

KOHTUJURISTI ETTEPANEEK

JÁN MAZÁK

esitatud 22. aprillil 2010¹

1. Käesolevas apellatsioonkaebuses palub Deutsche Telekom AG (edaspidi „apellant“), et Euroopa Kohus tühistaks Esimese Astme Kohtu (nüüd Üldkohus) otsuse,² millega jäeti muutmata komisjoni otsus seoses EÜ artikli 82 (nüüd ELTL-i artikkel 102) kohaldamise menetlusega.³ See on esimene kord, mil Euroopa Kohtul palutakse uurida väidetavat turgu valitseva seisundi kuritarvitamist, mis on toime pandud nn hinnakruvi kujul.

I. Vaidluse taust

2. Faktilised asjaolud on esitatud vaidlustatud otsuse punktides 1–24. Piirdun kõige

olulisemate aspektide kirjeldamisega. Apellant on telekommunikatsiooniettevõtja, kes on pikaajaliselt tegutsenud Saksamaal, kus ta haldab telefonside püsivõrku. Infrastruktuuri kasutada andmise turg ja telefonsideteenuste turg on Saksamaal liberaliseeritud alates 1. augustist 1996, mil jõustus Saksamaa telekommunikatsiooniseadus (edaspidi „TKG“). Apellandi iga kohalik võrk koosneb mitmest „abonentidele mõeldud kohalikust kliendiliinist“ (see tähendab füüsilisi ahelaid, mis ühendavad sidevõrgu lõpp-punkti abonendi territooriumil peajaotla või samaväärse seadmega üldkasutatavas telefonside püsivõrgus). Eristada tuleb kohaliku võrgu kasutamist võimaldavaid teenuseid, mida apellant pakub oma konkurentidele (edaspidi „võrguteenused“), ja kohaliku võrgu kasutamist võimaldavaid teenuseid, mida apellant pakub oma abonentidele (edaspidi „abonenditeenused“). Apellant oli alates juunist 1997 kohustatud võimaldama oma konkurentidele täielikku eraldatud juurdepääsu kliendiliinile. Apellandi võrguteenuste tariifid peavad saama eelnevalt heakskiidu Saksamaa telekommunikatsiooni- ja postiteenuseid reguleerivalt asutuselt (edaspidi „RegTP“), kes kontrollib, kas apellandi väljapakutud võrguteenuse-tariifid muu hulgas lähtuvad teenuste tõhusa osutamise kuludest ja kas need ei sisalda hinnaalandust, mis kahjustab konkurentide võimalusi. Abonenditeenuste osas pakub apellant kahte põhipaketti: traditsioonilist analoogliini ja kitsasribahendusega digitaalliini (ISDN). Mõlemat võimalust saab pakkuda apellandi ajaloolises vaskpaaridega võrgus. Samuti pakub apellant oma abonentidele lairibahendust (asümmeetriline digitaalne abonendiliin ehk ADSL), mille jaoks ta on pidanud olemasolevaid võrkusid kohandama,

1 – Algkeel: inglise.

2 – 10. aprillil 2008. aasta otsus kohtuasjas T-271/03: Deutsche Telekom vs. komisjon (EKL 2008, lk II-477; edaspidi „vaidlustatud kohtuotsus“).

3 – Komisjoni 21. mai 2003. aasta otsus 2003/707/EÜ, mis käsitleb EÜ artikli 82 kohaldamise menetlust (Juhtumid COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (ELT 2003, L 263, lk 9; edaspidi „vaidlusalune otsus“).

et pakkuda lairibateenuseid, s.o kiiremat internetiühendust. Apellandi abonenditeenuste tariifid (edaspidi „jaetariifid” või „jaehinnad”) on analoogliinide ja ISDN-liinide puhul reguleeritud hinnalaesüsteemiga (*price-cap*-süsteem). ADSL-i jaehindu saab apellant kehtestada omal äranägemisel, kuid neid võidakse siiski tagantjärele üle vaadata.

ajavahemikus langetas apellant jaehindu mõlemas teenuseportfellis; sisuliselt puudutas hindade langetamine kõnehindu. Seevastu analoogliinide jaehinnad jäid samaks. Alates 1. jaanuarist 2002 kehtib uus hinnalaesüsteem, millega on sisse seatud uued teenuseportfellid. Apellant teatas 15. jaanuaril 2002 RegTP-le oma kavatsusest tõsta analoog- ja ISDN-liinide igakuiseid abonemenditasusid. Selleks hinnatõusuks anti luba. Apellant esitas 31. oktoobril 2002 uue taotluse jaehindade tõstmiseks. See taotlus jäeti osaliselt rahuldamata. ADSL-i tariife hinnalaesüsteemi raames ei reguleerita, kuid neid võidakse tagantjärele üle vaadata. Pärast mitme kaebuse saamist apellandi konkurentidelt asus RegTP 2. veebruaril 2001 Saksa konkurentsieeskirjade alusel tagantjärele uurima apellandi ADSL-i hindu. RegTP tuvastas 25. jaanuaril 2002, et vastav tariifide suurendamine ei anna enam alust kahtlustada „hinnadumpingut”.

3. Apellandi võrguühenduse kasutamise ja telefonikõnede jaehindu reguleeritakse teenuseplokkide kaupa, kusjuures eri teenused on rühmitatud kokku „portfellidesse”. Liitvabariigi posti- ja telekommunikatsiooniministeeriumi (edaspidi „BMPT”) ja seejärel ka RegTP otsustega kohustati apellanti alandama mõlema teenuseportfelli koguhindu ajavahemikus 1. jaanuarist 2000 kuni 31. detsembrini 2001. Nende siduvate hinnaalanduste raames võis apellant muuta kummagi portfelli üksikosade tariife tingimusel, et ta saab selleks enne RegTP loa. Tariifimuudatusteks anti luba, kui teenuseportfelli keskmine hind ei ületanud kehtestatud hinnalage. Nimetatud

4. Vaidlustatud otsuse põhiosad on esitatud vaidlustatud kohtuotsuse punktides 34–46 ja

ma ei hakka kõiki neid punkte siin kordama. Sisuliselt sai komisjon 1999. aastal apellandi 15 konkurendilt kaebused seoses apellandi hinnapraktikaga. Vaidlusaluse otsuse punktis 102 on märgitud sisuliselt seda, et kui apellandile võrguteenuste kasutamise eest makstavad hinnad on nii kallid, et konkurendid on sunnitud nõudma kõrgemaid hindu kui apellant oma abonentidelt, tekib hinnakruvi. Ka siis, kui konkurendid tegutsevad sama tõhusalt kui apellant, ei oleks neil võimalik saada kasumit. Edasi on vaidlusaluse otsuse punktis 103 märgitud, et seega ei saa konkurendid pakkuda lisaks kõneteenustele võrguühendust kliendiliinide kaudu. Muidu oleksid nad sunnitud tasakaalustama juurdepääsuteenustelt tekkivat kahjumit kõneteenustelt suurema tulu teenimisega, nagu apellant ise teeb. Ent viimastel aastatel on kõneteenuste tasu Saksamaal oluliselt langenud ning seega ei ole konkurentidel sageli reaalselt võimalust ühte hinda teise kaudu tasakaalustada. Hinnakruvi mõju väljaarvutamisel võtab komisjon arvesse ainult kohaliku võrguühenduse tasusid, arvestamata tasusid telefonikõnede eest. Komisjon järeldas, et alates 1. jaanuarist 1998 kuni 31. detsembrini 2001 (edaspidi „esimene periood”) oli apellandi võrguühenduse hindade ja jaehindade vahe negatiivne. Alates 1. jaanuarist 2002 kuni 21. maini 2003 (edaspidi „teine periood”) oli nimetatud vahe positiivne. Kuna positiivsest marginaalist siiski ei piisanud, et katta apellandi tootespetsiifilised kulud, mis olid seotud abonenditeenuste osutamisega, säilis kuritarvitava hinnakruvi efekt ka 2002. aastal. Komisjon tõdeb, et apellandi võrguteenuste hinnad ja jaehinnad kuuluvad valdkondlikule reguleerimisele. Sellegipoolest oli apellandil piisavalt tegutsemisruumi, et hindade ümberkujundamise teel hinnakruvi efekti – sõltuvalt vastavast perioodist – vähendada või see kõrvaldada. Komisjon pidas kõnealust olukorda esimesel perioodil raskeks rikkumiseks ja teisel perioodil

kergeks rikkumiseks ning määras trahvi summas 12,6 miljonit eurot.

II. Vaidlustatud kohtuotsus

5. Põhinõude – vaidlusaluse otsuse tühistamise – osas on esimese väite alus EÜ artikli 82 väidetav rikkumine. Esimese osa all viitan vaidlustatud kohtuotsuse punktidele 70–152. Kordan siin ainult kõige olulisemaid punkte. Esimese perioodi suhtes luges Üldkohus õigeks komisjoni järelduse, et apellandil oli ruumi taotleda oma juurdepääsuteenuste hindade tõstmist analoog- ja ISDN-teenuste osas, tingimusel et ta peab kinni vastavate portfelli üldistest hinnalagedest. Üldkohus ei nõustunud argumendiga, et RegTP varasema sekkumise tõttu ei peaks EÜ artikkel 82 enam

apellandi suhtes kohalduma. Üldkohus märkis, et RegTP ei hinda taotluste vastavust EÜ artiklile 82. Reguleerivad siseriiklikud asutused tegutsevad vastavalt (siseriiklikule) telekommunikatsiooniõigusele, mille eesmärgid võivad erineda ühenduse konkurentsipoliitika omadest. Igal juhul ei saa komisjoni siduda otsus, mille on teinud siseriiklik asutus. Teise perioodi osas oli apellandi tegutsemisruum tema ADSL-i tariifide tõstmisel selline, mis võimaldanuks vähendada hinnakruvi efekti ühelt poolt võrguteenuste hindade ja teiselt poolt kõikide analoog-, ISDN- ja ADSL-liinide kaudu osutatavate juurdepääsuteenuste jaehindade vahel, sest viimati nimetatud teenused vastavad võrguteenuste tasandil üheleainsale teenusele ning ADSL-i ei saa pakkuda abonentidele eraldi.

hindadest ja kuludest –, mitte aga tema tegelike ega potentsiaalsete konkurentide olukorras. Peale selle oli komisjonil õigus järeldada, et asjakohased on üksnes juurdepääsuteenused, ning seega sai ta telefonikõnede hinnad arvestusest välja jätta. Niisugune meetod on kooskõlas hindade ümberkujundamise põhimõttega ja võrdsete võimaluste põhimõttega. Seoses apellandi esimese väite neljanda osaga – mille kohaselt hinnakruvi ei avaldanud turule mingit mõju – viitan vaidlustatud kohtuotsuse punktidele 225–245. Eeskätt märkis Üldkohus punktis 237, et kuna apellandi „võrguteenused on [...] hädavajalikud selleks, et tema konkurentidel oleks võimalik temaga konkureerida abonentidele osutatavate juurdepääsuteenuste turul, mis on turustusahelas järgnev turg, takistab [käesolevas kohtuasjas käsitletavatel või nende sarnastel asjaoludel tekkiv] hinnakruvi efekt põhimõtteliselt konkurentsi arengut turustusahelas järgnevatel turgudel”. Väikesed turuosad, mille apellandi konkurendid on omandanud abonentiteenuste turul alates turu liberaliseerimisest, annavad tunnistust takistustest, mis apellandi hinnapraktika on nendel turgudel konkurentsi arengule loonud.

6. Teise osa all, mis puudutab komisjoni meetodika õiguspärasust, pean silmas vaidlustatud kohtuotsuse punkte 153–213. Sisuliselt asus Üldkohus seisukohale, et kuna apellandi tegevus oli seotud tema võrguteenuste hindade ja jaehindade ebaõiglase vahega, ei pidanud komisjon tõendama, et apellandi jaehinnad kujutavad endast iseenesest kuritarvitust. Arvutuste osas toimis komisjon õigesti, lähtudes apellandi hinnapraktika kuritarvitava iseloomu analüüsimisel üksnes apellandi spetsiifilisest olukorrast – tema

7. Kolmanda väite osas – mille kohaselt on toime pandud võimu kuritarvitamine ning rikutud proportsionaalsuse põhimõtet,

õiguskindluse põhimõtet ja õiguspärase ootuse kaitse põhimõtet – viitan vaidlustatud kohtuotsuse punktidele 257–272. Eeskätt otsustas Üldkohus, et õiguspärase ootuse kaitse põhimõtet ei ole rikutud, sest RegTP otsustes ei ole viidatud EÜ artiklile 82 ning sellest tuleneb kaudselt, kuid vältimatult, et apellandi hinnapraktikal olid konkurentsivastased tagajärjed, kuivõrd konkurendid pidid kasutama ristsubsideerimist. Peale selle lükkas Üldkohus tagasi väite komisjoni võimu kuritarvitamise kohta, meenutades, et isegi kui RegTP oleks rikkunud ühenduse õigusnormi ja isegi kui komisjon oleks võinud alustada selle alusel Saksamaa suhtes kohustuste rikkumise menetlust, ei saa sellised võimalikud olukorrad mõjutada vaidlustatud otsuse õiguspärasust – suuresti seetõttu, et EÜ artikkel 82 puudutab üksnes ettevõtjaid, mitte aga liikmesriike.

