EUROOPA KOHTU OTSUS (esimene koda)

2. aprill 2009 *

Kohtuasjas C-202/07 P,

mille esemeks on Euroopa Kohtu põhikirja artikli 56 alusel 10. aprillil 2007 esitatud apellatsioonkaebus

France Télécom SA, asukoht Pariis (Prantsusmaa), esindajad: advokaadid J. Philippe, H. Calvet, O.W. Brouwer ja T. Janssens,

apellant,

teine pool:

Euroopa Ühenduste Komisjon, esindaja: E. Gippini Fournier, kohtudokumentide kättetoimetamise aadress Luxembourgis,

kostja esimese astme kohtus

* Kohtumenetluse keel: prantsuse.

EUROOPA KOHUS (esimene koda),

koosseisus: koja esimees P. Jann ja kohtunikud M. Ilešič, A. Tizzano (ettekandja), A. Borg Barthet ja J.-J. Kasel,

kohtujurist: J. Mazák,
kohtusekretär: üksuse juhataja M.-A. Gaudissart,

arvestades kirjalikku menetlust ja 3. aprilli 2008. aasta kohtuistungit,

olles 25. septembri 2008. aasta kohtuistungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,

on teinud järgmise

otsuse

1 Apellatsioonkaebuses palub France Télécom SA (edaspidi „France Télécom") Euroopa Kohtul tühistada Euroopa Ühenduste Esimese Astme Kohtu 30. jaanuari 2007. aasta otsus kohtuasjas T-340/03: France Télécom *vs*. komisjon (EKL 2007, lk II-107, edaspidi „vaidlustatud kohtuotsus"), milles Esimese Astme Kohus jättis rahuldamata France Télécomi hagi komisjoni 16. juuli 2003. aasta otsuse EÜ artikli 82 alusel algatatud menetluses (juhtum COMP/38.233 – Wanadoo Interactive), (edaspidi „vaidlusalune komisjoni otsus"), tühistamise nõudes.

Vaidluse taust, menetlus Esimese Astme Kohtus ja vaidlustatud kohtuotsus

2 Wanadoo Interactive SA (edaspidi „WIN") oli vaidlusalusel perioodil France Télécomi kontserni kuuluv äriühing, mis tegutses Interneti-ühenduse teenuste sektoris, sh ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line, asümmeetriline digitaalne abonentliin) teenustega.

3 Vaidlusaluse komisjoni otsuse artiklis 1 märgib Euroopa Ühenduste Komisjon, et alates 2001. aasta märtsist kuni 2002. aasta oktoobrini „[rikkus WIN EÜ] artiklit 82, pakkudes teenuseid eXtense ja Wanadoo ADSL omahinnast madalama hinnaga, mis seoses strateegiaga võita kiire Interneti-ühenduse turg endale selle arenemise olulises staadiumis, ei võimaldanud tal katta muutuvkulusid kuni augustini 2001 ega kogukulusid alates augustist 2001". Nimetatud otsuse artiklis 2 nõudis komisjon rikkumise lõpetamist ja artiklis 4 määras talle 10,35 miljoni euro suuruse trahvi.

4 2. oktoobril 2003 esitas WIN, kelle õigusjärglaseks sai pärast 1. septembril 2004 jõustunud ühinemist France Télécom, Esimese Astme Kohtule hagiavalduse vaidlusaluse komisjoni otsuse tühistamise nõudes. See nõue jäeti vaidlustatud kohtuotsusega rahuldamata.

5 Tühistamishagis esitas WIN eelkõige väite, et komisjon on rikkunud EÜ artiklit 82. Selle väite ühes osas leidis WIN, et komisjon ei ole õiguslikult piisavalt tõendanud turgu valitseva seisundi kuritarvitamist asjassepuutuvate teenuste eest omahinnast madalama hinna võtmise teel 2001. aasta märtsist kuni 2002. aasta oktoobrini, ja et komisjon on mitmeti rikkunud õigusnorme.

6 Nimetatud väite osa koosnes kahte liiki argumentidest, mis puudutasid komisjoni kasutatud meetodit vastavalt kulude katmise määra arvutamiseks ja omahinnast madalama hinna testimiseks.

7 Kulude katmise määra arvutamise meetodit puudutavate argumentide suhtes meenutas Esimese Astme Kohus esiteks vaidlustatud kohtuotsuse punktides 129–130, et omahinnast madalama hinna tuvastamiseks peab komisjonil keeruliste majanduslike hinnangute andmisel ja kohtupraktikaga kindlaksmääratud kriteeriumide kohaldamisel olema suur kaalutlusõigus.

8 Viidates eelkõige 3. juuli 1991. aasta otsusele kohtuasjas C-62/86: AKZO *vs*. komisjon (EKL 1991, lk I-5951) ja 14. novembri 1996. aasta otsusele kohtuasjas C-333/94 P: Tetra Pak *vs*. komisjon (EKL 1996, lk I-5951) meenutas Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 130, et „kui küsitav hind on madalam muutuvkulude keskmisest, võib oletada, et hinnapoliitika eesmärk on konkurentide kõrvaldamine, ja teiseks, et kui küsitav hind on madalam kogukulude keskmisest, kuid ületab muutuvkulusid, siis tuleb hinda käsitleda kuritarvitavana siis, kui see on kindlaks määratud teatud konkurendi kõrvaldamise strateegia raames"

9 Olles meenutanud neid põhimõtteid, tuvastas Esimese Astme Kohus esiteks, et käesolevas asjas valis komisjon kulude katmise määra arvutamiseks kohandatud kulude meetodi. Seda meetodit on kirjeldatud vaidlustatud kohtuotsuse punktis 132 järgmiselt:

„[…] Varade amortiseerimise põhimõttest lähtudes jagas komisjon klientuuri saamiseks tehtud kulud 48 kuu peale. Tulemusest lähtudes analüüsis ta eraldi kohandatud muutuvkulude katmist ja kohandatud kogukulude katmist, kinnitades, et Euroopa Kohus on ette näinud kaht tüüpi kulude katmise testi, et hinnata, kas turgu valitsevas seisundis ettevõtja tegevus on käsitletav konkurentide kõrvaldamise strateegiana või mitte. […]"

10 Nagu Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 138 märkis, järeldas komisjon nimetatud kohandatud kulude meetodit kasutades järgmist:

„[…] WIN-i võetavad hinnad ei võimaldanud tal katta tema muutuvkulusid kuni 2001. aasta augustini ja kogukulusid jaanuarist 2001 kuni oktoobrini 2002 […]; pole kahtlust, et kuni augustini 2001 ei kaetud ka kogukulusid, arvestades muutuvkulude taset."

11 Lükates seejärel tagasi WIN-i argumendid, millega üritati tõendada, et komisjoni valitud meetod oli statistiline ega arvestanud selle 48-kuulise perioodi jooksul toimunud kulude muutusi, märkis Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 143, et komisjon on iga arvessevõetud rikkumise perioodi ja kõigi abonentide osas arvestanud hinna järjestikuseid alanemisi rikkumise toimepanemise perioodil ning struktureerinud oma analüüsi nendest hinna alanemistest lähtudes.

12 Lisaks tuvastas Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 152, et komisjon on õigesti leidnud, et 2002. aasta oktoobrile järgnenud aja, st rikkumise lõppemisele järgnenud perioodi tulusid ja kulusid ei saa arvesse võtta, et arvutada kulude katmise määra rikkumise perioodil.

