Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
JULIANE KOKOTT
esitatud 21. mail 2015 [1]

Kohtuasi C-23/14

Post Danmark A/S
versus
Konkurrenceråd

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Sø- og Handelsretten (Taani))

Konkurents — Turgu valitseva seisundi kuritarvitamine (EÜ artikkel 82) — Postiteenused — Taani hulgipostituste levitamise turg — Otsepost — Endise riikliku postiettevõtte monopoolne seisund olulises turuosas — Hinnaalanduste süsteem — Väljatõrjuv mõju — Vähese mõju künnise või de minimis künnise puudumine — Sama tõhusa konkurendi kriteerium („as-efficient-competitor”-test)

I. **Sissejuhatus**

1. Käesolev eelotsusetaotlus pakub Euroopa Kohtule uuesti võimaluse täpsustada EÜ artiklit 82 (nüüd ELTL artikkel 102), arvestades oma kohtupraktikat, mis käsitleb turgu valitsevate ettevõtjate hinnaalanduste süsteemide kuritarvitavat laadi; selliseid süsteeme hakati rakendama rohkem kui 40 aastat tagasi. [2]

2. Käesolev kohtuasi puudutab küsimust, kas Taani ettevõtja Post Danmark A/S on aastatel 2007 ja 2008 kuritarvitanud oma valitsevat seisundit Taanis asuvatele adressaatidele hulgipostituste levitamise turul. Põhiliselt tuleb seejuures selgitada, kas Post Danmark pani toime kuritarvitava väljatõrjumise, kui ta tegi otseposti levitamisel kuni 16% mahahindluse, juhul kui tema kliendid saavutasid üheaastase võrdlusperioodi vältel teatava standardiseeritud koguselise või käibekünnise. Seejuures arvestati mahahindlust tagasiulatuvalt, see tähendab, et seda kohaldati kogu otsepostile, mida asjaomase kliendi nimel kogu võrdlusperioodi vältel levitati.

3. Euroopa Kohtul tuleb käesoleval juhul eelkõige selgitada, kas hinnaalanduste süsteemide konkurentsivastasuse hindamiseks EÜ artikli 82 tähenduses on õiguslikus mõttes nõutav, et viidaks läbi hindade ja kulude analüüs, milles võrreldakse turgu valitseva ettevõtja ärikäitumist sama „tõhusa konkurendi” ärikäitumisega (nn *„as-efficient-competitor”-test*, edaspidi „sama tõhusa konkurendi kriteerium”). Peale selle kerkib küsimus, kas turgu valitseva ettevõtja hinnaalanduste süsteemist tulenev väljatõrjuv mõju peab ületama teatud vähese mõju künnise (*de minimis* künnis), selleks et liigitada see konkurentsivastaseks.

1 — Algkeel: saksa.

2 — Vt eelkõige kohtuotsused Suiker Unie jt *vs.* komisjon (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73, EU:C:1975:174), Hoffmann-La Roche *vs.* komisjon (85/76, EU:C:1979:36), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs.* komisjon (322/81, EU:C:1983:313), British Airways *vs.* komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166), Tomra Systems jt *vs.* komisjon (C-549/10 P, EU:C:2012:221) ja Michelin *vs.* komisjon (T-203/01, EU:T:2003:250).

4. Ajal, mil sagenevad nõuded rakendada liidu konkurentsiõiguses majanduslikumat lähenemisviisi („*more economic approach*"), on neil küsimustel eriti suur tähtsus. Vastates neile küsimustele, millel on tõenäoliselt käesolevast asjast palju kaugemale ulatuv suunav mõju,[3] ei peaks Euroopa Kohus minu arvates laskma end nii väga mõjutada aja vaimust või mööduvatest moenähtustest, vaid meenutama pigem õiguslikke aluseid, millel põhineb turgu valitseva seisundi kuritarvitamise keeld liidu õiguses.

II. **Õiguslik raamistik**

5. Käesoleva asja liidu õiguse raamistiku määrab kindlaks EÜ artikkel 82 (nüüd ELTL artikkel 102). Taani õiguses sisaldab Konkurrencelov'i[4] § 11 siseriiklikku õigusnormi, mis – niivõrd kui see on käesolevas asjas huvipakkuv – on identne EÜ artikliga 82 ja mida tuleb seadust ettevalmistavate materjalide kohaselt tõlgendada kooskõlas EÜ artikliga 82.

III. **Asjaolud ja põhikohtuasi**

6. Põhikohtuasja aluseks on Post Danmarki ja Konkurrencerådeti[5] vaheline vaidlus. Konkurrencerådet leidis 24. juuni 2009. aasta otsuses, et Post Danmark oli EÜ artiklit 82 ja Konkurrencelov §-11 rikkudes aastatel 2007 ja 2008 kuritarvitanud oma valitsevat seisundit Taani hulgipostituste turul, kohaldades otsepostile hinnaalanduste süsteemi. Seetõttu keelas Konkurrencerådet ettevõtjal hinnaalanduste süsteemi edasise kohaldamise.

7. Vaidlusalusel ajavahemikul oli nii Taani riigil kui ka erainvestoritel osalus Post Danmarkis. Ettevõtjal oli seadusega normeeritud universaalteenuse osutamise kohustus teatud postisaadetiste osas, sealhulgas ka otsepost, ning ta oli kohustatud kohaldama kogu Taani territooriumil ühtseid tariife. Vastutasuks oli Post Danmarkil seadusega kehtestatud monopol kõigile alla 50-grammistele kirisaadetistele. Seeläbi hõlmas Post Danmarki ainuõigus ligikaudu 70% hulgipostituste turust.

8. Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab Taani hulgipostituste turgu asjaomaseks toote- ja geograafiliseks turuks. Post Danmarki otseposti turuosa oli kõnealusel ajavahemikul ligikaudu 95%. Otsepost, see tähendab adresseeritud reklaampost, mis saadetakse samal ajal suurele arvule adressaatidele, moodustab selle turu hulgipostituste segmendi, mille suurus oli 2007. aastal ligikaudu 12% ja 2008. aastal ligikaudu 7% kogu turust. Otseposti osa, mida Post Danmarki monopol ei hõlmanud, oli 2007. aastal ligikaudu 15% ja 2008. aastal ligikaudu 9% hulgipostituste turust.

9. Bring Citymail Danmark A/S, Norra riigile kuuluva ettevõtja Posten Norge AS tütarettevõtja, oli alates 2007. aastast pakkunud Post Danmarkiga konkureerides ärikirjade, kaasa arvatud otsepost, kättetoimetamist Kopenhaagenis ja selle ümbruskonnas ning oli asjassepuutuval ajavahemikul Post Danmarki ainus tõsine konkurent Taani hulgipostituste turul. 2010. aasta algul lõpetas Bring Citymail suure kahjumi tõttu Taani turul tegutsemise. Pooled vaidlevad selle üle, kas turult lahkumise põhjuseks oli asjaolu, et Post Danmark kohaldas kõnealusel perioodil otsepostile hinnaalanduste süsteemi.

3 — Ka pooleliolevas apellatsioonimenetluses Intel *vs*. komisjon (C-413/14 P) mängib mh sama tõhusa konkurendi kriteeriumi õigusliku vajalikkuse küsimus seoses hinnaalanduste süsteemiga rolli, mida ei tohi alahinnata.

4 — Konkurentsiseadus.

5 — Konkurentsiamet.

10. Post Danmarki hinnaalanduste süsteem võeti kasutusele 2003. aastal. Mahahindlused, mis olid 6–16% tavalisest saatekulust,[6] olid standardiseeritud ja neid pakuti kõigile klientidele samadel, üldiselt kättesaadavatel tingimustel. Need kehtisid üheaastase perioodi vältel. Mahahindlus hõlmas üheaastase võrdlusperioodi jooksul kõiki Post Danmarkile korraga vähemalt 3000 kirjast koosnevate partiidena üle antud postisaadetisi. Hinnaalanduste süsteemi kohaldamisel ei tehtud seejuures vahet selle põhjal, kas nende postisaadetiste puhul oli tegemist Post Danmarki monopoliga, ja kas asjaomasel territooriumil tegutses konkurent.

11. Esimese mahahindluskünnise saavutamise tingimuseks, mis nägi ette 6% hinnaalanduse, oli see, et klient lasi üheaastase võrdlusperioodi jooksul jaotada vähemalt 30 000 kirja või postituste saatekulu oli vähemalt 300 000 Taani krooni (bruto) aastas. Post Danmarki poolt kohaldatud skaala nägi ette veel kaheksa mahahindlusastet.[7] Esimese seitsme mahahindlusastme puhul oli igakordne hinnaalandus üks protsent, kahe viimase mahahindlusastme puhul kaks protsenti, hinnaalanduse maksimaalne määr oli 16%. Kohaldatud mahahindluse diferentseerimine mõjutas eelkõige keskmisi kliente, seevastu suurkliendid jõudsid nende kasutatud teenuse mahtu arvesse võttes tavaliselt niikuinii kõige kõrgema mahahindlusastmeni.