8. Alternatiivses nõudes taotles apellant määratud trahvi summa vähendamist. Apellandi kolmanda väite osas viitan vaidlustatud kohtuotsuse punktidele 290–300. Sisuliselt otsustas Üldkohus, et apellant pidi teadma, et sõltumata RegTP otsustest lubade andmise kohta, oli tal tegelikult tegutsemisruumi oma jaehindade määramiseks ja tõstmiseks ning seega hinnakruvi vähendamiseks. Lisaks pidi apellant teadma, et nimetatud hinnakruvi-ga kaasnevad tõsised konkurentsipiirangud. Neljanda ja kuuenda väite osas viitan vaidlustatud kohtuotsuse punktidele 301–321. Nende kohaselt oli komisjonil õigus pidada kõnealust rikkumist esimese perioodi osas raskeks. Komisjon võttis trahvi põhisummat 10% vähendades nõuetekohaselt arvesse

RegTP sekkumist. Lõpuks oli komisjonil õigus teha otsus mitte määrata sümboolset trahvi. Eespool kirjeldatust lähtudes jättis Üldkohus hagi rahuldamata.

III. Apellatsioonkaebus

9. Apellant, Vodafone ja komisjon ning Versatel, kes ei olnud kirjalikke märkusi esitanud, esitasid 25. novembri 2009. aasta kohtuistungil Euroopa Kohtule suulisi märkusi.

10. Kõigepealt on vaja käsitleda Vodafone'i argumenti, et apellatsioonkaebuse esimese väite esimene, teine ja kolmas osa, aga ka teise väite esimene ja teine osa on vastuvõetamatud, sest apellant pelgalt kordab esimeses astmes esitatud argumente ja taotleb nüüd nende argumentide uuesti läbivaatamist. Piisab siiski märkimisest, et kohtupraktika kohaselt,

„kui apellatsioonkaebuse esitaja vaidlustab selle, kuidas [Üldkohus] on ühenduse õigust tõlgendanud või kohaldanud, võib esimeses kohtuastmes kontrollitud õiguslikke asjaolusid apellatsioonimenetluses uuesti arutada [...] Kui apellatsioonkaebuse esitajal ei oleks võimalik oma apellatsioonkaebuses tugineda [Üldkohtus] juba esitatud väidetele ja argumentidele, kaotaks apellatsioonimenetlus osaliselt oma mõtte”.⁴ Olen seisukohal, et käesolevas asjas ei taotle apellant pelgalt Üldkohtule esitatud hagi uut läbivaatamist, vaid vaidlustab sisuliselt samade argumentide abil selle, kuidas Üldkohus on EÜ artiklit 82 tõlgendanud ja kohaldanud. Seega on apellatsioonkaebuse väited vastuvõetavad.

12. Esimese perioodi kohta märgib apellant, et Üldkohus rikkus õigusnormi, kui ta leidis, et rikkumise saab jätta talle süüks panemata ainult siis, kui kõnealune tegevus tulenes üksnes siseriiklikust õigusest ja kui tal puudus tegutsemisruum, taotlemaks hindade tõstmist. Esimeses etteheites väidab apellant sisuliselt seda, et tegutsemisruumi olemasolu on rikkumise süüks panemiseks vajalik, kuid mitte piisav asjaolu. See ei anna vastust küsimusele, kas apellant oleks saanud taotleda hindade tõstmist või kas ta oleks pidanud seda tööpoolest tegema. Liiati oli RegTP korduvalt väljendanud seisukohta, et kõnealune hinnakruvi ei kahjusta konkurentsi.

A. Apellatsioonkaebuse esimene väide, et seoses RegTP kui pädeva reguleeriva siseriikliku asutuse reguleerimistegevusega on rikutud õigusnorme

1. Apellatsioonkaebuse esimese väite esimene osa, mis puudutab rikkumise süüks panemist

11. Komisjon ja Vodafone väidavad, et kõnesolev esimese väite esimene osa tuleks tagasi lükata.

13. Rikkumise süüks panemise osas kohaldas Üldkohus asjakohast kohtupraktikat õigesti. Ehkki seda, et RegTP ei seisnud vastu apellandi kuritarvitavale tegevusele, võib pidada teatavas mõttes ajendiks, ei vabasta see iseenesest apellanti vastutusest, mis tuleneb EÜ artiklist 82.⁵ Väljakujunenud

4 – 12. septembri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-131/03 P: Reynolds Tobacco jt vs. komisjon (EKL 2006, lk I-7795, punktid 49–51 ja seal viidatud kohtupraktika).

5 – Vt 16. detsembri 1975. aasta otsus liidetud kohtuasjades 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73: Suiker Unie jt vs. komisjon (EKL 1975, lk 1663, punktid 36–73) ja 9. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-198/01: CIF (EKL 2003, lk I-8055, punkt 56). Vt ka 30. jaanuari 1985. aasta otsus kohtuasjas 123/83: BNIC (EKL 1985, lk 391, punktid 21–23).

kohtupraktika kohaselt „võib [EÜ artiklit 82] kohaldada, kui tuvastatakse, et siseriiklikud õigusnormid ei välista ettevõtjate iseseisvat tegevust, millega takistatakse, piiratakse või moonutatakse konkurentsi”.⁶ Kui apellandil oli tegutsemisruumi, oleks ta seega pidanud taotlema reguleerivalt siseriiklikult asutuselt oma jaehindade tõstmist, et kuritarvitav tegevus lõpetada. Euroopa Kohtu suurkoda on seda lähenemisviisi hiljuti kohtuasjas *Sot. Léllos kai Sia jt*⁷ selgelt kinnitanud. Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 113 on õigesti osutatud, et reguleerivad siseriiklikud asutused peavad järgima EÜ asutamislepingu sätteid nagu kõik teisedki riigiasutused. Reguleerivate siseriiklike asutuste otsused aga ei saa välistada, et komisjon võtab hilisemal etapil meetmeid ja nõuab EÜ artikli 82 täitmist vastavalt määrusele nr 17 ehk nüüd määrusele nr 1/2003⁸. Nimelt otsustas Euroopa Kohus kohtuasjas *Masterfoods vs. HB*⁹ sisuliselt seda, et otsus, mille on teinud siseriiklik asutus EÜ artikli 82 alusel, ei saa komisjoni siduda. Selles küsimuses ei pea ma mõeldamatuks sedagi, et Saksamaa ametiasutused rikkusid samuti ühenduse õigust, nagu on osutatud ka vaidlustatud kohtuotsuse punktis 265. Nende tegutsematus, kui see peaks tuvastamist leidma, ei muudaks siiski olematuks tegutsemisruumi, mis apellandil hinnakruvi efekti vähendamiseks oli. Võimalus algatada asjaomase liikmesriigi vastu kohustuste rikkumise menetlus täiendab

komisjoni pädevust, mida on mainitud eespool, kuid ei asenda seda.

6 – Vt 11. novembri 1997. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-359/95 P ja C-379/95 P: komisjon ja Prantsusmaa vs. Ladbroke Racing (EKL 1997, lk I-6265, punktid 33 ja 34 ja seal viidatud kohtupraktika).

7 – 16. septembri 2008. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-468/06–C-478/06: *Sot. Léllos kai Sia jt* (EKL 2008, lk I-7139, punkt 62 jj).

8 – Vastavalt nõukogu 6. veebruari 1962. aasta määrus nr 17: esimene määrus [EÜ] artiklite [81] ja [82] rakendamise kohta (EÜT 1962, 13, lk 204; ELT eriväljaanne 08/01, lk 3) ja nõukogu 16. detsembri 2002. aasta määrus (EÜ) nr 1/2003 [EÜ] artiklites [81] ja [82] sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta (EÜT 2003, L 1, lk 1; ELT eriväljaanne 08/02, lk 205).

9 – 14. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-344/98: *Masterfoods vs. HB* (EKL 2000, lk I-11369, punkt 48).

14. Apellandi sõnul kaalub üles ja piirab reguleeriva siseriikliku asutuse vastutus reguleerimisaluse ettevõtja erivastutust, mis piirdub kohustusega edastada kogu teave reguleerivale siseriiklikule asutusele korrektselt ja täielikult. Apellant märgib esiteks, et käesolevas kohtuasjas kuulusid hinnad reguleerimisele, mille eesmärk on luua konkurentsile avatud telekommunikatsioonisektor.¹⁰ Peale selle põhineb „liberaliseerimisdirektiiv” 90/388¹¹ konkurentsioigusel, ennekõike EÜ artikli 86 lõikel 3. Sellest tulenevalt oli RegTP kohustatud järgima ühenduse konkurentsioigust. TKG §27 lõike 3 kohaselt peab RegTP tagama hindade kooskõla „teiste [...]

10 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 18. detsembri 2000. aasta määrus (EÜ) nr 2887/2000, mis käsitleb eraldatud juurdepääsu kliendiliinile (EÜT 2000, L 336, lk 4; ELT eriväljaanne 13/26, lk 83).

11 – Komisjoni 28. juuni 1990. aasta direktiiv 90/388/EMÜ konkurentsi kohta telekommunikatsiooniteenuseturgudel (EÜT 1990, L 192, lk 10).

õigusnormidega”, mille hulka kuulub EÜ artikkel 82. Lisaks sellele tuleneb EÜ artiklist 10, et RegTP kui liikmesriigi ametiasutus peab hoiduma meetmetest, mis võiksid kahjustada asutamislepingu eesmärkide saavutamist.

15. Väidetava vastutuse ülekandumise osas tuleb meeles pidada, et konkurentsiõiguse kohaldamisel loeb ettevõtja objektiivne tegevus.¹² Harilikult vastutab ettevõtja oma tegevuse eest. Seega märkis Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 85 ja 86 õigesti, et Euroopa Kohtu praktikas on lubatud erandeid sellest põhimõttest ainult väga rangetel tingimustel. Igal juhul ei tohiks ettevõtja tegutsemise heauskus selles suhtes oluline olla. Nagu algul märkisin, ei välista pelgalt see üksi, et liikmesriik võib soodustada konkurentsi vahetult tegevust, rikkumise süüks panemist ettevõtjale. Liiasi – kuigi apellandi argument, et vaidlustatud kohtuotsuse punktides 86–89 viidatud kohtupraktikas oli kõnesolnud siseriiklike õigusnormide eesmärk piirata või keelata konkurentsi ning käesolevas asjas on reguleeriva raamistiku eesmärk hoopis telekommunikatsioonisektori

avamine konkurentsile direktiivi 90/388 ja määruse nr 2887/2000 alusel, on iseenesest õige – ei muuda see siiski asjaolu, et kõnesolev reguleeriv raamistik täiendab asutamislepingu konkurentsivastasteid ja peaks tagama konkurentsiolukorra niisugusel määral, mida EÜ artiklid 81 ja 82 sama kindlalt tagada ei saa.¹³ Selles suhtes märkis komisjon õigesti, et lisameetmeid vastu võttes väljendas ühenduse seadusandja selgelt soovi kaitsta konkurentsi nimelt sellel turul. Sellest tulenevalt tuleb EÜ artikleid 81 ja 82 pidada minimaalseid kriteeriume sätestavaks. Apellandi esimese etteheite osas, mida on eespool mainitud ja mis puudutab ajavahemikku alates 1. jaanuarist 1998 kuni 31. detsembrini 2001, piisab märkimisest, et vaidlusaluse otsuse artikli 1 kohaselt pani apellant rikkumise toime mitte sellega, et ta ei esitanud RegTP-le taotlusi, vaid oma hinnapraktikaga, mis oli vastuolus EÜ artikliga 82. Need taotlused olid vajalik, kuid kõigest formaalne samm võimaliku tegutsemisruumi kasutamiseks. Sellega seoses oli Üldkohtul õigus, kui ta vaidlustatud kohtuotsuse punktides 125–131 kinnitas selles küsimuses komisjoni lähenemisviisi.

16. Teiseks märgib apellant, et Bundesgerichtshof (Saksamaa föderaalkohus) ei asunud

12 – Vt 13. veebruari 1979. aasta otsus kohtuasjas Hoffmann - La Roche vs. komisjon (EKL 1979, lk 461, punkt 91). Vt ka 21. veebruari 1973. aasta otsus kohtuasjas 6/72: Europemballage ja Continental Can vs. komisjon (EKL 1973, lk 215, punkt 29).

13 – Määruse nr 2887/2000 osas vt sellega seoses 24. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-55/06: Arcor (EKL 2008, lk I-2931, punktid 59–64).

oma 10. veebruari 2004. aasta otsuses seisukohale, nagu viitaks apellandi vastutus tema hindade kohandamise taotluste esitamise eest sellele, et apellant peab asendama oma EÜ artiklist 82 tuleneva hinnangu reguleeriva siseriikliku asutuse omaga. Bundesgerichtshof kinnitas hoopis reguleeriva siseriikliku asutuse vastutust turu struktuuri hoidmise eest.

kommunikatsioonisektori konkurentsikorra raames iseseisvad.