13 Lõpuks leidis Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 153, et isegi kui eeldada, nagu seda teeb WIN, et käesolevas asjas oleks tulnud kohaldada teist arvutusmeetodit, täpsemalt abonentide diskonteeritud nüüdisväärtuse meetodit, ei piisa sellest, et tõendada, et komisjoni kasutatud meetod on õigusvastane.

14 WIN väitis esimeses astmes ka seda, et kulude katmise määra kindlaksmääramise meetodi kasutamisel võttis komisjon arvesse teatud valesid andmeid.

15 Selle kohta märkis Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 165 ja 169, et olenemata selle argumendi vastuvõetavusest ja isegi siis, kui neid valesid andmeid arvesse ei oleks võetud, oleks selle üksuse poolt teenitud tulu igal juhul olnud väiksem tema kogukulust, mida tunnistas ka WIN. See asjaolu iseenesest võimaldas selle argumendi tulemusetuna tagasi lükata.

16 Omahinnast madalama hinna testimise osas lükkas Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 182–186 tagasi WIN-i argumendid, et ettevõtjal on absoluutne õigus heas usus juhinduda mõne oma konkurendi varem kohaldatud hinnast, kui see hind on madalam esimesena nimetatud ettevõtja kuludest.

17 Olles märkinud, et turgu valitsevas seisundis ettevõtja selline absoluutne õigus ei tulene komisjoni otsustuspraktikast ega ühenduse kohtupraktikast, meenutas Esimese Astme Kohus, et turgu valitsevas seisundis ettevõtjal on spetsiifilised kohustused ja et need võivad neilt võtta õiguse tegutseda viisil, mis ei ole iseenesest turgu kuritarvitav ja mis ei oleks ka karistatav, kui seda teeks turgu valitseva seisundita ettevõtja.

18 Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 187 tegi Esimese Astme Kohus sellest järgmise järelduse:

„WIN ei saa oma tegevuse põhjendamisel tugineda absoluutsele konkurentide hindadest juhindumise õigusele. Kuigi on tõsi, et turgu valitseva seisundiga ettevõtja juhindumine tema konkurentide hindadest ei ole iseenesest kuritarvitamine või karistatav, ei saa olla välistatud, et see võib olla sellisena käsitletav juhul, kui tegevuse

eesmärk ei ole ainult ettevõtja huvide kaitsmine, vaid tema turgu valitseva seisundi tugevdamine ja selle kuritarvitamine."

19 Teiseks lükkas Esimese Astme Kohus tagasi WIN-i argumendi, et tal puudus omahinnast madalama hinnaga müügi ja konkurentsi vähendamise strateegia.

20 WIN leiab, et kuna komisjon järeldas, et WIN-il oli konkurentide kõrvaldamise strateegia, on ta toime pannud EÜ artikli 82 olulise rikkumise. Selle strateegia olemasolu ei oleks asjassepuutuva turu tingimustel olnud mõistlik, eriti arvestades sellele turule sisenemise takistuste vähesust.

21 Sel teemal meenutab Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 195–198 esiteks, et juhul, kui turgu valitsevas seisundis ettevõtja kohaldatav hind ei ole nii suur, et see kataks tema kogukulud, tuleb vastavalt kohtupraktikale komisjonil omahinnast madalama hinnaga müügi tuvastamiseks esitada kaalukaid kaudseid tõendeid turu „endale võitmise" strateegia olemasolu kohta. Olles tuvastanud, et komisjon on selliseid tõendeid esitanud, asus Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 204 seisukohale, et WIN tugines liiga umbmäärastele asjaoludele, et Esimese Astme Kohus saaks selle argumendi üle otsustada ning lükkas tema asjassepuutuva argumendi tagasi. Teiseks leidis Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 206–215, et kaudsed tõendid, millele komisjon tugines, olid piisavalt kaalukad ja et neid toetasid muud faktilised asjaolud, mistõttu võis komisjon õigesti järeldada turu „endale võitmise" strateegia olemasolu kogu rikkumise kestuse jooksul.

22 Kolmandaks leiab WIN, et komisjon on rikkunud õigusnorme, tuvastades, et tema hinnastrateegia kohaldamise tõttu tekkinud kahju tagasiteenimise võimaluse tõendamine ei ole vajalik. WIN-i arvates on komisjon teinud ka ilmse hindamisvea ja rikkunud õigusnorme, leides, et ta on seda võimalust tõendanud.

23 Viidates eespool viidatud kohtuotsustele AKZO *vs*. komisjon ja Tetra Pak *vs.* komisjon, märgib Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 228, et sellist tõendamist ei saa komisjonilt nõuda. Kui turgu valitsevas seisundis ettevõtja hind ei ole madalam tema kogukulust, ei ole komisjon – kes peab küll tõendama hilisemat asjaolu, st turu „endale võitmise" strateegia olemasolu – kohustatud tõendama ka tekkinud kahju tagasiteenimise võimalust.

Poolte nõuded

24 France Télécom palub apellatsioonkaebuses Euroopa Kohtul:

– tühistada vaidlustatud kohtuotsus ja sellest tulenevalt:

– saata asi Esimese Astme Kohtule uueks arutamiseks; või

– teha asjas ise lõplik kohtuotsus ja tühistada vaidlusalune komisjoni otsus, rahuldades seega France Télécomi esimeses astmes esitatud nõuded, ja

– mõista kohtukulud välja komisjonilt.

25 Komisjon palub Euroopa Kohtul jätta apellatsioonkaebus rahuldamata ja mõista kohtukulud välja apellandilt.

Apellatsioonkaebus

Esimene väide, et vaidlustatud kohtuotsus on puudlikult põhjendatud

26 Esimeses väites leiab apellant, et vaidlustatud kohtuotsus on puudulikult põhjendatud. See väide on jagatud kaheks osaks.

Esimese väite esimene osa: tekkinud kahju tagasiteenimise võimalikkuse tõendamise vajadus

– Poolte argumendid

27 Esimese väite esimese osa põhjenduseks väidab apellant, et Euroopa Kohus on eespool viidatud kohtuotsuses Tetra Pak *vs.* komisjon leidnud, et kohtuasja asjaoludel, milles see kohtuotsus tehti, ei ole turgu valitsevas seisundis ettevõtja hinnastrateegia kohaldamise tõttu tekkinud kahju tagasiteenimise võimaluse tõendamine vajalik. Kuna Esimese Astme Kohus ei järginud eespool nimetatud kohtuotsuse Tetra Pak *vs.* komisjon argumentatsiooni, oleks ta pidanud selgitama põhjusi, miks käesoleva asja asjaolud olid sarnased või erinesid nendest asjaoludest, mille põhjal tehti see kohtuotsus, või siis tegema samasuguse lahendi, nagu tehti selles kohtuotsuses.

28 Komisjon väidab sisuliselt, et kohtupraktikast ei tulene mingit nõuet, et komisjon peaks tõendama tekkinud kahju tagasiteenimise võimalust; ta leiab, et Esimese Astme Kohus on vaidlustatud kohtuotsust selles küsimuses piisavalt põhjendanud.

– Euroopa Kohtu hinnang

29 Esiteks tuleb meenutada, et vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale peab kohtuotsuse põhjendusest selgelt ja ühemõtteliselt nähtuma Esimese Astme Kohtu arutluskäik, et huvitatud isik mõistaks vastuvõetud otsuse põhjendust ja Euroopa Kohus võiks oma kohtulikku kontrolli teostada (vt eelkõige 14. mai 1998. aasta otsus kohtuasjas C-259/96 P: nõukogu *vs*. de Nil ja Impens, EKL 1998, lk I-2915, punktid 32 ja 33, ning 17. mai 2001. aasta otsus kohtuasjas C-449/98 P: IECC *vs.* komisjon, EKL 2001, lk I-3875, punkt 70).

