# KOHTUJURISTI ETTEPANEK
# JÁN MAZÁK
esitatud 2. septembril 2010[1]

## I. Asjaolud ja eelotsuse küsimused

1. Käesolevas asjas esitatud eelotsusetaotlusega on Stockholms tingsrätt (Stockholmi esimese astme kohus) (Rootsi) esitanud Euroopa Kohtule kümme küsimust ELTL-i artikli 102 (varem EÜ artikkel 82) tõlgendamise kohta seoses väidetava turgu valitseva seisundi kuritarvitamisega hinnakruvi efekti näol.[2] Eelotsusetaotlus on esitatud Rootsi sideoperaatori TeliaSonera Sverige AB (edaspidi „TeliaSonera") ja Konkurrensverketi (Riiklik Konkurentsiamet, edaspidi „konkurentsiamet") vahelises kohtuvaidluses. Konkurentsiamet palus eelotsusetaotluse esitanud kohtul 21. detsembril 2004 kohustada TeliaSonerat tasuma haldustrahvi summas 144 miljonit Rootsi krooni (praegu ligikaudu 15,1 miljonit eurot) siseriiklike konkurentsi käsitlevate õigusnormide ja ELTL-i artikli 102 rikkumise eest.

2. Kohtuasi puudutab tehnoloogilisi muudatusi, mis toimusid 1990. aastate lõpus ja 2000. aastate alguses, kui mitmed internetiteenuste lõpptarbijad Rootsis hakkasid kasutama suhteliselt aeglase andmete edastuskiirusega sissehelistamisteenusega internetiühenduse asemel erinevat liiki lairibaühendust (mis on märkimisväärselt kiirema andmete edastuskiirusega). Levinum interneti lairibaühendus sel ajal oli asümmeetriline digitaalne abonendiliin (*asymetric digital subscriber line*) tavatelefonivõrgu ja kaabeltelevisioonivõrgu või kohtvõrgu (*local area network*) kaudu.

3. TeliaSonera, endine Telia AB, oli pikka aega omanud metalljuhtmetel põhinevat internetiühendust, mis ulatus põhimõtteliselt kõikidesse kodumajapidamistesse Rootsis. TeliaSonera on ajalooliselt olnud tavatelefonivõrgu ettevõtja ja tal oli varem Rootsis riiklik monopol otsustamaks, missuguseid seadmeid ta oma püsivõrgus kasutab. Lisaks lairibaühenduse teenustele lõpptarbijaturul (järgneval või jaemüügiturul) pakkus TeliaSonera juurdepääsu metalljuhtmetel põhinevale internetiühendusele ehk telefonivõrgu osale

1 – Algkeel: inglise.
2 – Vt hinnakruvi määratlus allpool punktis 12.

(mis ühendas kodumajapidamisi lähima kohaliku telekommunikatsioonisüsteemide keskjaamaga) teistele ettevõtjatele (eelneval turul või võrguteenuste turul), kes lõpptarbijaturul samuti osalesid. Internetiühendust pakuti kahel viisil. TeliaSonera pakkus internetiühendust n-ö kliendiliini eraldamise abil (*local loop unbundling, LLUB*), mille korral võib ettevõtja tasu eest saada kas täieliku või jagatud juurdepääsu TeliaSonera metalljuhtmetel põhinevale internetiühendusele kooskõlas Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrusega nr 2887/2000. [3] Väidetav turgu valitseva seisundi kuritarvitamine käesolevas asjas ei puuduta aga nimetatud määrusega reguleeritud LLUB-ühendust; see käsitleb TeliaSonera poolt oma konkurentidele pakutud juurdepääsu püsivõrgule läbi ADSL-ühenduse jaoks kasutatava toote (nagu Skanova Bredband ADSL).

4. Konkurentsiamet väidab, et TeliaSonera kuritarvitas võrguteenuste turul oma turgu valitsevat seisundit, jättes ADSL-ühenduse jaoks kasutatavate toodete võrguteenuste hinna ja tarbijatele pakutavate ADSL-ühenduse teenuste jaehinna vahele vahe, mis ei ole piisav, et katta TeliaSonera täiendavaid kulusid jaemüügiturul. Tulenevalt sellest, kuidas konkurentsiamet on oma kaebuse koostanud, saab ajavahemikku 2000. aasta aprillist kuni 1. jaanuarini 2001 analüüsida üksnes konkurentsiseaduse (Konkurrenslagen (1993:20)) § 19 põhjal. Sellele järgneva ajavahemiku osas, mis kulgeb kuni 2003. aasta jaanuarini, on kohaldatavad nii konkurentsiseadus kui ka ELTL-i artikkel 102. Tele2 Sverige Aktiebolag (edaspidi „Tele2") on taotlenud luba astuda konkurentsiameti nõuete toetuseks menetlusse. [4] Eelotsusetaotlusest nähtub, et põhikohtuasja pooled on eriarvamusel mitme tähtsa ja minu arvates üliolulise faktilise asjaolu osas (näiteks selles, kuidas määratleda asjaomast turgu, kus TeliaSoneral on valitsev seisund, või isegi selles, kas TeliaSoneral on valitsev seisund). Eelotsusetaotluse esitanud kohus aga väidab, võttes arvesse siseriiklikke menetlusnorme, et Euroopa Kohtule on vaja eelotsuse küsimused esitada juba praeguses menetluse etapis. Eeskätt tuleb põhikohtuasjas tõendite hindamine ja õiguslik hinnangu andmine läbi viia samaaegselt pärast kohtuistungit toimuva kohtuliku nõupidamisega.

5. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et ka juhul, kui leitakse, et Euroopa Liidu

3 – 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).

4 – Tele2 esitas 2005. aastal Rootsis TeliaSonera vastu hagi, nõudes hüvitist ligikaudu 240 miljoni euro suuruses summas kahju eest, mis talle tekkis väidetava turgu valitseva seisundi kuritarvituse tagajärjel. Vt otsus kohtuasjas T-10956-05, Tele2 Sverige AB *vs.* TeliaSonera AB.

liikmesriikide vahelisele kaubandusele ei ole kahju tekitatud või et valitseva seisundi kuritarvitamine leidis aset ainult ajavahemikus 2000. aasta aprillist kuni 1. jaanuarini 2001, on käesolevas asjas siiski vaja eelotsust. Neil asjaoludel on eelotsusetaotluse esitanud kohus otsustanud menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised küsimused:

„1. Millistel tingimustel tuleb EÜ artikli 82 rikkumiseks pidada erinevust vertikaalselt integreeritud turgu valitseva ettevõtja poolt konkurentidele võrguteenuste turul müüdava ADSL toote müügihinna ja selle hinna vahel, millega kõnealune ettevõtja müüb seda toodet lõpptarbijaturul?

2. Kas esimesele küsimusele vastamisel on asjassepuutuvad üksnes turgu valitsevas seisundis ettevõtja poolt lõpptarbijatele kehtestatud hinnad või tuleb arvesse võtta ka konkurentide poolt lõpptarbijaturul kehtestatud hindu?

3. Kas vastust esimesele küsimusele mõjutab asjaolu, et turgu valitsevas seisundis ettevõtjal puudub seadusest tulenev kohustus tooteid võrguteenuste turul tarnida, kuid ta on otsustanud seda omal algatusel teha?

4. Kas selleks, et esimeses küsimuses kirjeldatud tegevus kujutaks endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist, peab olema tuvastatud konkurentsivastane mõju; kui jah, kuidas seda siis kindlaks teha?

5. Kas vastust esimesele küsimusele mõjutab turgu valitsevas seisundis ettevõtja turuvõim?

6. Kas selleks, et esimeses küsimuses viidatud tegevust valitseva seisundi kuritarvitamisena käsitada, peab seda tegevust teostaval ettevõttel olema turgu valitsev seisund nii võrguteenuste turul kui ka lõpptarbijaturul?

7. Kas selleks, et esimeses küsimuses viidatud tegevust käsitada valitseva seisundi kuritarvitamisena, peab turgu valitsevas seisundis ettevõtja toode või teenus võrguteenuste turul olema hädavajalik tema konkurentidele?

8. Kas vastust esimesele küsimusele mõjutab see, kas tarneid tehakse uutele klientidele?

9. Kas selleks, et esimeses küsimuses viidatud tegevust käsitada turgu valitseva seisundi kuritarvitamisena, peab turgu valitsevas seisundis ettevõtja saama talle tekkinud kahjumi hiljem tagasi teenida?

10. Kas see, et turul toimuvad suuri investeeringuid nõudvad tehnoloogilised muutused, mõjutab vastust esimesele küsimusele, näiteks mõistlike asutamiskulude osas või võimaliku vajaduse osas müüa turu kujunemisfaasis kahjumiga?"

6. Kirjalikke märkusi esitasid konkurentsiamet, TeliaSonera, Tele2, Soome ja Poola valitsus ning Euroopa Komisjon. 18. märtsil 2010 toimunud kohtuistungil esitasid nimetatud pooled, välja arvatud Soome ja Poola valitsus, suulisi märkusi.

kohtu esimesele küsimusele ülejäänud üheksale küsimusele antud vastustest. Eeskätt leian – nagu ma allpool selgitan –, et eelotsusetaotlusest nähtub, et vaidluse lahendamiseks põhikohtuasjas on eriti olulised esimene küsimus ning kolmas ja seitsmes küsimus, mistõttu keskendungi neile küsimustele. Seda lähenemist õigustab veel ka asjaolu, et vastused ülejäänud küsimustele tulenevad suurel määral või saab neid tuletada kehtivast ühenduse (nüüd liidu) kohtupraktikast.

