

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
AVALIKU ÕIGUSE INSTITUUT
RAHVUSVAHELISE JA EUROOPA ÕIGUSE ÕPPETOOL

Melika Kiilmaa

OLULISTE VAHENDITE DOKTRIINI RAKENDAMISEGA SEOTUD AKTUAALSEID
PROBLEEME EUROOPA KONKURENTSIÕIGUSES
Magistriväitekiri

Juhendaja PhD Carri Ginter

TARTU
2010

SISUKORD

SISUKORD	2
SISSEJUHATUS.....	3
I OLULISTE VAHENDITE DOKTRIINI OLEMUS JA KUJUNEMINE	8
1.1 VAHENDI JA SELLE „OLULISUSE“ MÄÄRATLEMINE.....	8
1.2 DOKTRIINI VÄLJAKUJUNEMINE	12
1.2.1 Tarnetest keeldumine.....	12
1.2.2 Intellektuaalomandile juurdepääsu andmisest keeldumine.....	17
1.3 USA JA EUROOPA OLULISTE VAHENDITE DOKTRIINI ERISUSED.....	23
1.4 EÜ ART 82 REFORMI MÕJU OLULISTE VAHENDITE DOKTRIINI RAKENDAMISELE	27
II OLULISTE VAHENDITE DOKTRIINI RAKENDAMISE EELDUSED	32
2.1 ELTL ART 102 LG 2 KOHALDAMISE ÜLDISED EELDUSED	32
2.2 ELTL ART 102 LG 2(B) KOHALDAMISE EELDUSED.....	45
2.2.1 Olulisele vahendile juurdepääsu piiramise vastuolu ELTL art 102 eesmärkidega	45
2.2.2 Erandlike asjaolude testi komponendid.....	51
III DÜNAAMILISTE TURGUDE ERIPÄRAD.....	64
3.1 STAATILINE JA DÜNAAMILINE KONKURENTS.....	64
3.2 TURUJÕU ÜLEKANDMISE VIISID	70
3.3 VÖRGUEFEKTID (KÕRVALMÕJUD).....	76
3.4 DÜNAAMILISTE TURGUDE ERIPÄRADE MÕJU OLULISTE VAHENDITE DOKTRIINI RAKENDAMISELE	77
KOKKUVÕTE	82
TOPICAL ISSUES IN EU COMPETITION LAW REGARDING THE IMPLEMENTATION OF THE ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE.....	88
KASUTATUD ALLIKAD	96
KASUTATUD ÕIGUSAKTID	102
KASUTATUD LAHENDID	104

SISSEJUHATUS

Omandiõiguste kaitse kitsamaks sisuks on kaitsta omanikke neile kuuluvate esemete ja õiguste omavolilise kasutamise eest. Samas võib omandiõiguse teostamine takistada teatud juhtudel asjaomasele kaubaturule sisenemist s.o. tõhusat konkurentsi. Nii on Euroopa Liidu Kohus leidnud, et teatud asjaoludel tuleb juurdepääsu andmisest keeldumist olulisele vahendile käsitleda turgu valitseva seisundi kuritarvitamisena. Oluliseks vahendiks võib seejuures olla nii füüsiline infrastruktuur kui intellektuaalomandiõigus, mis ei ole tavapärase innovatsiooniprotsessi, sealhulgas mõistlike investeeringute kaudu dubleeritav ning millele juurdepääsu puudumisel oleks konkurents asjaomase kaubaturu järelturul välistatud või olulisel määral tõkestatud. Euroopa Komisjoni ja Euroopa Liidu Kohtu lahendite kaudu väljakujunenud printsiipi, mille kohaselt saab olulist turujõudu omavalt ettevõtjalt, kes kasutab või omab olulist vahendit, mis on hädavajalik konkurentidele jätkusuutlikuks äritegevuseks järelturul, nõuda Euroopa Liidu toimimise lepingu (ELTL) art 102 lg 2(b)¹ (endise Euroopa Ühenduse asutamislepingu (EÜ) art 82 lg 2(b))² alusel juurdepääsu andmist vastavale olulisele vahendile, tuntakse Euroopa konkurentsioiguses oluliste vahendite doktriinina. Viimase laiemaks eesmärgiks on niisiis kompenseerida olulise vahendi eksistentsi tõttu tekkinud asjaomase kaubaturu järelturgude struktuuri nõrkusi ning säilitada või tekitada neil konkurentsi³.

Tööstus- ja/või intellektuaalomandiõiguse omamine iseenesest ei kujuta endast olulise turujõu omamist v.a. juhul kui asjaomasel kaubaturul puuduvad asendustooted ja/või tehnoloogiad⁴, samuti ei kujuta nende kasutamine olulist turujõudu omava ettevõtja poolt kuritarvitust v.a. erandlikel asjaoludel⁵. Nii on tehnoloogiale juurdepääsu andmisest keeldumise juhtumite puhul Euroopa Liidu Kohus järjepidevalt märkinud, et Euroopa Liidu õiguse kohaldamine ei tohi

¹ Euroopa Liidu toimimise lepingu art 101 lg 2(b) tulenevalt on ühisturus või selle olulises osas turgu valitseva seisundi kuritarvitamine ühe või mitme ettevõtja poolt keelatud kui ühisturuga kokkusobimatu niivõrd, kuivõrd see võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust sh toodangu, turgude või tehnilise arengu piiramises tarbijate kahjuks. Euroopa Liidu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid (Lissaboni lepingu redaktsioonis). 30.03.2010. ELT C 2010, 83/89.

² Euroopa Liidu ja Euroopa Ühenduse asutamislepingu konsolideeritud versioonid. 01.05.2004. ELT C 2006, 321, 78.

³ V. Hatzopoulos. The EU Essential Facilities Doctrine. College of Europe, Research Papers in Law, Bruges 2006, p 2. Available at: <http://www.europacolledge.be/template.asp?pagename=lawpapers>, December 13, 2009.

⁴ Case C-78/70 Deutsche Grammophon v Metro. ECJ June 8, 1971. 1971 ECR 487, para 16.

⁵ Joined Cases C-241/91 and C-241/92 Radio Telefins Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission (*Magill*). ECJ April 6, 1995. 1995 ECR I-00743, para 50.

kahjustada liikmesriikides siseriiklikult tagatud omandiõiguste teostamist⁶, kuni vastavad normid ei ole Liidu tasandil harmoniseeritud, kuid nende kasutamine ei tohi minna vastuollu Liidu õigusega sh ELTL art'ga 101 (endise EÜ art 82)⁷. Niisiis on doktriini kohaldamisel intellektuaalomandiõiguse ning Euroopa konkurentsioiguse normide konflikt vältimatu, kuivõrd tõhusa konkurentsiga tagamise eesmärgil, piiratakse olulisele vahendile juurdepääsukohustuse seadmise kaudu vahendi omaniku omandiõiguste teostamist. Lisaks tõusetub äriühingutest olulise vahendi valdajate puhul siin küsimus ettevõtlusvabaduse võimalikust riivest, kuivõrd omandi kasutamisele piirangute seadmisel sekkutakse ühtlasi ettevõtja majandustegevusse ning piiratakse tema lepinguvabadust.

Intellektuaalomandiõiguse ja konkurentsioiguse reguleerimise esemetes on samas ka kokkulangevusi, kuivõrd mõlema laiemaks eesmärgiks on innovatsiooni edendamine ning tarbija kasu maksimeerimine. Intellektuaalomandiõiguse kaudu tasakaalustatakse *ex ante* innovatsiooni stiimuleid ning konkurentsioiguse kaudu likvideeritakse *ex post* turujõu kuritarvitustest tulenevat (võimalikku) ebaefektiivsust⁸. Pikemas perspektiivis on seega intellektuaalomandiõiguse isegi konkurentsiga stimuleeriv, kuid kuivõrd vastava perspektiivi realiseerumise täpne aeg jääb üldjuhul tabamatuks, tuleb kohtutel, ettevõtjatel, teadlastel ja avalikkul võimu teostavatel institutsioonidel leida optimaalseid lahendusi praktikas viidatud õigusharude normide ilmsetest konfliktidest tekkivatele probleemidele⁹. Ühest küljest tuleb kaitsta autoreid, leiutajaid ja teisi intellektuaalomandiõiguste valdajaid nende loomeprodukte kopeerimast, mille tagajärjel võib kannatada konkurents ja säilida asjaomase toote kõrgem hinnatase, teisest küljest vajab kaitset tõhus konkurents, mis hoiab hinnad üldjuhul madalamal tasemel ning kaitseb asjaomast kaubaturgu moonutuste eest.

Siiski võib konkurentsireeglite rakendamise prevaleerimine intellektuaalomandiõiguste tõhusa kaitse ees, tuua kaasa innovatsiooni pidurdumise kuivõrd taoliste pretsedentide valguses kaob tugevat know-how'd omaval turuliidril motivatsioon kaupade ja teenuste mitmekesistamiseks

⁶ ELTL art 345 (*ex EÜ art 295*) kohaselt ei mõjuta aluslepingud mingil viisil omandi õiguslikku režiimi liikmesriikides. *Op cit* p 1.

⁷ Joined Cases 56/64 and 58/64 Grundig and Consten v Commission. ECJ July 13, 1966. 1966 ECR 299, para 344-346.

⁸ Y.S. Katsoulacos. Optimal Legal Standards for Refusals to License Intellectual Property: A Welfare-Based Analysis. *Journal of Competition Law & Economics*, 2008, 5(2), p 270.

⁹ R.Glibert. C.Shapiro. An Economic Analysis of Unilateral Refusals to License Intellectual Property. 1996, 93 PROC. NAT'L ACAD. SCI. USA 12749 (*cit* Y.S. Katsoulacos. *Op cit*, p 8 p 272).

samas tempos investeerida. Kindlasti oleks sellel negatiivne mõju ka väiksemate turutegijate efektiivsusele, kel on taoliste pretsedentide valguses võimalik loobuda originaalsete lahenduste väljatöötamisest. Seega kokkuvõttes võib oluliste vahendite doktriini läbimõtlematul rakendamisel olla äärmiselt negatiivne mõju nii innovatsioonile kui konkurentsile laiemalt, seda eriti kõrgtehnoloogiliste dünaamiliste turgude puhul, kus ettevõtja monopoolne seisund võib kesta vaid lühiajaliselt. On heameel tõdeda, et Euroopa Komisjon on 2003.a. algatatud EÜ art 82 reformi tulemusel asendamas olulise turujõu kuritarvituste formaalseid analüüsimetoodikaid mõjupõhise lähenemisega, mis keskendub ettevõtja tegevusse sekkumise vajalikkuse hindamisel konkreetse rikkumise pikemaajalisele majanduslikule mõjule asjaomases tööstussektoris ning tarbijate heaolule. Tehnoloogia kiire areng on toonud esile dünaamiliste turgude¹⁰ eripärad, mille mõjul tuleb vajadusel vaadata ümber ning täiendada oluliste vahendite doktriini rakendamise eeldusi.

2007.a. lõpul tegi toonane Euroopa Esimese Astme Kohus (Üldkohus) teatavaks oma lahendi *Microsofti*¹¹ kaasuses, mis jättis olulises osas jõusse Microsofti poolt vaidlustatud Komisjoni otsuse ning oli kõrgtehnoloogiliste tööstusharude ettevõtjate, ennekõike arvutitarkvara tootjate/loojate jaoks ootamatu, kuivõrd lahendiga laiendati oluliselt Komisjoni ja kohtupraktika poolt varasemalt oluliste vahendite doktriini kohaldamise eeldusi ning ulatust. Lahend oli märgilise tähendusega just seetõttu, et varasem kohtupraktika oluliste vahendite doktriini kohaldamisel, õigustas intellektuaalomandiõiguste sundlitsentsimist üksnes erandlikel asjaoludel, põhinedes doktriini formaalsete eelduste ratsionaalsel analüüsil. Seega osundas *Microsofti* lahend, et nii Euroopa Komisjon kui Euroopa Liidu Kohus on asumas oluliste vahendite doktriini eeldusi kreatiivsemalt määratlema. Teisest küljest tõi see aga kaasa olulist vahendit sh intellektuaalomandiõigusi omavate ettevõtjate õiguskindluse vähenemise, nende võimalike kohustuste ulatuse osas konkurentide suhtes, kes võiksid olla huvitatud juurdepääsust nende käsutuses olevale olulisele vahendile sh intellektuaalomandiõigustele. Lisaks tõstatas Microsoft antud kohtuasjas argumendi Euroopa Liidu konkurentsireeglite mittevastavusest Maailma Kaubandusorganisatsiooni (WTO) 15.04.1994.a. asutamislepingu lisa - Intellektuaalomandiõiguste kaubandusaspektide lepinguga (edaspidi TRIPS lepingu¹²), mille

¹⁰ Tehnoloogiate pidevast uuenemisest mõjutatud olemasolevad ja järjest lisanduvad kaubaturud (tarkvaratööstus, telekom, ravimitööstus jne).

¹¹ Case T-201/04 Microsoft v Commission. CFI September 17, 2007. 2007, ECR II-3601.

¹² Maailma Kaubandusorganisatsiooni (WTO) 15.04.1994.a. asutamislepingu lisa - Intellektuaalomandiõiguste kaubandusaspektide leping. RT II, 1999, 22, 123.

konkurentsireeglid õigustavad sundlitsentsimist avalikes huvides äärmiselt erandlikel juhtudel ning üksnes juhtumipõhiselt, kuid mis nii Komisjoni kui Üldkohtu poolt ümber lükati.

Niisiis on hiljutised arengud Euroopa Liidu Kohtu praktikas tõstatanud tulise diskussiooni doktriini rakendamise piiridest, nimelt kuidas leida tasakaal ühest küljest vajadusele stimuleerida konkurentsi järelturgudel, võimaldades juurdepääsu ettevõtja olulisele vahendile esmasel kaubaturul ning teisest küljest, mitte vähendada olulise vahendi omaniku investeerimisstiimuleid, millest kokkuvõttes võidaksid nii tarbijad kui konkurents tervikuna. Eeltoodu tingis omakorda käesoleva magistriväitekirja teemavaliku, kuivõrd oluliste vahendite doktriini olemus ning selle rakendamisega seotud probleemid on Eesti õigusteadlaste poolt leidnud seni äärmiselt tagasihoidlikku käsitlust. Kuivõrd oluliste vahendite doktriini rakendamisel puudutatud õigusarude normide konflikti lahendamisel on põhiküsimuseks, millised on õiguspoolest need asjaolud, mis õigustaksid (intellektuaal)omandiõiguse teostamise piiramist tõhusa konkurentsi kaitse eesmärkidel, soovib autor käesolevas magistriväitekirjas leida vastust küsimusele, kas oluliste vahendite doktriin on kohaseks õiguslikuks standardiks otsustamaks olulisele vahendile sundkorras juurdepääsu tagamise vajalikkuse üle. Samuti otsib autor magistriväitekirjas vastust küsimustele, kas nii (intellektuaal)omandiõiguse kaitse kui tõhusa konkurentsi eesmärke aitab paremini saavutada õiguskindlust tagav, doktriini universaalne ja staatiline vorm või eeldab kõrgtehnoloogiliste kaubaturgude dünaamilisus doktriini erinevaid käsitlusi sõltuvalt juhtumi asjaoludest ning seeläbi ka doktriin tervikuna pidevat edasiarendamist. Lisaks eeltoodule, soovib autor magistriväitekirjas välja selgitada, kuidas on doktriini rakenduspraktikat mõjutanud või mõjutamas Komisjoni poolt 2003.a. algatatud EÜ art 82 reform ning kas *Microsoft*'i lahendi mõjul võib sundlitsentside määramine, asjaomase tööstussektori innovatsiooni edendamise kaalutlustel, muutuda Euroopa Liidu Kohtu praktikas pigem reegliks või erandiks.

Kuivõrd olulise vahendi omamisest või kasutusest tulenevad olulise turujõu kuritarvitamise kaasused on valdavalt olnud seotud ettevõtja ainuvalitseva seisundi kuritarvitustega, on uurimuse mahu piiratuse tõttu jäetud magistriväitekirjast välja kollektiivse turgu valitseva seisundi kuritarvitusi puudutavate juhtumite üksikasjalikum analüüs. Teemaatika ulatuslikkuse tõttu on autor keskendunud ettevõtja tegevuse analüüsile olulise vahendi omamisel või kasutamisel, mis kvalifitseerub ELTL art 102 lg 2(b) rikkumisena ega käsitle muid viidatud sättega hõlmatud kuritarvitusi nagu hinnal põhinev konkurentide tõrjuv käitumine või muul viisil turu jagamine. Samuti on uurimuse esemest väljaspool erinevates majandussektorites (nt telekom, energeetika)

ex ante valdkonnapõhiselt konkurentsi tagamiseks kehtestatud regulatsioon ning sellest tulenevad alused turgu valitsevale ettevõtjale kohustuste kehtestamisel (sh olulisele vahendile juurdepääs) kuivõrd need erinevad valdavalt ELTL art 102 lg 2(b) rakendamise eeldustest ja meetodikast¹³.

Magistriväitekirjas on kasutatud paralleelselt võrdlevat, süstemaatilist, teleoloogilist ja ajaloolist meetodit. Euroopa Liidu konkurentsireeglite sh nii esmase kui teise õiguse, kohtupraktika ning konkurentsipoliitika analüüsi kõrval on töös uuritud paralleelselt ka Ameerika Ühendriikide sellekohast õigustikku ning kohtupraktikat, selgitades erinevatel kontinentidel kehtivate normide ning nende rakenduspraktika olulisemaid erinevusi. Nii on näiteks Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses¹⁴ keelatud *per se* iga tehing, mis takistab kaubandust, samas kui Euroopa konkurentsioiguse kohaselt hinnatakse igal üksikjuhul ettevõtja turujõudu ning tema tegevuse konkurentsivastast mõju. Magistriväitekirja ülesehitusel on autor liikunud oluliste vahendite doktriini eripära paremaks mõistmiseks üldisematelt õigusprobleemidelt spetsiifilistele. Magistriväitekirja esimeses peatükis on avatud doktriini olemust ja kujunemist, olulisemaid erinevusi Euroopa Ühenduse ning USA doktriinide käsitlustes ning Komisjoni poolt 2003.a. algatatud EÜ art 82 reformi mõju doktriini rakendamisele. Järgmises peatükis on analüüsitud doktriini kohaldamise eeldusi, tuues esile ELTL art 102 lg 2(b) rakendamise aluseks oleva meetodika erisused võrreldes olulise turujõu kuritarvituse analüüsimisel kasutatavate üldiste reeglitega. Magistriväitekirja viimase peatüki on autor pühendatud dünaamiliste turgude eripärade avamisele konkurentsi ning oluliste vahendite doktriini rakendamise eelduste hindamisel.

Magistriväitekirja allikatena on autor kasutanud peamiselt välismaist erialakirjandust ning Euroopa konkurentsioigust kajastavates perioodilistes erialaväljaannetes avaldatud uurimusi ning artikleid. Magistriväitekirja üldallikatest tooksin eraldi välja Lennart Ritteri ja W.David Brauni poolt koostatud ning Kluwer Internarional'i poolt 2005.a. avaldatud kolmanda trüki kogumikust „European Competition Law: A Practitioner's Guide“. Uurimuse sisu seisukohalt kõige põnevamaid artikleid oli võimalik leida Competition Law Journal, European Competition Law Journal'i, Journal of Competition Law & Economics, samuti ajakirjade Competition and Regulation in Network Industries ja Common Market Law Review viimaste aastate väljaannetest.

¹³ Põgusalt on leidnud kajastust vaid *ex post* ja *ex ante* konkurentsireeglite paralleelset kohaldamist puudutavad lahendid Euroopas ja USA's.

¹⁴ Sherman Antitrust Act § 1-7, 15 UCR.

I OLULISTE VAHENDITE DOKTRIINI OLEMUS JA KUJUNEMINE

1.1 Vahendi ja selle „olulisuse“ määratlemine

Oluliste vahendite doktriin määratleb ELTL art 102 lg 2(b) kohaldamise reeglid olulisele vahendile juurdepääsukohustuse rakendamisel vahendi omanikuks olevale olulist turujõudu omavale ettevõtjale. Vajaduse taolise õpetuse järele on tinginud ELTL art 102 lg 2 rakendamise üldiste eelduste ebapiisavus olulisi vahendeid hõlmavate turukuritarvituste lahendamiseks kuivõrd need on rakendatavad olukordades, mil konkurents on olulist turujõudu omava ettevõtja tegevuse tulemusel juba asjaomasel kaubaturul juba nõrgenenud, kuid doktriini rakendamise kaudu on vahendile juurdepääsu tagamisega võimalik konkurentsi kahjustumist ka ära hoida. Sellest tingituna muudab oluliste vahendite doktriini rakendamine mõnevõrra ELTL art 102 kohaldamise tavapäraseid eeldusi sh asjaomase kaubaturu piiritlemise üldiseid aluseid¹⁵. Teiseks pööratakse oluliste vahendite doktriini rakendamisel ümber ELTL art 102 tavapärane tõendamiskoormis, kus kannatanuks olev ettevõtja peab ära tõendama olulise turujõu kuritarvituse esinemise, kuid oluliste vahendite doktriini kohaldamisel peab olulise vahendi omanik tõendama, et olulisele vahendile juurdepääsu andmisest keeldumine on objektiivselt põhjendatud¹⁶. Lisaks on erinevad ELTL art 102 ja oluliste vahendite doktriini rakendamise praktilised mõjud: kui tarnetest keeldumine osutub ELTL art 102 vastuolus olevaks, on see tühine ning olulist turujõudu omav ettevõtja peab olulisele vahendile juurdepääsu võimaldama. Oluliste vahendite doktriini rakendamisel on vahendi omanikul lubatud rakendada vahendile juurdepääsu andmisel üldjuhul mõistlikke tingimusi ning saada selle eest tasu.

Viimastel aastatel on järjest enam tõusetunud küsimus oluliste vahendite doktriini rakendamise võimalikkusest ja ulatusest majandussektoritele, mis endiste riiklike monopoolsete turgude avanemise järgselt on allutatud ulatuslikule *ex ante* valdkonnapõhisele regulatsioonile ning mis olulise vahendi omanike tegevust niigi kitsendab. Ühest küljest on leitud, et valdkonnapõhiselt *ex*

¹⁵ Hatzopoulos leiab, vastupidiselt paljudele teistele autoritele, et oluline vahend moodustab reeglina autonoomse kaubaturu, millel selle omanik on turgu valitsevas seisundis. V. Hatzopoulos. *Op cit*, p 3, p 32.

¹⁶ L.Ritter'i ja W.D Braun'i käsitluse kohaselt on olulisele vahendile juurdepääsu andmisest keeldumine põhjendamatu kui:

(i) otsesest keeldumist juurdepääsust või selle pakkumist oluliselt kehvematel tingimustel kui vahendi omanik seda ise kasutab; (ii) keeldumine juurdepääsust konkurendile, kellele varasemalt on juurdepääsu võimaldatud; (iii) keeldumine juurdepääsust uuele turule sisenejale.

L.Ritter, W.D.Braun. *European Competition Law: A Practitioner's Guide*. Third Edition. Kluwer Law International, 2005, p 478.

ante reguleeritud kaubaturgude puhul, võiks doktriin olla valdkonnapõhise regulatsiooni tõlgendamisel kasutatav abivahend või et see võiks omada vastavaid norme täpsustavat funktsiooni¹⁷. Teisest küljest on leitud, et valdkonnapõhiselt reguleeritud turgude puhul on doktriini rakendamine üldse küsitav kuivõrd vajadus õigusliku doktriini järele tekib üldjuhul vaid valdkondades, mis on õigusnormidega reguleerimata või kirjeldamaks tausta, kus vastavate normide rakendamine oleks vajalik, mistõttu oleks siin *ex post* konkurentsinnormide rakendamine ülearune¹⁸.

Doktriinis sisalduva „vahendi“ olemus ja omadused on olnud keskseks vaidlusküsimuseks erinevate konkurentsivaldkonna asjatundjate jaoks. Ühest küljest on leitud, et doktriini rakendamist õigustaksid vaid fikseeritud (materialiseerunud) infrastruktuurid nagu sadamad, naftatorustikud, elektrivõrgud ning vaid erandjuhtudel nn hoomamatud võrgustikud nagu raadiosagedused, millel põhinevad sidevõrgud. Viidatud lähenemine toetub Komisjoni rakenduspraktikale doktriini kohaldamisel loomulikele monopolidele. Samas on nii Komisjoni kui Euroopa Liidu Kohtu praktikale tuginedes, loetud vahendi hulka ka erinevaid intellektuaalomandil põhinevaid tooteid nagu telejaamade programme¹⁹ kõiki telejaamasid hõlmava nädalasaatekavade tootmiseks või personaalarvuti operatsioonisüsteemi liidese spetsifikatsiooni²⁰ teiste tootjate tarkvarasüsteemidega ühildumiseks.

Teatud juhtudel on mööndud vahendi vajalikkust konkreetse kauba/teenuse pakkumiseks, kuid kuivõrd sellele on olnud arvestavaid alternatiive, ei ole seda loetud „oluliseks“ järelturul konkurentsivõimelise tegevuse tagamisel²¹. Eeltoodust tulenevalt võiks doktriini kontekstis vahendi „olulisuse“ all määratleda vahendi omadust, millel puudub reaalne alternatiiv. Nimetatud lähenemist toetab ka Komisjoni rakenduspraktika, mis on lugenud vahendi oluliseks, kui sellele juurdepääsu puudumine on olulist turujõudu omavate konkurentide jaoks ületamatuks takistuseks turule sisenemisel või selle puudumisel kaasneks konkurentidele tõsine, püsiv ning vältimatu

¹⁷ Nii pidas Komisjon vajalikuks sekkuda Deutsche Telekom'i hinnakujundusse EC art 82 alusel kuigi kohalik regulaator oli vastava juurdepääsutasu suuruse eelnevalt heaks kiitnud. Deutsche Telekom (COMP/C-1/37.451) 21.05.2003. 2003, OJ L 263/9.