30 Samas on Euroopa Kohus ka täpsustanud, et Esimese Astme Kohtu kohustust oma lahendeid põhjendada ei saa tõlgendada nii, et selle kohustuse tõttu tuleb tal üksikasjalikult vastata poole igale argumendile, eriti kui argument ei ole piisavalt selge ja täpne ega põhine üksikasjalikul tõendil (6. märtsi 2001. aasta otsus kohtuasjas C-274/99 P: Connolly *vs.* komisjon, EKL 2001, lk I-1611, punkt 121, ja 11. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-197/99 P: Belgia *vs.* komisjon, EKL 2003, lk I-8461, punkt 81).

31 Väite esimest osa tuleb seega analüüsida nende põhimõtete seisukohast.

32 Käesolevas asjas tuleb asuda seisukohale, et vastupidi apellandi väidetule on Esimese Astme Kohus piisavalt selgitanud põhjusi, miks komisjon ei olnud kohustatud tõendama, et WIN-il oli võimalik tekkinud kahju tagasi teenida.

33 Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 224 meenutas Esimese Astme Kohus kõigepealt, et eespool viidatud kohtuotsuses AKZO *vs.* komisjon (punktid 71 ja 72) ja kohtuotsuses Tetra Pak *vs.* komisjon (punkt 41) on Euroopa Kohus otsustanud esiteks, et keskmistest muutuvkuludest madalamaid hindasid tuleb alati kuritarvitavateks lugeda, ja teiseks, et hinnad, mis on madalamad keskmisest kogukulust, kuid kõrgemad keskmisest muutuvkulust, on kuritarvitavad juhul, kui tõendatakse konkurentide kõrvaldamise strateegia olemasolu.

34 Seejärel meenutas Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 225 neid asjaolusid, mille alusel tehti eespool viidatud kohtuotsus Tetra Pak *vs.* komisjon. Eelkõige viitas ta selle kohtuotsuse punktidele 42 ja 43, milles Euroopa Kohus selgitas üksikasjalikult järgmist:

„42 [Esimese Astme Kohus] on Itaalias aastatel 1976–1981 mitte-aseptilise kartongi müügi osas leidnud, et hinnad olid oluliselt madalamad keskmisest muutuvkulust. Seega ei olnud konkurentide kõrvaldamise tahet vaja tõendada. 1982. aastal jäid nende kartongide hinnad keskmise muutuvkulu ja keskmise kogukulu vahele. Seetõttu oli Esimese Astme Kohtul vaidlustatud kohtuotsuse punktis 151 keeruline Tetra Pak [International SA] konkurendi kõrvaldamise kavatsust tõendada ilma, et hageja teda selle eest kritiseeriks.

43. Esimese Astme Kohus on vaidlustatud kohtuotsuse punktides 189–191 esitanud õigesti täpselt sama argumentatsiooni Ühendkuningriigis aastatel 1981–1984 toimunud mitte-aseptiliste masinate müügi kohta."

35 Lõpuks tsiteeris Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 226 eespool viidatud kohtuotsuse Tetra Pak *vs.* komisjon punkti 44, milles Euroopa Kohus leidis, et selle kohtuotsuse punktides 42 ja 43 tuvastatud asjaolusid arvestades ei oleks kohane nõuda, et täiendavalt tõendataks, et Tetra Pak International SA-l oli reaalne võimalus oma kahjum tagasi teenida.

36 Seega juhindudes täpselt Euroopa Kohtu arutluskäigust eespool viidatud kohtuotsuses Tetra Pak *vs.* komisjon, mis on kokku võetud käesoleva otsuse eelmistes punktides, jõudis Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 227 seisukohale, et komisjonil oli õigus eeldada, et asjassepuutuva hinnapoliitika eesmärk on konkurentide kõrvaldamine, kuna WIN-i kehtestatud hinnad, nagu ka eespool viidatud kohtuasjas Tetra Pak *vs.* komisjon asjaoludel, olid madalamad keskmistest muutuvkuludest, ja et kogukulude suhtes tuli komisjonil täiendavalt tõendada, et WIN-i hinnapoliitikat teostati turu „endale võitmise" strateegia raames.

37 Eeltoodut arvestades tuleb asuda seisukohale, et vaidlustatud kohtuotsuses on piisavalt selgelt välja toodud põhjused, mis lubasid Esimese Astme Kohtul jõuda järeldusele, et selle kohtuasja asjaolud, eriti WIN-i kehtestatud hinnataseme ning tema keskmiste muutuv- ja kogukulude suhe, olid analoogsed eespool viidatud kohtuasja Tetra Pak *vs.* komisjon asjaoludega, ja et omahinnast madalama hinna võtmise tuvastamiseks ei ole vaja eelnevalt tõendada tekkinud kahju tagasiteenimist.

38 Seega tuleb esimese väite esimene osa tagasi lükata.

Esimese väite teine osa: turgu valitsevas seisundis ettevõtja õigus juhinduda oma hindade kehtestamisel konkurentide hindadest

– Poolte argumendid

39 Esimese väite teises osas heidab apellant Esimese Astme Kohtule ette, et viimane ei põhjendatud tema nende argumentide tagasilükkamist, mis puudutasid õigust juhinduda oma hindade kehtestamisel konkurentide hindadest. Täpsemalt leiab ta, et Esimese Astme Kohus piirdus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 187 kinnitusega, et kuigi konkurentide hindadest juhindumine ei ole iseenesest kuritarvitamine, ei saa olla

välistatud, et see võib olla sellisena käsitletav juhul, kui tegevuse eesmärk on turgu valitseva seisundi tugevdamine ja selle kuritarvitamine, jättes aga täpsustamata, kas WIN soovis antud asjas oma turgu valitsevat seisundit tugevdada või kuritarvitada.

40 Komisjon väidab, et apellant piirdus esimeses astmes väitega, et komisjon on rikkunud iga ettevõtja absoluutset õigust juhinduda oma hindade kehtestamisel konkurentide hindadest, isegi kui sel ettevõtjal on turul turgu valitsev seisund ja isegi kui selline juhindumine tähendab sellise hinnataseme kehtestamist, mis on kuludest madalam. Komisjon leiab, et seega on Esimese Astme Kohus õigesti piirdunud seisukohaga, et ühenduse õigusest sellist absoluutset õigust ei tulene.

– Euroopa Kohtu hinnang

41 Tuleb meenutada, et apellatsioonimenetluses tuleb Euroopa Kohtul muu hulgas kontrollida, kas Esimese Astme Kohus vastas õiguslikult piisavalt kõigile hageja esitatud argumentidele (vt selle kohta 17. detsembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-185/95 P: Baustahlgewebe *vs.* komisjon, EKL 1998, lk I-8417, punkt 128, 29. aprilli 2004. aasta otsus kohtuasjas C-359/01 P: British Sugar *vs.* komisjon, EKL 2004, lk I-4933, punkt 47, ja 28. juuni 2005. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P ja C-213/02 P: Dansk Rørindustri jt *vs.* komisjon, EKL 2005, lk I-5425, punkt 244).

42 Seega tuleb asuda seisukohale, mida jagab ka komisjon, et Esimese Astme Kohus on käesolevas asjas põhjalikult vastanud WIN-i esimeses astmes esitatud argumentidele, milles sisuliselt õigustatakse asjassepuutuvat hinnapoliitikat iga ettevõtja õigusega juhinduda oma hindade kehtestamisel konkurentide hindadest, olenemata sellest, milline on selle ettevõtja seisund turul.