*Esimene küsimus – kuritarvitava hinnakruvi efekti tingimused – Kolmas küsimus – seadusest tuleneva tarnimiskohustuse puudumine – Seitsmes küsimus – toote asendamatus*

**II. Hinnang**

7. Nagu on märgitud eespool punktis 4, selgitas eelotsusetaotluse esitanud kohus, et siseriiklikest menetlusnormidest lähuvalt peavad eelotsuse küsimused keskenduma üksnes konkurentsiõiguse põhimõtetele. Pidades silmas eelotsuse küsimuste olemust, tuleb alljärgnevate kaalutluste puhul piirduda samuti põhimõtteliste küsimustega. Siseriiklikul kohtul tuleb teha kindlaks asjaolud ja kohaldada nende suhtes asjaomaseid õigusnorme. Piisab sellest, kui märkida, et minu arvates tuleneb vastus eelotsusetaotluse esitanud

8. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on „kuritarvitamise mõiste objektiivne mõiste, mis viitab turgu valitseva ettevõtja sellisele tegevusele, mis võib mõjutada sellise turu struktuuri, kus just kõnealuse ettevõtja tegutsemise tulemusel on konkurents juba nõrgenenud, ning mis takistab veel turul olemas

oleva konkurentsi säilimist või selle konkurentsi arengut selliste vahenditega, mis erinevad nendest vahenditest, mida kasutatakse kaupade või teenuste tavapärases konkurentsis, mis rajaneb ettevõtjate sooritustel”.[5]

9. Lisaks, kui tehakse kindlaks, et ettevõtjal on turul valitsev seisund, siis ei too see iseenesest kaasa vastutust, vaid tähendab üksnes – olenemata kõnealuse turgu valitseva seisundi põhjustest –, et see ettevõtja peab eriti hoolikalt hoiduma käitumisest, mis võib kahjustada ausat moonutamata konkurentsi ühisturul.[6] Selle erilise kohustuse tegeliku ulatuse hindamisel tuleb arvesse võtta iga üksikjuhtumi eriomaseid asjaolusid.[7] Tegevus, mis tavaliste asjolude korral vastuväiteid ei tekita, võib kujutada endast rikkumist, kui seda teostab turgu valitsev ettevõtja.[8] Näiteks on turgu valitseval ettevõtjal õigus kaitsta oma ärihuve juhul, kui teda rünnatakse, ja ta võib nende kaitsmiseks võtta mõistlikke meetmeid, mida ta vajalikuks peab.[9] Eelkõige võib ta kasutada toodete ja teenuste tavapärase konkureerimise meetodeid toote omadustel põhineva konkurentsi tähenduses; tavalisest turukäitumisest erinev äritegevus, mis võib nõrgendada olemasolevat konkurentsi, on siiski turgu valitseva seisundi kuritarvitamine ELTL-i artikli 102 tähenduses.[10] Igasugust hinnakonkurentsi ei saa ju pidada õiguspäraseks.[11] Lõpuks on turgu valitsevatel ettevõtjatel EL-i kohtupraktikast lähtuv võimalus oma tegevust objektiivselt põhjendada.[12]

10. Komisjoni, konkurentsiameti ja Tele2 arvates on hinnakruvi efektiga tegemist juhul, kui turustusahelas eelneval turul tegutsev turgu valitsev ettevõtja tegutseb ka turustusahelas järgneval turul ja rakendab neil turgudel hindu selliselt, et eelneva turu ja järgneva

5 – Vt 13. veebruari 1979. aasta otsus kohtuasjas 85/76: Hoffmann-La Roche *vs.* komisjon (EKL 1979, lk 461, punkt 91) ja 3. juuli 1991. aasta otsus kohtuasjas C-62/86: AKZO *vs.* komisjon (EKL 1991, lk I-3359, punkt 69).

6 – 9. novembri 1983. aasta otsus kohtuasjas 322/81: Nederlandsche Banden Industrie Michelin *vs.* komisjon, nn Michelin I kohtuotsus (EKL 1983, lk 3461, punkt 57) ja 16. märtsi 2000. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-395/96 P ja C-396/96 P: Compagnie Maritime Belge Transports jt *vs.* komisjon (EKL 2000, lk I-1365, punkt 37).

7 – 14. novembri 1996. aasta otsus kohtuasjas C-333/94 P: Tetra Pak *vs.* komisjon, nn Tetra Pak II kohtuotsus (EKL 1996, lk I-5951, punkt 24).

8 – Eespool 6. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Compagnie Maritime Belge Transports jt *vs.* komisjon, punkt 131.

9 – 14. veebruari 1978. aasta otsus kohtuasjas 27/76: United Brands *vs.* komisjon (EKL 1978, lk 207, punkt 189).

10 – Vt selle kohta eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Hoffmann-La Roche *vs.* komisjon, punktid 91 ja 123; eespool 6. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Michelin I, punkt 70; 11. detsembri 1980. aasta otsus kohtuasjas 31/80: L'Oréal *vs.* De Nieuwe AMCK (EKL 1980, lk 3775, punkt 27); eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus AKZO *vs.* komisjon, punktid 69 ja 70, ja kohtujurist Kokott'i 23. veebruari 2006. aasta ettepanek kohtuasjas C-95/04 P: British Airways *vs.* komisjon (EKL 2007, lk I-2331, punkt 24).

11 – Vt mh 2. aprilli 2009. aasta otsus kohtuasjas C-202/07 P : France Télécom *vs.* komisjon (EKL 2009, lk I-2369, punkt 106).

12 – Vt mh eespool 9. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus United Brands *vs.* komisjon, punkt 184; 3. oktoobri 1987. aasta otsus kohtuasjas 311/84: CBEM, nn Télémarketingi kohtuotsus (EKL 1985, lk 3261, punkt 27) ja eespool 10. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus British Airways *vs.* komisjon, punktid 69 ja 86.

turu hindade vahe ei ole piisav, et katta turul valitsevas seisundis oleva äriühingu järelturul toodete tarnimisega seotud kulusid.

11. Minu arvates on TeliaSoneral õigus, kui ta väidab, et hinnakruvi efekti kuritarvitusega on tegemist siis, kui turgu valitseval ettevõtjal on seadusest tulenev kohustus kõnesolevat toodet tarnida või juhul, kui toode on asendamatu. Kui turgu valitseva ettevõtja toode ei ole asendamatu – näiteks kui toodet saab asendada muu tootega –, siis ei ole tegemist hinnakruvi efekti kuritarvitusega, kuna konkurentidel puudub vajadus seda toodet soetada, vähemalt mitte turgu valitseva ettevõtja poolt pakutava hinnaga. [13]

12. Võttes arvesse minu ettepanekut ja Üldkohtu otsust kohtuasjas Deutsche Telekom *vs.* komisjon, [14] on selge, et hinnakruvi efekt esineb juhul, kui vahe turgu valitseva ettevõtja jaehindade ja võrguteenuste nende hindade vahel, mida ta küsib konkurentidele osutatavate võrreldavate teenuste eest, on negatiivne või ebapiisav selleks, et katta turgu valitseva ettevõtja tootepõhised kulud, mis kaasnevad tema enda toodete tarnimisega järgneval turul. Sellise käitumise kuritarvitav olemus tuleneb hinnaerinevuse ebavõrdsest olemusest ja asjaolust, et turgu valitseva ettevõtja võrguteenuse tooted on konkurentidele asendamatud selleks, et neil oleks võimalik turgu valitseva ettevõtjaga järgneval turul konkureerida. Selline hinnakruvi efekt turgu valitseva ettevõtja võrguteenuste hindade ja jaemüügihindade vahel pidurdab minu arvates põhimõtteliselt konkurentsi kasvu järgneval turul.

13. Eelotsusetaotluse esitanud kohus selgitab, et on arvesse võtnud Üldkohtu otsust kohtuasjas Deutsche Telekom *vs.* komisjon.

13 – Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab selles küsimuses artiklile Geradin, D. ja O'Donoghue, R.„The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector", *Journal of Competition Law and Economics 1(2)*, 2005, 355-425, lk 358 jj.

14 – Vastavalt kohtujuristi 22. aprilli 2010. aasta ettepanek kohtuasjas C-280/08 P: Deutsche Telekom *vs.* komisjon (EKL 2010, lk I-9555, punktid 44, 46 ja 64) ja 10. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas T-271/03: Deutsche Telekom AG *vs.* komisjon (EKL 2008, lk II-477, punktid 166, 167 ja 237). Nimetatud otsuses kinnitas Üldkohus komisjoni poolt Deutsche Telekomi suhtes tehtud otsust, mis käsitles turgu valitseva seisundi kuritarvitamist hinnakruvi efekti abil (21. mai 2003. aasta otsus 2003/707/EÜ, mis käsitleb [ELTL-i artikli 102] alusel algatatud menetlust (juhtum COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (EÜT 2003, L 263, lk 9)).

Vahepealsel ajal esitasin ma 22. aprillil 2010 oma ettepaneku Deutsche Telekomi poolt selle otsuse peale esitatud kaebuse osas, milles tegin Euroopa Kohtule ettepaneku jätta kaebus rahuldamata ja jätta Üldkohtu otsus jõusse. Euroopa Kohtu otsus on praegu menetluses. [15] Nagu eelotsusetaotluse esitanud kohus käesolevas asjas väidab, erinevad põhikohtuasjas arutusel olevad küsimused mitmes olulises punktis kohtuasjas Deutsche Telekom *vs*. komisjon arutusel olnud küsimustest. Eelkõige ei ole TeliaSoneral, erinevalt kohtuasjas Deutsche Telekom *vs*. komisjon käsitletud olukorrast, seadusest tulenevat kohustust tarnida ADSL-ühenduse jaoks kasutatavaid tooteid (edaspidi „kõnealused tooted"). TeliaSoneral olid seadusest tulenevad kohustused hoopis seoses LLUB-ühendusega, mida käesolevas asjas ei käsitleta. Lisaks – nagu nähtub eelotsusetaotlusest – ei reguleerinud Rootsi pädev asutus kõnealuste toodete hinda ei võrguteenuste turul ega jaemüügiturul.

14. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt „pannakse kuritarvitus toime, kui ilma igasuguse objektiivse vajaduseta monopoliseerib ettevõtja, kellel on teatud turul valitsev seisund, endale või samasse rühma kuuluvale ettevõttele kõrvaltegevuse, mida võib teostada teine ettevõtja osana oma tegevusest naaberturul – mis on sellegipoolest eraldi turg – [näiteks turustusahelas järgnev turg], võimalusega kaotada kogu konkurents selliselt ettevõtjalt". [16]

15. Turgu valitseva seisundi kuritarvitamise osas toote tarnimisest keeldumisega tuleneb kohtuotsusest Bronner [17], et selline kuritarvitus võib aset leida juhul, kui ühel turul (järgneval turul) keeldub valitsevat seisundit omav ettevõtja tarnimast naaberturul või turustusahelas järgneval turul tegutsevale konkurendile toodet, mis on viimasele tema tegevuse jätkamiseks asendamatu, tingimusel et: (i) keeldumine kõrvaldab tõenäoliselt asjaomasel turul igasuguse toodet sooviva isiku poolse konkurentsi; (ii) sellist keeldumist ei ole võimalik objektiivselt põhjendada; ja (iii) toode on konkurendi tegevuse jaoks hädavajalik, kuivõrd sellel tootel ei ole tegelikku või potentsiaalset asendust.

16. Minu arvates on hinnakruvi efekti kuritarvitamise korral tarnimisest keeldumisega (või „kaudse tarnimisest keeldumisega")

15 – Vastavalt eespool viidatud otsus kohtuasjas T-271/03 ja kohtuasjas C-280/08 P.

16 – Vt eespool 12. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Télémarketing, punkt 27.

