Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
PAOLO MENGOZZI
esitatud 24. mail 2011 [1]

Kohtuasi C-209/10

Post Danmark A/S
versus
Konkurrenceråd

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Højesteret (Taani))

ELTL artikkel 102 — Taani otsepostitusturg — Turgu valitseva seisundi kuritarvitamine — Aadressita postisaadetiste jaotamise hindade valikuline alandamine — Keskmistest kogukuludest madalamad hinnad — Keskmistest täiendkuludest kõrgemad hinnad — Konkurendi turult väljatõrjumine — Tahe — Mõju — Diskrimineerivate hindade kohaldamine — Omahinnast madalam hind

I. Sissejuhatus

1. Käesolev eelotsusetaotlus, mille on esitanud Højesteret (Taani), käsitleb EÜ artikli 82 (mis praegu vastab ELTL artiklile 102) tõlgendamist.

2. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib peamiselt teada, kas postiettevõtja, käesoleval juhul Post Danmark A/S (edaspidi „Post Danmark"), on kuritarvitanud oma turgu valitsevat seisundit aadressita postisaadetiste jaotamise (otsepostitus) [2] turul Taanis, kuna ta kohaldas oma peamise konkurendi Forbruger-Kontack (edaspidi „FK") kolme suurkliendiga lepingute sõlmimisel valikuliselt madalaid hindu, kuigi on tõendatud, et neid hindu ei määratud kindlaks kavatsusega FK turult kõrvaldada.

3. Eeldusel, et ainult sellest põhjendusest ei piisa, palub eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt Euroopa Kohtul tuua esile täiendavad asjakohased elemendid, mida siseriiklik kohus peaks arvesse võtma, selleks et tuvastada turult väljatõrjumine hindade abil.

4. Enne nende küsimuste läbivaatamist, mille lahendamine ei ole lihtne, on oluline meenutada käesoleva eelotsusetaotluse aluseks oleva põhikohtuasja peamisi asjaolusid.

1 — Algkeel: prantsuse.

2 — Eelotsusetaotlusest ilmneb, et otsepostituse all tuleb mõista eelkõige reklaammaterjali, telefoniraamatute, muude kataloogide ning kohalike ja piirkondlike ajalehtede jaotamist.

5. Post Danmark ja FK on kaks suurimat ettevõtjat Taani otsepostitusturul. See turg on täielikult liberaliseeritud ega kuulu postiteenuseid reguleerivate Taani nende õigusnormide kohaldamisalasse, millega võeti üle direktiiv 97/67/EÜ ühenduse postiteenuste siseturu arengut ja teenuse kvaliteedi parandamist käsitlevate ühiseeskirjade kohta. [3]

6. Põhikohtuasja asjaolude asetleidmise ajal ehk aastatel 2003–2004 oli Post Danmarkil eelotsusetaotlusest nähtuvalt siiski monopol selliste aadressiga kirjade ja pakkide jaotamisel, mis ei ületanud teatud kaalu, ning monopoliga kaasnes kohustus osutada alla teatud kaalu jäävate aadressiga postisaadetiste jaotamise universaalteenust. [4] Kõnealusel ettevõtjal oli seega jaotusvõrk, mis hõlmas kogu Taani territooriumi ja mida kasutati ka liberaliseeritud otsepostitustegevuse jaoks.

7. Taani meediakontserni tütarettevõtja FK põhitegevusala on otsepostitus. Põhikohtuasja asjaolude asetleidmise ajaks oli see ettevõtja loonud peaaegu kogu Taani territooriumi hõlmava jaotusvõrgu peamiselt Taani otsepostitusturu väikeettevõtjate omandamise teel.

8. Kuni 2004. aastani olid FK peamised kliendid kolm suurte jaekaupluste kontserni Superbest, Spar ja Coop.

9. Post Danmark sõlmis 2003. aasta lõpus nende kolme kontserniga lepingud, mille alusel tegeles ta alates 2004. aasta algusest nende saadetiste otsepostitusega.

10. Eelotsusetaotlusest nähtub, et leping, mis nii Post Danmarki kui ka FK-ga peetud läbirääkimiste tulemusel kontserniga Coop sõlmiti, ületas iga-aastaselt mahult enam kui kolm korda Post Danmarki peamise kliendi otsepostituse jaotamise mahtu. Kontsern Coop laskis edastada viis saadetist majapidamise kohta, samas kui ükski Post Danmarki varasematest klientidest ei lasknud edastada enam kui ühe saadetise majapidamise kohta, ning tegemist oli Post Danmarki esimese lepinguga, milles oli ette nähtud otsepostitusena jaotamine reedeti ja laupäeviti. Post Danmarki hinnapakkumine kontsernile Coop oli odavam nendest hindadest, mida ta pakkus oma teistele klientidele. Sellele kontsernile tehti ka suurem hinnaalandus kui teistele Post Danmarki klientidele võrreldes ametliku hinnakirjaga.

11. Lisaks märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et Post Danmarki otsepostitusena jaotamise kulud langesid 2003.–2004. aastal 0,13 Taani krooni saadetise kohta ning et kontsernile Coop pakutud hind ei võimalda sellel ettevõtjal katta oma keskmisi kogukulusid, vaid ainult oma keskmised täiendkulud.

12. Kaebuse alusel, milles FK heitis Post Danmarkile ette omahinnast madalama hinna, diskrimineerivate hindade ja hinnaalanduste kohaldamist ning püsiklientide sidumist ning samuti ristsubsideerimist, leidis Konkurrencerådet (konkurentsiamet) 29. septembri 2004. aasta otsuses, et Post Danmark rikkus eelkõige EÜ artiklit 82, kuna ta pani aastatel 2003–2004 seoses hindadega toime esmase diskrimineerimise (*primary-line discrimination*), kohaldades oma konkurendi klientidele teistsuguseid hindu kui need, mida ta kohaldas omaenda klientidele.

13. Kõnealune asutus leidis ka, et Post Danmark kuritarvitas turgu valitsevat seisundit, kuna ta pani toime esmase diskrimineerimise, tehes FK klientidele suunatud hinnaalandusi. Samuti leidis Konkurrencerådet, et Post Danmark pani seoses hindadega toime teisese diskrimineerimise (*secondary-line discrimination*), koheldes sarnases olukorras olevaid kaubanduspartnereid erinevalt.

3 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 15. detsembri 1997. aasta direktiiv 97/67/EÜ (EÜT 1998 L 15, lk 14). Tuleb tähele panna, et pärast põhikohtuasja asjaolude asetleidmist tehti sellesse direktiivi olulisi muudatusi Euroopa Parlamendi ja nõukogu 20. veebruari 2008. aasta direktiiviga 2008/6/EÜ, millega muudetakse direktiivi 97/67 (ELT L 52, lk 3). Vastavalt direktiivi 2008/6 artiklile 2 lõppes Taani Kuningriigi puhul nende muudatuste siseriiklikku õigusesse ülevõtmiseks määratud tähtaeg 31. detsembril 2010.

4 — Tuleb märkida, et direktiivi 2008/6 artiklis 7 on ette nähtud, et liikmesriigid ei anna enam ainu- või eriõigusi postiteenuste osutamise alustamiseks ega postiteenuste osutamiseks. Universaalteenuste osutamise rahastamine peab seega olema tagatud muude selles artiklis loetletud vahenditega või mis tahes muu vahendiga, mis on EÜ asutamislepinguga kooskõlas.

14. Mis puudutab etteheidet omahinnast madalama hinna kohaldamise kohta, siis märkis Konkurrencerådet seevastu, et küsimus on keeruline ja vajab põhjalikumat analüüsi, mistõttu tuleb seda hinnata kõnealuse asutuse hilisemas otsuses. Mis puudutab viimaks väidetavat ristsubsideerimist, siis märkis Konkurrencerådet, et toimiku materjalide põhjal ei ole võimalik järeldada, et Post Danmarki muudelt tegevusaladelt pärinevaid rahalisi vahendeid on üle kantud.

15. Konkurrencerådet sedastas 24. novembri 2004. aasta otsuses, et ei ole võimalik tuvastada, et Post Danmark püüdis tahtlikult konkurentsi kõrvaldada. Sellest tulenevalt ei kuritarvitanud kõnealune ettevõtja Taani otsepostitusturul turgu valitsevat seisundit, kui ta kohaldas omahinnast madalamaid hindu.

16. Konkurrenceankenævnet (konkurentsiasjade kaebuste lahendamise komisjon) jättis 1. juuli 2005. aasta otsusega Konkurrencerådeti 29. septembri ja 24. novembri 2004. aasta otsused muutmata.

17. See otsus jõustus osas, milles see puudutab EÜ artikliga 82 vastuolus oleva teisese hinnadiskrimineerimise tuvastamist ning selle tuvastamist, et Post Danmarki poolt omahinnast madalamate hindade kohaldamine ei ole tõendatud.

18. Seevastu esitas Post Danmark Østre Landsretile (ida piirkonna kohus) kaebuse 1. juuli 2005. aasta otsuse peale osas, milles jäeti muutmata Konkurrencerådeti 29. septembri 2004. aasta otsus turgu valitseva seisundi kuritarvitamise kohta kontsernidele Superbest, Spar ja Coop kohaldatud valikuliselt madalate hindade vormis (esmane diskrimineerimine).

19. Østre Landsret jättis 21. detsembri 2007. aasta otsusega Taani konkurentsiasutuste otsused muutmata osas, milles oli tuvastatud, et Post Danmark oli Taani otsepostitusturul turgu valitsevat seisundit kuritarvitanud, kui ta rakendas aastatel 2003–2004 FK endiste klientide suhtes erinevat hinnapoliitikat võrreldes sellega, mida ta rakendas oma olemasolevate klientide suhtes, suutmata seejuures neid hinnaerinevusi kuludest lähtuvate kaalutlustega põhjendada. Kohus märkis eelkõige, et kõnealune tegevus toimus turul, kus Post Danmarkil oli eriline seisund, võttes arvesse tema turuosa ja märkimisväärseid struktuurilisi eeliseid, ja kus ainus tõeline konkurent FK oli oluliste klientide kaotamise korral eriti haavatav.

20. Post Danmark kaebas selle otsuse edasi Højesteretile, väites eelkõige, et selleks, et niisuguste valikuliselt madalate hindade kohaldamine, mis ei kata keskmisi kogukulusid, võiks endast kujutada EÜ artikli 82 rikkumist, on vajalik tahe kõrvaldada konkurents.

21. Neil asjaoludel otsustas Højesteret menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised kaks eelotsuse küsimust:

„1. Kas EÜ artiklit 82 tuleb tõlgendada selliselt, et turgu valitseva seisundiga postiettevõtja poolt, kellel on universaalse postiteenuse osutamise kohustus, valikulist hindade alandamist nii, et hindade tase jääb tema keskmistest kogukuludest madalamale, kuid tema keskmistest täiendkuludest kõrgemale, võib käsitada kuritarvitusena, mille eesmärk on konkurendi kõrvaldamine, kui on tuvastatud, et konkurendi kõrvaldamine ei olnud sellise hinnataseme kehtestamise eesmärk?

2. Kui vastus esimesele küsimusele on, et neil tingimustel võib valikulist hindade alandamist käsitada kuritarvitusena, mille eesmärk on konkurendi kõrvaldamine, siis milliseid asjaolusid peab siseriiklik kohus arvesse võtma?”