43 Nii täpsustab Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 176 esiteks, et vaidlusaluse komisjoni otsuse põhjenduste punktis 315 keelatakse WIN-il konkurentide hindadest juhindumine vaid juhul, kui „turgu valitsevas seisundis ettevõtja võetavad hinnad ei kata asjakohase teenuse kulusid”.

44 Edasi selgitab Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 178–182 põhjusi, miks konkurentide hindadest juhindumise õigus ei tulene 29. juuli 1983. aasta otsusest 83/462/EMÜ EMÜ artikli [82] kohaldamise menetluses (IV/30.698 – ECS/Akzo – Ajutised meetmed; EÜT L 252, lk 13) ega eespool viidatud kohtuotsusest AKZO *vs*. komisjon, millele hageja viitab.

45 Lõpuks kontrollis Esimese Astme Kohus ka seda, kas WIN-i konkurentide hindadest juhindumise õiguse piiramine juhul, kui „turgu valitsevas seisundis ettevõtja võetavad hinnad ei kata asjakohase teenuse kulusid”, on kooskõlas ühenduse õigusega.

46 Seoses sellega viitas Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 185 ja 186 ühenduse kohtupraktikale, mille kohaselt paneb EÜ artikkel 82 turgu valitseva seisundiga ettevõtjatele spetsiifilised kohustused. Täpsemalt meenutab Esimese Astme Kohus, et kuigi turgu valitsev seisund ei saa sellises seisundis ettevõtjat jätta ilma õigusest kaitsta oma ärihuvisid, kui neid peaks ohustatama, ja kuigi talle tuleb mõistlikus ulatuses anda õigus võtta meetmeid, mis tema hinnangul on nende õiguste kaitsmiseks kohased, ei saa talle lubada tegevust, mille eesmärk on just nimelt turgu valitsevat seisundit tugevdada ja seda kuritarvitada.

47 Sellest kohtupraktikast lähtudes järeldas Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 187, et WIN ei saa oma tegevuse põhjendamisel tugineda absoluutsele konkurentide hindadest juhindumise õigusele, kui see tegevus on käsitletav turgu valitseva seisundi kuritarvitamisena.

48 Apellant ei saa Esimese Astme Kohtule ette heita ka seda, et kohus jõudis sellele järeldusele ilma, et ta oleks kontrollinud, kas antud asjas oli WIN-i tegevus käsitletav kuritarvitamisena. Nimelt lükkas Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 195–218 ja 224–230 tagasi just need hageja argumendid, millega vaidlustati vaidlusaluses komisjoni otsuses tuvastatud kuritarvitav käitumine.

49 Seega tuleb põhjendamatuse tõttu tagasi lükata ka esimese väite teine osa ning seetõttu esimene väide tervikuna.

Teine väide, et Esimese Astme Kohus on rikkunud EÜ artiklit 82, kuna ta ei andnud WIN-ile õigust oma hindade kehtestamisel juhinduda heauskselt konkurentide hindadest

Poolte argumendid

50 Teises väites toonitab apellant esiteks, et Esimese Astme Kohus nõustus, et ta juhindus oma hindade kehtestamisel vaid mõne konkurendi hindadest. Seejärel kinnitab ta, et oma hindade kehtestamisel konkurentide hindadest juhindumise õigust on käsitletud komisjoni otsustuspraktikas, Euroopa Kohtu praktikas ja õigusteoorias. Lõpuks leiab ta, et Esimese Astme Kohus ei kontrollinud, nagu nõuab kehtiv kohtupraktika, kas meetmed, mis ta oma hindade kehtestamisel konkurentide hindadest juhindumisel võttis, olid proportsionaalsed ja mõistlikud, nagu väitis hageja.

51 Komisjon väidab vastu, et apellant ei vaidlusta Esimese Astme Kohtu õigusnormide rikkumist nende argumentide analüüsimisel, mis puudutavad WIN-i väidetavat konkurentide hindadest juhindumise õigust, ega ka põhjenduste vastuolulisust.

Tegelikult esitab apellant apellatsioonimenetluses alles esimest korda argumente, milles heidetakse komisjonile ette WIN-i võetud meetmete proportsionaalsuse ja mõistlikkuse kontrollimata jätmist.

52 Igal juhul kritiseerib apellant ainult üht vaidlustatud kohtuotsuse punkti, st punkti 187, mille kohaselt „ei saa olla välistatud", et hindade kehtestamisel konkurentide hindadest juhindumise õigust ettevõtjal ei ole, kui selle juhindumise eesmärk on ettevõtja turgu valitseva seisundi tugevdamine või kuritarvitamine. Komisjoni hinnangul on selline hindadest juhindumise keeld, kui see tähendab, et turgu valitsevas seisundis ettevõtja kehtestab oma kuludest madalamad hinnad, igati kooskõlas EÜ artiklist 82 tulenevate põhimõtetega. Teise võimalusena toonitab komisjon, et WIN mitte ainult ei juhindunud oma hindade kehtestamisel konkurentide hindadest, vaid ta sundis ka oma konkurente tema hinnast juhinduma.

Euroopa Kohtu hinnang

53 Selles väites tugineb apellant kahele argumendile.

54 Esiteks leiab ta, et Esimese Astme Kohus on rikkunud EÜ artiklit 82, kuna sisuliselt ei andnud kohus talle õigust oma hindade kehtestamisel juhinduda konkurentide hindadest.

55 Tuleb meenutada, et vastavalt Euroopa Kohtu põhikirja artiklile 58 ja Euroopa Kohtu kodukorra artikli 112 lõike 1 punktile c märgitakse apellatsioonkaebuses täpselt selle otsuse, mille tühistamist nõutakse, kritiseeritavad osad, ja seda nõuet konkreetselt põhjendavad õiguslikud argumendid.

56 Käesolevas asjas, nagu märkis ka kohtujurist oma ettepaneku punktis 83, ei selgita apellant põhjuseid, miks Esimese Astme Kohus EÜ artiklit 82 rikkus, kui ta uuris täpselt, nagu meenutatud ka käesoleva kohtuotsuse punktis 44, WIN-i poolt esimeses astmes viidatud komisjoni otsustuspraktikat ja Euroopa Kohtu praktikat, ning järeldas, et seda artiklit ei saa tõlgendada nii, et see annab turgu valitsevas seisundis ettevõtjale absoluutse õiguse juhinduda oma hindade kehtestamisel konkurentide hindadest.

57 Järelikult on see argument vastuvõetamatu.

58 Teiseks väidab apellant, et Esimese Astme Kohus on jätnud analüüsimata WIN-i võetud meetmete proportsionaalsuse ja mõistlikkuse.

59 Ka see teine argument on vastuvõetamatu, kuna apellant ei esitanud seda argumenti esimeses astmes.

60 Nimelt tuleneb väljakujunenud kohtupraktikast, et kui poolel oleks õigus esitada esmakordselt Euroopa Kohtus väide, mida ta ei ole esitanud Esimese Astme Kohtus, tähendaks see, et talle antaks Euroopa Kohtus – kellel on apellatsioonimenetluses piiratud pädevus – õigus kohtuasja arutamisele ulatuslikumalt, kui seda tehti Esimese Astme Kohtus. Apellatsioonimenetluses on Euroopa Kohtu pädevus piiratud Esimese Astme Kohtus arutatud väidetele antud õigusliku hinnangu kontrollimisega (vt eelkõige 11. novembri 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-186/02 P ja C-188/02 P: Ramondín jt *vs.* komisjon, EKL 2004, lk I-10653, punkt 60, ja 26. oktoobri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-68/05 P: Koninklijke Coöperatie Cosun *vs.* komisjon, EKL 2006, lk I-10367, punkt 96).

