Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
NILS WAHL
esitatud 20. detsembril 2017 [1]

Kohtuasi C-525/16

MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA
versus
Autoridade da Concorrência

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (konkurentsi, regulatsiooni ja järelevalve asjades pädev kohus, Portugal))

Eelotsusetaotlus – Turgu valitsev seisund – Konkurents – Turgu valitseva seisundi kuritarvitamine – ELTL artikli 102 teise lõigu punkt c – Mõiste „ebasoodne konkurentsiolukord“ – Diskrimineerivad hinnad järgneval turul – Autoriõigusega kaasnevate õiguste haldamine – Tasuline televisioon

1. Kas konkurentsiasutused võivad konkreetse üksuse poolt erinevate hindade kohaldamist käsitada ELTL artikli 102 aspektist, ja kui jah, siis millistel tingimustel? Kas niisuguses kontekstis selle artikli tähenduses valitseva seisundi kuritarvitamise tuvastamisel on miinimumlävi?

2. Need on sisuliselt küsimused, mis esitati käesoleva eelotsusetaotlusega, mis puudutab täpsemalt ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c tõlgendamist, mille kohaselt võib turgu valitseva seisundi kuritarvitamine seisneda eeskätt „erinevate tingimuste rakendamises võrdväärsete tehingute puhul, pannes kaubanduspartnerid sellega ebasoodsasse konkurentsiolukorda“.

3. See taotlus esitati kohtuvaidluse raames, mille pooled on MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA (edaspidi „MEO“) ja Autoridade da Concorrência (Portugali konkurentsiamet, edaspidi „konkurentsiamet“) ning mis seondub viimase otsusega lõpetada menetlus seoses MEO kaebusega GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantese (Portugali teoste esitajate õiguste haldamise ühistu, edaspidi „GDA“) väidetava turgu valitseva seisundi kuritarvitamise kohta esitajate autoriõigusega kaasnevate õiguste valdkonnas.

4. Kohtuasi annab minu arvates võimaluse täpsustada, et sõltumata erinevate hindade kohaldamisest, mis eraldivõetuna ei ole konkurentsi seisukohast problemaatiline, on just asjaolu, et niisugune tegevus moonutab konkurentsi või kahjustab kaubanduspartnerite konkurentsiolukorda, see, mis tingib valitseva seisundi kuritarvitamise. Ei saa seega eeldada, et erinevate hindade kohaldamine tekitab „ebasoodsa konkurentsiolukorra“, analüüsimata kõiki konkreetse juhtumi asjaolusid, eriti kui küsimus on nn „teise tasandi“ diskrimineerimises.

1 Algkeel: prantsuse.

Õiguslik raamistik

Liidu õigus

5. Määruse (EÜ) nr 1/2003[2] artikli 3 lõike 1 viimases lauses on sätestatud, et „[k]ui liikmesriikide konkurentsiasutused või siseriiklikud kohtud kohaldavad siseriiklikku konkurentsiõigust [ELTL artikli 102] alusel keelatud kuritarvitamise suhtes, peavad nad kohaldama ka [ELTL artiklit 102]“.

Portugali õigus

6. Novo Regime Jurídico da Concorrência (uus konkurentsiseadus)[3] artikli 11 lõige 1 ja lõike 2 punkt c on ELTL artikli 102 teise lõigu punktiga c sama sisuga.

Põhikohtuasi, eelotsuse küsimused ja menetlus Euroopa Kohtus

7. GDA on esitajate õiguste kollektiivse haldamisega tegelev mittetulundusühistu, kes haldab oma liikmete ja temaga esindus- ja/või vastastikuse lepingu sõlminud samasuguste välismaiste ühingute liikmete autoriõigusega kaasnevaid õigusi.

8. Sellega seoses on GDA põhitegevusala kaasnevate õiguste teostamisest tulenevate tasude sissenõudmine ja nende summade jagamine õiguste omajatele. Kuigi tal ei ole seaduslikku monopoli, on ta nüüdsest ainus Portugalis tegutsev esitajate kaasnevate õiguste kollektiivse haldamise organisatsioon.

9. Ettevõtjate hulgas, kes kasutavad GDA liikmete või koguni GDAga esindus- või vastastikuse lepingu sõlminud samasuguste välismaiste ühingute liikmete repertuaari, on tarbijatele kindlaksmääratud tasu eest telesignaali ja selle sisu edastamise teenuse pakkujad.

10. Põhikohtuasja kaebaja MEO on üks nendest teenusepakkujatest, GDA klient.

11. GDA kohaldas aastatel 2008–2014 nendele teenusepakkujatele hulgipakkumuse raames kolme eri tariifi. Aastatel 2010–2013 kohaldas GDA neid tariife samal ajal.

12. Euroopa Kohtule esitatud kohtutoimikust nähtub, et MEO suhtes kohaldatav tariif tulenes vahekohtu poolt kohaldatavate õigusnormidega kooskõlas tehtud 10. aprilli 2012. aasta otsusest[4].

13. MEO õiguseellane PT Comunicações SA esitas 24. juunil ja 22. oktoobril 2014 konkurentsiametile GDA vastu kaebuse turgu valitseva seisundi võimaliku kuritarvitamise kohta. MEO väitis, et see kuritarvitamine oli tingitud asjaolust, et GDA kohaldas esitajate kaasnevate õigustega seoses liiga kõrgeid hindu ja kohaldas lisaks tema ja ühe teise kliendi, NOS Comunicações SA (edaspidi „NOS“) suhtes erinevaid tingimusi.

14. Konkurentsiamet algatas 19. märtsil 2015 juurdluse, mille ta 3. märtsi 2016. aasta otsusega lõpetas põhjusel, et menetluse esemega seonduvates asjaoludes ei olnud turgu valitseva seisundi kuritarvitamist piisavalt tõendavaid viiteid.

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

3 Heaks kiidetud 8. mai 2012. aasta seadusega nr 19/2012 (Lei n.º 19/2012).

4 Vastavalt 27. novembri 1997. aasta dekreetseaduse nr 333/97 (Decreto-Lei n.º 333/97) artikli 7 lõigetele 3 ja 9 on pooled juhul, kui nad ei jõua õiguste läbirääkimistel kokkuleppele, kohustatud pöörduma vahekohtu poole.

15. Konkurentsiamet märkis eeskätt, et isegi kui oletada, et GDA-l on tõepoolest asjaomast turgu valitsev seisund ja et kõnealust tegevust tuleb käsitada ebavõrdse kohtlemisena võrdväärsete sooituste puhul, ei saa eri televisiooniühenduse jaemüügiteenuse pakkujatele kohaldatavate tariifide ning MEO ja NOSi keskmise kulu erinevusest kõnealuse hulgipakkumuse raames järeldada, et esineb konkurentsi piirav mõju, mis on tingitud eeskätt MEO konkurentsiolukorra nõrgenemisest.

16. Konkurentsiameti sõnul ei saa võtta seisukohta, et televisioonisignaalile juurdepääsu jaemüügiteenuste pakkuja on pandud teistega võrreldes ebasoodsasse konkurentsiolukorda. Tõlgendus, mille kohaselt turgu valitsevas seisundis ettevõtja pelk diskrimineeriv tegevus on *ipso facto* ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c rikkumine, läheks eeskätt vastuollu Euroopa Kohtu praktikaga.

17. MEO esitas konkurentsiameti menetluse lõpetamise otsuse peale kaebuse, väites eeskätt, et viimane tõlgendas ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c vääralt, kuna selle asemel, et hinnata ebasoodsa konkurentsiolukorra kriteeriumit, nagu seda on tõlgendatud Euroopa Kohtu praktikas, ta analüüsis, kas oli tegu olulise ja koguseliselt määratletava konkurentsi moonutamisega.

18. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu sõnul põhineb konkurentsiameti menetluse lõpetamise otsus asjaolul, et tariifierinevus oli keskmise kuluga suhestatult väike, nii et need tariifid ei ohustanud MEO konkurentsiolukorda ja et MEO oli võimeline selle erinevusega toime tulema. Tema sõnul MEO turuosa tasulise televisiooni signaalile juurdepääsu jaemüügi pakkumuse osas pealegi selsamal perioodil suurenes [5].

19. Eelotsusetaotluse esitanud kohus juhib tähelepanu sellele, et MEO esitas põhikohtumenetluse raames arvandmed vastavalt MEO ja NOSi kulude kohta. Need tabelid näitavad ühelt poolt vastavalt MEO ja NOSi kogukulu ja keskmist kulu tarbija kohta ning teiselt poolt MEO kasumit ja tulusust asjaomasel perioodil, s.o aastatel 2010–2013 [6].

20. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu hinnangul ei ole välistatud, et see erinevate hindade kohaldamine võis MEO konkurentsivõimet kahjustada. Tema sõnul tuleneb Euroopa Kohtu praktikast, et teatava kaubanduspartnerite diskrimineerimisega võib olemuslikult kaasneda ebasoodus konkurentsiolukord. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab siiski, et Euroopa Kohus ei ole mõiste „ebasoodne konkurentsiolukord“ üle ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c kohaldamise seisukohast kindlalt otsustanud.

21. Selles kontekstis otsustaski Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (konkurentsi, regulatsiooni ja järelevalve asjades pädev kohus, Portugal) menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas juhul, kui konkurentsiameti haldusmenetluses on kaudseid viiteid või tõendeid faktilistest asjaoludest niisuguste võimalike diskrimineerivate hindade tagajärgedega, mida kohaldab turgu valitsevas seisundis ettevõtja ühe jaemüüjast ettevõtja suhtes, keda see tema konkurentidega võrreldes kahjustab, sõltub selle tegevuse käsitamine *ebasoodsasse konkurentsiolukorda panemisena* ELTL artikli 102 [teise lõigu] punkti c tähenduses täiendavast hindamisest, kui rasked, asjasse puutuvad või olulised on need tagajärjed asjaomase ettevõtja konkurentsiolukorrale ja/või konkurentsivõimele, eriti mis puutub võimesse toime tulla kulude erinevusega hulgimüügiteenuse raames?

5 Portugali riikliku sideameti (Autoridade Nacional de Comunicações (Anacom)) sõnul kasvas MEO turuosa asjaomasel perioodil, s.o 1. jaanuarist 2010 kuni 31. märtsini 2015, alla 25% tasemelt üle 40% tasemele, samas kui kontserni NOS turuosa samal perioodil vähenes, langedes üle 60% tasemelt alla 45% tasemele.

6 Neid arve ei ole eelotsusetaotluses ära toodud, sest need on konfidentsiaalsed andmed.

2. Kui konkurentsiameti haldusmenetluses on kaudseid viiteid või tõendeid, et turgu valitsevas seisundis ettevõtja poolsel diskrimineerivate hindade kohaldamisel *on märkimisväärselt vähene osakaal* asjaomase jaemüügiettevõtja kuludes, tuludes ja kasumis, kas siis on ELTL artikli 102 [teise lõigu] punktiga c kooskõlalise tõlgendamise ja [15. märtsi 2007. aasta otsuses British Airways *vs*. komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punktid 146–148) ja 9. septembri 2009. aasta otsuses Clearstream *vs*. komisjon (T-301/04, EU:T:2009:317)] sedastatud kohtupraktikaga kooskõlas hinnang, et puuduvad viited turgu valitseva seisundi kuritarvitamisele ja keelatud tegevusele?

3. Või kas, vastupidi, sellest ei piisa selleks, et välistada, et kõnealust tegevust võiks pidada turgu valitseva seisundi kuritarvitamiseks ja keelatud tegevuseks ELTL artikli 102 [teise lõigu] punkti c tähenduses, ja see on asjasse puutuv ainult rikkumise toimepanijast ettevõtja vastutuse või sanktsiooni kindlaksmääramiseks?

4. Kas ELTL artikli 102 [teise lõigu] punkti c väljendit *„pannes kaubanduspartnerid sellega ebasoodsasse konkurentsiolukorda“* tuleb tõlgendada nii, et see vastab nõudele, et diskrimineerimisest saadav eelis vastab omakorda miinimumprotsendile asjaomase ettevõtja kulustruktuuris?

5. Kas ELTL artikli 102 [teise lõigu] punkti c väljendit *„pannes kaubanduspartnerid sellega ebasoodsasse konkurentsiolukorda“* tuleb tõlgendada nii, et see vastab nõudele, et diskrimineerimisest saadav eelis vastab omakorda kõnealuse hulgimüügiteenuse konkureerivate ettevõtjate keskmiste kulude minimaalsele vahele?

6. Kas ELTL artikli 102 [teise lõigu] punkti c väljendit *„pannes kaubanduspartnerid sellega ebasoodsasse konkurentsiolukorda“* võib tõlgendada nii, et see vastab nõudele, et diskrimineerimisest saadav eelis vastab asjaomase turu ja teenuse valdkonnas summadele, mis on suuremad kui eespool nimetatud tabelites 5, 6 ja 7 märgitud vahed, selleks et käsitada vaidlusalust tegevust keelatud tegevusena?

7. Kui vastus ühele neljandast kuni kuuendast küsimusest on jaatav, kuidas tuleb kindlaks määrata ebasoodsama olukorra asjasse puutuvuse selline miinimumlävi kõnealuse jaemüügiteenuse konkureerivate ettevõtjate kulustruktuuri või keskmiste kulude suhtes?

8. Kui see miinimumlävi määratakse kindlaks, kas juhul, kui see lävi jääb igal aastal saavutamata, on võimalik välistada [9. septembri 2009. aasta otsusest Clearstream *vs*. komisjon (T-301/04, EU:T:2009:317))] tulenev eeldus, et tuleb asuda seisukohale, et *„kaubanduspartnerile võrdväärsete teenuste eest erinevate hindade kohaldamine, mis toimu[b] pidevalt viie aasta jooksul ja mida te[eb] ettevõtja, kellele kuulub turustusahelas eelneval turul tegelik monopol, [ei saa] jätta kõnealusele kaubanduspartnerile tekitamata ebasoodsat konkurentsiolukorda*?“

22. Kirjalikud seisukohad esitasid MEO, GDA, Portugali ja Hispaania valitsus ning Euroopa Komisjon.

23. 5. oktoobril 2017 peeti kohtuistung, millel osalesid MEO, GDA, Hispaania Kuningriik ja komisjon.

Euroopa Kohtule esitatud seisukohtade kokkuvõte

24. Üldiselt leidsid menetlusosalised, et eelotsuse küsimusi tuleks käsitleda koos. Need menetlusosalised keskendusid küsimusele, kas selleks, et tuvastada „ebasoodne konkurentsiolukord“ ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c tähenduses, võib eeldada, et erinevate hindade kohaldamine võib moonutada konkurentsi või kas hoopis konkurentsiasutusel tuleb tõendada, et ebasoodsasse olukorda pandud ettevõtja konkurentsivõime on etteheidetava tegevuse tõttu vähenenud. Selle analüüsi raames arutatakse ühelt poolt, milliseid asjaolusid tuleb arvesse võtta, ja teiselt poolt, kas on vaja, et mõju (potentsiaalne või tegelik vastavalt eri menetlusosaliste seisukohtadele) konkurentsile oleks oluline.

25. Mõiste „ebasoodne konkurentsiolukord“ suhtes jagavad menetlusosalised seisukohta, et vastavalt Euroopa Kohtu praktikale tuleb võimalikku konkurentsi kahjustamist üldjuhul hinnata juhtumipõhiselt ja et niisuguse kahjustamise tuvastamiseks ei ole kindlat läve või normi.

26. Seisukohad lahknevad aga selles, kas ja mil määral tuleb konkreetset konkurentsivastast mõju tõendada või kas niisugune ebasoodne olukord peab juhul, kus turgu valitsevas seisundis ettevõtja kohaldab oma kaubanduspartneritele järgneval turul erinevaid tariife, olema hoopis tõenäoline.

27. Ühelt poolt on *GDA ja Portugali valitsus* seisukohal, et tuleb arvesse võtta erinevate hindade konkreetset mõju MEO konkurentsivõimele.

28. Nende sõnul tuleneb nii komisjoni soovitatud käsitlusviisist, nagu seda on väljendatud mitmes tema aruandes ja teatises alates 2003. aastast, kui ka Euroopa Liidu Kohtu ja Euroopa Liidu Üldkohtu praktikast, et tuleb arvesse võtta väidetavalt kuritarvitava tegevuse konkurentsivastast mõju turul. Selleks et hinnakujundust ebaõiglaseks kvalifitseerida, on vaja, et kõnealuse teenuse osutajate vahel oleks tõepoolest konkurentsi moonutatud ja et selle moonutuse tõttu satuvad teatavad teenuseosutajad ebasoodsasse konkurentsiolukorda. Nii ei ole „pelk“ diskrimineerivate hindade kohaldamine iseenesest piisav selleks, et oleks tegu kuritarvitamisega ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c tähenduses.

29. Teiselt poolt pooldavad *Hispaania valitsus*[7] *ja MEO* ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c – teatavate nüanssidega – tõlgendust, mille kohaselt võib asjaolu, et monopoolses seisundis haldusühing, nagu GDA, soodustab soodsamaid tingimusi kohaldades ühte kasutajat võrreldes konkurentidega samal järgneval turul, tekitada ebasoodsama konkurentsiolukorra või konkurentsimoonutuse.

