

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Kristo Pullerits

**EUROOPA LIIDU TOIMIMISE LEPINGUS JA KONKURENTSISEADUSES
SISALDUVA KONKURENTSI KAHJUSTAVA EESMÄRGI NING TAGAJÄRJE
ERISTAMINE EUROOPA LIIDU KONKURENTSIÕIGUSE JA EESTI
KONKURENTSIÕIGUSE KONTEKSTIS**

Magistritöö

Juhendajad:
M.A. Birgitta Ots
PhD Carri Ginter

Tallinn
2022

SISUKORD

SISSEJUHATUS.....	4
1. ELTL artiklist 101 tulenevad eeldused konkurentsi kahjustava eesmärgi TUVASTAMISEKS.....	10
1.1 Eesmärgipõhise konkurentsi kahjustamise mõiste Euroopa Liidu õiguses	10
1.1.1 Eesmärgipõhise konkurentsi kahjustamise mõiste sisustamine Euroopa Kohtu varasemas praktikas ja Euroopa Komisjoni suunistes	10
1.1.2 Eesmärgil põhinev konkurentsi kahjustamine kui „ilmselge piirang konkurentsile“: kohtuasi <i>European Night Services</i>	13
1.1.3 Eesmärgil põhinevad konkurentsipiirangud kui piirangud, mis oma olemuselt kahjustavad konkurentsi: kohtuasjad <i>BIDS, T-Mobile ja Allianz Hungária</i>	17
1.1.4 Eesmärgil põhinevad konkurentsipiirangud kui piirangud, mis hõlmavad konkurentsi kahjustamist piisavas ulatuses: kohtuasi <i>Cartes Bancaires</i> ja sellele järgnevad kohtuasjad.....	22
1.2 Kokkuleppe sisu, eesmärkide ning majandusliku ja õigusliku konteksti hindamise vajadus ning ulatus erinevate konkurentsipiirangute puhul.....	27
1.2.1 Kokkuleppe sisu, eesmärkide ning majandusliku ja õigusliku konteksti hindamise vajadus ja ulatus ebamääraste kokkulepete puhul	29
1.2.2 Kokkuleppe sisu, eesmärkide ning majandusliku ja õigusliku konteksti hindamise vajadus ning ulatus raskekujuliste kokkulepete puhul	36
1.3 Eesmärgipõhise konkurentsi kahjustava kokkuleppe hindamine selle sisu ja konteksti järgi	40
1.3.1 Kokkuleppes tulenevate täiendavate tingimustega arvestamine konteksti analüüsi raames ELTL artikkel 101 lõike 1 alusel.....	41
2. KONKURENTSI KAHJUSTAVA EESMÄRGI NING TAGAJÄRJE ERISTAMINE EESTI KONKURENTSIÕIGUSE KONTEKSTIS	46
2.1 Keelatud kokkulepete üldine süsteem Eesti konkurentsioiguses: konkurentsiseadus ja karistusseadustik	46

2.2	<i>A priori</i> keelatud koostöövormide põhimõtte rakendamine Eestis ning selle kooskõla EL konkurentsioigusega.....	48
2.3	KonkS § 4 lõikes 1 nimekirjas sisalduvad konkurentsipiirangud kui piirangud, mis kahjustavad konkurentsi eesmärgipõhiselt ning selle kooskõla EL konkurentsioigusega....	55
2.4	Kokkuleppe sisu, eesmärkide ning majandusliku ja õigusliku konteksti hindamise vajadus ning ulatus Eesti praktikas ning selle kooskõla EL konkurentsioigusega	58
	ABSTRACT	66
	KASUTATUD LÜHENDID.....	71
	KASUTATUD ALLIKAD.....	73

SISSEJUHATUS

Euroopa Liidu Toimimise Lepingu (edaspidi ELTL)¹ artikkel 101 lõige 1 ning konkurentsiseaduse (edaspidi KonkS)² § 4 lõige 1 keelavad ettevõtjatevahelised kokkulepped ning koostöö, millel on konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg. Tulenevalt 1995. aastal sõlmitud Euroopa Lepingust³ on EL (edaspidi EL) ja Eesti konkurentsioiguse normid lähendatud. Nimelt võttis selle lepingu artiklitega 68 ja 69 Eesti endale kohustuse lähendada siseriiklik konkurentsioigus EL õigusele. Lähendamise eesmärk oli kehtestada selline siseriiklik konkurentsioigus, mis oleks kooskõlas EL põhimõtetega. Samuti on Riigikohus varasemas praktikas kinnitanud, et lisaks konkurentsiseadusele tuleb üksnes Eesti piiresse jääva ettevõtjatevahelise koostöö hindamisel arvestada ka ELTL artikliga 101. Seda selleks, et välistada olukord, kus ühes riigis kehtivad teineteise kõrval kaks erinevat konkurentsioigust reguleerivat õiguskorda.⁴ Sellest tulenevalt on võimalik rakendada EL-i konkurentsioiguse norme (muuhulgas ELTL artiklit 101 lõiget 1) Eesti siseriikliku konkurentsioiguse normide sisustamisel.

ELTL artikli 101 lõike 1 ning vastavalt KonkS § 4 lg 1 järgi on keelatud teatud liiki ettevõtjatevaheline koostöö, mille eesmärgiks või tagajärjeks on konkurentsi kahjustamine. Teatud ettevõtjate vahelist koostööd loetakse juba oma olemuselt konkurentsi kahjustavaks. Seetõttu eristatakse kaht tüüpi rikkumisi – eesmärgil põhinevad rikkumised ja tagajärjel põhinevad rikkumised.⁵ Eesmärgipõhine konkurentsi kahjustamine tähendab, et teatud koostöövormid võivad juba oma olemuse tõttu piirata konkurentsi. Konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg ei ole kumulatiivsed, vaid alternatiivsed tingimused hindamaks, kas ettevõtjatevaheline tegevus kuulub ELTL artikli 101 lõikes 1 või KonkS §-s 4 sätestatud keelu kohaldamisalasse.⁶ Seega kui kokkuleppel on konkurentsi kahjustav eesmärk, ei ole enam vajalik analüüsida, kas kokkuleppel on ka konkurentsi kahjustav tagajärg.

¹ EL lepingu ja EL toimimise lepingu konsolideeritud versioonid (2016/C 202/01). – ELT C 202, 07.06.2016, lk 1-388.

² Konkurentsiseadus. – RT I, 30.12.2021, 12.

³ Euroopa Ühenduste ja nende liikmesriikide ning Eesti Vabariigi vaheline assotsieerumisleping (Euroopa Leping). – RT II 1995, 22, 120.

⁴ RKKKo 3-1-1-12-11 p 12.

⁵ EKo C-209/07, *Competition Authority versus Beef Industry Development Society Ltd ja Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, ECLI:EU:C:2008:643, p 17.

⁶ EKo C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV ja Vodafone Libertel NV versus Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343, p 28.

Isegi kui ettevõtjatevaheline koostöö ei ole ELTL artikli 101 lõike 1 või KonkS § 4 lõike 1 järgi lubatud, ei tähenda see automaatselt, et koostöö oleks keelatud. ELTL artikli 101 lõike 1 kohaldamisalasse kuuluv ja KonkS § 4 lõike 1 järgi keelatud kokkulepe võib olla siiski lubatud, kui koostöö vastab ELTL artikli 101 lõikes 3 või vastavalt KonkS § 6 lõikes 1 kehtestatud ettevõtjatevahelist koostööd lubavatele tingimustele (nn individuaalerandi tingimused).⁷ Euroopa Kohus on küll varasemas praktikas leidnud, et printsiibis on võimalik konkurentsi kahjustava eesmärgiga kokkuleppeid samuti õigustada ELTL artikkel 101 lõikes 3 sätestatud erandiga.⁸ Selleks tuleb näidata, et ka konkurentsi kahjustava eesmärgiga kokkulepetel võib olla konkurentsi tõhustavaid mõjusid. Praktikas peetakse aga konkurentsi kahjustava eesmärgiga kokkulepete puhul sellele erandile tuginemist raskendatuks.⁹ Samuti tuleneb Euroopa Kohtu praktikast, et kokkulepe võib olla lubatud, kui kokkulepe mõjutab turgu üksnes vähesel määral. Kui aga kokkulepe kahjustab konkurentsi eesmärgipõhiselt, ei ole võimalik vähese tähtsuse erandile tugineda.¹⁰

Eelnev tähendab, kui ettevõtjatevahelise kokkuleppe eesmärgiks on kahjustada konkurentsi, pole praktikas võimalik õigustada oma rikkumist sellega, et kokkulepe tegelikku või potentsiaalset konkurentsiolekorda kahjulikult ei mõjutanud (see tähendab, et kokkuleppel või koostööl puudus konkurentsi kahjustav tagajärg). Samuti on keeruline näidata, et kokkuleppel võib olla konkurentsi olulisel määral tõhustavaid mõjusid ELTL artikli 101 lõike 3 või KonkS § 6 mõttes või tugineda vähese tähtsusega kokkulepete regulatsioonile.

Autori hinnangul puudub piisav õigusselgus küsimuses, millal on tegu konkurentsi kahjustava eesmärgi või tagajärjega ettevõtjatevahelise kokkuleppega. Seetõttu on omakorda ettevõtjatel raske hinnata, millistel juhtudel on juba eesmärgist tulenevalt kokkulepe üldiselt keelatud ning millistel juhtudel on kokkuleppe pooltel võimalik tugineda argumendile, et kokkuleppel

⁷ Näiteks on KonkS § 6 järgi kokkulepe lubatud, kui see vastab kolmele tingimusele: (i) kokkulepe aitab parandada kaupade tootmist või turustamist või edendada tehnilist või majanduslikku progressi või kaitsta keskkonda, võimaldades tarbijatel saada sellest tulenevast kasust õiglase osa; (ii) kokkulepe ei kehtesta kokkulepet sõlmivatele, kooskõlastatult tegutsevatele või otsust vastuvõtjatele ettevõtjatele piiranguid, mis ei ole hädavajalikud eelnevas punktis nimetatud eesmärkide saavutamiseks, (iii) kokkulepe ei anna kokkulepet sõlmivatele, kooskõlastatult tegutsevatele või otsust vastuvõtjatele ettevõtjatele võimalust kõrvaldada konkurentsi kaubaturu olulise osa suhtes. Sarnane reegel on sätestatud ka ELTL artiklis 101 lõikes 3.

⁸ EKo C-439/08, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS versus Président de l'Autorité de la Concurrence, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, ECLI:EU:C:2011:649, p 59.

⁹ Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty. – ELT C 101, 27.04.2004, lk 97-118, p 46.

¹⁰ EKo C-226/11, *Expedia Inc. versus Autorité de la concurrence jt*, ECLI:EU:C:2012:795, p-d 16 ja 37. Eestis on vähese tähtsuse kokkuleppe reegel sätestatud KonkS §-s 5.

tegelikult puudus konkurentsi kahjustav tagajärg ning seetõttu on kokkulepe lubatud. Näiteks on varasemalt Euroopa Kohtus teatud kohtuasjades (näiteks kohtuasjades *T-Mobile*¹¹ ja *Allianz Hungária*¹²) tõlgendanud eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaid kokkuleppeid võrdlemisi laialt. Viimaste aastate Euroopa Kohtu kohtuasjad on aga autori hinnangul eesmärgipõhiseid kokkuleppeid kitsendanud (näiteks kohtuasjadega *Cartes Bancaires*¹³ ja *Budapest Bank*¹⁴).

Magistritöö esmaseks eesmärgiks on tuvastada, kuidas peab eesmärgi- ja tagajärjepõhist konkurentsi kahjustamist eristama EL õiguses ELTL artikli 101 lõike 1 kontekstis ning loob selle vastava analüüsi tulemusel olulisemat kohtupraktikat sisaldava klassifikatsiooni. Magistritöö teiseseks eesmärgiks on tuvastada, kas Eesti kohtute ja Konkurentsiameti praktika sisustab KonkS §-s 4 sisalduvat konkurentsi kahjustava eesmärgi või mõjuga kokkuleppeid kooskõlas ELTL artikliga 101 lõikega 1 ehk eelnevalt loodud kvalifikatsiooniga.

Magistritöö teema on aktuaalne ennekõike seetõttu, et autori hinnangul puudub piisav selgus, kuidas Euroopa Kohtu praktikas peab eesmärgi- ja tagajärjepõhiselt konkurentsi kahjustavaid kokkuleppeid praktikas eristama. Nagu eelnevalt mainitud, on teatud varasemates Euroopa Kohtu kohtuasjades tõlgendatud eesmärgipõhiseid kokkuleppeid erinevalt võrreldes Euroopa Kohtu viimaste aastate praktikaga. Samal ajal on Eesti Riigikohtu praktika olnud palju rangem ja konservatiivsem kui vastav Euroopa Kohtu praktika. Näiteks on Riigikohus konkurentsi kahjustava teabe vahetamise eraldi ära märkimisest KonkS § 4 lõikes 1 sisalduvas loetelus järeldanud seda, et konkurentsi kahjustav teabevahetus on alati eesmärgipõhine rikkumine – see on tegevus, mis on oma olemuselt konkurentsi kahjustav, ja selle puhul ei ole vaja analüüsida, kas sellel on tegelik või võimalik negatiivne mõju konkurentstile. Teadaolevalt ei tulene aga ühestki EL õiguse allikast, et teabevahetusel on eranditult konkurentsivastane eesmärk ning teabevahetuse puhul ei ole rikkumise tuvastamiseks mitte kunagi vajalik hinnata tegevuse tegelikku või võimalikku mõju. Seetõttu ei ühti esmapilgul Riigikohtu seisukoht EL Kohtu praktikaga.¹⁵

¹¹ EKo C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV ja Vodafone Libertel NV versus Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343.

¹² EKo C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. jt versus Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160.

¹³ EKo C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2014:2204.

¹⁴ EKo C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal versus Budapest Bank Nyrt. Jt*, ECLI:EU:C:2020:265.

¹⁵ Eelnevatele järeldustele Eesti praktika osas on jõudnud R. Frolov oma keelatud teabevahetust käsitlevas *Juridica* artiklis. Vt lähemalt Frolov, R. Konkurentsi kahjustav teabevahetus: reeglid ja Eesti praktika. – *Juridica* 2014/III, lk 215-217. Magistritöö autorile teadaolevalt on see ka üks ainukesi eestikeelseid erialaseid käsitlusi, kus on avatud eesmärgi- ja tagajärjepõhise konkurentsi kahjustamise temaatikat. Kuivõrd R. Frolov käsitleb ettevõtjatevahelist teabevahendusega seonduvat, ei keskendu magistritöö teabavahendusega seonduvale. Samas leiab magistritöö

Senise õiguspraktika analüüsi tulemusel selgitab magistritöö, kuidas on Eesti kohtud ja Euroopa Kohus praktikas eristanud konkurentsi kahjustava eesmärgi või tagajärjega kokkuleppeid. Järelikult on töö tulemusi võimalik rakendada tulevikus nii Eesti kohtutel, Konkurentsiametil kui ka konkurentsioiguse valdkonnas tegevatel juristidel keelatud kokkulepete analüüsi teostamisel KonkS § 4 lõike 1 ja ka ELTL artikli 101 lõike 1 järgi. Samuti annab magistritöö väärtuslikku teavet turul tegutsevatele ettevõtjatele. Kuivõrd magistritöö analüüs keskendub asjakohasele Euroopa Kohtu praktikale, annab töö EL-s tegutsevatele praktikutele selgitusi ka selle kohta, kas ja kuidas vastav praktika on EL-s viimasel ajal arenenud. Veelgi enam, juhul kui autor tuvastab, et Eesti kohtute ning Konkurentsiameti praktika on vastuolus EL õiguse ja valitseva praktikaga, on autoril võimalik analüüsida, kuidas peaks tulevikus Riigikohus eesmärgi- ja tagajärjepõhise konkurentsi kahjustamise temaatikat sisustama selleks, et see oleks kooskõlas EL õigusega.

Tööl on järgnev struktuur, mis vastab ühtlasi neljale uurimisküsimusele. Esimene peatükk käsitleb EL õiguses valitsevat praktikat magistritöö kontekstis. Esiteks uurib esimene peatükk, millist kahju ning millise tõenäosusega peab Euroopa Kohtu valitseva praktika järgi näitama, et teatud konkurentsipiirangut sisaldavat kokkulepet saaks EL konkurentsioiguse järgi pidada eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks kokkuleppeks. Euroopa Kohtu praktika järgi tuleb eesmärgipõhise konkurentsi kahjustava kokkuleppe tuvastamiseks pöörata tähelepanu selle tingimuste sisule, eesmärkidele, mida soovitakse saavutada, ning majanduslikule ja õiguslikule kontekstile, millesse see kuulub.¹⁶ Teiseks vastab magistritöö esimene peatükk seega ka küsimusele, kas ja millises ulatuses tuleb kokkuleppe sisu, eesmärki ning majanduslikku ja õiguslikku konteksti võtta arvesse erinevat tüüpi konkurentsipiiranguid sisaldavate kokkulepete puhul. Kolmandaks vastab magistritöö esimene peatükk küsimusele, milliste täiendavate tingimustega tuleb konkurentsi kahjustava kokkuleppe sisu, eesmärgi ning majandusliku ja õigusliku konteksti hindamisel arvestada.

Teises peatükis analüüsib autor ning seega tuvastab, kas Eesti kohtute ja Konkurentsiameti praktika sisustab konkurentsi kahjustava eesmärgi või tagajärjega kokkuleppeid kooskõlas EL õigusega. Autor uurib, milline on Eesti kohtute, ennekõike Riigikohtu, ning Konkurentsiameti

autor, et varasemas Eesti õiguskirjanduses pole autori poolt teemaks valitud problemaatikat piisava põhjalikkusega analüüsitud. Teabevahendusega seonduvat on oma magistritöös analüüsinud ka L. Käis. Vt lähemalt Käis, L. Konkurentidevaheline teabevahetus EL ja Eesti konkurentsioiguses. Magistritöö. Juhendaja Katri Paas-Mohando. Tartu: Tartu Ülikool 2012 (käsikiri TÜ Iuridicumi teabekeskuses).

¹⁶ Vt nt C-228/18, *Budapest Bank*, p 51.

praktikas vahekord konkurentsi kahjustava eesmärgi ja tagajärje vahel ning kuidas Eesti kohtute ja Konkurentsiameti praktika sisustab neid ELTL artikkel 101 lõikes 1 ja KonkS § 4 lõikes 1 sisalduvat kahte alternatiivset eeldust. Seeläbi on võimalik analüüsida, kas Eesti kohtud ja Konkurentsiamet on varasemas praktikas analüüsinud eesmärgi- ja tagajärjepõhiseid rikkumisi kooskõlas EL õigusega.

Magistritöös kasutatakse õigusteaduslikku analüütilist ja võrdlevat meetodit. Magistritöö tulemusel kujuneb välja analüüs, kuidas eristada eesmärgi- ja tagajärjepõhiselt konkurentsi kahjustavaid kokkuleppeid. Töö baseerub kohtupraktika analüüsil. Analüüsitud on Euroopa Kohtu, Eesti kohtute ja Eesti Konkurentsiameti praktikat ning samuti asjakohaseid õigusakte. Seejuures hindab autor ainult Eesti praktikat, kus on tehtud eesmärgi- ning tagajärjepõhiste kokkulepete eristamise osas sisulisi järeldusi. Sellest tulenevalt ei hinda autor kogu KonkS § 4 käsitlevat praktikat. Magistritöös võrreldakse Eestis valitsevat praktikat Euroopa Kohtu praktikaga. Magistritöö eesmärgi saavutamiseks kogub, uurib ja süstematiseerib autor asjakohast Euroopa Kohtu praktikat ja õiguskirjandust.

Töös kasutatavad esmased allikad on EL keelatud kokkulepetega seonduvad õigusaktid, ennekõike ELTL, ning seda kohaldavad Euroopa Kohtu otsused. Eelkõige kasutatakse magistritöös Euroopa Kohtu otsuseid *T-Mobile*, *Allianz Hungária*, *Cartes Bancaires*, *Budapest Bank*, *Toshiba*¹⁷ ning *Generics*¹⁸. Õigusaktidest kasutatakse ka Eesti konkurentsiseadust. Töö teisesteks allikateks on keelatud kokkuleppeid käsitlev erialakirjandus ning Euroopa Komisjoni juhised.

Väärrib mainimist, et varasemalt on eesmärgi- ja tagajärjepõhiselt konkurentsi kahjustavate kokkulepete temaatikat EL konkurentsioiguse valguses käsitlenud põhjalikumalt näiteks S. King oma doktoritöös „Kokkulepped, mis piiravad konkurentsi eesmärgipõhiselt ELTL artikli 101 lõike 1 kohaselt: minevik, olevik ja tulevik“.¹⁹ Käesolev magistritöö analüüsib aga ka viimaste aastate aktuaalset asjakohast Euroopa Kohtu praktikat, mida S. King doktoritöös ei ole

¹⁷ EKo C-373/14 P, *Toshiba Corporation versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2017:520.

¹⁸ EKo C-307/18, *Generics (UK) Ltd jt versus Competition and Markets Authority*, ECLI:EU:C:2020:52.

¹⁹ King, S. *Agreements that restrict competition by object Under Article 101(1) TFEU: past, present and future*. Doktoritöö. Juhendaja Giorgio Monti ja Andrew Scott. London: The London School of Economics and Political Science 2015.

käsitatud. Kuigi magistritöö teemat on käsitatud väliskirjanduses, siis ei ole autorile teadaolevate avalike allikate põhjal nii detailselt nimetatud teemat eesti keeles uuritud.

Magistritööd iseloomustavad järgmised märksõnad: EL õigus, konkurentsioigus, koostöö.

1. ELTL ARTIKLIST 101 TULENEVAD EELDUSED KONKURENTSI KAHJUSTAVA EESMÄRGI TUVASTAMISEKS

1.1 Eesmärgipõhise konkurentsi kahjustamise mõiste Euroopa Liidu õiguses

1.1.1 Eesmärgipõhise konkurentsi kahjustamise mõiste sisustamine Euroopa Kohtu varasemas praktikas ja Euroopa Komisjoni suunistes

Eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustava kokkuleppe ulatuse kindlaks tegemiseks tuleb märkida, et ELTL ega ka teised EL aluslepingud ei ole andnud definitsiooni eesmärgipõhise konkurentsi kahjustamise määratlemiseks. See-eest on eesmärgipõhise konkurentsi kahjustamise sisu ja ulatust määratlenud Euroopa Kohus juba esimestes ELTL artikli 101 kohta käivates otsustes. Euroopa Kohus selgitas eesmärgi- ja tagajärjepõhise konkurentsi kahjustamise eristamisega seonduvad esmakordselt 1966. aasta kohtuasjas *Société Technique Minière*²⁰. Lahendist tuleneb, et eesmärgipõhise konkurentsi kahjustamise tuvastamiseks tuleb esiteks arvesse võtta kokkuleppe „täpset eesmärki“. Seejuures tuleb arvestada kokkulepet ümbritseva majandusliku kontekstiga. Kokkuleppe poolte eesmärk konkurentsi kahjustada peab tulenema mõnest või kõigist kokkuleppe lepingupunktidest. Kokkuleppe tagajärge peab hindama aga alles siis, kui kokkuleppe lepingupunktidest tulenev mõju konkurentsile ei ole piisavalt kahjulik. Seega iseloomustab eesmärgipõhiseid konkurentsi kahjustavaid kokkuleppeid asjaolu, et kokkuleppes sisalduvad piirangud on konkurentsile piisavalt kahjulikud.²¹ Sellisel juhul ei tule kokkuleppes tulenevaid tagajärgi hinnata.²²

Kuivõrd Euroopa Kohus on alates Euroopa Majandusühenduse asutamislepingu²³ vastu võtmist sisustanud eesmärgipõhise konkurentsi kahjustamise mõistet väga suures hulgas lahendites, ei ole magistritöö mahupiirangu tõttu võimalik kõiki asjakohaseid Euroopa Kohtu otsuseid analüüsida. Varasematest Euroopa Kohtu lahenditest koondatud üldpildi saamiseks on võimalik aga tugineda Euroopa Komisjoni poolt avaldatud erinevatele juhendmaterjalidele ning suunistele. Nimetatud materjalid ei ole küll Euroopa Kohtule, liikmesriikidele ega ettevõtjatele

²⁰ EKo kohtuasi 56-65, *Société Technique Minière (L.T.M.) versus Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, ECLI:EU:C:1966:38.

²¹ *Ibidem*, lk 249.

²² Whish, R., Bailey, D. Competition Law. Tenth Edition. New York: Oxford University Press 2021, lk 125.

²³ Euroopa Majandusühenduse asutamisleping (EMÜ leping). – <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ET/TXT/?uri=LEGISSUM:xy0023> (15.04.2022).

siduvad, kuid on see-eest siduvad Euroopa Komisjonile²⁴ ja seetõttu annavad kasulikku informatsiooni, kuidas Euroopa Komisjon eesmärgi- ning tagajärjepõhist konkurentsi kahjustamist praktikas eristab. Kuna Euroopa Komisjoni juhendmaterjalid ja suunised tuginevad suures osas Euroopa Kohtu varasemale praktikale, leiab nendest dokumentidest ka kasulikku informatsiooni selle kohta, kuidas on Euroopa Kohus varasemalt eesmärgi- ning tagajärjepõhiseid konkurentsipiiranguid omavahel eristanud. Euroopa Komisjon on viimase kahekümne aasta jooksul avaldanud kolm dokumenti, kus on muuhulgas käsitletud eesmärgi- ja tagajärjepõhise konkurentsi kahjustamise mõistet: „Suunised asutamislepingu artikli 81 lõike 3 kohaldamiseks“ (edaspidi Euroopa Komisjoni 2004. a suunised)²⁵, „Suunised EL toimimise lepingu artikli 101 kohaldatavuse kohta horisontaalkoostöö kokkulepete suhtes“ (edaspidi Euroopa Komisjoni 2011. a suunised)²⁶ ning „Juhis eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute kohta määratlemaks *de minimis* kokkuleppeid“ (edaspidi Euroopa Komisjoni 2015. a töödokument“)²⁷.

Euroopa Komisjoni 2004. a suuniste ja Euroopa Komisjoni 2011. a suuniste kohaselt võivad eesmärgipõhised konkurentsipiirangud oma olemuse tõttu kahjustada konkurentsi ELTL artikli 101 lõike 1 tähenduses.²⁸ Eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavad konkurentsipiirangud on oma olemuse tõttu konkurentstile kahjulikud, kuna varasem kogemus näitab, et need võivad avaldada turule negatiivset mõju.²⁹ Selleks, et jõuda kindlusele, kas kokkulepe kahjustab konkurentsi eesmärgipõhiselt, tuleb pöörata tähelepanu kokkuleppe tingimuste sisule, kokkuleppe eesmärkidele, mida soovitakse saavutada, ning majanduslikule ja õiguslikule kontekstile, millesse kokkulepe kuulub.³⁰

²⁴ Commission Staff Working Document Evaluation of the Horizontal Block Exemption Regulations. Brüssel, 06.05.2021, SWD (2021) 103 final. – <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/075070bd-ae54-11eb-9767-01aa75ed71a1/language-en> (21.04.2022), lk 6. Vt ka seal viidatud kohtuasjad EKo C-189/02 P, *Dansk Rørindustri A/S versus Euroopa Ühenduse Komisjon*, ECLI:EU:C:2005:408, p 211; EKo C-226/11, *Expedia*, p 28.

²⁵ Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty. – ELT C 101, 27.04.2004, lk 97-118.

²⁶ Komisjoni teatis – Suunised EL toimimise lepingu artikli 101 kohaldatavuse kohta horisontaalkoostöö kokkulepete suhtes 2011/C 11/0. – ELT C 11, 14.01.2011, lk 1-72.

²⁷ Commission Staff Working Document. Guidance on restrictions of competition „by object“ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice. Accompanying the Document: Communication from the Commission. Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice). Revised version of 03.06.2015. Brüssel, 25.06.2014, SWD(2014) 198 final. – https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf (25.04.2022).

²⁸ Euroopa Komisjoni 2004. a suunised, p 21; Euroopa Komisjoni 2011. a suunised, punkt 24.

²⁹ Euroopa Komisjoni 2004. a suunised, p 21.

³⁰ Euroopa Komisjoni 2004. a suunised, p 22; Euroopa Komisjoni 2011. a suunised, p 25.

Euroopa Komisjoni 2004. a ja 2011. a suunistele järgnevalt on Euroopa Komisjoni konkurentsi peadirektoraat avaldanud Euroopa Komisjoni 2015. a töödokumendi. Euroopa Komisjoni 2015. a töödokument on Euroopa Komisjoni sisedokument, mis ei ole Euroopa Komisjonile erinevalt suunistest siduv.³¹ Küll aga annab Euroopa Komisjoni 2015. a töödokument ülevaate, kuidas on praktikas eesmärgi- ning tagajärjepõhiste konkurentsipiirangute eristamine muutunud võrreldes varasema kahe Euroopa Komisjoni suunisega.