61 Seega tuleb teine väide tagasi lükata.

Kolmas väide, mille kohaselt on Esimese Astme Kohus rikkunud õigusnorme komisjoni kasutatud kulude katmise määra arvutamise meetodi õiguspärasuse hindamisel

Poolte argumendid

62 Kolmandas väites leiab apellant, et aktsepteerides komisjoni kasutatud kulude katmise määra arvutamise meetodit, moonutas Esimese Astme Kohus omahinnast madalama hinna testi, mis tuleneb eespool viidatud kohtuotsusest AKZO *vs*. komisjon, ja rikkus seega EÜ artiklit 82. Esimese Astme Kohus nõustus õigusvastaselt selle testi väära kasutamisega komisjoni poolt nii muutuvkulude kui kogukulude osas.

63 Muutuvkulude kohta väidab apellant, et selleks, et keskmistest muutuvkuludest madalamaid hindasid saaks kuritarvitavateks pidada, peab kasutatav arvutusmeetod näitama, et asjassepuutuvaid teenuseid osutati kahjumlikult.

64 Arvestades, et esimeses astmes esitatud hagiavalduses viitas WIN asjaolule, et iga abonent individuaalselt teenis peaaegu kogu rikkumise asetleidmise jooksul tulu, ei saanud Esimese Astme Kohus EÜ artiklit 82 rikkumata jätta kontrollimata, kas komisjon tuvastas, et iga abonent tekitas lõppkokkuvõttes WIN-ile kahju. Esimese Astme Kohus aga nõustus komisjoni lähenemisega, st analüüsiga perioodide kaupa, mis ei anna iga abonendi rentaabluse kohta terviklikku pilti.

65 Kogukulude kohta märgib apellant, viidates oma argumentidele seoses muutuvkuludega, et Esimese Astme Kohus moonutas omahinnast madalama hinna testi, kuna ta ei kontrollinud, kas on tõendatud, et abonentide kogukulu ei ole kaetud.

66 Komisjon väidab esiteks vastu, et asjas kasutatud meetod ei ole mitte ainult eespool viidatud kohtuotsustest AKZO *vs*. komisjon ja Tetra Pak *vs*. komisjon tulenev meetod, milles võetakse arvesse kulusid nii, nagu need nähtuvad ettevõtja iga-aastastest raamatupidamisdokumentidest, vaid seda meetodit on ka kohandatud apellandile soodsal viisil, mille tagajärjel on arvutustes kasutatud kulude määr väiksem WIN-i kulude tegelikust määrast.

67 Komisjon märgib edasi, et apellant ei väida, et Esimese Astme Kohus on teinud hindamisvea või moonutanud fakte selle väite analüüsis, mis puudutas komisjoni kasutatud statistilist arvutusmeetodit. Samuti ei väida ta, et rikutud on õigusnorme Esimese Astme Kohtu analüüsis, mis puudutas komisjoni keeldumist kasutada WIN-i väljapakutud alternatiivset arvutusmeetodit.

68 Mis puudutab vajadust võtta abonenti arvesse kogu 48 kuu pikkusel kehtivuse perioodil, siis leiab komisjon, et arvestades, et kulud kaeti alla 100% igal järjestikusel lühikesel perioodil, mida vaidlusaluses komisjoni otsuses analüüsiti ja mis kokku andsid umbes pooleteist aasta pikkuse perioodi, siis ei saanud kulude katmise määr ulatuda 100%-ni ka kogu abonendi keskmise kehtivuse jooksul, st 48 kuu jooksul. Selle kohta märgib komisjon, et kulude kaetuse määr saab ületada 100% pikema aja jooksul ainult siis, kui eeldada, et olukord pärast rikkumise asetleidmist võimaldas ettevõtjal pikka aega lisada abonentidele marginaali, mis ületas oluliselt konkurentide oma.

Euroopa Kohtu hinnang

69 Kõigepealt tuleb meenutada, et vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale ei saa apellatsioonkaebuses piirduda Esimese Astme Kohtus juba esitatud väidete ja argumentide kordamisega, lisamata argumente, millega soovitakse tõendada, et Esimese Astme Kohus on rikkunud õigusnorme (Euroopa Kohtu 5. veebruari 1998. aasta määrus kohtuasjas C-30/96 P: Abello jt *vs*. komisjon, EKL 1998, lk I-377, punkt 45, ja 8. jaanuari 2002. aasta otsus kohtuasjas C-248/99 P: Prantsusmaa *vs*. Monsanto ja komisjon, EKL 2002, lk I-1, punkt 69).

70 Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 129–156 vastas Esimese Astme Kohus põhjalikult hageja argumentidele teemal, et komisjoni kasutatud kulude katmise määra arvutamise meetodis ei arvestatud WIN-i kulude õiget taset.

71 Täpsemalt, Esimese Astme Kohus leidis vaidlustatud kohtuotsuse punktis 138, et vastupidi hageja väidetule võimaldas komisjoni valitud arvutusmeetodi kasutamine komisjonil järeldada, et WIN-i hinnad olid madalamad tema kuludest. Teiseks selgitas Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 144–145, milles ta analüüsis selle meetodi õiguspärasust, põhjuseid, kuidas võimaldas analüüs perioodide kaupa komisjonil arvesse võtta rikkumise toimepanemise ajal tehtud hinnamuutusi ja saada seega piisavalt terviklik ülevaade iga üksiku abonendi rentaablusest.

72 Euroopa Kohus leiab, et tegelikult ei määratle apellant uuritavas väites ühtegi õigusnormi rikkumist, mille Esimese Astme Kohus on käesoleva kohtuotsuse eelmistes punktides viidatud analüüsis toime pannud, vaid ta piirdub esimeses astmes juba esitatud vaidlusaluses komisjoni otsuses kasutatud meetodit puudutavate argumentide kordamisega.

73 Seega tuleb asuda seisukohale, et kolmas väide on vastuvõetamatu.

Neljas väide, mille kohaselt on Esimese Astme Kohus rikkunud õigusnorme ja põhjendamiskohustust, kuna ta leidis, et kulude katmise määra arvutamisel ei saa arvesse võtta väidetava rikkumise perioodile järgneva aja kulusid ja tulusid

Poolte argumendid

74 Neljandas väites väidab apellant, et Esimese Astme Kohus kiitis heaks komisjoni analüüsi, milles kulude katmise määra arvutamise hindamisel välistati tulu ja kulu, mis tekkis rikkumise perioodile järgneval ajal, st pärast 15. oktoobrit 2002. Selle kohta väidab ta, et Esimese Astme Kohus ei saanud ilma endale vasturääkimiseta ja EÜ artiklit 82 rikkumata kinnitada komisjoni sellise lähenemisviisi õigsust, kus üheaegselt välistati nimetatud kulude katmise määra arvutamisel väidetavale rikkumisele järgnenud, kuid 48 kuu pikkuse abonendi kehtivuse hulka kuuluvate tulude ja kulude arvessevõtmine, ja samas kinnitati, et abonentide osas on kulu ja tulu õiguspäraselt 48 kuu pikkusele perioodile ära jaotatud.

75 Komisjon leiab, et see väide on ainult kolmanda väite täiendus ja ka segadust tekitav. Kohaldades nimelt komisjoni kasutatud ja Esimese Astme Kohtu heakskiidetud meetodit tuleb vastavalt amortisatsioonipõhimõttele ära jagada ainult ühekordsed kulud, st „turu võitmiseks" või „klientuuri saamiseks" tehtud kulud. Samas tulu ja korduvaid kulusid, nagu rikkumise perioodile järgneva aja kulud, ära jaotada ei tule.