17 – 26. novembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-7/97 (EKL 1998, lk I-7791, punktid 40–46) ja kohtujurist Jacobsi 28. mai 1998. aasta ettepanek, punktid 56–69.

selgelt tegemist juhul, kui selle asemel, et täielikult keelduda olulist/asendamatut kõnealust toodet tarnimast, pakub turgu valitsev ettevõtja oma konkurentidele järgneval turul toodet sellise hinnaga, mis ei võimalda neil tegelikult järgneval turul konkureerida.[18] EL-i kohtupraktika kohaselt lakkab kuritahtliku pakkumisest keeldumise toimel konkurents järgneval turul ja minu arvates tekib sama probleem hinnakruvi efekti olukordades. Hinnakruvi efekti tulemusel tekkiv iseseisev konkurentsikahju ei ole suurem kui kahju, mis tekiks tarnimiskohustuse rikkumise tagajärjel hulgimüügis. Leian, et turgu valitseva ettevõtja tarnimiskohustus ei erine kohustusest tarnida toodet konkreetsete hulgimüügi- või jaemüügihindadega (hinnakruvi). Seega on sellise hinna küsimisel (hinnakruvi), mis takistab tarnijaga sama tõhusal konkurendil järgneval turul konkureerimast, tegelikult sama toime mis tarnimisest keeldumisel ja see viitab sellele, et nende olukordade osas tuleb kohaldada sama analüüsimeetodit ja arvesse võtta samu üldisi probleeme, mis on seotud turgu valitseva ettevõtja huviga investeerida.[19] Põhikohtuasjas väidab konkurentsiamet, et käesolevas asjas on tegemist hinnakruvi efekti kuritarvitusega, üksnes selle põhjal, et võrguteenuste ja jaemüügihindade vahe ei ole piisavalt suur, võtmata arvesse pakutava toote asendamatust. Leian, et sellise lähenemine on ebaõige ja ebapiisav. Minu arvates tuleneb mõlemast komisjoni poolt ELTL-i artikli 102 alusel vastu võetud telekommunikatsiooni valdkonnas hinnakruvi efekti käsitlevast otsusest – juhtumid Deutsche Telekom ja Telefónica –[20], et hinnakruvi efektil ja tarnimisest keeldumisel on sama loogika. Kuigi viimase juhtumi korral keeldus komisjon kohaldamast turgu valitseva ettevõtja käitumise õiguspärasuse hindamisele kohtuotsuses Bronner kehtestatud kriteeriume, võttes arvesse „selle kohtuasja eriomaseid asjaolusid, mis erinevad oluliselt kohtuasja Bronner asjaoludest" (Telefónical oli seadusest tulenev kohustus toodet tarnida ja tema *ex ante* infrastruktuuridesse investeerimise huvi ei olnud väidetavalt kaalul, kuna need infrastruktuurid olid suures ulatuses selliste

18 – Vt analoogia alusel Court of Appeal of England & Walesi (Ühendkuningriik) otsus kohtuasjas *Albion* (kohtuasi Dwr Cymru Cyfyngedig and Albion Water Limited *vs*. Water Services Regulation Authority, 2008, EWCA Civ 536), punkt 36 jj, millega jäeti jõusse Ühendkuningriigi Competition Appeal Tribunali (CAT) otsus kohtuasjas Albion Water Ltd *vs*. Water Services Regulation Authority (Dwr Cymru/Shotton Paper), 2006, CAT 23 (vt punkt 861 jj) ja CAT 36.

19 – Minu arvates kohalduvad samad argumendid mis need, mille kohtujurist Jacobs esitas oma ettepanekus kohtuasjas Bronner (punkt 57): „konkurentsipoliitikaalased õigustused turul valitseva ettevõtja lepinguvabadusse sekkumiseks nõuavad tihti vastukäivate tegurite hoolikat kaalumist. Pikemas perspektiivis mõjub konkurentsile soodsalt ja on tarbijate huvides see, kui ettevõtjal lubatakse jätta oma kasutusse vahendid, mille ta on välja arendanud oma majandustegevuse eesmärkidel. Näiteks, kui juurdepääs tootmis-, ostu- ja turustamisvõimalustele oleks liiga lihtne, puuduks konkurendil huvi konkureerivaid vahendeid välja töötada. Seega, kuigi lühemas perspektiivis konkurentsi suurendatakse, väheneb see pikemas perspektiivis. Lisaks väheneks turul valitseva ettevõtja huvi investeerida tõhusatesse vahenditesse juhul, kui tema konkurentidel oleks soovi korral võimalik neist tulenevatest eelistest kasu saada. Seega ei õigusta pelk asjaolu, et vahendeid enda käsutusse jättes on turul valitseval ettevõtjal oma konkurentide ees eelis, sellele vahendile juurdepääsu õiguse taotlemist."

20 – 4. juuli 2007. aasta 2007/3196/EÜ, mis käsitleb [ELTL-i artikli 102] alusel algatatud menetlust (juhtum COMP/38.784 – Wanadoo España *vs*. Telefónica), punkt 299 jj (kaks selle otsusega seotud kaebust on Üldkohtu menetluses: kohtuasi T-336/07: Telefónica ja Telefónica de España *vs*. komisjon ning kohtuasi T-398/07: Hispaania *vs*. komisjon).

investeeringute tulemus, mis tehti ajal, mil Telefónical olid eri- või ainuõigused, mis teda konkurentsi eest kaitsesid), kohaldas ta siiski selle juhtumi asjaolude hindamisel kohtuotsusel Bronner põhinevat analüüsi. Samas on oluline rõhutada, et mõlemas komisjoni viidatud otsuses mööndakse, et pädev asutus oli konkurentidele tarnimise kohustuse – st kohustuse lubada konkurentidele ligipääs turgu valitseva ettevõtja võrguühendusele – juba kehtestanud. Lisaks leidis komisjon mõlemas otsuses, et turgu valitseva ettevõtja võrguühendusele puudus toimiv alternatiiv.

17. Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab hiljutistele „Suunistele komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta" [21], kus komisjon märgib paragrahvis „Tarnimisest keeldumine ja hinnakruvi" muu hulgas, et „turgu valitsev ettevõtja võib tarnimisest keeldumise asemel kehtestada eelneval kaubaturul toote eest hinna, mis võrreldes hinnaga, mille ta kehtestab järgneval kaubaturul, ei võimalda isegi tõhusal konkurendil kasumlikult järgneval kaubaturul püsivalt kaubelda [nn hinnakruvi [22]] … Komisjon peab neid tegevusi täitetegevuses esmatähtsaks, kui on olemas kõik järgmised asjaolud: [i] keeldumine on seotud toote[ga] […], mis on objektiivselt vältimatu, et suuta järgneval turul tõhusalt konkureerida, [ii] keeldumine toob tõenäoliselt kaasa tõhusa konkurentsi kaotamise järgneval turul ning [iii] keeldumine tekitab tõenäoliselt tarbijatele kahju.„Siiski,"teatavatel erijuhtudel võib olla selge, et tarnekohustuse kehtestamine ei suuda üldjoontes avaldada negatiivset mõju sisendi omanikule ja/või teiste ettevõtjate ajenditele investeerida ja tegelda

21 – Vt komisjoni teatis – Suunised komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta [ELTL-i artikli 102] kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurente tõrjuva tegevuse suhtes (2009/C 45/02) (ELT 2009, C 45, lk 7), punkt 75 jj. Selles teabedokumendis on välja toodud täitetegevuse prioriteedid, millest komisjon juhindub ELTL-i artikli 102 kohaldamisel turgu valitseva ettevõtja väljatõrjuvale tegevusele ja mille eesmärk on tagada komisjoni sellise analüüsimeetodi suurem selgus ja ennustatavus, mida komisjon kasutab selle väljaselgitamisel, kas väljatõrjuva tegevuse suhtes on vaja algatada menetlust, ja aidata ettevõtjatel paremini hinnata seda, kas teatud käitumine võib kaasa tuua komisjonipoolse sekkumise ELTL-i artikli 102 alusel. Kohtupraktikast tulenevalt võib komisjon vastu võtta põhimõtted, kuidas kasutada oma kaalutlusõigust selliste meetmete nagu suuniste vastuvõtmisel, kuna need meetmed näevad ette juhised, mis viitavad sellele, millist lähenemisviisi asjaomane institutsioon kasutama peaks, ning mis ei kaldu kõrvale asutamislepingus sätestatud eeskirjadest. Seega – kuigi nimetatud juhised, milles tuuakse välja komisjoni poolt soovitatud lähenemisviis, aitavad kindlasti tagada seda, et komisjon tegutseb viisil, mis on läbipaistev, ettearvatav ja kooskõlas õiguskindluse põhimõttega – ei ole need Euroopa Kohtule siduvad. Nimetatud juhised võivad siiski anda kasulikke viiteid. Vt 7. märtsi 2002. aasta otsus kohtuasjas C-310/99: Itaalia *vs.* komisjon (EKL 2002, lk I-2289, punkt 52 ja seal viidatud kohtupraktika).

22 – Otsuste tegemisel kohaldab komisjon tarnimisest keeldumise mõiste laiemat tõlgendust. Deutsche Posti juhtumis märkis komisjon, et „tarnimisest keeldumise mõiste hõlmab mitte üksnes otsest keeldumist, vaid ka olukordi, kus turgu valitsevad ettevõtjad seavad tarnimisele objektiivselt põhjendamatuid tingimusi". Selline käitumine kujutab endast „kaudset tarnimisest keeldumist" (2001/892/EÜ: komisjoni 25. juuli 2001. aasta otsus, mis käsitleb [ELTL-i artikli 102] alusel algatatud menetlust (juhtum COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – Piiriüleste kirjade kinnipidamine) (EÜT 2001, L 331, lk 40), põhjendus 141).

uuendamisega eelneval turul, kas eelnevalt või järgnevalt. Komisjon leiab, et see on eriti tõenäoline, kui [liidu] õigusele vastav regulatsioon juba kehtestab turgu valitsevale ettevõtjale kohustuse tarnida ning regulatsiooni aluseks olevate kaalutluste põhjal on selge, et ajendite vajalik tasakaalustamine on sellist tarnekohustust kehtestades avalik-õigusliku asutuse poolt juba tehtud. Sellega võib olla tegemist ka siis, kui turgu valitseva ettevõtja seisund eelneval kaubaturul on tekkinud eri- või ainuõiguste kaitse alusel või seda on rahastatud riigi vahenditest. Sellistel erijuhtudel ei ole komisjonil põhjust oma üldisest täitetegevuse standardist kõrvale kalduda ning ta võib tõendada tõenäolist konkurentsivastast turulepääsu sulgemist, uurimata [käesoleva lõigu alguses] nimetatud kolme asjaolu olemasolu."