Võrreldes 2004. a ja 2011. a suuniseid Euroopa Komisjoni 2015. a töödokumendiga, tõstatub erinevus konkurentsikahjude tõenäosuse osas, mida peetakse piisavaks jaatamaks eesmärgipõhise konkurentsipiirangu olemasolu. Kui Euroopa Komisjoni 2004. a ja 2014. a suunistes on leitud, et eesmärgipõhiselt konkurentsi takistavatel piirangutel peab olema potentsiaal konkurentsi kahjustada³², siis Euroopa Komisjoni 2015. a töödokumendi järgi on eesmärgipõhise konkurentsipiirangu lävi seatud aga praktikas kõrgemale. Euroopa Komisjoni 2015. a töödokumendi kohaselt tuleb eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute puhul näidata, et konkurentsipiirang kahjustaks konkurentsi piisavas ulatuses.³³ Kaht erinevat sõnastust grammatiliselt tõlgendades jääb esmapilgul mulje, et kui varasemalt on Euroopa Komisjon tuginenud sellele, et eesmärgil põhinev konkurentsipiirang võib konkurentsi potentsiaalselt piirata, siis hilisema Euroopa Kohtu praktika järgi ei piisa enam konkurentsi kahjustamise potentsiaalset. Nimelt tuleneb Euroopa Komisjoni 2015. a töödokumendist, et vaid siis, kui teatud konkurentsipiirang kahjustab konkurentsi piisavas ulatuses, on tegemist eesmärgipõhise konkurentsipiiranguga ning konkurentsipiirangust tulenevaid tagajärgi ei pea enam hindama.³⁴

Kuivõrd kõik Euroopa Komisjoni dokumendid ELTL artikkel 101 kohta toetuvad ennekõike Euroopa Kohtu varasemale praktikale, siis tuleneb Euroopa Komisjoni 2015. a töödokumendist, et „kursimuutuse“ Euroopa Komisjoni hoiakus on ennekõike põhjustatud Euroopa Kohtu 2014. aasta kohtuasi *Cartes Bancaires*. Õiguskirjanduses on leitud, et *Cartes Bancaires* kohtuasja kohaselt ei piisa enam sellest, et konkurentsipiirang on võimeline avaldama negatiivset mõju turule, et seda saaks liigitada eesmärgil põhinevaks konkurentsipiiranguks. Alates *Cartes Bancaires* kohtuasjast on kõige olulisemaks õiguslikuks kriteeriumiks küsimus, kas kokkulepe

³¹ ELTIS. EU Legislation & Policies. – Eltis.org. <https://www.eltis.org/in-brief/legislation-policies?fbclid=IwAR2iByqh5gSdpDoTLsQeERJ9jPgw-4FSnnYo4LJ-qtLzYCy6lJoT7mCX4B8> (22.04.2022).

³² Euroopa Komisjoni 2004. a suunised, p 21; Euroopa Komisjoni 2011. a suunised, p 24.

³³ Euroopa Komisjoni 2015. a töödokument, lk 3.

³⁴ Euroopa Komisjoni 2015. a töödokument, lk 3–4. Täpsemalt märgitakse dokumendis, et „erinevus eesmärgi- ning tagajärjepõhisuse vahel tuleneb asjaolust, et teatud ettevõtjatevahelised koostöövormid avaldavad nii piisavas ulatuses kahju konkurentsele, et ei ole vajadust hinnata nende tegelikku või potentsiaalselt mõju“.

iseenesest kahjustab konkurentsi piisavas ulatuses.³⁵ Seetõttu vastandub *Cartes Bancaires* kohtuasi varasematele lahenditele *T-Mobile* ning *Allianz Hungária*, kus Euroopa Kohus on eesmärgil põhinevale konkurentsipiirangule lähenenud laiemalt, leides, et eesmärgipõhise konkurentsipiirangu jaatamiseks piisab ka kõigest võimalusest, et teatud konkurentsipiirang võiks turul toimivat konkurentsi kahjustada.³⁶

Euroopa Kohtu lahendid *T-Mobile* ja *Allianz Hungária* on omakorda vastandunud Euroopa Üldkohtu otsusele asjas *European Night Services*³⁷, kus Euroopa Kohus pidas eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavateks selliseid kokkuleppeid, mis sisaldasid „ilmselgeid piiranguid konkurentsile“.³⁸ Kuivõrd viimaste aastakümnete jooksul on Euroopa Kohtu praktikas välja kujunenud vähemalt kolm suunda avamaks eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu olemust, tuleb järgnevalt vastata küsimusele, kas Euroopa Kohtu praktikast on viimastel aastatel välja kujunenud selge eesmärgipõhise konkurentsi kahjustamise definitsioon, mis sisult vastandub varasematele lahenditele, või on Euroopa Kohtu uus suund lihtsalt eelnevate Euroopa Kohtu seisukohtade täiendus.

1.1.2 Eesmärgil põhinev konkurentsi kahjustamine kui „ilmselge piirang konkurentsile“: kohtuasi *European Night Services*

Euroopa Üldkohtu lahendis *European Night Services* piiritles kohus eesmärgil põhinevad konkurentsipiirangud kui piirangud, mis ilmselgelt piiravad konkurentsi.³⁹ Selles lahendis ei täpsustanud Euroopa Üldkohus ilmselguse kriteeriumit. Küll aga on Euroopa Üldkohtu argumentatsioonist tuletatav, et kui kokkuleppes sisalduv konkurentsipiirang ilmselgelt kahjustab konkurentsi, siis ei pea enam kokkulepet ümbritsevat konteksti arvesse võtma. Autori hinnangul on kohtuasja *European Night Services*-i peamine järeldus, et ELTL artikli 101 lõikes 1 loetletud konkurentsipiirangut sisaldav kokkulepe on konkurentsi eesmärgipõhiselt kahjustav.

³⁵ Murray, G. In Search of the Obvious: Groupement des Cartes Bancaires and "by Object" Infringements under EU Competition Law – European Competition Law Review 2015/36, No 2, lk 47.

³⁶ Vt EKO C-8/08, *T-Mobile*, p 31; EKO C-32/11, *Allianz Hungária*, p 38.

³⁷ EÜKo T-374/94, *European Night Services Ltd (ENS) versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:1998:198.

³⁸ *Ibidem*, p 136.

³⁹ *Ibidem*.

European Night Services käsitles nelja raudtee ettevõtja – British Rail, Deutsche Bundesbahn, Nederlandse Spoorwegen ja Société Nationale des Chemins de Fer Français poolt ühissettevõtte European Night Services Ltd (edaspidi ENS) loomist. ENS eesmärgiks oli pakkuda öist reisijaveoteenust Calais' väina all asuva Eurotunneli kaudu. Euroopa Komisjon leidis, et sellise ühissettevõtte loomine kahjustaks konkurentsi raudteetranspordi turul. ENS otsustas Euroopa Komisjoni otsuse apelleerida muuhulgas vaidlustades Euroopa Komisjoni hinnangu, mille kohaselt ühissettevõtte loomine kahjustab konkurentsi ELTL artikli 101 kohaselt.⁴⁰

Euroopa Üldkohus märkis alustuseks, et üldiselt tuleb kokkuleppe hindamiseks ELTL artikli 101 järgi arvestada kokkulepet ümbritseva tegelike turutingimustega, ennekõike majandusliku kontekstiga, kokkuleppega kaetud toodete ja teenustega ning tegeliku asjakohase turu struktuuriga. Ainult sellisel juhul, kui kokkulepe sisaldab ilmselgeid konkurentsipiiranguid, nagu näiteks hindades kokkuleppimist või turu jagamist, ei ole kohustuslik arvesse võtta kokkulepet ümbritsevat majanduslikku konteksti.⁴¹ *European Night Services* kohtuasjast on seega tuletatav, et eksisteerivad teatud liiki konkurentsipiirangud, mida peetakse juba ilmselgelt konkurentsi kahjustavaks ning selliste konkurentsipiirangute puhul ei ole tarvis enam analüüsiga jätkata (sealhulgas võtta arvesse kokkuleppe majanduslikku konteksti). Seega on Euroopa Kohtu hinnangul ilmselgete konkurentsipiirangute näol tegemist eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavate konkurentsipiirangutega, mis on keelatud, kui need just ei täida ELTL artikli 101 lõike 3 tingimusi.

Autori hinnangul võimaldab *European Night Services* lahendis sisalduv eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustava konkurentsipiirangu määratlus turuosalistel võrdlemisi täpselt tuvastada, kas teatud konkurentsipiirangut tuleb pidada konkurentsi eesmärgipõhiselt kahjustavaks. Kui kokkulepe sisaldab selliseid konkurentsipiiranguid, mis ilmselgelt konkurentsi kahjustavad, on tegemist eesmärgil põhineva konkurentsipiiranguga ning kokkuleppe tagajärgi enam tuvastama ei pea. Seejuures näis Euroopa Üldkohus loogika peituvat asjaolus, et ilmselgeteks konkurentsipiiranguteks on sellised piirangud, mis sisalduvad ELTL artikkel 101 lõike 1 loetelus. Nimelt viitas Euroopa Üldkohus kohtuasjas *European Night Services* punktis 136 Euroopa Kohtu 1995. aasta kohtuasjale *Tréfilunion*⁴². Kohtuasja *Tréfilunion* kohaselt rikuvad ELTL artikli 101 lõike 1 loetelus sisalduvad konkurentsipiirangud

⁴⁰ *Ibidem*, p-d 8, 9, 18–27, 41.

⁴¹ *Ibidem*, p 136.

⁴² EÜKo T-148/89, *Tréfilunion SA versus Euroopa Ühenduse Komisjon*, ECLI:EU:T:1995:68.

per se konkurentsireegleid.⁴³ Teisisõnu nõustus Euroopa Üldkohus kohtuasjas *European Night Services* kohtuasja *Tréfilunion* järeldestega, mille kohaselt sisaldab ELTL artikkel 101 lõige 1 näitlikku loetelu konkurentsipiirangutest, mis kahjustavad konkurentsi eesmärgipõhiselt.

Autori hinnangul eksisteerib kaks põhjust, miks ei saa kohtuasja *European Night Services* järeldestega nõustuda. Esiteks tuleb arvestada, et Euroopa Kohus on hilisemas praktikas leidnud (nt kohtuasjas *BIDS*), et ELTL artiklis 101 lõikes 1 nimetatud keelatud koostöövormide loetelu ei ole kinnine nimekiri, vaid eesmärgipõhiselt võivad konkurentsi kahjustada ka konkurentsipiirangud, mida ELTL artikli 101 lõike 1 nimekiri ei sisalda.⁴⁴ Lähemalt on kohtuasja *European Night Services* seisukohti kritiseerinud kohtujurist V. Trstenjak *BIDS*-i lahendile eelnevas kohtujuristi ettepanekus⁴⁵. Kohtujuristi arvates ei saa ELTL artiklis 101 lõikes 1 sisalduvat eesmärgil põhinevate piirangute loetelu pidada ammendavaks ning seetõttu võib eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavad olla ka konkurentsipiirangud, mis ELTL artiklis 101 lõikes 1 loetelus ei sisaldu. Kohtujuristi hinnangul viitab lahtisele loetelu olemasolule ka sõna „iseäranis“ kasutamine ELTL artiklis 101 lõikes 1.⁴⁶ See tähendab, et Euroopa Kohus võib ilmselgelt konkurentsi kahjustavate konkurentsipiirangutena tuvastada ka kokkulepped, mis ei sisaldu ELTL artikkel 101 loetelus. Ka õiguskirjanduses on leidnud kinnitust, et seega ei saa eesmärgipõhisteks konkurentsipiiranguteks pidada vaid ELTL artikli 101 lõikes 1 sisalduvaid konkurentsipiiranguid, kuivõrd eesmärgipõhiselt võivad konkurentsi kahjustada ka konkurentsipiirangud, mida ELTL artikli 101 lõike 1 nimekiri ei sisalda.⁴⁷ Samuti on õiguskirjanduses juhitud tähelepanu asjaolule, et ka ilmselgelt konkurentsi kahjustavad konkurentsipiirangud ei pruugi eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustada. Näiteks on A. Ezrachi toonud näite Euroopa Kohtu kohtuasjast *Javico*⁴⁸ ja Euroopa Komisjoni otsusest asjas *Visa*

⁴³ *Ibidem*, p 109.

⁴⁴ EKo C-209/07, *BIDS*, p 23. Samut on näiteks R. Whish ja D. Bailey leidnud, et ELTL artikkel 101 sisaldab vaid illustratiivset loetelu kokkulepetest, mis võivad olla keelatud ELTL artikli 101 järgi: Whish, R., Bailey, D., lk 121.

⁴⁵ EKo C-209/07, *Competition Authority versus Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, ECLI:EU:C:2017:266, kohtujuristi V. Trstenjak ettepanek.

⁴⁶ *Ibidem*, p 48 ja 49.

⁴⁷ Vt lähemalt Brankin, S-P. The Substantive Standard behind the Object/Effect Distinction post-*Cartes Bancaires*. – European Competition Law Review 2016/37, No 9, lk 378. S.P Brankin jõudis sellisele järeldusele toetudes kohtuasjale *Cartes Bancaires*, kus Euroopa Kohus kinnitas, et põhimõtteliselt on võimalik lisada eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute klassi ka uusi piiranguvorme.

⁴⁸ EKo C-306/96, *Javico International and Javico AG versus Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, ECLI:EU:C:1997:525.

*International*⁴⁹, mis sisaldasid küll näiliselt raskekujulisi konkurentsipiiranguid, kuid sellegipoolest ei pidanud neid Euroopa Kohus eesmärgipõhisteks konkurentsipiiranguteks.⁵⁰

Teiseks, isegi kui ELTL artikli 101 lõike 1 nimekiri sisaldab näitlikku loetelu konkurentsipiirangutest, mida on üldjuhul peetud Euroopa Kohtu poolt konkurentsi kahjustavaks, peab autori hinnangul iga kord ettevõtjatevahelises kokkuleppes sisalduvat konkurentsipiirangut lähemalt analüüsima. Nagu selgub magistr töö ptk-s 1.1.4, peab Euroopa Kohtu praktika kohaselt eesmärgil põhinevat konkurentsipiirangu mõistet tõlgendama kitsalt, mis tähendab, et eesmärgil põhinevate konkurentsipiirangute puhul tuleb igakordselt näidata, kas kokkuleppes sisalduv konkurentsipiirang kahjustab konkurentsi piisavas ulatuses. See tähendab, et isegi kui konkurentsipiirang sisaldub ELTL artikli 101 lõike 1 nimekirjas, tuleb lisaks näidata selle konkreetse konkurentsipiirangu piisavat kahjulikku ulatust konkurentsile. Samuti tuleb ka selgete ehk ELTL artikli 101 lõike 1 nimekirjas sisalduvate konkurentsipiirangute puhul igakordselt teostada konkurentsipiirangu majandusliku konteksti analüüsi (täpsemalt analüüsitud magistr töö ptk-s 1.2.2). Seega pole Euroopa Kohus hilisemas kohtupraktikas kohtuasjas *European Night Services* tehtavate järeldusega nõustunud ning erinevalt kohtuasjale *European Night Services* peab majandusliku konteksti analüüsi läbi viima ka nt hindade kokkuleppimise või turu jagamise korral.

Kokkuvõtlikult ei saa kohtuasjas *European Night Services* tehtavate järeldustega nõustuda, kui võrd keelatud võivad olla ka ettevõtjatevahelised kokkulepped, mis ELTL artikli 101 lõike 1 nimekirjas ei sisaldu. Samuti ei pruugi ilmselgelt konkurentsi kahjustavad konkurentsipiirangud eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustada. Täiendavalt tuleb igakordselt eraldi tuvastada, kas kokkuleppes sisalduv konkurentsipiirang kahjustab konkurentsi piisavas ulatuses võttes mh arvesse kokkulepet ümbritsevat õiguslikku ja majanduslikku konteksti.

⁴⁹ Commission Decision COMP/29.373 of 24 July 2002 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement – EÜT L 318, 22.11.2002, lk 17 – 36.

⁵⁰ Ezrachi, A. *EU Competition Law: an Analytical Guide to the Leading Cases*. Sixth Edition. Oxford: Hart Publishing 2014, lk 100.

1.1.3 Eesmärgil põhinevad konkurentsipiirangud kui piirangud, mis oma olemuselt kahjustavad konkurentsi: kohtuasjad *BIDS*, *T-Mobile* ja *Allianz Hungária*

Kohtuasjale *European Night Services* on järgnenud mitmed kohtuasjad, milles on eesmärgil põhinevaid konkurentsipiiranguid tõlgendatud laiemalt.⁵¹ Euroopa Kohus leidis kohtuasjas *BIDS*, et „eesmärgil põhinevat rikkumist“ peab eristama „tagajärjel põhinevast rikkumisest“ põhjusel, et teatud ettevõtjate vahelisi koostöövorme võib juba oma olemuse poolest lugeda konkurentsi nõuetekohast toimimist kahjustavaks.⁵² Eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu määratlemist selle olemusliku kahjulikkuse kaudu on hilisemas praktikas järginud ka teised Euroopa Kohtu koosseisud näiteks kohtuasjades *T-Mobile* ning *Allianz Hungária*.⁵³ Käesolev peatükk vastab küsimusele, milline peab Euroopa Kohtu praktika järgi olema eesmärgipõhine konkurentsipiirang, mis oma olemuselt kahjustab konkurentsi.

Eesmärgil põhinevate konkurentsipiirangute sidumine nende olemusliku kahjuga on jäänud Euroopa Kohtu poolt küllaltki pinnapealseks avalduseks, kuivõrd tegelikkuses ei ole Euroopa Kohus põhjalikumalt sisustanud, milles peab täpselt seisnema kokkuleppe olemuslik kahju, et sellist kokkulepet saaks pidada eesmärgil põhinevaks konkurentsipiiranguks.⁵⁴ Autori hinnangul on Euroopa Kohus kõige põhjalikumalt selgitatud olemuslikult konkurentsi kahjustavate konkurentsipiirangute sisu ja nende ulatust kohtuasjades *T-Mobile* ning *Allianz Hungária* ning seetõttu analüüsib autor just nimelt neid kaht lahendit süvitsi. Nendes kohtuasjades on autori hinnangul Euroopa Kohus olemuslikku kahju konkurentstile avanud ennekõike nendest tuleneva kahju tõenäosuse kaudu.

Kohtuasi *T-Mobile* puudutas Hollandis tegutsevate mobiilsideteenust pakkuvate mobiiloperaatorite esindajate vahelist kohtumist, kus muuhulgas puudutati mobiilsideteenuse abonementide edasimüüjate standardtasude vähendamist, see tähendab ettemakstud mobiilipaketi tasu.⁵⁵ Eelotsusetaotluse esitanud kohtu hinnangul ei olnud mobiiloperaatorite

⁵¹ Whish, R., Bailey, D., lk 128.

⁵² C-209/07, *BIDS*, p 17.

⁵³ C-8/08, *T-Mobile*, p 29; C-32/11, *Allianz Hungária*, p 35.

⁵⁴ King, S. The Object Box: Law, Policy or Myth?. – European Competition Journal 2011/7, No 2, lk 284. S. King toob näite kohtuasjast *Consten ja Grunding*, kus paralleelkaubanduse piiramine oli vaadeldav olemuslikult konkurentsi kahjustavana ja seega eesmärgipõhise rikkumisena. Samas ei antud “olemuslikule kahjule” täpsemat tähendust. Vt ka EKo liidetud kohtuasjad 56 ja 58-64, *Établissements Consten S.à.R.L. ja Grundig-Verkaufs-GmbH versus Euroopa Majandusühenduse Komisjon*, ECLI:EU:C:1966:41.

⁵⁵ C-8/08, *T-Mobile*, p 12.

otseseks eesmärgiks määrata kindlaks abonementide lõplikku hinda tarbijate jaoks.⁵⁶ See tähendab, et eelotsusetaotluse esitanud kohtu hinnangul ei olnud tegemist eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustava kokkuleppega. Muuhulgas oli kohtu arvates eesmärgil põhineva kokkuleppe või kooskõlastatud tegevusega tegemist vaid siis, kui neist tulenevad kahjulikud tagajärjed on vaieldamatud ja need tekivad olenemata sellest, millised on kaubaturu omadused.⁵⁷ Otsustamaks, kas mobiilioperaatorite tegevus kahjustas turgu eesmärgi- või tagajärjepõhiselt, esitas kohus Euroopa Kohtule muuhulgas eelotsusetaotluse küsimusega, milliste kriteeriumitega peab arvestama hindamaks, kas mobiilioperaatorite kooskõlastatud tegevuse eesmärgiks on kahjustada konkurentsi.⁵⁸

Eelotsusetaotlusele vastates viitas Euroopa Kohus kõigepealt lahendile *BIDS*, nõustudes seeläbi, et eesmärgil põhinevad konkurentsipiirangud erinevad tagajärjepõhistest selle poolest, et need on juba oma olemuselt konkurentsi kahjustavad.⁵⁹ Sarnaselt *BIDS*-ile aga ei andnud Euroopa Kohus „olemuslikule kahjule“ täpsemat definitsiooni. Selle asemel selgitas Euroopa Kohus, millise tõenäosusega peab konkurentsipiirangust tekkima kahju, et sellist piirangut saaks pidada eesmärgil põhinevaks konkurentsipiiranguks. Nimelt leidis Euroopa Kohus, et konkurentsivastase eesmärgi olemasoluks piisab vaid sellest, et kooskõlastatud tegevus võib avaldada negatiivset mõju konkurentsile.⁶⁰ Teisisõnu peab konkurentsipiirang olema lihtsalt võimeline konkreetsetes kaasuses tooma kaasa konkurentsi takistamise, piiramise või moonutamise siseturul, võttes arvesse selle konkurentsipiirangu õiguslikku ja majanduslikku konteksti.⁶¹ See tähendab, et Euroopa Kohtu hinnangul ei ole vaja näidata, et konkurents oleks tegelikult takistatud, piiratud või kahjustatud ega ka seda, et kooskõlastatud tegevuse ja tarbijahindade vahel oleks otsene seos.⁶² Seega piisab autori arvates selle kohtuasja järgi juba pelgalt potentsiaalselt kahjust konkurentsile. Seejuures toetus Euroopa Kohus kohtujuristi J. Kokott-i arvamusele. J. Kokott võrdles eesmärgil põhinevat konkurentsipiirangut karistusõigusest tuntud ohudelikuga. J. Kokott kirjeldas, et enamikes õiguskordades kohaldatakse karistusõiguslikke sanktsioone nende isikute suhtes, kes juhivad raskes alkoholijoobes- või narkootilises joobes sõidukit olenemata sellest, kas juht seadis liikluses tegelikult kellegi ohtu või mitte. Seega leidis J. Kokott, et eesmärgi poolest konkurentsi

⁵⁶ *Ibidem*, p 19.

⁵⁷ *Ibidem*, p 20.

⁵⁸ *Ibidem*, p 22.

⁵⁹ *Ibidem*, p 29.

⁶⁰ *Ibidem*, p 31.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*, eelotsusetaotluse vastus punkt 1. Vt ka p-d 36 ja 39.

kahjustav kokkulepe rikub EL konkurentsioigust olenemata sellest, kas kokkulepe konkurentide või üldsust tegelikult kahjustab.⁶³

Euroopa Kohtu argumentatsioon kohtuasjas *T-Mobile* näitab, et eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute puhul ei pea kokkuleppes tulenev kahju olema tõenäoline või kindel. Piisab vaid sellest, kui kokkuleppel või kooskõlastatud tegevusel on potentsiaal konkurentide kahjustada.⁶⁴ Seeläbi võib autori hinnangul laieneda eesmärgipõhiselt konkurentide kahjustavate kokkulepete hulk. Nimelt on *T-Mobile* lahendi valguses võimalik eesmärgipõhisteks konkurentsipiiranguteks pidada ka kokkuleppeid, millega iseenesest ei pruugi kaasneda negatiivset mõju turule.

Küll aga on õiguskirjanduses juhitud tähelepanu, et olemuselt sarnased konkurentsipiirangud võivad olla käsitletavad nii eesmärgi- kui ka tagajärjepõhiste konkurentsipiirangutena.⁶⁵ Kuivõrd kohtuasi *T-Mobile* käsitleb olemuslikult kahjulikke konkurentsipiiranguid, saab töö autori hinnangul seda seisukohta kohaldada ka antud kohtuasja kohta järelduste tegemisel. Nimelt on Euroopa Kohus ja Euroopa Komisjon tuvastanud kokkuleppeid, milles sisalduv konkurentsipiirang on küll olemuslikult sama, kuid olenevalt turuolukorrast ning erinevast kontekstist võivad need kahjustada turgu nii eesmärgi- kui tagajärjepõhiselt.⁶⁶ Näiteks tootmise piiramist konkurentide vahel peetakse üldiselt eesmärgipõhiseks konkurentsipiiranguks. Küll aga ei pruugi konkurentidevaheline tootmise piiramine olla käsitletav eesmärgipõhise konkurentsipiiranguna, kui see sisaldub ühistootmislepingus.⁶⁷ Kui kokkulepet analüüsid keskenduda vaid sellele, kas kokkulepe võib potentsiaalset konkurentide kahjustada, võib see viia olukorrani, kus kokkulepe tegelikult konkurentide ei kahjusta. Ometi on Euroopa Kohus oma hilisemas kohtupraktikas võtnud seisukoha, et kokkulepe peab olema konkurentidele piisavalt kahjulik, et seda saaks kvalifitseerida eesmärgipõhise konkurentsipiiranguna (vt magistratöö peatükk 1.1.4). Selleks peab omakorda lähemalt analüüsima kokkuleppe sisu ja konteksti (vt magistratöö peatükk 1.2), mitte pelgalt tuginema vaid kokkuleppe kahjulikule olemusele ja potentsiaalile.

⁶³ EK C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV ja Vodafone Libertel NV versus Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:110, kohtujurist J. Kokotti ettepanek, p 46 ja 47.

⁶⁴ Näiteks on G. Murray juhtinud tähelepanu, et kohtuasja *T-Mobile* tulemusel on eesmärgipõhise konkurentsipiirangu tõendamislävi seatud väga madalale. Vt lähemalt Murray, G., lk 48.

⁶⁵ Brankin, S.P., lk 378.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

Lahendis *Allianz Hungária* kinnitas Euroopa Kohus kohtuasjas *T-Mobile* püstitatud eesmärgil põhinevate konkurentsipiirangute sisustamise põhimõtteid. Magistritöö kontekstis seisneb autori hinnangul kohtuasja *Allianz Hungária* täiendav väärtus aga asjaolus, et Euroopa Kohus selgitas, milliste elementidega tuleb arvestada hindamaks, kas kokkuleppel on potentsiaal konkurentsile kahjustada. Õiguskirjanduses on kohtuasja *Allianz Hungária* kritiseeritud peamiselt põhjusel, et kohtuasja tulemusel hägustus piir eesmärgi- ja tagajärjepõhiste konkurentsipiirangute vahel.⁶⁸

Kohtuasi *Allianz Hungária* käsitles kahe Ungari kindlustusandja ja autoremonditöökodade vahelist vertikaalset kokkulepet, mille kohaselt lepitati korra aastas kokku tingimustes ja hinnas, mida peab kindlustusandja tasuma kindlustatud sõiduki avarii korral autoremonditöökodadele.⁶⁹ Ungari Konkurentsiameti otsuse kohaselt oli sellise kokkuleppe eesmärk piirata konkurentsile nii sõidukikindlustuslepingute kui ka autoremonditeenuste turul.⁷⁰ Vaidlus jõudis Ungari Ülemkohtusse ning viimane otsustas Euroopa Kohtule esitada eelotsusetaotluse. Eelotsusetaotluse küsimuseks oli: kas nimetatud kokkulepet võib lugeda ELTL artikli 101 lõikega 1 vastuolus olevaks kokkuleppeks, mille eesmärgiks on kahjustada konkurentsile siseturul?⁷¹

Küsimusele vastates võttis Euroopa Kohus sarnase lähenemise nagu kohtuasjades *BIDS* ning *T-Mobile*. Esiteks leidis Euroopa Kohus, et eesmärgipõhiseid konkurentsipiiranguid iseloomustab nende olemuslik kahju turule.⁷² Teiseks nõustus Euroopa Kohus *T-Mobile* kohtuasja järelusega, et konkurentsivastase eesmärgi jaatamiseks piisab vaid sellest, kui kokkulepe võib avaldada konkurentsile negatiivset mõju.⁷³ Võrreldes *BIDS*-i ning *T-Mobile*-i kohtuasjaga, läks Euroopa Kohus aga veelgi kaugemale, selgitades, milliseid aspekte peab arvesse võtma, et hinnata, kas kokkuleppel on eesmärk konkurentsile kahjustada. Selleks tuleb arvestada konkurentsipiirangu konteksti hindamisel asjassepuutuvate kaupade või teenuste laadi ning asjaomase turu või asjaomaste turgude tegeliku toimimise ja struktuuriga.⁷⁴ Samuti

⁶⁸ Ezrachi, A, lk 111.

⁶⁹ Vt lähemalt C-32/11, *Allianz Hungária*, p 39-40.

⁷⁰ *Ibidem*, p 12.

⁷¹ *Ibidem*, p 16.

⁷² *Ibidem*, p 35.