17. Nagu komisjon õigesti osutas seoses sellega, kuidas Üldkohus eespool mainitud kohtuotsust tõlgendas, piisab siiski märkimisest, et apellant ei ole esitanud väiteid tõendite moonutamise kohta, ning Bundesgerichtshof märkis niikuinii, et kuritarvitamist võib esineda ka siis, kui hinnad peavad olema enne RegTP-s läbi vaadatud.

18. Kolmandaks märgib apellant seoses vaidlustatud kohtuotsuse punktiga 120, et otsust kohtuasjas *Masterfoods vs. HB* ei saa käesolevasse kohtuasja üle kanda. Esiteks on käesolevas asjas küsimus üksnes rikkumise süüks panemises, mitte aga selles, kas RegTP sisuline hinnang on komisjonile siduv. Teiseks on reguleerivad siseriiklikud asutused tele-

19. Jällegi olen seisukohal, et apellandi argumendid ei toeta tema väiteid. Nagu eespool märgitud, ei või siseriikliku ametiasutuse otsus olla komisjonile siduv ning selle asutuse antud luba ei või pelgalt rikkumise väidetava süüks pandavuse puudumisest tulenevalt välistada, et komisjon tuvastab kuritarvitamise vastavalt EÜ artiklile 82. Komisjoni pädevus vastavalt EÜ artiklile 82. Komisjoni pädevus tuleneb otse asutamislepingust ja määrusest nr 17 ja nüüd määrusest nr 1/2003. Nagu eespool samuti mainisin, täiendab kõnealune reguleeriv raamistik konkurentsivõimeid ning neid kahte normistikku tuleks pidada teineteist täiendavaks.¹⁴ Lõpuks, nagu komisjon õigesti väitis, ei saa EÜ artikli 86 lõikel 3 rajanev

14 – Vt komisjoni 22. augusti 1998. aasta teatis konkurentsieeskirjade rakendamise kohta telekommunikatsioonisektori juurdepääsulepete suhtes „Raamistik, asjaomased turud ja põhimõtted“ (EÜT 1998, C 265, lk 2; ELT eriväljaanne 08/01, lk 255), punkt 22: „[...] telekommunikatsioonisektoris tegutsuvad ettevõtjad [peaksid] olema teadlikud asjaolust, et [EÜ] konkurentsieeskirjade järgimine ei vabasta neid ülesandest täita avatud võrgu pakkumise kontekstis kehtestatud kohustusi ja vastupidi“ (kohtujuristi kursiiv). Vt ka punkt 60: „[EÜ] artiklit 82] rakendatakse tavapärasel moel [...] tavade suhtes, mille on heaks kiitnud või lubanud [reguleeriv] siseriiklik asutus“. Vt üldiselt de Streeck, A., *On the edge of antitrust: the relationship between competition law and sector regulation in European electronic communications*, EUI Firenze, oktoober 2006; Larouche, P., *Contrasting legal solutions and the comparability of EU and US experiences*, TILEC Discussion Paper, november 2006; Monti, G., „Managing the intersection of utilities regulation and EC competition law“, *Competition Law Review*, Vol. 4, lk 2, juuli 2008, ning Klotz, R., teoses Koenig, Ch., Bartosch, A., Braun, J.-D. ja Romes, M. (toim), *EC competition and telecommunications law*, 2. tr, Wolters Kluwer, 2009, lk 108 jj.

direktiiv muuta EÜ artikli 82 osas küsitavaks pädevuse jaotust, mis on paika pandud esmase õiguse tasandil EÜ artiklitega 83 ja 85. Lõpuks on komisjon oma suunistes turuanalüüsi ja olulise turuvõimu hindamise kohta¹⁵ nüüdseks selgelt märkinud – tegelikult oli see sisuliselt nii juba ka eelnenud reguleerivas raamistikus (vt juurdepääsu käsitlev teatis, millele on viidatud eespool 14. joonealuses märkuses) –, et praktikas ei saa välistada eelnevast reguleerimisest ja konkurentsioigusest tulenevate paralleelsete menetluste tekkimist ega seda, et konkurentsiasutused võivad korraldada omaenda turuanalüüsi ja rakendada parandusmeetmeid lisaks sektorispetsiifilistele meetmetele, mida kohaldavad reguleerivad siseriiklikud asutused.

20. Neljandaks on apellant seisukohal, et õiguskindluse põhimõtte kohaselt peab reguleerimisalune turgu valitsev ettevõtja saama tugineda niisuguse reguleerimise õigsusele. Kui reguleerivate siseriiklike asutuste võetud meetmed ei ole kooskõlas EÜ artikliga 82, peaks komisjon algatama kohustuste

rikkumise menetluse liikmesriigi, mitte turgu valitseva ettevõtja vastu.

21. Minu arvates otsustas Üldkohus õigesti, et ehkki RegTP oli – nagu kõik riigiasutused – kohustatud järgima EÜ asutamislepingu sätteid, oli ta käsitlusel ajal telekommunikatsioonisektori reguleerimise eest vastutav Saksamaa ametiasutus, mitte asjaomase liikmesriigi konkurentsiasutus. Selles suhtes pean komisjoni argumendis mainitud kahe tõkke analoogiat üpriski asjakohaseks. Üks tõke on reguleerimine; sellest peetakse kinni, kui apellant vastab reguleerivatele sätetele, ja selles küsimuses teeb otsuseid RegTP. Teine tõke on EÜ artikkel 82 ja selles osas – sõltumata RegTP-le pandud kohustusest järgida EÜ asutamislepingu sätteid – on asjaomasel konkurentsiasutusel, käesoleval juhul komisjonil, pädevus vajaduse korral otsustada, kas nimetatud teisest tõkkest on kinni peetud või mitte. Liiasi pidi apellant teadma, et telekommunikatsiooni reguleerimine ja EÜ artikli 82 kohaldamine kujutavad endast eraldiseisvaid vahendeid, olgugi et mõlema lõppeesmärk on edendada konkurentsi. Apellant eksib nende kahe vahendi eraldatuse osas, kui ta viitab komisjoni poolt välja antud juurdepääsu käsitleva teatise punktidele 61 ja väidab, et kui komisjon on seisukohal, et reguleeriva siseriikliku asutuse võetud meetmed ei ole kooskõlas EÜ artikliga 82, peaks ta algatama kohustuste rikkumise menetluse liikmesriigi vastu. Tõepoolest on komisjonil võimalus parandada

15 – Komisjoni suunistes turuanalüüsi ja olulise turuvõimu hindamise kohta vastavalt ühenduse elektrooniliste sidetöökude ja -teenuste reguleerivale raamistikule, lk 6–31 ja – ennekõike – punkt 31 (EÜT 2002, C 165, lk 6).

sel viisil liikmesriikide reguleerimisvigu, s.t reguleeriva raamistiku ebapiisavast kohaldamisest tingitud vigu. Siiski ei ole käesoleva menetluse eesmärk tuvastada, kas RegTP tööpooldest tegi niisuguse vea või mitte. Nagu komisjon õigesti märkis, ei kandu EÜ artikli 82 kohaldamise kontroll komisjonilt reguleerivale siseriiklikule asutusele.

põhjust kahelda RegTP järeluses, et hinnakruvi ei ole. Nagu on märgitud vaidlustatud kohtuotsuse punktis 116, kohaldas RegTP seda mõistet mitte ainult kõnehindade suhtes, vaid ka seoses mitut tüüpi juurdepääsuteenuste rühmitamisega abonendi tasandil: Üldkohtul tuli tõdeda, et see meetod kujutab endast „ristsubsideerimist”.

22. Teises etteheites märgib apellant, et vaidlustatud kohtuotsuse punktides 111–119 esitatud seisukohad – hinnakruvi uurimise kohta RegTP poolt – on asjakohatud või õigusnormide rikkumise tõttu tühised. RegTP on alati eitanud konkurentsi kahjustava hinnakruvi esinemist. Apellant väidab esiteks, et rikkumise süüks panemise osas ei ole kuigi oluline, et Üldkohus RegTP arvamusega ei nõustu. Põhjenduskäik viib õigusvastasesse nõiaringi: kuna Üldkohus jõudis teistsugusele järeldusele kui RegTP enne teda, ei olnud apellandil õigust tugineda RegTP uurimistulemustele. Käsitlusajal ei olnud selles küsimuses ühenduse kohtu ega komisjoni otsustuspraktikat. Liiasi ei andnud mõiste „ristsubsideerimine”, mida RegTP oma 29. aprilli 2003. aasta otsuses kasutas, apellandile

23. Minu arvates märkis komisjon õigesti, et Üldkohtu sedastus, et RegTP ei uurinud EÜ artiklit 82, on faktiväide, mida ei saa käesolevas apellatsioonimenetluses vaidlustada. Igal juhul nõustun vaidlustatud kohtuotsuse punktides 114 ja 268 Üldkohtu poolt väljendatud mõttega, mille kohaselt on asjakohane see, et üheski RegTP otsuses, millele apellant viitab, ei ole viidatud EÜ artiklile 82. Seega on selge, et RegTP kohaldas siseriiklikku õigust, mitte ühenduse konkurentsioigust. Nagu komisjon märkis, ei puudutanud RegTP märkused hinnakruvi kohta seda valdkonda, kus apellandil oli tõendatult tegutsemisruum, s.o abonentidele osutatavate juurdepääsuteenuste hindu. Minu arvates märkis Üldkohus õigesti, et RegTP ei uurinud nende hindade vastavust EÜ artiklile 82 ja – mingilgi juhul – ei

kohaldanud EÜ artiklit 82 vääralt. Seega järel-
das Üldkohus õigesti, et RegTP ei uurinud EÜ
artiklit 82. Apellant ei peaks heitma Üldkohu-
tule ette ringtõestust. Apellant oleks võinud
RegTP otsusest jäeldada, et RegTP meede ei
asenda kontrolli, mida teostab komisjon EÜ
artikli 82 kohaselt, ega vabasta sellest kont-
rollist. Tõepoolest ei ole RegTP uurimise
tulemused ja komisjoni uurimise tulemused
ainsad, mis teineteisest erinevad; oluline on,
et erineb ka asjakohane kriteerium. Ristsubsidi-
deerimise osas olen seisukohal, et Üldkohus
ei omistanud sellele ebaproportsionaalset
kaalu. Tegelikult asusid nii RegTP kui ka
Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punk-
tis 116 selgelt seisukohale, et küsimus seisneb
„juurdepääsuteenuste hindade ja kõnehinda-
de” ristsubsiddeerimises, mitte mitme eri liiki
juurdepääsuteenuse kokkurehmitamises.

Määrav on see, et RegTP tegutses reguleeri-
vas raamistikus, mille eesmärk on avada as-
jaomane sektor konkurentsile ja muuta selles
kohaldatavaks ühenduse konkurentsioigus,
ning viis läbi uurimise ja otsustas, et konku-
rentsi kahjustavat hinnakruvi ei ole.

24. Teiseks on apellant seisukohal, et Üld-
kohtu põhjenduskäik vaidlustatud kohtu-
otsuse punktides 111–114 – mille kohaselt
RegTP ei olnud kohustatud uurima kõnealus-
te hindade vastavust EÜ artiklile 82 – kujutab
endast eespool punktis 14 kirjeldatud argu-
mentidest tulenevalt samuti õigusnormi rik-
kumist. See küsimus või see, kas RegTP viitas
sõnaselgelt EÜ artiklile 82, on väheoluline.

25. Eespool kirjeldatud argument ei pea pai-
ka. Selles suhtes piisab märkimisest, et RegTP
kohaldas telekommunikatsiooniõigust, mitte
konkurentsioigust. Üldkohus jäeldas vaid-
lustatud kohtuotsuse punktis 113 õigesti, et
reguleerivad siseriiklikud asutused tegut-
sevad vastavalt siseriiklikule õigusele, mil-
le eesmärgid võivad telekommunikatsiooni
osas erineda ühenduse konkurentsipoliitika
eesmärkidest (vt juurdepääsu käsitlev teatis,
punkt 13).

26. Oma kolmandas etteheites märgib apel-
lant, et vastupidi vaidlustatud kohtuotsuse
punktides 109 ja 110 märgitule ei ole see, et
tema analoogliinide kasutamise jaehinnad
põhinesid BMPT antud loal, rikkumise süüks
panemise osas asjakohane. Oluline on ai-
nult see, et RegTP uuris väiteid konkurents

kahjustava hinnakruvi kohta ja tunnistas need alusetuks.

võimalusega kasutada „ristsubsideerimist” kahe turu vahel.

27. Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 109 ja 110 nähtuvalt ei väida apellant siiski, et BMPT uuris nende hindade vastavust EÜ artiklile 82. Nagu komisjon märkis, ei saanud analoogliinide kasutamise hindade ja võrguteenuste hindade vahet tol ajal tegelikult uurida, sest nimetatud võrguteenuste hindade jaoks anti luba alles hiljem: esialgne luba märtsis 1998 ja lõplik luba veebruaris 1999.