12. Hinnaalanduste süsteemi rakendamine toimus praktiliselt sel viisil, et asjaomase kliendi jaoks määrati iga aasta alguses esialgsed mahud, mida klient hinnanguliselt sel aastal võiks kasutada. Aasta lõpus toimus siis – tagasiulatuvalt – kõigi hindade korrigeerimine vastavalt klientide nimel aasta jooksul tegelikult saadetud kirjade alusel. See võis tekitada kliendile Post Danmarkile tagasimakse tegemise kohustuse, kui tema esitatud tellimuste tegelik maht oli prognoositud mahust väiksem ning aasta alguses oli seega eelnevalt arvutatud ja tehtud liiga suur mahahindlus.

13. Konkurrencerådet pidas kirjeldatud hinnaalanduste süsteemi kohaldamist turgu valitseva seisundi kuritarvitamiseks. Mahahindluse kohaldamise viisi tõttu on kliendid Post Danmarkiga seotud ning seetõttu on hulgipostituste turg tegelikele ja potentsiaalsetele konkurentidele suletud, ilma et seda tasakaalustaksid tarbijale tõhususest tulenevad eelised, mis võiksid korvata konkurentsi piiravaid tagajärgi.

14. Oma hinnangus loobus Konkurrencerådet hindade ja kulude analüüsist sama tõhusa konkurendi kriteeriumi alusel. Põhjenduseks märkis ta, et see analüüs ei ole hindamiskriteeriumina sobiv, sest Taani postituru erijoonte tõttu ei saa sama tõhusat konkurenti üldse olemas olla. Kuritarvitava käitumise eeldamise põhjendamiseks tugines Konkurrencerådet pigem Post Danmarki eriseisundile kõnealusel turul, mis teeb ettevõtjast möödapääsmatu kaubanduspartneri. Lisaks juhtis Konkurrencerådet muu hulgas tähelepanu turulepääsu tõkete olemasolule ning hinnaalanduste süsteemi konkreetsele ülesehitusele, eelkõige selle tagasiulatuvale kohaldamisele seoses üheaastase võrdlusperioodiga, kuni 16% hinnaalanduse ulatusele ning selle saajate tegelikule seisundile mahahindluse diferentseerimise raames.

15. Konkurrenceankenævnet[8] jättis 10. mai 2010. aasta määrusega Konkurrencerådeti otsuse muutmata. Selle peale esitas Post Danmark 1. juulil 2010 kaebuse Taani Sø- og Handelsretten'ile,[9] mis on eelotsusetaotluse esitanud kohus. Konkurrencerådeti toetuseks astus põhikohtuasjas menetlusse Bring Citymail Danmark.

6 — Post Danmarki andmetel oli tehtud mahahindlus keskmiselt 10,6%.

7 — Järgmised mahahindluskünnised olid 75 000, 150 000, 300 000, 500 000, 750 000, 1 000 000, 1 500 000 ja 2 000 000 saadetist või vähemalt 750 000, 1 500 000, 3 000 000, 5 000 000, 7 500 000, 10 000 000, 15 000 000 ja 20 000 000 Taani krooni suurune brutosumma.

8 — Konkurentsikaebuste komisjon.

9 — Mere- ja kaubanduskohus.

IV. **Eelotsusetaotlus ja menetlus Euroopa Kohtus**

16. Kohtumäärusega, mis kannab 8. jaanuari 2014. aasta kuupäeva ja mis saabus Euroopa Kohtusse 16. jaanuaril 2014, esitas Sø- og Handelsretten Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Millistest kriteeriumidest lähtudes tuleks otsustada, kas turgu valitseva ettevõtja kasutatav […] eelotsusetaotluses kirjeldatud omadustega hinnaalanduste süsteem, millel on standardiseeritud künnis, kujutab endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist, mis on vastuolus EÜ artikliga 82?

Euroopa Kohtul palutakse selgitada, kuidas mõjutab antavat hinnangut see, kas hinnaalanduste süsteemi künnised on seatud selliselt, et hinnaalanduste süsteemi kohaldatakse enamikule klientidest turul.

Lisaks sellele palutakse Euroopa Kohtul selgitada, kas ja kuidas mõjutavad sellisele hinnaalanduste süsteemile EÜ artikli 82 alusel antavat hinnangut turgu valitseva seisundiga ettevõtja hinnad ja kulud („tõhusa konkurendi" kriteeriumi asjakohasus).

Samuti palutakse Euroopa Kohtul selgitada, mil määral on asjakohased turu omadused, sh kas turu omadused võivad õigustada turu sulgemise mõju, mida näitavad sama „tõhusa konkurendi" kriteeriumist erinevad uuringud ja analüüsid (vt selle kohta komisjoni teatis artikli 82 kohaldamise kohta, punkt 24).

2. Kui tõenäoline ja oluline peab olema […] eelotsusetaotluses viidatud omadustega hinnaalanduste süsteemi konkurentsivastane mõju, selleks et kohaldada EÜ artiklit 82?

3. Arvestades esimesele ja teisele küsimusele antud vastuseid, milliseid konkreetseid asjaolusid peab siseriiklik kohus arvesse võtma, selleks et hinnata, kas eelotsusetaotluses kirjeldatud tingimustel (turu ja hinnaalanduste süsteemi omadused) on või võib hinnaalanduste süsteemil olla selline turgu sulgev mõju sellisel konkreetsel juhul, kui tegemist on EÜ lepingu artikli 82 reguleerimisalasse kuuluva rikkumisega?

Kas sellega seoses on nõutav, et turgu sulgev mõju on märkimisväärne?"

17. Euroopa Kohtu eelotsusemenetluses esitasid peale Post Danmarki ja Bring Citymaili kirjalikud seisukohad Taani Kuningriik, Saksamaa Liitvabariik, Euroopa Komisjon ja EFTA järelevalveamet. Välja arvatud Saksamaa osalesid samad menetlusosalised 26. märtsi 2015. aasta kohtuistungil.

V. **Hinnang**

18. Suure hulga küsimustega tahab eelotsusetaotluse esitanud kohus põhiliselt teada, milliseid kriteeriume või „suuniseid" tuleks EÜ artikli 82 raames kohaldada, et hinnata turgu valitsevate ettevõtjate hinnaalanduste süsteeme. Eelkõige soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas sama tõhusa konkurendi kriteeriumi rakendamine turgu valitseva seisundi kuritarvitamise tuvastamiseks on õiguslikus mõttes nõutav ja kas hinnaalanduste süsteemist lähtuva võimaliku väljatõrjuva mõju hindamisel kehtib vähese mõju künnis (*de minimis* künnis).

19. Need küsimused kerkivad, arvestades Post Danmarki hinnaalanduste süsteemi, mida iseloomustasid muu hulgas järgmised tunnused:

— Hinnaalanduste süsteem põhines standardiseeritud ja üldkohaldatavatel tingimustel, sisaldas üheksat mahahindlusastet hinnaalandusega 6–16%, kehtis üheaastase võrdlusperioodi vältel ning sellel oli tagasiulatuv mõju.

— Hinnaalanduste süsteemi kohaldati turul, kus Post Danmarki turuosa oli 95% ja rohkem kui 70% jaotatavatest kirisaadetisest oli hõlmatud ettevõtja seadusest tuleneva monopoliga, esinesid suured turule juurdepääsu tõkked, Post Danmarkil olid struktuurilised eelised ning tal tuli Bring Citymaili puhul ainult geograafilise turu ühel osal ajutiselt arvestada selgelt väiksema konkurendiga.

20. Käesolevale eelotsusetaotlusele vastamisel tuleb aluseks võtta turgu valitseva seisundi kuritarvitamise keeld selle enne Lissaboni lepingu jõustumist kehtinud redaktsioonis, sest põhikohtuasja ese on hinnaalanduste süsteemi kohaldamine aastatel 2007 ja 2008 ning Taani konkurentsiameti vaidlusalune otsus tehti veel 2009. aasta juunis. Järgneva käsituse EÜ artikli 82 kohta saab siiski probleemideta üle kanda sisuliselt identsele ELTL artiklile 102.

21. Kuna üksikud eelotsuse küsimused omavahel osalt suuresti kattuvad, on soovitatav vastata neile muudetud järjekorras ning käsitleda seejuures üksteise järel erinevaid eelotsusetaotluses puudutatud õiguslikke probleeme.

A. *Turgu valitseva ettevõtja hinnaalanduste süsteemi hindamise kriteeriumid*

1. Üldised märkused (esimese küsimuse esimene osa)

22. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimese küsimuse esimene osa käsitleb üldisi õiguslikke nõudeid, mis kehtivad vastavalt EÜ artiklile 82 turgu valitseva ettevõtja hinnaalanduste süsteemide hindamise kohta.

23. Esmapilgul võib olla üllatav, et turgu valitseva ettevõtja mahahindlusi, mis kujutavad endast tema klientide jaoks siiski hinnaeelist, võib vastavalt EÜ artiklile 82 klassifitseerida kuritarvitamiseks.