30. Mis puutub asjaoludesse, mida tuleb arvesse võtta selleks, et kindlaks määrata, kas niisugune tegevus nagu GDA tegevus põhikohtuasjas võib avaldada konkurentsivastast mõju, siis MEO väidab, et GDA on monopoolses seisundis ja et televisiooniteenuste pakkujad on sunnitud ajama asja GDA kaudu, et saada litsentse, millega on lubatud kaitstud teoseid levitada. Seepärast on GDA läbirääkimistes tugeval positsioonil. MEO sõnul on faktiliselt monopoolses seisundis ettevõtjal eriline vastutus tagada, et tema kaubanduspartneritele kohaldataks võrdseid tingimusi. Selle vastutusega kaasneb MEO sõnul GDA kohustus oma tegevust põhjendada, mida GDA ei ole väidetavalt teinud. Lõpuks on MEO sõnul oluline võtta arvesse diskrimineerimise kestust.

31. Selles suhtes Hispaania valitsus rõhutab, et niisugusel juhul nagu käesolev tuleneb ebasoodus konkurentsiolukord eeskätt asjaolust, et haldusühingute antavad litsentsid on oluline element kõnealuste kasutajate poolt lõppteenuste osutamiseks.

Õiguslik analüüs

32. Eelotsuse küsimused, nagu eelotsusetaotluse esitanud kohus on need sõnastanud, nõuavad minu arvates üldist vastust, sest need puudutavad peamiselt küsimust, kas ELTL artikli 102 teise lõigu punktis c osutatud mõiste „ebasoodne konkurentsiolukord“ nõuab selle analüüsimist, kuidas mõjutab tegevus asjaomase ettevõtja konkurentsiolukorda ja/või milline osakaal on selles erinevate hindade kohaldamisel.

33. Enne selle problemaatika käsitlemist sooviksin *kõigepealt* ära märkida mõned küsitavused seoses aspektidega, mida eelotsusetaotluse esitanud kohus küll otseselt ei käsitle, kuid mis puudutavad ELTL artikli 102 sätete kohaldatavust käesolevale asjale.

7 Hispaania valitsus märgib, et Hispaania riiklik riigihangete ja konkurentsikomisjon (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) on süstemaatiliselt käsitanud diskrimineerivate tariifide kohaldamist õigusrikkumisena juhul, kus autoriõiguste ja autoriõigusega kaasnevate õiguste haldamise organisatsioon ei suutnud neid tariife põhjendada.

34. *Seejärel* teen sissejuhatava ülevaate peamistest kaalutlustest, millest tuleb minu arvates juhinduda niisuguse erinevate hindade kohaldamise analüüsimisel, mis on väidetavalt valitseva seisundi kuritarvitamine. Selles kontekstis märgin, kas ja millistel tingimustel võib „teise tasandi" hinnadiskrimineerimine kuuluda ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c kohaldamisalasse. Täpsustan põhjused, mille pärast ei saa eeldada, et niisugune teguviis on oma olemuselt seisundi kuritarvitamine, ja miks tuleb vastupidi konkreetselt tõendada niisuguse tegevuse mõju konkurentsile.

35. Kõiki neid kaalutlusi silmas pidades käsitlen *lõpuks* küsimust, mil määral tekitab asjaolu, et ettevõtja, kes on väidetavalt turgu valitsevas seisundis, kohaldab võrdväärsete soorituste puhul erinevaid tingimusi, ebasoodsa konkurentsiolukorra.

Üldised märkused ELTL artikli 102 kohaldatavuse kohta käesoleval juhul

36. Tuleb rõhutada, et käesolev kohtuasi puudutab erilisi faktilisi olusid, mida võib kirjeldada järgmiselt.

37. MEO, kes on televisiooniteenuste pakkuja Portugali turul, vaidlustas eelotsusetaotluse esitanud kohtus konkurentsiameti otsuse, millega tema kaebuse menetlus lõpetati. See kaebus oli esitatud autoriõigusega kaasnevaid õigusi haldava ühistu GDA väidetavalt kuritarvitava tegevuse peale, mis seisnes väidetavalt selles, et viimane kohaldas aastatel 2010–2013 litsentside eest erinevaid tariife.

38. MEO arvates võimaldati ettevõtjale NOS, kes on tema otsene konkurent, sel perioodil soodsamaid tariife. MEO kaebus konkurentsiametile puudutas seega väidetavat valitseva seisundi kuritarvitamist sellega, et GDA kohaldas esitajate kaasnevate õiguste kollektiivse turustamise teenustega seotud järgneval turul diskrimineerivaid tariife.

39. Seda arvestades ja nagu eelotsusetaotluse esitanud kohus arvandmete toetusel märkis, ei vähendanud MEO väidetavalt ebasoodne konkurentsiolukord autoriõigustega ja autoriõigusega kaasnevate õigustega kaitstud teoste kasutamise eest makstud summade osas tema turuosa. Vastupidi, MEO turuosa väidetavalt suurenes ja kasvas aastatel 2010–2013 umbes 25% tasemelt üle 40% tasemeni. NOSi turuosa omakorda samal perioodil väidetavalt vähenes, langedes üle 60% tasemelt alla 45% tasemele.

40. On samuti oluline märkida, et see hindade kindlaksmääramine toimus kooskõlas kohaldatava siseriikliku õigusega vahekohtu otsusega, kuna GDA ei olnud jõudnud MEOga kokkuleppele.

41. Käesoleval juhul näib, et eelotsusetaotluse esitanud kohus lähtus seisukohast, et küsimus on ainult selles, kas selleks, et järeldada, et võrdväärsete teenuste eest erinevate hindade kohaldamine on turgu valitseva seisundi kuritarvitamine, tuleb konkreetselt tuvastada, kuidas mõjutab vaidlusalune teguviis konkurentsi, või võib hoopis eeldada, et niisugune teguviis on ELTL artikli 102 teise lõigu punktiga c vastuolus.

42. Selles mõttes näib, et eelotsusetaotluse esitanud kohus arvestas, et teised ELTL artikli 102 kohaldamise tingimused olid täidetud. Ta peab eelkõige iseenesestmõistetavaks esiteks asjaolu, et GDA on turgu valitsevas seisundis ettevõtja, ja teiseks seda, et ta kohaldas kaubanduspartneritele „võrdväärsete tehingute puhul" erinevaid tingimusi.

43. Euroopa Kohtule esitatud kohtutoimikust nähtub aga minu arvates, et nii küsimusele, kas GDA on tõeliselt asjasse puutuval turul valitsevas seisundis, kui ka küsimusele, kas „võrdväärsete tehingute" eest on tegelikult kehtestatud erinevad hinnad, tuleb läheneda ettevaatlikkusega.

44. Kahtlused selles suhtes võiksid muuta esitatud eelotsuse küsimused, mis puudutavad ainult ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c tähenduses „ebasoodsa konkurentsiolukorra“ kindlakstegemist, hüpoteetiliseks.

45. Esiteks olen ma arvamusel, et võib kahelda selles, kas *GDA on* asjaomasel hulgimüügi pakkumuse turul, mis on käesoleval juhul kõne all, *tõepoolest turgu valitsevas seisundis*.

46. Siinkohal juhin tähelepanu sellele, et GDA vaidlustas just nimelt eelduse, et ta on asjaomasel turul valitsevas seisundis, kuigi ta on *de facto* Portugalis ainus autoriõigusega kaasnevaid õigusi haldav äriühing.

47. Selle kohta väidab GDA, et tal ei ole võimalik avaldada oma peamistele partneritele MEO-le ja NOSile ärilist survet. Kõigepealt moodustavad need ettevõtjad võimsa „duopoli“. Seejärel sõltub hinnakujundus riigisisesest õigusest, mis kohustab pooli, kui nad kokkuleppele ei jõua, kasutama vahekohut. Lõpuks, kuna GDA ei ole vertikaalselt integreeritud, ei ole tal eelnevatel ega järgnevatel turgudel mingi huvi. Vastupidi, MEO turult väljatõrjumine või tema konkurentsiolukorra NOSiga võrreldes nõrgenemine oleks talle ebasoodne. Nendel asjaoludel ei ole turgu valitsevat seisundit ja ammugi mitte selle kuritarvitamist.

48. Tuletan meelde, et GDA on esitajate kollektiivsete õiguste haldamise mittetulundusühing, mille põhitegevusala on tema esindatavate ja samalaadsete välismaa ühingute liikmete autoriõigusega kaasnevate õiguste teostamine ja haldamine. Tema peamiste klientide hulgas on Portugalis tasulise televisiooni signaalile juurdepääsu jaemüügiteenuste osutajad, sealhulgas MEO ja NOS, kes koos moodustasid asjasse puutuval perioodil duopoli.

49. Sellega seoses nähtub, et GDA sõltub suurel määral nende teenuste eest makstavast tasust, mida ta osutab nendele kahele ettevõtjale.