⁷³ *Ibidem*, p 38.

⁷⁴ *Ibidem*, p 36.

tuleb hinnata „alternatiivsete turustuskanalite olemasolu ning nende vastavat olulisust, samuti asjaomaste äriühingute turuvõimu“.⁷⁵

Eelnevast tuleneb, et kohtuasja *Allianz Hungária* kohaselt tuleb juba eesmärgipõhise konkurentsipiirangu analüüsimisel arvestada parameetritega, mis suhteliselt täpselt kirjeldavad turu majanduslikku iseloomu. Autori hinnangul muudab aga selline Euroopa Kohtu hinnang eesmärgi- ning tagajärjepõhise konkurentsipiirangu vahetegemise ebaselgeks. Õiguskirjanduses on juhitud tähelepanu, et nimelt toob kohtuasi *Allianz Hungária* kaasa olukorra, kus eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu hindamine ei erine enam suuresti tagajärjepõhise konkurentsipiirangu hindamisest. Nimelt, senise Euroopa Kohtu praktika kohaselt teostatakse laiapõhjaline majandusanalüüs just tagajärjepõhiste konkurentsipiirangute välja selgitamiseks. Seega meenutas Euroopa Kohtu argumentatsioon kohtuasjas *Allianz Hungária* Euroopa Kohtu varasemat argumentatsiooni tagajärjepõhiste kokkulepete hindamisel ning muutis asjakohaseks uued tegurid, millega varasemates eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute kaasustes ei oldud arvestatud.⁷⁶ Näiteks kohtuasja *European Night Services* kohaselt tuleb tagajärjepõhise konkurentsipiirangu tuvastamiseks arvestada „asjassepuutuvate kaupade või teenuste laadi ning asjaomase turu tegeliku struktuuriga“.⁷⁷ Eelnevast nähtub, et Euroopa Kohus kasutas *Allianz Hungária* kohtuasjas peaaegu sõna-sõnalt sarnast argumentatsiooni nagu *European Night Services*-is. Oluline on aga märkida, et kui *Allianz Hungária* puudutas eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu hindamist, siis kohtuasi *European Night Services* käsitles tagajärjepõhise konkurentsipiirangu hindamist. Samuti on leitud, et kui *Allianz Hungária* kohtuasja kohaselt tuleb kokkuleppeosaliste turuvõimu arvesse võtta juba eesmärgipõhise konkurentsipiirangu hindamisel, siis tuleb selleks paratamatult määratleda ka asjakohane toote- ning geograafiline turg, mis on ennekõike omane aga tagajärjepõhiseid konkurentsipiiranguid käsitlevate kaasuste puhul.⁷⁸ Seega võib *Allianz Hungária* kohtuasja üheks peamiseks järelduseks pidada seda, et juba eesmärgipõhiste

⁷⁵ *Ibidem*, p 48.

⁷⁶ Zelger, B. “By object” Restrictions Pursuant to Article 101(1) TFEU: a Clear Matter or a Mess, and a Critical Analysis of the Court’s Judgement in *Expedia*?. – *European Competition Journal* 2017/13, No 2 – 3, lk 376 ja 379. Vt ka B. Zelgeri poolt mainitud kohtuasja *Gottrup Klim*: EKO C-250/92, *Gottrup-Klim e.a. Grovwareforeninger versus Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA*, ECLI:EU:C:1994:413, p 31. Vt ka Nagy, C.I. The New Concept of Anti-Competitive Object: a Loose Cannon in EU Competition Law. – *European Competition Law* 2015/36, No 4, lk 156; Harrison, D. The *Allianz Hungária* Case: The ECJ’s Judgement could have Ugly Consequences. – *Competition Law Insight* 2011/12, No 6, lk 10 –11.

⁷⁷ EÜKo T-374/94, *European Night Services*, 136.

⁷⁸ Zelger, B, lk 376 –377.

konkurentsipiirangute hindamisel on vaja läbi viia analüüs, mis oma sisult ning ulatuselt on vägagi sarnane tagajärjepõhiste konkurentsipiirangute osas tehtava analüüsiga.⁷⁹

Eelneva valguses on autori hinnangul kohtuasjad *BIDS*, *T-Mobile* ja *Allianz Hungária* hängustanud eesmärgipõhiste ning tagajärjepõhiste konkurentsipiirangute vahelist piiri. Seda seetõttu, et juba eesmärgipõhise konkurentsipiirangu kindlaks tegemiseks tuleb justkui vähemalt osaliselt arvestada kriteeriumitega, mis on olnud omased vaid tagajärjepõhiste konkurentsipiirangute hindamise puhul. Seetõttu tõstatub õigustatult küsimus, kas nende kahe lahendi valguses on võimalik eristada eesmärgipõhiseid konkurentsipiiranguid tagajärjepõhistest.⁸⁰ Samuti on küsitav, kas nende kohtuasjade järgselt täidab eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute kontseptsioon enam oma algset eesmärki. Nimelt peaksid eesmärgipõhised konkurentsipiirangud andma turuosalistele selguse keelatud koostöövormide osas, mida on varasemas praktikas peetud eesmärgipõhisteks rikkumisteks. Seejuures ei peaks eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute hindamisel arvestama turuelementidega, mis on omased tagajärjepõhiste konkurentsipiirangute kaasuste puhul. Kui eesmärgipõhisteks konkurentsipiiranguteks pidada kokkuleppeid, millel on vaid potentsiaal konkurentsi kahjustada ning, mille puhul peab igakordselt viima läbi suhteliselt laiapõhjalise turu analüüsi, kaotavad turuosalised tegelikkuses õiguskindluse keelatud koostöövormide suhtes. Kokkuvõtlikult laienes kohtuasjade *BIDS*, *T-Mobile* ja *Allianz Hungária* tulemusel eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute mõiste. Autori hinnangul muutus seeläbi konkurentsivastase eesmärgi ning tagajärje eristamine praktikas veelgi ebaselgemaks.

1.1.4 Eesmärgil põhinevad konkurentsipiirangud kui piirangud, mis hõlmavad konkurentsi kahjustamist piisavas ulatuses: kohtuasi *Cartes Bancaires* ja sellele järgnevad kohtuasjad

Kohtuasjade *BIDS*, *T-Mobile* ja *Allianz Hungária* järgselt on Euroopa Kohtus märgata tendentsi, mille tulemusel on eesmärgil põhinevate konkurentsipiirangute ulatust kitsendatud. Esimeseks pöördepunktiliseks kohtuasjaks, mis vastandus otseselt eelnevatele Euroopa Kohtu eesmärgipõhiseid konkurentsipiiranguid puudutanud kohtuasjadele, oli Euroopa Kohtu 2014.

⁷⁹ Erzachi, A, lk 111.

⁸⁰ Nagu varasemalt märgitud, on Euroopa Kohtu praktikas juurdunud põhimõte, et kui teatud kokkulepe on oma eesmärgilt konkurentsi kahjustav, ei pea analüüsima ning tõendama, et kokkuleppe tagajärjeks on konkurentsi kahjustamine.

aasta kohtuasi *Cartes Bancaires*. Kohtuasja tähtsus seisneb eelkõige selles, et nimetatud lahendiga muutis Euroopa Kohus senist tõlgendust eesmärgil põhinevate konkurentsipiirangute osas. Õiguskirjanduses on väljendatud seisukohta, et pärast *Cartes Bancaires* kohtuasja on selge, et eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu osas ei piisa enam sellest, et konkurentsipiirang on võimeline negatiivset mõju konkurentsile. Selle asemel peab konkurentsipiirang iseenesest kujutama „piisaval määral konkurentsile kahjustamist“ selleks, et piirangut kvalifitseerida eesmärgil põhinevaks.⁸¹

Cartes Bancaires lahend käsitles Prantsusmaa pankade vahelist konsortsiumi (mitme ettevõtja vahel moodustatud ühendus). Konsortsiumi liikmed leppisid kokku mitmetes hinnameetmetes, mis puudutasid konsortsiumi liikmemaksu ja maksekaartide kasutamise tasusid. Tasusid omakorda rakendati viisil, mis eristas konsortsiumi liikmeid ja teisi pankasid, muutes seeläbi erinevate poolte kohtlemise diskrimineerivaks. Euroopa Komisjon leidis, et konsortsiumi liikmete vaheline kokkuleppe kahjustas konkurentsile nii eesmärgi- kui ka tagajärjepõhiselt.⁸² Konsortsiumi liikmed kaebasid otsuse edasi Euroopa Üldkohtusse, mis omakorda nõustus Euroopa Komisjoniga järeldustega. Lisaks leidis Euroopa Üldkohus, et eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute ulatuse kitsendav tõlgendamine pole tegelikkuses põhjendatud, kuivõrd ELTL artikkel 101 lõige 1 nimekirja⁸³ puhul ei ole tegemist suletud loeteluga.⁸⁴ Konsortsiumi liikmed kaebasid Euroopa Üldkohtu otsuse edasi Euroopa Kohtusse.

Euroopa Kohtu lahendile eelnes kohtujurist N. Wahl-i ettepanek⁸⁵. Kohtujurist N. Wahl kritiseeris eelnevaid Euroopa Kohtu käsitusi eesmärgil põhinevate konkurentsipiirangute sisustamisel. Ta leidis, et teatud Euroopa Kohtu praktika on muutnud üleliia keeruliseks eesmärgil ja tagajärjel põhinevate konkurentsipiirangute omavahelise eristamise.⁸⁶ Seda põhjusel, et teatud varasemates kohtuasjades on konkurentsipiirangute hindamine olnud sarnane kokkuleppe võimalike tagajärgede uurimisele.⁸⁷ Kohtujurist N. Wahl nimetas muuhulgas Euroopa Kohtu varasemat konkurentsivastase eesmärgi mõiste kontrollimatut

⁸¹ Murray, G., lk 47.

⁸² C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, p-d 2–4.

⁸³ ELTL art 101 lõike 1 nimekirja kuuluvad näitlikud konkurentsipiirangud, mis on keelatud, kui nende eesmärgiks või tagajärjeks on konkurentsile kahjustada. Sinna loetelu kuuluvad näiteks kokkulepped, millega otseselt või kaudselt määratakse kindlaks hind, jagatakse turge või piiratakse tootmist.

⁸⁴ EÜKo T-491/07, *Groupement des cartes bancaires (CB) versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2012:633, p 146.

⁸⁵ EKo C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) v Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2014:1958, kohtujuristi N. Wahl ettepanek.

⁸⁶ *Ibidem*, p 46.

⁸⁷ *Ibidem*, p 47.

laiendamist ohtlikuks.⁸⁸ Seetõttu pidas kohtujurist Wahl olukorras, kus konkurentsivastase eesmärgi ja tagajärje mõiste piirid on hägustunud, vajalikuks selgemalt piiritleda konkurentsivastase eesmärgil ja tagajärjel põhinevaid piiranguid.⁸⁹ Kahe mõiste eristamiseks tegi kohtujurist ettepaneku, et „eesmärgi põhjal piiravaks kokkuleppeks kvalifitseerimine peab tingimata olema piiritletud ning hõlmama üksnes neid kokkuleppeid, mis on olemuslikult teatud ulatuses kahjulikud“.⁹⁰ Seejuures peavad eesmärgil põhinevad kokkulepped olema olemuslikult niivõrd olulised või kahjulikud, et nende kahjulik mõju konkurentsile tundub väga tõenäoline ilma kokkulepete tegelikke või võimalikke tagajärgede hindamiseta.⁹¹ Õiguskirjanduses on juhitud tähelepanu asjaolule, et kohtujuristi N. Wahl ettepanek viitab sellele, et eesmärgipõhine konkurentsipiirang peab tooma väga tõenäoliselt kaasa konkurentsikahju ning kõigest tõenäolise või potentsiaalse konkurentsivastase mõju tõendamisest ei piisa.⁹² See tähendab autori hinnangul, et kohtujurist N. Wahl sidus eesmärgipõhised konkurentsipiirangud nende eeldusliku kahjuliku mõjuga konkurentsile ilma, et eesmärgipõhisteks konkurentsipiiranguteks võiksid olla ka kokkulepped, mis võivad kaasa tuua negatiivseid mõjusid konkurentsile, nagu oli leidnud Euroopa Kohus *T-Mobile* ja *Allianz Hungária* lahendites.

Kohtujuristi ettepanekuga nõustus Euroopa Kohus, kritiseerides Euroopa Üldkohtu otsust. Euroopa Kohus leidis, et kuigi Euroopa Üldkohus põhjendas, miks pankade meetmed võivad konkurentsipiirata, ei selgitanud Euroopa Üldkohus piisavalt määral, kuidas pankade poolt kokkulepitud meetmed kujutavad endast kahju konkurentsile.⁹³ Oma seisukoha põhjendamiseks viitas Euroopa Kohus varasemale Euroopa Kohtu praktikale, mille kohaselt teatud tüüpi ettevõtjatevahelisi koostöövorme võib juba olemuse poolest lugeda konkurentsipiirata toimimist kahjustavaks.⁹⁴ Oluline aga on, et eesmärgipõhised on vaid sellised koostöövormid, mis hõlmavad konkurentsipiirata toimimist piisavas ulatuses.⁹⁵ Samuti on Euroopa Kohtu argumentatsioonist järeldatav, et konkurentsipiirata toimimist piisavas ulatuses kahjustavateks kokkulepeteks võib pidada just selliseid konkurentsipiiranguid, millel võib olla niivõrd negatiivne mõju eelkõige kaupade ja teenuste hinnale, kogusele või kvaliteedile, et tegelikku

⁸⁸ *Ibidem*, p 57.

⁸⁹ *Ibidem*, p 52.

⁹⁰ *Ibidem*, p 58.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Jones, A. The Court of Justice's Judgement in *Generics (UK) v Competition and Markets Authority and the Object / Effect Dichotomy*. – *Journal of Antitrust Enforcement* 2021/9, No 3, lk 611–612.

⁹³ EKo C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, p 69.

⁹⁴ *Ibidem*, p 50.

⁹⁵ *Ibidem*, p 49 ja 57.

mõju turule ei pea demonstreerima.⁹⁶ Sellised konkurentsipiirangud on tuvastavad kogemuse põhjal.⁹⁷

On märgiline, et „konkurentsi piisavas ulatuses kahjustavad konkurentsipiirangud“ ei ole uudne mõiste eesmärgil põhinevate konkurentsipiirangute sisustamiseks, kuivõrd ka näiteks *Allianz Hungária* kohtuasjas oli Euroopa Kohus kasutanud täpselt samasugust mõistet, et iseloomustada eesmärgil põhinevaid konkurentsipiiranguid.⁹⁸ Nagu magistritöö alapeatükis 1.1.3 tuvastatud, leidis Euroopa Kohus kohtuasjas *Allianz Hungária*, et eesmärgipõhise konkurentsipiirangu tuvastamiseks piisab aga ka potentsiaalse kahju näitamisest. Kohtuasjas *Cartes Bancaires*, sarnaselt *Allianz Hungária* ning *T-Mobile* lahendile, iseloomustab Euroopa Kohus eesmärgipõhiseid konkurentsipiiranguid nende olemusliku kahju kaudu.⁹⁹ Kohtuasja *Cartes Bancaires* põhiline erinevus võrreldes varasema praktikaga peitub aga asjaolus, et *Cartes Bancaires* lahendis anti olemuslikult kahjulikele konkurentsipiirangutele aga uus lähenemine. Selleks, et pidada kokkulepet olemuslikult kahjulikuks peab see kokkulepe hõlmama konkurentsi kahjustamist piisavas ulatuses. Euroopa Kohtu argumentatsioonist on nimelt tuvastatav, et eesmärgil põhinevateks konkurentsipiiranguteks ei saa pidada kokkuleppeid, mis võivad tuua konkurentsile kaasa negatiivseid tagajärgi. Hoopis varasema kogemuse pinnalt peab olema selge, et kokkuleppest tuleneb piisav kahju konkurentsile.¹⁰⁰ Vaid sellisel juhul on õigustatud kvalifitseerida konkurentsipiirang eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks.

Eelneva valguses tuleb aga tähele panna, et õiguskirjanduses on juhitud tähelepanu asjaolule, et kuigi Euroopa Kohus leidis kohtuasjas *Cartes Bancaires*, et eesmärgipõhiseid konkurentsipiiranguid peab tõlgendama kitsalt, siis sellegipoolest ei lükanud Euroopa Kohus täielikult ümber kohtuasjas *Allianz Hungária* väljendatud laiemat lähenemist. Nimelt tuleneb kohtuasjast *Cartes Bancaires* sarnaselt kohtuasjale *Allianz Hungária*, et ka eesmärgipõhise konkurentsipiirangu tuvastamiseks tuleb teatud ulatuses arvestada kokkuleppest tulenevate tagajärgedega. Nimelt leidis Euroopa Kohus, et eesmärgipõhise konkurentsipiirangu tuvastamiseks „tuleb samuti arvesse võtta asjassepuutuvate kaupade või teenuste laadi ning

⁹⁶ *Ibidem*, p 51.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ C-32/11, *Allianz Hungária*, p 34.

⁹⁹ EKO C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, p 50.

¹⁰⁰ C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, p 51.

asjaomase turu või asjaomaste turgude tegelikku toimimist ja struktuuri“.¹⁰¹ Sellised turgu iseloomustavad omadused on aga ennekõike varasemas Euroopa Kohtu praktikas olnud omased tagajärjepõhiste konkurentsipiirangute kaasuste puhul (vt magistritöö peatükk 1.1.3).¹⁰²

Samas on õiguskirjanduses märgitud, et vaatamata Euroopa Kohtu korduvatele viidetele kohtuasjale *Allianz Hungária*, on siiski kohtuasjast *Cartes Bancaires* tuletatav, et Euroopa Kohus kitsendas kohtuasjaga *Cartes Bancaires* eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute ulatust.¹⁰³ Kohtuasi *Cartes Bancaires* erineb võrreldes kohtuasjaga *T-Mobile* ning *Allianz Hungária* ennekõike selle poolest, et eesmärgipõhise konkurentsipiirangu tuvastamiseks tuleb näidata, et see kokkulepe hõlmab eelduslikult konkurentsi kahjustamist piisavas ulatuses.

Piisava kahjuliku konkurentsipiirangu ulatuse kindlaks tegemiseks tuleb hinnata kokkuleppe sisu, kokkuleppega saavutada soovitavaid eesmärgi ning õiguslikku ja majanduslikku konteksti. Selleks, et tuvastada eesmärgipõhine konkurentsipiirang, peab olema pärast kirjeldatud konteksti hindamist selge, et kokkuleppes sisalduv piisavalt kahjulik konkurentsipiirang „õigustab“ kokkuleppes tulenevate negatiivsete tagajärgede laiapõhjalist hindamisest loobumist.¹⁰⁴ Selline järeldus tuleneb kohtuasja *Cartes Bancaires* punktist 58, kus Euroopa Kohus leidis, et eesmärgipõhistena on tuvastatavad vaid konkurentsipiirangud, mille puhul võib pidada tarbetuks tõendada, et neil on turule tegelik mõju.¹⁰⁵ Õiguskirjanduses on seda ka kirjeldatud kui puhtnegatiivse mõju testina – konkurentsipiirangu puhtnegatiivset mõju võib eeldada, kui on väga ebatõenäoline, et konkurentsipiirang toob konkurentsile kaasa soodustavaid mõjusid. Konkurentsipiirangud tõenäoliselt ei too kaasa soodustavaid mõjusid, kui konkurentsipiirangud ei ole võimelised tooma kaasa soodustavaid mõjusid või neist tulenev negatiivne kahju kaalub üle konkurentsi soodustavad mõjud. Seega on analüüsitava konkurentsipiirangu näol tegemist eesmärgipõhise konkurentsipiiranguna, kui saab usaldusväärselt väita, et teatud tüüpi piirangul on üldiselt negatiivne mõju konkurentsile.¹⁰⁶

¹⁰¹ *Ibidem*, p 53.

¹⁰² Nagy, C. I., lk 156; Yi Heng, A.S. The Distinction between "Object" and "Effect" in EU Competition Law and Concerns after Groupement des Cartes Bancaires (C-67/13P). – European Competition Law Review 2016/37, No 5, lk 182.

¹⁰³ Zelger, B., lk 379.

¹⁰⁴ Brankin, S.P., lk 380.

¹⁰⁵ C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, p 58.

¹⁰⁶ Peeperkorn, L. Defining „by object“ Restrictions. *Concurrences: Competition Law Journal* 2015, No 3, p-d 8 ja 17.

Cartes Bancaires kohtuasjale järgnevat Euroopa Kohtu lahendites on Euroopa Kohus võtnud selge suuna toetada Euroopa Kohtu lähenemist *Cartes Bancaires* lahendis, jättes kõrvale kohtuasjade *T-Mobile* ja *Allianz Hungária* laiema tõlgenduse.¹⁰⁷ Näiteks leidis Euroopa Kohus kohtuasjas *Maxima Latvija*, et kuigi see võib potentsiaalselt kahjustada konkurentsi, kui kaubanduskeskuses asuva kaupluse üürilepingu kohaselt on üürnikul võimalik takistada üürileandja poolt selles samas kaubanduskeskuses teistele üürnikele äripindade üürimist, ei tähenda see veel, et tegemist oleks konkurentsipiiranguga, mis kahjustaks konkurentsi piisavas ulatuses ning oleks seega konkurentsi eesmärgipõhiselt kahjustav.¹⁰⁸ Seega on autori hinnangul saanud kohtuasja *Cartes Bancaires* järgselt valitsevaks suunaks, et eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavate kokkulepete puhul ei piisa enam vaid sellest, kui suudetakse tuvastada selle kokkuleppe potentsiaalselt kahjulik mõju konkurentsile, vaid kokkulepe peab kaasa tooma piisavas ulatuses kahju konkurentsile.

1.2 Kokkuleppe sisu, eesmärkide ning majandusliku ja õigusliku konteksti hindamise vajadus ning ulatus erinevate konkurentsipiirangute puhul

Käesoleva magistr töö peatükis 1.1 tuvastas autor, et viimaste aastate Euroopa Kohtu praktika valguses tuleb selleks, et kokkuleppel oleks konkurentsi kahjustav eesmärk, näidata, et kokkulepe kahjustab konkurentsi piisavas ulatuses. Magistr töö alapeatükk 1.2 vastab seevastu küsimusele, kuidas eelnevat tuvastada. Samuti analüüsib magistr töö alapeatükk 1.2, kas ja millises ulatuses tuleb kokkuleppe sisu, eesmärki ning majanduslikku ja õiguslikku konteksti võtta arvesse erinevat tüüpi konkurentsipiiranguid sisaldavate kokkulepete puhul.

Selleks, et tuvastada, kas kokkulepe konkurentsi kahjustab, on Euroopa Kohus korduvalt rõhutanud, et väidetavalt eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavate kokkulepete analüüsimisel tuleb arvesse võtta kokkulepet ümbritsevat konteksti. Täpsemalt tuleb eesmärgipõhise kokkuleppe välja selgitamiseks tähelepanu pöörata kokkuleppe sisule, eesmärkidele, mida soovitakse saavutada, ning majanduslikule ja õiguslikule kontekstile.¹⁰⁹ Kokkulepet ümbritseva

¹⁰⁷ Vt nt EKo C-286/13 P, *Dole Food Company, Inc. ja Dole Fresh Fruit Europe versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2015:184, p 113; C-228/18, *Budapest Bank*, p 35; C-307/18, *Generics*, p 67; EKo C-591/16 P, *H. Lundbeck A/S ja Lundbeck Ltd versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2021:243, p 112.

¹⁰⁸ EKo C-345/14, *SLA „Maxima Latvija” versus Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2015:784, p-d 4–5, 21–24.

¹⁰⁹ EKo C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2009:610, p 58 ja seal viidatud kohtuasjad. Vt ka C-228/18, *Budapest Bank*, p 51 ja seal viidatud kohtuasi.

õigusliku ja majandusliku kontekstiga analüüsimine aitab mõista kokkuleppe majanduslikku loogikat, mehhanismi ja funktsiooni.¹¹⁰

Autori silmis peab eristama kahte tüüpi konkurentsi kahjustavate kokkulepete gruppi, mille puhul tuleb läbi viia ka erineva ulatusega konteksti analüüs. Esiteks võivad konkurentsi kahjustada kokkulepped, millest tulenev kahju konkurentsile on ilmselge. Sellesse klassi kuuluvad ennekõike nii-öelda traditsioonilised kartellikokkulepped, olgu selleks tulevastes hindades kokkuleppimine või tooteturu jagamine (tuntud ka kui raskekujulised rikkumised ehk *hardcore restrictions*¹¹¹). Teiseks on Euroopa Kohus pidanud lahendama ka keerulisema formuleeringutega kokkuleppeid. Näiteks selliseid kokkuleppeid, mis sisaldavad piiranguid, millest tulenev kahju on ebamäärane või ei ole konkurentsile esmapilgul nii kahjulik kui raskekujuliste rikkumiste puhul.¹¹² Teatud kokkulepete puhul võib konkurentsile tulenev kahju olla seega selgem kui teatud teiste kokkulepete puhul.¹¹³

Eesmärgi- ning tagajärjepõhiselt konkurentsi kahjustavate kokkulepete eristamise üks peamisi tulemusi on ennekõike asjaolu, et konkurentsi kahjustava eesmärgi tuvastamisel puudub Euroopa Komisjonil või Euroopa Kohtul kohustus investeerida ressursse laiapõhjalise analüüsi tegemiseks selgitamaks välja, kas kokkuleppe kahjustab konkurentsi tagajärjepõhiselt.¹¹⁴ Kui Euroopa Komisjon peaks investeerima laialdaselt oma ressursi juba ilmselgelt eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustava kokkuleppe tuvastamiseks, ei teeniks see arvatavasti menetlusökoonomia huve.¹¹⁵ Seega tekib õigustatult küsimus, kas ilmselgeid ehk raskekujulisi konkurentsipiiranguid sisaldavate kokkulepete sisu, eesmärgi ning õiguslikku ja majanduslikku konteksti peab analüüsima sama ulatuslikult kui ebamääraste konkurentsipiirangute puhul. Teiseks tuleb vastata ka küsimusele, kas raskekujulisi

¹¹⁰ Nagy, C. I., lk 155.

¹¹¹ Vt tähenduse kohta lähemalt: Bailey, D., John, L. E., vnr 2.167.

¹¹² Näiteks kohtuasjas *Budapest Bank* oli peamiseks küsimuseks, kas kaardimaksete sooritamise eest ühtse vahendustasu kokkuleppimine oli vaadeldav eesmärgipõhise konkurentsipiiranguna. Vt lähemalt C-228/18, *Budapest Bank*.

¹¹³ Loozen, E. The Application of a More Economic Approach to Restrictions by Object: no Revolution After All (T-Mobile Netherlands (C-8/08)). – European Competition Law Review 2010/31, No 4, lk 149. E. Loozen on toonud näitena kohtuasjad *Mannesmannröhren-Werke* ja *General Motors*: EÜKo T-44/00, *Mannesmannröhren-Werke AG versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2004:218; EKo C-551/03 P, *General Motors BV versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2006:229.

¹¹⁴ Ortega González, A. Restrictions by Object and the Appreciability Test: the Expedia Case, a Surprising Judgement or a Simple Clarification. – European Competition Law Review 2013/34, No 9, lk 458.

¹¹⁵ Pradelles, F, Scordamaglia-Tousis, A. Two Sides of the Cartes Bancaires Ruling: Assessment of the Two-Sided Nature of Card Payment Systems Under Article 101(1) TFEU and Full Judicial Scrutiny of Underlying Economic Analysis. – Competition Policy International 2014/10, No 2, lk 144.

konkurentsipiiranguid sisaldavate kokkulepete puhul puudub üldsegi vajadus ja/või kohustus kokkuleppe kontekstiga arvestada, kuna nendest tulenev kahju konkurentsile on juba ilmselge.

1.2.1 Kokkuleppe sisu, eesmärkide ning majandusliku ja õigusliku konteksti hindamise vajadus ja ulatus ebamääraste kokkulepete puhul

Siseriiklike järelevalveasutuste ning Euroopa Komisjoni praktikas tuleb aina tihemini ette kaasuseid, mille puhul sisaldavad ettevõtjatevahelised koostöövormid keerulise sisuga kokkuleppeid, mis võivad, kuid ei pruugi konkurentsile kahjustada. Näiteks leppisid kohtuasjas *Budapest Bank* seitse pank kokku maksekaardisüsteemide vahendustasu miinimumtasemes ja ühtlustasid vahendustasude kulude summa.¹¹⁶ Kohtuasjas *Cartes Bancaires* sisaldas aga pankade kokkulepe ka muuhulgas näiteks „magava liikme tasu süsteemi“.¹¹⁷ Eesti Konkurentsiamet on aga näiteks menetlenud hinnapariteedi klausliga seonduvat.¹¹⁸ Neid näiteid ei saa iseloomustada klassikaliste hinnakokkulepetena. Klassikaliseks hinnakokkuleppeks saab näiteks pidada olukorda, kus konkurendid lepivad kokku, et teatud kuupäevast tõuseb nende poolt pakutava toote hind teatud ulatuses.