24. Tuleb siiski arvestada, et just turgu valitseva ettevõtja tegutsemise tulemusel on konkurents asjaomasel turul juba nõrgenenud.[10] Seetõttu lasub nimetatud seisundis oleval ettevõtjal – olenemata tema valitseva seisundi põhjustest – siiski eriline kohustus mitte kahjustada oma tegevusega tõhusat konkurentsi ja mitte moonutada konkurentsi siseturul.[11]

25. Sellele vastavalt kehtivad EÜ artikli 82 kohaldamisalas turgu valitseva ettevõtja suhtes teatud piirangud, mida teiste samasuguste ettevõtjate suhtes ei kohaldata. Tegevus, mis ei ole tavapärastes konkurentsitingimustes keelatud, võib kujutada endast kuritarvitust, kui seda praktiseerib turgu valitsev ettevõtja.[12] Eelkõige ei saa seega pidada õiguspäraseks igasugust hinnakonkurentsi, mida turgu valitsev ettevõtja rakendab.[13]

26. Nagu komisjon õigesti märgib, võib turgu valitseva seisundiga ettevõtjate tehtud hinnaalanduste taga end mõnikord varjata konkurentsivastane tegevus, mis näib ainult esmapilgul olevat turul eriti soodsa pakkumuse tegemine, kuid mis ei kujuta endast lähemal vaatlusel tegelikult madalaid hindu ning mis võib suurel määral konkurentsi kahjustada.

10 — Kohtuotsused Hoffmann-La Roche *vs.* komisjon (85/76, EU:C:1979:36, punkt 91), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs.* komisjon (322/81, EU:C:1983:313, punkt 70) ja Tomra Systems jt *vs.* komisjon (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 17).

11 — Kohtuotsus Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs.* komisjon (322/81, EU:C:1983:313, punkt 57); selle kohta ka kohtuotsused France Télécom *vs.* komisjon (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punkt 105), Deutsche Telekom *vs.* komisjon (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkt 176) ja TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punkt 24).

12 — Kohtuotsus Compagnie maritime belge transports jt *vs.* komisjon (C-395/96 P ja C-396/96 P, EU:C:2000:132, punkt 131).

13 — Kohtuotsused AKZO *vs.* komisjon (C-62/86, EU:C:1991:286, punkt 70), France Télécom *vs.* komisjon (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punkt 106), Deutsche Telekom *vs.* komisjon (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkt 177) ja Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 25).

27. Turgu valitseva seisundiga ettevõtjate kohaldatud hinnaalanduste süsteemide puhul ei saa küll lähtuda üldisest kuritarvitamise eeldusest, mille need ettevõtjad peaksid umber lükkama. Siiski on selliste mahahindluste puhul ühelt poolt legitiimse konkurentsi ja teiselt poolt konkurentsivastase äritegevuse piiritlemine üldjuhul delikaatne küsimus, mida tuleb hoolikalt kontrollida.

28. Kohtupraktikas [14] on leitud, et lihtsad mahahindlused, mis on seotud üksnes tehtud ostude mahuga, ei tekita tavaliselt konkurentsivastast toimet, mistõttu ei kujuta need endast kuritarvitust isegi juhul, kuid neid kohaldavad turgu valitsevad ettevõtjad. Kui tarnitud koguse suurenemine tähendab tarnija jaoks väiksemaid kulusid, on viimasel õigus lasta oma kliendil kulu vähenemisest osa saada soodsama hinna kohaldamise teel. Kuritarvitavat laadi EÜ artikli 82 tähenduses on seevastu üldjuhul püsikliendi hinnaalandused või eesmärgi täitmisega seotud hinnaalandused, millega turgu valitsevad ettevõtjad püüavad oma kliente endaga siduda ning üle meelitada konkurentide kliente.

29. Lõppkokkuvõttes ei ole EÜ artikli 82 kohaselt aga turgu valitseva ettevõtja hinnaalanduste süsteemi hindamisel määrava tähtsusega, kas seda süsteemi saab liigitada tavapäraste kategooriate – eelkõige kogusest sõltuvate või püsikliendi hinnaalanduste hulka. Pigem on otsustava tähtsusega see, kas hinnaalanduse eesmärk on soodustuse abil, mis ei põhine mingil seda õigustaval majanduslikul sooritusel, võtta ostjalt võimalus valida oma tarneallikaid või seda võimalust piirata, tõkestada konkurentide pääsemist turule või tugevdada turgu valitsevat seisundit moonutatud konkurentsi abil. [15] Lühidalt öeldes on seega oluline, kas turgu valitsev ettevõtja teeb hinnaalandusi, millel on asjaomasel turul *väljatõrjuv mõju*, millel puudub majanduslik õigustus – nimelt klientide osasaamine kulude kokkuhoiust. [16] Peale selle keelab EÜ artikli 82 teise lõigu punkt c turgu valitseval ettevõtjal ka hinnaalanduste diskrimineeriva kohaldamise, millega rakendatakse kaubanduspartneritele võrdväärsete tehingute puhul erinevaid tingimusi. [17]

30. Post Danmarki kohaldatud hinnaalanduste süsteemi diskrimineeriva iseloomu kohta puuduvad selle standardiseeritud ja üldkasutatavaid tingimusi arvesse võttes käesolevas asjas pidepunktid. Seetõttu toimisid põhikohtuasja menetlevad siseriiklikud asutused õigesti, kui nad pöörasid kohe tähelepanu küsimusele, kas Post Danmarki hinnaalanduste süsteem võib avaldada väljatõrjuvat mõju, mis ei ole õigustatud.

31. Selle kontrollimisel, kas turgu valitseva ettevõtja tehtud hinnaalandused võivad avaldada sellist väljatõrjuvat mõju, tuleb arvesse võtta kõiki konkreetsel juhtumil tähtsust omavaid asjaolusid [18] (vt selle kohta minu märkused allpool jaotises 2 ja 3).

32. Seejuures on iseenesestmõistetav, et turgu valitseva ettevõtja soovi saada rohkem käivet ega tema püüet oma tehinguid paremini kavandada ei saa lugeda hinnaalanduste tegemise majanduslikuks õigustuseks, kui need võivad avaldada väljatõrjuvat mõju. [19]

14 — Kohtuotsused Suiker Unie jt *vs.* komisjon (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73, EU:C:1975:174, punkt 518), Hoffmann-La Roche *vs.* komisjon (85/76, EU:C:1979:36, punktid 89 ja 90), Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs.* komisjon (322/81, EU:C:1983:313, punkt 71), Portugal *vs.* komisjon (C-163/99, EU:C:2001:189, punkt 50), Tomra Systems jt *vs.* komisjon (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 70) ja Michelin *vs.* komisjon (T-203/01, EU:T:2003:250, punktid 56–59).

15 — Kohtuotsused Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs.* komisjon (322/81, EU:C:1983:313, punkt 73), British Airways *vs.* komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 67), Tomra Systems jt *vs.* komisjon (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 71) ja Michelin *vs.* komisjon (T-203/01, EU:T:2003:250, punkt 60).

16 — Kohtuotsus British Airways *vs.* komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punktid 68 ja 69).

17 — Kohtuotsused Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs.* komisjon (322/81, EU:C:1983:313, punkt 73), British Airways *vs.* komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 67), Portugal *vs.* komisjon (C-163/99, EU:C:2001:189, punkt 50) ja Michelin *vs.* komisjon (T-203/01, EU:T:2003:250, punkt 60).

18 — Kohtuotsused Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs.* komisjon (322/81, EU:C:1983:313, punkt 73), British Airways *vs.* komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 67), Tomra Systems jt *vs.* komisjon (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punktid 18 ja 71) ja Michelin *vs.* komisjon (T-203/01, EU:T:2003:250, punkt 60).

19 — Kohtuotsus Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs.* komisjon (322/81, EU:C:1983:313, punkt 85).

2. Asjaolud, mida tuleb hinnaalanduste süsteemide hindamisel arvestada (kolmanda küsimuse esimene osa ja esimese küsimuse viimane osa)

33. Milliseid asjaolusid tuleb turgu valitsevate ettevõtjate hinnaalanduste süsteemide võimaliku väljatõrjuva mõju hindamisel vastavalt EÜ artiklile 82 konkreetselt arvesse võtta, on kolmanda küsimuse esimese osa ja esimese küsimuse viimase osa ese.

34. Kõigi EÜ artikli 82 raames arvesse tulevate asjaolude üldkehtiv ja ammendav loetelu ei ole loomulikult võimalik, sest igal turul ja igal hinnaalanduste süsteemil võivad olla oma erijooned. Sellest hoolimata on võimalik anda eelotsusetaotluse esitanud kohtule eelotsusetaotluses kirjeldatud põhikohtuasja asjaolusid arvestades mõned kasulikud viited, mis võivad kohtul hõlbustada asjas otsuse tegemist.

35. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on hinnaalanduste süsteemi hindamisel EÜ artikli 82 alusel olulised eelkõige hinnaalanduse tegemise kriteeriumid ja võimalused [20] (vt selle kohta allpool punkt a). Nagu võib siiski mõista juba Euroopa Kohtu kasutatud formuleeringust „eelkõige", võivad lisaks rolli mängida ka muud tegurid, nimelt asjaomasel turul valitsevad konkurentsitingimused ja – sellega tihedalt seotud – valitseva ettevõtja seisund sellel turul (vt allpool punkt b).

a) Hinnaalanduste tegemise kriteeriumid ja võimalused

36. Mis puudutab kõigepealt hinnaalanduste tegemise kriteeriume ja võimalusi, siis näitab hinnaalanduste süsteemi kuritarvitavat laadi see, kui sellel süsteemil – nagu käesoleva asja esemeks oleval Post Danmarki hinnaalanduste süsteemil – ei ole üksnes järkjärguline mõju, mistõttu ei vii iga uue mahahindluskünniseni jõudmine mitte ainult kõigi lisaks esitatud tellimuste hinnaalanduseni, vaid sellel on tagasiulatuv mõju, ning seega muudab see ka kõik võrdlusperioodil juba esitatud tellimused tagantjärele odavamaks. [21]

37. Seda seetõttu, et sellisel juhul võib isegi suhteliselt väikestel muutustel – ükskõik kas üles- või allapoole – turgu valitseva ettevõtja toodete müügist tekkinud käibes olla lepingupartnerile ebaproportsionaalselt suur mõju. [22] Sellele vastavalt loob selline hinnaalanduste süsteem tavaliselt lojaalsust tekitava mõju, mida võib nimetada ka tõmbeefektiks. See lihtsustab valitseval ettevõtjal oma kliente endaga siduda ning üle meelitada konkurentide kliente, tõmmates endale asjaomasel turul lõppkokkuvõttes nõudluse vaidlustatava osa. [23]

38. Loomulikult on selline tõmbeefekt seda suurem, mida suurem on kohaldatav mahahindlus ja mida pikem on võrdlusperiood, mille suhtes hinnaalandus iga uue mahahindluskünniseni jõudmisel tagantjärele kehtib. Juhul kui tehakse, nagu käesolevas asjas, suhteliselt suuri, 6–16% hinnaalandusi, ja seda tagasiulatuvalt suhteliselt pika, üheaastase võrdlusperioodi kohta, [24] siis viitab see tugevale tõmbeefektile. Seda tõmbeefekti suurendab käesolevas asjas lisaks asjaolu, et hinnaalandus kehtis vahet tegemata nii nõudluse vaidlustatud osa kui ka vaidlustamata osa kohta, seega eelkõige kuni 50 grammi kaaluvate kirjade kohta, mis on hõlmatud Post Danmarki seadusjärgse monopoliga.

20 — Kohtuotsused Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs.* komisjon (322/81, EU:C:1983:313, punkt 73), British Airways *vs.* komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 67), Tomra Systems jt *vs.* komisjon (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 71) ja Michelin *vs.* komisjon (T-203/01, EU:T:2003:250, punkt 60).

21 — Selle kohta kohtuotsused Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs.* komisjon (322/81, EU:C:1983:313, punkt 81), British Airways *vs.* komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 73) ja Tomra Systems jt *vs.* komisjon (C-549/10 P, EU:C:2012:221, eelkõige punkt 75).

22 — Kohtuotsus British Airways *vs.* komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 73).

23 — Kohtuotsus Tomra Systems jt *vs.* komisjon (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 79).

24 — Võrdlusperioodi pikkuse kohta vt näiteks kohtuotsus Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs.* komisjon (322/81, EU:C:1983:313, punkt 81).

39. Kui turgu valitseva ettevõtja suhtes saab lisaks tõendada konkurendi väljatõrjumise tahet, on see kaalukas lisatõend selle kohta, et tema kohaldatud hinnaalanduste süsteem on kuritarvitavat laadi.[25] Selline konkurendi väljatõrjumise kavatsus või strateegia ei ole siiski imperatiivne tingimus EÜ artikli 82 rikkumise tuvastamiseks, sest turgu valitseva seisundi kuritarvitamine on objektiivne mõiste.[26] Üksnes asjaolu, et Post Danmark kinnitab käesolevas asjas, et ta ei tegutsenud konkurendi turult väljatõrjumise kavatsusega, ei kaitse ettevõtjat seega mingil juhul selle eest, et tuvastada kuritarvitamine EÜ artikli 82 tähenduses.

40. Kui tegemist on kaubanduspartnerite diskrimineerimisega EÜ artikli 82 teise lõigu punkti c tähenduses, siis on turgu valitseva ettevõtja hinnaalanduse kuritarvitav laad küll eriti ilmne. Hinnaalanduste süsteem võib kujutada endast kuritarvitust EÜ artikli 82 tähenduses aga ka juhul, kui see viib ilma diskrimineerivate elementideta konkurentsivastase väljatõrjuva mõjuni turul.[27] Seoses sellega rõhutas EFTA järelevalveamet õigesti, et tähtis ei ole niivõrd teha vahet individualiseeritud ja standardiseeritud hinnaalanduste vahel, vaid pigem kontrollida, millist väljatõrjuvat mõju iga hinnaalanduste süsteem turul konkreetselt tekitab.

41. Lõppkokkuvõttes *ei ole* klientidele „negatiivsete hindade", see tähendab omahinnast madalamate hindade kohaldamine eeltingimus, et tuvastada turgu valitseva seisundiga ettevõtja tagasiulatuvate hinnaalanduste süsteemi kuritarvitav laad.[28] Seda seetõttu, et oma tunduvalt suurema käibe tõttu võib valitsev ettevõtja üldjuhul vaatamata märkimisväärsete hinnaalanduste tegemisele töötada nii, et kulud on kaetud. Ta võib seega hinnaalanduse tegemisega vallandada väljatõrjuva mõju, ilma et ta ise tingimata jääks kahjumisse.

b) Asjaomasel turul valitsevad konkurentsitingimused ja valitseva ettevõtja seisund sellel turul

42. Mis puudutab valitsevaid konkurentsitingimusi ja valitseva ettevõtja seisundit asjaomasel turul, siis on hinnaalanduste süsteemi võimalik konkurentsivastane väljatõrjuv mõju seda tõenäolisem ja märkimisväärsem, mida tugevam on valitsev ettevõtja asjaomasel turul ning mida nõrgem on tema tegelike või potentsiaalsete konkurentide seisund. Seejuures ei tule arvesse võtta mitte üksnes turgu valitseva ettevõtja ja tema konkurentide turuosi, vaid ka oma territooriumi kaitsva tugevaima ettevõtja valitseva seisundi päritolu ja võimalikku seadusega kehtestatud monopoli, mis tal on kogu turul või ühes turuosas.[29]

43. Käesolevas asjas oli Post Danmarkil kui põlisel riiklikul postiettevõtjal eelotsusetaotluses esitatud tuvastuste kohaselt Taani hulgipostituste turul ülekaalukas 95% suurune turuosa, Bring Citymailile jäi seevastu ainult ligikaudu 5% turuosa.

44. Selline suur vahe turgu valitseva seisundiga ettevõtja ja tema konkurentide turuosa vahel tugevdab veelgi väljatõrjuvat mõju, sest neil asjaoludel on turgu valitseva ettevõtja konkurentidel eriti raske müükide mahul põhinevaid hinnaalandusi üle pakkuda.[30]

25 — Selle kohta kohtuotsus Tomra Systems jt *vs.* komisjon (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punktid 20 ja 21).

26 — Kohtuotsused Hoffmann-La Roche *vs.* komisjon (85/76, EU:C:1979:36, punkt 91), AKZO *vs.* komisjon (C-62/86, EU:C:1991:286, punkt 69), TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punkt 27) ja Tomra Systems jt *vs.* komisjon (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punktid 17 ja 23).

27 — Kohtuotsus Michelin *vs.* komisjon (T-203/01, EU:T:2003:250, punkt 65).

28 — Kohtuotsus Tomra Systems jt *vs.* komisjon (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 73).

29 — Selle kohta juba kohtuotsus Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punkti 23 lõpuosa).

30 — Kohtuotsused Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs.* komisjon (322/81, EU:C:1983:313, punkt 82) ja British Airways *vs.* komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 75) ja minu ettepanek viimati nimetatud kohtuasjas (EU:C:2006:133, punkt 52).

45. Peale selle oli 70% kõnealusest turust hõlmatud Post Danmarki seadusjärgse monopoliga – monopoliga kuni 50 grammi kaaluvatele kirjadele – ning see ei olnud seega algusest saadik konkurentsile avatud. Lisaks tegutses Bring Citymail, Post Danmarki ainus tõsiseltvõetav konkurent, ainult geograafilise turu ühes osas, nimelt Kopenhaagenis ja selle ümbruskonnas, Post Danmarkil oli seevastu tõhus jaotusvõrk kogu riigi territooriumil.

46. Eeltoodu viitab sellele, et Post Danmark oli turul domineeriva seisundi tõttu möödapääsmatu kaubanduspartner ja tema tehtud hinnaalandustel oli märkimisväärne potentsiaal konkurente välja tõrjuda.[31] See mulje süveneb veelgi, kui vaadelda lisaks mõningaid struktuurielemente, mis asjaomast turgu iseloomustavad.