22. Vastavalt Euroopa Liidu Kohtu põhikirja artiklile 23 esitasid Post Danmark, FK, Taani, Itaalia ja Tšehhi valitsus ning Euroopa Komisjon kirjalikud märkused. Need pooled ning EFTA järelevalveamet kuulati ka ära 1. märtsil 2011 toimunud kohtuistungil.

II. Analüüs

A. *Sissejuhatavad kaalutlused*

23. Seoses Post Danmarki kohtuistungil tehtud katsega arutada eelotsusetaotluse esitanud kohtu antud teatud hinnanguid Euroopa Kohtus uuesti näib mulle oluline meenutada, et EÜ artiklis 234 sätestatud menetluses, mis põhineb siseriiklike kohtute ja Euroopa Kohtu ülesannete selgel lahutamisel, kuulub igasugune juhtumi asjaolude hindamine siseriikliku kohtu pädevusse.[5]

24. Põhikohtuasjas on kõigepealt selge, et asjakohane turg on Taani otsepostitusturg. Vastupidi sellele, mida Post Danmark väitis Euroopa Kohtule esitatud märkustes, ei nähtu põhikohtuasja toimiku materjalidest, et esiteks Taani konkurentsiasutused või teiseks siseriiklikud kohtud, sealhulgas eelotsusetaotluse esitanud kohus, oleksid tuvastanud, et see turg jaguneb kaheks segmendiks, milleks on ühelt poolt tööpäevadel toimuva saadetiste jaotamise turg ning teiselt poolt „pühapäevase" või üldisemalt nädalavahetusel toimuva jaotamise turg.

25. Seetõttu olen ma seisukohal, et ei ole vaja peatuda Post Danmarki kaalutlustel, mille kohaselt rakendati vaidlusalust hinnapoliitikat (ainsa või peamise) eesmärgiga laiendada otsepostituse pakkumist nädalavahetusel toimuva jaotamise segmendile, milles seni valitses FK.

26. Edasi on samuti vaieldamatu, et siseriiklike asutuste ja kohtute piiritletud turul on Post Danmarkil EÜ artikli 82 tähenduses turgu „valitsev seisund". Pealegi lähtub eelotsusetaotlus sõnaselgelt sellest eeldusest.

27. Selle taotluse kohaselt ilmneb Post Danmarki turgu valitsev seisund selle ettevõtja turupositsiooni igakülgsest analüüsist. See analüüs tugines siiski peamiselt nimetatud äriühingu turuosale käibe alusel, mis jäi suurusjärku 50%[6], ning tema erilisele olukorrale, mis oli tingitud tema jaotusvõrgust, mis katab kogu riigi territooriumi ning mida temal lasuvate kohustuste tõttu osutada postisaadetiste jaotamise universaalteenust on võimalik säilitada ilma otsepostitusega tegelemata.

28. Kuigi põhikohtuasja toimikus sisalduvatest materjalidest ei nähtu, et analüüsitud oleks selle turuosa suhtelist olulisust FK[7] omaga võrreldes ning teatavate klientide võimaliku ostujõu suhtelist olulisust, on samuti tõsi, et siseriiklike kohtute ja Euroopa Kohtu vahel pädevuse jagamise tulemusel ei lasu viimasel vaatamata palvele, mille esitas Post Danmark oma märkustes, kohustust uuesti kontrollida üht või mitut aspekti analüüsis, mille tõttu leidsid Taani ametivõimud ja kohtud, et sellel ettevõtjal oli tõepoolest niisugune turgu valitsev seisund siseriiklikul otsepostituse turul.

29. Lõpuks tuleb õigesti piiritleda Euroopa Kohtule esitatud eelotsuse küsimuste ese.

30. Sellega seoses tuleb täpsustada, et Euroopa Kohtule ei ole esitatud küsimust EÜ artikli 82 tähenduses turgu valitseva seisundi kuritarvitamise kohta, mis esineb omahinnast madalama hinna poliitika kujul.

31. Nimelt, nagu ilmneb põhikohtuasja toimikust, ei suutnud Taani konkurentsiasutused tuvastada, et olemas on kava, mille eesmärk on kõrvaldada konkurent kohtuotsuse Akzo *vs.* komisjon[8] punkti 72 tähenduses, kusjuures sellele hinnangule ei vaielnud FK siseriiklikes kohtutes vastu.

5 — Vt eelkõige 14. veebruari 2008. aasta otsus kohtuasjas C-450/06: Varec (EKL 2008, lk I-581, punkt 23) ja 1. juuli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-49/07: MOTOE (EKL 2008 lk I-4863, punkt 30).

6 — Täpsemalt nähtub Taani konkurentsiasutuste kasutatud tabelist, mis on ära toodud eelotsusetaotluses, et Post Danmarki turuosa käibe alusel langes 2001. ja 2002. aastal 47%-lt 2003. aastal 44%-ni ning suurenes 2004. aastal 55%-ni.

7 — Eelotsusetaotluse kohaselt oli FK turuosa 2001. aastal 15–25%, 2002. aastal 23–35%, 2003. aastal 35–45% ning 2004. aastal 25–35%.

8 — 3. juuli 1991. aasta otsus (C-62/86, EKL 1991, lk I-3359). Kohtuotsuse selle punkti kohaselt tuleb hinnad, mis on madalamad kogukulude keskmisest, mis sisaldavad püsikulusid ja muutuvkulusid, kuid kõrgemad muutuvkulude keskmisest (mis muutuvad olenevalt tootmismahust), lugeda kuritarvitavaks, kui need on kindlaks määratud plaani raames, mille eesmärk on konkurent kõrvaldada. Seda seisukohta kinnitati nimelt 14. novembri 1996. aasta otsuses kohtuasjas C-333/94 P: Tetra Pak *vs.* komisjon (EKL 1996, lk I-5951, punkt 41) ja 2. aprilli 2009. aasta otsuses kohtuasjas C-202/07 P: France Télécom *vs.* komisjon (EKL 2009, lk I-2369, punkt 109).

32. Selleks et tuvastada omahinnast madalama hinna kohaldamine eespool viidatud kohtuotsuse Akzo *vs*. komisjon punktide 70–72 tähenduses, oleks Post Danmarki poolt sellise strateegia rakendamise väljatoomine olnud aga vajalik, sest – nagu märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus – vähemalt mis puudutab Post Danmarki kohaldatud hindasid Coopi suhtes, mis oli üks kolmest FK kliendist, siis need hinnad olid kõrgemad turgu valitseva seisundiga ettevõtja keskmistest täiendkuludest, kuid madalamad tema keskmistest kogukuludest. [9]

33. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu taotluses olev viide Post Danmarki täiendkuludele kui asjakohastele kuludele, mida tuleb põhikohtuasjas arvesse võtta, mitte aga sarnaselt eespool viidatud kohtuotsusega Akzo *vs*. komisjon muutuvkuludele, näib toimiku materjalide kohaselt olevat selgitatav asjaoluga, et sama äriühingu piires esineb samal ajal ühelt poolt piiratud tegevusi ja piiramata tegevusi, millega tegelemisel kaasneb mõlemal juhul universaalteenuse osutamise kohustus, ning teiselt poolt puhtalt kaubandustegevus, mis leiab aset otsepostituse liberaliseeritud turul.

34. Nii osutub kohatuks hindade võrdlemine muutuvkuludega, mis lasuvad turgu valitseva seisundiga ettevõtjal seoses üldist majandushuvi sisaldava ülesandega (avalik teenus või universaalteenus). Ühest küljest võib see põhjustada kahjumi ülehindamise, kuna ettevõtja üldist majandushuvi sisaldav ülesanne toob endaga kaasa suuremad kulud kui tema konkurentidel, kes tegutsevad konkurentsile avatud turul. Kui vastupidi võtta kriteeriumina arvesse üksnes turgu valitseva seisundiga ettevõtja muutuvkulusid, võib see ka tingida nende kulude alahindamise, kui see ettevõtja tegutseb kõrgete püsikuludega (näiteks tema võrgu kasutamisega seotud kulud) ja madalate muutuvkuludega. [10]

35. Neil asjaoludel näib kohane võtta arvesse mõnda muud kulukriteeriumi, nimelt täiendkulusid, mis võtavad arvesse sellise spetsiifilise tegevuse püsikulusid ja muutuvkulusid, millega tegeletakse konkurentsile avatud turul.

36. Nagu märkis eelotsusetaotluse esitanud kohus, on selles osas täiendkulude kriteeriumi kasutamine põhikohtuasjas saanud tõuke komisjoni 20. märtsi 2001. aasta otsusest EÜ artikli 82 kohaldamise menetluses, mis puudutab Deutsche Posti hinnapoliitikat pakiveoteenuste turul seoses postimüügiga Saksamaal [11] suhteliselt sarnases olukorras [12].

37. Selles otsuses, milles komisjon tõdes eeskätt, et Deutsche Post kuritarvitas oma turgu valitsevat seisundit, tehes ettepaneku tagada kõnealuste teenuste osutamise oma täiendkuludest madalamate hindadega, mistõttu see ettevõtja pakkus omahinnast madalamaid hindu, määratles institutsioon need kulud kuludena, mis tulenevad üksnes spetsiifilise teenuse osutamisest, mis sõltuvad käideldud mahust ning mis kaovad, kui teenuse osutamine lõpetati, mis tähendab, et ühised püsikulud, mis ei sõltu üheainsa teenuse osutamisest, ei sisaldu täiendkuludes. [13] Samuti tuleneb kõnealusest otsusest, millele

9 — Kui järgida Euroopa Kohtu kaalutlust eespool viidatud kohtuotsuse Akzo *vs*. komisjon punktides 70–72, siis juhul, kui kohaldatavad hinnad oleksid olnud madalamad keskmistest täiendkuludest, ei oleks tulnud esitada tõendit turult väljatõrjumise strateegia olemasolu kohta, kuna neid hindu endid oleks loetud omahinnast madalamateks hindadeks.

10 — Vt selle kohta eelkõige Mouy, N., „Coûts incrémentaux: Retour sur les avantages konkurentiels du secteur public. Les spécificités des approches communautaire et française: un point de vue d'un régulateur", *Concurrences*, 2-2005, nr 1476, lk 13.

11 — EÜT L 125, lk 27, edaspidid otsus „Deutsche Post".

12 — Vt selle kohta ka Üldkohtu hinnang sellele otsusele 30. jaanuari 2007. aasta otsuse kohtuasjas T-340/03: France Télécom *vs*. komisjon (EKL 2007, lk II-107) punktis 249. Selle kohtuotsuse peale Euroopa Kohtule esitatud apellatsioonkaebus (2. aprilli 2009. aasta otsuse aluseks olnud eespool viidatud kohtuasi C-202/07 P: France Télécom *vs*. komisjon) ei puudutanud seda punkti.