Ebamääraste kokkulepete puhul peab täpsemalt analüüsima, kas kokkuleppes sisalduv konkurentsipiirang ka tegelikult konkurentsile piisavas ulatuses kahjustab. Selleks tulebki hinnata kokkuleppe sisu, eesmärki ning majanduslikku ja õiguslikku konteksti. Loogilise jätkuna tekib aga küsimus, milliseid viise kasutades on võimalik tõendada, et teatud ebamäärast kokkulepet ümbritsev kontekst ka tõesti näitab, et kokkulepe kahjustab piisavas ulatuses konkurentsile.

Õiguskirjandusest tuleneb, et Euroopa Kohtu praktika kohaselt on seda võimalik tuvastada kahel viisil. Esiteks on võimalik tuvastada koostöövormist tulenev negatiivne mõju konkurentsile kogemuse pinnalt. Teiseks on võimalik kokkulepet hinnata otse selle sisu,

¹¹⁶ C-228/18, *Budapest bank*, p 6.

¹¹⁷ C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, p 4.

¹¹⁸ Eesti Konkurentsiameti otsus 19.03.2021 nr 5-5/2021-023. See otsus käsitles hinnapariteedi klauslit, mille kohaselt peavad Wolt-i klientide (peamiselt restoranid) poolt oma asutustes kohapeal pakutavad hinnad olema samad kui Wolt-i platvormil kajastuvad hinnad.

eesmärgi ning õigusliku ja majandusliku konteksti järgi ning seejärel otsustada, kas on tõenäoline, et kokkulepe tooks konkurentsile kaasa negatiivse mõju.¹¹⁹

Esimeseks võimaluseks on seega negatiivne kahju konkurentsile tuvastada varasema kogemuse pinnalt. Euroopa Kohus on varasemale kogemusele tuginedes hinnanud kokkuleppes tulenevat piisavat kahju näiteks kohtuasjas *Budapest Bank*.¹²⁰ Selles kohtuasjas leidis Euroopa Kohus, et kokkuleppe kvalifitseerimiseks eesmärgil põhinevaks konkurentsipiiranguks, peab esinema piisavalt kindel ja usaldusväärne kogemus, et kokkulepe on oma laadilt konkurentsi nõuetekohast toimimist kahjustav.¹²¹ Selleks analüüsis Euroopa Kohus kokkulepet ümbritsevat konteksti, et välja selgitada, kas kõnealune kokkulepe on vaadeldav kaudse ostu- või müügihinna kindlaksmääramisena (ELTL artikli 101 lõike 1 punkt a).¹²² Autori hinnangul näis Euroopa Kohtu loogika seejuures peituvat asjaolus, et ELTL artikli 101 lõike 1 loetelus sisalduvad konkurentsipiirangud (sealhulgas hinnakokkulepped), mille puhul on varasem kogemus näidanud, et tegemist on üldjuhul eesmärgipõhise konkurentsipiirangutega.¹²³ Kuna Euroopa Kohtule ei esitatud piisavaid andmeid selle kohta, et kokkuleppes sisalduv väidetav hinnakokkulepe oleks konkurentsi piisavalt kahjustanud, järeldas Euroopa Kohus, et puudub piisavalt üldine ja järjepidev kogemus, et kõnealust pankade vahelist kokkulepet saab pidada eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks.¹²⁴ Teisisõnu ei saanud Euroopa Kohus kindel olla, et pankade kokkuleppe sisu on oma laadilt varasema kogemuse järgi konkurentsi kahjustav ning seega tuli Euroopa Kohtu hinnangul põhjalikult analüüsida selle kokkuleppe tagajärgi. Seetõttu ei oleks tohtinud pankadevahelist kokkulepet pidada eesmärgipõhiseks rikkumiseks.

Loogilise jätkuna tekib küsimus, mida saab pidada piisavalt kindlaks ja usaldusväärseks kogemuseks kohtuasja *Budapest Bank* valguses, et kokkuleppes sisalduvat

¹¹⁹ Koivusalo, J. The Pursuit of an Anti-Competitive Outcome – restrictions of competition by object after GUK and Budapest Bank. – European Competition Law Review 2021/42, No 6, lk 320.

¹²⁰ Õiguskirjanduses on juhitud tähelepanu, et kuigi varasemalt on Euroopa Kohus kogemusele toetunud ka kohtuasjades *Cartes Bancaires*, *Dole Food*, *Maxima Latvija*, ja *Generics*, siis kohtuasjas *Budapest Bank* tuleb see selgemalt välja: Massarano, N. The Unclear Effects of the Budapest Bank Experience. – European Competition Law Review 2021/42, No 2, lk 66. Vt ka C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, p 51; C-345/14, *Maxima Latvija*, p 19; C-307/18, *Generics*, p 64; C-286/13 P, *Dole Food*, p 115.

¹²¹ C-228/18, *Budapest Bank*, p 76.

¹²² *Ibidem*, p 62 ja 80.

¹²³ Lisaks kaudse ostu- ja müügihinna kokkuleppimisele on ELTL art 101 lõike 1 loetelus veel ära märgitud järgnevad konkurentsipiirangud: piiratakse või kontrollitakse tootmist, turge, tehnilist arengut või investeeringuid; jagatakse turge või tarneallikaid; rakendatakse võrdväärsete tehingute puhul erinevaid tingimusi, pannes kaubanduspartnerid sellega ebasoodsasse konkurentsiolukorda; seatakse lepingu sõlmimise eeltingimuseks teise poole nõusolek võtta endale lisakohustusi, mis oma laadilt või kaubandustavade kohaselt ei ole seotud sellise lepingu objektiga.

¹²⁴ C-228/18, *Budapest Bank*, punkt 76-79.

konkurentsipiirangut saaks pidada eesmärgipõhiseks rikkumiseks. Õiguskirjanduses on N. Massarano avaldanud arvamust, et ühelt poolt keskendus Euroopa Kohus sellele, kas varasemas järelevalveasutuste ja Euroopa Kohtu praktikas on leitud, et koostöövormi on peetud eesmärgipõhiseks. Kuivõrd varasemas praktikas oli sarnaseid konkurentsipiiranguid analüüsitud hoopis nende tagajärgede järgi, ei pidanud Euroopa Kohus varasemat kogemust piisavaks, et pidada kõnealust kokkulepet eesmärgipõhiseks. Teisalt toetas Euroopa Kohus ka kohtujuristi M. Bobeki poolt eelnenud ettepanekut, kes rõhutas, et „äärmiselt oluline on see, kas majandusteadlaste hulgas valitseb piisav üksmeel, et sellised kokkulepped, nagu on vaidluse all käesolevas asjas, on olemuslikult konkurentsivastased“¹²⁵ ¹²⁶

Seejuures on N. Massarano hinnangul olulisem toetuda majanduslikule kogemusele: isegi kui varasemas järelevalveasutuste ja kohtute praktikas ei ole leitud, et teatud koostöövorm on eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustav, võib pärast majandusliku kogemuse üksikasjalikumat uurimist siiski jõuda vastupidisele järeldusele.¹²⁷ Samas ei ole N. Massarano sügavamalt põhjendanud, miks peaks just majanduslikule kogemusele tuginemist pidama olulisemaks. Autori hinnangul viitab kohtuasjas Budapest Bank tehtud järeldused pigem sellele, et oluline on tugineda mõlemale. Nimelt viidates kohtujuristi M. Bobek ettepaneku punktidele 63 – 73, võttis Euroopa Kohus omaks, et oluliseks peab pidama nii varasema praktika kui ka majandusliku kogemuse olemasolu.¹²⁸ Samuti on T. Bardusco ja O. de Juvigny leidnud, et teatud tüüpi kokkulepet saab pidada eesmärgipõhiseks vaid siis, kui esineb õiguslik ja majanduslik konsensus. Kui majanduslik ja õiguslik kontekst sellist järeldust ei toeta, peab analüüsima kokkuleppe tagajärgi.¹²⁹

Samas on Euroopa Kohus paljudes teistes kohtuasjades tuginenud ennekõike majandusliku kogemuse olemasolu olulisusele. Nimelt on mitmes kohtuasjas rõhutatud, et teatud ettevõtjatevaheliste koostöövormide puhul näitab kogemus, et see tegevus toob kaasa tootmise languse ja hinnatõusu, mis kahjustab tarbijaid ressursside ebaotstarbeka jaotumise tõttu.¹³⁰ Samuti on kohtujurist N. Wahl kohtuasjale *Cartes Bancaires* eelnenud ettepanekus leidnud, et

¹²⁵ C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt jt*, ECLI:EU:C:2019:678, kohtujuristi M. Bobek ettepanek, p 72. Vt ka C-228/18, *Budapest Bank*, p 76.

¹²⁶ Massarano, N., lk 66.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ C-228/18, *Budapest Bank*, p 76.

¹²⁹ Bardusco, T, de Juvigny, O. Budapest Bank: New Light Shed on the Notion of Restriction of Competition „by Object“. – Journal of Competition Law & Practice 2020/11, No 3–4, lk 165.

¹³⁰ Vt nt C-67/ 13 P, *Cartes Bancaires*, p 51; C-345/14, *Maxima Latvija*, p 19; *Generics*, p 64; C-286/13 P, *Dole Food*, p 115.

kogemuse all tuleb mõista tavapärasest majandusanalüüsi, mida olukorrast olenevalt kinnitab kohtupraktika.¹³¹

Mõistmaks selgemini ja paremini varasema kogemuse rolli eesmärgipõhise koostöövormi tuvastamiseks, leidub autori hinnangul väärtuslikke suuniseid ka Euroopa Üldkohtu praktikast. Näib, et Euroopa Üldkohtu praktikas on toetatud lähenemist, mille kohaselt varasema järelevalveasutuste või kohtupraktika puudumine teatud koostöövormi osas ei välista, et koostöövormi saab siiski pidada eesmärgipõhiseks. Selleks tuleb koostöövormi sisu ja konteksti üksikasjalikumalt analüüsida võrreldes seda varasema majandusliku kogemusega.¹³² Seega tuleneb Euroopa Üldkohtu kohtuasjadest, et isegi kui varasemalt pole leitud, et teatud liiki kokkulepe on eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustav, ei takista see tulevikus iseenesest vastupidist järeldust.¹³³ Autori hinnangul tähendab see näiteks, et isegi kui varasemas praktikas ei ole konkreetset leitud, et näiteks hinnapariteedi kokkulepe kahjustaks konkurentsi eesmärgipõhiselt, ei tähenda see veel, et hilisemas praktikas võiks asuda seisukohale, et hinnapariteedi kokkuleppe siiski kahjustab konkurentsi eesmärgipõhiselt. Oluline on, kas hinnapariteedi klausel on oma sisult ja konteksti arvestades vaadeldav hoopiski näiteks konkurentide vahelise hinnaalase konkurentsipiiranguna, mida varasema praktika valguses on peetud eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks.

Eesmärgipõhisuse tuvastamine varasema kogemuse pinnalt tähendab seega autori hinnangul, et kokkuleppe sisu ja konteksti analüüs peab näitama, kas analüüsitava kokkuleppe sisaldab sellist konkurentsipiirangut, mida on varasema majandusliku kogemuse baasilt peetud eesmärgipõhiseks konkurentsipiiranguks. Muidugi ei saa kõrvale heita ka varasemat järelevalveasutuse või kohtupraktikat, kus on leitud, et teatud tüüpi kokkulepe on eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustav. Samas on autori hinnangul oluline tugineda ka majanduslikule kogemusele, kuna kui igakordselt tuleks vastata küsimusele, kas teatud liiki koostöövormi on varasemas praktikas peetud eesmärgipõhiseks rikkumiseks, siis on raske õigust edasi arendada.

¹³¹ C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, kohtujurist N. Wahl ettepanek, p 79.

¹³² Vt EÜKo T-472/13, *H. Lundbeck A/S and Lundbeck Ltd v Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2016:449, p 438; EÜKo T-471/13, *Xellia Pharmaceuticals ApS and Alpharma, LLC, varasemalt Zoetis Products LLC versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2016:460, p 319; EÜKo T-470/13, *Merck KGaA versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2016:452, p 212. Vt ka neis punktides viidatud C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, p 78.

¹³³ Antud kohtuasjad läksid küll edasi järgmisesse astmesse ehk Euroopa Kohtusse, kuid autori hinnangul illustreerivad kohtuasjad üht võimalikku viisi, kuidas sisustada õiguslikku ja majanduslikku kogemust.

Lisaks eesmärgipõhise kokkuleppe tuvastamisele varasema kogemuse kaudu on praktikas peetud võimalikuks tuvastada eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustava kokkuleppe olemasolu toetudes otse ainult kokkuleppe sisu ja ümbritseva konteksti analüüsile. Sellisel juhult analüüsitakse vaid kokkuleppe sisu, eesmärki ja konteksti ning seejärel otsustakse, kas on tõenäoline, et kokkulepe sisaldab sellist konkurentsipiirangut, mis tooks konkurentsile kaasa sellise negatiivse mõju, et kokkulepet saaks üldiselt pidada eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks.¹³⁴

Selline lähenemine on leidnud kinnitust ka Euroopa Kohtu praktikas, täpsemini kohtuasjas *Hoffmann-La Roche*¹³⁵. Seejuures puudutas kohtuasi *Hoffmann-La Roche* sellist koostöövormi, mida ei olnud varasemas Euroopa Kohtu praktikas ette tulnud.¹³⁶ Õiguskirjanduses on leitud, et selle variandi puhul näib peamine küsimus seisnevat selles, kas kokkuleppes sisalduvat konkurentsipiirangut saab pidada sama kahjulikuks kui näiteks hindades kokkuleppimine või turu jagamine – see tähendab, et on võrdväärne nendega.¹³⁷

Kohtuasi *Hoffmann-La Roche* puudutas kahte ettevõtjat, mis mõlemad turustasid samal ajal kahte ravimit – silmahaiguste ravimit ning vähiravimit. Ettevõtjad leppisid kokku, et teatud ajaperioodi vältel reklaamitaks silmahaiguste ravimit ohutuma ravimina võrreldes vähiravimiga. Itaalia Konkurentsiameti arvates ei olnud nendel kahel ettevõtjal teaduslikke tõendeid, mis seda kinnitaksid, ning nad lasid selle sõnumi liikvele eesmärgiga pärssida vähiravimi kasutust ja suurendada vastavalt silmahaiguste ravimi müüki. Itaalia Konkurentsiamet leidis, et niisugune kooskõlastatud tegevus kujutab endast eesmärgil põhinevat konkurentsipiirangut ELTL artikli 101 lõike 1 tähenduses, ning määras nendele ettevõtjatele selle eest karistuse.¹³⁸ Euroopa Kohtus oli üheks küsimuseks, kas sellist vale informatsiooni levitavat kokkulepet saab ELTL artikli 101 lõike 1 tähenduses pidada eesmärgipõhiseks kokkuleppeks.¹³⁹

¹³⁴ Koivusalo, J, lk 320.

¹³⁵ EKo C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche Ltd jt versus Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:1997:525.

¹³⁶ Koivusalo, J, lk 320.

¹³⁷ Jones, A, lk 611.

¹³⁸ Keeruliste faktiliste asjaoludega kohtuasja on selgelt kokku võtnud kohtujurist H. Saugmandsgaard. Vt lähemalt EKo C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche Ltd and Others versus Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2017:714, kohtujuristi H. Saugmandsgaard ettepanek, p-d 1-4.

¹³⁹ EKo C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche*, p 77.

Euroopa Kohus leidis, et selline ettevõtjatevaheline tegevus on vaadeldav eesmärgipõhise konkurentsipiiranguna. Seejuures ei toetunud Euroopa Kohus eesmärgipõhisuse tuvastamiseks varasemale kogemusele, vaid jõudis antud järeldusele analüüsid põhjalikult kokkuleppe sisu ja seda ümbritsevat konteksti. Euroopa Kohus jõudis pärast konteksti hindamist järeldusele, et sellise tegevuse eesmärgiks oli eksitada üldsust ning sellise tegevuse puhul on ravimituru tunnuseid arvesse võttes etteaimatav, et taolise teabe levitamine paneb arstid ravimi väljakirjutamisest loobuma ja see omakorda toob kaasa vähiravimi nõudluse soovitud vähenemise. Seetõttu pidas neil asjaoludel Euroopa Kohus kõnealust tegevust eesmärgipõhiseks kokkuleppeks, mis kahjustab konkurentsi piisaval määral, et muuta selle tagajärgede kontrollimine ülemääraseks.¹⁴⁰ Seega tuleneb kohtuasjast *Hoffmann-La Roche*, et eesmärgipõhine konkurentsipiirang on võimalik tuvastada analüüsid põhjalikult vaid kokkuleppe sisu ja seda ümbritsevat konteksti ning seejärel otsustada, kas kokkulepe kahjustab konkurentsi piisavas ulatuses. Õiguskirjanduses on leitud, et kohtuasjas *Hoffmann-La Roche* kõne all olnud kokkulepe ei sisaldanud kokkuleppe konkurentsipiirangut (eksitava teabe levitamine), mida on varasemalt peetud eesmärgipõhiseks konkurentsipiiranguks, vaid Euroopa Kohus pidas sellist uutset konkurentsipiirangut oma kahjulikkuse poolest võrdväärseks nende konkurentsipiirangutega, mida on varasemalt peetud eesmärgipõhiseks (näiteks hindade fikseerimine või turu jagamine).¹⁴¹

Sellisel eesmärgipõhise konkurentsipiirangu tuvastamine tagab olukorra, kus Euroopa Kohtul on võimalik tuvastada juba eelduslikult piisavas ulatuses kahjulik kokkulepe ilma, et kohut piiraks juba välja kujunenud varasem praktika eesmärgipõhistest konkurentsipiirangutest. Teisisõnu võimaldab selline lähenemine Euroopa Kohtul käia n-ö ajaga kaasas ning tuvastada eesmärgipõhiste konkurentsipiirangutena ka kokkulepped, mida pole varasema kogemuse järgi eesmärgipõhiseks peetud, kuid mille puhul konteksti analüüs näitab, et see kahjustab konkurentsi piisavas ulatuses ning seetõttu võib kokkulepet pidada eesmärgipõhiseks konkurentsipiiranguks. Siinkohal tuleb ka arvestada, et nii õiguskirjanduse kui ka Euroopa Kohtu praktika järgi ei saa ELTL artikli 101 lõikes 1 sisalduvaid konkurentsipiiranguid pidada

¹⁴⁰ *Ibidem*, p 79, 92-94.

¹⁴¹ Todino, M., Colombo, N. Case C-179/16 Hoffmann-La Roche: By Object Restrictions Still Better Pills to Swallow? A Close Watch on the Pharmaceutical Sector. – Journal of European Competition Law & Practice, 2018/9, No 6, lk 378. Vt ka Lamadrid, A, Ibanez Colomo, P. AG Saugmandsgaard Øe in Case C-179/16, F Hoffmann La Roche v AGCM: a Canonical Approach to Restrictions by Object. (16.10.2017) – chillingcompetition.com. Chillin'Competition blogi. <https://chillingcompetition.com/2017/10/16/ag-saugmandsgaard-oe-in-case-c-17916-f-hoffmann-la-roche-v-agcm-a-canonical-approach-to-restrictions-by-object/>, (24.04.2022).

suletuks nimekirjaks, vaid eesmärgipõhisteks konkurentsipiiranguteks võivad kvalifitseeruda ka kokkulepped, mis ELTL artikli 101 lõike 1 nimekirjas ei esine.¹⁴² Kui eesmärgipõhise konkurentsipiirangu tuvastamisel tugineda vaid varasemale kogemusele ning kvalifitseerida eesmärgipõhiste konkurentsipiirangutena vaid ELTL artikli 101 lõike 1 loetelus sisalduvad konkurentsipiirangud, jõuaksime olukorrani, kus ELTL artikli 101 lõike 1 loetelu oleks kinnine ning ajas mittemuutuv nimekiri. See tähendaks, et eesmärgipõhise konkurentsipiirangu kontseptsiooni ei oleks võimalik laiendada koostöövormidele, mida varasemas praktikas ei ole peetud eesmärgipõhisteks konkurentsipiiranguteks, kuid mis sellegipoolest kahjustavad konkurentsi nii piisavas ulatuses, et nende tagajärgede analüüsimine ei oleks kohane. Seeläbi muutuks eesmärgipõhiste kokkulepete kontseptsiooni arendamine raskeks kui mitte võimatuks.

Samas tekib eelneva lähenemise puhul oht, et piisavas ulatuses kahjuliku konkurentsipiirangu tuvastamiseks läbiviidav konteksti analüüs teostatakse nii laiaulatuslikult, et praktikas ei erineks see tagajärjepõhiste konkurentsipiirangute hindamisest. Seetõttu muutuks eesmärgi- ja tagajärjepõhiste konkurentsipiirangute eristamine sisutuks.¹⁴³

Õiguskirjanduses on aga toetatud eesmärgil põhinevate konkurentsipiirangute tuvastamist vaid kogemuse pinnalt. Vaid varasema kogemuse pinnalt on võimalik järeldada, millistel juhtudel teatud konkurentsipiirang toob endaga peaaegu alati kaasa konkurentsi kahjustavad tagajärjed ning seetõttu on õigustatud sellist piirangut pidada eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks. Kui konkurentsipiirang pole kogemuse kohaselt konkurentsi kahjustav ning kui sellele küsimusele vastamine vajab täiendavat analüüsi, siis ei ole konkurentsipiirang vaadeldav eesmärgil põhineva konkurentsipiiranguna. Teisisõnu, kui kohtul või järelevalveasutusel on kahtlusi, kas kõnealust kokkulepet saab varasema praktika alusel pidada eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks, tuleb läbi viia kokkuleppest tulenevate tagajärgede hindamine. Seda põhjusel, et kui sellise kokkuleppe puhul ei viida läbi täieulatuslikku analüüsi kokkuleppe tagajärgede osas, siis ei pruugi ka lõplikult selguda, kas selline kokkulepe on piisavas ulatuses kahjulik konkurentsile.¹⁴⁴ Seeläbi viiakse miinimumi võimalus, et teatud uudset konkurentsipiirangut sisalduv kokkulepe liigitatakse eesmärgil põhinevaks

¹⁴² Jones, A., Sufrin, B. *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. Sixth Edition. Oxford: Oxford University Press 2016, lk 200.

¹⁴³ Vt selle kohta ka Whish, R., Bailey, D., lk 125.

¹⁴⁴ Murray, G., lk 50.

konkurentsipiiranguks ilma, et oleks välja selgitatud, kas kokkulepe praktikas üldsegi piisavas ulatuses konkurentsi kahjustab.

Eelneva valguses toetab autor lähenemist, mille kohaselt on ebamääraseid konkurentsipiiranguid sisalduvate kokkulepete konteksti analüüsimise esmaseks eesmärgiks teha kindlaks, kas teatud konkurentsipiirang on varasema kogemuse baasilt kvalifitseeritav eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavana. Seeläbi välditakse vigu, et teatud uudne ja ebamäärane kokkulepe kvalifitseeritaks eesmärgil põhinevaks konkurentsipiiranguks ilma, et oleks tuvastatud, et selline kokkulepe ka tegelikult konkurentsi piisavas ulatuses kahjustaks. Samas tuleb ka tähele panna, et Euroopa Kohtu praktika järgi eksisteerib ka teine võimalus eesmärgipõhise konkurentsipiirangu tuvastamiseks. Nagu juba varasemalt välja toodud, tuvastati näiteks kohtuasjas *Hoffmann-La Roche* eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustav kokkulepe seeläbi, et analüüsiti kokkuleppe sisu ning kokkulepet ümbritsevat konteksti, mille põhjal otsustati, et kokkulepe kahjustab konkurentsi piisavas ulatuses.

1.2.2 Kokkuleppe sisu, eesmärkide ning majandusliku ja õigusliku konteksti hindamise vajadus ning ulatus raskekujuliste kokkulepete puhul

Nagu varasemalt mainitud, eristuvad ebamäärase kahjuga kokkulepetest ettevõtjatevahelised koostöövormid, mille puhul on eelneva kogemuse pinnalt selgem, et kokkulepe võib suure tõenäosusega kujutada endas eesmärgipõhist konkurentsipiirangut. Selliseid kokkuleppeid tuntakse praktikas raskekujuliste kokkulepetena. Näiteks konkurentide vaheline kokkulepe, millega pooled lepivad kokku teatud toote hinnatõusus, on suure tõenäosusega kvalifitseeritav kui keelatud kokkulepe. Kui ühel turul konkureerib omavahel kaks konkurenti, siis nendevaheline konkurentsipurve tulemusel on tarbijatel võimalik soetada õiglaste hindadega kvaliteetseid ning innovaatilisi kaupasid ja teenuseid. Kui aga teatud turul tegutsevad kaks konkurenti, kes loobuvad omavahelisest konkurentsist, leppides kokku turul müüdavate toodete või teenuste hinna, on suure tõenäosusega tegemist keelatud kokkuleppega. Selliste selgemate konkurentsi piiravate kokkulepete puhul tekib õigustatud küsimus, kas järelevalveasutusel või kohtul lasub kohustus analüüsida ka kokkuleppe täpsemat sisu, sellega saavutatavaid eesmärke ning õiguslikku ja majanduslikku konteksti, kui kokkulepe sisaldab selgelt konkurentsipiirangut, mida on varasema kogemuse baasilt peetud ilmselgelt eesmärgipõhiseks konkurentsipiiranguks ning kokkuleppel ei saa olla keelatud välistavaid ehk konkurentsi

soodustavaid mõjusid (vt ühtlasi magistritöö ptk 1.3.1). Õiguskirjandusest tuleneb, et raskekujuliste kokkulepete puhul on eesmärgipõhisuse tuvastamiseks vaja ümbritseva õigusliku ja majandusliku kontekstiga arvestada vähesel määral, kuivõrd sellised kokkulepped ilmselgelt kahjustavad konkurentsi.¹⁴⁵

Konteksti analüüsi läbiviimise kohustuse ulatust kokkulepete puhul, mis sisaldavad selgemat konkurentsipiirangut, täpsustas Euroopa Kohus *Toshiba*¹⁴⁶ kohtuasjas. *Toshiba* kohtuasi käsitles elektri- ja teiste transformaatorite sektorit, mille käigus seitse Euroopa ja Jaapani tootjat sõlmisid „härrasmeeste kokkuleppega“, mille kohaselt jaapani tootjad nõustusid mitte konkureerima Euroopa äritegevuses.¹⁴⁷ Jaapani tootjate argumentatsioon tugines väitele, et nende hoidumist Euroopa turul tegutsemisest ei tohi käsitleda kui eesmärgil põhinevat konkurentsipiirangut, kuna Euroopa turule sisenemiseks esinesid sellised turutõkked, mille tõttu ei oleks neil niikuinii kunagi olnud võimalik teiste tootjatega edukalt konkureerida.¹⁴⁸ Seetõttu oleks Euroopa Komisjon pidanud teostama üksikasjalikuma „härrasmeeste kokkuleppe“ konteksti hindamise, mis oleks tõendanud, et Toshiba ei olnud võimeline Euroopa tootjatega konkureerima, mistõttu ei oleks Euroopa Komisjon tohtinud ka kokkulepet kvalifitseerida eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks.¹⁴⁹

Euroopa Kohus *Toshiba* argumentatsiooniga ei nõustunud ning leidis esiteks, et Euroopa Kohus on varasemas praktikas otsustanud, et turgude jagamise kokkuleppetel on konkurentsi kahjustav eesmärk ning need kuuluvad ELTL artikli 101 lõike 1 kohaselt sõnaselgelt keelatud kokkulepete kategooriasse.¹⁵⁰ Samuti märkis kohus tuginedes varasemale kohtuasjale *Siemens*, et niisugust eesmärgil põhinevat konkurentsipiirangut ei saa põhjendada analüüsiga majandusliku konteksti kohta, kuhu kõnealune konkurentsivastane tegevus kuulub.¹⁵¹ Euroopa Kohus järeldas seega, et niisuguste kokkulepete puhul võib kokkuleppe majandusliku ja õigusliku konteksti analüüs piirduda sellega, mis on eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu olemasolu tuvastamiseks rangelt vajalik.¹⁵² Kuna Euroopa Üldkohus oli konteksti analüüsi

¹⁴⁵ Wong YongQuan, B. Object Restrictions in Singapore Competition Law. – Singapore Journal of Legal Studies 2017, lk 184.

¹⁴⁶ EKo C-373/14 P, *Toshiba Corporation versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2017:520.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p-d 8 ja 10.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p-d 19 ja 20.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p-d 19 ja 31.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p 28. Teisisõnu järeldas Euroopa Kohus kogemuse pinnalt, et sellised kokkulepped on vaadeldavad kui eesmärgil põhinevad rikkumised

¹⁵¹ *Ibidem*, p 28 ja seal viidatud EKo liidetud kohtuasjad C-239/11 P, *Siemens AG jt versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2013:866, p 218.