28. Teise perioodi osas väidab apellant, et eeldus talle süüks pandava õigusvastase hinnakruvi esinemise kohta ei pea paika. Oma esimeses etteheites asub apellant seisukohale, et vaidlustatud kohtuotsus on vigane, sest nagu eelmisegi perioodi puhul ei saa nimetatud hinnakruvi talle süüks panna, kuna RegTP tegi oma otsused. Teises etteheites märgib apellant, et vaidlustatud kohtuotsus sisaldab vastuolu ühelt poolt rikkumise süüks panemise suhtes antud hinnangu ja teiselt poolt hinnakruvi mõju arutamise vahel. Nimelt eeldab viimati mainitu kahe turu vahelist „ristsubsideerimist”, kuid hinnakruvi mõju arutamise ajal ei võetud arvesse tulu, mida konkurendid saavad kõneteenustest, sest konkurentide puhul ei saanud arvestada

29. Minu arvates ei tegutsenud Üldkohus vastuoluliselt. Nimelt kehtib lairibaühenduse turu ja kitsasribaühenduse turu eraldatus üksnes jaeturul. Võrguteenuste turu osas aga toimib üks ühtne turg, kus müüakse juurdepääsu kohalikesse püsivõrkudesse. Oluline on see, et apellant ei vaidlustanud vaidlustatud kohtuotsuse punkte 148–150, ning minu meelest on Üldkohtu märkused nendes punktides õiged. Nimelt on selles suhtes asjakohane, et apellant ei vaidlustanud esimeses astmes vastavate turgude määratlust. Nagu vaidlustatud kohtuotsuse punktist 139 nähtub, ei vaidlustanud apellant seda, et enne 2002. aastat oli tal piisavalt tegutsemisruumi hinnakruvi lõpetamiseks. Kui apellant oleks seda tegutsemisruumi kasutanud, ei oleks olnud hinnakruvi ka ajavahemikus 2002–2003. Alates 2002. aastast kehtinud uue regulatsiooni tõttu, mis võimaldas abonenditeenuste hindu täiendavalt tõsta ja seega hinnakruvi vähendada (vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 141 ja 142), ei oleks hinnakruvi, mis oli 2001. aastal juba lõppenud, mingil juhul pidanud 2002. aasta regulatsiooniga taastama. Nõustun komisjoniga, et esimesel perioodil toime pandud kuritarvitusega sillutas apellant teed kuritarvituseks järgnenud perioodil. Selle järelduse tegi Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 135 seoses kuni

2002. aastani kestnud perioodiga, ning Üldkohtu järeldus teise perioodi kohta põhines samal loogikal.

30. Kolmandas etteheites märgib apellant, et hinnakruvi efekti vähendamise võimaluse küsimuses rikuti õigusnormi. Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 149 esitatud märkus on küll õige, kuid asjakohatu. Eeldus, mille kohaselt „oleks ADSL-i tariifide piiratud tõstmine toonud kaasa kõrgema kitsas- ja lairibaühendusega juurdepääsuteenuste keskmise jaehinna koos vaadelduna”, on õiguslikult väär ja faktidega tõendamata. Uurimata jäeti küsimus, kas ja mil määral loobuksid kitsasribaliinide abonendid lairibaühendusele üleminekust seetõttu, et lairibaühenduse kasutamise hind tõuseb. Lairibaühenduse kasutamise hindade tõus oleks viinud käibe kahanemiseni.

31. Sellega seoses ei ole apellant – nagu eespool osutasin – vaidlustanud turgude eraldatust. Nagu apellant apellatsioonkaebuses möönis, kasvas lairibaturg kõnealusel perioodil oluliselt (vt vaidlusaluse otsuse põhjendus 27) ning selles suhtes ei esitanud apellant väiteid tõendite moonutamise kohta. Nagu komisjon märkis, tagas apellant analoog- ja ISDN-liinide sektoris esineva hinnakruvi abil, et tal on ka ADSL-i sektoris kliente. Sellest tulenevalt oleks ADSL-i hindade tõus igal juhul parandanud konkurentsiolukorda ning vähendanud hinnakruvi. Nõustun komisjoniga ka selles, et apellant ei ole vaidlustanud märkust (vt vaidlusaluse otsuse punkt 77 jj), et

enamik abonente, kes oma majandustegevusega seotud põhjustel sõltuvad lairibaühendusest, ei lähe hinnatõusu korral üle lihtsale kitsasribaaühendusele. Seega oleks hinnakruvi efekt vähenenud ka siis, kui uute klientide arv oleks olnud kallimate hindade tõttu piiratum (hinnaelastsus). Sellest lähtudes olen seisukohal, et Üldkohus ei rikkunud ühtegi õigusnormi, kui ta kinnitas komisjoni märkust, et ADSL-i hindade tõstmisega oleks hinnakruvi efekt kahanenud. Eelnevast tuleneb, et apellatsioonkaebuse esimese väite esimene osa ei ole põhjendatud.

2. Apellatsioonkaebuse esimese väite teine osa, mis puudutab õiguspärase ootuse kaitse põhimõtet

32. Komisjon ja Vodafone väidavad, et apellatsioonkaebuse esimese väite see osa tuleb tagasi lükata.

33. Apellant märgib, et Üldkohus kohaldas õiguspärase ootuse kaitse põhimõtet vääralt. Nimelt tekitasid RegTP otsused apellandis õiguspärase ootuse, et tema hinnad on seaduslikud. Sellega seoses on küsimus, kas nendes otsustes viidati EÜ artiklile 82, eespool punktis 24 kirjeldatud põhjustel asjakohatu. Teise etteheite kohaselt ja vastupidi sellele, mida Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 267 ja 268 märkis, ei tulene RegTP märkusest sidehindade ristsubsideerimise võimaluse kohta ega ka väljendi „ristsubsideerimine” kasutamisest see, et apellandi hinnapraktikal oli konkurentsivastane mõju. Tol ajal ei olnud selles küsimuses tehtud ühtegi komisjoni ega ühenduse kohtute otsust. Seega oli apellandil õigus tugineda RegTP otsustele.

ka hüpoteesile, nagu peaks RegTP hinnang olema komisjonile siduv – mis, nagu eespool nägime, ei pea paika. Tegelikult oleksid RegTP otsused pidanud äratama kahtlusi, et apellandi hindade struktuur võib olla probleemne – suuresti arvestades senist kohtupraktikat (ja komisjoni otsustuspraktikat), millele on viidatud vaidlustatud kohtuotsuse punktides 188–191 ja mille kohaselt tuvastatakse turgu valitseva ettevõtja hinnapraktika kuritarvitav laad selle ettevõtja enda olukorra põhjal. Nagu Vodafone õigesti märkis, oli apellant liiati teadlik, et 1998. ja 1999. aastal esitasid 15 tema konkurenti komisjonile kaebused seoses apellandi hinnastruktuuriga ning komisjon asus neid faktilisi asjaolusid EÜ artikli 82 kohaselt uurima.

34. Apellatsioonkaebuse esimese väite esimeses osas kirjeldatud kaalutlustest tuleneb aga, et kuivõrd RegTP seisukohad ei välista komisjoni hinnangut, ei saa need seisukohad tekitada apellandis õiguspärasest ootusest, et komisjon järgib RegTP arvamust. Sellest üksi piisab, et välistada õiguspärase ootuse kaitse põhimõtte rikkumine, ning apellandi argumentid vaidlustatud kohtuotsuse punktide 267–269 aadressil ei peaks olema edukad. Igal juhul nõustun komisjoniga, et apellant tugineb vaidlustatud kohtuotsuse punktide 267 ja 268 kritiseerimisel kaudselt

35. Oma kolmandas etteheites väidab apellant, et Üldkohtu viide Bundesgerichtshofi 10. veebruari 2004. aasta otsusele on asjakohatu. Nimetatud kohtuotsus tehti pärast käsitusosalust perioodi ning see ei ole määrav küsimuses, kas apellandil oli õigus tugineda RegTP poolt asjakohasel perioodil tehtud otsuste õigsusele. Apellant oleks võinud hoopis Oberlandesgericht Düsseldorfi (Düsseldorfi kõrgem piirkondlik kohus) 16. jaanuari 2002. aasta otsusest järeldada, et RegTP otsustele tuginemine on õige ning igasugune

kuritarvitamine EÜ artikli 82 mõttes on välistatud.

apellatsioonkaebuse esimese väite teine osa tuleb tagasi lükata.

36. Bundesgerichtshofi otsuse osas nähtub vaidlusalusest kohtuotsusest – vastupidi sellele, millele otsekui viitaksid apellandi argumentid – selgesti, et Üldkohus ei pidanud seda õiguspärase ootuse aluseks, vaid pelgalt püüdis näidata, et Bundesgerichtshof jõudis samale järeldusele nagu Üldkohus. Oberlandesgericht Düsseldorf otsuse osas nõustun Vodafone'iga, et igal juhul tehti see otsus mitu aastat pärast käsitlusaluse perioodi algust. Seega sai see parimal juhul olla asjakohane pelgalt 16. jaanuarile 2002 järgnenud perioodi suhtes. Nagu Vodafone märkis, saaks õigupoolest väita, et apellandil ei olnud tegelikult mingit kaitseväärilist õiguspärasest ootust.¹⁶ Apellatsioonkaebuse esimese väite esimese osa suhtes esitatud kaalutlustest tulevalt oleks turgu valitsev ettevõtja pidanud ise kontrollima, kas tema tegevus on kooskõlas EÜ artikliga 82. Samuti on asjakohane, et vastavalt määrusele nr 17, mis tollal jätkuvalt kehtis, oli apellandil tegelikult võimalus taotleda komisjonilt oma hinnastruktuuri suhtes sekkumatustõendit. Seega tuleneb kõikidest eespool kirjeldatud kaalutlustest, et

3. Apellatsioonkaebuse esimese väite kolmas osa, mis puudutab seda, kas rikkumine pandi toime tahtlikult või hooletusest

37. Komisjon ja Vodafone väidavad, et apellatsioonkaebuse esimese väite see osa tuleb tagasi lükata.

38. Apellandi esimese etteheite kohaselt ei vasta vaidlustatud kohtuotsuse punktid 284–289 EÜ artiklis 253 sätestatud nõuetele, kui võrd selles on ekslikult järeldatud, et vaidlusalune otsus sisaldas piisavalt põhjendusi hooletuse või tahtluse kohta. Õiguslikult ei piisa sellest, et komisjon viitab vaidlusaluse otsuse teises põhjenduses määruse nr 17 artikli 15 lõikele 2 kui trahvi määramise õiguslike alusele. Põhjendus ei kuulu otsuse aluste hulka. Igal juhul ei ole seal põhjendatud komisjoni seisukohta, et rikkumine pandi toime tahtlikult või hooletusest. Teiseks ei anna komisjoni järeldused faktiliste asjaolude kohta, millele on viidatud vaidlustatud kohtuotsuse

16 – Vt 20. märtsi 1997. aasta otsus kohtuasjas C-24/95; Alcan Deutschland (EKL 1997, lk I-1591, punktid 25 ja 31).

punktis 287, alust väiteks, et EÜ artiklit 82 on rikutud tahtlikult või hooletusest. Neil puudub seos küsimusega, mis puudutab tegevuse subjektiivset süüks panemist nii, nagu see on kohtupraktikas ette nähtud.

39. Esiteks on ettevõtja kohtupraktika kohaselt teadlik oma tegevuse konkurentsivastasusest, kui ta on „teadlik faktilistest asjaoludest, mis õigustavad nii turgu valitseva seisundi tuvastamist kui ka hinnangut [komisjoni järeldusele] selle seisundi kuritarvitamise kohta”.¹⁷ Seega piisab märkimisest,

et kuna konkurentsieeskirjade rikkumisest teadlik olemine ei ole määrav, võib tahtlusega tegemist olla ka siis, kui ettevõtja ei tea, kuidas komisjon neid eeskirju tõlgendab. Apellandi argument sektorispetsiifilise reguleerimise kohta võib selles suhtes olla parimal juhul oluline ainult küsimuses, kas apellant teadis, et tema tegevus on õigusvastane. See ei mõjuta aga tema tegevusega seotud tahtlust. Nagu komisjon samuti õigesti märkis, muutub apellatsioonkaebuse esimese väite käesolev osa nendel asjaoludel tulemusetuks, sest on selge, et apellant vastas ilmselgelt määruse nr 17 artikli 15 lõikes 2 sätestatud subjektiivsetele tingimustele, ja seda faktilist asjaolu ei ole apellant vaidlustanud. Komisjon on tõdenud, et vaidlusalune otsus ei sisalda täpseid selgitusi selle kohta, kas rikkumine pandi toime tahtlikult või vähemalt hooletusest. Siiski nõustun, et kuna põhjendamiskohustus sõltub juhtumi konkreetsetest asjaoludest, oli Üldkohtul õigus järeldada, et EÜ artiklis 253 sätestatud nõuded on käesolevas asjas täidetud. Selles suhtes võib märkida, et tahtluse ja hooletuse mõistega seotud asjakohased kriteeriumid on väljaspool kahtlust, kuivõrd need kuuluvad väljakujunenud kohtupraktikasse.¹⁸ Nagu vaidlustatud kohtuotsuse punktis 286 on õigesti märgitud, sisaldab vaidlusalune otsus viidet määruse nr 17 artikli 15 lõikele 2 ning seda tuleks käsitada nii, et komisjon pidas rikkumist tahtlikuks või vähemalt hooletusest tulenevaks. Sel juhul – nagu Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 287 õigesti märkis – kirjeldas komisjon vaidlusaluses otsuses üksikasjalikult kõnealuse rikkumise asjaolusid, sealhulgas oluliselt ka aluseid, millest lähtudes ta pidas appellandi hinnapraktikat kuritarvitavaks, ja aluseid, millest lähtudes tuleks pidada apellanti vastutavaks, hoolimata kohaldatavast regulatsioonist. Seega tuleb tagasi lükata

17 – Vt 9. novembri 1983. aasta otsus kohtuasjas 322/81: NBIM vs. komisjon, nn esimene Michelini kohtuasi (EKL 1983, lk 3461, punkt 107) ja 8. novembri 1983. aasta otsus liidetud kohtuasjades 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 ja 110/82: IAZ International Belgium jt vs. komisjon (EKL 1983, lk 3369, punkt 45). Vt ka 14. detsembri 2006. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-259/02–264/02 ja T-271/02: Raiffeisen Zentralbank Österreich jt vs. komisjon (EKL 2006, lk II-5160, punkt 206).