18. Leian, et kohtuotsusest Bronner (vt eespool punktid 14–16), minu ettepanekust ja Üldkohtu otsusest kohtuasjas Deutsche Telekom *vs.* komisjon (millele on viidatud 14. joonealuses märkuses), komisjoni otsuste tegemise praktikast ja suunistest komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta võib järeldada, et olukorras, kus puudub seadusest tulenev kohustus toodet tarnida – nagu käesolevas asjas –, kuritarvitab turgu valitsev ettevõtja, kes hinnakujundussüsteemi kaudu tekitab hinnakruvi, oma turgu valitsevat seisundit juhul, kui kõnealune toode on tema konkurendile asendamatu selleks, et järgneval turul konkureerida. [23] Selline tegevus kujutab endast minu arvates tarnimisest keeldumist. [24]

19. Minu lähenemist toetab ka Cour de cassationi (kassatsioonkohus) (Parntsusmaa) hiljutine ELTL-i artiklil 102 ja siseriiklikel konkurentsialastel õigusnormidel põhinevas

23 – Vt nt Bouckaert, J. ja Verboven, F., Price Squeezes in a Regulatory Environment, *CEPR*, *Discussion Paper Series*: „[hinnakruvi] eeldab, et turgu valitseval ettevõtjal on eelneval turul oluliste toodete osas monopoolne seisund. Tegelikkuses ei pruugi turgu valitseva ettevõtja turuvõim nii tugev olla. Kuigi turgu valitseval ettevõtjal on tavaliselt vaskliinid, on olemas asendavad võrgustikud, nagu kaabellevivõrk, traadita võrgustik jne. Teisisõnu ei ole turgu valitseva ettevõtja oluline vahend asendamatu. Konkurendid järgneval turul võivad seetõttu jätta turgu valitseva ettevõtja võrgustiku kasutamata ja kaaluda selle ostmist teiste teenuseosutajate käest või enda võrguühenduse väljatöötamist."

24 – Vt Renda, A. jt, „Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty: Comments on the European Commission's Guidance Paper", *Final Report of a Centre for European Policy Studies (CEPS) Task Force*, 10. september 2009.

hinnakruvi käsitlevas asjas tehtud otsus,[25] milles nimetatud kohus sedastas ühemõtteliselt, et hinnakruvi efektil on konkurentsivastane toime juhul, kui võimalik konkurent, kelle tegevus on sama tõhus kui vertikaalselt integreeritud turgu valitseva ettevõtja tegevus, saab järgnevale kaubaturule siseneda üksnes kahjusid kandes. Selle kohtu arvates võib konkurentsivastast toimet eeldada üksnes juhul, kui turgu valitseva ettevõtja poolt konkurentidele tarnitav toode on konkurentidele *asendamatu* selleks, et selle ettevõtjaga järgneval kaubaturul konkureerida.

20. Eeltoodud kaalutlused on käesolevas asjas eriti olulised, kuna eelotsusetaotluses väidab siseriiklik kohus, et lõpptarbijatele lairibaühenduse teenuste osutamisele olid olemas mitmed alternatiivsed tehnoloogilised lahendused. See seletab seda, miks eelotsusetaotluse esitanud kohus pidas vajalikuks esitada konkreetselt seitsmes küsimus. Rõhutaksin eriti, et asjaolu, et eelotsusetaotluse kohaselt olid olemas alternatiivsed tehnoloogilised lahendused, millele lisaks oli TeliaSonera konkurentidel (eraldi või koos) ja/või kolmandatel isikutel võimalik tema võrku kopeerida,[26] viitab sellele, et kõnealused tooted ei kujutanud endast asendamatuid tooteid väljakujunenud kohtupraktika tähenduses. Selles küsimuses näib, et konkurentsiamet möönis oma märkustes, et pikemas perspektiivis võisid TeliaSonera konkurendid luua oma infrastruktuuri või osta muu võrguühenduse. See tuleb aga välja selgitada eelotsusetaotluse esitanud kohtul kõiki põhikohtuasja asjaolusid arvesse võttes ja neile asjaomast kohtupraktikat kohaldades.[27]

21. Seetõttu leian, et juhul kui turgu valitseval ettevõtjal ei olnud seadusest tulenevat ja liidu õigusega kooskõlas olevat kohustust

25 – Cour de cassationi 3. märtsi 2009. aasta otsus kohtuasjas nr 08-14.435: SFR ja France Télécom, ja kohtuasjas nr 08-14.464, mis käsitles Prantsuse pädeva asutuse 14. oktoobri 2004. aasta otsust nr 04-D-48. Vt ka 28. juuli 2009. aasta otsus nr 09-D-24 kohtuasjas Outremer Telecom, Mobius *vs.* France Telecom, milles väidetakse, et France Telecom on asjaomastel turgudel (kliendiliinid, internetiteabe kogumine jne) oma turgu valitsevat seisundit kuritarvitanud, rakendades konkurentide suhtes hinnakruvi efekti ja pakkudes neile aegunud teenuseid. Pädev asutus leidis, et hinnakruvi efekti tekitamisega eirati konkurentsireegleid, kuna arutusel olevad võrguteenused olid teistele telekommunikatsioonioperaatoritele, nagu Mobius, asendamatud.

26 – Vt sellega seoses eespool 17. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Bronner, punkt 41 jj (mh: „isegi kui muud meetodid võivad olla vähem soodsad").

27 – Vt 30. novembri 2000. aasta otsus kohtuasjas T-5/97: Industrie des poudres sphériques *vs.* komisjon, nn IPS-i kohtuotsus (EKL 2000, lk II-3755, punkt 57). Selles otsuses leidis Üldkohus, et IPS-il oli lisaks PEM-ile võimalik kasutada ka muid tarneallikaid. Vt nt Ühendkuningriigi Office of Telecommunicationsi (Oftel) otsus, milles hinnakruvi efekti käsitlev väide tagasi lükati, kuna turul olid olemas konkureerivad tehnoloogilised lahendused. 4. mai 2001. aasta otsus kohtuasjas Investigation by the Director General of Telecommunications into the BT Surf Together and BT Talk & Surf Together Pricing Packages. Vahepeal on Ofteli telekommunikatsiooni valdkonna reguleeriva asutusena asendanud Ofcom (the Office of Communications).

tarnida võrguühendust, mis ei ole asendamatu, ei saa talle hinnakruvi efekti kuritarvitust ette heita. Kui hinnakruvi keelati üksnes abstraktse hindade arvutuse põhjal ja hindamata seda, kas see võrguühendus oli turul konkureerimiseks asendamatu,[28] vähenes turgu valitseva ettevõtja huvi investeerida ja/või ta võis tõsta lõpptarbijatele hindu, et teda ei süüdistataks hinnakruvi tekitamises. Kui turgu valitsev ettevõtja oleks võinud õiguspäraselt keelduda kõnealuseid tooteid tarnimast, ei heidetaks talle ette seda, et ta tarnib nimetatud tooteid tingimustel, mida ta konkurendid peavad ebasoodsaks. On vähetõenäoline, et sellisel juhul rikutakse väidetava ebapiisava hinnavahega konkurentsieeskirju.[29]

22. Pöördun nüüd komisjoni väite juurde, mille kohaselt on olemas kohtupraktika, mis viitab sellele, et juhul kui võrguühendusele võimaldatakse juurdepääsu vabatahtlikult, ei ole tegemist tarnimisest keeldumisega (vaid juurdepääsu lubamisega seotud kaubanduslike tingimustega). Komisjon leiab, et kohtuotsuses UnileverBestfoods *vs.* komisjon[30] sarnasele väitele vastates sedastas Euroopa Kohus,[31] et „HB argument eespool viidatud kohtuotsuses Bronner nimetatud õiguse põhimõtete vale kohaldamise kohta on ilmselgelt põhjendamatu, kuna – nagu [Üldkohus] ütles – vaidlusalune otsus ei kohusta HB-d vara loovutama ega sõlmima lepinguid isikutega, kellega ta ei ole soovinud lepingulistesse suhetesse astuda […] [s]ügavkülmikud [ei ole] erinevalt eespool viidatud kohtuotsuse Bronner aluseks olevatest asjaoludest selline vara, mida HB hoiab oma kasutuses, vaid nende kasutamise võimalus on vabatahtlikult

28 – St üksnes turgu valitseva ettevõtja võrguteenusteturu ja lõpptarbijaturu hindade vahelise erinevuse alusel. Igal juhul – nagu tuleneb minu eelnevast analüüsist – on eespool 14. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas Deutsche Telekom *vs.* komisjon tehtud ettepanekus ja Üldkohtu otsuses (eespool 14. joonealuses märkuses viidatud kohtuasi T-271/03) loobutud sellisest formaalsest lähenemisest. On oluline märkida, et selles asjas ei vaidlustatud ei seda, et Deutsche Telekomil oli seadusest tulenev tarnimiskohustus, ega seda, et tema võrguteenused olid konkurentidele järgneval turul konkureerimiseks asendamatud. Erinevalt varasematest hinnakruvi efekti käsitlevatest kohtuasjadest, kus hulgimüügitoode tuli teisendada muuks järgneva turu tooteks, oli kohtuasjas Deutsche Telekom *vs.* komisjon teistel telekommunikatsioonioperaatoritel lõpptarbijaturul konkureerimiseks vaja juurdepääsu Deutsche Telekomi võrguühendusele. Need tegurid viitavad sellele, et antud asjas oli põhimõtteliselt samuti tegemist tarnimisest keeldumisega.

29 – Nagu ma märgin allpool punktides 31 ja 32, ei saa siiski sellist konkurentsieeskirjade rikkumist *a priori* välistada ja kõnealune hinnakujunduspoliitika võib endast kujutada muud valitseva seisundi kuritarvitamist.

30 – 28. septembri 2006. aasta määrus kohtuasjas C-552/03 P (EKL 2006, lk I-9091, punkt 137). Unilever Bestfoods Ltd (Iirimaa) oli varem Van den Bergh Foods Ltd ja enne seda HB Ice Cream Ltd (HB).

31 – 23. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-65/98: Van den Bergh Foods *vs.* komisjon (EKL 2003, lk II-4653, punkt 161).

loovutatud sõltumatutele äriühingutele, kes maksavad nende kasutamise õiguse eest. Ka HB väide, mille kohaselt pannakse HB-le nimetatud otsusega kohustus, mis on vähemalt sama kahjustav kui olulise vahendi omaniku suhtes rakendatav kohustus, on ilmselgelt põhjendamatu."