50. Pealegi, nagu kohtutoimikust nähtub ja nagu konkurentsiamet oma otsuses märkis, on viiteid sellele, et tasulise televisiooni signaalile juurdepääsu pakkujatel on teatav läbirääkimisjõud, millega nad saavad GDA läbirääkimisjõudu tasakaalustada. Nendeks viideteks, mida minu arusaamist mööda kohtutoimikust MEO ei ole vaidlustanud[8], on nimelt GDA ja tasulise televisiooni signaalile juurdepääsu jaemüügiteenuse pakkujate vaheline teabevahetus selleks, et määrata kindlaks tariif, mida GDA neile alates 1. jaanuarist 2014 kõnealuse hulgimüügi pakkumuse raames kohaldab.

51. Samuti, kuigi GDA on hetkel Portugalis ainus esitajate kollektiivseid õigusi haldav ühing, ei tähenda see, et ta on tõepoolest turgu valitsevas seisundis, sest tal ei ole turujõudu, mis võimaldaks tal tegutseda oma kaubanduspartneritest sõltumatult.

52. Ent on kindel, et ELTL artikli 102 eesmärk on kontrollida ühe ettevõtja turujõudu. Selleks et ettevõtja seisundit saaks kvalifitseerida turgu valitsevaks, ei piisa sellest, kui lähtuda tema osast kindlaksmääratud turul, vaid tuleb lähtuda ka tema seisundist tulenevast majanduslikust jõust.

8 Vt liikmesriigi kohtutoimiku dokumendid, mida on nimetatud konkurentsiameti otsuses.

53. Turgu valitsev seisund on nii määratletud kui olukord, kus majanduslik võim annab ühele või mitmele ettevõtjale võimaluse tegutseda märkimisväärses ulatuses sõltumatult oma konkurentidest, klientidest ja lõppkokkuvõttes tarbijatest[9]. See olukord tekib üldjuhul siis, kui ettevõtja või kontsern tagab olulise osa pakkumisest teatud kindlal turul, tingimusel et muud hindamise käigus analüüsitavad tegurid (takistused turule tulekul, klientide reageerimisvõime jne) osutavad samas suunas[10].

54. Peale selle võib tekkida küsimus, milles seisneb GDA huvi konkurentsi seisukohast diskrimineerivate hindade kehtestamises ühe oma kliendi väljatõrjumiseks või tema konkurentsiolukorra nõrgendamiseks. Kuna tal ei ole mingit omahuvi kaitsta end järgneval turul, kus tegutsevad MEO ja NOS, näib, et tema ainus huvi seisneb selles, et muuta nende teenuseosutajatega individuaalselt ja kahepoolselt kokku lepitud hindade kehtestamisega oma tulusid dünaamilisemaks.

55. Kui mingi üksus saab käesoleval juhul võimalikust järgneval turul toimuvast diskrimineerimisest konkurentsi seisukohast kasu, siis võib see olla ettevõtja, kes on saanud kasu väidetavalt madalamatest hindadest, käesoleval juhul NOS. Mul on seevastu raske näha, mille poolest võib niisugune erinevate hindade kohaldamine GDA-le otseselt või kaudselt kasuks tulla. Käsitlen seda aspekti lähemalt oma edasises arutluskäigus.

56. Teiseks tekib mul eespool esitatud kaalutluste jätkuks küsimus, kas käesoleval juhul on tõepoolest tegu „võrdväärsete tehingutega“ „erinevatel tingimustel“ ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c tähenduses – ja seega pigem „diskrimineerimise“ kui objektiivse „diferentseerimisega“ – MEO-le ja NOSile autoriõigusega kaasnevate õiguste osas litsentside pakkumise raames.

57. Nagu kohtupraktikast nähtub, tuleb tehingute võrdväärsuse kindlaksmääramisel arvesse võtta kõiki valitsevaid turutingimusi[11]. Need tingimused hõlmavad eeskätt ajalist aspekti, kuna teatava teenuse osutamiseks kindlaks määratud hind võib aja jooksul muutuda, arvestades *turutingimusi ja hinnakujunduseks kasutatud kriteeriumeid*. Teisisõnu võib asjaolu, et sooritused tehakse eri aegadel, välistada tehingute võrdväärsuse[12].

58. Peale selle nähtub Euroopa Kohtule esitatud dokumentidest, et hinnakujundus ja muud lepingutingimused seoses autoriõigusega kaasnevate õigustega, mida GDA turustab, sõltuvad õigusnormidest, mis kohustavad pooli kokkuleppe puudumise korral kasutama vahekohut. Niisugusel juhul – ja nagu see oli MEO-lt nõutud hindade puhul – GDA üksnes kohaldab vahekohtu otsuses kindlaksmääratud hindu. Minu arvates määrati hinnad, mida GDA kohaldab vastavalt MEO ja NOSi suhtes, seega kindlaks *a priori* erinevates tingimustes.

59. Lõppkokkuvõttes ilmneb, et põhikohtuasjale on iseloomulik ELTL artikli 102 kohaldatavuse suhtes teatud hulk küsitavusi, mis lähevad pelgalt „ebasoodsa konkurentsiolukorra“ kindlaksmääramise küsimusest kaugemale. On nimelt väga delikaatne karistada ettevõtjat väidetava turgu valitseva seisundi kuritarvitamise eest seetõttu, et ta on kohaldanud oma partneritele järgneval turul erinevaid hindu, samas kui ta sellel turul ei tegutse ja nende partnerite vaheline konkurents on talle otseselt kasuks. Nende küsitavuste tõttu on seda enam põhjendatud toimida vaidlusaluse erinevate hindade kohaldamise analüüsimisel ettevaatlikult.

9 Selle määratluse võttis Euroopa Kohus kasutusele väga varakult (vt kohtuotsused, 14.2.1978, United Brands ja United Brands Continentaal *vs.* komisjon, 27/76, EU:C:1978:22, punkt 65, ja 13.2.1979, Hoffmann-La Roche *vs.* komisjon, 85/76, EU:C:1979:36, punkt 38). Seda on kohtupraktikas pidevalt meelde tuletatud, eeskätt kõige uuemas (vt eelkõige kohtuotsused, 14.10.2010, Deutsche Telekom *vs.* komisjon, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkt 170, ja 17.2.2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punktid 23 ja 79).

10 Vt komisjoni teatis 97/C 372/03 asjakohase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsiõiguse kohaldamisel (EÜT 1997, C 372, lk 5).

11 Vt eelkõige kohtuotsused, 9.9.2009, Clearstream *vs.* komisjon (T-301/04, EU:T:2009:317, punktid 169–190), ja 7.10.1999, Irish Sugar *vs.* komisjon (T-228/97, EU:T:1999:246, punkt 64).

12 Vt selle kohta eelkõige O'Donoghue, R., ja Padilla, J., *The Law and Economics of article 102 TFEU*, 2nd edition, Hart Publishing, Oxford, 2013 lk 795; Geradin, D., ja Petit, N., „Price discrimination under EC competition law“, *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket 2005, lk 23 (www.konkurrensverket.se/en/research/seminars/the-pros-and-cons/price-discrimination).

Erinevate hindade kohaldamine on seisundi kuritarvitamine üksnes juhul, kui see tekitab ebasoodsa konkurentsiolukorra, mis eeldab sellise teguviisi mõju konkreetset analüüsimist kõikide asjasse puutuvate asjaolude seisukohast

60. Isegi kui oletada – mida kontrollida on eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne –, et käesoleva juhtumi asjaoludest tuleneb ühelt poolt, et GDA on asjaomast hulgimüügiturgu valitsevas seisundis, ja teiselt poolt, et vaidlusalust tegevust tuleb käsitada võrdväärsete soorituste erineva kohtlemisena, näib tingimata nõutav, et konkurentsiasutus tõendaks, et selle moonutusega pannakse teatavad kaubanduspartnerid *ebasoodsasse konkurentsiolukorda*. Niisuguse ebasoodsa olukorra olemasolu ei või mingil juhul eeldada, vaid see nõuab igal juhul ja eriti „teise tasandi" hinnadiskrimineerimise korral vaidlusaluse teguviisi mõju analüüsimist kõiki konkreetse juhtumi asjaolusid arvestades.

Hinnadiskrimineerimine ei ole konkurentsiõiguse seisukohast iseenesest problemaatiline

61. Üldiselt on oluline meelde tuletada, et diskrimineerimine, sealhulgas diskrimineerimine hindade kehtestamisel, ei ole iseenesest konkurentsiõiguse seisukohast problemaatiline. Selle põhjuseks on, et hinnadiskrimineerimine ei ole alati konkurentsi kahjustav. Pigem vastupidi, nagu sellest annavad tunnistust eelkõige (asjatud) ametlikud katsed Ühendriikides muuta 1936. aasta *Robinson-Patman Act* 'is[13] sisalduvat õigusnormi, millega selline diskrimineerimine püütakse keelata, võib lihtne hinnadiskrimineerimise ärakeelamine osutuda majandusliku tõhususe ja tarbija heaolu seisukohast kahjulikuks.