¹⁵² C-373/14 P, *Toshiba Corporation*, p 29.

raames tuvastanud, et sõlmitud kokkulepe võis ka piirata potentsiaalset konkurentsi, kuna turule sisenemiseks puudusid ületamatud tõkked, oli selle kokkuleppe raames Euroopa Üldkohtu konteksti analüüs piisav ning puudus vajadus viia läbi kokkuleppe üksikasjalikum analüüs.¹⁵³

Autori hinnangul on seega kohtuasjast *Toshiba* võimalik teha kaks järeldust konteksti analüüsi ulatuse kohta kokkulepete puhul, mis sisaldavad raskekujulist konkurentsipiirangut. Esiteks, erinevalt kohtuasjas *Siemens* väljendatust, mille kohaselt justkui teatud konkurentsipiirangute puhul puudub Euroopa Komisjonil kohustus viia läbi konteksti analüüs, on *Toshiba* lahendist tuletatav, et ka raskekujuliste kokkulepete puhul on Euroopa Komisjonil kohustus teostada konteksti analüüs. Samas puudub Euroopa Komisjonil kohustus viia läbi sama laiapõhjaline konteksti analüüs kui konkurentsipiirangute puhul, millest tulenev kahju on esmapilgul ebamäärane – raskekujulisi konkurentsipiiranguid sisalduvate kokkulepete puhul võib konteksti analüüs piirduda sellega, mis on rangelt vajalik eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu olemasolu tuvastamiseks.

Õiguskirjanduses kohaselt seisneb konteksti analüüsi roll kohtuasjas *Toshiba* nimelt selles, kas kontekst näitas, et kõnealune kokkulepe oli vaadeldav turu jagamise kokkuleppena. Kuna vastus sellele küsimusele oli jaatav, siis ei olnud enam täiendavalt vajalik käsitleda kokkulepet ümbritsevat konteksti.¹⁵⁴ Seega tähendab autori hinnangul konteksti hindamise „range vajalikkus“ *Toshiba* kohtuasja valguses ennekõike seda, et tuvastatakse, kas raskekujuline kokkulepe sisaldab konkurentsipiirangut, mida on varasemas praktikas pidevalt ja selgelt peetud eesmärgipõhiseks konkurentsipiiranguks (nagu näiteks hinnakartell või tooteturu jagamine konkurentide vahel). Kuna raskekujuliste kokkulepete puhul nähtub selline konkurentsipiirang tavaliselt selgemalt kui ebamääraste kokkulepete puhul, siis võibki konteksti analüüs piirduda sellega, mis on rangelt vajalik teatud kokkuleppes leiduva raskekujulise konkurentsipiirangu välja selgitamiseks.

Samuti tuleneb õiguskirjandusest, et täiendavalt peab igakordselt võtma konteksti arvesse ka põhjusel, et teatud juhtudel ei ole ka raskekujulised kokkulepped rikkunud ELTL artiklit 101 neid ümbritseva õigusliku ja majandusliku konteksti tõttu.¹⁵⁵ Selleks, et välja selgitada, kas

¹⁵³ *Ibidem*, p-d 30-32, 34.

¹⁵⁴ Wong YongQuan, B, lk 186-187.

¹⁵⁵ Lamadrid, A, Ibanez Colomo, P. AG Saugmandsgaard Øe in Case C-179/16, F Hoffmann La Roche v AGCM: a Canonical Approach to Restrictions by Object. (16.10.2017) – chillingcompetition.com. Chillin'Competition

faktiline olukord õigustab konkurentsipiirangu eesmärgil põhinevaks piiranguks kvalifitseerimist, tuleb seetõttu igakordselt läbi viia ka nende suhtes teatud ulatuses õigusliku ja majandusliku konteksti analüüs. Näiteks on õiguskirjanduses juhitud tähelepanu kohtujurist J. Mazak kohtuasjale *Pierre Fabre* eelnenud ettepanekule.¹⁵⁶ Kohtujurist J. Mazak leidis, et konteksti hindamist ei saa täiesti ära jätta isegi kui teatud kokkulepe võib *prima facie* näida eesmärgipõhise rikkumisena.¹⁵⁷ Näiteks *Javico* kohtuasjas peeti ekspordikeeldu sisaldavat kokkulepet tagajärjepõhiseks rikkumiseks, kuigi varasemas praktikas oli sarnast kokkulepet peetud eesmärgil põhinevaks kokkuleppeks.¹⁵⁸ See tähendab, et kui Euroopa Kohus oleks tuginenud vaid varasemale kogemusele ning mitte arvesse võtnud kokkuleppe õiguslikku ning majanduslikku konteksti, ei oleks Euroopa Kohtul tekkinud ka võimalust jõuda erinevale seisukohale võrreldes varasema praktikaga.

Seetõttu tuleb autori hinnangul jagada ELTL artiklit 101 rikkuvad konkurentsipiirangud kolme kategooriasse:

- 1) Kokkulepped, mis sisaldavad kogemuse baasilt selgeid konkurentsipiiranguid ning mille puhul saab need kokkulepped kvalifitseerida eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks ilma, et peaks üksikasjalikult hindama kokkuleppe laiemat konteksti. Sellisel juhul võib kokkuleppe majandusliku ja õigusliku konteksti analüüs piirduda sellega, mis on eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu olemasolu tuvastamiseks rangelt vajalik.
- 2) Kokkulepped, mille eesmärgiks võib olla konkurentsi piirata, kuid mille puhul on vaja läbi viia üksikasjalikum õigusliku ja majandusliku konteksti hindamine. Seejärel on võimalik otsustada, kas kokkulepet ümbritsev kontekst näitab, et kogemuse järgi kahjustab kokkulepe konkurentsi piisavas ulatuses ja on seega kvalifitseeritav eesmärgipõhise konkurentsipiiranguna. Alternatiivselt on peetud kohtupraktikas ka võimalikuks, et kokkulepet hinnatakse otse selle sisu, eesmärgi ning õigusliku ja majandusliku konteksti järgi, mille põhjal otsustatakse, kas kokkulepe kahjustab konkurentsi piisavas ulatuses.

blogi. <https://chillingcompetition.com/2017/10/16/ag-saugmandsgaard-oe-in-case-c-17916-f-hoffmann-la-roche-v-agcm-a-canonical-approach-to-restrictions-by-object/>, (24.04.2022).

¹⁵⁶ Zelger, B, lk 367.

¹⁵⁷ EKo C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS versus Président de l'Autorité de la concurrence and Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, ECLI:EU:C:2011:113, kohtujurist Mazak ettepanek, p 27.

¹⁵⁸ Zelger, B, lk 367.

- 3) Kokkulepped, mille eesmärgiks ei ole konkurentsi kahjustada, kuid mis rikuvad siiski ELTL artiklis 101 lõikes 1 sätestatud keeldu, kuna on võimalik tõendada, et need on tagajärjepõhiselt konkurentsi kahjustavad.

1.3 Eesmärgipõhise konkurentsi kahjustava kokkuleppe hindamine selle sisu ja konteksti järgi

Magistritöö peatükis 1.1 jõudis autor järeldusele, et viimaste aastate kohtupraktika valguses on saanud selgeks, et eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavate konkurentsipiirangute mõistet saab kohaldada vaid teatud tüüpi kokkulepete suhtes, millel on konkurentsi piisavalt kahjustav ulatus. Magistritöö peatükist 1.2 lisandus reegel, et selleks, et hinnata, kas kokkuleppel on konkurentsi piisavalt kahjustav ulatus, peab juurdunud kohtupraktika järgi iga kokkuleppe puhul hindama kokkuleppe sisu, eesmärke, mida soovitakse saavutada, ning majanduslikku ja õiguslikku konteksti. Magistritöö peatükk 1.3 uurib lähemalt, milliste täiendavate tingimustega tuleb konkurentsi kahjustava kokkuleppe sisu, eesmärki ning majanduslikku ja õiguslikku konteksti hindamisel arvestada.

Kokkuleppe sisu ja sellega saavutatavate eesmärkidega arvestamine on eelkõige vajalik põhjusel, et kokkuleppe sisu ja eesmärkide hindamine aitab vastata küsimusele, kas analüüsitud kokkuleppe sisaldab teatud tüüpi konkurentsipiirangut, mis on varasema kogemuse põhjal (vt ptk 1.2) kvalifitseeritud kui eesmärgipõhine konkurentsipiirang.¹⁵⁹ Kokkulepetes sisalduvad lepingupunktid ning nende sõnastus võivad olla erinevad ning nende sügavam analüüsimine aitab tuvastada, kas kõnealune kokkulepe on kvalifitseeritav näiteks hindade kindlaksmääramise kokkuleppega.¹⁶⁰ Muuhulgas tuleb eesmärgipõhisuse analüüsimisel kokkuleppe sisu ning kokkuleppega saavutatavaid eesmärke käsitleda n-ö käsikäes, kuna esimest kasutatakse teise tuvastamiseks – kokkuleppe sisu näitab, mis on selle kokkuleppe laiem eesmärk.¹⁶¹

¹⁵⁹ Nagu juba varasemalt välja toodud, on täiendavalt näiteks kohtuasjas *Hoffmann-La Roche* eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustav kokkulepe tuvastatud seeläbi, et analüüsiti otse kokkuleppe sisu ning kokkulepet ümbritsevat konteksti, mille põhjal otsustati, et kokkulepe kahjustab konkurentsi piisavas ulatuses.

¹⁶⁰ Peeperkorn, L., p 34.

¹⁶¹ Koivusalo, J., lk 328.

Seejuures ei ole „eesmärk“ konteksti analüüsi tähenduses võrdsustatud näiteks Eesti karistusõiguses tuntud subjektiivse koosseisuga. Nimelt on Euroopa Kohus korduvalt leidnud, et kokkuleppe eesmärgi hindamisel ei ole poolte tahe oluline asjaolu, kuid samas ei keela mitte miski Euroopa Komisjonil või liikmesriikide kohtutel sellega arvestada.¹⁶² Kuna kokkuleppe kontekst peab näitama, et kokkulepe kujutab endast piisavat kahju konkurentsile, toetab autor pigem lähenemist, mille kohaselt on kokkuleppe poolte subjektiivsed eesmärgid asjakohatud, kuivõrd subjektiivsed asjaolud ei saa omada reaalselt mõju konkurentsile turul. Eelneva valguses peab kokkuleppe eesmärki vaatlema objektiivselt ning seega vastama küsimusele, kas kokkuleppe eesmärgiks on turgu piisavas ulatuses kahjustada jättes samal ajal kõrvale poolte subjektiivse tahtluse.

Kuivõrd iga kokkuleppe puhul tuleb arvestada ka kokkulepet ümbritsevat konteksti, analüüsib autor järgnevalt, milliste täiendavate tingimustega tuleb täiendavalt konkurentsile kahjustava kokkuleppe sisu, eesmärgi ning majandusliku ja õigusliku konteksti hindamisel arvestada.

1.3.1 Kokkuleppest tulenevate täiendavate tingimustega arvestamine konteksti analüüsi raames ELTL artikkel 101 lõike 1 alusel

Selleks, et teha kindlaks, kas kokkulepe kannab endast kogemusele tuginedes vaid konkurentsile piisavas ulatuses kahjustamise eesmärki, on ka juba ELTL artikli 101 alusel läbiviidava analüüsi raames võimalik arvestada erinevate asjaoludega, mis lükkaksid ümber kokkuleppe konkurentsile piirava eesmärgi. Ennekõike tekitab autori hinnangul küsimusi, kas kokkuleppest tuleneva soodustava mõjuga võib juba arvestada siis, kui otsustatakse, kas kokkuleppe näol on tegemist eesmärgipõhise konkurentsipiiranguga või peab kokkuleppest tulenevaid soodustavaid mõjusid arvestama vaid ELTL artikkel 101 lõike 3 alusel tehtava analüüsi raames.

Euroopa Komisjon toetab lähenemist, mille kohaselt on kokkuleppest tuleneva soodustava mõju hindamine asjakohane vaid ELTL artikkel 101 lõike 3 alusel läbiviidava analüüsi raames.¹⁶³ Nimelt tuleneb Euroopa Komisjoni 2004. a suunistest, et ELTL artikkel 101 lõike 1 raames käsitletakse vaid konkurentsile kahjustava eesmärgi või mõjuga kokkulepete kindlakstegemist. See-eest ELTL artikkel 101 lõike 3 raames tuvastatakse konkurentsile

¹⁶² C-8/08, *T-Mobile*, p 27.

¹⁶³ Ibanez Colomo, P. The Legal Status of Pay-for-Delay Agreements in EU Competition Law. – papers.ssrn.com. SSRN, lk 18. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3693746, (22.04.2022).

soodustavad mõjud ning seejärel kaalutakse, kas kokkuleppest tulenevad soodustavad mõjud kaaluvad üles kokkuleppest tulenevad negatiivsed mõjud.¹⁶⁴ Selleks võetakse arvesse nelja ELTL artiklis 101 lõikes 3 sätestatud kumulatiivset eeldust.¹⁶⁵ Vähemalt korra on Euroopa Komisjoni lähenemine leidnud ka kinnitust Euroopa Kohtu praktikas. Kohtuasjas *BIDS* leidis nimelt Euroopa Kohus, et kokkuleppest tulenevaid õiguspäraseid eesmärke võib vajaduse korral arvesse võtta ainult ELTL artikli 101 lõike 3 raames selleks, et teha erand sama artikli lõikes 1 osutatud keelust.¹⁶⁶ Nii Euroopa Komisjoni kui kohtuasja *BIDS* vastavasisuliste seisukohtade puhul tuleb aga arvestada, et Euroopa Komisjoni suunis pärineb 2004. aastast ning kohtuasi *BIDS* 2007. aastast.

Õiguskirjanduses on samas kokkuvõtlikult leitud, et eesmärgipõhise kokkuleppe hindamisel peab ka juba ELTL artikli 101 lõike 1 raames arvestama, kas kokkulepe on usutavasti konkurentsi soodustav. Kui kokkulepe ei too kaasa soodustavaid mõjusid, siis võib eeldada, et tegemist on eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustava kokkuleppega. Sellist lähenemist on praktikas kasutanud ka Euroopa Kohus. Nimelt on mitmes kohtuasjas Euroopa Kohus alustanud oma analüüsi sellest, et tuvastatakse põhjus, miks ettevõtjad on teatud koostöövormi kasuks otsustanud. Teisisõnu – miks on ettevõtjad teatud koostöövormi rakendanud arvestades samuti koostöövormi ümbritsevat õiguslikku ja majanduslikku konteksti. Kui analüüs näitab, et koostöövormi rakendamiseks puudusid usaldusväärsed konkurentsi soodustavad põhjused, järeldeb Euroopa Kohus tavaliselt, et koostöövormi eesmärgiks oli konkurentsi kahjustada. Kui aga sellel koostöövormil võib konkurentstile olla nii positiivne kui ka negatiivne mõju, tuleb koostöövormi lähemalt analüüsida.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Euroopa Komisjoni 2004. a suunised, p 32.

¹⁶⁵ ELTL artikli 101 lõike 3 kohaselt mis aitavad parandada kaupade tootmist või levitamist või edendada tehnilist või majanduslikku progressi, võimaldades samal ajal tarbijatel saada sellest tulenevast kasust õiglase osa, ilma et a) kehtestaks asjassepuutuvatele ettevõtjatele piiranguid, mis ei ole nimetatud eesmärkide saavutamiseks hädavajalikud; b) annaks sellistele ettevõtjatele võimalust kõrvaldada konkurentsi kõnesolevate toodete olulise osa suhtes.

¹⁶⁶ C-209/07, *BIDS*, p 21.

¹⁶⁷ Ibanez Colomo, P., Lamadrid, A. On the Notion of Restriction of Competition: What We Know and What we Don't Know We Know. – papers.ssrn.com. SSRN, lk 24. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849831, (22.04.2022). P. Ibanez Colomo ja A. Lamadrid hinnangul saab antud järelduse teha toetudes kohtuasjadele *Cartes Bancaires* ja *Maxima Latvija*. Samas ei põhjenda autorid, miks just nendest kohtuasjadest saab sellisele järeldusele jõuda. Samas on hiljem P. Ibanez Colomo kohtuasja *Cartes Bancaires* osas järeldanud, et kõnealused ettevõtjate meetmed võisid kohtu hinnangul olla „usutavasti konkurentsi soodustavad“, kuna kokkulepet sõlmides oli ettevõtjate eesmärgiks püüda lahendada *free-riding* probleeme, mida P. Ibanez Colomo peab legitiimseks eesmärgiks. Autori hinnangul võis P. Ibanez Colomo loogika peituda selles, et kuivõrd kõnealused ettevõtjate vahelised meetmed võisid tuua turule kaasa nii positiivse kui ka negatiivse mõju, välistas see antud meetmete eesmärgipõhisuse. Vt selle kohta Ibanez Colomo, P. Restrictions by Object in ISU: why has the Commission not Drawn the Lessons from Cartes Bancaires and Maxima Latvija? (04.04.2018) – chillingcompetition.com. Chillin'Competition blogi. <https://chillingcompetition.com/?s=maxima> (22.04.2022).

Hilisemas praktikas on mitmed Euroopa Kohtu kohtujuristid toetanud lähenemist, mille kohaselt on konkurentsi soodustavate tagajärgedega arvestamine asjakohane ka juba ELTL artikli 101 lõike 1 alusel läbiviidava analüüsi raames. Näiteks kohtujurist N. Wahl leidis kohtuasjale *Cartes Bancaires* eelnenud ettepanekus, et kokkulepe kahjustab konkurentsi eesmärgipõhiselt, kui kokkuleppest tulenevad kahjulikud tagajärjed konkurentsile on kaalukamad kui konkurentsile soodsad tagajärjed.¹⁶⁸ N. Wahl-i hinnang tähendab, et kui pärast kokkuleppe konteksti hindamist on selge, et kokkulepe ei saa turule kaasa tuua soodustavaid tagajärgi, siis saab kokkulepet pidada konkurentsivastase eesmärgiga kokkuleppeks. Kui aga kokkulepet ümbritsevat konteksti arvestades võivad konkurentsi soodustavad tagajärjed olla kaalukamad kui negatiivsed tagajärjed, siis ei saa antud tegevust enam käsitleda eesmärgil põhineva konkurentsipiiranguna ning seega on vaja tuvastada, kas kokkuleppel on konkurentsivastane tagajärg. Kokkuvõtlikult tähendab eelnev, et kohtujuristi N. Wahl-i arvates on kokkuleppe piisava kahjuliku ulatuse kindlaks tegemiseks oluline arvestada ka kokkuleppest tulenevate positiivsete tagajärgedega.

Veidi erineva lähenemise, kuid autori hinnangul sisult sarnase seisukoha on võtnud kohtujurist M. Bobek kohtuasjale *Budapest Bank* eelnevas ettepanekus. Kohtujurist M. Bobek on nimelt leidnud, et konteksti raames läbi viidava analüüsi peamiseks eesmärgiks on välja selgitada, kas kokkuleppe puhul eksisteerivad erilised asjaolud, mis võiksid tekitada kahtlusi kokkuleppe eeldavalt kahjulikus olemuses.¹⁶⁹ M. Bobek nimetab seda „elementaarseks tegelikkusele vastavuse kontrolliks“, mille raames peab järelevalveasutus lihtsalt üsna üldisel tasandil kontrollima, kas kokkuleppe puhul esineb õiguslikke või faktilisi asjaolusid, mis välistaks konkurentsi piiramise asjaomase kokkuleppe või tegevusega.¹⁷⁰ Seejuures tõi M. Bobek kujundliku kirjelduse, mille korral on järelevalveasutusel kohustuslik läbi viia eesmärgipõhise analüüsi asemel kokkuleppe tagajärgede hindamine: „kui asi näeb välja nagu kala ja lõhnab nagu kala, siis võibki eeldada, et tegemist on kalaga. Kui konkreetse kala juures ei ilmne midagi veidrat, näiteks et tal ei ole uimi, et ta hõljub õhus või lõhnab nagu liilia, siis ei ole selle kalaks liigitamiseks vaja seda põhjalikult lahata. Kui aga asjaomase kala juures on midagi ebatavalist, siis võib selle ikkagi kalaks liigitada, kuid alles pärast taolise olendi üksikasjalikku uurimist“.¹⁷¹

¹⁶⁸ C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, kohtujuristi N. Wahl ettepanek, p 55.

¹⁶⁹ EKo C-228/18, *Budapest Bank*, kohtujuristi Bobek ettepanek, p 48.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p 49.

¹⁷¹ *Ibidem*, p 51.

Autor leiab, et üksikasjaliku uurimise all peabki M. Bobek silmas just vajadust analüüsida kokkuleppes tulenevaid tagajärgi olukorras, kui eksisteerivad kahtlused, kas kõnealust kokkulepet saab ikkagi pidada eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks. Seega on kohtujurist M. Bobeki hinnangul asjakohane arvestada konteksti analüüsimisel eriliste asjaoludega, mis võiksid ümber lükata eesmärgipõhisuse juba ELTL artikkel 101 lõike 1 raames ning mitte ainult ELTL artikli 101 lõike 3 raames.

Autori hinnangul tuleneb kahe eelnimetatud kohtujuristi seisukohtadest, et teatud ulatuses saab kokkuleppes tulenevate konkurentsi soodustavate tagajärgedega arvestada ka juba ELTL artikkel 101 lõike 1 alusel läbiviidava analüüsi raames. Autor nendib, et kohtujuristide N. Wahl-i ja M. Bobek-i seisukohad on ennekõike rakendatavad olukorras, kus kõne all on keerulisemate formuleeringutega kokkulepped. Nende puhul ei pruugi esmapilgul kohe nähtuda, et kokkulepe sisaldab konkurentsipiirangut, mille puhul saab selle kahjulikkust turule eeldada. Sellistest kokkulepetest võib tuleneda ka soodsaid tagajärgi, millega peab N. Wahl ja M. Bobeki arvamuse kohaselt arvestama. Samas raskekujuliste kokkulepete puhul ei pruugi nimetatud kohtujuristide lähenemine niivõrd asjakohane olla. Kui näiteks ettevõtjatevaheline koostöövorm sisaldab endas selget kokkulepet, mille kohaselt jagatakse kahe ettevõtja vahel konkreetselt turg, siis on õigustatud eeldada pärast piiratud konteksti analüüsi läbiviimist, et selline konkurentsipiirang kahjustab konkurentsi piisavas ulatuses ning seetõttu on tegemist eesmärgipõhise konkurentsipiiranguga.

Kui vaadelda Euroopa Kohtu viimaste aastate praktikat, siis on N. Wahl-i ja M. Bobek-i seisukohad leidnud rakendamist ka Euroopa Kohtu praktikas. Autori hinnangul on kokkuleppes tulenevate soodustavate mõjudega arvestamist põhjalikumalt käsitletud kohtuasjas *Generics*. Õiguskirjanduses on näiteks leitud, et kohtuasja *Generics* tähtsus seisneb asjaolus, et sellest tuleneb selgesõnalisel viisil, et kokkuleppes tulenevate soodustavate mõjudega tuleb arvestada juba kokkulepet ümbritseva konteksti hindamisel.¹⁷²

Euroopa Kohus leidis nimelt kohtuasjas *Generics*, „et kui kokkuleppe pooled tuginevad kokkuleppes tulenevatele konkurentsi soodustavatele tagajärgedele, tuleb neid kokkuleppe „eesmärgil põhinevaks piiranguks“ kvalifitseerimisel selle konteksti kuuluvate asjaoludena nõuetekohaselt arvesse võtta, /.../, kuna need võivad kahtluse alla seada üldise hinnangu sellele,

¹⁷² Ibanez Colomo, P. The Legal Status of Pay-for-Delay Agreements in EU Competition Law, lk 17.

kas kooskõlastatud tegevus kahjustab konkurentsi piisaval määral /.../“.¹⁷³ Seeläbi nõustus Euroopa Kohus kohtuasjas *Generics* kohtujuristi J. Kokott eelneva ettepanekuga, kes leidis, et kokkuleppes tulenevaid eeliseid tuleb arvestada seetõttu, et tuvastada, kas kokkulepe toob kaasa teatavaid eeliseid tarbijale. Kui see on võimalik, siis ei saa enam kokkulepet kvalifitseerida eesmärgil põhinevaks konkurentsipiiranguks, kuna ilma kokkuleppe tagajärgi analüüsimata pole võimalik teada, kas see kokkulepe võib tervikuna ka konkurentsi piirata või toob tarbijale kaasa hoopiski eeliseid.¹⁷⁴

Oluline on mainida, et järelevalveasutusel või Euroopa Komisjonil ei teki iseenesest kohustust kontrollida, kas kokkuleppes võivad ka tuleneda soodustavaid tagajärgi, vaid neid peab hindama ainult juhul, kui kokkuleppe pool on nendele menetluses tuginenud.¹⁷⁵ Seejuures ei saa vaid viidata kokkuleppes tulenevatele soodustavatele mõjudele, vaid kokkuleppes tulenev soodustav mõju peab olema kindel ja asjakohane ning samuti kokkuleppele omane.¹⁷⁶ Toetudes kohtuasja *Generics* asjaoludele, järeldas kohus, et kuna kokkuleppes tekkisid vaid minimaalsed ja ebakindlad konkurentsi soodustavad mõjud, ei saanud seetõttu pooled tugineda soodustavate mõjude argumendile.¹⁷⁷

Paar kuud hiljem leidis kohtuasja *Generics* lähenemine kaudselt kinnitust ka teises kohtuasjas *Budapest Bank*. Euroopa Kohus leidis, et kokkuleppe hindamisel pidi võtma arvesse, kas kokkuleppes tuleneva hinnatõusu ümberlükkamiseks eksisteeris veenvaid kaudseid tõendid või vastuolulisi asjaolusid.¹⁷⁸ Õiguskirjanduses on jõutud kohtuasja *Budapest Bank* osas aga järeldusele, et antud seisukoht tähendab, et eesmärgipõhiste kokkulepete hindamisel tuleb soodsate mõjudega arvestada juba ELTL artikli 101 lõike 1 raames.¹⁷⁹ Eelnevast tuleneb, et nii kohtuasja *Generics* kui ka *Budapest Bank* kohaselt ei ole soodsate mõjudega arvestamine asjakohane üksnes ELTL artikli 101 lõike 3 kontekstis.¹⁸⁰

¹⁷³ EKo C-307/18, *Generics*, p 103.

¹⁷⁴ EKo C-307/18, *Generics (UK) Ltd jt versus Competition and Markets Authority*, kohtujuristi J.Kokott ettepanek, punkt 165.

¹⁷⁵ EKo C-591/16 P, Lundbeck, p 136; EKo C-307/18, *Generics*, p 103.

¹⁷⁶ EKo C-307/18, *Generics*, p 105. Vt ka EKo C-591/16 P, Lundbeck, p 137.

¹⁷⁷ Rizzuto, F., Lynch, M.E. The Implications of the *Generics UK* “Pay-for-Delay” Ruling of the Court of Justice of the European Union. – *European Competition and Regulatory Law Review* 2020/4, No 2, lk 159.

¹⁷⁸ C-228/18, *Budapest Bank*, p-d 82-83.

¹⁷⁹ Kalas, T. KarSK § 400/22.5. – *Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Juura 2021.

¹⁸⁰ Bardusco, T, de Juvigny, O., lk 165.

2. KONKURENTSI KAHJUSTAVA EESMÄRGI NING TAGAJÄRJE ERISTAMINE EESTI KONKURENTSIÕIGUSE KONTEKSTIS

2.1 Keelatud kokkulepete üldine süsteem Eesti konkurentsioiguses: konkurentsiseadus ja karistusseadustik

Eestis on konkurentsi kahjustavate kokkulepete sõlmimise keeld sätestatud nii konkurentsiseaduse §-s 4 kui ka karistusseadustiku (edaspidi KarS)¹⁸¹ §-s 400.

KonkS § 4 näeb ette teatud loetelu ettevõtjate vahelistest koostöövormidest, mis on keelatud, kui koostöövorm kahjustab konkurentsi eesmärgi- või tagajärjepõhiselt. KonkS §-i 4 on keelatud koostöövormidena nimetatud muuhulgas näiteks otsese või kaudse hinna kindlaksmääramine kolmandate isikute suhtes, tootmise või investeringute piiramine kui ka kaubaturu või varustusallika jagamine. Kui võrrelda KonkS §-s 4 sisalduvat loetelu ELTL artikliga 101, siis on selge, et KonkS §-s 4 sisalduv loetelu baseerub ELTL artiklil 101. Ainsa erinevusena võib välja tuua, et KonkS § 4 loetelus on ühe keelatud koostöövormina toodud ka konkurentsi kahjustava teabe vahetamine. ELTL artikli 101 loetelu aga sellist koostöövormi ei sisalda. Nagu varasemalt mainitud, siis autor ei käsitle magistritöös teabevahetusega seonduvat, kuivõrd autori hinnangul on antud problemaatikat juba Eestis piisava põhjalikkusega uuritud.¹⁸²

Samal ajal sätestab konkurentsi kahjustava kokkuleppe keelu ka kehtiv KarS. KarS § 400 lõige 1 sätestab, et konkurentsi kahjustava eesmärgi või tagajärjega ettevõtjatevahelise kokkuleppe, otsuse või kooskõlastatud tegevuse eest karistatakse rahalise karistuse või ühe- kuni kolmeaastase vangistusega. Selleks, et oleks täidetud KarS § 400 lõike 1 koosseis, on seega vaja näidata, et ettevõtjatevaheline koostöövorm kahjustab konkurentsi eesmärgi- või tagajärjepõhiselt. Lisaks toob KarS § 400 lõige 2 välja loetelu konkurentsipiirangutest, mille puhul ei ole vaja näidata, et ettevõtjatevaheline tegevus kahjustab konkurentsi eesmärgi- või tagajärjepõhiselt. KarS § 400 lõige 2 nimekirja kuuluvad teatud raskekujulised ettevõtjatevahelised koostöövormid. Näiteks on KarS § 400 lõike 2 järgi keelatud määrata otseselt või kaudselt kolmandate isikute suhtes kindlaks hind või muud kauplemistingimused.