¹⁸ Temple. Lang. European Competition Policy and Regulation: Differences, Overlaps and Constraints. Paper delivered at the 3rd Antitrust Conference organised by CERNA (Ecoles des Mines, Paris) and BCLT (Berkeley University) in January 2006. Available at: http://www.cerna.ensmp.fr/cerna_regulation/Documents/Antitrust2006/Temple-Lang.pdf. January 10, 2009.

¹⁹ Magill, *Op cit* p 5.

²⁰ Microsoft, *Op cit* p 11.

²¹ Kojukandesüsteem *Bronner'i* kaasuses ja ravimite müügiinfo kajastamise meetod *IMS Health* kaasuses.

konkurentsivõime kahjustus, mis muudaks nende tegevuse majanduslikult mittetasuvaks²². Kõrgtehnoloogiliste turgude kiire arengu taustal on täiendavalt tõusetunud küsimus vahendi „olulisusest“, mis ei ole tingitud toote/teenuse sisemisest ülesehitusest ja omadustest, vaid välistest faktoritest nagu võrguefektid. Seeläbi on aga ettevõtjate ring, kelle suhtes saaks doktriini kohaldada, üldjuhul piiratud faktiliste monopolide või kvaasimonopolidega, intellektuaalomandiõiguste kaudu ka õiguslike monopolidega. Vahendile juurdepääs peaks samas aga olema võrdselt oluline kõigile asjaomase kaubaturu järelturul tegutsevatele ettevõtjatele ning vahend ise:

(i) unikaalne või raskesti dubleeritav: samas tuleb dubleeritavust teatud perioodi tagant uuesti hinnata kuivõrd tehnoloogiline areng või muud tegurid võivad nn unikaalseid vahendeid hiljem dubleeritavateks muuta (nt sidevõrkude pidev areng)²³;

(ii) täielikult vajalik igaühele, kes soovib turule siseneda: siin tuleb hinnata vahendil põhinevate toodete ning nende võimalike alternatiivide olemasolu, mille pakkumiseks juurdepääsu vahendile vaja ei ole²⁴;

(iii) vajalik konkreetsele juurdepääsu taotlejale: arvestada tuleb konkreetse taotleja vajadust ning tema tehnilist, rahalist ja organisatsioonilist võimekust. Üldjuhul on aga tegemist kõrvalise tingimusega kuivõrd kui kaks esimest tingimust ei ole täidetud, ei ole vahend ka suure tõenäosusega oluline²⁵.

Eeltoodust tulenevalt, ei tohiks asjaolu, et vahendi dubleerimine võib olla ebamugav või kallis konkurentide jaoks turule pääsuks, olla „olulisuse“ kontekstis doktriini rakendamise õigustamiseks piisav. Teisest küljest oleks lubamatu aga ka mittesekkumine olukorras, kus vahendi omanik naudib segamatult selle kasutusest tulenevaid hüvesid, keeldudes põhjendamatult tehingutest konkurentidega kui sellel oleks negatiivne mõju kogu turu konkurentsivõimele²⁶.

²² Report by the EC Commission in OECD/GD/113. The Essential Facilities Concept. 1997. Available at: [http://www.ois.oecd.org/olis/1996doc.nsf/LinkTo/OCDE-GD\(96\)113](http://www.ois.oecd.org/olis/1996doc.nsf/LinkTo/OCDE-GD(96)113), January 15, 2009.

²³ V. Hatzopoulos. *Op cit*, p 3, p 15;

²⁴ Samas p 16;

²⁵ V. Hatzopoulos. *Op cit*, p 3, p 17. Samas kuna juurdepääs määratakse *intuitu personae* põhjal, peaks taotleja: a) olema ise vajalik konkurentsi edendamiseks asjaomasel kaubaturul, omades selleks muid vajalikke ressursse, vastasel juhul oleks juurdepääsu määramine vastuolus proportsionaalsuse printsiibiga. See ei tähenda seda, et väiksemad konkurendid oleks automaatselt eemale tõugatud, vaid kaitseb turgu pigem spekulantide eest ning b) täitma igakülgset juurdepääsu saamiseks kehtestatud tingimusi (sh perioodilised tasud, tehnilised spetsifikatsioonid, kasutusviis, ajakavad jne).

²⁶ D.Ridyard. Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors. *European Competition Law Review* 1996, 438 lk 451-452 (*cit* P.Graig. G.De Burca. *EU Law: Texts, Cases and Materials*. Fourth Edition. Oxford University Press, 2007, p 1027).

Sõltuvalt turgude eripäradest ja konkurentsiolekorrast, võib samas erineda doktriini rakendamise kaudu taotletava eesmärgini jõudmiseks kasutatavate meetmete ajaline kehtivus kuivõrd teatud aja möödudes ei pruugi vahend olla enam „oluline“. Nii võiks uute väljaarendatud ja mahukaid investeeringuid nõudnud vahendite puhul olla mõistlik määrata juurdepääs vahendile alles siis, kui selle omanik on jõudnud oma investeeringu tagasi teenida ning teatud juhtudel piisab konkurentidele juurdepääsust vahendile üksnes piiratud tähtjaks, et omale vajalik infrastruktuur välja ehitada²⁷. Samuti on sõltuvalt vahendi eripäradest erinev sellele võimaldatava juurdepääsu ulatus nt füüsiliste infrastruktuuride puhul ka selle kasutamiseks vajalikud teenused, intellektuaalomandiga hõlmatud tarkvara puhul aga nt üksnes baasteave – konkreetse liidese spetsifikatsioon, mitte konkreetne lõpptooteks olev tarkvaraprogramm.

Oluliste vahendite doktriini kohaldamine on niisiis põhjendatud juhul, kui ettevõtja turujõud võimaldab tal vahendi „olulisuse“ tõttu kontrollida juurdepääsu samale või sellega seotud järelturgudele ning ta põhjendamatult keeldub teistele ettevõtjatele vajalikule sisendile juurdepääsu andmisest, eesmärgiga säilitada või tugevdada oma turujõudu²⁸. Lisaks võib ELTL art 102 lg 2(b) tähenduses taoline keeldumine olla kuritarvitus kui seeläbi diskrimineeritakse teiste liikmesriikide kodanikke ja ettevõtjaid kuivõrd sellekohane keeld tuleneb sõnaselgelt ELTL art 18 (ex EÜ art 17)²⁹.

Nagu sissejuhatuses märgitud, ei ole üldjuhul niisiis olulist turujõudu omaval ettevõtjal kohustust talle kuuluvat olulist vahendit (võrgustikku või intellektuaalomandiõigust) teiste ettevõtjatega jagada v.a. selle vastuolu korral ELTL art 102 eesmärkidega ning erandlike asjaolude esinemisel, mis moodustavad koostoimes doktriini rakendamise eeldused. Doktriini rakendamise eeldustele täiendavalt peavad aga olema täidetud ka ELTL art 102 kohaldamise üldised eeldused oma erisustes³⁰, mida järgnevas peatükis täpsemalt analüüsin.

²⁷ V. Hatzopoulos. *Op cit*, p 3, p 25.

²⁸ *Sea Containers v. Stena SeaLink Ports* (Interim Measures IV/34.689) 21.12.1993. 1994, OJ L 15/84, para 66.

²⁹ Nii leidis Euroopa Kohus 02.03.1983.a. GVL lahendis, et Saksa Autorite Ühing, omades faktilist monopoli antud liikmesriigis rikkus EÜ art 17 keeldudes oma teenuste pakkumisest teiste liikmesriikide heliloojatele ja kunstnikele. *Case 7/82 GVL v Commission*. ECJ March 2, 1983. 1983 ECR 483, paras 46-56.

³⁰ Olulise turujõu kuritarvituse koosseisu realiseerumiseks peavad EC art 82 tuginedes igakordselt esinema üheaegselt järgmised elemendid: (i) eksisteerib ettevõtja (ii) kes omab olulise turujõuga võrreldavat positsiooni (iii) asjaomasel kauba- ja geograafilisel turul (iv) ühisturul või selle olulises osas ning (v) kuritarvitab oma turujõudu viisil (vi) mis mõjutab liikmesriikidevahelist kaubandust.

1.2 Doktriini väljakujunemine

1.2.1 Tarnetest keeldumine

Oluliste vahendite doktriini juured pärinevad Ameerika Ühendriikidest, kus juba 19.sajandil rakendati seda kohalike monopolide suhtes, kes ei võimaldanud õiglasi tehingutingimusi potentsiaalsetele tarbijatele³¹. Doktriini „sünniajaks“ loetakse aga USA Ülemkohtu 1912.a. lahendit kohtuasjas *Ameerika Ühendriigid vs Terminal Railroad Association of St. Louis*³², milles nõuti raudtee ettevõtete ühenduselt juurdepääsu andmist, neile kuuluvale, ainsale Mississipi jõge ületavale raudteesillale, ühendusse mittekuulunud raudteetranspordi ettevõtjatele, kuivõrd selle dubleerimine oleks olnud viimastele majanduslikult ebamõistlik.

Olulist vahendit omava ettevõtja ühepoolne tegevus oli põhjalikumalt vaatluse all *Otter Tail Power Co vs Ameerika Ühendriigid*³³ kaasuses, kus kaebajaks oli vertikaalselt tugevalt integreeritud ettevõtja, kes tootis, vahendas ja müüs elektrienergiat ning keeldus seda a) müümast konkurentidele edasimüügiks b) pakkumast neile võimsust oma ülekandevõrgus ning c) võimaldamast neile juurdepääsu oma müügivõrgustikule. Ülemkohus leidis, et teatud turgudel nagu ka elektrienergia turul, on juurdepääsu tagamine võrgule ainsaks konkurentsi stimuleerimise vahendiks ning määras olulist vahendit omanud ettevõtjale elektrivõrgustikule juurdepääsu tagamise kohustuse.

1983.a. The Seventh Circuit apellatsioonikohtu lahendis *MCI vs AT&T*³⁴ kaasuses põhistati olulisele vahendile juurdepääsu andmise põhjendatust järgmise testi kaudu, mille komponentide osas on juba olulisi kokkulangevusi kehtival kujul Euroopa konkurentsioiguses rakendatava oluliste vahendite doktriini kohaldamise eeldustega:

- (i) olulist turujõudu omaval ettevõtjal on kontroll olulise vahendi üle;
- (ii) olulise vahendi dubleerimisvõimalused puuduvad;
- (iii) olulist turujõudu omava ettevõtja keeldub vahendile juurdepääsu andmisest;
- (iv) juurdepääsu andmine on tehniliselt teostatav.

³¹ A.Sullivan. Handbook of Law of Antitrust. West Publishing, 1977, St.Paul, Minnesota, p 125.

³² United States vs Terminal Railroad Association of St.Louis, 224 U.S. 383 (1912).

³³ Otter Tail Power Co. vs United States, 410 U.S. 366 (1973).

³⁴ MCI vs At&T, 708 F.2d 1081 (7th Circuit 1983) at 1132.

Tarnetest keeldumist käsitletud *Aspen Skiing*³⁵ kaasuses tegeles Ülemkohus aga olemasoleva konkurentsi säilitamise küsimusega, kus vaatluse all oli olulist turujõudu omava suusakeskuse operaatori otsus katkestada ärisidemed väiksema suusakeskusega, ühiste suusapasside müügi peatamise kaudu, mis oleks isoleerinud väiksema keskuse ning vähendanud selle konkurentsivõimet. Ülemkohus leidis siin, et tarnetest keeldumine oli äriselt põhjendamatu ning kohustas ettevõtjat kauplemist jätkama.

Kuigi USA Ülemkohus pole oma rakenduspraktikas otseselt oluliste vahendite doktriini tunnustanud, on sealsed alama astmete kohtud selle sisu erinevates versioonides rakendanud ning doktriini edasiarendused on olnud jätkuvalt nii sealsete õigus- kui majandusteadlaste seas kuumaks debatiteemaks³⁶. Kohtulahend *Trinko*³⁷ kaasuses tõstatas ka USA's küsimuse doktriini kohaldamise võimalikkusest *ex ante* valdkonnapõhiselt reguleeritud kaubaturgudel olulise vahendi omanikule (New York'i telekomimonopol Verizon) *ex ante* seatud juurdepääsukohustustega paralleelselt. Ülemkohus leidis siin, et doktriini ei saa rakendada juhtumil, kui haldusaktiga on olulist turujõudu omavale ettevõtjale oma sidevõrgule juurdepääsu tagamise kohustus juba määratud. Siiski märkis kohus lahendis, et: a) doktriini on välja töötanud alama astme kohtud b) sundkorras juurdepääsu tagamine võib vähendada ettevõtja investeerimisstiimuleid ning c) juurdepääsutasule õiglase hinna määramisel asuksid kohtud tsentraalse planeerija rolli, milleks nad on sobimatud³⁸.

Ka Euroopa jurisprudentsis leidis oluliste vahendite doktriin algelt äramärkimist tarnetest (kauplemisest) keeldumise kaasustes Euroopa Komisjoni ning Euroopa Liidu Kohtu poolt, kuid nii Euroopa Kohus kui üldkohus on seda valdavalt rakendanud vaikimisi ning viidanud doktriinile kui sellisele vaid piiratud määral ja kaudselt. Doktriini kasutati Euroopa Kohtu praktikas esmakordselt *Commercial Solvents*³⁹ kaasuse lahendamisel, mille asjaolude kohaselt otsustas tuberkuloosiravimi komponendi tooraine tootja Commercial Solvents Corporation

³⁵ *Aspen Skiing Co vs Aspen Highland Skiing Corp.* 472 U.S. 585 (1985).

³⁶ V. Hatzopoulos. *Op cit*, p 3, p 2.

³⁷ *Verizon Communications Inc vs Law Offices of Curtis vs Trinko*, 540, U.S. 398 (2004).

³⁸ I.Forrester. *The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law*. RSCAS/EUI June 2005, p 14. Available at: <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2005/200510-CompForrester.pdf>, January 25, 2010.

³⁹ *Joined Cases C-6/73 and C-7/73 Institute Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corp v Commission*. ECJ March 6, 1974. 1974 ECR 223, para 15.

laiendada oma tegevust vertikaalselt, asudes lisaks ravimi toorainele, ka ravimit tervikuna tootma ning loobus seetõttu tooraine tarnetest oma kliendile Zoja. Oma lõppjäreldest kasutas Euroopa Kohus oluliste vahendite doktriinile omast õiguslikku analüüsi, märkides, et tarnetest keeldumine olulist turujõudu omava tooraine tootja poolt, eesmärgiga reserveerida see endale ravimi tootmiseks ning keeldudes tarnetest ettevõtjale, kes ise on vastava ravimi tootjaks, võib tõenäoliselt kõrvaldada kogu konkurentsi järelturul, on vastuolus EÜ art 3 lg 1(g)⁴⁰ ning kvalifitseerub EÜ art 82 lg 2(b) rikkumiseks⁴¹. Euroopa Kohus rõhutas siin niisiis Commercial Solvent Corp tarnetest keeldumise motiivi kui turujõu kuritarvitusele viitavat asjaolu. Kuivõrd Commercial Solvents Corporation'i motiiviks oli tema enda sõnul efektiivsus, on antud kaasuse asjaoludele tuginedes vaieldav, kas rakendatud meetme läbi kaitsti tegelikult konkurenti või konkurentsi. On ilmne, et esmasel turul olulist turujõudu omava ettevõtja sisenemine järelturule olukorras, kus ta suudaks olla efektiivsem oma konkurentidest, võiks tarbijate seisukohast olla positiivse mõjuga, kuid selle tagajärjel võivad järelturult olla sunnitud lahkuma selle senised turuosalised (nt tooraine tootja sisenemise järgselt järelturule, napiks toorainet kõigile järelturu toodete tootjatele)⁴². Antud lahendit ei saa siiski pidada esmakordseks oluliste vahendite doktriini kaasuseks Euroopa konkurentsioiguses kuivõrd argumendid, millega põhistati ravimi tootmiseks alternatiivse tarneallikate ja tootmisvõimaluste olemasolu, lükati tagasi kui asjassepuutumatud⁴³.

Commercial Solvents kaasuse lahendamisel aluseks võetud lähenemist kasutati Euroopa Kohtu poolt ka *United Brands*⁴⁴ lahendis. Kaasuse asjaolude kohaselt keeldus United Brands Company tarnetest Taani hulгимүүgiettevõtjale Olesen kuivõrd viimasel ei õnnestunud tagada United Brands Company head positsiooni asjaomasel kaubaturul. Olesen asus müüma konkurentide tooteid ning jättis unarusse United Brands Company toodete müügi. Euroopa Kohus leidis antud kaasust lahendades, et olulist turujõudu omava ettevõtja poolt on lubamatu keelduda tarnetest pikaajalisele kliendile, kui vastavad tooted on asjaomasel kaubaturul tuntud ja tarbijate poolt omaksvõetud ning tellimuste maht püsib tavapärasel tasemel. Sarnaselt *Commercial Solvents* lahendiga, leidis Euroopa Kohus, et turuliidri käitumine oli vastuolus EÜ art 3 ning art 82 lg 2(b) kuivõrd tarnetest keeldumisel oli tarbijate jaoks turgu piirav mõju ning võinuks viia

⁴⁰ EÜ art 3 lg 1(g) kohaselt hõlmas ühenduse tegevus ühenduse eesmärkide saavutamiseks süsteemi, mis tagas, et konkurentsi siseturul ei kahjustata.

⁴¹ V. Hatzopoulos. *Op cit*, p 3, p 25.

⁴² P.Graig, G.De Burca. *EU Law: Texts, Cases and Materials*. Fourth Edition. Oxford University Press, 2007, p 1024.

⁴³ V. Hatzopoulos. *Op cit*, p 3, p 15.

⁴⁴ C-27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission. ECJ February 14, 1978. 1978 ECR 207.

diskrimineerimiseni, mille tulemusel oleks kaubanduspartner lahkunud asjaomaselt turult⁴⁵. Lahendis leiti ühtlasi, et olulise turujõuga ettevõtjal on sarnaselt teistega küll õigus kaitsta oma ärihuve kui neid rünnatakse, kuid mitte viisil, mille tegelikuks eesmärgiks on oma turupositsiooni tugevdamine ja selle kuritarvitamine. Selleks peaks taoline vasturünnak olema proportsionaalne ähvardava ohuga ning vastaspoole majanduslikule jõule vastav⁴⁶. Lahendi valguses jääb arusaamatuks, kas tarnetest keeldumine oleks antud asjaoludel olnud lubamatu üksnes olemasolevate klientide või ka uute klientide suhtes.

Oluliste vahendite doktriini kontekstis oli tarnetest keeldumise kaasustes teedrajavaks *Sealink*⁴⁷ kaasus, mille lahendamisel Komisjon esmakordselt doktriinile ka viitas. Kaasuse asjaolude kohaselt kuulus Sea Containers Stena SeaLink Ports nimelisele ettevõtjale Holyhead'i sadam, millel ta opereeris ka ise praamiühendust Irimaaga. Ettevõtja konkurendist praamiühenduse operaator leidis, et SeaLink on teinud oma väljumisajad sadamast konkurendi jaoks kõige ebasobivamaks. Komisjon leidis, et tegemist oli turujõu kuritarvitamisega kuivõrd SeaLink kasutas tema käsutuses olnud olulist vahendit (sadam) oma turujõu tugevdamiseks järelturul (Irimaa laevühendus). Objektivse õigustuse puudumisel, tulnuks aga võimaldada konkurendile juurdepääsu järelturule samasugustel tingimustel nagu enda teenustele.

Samas võib Komisjoni ja Euroopa Liidu Kohtu rakenduspraktikast välja tuua ka rida lahendeid, kus olulise vahendile juurdepääsu võimaldamist ei ole peetud põhjendatuks. Nii on näiteks *Ladbroke*⁴⁸ lahendis üldkohus (end. Euroopa Esimese Astme Kohus) selgelt osundanud, et tarnetest keeldumise juhtumitel on sekkumine õigustatud vaid juhul, kui taotletud kaup või teenus oli hädavajalik⁴⁹ olulise tegevuse läbiviimiseks ning lahendis leiti, et hobuste võiduajamiste ülekannete edastamine ei ole hädavajalik kihlveokontorite toimimiseks. Lisaks märkis üldkohus antud lahendis, et doktriini ei saa rakendada turul niigi tugeva turuosalise positsiooni tugevdamiseks. Ka *European Night Services*⁵⁰ lahendis leidis üldkohus, et toode või teenus ei ole

⁴⁵ Samas paras 182-183.

⁴⁶ Samas paras 189-190.

⁴⁷ *Sea Containers v Stena SeaLink Ports*, *Op cit*, p 28.

⁴⁸ Case T-504/93 *Tiercé Ladbroke SA v Commission*. CFI June 12, 1997. 1997 ECR II-923.

⁴⁹ Toote/teenuse „asendamatus“ kriteeriumit kasutas Euroopa Kohus esmakordselt siiski Telemarketing lahendis, millega võimaldati teleturuteenuseid pakkuvale ettevõtjale juurdepääs olulist turujõudu omava telekanali reklaamipausideks ettenähtud eetriaajale. Case C-311/84 *Centre Belge d'Etudes du Marché – Télémarketing (CBEM) v CLT SA*. ECJ October 3, 1985. 1985 ECR 3261;

⁵⁰ *Joined Cases T-374, 375, 384 and 388/94 European Night Services Ltd v Commission*. CFI September 15, 1998. 1998 ECR II-3141, paras 208-209.

üldjuhul hädavajalik v.a. juhul kui sellele puudub tegelik või potentsiaalne asendus, fikseerides Euroopa Komisjoni poolt ettevõtjate ühendusele seatud kohustuse vaid teatud perioodiks, märkides muuhulgas, et (i) doktriini ei saa rakendada ettevõtja suhtes, kel puudub oluline turujõud (ii) vedurid ja oskustööjõud ei ole käsitletavad olulise vahendi osana, millele saaks juurdepääsu taotleda ning (iii) juurdepääsu tagamise kohustamisel tuleb arvestada ettevõtjate ühenduse tegevuse käivitamiseks tehtud investeeringutega⁵¹.

Sama lähenemist aktsepteeris Euroopa Kohus *Bronner*⁵² lahendis, mille asjaolude kohaselt palus Austria kohus Euroopa Kohtu eelotsust küsimuses, kas ajakirjandusettevõtja (i) kellele kuulub ühes liikmesriigis väga suur turuosa ajalehtede kaubaturust ning (ii) kes omab riigi ainsat üleriigilist kojukandesüsteemi (iii) keeldudes lubamast seda mõistliku tasu eest kasutada väiksemal konkurendil, kel üksi ega koostöös teiste konkurentidega ei ole majanduslikult mõistlik seda dubleerida, kujutab endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist EÜ art 82 tähenduses. Kohus leidis siin, et taotletav teenus peaks olema selleks taotleja tegevuseks hädavajalik⁵³ ning vastav tingimus on täidetud üksnes juhul, kui: (i) puuduvad vastuvõetavad alternatiivid olulisele vahendile sh kehvema kvaliteediga (nt postiteenus, kioskid ja kauplused) ning (ii) olulise vahendi dubleerimine oleks objektiivselt võimatu tehniliste, juriidiliste ja majanduslike takistuste, mitte juurdepääsu taotleva konkurendi väiksemate võimaluste tõttu⁵⁴. Nimetatud tingimuse kehtestamisega andis Bronner ühtlasi olulise panuse oluliste vahendite doktriini edasiarendamisesse. Seega on võetud lähenemine doktriini tunnustamiseks, kuid piiratud mahus⁵⁵. Kaasuse asjaolude kohaselt leidis kohus, et antud juhul esinevad küll vähem soodsad kuid konkurentsivõimelised alternatiivid ajalehtede levitamiseks, lisaks puuduvad tehnilised, õiguslikud ja majanduslikud takistused oma üleriigilise kojukandesüsteemi loomiseks, mistõttu polnuks EÜ art 82 kuritarvitus realiseerunud⁵⁶.

⁵¹ Samas, para 230.

⁵² Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co v Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. ECJ November 26, 1998. 1998 ECR I-779.

⁵³ Samas, para 41.

⁵⁴ Samas, paras 43-44.

⁵⁵ D.Neven. P.Mavroidis. The Interface Between Competition and Contract Law. The Case of Essential Facilities. IUE 2003 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings. Available at: <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003/200306COMP-Neven-Mavroidis-sII.pdf>.

⁵⁶ *Bronner, Op cit*, p 52, para 47.

Viidatud tarnetest keeldumist puuduvate lahendite põhjal võib teha üldise järelduse, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt eeldab oluliste vahendite doktriini rakendamine alljärgnevate „erandlike asjaolude“ esinemist (*Commercial Solvents test*):

- (i) tarnete jätkamine on hankijatele „hädavajalik“ konkureerimiseks;
- (ii) keeldumisel tekib „konkurentsi kõrvaldamise oht“, kuivõrd tarbijate tellimused lükatakse tagasi;
- (iii) keeldumine ei ole objektiivselt põhjendatud⁵⁷.