62. On nimelt kindel, et diskrimineerimisel ja eelkõige erinevate hindade kohaldamisel on konkurentsi seisukohast vastakad mõjud. Niisuguse teguviisi tagajärjeks võib olla majandusliku tõhususe ja sel viisil tarbijate heaolu suurendamine, mis on eesmärgid, mida ei tohiks minu arvates unustada, kui tegu on konkurentsieeskirjade kohaldamisega, ja mis igal juhul erinevad õiglusega seotud kaalutlustest. Nagu Euroopa Kohus on korduvalt otsustanud, on konkurentsieeskirjade eesmärk kaitsta konkurentsi, mitte konkurente[14].

63. Olgu siis keelatud kokkuleppeid või turgu valitseva seisundi kuritarvitamist reguleeriva õiguse aspektist, peaks hinnadiskrimineerimise eest olema võimalik karistada ainult tingimusel, et see tekitab tegelikku või võimalikku konkurentsivastast mõju. Niisuguse mõju tuvastamist ei või segi ajada tuntava või koguni tekkiva ebasoodsama olukorraga ettevõtjate jaoks, kellele on kehtestatud kauba või teenuse ostmiseks kõige kõrgemad hinnad. Samuti võib asjaolu, et ettevõtjale on kehtestatud kauba või teenuse ostmiseks kõrgem hind kui ühele või mitmele temaga konkureerivale ettevõtjale, kvalifitseerida ebasoodsaks olukorraks, kuid sellega ei kaasne tingimata „ebasoodsat konkurentsiolukorda".

64. Seega, isegi kui oletada, et ettevõtjale on kehtestatud kõrgemad hinnad kui teistele ettevõtjatele ja et teda seetõttu diskrimineeritakse (või ta leiab, et teda diskrimineeritakse), saab seda teguviisi käsitada selle õigusnormi seisukohast vaid juhul, kui on tõendatud, et see piirab konkurentsi või kahjustab tarbijate heaolu.

65. Valitseva seisundi kuritarvitamist reguleerivas õiguses võimaldab hinnadiskrimineerimine niisuguses seisundis ettevõtjal eeskätt pakkuda oma kaupu ja teenuseid suuremale hulgale tarbijatele, näiteks väiksema ostujõuga tarbijaile. Samamoodi on isegi turgu valitsevas seisundis ettevõtja kliendil põhimõtteliselt stiimul müüa rohkem, et saada kasutada „püsikliendi" soodushinda, ja selle tulemuse

13 Vt eelkõige US Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007, IV.a peatükk: „The Robinson-Patman Act", kättesaadav veebisaidil http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. US Antitrust Modernization Commission (Ameerika kartellidevastase moderniseerimise komisjon, Ühendriigid) tegi 2007. aastal ka edutult ettepaneku seda õigusnormi muuta. Vt uuema analüüsi kohta ka Kirkwood, J. B., „Reforming the Robinson-Patman Act to Serve Consumers and Control Powerful Buyers", *The Antitrust Bulletin*, kd 60, nr 4, 2015, lk 358–383.

14 Vt selle kohta hinnaalanduste kohaldamise asjus minu ettepanek kohtuasjas Intel Corporation *vs.* komisjon (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punkt 41).

saavutamiseks julgustatakse teda omakorda oma hindu langetama ja seega oma kasumimarginaali vähendama, mis lõpuks omab positiivset mõju tarbijale. Selles kontekstis tuleb rõhutada, et ettevõtjate võime kasutada oma läbirääkimisjõudu, et saada parimad tariifitingimused ja vähendada oma kulusid, on oluline konkurentsiparameeter [15]. Lõppkokkuvõttes võib erinevate hindade kohaldamine olla oluline konkurentsi stimuleerimise vahend.

66. Mis puutub konkreetsemalt sellesse, kas ühe ettevõtja hinnadiskrimineerimine tema „kaubanduspartnerite" suhtes, kes on üldjuhul tema kliendid järgneval turul, võib olla turgu valitseva seisundi kuritarvitamine, siis tuletan meelde, et ELTL artikli 102 teise lõigu punktiga c on turgu valitsevas seisundis ettevõtjatel sõnaselgelt keelatud kohaldada nendele partneritele võrdväärsete soorituste puhul erinevaid tingimusi, „pannes [nad] sellega ebasoodsasse konkurentsiolukorda".

67. Vastupidi sellele, mida võiks pealiskaudsest analüüsist järeldada, ei sunni ELTL artikli 102 teise lõigu punkt c monopoolses või turgu valitsevas seisundis ettevõtjaid kohaldama oma kaubanduspartneritele ühetaolisi tariife.

68. Nii nähtub selle õigusnormi sõnastusest endast, et turgu valitsevas seisundis ettevõtja hinnadiskrimineerimine tema kaubanduspartnerite suhtes võib olla turgu valitseva seisundi kuritarvitamisena keelatud, *kui ja ainult siis, kui* see diskrimineerimine *moonutab nende partnerite vahelist konkurentsi*.

69. Lõppkokkuvõttes nõuab selle õigusnormi range kohaldamine ühelt poolt, et tuleb tuvastada, et kaubanduspartnerite ja turgu valitsevas seisundis ettevõtja vahel on konkurentsisuhe, ning teiselt poolt, et tuleb tõendada, et selle ettevõtja tegevus konkreetselt moonutab konkurentsi asjaomaste ettevõtjate vahel [16]. Annan üksikasjalikuma käsitluse järgnevas arutluskäigus.

Teise tasandi hinnadiskrimineerimise suhtes võib ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c kohaldada ainult pärast selle analüüsimist konkreetse juhtumi kõikide asjaolude seisukohast

70. Nii konkurentsiasutuste otsustuspraktikas kui ka Euroopa Kohtu uuemas kohtupraktikas [17] on järk-järgult kehtestatud seisukoht, et kui küsimus on ettevõtja tegevuse analüüsimises ELTL artikli 102 aspektist, ei või konkurentsipiirangu olemasolu eeldada. Selleks, et järeldada, et niisugune piirang on olemas, tuleb igal juhul analüüsida etteheidetava meetme tegelikku või potentsiaalset mõju, arvestades kõiki juhtumi asjaolusid.

71. Hinnadiskrimineerimise puhul erineb analüüs, mida tuleb teha, oluliselt, olenevalt sellest, kas tegu on „esimese tasandi" või „teise tasandi" diskrimineerimisega.

72. *Esimese tasandi diskrimineerimisena* mõistetakse skemaatiliselt seda, mis toimub turgu valitsevas seisundis ettevõtja konkurentide suhtes. See tähendab üldjuhul hinnadiskrimineerimist, mis on mõeldud teatavate konkureerivate ettevõtjate klientide ligi tõmbamiseks, nagu väga madalad hinnad, diferentseeritud hinnaalandused või veel kasumimarginaali kokkusurumine. See puudutab üldisemalt mis tahes hinnapoliitikat, mille eesmärk on turgu valitsevas seisundis ettevõtjaga samal turul ja samal tasandil (vertikaalsel tasandil) tegutsevad ettevõtjad turult välja tõrjuda või nõrgendada nende konkurentsiolukorda.

73. See esimese tasandi hinnadiskrimineerimine on vahetu turult väljatõrjumise mõju tõttu, mis võib sellega kaasneda, see, millega tuleb konkurentsiasutustel ja kohtutel üldiselt tegeleda.

15 Seepärast võiks see, kui ettevõtjat kohustataks kohtlema kõiki tema kaubanduspartnereid võrdselt, anda konkurentsivastased tulemused (vt Bulmash, H., „An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations", *Journal of Competition Law & Economics*, kd 8, nr 2, 2012, lk 361–397).

16 Vt selle kohta kohtujuristi ettepanek, Kokott, kohtuasi British Airways *vs.* komisjon (C-95/04 P, EU:C:2006:133, punktid 104 ja 105).

17 Vt eelkõige kohtuotsus, 6.9.2017, Intel *vs.* komisjon (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punktid 133–147).

74. *Teise tasandi diskrimineerimine*, mida on peamiselt silmas peetud ELTL artikli 102 teise lõigu punktis c, puudutab diskrimineerimist, mis kahjustab selle ettevõtja „kaubanduspartnereid“ järgneval või eelneval turul. See tähendab eelkõige juhtusid, kus turgu valitsevas seisundis ettevõtja otsustab kohaldada oma klientidele, see tähendab üksustele, kes ei ole temaga otseselt konkurentsisuhtes, erinevaid hindu. Selle sättega on soovitud keelata, et turgu valitsevas seisundis ettevõtja kaubanduslik tegevus moonutab konkurentsi eelneval või järgneval turul, see tähendab konkurentsi selle ettevõtja tarnijate või klientide vahel. Nimetatud ettevõtja lepingupartnereid ei tohi nende omavahelises konkurentsis soodsamasse ega ebasoodsamasse olukorda asetada [18].