23. Kuigi ma möönan, et nimetatud kohtuotsus viitab sellele, et konkurentsieeskirjade alusel võib vahet teha sellisel olukorral, kus turgu valitsev ettevõtja keeldub toodet tarnimast, ja sellisel olukorral, kus ettevõtja just otsustab toodet tarnida, leian ma siiski, et vähemalt käesolevas asjas ei ole selline lähenemisviis õige. Nagu TeliaSonera kohtuistungil väitis, ei tohiks kohtuotsus UnileverBestfoods *vs.* komisjon olla käesolevas asjas kohaldatav, kuna nimetatud kohtuasi käsitleb selgelt muud küsimust. Kohtuotsus UnileverBestfoods *vs.* komisjon käsitleb ainuõigusklausleid sügavkülmikute tarnimisel jaemüüjatele. Nagu Üldkohus leidis oma otsuses, mille Euroopa Kohus hiljem määrusega kinnitas, ei saanud selles asjas kohaldada kohtuotsust Bronner, kuna komisjon ei väitnud oma otsuses, et HB sügavkülmikud on olulised vahendid. Lisaks ei pidanud HB vara loovutama ega sõlmima lepinguid isikutega, keda ta pole ise otsust täites välja valinud. Käesolevas asjas on aga tegemist hinnakruviga ja nagu tuleneb eelnevatest kaalutlustest, eeskätt eespool punktist 16 jj, on hinnakruvi olukorrad tarnimisest keeldumise olukordade sarnased, mistõttu tuleb neile kohaldada sama lähenemisviisi. Hinnakruvi on üks tarnimisest keeldumise vormidest. Leian, et käesolevas asjas kohtuotsuse UnileverBestfoods *vs.* komisjon teistsuguse tõlgenduse kohaldamisele järgneks see, et turgu valitsevatele ettevõtjatele kehtestatakse kohustus kaubelda konkreetsete hindadega, mis vähendaks oluliselt nende huvi investeerida infrastruktuuridesse, ja seetõttu nad otsustaksid mitte investeerida ega/või kaubelda konkurentidega järgneval turul, et neid ei süüdistataks hinnakruvi tekitamises, vaatamata sellele, et juurdepääs nende infrastruktuurile/tootele ei ole tarnimisest keeldumist käsitleva kohtupraktika kohaselt vältimatu.

24. Nüüd pöördun konkurentsiameti ja komisjoni väite juurde, mille kohaselt TeliaSonera olukord on eriline, kuna väidetavalt on tema seisund eelneval turul välja kujunenud

eri- või ainuõiguste kaitse all või riigi vahendite abil. [32]

25. Kohtuasjas KPN Telecom [33] märkis kohtujurist Poiares Maduro, et „turgu valitseva ettevõtja keeldumine võib olla tõlgendatav turgu valitseva seisundi kuritarvitamisena hiljuti piirangutest vabastatud tegevusharu oludes, kus ettevõtja hankis teisendtoodete turule vajalikud sisendid oma varasemat seadusjärgset monopoolset seisundit otseselt ära kasutades ning kus juurdepääs nimetatud sisenditele pole reguleeritud sektorispetsiifiliste õigusaktidega. Olukorras, kus tarnijal on järelturul konkurentsieelis, mille ta omandas seeläbi, et oli varasemalt kaitstud konkurentsi eest, on talle tarnimiskohustuse panemisest johtuv võimalik investeeringute ja uuenduste peletamise oht minimaalne, mille kaalub tõenäoliselt üles huvi konkurentsi edendamise vastu. Nagu üks kommentaator märkis,[ [34]]oleks tööstussektorite piirangutest vabastamise ja liberaliseerimise meetmetest „vähe kasu, kui asjaomased ettevõtjad, kellest enamikul on oma tegevusvaldkonnas turgu valitsev seisund, võivad oma ärihuve silmas pidades vabalt ühineda ning konkurente diskrimineerida'".

26. Kuigi minu arvamus ei lahkne kohtujurist Poiares Maduro arvamusest, võiks eelotsusetaotluse esitanud kohus põhikohtuasja menetlemisel arvesse võtta asjaolu, et käesolevas asjas mõjutavad omandiga seonduvad põhiõigused investeerimishuvi (mitte üksnes turgu valitseva ettevõtja jaoks, vaid ka võimalike teiste isikute jaoks, kaasa arvatud tarnet taotlev isik). Nagu kohtujurist Jacobs märkis kohtuasjas Bronner, tunnustatakse lisaks liikmesriikide õiguses omandiõigusi ja mõne liikesriigi õigussüsteemis on neil põhiseaduslik staatus. Minu arvates on oluline see, et nii Euroopa Kohus kui ka kohtujurist valisid kohtuasjas Bronner ELTL-i artiklis 102 sätestatud tarnetest keeldumise käsitlemisel ettevaatliku lähenemisviisi ja võtsid selgelt arvesse sellega seotud poliitika- ja heaolualaseid kaalutlusi. [35]

32 – Seda argumenti mainitakse suunistes komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta, vt eespool punkt 17.

33 – 25. novembri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-109/03 (EKL 2004, lk I-11273, punkt 41). Vt ka 8. septembri 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-544/03 ja C-545/03: Mobistar ja Belgacom Mobile (EKL 2005, lk I-7723, punkt 49) ja 20. oktoobri 2005. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-327/03 ja C-328/03: ISIS Multimedia ja Firma O2 (EKL 2005, lk I-8877, punktid 45 ja 46) ning kohtujurist Ruiz-Jarabo Colomeri ettepanek selles kohtuasjas, punkt 55).

34 – Temple Lang, J., „Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors and access to essential facilities", *Fordham International Law Journal*, 18. osa, 1994, lk 437-524, leheküljel 483.

35 – Vt nt eespool 7. joonealuses viidatud kohtuotsuse Bronner punkt 43 selle kohta, et piisab isegi vähem soodsast kõnealuse toote alternatiivist, ja punktid 45 ja 46, milles leitakse, et selleks et toodet võiks pidada asendamatuks, ei piisa väitest, mille kohaselt ei oleks alternatiivse toote loomine ajalehtede väikesest trükiarvust tulenevalt majanduslikult otstarbekas; pigem tuleb tuvastada, et majanduslikult ei ole otstarbekas luua teist selliste ajalehtede kojukande süsteemi, mille trükiarv on võrreldav turgu valitseva ettevõtja olemasoleva korra alusel levitatavate ajalehtede trükiarvuga.

27. On ka seisukohti, mille kohaselt ei ole selge see, miks riiklikult rahastatud omandi puhul kohaldatakse rangemaid õiguslikke kriteeriume. ELTL-i artikkel 102 ei võimalda eristada riiklikest ja erasektori vahenditest rahastamist ja ELTL-i artikkel 345 (varem EÜ artikkel 295) näib samuti välistavat niisuguse omandiõiguse eristamise. Alati ei ole lihtne öelda, kas rahastamisallikas on ühemõtteliselt riiklik. Suurt osa endiste riiklike monopolide infrastruktuurist on pärast erastamist parendatud, mistõttu rahastamisallikad on nüüdseks oluliselt segunenud. [36] Lisaksin veel, et vertikaalselt integreeritud ettevõtjad võivad olla saanud enda käsutusse vananenud infrastruktuuri, mis vajab hooldust, ja tihti on tegemist tegevusalaga, mis nõuab märkimisväärseid tehnoloogilisi uuendusi ja kus turgu valitseval ettevõtjal tuleb teha uuendusi, et olla konkurentsivõimeline. Märgiksin veel, et käesolevas asjas rõhutas eelotsusetaotluse esitanud kohus, et Rootsis ei olnud 1990. aastatel ega 2000. aastatel internetiühenduse teenustele kehtestatud seaduslikku monopoli ja igal juhul tekkis konkurents lõpptarbijate turul alates 1990. aastate algusest.

28. Sõltumata eespool toodud kaalutlustest, on väite puhul, mille kohaselt on turgu valitseva ettevõtja seisund välja kujunenud eri- või ainuõiguse või riiklikest vahenditest rahastamise tulemusena, igal juhul määrava tähtsusega iga üksikolukorra eriomased asjaolud.

29. Seega tuleneb kõigist eeltoodud kaalutlustest, et kui turgu valitseval ettevõtjal ei ole seadusest tulenevat ja liidu õigusega kooskõlas olevat kohustust tarnida kõnealuseid tooteid või need tooted ei ole asendamatud, ei või talle põhimõtteliselt hinnakruvi efekti kuritarvitust ette heita üksnes hulgimüügi- ja jaemüügihindade ebapiisava vahe tõttu.

30. Minu arvates – isegi kui Euroopa Kohus leiab, et toote asendamatuse nõue ei ole vajalik ja valib järgneval kaubaturul konkurentsivastase mõju tuvastamiseks leebemad kriteeriumid – ei või hinnakruvi kuritarvitamise tuvastamine põhineda üksnes turgu valitseva ettevõtja hulgimüügi- ja jaemüügihindade

36 – Vt O'Donoghue, R. ja Padilla, A. J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart, 2006, lk 463 jj. Raamatu autorid väidavad, et komisjon on ise selle argumendi tagasi lükanud oma 14. jaanuari 1998. aasta otsuses, mis käsitleb [ELTL-i artikli 102] alusel algatatud menetlust (IV/34.801 FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG) (EÜT 1998, L 72, lk 30). Lennujaama käitaja väitis, et tema ajalooliselt väljakujunenud õiguspärane monopoolne seisund perroonikäitluse teenuste osutamisel õigustab tarnimisest keeldumist. Komisjon leidis, et monopoolse seisundi ajalooline olemus ei ole asjassepuutuv; määrava tähtsusega on lennujaama käitaja tegevus. Võib väita, et komisjon ei omista monopoolse seisundi kujunemise ajaloolisele olemusele ega ajaloolistele põhjustele tähtsust, kui tarnimiskohustuse olulised tingimused on täidetud.

ebapiisaval vahel, ilma et tõendataks, et sellel on järgneval kaubaturul negatiivne mõju konkurentsile. ELTL-i artikli 102 esmane eesmärk on kaitsta konkurentsi ja tarbijate huve, mitte kaitsta teatud konkurentide seisundit. [37]

31. Samas tuleb lisada, et üldine valitseva seisundi kuritarvitamist käsitlev kohtupraktika on siiski kohaldatav, ja juhul kui TeliaSoneral on valitsev seisund, lasub tal ELTL-i artikli 102 kohaselt loomulikult kohustus eriti hoolikalt hoiduda käitumisest, mis võib kahjustada ausat moonutamata konkurentsi ühisturul (vt eelkõige punktid 8 ja 9 eespool).