1.2.2 Intellektuaalomandile juurdepääsu andmisest keeldumine

Kuivõrd intellektuaalomandiõiguse normid on Euroopa Liidu tasandil valdavalt harmoniseerimata ning põhinevad liikmesriikide siseriiklikul õigusel ning EÜ asutamislepingu art 345 välistab omandiõiguse kahjustamise ELTL sätetega, on Euroopa Liidu Kohus oma lahendites selgesõnaliselt eristanud intellektuaalomandiõiguste omamist ning intellektuaalomandiõiguse teostamist. *Volvo/Veng*⁵⁸ lahendis rõhutas Euroopa Kohus, et tööstusdisainlahenduse omaniku õigus takistada kolmandaid isikuid tema nõusolekuta valmistamast, müümast või importimast talle kuuluvat disainlahendust sisaldavaid tooteid, on tema ainuõiguse põhiline ese. Seega ei saa talle seatav kohustus, anda kolmandatele isikutele litsentse, viia selleni, et ta jäetakse ilma talle kuuluva ainuõiguse sisust, mistõttu ei saa litsentsi andmisest keeldumist käsitleda turgu valitseva seisundi kuritarvituseks ELTL art 102 (end EÜ art 82) tähenduses. Äärmisel juhul oleks võinud kohtu hinnangul selleks kvalifitseeruda tööstusdisainlahenduse omanikuks oleva turguvalitseva ettevõtja kuritarvituslikud tegevused nagu meelevaldne keeldumine varuosade müümisest sõltumatutele remondiettevõtjatele, varuosadele ebaõiglase hinnataseme määramine või otsus lõpetada varuosade tootmine teatud mudeli jaoks, mis on jätkuvalt ringluses, mille järele on nõudlus ning mis seeläbi võib mõjutada liikmesriikide vahelist kaubandust⁵⁹. Siit nähtub, et lahendis mindi vaikumisi mööda intellektuaalomandiõiguse teostamisele seatavate piirangute põhjendamisest ning reserveeriti kõrgendatud vastutuse võimalus vaid intellektuaalomandiõigusega hõlmatud toodete tarnetest keeldumise puhuks.

⁵⁷ A.Bouchagiar. *Soft-wars: The Role of Essential Facilities Doctrine as Jus in Bello*. *Competition and Regulation in Network Industries*, 2007, Volume 8, No 3, p 340.

⁵⁸ Case C-238/87 AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd. ECJ October 5, 1988. 1988 ECR 6211, para 8.

⁵⁹ Samas, para 9.

Intellektuaalomandiõigus kui oluline vahend leidis Euroopa Liidu Kohtu praktikas esmakordselt kajastamist *Magill*⁶⁰ kaasuses, mille asjaolude kohaselt pakkusid Ühendatud Kuningriigi ja Iirimaa telekanalid oma telekavasid ajalehtedele tasuta reprodutseerimiseks. Magill soovis asuda tootma kõigi telekanalite nädalakavasid koondavat väljaannet, vajades selleks telekanalite programme, mida telejaamad keeldusid talle andmast. Komisjon määras siin sundlitsentsi telejaamade nädalakavade kasutamiseks Magill'i kasuks ning nii üldkohus kui Euroopa Kohus toetasid Komisjoni sellekohast otsust, leides, et vaidlusalune käitumine oli käsitletav ilmse turgu valitseva seisundi kuritarvitamisena, kahjustades tarbijate huve, sundides Magilli mitme kanali telelehe turult lahkuma, piiras liikmesriikide vahelist kaubandust ning oli sellele suunatud. Esimese Astme Kohus andis seejuures esmakordselt ELTL art 102 (toonase EÜ art 82) tõlgenduse autoriõiguse seisukohast, märkides: „...*intellektuaalomandit reguleeriva siseriikliku õiguse ja ühenduse õiguse üldiste eeskirjade vaheline suhe kuulub selgelt EÜ art 36 alla, mis rõhutab, et kaupade vaba liikumise nõude ja intellektuaalomandiõiguste vaheline kooskõla tuleb saavutada nii, et kaitstaks nende õiguste õiguspärast rakendamist ja välistatakse õiguste rakendamine selliselt, mis tõenäoliselt tekitaks turusiseseid kunstlikke vaheseinu või moonutaks ühendusesiseseid konkurentsieeskirju*“⁶¹. Seega leidis üldkohus, et siseriiklike õigusnormidega tagatud intellektuaalomandiõiguste rakendamist tuli antud juhul viidatud kooskõla saavutamiseks piirata, kuivõrd varasema kohtupraktika⁶² valguses tulenes EÜ art'ist 36, et üksnes need konkurentsivabaduse ning kaupade ja teenuste vaba liikumise piirangud, mis olid sisemiselt vajalikud intellektuaalomandiõiguse tegeliku olemuse kaitseks, olid Ühenduse tasandil lubatud. Teisisõnu, kuigi teose reprodutseerimise ainuõigus on autoriõiguse spetsiifiline ese, mille rakendamine ei ole iseenesest kuritarvitus, võib see selleks osutada kui ainuõiguse rakendamise eesmärk on selgelt vastuolus ELTL art 102 eesmärkidega⁶³. *Magill* lahendi järgselt tekkis konkurentsioiguse asjatundjate vahel diskussioon, kas lahendis doktriini rakendamise tinginud erandlikke asjaolusid tuli tõlgendada kui indikatiivseid näiteid juhtumitest, mil kuritarvitus võiks

⁶⁰ *Magill, Op cit, p 5.*

⁶¹ Joined Cases T-69/89, 70/89 and 76/89 Radio Telefins Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) and BBC v Commission (Magill). CFI July 10, 1991. 1991 ECR II-485.

⁶² *Deutsche Grammophon* lahendis leidis nimelt Euroopa Kohus, et kuigi EMÜ asutamislepingu art 36 lubab keelde või piiranguid kaupade vabale liikumisele tööstus- ja kaubandusomandi kaitseks, on erandid põhjendatud üksnes nende õiguste kaitseks, mis moodustavad selle vara spetsiifilise eseme: autori mittevaraliste õiguste kaitse ning teose sisuks olevale loomingulisele püüdlusele tasu kindlustamine. *Deutsche Grammophon v Metro, Op cit, p 4.*

⁶³ *Magill, Op cit, p 61, para 28.*

esineda või kumulatiivsete tingimustena. Nii on mõnede autorite⁶⁴ hinnangul vaieldav, kas *Tiercé Ladbroke*⁶⁵ lahendis, kus üldkohus märkis, et *Magill* lahendis kasutatud eeldused on indikatiivsed kuivõrd lahendis viidatakse neile vaid kaebuse esitaja argumenti edasi andes ning nende loetlemisel on kasutatud sõna „või“⁶⁶.

Magill'i lahendis kasutatud oluliste vahendite doktriini rakendamise eeldusi arendati edasi *IMS Health*⁶⁷ kaasuses, mille asjaolude kohaselt nõuti sundlitsentsi andmebaasi patendile selliselt, et konkurentidel oleks võimalik kasutada andmebaasis kajastuva informatsiooni struktuuri uute konkureerivate andmebaaside pakkumiseks regionaalsel ravimimüügiturul. Andmebaas, mis kujundlikult kaardistas Saksamaa territooriumi, oli muutunud asjaomasel kaubaturul *de facto* tööstusstandardiks. Konkurentide taotluseks ei olnud siin otseselt andmebaasi struktuuri kopeerimine, kuid ilma samalaadse ülesehituseta ei olnud nende hinnangul nende tooted konkurentsivõimelised. Erinevalt Euroopa Komisjonist, leidsid nii üldkohus kui Euroopa Kohus antud kaasuse lahendites, et konkurentidel oli võimalik IMS Health'le kuuluvat autoriõigust rikkumata luua alternatiivne andmebaas ning IMS Health lahendus ravimite müügiinfo kogumiseks ei olnud ainuvõimalik tehniline lahendus, mistõttu ei rikkunud IMS Health oma tootele litsentsi andmisest keeldumisel EÜ art 82 lg 2(b)⁶⁸. Euroopa Kohus osundas antud lahendis üheselt, et *Magill*'i lahendi erandlike asjaolude loetelu tingimused on kumulatiivsed ning vaid test tervikuna on piisav kuritarvituse koosseisu täitmiseks⁶⁹. Samas mõõnis kohus, et praktikas võib kindlasti ette tulla intellektuaalomandiõiguse kuritarvitusi, kus *Magill*'i testi kasutamine ei ole kohane ning vajaks testi, mille kumulatiivsed tingimused oleksid juhtumi eripäradele kohased. Tingimuste kumulatiivse kohaldamise nõude kaudu üritas Euroopa Kohus saavutada siin õiguskindluse eesmärki, samal ajal testi tervikuna kui kuritarvituse tõendamiseks piisava kriteeriumi seadmise kaudu, soovis kohus säilitada selle kohaldamisel ka teatud paindlikkuse.

⁶⁴ D.Byrne. Compulsory Licensing of IP Rights: has EC Competition Law arrived at a Clear and Rational Analysis following the IMS judgement and the Microsoft Decision? Golding Essay Prize 2006, the Competition Law Association. Available at: <http://www.competitionlawassociation.org.uk/docs/essay06.pdf>, February 5, 2010;.

⁶⁵ Case T-504/93 *Tiercé Ladbroke SA v Commission*. CFI June 12, 1997. 1997 ECR II-923.

⁶⁶ Samas, para 131.

⁶⁷ Case C-418/01 *IMS Health GmbH & Co OHG v NDC Health GmbH & Co KG*. ECJ April 29, 2004. 2004 ECR I-3401.

⁶⁸ Samas, para 52.

⁶⁹ Samas, para 54.

Magill ja IMS Health lahenditele toetudes, peavad intellektuaalomandit hõlmava toote/teenuse puhul oluliste vahendite doktriini rakendamiseks esinema kumulatiivselt järgmised „erandlikud asjaolud“ (Magill/IMS Health test):

- (i) teave on hädavajalik toote/teenuse pakkumiseks järelturul ning selle hankimiseks puuduvad alternatiivsed allikad;
- (ii) teabe väljastamisest keeldumisel takistatakse uue toote turuletulekut, mille järele on potentsiaalne tarbija nõudlus (nn „uue toote kriteerium“);
- (iii) teabe väljastamisest keeldumisel suletakse järelturg, välistades (tõenäoliselt)⁷⁰ sellel igasuguse konkurentsi;
- (iii) teabe väljastamisest keeldumine ei ole (objektiivselt) põhjendatud⁷¹.

Komisjoni otsus *Microsofti*⁷² kaasuses avaldati veidi enne Euroopa Kohtu *IMS Health* lahendi avalikustamist. Kaasuse asjaolude kohaselt leidis kaebaja Sun Microsystems, et Microsoft kuritarvitab oma olulist turujõudu personaalarvutite operatsioonisüsteemide turul, keeldudes talle väljastamast tema süsteemidega koostalitlemiseks vajalikku informatsiooni Windows'i töörühmaserverite kohta⁷³. Vastav info oli aga kaebajale vajalik kuivõrd Microsofti poolt arendatud Windows tarkvarast oli saanud personaalarvuti operatsioonisüsteemi *de facto* standard. Komisjon tuvastas Microsofti poolse kuritarvituse ning määras sundlitsentsi koostalitusvõime spetsifikatsioonile, mõistlikel ja mittediskrimineerivatel tingimustel kõigile ettevõtjatele, kes võisid olla osaliselt või täielikult koostalitusvõimest Windows'i operatsioonisüsteemiga

⁷⁰ Täpsustus lisandus testi *Bronner* lahendiga, *Op cit*, p 52, para 40.

⁷¹ A.Bouchagiar. *Op cit*, p 57, p 344.

⁷² Microsoft (COMP/C-3/37.792) 24.03.2004. 2007, OJ L 32/23.

⁷³ Et arvutiprogramm saaks suhelda muude arvutisüsteemi osadega ja kasutajatega, eeldab see nende vastastikust sidumist, tagamaks tarkvara ja riistvara ühildumise ülejäänud arvutiprogrammi riist- ja tarkvaraga. Programmi selliseid osi, mis võimaldavad taolist sidumist ja suhtlust, nimetatakse liidesteks ja funktsionaalset vastastikust interaktsiooni, koostalitusvõimeks. Tänapäeva ettevõtete arvutikasutajad töötavad üheaegselt nii enda personaalarvuti kui eri tüüpi võimsamate ühiskasutatavate arvutite e. serverite andmetöötlusvõimalusi kasutades, mis eeldab nende juurdepääsu võrguressurssidele, mille rakendused on hajutatud eri arvutite vahel, moodustades kooskõlalise andmetöötlussüsteemi. Kohtuasi ongi keskendunud nendele infrastruktuuri põhiteenustele, mida kontoritöötajad igapäevaselt kasutavad: serverites talletatavate failide ühiskasutus, printerite ühiskasutus ja kasutajarühmade haldamine. Kuivõrd vastavad teenused on kõik omavahel seotud, võib neid vaadelda tegelikult ühe teenusena, kuid käsitleda kahest vaatenurgast: kasutaja ja võrguhalduri omast. Komisjon määratleb „töörühmade operatsioonisüsteeme“ kui süsteemi, mida pakutakse väikesele arvule arvutikasutajatele, kes on ühendatud kuni keskmise suurusega võrguks, kollektiivselt failide ja printerite kasutamiseks ning kasutajarühmade haldamiseks. Windows'i operatsioonisüsteemidega ühildumise saavutamiseks on vajalik Windows'i personaalarvutite ja Windows'i operatsioonisüsteemiga töörühmaserverite vaheline ühilduvuselement e. kasutajarühmade haldamisel oleks täpselt teada, millisel kasutajal on juurdepääsuõiguse ühele või teisele võrguressursile: Microsofti Active Directory tehnoloogia võimaldab seda teavet tsentraalselt hallata. A.Bouchagiar, *Op cit*, p 57, p 345-346.

huvitatud⁷⁴. Erinevalt *IMS Health* lahendis võetud lähenemisest leiti siin, et tarnetest keeldumise kaasuste puhul tuleb arvestada kõiki asjaolusid kogumis, mistõttu kasutati erandike asjaolude testi komponente pigem kui näiteid kuritarvitustest, mitte oluliste vahendite doktriini rakendamist õigustavatest kumulatiivsetest tingimustest. See aga muutis testi seniste komponentide tähenduse ebaolulisemaks ning testi lahenduskäigu raskemini ettenähtavaks.

Kaasuse asjaoludele tuginedes ei ole üheselt selge, kas kaebaja eesmärgiks oli tuua turule uus toode või dubleerida Microsofti tooteid. Viimasel juhul oleks doktriini rakendamine olnud välistatud (uue toote kriteerium puudumisel). Kaebaja küll osundas, et Microsoft on lukustanud lõviosa klientidest Windows'i lahendust kasutama ning vähendanud seeläbi konkurendi innovatsiooniimuleid uusi tooteid välja arendama, kuid sellest iseenesest ei piisanud uue toote lansseerimise eesmärgi tõendamiseks. Konkurentsi kõrvaldamise kriteerium asendati *Microsoft* i lahendis tarnetest keeldumise kaasustest tuttava „konkurentsi kõrvaldamise riskiga“, mille kasutamisel pidas Komisjon tõenäoliselt silmas konkurentide turult välja tõrjumise võimalust pikemas perspektiivis.

Microsoft i lahendis rõhutati oluliste vahendite doktriini rakendamise formaalsete eelduste kõrval konkreetse kaasuse asjaolude igakülgse arvestamise olulisust. Eklöfi⁷⁵ arvates võttis Komisjon *Microsoft* i kaasuse lahendamisel kasutusele nn „asjaolude täielikkuse“ kriteeriumi, tõstes tahaplaanile *Magill/IMS Health* erandlike asjaolude testi kumulatiivsed tingimused. Üldkohus küll viidatud testi kohaldas, kuid ei lükanud ümber ka Komisjoni seisukohta, mille kohaselt võib

⁷⁴ Seega oli rakendatud meede oluliselt laiem USA's samade poolte vahel samasugusel alusel esitatud kaebuse lahendamisel kompromissiga, kus tähtajaline sundlitsents määrati üksnes Sun'le ning puudutas Microsofti intellektuaalomandiõiguste kasutust oluliselt väiksemas mahu. USA poolt Microsofti vastu 1998.a. algatatud kohtuasi leidis lahendi apellatsioonikohtu poolt juunis 2004.a. tehtud otsusega (*Massachusetts vs Microsoft Corp.*, 373 F.3d 1199 (D.C.Cir. 2004)). Kohtud leidsid, et Microsofti käitumine oli konkurentsivastane, aga tõendite puudumisel, mis tõendaksid seeläbi tekkinud konkurentsi vähenemist, loobuti kulukast struktuuriliste muutuste kohustamise ning interneti brauserile sundlitsentsi kehtestamisest ning määrati vähemkoormav abinõu tähtajalise sundlitsentsi määramise teel Sun'le, mis tagaks rikkumise edasise ärahoidmise. Enamus vaidlustatud tegevusest – ulatuslikud investeeringud tarkvara väljaarendusse ja edasiarendusse ning Internet Exploreri müügitegevus loeti seaduslikuks. Näiteks ei mõistnud kohtud Microsofti süüdi operatsioonisüsteemile uute funktsionaalsuste loomist üldiselt ning apellatsioonikohus viitas veebibrauseri ja Windowsi operatsioonisüsteemi sidumise küsimuste juures, et need tuleks lahendada mõjupõhise *rule of reason*, mitte Jefferson Parish *per se* testi alusel. A.Bouchagiar. *Op cit* p 53 p 350-352.

⁷⁵ D.Eklöf. *The Microsoft Case – at the Heart of the IP/Antitrust Intersection*. Edited by A.Ezrachi „Article 82EC Reflections on its Recent Evolution“ Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2009, p 104.

lisaks testi olemasolevatele komponentidele esineda veel ka täiendavaid kriteeriume, mis ELTL art 102 lg2(b) kohaldamist õigustaks⁷⁶.

Microsoft'i lahendis kasutati oluliste vahendite doktriini kohaldamise eelduste sisustamisel nii *Commercial Solvent* kui *Magill/IMS Health* kaasuste „erandlike asjaolude“ testi komponente, neid täiendades ja edasi arendades ning jätkuvalt kumulatiivselt kohaldades, kuid nende loetelu avatuks jättes, moodustades seeläbi testi kolmanda versiooni alljärgnevat kriteeriume sisaldades (Microsoft test):

- (i)toote hädavajalikkus konkurentidele äritegevuseks järelturul;
- (ii) konkurentsi kõrvaldamise risk järelturul;
- (iii)uue toote kriteerium (juurdepääsust keeldumine vähendab konkurentide motivatsiooni uue toote väljatöötamiseks, mille järele on potentsiaalne tarbija nõudlus);
- (iv)tarbijate kahjustamise kriteerium (keeldumine pidurdab innovatsiooni ning sulgeb tarbijate jaoks järelturud);
- (v)innovatsioonistiimulite kaalumise test: antud juhul leiti, et juurdepääsukohustusega kaasnev negatiivne mõju Microsofti innovatsioonistiimulitele, ei kaalunud üles kogu tööstusharule tervikuna tekkinud positiivset mõju. Seega sisustati antud tingimuse kaudu ümber varasemate lahendite testidest tuntud „objektiivselt põhjendatud keeldumise“ kriteerium.

Lisaks erandlike asjaolude testi komponentidele tõstis Komisjon *Microsoft'i* lahendis täiendavalt esile kolm asjaolu, mis õigustasid ELTL art 102 lg 2(b) alusel ettevõtja intellektuaalomandiõiguse jagamise kohustamist:

- (i)teave, mille jagamisest konkurentidega keeldutakse, puudutab küsimust, millele Euroopa Liidu õiguses on pööratud erilist tähelepanu (koostalitusvõime tagamise olulisus tulenevalt tarkvaradirektiivist⁷⁷);
- (ii)ettevõtjal on ebaharilikult suur turujõud ja see mõjub negatiivselt järelturu konkurentsivõimele;
- (ii)vertikaalselt integreeritud turgude eelnevatel tasemetel tarnete katkestamine võib olla teatud juhtudel konkurente ebamõistlikult kahjustav ja seeläbi objektiivselt põhjendamatu.

⁷⁶ *Microsoft, Op cit*, p 11, paras 330, 332- 333.

⁷⁷ Euroopa Nõukogu 14.05.1991.a. direktiiv 2009/24/EÜ arvutiprogrammide õiguskaitse kohta. ELT L 1991, 122/42; 2009, 111/16;

1.3 USA ja Euroopa oluliste vahendite doktriini erisused

USA's ja Euroopa Liidus on õigusliku lähenemise valik olulisele vahendile juurdepääsu tagamise kohustamisel olnud seni üsna erinev. USA's on doktriini rakendamisel lähtunud mõjupõhisest lähenemisest, kus rohkem on lubatud kui keelatud. Just mõjupõhise käsitluse kohtulik päritolu ning oluliste vahendite doktriini üksikasjalikult kindlaks määramata sisu, on Whish'i⁷⁸ hinnangul võimaldanud lahendada oluliste vahendite doktriini esemeks olevaid piiripealseid küsimusi USA's paindlikumalt kui Euroopa Liidus. Euroopa kohtupraktika on samas lähtunud peasjalikult formaalsetest kriteeriumitest ning kohtupraktikas väljakujunenud erandlike asjaolude testide mehaanilisest kohaldamisest⁷⁹. Siiski on nii EÜ art 82 reform kui *Microsoft* i lahend ka doktriini Euroopa kontseptsiooni oluliselt muutnud ning mõjupõhist lähenemist tunnustanud. Kahe jurisdiktsiooni kohtupraktikat arvestades, on Katsoulacos⁸⁰ käsitlusele tuginedes eristatavad kolm erinevat käsitlust:

- (i) *per se* legaalsuse ja/või mõistliku lähenemise reegel⁸¹ (kasutusel USA kohtupraktikas);
- (ii) põhjendatud keeldumise⁸² reegel (olulisele vahendile juurdepääsu andmisest keeldumine on õiguspärane v.a. kui esinevad erandlikud asjaolud (*Magill ja IMS Health* lahendite käsitlused))
- (iii) põhjendamatu keeldumise reegel⁸³ (olulisele vahendile juurdepääsu andmisest keeldumine on põhjendamatu v.a. kui ettevõtja innovatsioonistiimulid oluliselt väheneksid võrreldes selle positiivse mõjuga tööstussektori innovatsioonile (*Microsofti* lahendi käsitlus)).

Järgnevalt toon välja olulisemad tuvastatud erinevused USA ja Euroopa oluliste vahendite doktriini käsitlustes. USA Sherman Act § 2 kaitseb oluliste vahendite doktriini kaudu asjaomaseid kaubaturge monopoolse jõu omandamisele või säilitamisele suunatud tegevuste eest, samas kui Euroopa Liidus on doktriinil ka ühisturu tekkimise stimuleerimise ning kaitse roll⁸⁴. USA tuntuimates litsentsi andmisest keeldumise kaasustes *Kodak*⁸⁵ ja *Xerox*⁸⁶, leiti mõlemil

⁷⁸ R.Whish. Competition Law, 5th ed. United Kingdom, Butterworth & Co Publishers, 2003 p 124-126.

⁷⁹ Y.Katsoulacos. D.Ulph. An Optimal Legal Standards for Competition Policy: a General Analysis, and Welfare Implications. 2008. Available at:

<http://www.cresse.info/default.aspx?articleID=12578&heading=Publications%20&20News>, December 13, 2009.

⁸⁰ Samas p 272.

⁸¹ *rule of reason* (ingl.k.).

⁸² *low-false-convictions test* (ingl.k.)

⁸³ *low-false-acquittals test* (ingl.k.)

⁸⁴ S.Anderman. The Epithet That Dares Not Speaks its Name. Edited by A.Ezrachi. Article 82EC Reflections on its Recent Evolution. Hart Publishing, Oxford, Portland and Oregon, 2009, p 89.

⁸⁵ Eastman Kodak Xo v. Image Technical Services Inc. 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).

⁸⁶ CSU, L.L.C. v. Xerox Corp. 105 F.3d 1322 (Fed.Cir. 2000).

juhul, et nii Kodak kui Xerox on seotud õigusvastase tegevusega, soovides oma patenteeritud toodetele litsentsi andmisest keeldumisega monopoliseerida teenuste turule juurdepääsu. Esimesel juhul loeti litsentsi taotlus põhjendatuks kuivõrd patenteeritud osa tootest oli äärmiselt väike ning ettevõtja tõi intellektuaalomandikaitse argumendi oma kaitsepositsiooni sisse liiga hilja, teisel juhul rakendati *per se legality* printsiipi ja loeti keeldumine õigustatuks. Euroopa Ühenduses on samas konkurentsireeglite ning intellektuaalomandiõiguse konflikti lahendamine peaaugjalikult konkurentsioõiguse esemeks⁸⁷. Lisaks on EL konkurentsioõigus keskendunud mitte üksnes majandusliku efektiivsuse saavutamisele vaid ka Euroopa ühtse siseturu väljaarendamisele, mistõttu teenuste ja kaupade vaba liikumise ning konkurentsiniormid on sarnased või isegi kattuvad⁸⁸. Seda näitab tendents, et doktriini subjektiks ei ole enam pelgalt ettevõtjad, vaid ka juba liikmesriigid. Ilmekaks näiteks on siin Komisjon vs Kreeka⁸⁹ (petrooleumi tarned) lahend, kus kohalik seadusandlus kohustas hulgemüüjaid hoidma oma tootja juures eelmise aasta mahule vastavat varu, mis sulges varude hoidmiseks vajalikud vahendid uutele hulgiturule sisenejatele. Antud kaasuse puhul esinesid kõik oluliste vahendite doktriini rakendamiseks vajalikud eeldused. Kohtujurist Colomer leidis antud kaasuses antud arvamuses, et petrooleumi ladustamiseks vajalikud tooted peaksid alluma vaba turu ning konkurentsireeglitele⁹⁰. Samas on tähelepanuväärne, et antud kaasuses tuvastati kaupade vaba liikumist reguleeriva end ELTL art 34 (end EÜ art 28), mitte konkurentsireeglite rikkumine.