13 — Otsus Deutsche Post (punktid 6 ja 9 ning 7. joonealune märkus). Tuleb ka märkida, et kohtuasjas T-60/05: Ufex jt *vs*. komisjon, milles Üldkohus tegi 12. septembril 2007 otsuse (EKL 2007, lk II-3397, punkt 161), leidis komisjon samuti, et kullerpostiturul turgu valitseva seisundi Poste française'i poolt kuritarvitamise kontrollimisel pidi komisjon välja selgitama, kas selle ettevõtja esitatud arvetel toodud hind tema sellel turul tegutseva tütarettevõtja osutatud infrastruktuuriteenuste eest oli madalam või võrdne nende teenuste osutamise täiendkuludega, see tähendab kindlaks tegema kulud, mis on eranditult seotud spetsiifilise teenuse osutamisega ning mis kaovad, kui selle teenuse osutamine lõpetatakse. Viitamata mõistele „täiend", soovitakse seda sisuliselt tagada ka direktiivi 67/97 artiklis 14, nõudes liikmesriikidelt, et nad kohustaksid universaalteenust osutavaid postiettevõtjaid kasutusele võtma kuluarvestusliku raamatupidamise, mis selles sättes ette nähtud viisidel võimaldab jagada konkreetse teenuse või tootega otseselt seotud kulud ning ühised kulud.

Taani konkurentsiasutused põhikohtuasjas selles küsimuses selgelt tuginesid, et spetsiifilisele teenusele omaseid kulusid ei tohi arvata universaalteenuse kohustusest tulenevate ühiste püsikulude hulka, mis on seotud jaotusvõrgu võimsuse säilitamisega. Keskmiste täiendkulude keskmine hõlmab seega ainult konkureeriva teenuse osutamise püsi- ja muutuvkulude keskmist.[14]

38. Põhikohtuasjas, nagu ka eespool viidatud otsuses Deutsche Post, on täiendkulude keskmine sarnaselt eespool viidatud kohtuotsuse Akzo *vs*. komisjon punktides 71 ja 72 viidatud muutuvkulude keskmisega „alampiiri kriteerium" ehk miinimumkriteerium, alates millest on turgu valitseva seisundiga ettevõtja kohaldatav hind omahinnast madalam.

39. Järgides eespool viidatud kohtuotsuse Akzo *vs*. komisjon nende punktide loogikat, milleni jõuti eespool viidatud otsusest Deutsche Post lähtudes, oleks täiendkulude keskmisest kõrgem, kuid kogukulude keskmisest madalam hind samuti omahinnast madalam, kui see oleks kindlaks määratud sellise kava raames, mille eesmärk on konkurent kõrvaldada.

40. Siiski, nagu ma juba mainisin, täpsustas eelotsusetaotluse esitanud kohus, et Taani konkurentsiasutused ei suutnud sellise kava olemasolu tuvastada. Käesoleva eelotsusetaotluse ese ei puuduta seega võimalikku omahinnast madalama hinna kohaldamist Post Danmarki poolt.

41. Eespool toodud kaalutluste põhjal on siiski võimalik paremini mõista eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimusi. Ta soovib lõpuks teada, kas kuritarvituse, mis seisneb turgu valitseva seisundiga ettevõtja – nagu Post Danmark – konkurendi turult väljatõrjumises või väljajätmises, saab tuvastada juhul, kui hindu alandatakse valikuliselt, kuid mitte allapoole omahinda, ning kui see on nii, siis millistel tingimustel.

42. Selle täpsustuse tõttu esitan ma kaks täiendavat märkust.

43. Esiteks ei puuduta eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimused turgu valitseva seisundi kuritarvitamist Post Danmarki klientide vahelise hinnadiskrimineerimise kujul, mis mõjutab nende klientide turgu või turgusid (teisene diskrimineerimine ehk *secondary-line discrimination*).

44. Eelotsusetaotlusest ja põhikohtuasja toimiku materjalidest tuleneb nimelt, et Post Danmark ei vaielnud siseriiklikes kohtutes vastu Taani konkurentsiasutuste järeldusele, mille kohaselt see ettevõtja kohaldas erinevaid hindu kaubanduspartneritele, kes on EÜ artikli 82 lõike 1 punkti c tähenduses sarnases olukorras.

45. Eelotsusetaotluse esitanud kohus keskendub üksnes Post Danmarki poolt kohaldatavate hindade valikulisele alandamisele, mille mõju tooks kaasa või kui Taani konkurentsiasutused ei oleks sekkunud, oleks võinud kaasa tuua FK otsepostituse jaotamise turult Taanis väljatõrjumise või väljajätmise (esmane diskrimineerimine ehk *primary-line discrimination*).

46. Teisese diskrimineerimise ja esmase diskrimineerimise eristamine Taani ametiasutuste ja kohtute poolt on minu arvates otstarbekas ning lisaks toetab seda ka osa õigusteooriast.[15] Kuigi EÜ artiklis 82 sisalduvas kuritarvituste loetelus ei ole ammendavalt toodud selle artikliga keelatud turgu valitseva seisundi kuritarvitamise viisid,[16] on selle eristamise abil minu arvates siiski võimalik selgitada suhteid

14 — Otsus Deutsche Post (punktid 9 ja 10).

15 — Vt muu hulgas Temple Lang, J. ja O'Donoghue, R., „Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC", *Fordham International Law Journal*, nr 83, 2002, lk 86; Geradin, D. ja Petit, N., „Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?", *Journal of Competition Law and Economics*, nr 3, 2006, lk 487 jj.

16 — Vt selle kohta eelkõige 21. veebruari 1973. aasta otsus kohtuasjas 6/72: Europemballage ja Continental Can *vs*. komisjon (EKL 1973, lk 215, punkt 26); 16. märtsi 2000. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-395/96 P ja C-396/96 P: Compagnie maritime belge transports jt *vs*. komisjon (EKL 2000, lk I-1365, punkt 112); 15. märtsi 2007. aasta otsus kohtuasjas C-95/04 P: British Airways *vs*. komisjon (EKL 2007, lk I-2331, punkt 57); 14. oktoobri 2010. aasta otsus kohtuasjas C-280/08 P: Deutsche Telekom *vs*. komisjon (EKL 2010, lk I-9555, punkt 173) ning 17. veebruari 2011. aasta otsus kohtuasjas C-52/09: TeliaSonera (EKL 2011, lk I-527, punkt 26).

EÜ artikli 82 teise lõigu punkti c kuuluvate diskrimineeriva hinnapoliitika viiside vahel, milleks on nimelt need, mille konkurentsivastane mõju avaldub „kaubanduspartnerite" turul või turgudel, pannes nad „ebasoodsasse konkurentsiolukorda" – mis vastab nn teisese diskrimineerimise olukorrale –, kuna määratluse poolest ei saa need kaubanduspartnerid konkureerida ettevõtjaga, kes kuritarvitab oma turgu valitsevat seisundit, ning need, mis esinevad turul, kus tegutsevad turgu valitseva seisundiga ettevõtja ja tema konkurendid, ning mis kuuluvad muude juhtumite hulka, mis seisnevad vastavalt EÜ artikli 82 teise lõigu punktile b toodangu, turgude või tehnilise arengu piiramises tarbijate kahjuks ning mille eesmärk on nimetatud konkurendid välja tõrjuda või välja jätta.

47. Teiseks, nimetades oma esimeses eelotsuse küsimuses hindade valikulise alandamise olukorda, milles hinnatase jääb turgu valitseva seisundiga ettevõtja täiendkulude keskmise ja kogukulude keskmise vahele, näib, et eelotsusetaotluse esitanud kohus piiritleb selle küsimuse Post Danmarki hinnapoliitikaga Coopi suhtes, ilma et ta seega võtaks arvesse hinnapoliitikat, mis oli suunatud eelotsusetaotluses samuti nimetatud FK teistele klientidele, nimelt Sparile ja Superbestile, kellele Post Danmark vaieldamatult kohaldas oma kogukulude keskmisest *kõrgemaid* hindu.

48. Selle väljajätu tõlgendus ei ole selge. Ühelt poolt võib see tähendada, et eelotsusetaotluse esitanud kohus tegi juba otsuse seisukoha kohta – lükates selle tagasi –, mille kohaselt Post Danmarki poolt Spari ja Superbesti suhtes kohaldatavad hinnad võivad viia FK turult väljatõrjumiseni. Teise tõlgenduse kohaselt võib see lihtsalt tähendada, et eelotsusetaotluse esitanud kohus leidis, et kui ta on saanud selguse EÜ artikli 82 tõlgendamise suhtes Post Danmarki poolt Coopile pakutavate hindade olukorras, peaks ta tegema ja saaks teha ise Euroopa Kohtu vastusest järeldused Post Danmarki poolt Spari ja Superbesti suhtes kohaldatava hinnapoliitika õiguspärasuse kohta.

49. Igal juhul näib mulle, et eelotsusetaotluse esitanud kohtule tarviliku vastuse andmiseks ei saa tähelepanuta jätta Post Danmarki poolt Spari ja Superbesti suhtes kohaldatavat hinnapoliitikat küsimuse puhul, kas kuritarvituse, mis seisneb turgu valitseva seisundiga ettevõtja konkurendi turult väljatõrjumises või väljajätmises, saab tuvastada juhul, kui hindu alandatakse valikuliselt, kuid mitte allapoole omahinda, ning kui see on nii, siis millistel tingimustel.

B. *Hindade valikuline alandamine ja turult väljatõrjumise mõju*

50. Eelmises punktis nimetatud küsimuses on Euroopa Kohtule märkusi esitanud pooled erinevatel seisukohtadel.

51. Sisuliselt saab Post Danmarki ja Tšehhi valitsuse arvates turult väljatõrjumise hinnapoliitika tuvastada üksnes juhul, kui hind on kindlaks määratud allpool vastavat kulukategooriat. Käesoleval juhul saab keskmistest täiendkuludest kõrgem hind konkurendi turult väljatõrjumise kaasa tuua üksnes juhul, kui see kuulub strateegia hulka, mille eesmärk on selle konkurendi turult väljatõrjumine, kusjuures selline strateegia võib Tšehhi valitsuse hinnangul tuleneda majandusanalüüsist, kuid Post Danmarki arvates peab see ilmnema üksnes või peamiselt asjaoludest, mis kinnitavad konkurentsi kõrvaldamise subjektiivset tahet. Kuna põhikohtuasja toimiku materjalidest ei nähtu, et Post Danmark järgis sellist strateegiat, ei ole turgu valitsevat seisundit EÜ artikli 82 tähenduses kuritarvitatud.

52. Seevastu FK, Taani ja Itaalia valitsus, EFTA järelevalveamet ning teatud määral ka komisjon – täpsemalt pärast selgitusi, mille viimane esitas kohtuistungil oma seisukoha suhtes – kaitsevad vastupidist teesi. Üldjoontes väidavad need huvitatud pooled, et *sõltumata kuludest* viib turgu valitseva seisundiga ettevõtja valikuline hinnapoliitika, mis on suunatud tema ainsa tõelise konkurendi klientidele, selle konkurendi turult väljatõrjumiseni või võib seda suure tõenäosusega teha, kui selline praktika ei ole põhjendatud majanduslikel kaalutlustel, iseäranis mastaabisäästust tulenevalt. Niisugune on olukord ka põhikohtuasjas.

53. Suur osa vaidlusest, mis toimus nende huvitatud poolte vahel, puudutas küsimust, kuidas tõlgendada rea Euroopa Kohtu ja Üldkohtu selliste otsuste ulatust, milles need kohtud analüüsisid turgu valitseva seisundiga ettevõtjate kehtestatud valikulist hinnapoliitikat. Mõlemalt poolt kinnitasid need kohtuotsused teesi, mis oli toodud Euroopa Kohtule esitatud märkustes.