18 – Vt 1. veebruari 1978. aasta otsus kohtuasjas 19/77: Miller (EKL 1978, lk 131, punkt 18).

väide, mille kohaselt Üldkohus eksis oma järelduses, et vaidlusalune otsus sisaldab piisavalt põhjendusi.

komisjoni üldisest käitumisest asjakohased järeldused.

40. Apellandi teise etteheite kohaselt on vaidlustatud kohtuotsuse punktides 295–300 antud hinnang tühine, sest seda ei ole piisavalt põhjendatud. Liiati rajaneb sealne põhjenduskäik määruse nr 17 artikli 15 lõike 2 esimese lõigu vääral kohaldamisel. Puudub EÜ artikli 82 võimaliku rikkumise subjektiivne süüks panemine. Arvestades RegTP otsuseid ja pretsedendi puudumist ühenduse õiguses, ei olnud apellant teadlik oma tegevuse väidetavalt konkurentsivastasest laadist. Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 267–269 esitatud, RegTP otsuseid puudutavad märkused, millele on viidatud sama kohtuotsuse punktis 299, ei põhjenda järeldust apellandi (tahtlusest tuleneva) süü kohta. Süü hindamine ei sõltu sellest, kas ettevõtja on teadlik, et tema tegevus rikub EÜ artiklit 82, vaid hoopis sellest, kas ta on teadlik oma tegevuse konkurentsivastasusest. Peale selle ei toeta ristsubsidieerimise mõiste, mida kasutas RegTP, ega Bundesgerichtshofi otsus järeldust apellandi süü kohta. Lõpuks jättis Üldkohus uurimata väite, et apellandil oli õigus teha käesolevas asjas

41. Minu arvates täitis Üldkohus põhistamismõõdu vaidlustatud kohtuotsuse punktis 295 jj, jõudes järeldusele, et apellant tegutses tahtlikult, sest ta oli teadlik tema olukorra hindamisel asjakohastest faktilistest asjaoludest. Apellant ei saa olla edukas argumentiga, et ta ei olnud teadlik järeldusest, et õigusliku hinnangu põhjal ei ole teatav tegevus kohaldatavate eeskirjadega lubatud – kui ta viitab mõistetele „konkurentsivastane” või „konkurentsivastatus”. Piisab märkimisest, et see lähenemisviis ei vasta asjakohastele kriteeriumidele, mis on ette nähtud käesoleva ettepaneku punktis 39 viidatud kohtupraktikaga, mille kohaselt on olulised asjaolud või faktid, mis õigustavad järeldust kuritarvitamise kohta EÜ artikli 82 tähenduses. Lõpuks märkis Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 298 õigesti, et apellandi argumentid seoses kohtueelse menetluse algatamisega Saksamaa Liitvabariigi vastu on asjakohatud, kuivõrd need ei puuduta kriteeriume, mis on kohtupraktikas ette nähtud seoses eespool viidatud tahtlusega. Väidetavat komisjoni lubadust, et ta ei algata apellandi vastu menetlust, ei ole apellant tõendanud ning seetõttu

ei olnud Üldkohus kohustatud seda käsitlema. Sellest tuleneb, et apellatsioonkaebuse esimese väite kolmas osa tuleb samuti tagasi lükata. Seega tuleb apellatsioonkaebuse esimene osa põhjendamatusesse tõttu tervikuna tagasi lükata.

sest Üldkohus ei uurinud tema argumente. Vaidlustatud kohtuotsus põhineb nõiaringil: Üldkohus kohaldas sama kriteeriumi, mida komisjon kohaldas apellandi hindades kasutatud elementide tuvastamiseks. Apellandi vastuväide aga puudutas põhjenduskäigu varasemat etappi: küsimust, kas komisjoni kasutatud hinnakruvi kriteerium oli asjakohane.

B. Apellatsioonkaebuse teine väide, et EÜ artikli 82 kohaldamisel on rikutud õigusnorme

1. Apellatsioonkaebuse teise väite esimene osa, mis puudutab hinnakruvi kriteeriumi asjakohasust kuritarvituse tuvastamisel

44. Tuleks märkida, et tegu on esimese korraga, mil selles vormis kuritarvitust on Euroopa Kohtu ette toodud.¹⁹ Ühenduse varasem kohtupraktika hinnakruvi teemadel sisaldab ainult Üldkohtu otsust kohtuasjas *Industrie des poudres sphériques vs. komisjon*²⁰. Nimetatud kohtuasi aga puudutas kaebuse tagasilük-

42. Komisjon ja Vodafone väidavad, et apellatsioonkaebuse teise väite see osa tuleb tagasi lükata.

¹⁹ – Vt ka menetluses olev kohtuasi C-52/09: *TeliaSonera Sverige*, kus esitati rida küsimusi hinnakruvi kohta. Siiski on seal käsitletavad küsimused ning faktilised asjaolud ja reguleerimiskontekst mitmes olulises aspektis teistsugused (nt telekommunikatsiooni reguleerimise ja konkurentsioiguse vaheline vastastiktoime puudub ning eeskätt ei olnud *TeliaSonera* kohustatud pakkuma ADSL-i jaoks sisendtooteid).

²⁰ – 30. novembri 2000. aasta otsus kohtuasjas T-5/97: *Industrie des poudres sphériques vs. komisjon*, nn IPS-i kohtuasi (EKL 2000, lk II-3755). Siseriiklike kohtute praktika osas vt mh: (Itaalia) *Telecom Italia*, A 351, *provvedimento no 13752*, 16. november 2004; (Prantsusmaa) *France Télécom/SFR Cegetel/Bouygues*, *Decision No 04-D-48*, 14. oktoober 2004; (Taani) *Song Networks A/S/TDC/SDNOFON*, 27. aprill 2004; (Rootsi) *TeliaSonera*, *dnr 1135/2004*, 22. detsember 2004; (Ühendkuningriik) *BSkyB*, CA98/20/2002, ja kohtuasi NCCN 500, Ofcom Decision, 1. august 2008. Vt samuti käesoleva ettepaneku 26. ja 29. joonealune märkus.

43. Oma esimeses etteheites esitab apellant väite kohtuotsuse põhistamata jätmise kohta,

kamist komisjoni poolt, mitte otsust, milles on tuvastatud turgu valitseva seisundi kuritarvitamine. Käesolevas asjas peab Euroopa Kohus muu hulgas lahendama põhimõttelise küsimuse: kas Üldkohus otsustas õigesti, et hinnakruvi kujutab endast eraldiseisvat turgu valitseva seisundi kuritarvitamist, s.o isegi siis, kui puuduvad kuritarvitavad hulgihinnad ja/või turuhinnast madalamad jaehinnad? Nagu edaspidi nähtub, asun seisukohale, et kinnitades hinnakruvi määratluse, mille pakkus komisjon vaidlusaluses otsuses, suutis Üldkohus ühtegi õigusnormi rikkumata tuvastada, et käesolevas asjas kujutab hinnakruvi endast tõepoolest eraldiseisvat kuritarvituse vormi. Konkreetselt esimese etteheite osas, mis puudutab kohtuotsuse põhistamata jätmist, ei nõustu ma apellandi väitega. Nimelt ei piirdu Üldkohtu sellekohane põhjenduskäik vaidlustatud kohtuotsuse punktidega 166–168. Selles suhtes on asjakohased ka punktid 169–213, kuivõrd nendes punktides käsitleb Üldkohus meetodit, mille abil andis komisjon vastuse küsimusele hinnakruvi esinemise või puudumise ja sellest tulenevalt kuritarvituse esinemise või puudumise kohta EÜ artikli 82 tähenduses. Sellest piisab järelduseks, et Üldkohus ei rikkunud EÜ artiklit 253. Samuti ei ole ma seisukohal, et Üldkohtule saaks ette heita ringtõestust. Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 166–168 Üldkohus pelgalt nõustus komisjoni seisukohaga. Nagu Vodafone õigesti märkis, asus Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 183 j.j. siiski käsitlema apellandi argumente ja selgitama, miks ta pidas vajalikuks need tagasi lükata. Eeskätt hindas Üldkohus komisjoni meetodit analüüsides ka seda, kas nimetatud meetod sobib EÜ artikli 82 tähenduses kuritarvitamise tõendamiseks. Sel põhjusel sai Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 167 kooskõlas komisjoni lähenemisviisiga märkida, et sedalaadi kuritarvitamise korral loeb hindade vahe, mitte hindade kuritarvitav laad ise. Sellega seoses viitab Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 189–191 asjakohastele pretseidentidele. Nii on selge, et

vaidlustatud kohtuotsus ei ole selles küsimuses põhistamata.

45. Teises etteheites esitab apellant väite EÜ artikli 82 väär kohaldamise kohta: hinnakruvi kriteerium on oma laadilt sobimatu selleks, et tuvastada kuritarvitamine olukorras, kus võrguteenuste hinnad kehtestab reguleeriv siseriiklik asutus. Kui reguleeriv siseriiklik asutus kehtestaks võrguteenustele ülemäärased hinnad, oleks reguleerimisalune ettevõtja nimelt kohustatud kehtestama ülemäärased jaehinnad, et tagada võrguteenuste hindade ja jaehindade asjakohane vahe. Siin oli apellant kohustatud valima kahesuguse kuritarvitamise – hinnakruvi või ülemääraste hindade – vahel. Nii ei saanud ta kuritarvitamist ära hoida. Turgu valitsev ettevõtja kuritarvitab oma seisundit üksnes siis, kui tema jaehinnad kui sellised on kuritarvitavalt odavad.

46. Olen seisukohal, et kuna Üldkohus märkis õigesti, et hinnakruvi sõltub kahe kõnealuse hinna vahest, mitte hindade endi absoluuttasemest – muidugi tingimusel, et ettevõtjal on tegutsemisruum nendest hindadest vähemalt ühe muutmiseks –, peab hinnakruvi kriteerium olema kohaldatav ka siis, kui nendest hindadest üks või mõlemad kuuluvad reguleerimise alla. Näide siseriikliku reguleeriva

asutuse poolt kehtestatud ülemääraste hindade kohta on minu arvates teoreetiliselt laadi ning apellant ei selgitanud, miks see peaks olema käesolevas kohtuasjas asjakohane; olulisel määral ka sellepärast, et võrguteenuste tariifid määrati kindlaks tema kulude põhjal, nagu nähtub vaidlustatud kohtuotsuse punktist 8, ning apellandil oli võimalus taotleda kulubaasi arvutamise muudatuse arvessevõtmist. Seega on vaidlustatud kohtuotsus EÜ artikliga 82 kooskõlas ning apellatsioonkaebuse teise väite esimene osa tuleb põhjendamatu tõttu tagasi lükata.

komisjoni meetoodika uurimise osas, kuna see kohtuotsus tugineb kriteeriumidele, mis ei ole kooskõlas EÜ artikliga 82. Nn sama tõhusa konkurendi kriteeriumi kohaldati käsitlus-aluste asjaolude suhtes vääralt, sest apellandi kui turgu valitseva ettevõtja suhtes ei kehti samad reguleerimistingimused mis tema konkurentide suhtes. Apellant oli kohustatud endale võtma kõik abonendid, hoolimata nende majanduslikust atraktiivsusest. Lisaks oli ta kohustatud osutama nn eelvaliku- ja *call-by-call*-teenuseid (edaspidi koos „(eel)valikuteenused”), samal ajal kui tema konkurentidel niisuguseid kohustusi ei olnud. Seega oleks sama tõhusa konkurendi kriteeriumi tulnud kohandada. Analüüs ei oleks tohtinud põhineda apellandi kliendistruktuuril.