USA konkurentsioõigusest tuntud „Colgate doktriin“⁹¹ tunnustab igasugust tegevust, tingimusel, et sellel puudub turu monopoliseerimise eesmärk ning seda kohaldatakse mistahes turupositsioonil oleva ettevõtja suhtes. ELTL art 102 lg 2 põhineb aga „erilisel vastutusel“, mis ettevõtja olulisest turujõust tuleneb, kohustades teda konkurentsini kahjustumist vältima ning oma turujõule proportsionaalselt oma ärihuve kaitsma. USA Sherman Act § 2 kohaselt puuduvad samas USA monopolidel erikohustused teiste turuosalistega arvestada. *Verizon Communications Inc vs Trinko*⁹² lahendis leidis USA Ülemkohus, et asjaolu, et Verizon’l ei õnnestunud osutada piisavalt abi teenuste pakkumisel oma konkurentidele, ei saa lugeda tema turujõu kuritarvituseks kuivõrd monopolil puudub kohustus abistada oma konkurente.

⁸⁷ S.Anderman. Does the Microsoft Case Offer a New Paradigm for the „Exceptional Circumstances“ Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law? *Competition Law Review*, 2004, Vol.7, No7.

⁸⁸ Samas, p 90.

⁸⁹ Case C-398/98 Commission v Greece. ECJ October 25, 2001. 2001, ECR I-7915.

⁹⁰ Samas, para 43.

⁹¹ Doktriin on oma nime saanud United States vs Colgate & Co kohtuasjast, 250 U.S. 300 (1919).

⁹² *Verizon Communications Inc vs Law Offices of Curtis vs Trinko* 540 US 398 (2004) 124 S Ct 872 at 411.

USA kohtunik Posner on Olympia Equipment⁹³ lahendis leidnud järgmist: *...40 aastat tagasi arvati, et monopoolne ettevõtja ei saa oma ärihuvide kaitseks tõenäoliste konkurentide suhtes kasutada muid kui seaduslikke vahendeid; tuli kasutada spetsiaalseid piiranguid... Hiljem, kui monopolidevastaselt poliitikalt kandus rõhk üle konkurentsi kui rivaalitemise kaitsmiselt konkurentsi kui majanduse tõhususe edendamisele, tunnistati, et seaduslik monopolist peaks olema vaba konkureerima teistega võrdselt, sest muidu konkurentsivastased seadused oleksid nagu vihmavari ebaedukate konkurentide pea kohal. Monopolisti ja üldse mitte vähem kui iga teist konkurenti, lubatakse ja isegi julgustatakse agressiivselt konkureerima...*“ Chicago Kooli hinnangul tingis USA konkurentsipoliitika muutuse keskendumine tarbijate heaolule kui efektiivsusele ning turu isekorrastumise võimele⁹⁴.

USA Sherman Act art 2 kohaselt sekkub USA konkurentsioigus ettevõtja tegevusse varem kui ETL art 102, sest norm on suunatud olulise turujõu ärahoidmisele, mitte üksnes kuritarvituste tuvastamisele. Samas õigustavad EL konkurentsireeglid üldjuhul olulist turujõudu omava ettevõtja tegevusse sekkumist alles siis kui ta on oma turujõudu kuritarvitanud⁹⁵. Oluliste vahendite doktriini rakendamist puudutavaid kaasusi on siiski lahendatud ka Euroopas turujõu kuritarvituse konkurentsivastast mõju ettevaatavalt hinnates.

USA oluliste vahendite doktriin on keskendunud mõjudele, mis olulist turujõudu omava ettevõtja konkureerimine asjaomasel kaubaturul võib kaasa tuua. ETL art 102 lg 2(b) rakendamisel pööratakse aga kõige suuremat tähelepanu turujõu ülekandmise tuvastamisele, andmata seejuures olulist kaalu sellele, milline on ettevõtja turujõud järelturul. Nimelt eeldab doktriini Euroopa versioon turgude eristamist, kus ühel asub oluline vahend ning teisel soovivad konkurendid selle sisendit kasutades konkureerida. Kuritarvitus esineb juhul, kui olulise vahendi omanik kannab oma turujõudu turult, kus vahend asub üle turule, millel see sisendina oleks hädavajalik konkurentide majandustegevuseks. Et tegemist on teadliku lähenemise valikuga, ilmneb ka EL elektroonilise side valdkonnapõhisest regulatsioonist, mille kohaselt võib ettevõtjal, kes omab olulist turujõudu teatud kaubaturul, olla oluline turujõud ka vastava turuga tihedalt seotud turul, kus seosed nimetatud kahe turu vahel on sellised, mis võimaldavad turujõudu ühelt turult teisele

⁹³ Olympia Equipment vs Western Union Telegraph 797 F 2nd 370 (7th Cir. 1986) at 375.

⁹⁴ K.McMahon. A Reformed Approach to Article 82 and the Special Responsibility. Edited by A.Ezrachi „Article 82 and its Recent Evolution. Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2009, p 127.

⁹⁵ M.Harz. Dominance and Duty in the EU:A Look Through Microsoft Windows at the Essential Facilities Doctrine. 1997. Available at: <http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/spg97/HARZ.html>, January 10, 2010.

üle kanda⁹⁶. Siinkohal on USA käsitus konkurentide suhtes leebem, võimaldades kohaldada oluliste vahendite doktriini üksnes juhul kui olulisele vahendile juurdepääsu andmisest keeldumine mõjutab oluliselt potentsiaalsete konkurentide konkurentsivõimet⁹⁷.

USA kohtupraktika kohaselt on oluliste vahendite doktriini rakendamise tagajärjeks olulise vahendi omaniku kohustus tagada juurdepääs olulisele vahendile mõistliku tasu eest. Doktriini Euroopa käsitluse kohaselt võidakse lisada olulise vahendi omanikule ka veel täiendavaid kohustusi. Näiteks *Sealink*⁹⁸ kaasuses kasutas Komisjon doktriini mitte üksnes juurdepääsu tagamiseks sadama infrastruktuurile, vaid kindlustamaks, et konkurenti ei diskrimineeritaks laevade väljumisaegade ja muude sadama kasutamist puudutavate tingimustega, mis võivad samas olla vahendi omaniku jaoks ebamõistlikult koormavad.

Euroopa Liidu konkurentsipoliitika on EÜ art 82 reformi tulemusel üle minemas mõjupõhisele lähenemisele, mis on keskendunud tarbijate heaolu ning sellekohaste turujõu kuritarvitustegevuse majandusliku mõju hindamisele, andes võimaluse trans-Atlantiliseks sünergiaks kahe erineva konkurentsimudeli vahel. Uudse lähenemise esmaseks väljundiks on peetud *Microsofti* lahendit, mis oluliste vahendite doktriini formaalseid aluseid fundamentaalselt lammutas, kuid kuivõrd selles kaitsti ennekõike tõhusat konkurentsi töörihmaserverite operatsioonisüsteemide turul, keskendumata üksikasjalikult tegevuse enese ja otsustuse majanduslikele mõjudele sh tarbijate heaolule, on USA lahendit tugevalt kritiseerinud, osundades põhjendamatu sekkumisele USA ettevõtjate globaalsete äristrateegiate kujundamisse⁹⁹. Samas jääb ka kontseptsioonide olemusliku lähenemise puhul doktriini kaitsefäär erinevaks tarbijate määratluse erinevuse tõttu kahel kontinendil, kuivõrd Euroopa konkurentsioigus käsitleb tarbijana vertikaalselt integreeritud turgude mistahes tarneahela klienti, mitte üksnes füüsilist isikut (nagu USA's), kes kasutab toodet/teenust isiklikuks otstarbeks¹⁰⁰.

Eeltoodule tuginedes õigustab nii USA ja Euroopa kontseptsioon doktriinist teatud juhtudel olulisele vahendile juurdepääsu andmisest keeldumist. Samuti tunnustavad mõlemad

⁹⁶ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 07.03.2002.a. direktiiv 2002/21/EÜ elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta. EÜT L 2002, 108/33; ELT 2009, 337/37, art 14(3).

⁹⁷ *Hecht vs Pro-Football Inc.* 570 F.2d 982 (D.C.Circ. 1977).

⁹⁸ *Sealink*, *Op cit*, p 28, para 8.

⁹⁹ T.O.Barnett. Statement on European Microsoft Decision (17 September 2007). Available at: http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2007/226010.htm, January 10, 2010.

¹⁰⁰ K.McMahon. *Op cit*, p 94, p 130.

õigusüsteemid intellektuaalomandiõiguse valdaja õigust (mitte kohustust) oma loomingut litsentsida. Ühest küljest tuleb kaitsta *ex ante* innovatsioonistiimuleid, teisest küljest konkurentsireeglite kaudu *ex post* tootmise laiendamist ja efektiivsust. Seega õigusliku lähenemise valikul tuleb otsustada kas formaalse või mõjupõhise lähenemise kasuks ning EÜ art 82 reformi õnnestumisel, vaataksid mõlemad jurisdiktsioonid doktriini rakendamisel ühes suunas - viimase poole. Samas on omad eelised ka formaalsel lähenemisel, mis tagaks tõenäoliselt suurema õiguskindluse ning juhtumite kiirema menetluse.

1.4 EÜ art 82 reformi mõju oluliste vahendite doktriini rakendamisele

On märkimisväärne, et erinevalt ühinemiste ning kartellikokkulepete regulatsioonist, mille analüüs on keskendunud konkreetse tehingu majanduslikele mõjudele, on turgu valitseva seisundi kuritarvitamist puudutavad sätteid tõlgendatud peaaegu muutumatult juba 40 aastat¹⁰¹. Selle üheks põhjuseks on peetud just Ordoliberalse Kooli (*Ordoliberal School* ingl.k.)¹⁰² tugevat mõju Euroopa Liidu Kohtule, mille käsitlus põhineb formaalsel lähenemisel, mis kasutab ELTL art 102 rakendamist konkureerimisprotsessi kaitse tagamise vahendina, teenides nii isikute (nii lõpptarbivad, vahepealsed kliendid kui konkurendid) huvide kaitse, majanduslikku vabaduse säilitamise kui majandusliku tulemi parendamise eesmärke¹⁰³.

3.detsembril 2008.a. avaldas Euroopa Komisjon „Suunised komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta EÜ art 82 kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurente tõrjuva tegevuse suhtes (edaspidi Suunised)“¹⁰⁴, mis oli esimeseks formaalseks dokumendiks 2003.aastast Euroopa Komisjoni Konkurentsi Peadirektoraadi poolt ette valmistama asunud reformist eesmärgiga kehtestada praktilised juhised olulise turujõu kuritarvitust reguleerivate

¹⁰¹ O.Dayagi-Epstein. The Evolution of the Notion of Consumer Interest. Edited by A.Ezrachi. Article 82 EC Reflections on its Recent Evolution. Hart Publishing, 2009 p 69.

¹⁰² Ordoliberalismi ideed pärinevad Freiburg'i Koolist natsi-Saksamaa aegadest, kus kartellide ning monopolide tegevust edendas poliitiline jõud ning majanduslik ja poliitiline vabadus allus rangele diktatuurile. Et ajalugu ei korduks ning erakapitali ei juhitaks poliitikute poolt, rajas ordoliberalism individuaalset ettevõtlusvabadust toetava majandusmudeli, mille kohaselt on ka konkurents üheks üldise heaolu allikaks, mida toetab sobiv õiguslik raamistik, mis piiraks kartellide ning monopolide turujõust tekkivat kahjulikku mõju, kaitstes samas seeläbi üksikisikuid mitte niivõrd turu efektiivsust. Seega erineb ordoliberalism traditsioonilise liberalismi ideedest, kuivõrd esimene eelistab vabu turge igal juhul reguleerida, tagamaks ressursside tõhusam ümberjaotamine ning turu kaitse poliitiliste manipulatsioonide eest. L.L.Gormsen. The Conflict Between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC. European Competition Journal, 2007 vol 3 No 2, p 332.

¹⁰³ C.Ahlborn and D.E.Evans The Microsoft Judgement and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1115867>, December 13, 2009.

¹⁰⁴ Komisjoni suunised, *Op cit*, p 123.

konkurentsireeglite efektiivsemaks rakendamiseks. Reform oli kaudselt inspireeritud Komisjoni rakenduspraktika muutusest kartellikokkulepete ning ühinemiste erandite käsitlemisel, kuid ennekõike tingis selle Komisjoni olulise turujõu kuritarvitamise kaasuste rakenduspraktika kriitika, millele heideti ette selle liigset formaalsust ning vähest arvestamist vaidlusaluse teingu/tegevuse majandusliku mõjuga, samuti Komisjoni kalduvust kaitsta rakendusmeetmete kohaldamisel pigem konkurente kui konkurentsi¹⁰⁵. Reformi eesmärgiks võeti ühtlasi paradigma muutus, mis lähtub ettevõtjate konkurentsivastase tegevuse majandusliku mõju hindamisel asjaomasele kaubaturule ja tarbijate heaolule ning loobub olulise turujõu kuritarvituse tuvastamise (sh oluliste vahendite doktriini) eeldusteks olevate kriteeriumite formaalsest ja/või mehaanilisest kasutamisest.

Suuniste kehtestamise kaudu soovis Komisjon ühtlasi tagada ettevõtjatele suuremat õiguskindlust hindamaks, kas konkreetne tegevus langeb ELTL art 102 keelu alla või mitte ning saavutada Liidu konkurentsireeglite suurem selgus ja ühetaoline kohaldamine¹⁰⁶. Nimetatud eesmärgi püstitust peab autor ambitsioonikaks, kuid kahtleb selle realiseerumises kuivõrd reformi tulemusel toimuv üleminek konkurentsirikkumiste ning regulaatorite sekkumise kaasuse- ning mõjupõhisele hindamisele välistab juba iseenesest mustvalged standardlahendused. Seega tulnuks Suunistesse pigem koondada kaubaturgude iseärasusi arvestavad analüüsimetoodikad konkurentsirikkumiste mõjude hindamiseks.

Euroopa Liidu Kohus on viimastel aastatel üldjuhul jätnud jõusse Komisjoni otsused ELTL art 102 lg 2(b) rikkumiste osas, mis on suurel määral põhinenud tõhusa konkurentsi kohese efekti saavutamist taotleval normipõhisel lähenemisel. See ei välista aga kuidagi seda, et Komisjon ei võiks olla ise julgem uue lähenemisviisi kasutamisel, samuti rakenduspraktika uute prioriteetide seadmisel või Euroopa Liidu Kohtu poolt loodud analüütilise raamistiku tõlgendamisel. Värskeim asjaomane kohtupraktika kinnitab samuti, et selleks, et Liidu konkurentsireeglite rakenduspraktika liiguks formaalselt lähenemiselt enam mõjupõhise lähenemise poole, ei saa jääda lootma pelgalt Euroopa Liidu Kohtu sisendile, vaid sellekohane algatus peab tulema Komisjonilt endalt, kas siis seadusandlike meetmete või ELTL art 102 rakenduspraktika kaudu.

¹⁰⁵ P.Akman. The EC Discussion Paper on the Application of Article 82. Available at: <http://ec.europa.eu/comm/competition/anitrust/art82/004.pdf>, January 10, 2010.

¹⁰⁶ Komisjoni suunisted, *Op cit*, p 123, p 2.

Nii leidis üldkohus (endine Euroopa Esimese Astme Kohus) *Wanadoo*¹⁰⁷ lahendis, et pelgalt elujõulise konkurentsi olemasolu asjaomasel turul ei välista asjaolu, et üks turuosalistest on turgu valitsevas seisundis ja võib seda kuritarvitada. Seega tähtsustatakse endiselt ehk liigseltki ettevõtja suurt turujõudu isegi konkurentsivõimelistel turgudel ning nähakse selles automaatselt negatiivset efekti tõhusale konkurentsile analüüsimate turu iseärasusi ja rikkumise tagajärgi pikas perspektiivis. Samas võib Komisjoni konkurentsireeglite mõjupõhisest rakenduspraktikast tuua näiteid ka kokkulepetest ELTL art 102 rikkumise heastamiseks. Nii aktsepteeris Komisjon *Distrigaz*'i poolt konkurentsi kahjustava tegevuse heastamiseks väljapakutud tegevuskava¹⁰⁸, mille kohaselt lubas ettevõtja edasimüüjatega sõlmitavad gaasitarnelepingud sõlmida edaspidi kestvusega 2.aastaks ning teiste suurtarbijatega (tööstussektor ja elektrigeneraatorid) 5.aastaks, vältimaks pikaajalistest tarnelepingutest tulenevat turu sulgemise mõju ning võimaldamaks konkurentidel seeläbi oma kliendibaasi rajada.

Nii nagu kohtupraktika, muutuvad ka majandusteooriad, mis mõjupõhist lähenemist suunavad aga veelgi kiiremini tehnoloogiad, mis kaubaturge ning ettevõtjate turupositsioone muudavad. Seega puudub EÜ art 82 reformil soovitud efekt kui ei suurene konkurentsireegleid rakendavate ametnike ja juristide teadlikkus konkurentsi ja kaubaturgude erinevaid vorme avavate majandusteooriate põhitõdedest ning doktriinidest. Lisaks peaks mõjupõhise lähenemise tulemusel ning *Microsoft*'i lahendi toel muutuma olulisemaks konkreetse kaasuse faktiliste asjaolude ning majandusliku konteksti hindamine, mis seni on jäänud olulise turujõu positsioonist tingitud „erilise vastutuse“ varju¹⁰⁹. Mõjupõhise lähenemise rakendamisel peab Komisjon hindama veidi ümber ka konkurentsi kõrvaldamise ning tarbijate heaolu kriteeriume.

Komisjoni senise lähenemise kohaselt saavad tarbijad konkurentsist enim kasu madalate hindade, parema kvaliteedi ja valikuvõimaluste avardumise kaudu, kuid selleks tuleb tagada turgude nõuetekohane toimimine efektiivsuse ja tootlikkuse suurendamise kaudu, mis põhineb ettevõtjatevahelisel tõhusal konkurentsil. Kuivõrd konkurents on dünaamiline protsess, peab Komisjon hindama seejuures ka ettevõtjale konkurentsist tingitud piiranguid ja mitte üksnes

¹⁰⁷ France Telecom'i kaasus, kus Wanadoo'd (kelle enamusosalus kuulus France Telecom'ile) trahviti röövelliku hinnakujunduse rakendamise eest kiire internetiühenduse turul; Case T-340/03 France Telecom (formerly Wanadoo Interactive SA) v Commission. 2007. CFI January 30, 2007. 2007, ECR II-107; otsus jäeti jõusse ka Euroopa Kohtu poolt 02.04.2009 kohtuasjas nr C-202/07 tehtud lahendis (ELT 2009 C 141/2).

¹⁰⁸ *Distrigaz* (COMP/37.966) Komisjoni 11.10.2007.a.otsus. 2008, OJ L 9/05.

¹⁰⁹ R.Incardona. Modernisation of Article 82 EC and Refusal to Supply: Any Real Change in Sight? *European Competition Journal*, 2006, 2, p 368.

olemasoleva turuolukorra põhjal, vaid ka olemasolevate konkurentide laienemise või uute konkurentide lisandumise tõenäosust silmas pidades.

Suuniste kohaselt on Komisjoni sekkumine ELTL art 102 alusel põhjendatud kui selgete ja veenvate tõendite põhjal toob väidetav olulise turujõu kuritarvitamine kaasa konkurentsivastase turu sulgemise. Nimetatud järelduseni jõudmiseks, peab arvestama nii turgu valitseva ettevõtja seisundit, asjaomase kaubaturu tingimusi (turuletuleku ja laienemise võimalikkus), turgu valitseva ettevõtja konkurentide seisundit (konkurentide tähtsus tõhusa konkurentsi säilitamisel), klientide või sisendtarnijate seisundit (tasakaalustav ostujõud), väidetava kuritahtliku tegevuse ulatust (tegevusest mõjutatud kogukäibe osakaal ja tegevuse kestus), kaudseid tõendeid turulepääsu tegeliku sulgemise kohta (konkurentide turuosade langus või turult lahkumine, turule sisenemise ebaõnnestumine) ning otseseid tõendeid konkurente tõrjuva strateegia kohta (turgu valitseva ettevõtja sisedokumendid, mis kinnitavad tegevuse sellekohast eesmärki)¹¹⁰. Konkreetseid juhtumeid uurides, tuleb täiendavalt analüüsida nii asjaomase kaubaturu olemasolevat kui võimalikku tulevast olukorda. Olukorras, kus selgub, et kõnealune tegevus võib üksnes tekitada konkurentsitõkkeid ega too kaasa tõhususe kasvu, võib Komisjon, Suunistele toetudes, teha järelduse tegevuse konkurentsivastase mõju kohta ka üksikasjalikuma hinnanguta (nt kui turgu valitsev ettevõtja takistab oma kliente katsetamast konkurentide tooteid või maksab klientidele, et nad ei katsetaks neid või turustajatele, et nad viivitaksid toote turuletoomisega)¹¹¹. Seega on konkurentsireeglite rakendamisel võtnud Komisjon võtnud Suunistes USA'le omase lähenemise, õigustades sekkumist turgu valitseva ettevõtja tegevusse igal juhul, kui tal on piisavalt tõendeid selle kohta, et turgu valitsev ettevõtja tegeleb teadlikult oma turuosa säilitamise või suurendamisega (nt kandes teadlikult kahjumit või loobudes lühiajaliselt kasumist kui selle tagajärjel ühe või mitme konkurenti jaoks turg tegelikult/tõenäoliselt suletakse ning sellel on negatiivne mõju tarbijate heaolule).

Microsoft'i lahendist inspireeritult on Komisjon Suunistes neutraliseerinud oluliste vahendite doktriini rakendamise üheks eelduseks oleva „uue toote“ kriteeriumi olulisust, leides, et see on suures osas kattuv „konkurentsi kõrvaldamise“ kriteeriumiga ning neid ei peaks selliselt eristama kuivõrd põhifookus on mõlemal juhul suunatud konkurentsivastase tegevuse mõjule tarbijatele. Tarbijate heaolu ei mõõdeta aga mitte täiustatud tootest saadava lühiajalise efektina, vaid pigem

¹¹⁰ Komisjoni suunised, *Op cit*, p 123, p 20.

¹¹¹ Komisjoni suunised, *Op cit*, p 123, p 22.

hinnates konkurentsi säilitamise või sisenemistõkete ohu mõju pikaajalisemalt innovatsioonile vastavas tööstussektoris. Samas on mõistet „innovatsioon“ määratletud teatises äärmiselt abstraktselt, hõlmates ühtviisi nii pikaajalist, järk-järgulist kui potentsiaalseid, ettenähtamatuid muutusi toodete, ärimudelite ja organisatsioonide tingimustes. See on tõenäoliselt tingitud üldisest teoreetilisest ja empiirilise ebaselgusest innovatsiooni allikate suhtes, mis ulatub traditsioonilisest käsitlusest (kui pakkumise poolelt tingitu või nõudluse poolelt juhitu) kuni moodsate protsessipõhiste teooriateni¹¹².

Teatisest jääb mulje, justkui sooviks Komisjon loobuda ELTL art 102 lg 2(b) rakendamisel olulise doktriini rakendamise eelduste süsteemist ning viia see lähemale ELTL art 102 kohaldamise üldistele eeldustele. Nii on sisse toodud innovatsiooni- ja investeerimisstiimulite kaitse kui konkurentsi kaitsele loomuomased ja olulised komponendid. *Microsoft*’i lahendist tulenevalt ei saa enam järeldada, et sundlitsentseerimist peaks Komisjon äärmuslikuks. Samas ei ole tõenäoliselt *Microsoft*’ga võrreldavas positsioonis olevaid intellektuaalomandiõiguste valdajaid palju kui üldse. Kuigi valitsev mõju on absoluutne termin st ettevõtja kas on valitseva mõjuga või mitte, on siin ka suhteline moment. Nimelt ettevõtjad, kes napilt mahuvad turgu valitseva määratluse alla, saaksid tõenäoliselt sundkorras oma intellektuaalomandile juurdepääsu andmisest keeldumisel edukalt tugineda „erandlike asjaolude“ testi objektiivselt põhjendatud keelamise/investeerimisstiimulite kaitse kriteeriumitele. Seega oli *Microsoft*’i kaasus siiski väga äärmuslik juhtum olenemata sellest, et Komisjon ja üldkohus sellele otseselt ei osundanud.

¹¹² D.Eklöf. *Op cit*, p 75, p 105.

II OLULISTE VAHENDITE DOKTRIINI RAKENDAMISE EELDUSED

2.1 ELTL art 102 lg 2 kohaldamise üldised eeldused

ELTL art 102 kohase olulise turujõu ja selle kuritarvituse tuvastamise analüüs algab asjaomase kaubaturu piiritlemisest, mis Komisjoni määratluse kohaselt hõlmab kõiki neid tooteid ja teenuseid, mis tarbijate seisukohast on oma iseloomulike tunnuste, hindade ja otstarbekohase kasutuse poolest omavahel vahetatavad ja asendatavad¹¹³. Üldjuhul määratletakse konkreetne kaubaturg toodete lühiajalise nõudluse ja pakkumise asendatavuse hindamisel, võttes aluseks väikese (5-10%), kuid püsiva hinnatõusu võimaliku mõju (tuntud kui SSNIP test või hüpoteetilise monopolisti test¹¹⁴)¹¹⁵. Seega hinnatakse tooteturu ulatuse kindlaksmääramisel tarbijate eeldatavaid reaktsioone toote/teenuse hinnatõusule (muudele kaupadele ümberlülitumist) ning pakkujate võimalust oma tootmist/müügitegevust vastavalt ümber kohandada. Turgude geograafilisel määratlemisel võetakse arvesse aga konkurentsitingimustelt sarnane ning naaberladest märgatavalt erinevate konkurentsitingimuste tõttu eristuv ala, kus kõnealused ettevõtjad kaupade/teenuste pakkumise ja hankimisega tegelevad¹¹⁶. Nende kahe komponendi ühendamise kaudu määratletakse asjaomane kaubaturg, kus konkreetset konkurentsirikkumist analüüsitakse.