47. Nagu juba märgitud, on sellisele turule nagu Taani hulgipostituste turg iseloomulik võrgustikuga seotud teenuste osutamine. Selleks et oleks võimalik tõhusalt majandada ja osutada teenuseid, mida kliendid ootavad, vajab teenuse pakkuja sellisel turul võimalikult konkurentsivõimelist jaotusvõrku. Medali teine külg on see, nagu on märgitud ka eelotsusetaotluses, et majanduslikus mõttes iseloomustavad sellist turgu suured mastaabisäästud ja suured turulepääsu tõkked, mis raskendavad turgu valitseva seisundiga ettevõtja konkurentidel turuletuleku ja selle ettevõtjaga vaidlustatava osa pärast konkureerimist.

48. Peale selle võib turgu valitsevate ettevõtjate hinnaalanduste süsteemide võimaliku väljatõrjuva mõju hindamisel rolli mängida see, kui altid on kliendid asjaomasel turul ettevõtjat välja vahetama ja millise osa oma vajadustest saavad nad üldse katta turgu valitseva ettevõtja konkurentide juures, ilma et nad kaotaksid hinnaalandust.

49. Selle kohta tuvastati põhikohtuasjas, et asjaomaste klientide jaoks oleks kahe kolmandiku puhul konkurentsile avatud kirisaadetistest Post Danmarki väljavahetamine teise postiteenuse osutaja vastu tulnud arvesse ainult siis, kui nad oleksid leppinud hinnaalandusest ilmajäämisega. See viitab Post Danmarki hinnaalanduste süsteemi suurele potentsiaalile konkurente välja tõrjuda.

50. Kokkuvõttes esinevad seega käesolevas asjas seoses konkurentsitingimustega asjaomasel turul ja sellel turul valitseva ettevõtja seisundiga kaalukad sümptomid selle kohta, et Post Danmarki kohaldatud hinnaalanduste süsteemil võis olla märkimisväärne väljatõrjuv mõju.

3. Hinnaalanduste süsteemi laiaulatuslik mõju (esimese küsimuse teine osa)

51. Esimese eelotsuseküsimuse teine osa käsitleb seda, millist laiemat mõju avaldab selline hinnaalanduste süsteem, mida kohaldas Post Danmark. Eelotsusetaotluse esitanud kohus tahab teada, milline tähtsus on EÜ artikli 82 alusel antavale õiguslikule hinnangule asjaolul, et hinnaalanduste süsteem ei ole selle konkreetsete hinnaalanduse astmete (mida eelotsusetaotluses on nimetatud „künnisteks") standardiseerimist silmas pidades loodud individuaalsete klientide jaoks, vaid seda kohaldatakse enamikule klientidest turul.

52. Nagu Euroopa Kohus on juba varem tõdenud, ei ole lepingute arv, millele kohaldatakse turgu valitseva seisundiga ettevõtja tehtavaid allahindlusi, – ja seega lõppkokkuvõttes asjaomaste klientide arv –, selle hinnaalanduse õiguslikul hindamisel EÜ artikli 82 alusel määrava tähtsusega.[32]

31 — Konkreetselt turgu valitseva ettevõtja kui möödapääsmatu kaubanduspartneri seisundi nõutava arvessevõtmise kohta vt kohtuotsused Hoffmann-La Roche *vs.* komisjon (85/76, EU:C:1979:36, punkt 41) ja Compagnie maritime belge transports jt *vs.* komisjon (C-395/96 P ja C-396/96 P, EU:C:2000:132, punkt 132).

32 — Kohtuotsus Suiker Unie jt *vs.* komisjon (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73, EU:C:1975:174, punkt 511).

53. Sellele vastavalt ei ütle ainuüksi asjaolu, et hinnaalanduste süsteem puudutab paljusid kliente või isegi enamikku klientidest ning sellel süsteemil on seega laiaulatuslik mõju, midagi selle süsteemi kuritarvitava laadi kohta EÜ artikli 82 tähenduses.

54. Juhul kui sellisel hinnaalanduste süsteemil peaks aga olema tõmbeefekt turgu valitseva seisundiga ettevõtja kasuks, siis võib märkimisväärse arvu klientide ning nõudluse vaidlustatud osast suure osa hõlmamine turul viia selleni, et tegelik või potentsiaalne väljatõrjuv mõju on tõsisem kui hinnaalanduste süsteemide puhul, millel ei ole nii laiaulatuslikku mõju. Sellele on paljud menetlusosalised õigesti tähelepanu juhtinud.

4. Vahekokkuvõte

55. Kokkuvõttes tuleb seega tõdeda:

Turgu valitseva ettevõtja kohaldatud hinnaalanduste süsteem on kuritarvitav EÜ artikli 82 tähenduses, kui üksikjuhtumi kõikidele asjaoludele kogumis antud hinnangust järeldub, et hinnaalandusel on väljatõrjuv mõju, mis ei ole majanduslikus mõttes õigustatud, kusjuures tuleb eelkõige hinnata hinnaalanduse tegemise kriteeriume ja võimalusi, asjaomasel turul valitsevaid konkurentsitingimusi ja valitseva ettevõtja seisundit sellel turul.

B. *Sama tõhusa konkurendi kriteerium (*„as-efficient-competitor"*-test) (esimese küsimuse kolmas osa)*

56. Esimese eelotsuse küsimuse kolmas ja viimane osa käsitleb konkreetselt sama tõhusa konkurendi kriteeriumi. Sellise kriteeriumi puhul püütakse hindade ja kulude võrdlemisest[33] teha järeldus, kas konkurent, kes on sama tõhus kui turgu valitsev ettevõtja, saab viimasega konkureerida või kas turgu valitseva ettevõtja hinnaalanduspoliitika põhjustab vastupidi asjaomasel turul konkurentsivastast väljatõrjuvat mõju.

57. Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib, kas hinnaalanduste süsteemist tingitud turgu valitseva seisundi kuritarvitamise kindlakstegemise tingimuseks on see, et seaduse alusel rakendataks sama tõhusa ettevõtja kriteeriumi, ja kui see ei ole nii, siis millistest muudest asjaoludest saab vajaduse korral järeldada, et hinnaalanduste süsteem on kuritarvitavat laadi.

58. Nende alaküsimuste käsitlemisel tuleb arvestada komisjoni 2009. aasta teatist,[34] milles komisjon tegi konkurentsiasutusena teatavaks oma prioriteedid EÜ artikli 82 kohaldamisel. Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab siinjuures selgelt nimetatud teatisele prioriteetide kohta.

59. Oma teatises prioriteetide kohta teatas komisjon, et kavatseb konkurente tõrjuva hinnal põhineva tegevuse korral põhimõtteliselt sekkuda ainult siis, kui turgu valitseva ettevõtja tegevus võib kahjustada või on juba kahjustanud konkurentsi, mida osutavad sama tõhusad konkurendid (ingl k: „*as efficient competitors*").[35] Selleks et seda kindlaks teha, võttis komisjon endale kohustuse rakendada konkurente tõrjuva hinnal põhineva tegevuse suhtes sama tõhusa konkurendi kriteeriumi.

33 — Vaadeldakse turgu valitseva ettevõtja keskmist välditavat kulu, tema pikaajalisi piirkulusid ja hinda, mida turgu valitseva ettevõtja konkurent peaks selle klientidele pakkuma, et hüvitada neile selle ettevõtja hinnaalanduse kaotust.

34 — Komisjoni teatis „Suunised komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta EÜ asutamislepingu artikli 82 kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurente tõrjuva tegevuse suhtes, esitatud 24. veebruaril 2009 (ELT C 45, lk 7), edaspidi „teatis prioriteetide kohta".

35 — Teatis prioriteetide kohta, punkt 23. Selle kohta luban ma endale viite, et teatise selle lõigu saksakeelse teksti sõnastus „võib takistada või on juba takistanud konkurentsis osalemast" annab ainult väga ebatäielikult edasi õiguslikke suuniseid, mille kohaselt ei tarvitseta tegelikku konkurentsivastast mõju tõendada (kohtuotsused British Airways *vs.* komisjon C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 68, ja Tomra Systems jt *vs.* komisjon C-549/10 P, EU:C:2012:221, punktid 68 ja 79). Paremini näib EÜ artikliga 82 (ELTL artikkel 102) kehtestatud õigusliku raamistikuga kooskõlas olevat prioriteete käsitleva teatise ingliskeelne („has already been or is capable of hampering competition") ja prantsuskeelne versioon („ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence").

60. Liikmesriikide konkurentsiasutuste ja kohtute jaoks ei ole komisjoni sellisel täitetegevusel loomulikult siiski siduvat toimet. See tuleneb esiteks prioriteete käsitleva teatise enda sõnastusest, mis „ei kirjelda õiguslikku olukorda", [36] teiseks väljakujunenud kohtupraktikast komisjoni sedalaadi teatiste kohta. [37] Kuigi siseriiklikud asutused ei ole takistatud omalt poolt komisjoni eeskujul viitamast tõhusa konkurendi kriteeriumile, on neile õiguslikus mõttes siiski siduvad ainult EÜ artiklist 82 tulenevad suunised. Nende suuniste väljatöötamine on Euroopa Kohtu ülesanne.