2. Apellatsioonkaebuse teise väite teine osa, mis puudutab vigu hinnakruvi mõju arvutamisel

47. Komisjon ja Vodafone väidavad, et apellatsioonkaebuse teise väite see osa tuleb tagasi lükata.

48. Esimeses etteheites märgib apellant, et vaidlustatud kohtuotsus rikub õigusnorme ka

49. Apellatsioonkaebuse teise väite käesolev osa puudutab kriteeriume, mis on

asjakohased hinnakruvi pidamisel kuritarvituseks EÜ artikli 82 tähenduses. Nüüdseks on selge, et komisjon ei heitnud vaidlusaluses otsuses ega Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuses apellandile ette tema võrguteenuste hindade taset, kuivõrd need hinnad kehtestas reguleeriv siseriiklik asutus (ehkki seda faktilist asjaolu pelgalt eeldati apellandi kasuks, nagu vaidlustatud kohtuotsuse punktist 93 nähtub). Nimelt ei olnud probleem mitte selles, et apellandi võrguteenuste hinnad olid liiga kallid, vaid selles, et tema jaehinnad olid liiga odavad, mistõttu nende jaehindade ja võrguteenuste hindade vahe – ja seega konkurentide marginaalid – olid vaatlusalusest perioodist sõltuvalt kas negatiivsed või eba- piisavad.²¹ Sellepärast – nagu nähtub vaidlustatud kohtuotsuse punktist 181 – puudutab käesolev apellandi argument tootespetsiifiliste kulude kohta ainult teist perioodi (2002 kuni mai 2003), sest esimesel perioodil oli apellandi võrguteenuste hindade ja jaehindade vahe negatiivne. Selles suhtes on Euroopa Kohtul vaja kaaluda sama tõhusa konkurendi kriteeriumi asjakohasust, mille kohta on esitatud apellandi esimene etteheide. Euroopa Kohtul tuleb vastata küsimusele, kas hinnakruvijuhtumite korral tuleb põhimõtteliselt arvesse võtta turgu valitseva ettevõtja enda kulud (sama tõhusa konkurendi kriteerium), mitte tema konkurentide kulud (mõistlikult

tõhusa konkurendi kriteerium).²² Juurdepääsu käsitlevas teatises, mille komisjon esitas 1998. aastal, pakkus ta sõnaselgelt välja, et mõlemad kriteeriumid on asjakohased. Esimesena nimetatud kriteeriumi kohta märkis komisjon: „[Hinnakruvi] on võimalik tõendada, kui demonstreeritakse, et turgu valitseva ettevõtte enda järelturul tegutsevad üksused ei suudaks hindade puhul, mida turgu valitseva ettevõtte eelturul tegutsev üksus nende konkurentidelt nõuab, kasumlikult tegutseda [...]”. Teisena nimetatud kriteeriumi kohta märkis komisjon: „Teatavate tingimuste korral on [hinnakruvi] võimalik tõendada, kui demonstreeritakse, et järelturu konkurentidelt [...] juurdepääsu eest nõutava hinna ja järelturul võrguoperaatori poolt nõutava hinna vahe ei ole piisav, et võimaldada mõistlikult tulemuslikul järelturu teenuseosutajal saada normaalset kasumit [...]”.²³ Nagu vaidlustatud kohtuotsuses on õigesti meenutatud, pidas Euroopa Kohus seoses turuhinnast madalamate hindadega kohtuasjas AKZO vs. komisjon²⁴ siiski asjakohaseks sama tõhusa konkurendi kriteeriumi. Minu arvates märkis Üldkohus õigesti, et sama tõhusa konkurendi kriteerium on asjakohane mitte üksnes siis, kui kuritarvitamine seisneb turgu valitseva ettevõtja hindade ja kulude vahes, vaid ka siis, kui see seisneb tema hulgi- ja jaehindade vahes.²⁵ Nimelt olen seisukohal, et Üldkohutu analüüsile, mida käsitlevad vaidlustatud

21 – Vt vastuväide, mis oli kõne all komisjoni 18. juuli 1988. aasta otsuses 88/518/EMÜ, mis käsitleb [EÜ artikli 82] kohaldamise menetlust (Juhtum IV/30.178 – Napier Brown – British Sugar) (EÜT 1988, L 284, lk 41) ja mille põhjendustes 65 ja 66 on märgitud: „BS [jäätis] [...] suhkru jaemüüjale, kes tegutses sama tõhusalt kui BS ise, ebapiisava marginaali [...] Kui turgu valitsevat seisundit omav ettevõtja [...] jätab [ühelt poolt] selle hinna, mida ta küsib temaga tuletatud toote turul konkureerivatelt ettevõtjalt tooraine eest, ning [teiselt poolt] tuletatud toote eest küsitava hinna vahele vahe, mis on liiga väike selleks, et kajastada turgu valitsevat seisundit omava ettevõtja enda töötlemisskulu [...]”, on tegemist turgu valitseva seisundi kuritarvitamisega [...]” Vt samuti põhjendus 41.

22 – Seda kriteeriumi kohaldades võidakse arvestada kas tegelikke või pelgalt abstraktseid (võimalikke) konkurente. Selle kriteeriumi on heaks kiitnud Ühendkuningriigi Competition Appeal Tribunal (edaspidi „CAT”) kohtuasjas Genzyme (remedy) (CAT 2005, lk 32, punkt 249) ja Belgia Cour d’appel de Bruxelles oma 18. detsembri 2007. aasta otsuses kohtuasjas TELE2 vs. Belgacom (R.G. 2006/MR/3).

23 – Vt ka nt Euroopa Komisjon, „Pricing Issues in Relation to Unbundled Access to the Local Loop”, ONP komitee väljanne ONPCOM, 01-17, 25. juuni 2001, lk 1–17.

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

25 – Sellega seoses vt kohtujurist Fennelly ettepanek liidetud kohtuasjades C-395/96 P ja C-396/96 P: Compagnie maritime belge transports jt vs. komisjon, milles otsus tehti 16. märtsil 2000 (EKL 2000, lk I-1365, punktid 123–139).

kohtuotsuse punktid 186–194, on raske etteheiteid teha, kuna asjakohastest pretседenti-dest ja õiguskindluse põhimõttest tuleneb selgelt, et käesolevas kohtuasjas sobib kasutada sama tõhusa konkurendi kriteeriumi. Liiti on suuresti levinud seisukoht, et üldiselt on sama tõhusa konkurendi kriteeriumi kasutamine asjakohane.²⁶

kuivõrd see vähendab ebatõhusate konkurentide edendamist ja suurendab õiguskindlust turgu valitsevate ettevõtjate jaoks, sest selle kriteeriumi kohaselt võimaldab nende seisund eelnevalt hinnata nende endi tegevuse õiguspärasust. Nagu komisjon õigesti märkis, ei või apellant kaitsta end väitega, et ta ei olnud sama tõhus kui tema konkurendid. Konkurentsioiguse ei ole sellist „ebatõhususel” põhinevat kaitsevõimalust ette nähtud. EÜ artikli 82 eesmärk on hoopis ära hoida turgu valitseva ettevõtja tegutsemist, mille eesmärk on konkurentsi lämmatada, kui see ettevõtja just nimelt on sunnitud astuma samme niisuguse ebatõhususe likvideerimiseks. Sellepärast ei ole ma veendunud, et käesolevas asjas tuleks muuta kriteeriume, mis on selles kontekstis kehtestatud EÜ artikliga 82.

50. Oma esimeses etteheites näeb apellant probleemi vaidlustatud kohtuotsuse punktis 188 ning märgib, et käesolevas asjas peaks olema asjakohane pigem konkurentide kui turgu valitseva ettevõtja olukord. Apellant väidab, et kuna tema kui turgu valitseva ettevõtja suhtes kehtivad käesolevas asjas erinevad õiguslikud ja sisulised tingimused, tulnuks sama tõhusa konkurendi kriteeriumi kohandada. Eeskätt väidab ta, et analüüs ei oleks pidanud põhinema tema kliendistruktuuril. Esiteks märgiksin, et apellant ise möönab, et kõnealune kriteerium on üldiselt tõhus,

26 – Seda kinnitasid Ühendkuningriigi CAT kohtuasjas nr 1016/1/1/03: Genzyme (CAT 2004, lk 4) ning Ühendkuningriigi Court of Appeal kohtuasjas Albion (Dwr Cymru Cyfyngedig ja Albion Water Limited ja Water Services Regulation Authority) (EWCA Civ 2008, lk 536, punkt 105). Siiski on võimalik väita, et vaidlustatud kohtuotsuses (eeskätt selle punktis 188) Üldkohus põhimõtteliselt ei välistanud mõistlikult tõhusa konkurendi kriteeriumi kasutamist täielikult, ning minu arvates ei ole tõepoolest mõeldamatu, et võib esineda teisi juhtumeid, mille puhul mõistlikult tõhusa konkurendi kriteerium võib olla teise ja täiendava kriteeriumina asjakohane. Võimaliku õiguskindluse põhimõtte rikkumise osas pakub mõni kommenteerija, et seda tuleks hinnata igal korral eraldi ning et kaua tegutsenud, kogemustega ettevõtjatel on sageli väga hea positsioon uute tulijate kulude või vähemalt mõistlikult tõhusate uute tulijate kulude täpseks hindamiseks – suuresti sellepärast, et neil on kõige paremad teadmised turu kohta. Vt Amory, B. ja Verheyden, A., „Comments on the CFI’s recent ruling in Deutsche Telekom”, *Global Competition Policy*, mai 2008, ning Clerckx, S. ja De Muyter, L., „Price squeeze abuse in the EU telecommunications sector”, *Global Competition Policy*, aprill 2009. Samuti: O’Donoghue, R. ja Padilla, A. J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart, 2006, lk 191 ja 331.

51. Teises etteheites väidab apellant, et Üldkohus rikkus õigusnormi, kuivõrd ta jättis arvestamata täiendavate telekommunikatsiooniteenuste (telefonikõnede) hinnad. Niisugune meetod ei ole kooskõlas majanduslike põhimõtetega ega ka teiste Euroopa ja Ameerika Ühendriikide asutuste otsustuspraktikaga. See on vastuolus turu tegelikkusega: ei abonendid ega operaatorid ei käsitle juurdepääsuteenuseid isoleeritult. Majanduslikust

seisukohast tuleb hinnakruvi analüüsid arvestada kõiki võrguteenustega seotud tulusid ja kulusid. Kui erinevaid tooteid pakkuvatel ettevõtjatel on kulusid, mis tulenevad võrguteenustest, millel põhinevad mitmed lõpp-tarbijatele osutatavad teenused üheaegselt mitmel turul, tuleb koondamistehe sooritada kõrgemal tasandil, kus võetakse arvesse kõiki abonentidele osutatavaid asjakohaseid teenuseid tervikuna.

konkurent suudab konkureerida turgu valitseva ettevõtjaga võrdsetel võimalustel. Peale selle, nagu Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 192 õigesti märkis, võiks muu lähenemisviisi olla vastuolus õiguskindluse põhimõttega. Apellant märgib siiski, et hinnakruvist olenemata suutsid tema konkurendid temaga konkureerida, kasutades tema omast erinevaid ärimudeleid või pakkudes tooteid tänu teenustele väljaspool kõnealust turgu. Nagu nähtub vaidlustatud kohtuotsuse punktides 195–199, näitas sama tõhusa konkurendi kriteerium, et apellandi konkurendid ei suutnud majanduslikult rakendada seda mudelit, mida apellant juurdepääsuteenuste turul kasutas. Apellant ei või käesolevas asjas taotleda sama tõhusa konkurendi kriteeriumi kohandamist pelgalt seetõttu, et tema olukord ei ole sama mis tema konkurentidel. See ei ole võimalik lihtsalt põhjusel, et turgu valitsev ettevõtja ja tema konkurendid ei ole juba olemuslikult kunagi täpselt ühesuguses olukorras. Argumentide osas, mis puudutavad tema kui endise riigiettevõtte raskusi muutumisel äriettevõtteks, mille kliendistruktuur erineb konkurentide omast, piisab märkimisest, et nagu juba mainitud, ei arvesta konkurentsiõigus niisugust turgu valitsevate ettevõtjate ebatõhusust. Liiasi märkis komisjon, et apellandil oli pigem konkurentsielise tänu tema analoogliinide klientidele, kes soovisid minna üle parema juurdepääsuteenuse kasutamisele. Argumendi osas, et ainult apellant pakus *call-by-call*-teenust, märkis komisjon, et see ei pea paika: sama teenust pakkusid oma klientidele ka mõned apellandi konkurendid. Apellandi kohustus seda teenust võimaldada tulenes tema erilisest turuseisundist ja seega teda võrreldes tema konkurentidega ei diskrimineeritud; erinevaid olukordi käsitleti erinevalt. Nagu käesoleva ettepaneku algul märkisin, ei või reguleerimine mõjutada EÜ artikli 82 kohaldamist, niikaua kui apellandil

52. Sama tõhusa konkurendi kriteerium on asjakohane sellepärast, et see näitab, kas

on majandustegevuses piisavalt tegutsemisruumi. Seega ei või apellant nüüd taotleda reguleerimise alusel eristaatust.