Oluliste vahendite doktriini rakendamise kaasused on seotud kahe eraldiseisva, kuid omavahel seotud (üldjuhul vertikaalselt üksteise all asetsevate) turgudega, kus olulist turujõudu hinnatakse just järelturul, täpsemalt olulise turujõu ülekandmise võimet järelturule, sest eelduslikult on olulist vahendit omaval ettevõtjal esmasel turul, kus oluline vahend asub, turguvalitsev positsioon. Kuna oluliste vahendite näol on reeglina tegemist faktiliste või õiguslike monopolidega (intellektuaalomandiõigus), puudub neile kui nii nõudluse kui pakkumise poolne asendatavus. Juhul, kui tegemist oleks monopoolse tootega, millele oleks samas asendustooteid, oleks tegemist reaalse või hüpoteetilise eraldiseisva kaubaturuga, millel

¹¹³ Komisjoni 9.12.1997.a. teatis asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses. EÜT C 1997, 372/3, p 7.

¹¹⁴ Kas hüpoteetiline monopolist suudaks kasumlikult kehtestada monopoolseid (konkurentsivõimelisest tasemest kõrgemaid) hindu.

¹¹⁵ *Turu mõiste teatis*, *Op cit*, p 113, art 15-23. Sarnast põhimõtet kasutatakse ka USA Justiitsministeeriumi ja Föderaalse Kaubanduskomisjoni horisontaalsete ühinemiste 1992.a. juhises. Konsolideeritud redaktsioon (1997) kättesaadav arvutivõrgust: http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/htmg1.HTML, December 13. 2009.

¹¹⁶ *Turu mõiste teatis*, *Op cit* p 113, art 28.

asuvale tootele juurdepääsu andmisest keeldumine ei oleks käsitletav kuritarvitusena, mis oluliste vahendite doktriini rakendamist õigustaks.

Esmase ning järelturu eristamisel on erialakirjandusele toetudes kasutatud kahte tüüpi lähenemist:

(i) Traditsiooniline/formaalne lähenemine

Traditsioonilise lähenemise puhul eristatakse eraldi turuna kaubaturgu, kus oluline vahend asub ning kõrvalturu kaubaturgu, millelt juurdepääs olulisele vahendile on vajalik. Samas ei ole antud lähenemise puhul ühest käsitlust selles osas, kas olulise turujõu kuritarvituse tuvastamiseks peaks vahendi omanik osalema ka järelturul või omama seal koguni olulist turujõudu¹¹⁷. Tootmisahelas võib oluline vahend asetseda järelturu suhtes kas vertikaalselt ülevalpool (nt sadam transporditeenuste pakkumiseks), allpool (nt elektrivõrk teenuste pakkumiseks, mis elektrienergiat kasutavad) või paralleelselt (nt patenteeritud tarkvara arvuti kasutamiseks).

(ii) Elliptiline/ratsionaalne lähenemine

Elliptilise lähenemise kohaselt puudub olulise vahendi turu ja järelturu selgel eristamisel majanduslik tähendus ning seda loetakse oluliste vahendite doktriini rakendamise seisukohalt täiesti ebaoluliseks. Seda seetõttu, et olulise vahendi turul puudub üldjuhul iseseisvalt majanduslik tähtsus järelturu vaatest ning vastav turg kas koguni puudub või ei ole see selgelt eristatav järelturust¹¹⁸. Nii näiteks omasid *Tiercè Ladbroke* kaasuses hobuste võiduajamised tähendust üksnes kihlvedude korraldamise turul, mitte eraldiseisvalt nagu *Microsofti* kaasuses käsitletud arvutitarkvara liidese informatsioon, mida võib müüa küll ka eraldi, kuid mille majanduslik väärtus sisaldub patenteeritud tarkvarasüsteemis, kus seda kasutatakse¹¹⁹. Seega puudub antud käsitluse kohaselt igasugune vajadus määratleda turujõu kuritarvitust esmasel turul, kus vahend asub, selleks, et sekkuda järelturule, mis omab majanduslikku tähtsust ning vahendi omanik ning konkurendid võivad järelturul ka omavahel konkureerida. Käsitluse kohaselt on olulise vahendi turu piiritlemine eraldiseisva turuna, juhtudel, mil see omaette tootena käibes ei esine, vaid muudes toodetes sisaldub, kunstlik ning vastuolus turu määratlemise eesmärgiga: konkurentsipiirangute avastamisega¹²⁰. Antud käsitluse kohaselt on oluliste vahendite doktriini

¹¹⁷ V. Hatzopoulos. *Op cit*, p 3, p 20.

¹¹⁸ Pitofsky. The Essential Facilities Doctrine Under US Antitrust Law. Available at: http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/_pitofskyrobert.pdf. (*cit* V. Hatzopoulos. *Op cit*, p 2, p 20).

¹¹⁹ V. Hatzopoulos. *Op cit*, p 3, p 20.

¹²⁰ Whish.R. Competition Law, 5th ed. United Kingdom, Butterworth & Co Publishers, 2003, p 664.

rakendamise laiemaks eesmärgiks pigem niisiis konkurentsi säilitamine kõigil tootmisahela turgudel, sõltumata sellest, kas neid määratletakse koos või eraldi.

Lisaks eelnevale kahele, on ka oluliste vahendite doktriini erandlike asjaolude testi „uue toote“ kriteeriumit peetud üheks alternatiiviks kahe seotud turu käsitluse asendamisel kuivõrd nagu *IMS Health* lahendis Euroopa Kohus osundas, ei pea vertikaalselt üleval- ja allpoolasetsevat kaubaturul tingimata aktiivset kauplemistegevust toimuma, vaid sisendturg võib olla piiritletud hüpoteetiliselt eraldiseisva kaubaturuna ka üksnes konkurentide jaoks, kes sellele teabele juurdepääsu vajavad. Ka *Magill* lahendis osundasid nii üldkohus kui Euroopa Kohus kunstlikule telejaama päevaprogrammi turule, mis oli selliselt määratletav vaid konkurendi jaoks, kes seda oma toote pakkumiseks vajas. Kohtud leidsid, et „uudsuse“ kriteerium on täidetud kui konkurendid on võimelised uut toodet pakkuma olulisele vahendile juurdepääsu saamisel, mis omaette kaubana käibes ei esine ning iseseisvat kaubaturgu ei moodusta. Kui vastavaid turge eristada ei õnnestu, peavad vahendile juurdepääsu taotlejad selgitama oma toote erisust, kaitsmaks vahendi omaniku huve. Arvuti tarkvaraprogrammide puhul oleks litsentsi taotlemine õigustatud niisiis vertikaalse, mitte horisontaalse koostalitlusvõime saavutamiseks.

Väljakujunenud kohtupraktikale tuginedes võib eksisteerida hüpoteetiliselt või olla alles kujunemisjärgus ka järelturg, kus olulist vahendit sisendina kasutada soovitakse. Nii leidis Euroopa Kohus *Magill* lahendis, et telejaamade saatekavadele juurdepääsu piiramine takistas iganädalaste TV saatekavade kui uue toote ning seeläbi ka sellekohase kaubaturu tekkimist.

Eeltoodule tuginedes võib teha alljärgnevad järeldused:

(i) Kuigi Euroopa Liidu Kohus on järginud üldjuhul nn kahe turu määratlemise lähenemist, oleks ühe turu piiritlemise käsitlus turu kui „ostjate ja müüjate vahelise kauplemise alana“ üheselt mõistetavam kuivõrd nn fiktiivsete esmaste turgude piiritlemine üksnes turujõu ülekandmise tõendamiseks, ei oma iseseisvat tähendust.

(ii) Oluline turujõud tuvastatakse oluliste vahendite juurdepääsust keeldumise kaasuste puhul „erandlike asjaolude“ testi „toote asendamatus“ kriteeriumi kaudu järelturgudel, sest kui vahend kvalifitseerub „oluliseks“, on selle omanikul võimalik tegutseda oma konkurentidest ja klientidest sõltumatult, olenemata sellest mitu turgu parasjagu analüüsi objektiks võetud on.

Oluliste vahendite doktriini kontekstis puudub iseseisev tähendus ka turuosade analüüsil, kuivõrd olulise vahendi omamise tõttu on ettevõtja faktilise või õigusliku monopoli staatuses ning kuritarvituse analüüsimisel keskendutakse tema turujõu ülekandmise võimele järelturule, mis olulist vahendit sisendina kasutab. Muudel ELTL art 102 lg 2 sätestatud alustel olulise turujõu hindamisel, on nii olulist turujõudu omava ettevõtja enda kui tema lähimate konkurentide turuosadele olulist tähendust omistatud ning turuliidri turuosa on peetud lausa üksikult oluliseks tõendiks valitseva seisundi tõendamisel. Erinevad majandusteadlased on kritiseerinud pikemat aega selle lähenemise nõrkusi¹²¹ ning nii Komisjoni 2005.a. aruteludokument¹²² kui 2008.a. suunised¹²³ „Komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta EÜ asutamislepingu art 82 kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurentide tõrjuva tegevuse suhtes“, on turgude määratlemisega seotud probleemide valguses viinud olulise turujõu hindamisel rõhuasetuse turujõu erinevate komponentide kui terviku analüüsile.

Dünaamiliste ja tekkivate järelturgude puhul ei saa turuosal olla sedavõrd olulist kaalu olemasoleva turujõu või selle võimaliku muutuse hindamisel. Ka OECD on oma 2003.a. raportis märkinud, et „...isegi kui turuosa peegeldab hetkel adekvaatselt turuolukorda, kui usaldusväärne indikaator, on see turuosa võimaliku muutuse ning teiste turuosaliste konkurentsivõime hindamiseks tulevikus? Mida rohkem on turg avatud intensiivsele innovatsioonile, seda raskem on sellele küsimusele vastata.“¹²⁴ Konkurentsiolukorra hindamiseks dünaamilisel turul tuleks keskenduda niisiis pigem vahenditele, millega konkurendid tulevikus asuksid konkureerima ning turuosa omaks siin tähendust üksnes ulatuses, mis puudutaks kontrolli vastava vahendi üle¹²⁵. Dünaamiliste turgude puhul omavad potentsiaalsed konkurendid olemasolevate konkurentide kõrval märksa suuremat tähendust (st nende võimekus turule siseneda). Seega ei anna suur turuosa siin tuleviku jaoks mingit tagatist kuivõrd innovatiivsetel turgudel võib käia võitlus mitte turuosa, vaid turu pärast tervikuna¹²⁶. Eeltoodust tulenevalt peaks taoliste turgude puhul

¹²¹ J.G.Sidak. D.J.Teece, *Op cit* p 234, p 34.

¹²² Commission, DG Competition, Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses. December 2005. Available at: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>, February 20, 2010.

¹²³ Commission, DG Competition, Guidance of the Commission's Enforcement Priorities Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings. December, 3 2008. Available at: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/guidance.pdf>, February 20, 2010.

¹²⁴ OECD Merger Review in Emerging High Innovation Markets – Background Note by the Secretariat, (DAFE/COMP (2002) 20, 2003). Available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/40/0/2492253.pdf>, January 11, 2010.

¹²⁵ J.G.Sidak. D.J.Teece, *Op cit* p 234, p 36.

¹²⁶ Samas, p 36-37.

analüüsima ettevõtja turujõu analüüsimisel antud kaubaturul tegutsevate või sinna potentsiaalselt siseneda võivate ettevõtjate võimet innovatsiooni luua e. ennekõike nende käsutuses olevat *know-how*'d ja oskusi. Muutused turuosades annaksid kasulikku infot niisiis vaid selle kohta, kas tarbijate jaoks võiks vastav toode tulevikus muutuda laialdaselt kasutatavaks ja seeläbi neile väärtuslikumaks, nt tegemist võib olla toodetega, mida mõjutaksid võrguefektid.

Dünaamiliste turgude puhul on turujõu hindamise üheks komponendiks pakutud ka võimet takistada innovatsiooni, mis oleks muidu tekkinud konkurentsivõimelisel turul (sisenemistõkete loomine ning muud konkurente tõrjuvad tegevused). Seega peaks turujõudu mõjutavate asjaolude ajalast horisonti nihutama dünaamiliste turgude puhul kaugemale, olgu siis analüüsi aluseks puhtalt hinna dikteerimise või innovatsiooni piiramise võime või viimased koos kuivõrd vastavad efektid võivad avalduda hiljem¹²⁷. Hinna dikteerimisele eelnevalt võib ettevõtja konkurentsi kahjustavate tegevuste kaudu luua pinnase pikaajalise tulu teenimise garanteerimiseks. Seega tuleb turujõu hindamisel ühtlasi hinnata ettevõtja võimet ja initsiatiivi konkurentsi kahjustavaid tegevusi kasutada¹²⁸. Komisjoni 2008.a. Suunistele¹²⁹ tuginedes, peaks Komisjon tõlgendama turuosasid edaspidi asjaomaste turutingimuste põhjal ja eelkõige turu dünaamikat ja toodete/teenuste diferentseeritust silmas pidades, mistõttu kõikuvatel turgudel arvestatakse nüüdsest turuosade suundumusi või arengut tagasiulatuvalt ka pikema perioodi jooksul.

Olulist turujõudu omava ettevõtja tegevus omab alati turule suuremat mõju kui seda mitteomavate konkurentide puhul ning olulise turujõu omamine annab ka suuremad võimalused konkurentsi kahjustavate tegevuste kasutamiseks, mille tulemusel väheneb tootmismahd või tõusevad hinnad¹³⁰. Olulist turujõudu omava ettevõtja „eriline vastutus“ mitte kahjustada tõhusat konkurentsi, leidis Euroopa Kohtu poolt esmakordselt äramärkimist *Michelin I*¹³¹ lahendis, kus leiti, et valitsevas turupositsioonis oleval ettevõtjal on võrdväärselt teistega lubatud oma ärihuvisid kaitsta, kuid ta peab valima selleks tema turujõule proportsionaalsed abinõud.

¹²⁷ A.Bouchagiar, *Op cit*, p 52, p 366-369.

¹²⁸ Nimetatud väidet toetab ka Euroopa Kohtu poolt *United Brands* lahendis antud tõlgendus, mille kohaselt on EC art 82 toodud olulise turujõu määratlus seotud majandusliku jõuga asjaomasel kaubaturul, mis võimaldab takistada tõhusat konkurentsi ning tegutseda arvestataval määral sõltumatult konkurentidest, klientidest ja oma lõpptarbijatest.

¹²⁹ Komisjoni suunisted, *Op cit*, p 123.

¹³⁰ K.McMahon. *Op cit*, p 94, p 123.

¹³¹ Case 322/81 *Michelin v Commission* (Michelin I). ECJ November 9, 1983. 1983 ECR 3461.

*Tetra Pak II*¹³² lahendis osundas Euroopa Kohus, et EÜ art 82 kohaldamine eeldab põhjuslikku seost olulise turujõu ja selle väidetava kuritarvituse vahel. Oluliste vahendite doktriini rakendamisel hinnatakse vastavat seost esmasel turul olulise turujõu ülekandmise võimega järelturgudele, kus olulise vahendi omaniku turujõudu eraldi ei hinnata. Samas puudub ka väljakujunenud kohtupraktikas ühtne lähenemine selles osas, milline on „erilise vastutuse“ ulatus ja selle esemeks olevate kohustuste täpsem sisu. Autori arvamuse kohaselt on „erilise vastutuse“ ulatus igakordselt otseselt sõltuv konkreetse kaasuse asjaoludest, mistõttu ei olekski otstarbekas sellega hõlmatud kohustusi universaalselt määratleda kuivõrd oluline ei ole ju mitte üksnes ettevõtja suurus, vaid tema käitumine asjaomasel kaubaturul.

Microsoft'i lahendis tõstatati täiendavalt küsimus kvaasimonopoolset seisundist tulenevast „erilisest vastutusest“, mis peaks olema niisiis veelgi ulatuslikum. Vastava kaasuse asjaolude valguses tekib samas küsimus, kas töörühmaserverite koostalitlusvõime tagamiseks vajalikku teavet tulnuks Microsoftil, talle tema erilise turujõu tõttu lasunud vastutusest tulenevalt, siis juba vabatahtlikult konkurentidega jagada. Jättes Microsofti kui selgelt erandliku kaasuse kõrvale, tuleb kõrgtehnoloogiliste, dünaamiliste turgude puhul täiendavalt arvestada, et olulise turujõu positsioon võib ajas kiirelt muutuda, mistõttu võib neile ETL art 102 tulenev eriline vastutus osutada ebamõistlikult koormavaks. Seega on turujõu hindamiseks parim test siiski konkurentsise: kui turg on konkurentsivõimeline nagu dünaamilised turud reeglina on, ei saa ka suure turujõuga ettevõtja oma olemasolevatest ja potentsiaalsetest konkurentidest sõltumatult tegutseda. Seega peavad konkurentsiregulaatorid dünaamiliste turgude puhul arvestama, et ei sekkutaks liiga ulatuslikult n-ö ühepäevaste monopolide tegevusse.

Olulise turujõu kuritarvitusi on Euroopa Komisjon ja Euroopa Liidu Kohus käsitletud oma praktikas seni üldjuhul *per se* rikkumistena, kus teatud käitumised on kvalifitseeritud konkurentsivastasteks ja teatud tegevused mitte. Samas on majandusteadlased leidnud, et olulise turujõu kuritarvituste tuvastamine peaks toimuma juhtumipõhiselt, mitte mehaaniliselt, hindamaks igakordselt analüüsitava tegevuse võimalikku kahjulikku mõju tarbijatele. Mõjupõhine lähenemine, mida kasutatakse USA oluliste vahendite doktriini rakendamisel ning millele üleminekut toetab ka Komisjoni poolt algatatud EÜ art 82 reform, on eriti sobiv just paketeerimise, sidumise, olulisele vahendile juurdepääsust keeldumise ja teiste kaubaturu

¹³² Case C-333/94 *Tetra Pak International SA vs Commission (Tetra Pak II)*. ECJ November 14, 1996. 1996 ECR I-5951, para 27.

piiramist mõjutavate turujõu kuritarvituse liikide puhul, kuivõrd need võivad olla lühiajaliselt õigustatud efektiivsuse kaalutlustel või neil võib olla positiivne mõju tööstussektori innovatsiooni- ja investeerimisstiimulitele.

Vastavalt *Hoffmann-La Roche*¹³³ lahendis Euroopa kohtu poolt antud turgu valitseva seisundi tõlgendusele, ei pruugi turguvalitsev positsioon täielikult konkurentsi välistada, kuid võimaldab ettevõtjal, kes taolist positsiooni naudib, oluliselt mõjutada konkurentsi tekkimiseks vajalikke tingimusi. Teisisõnu eeldab oluline turujõud ettevõtja võimet enda huvides oma turujõudu ära kasutada veel enne kui ta asub oma konkurente turult välja tõrjuma. Kuigi kohus osundas viidatud lahendis kuritarvitusele kui objektiivsele kriteeriumile, ei tähenda see, et ettevõtja motiiv seejuures poleks oluline. Näiteks ei pruugi tarnetest keeldumine olla alati käsitletav turujõu kuritarvitusena, kui seda kasutati näiteks reaktsioonina lepingupartneri poolsele lepingu rikkumisele. Juhul kui konkurents asjaomasel turul on juba niigi nõrgenenud üksikute tugevate turuosaliste kohaloleku kaudu, kaasneb olulise turujõuga „eriline vastutus“, hoolimata sellest, kuidas turujõud on tekkinud, tagamaks, et tema tegevus ei kahjustaks püsivat tõhusat konkurentsi asjaomasel kaubaturul. Seega võib olla raske eristada tegevusi, mis jäävad konkurentsi osutamiseks lubatud piiridesse ning mida tuleks soodustada, tegevustest, mis väljuvad normaalse konkurentsi piiridest, olles seeläbi kuritarvituslikud. Taolise kõrgendatud vastutuse ulatust tuleb seega hinnata igakordselt konkreetsete faktiliste asjaolude valguses¹³⁴.

Monopoolses seisundis olev ettevõtja, kes tegutseb kaubaturul, kus puudub igasugune konkurents, omab olulist turujõudu automaatselt. Just faktiliste või õiguslike monopolidena olulist vahendit omavaid ettevõtjaid käsitletakse, kes pakuvad tarbijate jaoks olulist kaupa/teenust pikemaajaliselt väljakujundatud infrastruktuuri või tehnoloogilise vahendi kaudu, mille dubleerimine turuhinnas konkurentide poolt oleks ebamõistlikult kulukas või keeruline¹³⁵. Üldjuhul annab intellektuaalomandiõigus varalise õiguse, ega vii monopoolse turujõu tekkimiseni kui asjaomasel turul on konkureerivaid tooteid. Samas kui intellektuaalomandiõigus on

¹³³ Case 85/76 Hoffman-La Roche AG v Commission. ECJ February 13, 1979. 1979, ECR I-461, paras 38-39.

¹³⁴ Joined Cases C-395/96P and C-396/96P *Compagnie Maritime Belge. Transports v Commission (CEWAL II)*. ECJ March 16, 2000. 2000 ECR I-1365, para 114; *Case T-65/89 British Plaster Board Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission*. CFI April 1, 1993. 1993 ECR II-389, para 117.

¹³⁵ Näitena võib siin tuua elektrituru või telekommunikatsiooni sektori, mis on kuni turgude avamiseni konkurentsile, andnud siseriiklikult varasemalt väljakujunenud monopolidele võimaluse nautida eksklusiivselt oma turujõudu.

hädavajalik konkureerivate toodete tekkeks, kujutab see endast õiguslikku monopoli¹³⁶. Niisiis ei ole pelgalt olulise vahendi, olgu selleks siis füüsiline infrastruktuur või intellektuaalomandi õigus, omamine võrdsustatav olulise turujõu omamisega v.a. juhul kui asjaomasel kaubaturul puuduvad asendatavad tooted või tehnoloogiad¹³⁷ ega selliste õiguste kasutamine isegi olulist turujõudu omava ettevõtja poolt kuritarvitus v.a. erandlike asjaolude esinemisel¹³⁸.

ELTL art 102 lg 2 kohaldamise eeldusena oluliste vahendite doktriini kontekstis hinnatakse ettevõtja turujõudu niisiis talle kuuluva infrastruktuuri, toote (sõltumata sellest, kas ta on intellektuaalomandiõigusega kaitstud või mitte) või muu järelturul konkureerimiseks vajaliku sisendi (nt info) unikaalsuse kaudu, millest tulenevalt talle esmaturul faktilise ja/või õigusliku monopoli staatus on omistatav. Lisaks tuleb oluliste vahendite doktriini rakendamisel hinnata ettevõtja turujõudu ka järelturul, millel tegutsemiseks või millele sisenemiseks kolmandad isikud juurdepääsu olulisele vahendile vajavad ning olulist vahendit omava ettevõtja „eriline vastutus“ (olulist turujõudu omava ettevõtjana) lasub just järelturul. Seejuures ei oma peale *Microsofti* lahendit enam tähtsust, kas olulisele vahendile juurdepääsu taotlejaks on uus turule siseneja või sellel pikaajaliselt tegutsenud ettevõtja, kellel on ühtlasi järelturul ka arvestatav turuosa.¹³⁹

Oluliste vahendite doktriini rakendamise kontekstis ilmneb oluline turujõud ning selle kuritarvitus erinevatel kaubaturgudel ning konkurentsi kõrvaldamine järelturul on niisiis esmasel turul olemasoleva turujõu kuritarvituse tulemus. Seega on olulistele vahenditele juurdepääsu andmisest keeldumise kui kuritarvituse tuvastamisel määrava tähtsusega „erandlike asjaolude“ testi mitterealiseerumine (vähemalt ühe komponendi puudumine). Selge on see, et ettevõtja ei saaks oma turujõudu järelturul kuritarvitada kui esmane turg oleks konkurentsivõimeline. Seega hindamaks, kas ettevõtjal on oluline turujõud ka järelturul, tuleks arvestada kas (i) kas klientidel oleks lihtne loobuda olemasoleva toote kasutamisest ning asuda esmasel turul konkureerivat toodet kasutama ja (ii) millist informatsiooni avaldati kliendile esmase turu toote ostuotsuse tegemisel (sh järelturu toodete tingimuste osas). *Commercial*

¹³⁶ J.Drexl. The Relationship between the Legal Exclusivity and Economic Market Power: Links and Limits. The Colledge of Europe conference „Intellectual Propety, Market Power and the Public Interest“ materials. April 20, 2007, Bruges.

¹³⁷ *Deutsche Grammophon, Op cit*, p 4, para 16.

¹³⁸ *Magill, Op cit*, p 5.

¹³⁹ *S.Anderman. Op cit*, p 84.

*Solvents*¹⁴⁰ kaasuses peeti kuritarvituseks turgu valitsev ettevõtja poolt tarnete katkestamist ettevõtjale, kellega ta naaberturul konkureeris, mis oli konkurendi tegevuseks hädavajalik ning oleks võinud konkurendi asjaomaselt turult välja tõrjuda. *Bronner/Mediaprint*¹⁴¹ kaasuses tuvastati, et üksnes asjaolu, et suurt turuosa omav ajakirjandusettevõtja keeldub andmast juurdepääsu talle kuuluvale ainsale üleriigilisele kojukandesüsteemile põhjendusel, et väiksemal konkurendil endal või koos teistega, oleks selle dubleerimine majanduslikult ebaotstarbekas, ei saa kujutada endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist.