32. Minu poolt eelnevates punktides tehtud analüüsist ei või kindlasti järeldada seda, et vertikaalselt integreeritud turgu valitseva ettevõtja hinnakujundus ei saa olla turuvallutuslik, välja arvatud juhul, kui toode on asendamatu või kui ettevõtjal on seadusest tulenev kohustus seda toodet tarnida. Eelneval kaubaturul võib hind olla ülemäärane ELTL-i artikli 102 lõike a tähenduses. [38] Hinnad järgneval kaubaturul võivad olla turuvallutuslikud. [39] Veel enam – turgu valitsev ettevõtja võib luua takistusi oma konkurentidele järgneval kaubaturul vastuolus ELTL-i artikli 102 lõikega b. Lisaks võib turgu valitsev ettevõtja konkurente diskrimineerida enda tegevuse kasuks järgneval kaubaturul ELTL-i artikli 102 lõike c tähenduses. [40] Ühegi nimetatud rikkumise eeldus ei ole põhimõtteliselt toote või teenuse asendamatus. [41]

37 – Vt kohtujurist Jacobsi ettepanek eespool 17. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas Bronner, punkt 58. Rõhutaksin, et tavaliselt kohtud väldivad otsest hinnakorraldust, tuginedes kohasematele meetoditele (vt selle kohta Court of Appeal of England & Walesi otsus kohtuasjas Attheraces Ltd *vs*. The British Horseracing Board Ltd, 2007, EWCA Civ 38, punkt 119: nagu märgiti kohtuotsuses Bronner, käsitlevad turgu valitseva seisundi kuritarvitamist käsitlevad õigusnormid konkurentsimoonutusi ja tarbijate huvide tagamist asjaomasel turul. Nende õigusnormide puhul ei ole tegemist regulatsiooniga, mille eesmärk on vältida tarnijatele „ülemäärase kasumi" tekkimist, kui nad müüvad oma tooteid teistele tootjatele hinnaga, millest tulenevalt nad saavad suuremat kasumit kui mõistlik investeeringutulu, ehk mis ületab selle, mida kohtunik nimetas „konkureerivaks hinnatasemeks". Samuti ei ole nende õigusnormide puhul tegemist regulatsiooniga, millele tuginedes võivad kohtud tegeleda hindade kujundamisega, kehtestades tootele õiglase hinna sellise tootja taotluse alusel, kes kaebab selle üle, et temalt nõutakse olulise vahendi eest selle ainutarnija poolt ülemäärast hinda).

38 – Vt 13. novembri 1975. aasta otsus kohtuasjas 26/75: General Motors *vs*. komisjon (EKL 1975, lk 1367) ja eespool 9. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus United Brands *vs*. komisjon.

39 – Vt kõige hilisemast kohtupraktikast eespool 11. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-202/07 P: France Télécom *vs*. komisjon ja minu ettepanek selles asjas.

40 – Vt 17. juuli 1997. aasta otsus kohtuasjas C-242/95: GT-Link (EKL 1997, lk I-4449). Vt ka komisjoni 14. mai 1997. aasta otsus, mis käsitleb [ELTL-i artikli 102] alusel algatatud menetlust (IV/34.621, 35.059/F-3 – Irish Sugar plc.) (EÜT 1997, L 258, lk 1), mida Üldkohus kinnitas 7. oktoobri 1999. aasta otsusega kohtuasjas T-228/97: Irish Sugar *vs*. komisjon (EKL 1999, lk II-2969); 10. juuli 2001. aasta määrus kohtuasjas C-497/99 P: Irish Sugar *vs*. komisjon (EKL 2001, lk I-5333) ja komisjoni 18. juuli 1988. aasta otsus 88/518/EMÜ, mis käsitleb [ELTL-i artikli 102] alusel algatatud menetlust (juhtum nr IV/30.178 Napier Brown – British Sugar) (EÜT 1988, L 284, lk 41).

41 – Mõned õigusteoreetikud on väitnud, et eespool 14. joonealuses märkuses viidatud kohtuasja Deutsche Telekom *vs*. komisjon oleks tulnud täpsemalt analüüsida kui turuvallutuslikku hinnakujundust käsitlevat asja (kohtuistungil ei olnud komisjon selles küsimuses eriarvamusel, kuid märkis, et otsustas käsitleda France Télécomi juhtumit turuvallutuslikku hinnakujundust käsitleva asjana, kuna viimase järgneva turu üksus (Wanadoo) ei kuulunud 100 % ulatuses France Télécomile). Vt mh Ferrari Bravo, L. ja Siciliani, P., „Exclusionary pricing and consumers harm: the European Commission's practice in the DSL market", *Journal of Competition Law and Economics*, 3(2), 2007, lk 243-279.

33. Käsitlen Stockholms tingsrätti poolt esitatud ülejäänud küsimusi eeltoodud kaalutlustest lähtudes. Vastused nendele küsimustele tulenevad minu arvates suurel määral olemasolevast liidu kohtupraktikast.

*Teine küsimus – milliseid hindu tuleb arvesse võtta?*

34. Hinnakruvi kuritarvituse võib teoreetiliselt tuvastada, kohaldades vähemalt kahte erinevat kriteeriumi: sama tõhusa konkurendi kriteerium, mis põhineb turgu valitseva ettevõtja enda kuludel, ja mõistlikult tõhusa konkurendi kriteerium, mis põhineb konkurentide kuludel. [42]

35. TeliaSonera väidab põhimõtteliselt, et hinnakruvi kuritarvituse hindamisel võib arvesse võtta kavandatavaid kulusid ja teiste ettevõtjate poolt nõutud hindu ning muid asjaomase ajavahemiku osas kehtivaid näitajaid.

36. Minu arvates on õigus komisjonil, konkurentsiametil, Soome ja Poola valitsusel ning Tele2-l, kui nad väidavad, et sama tõhusa konkurendi kriteerium on põhimõtteliselt kõige asjakohasem, kuna see on objektiivne ega kajasta ebatõhusaid konkurente.

37. Leidsin oma ettepanekus kohtuasjas Deutsche Telekom *vs*. komisjon, kus mõlemat kriteeriumi pikalt analüüsiti, et kohtupraktikast lähtudes on põimõtteliselt asjassepuutuv turgu valitseva ettevõtja hinnakujundus. [43] Lisaks on põhimõtteliselt kõik pooled, kaasa arvatud TeliaSonera, möönnud, et käesolevas asjas on kohaldatav sama tõhusa konkurendi kriteerium. [44] Lisaks on mitmed õigusteoreetikud seda meelt, et sama tõhusa konkurendi kriteerium on asjakohane kriteerium. Järelikult on hinnakruvi tuvastamisel

42 – Vt üksikasjalikumalt mõlema kriteeriumi kohta minu ettepanek eespool 14. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas C-280/08 P: Deutsche Telekom *vs.* komisjon ja Üldkohtu otsus eespool 14. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas T-271/03.

43 – *Ibidem*, punkt 49. Seda kinnitas ka Court of Appeal of England & Wales eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas Albion, punkt 105, ja Ühendkuningriigi Competition Appeal Tribunal (CAT) kohtuasjas Genzyme Ltd *vs*. Office of Fair Trading, 2004, CAT 4. Hinnakruvi efekti kohta üldiselt vt ka otsus kohtuasjas Freeserve.com *vs.* Director General of Telecommunications, 2003, CAT 5.

44 – Oma ettepaneku eespool 14. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas C-280/08 P: Deutsche Telekom *vs*. komisjon 26. joonealuses märkuses möönsin, et pole võimatu, et teatud juhtudel võib olla kohane rakendada teise või täiendava kriteeriumina mõistlikult tõhusa konkurendi kriteeriumi.

põhimõtteliselt asjassepuutuv üksnes turgu valitseva ettevõtja hinnakujundus.

*Neljas küsimus – kas selle tuvastamiseks, et hinnakuvi mõju on kuritarvitav, peab tõendama selle konkurentsivastast mõju?*

38. Komisjoni, konkurentsiameti, Poola ja Soome valitsuse ning Tele2 arvates tuleneb liidu kohtupraktikast, et selleks et tegevus kujutaks endast rikkumist ELTL-i artikli 102 tähenduses, ei pea tõendama konkurentsivastast mõju asjaomasel turul. Piisab sellest, kui tõendada, et turgu valitseva ettevõtja kuritarvitus võib selle mõju tekitada. Teiselt poolt viitab TeliaSonera kohtuotsusele Hoffmann-La Roche *vs.* komisjon [45] ja väidab, et kuritarvituse määratlemisel peetakse silmas käitumist, mis takistab konkurentsi säilitamist ja arendamist.

39. Oma ettepanekus kohtuasjas Deutsche Telekom *vs.* komisjon [46] asusin seisukohale, et komisjon (või käesolevas asjas konkurentsiamet) on kohustatud tõendama, et turgu valitseva ettevõtja hinnakujundusel võib olla konkurentsivastane mõju. Kohtuasjas Deutsche Telekom *vs.* komisjon [47] oli selge, et Üldkohus leidis õigesti, et konkurentsivastane mõju, mida komisjon pidi tõendama, on seotud võimalike takistustega, mida hageja hinnapraktika võis asjaomasel turul konkurentsi arengule tekitada. Kuigi Üldkohus ei nõudnud, et komisjon tõendaks tegelikku konkurentsivastast mõju, nõudis ta seega õigesti tõendeid turule sisenemisel tekkinud takistuste kohta ehk võimaliku konkurentsivastase mõju tõendamist.

40. Selles küsimuses leidis Üldkohus kõnealuse kohtuotsuse punktis 237, et kuna Deutsche Telekomi hulgimüügiteenused olid asendamatud selleks, et konkurendid saaksid temaga järgneval juurdepääsuteenuste turul konkureerida, takistab Deutsche Telekomi hulgimüügi ja jaemüügi vaheline hinnakruvi efekt põhimõtteliselt konkurentsi kasvu järgnevatel turgudel. Seega rõhutas Üldkohus minu arvates õigesti asjaolu, et võrguteenused olid asendamatud ja et ilma nendele teenustele juurdepääsuta ei ole Deutsche Telekomi konkurentidel võimalik järgnevale

45 – Viidatud eespool 5. joonealuses märkuses.

46 – Eespool 14. joonealuses märkuses viidatud kohtuasi 280/08 P, punkt 64.

47 – Eespool 14. joonealuses märkuses viidatud kohtuasi T-271/03, punktid 233–245.

juurdepääsuteenuste turule isegi siseneda.[48] Selle kohtuotsuse punktides 238-245 analüüsis Üldkohus üksikasjalikult märkusi konkurentsivastase mõju kohta Saksa turul. See on kooskõlas Üldkohtu praktikas juurdunud lähenemisviisiga, mida on kinnitanud Euroopa Kohus, mille kohaselt ei pea nõutav mõju tingimata olema seotud väidetava kuritarvituse mõjuga; ELTL-i artikli 102 rikkumise tuvastamiseks piisab sellest, kui tõendada, et turgu valitseva ettevõtja kuritarvitus võib konkurentsi piirata ehk, teisisõnu, et sellel võib olla niisugune mõju.[49] Minu arvates järeldub sellest selgelt, et komisjon, käesoleval juhul konkurentsiamet, peab tõendama, et asjaomasel turul võib tekkida konkurentsivastane mõju.[50] Seega ei ole piisav väide, et on olemas kaudne ja abstraktne konkurentsivastase mõju oht.[51]

*Viies küsimus – millises ulatuses tuleb hinnakruvi efekti mõistet kohaldada erinevatele valitseva seisundi määradele?*

41. TeliaSonera väidab, et hinnakruvi efekt on kuritarvitus ELTL-i artikli 102 tähenduses üksnes juhul, kui ettevõtjal on eelneval turul märkimisväärne turuvõim. Nõustun komisjoni, konkurentsiameti ning Poola ja Soome valitsusega, et määrav on see, kas ettevõtjal

48 – Selles küsimuses tuleb märkida, et kui Deutsche Telekomi lõpptarbijaturu hinnad on madalamad kui võrguteenuste hinnad või kui Deutsche Telekomi lõpptarbijaturu hindade ja võrguteenuste hindade vahe on ebapiisav selleks, et temaga sama tõhusal ettevõtjal oleks võimalik katta abonentidele osutatavate juurdepääsuteenuste tootepõhised kulud, saab Deutsche Telekomiga sama tõhus potentsiaalne konkurent lõpptarbijaturule tulla üksnes kahjumit kandes.