¹⁸¹ Karistusseadustik. – RT I, 21.05.2021, 9.

¹⁸² Vt viide 15.

Eelnevast nähtub, et keelatud kokkuleppeid menetletakse Eestis nii haldusjärelevalve- kui ka kriminaalmenetluses. Kuigi kriminaalmenetluse seadustiku §-i 6 kohaselt kehtib Eestis *in dubio pro duriore* põhimõte, mille kohaselt peab iga kuriteokahtluse tõlgendama kriminaalmenetluse alustamise kasuks, on Eestis keelatud kokkuleppeid suures osas menetletud ka Konkurentsiameti poolt ennekõike haldusjärelevalvemenetluses.¹⁸³ Perioodil 2008-2020 on Konkurentsiamet viinud läbi 30 kriminaalmenetlust ning 237 riiklikku järelevalvemenetlust.¹⁸⁴ Samas on Riigikohtus keelatud kokkulepetega seonduvat käsitletud just ennekõike Riigikohtu kriminaalkollegiumi tasandil. Seega leidub eesmärgi- ning tagajärjepõhiste konkurentsipiirangute eristamise praktikat nii KonkS § 4 kui ka KarS § 400 kontekstis.

Seejuures tuleb KonkS § 4 kohaldamisel arvestada EL konkurentsioigusega ning selle alusel välja kujunenud Euroopa Kohtu praktikaga. Riigikohus on samuti olnud arvamusel, et ka KarS § 400 tõlgendamisel tuleb lähtuda KonkS §-st 4 ja seega ühtlasi EL konkurentsioigusest.¹⁸⁵ Nõukogu määruse (EÜ) nr 1/2003¹⁸⁶ järgi ei tohi riigisisene konkurentsioiguse kohaldamine põhjustada sellist ettevõtjate tegevuse keelamist, mis võivad mõjutada liikmesriikide vahelist kaubandust, kuid ei piira konkurentsi ELTL art 101 lg 1 kohaselt. Kuigi Nõukogu määrus (EÜ) nr 1/2003 teeb liikmesriikidele kohustuslikuks tagada, et siseriiklik konkurentsioigus ei oleks vastuolus EL konkurentsioigusega, puudutab see aga piiriülest mõju omavat ettevõtjatevahelist tegevust. Nõukogu määrus (EÜ) nr 1/2003 jätab seega liikmesriikidele võimaluse kohaldada EL õigusest erinevaid põhimõtteid, kui ettevõtjatevahelisel koostööl puudub piiriülene mõju.¹⁸⁷

Samas on Riigikohus kinnitanud, et vaid riigisisest kaubandust mõjutava ettevõtjatevahelise tegevuse puhul tuleb samuti järgida EL õigust. Vastasel juhul kehtiks ühes EL liikmesriigis erinev konkurentsioigust reguleeriv õiguskord.¹⁸⁸ Eestis seadusandluses kehtivatest konkurentsieeskirjadest tuleb lähtuda vaid siis, kui Eesti seadusandja on üksnes Eesti-sisest kaubandust mõjutavat ettevõtjate vahelist koostööd reguleerides sätestanud EL

¹⁸³ Tamm, E. Public Competition Law Enforcement System in Estonia and Selected Practical Questions. Kilpailuoikeudellinen VuosiKijra, Konkurensrättslig Årsbok, Competition Law Yearbook 2020, lk 47. *In dubio pro duriore* põhimõtte kohta vt ka RKKKo 3-1-1-129-13 p 7.

¹⁸⁴ Tamm, E, lk 42. Konkurentsiameti statistika osas tuleb märkida, et Konkurentsiameti statistikas pole eristatud turgu valitseva seisundi kuritarvitamisega seotud kaasusi keelatud kokkulepetest, kuid sellegipoolest annab antud statistika indikatsiooni, et Eestis on keelatud kokkuleppeid menetletud suures osas ka riikliku haldusjärelevalve menetluse raames.

¹⁸⁵ RKKKo 3-1-1-12-11 p 12.

¹⁸⁶ Nõukogu määrus (EÜ) nr 1/2003, 16. detsember 2002, asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta. – ELT L 1, 04.01.2003, lk 1-25.

¹⁸⁷ Kalas, T. KarSK § 400/27.

¹⁸⁸ RKKKo 3-1-1-12-11 p 12.

konkurentsioigusest erinevaid norme.¹⁸⁹ Autori hinnangul ei ole aga magistritöö kontekstis Eesti seadusandja kehtestanud keelatud koostöövormide osas erinevaid konkurentsieeskirju võrreldes EL-ga – nii KonkS kui ka KarS keelab sarnased koostöövormid, nagu on sätestatud ELTL artiklis 101 lõikes 1.¹⁹⁰ Ennekõike on antud küsimus asjakohane KarS § 400 lõike 2 osas, mille kohaselt ei tule erinevalt ELTL artiklist 101 lõikest 1 näidata, et teatud keelatud koostöövormi tõendamiseks peab selle eesmärgiks või tagajärjeks olema konkurentsi kahjustada. Õiguskirjanduses on täiendavalt juhitud tähelepanu asjaolule, et ühestki allikast ei nähtu, nagu oleks Eestis soovitud KarS § 400 lõike 2 osas kehtestada EL konkurentsioigusest erinevaid norme. Sellisele seisukohale ei ole asunud seadusandja ega Riigikohus. Seega tuleb ka KarS § 400 lõiget 2 tõlgendada lähtuvalt EL õigusest ja Euroopa Kohtu praktikast.¹⁹¹ Eelneva valguses asub autor seisukohale, et magistritöö kontekstis peab keelatud koostöövormide praktika Eestis vastama EL konkurentsioiguses kehtivatele põhimõtetele.

2.2 A priori keelatud koostöövormide põhimõtte rakendamine Eestis ning selle kooskõla EL konkurentsioigusega

Aastate jooksul on Eesti kohtupraktikas välja kujunenud praktika, mille kohaselt on teatud ettevõtjatevahelised koostöövormid keelatud ilma et iga kord peaks eraldi tuvastama, kas ettevõtjatevaheline koostöövorm konkurentsi eesmärgi- või tagajärjepõhiselt kahjustab. Teisisõnu valitseb Eesti kohtupraktikas põhimõte, mille kohaselt rakendub Eestis nimekiri ettevõtjatevahelistest koostöövormidest, mis on *a priori* ehk iseenesest keelatud. Nimetatud põhimõte on leidnud kahel korral kinnitust Riigikohtu tasandil.¹⁹² Käesolevas magistritöö alapeatükis analüüsib autor, kas *a priori* nimekiri keelatud koostöövormidest on leidnud kinnitust ka EL konkurentsioiguse praktikas ning kas Eestis välja kujunenud *a priori* nimekiri keelatud koostöövormidest on kooskõlas EL õigusega.

KarS § 400 lõikes 2 on loetletud teatud liiki ettevõtjatevahelised koostöövormid, mis vähemalt sätte sõnastuse järgi ei nõua igakordselt konkurentsivastase eesmärgi või tagajärje tuvastamist. Esimest korda tõlgendati KarS § 400 lg 2 sisalduvat loetelu Riigikohtu praktikas lahendis 3-1-1-32-10.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ Vt selle kohta ka Frolov, R., lk 217.

¹⁹¹ Kalaus, T., KarSK § 400/27.

¹⁹² Kalaus, T., KarSK § 400/25.

Eelnimetatud lahendis süüdistas prokuratuur kaht ettevõtjat ning nende esindajaid konkurentsi kahjustava kokkuleppe sõlmimises KarS § 400 lõike 2 järgi. Ettevõtted leppisid omavahel kooskõlastatult kokku, et üks ettevõtte esitab kõrgema hinnaga pakkumuse Jõgevamaa Maavalitsuse poolt välja kuulutatud hanke raames. Seeläbi panid prokuratuuri hinnangul süüdistatavad toime konkurentsi kahjustava kokkuleppe määra otseselt ja kaudselt kindlaks kolmandate isikute suhtes hinna- ja muud kauplemistingimused ning jagades kaubaturu.¹⁹³ Maakohus mõistis süüdistatavad õigeks leides, et süüdistatavad ei kahjustanud oma tegevusega vaba konkurentsi.¹⁹⁴ Vaidlus jõudis lõpuks välja Riigikohtusse, kus süüdistatavad mõisteti õigeks põhjusel, et Riigikohus ei tuvastanud KarS § 400 objektiivse koosseisu elemendina ettevõtjatevahelist kokkulepet.¹⁹⁵ Magistritöö kontekstis on aga oluline, et Riigikohus selgitas muuhulgas, kuidas peab sisustama KarS § 400 lõiget 2.

Riigikohus leidis, et kui KarS § 400 lõige 1 nõuab konkurentsi kahjustava eesmärgi või tagajärje tuvastamist, siis KarS § 400 lõike 2 järgi see nõutav ei ole. Nimelt sisaldab Riigikohtu hinnangul KarS § 400 lõige 2 loetelu ettevõtjatevahelisest koostöövormidest, mida peetakse *a priori* konkurentsi kahjustavaks ja mille puhul ei ole eraldi nõutud konkurentsi kahjustava tagajärje või eesmärgi tuvastamine.¹⁹⁶ Sellist Riigikohtu tõlgendust toetab ka KarS § 400 lg 2 sõnastus, mis iseenesest ei nõua, et ettevõtjatevahelisel koostöövormil peaks olema eesmärk või tagajärg konkurentsi kahjustada.

Riigikohus selgitas antud lahendis ka KonkS §-ga 4 seonduvat. Oluline on märkida, et KonkS § 4 lõike 1 sõnastusest tuleneb selgelt, et konkurentsi kahjustavad vaid sellised ettevõtjatevahelised tegevused, mille eesmärgiks või tagajärjeks on konkurentsi kahjustada. Ometi laiendas Riigikohus *a priori* keelatud ettevõtjatevahelise koostöövormide nimistut ka KonkS §-s 4 lõikes 1 sisalduvale nimekirjale. Nimelt leidis Riigikohus, et KonkS § 4 lõikes 1 punktides 1-6 sisaldab keelatud tegevuste loetelu, mida loetakse oma olemuselt konkurentsi kahjustavaks. Sellest omakorda järeldas Riigikohus, et loetelus sisalduvate tegevuste puhul puudub vajadus iga kord eraldi välja selgitada konkurentsi kahjustavat eesmärki ja tagajärge.¹⁹⁷ Seeläbi andis Riigikohus selge indikatsiooni, et KarS § 400 lõikes 2 ning KonkS § 4 lõike 1

¹⁹³ RKKKo 3-1-1-32-10 p 1.1–1.2.

¹⁹⁴ RKKKo 3-1-1-32-10 p 1.3.

¹⁹⁵ RKKKo 3-1-1-32-10 p 11.2.

¹⁹⁶ RKKKo 3-1-1-32-10 p 10.2

¹⁹⁷ *Ibidem*.

punktides 1-6 sisaldub näitlik loetelu ettevõtjatevahelisi koostöövorme, mille rakendamine juba iseenesest on keelatud olenemata sellest, kas koostöövormi eesmärgiks või tagajärjeks on konkurentsi kahjustada.

A priori loetelu keelatud tegevustest on leidnud kinnitust ka hilisemas Riigikohtu lahendis 3-1-1-10-11, mis käsitles ettevõtjatevahelist kokkulepet, millega lepiti kokku kokkuleppe osaliste poolt toodetud ja/või imporditud ning jaekaubanduses müüdava pooleliitriise viina hinna alampiiris. Esimese ja teise astme kohtus tunnistati süüdistatavad süüdi, kuna oma tegevusega täitsid süüdistatavad KarS § 400 lõikes 2 punktis 1 sisalduva koosseisu – süüdistatavad määrasid otseselt või kaudselt kolmandate isikute suhtes kindlaks hinna või muud kauplemistingimused. Süüdistatavad esitasid omakorda kassatsiooni Riigikohtusse leides, et eelneva astme kohtud on valesti sisustanud materiaalõigust. Riigikohus ei nõustunud kassaatoritega.¹⁹⁸ Seejuures kinnitas Riigikohus lahendis 3-1-1-32-10 väljendatud seisukohta, mille kohaselt peetakse KarS § 400 lõikes 2 sisalduvat loetelu *a priori* konkurentsi kahjustavaks ning loetletud koostöövormide puhul ei nõuta täiendavalt konkurentsi kahjustava eesmärgi või tagajärje tuvastamist. Ühtlasi tähendas see Riigikohtu hinnangul, et alama astme kohtutel puudus kohustus välja selgitada, kas süüdistatavad tegutsesid konkurentsi kahjustava eesmärgiga või kas nende tegevus tõi kaasa konkurentsi kahjustava tagajärje.¹⁹⁹

Riigikohtu lahenditest 3-1-1-32-10 ja 3-1-1-10-11 on seega tuletatav, et Eesti konkurentsiõiguses on KarS § 400 lõikes 2 ning KonkS § 4 lõikes 1 loetletud ettevõtjatevahelised koostöövormid, mis on *a priori* keelatud. Antud koostöövormide puhul peab seega Riigikohtu hinnangul vaid tuvastama, kas loeteludes sisalduv kokkulepe või kooskõlastatud tegevus on aset leidnud ning samal ajal puudub kohustus selgitada välja, kas konkurentsi eesmärgi- või tagajärjepõhiselt kahjustatakse. Antud Riigikohtu käsitlust on hilisemas kohtupraktikas rakendatud ka muuhulgas mitmel korral ringkonnakohtu poolt.²⁰⁰

A priori keelatud koostöövormide põhimõte ei ole autori hinnangul aga leidnud rakendamist Konkurentsiameti praktikas. Näiteks on Konkurentsiamet varasemalt analüüsinud, kas kindlustusseltsidele pakutav nn turupositioneerimise teenus on vaadeldav keelatud kokkuleppena KonkS § 4 tähenduses. Konkurentsiamet tuvastas, et kindlustusmaakler pakkus

¹⁹⁸ RKKKo 3-1-1-10-11 p 2, 3, 5, 6.

¹⁹⁹ RKKKo 3-1-1-10-11 p 14.

²⁰⁰ Vt nt TrtRnKo 1-12-8206/506 p 34; TlnRnKo 1-10-2979/52 p 5.8.

erinevatele kindlustusseltsidele turupositsioneerimise teenust, mille käigus edastati kindlustusseltsidele nende konkurentide kindlustuspakkumisi, mille alusel oli muuhulgas võimalik tuvastada konkurentide hinnatasemed. Konkurentsiamet leidis, et selline tegevus oli vaadeldav konkurentsile kahjustava teabe vahetamisena KonkS § 4 lg 1 p 4 mõttes.²⁰¹ Järgnevalt oleks Konkurentsiametil olnud võimalik tugineda Riigikohtu seisukohale, mille järgi on KonkS §-s 4 sätestatud koostöövormid *a priori* keelatud. Sellegipoolest ei lähtunud Konkurentsiamet varasemast Riigikohtu suunistest ning selle asemel leidis, et nimetatud informatsiooni vahetamisel oli konkurentsile kahjustav mõju ehk viitas kaudselt konkurentsile kahjustavale tagajärjele.²⁰² Seega on Konkurentsiamet pidanud varasemas praktikas võimalikuks, et ka KonkS §-s 4 sisalduvaid koostöövorme on võimalik vaadelda ka kui tagajärjepõhiselt konkurentsile kahjustavate koostöövormidena ilma, et need oleks *a priori* keelatud. Autori hinnangul on selline lähenemine tervitatav ning kooskõlas EL konkurentsioiguses valitsevate põhimõtetega.

Samas tuleb Konkurentsiameti praktikast analüüsides juhtida tähelepanu ka asjaolule, et leidub näiteks mitmeid otsuseid, kus Konkurentsiamet ei ole tuvastanud konkurentsivastast eesmärgi ega tagajärge.²⁰³ Nendel juhtudel on see üldiselt tulenenud asjaolust, et Konkurentsiameti poolt läbiviidud järelevalvemenetlus on lõpetatud põhjusel, et menetluse käigus on ettevõtja võtnud kohustuse konkurentsiolekordade parandamiseks või oluliselt parandanud konkurentsiolekorda kaubaturul (KonkS § 63⁴ lg 1 p 3 ja 8). Teisisõnu ei ole Konkurentsiamet sellistel juhtudel ettevõtjate tegevuses rikkumist tuvastanud. Kui on esinenud seadusest tulenev alus menetluse lõpetamiseks põhjusel, et väidetav rikkumine on menetluse käigus kõrvaldatud, ei näe autor ka põhjust, miks peaks Konkurentsiamet sellistel juhtudel konkurentsivastase eesmärgi või tagajärje tuvastama. Kokkuleppe konkurentsivastane eesmärk või tagajärg on nimelt üheks eelduseks konkurentsiseaduse rikkumise tuvastamiseks.

Eesmärgi või tagajärje markeerimine on autori hinnangul vajalik aga olukorras, kus Konkurentsiamet on otsustanud teatud ettevõtja vastu järelevalvemenetluse algatada. Sellisel juhul peab menetlusalune ettevõtja teadma, milles tema väidetav rikkumine seisneb ning mis on need asjaolud, millest võib tuletada, kas ettevõtjate tegevuse eesmärgiks või tagajärjeks on

²⁰¹ Konkurentsiameti otsus 07.05.2014 nr 5.1-5/14-010, lk 16 – 17.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ Vt nt Konkurentsiameti otsuseid 20.02.2012 nr 5.1-5/12-006; 31.01.2019 nr 5-5/2019-009; 19.03.2021 nr 5-5/2021-023.

konkurentsi kahjustamine. Kui Konkurentsiamet ei viita sellele, kas ettevõtjatevahelise tegevus on vaadeldav eesmärgi- või tagajärjepõhise rikkumisega, ei ole ka ettevõtjatel võimalik aru saada põhjustest, miks on nende vastu algatatud menetlus. Taoline olukord oleks aga vastuolus õiguskindluse põhimõttega.²⁰⁴ Kuivõrd haldusjärelevalve menetluses avalikustatakse Konkurentsiameti poolt vaid lõplik otsus, mitte järelevalvemenetluse algatamise teade, ei ole autoril võimalik hinnangut anda, kuidas on Konkurentsiamet üldiselt antud olukordades käitunud.

Seega joonistub Eesti valitsevas praktikas välja, et *a priori* keelatud koostöövormide põhimõte on kinnitust leidnud vaid kohtupraktikas. Järgnevalt analüüsib autor, kas välja kujunenud *a priori* nimekiri keelatud koostöövormidest on kooskõlas EL õigusega?

Praktikat, mille kohaselt peetakse teatud ettevõtjatevahelisi koostöövorme juba iseenesest keelatuks ilma et peaks tuvastama koostöövormi eesmärgi või tagajärje konkurentsi kahjustada, ei ole autori hinnangul kooskõlas EL konkurentsioigusega.²⁰⁵ Juba varasemast Euroopa Kohtu praktikast tuleneb põhimõte, mille kohaselt tuleb igal juhul iga konkreetse koostöövormi osas tuvastada selle koostöövormi konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg.²⁰⁶ Lisaks on kohtuasjast *Budapest Bank* lisandunud põhimõte, et ettevõtjatevahelise koostöövormi konkurentsivastase eesmärgi ja tagajärje võib tuvastada samal ajal korraga.²⁰⁷ Oluline on aga Euroopa Kohtu praktika valguses, et vähemalt üks kahest – kas konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg – peab esinema, et see rikuks ELTL artiklis 101 lõikes 1 sätestatud keeldu. Selline järeldus tuleneb selgelt ka kohtuasjast *Pedro IV Servicios*²⁰⁸, mis käsitles kauba jaemüügihinna kindlaksmääramist kahe ettevõtja vahel. Euroopa Kohus leidis, et kuigi hindade kindlaksmääramine on ühe konkurentsipiiranguna sõnaselgelt ELTL artiklis 101 lõikes 1 punktis a välja toodud, ei tähenda see automaatselt, et hindade kindlaksmääramine oleks keelatud. Selleks, et hindade kindlaksmääramine oleks ELTL artikli 101 kohaselt keelatud, peavad olema täidetud ka kõik teised ELTL artikli 101 tingimused ehk kui kokkuleppe eesmärk või tagajärg on

²⁰⁴ Õiguskirjanduses on leitud, et õiguskindluse põhimõtte kohaselt peab üksikisikul olema tagatud võimalus riigi käitumist (haldusmenetluses) teatava tõenäosusega ette näha ja sellega arvestada. Seetõttu peab kodanikul olema võimalus saada küllaldaselt teavet haldusmenetluses rakendatavate õigusnormide kohta. Vt lähemalt Aedmaa, A jt. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004, lk 145.

²⁰⁵ Sarnasele järeldusele on varasemalt jõudnud ka R. Frolov ning T. Kalas. Vt lähemalt Kalas, T., KarSK § 400/25&26.1; Frolov, R., lk 216-218.

²⁰⁶ EKo kohtuasi 56-65, *Société Technique Minière*, lk 249.

²⁰⁷ C-228/18, *Budapest Bank*, p 44.

²⁰⁸ EKo C-260/07, *Pedro IV Servicios SL versus Total España SA*, ECLI:EU:C:2009:215.

oluliselt piirata konkurentsi.²⁰⁹ Antud Euroopa Kohtu lahendile toetudes on ka Tallinna Ringkonnakohus leidnud, et hinna kindlaksmääramise korral on vajalik näidata selle oluliselt konkurentsi piiravat eesmärki või tagajärge.²¹⁰ Kuna Euroopa Kohus on praktikas lükanud ümber, et EL õiguses eksisteeriks *a priori* keelatud kokkulepete nimekiri, puudub kokkuvõtlikult EL konkurentsioiguses põhimõte, mille kohaselt peaks teatud koostöövorme pidama keelatuks ilma, et peaks tuvastama koostöövormi konkurentsi kahjustava eesmärgi või tagajärje. Iga koostöövormi puhul peab eraldi tuvastama, kas koostöövorm kahjustab konkurentsi eesmärgi- või tagajärjepõhiselt. Seega ei ole Eestis valitsev *a priori* keelatud koostöövormide põhimõte leidnud kinnitust EL konkurentsioiguses.²¹¹

Selleks, et tagada, et ka Eesti kõrgeima kohtu praktika vastaks EL konkurentsioigusele, peaks autori hinnangul Riigikohus tulevikus võimalusel muutma oma varasemat seisukohta, mille kohaselt eksisteerib Eestis *a priori* keelatud kokkulepete nimekiri. Siinkohal on oluline mainida, et Eestis on lähiajal plaanis tunnistada kehtetuks KarS § 400 ning seega kaotab ka kehtivuse KarS § 400 lõige 2, milles sisalduvat loetelu koostöövormidest on Riigikohus pidanud *a priori* keelatuks.²¹² Seega näeb eelduslikult edaspidi teatud koostöövormide keelu ette kehtiv KonkS § 4. Kuivõrd Riigikohtu praktikast on aga ka tuletatav seisukoht, et ka KonkS § 4 lõikes 1 mainitud koostöövormid on *a priori* keelatud, peaks autori hinnangul tulevikus Riigikohus selgelt distantseerima ennast oma varasemast praktikast, mille kohaselt sisaldab ka KonkS § 4 koostöövorme, mis on keelatud ilma, et peaks tuvastama konkurentsi kahjustava eesmärgi või tagajärje.

A priori keelatud koostöövormide põhimõtte kaotamine Eesti praktikas on autori hinnangul oluline ennekõike kahel põhjusel. Esiteks on kehtivat *a priori* süsteemi turul tegutsevate ettevõtjate suhtes võimalik rakendada viisil, et ettevõtjatel puudub lõpuks arusaam, millised ettevõtjatevahelised koostöövormid on riigi silmis lubatud ning millised keelatud. Näiteks võib kohus selle põhimõtte järgi ka mõne keerulisema formuleeringuga hinnaalast kokkulepet pidada automaatselt keelatuks. Piisab vaid, kui kohus on tuvastanud, et näiteks hinnapariteedi lepingupunkt teatud lepingus on vaadeldav hinnaalaase koostööna ning seega automaatselt

²⁰⁹ C-260/07, *Pedro IV Servicios*, p 82.

²¹⁰ TlnRnKo 1-09-389/33 p 15.

²¹¹ Sarnasele järeldusele on jõudnud ka T. Kalaus karistusseadustiku komm vlj-des. Vt lähemalt Kalaus, T., KarSK § 400/26.1&28.

²¹² Konkurentsiseaduse muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus. Eelnõu: Eelnõude infosüsteemis dokumendi numbriga 21-1573/01, lk 23. – <https://eelvoud.valitsus.ee/main#xT5QC8Ig> (26.04.2022).

keelatud nii KonkS § 4 ja KarS § 400 lõike 2 järgi. Sellisel juhul ei ole kohtul üldsegi kohustust analüüsida kokkulepet ümbritsevat konteksti ning hinnata, kas ja kuidas kahjustab konkreetne kokkulepe piisavas ulatuses konkurentsi. Sellist õiguse rakendamist peab autor aga ohtlikuks, kui võrd lähenedes ka ebamäärastele keelatud koostöövormidele sellisel lihtsustatult viisil, võib teatuid kokkuleppeid pidada keelatuks ilma, et oleks tuvastatud, et kokkulepe ka piisavas ulatuses konkurentsi kahjustaks, mis on viimaste aastate Euroopa Kohtu praktikas saanud aga üheks peamiseks põhimõtteks. Printsipi võib KonkS § 4 rikkuv kokkulepe olla siiski lubatud, kui koostöö vastab KonkS § 6 lõikes 1 kehtestatud individuaalerandi tingimustele, kuid praktikas peetakse erandile tuginemist raskendatuks.²¹³ Seetõttu ei taga autori hinnangul *a priori* keelatud koostöövormide põhimõtte õigusselgust ettevõtjate jaoks, kui võrd ettevõtjatel on raske aru saada, millistel juhtudel võib teatud koostöövormi rakendamine tipneda nende jaoks lausa kriminaalvastutusega. Sellisele autoripoolsele arusaamale on tähelepanu juhitud ka õiguskirjanduses. Kuna ettevõtjad peavad ise tagama konkurentsiõiguslike normide järgimise, on oluline, et reeglid oleksid selged kõigile ettevõtjatele ning et neil oleks realistlikult võimalus hinnata oma tegevuse kooskõla kehtiva regulatsiooniga.²¹⁴ Kõik konkurentsiõiguslike keelud peaksid olema piisavalt täpsed, et vältida nende kohaldamist koostöövormidele, milleks need ei ole mõeldud.²¹⁵ Samuti on Euroopa Inimõiguste Kohtu varasemas praktikas juhitud tähelepanu, et kehtiv norm peab olema formuleeritud piisava täpsusega, et isikul oleks võimalik asjaolusid arvestades mõistlikul määral ette näha tagajärgi, mille teatud tegevus võib kaasa tuua.²¹⁶ Riigikohtu praktikast on aga lisandunud seisukoht, mille kohaselt peavad selgemad ja täpsemad olema normid, mis võimaldavad isiku õigusi piirata.²¹⁷

Teiseks võib liiga laialdane keeld viia ka olukorrani, kus ettevõtjad hakkavad hoiduma omavahelistest tegevustest, mis ei pruugi üldsegi konkurentsi kahjustada, vaid lõppkokkuvõttes toovad turule kaasa hoopis soodustavaid mõjusid. Seda põhjusel, et kui näiteks igasugune hinnaalane koostöö võib päädida automaatse keeluga ning ettevõtjate jaoks riigipoolse sanktsiooniga, siis puudub ettevõtjatel ka motivatsioon teatuid koostöövorme rakendada. Seeläbi pärsitakse ettevõtjatevahelist innovatsiooni ja majanduslikult ökonoomseid lahendusi.

²¹³ Euroopa Komisjoni 2004. a suunised, p 46.

²¹⁴ Koivusalo, J., lk 316.

²¹⁵ Jones, A. jt. EU Competition Law: Text, Cases and Materials. 7th Edition. Oxford: Oxford University Press 2019, lk 215.

²¹⁶ EIKo 6538/74, *Sunday Times versus The United Kingdom*, p 49.

²¹⁷ RKTko 3-4-1-16-05 p 21.

Eelnevatel põhjustel loodab autor, et tulevikus hoidutakse Eesti praktikas *a priori* keelatud koostöövormide põhimõtte rakendamisest ning igast koostöövormist tulenevat kahju konkurentsile analüüsitakse põhjalikumalt.