Hindamaks, kas ELTL art 102 kohane olulise turujõu kuritarvitamise koosseis on täidetud või mitte, tuleb vaadelda täiendavalt ka rikkumise ajahetke ja antud momendil eksisteerinud konkurentsiolukorda, arvestades potentsiaalset konkurentsi tulevikus kui on tuvastatavad teatud lühiajalised efektid, mis võiksid vähendada ettevõtja võimet oma olulist turujõudu kuritarvitada¹⁴². Turgu valitsevat seisundit omavate ettevõtjate tegevus muutub ELTL art 102 kohaselt kuritegelikuks ja/või sanktsioneeritavaks momendist, mil seda kasutatakse viisil, mis takistab, piirab või kahjustab ausat ja tõhusat konkurentsi. Samas, kui tuvastatakse, et ettevõtte tegevuses on realiseerunud nii ELTL art 101 kui 102 sätestatud koosseisud, kohaldatakse sätteid paralleelselt¹⁴³. Erinevalt ELTL art 101 lg 3 mis välistab teatud juhtudel vastutuse formaalselt keelatud kokkulepete osas, millel võib olla konkurentsi soodustav mõju, ei sisaldu taolisi erandeid ELTL art 102 osas. Seega ei välista niisiis kuritarvituse koosseisu realiseerumist turgu valitsevat seisundit omava ettevõtja konkurentsivastane tegevus, mis oleks vajalik ettevõtja klientide huvides ja lühiajaliselt, kui selle tulemuseks võib olla ettevõtja konkurentide turult väljatõrjumine. Oluliste vahendite doktriini kohaldamiseks vajalike eelduste puudumisel võib samas tavapäraselt turgu valitseva ettevõtja kuritarvituseks peetav tegevus niisiis väljuda ELTL art 102 kohasest vastutusest. Komisjoni 2008.a. Suuniste¹⁴⁴ kohaselt hinnatakse turgu valitsevat seisundit mitme teguri koostoimes, mis eraldi võetuna ei pruugi tingimata määravad olla, kuid näitlikult on osundatud, et ettevõtjat, kes suudab märkimisväärseks ajavahemikuks (nt kahe aasta jooksul) kasumlikult tõsta hindu üle konkurentsivõimelise taseme,

¹⁴⁰ *Commercial Solvents, Op cit*, p 39.

¹⁴¹ *Bronner, Op cit*, p 52.

¹⁴² Case T-60/05 Ufex and others (EUECJ) v Commission. September 12, 2007. OJ 2007 C 247/30, para 49. Nii tühistas Euroopa Kohus Komisjoni keeluotsuse Continental Can asjas muuhulgas põhjusel, et tõendamist ei ole leidnud fakt, mis kinnitaks, et konkurendid muudelt turgudelt ei oleks võimelised asjaomasele kaubaturule sisenema oma tegevuse ümberkujundamise kaudu, loomaks piisava vastukaalu olulise turujõu tekkele.

¹⁴³ Arvestades käesoleva uurimuse rõhuasetust, ei leia antud magistritöös üksikasjalikku kajastamist ELTL art 101 ja 102 paralleelset kohaldamist puudutavad teaduslikud seisukohad ning sellekohane Euroopa Liidu Kohtu praktika.

¹⁴⁴ Komisjoni suunistes, *Op cit*, p 123.

ei mõjuta tõhusast konkurentsist tingitud piirangud piisavalt ning teda võib üldjoontes käsitleda turgu valitsevas seisundis olevana.

On paradoksaalne, et *expressis verbis* on tarbijate huvide kaitse argument äramainitud vaid ELTL art 102 lg 2(b) juures, arvestades, et uus mõjupõhine lähenemine ELTL art 102 rakendamisel on muutmas tarbijate heaolu tagamist keskseks Liidu konkurentsireeglitega kaitstavaks hüveks, mis *ex post* sekkumist õigustaks ning ELTL art 102 rikkumiseks kvalifitseeruks¹⁴⁵. Samas väljakujunenud kohtupraktikale tuginedes on Euroopa Komisjon ja Euroopa Liidu Kohus siiski kaalunud kuritarvitusliku tegevuse mõju tarbijatele ka muude ELTL art 102 sisalduvate konkurentsirikumiste analüüsimisel. Tarbija määratlust on Euroopa Liidu Kohus omistanud ELTL art 102 kontekstis mistahes ostjale, hoolimata sellest, kas tegemist on müügiahelas vahepealse kliendi (nt jaekaupmees) või lõpptarbijaga, seega ei ole antud määratlus piiratud füüsilisest isikust tarbijaga, kes kasutab soetatavat toodet/teenust isiklikuks otstarbeks¹⁴⁶. Samas võib ka vastavate eri tasandite tarbijate kahjustamine avalduda erinevalt. ELTL art 102 lg 2(b) ei määratle üheselt ka tarbijat ohustava kahju eesmärki või koosseisu võrreldes kartellikokkulepete regulatsiooniga (ELTL art 101), mis keelab kõik tehingud, mille eesmärk või tagajärg on ära hoida, piirata või kahjustada konkurentsi. Samuti pole nii „tarbijate heaolu“ või „tarbijate kahju“ mõisteid sisustatud nii ELTL art 102 rakendamist puudutavas 2005.a. aruteludokumendis¹⁴⁷ kui 2008.a. Suunistes¹⁴⁸.

Erialakirjandusele toetudes, on tarbijate heaolu määratletud kui „erinevust hindades, mida tarbija sooviks maksta ning mida ta tegelikult maksab konkreetse kauba või teenuse eest¹⁴⁹, samuti ka kui kaotust tarbijatele, kes oleks ostnud konkreetset kaupa, kuid on pidanud vahetama selle vähem ihaldusväärsema ekvivalendi vastu tingituna monopoolsest hinnast või kes on jätkanud monopoolse hinnaga kauba soetamist¹⁵⁰. Valdavalt on aga tarbijate heaolu mõõdupuuks olnud analüüsitava tegevuse negatiivne mõju tõhusale konkurentsile, mis ühtlasi tarbijate heaolu kaudselt mõjutab. Tarbijate heaolu kahjustav mõju on loetud tõendatuks

¹⁴⁵ O.Dayagi-Epstein. *Op cit*, p 101, p 68.

¹⁴⁶ Case C-53/92P Hilti AG v Commission. ECJ November 14, 1996. 1996 ECR I-5951; Vedder, H. Competition Law and Consumer Protection: How Competition Law Can be Used to Protect Consumers Even Better- Or Not. *European Business Law Review*, 2006, 83, p 87.

¹⁴⁷ Komisjoni aruteludokument, *Op cit*, p 122.

¹⁴⁸ Komisjoni suunistes, *Op cit*, p 123.

¹⁴⁹ H. Hovenkamp. *Legislation, Well-being and Public Choice*. *University of Chicago Law Review*, 1990, No 57, p 63 and 72.

¹⁵⁰ S.Bishop. M. Walker. *The Economics of EC Competition Law*, 2nd edn. London, Sweet&Maxwell, 2002, p 24.

näiteks juhul kui turgu valitsev ettevõtja suudab tugevdada turuvallutusliku tegevuse tulemusel oma turupositsiooni. Komisjoni sekkumiseks piisab ka sellest kui turgu valitseva ettevõtja tegevus hoidis ära või lükkas edasi hinnalanguse mis oleks muidu toimunud. Komisjoni 2008.a. Suuniste¹⁵¹ p 19 tulenevalt on Komisjoni rakendusmeetmete kohaldamise eesmärgiks kindlustada, et olulist turujõudu omavad ettevõtjad ei kahjustaks efektiivset konkurentsi, tõrjudes konkurentsi kahjustavate tegevuste kaudu konkurendid turult välja ja mõjutades seeläbi tarbijate heaolu. Seega ei ole kahju konkurentsi protsessile (turgu kahjustav väljatõrjumise efekt) ning kahju tarbijatele identsed, vaid pigem kumulatiivsed määratlused ning kui tegevusel puuduks kahjulik mõju tarbijatele, ei oleks selle kahjulikkuse hindamine konkurentsile enam vajalik¹⁵².

R.O'Donoghue ja A.J.Padilla¹⁵³ seisukohale tuginedes, saaks tarbijate heaolu standard olla ELTL art 102 rakendamise lähtekohaks üksnes juhul, kui Komisjoni argumentidest tekitataks ühene rakenduskriteerium, mis selle kohaldamist õigustaks. Vastav kriteerium võiks sisaldada näiteks viisi, kuidas tarbijatele tekkivat kahju mõõdetakse, näitlikku loetelu juhtumitest, mil olulist turujõudu omava ettevõtja tegevus võib olla aluseks konkurentide väljatõrjumiseks ning aluseid tarbijale, konkurentidele ning konkurentsile tekitatud kahju kindlaksmääramisel. Komisjoni 2005.a. aruteludokument¹⁵⁴ tarbijale tekitatava otsese või potentsiaalse kahju hindamiskriteeriume ei määratlenud, vaid keskendus tõenäoliste mõjudele turu struktuurile ja konkurentidele. 2008.a. Suunistes on pööratud oluliselt rohkem tähelepanu tarbija mitte konkurendi kaitsele: tarbijate kahju sisaldub ühtlasi Suuniste konkurentide väljatõrjumise määratluses ning moodustab teatud kuritarvituste (nt tarnetest keeldumise) kvalifikatsiooni vajaliku komponendi. Samuti määratlevad Suunistes „tarbija kahju“ tuvastamise kriteeriumi, kuivõrd Suuniste p 19 toetudes, on leitud, et „tõenäoline tarbija kahju põhineb kvalitatiivsetel ja kus võimalik ja kohane kvantitatiivsetel tõenditel“. Selline lähenemine on samas märk olulise turujõu kuritarvituste tuvastamiseks vajaliku tõendamiskoormise suurenemisest. Teatud aspektides püsivad Suunistes siiski endiselt ka formaalse lähenemise juures, näiteks juhtumite osas, kus konkreetne käitumine seab üksnes takistusi konkurentsile ega loo efektiivsust, ei pea Komisjon läbi viima põhjalikku analüüsi tuvastamiseks, et vastav tegevus kahjustab tõenäoliselt ka tarbijaid. Suuniste kohaselt loetakse taoliseks tegevuseks näiteks juhtumid, kus olulist turujõudu

¹⁵¹ Komisjoni suunistes, *Op cit*, p 123.

¹⁵² R.O'Donoghue. A.J.Padilla. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford, Hart Publishing, 2006 p 221.

¹⁵³ O.Dayagi-Epstein. *Op cit*, p 101, p 76-77.

¹⁵⁴ Komisjoni aruteludokument, *Op cit*, p 122.

omavad ettevõtjad takistavad klientidel konkurentide tooteid kasutamast või pakuvad selleks rahalist peibutust sellest hoidumiseks või selle edasilükkamiseks¹⁵⁵. Suunistes on muuhulgas arvestatud tarbijate heaolu standardi hulka ka lõpptarbijate huvid juhtumitel, mil müügiahela vahepealsed kliendid on esmasel turul olulist turujõudu omava ettevõtja konkurendid. Kui seda lähenemist oleks kasutatud ka *Commercial Solvents* kaasuse lahendamisel oleks kohtuotsus olnud vastupidine kuivõrd konkurentide konkureerimisvabadus ei kaaluks üles lõpptarbijate heaolu. Seega tuleks tarbijate huvide kahjustamist käsitleda kui pikemas perspektiivis ilmajäämist heaolust konkurentsivastase tegevuse tõttu, millega kaasneks tõenäoliselt kõrgem hind, valikuvõimaluste ahenemine ja/või innovatsiooni vähenemine. Vastav tegevus võib ilmned ka tugeva võrguefektiga turgudel. Seega otsustamaks olulisele vahendile juurdepääsu tagamise kohustamist, peaks arvestama selle mõju innovatsioonistiimulitele turul tervikuna, mitte üksnes konkreetsele ettevõtjale, kellele sisendi jagamiseks konkreetne kohustus kehtestatakse. Traditsiooniliselt on ETL art 102 rikkumise menetlustes keskendunud aga innovatsiooni mõjude analüüsimise asemel hinna ja tootmise piiramise efektidele¹⁵⁶ seda osaliselt ka seetõttu, et puuduvad sellekohased praktilised juhendmaterjalid ning napib erialast kirjandust.

EC art 82 lg 2(b) keelu alla lähevad üksnes need olulise turujõu kuritarvitused, mis mõjutavad liikmesriikidevahelist kaubandust. *Hugin/Lipton*¹⁵⁷ lahendis on Euroopa Kohus hinnanud liikmesriikide vahelist kaubandust mõjutavat kuritarvitust järgmiselt: „...Ühenduse õiguse kohaselt omab liikmesriikidevahelisele kaubandusele mõju iga kokkulepe või tegevus, mis võib ohustada ühisturu eesmärkide saavutamist, eriti siseriikliku turu eraldamise või ühisturu konkurentsistruktuuri mõjutamise kaudu. Samas on mõjude juhtimine, mis avalduvad liikmesriigi territooriumil allutatud siseriiklikule jurisdiktsioonile“. *Bronner/Mediaprint*¹⁵⁸ lahendis leiti samas, et kui kojukandesüsteemid moodustavad eraldi turu ning piirkondlike süsteemide asendatavus ei ole piisav, tuleb vältimatult tuvastada, et Mediaprint, omades ainsat üleriigilist kojukandesüsteemi Austrias, on sel viisil määratletud turul monopoolses seisundis ja turgu valitsev ettevõtja. Sellisel juhul tuleb ühtlasi tuvastada, et Mediaprint on turgu valitsevas

¹⁵⁵ Komisjoni suunised, *Op cit*, p 123, para 21.

¹⁵⁶ I.R. Segal ja M.D. Whinston, Antitrust in Innovation Industries, NBER Working Paper Series, No 11525, (2005) (*cit* L.Ritter, *Op cit*, p 13, p 526)

¹⁵⁷ Case 22/78 Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd v Commission. ECJ May 31, 1979. 1979 ECR 1869, para 17.

¹⁵⁸ *Bronner, Op cit*, p 52.

seisundis ühisturu olulises osas kuivõrd Euroopa Kohtu praktikast nähtub, et ühe liikmesriigi territoorium, mida turgu valitsev seisund katab, võib kujutada endast ühisturu olulist osa¹⁵⁹.

Seega võib konkurentide tõrjuv käitumine üksikus liikmesriigis või isegi üksnes selle osas moodustada ühisturu olulise osa ning mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust kui vastava tegevuse eesmärgiks on sulgeda liikmesriigi siseturg avatud konkurentsile ühenduse teiste piirkondadega¹⁶⁰. *Michelin I* lahendis leidis Euroopa Kohus, et „...kui olulise turujõuga ettevõtja piirab konkurentidele juurdepääsu asjaomasele kaubaturule, ei oma seejuures tähendust, kas vastav käitumine piirab konkurentide otseselt üksnes konkreetsetes liikmesriigis kui vastaval tegevusel võib ühtlasi olla mõju ühisturu kaubandusele või konkurentsile“¹⁶¹. Siit tuleneb, et ELTL art 102 vastava tingimuse realiseerumiseks ei pea konkurentsivastane tegevus olema liikmesriikidevahelisele kaubandusele mõju avaldanud, vaid piisab kui sellel võib taoline risk lasuda.

Komisjoni teatis EÜ art 81 ja 82 sisalduva mõju kohta kaubandusele¹⁶² sätestab mõned indikatiivsed kriteeriumid ühisturu kaubandust tõenäoliselt mittemõjutavate tehingute hindamiseks nagu turuosa alla 5% ja käive alla 40 miljoni euro, kuid rõhutab seejuures, et kui ettevõtja kuritarvitab oma turgu valitsevat seisundit, on vastaval kuritarvitusel juba oma olemuse tõttu võime liikmesriikidevahelist kaubandust kahjustada, olenemata sellest, et kuritarvitus puudutaks vaid ühte liikmesriiki.

Mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele avaldub väljakujunenud kohtupraktikale tuginedes konkurentide tõrjuva käitumise kaudu juhtudel, kui vastava tegevuse eesmärgiks on olnud asjaomase kaubaturu struktuuri muutmine. Näiteks võib liikmesriikide vahelist kaubandust mõjutada konkurentide turult väljatõrjumine ja seda isegi juhul, kui vastav ettevõtja impordib ja ekspordib kaupu väljaspool ühisturgu¹⁶³ või kui see puudutaks toodet, millega otseselt ei kaubelda kuid mida kasutatakse lõpptootes ning mõjutakse selle hinda¹⁶⁴. *Magill*¹⁶⁵ lahendis

¹⁵⁹ *Michelin I*, *Op cit*, p 131, para 28.

¹⁶⁰ Komisjoni 23.07.2004 teatis suunistest EC asutamislepingu art 81 ja 82 sisalduva liikmesriikide vahelise kaubanduse mõju mõiste kohta. ELT C 2004, 101/81, p 93-96.

¹⁶¹ *Michelin I*, *Op cit*, p 131.

¹⁶² Komisjoni teatis mõjust liikmesriikide vahelisele kaubandusele, *Op cit*, p 160, art 50 ja 75.

¹⁶³ *United Brands*, *Op cit*, p 44, paras 197-202.

¹⁶⁴ *IMS Health*, *Op cit*, p 67, para 34.

¹⁶⁵ *Magill*, *Op cit*, p 5.

osundas üks kaebuse esitajatest, telejaam RTE, oma marginaalsele turuosale Ühendkuningriigi ja Põhja-Iirimaa telesaadete ning telelehtede turgudel, märkides, et tema kasutusloa poliitikal puudub mõju Ühendkuningriigi ning Põhja-Iirimaa vahelisele kaubavahetusele. Euroopa Kohus leidis siin, et „...tingimuse rahuldamiseks, mille kohaselt peab liikmesriikidevaheline kaubandus olema mõjutatud, pole tarvis, et kõnealune käitumine peaks tegelikult oluliselt reaalselt kaubandust mõjutama, vaid piisab kui tõendatakse, et käitumine võib niisugust mõju avaldada”¹⁶⁶. Kuna kaebaja oli välistanud kõik võimalikud konkurendid geograafilisel turul, mis koosnes ühest liikmesriigist ja teise liikmesriigi osast, oli ta kohtu hinnangul ühtlasi muutnud konkurentsiolukorda sellel turul ning mõjutanud vastavate riikide vahelist kaubandust.

Eeltoodust tulenevalt, võib konkurente tõrjuv käitumine üksikus liikmesriigis või isegi üksnes selle osas, moodustada ühisturu olulise osa ning mõjutada seeläbi liikmesriikidevahelist kaubandust isegi juhul, kui vastav ettevõtja kaupleb väljaspool ühisturgu ning seda ka juhul kui esineb üksnes risk, et tema tegevus võib taolist mõju omada.

2.2 ELTL art 102 lg 2(b) kohaldamise eeldused

2.2.1 Olulisele vahendile juurdepääsu piiramise vastuolu ELTL art 102 eesmärkidega

ELTL art 345 kohaselt ei tohi Euroopa Liidu õiguse kohaldamine piirata liikmesriikide siseriikliku õigusega tagatud omandiõiguste sh intellektuaalomandiõiguste teostamist. Intellektuaalomandi kaitse ulatus sõltub seega konkreetse õiguse olemusest ning selle teostamine liikmesriikide jurisdiktsioonides tagatud kaitsest. Liidu õigusega ei piirata niisiis intellektuaalomandiõiguste omamist, kuid nende kasutamine on allutatud Euroopa Liidu Toimimise Lepingus sätestatud teenuste ja kaupade vaba liikumise ning konkurentsireeglite piirangutele. Siseriiklike turgude sulgemine sh intellektuaalomandiõiguse teostamisele piirangute kehtestamine on vastuolus ELTL'i ühe keskse eesmärgi - siseturu kaitsega. Seega kui liikmesriigid rakendavad oma intellektuaalomandiõiguse norme selliselt, mis läheksid vastuollu viidatud eesmärgi saavutamise, on Liidu vaatest nende rakendamise piiramine õigustatud.

¹⁶⁶ Magill, *Op cit*, p 5, para 70.

Euroopa Komisjon ja Euroopa Liidu Kohus on taoliste vastuolude lahendamisel oma senises praktikas juhindunud järgmistest printsiipidest:

(i) Liidu õigus peab austama siseriiklikult tagatud intellektuaalomandiõigusi, ega tohi seada piiranguid nende omamisele või omandamisele, kuid nende kasutamine peab toimuma kooskõlas ETLT's sätestatud teenuste ja kaupade vaba liikumise ning konkurentsireeglitega¹⁶⁷;

(ii) Juhul kui intellektuaalomandit hõlmava toote või teenusega kaubeldakse ühes liikmesriigis, ei tohi teises liikmesriigis seda hõlmavat ning paralleelselt kaitstud intellektuaalomandiõigust teostada selliselt, mis vähendaks selle kaitset vastavas liikmesriigis. Uute liikmesriikide suhtes jõustuvad vastavad kohustused liitumisest arvates¹⁶⁸;

(iii) ETLT art 102 rikkumiseks ei loeta intellektuaalomandi ainuõiguse säilitamist, kuid kui see annab selle omanikule olulise turujõu positsiooni või kui selle omanik omab muul viisil olulist turujõudu asjaomasel kaubaturul, ei tohi seda kuritarvitada, nt kehtestada röövellikku litsentsitasu või muid ebaõiglasi tehingu tingimusi, mis kahjustaksid konkurentsi.¹⁶⁹

Intellektuaalomandiõiguste kaitse ulatuse ühtlustamise eesmärgil on Liidu tasandil asunud reguleerima ka erinevaid intellektuaalomandi valdkondi. Nii on näiteks Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 22.05.2001.a. direktiiviga autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste teatavate aspektide ühtlustamise kohta infoühiskonnas¹⁷⁰, üritatud intellektuaalomandi üha suurenevat piiriülest kasutamist silmas pidades, ühtlustada teoste reprodutseerimise ning levitamise korda. Eesmärgiga tagada intellektuaalomandiõiguste ühtne kaitse, on harmoniseeritud teatud intellektuaalomandiõigustega hõlmatud teoste¹⁷¹ õiguskaitse, sest sõltumata intellektuaalomandiõiguse normide sarnasusest, on konkreetsetes liikmesriigis õiguskaitse piiratud vastava liikmesriigi territooriumiga ning see võib viia turgude sulgemiseni. Sarnast eesmärki silmas pidades andis ka USA Justiitsministeerium ja Föderaalne Kaubanduskomisjon 1995.a. aprillis välja Intellektuaalomandiõiguste litsentseerimise juhise, mis näeb ette unikaalsete, kogu

¹⁶⁷ *Grundig/Consten, Op cit*, p 7, paras 344-346.

¹⁶⁸ *Deutsche Grammophon, Op cit*, p 4, para 13.

¹⁶⁹ Case 53/87 Maxicar SpA v Regie Nationale des Usines Renault SA. ECJ October 5, 1988. 1988 ECR 6039, paras 14-17.

¹⁷⁰ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 22.05.2001.a. direktiiv 2001/29/EÜ autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste teatavate aspektide ühtlustamise kohta infoühiskonnas. EÜT L 2001, 167/10.

¹⁷¹ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11.03.1996.a. direktiiv andmebaaside õiguskaitse kohta (EÜT L 1996, 77/20) ning Nõukogu 14.05.1991.a. direktiiv arvutiprogrammide õiguskaitse kohta, *Op cit*, p 77.

USA territooriumi katvate intellektuaalomandiõiguse litsentside väljastamise printsiibid, tagamaks konkurentsieelist¹⁷².

Seega on intellektuaalomandiõiguste kaitse ühtlustamist Liidus peetud oluliseks, kuid Liidu teiseses õiguses puuduvad igasugused juhised, kuidas tuleks ELTL art 102 kohaldada litsentsi andmisest keeldumistel. 1991.a. tarkvaradirektiivi¹⁷³ vastuvõtmisel vaadeldi tarkvara tehnoloogilist revolutsiooni käivitava jõuna, kuid samas sooviti säilitada konkurentsi. Toonane EÜ art 82 kui väline turukorrastuse mehhanism ning sisemised autoriõiguse kaitse meetmeid loeti ühtlasi sobivaks vahendiks võimalike konkurentsiprobleemide lahendamiseks: “...kusjuures ilma et direktiivi tingimused välistaksid EÜ art 81 ja 82 tulenevate konkurentsireeglite rakendamist, kui olulist turujõudu omav tarnija keeldub avaldamast teavet, mis on vajalik Direktiivis määratletud koostalitlusvõime tagamiseks ...”¹⁷⁴. Seega mõõndi juba tarkvaradirektiivi koostamisel, et olulist turujõudu omava ettevõtja tegevus võib muutuda takistuseks tehnoloogilise progressi ja suurenenud innovatsiooni tagamisel, mida direktiiviga on soovitud kaitsta. Siit järeldus, et seadusandja visioonis nähti tarkvaraturgu toimivat olulises osas avatud koostalitlusvõime standarditega, kus eelistatakse tootjate vahelist konkurentsi teostuste kaudu ning välditakse tarkvaratehnoloogiale omaseid ühtesobivust takistavaid tegevusi¹⁷⁵. Samas ei eelda tarkvaradirektiiv asjaomase programmi õiguste valdajalt koostalitlusvõime tagamise eeldusena olulise turujõu olemasolu, vaid rõhutab konkreetse sätte eesmärgina vaba suhtlemisstandardi saavutamist üldiselt ning annab võimaluse konkurendi toote igakülgselt analüüsiks pöördprojekteerimise (*reverse engineering* ingl.k.) eesmärgil¹⁷⁶. Kuivõrd pöördprojekteerimine eeldab koopiategemist digitaalses keskkonnas, kus tarkvara kasutatakse, on tegemist tarkvara omaniku eksklusiivse reprodutseerimisõiguse regulatiivse piiranguga. Seega nähti tarkvaradirektiivi väljatöötamisel juba *Microsofti* kaasust ette, täpsemalt võimsat *de facto* standardi tekkimist, mille liidese info jagamise tagamine võib osutada problemaatiliseks. Ka patendiõiguse harmoniseerimist puudutavate regulatsioonide eelnõudes on kajastatud viidet

¹⁷² CCH Trade Reg. Rep. § 13, 132 (*cit* L.Ritter, *Op cit*, 16, p 729).