54. Enne nende kohtuotsuste analüüsimist tuleb meenutada, et kohtupraktikast ilmneb, et kuna EÜ artikkel 82 keelab turgu valitseva seisundi kuritarvitamise turul niivõrd, kuivõrd see võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust, siis puudutab nimetatud artikkel tegevust, mis võib mõjutada sellise turu struktuuri, kus just oma turgu valitsevast seisundist tuleneva majandusliku võimsusega ettevõtja tegutsemise tulemusel on konkurents juba nõrgenenud, ning mis takistab veel turul olemas oleva konkurentsi säilimist või selle konkurentsi arengut vahenditega, mis erinevad nendest vahenditest, mida kasutatakse kaupade või teenuste tavapärases konkurentsis, mis rajaneb ettevõtjate sooritustel. [17]

55. Seega kuna EÜ artikkel 82 ei kohaldu ainult tegevusele, millega võidakse tarbijale otsest kahju tekitada, vaid ka tegevusele, millega tarbijale tekitatakse kahju tõhusat konkurentsistruktuuri kahjustades, on turgu valitseva seisundiga ettevõtjal eriline kohustus mitte kahjustada oma tegevusega tõhusat ja moonutamata konkurentsi ühisturul. [18]

56. Sellest seisukohast vaadates, kui turgu valitseva seisundi kuritarvitamise keeldu võib otse loomulikult põhjendada sooviga tagada tarbijate viivitamatu heaolu, siis on see põhjendatud ka vajadusega kaitsta või säilitada turu konkurentsistruktuur, kuna selle eesmärgi taotlemine on eeldatavalt mingil viisil tarbijate huvides.

57. Kuigi hindade osas otsustas Euroopa Kohus turgu valitseva seisundiga ettevõtja erilise vastutuse tõttu, et igasugust hinnakonkurentsi ei saa lugeda õiguspäraseks, [19] siis tähendab see kinnitus siiski, et niisugune konkurents on teatud eranditega üldiselt lubatud, isegi soovitatav. Kuna hinnakonkurents on üldiselt kasulik, ei saa see üldjuhul olla keelatud ka ettevõtjatele, kellel on konkreetsel turul turgu valitsev seisund.

58. Samuti on tõsi, et küsimus, kas konkreetsel turul turgu valitseva seisundiga ettevõtja hinnapoliitika kutsub esile sellise seisundi kuritarvitamise EÜ artikli 82 tähenduses, tuleb kindlaks teha kõigi asjaolude põhjal ning eelkõige on vaja analüüsida, kas selline tegevus takistab konkurentide turulepääsu või tugevdab turgu valitsevat seisundit moonutatud konkurentsi abil. [20]

59. Nagu teatud huvitatud pooled märkisid, on kohtupraktikas palju kohtuasju, kus liidu kohus on tõdenud, et turgu valitseva seisundiga ettevõtja või mitme sellise ettevõtja hinna valikuline alandamine on läinud vastuollu EÜ artiklis 82 sätestatud keeluga.

60. Neist kohtuasjadest esimeses tehti eespool viidatud kohtuotsus Akzo *vs.* komisjon.

17 — Vt selle kohta 13. veebruari 1979. aasta otsus kohtuasjas 85/76: Hoffman-La Roche *vs.* komisjon (EKL 1979, lk 461, punkt 91); 9. novembri 1983. aasta otsus kohtuasjas 322/81: Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs.* komisjon (EKL 1983, lk 3461, punkt 70) ning eespool viidatud kohtuotsus AKZO *vs.* komisjon (punkt 69), eespool viidatud kohtuotsus British Airways *vs.* komisjon (punkt 66), eespool viidatud 2. aprilli 2009. aasta kohtuotsus France Télécom *vs.* komisjon (punkt 104); eespool viidatud kohtuotsus Deutsche Telekom *vs.* komisjon (punkt 174) ja eespool viidatud kohtuotsus TeliaSonera (punkt 27).

18 — Vt eelkõige eespool viidatud 2. aprilli 2009. aasta kohtuotsus France Télécom *vs.* komisjon (punkt 105); eespool viidatud kohtuotsus Deutsche Telekom *vs.* komisjon (punkt 176) ning selle kohta eespool viidatud kohtuotsus TeliaSonera (punkt 24).

19 — Vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Akzo *vs.* komisjon (punkt 70).

20 — Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin *vs.* komisjon (punkt 73); eespool viidatud kohtuotsus Deutsche Telekom (punkt 175) ning eespool viidatud kohtuotsus TeliaSonera (punkt 28).

61. Selle hinnapoliitika hulka, mida komisjon heitis Akzole ette orgaaniliste peroksiidide ühenduse turul,[21] ei kuulu ainuüksi – nagu juba märgitud – tavapäratult madalate (omahinnast madalamate) hindade kohaldamine, mida on analüüsitud Euroopa Kohtu otsuse punktides 98–109, ühe tema konkurendi (ECS) klientidele, vaid ka sama konkurendi klientidele valikuliste hindade pakkumine tunduvalt madalamal tasemel, kui Akzo tegi seda oma klientidele,[22] kusjuures nimetatud tegevust analüüsis Euroopa Kohus selle otsuse punktides 110–121.

62. Pärast seda, kui Euroopa Kohus kinnitas komisjoni järeldust, mille kohaselt oli Akzol kõnealusel turul tulenevalt oma turuosast suurusjärgus 50% ja muudest teguritest[23] turgu valitsev seisund, märkis kohus – analüüsides ECS-i klientidele ehk nn suurtele sõltumatutele tehtud hinnapakkumiste valikulisust – kõigepealt, et Akzo ei vaielnud vastu sellele, et ta võimaldas sarnase suurusega ostjatele erinevaid hindu, ilma et ta oleks lisaks esitanud argumente, et tõendada, et need erinevused puudutasid toodete kvaliteeti või tootmise erikulusid.[24] Euroopa Kohus märkis seejärel, et oma klientidele Akzo kohaldatavad hinnad olid kõrgemad tema kogukulude keskmisest, samas kui hinnad, mida ta pakkus oma konkurendi klientidele, olid sellest keskmisest madalamad.[25] Kohtuotsuse punktis 115 järeldas ta sellest, et Akzo sai sel viisil vähemalt osaliselt hüvitada kahju, mis tulenes müügist ECS-i klientidele, kasumi abil, mis saadi müügist „suurtele sõltumatutele", kes kuulusid tema klientide hulka, millest ilmneb, et Akzo ei kavatsenud kasutada üldist soodsate hindade poliitikat, vaid kohaldada oma konkurendi kahjustamise strateegiat. Euroopa Kohus kinnitas seega komisjoni otsuse seda punkti, tuvastades, et Akzo kuritarvitas oma turgu valitsevat seisundit.

63. Selles analüüsistaadiumis piirdun ma eespool viidatud kohtuotsuse Akzo *vs.* komisjon nende punktide kommenteerimisel kahe järgmise märkusega.

64. Esiteks kinnitas Euroopa Kohus, et tulenevalt turgu valitseva seisundiga ettevõtja kulude tugietalonist, nimelt tema kogukulude keskmisest, on Akzo pakutavate hindade valikulisus kuritarvitavat laadi.

65. See kriteerium osutub turgu valitseva seisundiga ettevõtja puhul suhteliselt rangeks. Võttes nimelt aluseks ettevõtja kogukulude keskmise, mis hõlmavad püsikulusid ja muutuvkulusid, karistab Euroopa Kohus valikulisust, samas kui täiendava ühiku müük turgu valitseva seisundiga ettevõtja oma klientidele kataks toodetud ühiku muutuvkulud ja vähemalt osa selle ühiku püsikuludest. Kui selles kontekstis on võimalik mõista, et erinevus hindade kohaldamises turgu valitseva seisundiga ettevõtja klientide ning konkurendi nende klientide vahel, kellele tehti soodsaid pakkumisi, võib tõepoolest kujutada endast diskrimineerimist, mis paneb need kliendid ebavõrdsesse konkurentsiolukorda EÜ artikli 82 esimese lõigu punkti c tähenduses (*secondary-line discrimination*), on vähem kindel, et see praktika eraldi võetuna võiks viia vähemalt sama tõhusa konkurendi turult väljatõrjumiseni, kuna viimane võib suurepäraselt endale täielikult või osaliselt võita turgu valitseva seisundiga ettevõtja tavapäraseid kliente, kes on diskrimineerimise ohvrid, vähemalt kui need kliendid on turgu valitseva seisundiga ettevõtja erilise surve all, mis seob neid viimasega liiga tugevalt.

66. Kuigi Euroopa Kohus ei jõudnud sellistele järeldustele eespool viidatud kohtuotsuse Akzo *vs.* komisjon asjakohastes lõikudes, tuleb siiski märkida, et esiteks olid Akzo valikulised hinnapakkumised seotud selle ettevõtja terve rea kuritarvitustega, nende hulgas nimelt omahinnast madalama hinna kohaldamine, ning teiseks järeldas Euroopa Kohus, et Akzo valikulisel hinnapoliitikal ei olnud mitte

21 — Komisjoni 14. detsembri 1985. aasta otsus 85/609/EMÜ EMÜ asutamislepingu artikli 86 kohaldamise menetluses (IV/30.698 - ECS/AKZO Chemie) (EÜT L 374, lk 1).

22 — Eespool viidatud kohtuotsus Akzo *vs.* komisjon (punktid 9 ja 111).

23 — *Idem* (punktid 59–61). Tuleb tähele panna, et komisjoni otsuse põhjendatuse üksikasjalikul analüüsimisel jõudis kohtujurist Lenz vastupidi järeldusele, et komisjon ei ole tõendanud, et Akzol on kõnealusel turul turgu valitsev seisund (vt ettepanek, mis esitati 19. aprillil 1989 kohtuasjas, milles tehti eespool viidatud kohtuotsus Akzo *vs.* komisjon, ettepaneku punktid 62–124).

24 — *Ibid* (punkt 113).

25 — Eespool viidatud kohtuotsus (punkt 114).

konkurendi turult väljatõrjumise mõju, vaid pelgalt viimase turult väljatõrjumise tahe. Asetades eespool viidatud kohtuotsuse Akzo *vs*. komisjon punktid 113–115 selle otsuse üldisesse konteksti, ilmneb neist punktidest mõte, et Akzo kasutatud hindade alandamise valikulisuse analüüsimine on seotud sellele ettevõtjale kuuluva turult väljatõrjumise kava või strateegia olemasolu näitamisega.

67. Teiseks on see, kui tõsiselt Euroopa Kohus näib eespool viidatud kohtuotsuses Akzo *vs*. komisjon tõendavat turgu valitseva seisundiga ettevõtja hindade valikulist alandamist, selgitatav asjaoluga, et erinevalt üldisest madalate hindade praktikast leidis selline praktika ilma majandusliku põhjenduseta aset selle ettevõtja oma klientide kahjuks. Teisisõnu tõdeb Euroopa Kohus, et niisuguse valikulise hinnapoliitika eesmärk ei ole tagada, et kliendid ja vähemalt kaudselt tarbijad saaksid kasu madalatest hindadest (mis seevastu on üldiselt vähemalt lühiajaliselt nii madalate hindade või omahinnast madalamate hindade mittevalikulise praktika puhul), vaid üksnes turgu valitseva seisundiga ettevõtja konkurentide teatud kliente üle võtta, ilma et sellest saaks kasu tarbijad või turu konkurentsistruktuur.