76 Samuti leiab komisjon, et kulude katmise määra arvutamisel oleks vale arvesse võtta tulevikus eeldatavalt tekkivat positiivset tootlust. Selline positiivse tootluse eeldus põhineks omakorda eeldusel, et WIN otsustab oma hinnas jätta kajastamata kõigile konkurentidele avatud France Télécomi võrgu juurdepääsu hinna vähenemise. Komisjoni hinnangul võib selline positiivne tootlus tekkida tegelikult ainult nõrgenenud konkurentsi tingimustes.

77 Lõpuks meenutab komisjon veel, et igal juhul ei muuda need apellandi hüpoteetilised eeldused kogukulu katmise määra positiivseks, ja et isegi kui nõustuda apellandi väljapakutud eriti kõrge tootlusega 48 kuu jooksul, mis on ühe abonendi kehtivusaeg, oleks see tootlus võimalik ainult nõrgenenud konkurentsi tingimustes.

Euroopa Kohtu hinnang

78 Tuleb meenutada, et vaidlustatud kohtuotsuse punktides 136 ja 137 on Esimese Astme Kohus selgitanud, et komisjoni valitud meetodi kohaselt jaotati abonendi keskmise kehtivuse, st 48 kuu peale ära ainult ühekordsed muutuvkulud, nimelt klientuuri saamiseks tehtud kulud. Vaidlusalusest komisjoni otsusest nähtuva komisjoni lähenemise kohaselt ei ole ettevõtja eesmärk saada kohe raamatupidamislikku positiivset tulemust, vaid nagu on märgitud selle otsuse punktis 76 ja tsiteeritud vaidlustatud kohtuotsuse punktis 136, „saavutada korduvate kulude (võrgu ja tootmise kulud) katmise tase, mis on piisav, et korduvate kulude marginaal kataks mõistliku aja pärast ka ühekordsed muutuvkulud, mis on investeeritud asjakohaste toodete kaubanduslikku arendamisse”.

79 Komisjon analüüsis selle meetodi abil WIN-i hinnapoliitikat 2001. aasta jaanuari ja 2002. aasta oktoobri vahelisel perioodil ning järeldas, et sel ajavahemikul olid WIN-i kehtestatud hinnad madalamad tema kohandatud kulude teatud tasemest.

80 Eeltoodust tuleneb, et rikkumise lõppemisele järgnenud perioodil, kuid asjassepuutuva 48 kuu jooksul tekkinud tulude ja kulude arvesse võtmata jätmine tulenes otseselt meetodist, mida komisjon kulude katmise määra arvutamiseks kasutas ja mille õigusvastasust ei ole apellant suutnud tõendada esimeses astmes, nagu nähtub vaidlustatud kohtuotsuse punktist 154, ega ka apellatsioonimenetluses, nagu järeldub käesoleva otsuse punktidest 69–73.

81 Esimese Astme Kohus ei rikkunud seega õigusnorme, järeldades vaidlustatud kohtuotsuse punktis 152, et „komisjon on õigesti leidnud, et rikkumise lõppemisele järgnenud perioodi tulusid ja kulusid ei saa arvesse võtta, et arvutada kulude katmise määra rikkumise perioodil".

82 Järelikult tuleb neljas väide põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

Viies väide, mille kohaselt on Esimese Astme Kohus rikkunud õigusnorme ja põhjendamiskohustust, kuna ta leidis, et hind, mis toob kaasa ettevõtja turuosa vähenemise, võib olla käsitletav omahinnast madalama hinnana

Poolte argumendid

83 Apellant leiab, et olenemata sellest, et Esimese Astme Kohus tuvastas WIN-i turuosa vähenemise alates 2002. aasta augustist, järeldas ta vääralt, et väidetav rikkumine kestis kuni 15. oktoobrini 2002. Tegelikult eeldab turuvallutuslik käitumine olulist konkurentsi vähenemist ja see on seega välistatud olukorras, kus konkurents tugevneb.

84 Komisjon vaidleb vastu, et esiteks esitas WIN esimeses astmes selle argumendi ainult oma turgu valitseva seisundi vaidlustamiseks ja trahvisumma vähendamise nõudes. Apellatsioonimenetluses esitatakse see argument aga esimest korda turgu valitseva seisundi kuritarvitamise vaidlustamiseks, mistõttu on see vastuvõetamatu.

85 Viienda väite põhjendatuse kohta toonitab komisjon teiseks, et tema valduses oleva teabe kohaselt suurenes WIN-i turuosa kuni 2002. aasta augustini pidevalt. Seega toimus WIN-i turuosa mis tahes muudatus rikkumise viimase pooleteist kuu jooksul ainult tänu sellele, et vähenes France Télécomi võrgule juurdepääsu hulgihind, mida WIN, erinevalt oma konkurentidest, otsustas oma hinnas mitte kajastada, lõpetades seega rikkumise 15. oktoobril 2002. Komisjon leiab teise võimalusena, et turuosa muudatus ei saa mõjutada vaidlusaluse komisjoni otsuse õiguspärasust, vaid parimal juhul rikkumise kestust, ilma et see saaks ka mõjutada karistuse suurust, kuna apellant ei ole Euroopa Kohtult selle uuesti määramist nõudnud.

Euroopa Kohtu hinnang

86 Piisab, kui selle kohta märkida, nagu teevad õigesti nii komisjon kui ka kohtujurist oma ettepaneku punktis 121, et käesolevas kohtuasjas ei ole apellant esimeses astmes vaidlusalust komisjoni otsust sellest aspektist kritiseerinud. Kuigi ta viitas oma turuosa vähenemisele, et esiteks vaielda vastu turgu valitseva seisundi esinemisele ja teiseks, et nõuda trahvi vähendamist, ei esitanud ta seda argumenti selleks, et vaidlustada rikkumise asetleidmist, nagu tehakse käesolevas väites.

87 Seega tuleb käesoleva otsuse punktis 60 meenutatud kohtupraktikast lähtudes viies väide tunnistada vastuvõetamatuks.

Kuues väide, et Esimese Astme Kohus on moonutanud tõendeid ja rikkunud õigusnorme omahinnast madalama hinnaga müügi strateegia olemasolu hindamisel

88 Kuues väide koosneb kahest osast.

Kuuenda väite esimene osa: tõendite moonutamine

– Poolte argumendid

89 Kuuenda väite esimeses osas väidab apellant, et Esimese Astme Kohus on moonutanud neid tõendeid, millele põhines tema analüüs WIN-i omahinnast madalama hinnaga müügi strateegia olemasolu kohta. Nimelt tugines ta ainult nendele WIN-i dokumentidele, millest nähtus lihtsalt tema „suhteliselt ambitsioonikas eesmärk turul", nagu seda väljendab Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 214, ja tõlgendas väga ebatäpselt mitmeid sisedokumente, milles oli kasutatud selliseid väljendeid, nagu „turu endale võitmine " või „võita endale turgu".

90 Komisjoni hinnangul on kuuenda väite esimene osa vastuvõetamatu, kuna esiteks palutakse apellatsioonimenetluse staadiumis uurida uuesti väidet, mille Esimese Astme Kohus vastuvõetamatuna tagasi lükkas, samas kui vastuvõetamatust ennast vaidlustatud ei ole. Teiseks ei esita apellant tõendite moonutamise toetuseks ühtegi argumenti, arvestades samas, et Esimese Astme Kohus pidi sõltumatult hindama, milline tõenduslik väärtus on talle esitatud tõenditel.