¹⁷³ Tarkvaradirektiiv, *Op cit*, p 77.

¹⁷⁴ Tarkvaradirektiiv, *Op cit*, p 77, preambula p 5.

¹⁷⁵ D.Eklöf, *Op cit*, p 75, p 110.

¹⁷⁶ Tarkvaradirektiiv, *Op cit*, p 77, art 6.

tarkvaradirektiivile ning sätestatud, et intellektuaalomandiõigust ei ole lubatud teostada teatud juhtudel pöördprojekteerimise takistamiseks.¹⁷⁷

Kokkuvõtvalt, ei piira intellektuaalomandiõigusi reguleerivad asjaomased direktiivid mingilgi moel ELTL art 102 kohaldamist. Samas on mõistlik kui konkurentsioiguslikud hinnangud ja järeldused sisaldavad endas ka kaalutlusi ja lähenemist, mis on võetud aluseks Liidu asjaomases teiseses õiguses. Seega hoolimata direktiiviga tarkvarale kui 90ndate uuele fenomenile antud tugevast kaitses intellektuaalomandiõigusega, mil teadlikkus tehnoloogia arengust ning tarkvaraturgudest oli puudulik, nähti koostalitlusvõime puudumisega kaasneda võivaid probleeme ette ning püüti neid *ex ante* lahendada. Seega oli *Microsofti* lahendis igati õigustatud koostalitlusvõime tagamiseks vajalikule informatsioonile juurdepääsu vajalikkuse küsimuse tõstatamine ka ELTL art 102 vaatest. Samas selgitas Euroopa Esimese Astme Kohus lahendis koostalitlusvõime asendamatus kriteeriumit läbi ELTL art 102 mitte tarkvaradirektiivi, rõhutades üksnes selle olulisust konkurentsivõimelise turustruktuuri tagamisel¹⁷⁸.

On märkimisväärne, et Liidu konkurentsireeglite rakendamist puudutavat kohtupraktikat on kasutatud ka Liidu intellektuaalomandiõiguste regulatsiooni väljatöötamisel. Näitena võib siin tuua *Metronome*¹⁷⁹ juhtumi, kus kohtujurist väljendas arvamust, et toonast EÜ art't 82 võiks kasutada juhul kui toote rendilitsentsi andmisest keeldumise eesmärgiks on kõrvaldada turult rendiäri tegelejad ning sulgeda renditurg üksnes tootjatele. Viidatud sisendit kasutati kaudselt uues teoste rendi- ja laenudirektiivis¹⁸⁰ järelduse tegemisel, et rendiõiguste reguleerimise kaudu luuakse win-win turud, kus kaitstakse autoriõiguste omanikke ning samaaegselt edendatakse tarbijate heaolu. Siinjuures on oluline märkida, et Liidus käivad hetkel ettevalmistused ambitsioonika „Digitaalse Euroopa“ projekti elluviimiseks, millega kavandatakse luua internetipõhise loomingulise infosu ühtne turg. Projekti otseseks eesmärgiks on niisiis harmoniseerida Liidu määruse kaudu liikmesriikide autoriõigus ühtsete litsentsitingimuste rakendamise kaudu Ühenduse siseselt, tagamaks autorite õiguste kaitse ning edendamaks uusi

¹⁷⁷ Nõukogu ettepanek Nõukogu määruse Ühenduse patendi loomiseks, 8539/03 Brüssel, art 9; Komisjoni ettepanek arvutirakendustel põhinevate leiutiste patenteerimise osas COM (2002) 92 Final, Rec 18 ja art 6 (*cit* L.Ritter. *Op cit* 13, p 801).

¹⁷⁸ *Microsoft*, *Op cit*, p 11, paras 227-229.

¹⁷⁹ Case C-200/96 *Metronome v Commission*. April 28, 1998. 1998 ECR-I 1953.

¹⁸⁰ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 12.12.2006.a. direktiiv 2006/115/EÜ rendi- ja laenutamissoiguste ning autoriõigusega kaasnevate õigustega kaitstud intellektuaalomandiõiguste kohta. ELT L 2006, 376/28.

infosisu levitamise lahendusi¹⁸¹. Ühtlasi soovitakse muuta paindlikumaks raamatukogude ja arhiivide juurdepääsu teostele ning lihtsustada viimaste digitaliseerimise õigusi, samuti reguleerida Oprah teoste¹⁸² ning pikemas perspektiivis ka tarbijate endi poolt internetis loodud sisu kasutamise tingimusi¹⁸³.

Intellektuaalomandiõiguste sundlitsentside määramist puudutavates oluliste vahendite doktriini rakendamise kaasustes on ettevõtjad osundanud kehtestatud kohustuste vastuolule 15.04.1994.a. WTO Intellektuaalomandi õiguste kaubandusaspektide (TRIPS) lepingule¹⁸⁴, mis õigustab intellektuaalomandiõiguste teostamise piiramist avalikes huvides vaid äärmuslikel juhtudel. Vastavale argumendile toetus ka Microsoft oma kohtuasjas Euroopa Komisjoni vastu, leides, et talle määratud spetsifikatsioonide sideprotokollide sundlitsentsimise kohustus rikub viidatud lepingut kuivõrd kehtestatud kohustus on ulatuslikum sellest, mis on hädavajalik koostalitusvõime saavutamiseks.

Euroopa Liit on TRIPS lepingu osapooleks ning kohustatud seeläbi vastavaid põhimõtteid oma õiguse rakendamisel arvestama. Samuti on Euroopa Kohtu praktikas tunnustatud põhimõtet, mille kohaselt tuleb ühenduse teisese õiguse õigusnormide tõlgendamisel arvestada ühenduse sõlmitud rahvusvaheliste kokkulepetega¹⁸⁵. TRIPS lepingu kohaselt võivad lepingu osapooled kehtestada siseriiklikult ulatuslikuma kaubandusega seotud intellektuaalomandiõiguste kaitse tingimusel, et see on kooskõlas lepinguga¹⁸⁶, valides ise selleks sobivaima meetodi oma õigussüsteemi- ja õiguspraktikat silmas pidades. Lepingu art 8(2) kohaselt on liikmetel siseriiklikul tasemel diskretsioon intellektuaalomandiõiguste kuritarvitamise ennetamiseks asjakohaste meetmete rakendamiseks või tegevuse tõkestamiseks, mis asjatult piirab kaubandust või mõjutab negatiivselt tehnoloogia rahvusvahelist edastamist. Intellektuaalomandi ainuõiguste teostamisele võib lepingu art 13 kohaselt seada piiranguid või seada erandeid aga üksnes erandjuhtudel, kui

¹⁸¹ EC Commission Communication. Copyright in the Knowledge Economy COM(2009) 532.final. October 19, 2009. Available at http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20091019_532_en.pdf, February 20, 2010.

¹⁸² Teosed mille autor ei ole identifitseeritav.

¹⁸³ EC Commission Reflection Document (DG INSO and DG Market). Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. October 22, 2009. Available at: http://ec.europa.eu/avpolicy/other_actions/content_online/index_en.htm, February 20, 2010.

¹⁸⁴ TRIPS leping. *Op cit*, p 10.

¹⁸⁵ Case C-61/94 Commission v Germany. ECJ September 10, 1996. 1996 ECR I-3989, para 52.

¹⁸⁶ TRIPS leping. *Op cit*, p 12, art 1.1.

see ei ole vastuolus teose normaalse kasutamisega ega kahjusta liigselt õiguse valdaja seaduslikke huve.

TRIPS lepingu art 40 sisalduvate konkurentsireeglite kohaselt võivad lepingu osapooled siseriiklikult kehtestada kohustuslikke litsentsimistingimusi kui esineb intellektuaalomandiõiguste kuritarvitamist, millel on vastaval turul konkurentsi kahjustav mõju, kuid üksnes kooskõlas lepingu tingimustega ning üksnes vastava tegevuse tõkestamiseks ning kontrollimiseks. Ühtlasi peavad lepingu osapooled tagama, et nad oma seadustes kehtestavad tõhusad meetmed TRIPS lepingus toodud intellektuaalomandiõiguste rikkumise vastu sh kiireloomulisi kaitsevahendeid rikkumise tõkestamiseks ning tulevaste rikkumiste ennetamiseks¹⁸⁷.

Väljakujunenud kohtupraktikale tuginedes ei ole kuulu Euroopa Komisjoni hinnangul WTO lepingud, oma eesmärkide ja sisu tõttu nende normide hulka, mille alusel Euroopa Kohus kontrollib ühenduse institutsioonide õigusaktide õiguspärasust: „...*WTO asutamislepingu lisaks oleva TRIPS lepingu tingimused ei ole oma olemuselt sellised, mis looksid isikutele õigusi, millele isikud saaksid kohtus vahetult ühenduse õiguse alusel tugineda. Ainult siis kui ühenduse eesmärk on rakendada WTO raames võetud konkreetset kohustust või kui ühenduse õigusaktis viidatakse sõnaselgelt WTO lepingute konkreetsematele tingimustele, peavad ühenduste kohtud kontrollima vastava ühenduse õigusakti õiguspärasust WTO eeskirjade alusel*¹⁸⁸. Ka Microsoft'i lahendis nõustus üldkohus Komisjoni seisukohaga, et õigus teose avalikustamisele ei ole TRIPS lepinguga hõlmatud. Lisaks ei ole TRIPS leping ülimuslik Liidu esmase õiguse normide suhtes¹⁸⁹.

Niisiis annavad TRIPS lepingu konkurentsireeglid WTO liikmetele võimaluse piirata (erandjuhtudel) oma õigusaktides tõhusa konkurentsi kaitseks intellektuaalomandiõiguste teostamist, kuid ei anna selgeid juhiseid, kuidas seda teha. Samas on sellekohased piirangud seatud arenenud riikides ja arengumaades erisuguselt. Kuivõrd arengumaad on valdavalt intellektuaalomandiga hõlmatud toodete importijaks, ei ole nad senini osanud ära kasutada TRIPS lepingust tulenevat paindlikkust siseriiklike konkurentsireeglite rakendamiseks, mis

¹⁸⁷ TRIPS leping. *Op cit*, p 12, art 41.

¹⁸⁸ Case C-149/96 Portugal v Council. ECJ November 23, 1999. 1999 ECR I-8395, para 47.

¹⁸⁹ *Microsoft*, *Op cit*, p 11, para 789.

võimaldaks sellekohast kaubavahetust edendada¹⁹⁰. Üldkohtu poolt *Microsofti* lahendis antud tõlgendus, mis õigustas TRIPS lepingus toodud piirangute ees Liidu konkurentsireeglite kohaldamist, oli pretsedendiks WTO liikmete kohtupraktikas ning see võib ühtlasi mõjutada WTO liikmeid intellektuaalomandiõiguste teostamist siseriiklike konkurentsireeglite kaudu julgemalt kohaldama.

2.2.2 Erandlike asjaolude testi komponendid

(i) Olulise vahendi hädavajalikkus/asendamatus

Antud kriteeriumi realiseerumiseks peavad olulisele vahendile puuduma alternatiivsed lahendused või nende loomine oleks äärmiselt keeruline. „Äärmiselt keeruliseks“ on väljakujunenud kohtupraktikale tuginedes peetud olukorda, kus toodete/teenuste loomine ei oleks majanduslikult elujõuline võrreldavas mahus kauplemiseks¹⁹¹. *Microsofti* kaasuse asjaolude kohaselt oli Windowsi operatsioonisüsteem (täpsemalt selle liidese spetsifikatsioon) konkurendi jaoks asendamatu ning seda ka juhul, kui vastav teave poleks olnud intellektuaalomandiga kaitstud. Teabe hädavajalikkuse kriteerium sisustati siin argumendiga, et klientide nõudlus on suurenenud täiuslikuma koostalitusvõimega operatsioonisüsteemide järele ning just see funktsionaalsus on muutnud *Microsofti* lahenduse müügi eriti edukaks. *Microsofti* kaasuses pidas Komisjon koostalitusvõimet tarkvaratööstuses asendamatus kriteeriumi sisustamisel oluliseks, toetudes muuhulgas Liidu poliitikale antud küsimuses, kuivõrd tarkvaradirektiivis¹⁹² oli koostalitusvõime tagamise vajalikkusele osundatud¹⁹³.

Asendamatus kriteeriumi sisustamisel, on väljakujunenud kohtupraktikale tuginedes võimalik välja tuua järgmised komponendid:

Vahend on vajalik konkurentsi pakkumiseks: *Microsofti* lahendis asus üldkohus järeldusele, et tarbija huvi tekkimise eelduseks konkurendi toote vastu oli selle koostalitusvõime *Microsofti*

¹⁹⁰ T.Nguyen. Competition Rules in TRIPS Agreement – The SCI’s Ruling in Microsoft vs Commission and Implications for Developing Countries. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2008 Vol. 39, No 5, p 586.

¹⁹¹ *IMS Health, Op cit*, p 67, para 28.

¹⁹² Tarkvaradirektiiv, *Op cit*, p 77.

¹⁹³ *Microsoft, Op cit*, p 72, para 108.

Windows'i operatsioonisüsteemiga, kuivõrd valdav osa arvutikasutajatest vastavat programmi kasutab¹⁹⁴. Võrdluseks, et *Ladbroke*'i¹⁹⁵ lahendis leiti seevastu, et hobuste võiduajamiste ülekanded ei ole hädavajalikud kihlvedude korraldamiseks;

Vahendi hädavajalikkus (vastastikku vahetatavus): *Microsofti* lahendis leiti, et liidese spetsifikatsioon on sedavõrd unikaalne, et sellele puudub reaalne ja potentsiaalne alternatiiv. Alternatiivideks ei sobinud ka avatud tööstusstandardid kuivõrd Windowsi spetsifikatsioonid seisnesid üksikasjalikes edasiarendustes standardprotokollidele ja isegi pöördprojekteerimise õnnestumisel, oleks *Microsoftil* olnud lihtne oma spetsifikatsiooni täiendada, mis taas koostalitusvõime nurjanuks. Vastupidise näite võib tuua üldkohtu järeldusest *European Night Services*¹⁹⁶ lahendis, kus leiti, et juurdepääs raudtee infrastruktuurile ei olnud hädavajalik turule sisenemiseks, kuivõrd selleks olnuks sobinud sama hästi ka laeva- või lennuühenduse loomine;

Vahendi dubleerimisvõimaluse puudumine: dubleerimise võib muuta majanduslikult ebaotstarbekaks asjaolu, et olulist turujõudu omaval ettevõtjal õnnestub sundida tarbijad teatud kaubamärki kasutama, kuivõrd selle vahetamine on tehtud äärmiselt kalliks või ebamugavaks. Nimelt ei arvesta tarbijad sageli hinnalisemate kaupade soetamisel nende järelkuludega (nt nende remondi, hoolduse või väljavahetamise kulud), mis teevad konkreetse tootemudeli kasutamise lõpetamise kulukaks ning sulgevad nad kaudselt konkreetse kauba järelturuga¹⁹⁷. *Microsofti* lahendile toetudes, ei oleks ükski konkurent, *Microsofti* turuosa ning seda toetava võrguefekti tõttu, suutnud võita arvestatavat turuosa võrreldava lahenduse loomisega.

Vahendi jätkusuutlikkus: uute tehnoloogiate puhul võib *de facto* standardite domineerimine olla petlik. Parim näide siin on telekomi fikstelefonivõrgud, mida loeti alles hiljuti oluliseks vahendiks, kuid mis on tänaseks päevaks edukalt asendatavad wifi ja satelliitvõrkudega. *Microsofti* kaasus näitas samas, et hoolimata tehnoloogia pidevast arengust, on *Microsoft* suutnud võrguefekti kaudu oma turuosa hoida ning isegi täiuslikumad tooted ei ole suutnud mõjutada tarbijaid tema toodetest loobuma.

Üldise märkusena rõhutas üldkohus *Microsofti* lahendis, et nn „asendamatus test“ eeldab põhjalikku majanduslikku analüüsi ja hinnanguid ning allub kohtulikule kontrollile vaid piiratud ulatuses¹⁹⁸. Väljakujunenud kohtupraktikale tuginedes, on hädavajalikkuse kriteeriumi

¹⁹⁴ *Microsoft, Op cit*, p 11, para 388.

¹⁹⁵ *Tiercé Ladbroke, Op cit*, p 48.

¹⁹⁶ *European Night Services, Op cit*, p 50.

¹⁹⁷ A.Bouchagiar. *Op cit*, p 57, p 349-350.

¹⁹⁸ *Microsoft, Op cit*, p 11, para 379.

sisustamisel lähtunud ELTL art 102 eesmärgist säilitada ja edendada tõhusat konkurentsi, mistõttu peaks „asendamatus“ kriteeriumi täitmiseks olema põhimõtteliselt piisav kui oluline vahend on hädavajalik kasvõi ühele konkurendile, kelle eesmärgiks on jätkusuutlik tegevus võrdse partnerina olulise vahendiga seotud järelturul¹⁹⁹.

(ii) Konkurentsi (tõenäoline) kõrvaldamine järelturul

ELTL art 102 eesmärgiks on kaitsta konkurentsi, suurendades tarbijate heaolu ja tagamaks ressursside tõhusam jaotus. Seega ei tohiks doktriini rakendamise eesmärgiks olla pelgalt olulisele vahendile juurdepääsu taotleja abistamine vaid asjaomase kaubaturu konkurentsiolekorra parandamine.

Erandlike asjaolude testi konkurentsi kõrvaldamise kriteeriumi hindamisel analüüsitakse konkurentsiolekorda olulist vahendit sisendina vajaval järelturul. *Magill* lahendis kasutatud erandlike asjaolude test eeldas konkurentsivastase tegevuse tagajärjena konkurentsi täielikku kõrvaldamist järelturul. *Bronneri* ja *IMS Health* lahenditega laiendati seda „konkurentsi tõenäolise kõrvaldamise“ kriteeriumiga, mis on samas erinev *Commercial Solvents* lahendi järgse ekvivalendi, „konkurentsi kõrvaldamise riskist“. *Killick'i*²⁰⁰ arvates on nimetatud määratlustel erinev ajaline horisont, kus „tõenäosuse“ saabumine on ajaliselt eespool „riski“ võimalikust realiseerumisest.

Sõltumata sõnastuslikest erisustest „konkurentsi kõrvaldamise kriteeriumi“ määratlemisel, on Komisjoni ja Euroopa Liidu Kohtu praktika õigustanud doktriini rakendamist niisiis juhtudel, mil olulisele vahendile juurdepääsu andmisest keeldumise tagajärjeks oleks olulises mahus tõhusa konkurentsi vähenemine. Konkurentsi vähenemine järelturul esineb paratamatult igakordselt, mil oluline turujõud esmasel turul oleks üle kantav järelturule, samas peaks järelturul konkurentsivõime säilimiseks piisama ka väikese turuosaga efektiivsetest konkurentidest.²⁰¹

¹⁹⁹ D.Byrne, *Op cit*, p 64, p 9.

²⁰⁰ J.Killick. *IMS and Microsoft Judged in the Cold Light of IMS*. *The Competition Law Review*, 2004, Vol.1, No 2, p 25.

²⁰¹ R.O'Donoghue. J.A. Padilla. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Hart Publishing, Oxford/Portland, 2005, p 29-30.

Seejuures on leitud, et konkurentide võime säilitada vähetähtis kohalolek teatud turunishis, ei saaks olla iseenesest piisav tõendamaks tõhusa konkurentsi säilimist asjaomasel turul²⁰².

Microsofti lahendi asjaolude kohaselt avaldas Microsoft algselt, serveri operatsioonisüsteemide turule sisenedes, teistele tarkvaratootjatele kogu vajaliku liidese info, et turg areneks ning Windows'i operatsioonisüsteemi väärtus tõuseks ning hakkas oluliselt piirama avaldatava teabe mahtu kui tema turuosa jõudis 30% juurde, et muuta konkurentide tooted tarbijate jaoks seeläbi vähematraktiivseks. Samuti lukustas Microsoft oma kliendid oma toodete külge, muutes konkurenti toote kasutamisele ülemineku äärmiselt kalliks ning mittetasuvaks. Eeltoodu põhjal leidis Komisjon, et *Microsofti* käitumisel oli konkurentsi kõrvaldamise risk töörühmaserverite operatsioonisüsteemide turul²⁰³. Seega toodi lahendiga sisse *Commercial Solvents* lahendist tuttav „konkurentsi kõrvaldamise riski“ käsitlus, mis muutis erandlike asjaolude testi vastava punkti realiseerumise lihtsamaks. Seega mugandati „konkurentsi kõrvaldamise kriteeriumi“ konkreetse kaasuse asjaoludest tingituna kuid (erinevalt *Magill* ja *IMS Health* kaasuste asjaoludest) kaubaturul, kus konkurents teatud määral toimis. Lisaks leiti siin (erinevalt *Commercial Solvents* lahendist), et konkurents ei pea olema kõrvaldatav kuritarvituse tulemusel koheselt, vaid see võib ilmned pikema ajaperioodi jooksul ning et (erinevalt *Bronner*’i lahendist) avaliku sekkumiseta, ei oleks konkurentide tegevus püsinud enam jätkusuutlik²⁰⁴. Seega kasutati *Microsofti* lahendis „konkurentsi kõrvaldamise“ kriteeriumi hindamisel, kuritarvituse mõju ex ante analüüsi, mille tulemusel loeti konkurentsi kõrvaldamise kriteerium täidetuks efektiivse konkurentsi kõrvaldamise ohu tekkimise tõttu²⁰⁵. *Microsofti* kaasuse asjaoludel oli see ka autori hinnangul õigustatud kuivõrd konkurentsi täieliku või tõenäolise kõrvaldamise äraootamise järgselt, ei oleks konkurentidele oma konkurentsivõime parandamiseks *Microsofti* liidese infost tõenäoliselt enam abi olnud.

Microsofti lahendile tuginedes, ei pea niisiis oluliste vahendite doktriini rakendamiseks kahju konkurentidele olema juba tekkinud või esinema tõenäosus selle tekkeks lähitulevikus. Samuti ei pea olulist vahendit omav ettevõtja omama, vahendit sisendina kasutataval järelturgudel, olulist

²⁰² L.Ritter, *Op cit*, p 16, p 561-563.

²⁰³ *Microsoft*, *Op cit*, p 11, paras 653 and 692.

²⁰⁴ B.Doherty. Just What are Essential Facilities? *Common Market Law Review*. Kluwer Law International, 2001, 38, p 417.

²⁰⁵ Kallaugher. Weitbrecht. *Microsoft and More: Developments under Articles 82 and 82 EC in 2007*. *European Competition Law Review*, 2008, 7, p 425.

turujõudu tõendamaks, et viimasel esineb konkurentsi kõrvaldamise risk. Komisjoni hinnangul kuritarvitas Microsoft oma monopoolset seisundit personaalarvutite operatsioonisüsteemide turul, et võimendusefekti kaudu mõjutada töөрühmaserverite operatsioonisüsteemide turgu. Seega hoolimata asjaolust, kas Microsoftil oli turgu valitsev seisund töөрühmaserverite operatsioonisüsteemide turul, kuritarvitas ta oma turgu valitsevat seisundit igal juhul nn esmasel sisendturul.

Microsoft'i lahendiga loodi „erandlike asjaolude“ testi eraldiseisvaks kriteeriumiks ka „tarneahela eelmiste tasemete ootamatu äralangemine“ (või äristrateegia muutus), mis paljude autorite hinnangul ei sobi oluliste vahendite doktriini kohaldamise eelduseks, kuivõrd olemasolevate lepingute kehtivuse ning mõju hindamine ei peaks olema konkurentsiregulaatorite kaalutluse objektiks, vaid lahendatav kõlvatu konkurentsi sätetega või võlaõigusega (lepingu rikkumine)²⁰⁶. Vastasel juhul puuduks olulise vahendi omanikul motivatsioon sõlmida uusi ja suuremat efektiivsust andvaid tehinguid ning sellel omakorda oleks negatiivne efekt nii konkurentsile kui innovatsioonile tervikuna.

Tegelikkuses ei ole „konkurentsi kõrvaldamise“ kriteeriumil olnud erandlike asjaolude testis iseseisvat tähendust kuivõrd see on üldjuhul „asendamatu“ olulisele vahendile juurdepääsu puudumise tagajärjeks²⁰⁷. Seega kui oluline vahend on „asendamatu või hädavajalik“ esineb ka „konkurentsi kõrvaldamise risk“. Täiendavat väärtust nimetatud kriteeriumile peaks lisama ka tarbijate kahjustamise kaalutlus, mis konkurentsi kõrvaldamise tagajärjel vältimatult peaks samuti tekkima. *Microsoft*'i kaasuse puhul on samas vaieldav, kas töөрühmaserverite turul monopoli tugevdamine oleks olnud tarbijatele läbinisti halb kuivõrd hind oleks seeläbi kindlasti odavnenu. Lisaks on ebaselge, kui palju oleks Microsofti toodete eripära ja kasutajaskonna hulka arvestades tarbijaid, kes oleksid üldse toote väljavahetamisest huvitatud. Samas peab efektiivse konkurentsi tagamiseks säilima igal juhul tarbijate valikuvõimalus oma otsustust muuta.

²⁰⁶ A.Bouchagiar. *Op cit*, p 57, p 361.