68. Nagu ma juba rõhutasin, siis kui eespool viidatud kohtuotsuses Akzo *vs*. komisjon toodud Euroopa Kohtu seisukoht turgu valitseva seisundiga ettevõtja valikuliselt madalate hindadega pakkumiste osas põhineb selle ettevõtja kulude kriteeriumil, ei ole liidu kohus seevastu seda kriteeriumi kasutanud hilisemates kohtuasjades.

69. Nii on see kohtuasjades Compagnie maritime belge transports jt *vs*. komisjon[26] ja Irish Sugar *vs*. komisjon[27],[28].

70. Neist juhtumitest esimeses heitis komisjon liinilaevanduskonverentsile Cewal, kelle liige oli muu hulgas Compagnie maritime belge transports ja kellele kuulus üle 90% asjaomasest turust, ette nimelt seda, et kehtivatest hindadest kõrvale kaldudes muutis ta oma prahihindu, et pakkuda peamise sõltumatu konkurendi (G&C) hindadega identseid või neist madalamaid hindu laevadele, mis lahkuvad sadamast samal kuupäeval või lähipäevadel (nn hinnasõjalaevade praktika), rikkudes EMÜ asutamislepingu artiklit 86.[29]

71. Üldkohus kinnitas komisjoni analüüsi.

72. Kõigepealt meenutas kohus, et hagejateks olevad ettevõtjad ei vaielnud vastu kolmele kriteeriumile, mis on aluseks nn hinnasõjalaevade praktikale – mis on eraldiseisev omahinnast madalama hinna praktikast –, nimelt a) konverentsi liikmeteks olevate selliste laevade hinnasõjalaevadeks lugemine, mille sadamast lahkumine oli kõige lähemal G&C laevadele, ilma et muudetud oleks ette nähtud

26 — Üldkohtu 8. oktoobri 1996. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-24/93-T-26/93 ja T-28/93: Compagnie maritime belge transports jt *vs*. komisjon (EKL 1996, lk II-1201) ning eespool viidatud Euroopa Kohtu otsus.

27 — Üldkohtu 7. oktoobri 1999. aasta otsus kohtuasjas T-228/97: Irish Sugar *vs*. komisjon (EKL 1997, EKL 1999, lk II-2969) ja Euroopa Kohtu 10. juuli 2001. aasta otsus kohtuasjas C-497/99 P: Irish Sugar *vs*. komisjon (EKL 2001, lk I-5333).

28 — Samuti soovin ma tähelepanu juhtida sellele, et komisjon järgis oma 22. detsembri 1987. aasta otsuses 88/138/EMÜ EMÜ asutamislepingu artikli 86 kohaldamise menetluses (IV/30.787 ja 31.488 – Eurfix –Bauco/Hilti) (EÜT 1988 L 65, lk 19) järgimisviisi, mis ei tugine kuludele. See juhtum puudutas Hilti teatud hulka diskrimineerivat ja valikulist praktikat, millega püüti pärssida klientide tahet osta tema konkurentidelt naelu, mis olid ette nähtud tema toodetud naelapüstolitele, kusjuures sellel turul oli nimetatud ettevõtja hinnanguline turuosa ligikaudu 70–80%. Komisjoni poolt kuritarvituseks loetud tegevuse hulka kuulusid Hilti konkurentide sellistele teatavatele peamistele klientidele tehtud hinnaalandused, kes tootsid tema naelapüstolitega ühilduvaid naelu, kusjuures selliseid pakkumisi ei teinud ta oma klientidele, kes ostsid temalt sarnaseid või võrdseid koguseid. Selles otsuses tõdes komisjon, et need eripakkumised ei kujutanud endast kaitsereaktsiooni konkurentide vastu, vaid peegeldasid selle ettevõtja eelnevalt kindlaks määratud poliitikat piirata konkurentide tulekut tema vastavate seadmetega ühilduvate naelade turule. Komisjon lisas, et „käesoleval juhul ei ole kuritarvituse koosseisutunnus see, et hinnad olid madalamad kuludest (ükskõik kuidas seda ka ei määratletaks […]), vaid et oma turgu valitseva seisundi tõttu suutis Hilti oma konkurentide klientidele pakkuda diskrimineerivaid erihindu, et kahjustada nende tegevust, samas kui ta säilitas oma sama tähtsusega klientide puhul kõrgemad hinnad. Selle otsuse (Üldkohtu 12. detsembri 1991. aasta otsus kohtuasjas T-30/89: Hilti *vs*. komisjon, EKL 1991, lk II-1439) peale esitatud tühistamishagis esitas Hilti osaliselt väga üldised argumendid, mis ei puudutanud eraldi valikulisi hinnaalandusi ja mille Üldkohus lükkas oma otsuse punktis 100 tagasi, ning osaliselt möönis, et ta tõepoolest pani toime teatava etteheidetud tegevuse, mille Üldkohus pelgalt ära märkis (vt sama kohtuotsuse punkt 101). Euroopa Kohtule esitatud apellatsioonkaebus (2. märtsi 1994. aasta otsus kohtuasjas C-53/92 P: Hilti *vs*. komisjon, EKL 1994, lk I-667) ei puuduta iseenesest hinnangut, mis on esitatud Üldkohtu otsuse nendes punktides.

29 — Komisjoni 22. detsembri 1992. aasta otsus 93/82/EMÜ EMÜ asutamislepingu artikli 85 (IV/32.448 ja IV/32.450: Cewal, Cowak, Ukwal) ning EMÜ asutamislepingu artikli 86 (IV.32.448 et IV/32.450) kohaldamise menetluses (EÜT 1993 L 34, lk 20).

sõidugraafikuid; b) hinnasõda puudutavate selliste hindade ühine kindlaksmääramine, mis kaldusid kõrvale Cewali liikmete tavapärastest hindadest nii, et need olid sama suured või madalamad G&C pakutud hindadest, ning c) sellest tingitud tulu vähenemine, mille võtsid enda kanda Cewali liikmed. [30]

73. Analüüsides seejärel hagejate argumente, millega nad vaidlesid vastu turgu valitseva seisundi kuritarvitamisele, otsustas Üldkohus toimiku materjale arvestades, et komisjon leidis õiguslikult piisavalt, et kohaldatava praktika eesmärk oli Cewali ainus konkurent asjaomaselt turult välja tõrjuda. [31] Neil asjaoludel tõdes Üldkohus, et kuna praktika eesmärk oli välja tõrjuda ainus konkurent, ei saa hagejad tõhusalt väita, et nad piirdusid nimelt konkurendi algatatud hinnasõjas osalemisega või vastasid nende klientidele tehtud rünnakule. Isegi kui eeldada, et need asjaolud oleksid olnud tuvastatud, ei oleks need mingil juhul saanud Üldkohtu arvates muuta mõistlikuks ja proportsionaalseks Cewali liikmete reaktsiooni. [32]

74. Viimaks lükkas Üldkohus tagasi hagejate väite, mille kohaselt viis G&C turuosa suurenemine kõnealuse praktika mõju puudumiseni ning vastavalt turgu valitseva seisundi kuritarvitamise puudumiseni. Selles osas otsustas Üldkohus, et kui üks või mitu turgu valitseva seisundiga ettevõtjat võtavad tõepoolest kasutusele praktika, mille eesmärk on konkurent välja tõrjuda, siis asjaolust, et oodatud tulemust ei saavutatud, ei piisa selleks, et välistada turgu valitseva seisundi asutamislepingu artikli 86 tähenduses kvalifitseerimine kuritarvituseks, ning lisas, et „[v]astupidi hagejate kinnitustele ei tähenda asjaolu, et [G&C] turuosa suurenes, siiski seda, et praktikal puuduks mõju, kuna selle praktikata oleks [G&C] turuosa võinud rohkem suureneda” [33].

75. Olles vaadanud läbi Üldkohtu otsuse peale esitatud apellatsioonkaebused, tühistas Euroopa Kohus Üldkohtu otsuse osas, milles see puudutas hagejatele määratud trahve. [34]

76. Seevastu mis puudutab turgu valitseva seisundi kuritarvitamist, siis Euroopa Kohus kinnitas Üldkohtu seisukohti, olles seejuures siiski ettevaatlik.

77. Meenutades, et esiteks tuleb turgu valitseva seisundiga ettevõtjal lasuva erilise vastutuse sisulist kohaldamisala hinnata iga konkreetse juhtumi erilisi asjaolusid arvestades, mis tõendavad konkurentsi nõrgenemist, ning teiseks oli liinilaevatranspordi turg väga kitsas ja spetsiifiline sektor, mida liidu õiguse kohaselt iseloomustas eelkõige liinilaevanduskonverentsidele antud võimalus hindasid kindlaks määrata, [35] otsustas Euroopa Kohus, et „[…] kui turgu valitseva seisundiga liinilaevanduskonverents alandab valikuliselt hindasid, selleks et neid suunatult viia vastavusse konkurendi omadega, saab ta sellest kahekordselt kasu. Esiteks kõrvaldab ta peamise või ainsa konkureerimisvahendi, mida konkureerival ettevõtjal on võimalik kasutada. Teiseks võib ta jätkuvalt nõuda kasutajatelt kõrgemaid hindasid teenuste eest, mida see konkurents ei ohusta” [36].

78. Otsuse punktides 118–120 lisas Euroopa Kohus:„118. Käesoleval juhul ei ole vaja võtta üldiselt seisukohta küsimuses, millistel asjaoludel võib liinilaevanduskonverents kohaldada juhtumipõhiselt madalamaid hindu varemteatatust, selleks et silmitsi seista konkurendiga, kes pakub huvitavamaid hindasid […].

119. Piisab, kui meenutada, et käesoleval juhul on tegemist sellise konverentsi tegevusega, millele kuulub üle 90% suurune turuosa ning millel on vaid üks konkurent. Hagejad ei ole muide kunagi tõsiselt vastu vaielnud asjaolule – mida nad pigem kohtuistungil möönsid –, et etteheidetava tegevuse ese oli G&C turult välja tõrjuda.

30 — Eespool viidatud Üldkohtu otsus (punktid 139 ja 141).

31 — Eespool viidatud kohtuotsus (punkt 147).

32 — *Ibidem* (punkt 148).

33 — *Ibidem* (punkt 149).

34 — Vt eespool viidatud Euroopa Kohtu otsus (punktid 146 ja 147 ning resolutsiooni punkt 1).

35 — Eespool viidatud Euroopa Kohtu otsus (punktid 114–116).

36 — *Ibidem* (punkt 117).

120. Seega tuleb jõuda järeldusele, et Üldkohus ei ole rikkunud õigusnormi, kui ta tuvastas, et põhjendatud olid komisjoni etteheited, mille kohaselt nn hinnasõjalaevade praktika, nagu seda kohaldati G&C suhtes, kujutas endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist. Lisaks tuleb märkida, et käesoleval juhul ei ole üleüldse tegemist kuritarvituse uue määratlusega."