– Euroopa Kohtu hinnang

91 Euroopa Kohus leiab, et apellant on Esimese Astme Kohtus juba komisjonipoolse tõendite moonutamise argumendi esitanud, nagu nähtub ka vaidlustatud kohtuotsuse punktist 192, sest ta kinnitas, et komisjon on omahinnast madalama hinnaga müügi strateegia tuvastamisel vääralt tuginenud sisedokumentidele.

92 Samas, enne kui Esimese Astme Kohus andis põhjalikkuse huvides dokumentidele selle hinnangu, mille apellant apellatsioonimenetluses vaidlustas, tunnistas ta vaidlustatud kohtuotsuse punktides 204 ja 205 asjassepuutuva väite vastuvõetamatuks, kuna see ei vastanud ühenduse kohtupraktikas nõutavatele täpsuse ja üksikasjalikkuse kriteeriumidele.

93 Apellatsioonimenetluses ei saa apellant tugineda väitele, mille Esimese Astme Kohus on vastuvõetamatuse tõttu tagasi lükanud, kui seda vastuvõetamatust ei ole vaidlustatud (22. detsembri 1993. aasta otsus kohtuasjas C-354/92 P: Eppe *vs.* komisjon, EKL 1993, lk I-7027, punkt 13).

94 Järelikult on kuuenda väite esimene osa vastuvõetamatu.

Kuuenda väite teine osa: EÜ artikli 82 rikkumine

– Poolte argumendid

95 Selle väite teises osas väidab apellant, et Esimese Astme Kohus on rikkunud EÜ artiklit 82, kuna ta järeldas omahinnast madalama hinnaga müügi strateegia olemasolu ainult subjektiivsete hinnangute alusel, kuigi sellest artiklist tuleneb nõue, et objektiivsete kaudsete tõenditega, nagu konkurentide ohustamine või konkurentide klientidele pakutav selektiivne hinnaalandus, peab tõendatud olema ka objektiivselt määratletav konkurentide kõrvaldamise strateegia.

96 Komisjon väidab vastu, et esiteks antakse turgu valitseva seisundi kuritarvitamise tahtluse kindlaksmääramisel igal juhul subjektiivne hinnang, ja teiseks ei tulene kohtupraktikast mingit nõuet, et konkurentide kõrvaldamise strateegia olemasolu tuleb tõendada selliste objektiivsete tõendite alusel, millele viitab apellant.

– Euroopa Kohtu hinnang

97 Piisab märkusest, et apellant väidab vääralt, et Esimese Astme Kohus on omahinnast madalama hinnaga müügi strateegia tuvastamisel tuginenud ainult subjektiivsetele hinnangutele.

98 Nimelt nähtub vaidlustatud kohtuotsuse punktidest 199 ja 215, et kuigi Esimese Astme Kohus viitas WIN-i turu „endale võitmise strateegiale", järeldas ta seda objektiivsete tõendite alusel nagu selle ettevõtja sisedokumendid.

99 Kuna kuuenda väite teine osa ei ole põhjendatud, tuleb kuues väide tervikuna tagasi lükata.

Seitsmes väide, mille kohaselt on Esimese Astme Kohus rikkunud EÜ artiklit 82, kuna ta ei arvestanud asjaoluga, et kahju on võimatu tagasi teenida

100 Ka seitsmes väide on jaotatud kahte ossa.

Seitsmenda väite esimene osa: kahju tagasiteenimise võimalikkuse tõendamise vajadus

– Poolte argumendid

101 Seitsmenda väite esimeses osas väidab apellant, et Esimese Astme Kohus on rikkunud EÜ artiklit 82, asudes seisukohale, et omahinnast madalama hinna võtmise tuvastamiseks ei ole vaja eelnevalt tõendada tekkinud kahju tagasiteenimise võimalikkust. Tegelikult tuleneb ühenduse kohtupraktikast, et seda on vaja alati tõendada, isegi siis, kui ettevõtja ei kavatse omahinnast madalamat hinda kehtestada, kuna majanduslikus mõttes ei oleks ettevõtja poolt sellise hinna kehtestamine mõistlik. Seda seisukohta jagavad mitmed õiguskorrad ja konkurentsiasutused ning paljud õigusteoreetikud.

102 Komisjon väidab esiteks vastu, et Euroopa Kohtu praktikast ei tulene kahju tagasiteenimise võimalikkuse tõendamise nõuet. Selline tõendamine, mida nõuab Ameerika Ühendriikide eri õiguskordade kohtupraktika, põhineb ühenduse õigusest erineval majandusloogikal. Komisjon leiab, et erinevalt Ameerika Ühendriikide

õigusest tuleb EÜ artikli 82 alusel kuritarvitamist analüüsida siis, kui asjassepuutuval ettevõtjal on turgu valitsev seisund. Juba sellise seisundi esinemisest üksi piisab, et järeldada, et kahju tagasiteenimine on võimalik. Käesolevas asjas tegi kahju tagasiteenimise võimalikuks asjakohase turu eksponentsiaalne kasv.

– Euroopa Kohtu hinnang

103 Selleks et hinnata antud väite esimese osa põhjendatust, tuleb esiteks meenutada, et vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale väljendab EÜ artiklis 82 sätestatud keeld EÜ artikli 3 lõike 1 punktis g seatud ühenduse üldist eesmärki luua süsteem, mis tagab, et konkurentsi siseturul ei kahjustata. EÜ artiklis 82 kirjeldatud turgu valitsev seisund puudutab olukorda, kus ettevõtja majanduslik võim annab talle võimaluse takistada tõhusa konkurentsi säilimist asjaomasel turul, andes sellele ettevõtjale võimaluse käituda märkimisväärses ulatuses sõltumatult oma konkurentidest, klientidest ja lõppkokkuvõttes tarbijatest (13. veebruari 1979. aasta otsus kohtuasjas 85/76: Hoffmann-La Roche *vs*. komisjon, EKL 1979, lk 461, punkt 38).

104 Kuna EÜ artikkel 82 keelab turgu valitseva seisundi kuritarvitamise turul, kuivõrd see võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust, siis puudutab nimetatud artikkel sellist käitumist, mis võib mõjutada turu, kus just sellise ettevõtja tegutsemise tulemusel on konkurentsi juba nõrgendatud, struktuuri, ning mis takistab veel turul oleva konkurentsi säilimist või selle konkurentsi arengut meetoditega, mis erinevad nendest meetoditest, mida kasutatakse tavapärase kaupade ja teenuste konkurentsi korral ettevõtjate tehingute alusel (eespool viidatud kohtuotsus Hoffman-La Roche *vs*. komisjon, punkt 91; 9. novembri 1983. aasta otsus kohtuasjas 322/81: Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs*. komisjon, EKL 1983, lk 3461, punkt 70; eespool viidatud kohtuotsus AKZO *vs*. komisjon, punkt 69, ja 15. märtsi 2007. aasta otsus kohtuasjas C-95/04 P: British Airways *vs*. komisjon, EKL 2007, lk I-2331, punkt 66).

105 Kuna EÜ artikkel 82 ei kohaldu ainult tegevusele, millega võidakse tarbijale otsest kahju tekitada, vaid ka tegevusele, millega tarbijale tekitatakse kahju tõhusat konkurentsistruktuuri kahjustades (21. veebruari 1973. aasta otsus kohtuasjas 6/72: Europemballage ja Continental Can *vs*. komisjon, EKL 1973, lk 215, punkt 26), on turgu valitsevas seisundis ettevõtjal spetsiifiline kohustus mitte kahjustada oma tegevusega tõhusat konkurentsi ja mitte moonutada konkurentsi ühisturul (eespool viidatud kohtuotsus Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs*. komisjon, punkt 57).