2.3 KonkS § 4 lõikes 1 nimekirjas sisalduvad konkurentsipiirangud kui piirangud, mis kahjustavad konkurentsi eesmärgipõhiselt ning selle kooskõla EL konkurentsioigusega

Eesti kohtupraktikas on saanud samuti valitsevaks ka põhimõte, mille kohaselt sisaldab KonkS § 4 lõige 1 loetelu konkurentsipiirangutest, mille puhul eeldatakse, et need kahjustavad konkurentsi eesmärgipõhiselt. See tähendab, et kui Konkurentsiamet või kohus on tõendanud, et teatud ettevõtjatevaheline kokkulepe sisaldab konkurentsipiirangut, mis on ära märgitud KonkS § 4 lõike 1 loetelus, ei tule enam näidata kokkulepe kahjulikku tagajärge. Järgnevalt analüüsib autor, kas selline Eestis valitsev praktika on kooskõlas EL konkurentsioigusega.

KonkS § 4 lõike 1 loetelus toodud konkurentsipiirangute eesmärgipõhisuse eeldamise põhimõte on Eestis kinnitust leidnud Riigikohtu tasandil. Riigikohtu lahend 3-1-1-12-11 puudutas kahe teedeehituse sektoris tegutseva ettevõtja ühispakkumust riigihanke raames. Süüdistuse kohaselt kooskõlastasid ühispakkumuse teinud ettevõtjad ühispakkumuse hinna, jagasid kaubaturu ning vahetasid omavahel teavet hinna kohta.²¹⁸ Riigikohus mõistis ettevõtjad õigeks, kuna nendevaheline tegevus vastas KonkS §-s 6 sätestatud individuaalerandi tingimustele.²¹⁹ Sellegipoolest jagas Riigikohus juhiseid, kuidas eristada eesmärgi- ja tagajärjepõhiselt konkurentsi kahjustavaid kokkuleppeid.

Täpsemalt leidis Riigikohus eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute sisustamise osas, et ELTL artikkel 101 lõike 1 punktides (a) – (e) ning KonkS § 4 lõike 1 punktides 1 – 6 on toodud loetelu koostöövormidest, mis tulenevalt nende olemusest omavad pikaajalise konkurentsioigusliku kogemuse põhjalt ülimalt negatiivseid mõjusid turule. Seetõttu tuleb neid koostöövorme pidada konkurentsi kahjustava eesmärgiga koostööks.²²⁰ Õiguskirjanduses on leitud, selline seisukoht tundub olevat juhtinud Riigikohtu hilisemaid lahendeid ka arusaamale, mille kohaselt

²¹⁸ RKKKo 3-1-1-12-11 p 1.1.

²¹⁹ RKKKo 3-1-1-12-11 p 31.

²²⁰ 3-1-1-12-11, p 21.1.

eksisteerivad Eesti õiguses *a priori* konkurentsi kahjustavad kokkulepped põhjusel, kuna Riigikohtu hinnangul sisalduvad KonkS § 4 lõikes 1 punktides 1 – 6 juba olemuslikult negatiivsed koostöövormid (vt magistritöö peatükk 2.2).²²¹

Sarnast lähenemist on järginud ka Eesti madalama astme kohtud ja Konkurentsiamet. Tallinna Ringkonnakohus leidis 2016. aasta lahendis 1-14-3730 ehk n-ö viinakartelli kaasuses, et eesmärgil põhinevat konkurentsipiirangut sisaldavad vaid kokkulepped, mis hõlmavad konkurentsi kahjustamist piisavas ulatuses. Seeläbi järgis Tallinna Ringkonnakohus kohtuasja *Cartes Bancaires* (vt magistritöö ptk 1.1.4) seisukohti. Samas lisas Tallinna Ringkonnakohus, et Euroopa Kohtu praktika võimaldab järeldust, et ELTL artiklis 101 lõikes 1 nimetatud juhtudel on konkurentsi olemusliku kahjustamise tingimus täietud ehk sellistel koostöövormidel on konkurentsi kahjustav eesmärk iseenesest.²²² Samuti on vähemalt kahel korral viidanud Konkurentsiamet, et hinnakokkulepete puhul tuleb eeldada konkurentsi kahjustavat eesmärki – loogika näib peituvat selles, et kuna KonkS § 4 lõike 1 loetelus on hinnakokkulepped eraldi ära mainitud, saab nende eesmärgipõhisust eeldada.²²³ See tähendab, et ka Tallinna Ringkonnakohtu ja Konkurentsiameti seisukoht võimaldab tõlgendust, et kui teatud koostöövorm sisaldub ELTL artikli 101 lõike 1 või KonkS § 4 lõike 1 nimekirjas, siis ei tule selle koostöövormi konkurentsi kahjustavat tagajärge enam eraldi tuvastada.

Autor sellise Eesti kohtupraktikas valitseva põhimõttega ei nõustu. Asjaolu, et kokkulepe sisaldab KonkS § 4 lõike 1 nimekirjas esinevat konkurentsipiirangut, ei tähenda veel, et tegemist on automaatselt kokkuleppega, mis sisaldab eesmärgipõhist konkurentsipiirangut. Õiguskirjanduses on juhitud tähelepanu, et Riigikohus on küll lahendis 3-1-1-12-11 tuginedes Euroopa Komisjoni 2004. aasta suunistele leidnud, et kuna Euroopa Komisjoni 2004. a suunise punkti 21 kohaselt sisaldab ELT artikli 101 lõike 1 loetelu konkurentsipiirangutest, mis oma olemuse poolest omavad ülima tõenäosusega negatiivseid mõjusid turule, siis saab loetellu kuuluvaid konkurentsipiiranguid pidada ka eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavateks konkurentsipiiranguteks. Selline seisukoht aga ei ole õige, kuna Euroopa Komisjoni 2004. a suunise punktist 21 ei tulene, nagu see loetelu sisaldaks konkurentsipiiranguid, millel on alati konkurentsivastane eesmärk. Euroopa Komisjoni 2004. aasta suunis lihtsalt selgitab, mida eesmärgipõhised konkurentsipiirangud tähendavad ning toonud näitena hinnaalase kokkuleppe

²²¹ Kalaus, T., KarSK § 400/26.2.

²²² TlnRnKo 1-14-3730 p 53.

²²³ Konkurentsiameti otsus 20.04.2018 nr 5-5/2018-029, lk 3 – 4; 02.05.2018 nr 5-5/2018-031, lk 2.

või kaubaturgude jagamise. Samas ei ole tulene ühestki EL õiguse allikast, et ELTL artikli 101 lõike 1 loetelus sisalduvate konkurentsipiirangute puhul saab nende konkurentsivastast eesmärki alati eeldada.²²⁴ Autor nõustub õiguskirjanduses väljendatud seisukohtadega. Eelneva valguses ei ole õige Eesti kohtute tõlgendus, mille kohaselt KonkS § 4 lg 1 nimekirjas sisalduvad konkurentsipiiranguid, mida saab alati pidada eesmärgipõhisteks konkurentsipiiranguteks. Vastupidi, KonkS § 4 lg 1 nimekirja saab pidada vaid näitlikuks loeteluks koostöövormidest, mis tavaliselt ja tõenäoliselt kahjustavad konkurentsi eesmärgipõhiselt, kuid siiski peab igale kokkuleppele lähenema individuaalselt.²²⁵

Oluline on ning nii nagu autor on magistritöö peatükis 1.4 tuvastanud, tuleneb viimaste aastate Euroopa Kohtu praktikast, et eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute tuvastamiseks peab igakordselt näitama, kas teatud kokkuleppes sisalduv konkurentsipiirang ka piisavas ulatuses konkurentsi kahjustab. Teisisõnu ei saa KonkS § 4 lg 1 sisalduvaid konkurentsipiiranguid pidada automaatselt konkurentsi kahjustavateks, vaid iga kord tuleb ka eraldi tuvastada ja tõendada, kas kokkulepet saab pidada konkurentsi piisavalt ulatuses kahjustavaks. Vastasel juhul võib tekkida olukord, kus eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks peetakse ka konkurentsipiirangut, mis kõigest oma potentsiaali poolest võib konkurentsi kahjustada. Samal ajal ei piisa Euroopa Kohtu valitseva praktika järgi enam kõigest asjaolust, et konkurentsipiirang võib avaldada negatiivset mõju konkurentsile. Vastupidi, selleks, et kokkulepe kahjustaks konkurentsi piisavas ulatuses ning et kokkulepet saaks seega kvalifitseerida eesmärgil põhinevaks konkurentsipiiranguks, peab esinema piisavalt kindel ja usaldusväärne kogemus, et asjaomane kokkulepe on oma laadilt konkurentsi nõuetekohast toimimist kahjustav (magistritöö peatükk 1.2). Selleks peab tuvastama konkreetsed asjaolud, mille puhul ei saa olla mingit kahtlust teistsuguse tõlgendusvõimaluse osas, kui et kokkulepe kahjustab konkurentsi eesmärgipõhiselt. Seega ei saa tugineda KonkS § 4 lg 1 sätestatud näitlikule loetelule ning seeläbi lihtsalt nentida, et kokkulepe võis kahjustada või tõenäoliselt kahjustab konkurentsi – igakordselt tuleb selgelt ja täpselt näidata, kuidas teatud kokkulepe kahjustab konkurentsiparameetreid piisavas ulatuses.

Teiseks on oluline märkida, et samuti tuleb iga kokkuleppe puhul analüüsida ka kokkulepet ümbritsevat majanduslikku ja õiguslikku konteksti. Kontekstiga arvestamisel võib selguda, et teatud kokkulepe võib kaasa tuua positiivseid mõjusid turule, mistõttu ei saa seda pidada

²²⁴ Frolov, R, lk 217. Vt ka Kalas, T., KarSK § 400/26.2.

²²⁵ Vt ka Kalas, T., KarSK § 400/22.5&26.2.

kokkuleppeks, mis konkurentsi eesmärgipõhiselt kahjustab.²²⁶ Tõsi, magistritöö peatüki 1.2.2 kohaselt võib selgeid konkurentsipiiranguid sisalduvate kokkulepete puhul piirduda majandusliku ja õigusliku konteksti analüüs sellega, mis on eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu olemasolu tuvastamiseks rangelt vajalik. Samas ei tohi konteksti analüüsi jätta teostamata.

Seega ei ole Eestis valitsev praktika, mille kohaselt sisaldab KonkS § 4 lg 1 automaatselt eesmärgipõhiseid konkurentsipiiranguid, kooskõlas EL konkurentsioigusega.

2.4 Kokkuleppe sisu, eesmärkide ning majandusliku ja õigusliku konteksti hindamise vajadus ning ulatus Eesti praktikas ning selle kooskõla EL konkurentsioigusega

Eesti kohtupraktikas on vähestel juhtudel selgitatud, kuidas peab kokkuleppe majanduslikku ja õiguslikku hindama Eesti konkurentsioiguse järgi. Autori hinnangul võib see tuleneda asjaolust, et Eesti kohtupraktikas ning nagu magistritöö peatükis 2.2 selgitatud, valitseb Eestis praktika, mille kohaselt teatud konkurentsipiiranguid sisalduvaid kokkuleppeid peetakse juba keelatuks ilma, et peaks eraldi tuvastama kokkuleppe konkurentsi kahjustava eesmärgi või tagajärje. Magistritöö peatükist 2.3 lisandus konkureeriv põhimõte, mille kohaselt peetakse KonkS § 4 lõikes 1 nimekirjas sisalduvaid kokkuleppeid oma olemuselt piisavalt kahjulikuks, mistõttu peetakse nimekirjas sisalduvaid kokkuleppeid automaatselt eesmärgipõhisteks konkurentsipiiranguteks. Eeltoodust tuleneb, et kuivõrd Eesti praktikas eeldatakse teatud konkurentsipiirangute kahju, on nende konkurentsipiirangute analüüs piirdunud küsimusega, kas teatud konkurentsipiirang on vaadeldav KonkS § 4 või KarS § 400 lõike 2 nimekirjas sisalduva konkurentsipiiranguna. See tähendab, et kui kokkuleppe *a priori* keelatus või selle eesmärgipõhisust eeldada, on võimalik rikkumine tuvastada nii, et kokkulepet ümbritseva majandusliku ja õigusliku konteksti analüüs kõne alla ei tule. Sellegi poolest on Eesti kohtupraktikas selgitatud kokkulepet ümbritseva majandusliku ja õigusliku konteksti analüüsiga seonduvat. Üheks selliseks lahendiks on Tallinna ringkonnakohtu otsus 1-14-3730 (tuntud ka viinakartelli kaasusena), mis käsitles viinatootja Liviko ning veel nelja jaeketi vahelisi hinnaalaseid kokkuleppeid poodides müüdavate viina hindade osas.

²²⁶ Vt nt C-307/18, *Generics*, p 103. Samuti jõudis autor antud järeldusele magistritöö peatükis 1.3.

Maakohus tunnistas viinatootja Liviko ning teatud Eesti jaeketid süüdi selles, et 2009. a suvel sõlmisid nad omavahel konkurentsi kahjustava kokkuleppe, mis väljendus selles, et kooskõlastatult lepiti kokku madalama hinnaklassi 40%-lise alkoholisisaldusega pooleliitriises viinade jaehinnas. Seetõttu rikkusid kokkuleppe osapooled KarS § 400 lõike 2 punkti 1, mille kohaselt on keelatud konkurentidevahelised kokkulepped, millega määratakse otseselt või kaudselt kolmandate isikute suhtes kindlaks hind.²²⁷ Kokkuleppe osapooled apelleerisid otsuse edasi Tallinna Ringkonnakohtusse, mis jättis maakohtu otsuse muutmata ja esitatud apellatsioonid rahuldamata.

Magistritöö kontekstis seisneb Tallinna Ringkonnakohtu otsuse olulisus asjaolus, et Tallinna Ringkonnakohus selgitas, kas ja millises ulatuses tuleb kokkulepet ümbritsevat majandusliku ja õigusliku kontekstiga arvestada hinnates kokkuleppe keelatust KonkS § 4 lõike 1 ja ELTL artikkel 101 alusel. Nimelt leidis Tallinna Ringkonnakohus, et sisustades eesmärgipõhiseid konkurentsipiiranguid, tuleb Euroopa Kohtu praktika kohaselt lähtuda kokkuleppe sisust, eesmärkidest, mida sellega soovitakse saavutada, ning selle majanduslikust ja õiguslikust kontekstist. Tallinna Ringkonnakohus lisas, et eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute hindamine ei saa olla eraldatud majanduslikust ja õiguslikust kontekstist, millega arvestasid kokkuleppe osalised kokkulepet sõlmides. Seda põhjusel, et majanduslik ja õiguslik kontekst aitab mõista kokkuleppe majanduslikku funktsiooni ja tegelikku tähendust.²²⁸

Kuigi eeltoodust jääb mulje, nagu oleks kokkulepet ümbritseva majandusliku ja õigusliku kontekstiga arvestamine kohustuslik iga analüüsitava kokkuleppe puhul, jõudis Tallinna Ringkonnakohus vastupidisele seisukohale. Nimelt leidis Tallinna Ringkonnakohus, et Euroopa Kohtu seisukohad kohtuasjas *Toshiba* võimaldavad järeldust, mille kohaselt sisalduvad ELTL artiklis 101 lg-s 1 sõnaselgelt keelatud kokkulepped ning nende kokkulepete eesmärgiks on iseenesest konkurentsi kahjustada, mistõttu ei saa sellist eesmärki õigustada majanduslikku konteksti käsitleva analüüsiga. Kuna ka viinakartelli osalistele heideti ette kolmandate isikute suhtes hindade kindlaksmääramist, mis vastab ELTL artikli 101 lõikele 1 punktile a, siis sai Tallinna Ringkonnakohtu hinnangul ka maakohus ilma täiendavat majanduslikku ja õiguslikku analüüsi läbi viimata tugineda sellele, et hinnakokkulepete

²²⁷ TlnRnKo 1-14-3730, lk 8.

²²⁸ TlnRnKo 1-14-3730, p 53.

kooskõlastamisel oli viinakartelli osaliste tegevusel konkurentsi kahjustav eesmärk juba iseenesest.²²⁹

Töö autor ei nõustu Tallinna Ringkonnakohtu eelneva järeldusega. Nagu magistratöö peatükis 1.2 tuvastatud, tuleb kokkuleppe konkurentsi piisavalt kahjustava ulatuse kindlaks tegemiseks igakordselt hinnata kokkuleppe sisu, selle eesmärgi ning majanduslikku ja õiguslikku konteksti. Seejuures leidis autor, et antud reegel tuleneb Euroopa Kohtu kohtuasjast *Toshiba*, kus leiti, et raskekujuliste kokkulepete puhul võib kokkuleppe majandusliku ja õigusliku konteksti analüüs piirduda sellega, mis on eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu olemasolu tuvastamiseks rangelt vajalik. Samas ei tohi jätta majandusliku ja õigusliku konteksti hindamist täielikult teostamata. Seega ei saa nõustuda Tallinna Ringkonnakohtu järeldusega viinakartelli kaasuses, mille kohaselt KonkS § 4 lõike 1 sisalduvate kokkulepete puhul võib jätta õigusliku ja majandusliku konteksti hindamise täielikult teostamata.

Autori hinnangul võib Tallinna ringkonnakohtu otsuses 1-14-3730 väljendatud seisukohtade järgimine viia ennekõike järgneva problemaatilise olukorrani. Kui lähtuda vaid Tallinna Ringkonnakohtu seisukohast, mille kohaselt ei saa KonkS § 4 nimekirjas sisalduvaid kokkuleppeid õigustada majanduslikku konteksti käsitleva analüüsiga, siis võib jõuda tulemuseni, kus ka ebamääraste kokkulepete puhul ei võeta arvesse kokkulepet ümbritsevat konteksti. Seda põhjusel, et kohus võib pärast kokkuleppe sisu esialgset vaatlemist jõuda juba järelduseni, et tegemist on eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustava kokkuleppena, kuna see sisaldub KonkS § 4 nimekirjas. Näiteks võib kohus leida, et kuna hinnapariteeti sisaldava kokkuleppe sisu on vaadeldav KonkS § 4 punkti 1 järgi keelatud hinnaalase koostööna, siis ei saa enam kokkulepet õigustada selle ümbritseva kontekstiga.

Selline seisukoht viib aga olukorrani, kus ei ole enam võimalik arvestada kokkuleppest tulenevate erandlike asjaoludega – näiteks, kas kokkulepe võib kaasa tuua soodustavaid mõjusid. Nagu magistratöö peatükis 1.3.1 tuvastatud, kui kokkuleppe sisul on konkurentsi soodustavaid mõjusid, ei saa tegemist olla enam eesmärgipõhise kokkuleppena. Seetõttu leiab autor, et kokkulepet ümbritseva kontekstiga arvestamine on vajalik igal juhul ning isegi siis, kui kokkulepe on esmapilgul keelatud KonkS § 4 lõike 1 järgi.

²²⁹ *Ibidem.*

Viimaste aastate Konkurentsiameti praktikas on samuti leidnud käsitlemist kokkuleppest tulenevate soodustavate mõjudega arvestamine. Konkurentsiameti 11.07.2018 nr 5-5/2018-048 otsuses olid kõne all Eesti Jäähokiliitu kuuluvate liikmete vahelised üleminekutasud. Kuigi Konkurentsiamet rikkumist ei tuvastanud, on antud alapeatüki kontekstis oluline pöörata tähelepanu järgnevale Konkurentsiameti seisukohale. Nimelt leidis Konkurentsiamet, et KonkS § 4 lg-s 1 sätestatud keeldu ei kohaldata kokkulepetele, millest tulenev kasu on suurem kui neis sisalduvates konkurentsipiirangutest tõstatav kahju. Selleks peavad aga need kokkulepped vastama KonkS § 6 sätestatud tingimustele.²³⁰ Antud seisukohast jääb mulje, et kokkuleppest tulenevate kasuteguritega on võimalik arvestada vaid KonkS § 6 raames ning et KonkS § 4 raames teostatava analüüsi puhul ei tule soodustatavaid mõjusid arvesse võtta. Nagu magistr töö peatükis 1.3.1 tuvastatud, on pärast antud Konkurentsiameti otsust vastav praktika EL konkurentsioiguses muutunud ning soodustavate mõjudega on juba oluline arvestada ka KonkS § 4 alusel läbiviidava analüüsi teostamisel.

Eelneva valguses esineb Eestis praktikas näiteid, kus õigusliku ja majandusliku kontekstiga ning samuti kokkuleppest tulenevate positiivsete mõjudega ei ole arvestatud viisil, mis oleks kooskõlas EL konkurentsioiguses valitsevate põhimõtetega.

²³⁰ Konkurentsiameti otsus 11.07.2018 nr 5-5/2018-048, lk 4.

KOKKUVÕTE

Magistritöö esmaseks eesmärgiks oli tuvastada, kuidas peab eesmärgi- ja tagajärjepõhist konkurentsi kahjustamist eristama EL õiguses ELTL artikli 101 lõike 1 kontekstis ning löi vastava analüüsi tulemusel olulisemat kohtupraktikat sisaldava klassifikatsiooni. Töö teiseks eesmärgiks oli tuvastada, kas Eesti kohtute ja Konkurentsiameti praktika sisustab KonkS §-s 4 sisalduvat konkurentsi kahjustava eesmärgi või mõjuga kokkuleppeid kooskõlas ELTL artikkel 101 lõikega 1 ehk eelnevalt loodud kvalifikatsiooniga. Tehtud analüüsi tulemusel toodi välja erisused eesmärgi- ja tagajärjepõhiselt konkurentsi kahjustavate kokkulepete sisustamise osas Eestis võrreldes EL konkurentsioigusega.

Esmalt tuvastas autor, et viimaste aastakümnete jooksul on Euroopa Kohtu praktikas välja kujunenud vähemalt kolm suunda avamaks eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute olemust. Seetõttu analüüsis autor esmajoones Euroopa Kohtu kohtuasju *European Night Service*, *BIDS*, *T-Mobile*, *Allianz Hungaria* ning *Cartes Bancaires*. Eelkõige keskendus autor küsimusele, kas Euroopa Kohtu praktikast on viimastel aastatel välja kujunenud selge eesmärgipõhise konkurentsi kahjustamise definitsioon, mis sisult vastandub varasematele lahenditele.

Analüüsi põhjal selgus, et kohtuasja *Cartes Bancaires* tulemusel on kitsendunud eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavate kokkulepete ulatus. Nimelt ei piisa enam sellest, et kokkulepe on võimeline avaldama negatiivset mõju turule, et seda saaks liigitada eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks kokkuleppeks. *Cartes Bancaires* kohtuasi erineb võrreldes *T-Mobile* ning *Allianz Hungaria* lahendiga ennekõike selle poolest, et eesmärgipõhise kokkuleppe tuvastamiseks tuleb näidata, et see kokkulepe hõlmab eelduslikult konkurentsi kahjustamist piisavas ulatuses. Seega ei saa eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustava kokkuleppe sisustamisel tugineda vaid küsimusele, kas kokkulepe võib potentsiaalselt konkurentsi kahjustada, nagu oli Euroopa Kohus leidnud kohtuasjades *T-Mobile* ning *Allianz Hungaria*. Samuti ei nõustunud autor kohtuasjas *European Night Service* tehtud järeldustega, kuivõrd ELTL artikkel 101 järgi võivad olla keelatud ka kokkulepped, mis ELTL artikli 101 lõike 1 nimekirjas ei sisaldu.

Selleks, et tuvastada, kas kokkulepe konkurentsi piisavas ulatuses kahjustab, nagu kohtuasja *Cartes Bancaires* kohaselt nõutud, tuleb tähelepanu pöörata kokkuleppe sisule, eesmärkidele, mida soovitakse saavutada, ning kokkulepet ümbritsevale majanduslikule ja õiguslikule

kontekstile. Seejuures tuleb autori hinnangul selgelt eristada kaht tüüpi konkurentsi kahjustavate kokkulepete gruppi, mille puhul tuleb läbi viia erineva ulatusega konteksti analüüs. Esmalt võivad konkurentsi kahjustada kokkulepped, millest tulenev kahju konkurentsile on ilmselgem. Sellisteks kokkulepeteks võib ennekõike pidada raskekujulisi kokkuleppeid, mille tulemusel lepitakse kokku hindades või jagatakse tooteturg. Teisalt erineb raskekujulistest kokkulepetest n-ö ebamääraselt konkurentsi kahjustavate kokkulepete grupp, millest tulenev kahju konkurentsile on ebamäärasem või ei ole see kokkulepe konkurentsile nii kahjulik kui raskekujuliste kokkulepete puhul. Oluline aga on, et mõlema kokkulepete grupi puhul peab kokkuleppe sisu, selle eesmärki ning seda ümbritsevat õiguslikku ja majanduslikku konteksti arvesse võtma. Erinevus seisneb aga selle ulatuses.

Teiseks tuvastas seega autor, et EL konkurentsioiguse järgi võib raskekujuliste kokkulepete puhul majandusliku ja õigusliku konteksti analüüs piirduda sellega, mis on eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustava kokkuleppe olemasolu tuvastamiseks rangelt vajalik. See tähendab, et tuleb tuvastada, kas raskekujuline kokkulepe sisaldab konkurentsipiirangut, mida on varasemalt pidevalt peetud eesmärgipõhiseks konkurentsipiiranguks. Kuna raskekujuliste kokkulepete puhul nähtub selline konkurentsipiirang tavaliselt selgemalt kui teise kokkulepete grupi puhul, siis võib õigusliku ja majandusliku kontekstiga arvestamine piirduda sellega, mis on rangelt vajalik raskekujulise konkurentsipiirangu välja selgitamiseks. Samas ei tohi õigusliku ja majandusliku konteksti analüüsi jätta täielikult teostamata, kuna mõningatel juhtudel võib analüüsi tulemusel selguda, et kokkulepe tegelikult eesmärgipõhiselt konkurentsi ei kahjusta.

Ebamääraste kokkulepete puhul tuleb aga läbi viia üksikasjalikum kokkulepet ümbritseva õigusliku ja majandusliku konteksti analüüs. Teisisõnu peab võrreldes raskekujuliste kokkulepetega analüüsima täpsemalt, kas kokkuleppes sisalduv konkurentsipiirang ka tegelikult konkurentsi piisavas ulatuses kahjustab. Magistritöö autor tuvastas, et Euroopa Kohtu praktika kohaselt on sellise piisavas ulatuses konkurentsi kahjustamise väljaselgitamiseks olemas kaks võimalust. Esiteks tuleneb ennekõike kohtuasjast *Budapest Bank*, et piisavas ulatuses kahjuliku konkurentsipiirangu välja selgitamiseks on võimalik tugineda varasemale kogemusele. Seejuures leidis autor, et analüüsitud kohtupraktika ja õiguskirjandus toetab lähenemist, mille kohaselt on ennekõike oluline tugineda majanduslikule kogemusele – see tähendab, kas varasema majandusliku kogemuse baasilt on selge, et kokkuleppes sisalduv konkurentsipiirang toob turule kaasa negatiivseid mõjusid. Ühtlasi tähendab see, et isegi kui varasemas kohtupraktikas ei ole teatud kokkuleppe tüüpi peetud eesmärgipõhiselt konkurentsi

kahjustavaks, ei välista see, et Euroopa Kohus võiks teatud kokkuleppe puhul jõuda vastupidisele järeldusele ning pidada kokkulepet siiski eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks. Oluline on, kas kokkulepe sisaldab sellist konkurentsipiirangut, mida on varasema majandusliku kogemuse järgi peetud konkurentsi piisavas ulatuses kahjulikuks, mistõttu ei tule kokkuleppes tulenevaid tagajärgi enam analüüsida. Teiseks on ebamääraste kokkulepete puhul võimalik eesmärgipõhisus tuvastada ka seeläbi, et toetutakse otse selle sisu, eesmärgi ning õiguslikule ja majanduslikule kontekstile ning seejärel otsustatakse, kas kokkulepe sisaldab sellist kahjulikku konkurentsipiirangut, mis on võrdsustatav konkurentsipiirangutega, mis üldiselt toovad turule negatiivse kahju kaasa. Sellisel juhul tekib aga autori hinnangul oht, et konteksti analüüs viiakse läbi nii laiaulatuslikult, et sisult ei erine see suuresti enam analüüsist, mis tavaliselt viiakse läbi tagajärjepõhiste konkurentsipiirangute hindamise osas. Seetõttu toetab autor lähenemist, mille kohaselt peab ebamääraste kokkulepete sisustamisel ennekõike välja selgitama, kas varasema kogemuse baasilt on kokkulepe kvalifitseeritav eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustava kokkuleppega. Seeläbi minimeeritakse oht, et teatud kokkulepet peetakse eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks kokkuleppeks, ilma et oleks välja selgitatud, kas kokkulepe praktikas üldsegi piisavas ulatuses konkurentsi kahjustab.

Samuti leiti magistratöö esimeses peatükis, et isegi kui kogemuse baasilt on võimalik kokkulepet pidada eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks, ei tähenda see veel alati, et kokkulepet saaks pidada eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks. Nimelt välistab kokkuleppe eesmärgipõhisuse see, kui kokkuleppe pooled suudavad näidata, et kokkuleppes võib tuleneda soodustavaid mõjusid turule, mistõttu peab läbi viima kokkuleppe tagajärgede analüüsi.