53. Apellant märgib, et Üldkohtu analüüs hinnakruvi kohta ei ole täielik, kuivõrd selles on jäetud arvestamata tänu võrguteenuste võimalikuks saanud side. Nimelt saavad konkurendid välistada operatori (eel)valiku ja pakkuda pakettis kliendiliinide kaudu juurdepääsuteenuseid, sideteenuseid jne. Selles suhtes puudutavad klientide nõudlus ja operaatoritevaheline konkurents juurdepääsu- ja sideteenuste osutamist pakettis. Teiseks põhinevad vaidlustatud kohtuotsuse punktid 196–202 mitmel õigusnormide rikkumisel. Küsimus, kas sidekulud on asjakohased või mitte, sõltub põhimõttelisest küsimusest selle kohta, millist meetodit on õige kohaldada erinevaid tooteid pakkuvate ettevõtjate suhtes. Üldkohus ei või minna mööda selle hinnangu andmisest, viidates vaidlustatud kohtuotsuse punktis 185 oma kontrolli piiratussele.

54. Esiteks on õiguslikult väärad vaidlustatud kohtuotsuse punktides 196 ja 197 esitatud seisukohad, mille kohaselt hindade ümberkujundamise põhimõtte eeldab juurdepääsuteenuste hindade ja kõnehindade eraldi

käsitlemist. Vaidlustatud kohtuotsus on vastuoluline. Punktis 113 tugineb Üldkohus rikkumise süüks panemise eesmärgil sellele, et sektorispetsiifilise reguleerimise eesmärgid võivad erineda ühenduse konkurentsipoliitika eesmärkidest, siis aga tuleb just reguleerimise põhimõttest järelduse, et juurdepääsuteenuste hindu ja kõnehindu on vaja käsitleda eraldi ka siis, kui abonendid näevad neid teenuseid kui tervikut. Vaidlustatud kohtuotsuse punkt 161 sisaldab ebapiisavat põhjenduskäiku, niivõrd kui selles ei ole märgitud, miks Üldkohtu idee paika peab, ja ei ole käsitletud apellandi vastuväiteid.

55. Jällegi nõustun komisjoniga, et käesolevas asjas on EÜ artikliga 82 kooskõlas ainult niisugune lähenemisviis, mis võimaldab käsitleda kahte turgu eraldi ja milles analüüsitakse võrguteenuste turu ja abonenditeenuste turu vahelist hinnakruvi. Õigupoolest ei rikkunud Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 195–207 komisjoni lähenemisviisi kinnitades ühtki õigusnormi. Selles osas, mis puudutab hinnakruvi kriteeriumi erinevaid tooteid pakkuva ettevõtja puhul, osutab komisjon õigesti, et apellant eirab seda, et juurdepääsuteenused ei ole kommunikatsiooniteenustelt tulu saamiseks möödapääsmatud. Apellant sai nagu tema konkurendidki kommunikatsiooniturul tulu tekitada ka *call-by-call*-teenustega, sõltumata abonendilepingute

olukorrast. Komisjon on õigesti selgitanud, miks apellandi väide, et kõik konkurendid deaktiveerisid *call-by-call*-teenused, on ekslik; apellant ajab omavahel segamini põhjuse ja tagajärje: tema loodud hinnakruvi takistas konkurente osutamast pelgalt juurdepääsuteenuseid ja katmast nendega seotud kulusid. Näited teiste, teistsugustele järeldestele jõudnud reguleerivate asutuste otsuste kohta võivad parimal juhul huvi pakkuda võrdleva õiguse vaatenurgast. Siiski ei muuda need EÜ artiklit 82 puudutavaid eesmärke ega analüüsikriteeriume. Peale selle näib vaidlustatud kohtuotsuse punktis 185 esitatud märkuse osas olevat nii, et sellest märkusest hoolimata asus Üldkohus andma üksikasjalikku hinnangut komisjoni meetodi kinnituseks.

võidakse kasutada EÜ artikli 82 rakendamiseks, ei ole see artikkel sektorispetsiifilise reguleerimise rakendamiseks mõeldud vahend.

56. Peale selle on järeldus, et hindade ümberkujundamise põhimõtte välistab telekommunikatsiooniteenused, apellandi sõnul sisuliselt väär ja rikub EÜ artiklit 82. Nimetatud põhimõtte ei näe ette kriteeriume EÜ artikli 82 kohaldamiseks. Liiati on hindade ümberkujundamise põhimõtte kohaldatav ainult apellandi ja tema hindade reguleerimise, mitte aga tema konkurentide suhtes. See ei ütle midagi nende konkureerimisvõimaluste kohta. Kuigi telekommunikatsiooni reguleerimist

57. Hindade ümberkujundamise põhimõtte osas ei ilmne vaidlustatud kohtuotsuses ühtki vastuolu. Vaieldamatult on seoses EÜ artikliga 82 vaja arvesse võtta kõnesoleva turu olukorda ja õiguslikku raamistikku. Väide sellekohase põhjenduskäigu puudumise kohta vaidlustatud kohtuotsuses ei saa olla edukas, kuivõrd see väide ei ole piisavalt üksikasjalik. Nimelt ei selgita apellant, millised on tema vastuväited hindade ümberkujundamise põhimõtte kohaldamisele. Samal ajal kui vaidlustatud kohtuotsuse punktis 196 on kirjeldatud reguleeriva raamistiku ja EÜ artikli 82 alusel antava hinnangu omavahelist suhet, on punktis 197 liiati viidatud komisjoni põhjenduskäigule. Nõustun komisjoni, et vastupidiselt apellandi väidetele on komisjoni direktiivi 96/19/EÜ²⁷ kohaldamisalasse kuuluva hindade ümberkujundamise eesmärk selgelt eraldada universaalteenuse osutamine konkurentsil põhinevate teenuste osutamisest ning teha eristus kulude põhjal. Sellepärast tuleks ristsubsideerimist vältida. See aga viib järelduseni, milleni on õigesti jõutud vaidlustatud kohtuotsuse punktis 196

27 – 13. märtsi 1996. aasta direktiiv, millega muudetakse direktiivi 90/388/EMÜ telekommunikatsiooniturul täieliku konkurentsi rakendamise kohta (EÜT 1996, L 74, lk 13).

ning mille kohaselt tuleb ühenduse kasutamise eest makstavat tasu ja kommunikatsiooni eest makstavat tasu teineteisest eristada ka EÜ artikli 82 kohaselt tehtava analüüsi raames. Ei ole oluline, kas kõnealune reguleerimine on selles suhtes konkurentidele kohaldatav, sest direktiivi 96/19 eesmärk on kaitsta just apellandi konkrente.

määravaks ainult apellandi kulude struktuur ja hinnad.

58. Esiteks märgib apellant, et vaidlustatud kohtuotsuse punkt 199 sisaldab ebapiisavat põhjenduskäiku. Üldkohus pidanuks uurima, millised teenused põhinevad kliendiliinidel võrguteenusena. Alles siis oleks Üldkohus saanud jõuda järeldusele võimaluste võrdsuse kohta. Sellise võrdsuse tagab üksnes kõikide kliendiliinil põhinevate teenuste hindade ja kulude üldine analüüs. Apellant väidab, et Üldkohus eiras loogikareegleid, ja viitab vaidlustatud kohtuotsuse punktile 238. Üldkohtu eeldus, mille kohaselt apellant ei kannu ühenduste kulusid, on selgelt väär. Kuna ühendusteenuste jaehinnad, mida apellant kohaldab, on tema enda kuludest väiksemad, peab ta, nagu tema konkurendidki, tegelikkuses kasutama juurdepääsuteenususte hindade ja kommunikatsioonihindade vahelist ristsubsideerimist. Peale selle on vaidlustatud kohtuotsuse punktis 202 sisalduv märkus vastuoluline: see on otseses vastuolus sama tõhusa konkurendi kriteeriumiga, mille kohaselt on

59. Olen seisukohal, et vaidlustatud kohtuotsuse punktides 199–201 esitatud märkused, mille kohaselt eraldamine on võrdsete võimaluste huvides möödapääsmatu, peavad paika, sest üldine hinnang ühendus- ja kommunikatsiooniteenusete suhtes sunnib apellandi konkrente konkureerima temaga pelgalt ühe konkreetse ristsubsideerimismudeli põhjal, mis veelgi tugevdaks apellandi tugevat positsiooni ühendusteenuste valdkonnas, nagu komisjon õigesti märkis. Nagu Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 202 osutas, sunnib apellandi poolt välja pakutud mudel siiski tema konkrente tasakaalustama ühendusteenuste valdkonnas tekkivaid kulusid kallimate hindadega kommunikatsiooniteenusete valdkonnas. Selles suhtes on oluline rõhutada, et apellant ei vaidlusta turu määratlust, mille kohaselt abonenditeenused ja kommunikatsiooniteenusete tasud kujutavad endast kumbki eraldi turgu. Peale selle võidakse kommunikatsiooniteenusid osutada ka ühendusteenust kasutamata. Komisjonil on õigus, et väide loogikapõhimõtete rikkimise kohta apellanti ei aita. Vaidlusaluses otuses tehti etteheide hinnakruvi kohta pelgalt mõju pärast, mida hinnakruvi avaldab abonenditeenusete turule, ning seetõttu ei olnud

komisjon kohustatud uurima, kas konkurentide positsioonid kommunikatsiooniturul on apellandi omast halvemad. Minu arvates piisab märkimisest, et vaidlustatud kohtuotsuse punkt 237 juba sisaldab täielikku vastust esimeses astmes esitatud argumentidele ja sellest piisab vaidlusaluse otsuse kinnitamiseks. Seega on vaidlustatud kohtuotsuse punkti 238 kritiseerimine asjakohatu. Igal juhul ei ole apellant tõendanud selle kriitika põhjendatust. Liiatigi on Üldkohus sama tõhusa konkurentsi kriteeriumist lähtudes õigesti – ja vastuoludeta – märkinud, et konkurentidel on võimalik turul toime tulla, kui nende kommunikatsioonihinnad on apellandi omadest odavamad – ja kulud kaetakse kallimate ühendusteenusehindadega –, nii et teenusepaketid on omavahel võrreldavad.

61. Nõustun komisjoniga, et Üldkohus tegi otsuse apellandi esitatud faktiküsimuses ja ei lahendanud vaidlust tõendamiskoormusest lähtudes. Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 202 märkis Üldkohus, et hageja langetas käsitlusalusel perioodil tugevalt oma kõnehindu. Seda märkust ei saa apellant vaidlustada, sest ta ei ole esitanud väidet faktide moonutamise kohta. Seega tuleb apellatsioonkaebuse teine väide tagasi lükata.

3. Apellatsioonkaebuse teise väite kolmas osa, mis puudutab hinnakruvi mõju

60. Lõpuks on apellant seisukohal, et Üldkohus kohaldas tõendamiskoormise jaotamise suhtes väära õiguslikku kriteeriumi, kuivõrd vaidlustatud kohtuotsuse punktides 201 ja 202 märkis ta üksnes seda, et „ei saa välis-tada”, et konkurentidel ei olnud majanduslikult võimalik tasakaalustada kõneteenustest tekkivat võimalikku kahjumit kommunikatsiooniteenustest tekkiva tuluga, kuigi apellant soovis esimeses astmes esitatud hagiis tõendada, et ristsubsideerimine on võimalik.

62. Komisjon ja Vodafone väidavad, et apellatsioonkaebuse teise väite see osa tuleb tagasi lükata.

63. Oma esimeses etteheites märgib apellant, et kuna hinnakruvi mõju arvutati vääralt, on

ka väidetava hinnakruvi mõju suhtes antud hinnang õigusnormide rikkumise tõttu tühi- ne. Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 234 ja 235 on õigustatult tagasi lükatud komisjoni idee, et konkurentsivastast mõju ei olnud vaja tõendada. Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 237 esitatud analüüs aga põhineb hinnakruvi mõjul ja selles on arvestatud üksnes ühendusteenuste hindu. Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 238 viidatakse ebaõigele eeldusele, mille kohaselt apellant diskrimineerib konkurente seoses ühendusteenuste ja kommunikatsiooniteenuste ristsubsideerimisega, ise ühendusteenuste tasandil kahju kannatamata. Oma teises etteheites väidab apellant, et põhjenduskäik, mille kohaselt esines konkurentsivastast mõju, on samuti tühine õigusnormide rikkumise tõttu. Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 239 on pelgalt mainitud, et konkurentide turuosa lairiba- ja kitsasribaihenduste turul jäi nõrgaks, kuid ei ole näidatud ühtegi põhjuslikku seost nende turuosade ja väidetava hinnakruvi vahel. Peale selle põhineb vaidlustatud kohtuotsuse punkt 240 vääral arusaamal vaidlusaluse otsuse põhjendusest 182.