49 – Eespool 10. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus British Airways *vs.* komisjon, punkt 30, mis seondub Üldkohtu 30. septembri 2003. aasta otsusega kohtuasjas T-203/01: Michelin *vs.* komisjon, nn Michelin II kohtuotsusega (EKL 2003, lk II-4071, punktid 238 ja 239) ja 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 ettepanek liidetud kohtuasjades C-468/06–C-478/06: Sot. Lélos kai Sia jt (EKL 2008, lk I-7139, punkt 50). Vt selle kohta kohtujurist Kokott, *Economic thinking in EU competition law*, Madrid, 29. oktoober 2009.

50 – Selline lähenemisviis on kooskõlas eespool viidatud kohtuotsusega Sot. Lélos kai Sia jt, milles Euroopa Kohus lükkas vaikimisi tagasi väite otsese kuritarvituse kohta ja analüüsis objektiivseid põhjendusi, võttes arvesse konkreetset turuolukorda. Eeskätt viitas Euroopa Kohus – lükates tagasi väite, mille kohaselt farmaatsiatoodete paralleellkaubandusest saavad peaasjalikult kasu paralleelkaubandusega tegelevad ettevõtjad ja mitte lõpptarbijad – sellele, et turgu valitseval ettevõtjal võib olla õigus vähendada ravimite müüki hulgimüüjatele eesmärgiga ohjeldada paralleelkaubandust, tingimusel et eksportivas riigis asuvate lõpptarbijate loomulik nõudlus on täielikult rahuldatud. Lükates tagasi formaalse lähenemisviisi, rõhutas Euroopa Kohus hoopis, et siseriiklikke õigusnorme, mis võimaldavad tekkida paralleelkaubandusel, tuleb arvesse võtta selliste väidete hindamisel, mis puudutavad objektiivseid põhjendusi, millele turgu valitsev ettevõtja eksportivatesse riikidesse müügi vähendamisel tugines. Vt Wahl, N., „Recent case-law on exclusionary behaviour", *16th St. Gallen International Competition Law Forum 2009* (2010), lk 225-232. Vt ka Ofcomi otsus asjas CW/00615/05/03, Vodafone/O2/Orange/T-Mobile, mai 2004, ja Ofteli otsus asjas BTOpenworld's consumer broadband products, november 2003.

51 – Vt Vickers, J. (sel ajal Ühendkuningriigi Office of Fair Tradingi (OFT) esimees), „Abuse of Market Power", 3. septembril 2004 Berliinis toimunud 31. EARIE konverents, lk 23, kättesaadav OFT-i võrguleheküljel: http://www.oft.gov.uk/shared_oft/speeches/spe0304.pdf.

on eelneval turul valitsev seisund. On olemas Üldkohtu praktika selle kohta, et mida olulisem on ettevõtja valitsev seisund, seda suurem on tõenäosus, et selline tegevus, mille eesmärk on ettevõtja seisundi säilitamine, toob kaasa konkurentsi piiramist.[52] Leian siiski, et see, kui suur on turgu valitseva ettevõtja turuvõim, ei peaks olema kuritarvituse tuvastamisel määrava tähtsusega. Väidetavalt hõlmab juba valitseva seisundi määratlus endas suuremat turuvõimu, mistõttu ei ole vaja selle määra hinnata. Nagu komisjon väitis, ei ole selge, kas ja kui suurel määral niisugune hindamine aitaks kaasa käesoleva üksikjuhtumi analüüsimisel. Lõpuks tuleb silmas pidada seda, et ELTL-i artikkel 102 räägib selgelt valitseva seisundi kuritarvitamisest ega viita „eriti valitsevale" seisundile.

42. Seega ei mõjuta vastust esimesele küsimusele turgu valitseva ettevõtja turuvõim.

*Kuues küsimus – kas ettevõtjal peab olema turgu valitsev seisund nii võrguteenuste turul kui ka lõpptarbijaturul?*

43. Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab selles küsimuses kohtuotsuse Deutche Telekom *vs.* komisjon[53] punktile 235, kus Üldkohus märkis, et kuni 1998. aastani oli Deutsche Telekom jaemüügiturul monopoolses seisundis. Kohus lisab, et küsimus valitseva seisundi olemusest on oluline eeskätt seetõttu, et kohtuasjas Deutsche Telekom *vs.* komisjon oli ettevõtjal valitsev seisund kõigil asjaomastel toote- ja teenusteturgudel. Põhikohtuasjas ei ole aga väidetud, et TeliaSonera oli jaemüügiturul monopoolses seisundis.

44. TeliaSonera leiab, et kõnesoleva tegevuse kuritarvitava olemuse tuvastamine eeldab turgu valitseva ettevõtja väga tugevat positsiooni jaemüügiturul. Konkurentsiameti arvates oli TeliaSonera turuosa järgneval turul ligikaudu 50 %. Järelikult ei saa välistada seda, et tal oli valitsev seisund ka sellel turul.

52 – Mõned Üldkohtu otsused viitavad sellele, et erinevused turujõus võivad olla asjassepuutuvad: eespool 40. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas T-228/97: Irish Sugar *vs.* komisjon, punkt 186; 8. novembri 1996. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-24/93, T-25/93, T-26/93 ja T-28/93: Compagnie maritime belge jt *vs.* komisjon (EKL 1996, lk II-1201) ja 17. septembri 2007. aasta otsus kohtuasjas T-201/04: Microsoft *vs.* komisjon (EKL 2007, lk II-3601). Vt ka kohtujurist Fennelly ettepanek eespool 6. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas Compagnie Maritime Belge Transports jt *vs.* komisjon, punkt 137.

53 – Viidatud eespool 14. joonealuses märkuses.

45. Nagu märgivad komisjon, Soome valitsus ja Tele2, võib kohtuotsusest IPS [54] tuletada, et puudub nõue tõendada, et hinnakruvi kasutav ettevõtja on valitsevas seisundis ka järgneval turul. Hinnakruvi kasutamise eesmärk võib olla järgneval turul valitseva seisundi saavutamine.

47. Seetõttu leian, et valitseva seisundi olemasolu ei hulgimüügi- ega jaemüügiturul ei ole vajalik selleks, et ELTL-i artikkel 102 oleks hinnakruvi olukorrale kohaldatav. [57]

*Kaheksas küsimus – kas vastust esimesele küsimusele mõjutab see, kas tarneid tehakse uutele klientidele?*

46. Leian, et võimendavat mõju käsitlev kohtupraktika on põhimõtteliselt kohaldatav ka hinnakruvi olukordadele. Kohtuotsuses Tetra Pak II [55] leidis Euroopa Kohus põhimõtteliselt, et ELTL-i artikkel 102 on kohaldatav, sõltumata sellest, kas turgu valitseva ettevõtja õigusvastane tegevus mõjutab negatiivselt konkurentsi turul, mis erineb sellest, kus ettevõtjal on valitsev seisund. [56]

48. Komisjon, konkurentsiamet ja Soome valitsus väidavad, et hinnakruvi juhtudel ei oma tähtsust see, kes on klient. TeliaSonera leiab, et Euroopa Kohus on järjekindlalt asunud seisukohale, et uuele kliendile tarnimisest keeldumise ja olemasolevale kliendile tarnimisest keeldumise vahel on teatav erisus ja et seega kuulub see erisus kohaldamisele ka hinnakruvi juhtumitele.

54 – Viidatud eespool 27. joonealuses märkuses.

55 – Viidatud eespool 7. joonealuses märkuses. Vt ka eespool 12. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Télémarketing.

56 – Samas kohtuasjas leidis Üldkohus, et „Tetra Paki tegevus mitte-aseptilise kartongi turul kuulub [ELTL-i artikli 102] kohaldamisalasse, ilma et oleks vaja tuvastada turgu valitseva seisundi olemasolu eraldi neil turgudel, kuna kõnealuse ettevõtja valitsev seisund mitte-aseptilise kartongi turul, arvestades selle turu ja aseptilise kartongi turu tihedat seotust, andis Tetra Pakile vabaduse toimida iseseisvalt võrreldes teiste mitte-aseptilise kartongi turul tegutsevate ettevõtjatega, mistõttu lasub tal [ELTL-i artikli 102] kohaselt eriline kohustus hoiduda käitumisest, mis võib kahjustada ausat moonutamata konkurentsi ühisturul". 6. oktoobri 1994. aasta otsus kohtuasjas T-83/91: Tetra Pak *vs*. komisjon, nn Tetra Pak II kohtuotsus (EKL 1994, lk II-755, punkt 122).

57 – Seda seisukohta näib kinnitavat Court of Appeal of England & Walesi eespool 18. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas Albion, punkt 88, ja Ühendkuningriigi Competition Appeal Tribunali (CAT) eespool 43. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas Genzyme, punktid 534 ja 560. Poola valitsus märkis sisuliselt, et eespool 14. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas Deutsche Telekom arutusel olnud komisjoni otsuses ja komisjoni 29. oktoobri 1975. aasta otsuses 76/185/ESTÜ – National Carbonising Company (EÜT 1976, L 35, lk 6), eespool 40. joonealuses märkuses viidatud otsuses kohtuasjas Napier Brown – British Sugar ja kohtuasjas Wanadoo oli kõnealusel ettevõtjal valitsev seisund nii eelneval kui ka järgneval turul.

