohe või aja jooksul kaotada tõhusa konkurentsikaotamise järgneval kaubaturul. Tõhusa konkurentsikaotamise tõenäosus on üldiselt seda suurem, mida suurem on järgneval kaubaturul turgu valitseva ettevõtja turuosa; mida vähem suutlikkust turgu valitsev ettevõtja konkurentidega võrreldes järgneval kaubaturul piirab; mida suurem on turgu valitseva ettevõtja ja tema konkurentide toodangu asendatavus järgneval kaubaturul; mida suurem osa konkurente järgneval kaubaturul on mõjutatud; ning mida tõenäolisem on see, et turgu valitseva ettevõtja kasuks loovutatakse nõudlust, mida võiksid täita konkurendid, kelle jaoks turg suletu.
- c) *Tarbijatele tekitatav kahju*
86. Uurides tarnimisest keeldumise tõenäolist mõju tarbijate heaolule, võrdleb komisjon, kas tarbijate jaoks kaaluvad asjaomasel turul tarnimisest keeldumise tõenäolised negatiivsed tagajärjed aja jooksul üles tarnimiskohustuse kehtestamise negatiivsed tagajärjed. Kui jah, siis hakkab komisjon tavaliselt asja menetlema.
87. Komisjon leiab, et tarbijatele tekitatav kahju võib ilmned näiteks siis, kui konkurendid, kelle jaoks turgu valitsev ettevõtja turulepääsu sulgeb, ei saa keeldumise tõttu tuua turule uuenduslikke kaupu või teenuseid ja/või kui järgneval uuen- dustegevus on tõenäoliselt takistatud⁽⁵⁾. Sellega võib olla tegemist eelkõige siis, kui ettevõtja, kes soovib tarnida, ei kavatse piirduda peamiselt nende kaupade või teenuste dubleerimisega, mida turgu valitsev ettevõtja järgneval

⁽¹⁾ Kohtuasi T-201/04: Microsoft vs. komisjon, EKL 2007, lk II-3601, eelkõige punktid 428 ja 560-563.

⁽²⁾ Liidetud kohtuasjad C-241/91 P ja C-242/91: Radio Telefis Eireann (RTE) ja Independent Television Publications (ITP) vs. komisjon (Magill), EKL 1995, lk 743, punktid 52 ja 53; kohtuasi 7/97: Oscar Bronner vs. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft ja Mediaprint Anzeigengesellschaft, EKL 1998, lk I-7791, punktid 44-45; kohtuasi T-201/04: Microsoft vs. komisjon, EKL 2007, lk II-3601, punkt 421.

⁽³⁾ Üldiselt ei ole sisendid võimalik jälgendada, kui see hõlmab loomulikku monopoli tulenevalt mastaabi- või mitmekesisussäästust, kui esineb tugev võrguefekt või kui see on seotud nii-öelda „aiguallika” teabega. Ent kõigil juhtudel tuleks võtta arvesse tööstusharu dünaamikat ning eelkõige seda, kas turuvõim saab kiirelt levida või mitte.

⁽⁴⁾ Kohtuasi 7/97: Oscar Bronner vs. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft ja Mediaprint Anzeigengesellschaft, EKL 1998, lk I-7791, punkt 46; kohtuasi C-418/01: IMS Health vs. NDC Health, EKL 2004, lk I-5039, punkt 29.

⁽⁵⁾ Kohtuasi T-201/04: Microsoft vs. komisjon, EKL 2007, lk II-3601, punktid 643, 647-649, 652-653 ja 656.

kaubaturul juba pakub, vaid kavatseb toota uusi või paremaid kaupu või teenuseid, mille järele on potentsiaalne tarbijanõudlus või mis võivad aidata kaasa tehnilisele arengule⁽¹⁾.

88. Komisjon leiab ka, et tarnimisest keeldumine võib tekitada tarbijatele kahju, kui hind on eelneval kaubaturul reguleeritud, hind ei ole järgneval kaubaturul reguleeritud ning turgu valitsev ettevõtja suudab, tõrjudes tarnimisest keeldumise kaudu järgneval kaubaturul konkurendid välja, saada reguleerimata järgnevalt kaubaturult rohkem kasumit kui muidu.

d) *Tõhususe kasv*

89. Komisjon uurib väiteid, mille on esitanud turgu valitsev ettevõtja selle kohta, et tarnimisest keeldumine on vajalik, et turgu valitsev ettevõtja saaks realiseerida piisava tulu

investeeringutelt, mis on vajalikud sisendi tarnimisega tegelemiseks, luues seega ajendid investeeringute jätkamiseks tulevikus, võttes arvesse ebaõnnestunud projektide riski. Komisjon uurib ka turgu valitseva ettevõtja väiteid, et tema enda uuendustegevust mõjutab negatiivselt tarnimiskohustus või turutingimuste struktuursed muutused, mille sellise kohustuse kehtestamine kaasa toob, sealhulgas järgneva uuendustegevuse arendamine konkurentide poolt.

90. Selliseid väiteid uurides teeb komisjon kindlaks, kas III jao punktis D sätestatud tingimused on täidetud. See on eelkõige turgu valitseva ettevõtja kohustus tõendada, et negatiivne mõju tarnimiskohustusele avaldub tema enda uuenduslikkuse tasemele⁽²⁾. Kui turgu valitsev ettevõtja on varem tarninud asjaomast sisendit, võib see olla asjakohane, kui hinnatakse mis tahes väidet, et tarnimisest keeldumine on tõhususe tõttu õigustatud.

⁽¹⁾ Kohtuasi C-418/01: IMS Health vs. NDC Health, EKL 2004, lk I-5039, punkt 49; kohtuasi T-201/04: Microsoft vs. komisjon, EKL 2007, lk II-3601, punkt 658.

⁽²⁾ Kohtuasi T-201/04: Microsoft vs. komisjon, EKL 2007, lk II-3601, punkt 659.