79. Teisena nimetatud kohtuasjas Irish Sugar *vs*. komisjon analüüsiti nimelt teatud hulka komisjoni poolt kuritarvituseks loetud tegevusi, millega kõnealune ettevõtja tegeles Iirimaal jaekaubanduseks ette nähtud suhkru turul, kus talle kuulus üle 88% suurune turuosa.[37] Iseäranis heitis komisjon Irish Sugarile ette seda, et viimane tegi objektiivse majandusliku põhjenduseta spetsiaalseid hinnaalandusi teatud jaemüüjatele, mis asusid Iirimaa ja Põhja-Iirimaa vahelisel piirialal, selleks et konkureerida Põhja-Iirimaalt imporditava suhkruga või Iirimaale reimporditud oma suhkruga. Viidates oma otsusele kohtuasjas ECS *vs*. Akzo Chemie, leidis ta, et need valikulised piiriala hinnaalandused kujutasid endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist.[38]

80. Pärast seda, kui Üldkohus hindas selliste piiriala hinnaalanduste kuritarvitavat laadi, märkis kohus kõigepealt, et Irish Sugari kohaldatavad hinnad ei kujutanud endast omahinnast madalamaid hindu Euroopa Kohtu praktika tähenduses.[39] Seejärel tõdes kohus, et toimikus asuvatest tõenditest ilmneb, et Irish Sugar oli tahtlikult teinud valiku pakkuda valikuliselt eraldi hinnaalandust teatud jaemüüjatele, ning samuti, et ta kahtlustas, et selline praktika on õigusvastane.[40]

81. Selle tõttu otsustas Üldkohus, et nimetatud praktika kujutab endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist asutamislepingu artikli 86 teise lõigu punkti c tähenduses,[41] lükates seejuures tagasi kõik Irish Sugari argumendid, mis olid esitatud tema tegevuse õiguspärasuse kinnitamiseks.[42] Eelkõige lükkas Üldkohus tagasi Irish Sugari argumendi, mille kohaselt tahtis see ettevõtja kaitsta end konkurentsi eest, mis tulenes madala (kuid mitte omahinnast madalama) hinnaga impordist Suurbritannia ja Põhja-Iirimaa turult, märkides, et – nagu seda kinnitas Irish Sugar – tema majanduslik suutlikkus pakkuda hinnaalandusi tervel piirialal Põhja-Iirimaaga eeldas hindade stabiilsust teistes piirkondades, millest tuleneb, et ta rahastas neid hinnaalandusi oma müügi abil Iirimaa ülejäänud territooriumil.

82. Üldkohus järeldas sellest, et sel viisil tegutsedes takistas Irish Sugar vaba konkurentsi arengut asjaomasel turul ning moonutas konkurentsistruktuuri nii oma ostjate kui tarbijate suhtes, kuna viimased ei saanud väljaspool piiriala Põhja-Iirimaaga kasutada hinnaalandusi, mille oli põhjustanud Põhja-Iirimaalt pärit suhkru import.[43] Nimelt leidis Üldkohus, et turgu valitseva seisundiga sellise ettevõtja konkurentsiseisundi kaitsmine, millel oli vaidlusaluste asjaolude asetleidmise ajal kõik Irish Sugari tunnused, peab selleks, et olla õiguspärane, vähemalt tuginema majandusliku tõhususe kriteeriumidele ning pakkuma tarbijatele huvi, mis aga käesoleval juhul nii ei olnud.[44]

83. Samuti tuleb rõhutada, et Üldkohus lükkas tagasi Irish Sugari väite, mille kohaselt tugines komisjon konkurendi turult väljatõrjumisele kui tõendile piiriala hinnaalanduste kuritarvitava laadi kohta. Märkides, et see ei olnud komisjoni seisukoht, lisas Üldkohus eeskätt, et „kuna piiriala hinnaalanduste tegemise eesmärk oli siduda püsiklientidena ostjaid, kellele ka konkurendid tegid pakkumisi, laskmata siiski hageja kõikidel klientidel osa saada tema toodete müügihinda puudutava konkurentsi mõjust, tõendab sellise praktika tagajärjel konkurendi turult väljatõrjumine eelkõige seda, et nimetatud praktika on kuritarvitav asutamislepingu artikli 86 tähenduses"[45].

37 — Komisjoni 14. mai 1997. aasta otsus 97/624/EÜ EMÜ asutamislepingu artikli 86 kohaldamise menetluses (IV/34.621, 35.059/F-3 – Irish Sugar plc) (EÜT L 258, lk 1).

38 — Vt selle otsuse punktid 133–135.

39 — Eespool viidatud kohtuotsus (punkt 182).

40 — *Ibidem* (punkt 183).

41 — *Idem.*

42 — *Ibidem* (punktid 184–192).

43 — *Ibidem* (punkt 188).

44 — *Ibidem* (punkt 189).

45 — Eespool viidatud kohtuotsus (punkt 191).

84. Selle kohtuotsuse peale esitatud apellatsioonkaebuses piirdus Irish Sugar sellega, et ta vaidles vastu Üldkohtu hinnangule turgu valitseva seisundi olemasolu kohta. Euroopa Kohtul ei olnud seega võimalik võtta seisukohta esimese kohtuastme nende järelduste osas, mis puudutavad ettevõtja kuritarvitusi.

85. Milliseid järeldusi saab nendest kahest kohtuasjast teha?

86. Esiteks, nagu ma juba mainisin, kuuluvad need kaks kohtuasja kohtupraktika hulka, milles käsitleti turgu valitseva seisundiga ettevõtja poolt hinna valikulist alandamist EÜ artikliga 82 vastuolus olevana, ilma et neid hindu oleks peetud seotuks ettevõtja kuludega, ning millest nähtub, et hinnad ei olnud kehtestatud allapoole kogukulude keskmist.

87. Teiseks, samas kui eespool viidatud kohtuasjas Akzo *vs*. komisjon järeldas Euroopa Kohus Akzo peamise konkurendi klientidele tehtud valikuliste hinnaalanduste põhjal, et Akzol oli tahe konkurent turult välja tõrjuda, siis eespool nimetatud kohtuasjades Compagnie maritime belge transport jt *vs*. komisjon ja Irish Sugar *vs*. komisjon lähtus liidu kohus teistsugusest seisukohast. Ta leidis nimelt, et vaidlusalune hinnapoliitika kujutas endast konkurendi turult väljatõrjumise tahte rakendamist ning selle tahte esinemise tuletas ta mitte valikulisest hinnapoliitikast, vaid asjaomaste turgu valitseva seisundiga ettevõtjate sisedokumentidest või muudest toimiku materjalidest.

88. Selles suhtes tuleb märkida, et asjaolu, et kahes viimases kohtuasjas ei olnud kõnealusel tegevusel planeeritud mõju, see tähendab, et sellega ei saavutatud konkurendi turult väljatõrjumist, ei peetud turgu valitseva seisundi kuritarvitamise välistamisel otsustavaks. Sellel hinnangul on muide eriline tähendus Üldkohtu otsuses eespool viidatud kohtuasjas Compagnie maritime belge transport jt, kuna sellest kohtuotsusest nähtub, et turgu valitseva seisundiga ettevõtja peamise või ainsa konkurendi turuosa oli vaidlusaluse hinnapoliitika rakendamise ajal suurenenud. [46]

89. Niisugune hinnang näib tähendavat, et kõnealusel hinnapoliitikal on konkurentsivastane eesmärk, mitte mõju. Kontekstist väljavõetuna võib see tõlgendus minna vastuollu kaalutlusega, mille kohaselt turgu valitseva seisundiga ettevõtjad ei ole üldjuhul ilma jäetud õigusest osutada hinnakonkurentsi. [47]

90. Liidu kohtu poolt eespool viidatud 16. märtsi 2000. aasta otsuse Compagnie maritime belge transports jt *vs*. komisjon ning 10. juuli 2001. aasta otsuse Irish Sugar *vs*. komisjon aluseks olnud kohtuasjades kasutatud lähenemisviisi võib minu hinnangul selgitada kolme pigem faktilise aspektiga, mis on Euroopa Kohtu ja Üldkohtu otsuste aluseks olevatel olukordadel ühised.

91. Kõigepealt, nagu ma juba märkisin, tehti järeldus turgu valitseva seisundiga ettevõtja tahte kohta tõrjuda konkurent turult välja kahes eespool viidatud kohtuasjas mitte valikulise hinnapoliitika, vaid muude asjaolude põhjal. Järelikult peeti valikulist hinnapoliitikat üksnes selle tahte realiseerumiseks.

92. Edasi tuleb märkida, et asjaomased turgu valitseva seisundiga ettevõtjad olid monopoliga sarnanevas majandusliku võimsuse olukorras, kuna nende turuosad olid nimelt ligikaudu 90%. Seega olid olemas suured turuletuleku tõkked, kuna esines „äärmiselt tugev turgu valitsev seisund”, mille märkis ära ka kohtujurist Fennelly oma ettepanekus Euroopa Kohtu 16. märtsi 2000. aasta eespool viidatud otsuse Compagnie maritime belge transport jt [48] aluseks olnud kohtuasjades.

93. Lõpuks kuulub valikuline hinnapoliitika hindadega seotud ja/või muude kuritarvituste hulka, mille kogumõjul võis samuti teatud roll olla.

46 — Selle otsuse punktis 126 toob Üldkohus esile hagejate väite, et C&G turuosa suurenes asjaomasel ajavahemikul 2%-lt 25%-ni. Seda väidet ei lükatud kohtuotsuse ülejäänud põhjendustes ümber (vt selle kohta eelkõige kohtuotsuse punkt 149).

47 — Vt selle kohta käesoleva ettepaneku punkt 57.

48 — 29. oktoobril 1998 esitatud ettepanek (punktid 135–137). Värskematest otsustest on Euroopa Kohus samuti rõhutanud Cewali turuvõimu sellist omadust kohtuasjas, milles tehti eespool viidatud kohtuotsus Compagnie maritime belge transports jt *vs*. komisjon (vt eespool viidatud kohtuotsus TeliaSonera, punkt 81).

94. Need kaalutlused panevad mind mõtlema, et eespool viidatud kohtuasjad Irish Sugar *vs.* komisjon ning Compagnie maritime belge transports jt on üksnes kõrvalise tähtsusega vastuse puhul, mille Euroopa Kohus peaks andma eelotsusetaotluse esitanud kohtule, kas või juba sellepärast, et põhikohtuasjas puudub vaidlus selle üle, et Taani konkurentsiasutused ega kohtud ei ole suutnud tuvastada turult väljatõrjumise tahet, ning sellepärast, et toimiku materjalidest ei nähtu kuidagi, et Post Danmarkil oli „äärmiselt tugev turgu valitsev seisund". Lisaks, mis puudutab täpsemalt eespool viidatud kohtuasja Irish Sugar *vs.* komisjon, millele komisjon rajas osa kohtuistungil esitatud märkustest, siis tuleb meenutada, et esiteks oli tegemist olukorraga, kus turgu valitseva seisundiga ettevõtja püüdis säilitada oma kliente, pakkudes valikulisi hinnaalandusi oma turustajatele, kelle suhtes konkureerisid ka teised suhkrutootjad, mitte nagu põhikohtuasjas peamise või ainsa konkurendi kliente endale võita, ning teiseks oli kõnealuste hinnaalanduste eesmärk piirata mõju, mida avaldas piirneval siseriiklikul turul peamiselt tegutsevate ettevõtjate hinnapoliitika teisel sireriiklikul turul tegutsevate ettevõtjate hinnapoliitikale, kusjuures seda tegevust võis pidada ja peetigi takistuseks ühisturu saavutamisele. [49]

95. Mulle näib, et Euroopa Kohtu praktikat tuleb tõlgendada nii, et kui eespool viidatud 16. märtsi 2000. aasta otsuse Compagnie maritime belge transports jt *vs.* komisjon ning 10. juuli 2001. aasta otsuse Irish Sugar *vs.* komisjon aluseks olnud kohtuasjade suhteliselt erandlikud tingimused ei ole täidetud, eelkõige kui muude asjaolude kui valikuliste hinnapakkumiste põhjal ei saa järeldada, et turgu valitseva seisundiga ettevõtjal on tahe konkurenti või konkurente turult välja tõrjuda, tuleb hindade valikulist alandamist analüüsida lähtuvalt turgu valitseva seisundiga ettevõtja kuludest sarnaselt kriteeriumiga, mida kasutati eespool viidatud kohtuotsuse Akzo *vs.* komisjon punktides 114 ja 115.