61. Minu arvates *ei saa* EÜ artiklist 82 tuletada õiguslikku kohustust, et turgu valitsevate ettevõtjate hinnaalanduste süsteemide kuritarvitava laadi tuvastamine peab alati põhinema hindade ja kulude analüüsil, nagu selleks on sama tõhusa ettevõtja kriteerium.

62. On küll õige, et Euroopa Kohus on nõudnud muude hinnapraktikate puhul kui hinnaalandused mõnikord sama tõhusa ettevõtja kriteeriumi rakendamist, rõhutades, et EÜ artikkel 82 keelab turgu valitseval ettevõtjal rakendada *eelkõige strateegiat*, millel võib olla *sama tõhusate konkurentide jaoks* väljatõrjuv mõju. [38]

63. Absoluutset nõuet, et konkurente tõrjuva hinnal põhineva tegevuse konkurentsiõiguslikul hindamisel tuleb alati rakendada sama tõhusa konkurendi kriteeriumi, ei saa sellest kohtupraktikast siiski tuletada. Esiteks puudutab see kohtupraktika konkreetselt turgu valitsevate ettevõtjate hinnastrateegiat, nagu näiteks madalate hindade poliitikat (nt ostuhinnast madalama hinnaga müük) või hinnakruvi efekti kulude ja hindade ebaproportsionaalse vahe alusel, millel on juba oma loomu poolest tihe seos asjaomaste ettevõtjate kulude struktuuriga. Teiseks võimaldab Euroopa Kohtu kasutatud sõnastus „eelkõige" (prantsuse keeles „notamment") [39] selgelt mõista, et turgu valitseva seisundi kuritarvitamist ei tule alati eeldada mitte ainult siis, kui väljatõrjuv mõju tekib ettevõtjate suhtes, kes on sama tõhusad kui turgu valitsev ettevõtja.

64. Mis puudutab konkreetselt turgu valitsevate ettevõtjate hinnaalanduste süsteeme, siis ei ole Euroopa Kohus nende kuritarvitusteks liigitamist EÜ artikli 82 tähenduses siiani veel kunagi seadnud sõltuvusse hindade ja kulude analüüsist. Pigem on ta selliste hinnaalanduste süsteemide suhtes kuni viimase ajani otsustanud, et hindade ja kulude võrdluse puudumine ei kujuta endast õigusnormi rikkumist. [40] Samasugust lähenemisviisi peaks Euroopa Kohus järgima ka käesolevas asjas.

65. Kindlasti oleks teoreetiliselt mõeldav seada konkurente tõrjuva hinnal põhineva tegevuse kindlakstegemine üldiselt sõltuvusse sama tõhusa ettevõtja kriteeriumi rakendamisest ning näha see kriteerium ette ka turgu valitsevate ettevõtjate hinnaalanduste süsteemide jaoks. EÜ artiklit 82 käsitleva kohtupraktika sellise edasiarendamise suhtes tuleb siiski olla mitmel põhjusel skeptiline.

36 — Teatis prioriteetide kohta, punkt 3.

37 — Kohtuotsused Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, punkt 21) ja Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, punktid 29 ja 31).

38 — Kohtuotsus Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 25); vt peale selle kohtuotsused Deutsche Telekom *vs.* komisjon (C-280/08 P, EU:C:2010:603, eelkõige punktid 177, 183, 196, 203 ja 254) ja TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, eelkõige punktid 67, 73 ja 94); ka kohtuotsuses AKZO *vs.* komisjon (C-62/86, EU:C:1991:286, eelkõige punktid 71 ja 72) tuginetakse mh hindade ja kulude analüüsile.

39 — Kohtuotsused Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 25) ja Deutsche Telekom *vs.* komisjon (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkt 177, kusjuures selle saksakeelses versioonis kasutatakse prantsuskeelse sõna „notamment" kohta väljendit „jt").

40 — Kohtuotsus Tomra Systems jt *vs.* komisjon (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 80; vt lisaks ka punkt 73).

66. Esiteks ei ole kulukate majandusanalüüside lisaväärtus alati ilmne ning võib viia konkurentsiasutuste ja kohtute ressursside ebaproportsionaalse kasutamiseni, mis jäävad siis mujal konkurentsieeskirjade tõhusaks rakendamiseks puudu. Kasutatud metoodika võib – nagu tõendavad näiteks Post Danmarki, Bring Citymaili ja Taani valitsuse seisukohad Euroopa Kohtus – põhjustada märkimisväärseid lahkarvamusi.[41] Sellele vaatamata ei ole aluseks olevad andmed mitte alati usaldusväärsed[42] ning eeldavad turgu valitsevate ettevõtjate valmisolekut tõeliseks koostööks konkurentsiasutuste ja kohtutega, mis ei ole, nagu rõhutas Saksamaa valitsus, alati garanteeritud.

67. Teiseks tuleb hoiatada vale ettekujutuse eest, et konkurente tõrjuva hinnal põhineva tegevuse probleeme on võimalik lihtsalt ja õigusekindlalt lahendada teatavat laadi matemaatiliste valemite abil üksnes asjassepuutuvate ettevõtjate hinna- ja kuluelementide alusel. Nagu juba öeldud, on ettevõtjaid puudutavaid andmeid sageli võimalik mitut moodi tõlgendada.

68. Eelkõige eeldab aga kuritarvituse kindlakstegemine EÜ artikli 82 raames – nagu ka muudes kontekstides – alati hinnangulist vaatlust, arvestades kõiki konkreetse juhtumi tähtsaid asjaolusid ja see ei või piirduda üksnes hinna- ja kuluelementidega. Pigem võivad paljud muud tegurid, nimelt hinnaalanduste süsteemi konkreetne korraldus ning selle turu teatud erisused, kus turgu valitsev ettevõtja tegutseb, kuritarvituse kindlakstegemiseks samuti tähtsad olla; need võivad olla isegi rohkem informatiivsed kui hindade ja kulude analüüs.

69. Tuginemine kõigile konkreetse juhtumi asjaoludele ning turgu valitseva ettevõtja äritegevuse objektiivse majandusliku õigustatuse võimalus tagavad piisavalt kindlalt, et EÜ artikli 82 kohase kuritarvituse kindlakstegemisele esitatavad õiguslikud nõuded ei eira majanduslikku reaalsust.[43]

70. Kui turgu valitseva ettevõtja hinnaalanduste süsteemi kuritarvitav laad tuleneb juba üksikjuhtumi kõikidele asjaoludele kogumis antud hinnangust, nagu ma eespool selgitasin,[44] siis ei ole õiguslikus mõttes vajadust teha hindade ja kulude analüüsi sama tõhusa ettevõtja kriteeriumi alusel.

71. Mingil juhul ei saa EÜ artikli 82 kohaselt eksisteerida õiguslikku kohustust kohaldada sama tõhusa ettevõtja kriteeriumi, kui turu struktuuri silmas pidades on välistatud, et mõni muu ettevõtja saab olla sama tõhus kui turgu valitsev ettevõtja. See võib tingitud olla asjaomase turu eriomastest tingimustest (näiteks juhul, kui seda turgu iseloomustavad – nagu käesolevas asjas – suured turule juurdepääsu takistused, suured mastaabisäästud ja/või võrgustikuga seotud teenused) või sellest, et turgu valitseva ettevõtja kulude määr tuleneb konkreetselt konkurentsieelisest, mille turgu valitsev seisund talle annab.[45]

72. Sedalaadi juhtudel ei ole algusest saadik mõtet teatud laadi hindade ja kulude analüüsi abil kontrollida, kas turgu valitseva ettevõtja hinnaalanduste süsteemil on üksnes oletatava, sama tõhusa konkurendi jaoks väljatõrjuv mõju. Seda seetõttu, et juhul kui ettevõtjat, kes on sama tõhus kui turgu valitsev ettevõtja, ei saagi üldse olemas olla, ei võimalda ka sama tõhusa ettevõtja kriteeriumi kohaldamine teha usaldusväärseid järeldusi selle kohta, kas turul võib tekkida väljatõrjuv mõju või mitte.

41 — Seda, et sama tõhusa ettevõtja kriteeriumi rakendamise tulemus ei ole alati ühetähenduslik, eeldab ka komisjon prioriteete käsitleva teatise punktis 25.

42 — Seda, et sama tõhusa ettevõtja kriteeriumi rakendamiseks peavad olemas olema usaldusväärsed andmed, rõhutab ka komisjon prioriteete käsitleva teatise punktis 25.

43 — Vt selle kohta minu ettepanek kohtuasjas Solvay *vs.* komisjon (C-109/10 P, EU:C:2011:256, punkt 80).

44 — Vt selle kohta eespool käesolev ettepanek, punktid 33–54.

45 — Selle kohta kohtuotsus TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punkti 45 lõpuosa).