75. Selle viimast tüüpi diskrimineerimise puhul ei ole turult väljatõrjuv mõju ja konkurentsiprotsessi piirav mõju alati ilmne. Hoopis vastupidi, eelneval turul tegutsev ettevõtja saab järgneval turul toimivast konkurentsist põhimõtteliselt suurt kasu.

76. Minu arvates ja nagu on märgitud ka arvukates õigusalastes uurimustes, tuleb sellise hinnadiskrimineerimise analüüsimisel ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c kohaldamiseks, nagu see, mis on kõne all käesoleval juhul, teha kohe algusest peale vahet vertikaalselt integreeritud ettevõtjatel, kellel on seega huvi konkurendid järgnevalt turult kõrvaldada, ja ettevõtjatel, kellel seda huvi ei ole.

77. Kui ettevõtja on vertikaalselt integreeritud, sarnaneb turgu valitsevas seisundis ettevõtja poolt eelneval või järgneval turul diskrimineerivate hindade kohaldamine tegelikult esimese tasandi diskrimineerimisega, mis kahjustab kaudselt selle ettevõtja konkurente. Niisuguse diskrimineerimise tagajärjeks võib olla turgu valitsevas seisundis ettevõtja konkurentide nõrgestamine järgneval turul.

78. Kohtuasi, milles tehti kohtuotsus Deutsche Bahn *vs*. komisjon, [19] on heaks näiteks konkurentsi piiravast mõjust, mida võib tekitada ühtaegu nii esimese kui ka teise tasandi hinnadiskrimineerimine vertikaalselt integreeritud ettevõtja poolt. Kohaldades niinimetatud läänemarsruutidel konteinerveoettevõtjatele raudteetaristu kasutamisega seonduvate võrdväärsete soorituste eest erinevaid tariife, oli Deutsche Bahn AG paratamatult pannud oma kaubanduspartnerid *iseenda ja oma tütarettevõtjaga võrreldes ebasoodsasse konkurentsiolukorda* [20].

79. Seevastu, kui turgu valitsevas seisundis ettevõtja ei ole vertikaalselt integreeritud ja välja arvatud juhud, kus on tegu avalik-õiguslike üksuste tegevusega, mis põhjustab enam või vähem otseselt geograafilist eraldatust või kodakondsuse alusel diskrimineerimist [21], on õigustatud küsimus, mis kasu kavatseb see ettevõtja saada diskrimineerimisest, selleks et seada üks oma kaubanduspartneritest järgneval turul ebasoodsasse olukorda. Niisuguse ettevõtja huvides on nimelt see, et see turg oleks väga konkurentsivõimeline, et säilitada oma läbirääkimisjõud asjaomaste kaupade või teenuste müüjana. Juhul, kus – nagu põhikohtuasjas – turgu valitsevas seisundis ettevõtja ei konkureeri oma klientidega järgneval turul, ei ole kerge kindlaks määrata põhjuseid, mis sunniksid seda ettevõtjat kohaldama diskrimineerivaid hindu, peale oma klientide otsese ärakasutamise soovi. Sellise ettevõtja puhul näib seega väheratsionaalne vähendada oma kaubanduspartnerite vahel olemasolevat konkurentsisurvet järgneval turul.

80. See seletab väga kindlasti, et sellised kohtuasjad, mis käsitlevad „puhtalt“ *teise tasandi diskrimineerimist*, nimelt olukordi, kus turgu valitsevas seisundis ettevõtjal (kes ei ole vertikaalselt integreeritud) ei ole esmapilgul mingit huvi oma partnereid järgnevalt turult välja tõrjuda, ja nagu on kõne all põhikohtuasjas, on äärmiselt haruldased [22].

18 Vt kohtuotsus, 15.3.2007, British Airways *vs*. komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 143).

19 Kohtuotsus, 21.10.1997 (T-229/94, EU:T:1997:155), mida kinnitati kohtumäärusega, 27.4.1999, Deutsche Bahn *vs*. komisjon (C-436/97 P, EU:C:1999:205).

20 Kohtuotsus, 21.10.1997, Deutsche Bahn *vs*. komisjon (T-229/94, EU:T:1997:155, punkt 93).

21 Vt selle kohta kohtuotsused, 29.3.2001, Portugal *vs*. komisjon (C-163/99, EU:C:2001:189, punktid 46 ja 66), ja 17.5.1994, Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195, punktid 43–45).

22 Vt 21. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjad. Vt ka kohtuotsus, 11.12.2008, Kanal 5 ja TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

81. Peale selle tuleb märkida, et nende väheste kohtuasjade analüüsimisel, mida Euroopa Kohus on arutanud, on kaalutlused ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c kohaldatavuse kohta eriti lakoonilised ega võimalda igal juhul järeldada selgeid tõlgendussuuniseid selle sätte tähenduses „ebasoodsa konkurentsiolukorra“ kindlakstegemiseks.

82. Siinkohal väärib märkimist kohtuotsus Kanal 5 ja TV 4[23], mis käsitleb kokkuvõttes käesoleva asjaga sarnast juhtumit. Selle kohtuasja ese oli kohtuvaidlus ühelt poolt Kanal 5 Ltd ja TV 4 AB ning teiselt poolt Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa (muusikaga seonduvate autoriõiguste kollektiivse haldamise ühing, Rootsi) vahel autoriõigustega kaitstud muusikateoste telelevi hinnakirja asjus, mida see ühing kohaldas.

83. Euroopa Kohus, kellel paluti kindlaks määrata, kas asjaolu, et autoriõiguste kollektiivse haldamise ühing arvutab autoriõigustega kaitstud muusikateoste telelevi eest tasuks nõutavad hinnad erinevalt selle järgi, kas tegu on eraõiguslike teleleviühingutega või avalikku teenust osutavate äriühingutega, on EÜ artikli 82 teise lõigu punkti c [nüüd ELTL artikli 102 teise lõigu punkt c] rikkumine, ei otsustanud tegelikult selle hinnadiskrimineerimise ja järgmisel turul võimalikult täheldatud ebasoodsa konkurentsiolukorra vahelise seose üle. Ta tuletas pealegi meelde, et eelotsusetaotluse esitanud kohtul tuli selle õigusnormi kohaldamiseks teha teatud hulk kontrolle.

84. Sellega seoses tuleb samuti märkida, et komisjoni ja Euroopa Liidu kohtute lähenemisviis on sageli kohaldada seda õigusnormi esimese tasandi diskrimineerimise olukorra suhtes, see tähendab olukorra suhtes, kus ei ole tõendatud, et esineb „ebasoodus konkurentsiolukord“; see on loomulikult pälvinud mõningast õigusteadlaste kriitikat, kes leiavad, et selle õigusnormi sõnastusest sõnaselgelt tulenevaid tingimusi tuleks rangemini kohaldada[24]. Mõned kommenteerijad kutsuvad nii üles järgima ELTL artikli 102 teise lõigu punktis c osutatud hinnadiskrimineerimise suhtes rangemat käsitlusviisi või soovitavad selles kontekstis kõikide asjasse puutuvate asjaolude juhtumipõhist analüüsimist[25].

85. Peale selle, kui Euroopa Kohtul tuli täpsustada selle õigusnormi tähenduses ebasoodsa konkurentsiolukorra tuvastamisele esitatavate nõuete ulatust, rõhutas ta kohtuasjas British Airways *vs.* komisjon[26], millest lähtutakse hinnadiskrimineerimise analüüsimisel ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c aspektist, järgmist: „selleks, et [ELTL] artikli [102] teise lõigu punkti c kohaldamise tingimused oleksid täidetud, [tuleb] tuvastada, et turgu valitseva seisundiga ettevõtja tegevus turul ei ole mitte ainult diskrimineeriv, vaid et see võib ka kahjustada seda konkurentsisuhet, st takistada kõnealuse ettevõtja osade kaubanduspartnerite konkurentsiolukorda võrreldes teistega“.

86. Kuigi, nagu Euroopa Kohus täpsustas, miski ei takista seega seda, et nende kaubanduspartnerite diskrimineerimist, kes ei ole omavahel konkurentsisuhtes, võiks pidada kuritarvitamiseks, tuleb veel tõendada, et turgu valitsevas seisundis ettevõtja tegevus võib „juhtumi asjaolusid tervikuna arvesse võttes“ viia nende kaubanduspartnerite vahelise konkurentsi moonutamiseni[27].