Teises peatükis analüüsis autor põhjalikumalt Eestis valitsevat praktikat eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavate kokkulepete suhtes ning tuvastas, et mitmes küsimuses ei ole Eestis valitsev praktika kooskõlas EL konkurentsioigusega. Nimelt esineb Riigikohtu praktika valguses Eestis põhimõte, mille kohaselt esineb Eestis nimekirja ettevõtjatevahelistest koostöövormidest, mis on *a priori* ehk iseenesest alati keelatud. Sinna nimekirja kuuluvad kokkulepped, mis sisaldavad konkurentsipiirangut, mis on ära märgitud KonkS §-s 4 või KarS § 400 lõikes 2. Autori hinnangul ei ole antud põhimõte kooskõlas EL konkurentsioigusega, kuna Euroopa Kohtu järjepideva praktika järgi peab alati tuvastama, kas kokkulepe kahjustab konkurentsi eesmärgi- või tagajärjepõhiselt. Seetõttu leidis autor, et tulevikus peab Eesti

praktikas hoiduma *a priori* keelatud koostöövormide põhimõtte rakendamisest ning igast kokkuleppest tulenevat kahju põhjalikumalt analüüsima vastavalt magistritöö esimeses peatükis loodud kvalifikatsioonile. Ühtlasi leidis autor, et *a priori* keelatud koostöövormide põhimõtte ei taga ettevõtjate jaoks õigusselgust küsimuses, millised koostöövormid on riigi silmis keelatud ning seetõttu peakski *a priori* keelatud koostöövormide põhimõtte rakendamisest hoiduma. Nimelt võib *a priori* põhimõtte rakendamisel jõuda tulemuseni, kus turul tegutsevate ettevõtjatel puudub lõplik arusaam sellest, millised ettevõtjatevahelised koostöövormid on riigi silmis lubatud ning millised mitte. Näiteks võib kohus automaatselt pidada keelatuks mõne keerulisema formuleeringuga hinnaalast kokkulepet, mis tegelikult lõppkokkuvõttes ei pruugi konkurentsi kahjustada. Praegu Eestis valitseva praktika pinnalt on nimelt võimalik jõuda järeldusele, et kui teatud keerulisema formuleeringuga kokkulepe sisaldab KonkS § 4 lg 1 sisalduvat hinnaalast kokkulepet, siis on selline kokkulepe keelatud. Printsiiabis võib kokkulepe siiski olla lubatud tuginedes KonkS § 6 lg-le 1, kuid eesmärgipõhiste kokkulepete puhul peetakse praktikas individuaalerandile tuginemist raskendatuks. Eelneva valguses on oluline arvestada, et Euroopa Kohtu praktika järgi peab just ebamääraseid konkurentsipiiranguid sisalduvaid kokkuleppeid põhjalikumalt analüüsima.

Teiseks tuvastas autor Eesti praktika osas, et EL konkurentsioigusega ei ole ka kooskõlas Riigikohtu lähenemine, mille kohaselt sisaldab KonkS § 4 lg 1 konkurentsipiiranguid, mida peetakse alati eesmärgipõhiselt konkurentsi kahjustavaks. Võrreldes antud põhimõtet magistritöö esimeses peatükis tehtavate järeldustega, leidis autor, et eesmärgipõhisust ei saa kunagi eeldada isegi kokkulepete puhul, mis sisaldavad ELTL artikkel 101 lõikes 1 nimetatud konkurentsipiiranguid. Nimelt tuleneb Euroopa Kohtu praktikast, et eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute tuvastamiseks peab igakordselt näitama, kas teatud kokkuleppes sisalduv konkurentsipiirang ka piisavas ulatuses konkurentsi kahjustab. Samuti peab eesmärgipõhise konkurentsipiirangu tuvastamiseks läbi viima ka kokkulepet ümbritseva konteksti analüüsi. Tõsi, raskekujuliste kokkulepete puhul võib konteksti analüüsimise ulatus olla piiratum.

Eelneva valguses tuvastas autor, et EL konkurentsioigusest ei leia kinnitust ka Eestis valitsevale põhimõttele, mille kohaselt saab kokkulepete puhul, mis sisaldavad ELTL artikkel 101 lõikes 1 nimetatud konkurentsipiirangut, jätta majandusliku konteksti analüüsi üldsegi teostamata. Vastupidi, iga kokkuleppe puhul tuleb analüüsida ka kokkulepet ümbritsevat õiguslikku ja majanduslikku konteksti, kuna vastasel juhul ei ole võimalik arvestada kokkuleppest tulenevate soodustavate tagajärgedega.

DISTINCTION BETWEEN THE ANTI-COMPETITIVE OBJECT AND EFFECT CONTAINED IN THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION AND THE ESTONIAN COMPETITION ACT IN THE CONTEXT OF EUROPEAN UNION COMPETITION LAW AND ESTONIAN COMPETITION LAW

ABSTRACT

Article 101 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter TFEU) and Article 4 (1) of the Estonian Competition Act prohibit certain types of cooperation between undertakings which have as their object or effect the distortion of competition. Certain types of cooperation between undertakings are considered to restrict competition by its nature. Therefore, two types of infringements are to be distinguished: by object and by effect infringements. The anti-competitive object or effect are not cumulative, but alternative conditions for assessing whether an agreement between undertakings falls within the scope of the prohibition under Article 101 (1) of TFEU or Article 4 (1) of the Competition Act. Thus, if the agreement has anti-competitive object, it is no longer necessary to analyse whether the agreement also has anti-competitive effect.

As a result of the Association Agreement between European Communities and Estonia (hereinafter the Association Agreement) concluded in 1995, the competition norms of the European Union (EU) and Estonia have been approximated. Namely, with articles 68 and 69 of the Association Agreement, Estonia undertook to approximate its national competition law with EU law. The aim of the approximation was to establish a national competition law that would be in accordance with EU principles. The Supreme Court of Estonia has also confirmed in its previous practice that in addition to the Competition Act, Article 101 of TFEU must also be taken into account when assessing cooperation between undertakings within Estonia. This precludes a situation where two different competition law regimes would coexist in one country. Consequently, it is possible to apply the norms of EU competition law (*inter alia* Article 101(1) of TFEU) when applying the norms of Estonian national competition law.

In the author's opinion, there is a lack of legal clarity as to when an agreement between undertakings has anti-competitive object or effect. Therefore, it is difficult for undertakings to assess in which cases an agreement is generally prohibited on the basis of its object and in which cases the parties to the agreement can rely on the argument that the agreement did not in fact have an anti-competitive effect and is therefore permitted. For example, in certain cases,

the Court of Justice of the European Union (hereinafter CJEU) has interpreted the concept of by object agreements in rather broad terms (such as in cases *T-Mobile* and *Allianz Hungaria*). However, in the author's view, the cases of CJEU in recent years have narrowed the scope of the concept of by object agreements (for example, in cases *Cartes Bancaires* and *Budapest Bank*). At the same time, the practice of the Supreme Court of Estonia, in the context of the master thesis, has been much stricter and more conservative than the corresponding case-law of CJEU. For example, the Supreme Court of Estonia has concluded that anti-competitive exchange of information is always to be considered as by object type of infringement as the exchange of anti-competitive information has been mentioned in the list contained in Article 4 (1) of Competition Act.

The primary objective of the master thesis was to identify how the agreements that by their object or effect distort competition must be distinguished in EU competition law in the context of Article 101 (1) TFEU and, as a result of this analysis, to create a classification containing relevant case-law. The secondary objective of the master thesis was to establish whether the practice of Estonian courts and the Competition Authority furnishes agreements with an anti-competitive object or effect contained in Article 4 (1) of the Competition Act in accordance with Article 101 (1) TFEU, i.e. a previously established qualification.

The method of the following master thesis was legal analytical and comparative method. The master thesis resulted in an analysis of how to distinguish the agreements that have as their object or effect the restriction of competition and was based on analysis of case-law. The case law of CJEU, Estonian courts and Estonian Competition Authority was analysed, as well as relevant legislation. In doing so, the author assessed only Estonian practice, where substantive conclusions have been drawn with regard to the distinction between agreements that have as their object or effect the restriction of competition. Consequently, the author did not assess the entire practice regarding Article 4 of the Competition Act. The master thesis compared the practice in Estonia with the practice of CJEU. In order to achieve the objective of the master thesis, the author collected, analysed and systematized the relevant case-law of CJEU and legal literature.

Firstly, the author found that at least three directions have emerged in the case-law of CJEU over the last decades to clarify the nature of restrictions of competition by object. Therefore, the author analysed in particular CJEU cases *European Night Service*, *BIDS*, *T-Mobile*, *Allianz*

Hungaria and *Cartes Bancaires*. The analysis showed that *Cartes Bancaires* case has led to narrowing the scope of anti-competitive agreements. It is no longer sufficient for an agreement to be capable of having an adverse effect on the market for the agreement to be classified as anti-competitive by object. *Cartes Bancaires* case differs from the cases *T-Mobile* and *Allianz Hungaria*, in particular that it must be shown that the agreement reveals a sufficient degree of harm to competition. Thus, the agreement that restrict competition by its object cannot be based on the sole question of whether the agreement has the potential to distort competition.

In order to determine whether an agreement restricts competition to a sufficient extent, as required by case *Cartes Bancaires*, attention must be paid to the content of the agreement, the objectives pursued and the economic and legal context surrounding the agreement. In the author's view, a clear distinction must be made between two types of anticompetitive agreements, which require a different level of contextual analysis. Firstly, competition may be restricted by agreements where the harm to competition is more obvious (i.e, cartels). Secondly, the competition may also be restricted by agreements where the resulting harm to competition is ambiguous. It is important, however, that for both groups of agreements, the content of the agreement, its objectives and the surrounding legal and economic context must be taken into account. The difference, however, lies in the scope of this analysis.

The author thus found that under EU competition law, the economic and legal context analysis of likely hardcore agreements may be limited to what is strictly necessary to establish the existence of an anti-competitive agreement by object. This means that it must be established whether a hardcore agreement contains a restriction of competition that has been consistently held to be a restriction of competition by object in the past. In doing so, the analysis of the legal and economic context must not be left out completely, as in some cases the analysis may show that the agreement does not in fact harm competition by object.

In the case of ambiguous agreements, however, a more detailed analysis of the legal and economic context surrounding the agreement must be carried out. The author of the master thesis found that, according to the practice of the European Court of Justice, there are two ways of determining whether competition has been distorted to a sufficient extent. Firstly, it follows from the case *Budapest Bank* case in particular that it is possible to rely on past experience in order to establish the existence of a sufficiently harmful restriction of competition. In this respect, the author found that the analysed case-law and legal literature support the approach,

according to which it is first and foremost important to rely on economic experience - i.e., whether it is clear from past economic experience that the restriction of competition contained in the agreement will have negative effects to the market. It also means that even if a particular type of agreement has not been held to be anti-competitive by object in previous case-law, this does not preclude the Court of Justice from reaching the opposite conclusion and still hold that the agreement is anti-competitive by object. Secondly, in case of ambiguous agreements, it is also possible to establish the existence of sufficient degree of harm by relying directly on its content, its object and its legal and economic context, and then determining whether the agreement contains an adverse restriction of competition that is equivalent to restrictions of competition that generally cause negative harm to the market. Such a principle has, in the author's view, been confirmed in the *Hoffmann-La Roche* case.

The first chapter of the master thesis also found that, even if, on the basis of experience, it is possible to conclude that an agreement is anti-competitive by object, this does not always mean that the agreement can be considered anti-competitive by object. In particular, an agreement is precluded from restricting the competition by object if the parties to the agreement are able to show that in reality the agreement may have positive effects on the market.

With regard to the prevailing practice in Estonia, the author found that in a number of issues the prevailing practice in Estonia is not in accordance with EU competition law.

First and foremost and in the light of the practice of the Supreme Court of Estonia, there is a principle in Estonia according to which there exists a list of forms of cooperation between undertakings which are always prohibited *per se*. This list includes agreements that contain a restriction of competition, which is mentioned in Article 4 (1) of the Competition Act or Article 400 (2) of the Penal Code. In the author's opinion, this principle is not in compliance with EU competition law, since according to the consistent practice of the European Court of Justice it must always be established whether an agreement distorts competition by object or by effect. Therefore, the author found that in the future, Estonian practice should refrain from applying the *per se* principle and should always analyse the harm resulting from each agreement more thoroughly in accordance with the qualification established in the first chapter of the master thesis. The author also found that the principle of *per se* principle does not provide legal clarity for undertakings as to which forms of cooperation are prohibited in the eyes of the state and therefore the application of the principle of *per se* prohibited forms of cooperation should be

avoided. Indeed, the application of the *per se* principle may lead to a situation where market players do not have a definitive understanding of which forms of cooperation between undertakings are prohibited.

Secondly, the author found that there exists a competing approach in the Supreme Court of Estonia, according to which Article 4 (1) of the Competition Act contains restrictions of competition that are always considered to be by object types of restrictions. In the author's view, such an approach is not in compliance with EU law. By comparing this principle with the conclusions of the first chapter of the master thesis, the author found that it must always be established whether the agreement restricts the competition by object or by effect even if the agreement includes the restriction which is separately indicated in the list of Article 4 (1) of the Competition Act. In case of hardcore agreements, the scope of the context analysis may be more limited.

Thirdly, the author identified that in Estonian practice, it has previously been found that in case of agreements which contain a restriction of competition as referred to in Article 101 (1) TFEU, the court may not carry out an economic context analysis at all. On the contrary, the legal and economic context surrounding each agreement must also be analysed, as otherwise exceptional circumstances (i.e, positive effects) cannot be taken into account, which in some cases lead to the conclusion that the agreement does not actually restrict competition and cannot therefore be considered to be by object type of agreement.

KASUTATUD LÜHENDID

EIKo	Euroopa Inimõiguste Kohus
EKo	Euroopa Kohtu otsus
ELTL	Euroopa Liidu toimimise leping
ELTL art 101 suunised	Euroopa Komisjoni teatis – Suunised Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 kohaldatavuse kohta horisontaalkoostöö kokkulepete suhtes
Euroopa Komisjoni 2004. a suunised	Euroopa Komisjoni teatis nimega „Suunised asutamislepingu artikli 81 lõike 3 kohaldamiseks“ (Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty)
Euroopa Komisjoni 2011. a suunised	Euroopa Komisjoni teatis nimega “Suunised EL toimimise lepingu artikli 101 kohaldatavuse kohta horisontaalkoostöö kokkulepete suhtes”
Euroopa Komisjoni 2015. a töödokument	Juhis eesmärgipõhiste konkurentsipiirangute kohta määratlemaks <i>de minimis</i> kokkuleppeid (Guidance on restrictions of competition „by object“ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice. Accompanying the Document: Communication from the Commission. Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union)
EÜKo	Euroopa Üldkohtu otsus
KarS	Karistusseadustik

KonkS

Määrus nr 1/2003

RKHKo

RKKKo

RKTKo

TlnRnKO

TrtRnKO

Konkurentsiseadus

Nõukogu määrus (EÜ) nr 1/2003, 16. detsember 2002, asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta

Riigikohtu halduskolleegiumi otsus

Riigikohtu kriminaalkolleegiumi otsus

Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus

Tallinna Ringkonnakohus

Tartu Ringkonnakohus

KASUTATUD ALLIKAD

Kasutatud kirjandus

1. Aedmaa, A jt. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004.
2. Bardusco, T, de Juvigny, O. Budapest Bank: New Light Shed on the Notion of Restriction of Competition „by Object“. – Journal of Competition Law & Practice 2020/11, No 3–4, lk 163-165.
3. Brankin, S-P. The Substantive Standard behind the Object/Effect Distinction post-Cartes Bancaires. – European Competition Law Review 2016/37, No 9, lk 376-383.
4. Colomo Ibanez, P. The Legal Status of Pay-for-Delay Agreements in EU Competition Law. – papers.ssrn.com. SSRN, lk 1-25. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3693746, (22.04.2022).
5. Ezrachi, A. EU Competition Law: an Analytical Guide to the Leading Cases. Sixth Edition. Oxford: Hart Publishing 2014.
6. Frolov, R. Konkurentsi kahjustav teabevahetus: reeglid ja Eesti praktika. – Juridica 2014/III, 209-220.
7. Harrison, D. The Allianz Hungária Case: The ECJ’s Judgement could have Ugly Consequences. – Competition Law Insight 2011/12, No 6, lk 10-12.
8. Ibanez Colomo, P., Lamadrid, A. On the Notion of Restriction of Competition: What We Know and What we Don’t Know We Know. – papers.ssrn.com. SSRN, lk 24. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849831, (22.04.2022).
9. Jones, A. jt. EU Competition Law: Text, Cases and Materials. 7th Edition. Oxford: Oxford University Press 2019.
10. Jones, A. The Court of Justice’s Judgement in Generics (UK) v Competition and Markets Authority and the Object / Effect Dichotomy. – Journal of Antitrust Enforcement 2021/9, No 3, lk 604-614.
11. Jones, A., Sufrin, B. EU Competition Law: Text, Cases, and Materials. Sixth Edition. Oxford: Oxford University Press 2016.
12. King, S. Agreements that restrict competition by object Under Article 101(1) TFEU: past, present and future. Doktoritöö. Juhendaja Giorgio Monti ja Andrew Scott. London: The London School of Economics and Political Science 2015.
13. King, S. The Object Box: Law, Policy or Myth?. – European Competition Journal 2011/7, No 2, lk 269-296.

14. Koivusalo, J. The Pursuit of an Anti-Competitive Outcome – restrictions of competition by object after GUK and Budapest Bank. – *European Competition Law Review* 2021/42, No 6, lk 316-331.
15. Käis, L. Konkurentidevaheline teabevahetus EL ja Eesti konkurentsioiguses. Magistritöö. Juhendaja Katri Paas-Mohando. Tartu: Tartu Ülikool 2012 (käsikiri TÜ Iuridicum teabekeskuses).
16. Loozen, E. The Application of a More Economic Approach to Restrictions by Object: no Revolution After All (T-Mobile Netherlands (C-8/08)). – *European Competition Law Review* 2010/31, No 4, lk 146-150.
17. Massarano, N. The Unclear Effects of the Budapest Bank Experience. – *European Competition Law Review* 2021/42, No 2, lk 65-68.
18. Murray, G. In search of the obvious: Groupement des cartes bancaires and "by object" infringements under EU competition law – *European Competition Law Review* 2015/36, No 2, lk 47-51.
19. Nagy, C. I. The New Concept of Anti-Competitive Object: a Loose Cannon in EU Competition Law. – *European Competition Law* 2015/36, No 4, lk 154-159.
20. Ortega González, A. Restrictions by Object and the Appreciability Test: the Expedia Case, a Surprising Judgement or a Simple Clarification. – *European Competition Law Review* 2013/34, No 9, lk 457-465.
21. Peeperkorn, L. Defining „by object“ Restrictions. *Concurrences: Competition Law Journal* 2015, No 3, lk 40-50.
22. Pradelles, F, Scordamaglia-Tousis, A. Two Sides of the Cartes Bancaires Ruling: Assessment of the Two-Sided Nature of Card Payment Systems Under Article 101(1) TFEU and Full Judicial Scrutiny of Underlying Economic Analysis. – *Competition Policy International* 2014/10, No 2, lk 139-156.
23. Rizzuto, F., Lynch, M.E. The Implications of the Generics UK “Pay-for-Delay” Ruling of the Court of Justice of the European Union. – *European Competition and Regulatory Law Review* 2020/4, No 2, lk 150-163.
24. Sootak, J., Pikamäe, P. (koost). *Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Juura 2021.
25. Zelger, B. “By object” Restrictions Pursuant to Article 101(1) TFEU: a Clear Matter or a Mess, and a Critical Analysis of the Court’s Judgement in Expedia?. – *European Competition Journal* 2017/13, No 2 – 3, lk 356-389.

26. Tamm, E. Public Competition Law Enforcement System in Estonia and Selected Practical Questions. *Kilpailuoikeudellinen VuosiKijra, Konkurrenssrättslig Årsbok, Competition Law Yearbook 2020*, lk 33-53.
27. Todino, M., Colombo, N. Case C-179/16 Hoffmann-La Roche: By Object Restrictions Still Better Pills to Swallow? A Close Watch on the Pharmaceutical Sector. – *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018/9, No 6, lk 376-378.
28. Whish, R., Bailey, D. *Competition Law*. Tenth Edition. New York: Oxford University Press 2021.
29. Wong YongQuan, B. Object Restrictions in Singapore Competition Law. – *Singapore Journal of Legal Studies* 2017, lk 169-191.
30. Yi Heng, A.S. The Distinction between "Object" and "Effect" in EU Competition Law and Concerns after *Groupement des Cartes Bancaires (C-67/13P)*. – *European Competition Law Review* 2016/37, No 5, lk 179-185.

Kasutatud õigusaktid

Eesti õigusaktid

31. Karistusseadustik. – RT I, 21.05.2021, 9.
32. Konkurentsiseadus. – RT I, 30.12.2021, 12.

EL õigusaktid

33. EL lepingu ja EL toimimise lepingu konsolideeritud versioonid (2016/C 202/01). – *ELT C* 202, 07.06.2016, lk 1-388.
34. Euroopa Majandusühenduse asutamisleping (EMÜ leping). – <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ET/TXT/?uri=LEGISSUM:xy0023> (15.04.2022).
35. Nõukogu määrus (EÜ) nr 1/2003, 16. detsember 2002, asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta. – *ELT L* 1, 04.01.2003, lk 1-25.

Muud õigusaktid

36. Euroopa Ühenduste ja nende liikmesriikide ning Eesti Vabariigi vaheline assotsieerumisleping (Euroopa Leping). – RT II 1995, 22, 120.

Kasutatud kohtupraktika

EL kohtute lahendid

Euroopa Kohtu lahendid

37. EKo C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche Ltd and Others versus Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:1997:525.
38. EKo C-189/02 P, *Dansk Rørindustri A/S versus Euroopa Ühenduse Komisjon*, ECLI:EU:C:2005:408.
39. EKo C-209/07, *Competition Authority versus Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, ECLI:EU:C:2008:643.
40. EKo C-226/11, *Expedia Inc. versus Autorité de la concurrence jt*, ECLI:EU:C:2012:795.
41. EKo C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal versus Budapest Bank Nyrt. Jt*, ECLI:EU:C:2020:265.
42. EKo C-250/92, *Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger versus Dansk Landbrugs Grovareselskab AmbA*, ECLI:EU:C:1994:413.
43. EKo C-260/07, *Pedro IV Servicios SL versus Total España SA*, ECLI:EU:C:2009:215.
44. EKo C-286/13 P, *Dole Food Company, Inc. ja Dole Fresh Fruit Europe versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2015:184.
45. EKo C-306/96, *Javico International and Javico AG v Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, ECLI:EU:C:1997:525.
46. EKo C-307/18, *Generics (UK) Ltd jt versus Competition and Markets Authority*, ECLI:EU:C:2020:52.
47. EKo C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. jt versus Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160.
48. EKo C-345/14, *SIA „Maxima Latvija” versus Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2015:784.
49. EKo C-373/14 P, *Toshiba Corporation versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2017:520.
50. EKo C-439/08, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS versus Président de l’Autorité de la Concurrence, Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*, ECLI:EU:C:2011:649.
51. EKo C-551/03 P, *General Motors BV versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2006:229.
52. EKo C-591/16 P, *H. Lundbeck A/S ja Lundbeck Ltd versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2021:243.

53. EKo C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2014:2204.
54. EKo C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV ja Vodafone Libertel NV versus Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343.
55. EKo kohtuasi 56-65, *Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, ECLI:EU:C:1966:38.
56. EKo liidetud kohtuasjad 56 ja 58-64, *Établissements Consten S.à.R.L. ja Grundig-Verkaufs-GmbH versus Euroopa Majandusühenduse Komisjon*, ECLI:EU:C:1966:41.
57. EKo liidetud kohtuasjad C-239/11 P, *Siemens AG jt versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2013:866.
58. EKo liidetud kohtuasjad C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2009:610.

Üldkohtu lahendid

59. EÜKo T-148/89, *Tréfilunion SA versus Euroopa Ühenduse Komisjon*, ECLI:EU:T:1995:68.
60. EÜKo T-374/94, *European Night Services Ltd (ENS) versus Euroopa Ühenduse Komisjon*, ECLI:EU:T:1998:198.
61. EÜKo T-44/00, *Mannesmannröhren-Werke AG versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2004:218.
62. EÜKo T-470/13, *Merck KGaA versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2016:452.
63. EÜKo T-471/13, *Xellia Pharmaceuticals ApS and Alpharma, LLC, varasemalt Zoetis Products LLC versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2016:460.
64. EÜKo T-472/13, *H. Lundbeck A/S and Lundbeck Ltd v Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2016:449.
65. EÜKo T-491/07, *Groupement des cartes bancaires (CB) versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2012:633.

Euroopa Inimõiguste Kohtu lahendid

66. EIKo 6538/74, *Sunday Times versus The United Kingdom*.

Eesti Vabariigi kohtute lahendid

- 67. RKKKo 3-1-1-10-11.
- 68. RKKKo 3-1-1-12-11.
- 69. RKKKo 3-1-1-32-10.
- 70. RKTko 3-4-1-16-05.
- 71. TlnRnKo 1-09-389/33.
- 72. TlnRnKo 1-10-2979/52.
- 73. TlnRnKo 1-14-3730.
- 74. TrtRnKo 1-12-8206/506.

Konkurentsiameti otsused

- 75. Konkurentsiameti otsus 20.02.2012 nr 5.1-5/12-006.
- 76. Konkurentsiameti otsus 07.05.2014 nr 5.1-5/14-010.
- 77. Konkurentsiameti otsus 20.04.2018 nr 5-5/2018-029.
- 78. Konkurentsiameti otsus 02.05.2018 nr 5-5/2018-031.
- 79. Konkurentsiameti otsus 31.01.2019 nr 5-5/2019-009.
- 80. Konkurentsiameti otsus 19.03.2021 nr 5-5/2021-023.
- 81. Konkurentsiameti otsus 19.03.2021 nr 5-5/2021-023.

Muud allikad

- 82. Commission Decision COMP/29.373 of 24 July 2002 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement – EÜT L 318, 22.11.2002, lk 17 – 36.
- 83. Commission Staff Working Document Evaluation of the Horizontal Block Exemption Regulations. Brüssel, 06.05.2021, SWD (2021) 103 final. – <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/075070bd-ae54-11eb-9767-01aa75ed71a1/language-en> (21.04.2022).
- 84. Commission Staff Working Document. Guidance on restrictions of competition „by object“ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice. Accompanying the Document: Communication from the Commission. Notice on

- agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice). Revised version of 03.06.2015. Brüssel, 25.06.2014, SWD(2014) 198 final. – https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf (25.04.2022).
85. Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty. – ELT C 101, 27.04.2004, lk 97-118.
86. EK C-8/08, T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV ja Vodafone Libertel NV versus Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, ECLI:EU:C:2009:110, kohtujurist J. Kokotti ettepanek.
87. EKo C-179/16, F. *Hoffmann-La Roche Ltd and Others versus Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2017:714, kohtujuristi H. Saugmandsgaard ettepanek.
88. EKo C-209/07, *Competition Authority versus Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, ECLI:EU:C:2017:266, kohtujuristi V. Trstenjak ettepanek.
89. EKo C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS versus Président de l’Autorité de la concurrence and Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*, ECLI:EU:C:2011:113, kohtujurist Mazak ettepanek.
90. EKo C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) v Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2014:1958, kohtujuristi N. Wahl ettepanek.
91. ELTIS. EU Legislation & Policies. – Eltis.org. <https://www.eltis.org/in-brief/legislation-policies?fbclid=IwAR2iByqh5gSdpDoTLsQeERJ9jPgW-4FSnnYo4LJ-qtLzYCy6lJoT7mCX4B8> (22.04.2022).
92. Ibanez Colomo, P. Restrictions by Object in ISU: why has the Commission not Drawn the Lessons from Cartes Bancaires and Maxima Latvija? (04.04.2018) – chillingcompetition.com. Chillin’ Competition blogi. <https://chillingcompetition.com/?s=maxima> (22.04.2022).
93. Komisjoni teatis – Suunised EL toimimise lepingu artikli 101 kohaldatavuse kohta horisontaalkoostöö kokkulepete suhtes 2011/C 11/0. – ELT C 11, 14.01.2011, lk 1-72.
94. Konkurentsiseaduse muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus. Eelnõu: Eelnõude infosüsteemis dokumendi numbriga 21-1573/01. – <https://eelnoud.valitsus.ee/main#xT5QC8Ig> (26.04.2022).

95. Lamadrid, A, Ibanez Colomo, P. AG Saugmandsgaard Øe in Case C-179/16, F Hoffmann La Roche v AGCM: a Canonical Approach to Restrictions by Object. (16.10.2017) – chillingcompetition.com. Chillin' Competition blogi. <https://chillingcompetition.com/2017/10/16/ag-saugmandsgaard-oe-in-case-c-17916-f-hoffmann-la-roche-v-agcm-a-canonical-approach-to-restrictions-by-object/> (24.04.2022).