komisjon on kohustatud tõendama apellandi hinnapraktika konkurentsivastast mõju. Nimetatud punktist nähtub selgelt Üldkohtu seisukoht, et konkurentsivastane mõju, mille komisjon peab käesolevas asjas tõendama, on seotud võimalike tõketega, mida apellandi hinnapraktika võis tekitada konkurentsi kasvule kõnealusel turul. Seega Üldkohus küll ei nõudnud, et komisjon tõendaks tegelikku konkurentsivastast mõju, kuid nõudis tõendeid turulepääsu tõkete loomise kohta ja seega võimaliku konkurentsivastase mõju tõendamist. Selles suhtes tuvastas Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 237, et arvestades apellandi võrguteenuste möödapääsmatut vajalikkust selleks, et konkurent võiks asuda apellandiga konkureerima turustusahelas järgneval, s.o abonenditeenuste turul, takistab apellandi võrguteenuste ja abonenditeenuste vaheline hinnakruvi põhimõtteliselt konkurentsi kasvu turustusahelas järgnevatel turgudel. Seega rõhutas Üldkohus minu arvates õigesti seda, et käesolevas asjas olid võrguteenused möödapääsmatult vajalikud ning nende teenuste kasutamise võimaluseta ei suudaks apellandi konkurendid turustusahelas järgnevale, s.o abonenditeenuste turule isegi siseneda. See vastab Üldkohtu praktikas välja kujunenud, Euroopa Kohtus kinnitust leidnud lähenemisviisile, mille kohaselt nõutav mõju ei pruugi olla tingimata seotud väidetava kuritarvitava tegevusega. EÜ artikli 82 rikkumise tuvastamiseks piisab sellest, kui tõendatakse, et turgu valitsevas seisundis ettevõtja kuritarvitus piirab konkurentsi, ehk teisisõnu, et tegevusel võib olla selline mõju.²⁸ Minu arvates tuleneb siit selgelt, et komisjon peab tõendama võimalikku

64. Märgiksin, et vaidlustatud kohtuotsuse punktis 235 märkis Üldkohus õigesti, et

28 – 15. märtsi 2007. aasta otsus kohtuasjas C-95/04 P: British Airways vs. komisjon (EKL 2007, lk I-2331, punkt 30), mis on seotud Üldkohtu 30. septembri 2003. aasta otsusega kohtuasjas T-203/01: Michelin vs. komisjon, nn teine Michelin kohtuasi (EKL 2003, lk II-4701, punktid 238 ja 239) ning 17. detsembri 2003. aasta otsusega kohtuasjas T-219/99: British Airways vs. komisjon (EKL 2003, lk II-5917, punkt 293). Vt ka kohtujurist Ruiz-Jarabo Colomeri 1. aprilli 2008. aasta ettepanek kohtuasjas Sot. Lélou kai Sia jt, millele on viidatud eespool 7. joonealuses märkuses, ettepaneku punkt 50. Samal teemal vt ka kohtujurist Kokott, *Economic thinking in EU competition law*, Madrid, 29. oktoober 2009.

konkurentsivastast mõju konkreetse kõnealuse turu kontekstis.²⁹ Seega ei piisa pelgast väitest, et võib esineda kaudset, abstraktset konkurentsivastast mõju. Kõigest eespool kirjeldatust tuleneb, et Üldkohus ei rikkunud õigusnorme.

see argument liiati vastuvõetamatu, sest seda ei esitatud esimeses astmes ja see on igal juhul alusetu, kuna käesolevas asjas muutis hinnakruvi oma ulatusest olenemata konkurentidele majanduslikult võimatuks pakkuda juurdepääsuteenuseid sama hinnaga nagu apellant. Seetõttu tuleb apellatsioonkaebuse teise väite kolmas osa tagasi lükata kui osaliselt vastuvõetamatu ja igal juhul alusetu. Seega tuleb apellatsioonkaebuse teine väide tervikuna tagasi lükata.

65. Apellandi esimene etteheide, et kõnealuse mõju analüüs on igal juhul väär, sest selles on arvestatud ainult ühendusteenuste hindu, on alusetu. Olen eespool käesolevas ettepanekus juba selgitanud, miks need argumendid tuleks tagasi lükata. Apellandi teist etteheidet, mis puudutab põhjuslikku seost ja eelkõige tema argumenti, et telekommunikatsioonis ei ole üllatav, et operaatorid hõlvavad turu kõigest ajapikku, ei esitatud sellistena esimeses astmes ning need on igal juhul asjakohatud. Kõneteenuste hõlmamise osas ei ole apellant selgitanud, miks on sellel hindamisetalpil vaja muuta lähenemisi, millest lähtuti hinnakruvi mõju arvutamisel, ja võtta arvesse kõneteenuseid. Lõpuks tuleb vaidlusaluse otsuse põhjendust 182 puudutava argumendi osas märkida, et see ei ole suunatud vaidlustatud kohtuotsuse vastu. Nagu komisjon märkis, on

C. Apellatsioonkaebuse kolmas väide, et trahvide arvutamisel on rikutud õigusnorme

1. Apellatsioonkaebuse kolmanda väite esimene osa, mis puudutab rikkumise raskust

²⁹ – See lähenemisi on kooskõlas otsusega kohtuasjas *Sot. Lélos kai Sia jt, ibidem*, kus näib, et Euroopa Kohus on kaudselt tagasi lükanud eraldiseisva kuritarvituse mõiste ning asunud uurima objektiivselt põhjendusi, arvestades konkreetset turukonteksti. Vt otsus kohtuasjas *CW/00615/05/03: Vodafone/O2/Orange/T-Mobile, Ofcomi otsus*, mai 2004, ja otsus kohtuasjas *BTOpenworld's consumer broadband products, Ofteli otsus*, november 2003.

66. Apellant märgib, et määruse nr 17 artikli 15 lõiget 2 on rikutud, kuivõrd komisjoni

argumendid ega Üldkohtu põhjendused vaidlustatud kohtuotsuse punktides 306–310 ei toeta väidet, nagu oleks apellant pannud esimesel perioodil toime raske rikkumise. Üldkohus jättis arvestamata selle, et trahvide arvutamise suuniste³⁰ 1.A osast tuleneb, et väljatõrjuv tegevus üksnes „võib” kujutada endast rasket rikkumist. Seega jättis ta uurimata argumendid, mis kõnelevad selle rikkumise raskeks kvalifitseerimise vastu.

alusetu, sest see rikkumine kvalifitseeriti mitte raskeks, vaid kergeks. Perioodi 1998–2001 osas märkis komisjon õigesti, et suuniste 1.A osa kohaselt ei ole ta rikkumise raskusastme määramise etapil kohustatud arvesse võtma vähest kaasaitamist rikkumisele (vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 311). Komisjon on kasutanud võimalust võtta selles suhtes arvesse kergendavaid asjaolusid, nagu nähtub vaidlustatud kohtuotsuse punktist 312. Liiasi ei selgita apellant, milline konkreetne samm RegTP osalemises hindade määramisel oleks pidanud viima trahvi vähendamisele veelgi suuremas ulatuses. Seega tuleb apellatsioonkaebuse kolmanda väite see osa tagasi lükata.

67. Komisjon väidab, et apellatsioonkaebuse kolmanda väite see osa tuleb tagasi lükata.

2. Apellatsioonkaebuse kolmanda väite teine osa, mille kohaselt kergendavaid asjaolusid ei arvestatud piisavalt

68. Piisab märkimisest, et 1. jaanuaril 2002 alanud perioodi osas on apellandi argument

69. Apellant väidab, et vaidlusaluse otsuse põhjenduses 212 võttis komisjon arvesse ainult sektorispetsiifilise reguleerimise olemasolu riigi tasandil, kuid mitte selle reguleerimise sisu, s.o RegTP uurimisi ja seda, et konkurentsi kahjustavat hinnakruvi ei

30 – Suunised määruse nr 17 artikli 15 lõike 2 ja ESTÜ asutamislepingu artikli 65 lõike 5 kohaselt määratavate trahvide arvutamise meetodi kohta (EÜT 1998, C 9, lk 3; edaspidi „suunised”).

tuvastatud. Üldkohus rikkus õigusnormi, kui võrd ta ei kritiseerinud komisjoni selle eest, et komisjon jättis arvestamata kaks teist kergetavat asjaolu suuniste 3. osa tähenduses. RegTP otsuseid arvestades oli apellant veendunud oma tegevuse õiguspärasuses. Igal juhul pandi rikkumine toime hooletusest.

3. Apellatsioonkaebuse kolmanda väite kolmas osa, mis puudutab sümboolse trahvi määramist

70. Komisjon väidab, et appellatsioonkaebuse kolmanda väite see osa tuleb tagasi lükata.

71. Nagu komisjon väitis, on apellant jätnud igal juhul arvestamata selle, et vaidlusaluse otsuse põhjenduses 212 oli kasutatud üldist sõnastust ning et see täielikult toetab sellele vaidlustatud kohtuotsuse punktis 312 antud tõlgendust. Argumenti, et apellant tegutses pelgalt hooletusest, ei esitatud esimeses astmes. Igal juhul otsustas Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 295–297 õigesti, et apellandi tegevus vastab tahtliku rikkumise määratlusele. Seetõttu on appellatsioonkaebuse kolmanda väite see osa osaliselt vastuvõetamatu ja igal juhul alusetu.

72. Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 319 on rikutud õigust võrdsele kohtlemisele. Apellandile oleks tulnud määrata sümboolne trahv, nagu komisjon tegi oma otsuses Deutsche Posti kohta.³¹ Apellant tegutses kooskõlas Saksamaa kohtute praktikaga ja RegTP otsustega. See, et Oberlandesgerichti otsus hiljem tühistati, ei ole asjakohane, sest see oli tingitud erandi võimalikkusest, mida ei saa käesolevas asjas kohaldada, ning alles pärast nimetatud kohtuotsuse tühistamist sai apellant lähtuda sellest, et ta võib olla EÜ artikli 82 alusel vastutav. Apellandi olukord on võrreldav olukorraga, millest tulenes Deutsche Posti juhtum. Vaevalt saab juurdepääsu käsitlevat teatist pidada „kohtupraktikaks”. Lõpuks ei või kohustumine rikkumist lõpetama olla möödapääsmatu tingimus sümboolse trahvi määramiseks.

31 – Komisjoni 25. juuli 2001. aasta otsus 2001/892/EÜ, mis käsitleb EÜ asutamislepingu artikli 82 kohaldamise menetlust (Juhtum COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – Pii-riülest postisaadetiste kinnipidamine) (EÜT 2001, L 331, lk 40; edaspidi „Deutsche Posti otsus”).

73. Komisjon väidab, et apellatsioonkaebuse kolmanda väite see osa tuleb tagasi lükata.

kohtuotsuse punktides 317–320 nähtub, et nii see ei olnud, ning apellant ei väitnud, et nendes punktides esitatud märkused on faktide osas ekslikud ja seal osutatud erinevused ei eksisteeri. Komisjonil on õigus selleski, et sümboolsed trahvid on erandlikud ja ta ei peaks olema kohustatud põhjendama oma otsust määrata trahv tavaliste eeskirjade alusel. Igal juhul võttis komisjon RegTP otsuseid arvesse kui kergendavaid asjaolusid. Üldkohus kinnitas punktides 312 ja 313, et selles suhtes ei ole hindamisvigu tehtud. Oberlandsgerichti otsuse osas piisab märkimisest, et Üldkohus märkis vaidlustatud kohtuotsuse punktis 319 õigesti, et see tehti perioodil, mille osas komisjon ei määranud trahvi, mis oleks harilikus olukorras muidu asjakohane olnud. Igal juhul peab paika ka see, et Oberlandsgericht ei lahendanud küsimust selle kohta, milliseid tegureid tuleks hinnakruvi määramisel arvesse võtta. Seetõttu on nimetatud kohtuotsus sümbolse trahvi määramise osas asjakohatu. Lõpuks ei vasta see kohtuotsus ka Euroopa Kohtu praktikale. See, et Bundesgerichtshof selle tühistas, pelgalt kinnitas seda, mida apellant oleks pidanud niigi teadma. Teiseks tegi komisjon teabevahetuses apellandile teatavaks oma seisukoha teatavate praktikate suhtes. RegTP järeldused ei puudutanud EÜ artiklit 82 ning igal juhul teatas komisjon 1998. aastal juurdepääsu käsitlevas teatises, et ühenduse konkurentsioigus on kohaldatav paralleelselt telekommunikatsiooniõigusega ning et ka reguleeriva siseriikliku asutuse poolt lubatud praktika allub asutamislepingu konkurentsitätetele. Lõpuks piisab minu arvates märkimisest, et erinevalt Deutsche Posti juhtumist ei ole käesoleva kohtuasja apellant võtnud mingeid kohustusi tulevaste rikkumiste vältimiseks. Peale selle lisas komisjon, et käesolevas asjas ei hõlbustanud apellant komisjoni kui konkurentsiasutuse ülesannete täitmist. Apellatsioonkaebuse kolmanda väite seegi osa tuleb tagasi lükata ning seega tuleb tagasi lükata apellatsioonkaebuse kolmas väide tervikuna. Kõikidest eespool esitatud kaalutlustest tuleneb, et apellatsioonkaebus tuleb jätta rahuldamata.

74. Komisjonil on õigus, et apellandi väide on asjakohatu. See argument aitaks apellanti üksnes siis, kui kahe kõnealuse kohtuasja faktilised asjaolud ja õiguslik raamistik oleksid otseselt võrreldavad.³² Vaidlustatud

32 – Vt selle kohta 2. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-196/99 P: *Aristrain vs. komisjon* (EKL 2003, lk I-11005, punkt 76 jj).

IV. Ettepanek

75. Kõike eelnevat arvesse võttes teen Euroopa Kohtule ettepaneku:

- jätta apellatsioonkaebus rahuldamata;

- mõista komisjoni kohtukulud välja Deutsche Telekomilt, kes ühtlasi kannab ise oma kohtukulud;

- jätta Vodafone'i ja Versateli kohtukulud nende endi kanda.