96. See tõlgendus võimaldab tagada kohtupraktika järjepideva tõlgendamise. See võib samuti anda suurema õiguskindluse ettevõtjatele, kellel on turgu valitsev seisund, kui nad valikuliselt hinda alandavad. Pealegi, kuna turgu valitseva seisundiga ettevõtja teab omaenda kulusid ja hindu, kuid mitte konkurentide omi, võib konkurentsiasutuste ja kohtute poolt konkurendi kulustruktuuri arvessevõtmine minna vastuollu õiguskindluse põhimõttega, kuna see ei võimalda turgu valitseva seisundiga ettevõtjal hinnata omaenda tegevuse õiguspärasust, kui just ei esine erilisi asjaolusid. [50]

97. Selles suhtes leian ma, sõltumata sektorist, milles turgu valitseva seisundiga ettevõtja tegutseb, et niisugune ettevõtja, kes pakub erinevaid hindu – mis kõik jäävad siiski tema kogukulude keskmisest kõrgemaks – olenevalt sellest, kas tegemist on tema tavapäraste klientidega või tema konkurendi klientidega, ei tohiks üldjuhul vaatamata oma valikulisele ja diskrimineerivale hinnapoliitikale põhjustada kõnealuse sama tõhusa konkurendi turult väljatõrjumist.

98. Kõnealune konkurent on nimelt üldjuhul alati võimeline niisugusele hinnakonkurentsile vastama, kuna sellise hinnaga toimuv müük katab muutuvkulude ja püsikulude keskmise. Selline müük on seega kasumlik ning üldjuhul ei ole mõeldav, et konkurent võidakse turult välja tõrjuda. See võiks olla teisiti, kui vaatamata kõigele oleksid konkurendi hinnad kõrgemad kui turgu valitseva seisundiga ettevõtja kogukulude keskmine. Sellisel juhul oleks siiski tõenäoliselt tegemist konkurendiga, kes on vähem tõhus kui turgu valitseva seisundiga ettevõtja. Tema turult väljatõrjumine tuleneks seega üksnes tavapärasest toodete omadustel põhinevast konkurentsist, milles peavad vaatamata neil lasuvale erilisele vastutusele saama osaleda ka turgu valitseva seisundiga ettevõtjad.

99. Turgu valitseva seisundiga ettevõtja tegevust võib küll alati pidada EÜ artikli 82 teise lõigu punktiga c vastuolus olevaks, kuna see võib kaasa tuua turgu valitseva seisundiga ettevõtja teatud klientide jaoks ebasoodsa konkurentsiolukorra (*secondary-line discrimination*). Siiski ei tohiks see üldjuhul kaasa tuua selle ettevõtja konkurendi turult väljatõrjumist.

49 — Vt selle kohta eespool viidatud Üldkohtu otsus Irish Sugar *vs.* komisjon (punkt 185).

50 — Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus TeliaSonera (punktid 44 ja 45).

100. Põhikohtuasja asjaoludele ülekantuna peaks eespool punktides 96–98 esitatud hinnang minu arvates suunama eelotsusetaotluse esitanud kohut asuma seisukohale, et hinnad, mida Post Danmark pakkus Sparile ja Superbestile – kahele FK kolmest kliendist, kelle olukorda mainiti eelotsusetaotluses ning huvitatud poolte märkustes –, ei saanud üldjuhul kaasa tuua FK turult väljatõrjumist, kuna nagu juba märgitud, on selge, et need hinnad olid kõrgemad Post Danmarki kogukulude keskmisest. Lisaks ei teavitanud eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohut FK kulustruktuurist.

101. Jääb veel üle analüüsida, kas turgu valitseva seisundiga ettevõtja nagu Post Danmark saab kuritarvituse abil oma konkurendi turult välja tõrjuda, kui ta selle konkurendi olulise kliendi puhul hindu valikuliselt alandab, tingimusel et need hinnad on turgu valitseva seisundiga ettevõtja täiendkulude keskmisest kõrgemad, kuid tema kogukulude keskmisest madalamad.

102. Kõigepealt ei saa pelk asjaolu, et kõnealused hinnapakkumised tehti üksnes peamise või ainsa konkurendi ühele kliendile, minu arvates kaasa tuua turgu valitseva seisundi kuritarvitamise tuvastamata jätmist. Niisugune klient võib nimelt täielikult esindada märkimisväärset müügimahtu ja turuosa, nagu näib ka põhikohtuasjas Coopi puhul olevat.

103. Edasi oleks ahvatlev arutluskäiku, mida Euroopa Kohus kasutas eespool viidatud kohtuotsuse Akzo *vs*. komisjon punktides 113–115, analoogia alusel laiendada, nagu komisjon kohtuistungil ka soovitas.

104. Selle lähenemisviisi tulemusel ilmneks, et kui turgu valitseva seisundiga ettevõtja pakub oma konkurendi kliendile oma kogukulude keskmisest madalamaid hindu, kohaldades samas sellest keskmisest kõrgemaid hindu oma tavapärastele klientidele, võimaldaks see tal konkurendi kliendile müümisega kaasneva „kahjumi" vähemalt osaliselt kompenseerida kasumiga, mille ta saab tavapärastele klientidele müümisest, kusjuures majandusliku põhjenduse puudumise korral oleks niisugune tegevus turult väljatõrjumine.

105. Põhikohtuasjas tooks niisugune suund väga tõenäoliselt kaasa selle, et eelotsusetaotluse esitanud kohus tuvastaks, et Post Danmark on turgu valitsevat seisundit siseriiklikul otsepostituse turul kuritarvitanud, kuna – ilma, et kõnealune kohus oma eelotsusetaotluses seda ümber lükkaks – Taani konkurentsiasutused on tuvastanud, et Post Danmark ei tõendanud, et FK ühele peamisele kliendile Coopile tehtud valikuline pakkumine oli põhjendatud mastaabisäästuga.

106. Ilma et see tingimata mõjutaks Post Danmarki poolt turgu valitseva seisundi kuritarvitamise tuvastamist, hoidun ma siiski pakkumast, et tuleks rangelt järgida eespool viidatud kohtuotsuse Akzo *vs*. komisjon punktides 113–115 sisalduvat arutluskäiku, nagu eelkõige komisjon kohtuistungil välja pakkus.

107. Minu hinnangul vähemalt lihtsustab niisugune arutluskäik ülemäära probleemistikku, mis puudutab valikulisi hinnapakkumisi, mille teeb turgu valitseva seisundiga ettevõtja, kes tegutseb samal ajal turul, mis on osaliselt reserveeritud ja kus tal on universaalteenuse osutamise ülesanne, ning turul, mis on konkurentsile täielikult avatud ja kus universaalteenusega kaasnevad piirangud ei lasu ühelgi ettevõtjal.

108. Esiteks ei saa asjaolu, et konkurendi peamisele kliendile pakutavad hinnad on turgu valitseva seisundiga ettevõtja täiendkulude keskmisest kõrgemad, minu hinnangul käsitleda kui olukorda, milles müük toob kaasa „kahjumi", vaid pigem olukorrana, mida iseloomustab müük, mis ei maksimeeri kõnealuse ettevõtja tulu. Niisugune müük jääb üldjuhul kasumlikuks, kuna sellest saadav tulu katab konkurentsile avatud turul toimuva konkreetse tegevusega – käesoleval juhul otsepostitusega – kaasnevad kulud.

109. Seetõttu ei sõltu turgu valitseva seisundiga ettevõtja võimalus kohaldada sellist hinnataset minu hinnangul tasaarveldusest selle müügi hinna, mis toimub konkurentsile avatud turul tema tavapärastele klientidele, kelle osas ta maksimeerib oma tulu, ning selle müügi hinna vahel, mis toimub samal turul tema konkurendi peamisele kliendile ja mille osas ta ei ta oma tulu ei maksimeeri. Konkurendi kliendile pakutava hinna taseme säilitamiseks ei ole turgu valitseva seisundiga ettevõtjal nimelt üldjuhul vaja niisugust kompenseerimist kasutada.

110. Pealegi turul, kus turgu valitseva seisundiga ettevõtja tavapärastel klientidel, keda hindade osas koheldakse erinevalt, ei ole ühtegi muud piirangut, on nendel klientidel üldjuhul täiesti võimalik leida konkurent, kes võib neile pakkuda samaväärseid teenuseid madalama hinnaga, kui turgu valitseva seisundiga ettevõtja seda teeb. [51]

111. Seevastu teiseks, kuna täiendkulud ei võta või võtavad ebapiisavalt arvesse püsikulusid, mis on ühised tegevustele, mis toimuvad mõlemal turul, kus turgu valitseva seisundiga ettevõtja tegutseb, eelkõige püsikulusid, mis on seotud turgu valitseva seisundiga ettevõtja sellise jaotusvõrgu võimsuse säilitamisega, mida nagu põhikohtuasjas kasutatakse nii osaliselt reserveeritud tegevuses, millega seoses ta kannab universaalteenuse osutamise kohustust, kui ka tema otsepostitustegevuses, võib kõnealune ettevõtja isegi oma täiendkulude keskmisest kõrgemat hinda kohaldades lõpuks jätta turgu valitseva seisundiga ettevõtja poolt otsepostitustegevuse jaoks jaotusvõrgu võimsuse koondamise kulud selle tegevuse klientide kanda, mis on osaliselt reserveeritud ja mis toimub turul, kus tal on universaalteenuse osutamise ülesanne.

112. Teisisõnu on väga võimalik, et lähtudes täiendkulude keskmise kriteeriumist, võib turgu valitseva seisundiga ettevõtja kohaldada sellest keskmisest veidi kõrgemat hinda – vältides sel viisil seda, et kõnealust hinda võiks automaatselt pidada omahinnast madalamaks –, jättes ühised püsikulud täielikult või osaliselt selle tegevuse kanda, mis on osaliselt reserveeritud ja mis toimub turul, kus tal on universaalteenuse osutamise ülesanne, ning mis seega subsideerib konkurentsile avatud turul pakutavat hinda. Niisugune tegevus, olgu valikuline või mitte, võib lõpuks tuua kaasa konkurentide kõrvaldamise liberaliseeritud turult, see tähendab põhikohtuasjas nende konkurentide kõrvaldamise, kes tegutsevad Taani otsepostitusturul ja kes loomulikult ei saa samasugust ristsubsideerimise mehhanismi kasutada. [52]

113. Ma leian seega, et asjaolu, et turgu valitseva seisundiga ettevõtja nagu Post Danmark kohaldab valikulist hinda, mis on tema täiendkulude keskmisest kõrgem, ei välista vastupidi sellele, mida sisuliselt väitsid Post Danmark ja Tšehhi valitsus Euroopa Kohtule esitatud märkustes, seda, et niisugune hinnatase võib tekitada selle ettevõtja konkurendi turult väljatõrjumise ohu, kus seda hinda võidakse subsideerida turgu valitseva seisundiga ettevõtja niisugusest tegevusest saadava tuluga, mis on osaliselt reserveeritud ja mis toimub turul, kus ta tegutseb universaalteenuse osutamise kohustust kandes.