87. Teisisõnu ei saa ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c tõlgendada nii, et see kohustab ettevõtjat, kes on konkreetset turgu valitsevas seisundis, rakendama kõikidel asjaoludel ja sõltumata selle analüüsist, kuidas mõjutab etteheidetav tegevus konkurentsi, oma kaubanduspartnerite suhtes ühetaolisi hindu.

23 Kohtuotsus, 11.12.2008 (C-52/07, EU:C:2008:703).

24 Vt eelkõige Perrot, A., „Towards an effects-based approach of price discrimination“, *The Pros and Cons of Price Discrimination*, *op. cit*, eelkõige lk 166 jj.

25 Vt eelmises joonealuses märkuses viidatud artikkel. Vt ka Geradin, D., ja Petit, N., „Price Discrimination under EC competition law: The Need for a case-by-case approach”, *Global Competition Law Centre Working Paper* 07/05, lk 45 ja 46.

26 Kohtuotsus, 15.3.2007, British Airways *vs.* komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 144).

27 Kohtuotsus, 15.3.2007, British Airways *vs.* komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 145).

88. Vajadus arvesse võtta „juhtumi asjaolusid tervikuna“ on seega hinnadiskrimineerimise hindamise raames fundamentaalse tähtsusega. ELTL artikli 102 teise lõigu punktist c ei saa mingil juhul järeldada, et see tekitab igal juhul „ebasoodsa konkurentsiolukorra“.

89. Kohtuotsuse Clearstream *vs*. komisjon [28] kohta, millele viitab eelotsusetaotluse esitanud kohus oma küsimuste sõnastuses sõnaselgelt, märgin, et selles kohtuotsuses pidas Üldkohus õigeks piirduda oma analüüsis konkreetse juhtumiga, mis talle väidetavalt esitati. Nagu selle kohtuotsuse punktist 192 nähtub, tuletas Üldkohus meelde põhimõtet, et „selleks, et [ELTL] artikli [102] teise lõigu punkti c kohaldamise tingimused oleksid täidetud, [tuleb] tuvastada, et turgu valitseva seisundiga ettevõtja tegevus turul on mitte ainult diskrimineeriv, *vaid et see võib ka kahjustada seda konkurentsisuhet*“ (kohtujuristi kursiiv).

90. Igal juhul, isegi kui oletada, et Üldkohtu sellest otsusest võiks järeldada, et selles sedastati eeldus, et hinnadiskrimineerimine tekitab niisuguse ebasoodsama olukorra, tuleb juhtida tähelepanu sellele, et see Üldkohtu otsus, mida pealegi Euroopa Kohus ei kinnitanud, kuna selle peale ei esitatud apellatsioonkaebust, on mõneti iganenud.

91. Minu arvates tehti see kohtuotsus ajal, mil võis veel vaielda selle käsitlusviisi lähtepunkti üle – kas ese (formaalne) või mõju –, mida tuli järgida ettevõtjate niisuguse tegevuse analüüsimisel, mille puhul väidetakse, et see on turgu valitseva seisundi kuritarvitamine.

92. Lõpuks näib mulle oluline täpsustada, et ebasoodsa konkurentsiolukorra tõendamine on erinev selle tõenäosuse hindamisest, et ettevõtja niisugune tegevus, mis võib olemuslikult avaldada turult väljatõrjuvat mõju, tegelikult piirab konkurentsi ja eeskätt avaldab etteheidetavat väljatõrjuvat mõju [29]. Selle nõude eesmärk on ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c kohaldamiseks tagada konkreetselt, et ettevõtjapoolne tema kaubanduspartnerite hinnadiskrimineerimine, mis eraldivõetuna ei saa olla konkurentsi seisukohast problemaatiline, tekitab lõpuks ebasoodsa konkurentsiolukorra.

93. Nagu mul on olnud võimalus rõhutada, [30] on üldiselt hinnadiskrimineerimist raske analüüsida ELTL artikli 102 aspektist formalistlikult ja süstematiseerivalt. Eelkõige tuleb küsimust, kas hinnadiskrimineerimine turgu valitsevas seisundis ettevõtja poolt konkreetsel turul võib konkreetselt mõjutada konkurentsi eelneval või järgneval turul, analüüsida ülimalt juhtumipõhiselt.

Ebasoodsa konkurentsiolukorra tuvastamine nõuab, et lisaks võimalikule diskrimineerimisele oleks konkreetselt tõendatud, et esineb ebasoodus konkurentsiolukord

94. Vastupidi sellele, mis näib tulenevalt MEO seisukohast käesolevas menetluses, arvan, et hinnadiskrimineerimisega ei kaasne paratamatult „ebasoodne konkurentsiolukord“ ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c tähenduses.

95. Minu arvates lähtub niisugune hinnang „ebasoodsa konkurentsiolukorra“ ja „konkurentide vahelise ebasoodsa olukorra“ või koguni lihtsalt ebasoodsa olukorra hindamise omavahel segi ajamisest.

96. Selleks, et tuvastada ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c tähenduses „ebasoodne konkurentsiolukord“, peab kõnealusel teguviisil lisaks hinnadiskrimineerimisest eraldivõetuna tingitud ebasoodsale olukorrale olema konkreetne mõju väidetavalt diskrimineeritava ettevõtja konkurentsiolukorrale.

28 Kohtuotsus, 9.9.2009 (T-301/04, EU:T:2009:317, punkt 194). Üldkohus otsustas, et „[k]äesolevas asjas ei saanud kaubanduspartnerile võrdväärsete teenuste eest erinevate hindade kohaldamine, mis toimus pidevalt viie aasta jooksul ja mida tegi ettevõtja, kellele kuulub turustusahelas eelneval turul tegelik monopol, jätta kõnealusele kaubanduspartnerile tekitamata ebasoodsat konkurentsiolukorda“.

29 Vt selle kohta kohtuotsus, 6.9.2017, Intel *vs*. komisjon (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punktid 138–141).

30 Vt eelkõige minu ettepanek kohtuasjas Intel Corporation *vs*. komisjon (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punkt 73 jj).

97. Teisisõnu on vaja, et tekitatud ebasoodne olukord oleks piisavalt oluline selleks, et see mõjutaks diskrimineeritava ettevõtja konkurentsiolukorda. Seega on vaja tõendada, et diskrimineerivad hinnad kalduvad moonutama kaubanduspartnerite omavahelist konkurentsisuhet järgneval turul.

98. Niisugune analüüs nõuab, et konkurentsiasutus võtaks arvesse kõiki talle lahendada antud juhtumi asjaolusid. Hinnadiskrimineerimine seab turgu valitsevas seisundis äriühingu kliendid ebasoodsasse konkurentsiolukorda, kui see võib konkreetselt mõjuda kahjulikult konkurentsile turul, kus tema kliendid tegutsevad. Selles kontekstis konkurentsimoonutuse kindlakstegemiseks ei või seega piirduda ainult diskrimineerimise mõju hindamisega konkreetse kaubanduspartneri tasandil.

99. Tuleb eeskätt analüüsida, kas vaidlusalune hinnadiskrimineerimine mõjutab negatiivselt ebasoodsasse olukorda seatud kaubanduspartnerite võimet avaldada tõhusat konkurentsisurvet soodsas olukorras kaubanduspartneritele.

100. Euroopa Kohtu praktika kohaselt ei ole küll nõutav tõendada, et turgu valitsevas seisundis ettevõtja tegevus on põhjustanud ühe või mitme kaubanduspartneri konkurentsiolukorra koguseliselt määratletava tegeliku halvenemise,[31] või tõendada, et konkurentsivastane mõju turule, kus kaubanduspartnerid konkureerivad, on „tuntav“, kuna konkreetse tuntavuse (*de minimis*) läve kehtestamine ei ole turgu valitseva seisundi kuritarvitamise kindlaksmääramiseks õigustatud[32].

101. Sellegipoolest ei saa diskrimineerimisest iseenesest tingitud lihtsalt „ebasoodsat olukorda“ – kui just mitte eirata ELTL artikli 102 teise lõigu punktis c selgelt sätestatud tingimusi – segi ajada „ebasoodsa konkurentsiolukorraga“, mis peab tekkima turul, kus turgu valitsevas seisundis ettevõtja kaubanduspartnerid tegutsevad, käesoleval juhul autoriõigusega kaasnevate õiguste järgneval turul.

102. Siinkohal tuleb minu arvates vahet teha konkurentsivastasel tegevusel, mis kujutab endast sellele olemuslikku kahjulikkust arvestades konkurentsipiirangut, ja tegevusel, nagu teise tasandi erinevate hindade kohaldamine, mida teostab turgu valitsevas seisundis ettevõtja, kes ei ole vertikaalselt integreeritud, mille konkreetseid tagajärgi tuleb põhjalikumalt analüüsida, et järeldada, kas esineb konkurentsipiirang.