73. Vastupidi sellele ei või turul, millel on turgu valitseva ettevõtja olemasolu arvestades konkurents sedavõrd nõrgestatud, et sama tõhusad ettevõtjad ei saa üldse turule tulla, alahinnata isegi vähem tõhusatest ettevõtjatest konkurentsile lähtuvat survet.[46] Konkurentsi säilitamine kuulub EÜ artikliga 82 järgitavate põhieesmärkide hulka. Seda seetõttu, et tuleb takistada, et turustruktuur ja klientide valikuvõimalused turgu valitseva ettevõtja ärikäitumise tõttu veelgi halvenevad.[47]

74. Järelikult keelab EÜ artikkel 82 tõhusa ettevõtja kriteeriumi kohaldamise turul, millel on turu struktuuri silmas pidades välistatud, et mõni muu ettevõtja võib olla sama tõhus kui turgu valitsev ettevõtja.

75. Kokkuvõttes tuleb seega tõdeda:

EÜ artikkel 82 ei nõua, et turgu valitseva ettevõtja kohaldatud hinnaalanduste süsteemi kuritarvitavat laadi tõendataks hindade ja kulude analüüsi abil, rakendades sama tõhusa ettevõtja kriteeriumi („*as-efficient-competitor*"-test), kui selle hinnaalanduste süsteemi kuritarvitav laad tuleneb juba üksikjuhtumi kõikidele asjaoludele kogumis antud hinnangust.

Konkurentsijuhtumitega tegelevad ametiasutused ja kohtud võivad siiski üksikjuhtumi kõigi asjaolude kogumis hindamisel sellist hindade ja kulude analüüsi kasutada, välja arvatud juhul, kui turu struktuuri silmas pidades on välistatud, et mõni muu ettevõtja võib olla sama tõhus kui turgu valitsev ettevõtja.

C. Hinnaalanduste süsteemi võimaliku konkurentsi kahjustava mõju olulisuse küsimus (teine küsimus ja kolmanda küsimuse teine osa)

76. Lõpuks tahab eelotsusetaotluse esitanud kohus oma teise küsimusega teada, kui „tõenäoline ja oluline" peab olema sellise turgu valitseva ettevõtja nagu Post Danmark hinnaalanduste süsteemi konkurentsivastane mõju, selleks et „kohaldada" EÜ artiklit 82. Seda käsitleb ka kolmanda küsimuse teine osa, milles eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib, kas sellise hinnaalanduste süsteemi „turgu sulgev mõju" peab olema „märkimisväärne".

77. Minu arvates ei ole piisav, kui viidata nende probleemide kohta eelotsusetaotluse esitanud kohtule antavas vastuses üksnes sellele, et liikmesriikidel on tõendamise küsimustes menetlusautonoomia.[48] Seda seetõttu, et käesolevas asjas ei ole tegemist *sisuliste* nõuetega, mis tuleb esitada kuritarvituste kindlakstegemisele EÜ artikli 82 tähenduses. Need nõuded tulenevad liidu õigusest ja neid tuleb kogu liidu ulatuses käsitleda ühtselt, selleks et kohaldada kõigi siseturul tegutsevate ettevõtjate suhtes võimalikult ühetaolisi konkurentsieeskirju („*level playing field*").[49]

78. Mõlemat eelotsusetaotluse esitanud kohtu nimetatud aspekti, see tähendab esiteks konkurentsi kahjustava mõju tõenäolisust ja teiseks selle mõju olulisust, tuleb selgitada eraldi.

46 — Selle kohta ka teatis prioriteetide kohta, punkt 24; vt lisaks kohtuotsus Hoffmann-La Roche *vs.* komisjon (85/76, EU:C:1979:36, punkti 123 lõpuosa).

47 — Vt kohtuotsused France Télécom *vs.* komisjon (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punkt 105), Deutsche Telekom *vs.* komisjon (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punktid 83 ja 176), TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punkt 24) ja Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punktid 20 ja 23); analoogiline kohtuotsus British Airways *vs.* komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 66).

48 — Vt selle kohta nõukogu 16. detsembri 2002. aasta määruse (EÜ) nr 1/2003 asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta (EÜT 2003 L 1, lk 1; ELT eriväljaanne 08/02, lk 205) põhjendus 5.

49 — „Level playing field" kontseptsiooni kohta vt nt minu ettepanek kohtuasjades Akzo Nobel Chemicals ja Akcros Chemicals *vs.* komisjon (C-550/07 P, EU:C:2010:229, punkt 169), Toshiba Corporation jt (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 118) ja KONE jt (C-557/12, EU:C:2014:45, punkt 29).

1. Konkurentsi kahjustava mõju tõenäolisus

79. Kõigepealt küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus, kui tõenäoline peab olema turgu valitseva ettevõtja hinnaalanduste süsteemi konkurentsivastane mõju, et see kujutaks endast kuritarvitust EÜ artikli 82 tähenduses.

80. Selle kohta tuleb märkida, et sellisest hinnaalanduste süsteemist tulenev väljatõrjuv mõju ei või olla puht hüpoteetilist laadi. [50] Teisisõnu peavad kõnealused hinnaalandused mitte ainult *abstraktselt*, vaid ka *konkreetsel juhul* muutma turgu valitseva ettevõtja konkurentide jaoks turulepääsu ja tema äripartnerite jaoks eri tarneallikate ning äripartnerite vahel valimise raskeks või võimatuks. [51]

81. Sel eesmärgil ei ole siiski tarvis mahukat analüüsi allahindluse konkreetse mõju kohta konkurentsile, see tähendab, et ei ole vaja kontrollida, kas väljatõrjuv mõju on *tegelikult* tekkinud. [52] Seda seetõttu, et EÜ artiklis 82 sätestatud keeld hõlmab ka turgu valitsevate ettevõtjate käitumist, millel võib olla *potentsiaalselt* konkurentsivastane mõju. [53] Isegi juhul, kui Post Danmarki kinnitus, et vaidluse esemeks oleval hinnaalanduste süsteemil ei olnud lõppkokkuvõttes põhjuslikku seost Bring Citymaili Taani turult lahkumisega, peaks olema õige, ei välista see kuritarvitava käitumise tuvastamist EÜ artikli 82 tähenduses.

82. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on vajalik, aga ka piisav, et asjassepuutuval hinnaalandusel *võib olla* väljatõrjuv mõju. [54] See on nii juhul, kui üksikjuhtumi kõigi asjaolude kogumis hindamise alusel näib väljatõrjuva mõju tekkimine tõenäolisem kui selle ärajäämine. [55]

83. Minu arvates ei ole asjakohane tõsta EÜ artikliga 82 vastuolus oleva kuritarvituse eeldamise latti kõrgemale ja nõuda näiteks, et väljatõrjuva mõju tekkimine peaks olema „väga tõenäoline" või „eriti tõenäoline" või seda peaks saama koguni „ilma mõistliku kahtluseta" eeldada.

84. Turgu valitseval ettevõtjal lasub – sõltumata tema valitseva seisundi põhjusest – siiski eriline kohustus mitte kahjustada oma tegevusega tõhusat konkurentsi ja mitte moonutada konkurentsi ühisturul. [56] Sellest kohustusest tuleneb teatud kohustus end turul ohjeldada. Seetõttu peab turgu valitsev ettevõtja loobuma *kõigist* äritegevustest, mille puhul on väljatõrjuv mõju tõenäoline ning mitte ainult sellistest tegevustest, mille puhul näib sedalaadi mõju olevat „eriti tõenäoline" või seda võib „ilma mõistliku kahtluseta" eeldada.

85. Turul väljatõrjuva mõju tekkimise tõenäosuse aste võib äärmisel juhul mõjutada võimalike karistuste suurust, näiteks konkurentsiasutuse määratavaid trahve. Nende suurus peab alati vastama proportsionaalsuse nõuetele (Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikli 49 lõige 3 ja määruse nr 1/2003 artikli 23 lõige 3): mida suurem on väljatõrjuva mõju tõenäosus ja selle mõju ulatus, seda rangem on karistus. Karistustega seotud probleemid ei ole aga käesoleva eelotsusemenetluse ese.

50 — Selle kohta kohtuotsused Deutsche Telekom *vs*. komisjon (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkt 254) ja TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punktid 66 ja 67).

51 — Vt selle kohta minu ettepanek kohtuasjas British Airways *vs*. komisjon (C-95/04 P, EU:C:2006:133, punkt 73).

52 — Kohtuotsus Tomra Systems jt *vs*. komisjon (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punktid 68 ja 79); samamoodi kohtuotsused Tetra Pak *vs*. komisjon (C-333/94 P, EU:C:1996:436, punkt 44) ja Michelin *vs*. komisjon (T-203/01, EU:T:2003:250, punkt 239).

53 — Kohtuotsus TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punkt 64); analoogiline kohtuotsus Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 44), kus on juttu „tegelikust või potentsiaalsest väljatõrjumisest".

54 — Kohtuotsused British Airways *vs*. komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 68) ja Michelin *vs*. komisjon (T-203/01, EU:T:2003:250, punkt 239).