114. Selleks et kontrollida, kas niisuguse olukorraga on tegemist, tuleb minu hinnangul kindlaks teha nende teenuste eraldiseisev tootmiskulu (*stand-alone cost*) [53], mida turgu valitseva seisundiga ettevõtja osutab turul, kus tal on universaalteenuse osutamise kohustus, ning analüüsida, kas nendest teenustest saadav tulu ületab seda kulu. Jaatava vastuse korral peaks ristsubsideerimine tõenäoliselt tuvastatama

51 — Käesolevas asjas kordas Post Danmark kohtuistungil eelkõige, et otsepostituslepingu ennetähtaegne ülesütlemine mõne tema kliendi poolt ei too kaasa mingit sanktsiooni ja selle eelduseks on üksnes ühekuuline etteteatamine. See olukord eristub niisiis väga selgelt olukorrast kohtuasjas, milles tehti eespool viidatud kohtuotsus Compagnie maritime belge transports jt (punkt 117), milles Euroopa Kohus rõhutas eriti asjaolu, et turgu valitseva seisundiga ettevõtja pakkus oma konkurendi klientidele madalaid hindu, samas kui ta sai kasutajatelt jätkuvalt nõuda kõrgemat hinda teenuste eest, mida see konkurents ei ohustanud.

52 — Vt üldiselt muu hulgas Thouvenin, V., „Coûts incrémentaux: retour sur les avantages concurrentiels du secteur public. Éléments de définition des coûts incrémentaux dans le contexte d'une stratégie de prédation: point de vue d'un économiste", *Concurrences*, eespool viidatud, lk 11.

53 — Vt selle kohta eelkõige Faulhaber, G. R. tööd, „Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises", *American Economic Review*, 1975, nr 5, lk 966, ja „Cross-Subsidy Analysis with more than two services", *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, nr 3, lk 441, milles on esitatud järgmine määratlus: „the stand-alone cost of any service or group of services of an enterprise is the cost of providing that service (at the existing or „test" demand level) or group of services by themselves, without any other service that is provided by the enterprise". Vt ka Thouvenin, V., eespool viidatud, lk 11.

konkurentsile avatud turul toimunud müügi kasuks, mille suhtes kohaldatud hind on kogukulude keskmisest madalam. Pidades silmas turgu valitseva seisundiga ettevõtja erilist vastutust turu konkurentsistruktuuri säilitamisel, tooks niisuguse ristsubsideerimise kasutamine lõpuks kaasa konkurendi turult väljatõrjumise tegeliku ohu ning see õigustaks minu hinnangul konkurentsiasutuste ennetavat sekkumist.

115. Vastavalt ristsubsideerimise rakendamise kestusele võib niisuguse ohu tuletada eelkõige konkurendi turuosade kaotamisest.

116. Põhikohtuasjas näib siiski, nagu ma käesoleva ettepaneku punktis 14 märkisin, et Taani konkurentsiasutused ei suutnud tuvastada õigusvastase ristsubsideerimise esinemist Post Danmarki otsepostitustegevuse kasuks. Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab selles siiski veenduma.

117. Selles staadiumis on veel võimalik arutada küsimuse üle, kas selline hinnapakkumine nagu see, mille Post Danmark tegi oma ainsa või peamise konkurendi ühele peamisele kliendile otsepostituse turul, on proportsionaalne. Seda küsimust võib käsitleda kahest vaatenurgast.

118. Ühelt poolt võib küsida, kas arvestades turgu valitseva seisundiga ettevõtja erilist vastutust turul, ei peaks ta hoiduma valikuliselt võimaldamast oma keskmistest täiendkuludest kõrgemat hinda, rakendades oma tavapäraste klientide suhtes mittediskrimineerivat hinnapoliitikat. Teiselt poolt on lubatav küsida, millistel põhjustel võib turgu valitseva seisundiga ettevõtja nagu Post Danmark muuta hinnapakkumisi oma konkurendi klientide puhul.

119. Esimese punkti kohta leian ma, et kui kohustada turgu valitseva seisundiga ettevõtjat tagama sama hinnakohtlemist oma tavapärastele klientidele ja oma konkurendi klientidele, see tähendab põhikohtuasjas pakkuda ühetaolist hinda, mis on keskmistest täiendkuludest kõrgem, siis võib see küll välistada nn teisese diskrimineerimise (*secondary-line discrimination*) rakendamise kõnealuse ettevõtja kaubanduspartnerite suhtes, kuid sellel ei ole positiivset mõju asjaolule, et selle tegevuse toimel võidakse kõnealuse ettevõtja konkurent turult välja tõrjuda. Kuigi on küll võimalik, et ühetaolist hinnapoliitikat ei saa säilitada nii pika aja jooksul nagu valikulise hinnapoliitika kontekstis, siis seevastu nende hindade tase, mida turgu valitseva seisundiga ettevõtja kohaldab konkurendi asjaomase kliendi suhtes, jääb muutumatuks, sõltumata sellest, kas seda hinda pakutakse valikuliselt või ühetaolise hinna kontekstis.

120. Mis puudutab teist punkti, siis tingimusel, et konkurendi kliente, kellele erinevad hinnapakkumised tehti, peetakse sarnases olukorras olevaks, on mul raske mõista põhjuseid, miks turgu valitseva seisundiga ettevõtja nagu Post Danmark muudab just neid pakkumisi nii, et neist kaks (ehk Sparile ja Superbestile tehtud pakkumine) katavad selle ettevõtja keskmised kogukulud, samas kui üks (ehk Coopile tehtud pakkumine) neid ei kata, kuigi esimesel juhul jäävad tehtud pakkumised, millega ei kaasne – nagu ma juba märkisin – mingit ohtu konkurent turult välja tõrjuda, ikkagi kõnealuse konkurendi kohaldatavatest hindadest madalamaks. Seega oleks isegi Sparile ja Superbestile pakutud tasemel hinnapakkumine võinud olla piisavalt atraktiivne niisugusele kliendile nagu Coop, kuna näib, et see jäi FK pakutud hindadest madalamaks, ilma et sellega siiski oleks kaasnenud konkurendi võimalik turult väljatõrjumine, mida eespool rõhutati. Turult väljatõrjumise mõju realiseerumine sõltub siiski eelkõige turgu valitseva seisundiga ettevõtja võimalusest subsideerida Coopile kohaldatavaid hindu oma osaliselt reserveeritud tegevusega sektoris, milles talle on antud universaalteenuse osutamise ülesanne.

121. Kokkuvõtteks leian ma, et lähenemisviis, mida ma pooldan ja mis seisneb vähemalt potentsiaalse turult väljatõrjumise mõju analüüsimise eelistamises turult väljatõrjumise tahte analüüsimisele nagu eespool viidatud kohtuotsuses Akzo *vs*. komisjon, on ka põhikohtuasja asjaolusid silmas pidades sobivam. Vastupidi eespool viidatud kohtuotsuse Akzo *vs*. komisjon aluseks olnud olukorrale ei ole

eelotsusetaotluse esitanud kohtul tegemist sama ettevõtja poolt terve hulga kuritarvituste toimepanemisega, millest mitme eesmärk on selgelt konkurendi kõrvaldamine, mis minu hinnangul võib selgitada seda, et Euroopa Kohus võis Akzo valikulist hinnapoliitikat analüüsides piirduda järeldamisega, et sellel ettevõtjal oli tahe oma konkurenti kahjustada.

122. Kui kasutada lähenemisviisi, mis põhineb pigem turult väljatõrjumise tahtel kui väljatõrjumise mõjul, siis selle tagajärjel tuleks leida, et igasugune valikuline hinnapoliitika on kuritarvitus, mis väljendub turult väljatõrjumises, kui turgu valitseva seisundiga ettevõtja kohaldatavad hinnad on tema kogukulude keskmisest madalamad, välja arvatud juhul, kui selline tegevus on majanduslikult põhjendatud. Nagu ma aga eespool rõhutasin, ei ole niisugune oletus minu hinnangul majanduslikult ega õiguslikult põhjendatud ega ka otstarbekas. Selles suhtes ei saa automaatselt järeldada, et tegemist on valitseva seisundiga ettevõtja tavapäraste klientide ja selle ettevõtja konkurendi kliendi või klientide erineva hinnakohtlemisega.

123. Kõigil neil põhjustel leian ma, et EÜ artiklit 82 tuleb tõlgendada nii, et turgu valitseva seisundi kuritarvitusena on käsitatav turgu valitseva seisundiga ettevõtja tegevus, mille raames ta teeb valikulise hinnaalanduse, mille tulemusel jäävad hinnad selle ettevõtja keskmistest täiendkuludest kõrgemale, kuid keskmistest kogukuludest madalamale, oma peamise või ainsa konkurendi peamisele kliendile siseriiklikul otsepostituse turul, mis on konkurentsile täielikult avatud, kui valikulist hinnapakkumist võidakse subsideerida turgu valitseva seisundiga ettevõtja sellest tegevusest saadava tuluga, mis on osaliselt reserveeritud ja mis toimub postiteenuste turul, kus ta tegutseb universaalteenuse osutamise kohustust kandes, mistõttu põhjustatakse seega kõnealuse konkurendi turult väljatõrjumine. Selleks et teha kindlaks õigusvastase ristsubsideerimise esinemine turgu valitseva seisundiga ettevõtja otsepostitustegevuse kasuks, tuleb analüüsida, kas nendest teenustest saadav tulu, mida kõnealune ettevõtja osutab postiteenuste turul, kus ta kannab universaalteenuse osutamise kohustust, ületab nende teenuste eraldiseisvat tootmiskulu. Siseriikliku kohtu ülesanne on kontrollida, kas sellise juhtumiga on tegemist põhikohtuasjas.

III. Ettepanek

124. Eeltoodud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Højestereti esitatud küsimustele järgmiselt:

EÜ artiklit 82 tuleb tõlgendada nii, et turgu valitseva seisundi kuritarvitusena on käsitatav turgu valitseva seisundiga ettevõtja tegevus, mille raames ta teeb valikulise hinnaalanduse, mille tulemusel jäävad hinnad selle ettevõtja keskmistest täiendkuludest kõrgemale, kuid keskmistest kogukuludest madalamale, oma peamise või ainsa konkurendi peamisele kliendile siseriiklikul otsepostituse turul, mis on konkurentsile täielikult avatud, kui valikulist hinnapakkumist võidakse subsideerida turgu valitseva seisundiga ettevõtja sellest tegevusest saadava tuluga, mis on osaliselt reserveeritud ja mis toimub postiteenuste turul, kus ta tegutseb universaalteenuse osutamise kohustust kandes, mistõttu põhjustatakse seega kõnealuse konkurendi turult väljatõrjumine. Selleks et teha kindlaks õigusvastase ristsubsideerimise esinemine turgu valitseva seisundiga ettevõtja otsepostitustegevuse kasuks, tuleb analüüsida, kas nendest teenustest saadav tulu, mida kõnealune ettevõtja osutab postiteenuste turul, kus ta kannab universaalteenuse osutamise kohustust, ületab nende teenuste eraldiseisvat tootmiskulu. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne on kontrollida, kas põhikohtuasjas on need tingimused täidetud.