106 Seega, nagu Euroopa Kohus on juba täpsustanud, tuleb asuda seisukohale, et EÜ artikkel 82 keelab turgu valitsevas seisundis ettevõtjal konkurente kõrvaldada ja selle kaudu tugevdada oma positsiooni, kasutades muid vahendeid kui need, mis põhinevad toodete omaduste konkurentsil. Seda arvestades ei pruugi hinnakonkurents alati olla õiguspärane konkurents (eespool viidatud kohtuotsus AKZO *vs*. komisjon, punkt 70).

107 Eriti tuleb turgu valitseva seisundi kuritarvitamisena käsitleda olukorda, kus nimetatud seisundis olev ettevõtja, kes turul, mille konkurentsistruktuur on juba nõrgenenud just selle ettevõtja tegutsemise tõttu sellel turul, rakendab hinnapoliitikat, millel ei ole muud majanduslikku eesmärki kui konkurentide kõrvaldamine, et seejärel turul allesjäänud konkurentsi vähenemisest kasu saada.

108 Turgu valitsevas seisundis ettevõtja hinnapoliitika õiguspärasuse hindamisel lähtus Euroopa Kohus eespool viidatud kohtuotsuse AKZO *vs*. komisjon punktis 74 välja toodud turgu valitsevas seisundis oleva ettevõtja kuludel põhineva hinna ja tema strateegia kriteeriumidest.

109 Euroopa Kohus on selles küsimuses täpsustanud, et üldjuhul on kuritarvitamisega tegemist juhul, kui turgu valitsevas seisundis ettevõtja kehtestud hind on madalam keskmisest muutuvkulust, kuna sellise hinna kehtestamisel ei ole turgu valitsevas seisundis ettevõtjal eeldatavalt muud majanduslikku eesmärki, kui konkurentide kõrvaldamine. Samas juhul, kui hind on madalam keskmisest kogukulust ja kõrgem

keskmisest muutuvkulust, tuleb hinda käsitleda kuritarvitavana siis, kui see on kindlaks määratud konkurentide kõrvaldamise strateegia raames (vt eespool viidatud kohtuotsus AKZO *vs.* komisjon, punktid 70 ja 71, ning kohtuotsus Tetra Pak *vs.* komisjon, punkt 41).

110 Seega, vastupidi apellandi väidetule ei nähtu Euroopa Kohtu praktikast, et hinnapoliitika kuritarvitava olemuse tuvastamiseks tuleb tõendada, et tagasi on võimalik teenida kahju, mis tuleneb turgu valitsevas seisundis ettevõtja kulude teatud tasemest madalama hinna kehtestamisest. Täpsemalt, Euroopa Kohus välistas sellise tõendamise vajaduse olukorras, kus ettevõtja konkurentide kõrvaldamise tahet võis eeldada, kuna ta oli kehtestanud tema keskmisest muutuvkulust madalamad hinnad (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Tetra Pak *vs.* komisjon, punkt 44).

111 Selline tõlgendus ei välista loomulikult seda, et komisjon võib kahju tagasiteenimise võimalust pidada teatud tegevuse kuritarvitava olemuse hindamisel asjassepuutuvaks asjaoluks, kuna selle abil võib näiteks välistada võimaluse – juhul, kui kehtestatud hind on madalam keskmisest muutuvkulust –, et esines ka muid majanduslikke põhjuseid peale konkurentide kõrvaldamise, või tuvastada – juhul, kui kehtestatud hind on madalam keskmisest kogukulust ja kõrgem keskmisest muutuvkulust –, et esines konkurentide kõrvaldamise strateegia.

112 Kahju tagasiteenimise mis tahes võimaluse puudumisest iseenesest ei piisa, et välistada võimalus, et asjassepuutuv ettevõtja saab oma turgu valitsevat seisundit tugevdada pärast seda, kui turult on lahkunud üks või mitu tema konkurenti, mille tõttu väheneb veelgi turule jäänud konkurentsi tase – mis on juba nõrgenenud just selle ettevõtja tegutsemise tõttu sellel turul –, ja et tarbijatele tekitatakse nende valikuvõimaluste piiramisega kahju.

113 Seega on Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 228 õigesti järeldanud, et omahinnast madalamate hindadega müügi tuvastamiseks ei pea tõendama kahju tagasiteenimist.

114 Sellest tuleneb, et antud väite esimene osa ei ole põhjendatud.

Seitsmenda väite teine osa: kahju tagasiteenimise võimatuse tõendamine turgu valitseva ettevõtja poolt

– Poolte argumendid

115 Seitsmenda väite teises osa väidab apellant, et ta esitas tõendeid selle kohta, et kahju tagasiteenimine oli käesoleval juhul võimatu. Esimese Astme Kohus oleks seega pidanud võtma seisukoha küsimuses, kas komisjon suutis need tõendid ümber lükata, kuna need esitas kostjaks olev ettevõtja.

116 Komisjon vastab, et esimeses astmes ei esitanud apellant ühtegi väidet selle kohta, et komisjon võis kostja esitatud tõendi tähelepanuta jätta. Igal juhul nähtub selle argumendi tagasilükkamine kaudselt vaidlustatud kohtuotsuse punktidest 103–121 ja 261–267. Lõpuks toonitab komisjon ka seda, et vaidlusaluses komisjoni otsuses analüüsis ta teise võimalusena kahju tagasiteenimise võimalust ning jõudis järeldusele, et see oli antud juhul võimalik.

– Euroopa Kohtu hinnang

117 Nagu meenutatud ka käesoleva kohtuotsuse punktis 30, ei saa Esimese Astme Kohtu kohustust põhjendada oma lahendeid tõlgendada nii, et tal tuleb üksikasjalikult vastata poole igale argumendile, eriti kui argument ei ole piisavalt selge ja täpne ega põhine üksikasjalikul tõendil.

118 Piisab kui märkida, et esimeses astmes ei esitanud apellant ühtegi väidet, millega ta oleks vaidlustanud konkreetselt asjaolu, et komisjon jättis õigusvastaselt tähelepanuta tõendi, mille WIN kahju tagasiteenimise võimatuse kohta asjas väidetavalt esitas.

119 Kuna ka seitsmenda väite teine osa on põhjendamata, tuleb seitsmes väide tervikuna tagasi lükata.

120 Arvestades kõiki eespool toodud kaalutlusi tuleb apellatsioonkaebus rahuldamata jätta, kuna see on osalisest vastuvõetamatu ja osaliselt põhjendamatu.

Kohtukulud

121 Euroopa Kohtu kodukorra artikli 122 esimene lõige sätestab, et kui apellatsioonkaebus on põhjendamatu, otsustab Euroopa Kohus kohtukulude jaotuse.

122 Vastavalt kodukorra artikli 69 lõikele 2, mida kodukorra artikli 118 alusel kohaldatakse apellatsioonkaebuste suhtes, on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna komisjon on kohtukulude hüvitamist apellandilt nõudnud ja viimane on kohtuvaidluse kaotanud, tuleb käesoleva menetluse kohtukulud temalt välja mõista.

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (esimene koda) otsustab:

1. Jätta apellatsioonkaebus rahuldamata.

2. Mõista kohtukulud välja France Télécomilt.

Allkirjad