55 — Selle kohta kohtuotsus Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), mis räägib „konkurentsile tekkiva[st] tõenäolise[lt] kahjuliku[st] mõju[st]" (punkt 42) ja „tegeliku[st] või potentsiaalse[st] väljatõrjumise[st]" (punkt 44).

56 — Kohtuotsus Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs*. komisjon (322/81, EU:C:1983:313, punkt 57); selle kohta ka kohtuotsused France Télécom *vs*. komisjon (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punkt 105), Deutsche Telekom *vs*. komisjon (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkt 176) ja TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, punkt 24).

2. Konkurentsi eeldatava kahjustamise raskus

86. Seejärel tahab eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kui „tõsine" või „märkimisväärne" peab hinnaalanduste süsteemi konkurentsi kahjustav mõju olema, selleks et kohaldada kuritarvituste keeldu, mis on sätestatud EÜ artiklis 82.

87. Sellega vihjatakse lõppkokkuvõttes probleemidele, mis on seotud turgu valitsevate ettevõtjate hinnaalanduste süsteemide võimaliku konkurentsi kahjustava mõju ulatusega. Tuleb selgitada, kas EÜ artiklis 82 käsitletud kuritarvituse tuvastamine seab tingimuseks, et hinnaalanduste süsteemist tulenev konkurentsi kahjustav mõju ületab teatava *de minimis* künnise.

88. Nagu mitu menetlusosalist rõhutasid, võivad eelotsusetaotluse esitanud kohtu sellekohased kahtlused tuleneda terminoloogilisest probleemist, mis esineb 2012. aasta kohtuotsuses Post Danmark. Seda seetõttu, et selle kohtuotsuse siduvas taanikeelses versioonis kasutatakse väljendi „väljatõrjuv mõju" jaoks üllataval kombel sõnu „mærkbare virkninger",[57] mis tähendab „märkimisväärne mõju". Samuti kasutatakse samas kohtuotsuses teises kohas sõnu „eliminerende virkning",[58] seega räägitakse „elimineerivast mõjust", mis kõlab samuti üsna rangelt.

89. Pilguheit prantsuskeelsele versioonile, milles see kohtuotsus koostati ja milles seda arutati, näitab siiski, et selle sõnavaliku puhul peab taani keeles olema tegemist tõlkeveaga. Seda seetõttu, et prantsuse keeles on kasutatud lihtsalt väljendit „effet[s] d'éviction", seega „väljatõrjuv mõju", mis on kooskõlas muu kohtupraktikaga EÜ artikli 82 kohta.[59]

90. Seda arvestades ei tohiks sõnu „mærkbare virkninger" ja „eliminerende virkning" 2012. aasta kohtuotsuses Post Danmark valesti mõista nii, et turgu valitsevate ettevõtjate hinnaalanduste süsteemide kohta kehtib teatav vähese mõju kriteerium või *de minimis* künnis. EÜ artikli 82 tähenduses tuleb pigem lugeda kuritarvituseks kõiki turgu valitsevate ettevõtjate hinnaalanduste süsteeme, millel võib olla väljatõrjuv mõju,[60] ja mitte ainult neid süsteeme, mille mõju konkurentsile võib olla „tõsine" või „märkimisväärne".

91. Kuna turgu valitseva ettevõtja olemasolu tõttu on konkurentsi struktuur asjaomasel turul nimelt juba nõrgestatud, võib EÜ artikli 82 kohaldamisalal konkurentsi struktuuri iga lisapiirang kujutada endast turgu valitseva ettevõtja seisundi kuritarvitavat ärakasutamist.[61]

92. Täpselt samamoodi tõdes Euroopa Kohus – ligikaudu samal ajal, kui tehti 2012. aasta kohtuotsus Post Danmark –, et EÜ artikli 82 kohaldamiseks ei ole vaja kindlaks teha täpset künnist, mille ületamise korral võib turgu valitseva ettevõtja tehtud hinnaalandust pidada kuritarvitavaks.[62] Seda seetõttu, et klientidel peab olema võimalus saada kasu igasugusest konkurentsitasemest, mis on turul võimalik, ning konkurentidel peab olema võimalik pakkuda konkurentsi toodete omaduste alusel kogu turul, mitte ainult selle ühel osal. Teiseks ei ole turgu valitseva seisundiga ettevõtja ülesanne kindlaks määrata, mitmel elujõulisel konkurendil lubatakse temaga veel hõivatava nõudluseosa pärast konkureerida.[63]

57 — Kohtuotsus Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 25).

58 — Kohtuotsus Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 41; analoogilised punktid 17, 22, 27, 29 ja 44).

59 — Vt sellega seoses eespool käesolev ettepanek, punkt 29.

60 — Vt selle kohta veel kord eespool käesolev ettepanek, punkt 82.

61 — Kohtuotsus Hoffmann-La Roche *vs.* komisjon (85/76, EU:C:1979:36, punkti 123 lõpuosa).

62 — Kohtuotsus Tomra Systems jt *vs.* komisjon (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punktid 46 ja 48); juba analoogiline kohtuotsus Hoffmann-La Roche *vs.* komisjon (85/76, EU:C:1979:36, punkt 89), milles rõhutatakse, et püsikliendi allahindluste kuritarvitav laad „ei sõltu" asjaomaste ostude „suuremast või väiksemast mahust".

63 — Vt kohtuotsus Tomra Systems jt *vs.* komisjon (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 42).

93. De minimis künnis turgu valitseva ettevõtja ärikäitumise väljatõrjuva mõju hindamiseks ei näi aga olevat vajalik veel kahel põhjusel. Esiteks peab nimetatud väljatõrjuv mõju, nagu juba eespool märgitud,[64] põhinema üksikjuhtumi kõikidele asjaoludele kogumis antud hinnangul ja olema tõenäolisem kui selle ärajäämine. Teiseks kohaldatakse kuritarvituse keeldu, mis on sätestatud EÜ artiklis 82, selletagi ainult sellisele tegevusele, mis võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust.

94. Mõlemad seisuskohad välistavad ka eraldi võetuna täiesti piisavalt selle, et kuritarvituste keeldu, mis on sätestatud EÜ artiklis 82, saab kohaldada tegevusele, mille konkurentsivastane mõju on üksnes hüpoteetiline või vähese tähtsusega.

3. Vahekokkuvõte

95. Kokkuvõttes tuleb seega tõdeda:

Arvestamata nõuet, mille kohaselt peab liikmesriikidevahelist kaubandust olema tegelikult või potentsiaalselt kahjustatud, ei pea turgu valitseva ettevõtja hinnaalanduste süsteemi võimalik väljatõrjuv mõju ületama teatavat vähese tähtsuse künnist (*de minimis* künnis), selleks et klassifitseerida seda EÜ artikli 82 tähenduses kuritarvitavaks. Piisab sellest, et sellise väljatõrjuva mõju tekkimine on tõenäolisem kui selle ärajäämine.

VI. **Ettepanek**

96. Esitatud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Taani Sø- og Handelsretteni esitatud küsimustele järgmiselt:

1. Turgu valitseva ettevõtja kohaldatud hinnaalanduste süsteem kujutab endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist EÜ artikli 82 tähenduses, kui üksikjuhtumi kõikidele asjaoludele kogumis antud hinnangust järeldub, et allahindlusel on väljatõrjuv mõju, mis ei ole majanduslikus mõttes õigustatud, kusjuures tuleb eelkõige hinnata hinnaalanduse tegemise kriteeriume ja võimalusi, asjaomasel turul valitsevaid konkurentsitingimusi ja valitseva ettevõtja seisundit sellel turul.

2. EÜ artikkel 82 ei nõua, et sellise hinnaalanduste süsteemi kuritarvitavat laadi tõendataks hindade ja kulude analüüsi abil, rakendades sama tõhusa ettevõtja kriteeriumi („*as-efficient-competitor*"-test), kui selle hinnaalanduste süsteemi kuritarvitav laad tuleneb juba üksikjuhtumi kõikidele asjaoludele kogumis antud hinnangust.

   Konkurentsijuhtumitega tegelevad ametiasutused ja kohtud võivad siiski üksikjuhtumi kõigi asjaolude kogumis hindamisel sellist hindade ja kulude analüüsi kasutada, välja arvatud juhul, kui turu struktuuri silmas pidades on välistatud, et mõni muu ettevõtja võib olla sama tõhus kui turgu valitsev ettevõtja.

3. Arvestamata nõuet, mille kohaselt peab liikmesriikidevahelist kaubandust olema tegelikult või potentsiaalselt kahjustatud, ei pea turgu valitseva ettevõtja hinnaalanduste süsteemi võimalik väljatõrjuv mõju ületama teatavat vähese tähtsuse künnist (*de minimis* künnis), selleks et klassifitseerida seda EÜ artikli 82 tähenduses kuritarvitavaks. Piisab sellest, et sellise väljatõrjuva mõju tekkimine on tõenäolisem kui selle ärajäämine.

64 — Vt veel kord käeolev ettepanek, punktid 31, 68 ja 82–85.