49. ELTL-i artikli 102 teise lõike punkti b kohaselt on valitseva seisundi kuritarvitamine eeskätt toodangu, turgude või tehnilise arengu piiramine tarbijate kahjuks. Euroopa Kohtu väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et turgu valitseva ettevõtja keeldumine täita teatud toote turul pikaajalise kliendi tellimusi kujutab endast selle valitseva seisundi kuritarvitamist ELTL-i artikli 102 tähenduses, kui selleks puudub objektiivne põhjus ja kui selline teguviis tingib kaubanduspartneri konkurentsi kadumise. [58] Kohtupraktikast nähtub lisaks, et tarnimisest keeldumisega on tegemist ka siis, kui turgu valitsev ettevõtja jätab tarne tegemata uuele kliendile. [59]

50. Minu arvates on võimalik väita, et olemasoleva kokkuleppe alusel tarne tegemata jätmist võib pidada enam kuritarvitavaks kui uuele kliendile tarne tegemisest keeldumist. Nagu komisjon tarnimisest keeldumisega seoses märkis, et kui turgu valitsev ettevõtja tarnis varem tooteid teatud ettevõtjale, kes tegi sellest suhtest lähtuvalt investeeringuid sellise toote kasutamisse, mille tarnimisest hiljem keelduti, siis kannab viimane vältimatult kahjusid. Lisaks viitab asjaolu, et turgu valitsev ettevõtja, kellele hulgitoode (oluline toode) kuulub, leidis varem, et selle toote tarnimine on talle kasulik, sellele, et nimetatud toote tarnimine võimaldas turgu valitseval ettevõtjal saada selle eest kohast tasu (see oli tulus tegevus), mis omakorda muudab turgu valitseva ettevõtja jaoks keeruliseks õigustada ternimisest keeldumist pelgalt majanduslike põhjustega. [60]

51. Osas, milles käesolevat küsimust võib mõista nii, et see viitab olukorrale, kus turgu valitsev ettevõtja kohaldab hinnakruvi üksnes uutele klientidele (konkurendid eelneval turul), kohaldades samal ajal soodsamaid tingimusi olemasolevatele klientidele

58 – Vt selle kohta 6. märtsi 1974. aasta otsus liidetud kohtuasjades 6/73 ja 7/73: Istituto Chemioterapico Italiano ja Commercial Solvents *vs*. komisjon (EKL 1974, lk 223, punkt 25) ja eespool 9. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus United Brands *vs*. komisjon, punkt 183. Vt ka eespool 49. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Sot. Lélos kai Sia jt.

59 – Vt eespool 17. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Bronner; 6. aprilli 1995. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-241/91 P ja C-242/91 P: RTE ja ITP *vs*. komisjon, nn Magilli kohtuotsus (EKL 1995, lk I-743) ja 29. aprilli 2004. aasta otsus kohtuasjas C-418/01: IMS Health (EKL 2004, lk I-5039). Kohtupraktikast ülevaate saamiseks vt kohtujurist Jacobsi ettepanek kohtuasjas C-53/03: Syfait jt (EKL 2005, lk I-4609).

60 – Kui analüüsida käitumise objektiivseid põhjendusi, võib neid kahte olukorda (olemasolevale kliendile tarnete tegemise lõpetamine ja uuele kliendile tarne tegemisest keeldumine) käsitleda erinevalt. Faull, J. ja Nikpay, A., *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, lk 357.

(konkurendid järgneval turul), tuleb lõpuks analüüsida seda, kas turgu valitsev ettevõtja rikub ELTL-i artikli 102 teise lõike punkti c.

52. Järelikult võib vastust esimesele küsimusele, sõltuvalt iga üksikjuhtumi eriomastest asjaoludest, mõjutada see, kas tarneid tehakse uutele klientidele.

*Üheksas küsimus – kas hinnakruvi juhtudel peab turgu valitsevas seisundis ettevõtja saama talle tekkinud kahjumi hiljem tagasi teenida?*

53. Leian – nagu ma märkisin oma ettepanekus kohtuasjas France Télécom *vs.* komisjon –, et turuvallutuslikku hinnakujundust käsitlevates asjades ei pea tõendama kahjumi tagasiteenimise võimalikkust. [61] Turuvallutuslik hinnakujundus põhineb eeldusel, et turgu valitsev ettevõtja kannab kahju, kuna toote hind ei kata sellega seotud kulusid. Siiski on tõenäoline, et ettevõtja teenib kahju tagasi hiljem, kui ta on saavutanud turul tugevama seisundi ja loonud turuvallutuslike hindadega suuremad takistused uutele turule sisenejatele. Seevastu ei nõua hinnakruvi turgu valitsevalt ettevõtjalt niisuguseid majanduslikke ohvreid, kuna see ei too vältimatult kaasa „kahju", mida tuleks tagasi teenida. [62] Hinnakruvi olukorras võivad hinnad järgneval turul olla kõrged, kuna hinnad on kõrged eelneval turul. Hinnad võivad olla kõrged mõlemal turul, kuid hinnakruvi iseloomustab just suur erinevus eelneva turu hindade ja järgneva turu hindade vahel.

54. Seega ei ole eeldus, mille kohaselt on turgu valitseval ettevõtjal võimalik kahju hiljem tagasi teenida, nõutav selleks, et esimeses küsimuses kirjeldatud tegevust kuritarvitusena määratleda.

61 – Vt minu ettepanek eespool 11. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas C-202/07 P: France Télécom *vs.* komisjon. Vt siiski ka Euroopa Kohtu otsus selles asjas, kus ta leidis, et tekkinud kahjumi hiljem tagasi teenimise võimaluse tõendamine ei ole turuvallutusliku hinnakujunduse tuvastamise vältimatu eeltingimus. Euroopa Kohus lisas samas, et selline tõlgendus ei välista seda, et komisjon kahjumi hiljem tagasi teenimise võimalust tõendab.

62 – TeliaSonera väidab, et sellistes hinnakruvi asjades, kus on tekkinud kahjum, mida turgu valitseval ettevõtjal on siiski võimalik hiljem tagasi teenida, tuleks kahjumi hiljem tagasi teenimise võimalust hindamisel arvesse võtta.

*Kümnes küsimus – kas vastust esimesele küsimusele mõjutab see, kas kõrgete investeerimisnõudmistega turul toimuvad tehnoloogilised muutused?*

55. Kõik pooled on nõus sellega, et Üldkohus märkis kohtuotsuses France Télécom *vs.* komisjon [63] põhimõtteliselt õigesti, et selles asjas arutusel olev turg on „jõudsalt kasvav turg, kuid see asjaolu ei saa välistada konkurentsieeskirjade kohaldamist ja eelkõige nende normide kohaldamist, mis on sätestatud [ELTL-i artiklis 102]".

56. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märkis, [64] et komisjon kohandas kohtuasjast AKZO lähtuvate turuvallutusliku hinnakujunduse tuvastamise kriteeriume Wanadoo juhtumil tehtud analüüsis selliselt, et kohaldas neid tehnoloogiliselt kiiresti muutuva turu osas suurema paindlikkusega. Tuleb märkida, et komisjoni otsust kinnitasid hiljem nii Üldkohus kui ka Euroopa Kohus. [65]

57. Kuigi kiiresti muutuvad ja jõudsalt kasvavad turud ei ole väljaspool ELTL-i artikli 102 kohaldamisala, on seega siiski selge, et põhjendatud juhul tuleb komisjonil ja siseriiklikel konkurentsiasutustel käsitleda selliseid turge erilise ettevaatusega, kohandades vajadusel oma tavalist läenemisviisi, nagu komisjon tegi seda edukalt Wanadoo juhtumi puhul.

63 – 30. jaanuari 2007. aasta otsus kohtuasjas T-340/03: France Télécom *vs.* komisjon (EKL 2007, lk II-107); vt komisjoni 16. juuli 2003. aasta otsus, mis käsitleb [ELTL-i artikli 102] alusel algatatud menetlust (juhtum COMP/38.233 – Wanadoo Interactive), põhjendused 261 ja 262 otsuse preambulis.

64 – Eelotsusetaotluse esitanud kohus märkis õigesti, et kiiresti muutuvale turule sisenemise alguses kantud kahjum võib olla tavaline turunähtus. Vt Colley, L. ja Burnside, S., „Margin squeeze abuse", *European Competition Journal Special Issue on Article 82*, juuli 2006, lk 185–210.

65 – Vt eespool 63. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas T-340/03: France Télécom *vs.* komisjon ning kohtujuristi ettepanek ja otsus eespool 11. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas C-202/07 P: France Télécom *vs.* komisjon.

## III. Ettepanek

58. Eeltoodud kaalutlusi silmas pidades teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Stockholms tingsrätti küsimustele järgmiselt:

– Esimene, kolmas ja seitsmes küsimus: hinnakruvi efektiga on tegemist juhul, kui vahe turgu valitseva ettevõtja jaehindade ja võrguteenuste nende hindade vahel, mida ta küsib konkurentidele osutatavate võrreldavate teenuste eest, on negatiivne või ebapiisav selleks, et katta turgu valitseva ettevõtja tootepõhised kulud, mis kaasnevad tema enda toodete tarnimisega järgneval turul.

  Sellise käitumise kuritarvitav olemus tuleneb hinnaerinevuse ebavõrdsest olemusest ja asjaolust, et turgu valitseva ettevõtja võrguteenuse tooted on konkurentidele asendamatud selleks, et neil oleks võimalik turgu valitseva ettevõtjaga järgneval turul konkureerida.

  Toote asendamatuse nõue ei ole kohaldatav, kui turgu valitseval ettevõtjal on seadusest tulenev ja liidu õigusega kooskõlas olev kohustus võrguteenuseid tarnida.

– Teine küsimus: kuritarvitava hinnakruvi tuvastamisel on põhimõtteliselt asjassepuutuv üksnes turgu valitseva ettevõtja hinnakujundus.

– Neljas küsimus: asjaomane konkurentsiasutus peab tõendama vastavat turuolukorda arvesse võttes, et turgu valitseva ettevõtja hinnakujundusel võib olla konkurentsivastane mõju. Pelk väide, et on olemas kaudne ja abstraktne konkurentsivastase mõju oht, ei ole piisav.

– Viies küsimus: vastust esimesele küsimusele ei mõjuta turgu valitseva ettevõtja turuvõim.

– Kuues küsimus: selleks et esimeses küsimuses viidatud tegevust valitseva seisundi kuritarvitamisena käsitada, ei pea seda tegevust teostaval ettevõttel olema turgu valitsev seisund nii võrguteenuste turul kui ka lõpptarbijaturul.

– Kaheksas küsimus: teatud juhtudel võib vastust esimesele küsimusele mõjutada see, kas tarneid tehakse uutele klientidele.

– Üheksas küsimus: eeldus, mille kohaselt on turgu valitseval ettevõtjal võimalik kahju hiljem tagasi teenida, ei ole nõutav selleks, et tegevust hinnakruvi kuritarvitusena määratleda, kuna turgu valitsev ettevõtja ei pruugi selle tegevuse tagajärjel kahju kanda.

– Kümnes küsimus: ELTL-i artikkel 102 on kohaldatav olukorrale, kus kõrgete investeerimisnõudmistega turul toimuvad tehnoloogilised muutused. Samas tuleb asjaomasel konkurentsiasutusel käsitleda selliseid turge erilise ettevaatusega, kohandades vajadusel oma tavalist läenemisviisi.