103. Siin ei ole tegu konkurentsipiirangute jaotamisega selle järgi, kas need on vähese tähtsusega või mitte – mis õigustaks miinimumläve kehtestamist, mis on ELTL artikli 102 raames põhimõtteliselt välistatud. Tegu on pigem tegeliku konkurentsipiirangu kindlakstegemisega, mis on hinnadiskrimineerimisest selgelt eraldiseisev ja peab esinema sellele lisaks.

104. Seega võib asjaolu, et ühele nendest kaubanduspartneritest kehtestatakse kõrgem hind, äärmisel juhul mõjutada selle ettevõtja kulusid ja väga hüpoteetiliselt selle ettevõtja tulusust ja oodatavat kasumit. See ei tähenda aga, et vaidlusalune hinnadiskrimineerimine mõjutaks konkurentsitaset järgneval turul. Nagu GDA oma kirjalikes seisukohtades väga õigesti rõhutas, on tulusus ja konkurentsivõime kaks täiesti eri asja.

105. Sellest tuleneb minu arvates, et võimalik erinev kohtlemine, mis konkurentsi ei mõjuta või millel on väga vähese tähtsusega mõju, ei ole turgu valitseva seisundi kuritarvitamine ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c tähenduses[33].

31 Vt kohtuotsus, 15.3.2007, British Airways *vs.* komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 145).

32 Vt kohtuotsus, 6.10.2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, punkt 73).

33 Vt selle kohta ja selles valdkonnas vastanduvate eri käsitlusviiside ühitamiseks, O'Donoghue, R., ja Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, *op. cit*, lk 802 ja 803.

106. Ebasoodsa konkurentsiolukorra olemasolu tuleb tuvastada, analüüsides etteheidetava teguviisi tegelikke või potentsiaalseid tagajärgi *kõigi asjasse puutuvate asjaolude* seisukohast seoses asjaomaste tehingutega, nagu ka selle turu iseloomulike tunnustega, millel turgu valitsevas seisundis ettevõtja kaubanduspartnerid tegutsevad.

107. Hinnadiskrimineerimise konkurentsi moonutava või turult väljatõrjuva mõju analüüsimiseks tuleb kõigepealt suurt tähelepanu pöörata vaidlusaluse erinevate hindade kohaldamise tegelikkusele ja suhtelisele tähtsusele.

108. Seejärel tuleb tähtsust omistada ka turgu valitsevas seisundis ettevõtja pakutavate kaupade või teenuste kulude suuruse analüüsimisele väidetavalt ebasoodsasse olukorda seatud partneri(te) kogukulude suhtes.

109. Juhul kui turgu valitsevas seisundis ettevõtja kehtestatud hind moodustab olulise osa ebasoodsasse olukorda seatud kliendi kogukuludest, võib hinnadiskrimineerimisel olla mõju mitte ainult selle kliendi tegevuse tulususele, vaid ka tema konkurentsiolukorrale [34].

110. Seevastu juhul, kus turgu valitsevas seisundis ettevõtja kehtestatud hindade suhteline osakaal on tähtsusetu, ei saa need ebasoodsasse olukorda seatud kliendi konkurentsiolukorda mõjutada.

111. Kui käesoleva kohtuasja juurde tagasi tulla, siis konkurentsiamet tuvastas, et need kulud ei ole olulised. Selle asutuse otsuse punktis 67 on nimelt märgitud, et 23. juunil 2015 MEO esitatud andmete põhjal tuleb järeldada, et ajavahemikul 1. jaanuarist 2010 kuni 31. detsembrini 2013 moodustasid summad, mida MEO aastas GDA-le kõnealuse hulgimüügiteenuse raames maksis, väikese protsendi MEO kuludest tasulise televisiooni signaalile juurdepääsu jaemüügiteenuse pakkumise raames ja kaduvväikese osa MEO kasumist selle jaemüügiteenuse pakkumise raames. Kuna GDA poolt autoriõigusega kaasnevate õigustega seoses kohaldatava hinna suhteline osakaal oli konkurentsiameti arvates tähtsusetu, on raske mõista, mille poolest võisid GDA kohaldatavad erinevad hinnad nende tähtsuse tõttu kahjustada MEO konkurentsiolukorda ja seega tekitada ebasoodsa konkurentsiolukorra.

Lõppmärkused konkurentsiasutuse rolli kohta, kui talle esitatakse kaebus

112. Käesoleval juhul ja kuigi lõppkokkuvõttes on ainult eelotsusetaotluse esitanud kohus pädev kõiki juhtumi asjaolusid arvestades kontrollima, mille poolest tekitas vaidlusalune erinevate hindade kohaldamine ebasoodsa konkurentsiolukorra, näib mulle seega, et konkurentsiamet ei teinud viga, kui ta analüüsis, kas MEO-le ja NOSile kohaldatud erinevad hinnad võisid majanduslikust aspektist mõjutada MEO konkurentsivõimet võrreldes NOSiga.

113. Peale selle ja lõppmärkustena on minu arvates oluline meelde tuletada, et kui konkurentsiasutusele esitatakse kaebus väidetava turgu valitseva seisundi kuritarvitamise kohta, mis on tingitud eeskätt sellisest teise tasandi hinnadiskrimineerimisest, nagu on kõne all käesolevas asjas, siis peab ta tähelepanelikult uurima *faktilisi ja õiguslikke asjaolusid, millest kaebuse esitaja teda teavitab*, ning otsustama põhimõtteliselt mõistliku tähtaja jooksul, kas algatada rikkumise tuvastamise menetlus, lükata kaebus tagasi menetlust algatamata või lõpetada kaebuse menetlemine [35].

34 Vt eelkõige komisjoni valitud analüüs otsuses Soda-Ash *vs.* Solvay (komisjoni 19. detsembri 1990. aasta otsus 91/299/EMÜ EMÜ asutamislepingu artikli 86 kohaldamise menetluses (IV/33.133-C: Naatriumkarbonaat – Solvay), EÜT 1991, L 152, lk 21, punkt 64), milles tuvastati, et vaidlusalusel hinnadiskrimineerimisel oli oluline mõju asjaomaste ettevõtjate konkurentsiolukorrale, kuna asjaomane toode võis moodustada kuni 70% klaasi valmistamiseks kasutatava toorainete segu hinnast. Selle tooraine ostuhind mõjutas seega klaasitootjate tulusust ja konkurentsivõimet.

35 Vt analoogia alusel komisjoni rolli kohta, kohtuotsus, 19.5.2011, Ryanair *vs.* komisjon (T-423/07, EU:T:2011:226, punkt 53).

114. Niisuguses kontekstis tuleb kaebuse menetlemise lõpetamise otsust põhjendada asutusele konkreetselt esitatud asjaolude tagasilükkamisega. Seevastu ei saa asutusele ette heita, kui ta teeb absoluutselt ja eeskätt konkurentsipiirangu olemasolu tõendavate konkreetsete tõendite puudumisel kindlaks põhjused, mille tõttu võib etteheidetav tegevus olla kuritarvitamine.

Ettepanek

115. Kõiki neid kaalutlusi arvestades teen ettepaneku vastata Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (konkurentsi, regulatsiooni ja järelevalve asjades pädev kohus, Portugal) küsimustele järgmiselt:

Objektiivsete tõendite täielikul puudumisel on turgu valitsevas seisundis ettevõtja poolt teatavatele oma litsentsiomanikele kõrgemate hindade kohaldamine kui teiste omanike suhtes kohaldatavad hinnad ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c tähenduses kuritarvitamine siis – ja ainult siis –, kui see teguviis seab esimesed ebasoodsasse konkurentsiolukorda võrreldes teiste omanikega, kellega need esimesed omanikud konkureerivad.

Turgu valitsevas seisundis ettevõtja kaubanduspartnerid seatakse ELTL artikli 102 teise lõigu punkti c tähenduses ebasoodsasse konkurentsiolukorda, kui võrdväärsete soorituste puhul erinevate tingimuste kohaldamine kahjustab nendest kaubanduspartneritest osade konkurentsiolukorda võrreldes teistega ja kui see järelikult moonutab konkurentsi soodsas olukorras kaubanduspartnerite ja ebasoodsas olukorras kaubanduspartnerite vahel.

Ebasoodsa konkurentsiolukorra tuvastamine eeldab, et asjaomasel turul on tuvastatud asjaomaste poolte vahelise konkurentsi moonutus, mis on eraldiseisev võimalikult tuvastatud pelgast erinevast kohtlemisest. Soovitatav analüüs ei või piirduda pelgalt formaalse automaatse järeldamisega, mis põhineb faktilistel või õiguslikel eeldustel, vaid peab hõlmama kõikide juhtumi asjaolude konkreetset analüüsi. Arvesse võib võtta eelkõige, aga mitte ainult, vaidlusaluse erinevate hindade kohaldamise laadi ja tähtsust, nagu ka asjaomaste ettevõtjate kulustruktuuri.