²⁰⁷ M.Dolmans. R.O'Donoghue and Loewenthal. Are Article 82EC and Intellectual Property Interoperable? The State of the Law Pending the Judgement in *Microsoft vs Commission*“ (2007), 3 CPI 107, pp 129-130 (*cit* A.Bouchagiar, *Op cit*, p 57, p 358).

(iii) Uue toote kriteerium

Antud kriteeriumi täitmiseks peab ettevõtja eesmärgiks, kes olulisele vahendile juurdepääsu taotleb, olema mitte olemasoleva lahenduse dubleerimine, vaid selle omaniku poolt mittepakutava (uue) toote või teenuse pakkumine, mille järele on potentsiaalne tarbijate nõudlus. Seega hinnatakse siin olulist vahendit sisendina kasutava järelturu toote unikaalsust ning omadusi ning tarbijate huvi või selle puudumist selle vastu.

Väljakujunenud kohtupraktikale tuginedes on „uue toote kriteerium“ leidnud erandlike asjaolude testi komponendina valdavalt käsitlust vaid intellektuaalomandit hõlmavate oluliste vahendite puhul. *Magill*²⁰⁸ lahendis oli „uueks tooteks“ tõepoolest seni turult täiesti puudunud TV nädalakava, mille koostamine eeldas telejaamade sisendit ning mille vastu tundsid tarbijad huvi. *IMS Health* lahendis²⁰⁹ leidis Euroopa Kohus, et ...„uue toote“ kriteeriumi täitmiseks ei piisa toote funktsionaalsuse lisamisest, mis kopeerib toodet, mida vastava autoriõiguse omanik turul juba pakub“. Lisaks asetas Euroopa Kohus *IMS Health* lahendis „uue toote“ kriteeriumi hindamise tarbijate huvide võimaliku kahjustamise konteksti, märkides et kui tasakaalustatakse ühelt poolt intellektuaalomandiõiguse valdaja lepinguvabaduse ning teiselt poolt vaba konkurentsi kaitset, saab viimane olla kaalukam üksnes siis kui litsentsi andmisest keeldumise tagajärjel takistatakse järelturu arengut tarbijate kahjuks. *Microsoft*'i kaasuses arendati seda käsitlust edasi, nimelt loobuti otseselt „uue toote“ identifitseerimisest, mille tekkimist olulisele vahendile juurdepääsu puudumine takistas ning osundati, et vahendile juurdepääsuta ei oleks konkurendid üldse motiveeritud serveri operatsioonisüsteemide uusi lahendusi välja töötama²¹⁰. Seega sisustas üldkohus „uue toote“ kriteeriumi ELTL art 102 lg 2(b) sõnastusega, lugedes kriteeriumi täidetuks kui vajaliku sisendi puudumisel kaasneks tehnilise arengu piiramine tarbijate kahjuks ning peatuks asjaomase järelturu edasiarend tervikuna²¹¹.

Samas võib kõrgtehnoloogilistel turgudel loodud toodete mistahes edasiarenduste käsitlust „eraldiseisvate uute toodetena“ pidada ebamõistlikuks kuivõrd „uue toote“ kriteeriumi eesmärgiks on kaitsta vahendi omanikku tema intellektuaalomandiga hõlmatud toote

²⁰⁸ *Magill*, *Op cit*, p 5.

²⁰⁹ *IMS Health*, *Op cit*, p 67, para 49

²¹⁰ *Microsoft*, *Op cit*, p 11, para 694, 700.

²¹¹ J.Kallaugher. A.Weitbrecht. A. Microsoft and More – Developments under Article 81 and 82 EC in 2007. European Competition Law Review, 2008, issue 7, p 425.

dubleerimise eest²¹². *Microsoft*’i kaasuse puhul tekkis niisiis küsimus, kas Sun ja teised *Microsoft*’i konkurendid oleks pidanud oma tooted ringi tegema, selleks, et „uudsuse“ kriteerium saaks täidetud. Seega tuleks „uue toote“ kriteeriumit analüüsida koos „konkurentsi kõrvaldamise“ kriteeriumiga²¹³.

Lisaks tekib küsimus, kas tooted, mille pakkumiseks juurdepääsu olulisele vahendile taotletakse, on „uudsed“ kui neid pakub ka olulise vahendi omanik asjaomasel järelturul. Sellele vastamiseks tuleb hinnata vahendi „olulisust“ ning sisendturul kauba/teenuse asendatavuse elastsust. Samas on *Microsoft*’i kaasuse asjaolude valguses selge, et konkurendid ei oleks ka saanud *Microsoft*’i liidese infole juurde pääsedes, pakkuda *Microsoft*’iga täpselt sama toodet, vaid toodet, mis oleks konkureerinud *Microsoft*’i tootega samal kaubaturul. *Microsoft*’i lahendis keskendus Komisjon „uue toote“ kriteeriumi sisustamisel niisiis olulisele vahendile juurdepääsu võimaldamise tagajärjele, mille kohaselt oleks konkurentidelt selliselt tekkinud võimekus täiustada oma tooteid ning pakkuda lisaväärtust selle asemel, et taanduda turult või hakata reprodutseerima *Microsoft*’i tooteid. Seega andis olulisele vahendile juurdepääsu võimaldamine konkurentidele võimaluse turustada järelturul toodet koos funktsionaalsusega, mille järgi on tarbijate nõudlus, kuid mis oleks oma talitluse, turvalisuse ja muude funktsioonide poolest teistsugune²¹⁴. Ühtlasi leiti, et uue toote kriteeriumi analüüsimisel on otsustav teabe andmisest keeldumise mõju konkurentide, mitte *Microsoft*’i innovatsioonistiimulitele, kuivõrd viimane kuulub analüüsimisele „keeldumise objektiivse põhjendatuse“ kriteeriumi hindamisel²¹⁵.

Osa autoreid²¹⁶ on leidnud, et „uue toote“ kriteeriumi täitmise eeldusena peaks olulisele vahendile juurdepääs edendama turgu edasi, mitte hõivama endale osaluse olemasoleva toote kaubaturust. Samas ei ole konkurentsiõigusliku sekkumise eesmärgiks ju üksnes tarbijatele lühiajaliselt positiivsete efektide tekitamine, vaid ka asjaomase kaubaturu struktuuri säilitamine ja edasiarendamine pikemas perspektiivis. Nii võib näiteks riigimonopolide lammutamine, turgude avamise kontekstis, õigustada konkurentsi edendamise eesmärgil juurdepääsu võimaldamist ka sama toote pakkumiseks, mida olulise vahendi omanik ka ise järelturul pakub²¹⁷. Samas on antud

²¹² *IMS Health, Op cit*, p 67, para. 49.

²¹³ A.Bouchagiar, *Op cit*, p 57, p 362.

²¹⁴ *Microsoft, Op cit*, p 11, p 640.

²¹⁵ Samas, p 659.

²¹⁶ D.Byrne, *Op cit*, p 64, p 12.

²¹⁷ Samas, p 13.

kriteerium oma olemuselt endiselt ebaselge kuivõrd nii Komisjon kui Euroopa Liidu Kohus ei ole sisustanud üheselt toote „uudsuse omadusi“ ega „potentsiaalse tarbija nõudluse“ olemust.

(iv) Objektiivselt põhjendamatult keeldumine juurdepääsust olulisele vahendile

Antud kriteerium on asjaomase kohtupraktika poolt üheselt sisustamata, mistõttu tuleb seda hinnata juhtumipõhiselt. Keeldumine võib olla vahetu või absoluutne ning selle aluseks võib olla rida majanduslikke, tehnilisi või muid argumente. Printsibiis on olulisele vahendile juurdepääsu andmine keelatud, kuid teatud juhtudel võib keeldumine olla õigustatud kui see on objektiivselt põhjendatud ning mittediskrimineeriv. Kuna tõendamiskoormis lasub siin olulise vahendi omanikul²¹⁸, tuleb vahendile juurdepääsu taotlejal pöörata kaebuse põhistamisel erilist tähelepanu vaid vahendi „olulisuse“ v. „hädavajalikkuse“ tõendamiseks vajalikele argumentidele.

Microsoft’i kaasuses osundas Microsoft, et liidese spetsifikatsioonile juurdepääsu andmise kohustamisel kaoks turgu valitsevate ettevõtjate jaoks stiimul oma uurimus- ja arendustegevusse investeerimiseks, sest sellisel juhul tuleks kõiki oma jõupingutuste vilju konkurentidega jagada. Intellektuaalomandiõigused peaksid aga just vastupidiselt stimuleerima nende valdajaid innovatsiooni edasi arendama ning ärgitama konkurente rohkem pingutama, et mitte maha jääda. Microsofti hinnangul jättis Komisjon lahendis täielikult tähelepanuta negatiivse mõju, mida sundlitsentsimine avaldab konkurentidele, kes ootavad võimalust hankida uusi tehnoloogiaid litsentsi alusel, selle asemel, et teha jõupingutusi loomaks ise uut tehnoloogiat s.o. edendada innovatsiooni. Microsofti ülesanne oli siin tõendada, et talle pandav teabe avaldamise kohustus avaldab ebasoodsat mõju tema innovatsioonistiimulitele ning ohtu, et see kaalub üles tegurite kogumi, mille korral vastav tegevus oleks muidu kuritarvituseks käsitletav.

Nagu paljudes teistes õigusharudes, peaks Dolmans’i²¹⁹ hinnangul objektiivse keeldumise põhjendus ka oluliste vahendite doktriini rakendamise vajaduse hindamisel teenima legaalselt eesmärki ning olema eesmärgi suhtes proportsionaalne. Seega ei tohiks seda ühest küljest

²¹⁸ Vastavalt Nõukogu 16.12.2002.a. määrusele 1/2003 art 81 ja 81 EC rakendamise kohta (ELT L 2003, 1/1) preambula p 5, peab ettevõtja, kes soovib tugineda rikkumiseks kvalifitseeruva tegevust õigustavale õiguslikule käsitlusele, tõendama vastava käsitluse rakendamise eelduseks olevate tingimuste realiseerumise.

²¹⁹ M.Dolmans. R.Donoghue. *Op cit*, p 207, p 134.

käsitleda keelatud käitumise erisusena, vaid pigem ühe kuritarvituse tõendamise olulise komponendina²²⁰.

Palju on vaieldud selle üle, kas ka efektiivsuse kaalutlusel oleks olulisele vahendile juurdepääsu andmisest keeldumine objektiivselt põhjendatud kuna intellektuaalomandi õiguse valdaja innovatsioonistiimulid peegeldavad dünaamilist efektiivsust. Euroopa Liidu Kohus ei ole nimetatud asjaolule ühest hinnangut andnud. Põgusalt on see leidnud kaalutlusena äramärkimist vaid üldkohtu *Atlantic Container Line AB*²²¹ lahendis, mis oli efektiivsuse kaalutluste, kui ELTL art 102 rakendamise erandite, suhtes üsna soosiv. Lisaks on leitud, et kuivõrd efektiivsuse kaalutlused välistavad vastutuse ELTL art 101 alusel, peaks see välistama vastutuse ka ELTL art 102 alusel²²². Seejuures on aga oluline, et investeringu tagasiteenimine peegeldaks dünaamilist efektiivsust. Näiteks juhtudel, mil vahend põhineb erakapitalil ja pikaajalisel teadus- ja arendustegevusel, oleks teatud perioodi jooksul monopoolse tulu tagasiteenimine põhjendatud, vastasel juhul muutuksid taolised investeringud ebamõistlikuks. „Keeldumise objektiivne põhjendus“ on seejuures ainus „erandlike asjaolude“ testi kriteerium, kus olulise vahendi omanik saaks vastavale argumendile tugineda.

Hogan²²³ leiab, et erinevalt USA'ist, kus antud kriteeriumi täitmiseks üksnes ärilistest kaalutlustest piisaks, eeldab selle Euroopa ekvivalent ettevõtja majandusliku võimsuse puudumist. Samas aga ei saa see kehtida intellektuaalomandiõiguste litsentsimisel, kus ettevõtja suurus ei oma mingit tähendust. Siin võiks argumendiks olla pigem kvaliteedikontrolli tagamine või õiglase tasu investeringult. Nimetatud küsimusi võiks ju lahendada ka litsentsitingimuste kaudu, kuid Euroopa Liidu Kohus ei ole andnud oma lahendites selles osas täpsemaid juhiseid, nagu ka litsentsitasu mõistliku suuruse määratlemisel.

Oludes, kus ettevõtja intellektuaalomand põhineb olulistel ja riskantsetel investeringutel, saaks sellele juurdepääsu andmisest keeldumist objektiivselt põhjendada läbi baasinvesteeringute

²²⁰ P.Loewenthal. The Defence of „Objective Justification“ in the Application of Article 82 EC. (2005) 28(4) World Competition 455 p 460 (*cit* A.Bouchagiar. *Op cit*, p 57, p 370).

²²¹ Joined Cases T-191/98, 212/98 and 214/98 *Atlantic Container Line AB and Others v Commission*. CFI September 30, 2003. 2003, ECR II-3275, para 1112.

²²² E.Rousseva. T The Concept of Objective Justification of and Abuse of Dominant Position: Can it Help to Modernise the Analysis under Article 82EC. *Competition Law Review*, 2006, Vol 2, issue 2, p 31.

²²³ J. Hogan. *Magill Revisited*. *Irish Student Law Review*. 2000 Vol.8. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.islr.ie/Reviews/2000/magill_revisited.pdf, March 5, 2010;

kaitse. Ka Microsoft oleks võinud kohtumenetluses julgemalt osundada, et vara, millele temalt juurdepääsu tagamist nõuti, põhines ülisuurtel ning riskantsetel investeeringutel, mis andsid mastaapsust ka asjaomastele turgudele. *Microsoft*'i lahendile tuginedes, kaldus ka üldkohus investeeringute kaitse aspekti vältima, kartes tõenäoliselt sattuda olukorda, kus tulnuks kaaluda *ex ante* Microsofti investeerimisstiimulite hoidmist läbi sundlitsentsi andmisest keeldumise õigustamise ning teisest küljest *ex post* efektiivsuse tagamist läbi sundlitsentsi määramise²²⁴. Seega kui Microsoft oleks esitanud siin veenvad tõendid selles osas, et vara, millele temalt litsentsi nõuti, põhineb ulatuslikul teadus- ja arendustegevusel ning investeeringutel, oleks võinud kaasuse lahenduskäik teistsuguseks osutada. *Magill/IMS Health* erandlike asjaolude testi paindlikum kohaldamine *Microsoft*'i lahendis, näitas, et hoolimata sellest, et testi esimest kolme kriteeriumit on võimalik edukalt olulise vahendi omaniku kahjuks tõlgendada, on „objektiivselt põhjendatud keeldumist“ võimalik edasi arendada rõhutamaks investeerimisstiimulite kaitse vajadust ning osundamaks, et intellektuaalomandiõiguste esemed põhinevad investeeringutel, mis väärivad kaitset²²⁵.

„Objektiivse põhjendatuse kriteeriumit“ on veidi sisutanud ka Komisjoni 2008.a. Suunised²²⁶, õigustades keeldumist just efektiivsuse ning tarbijate heaolu suurendamise kaalutlustel. Nimelt on sätestatud, et juhul, kui turgu valitsev ettevõtja tõendab, et tema tegevus on objektiivselt vajalik ning toob kaasa tõhususe märkimisväärse kasvu, mis kaalub üles tegevuse konkurentsivastased mõjud tarbijatele, hindab Komisjon kas vastav tegevus on vältimatu ning taotletava eesmärgi saavutamiseks proportsionaalne. Turgu valitsev ettevõtja võib suuniste kohaselt õigustada tõhususe kasvu ettekäändel ka turge sulgeva mõjuga tegevuste põhjendatust, millel on tarbijatele positiivne mõju.²²⁷

Microsoft'i lahendiga lisandus erandlike asjaolude testi „keeldumise objektiivse põhjendatuse“ kriteeriumi juurde allkriteeriumina „innovatsioonistiimulite ja tehnilise arengu mõju arvestamise“ nõue, kus kaalukausil on ühest küljest olulisele vahendile juurdepääsu puudumise mõju intellektuaalomandiõiguse valdaja investeerimis- ja innovatsioonistiimulitele ning teisest küljest kogu asjaomase majandussektori innovatsioonile ning tehnilise arengule. Viidatud täpsustuse

²²⁴ A.Bouchagiar, *Op cit*, p 57, p 369.

²²⁵ D.Eklöf. *Op cit*, p 75, p 107.

²²⁶ Komisjoni suunised, *Op cit*, p 123.

²²⁷ Komisjoni suunised, *Op cit*, p 123, p 30 ja 31.

valguses hinnatakse niisiis olulise vahendi omaniku huvi püsimist innovatsiooni arendamise vastu oluliste vahendite doktriini rakendamise tulemusel, võrreldes tulemiga, mida talle kuuluv intellektuaalomandiõigus algselt oleks taganud. Antud kaalutus leidis esmakordselt laiemat vastukaja küll *Microsoft*'i lahendi avaldamise järgselt, kuid esmakordselt kajastas seda juba kohtujurist Jacobs *Bronner*'i²²⁸ kaasuses avaldatud arvamuses, märkides, et vaba konkurentsi tagamise kõrval tuleks arvestada sekkumise mõju teadus- ja arendustegevuse ning loovuse jätkusuutlikkusele laiemalt. *Microsoft*'i lahendis jäeti samas antud kriteerium kahjuks täpsemalt sisustamata, kuivõrd leiti, et „erandlike asjaolude“ testi kõik kriteeriumid olid täidetud ning *Microsoft* keeldumine ei olnud objektiivselt põhjendatud kuivõrd väidetav negatiivne mõju tema innovatsioonistiimulitele ei saanud olla ülekaalukam erandlikest asjaoludest sh sellest, et keeldumisega piiratakse tehnilist arengut tarbija kahjuks ELTL art 102 lg 2(b) tähenduses.

Lisaks „keeldumise objektiivse põhjendatuse“ kriteeriumi täiendusele, on „innovatsioonistiimulite kaalumise testi“ peetud ka erandlike asjaolude testi „uue toote kriteeriumi“ vajalikuks täpsustuseks²²⁹. Seda olukordades, kus sundlitsents võiks kahjustada olulise vahendi omaniku innovatsioonistiimuleid sedavõrd rängalt, et ta kaotaks igasuguse huvi innovatsiooni loomise vastu kui ta teaks ette, et tulemi sundlitsentsimine on vältimatu ning ta kaotaks oma investeringult loodetud tulu. Uue toote elujõulisust saab hinnata tagantjärele ning selle edu põhineb suures osas selleks kasutatud olulise vahendi innovaativsusel. Seega võib kitsalt „uue toote kriteeriumit“ oluliste vahendite doktriini rakendamisel arvestava lahendi mõjul, kahaneda tulevikus ettevõtete huvi investeerida innovatsiooni, mis hõlmab asendamatu, s.o. sundlitsentsimisele kuuluvat intellektuaalomandit. Selle vältimiseks tuleks hinnata *ex ante* sekkumise mõju olulise vahendi omaniku innovatsioonistiimulitele ning loobuda sundlitsentside määramisest juhtudel, mil sellel oleksid pöördumatud tagajärjed kogu vastava tööstussektori innovatsioonile²³⁰.

Konkreetsete kaasuste lahendamisel ei pruugi lahendi laiema mõju hindamine olla lihtne, kuid A.Bouchagiar on pakkunud selleks välja järgmise lahenduse: „...*Mõju konkreetsele tööstussektorile võiks hinnata üldiste faktorite alusel: konkreetse tööstussektori äritavad,*

²²⁸ *Bronner, Op cit*, p 52, p 62.

²²⁹ A.Bouchagiar, *Op cit*, p 57, p 365.

²³⁰ C.Reimann. Essential Function vs Essential Facility: Defining the Amount of R&D Protection in High-Tech Industries after IMS and Microsoft“. Competition Law Review, 2004, 1, 2, p 64.

*asjaomase kaubaturu struktuur ning põhjuslik seos olulisele vahendile tehtud investeeringu ning sellelt loodetud tulu vahel. Nimetatud asjaolusid tuleks siis hinnata kui innovatsioonistiimulite olemasolu või nende puudumist tõendavate indikaatoritena, mitte eeldustena.*²³¹

Innovatsioonistiimulite säilitamise tagamisel peaks samas Fisher²³² käsitlusele tuginedes, arvestama alljärgnevat:

1. Kuigi vaba konkurentsi peetakse parimaks abinõuks ressursside efektiivse ümberjaotamise tagamisel, võib innovatsioonistiimulite edendamiseks ning üldise heaolu suurendamiseks olla vahel abi konkurentsi ohvriks toomisest;
2. Innovatsioonistiimulite edendamise ulatus peaks jääma mõistlikule tasemele, mis tähendab, et mistahes tasemel innovatsioon ei saa õigustada konkurentsivastast käitumist. Näiteks ei tohiks eelistada monopolisti poolt loodavat innovatsiooni, mille kaudu ta oma turujõudu kasvatab, teiste turuosaliste innovatsioonistiimulitele;
3. Dünaamilistel turgudel, mille määratlemine ning millel ettevõtjate turujõu hindamine on keeruline, võivad kõik turuosalisel olla huvitatud investeerimisest ja innovatsioonist. Samas võib tugeva konkurentsi korral innovatsioon olla väiksem, sest ettevõtjatel ei pruugi leiduda vabu vahendeid teadus- ja arendustegevusse investeerimiseks;
4. Üldise heaolu vaatest võib innovatsioon olla ka liiga intensiivne ning viia kulukate teadus- ja arendustegevuse kulutuste dubleerimiseni. Selle vältimiseks tuleks jälgida, kas keegi turuosalistest on turgu valitsevas seisundis ja milline on selle mõju;
5. Vertikaalselt integreeritud turgude puhul tuleb hinnata mõlema turu innovatsioonistiimuleid: milline on olnud esmasel turul turgu valitsevat seisundit omava ettevõtja tegevuse mõju teisese turu innovatsioonile ja vastupidi;
6. Hinnang innovatsioonistiimulitele tuleb anda võimalikult pikka ajahorisonti silmas pidades;
7. Tarkvaratööstuses võib valitseva toote koostalitusvõime puudumise tõttu seiskuda kogu turu areng ning sellekohasest tegevusest võitev ettevõtja võib kõrvaldada turult ka innovatsiooni.

Eeltoodust tulenevalt võib ülikiirelt arenev tehnoloogia kaasa tuua ootamatuid muutusi turu arengus, muutes konkurentsi kaitseks kehtestatud abinõud üleliigseks, mittekohaseks või kulukaks. Seega sobiksid dünaamilistele turgudele pigem paindlikud käitumis põhised abinõud, mille kehtivus oleks piiratud konkreetse tähtajaga või mida oleks võimalik ümber vaadata või

²³¹ A. Bouchagiar, *Op cit*, p 57, p 367.

²³² D.Byrne. *Op cit*, p 60, p 11-12.

vajadusel asendada. Vahel võib olulisele vahendile juurdepääsu tagamise asemel olla tõhusa konkurentsi säilitamise eesmärki silmas pidades proportsionaalsem distsiplineeriva rahatrahvi määramine. Infrastruktuuri- ja võrkude opereerimisega seotud tööstusharudes on kohaseks abinõuks konkurentsi kahjustamise ärahoidmiseks peetud seni valdavalt olulisele vahendile juurdepääsu andmist samadel tingimustel, nagu ettevõtja seda oma grupi ettevõtjatele pakub²³³.

²³³ Nicolaidis. Effective Competition in Network Industries. *European Competition Law Review*, 2001, 9, p 390 and 393.

III DÜNAAMILISTE TURGUDE ERIPÄRAD

3.1 Staatiline ja dünaamiline konkurents

Kuivõrd tõhusa konkurentsi kaitse on ELTL art 102 rakendamise keskseks eesmärgiks, on sõltuvalt kaubaturgude eripäradest oluline tunda ka konkurentsi erinevaid avaldumisvorme. Traditsiooniliselt tuntakse konkurentsi staatilise protsessina, kus ettevõtjate vahelisel kestval võistlemisel on kohesed efektid – ennekõike suurem valik ja madalam hind. Tehnoloogia kiire areng ning kõrgtehnoloogiliste kaubaturgudel toimuvad pidevad muutused, on tinginud majandusteoorias ka uudse lähenemise konkurentsi olemusele ning selle säilitamise ja edendamise võimalustele. Niisiis on asunud vaatlema ka konkurentsi kui dünaamilist protsessi, mis loob uusi tooteid ja teenuseid pikemas perspektiivis ja läbi innovatsiooni, mitte üksnes staatilise konkurentsivõitluse tulemusel olemasolevate toodete/teenuste kaubaturgudel²³⁴.

Dünaamiline konkurents edendab samuti nii tootmist, uute kaupade ja teenuste lansseerimist kui tarbijate heaolu laiemalt, kuid selle stimuleerimiseks tuleb teha lühiajaliselt kompromisse hinnakonkurentsi arvelt. Nimelt peaksid ettevõtjad sellisel juhul suunama oma tulud ennekõike innovatsiooni loomisse ning loobuma olemasolevate kaupade/teenuste allahindluste kaudu oma konkurentsivõime parandamisest, kuivõrd see võib mõjuda innovatsioonile pärssivalt, ennekõike lükata edasi uute kaupade ja kaubaturgude väljaarendamist²³⁵. Kui staatilisel konkurentsil põhineva konkurentsipoliitika eesmärk on ära hoida olemasolevate kaubaturgude kandevõime langus, mida põhjustavad ennekõike monopolid, keskendub dünaamiline konkurentsipoliitika niisiis ennekõike uute toodete ja turgude tekkimisele, mille järgi on potentsiaalne tarbijate nõudlus, samuti innovatsioonist tekkivale efektiivsusele kui tarbija heaolu saavutamise vahendile. Seega on sarnaselt staatilise lähenemisega ka dünaamilise konkurentsi põhifookus tarbijal, kuid rohkem tulevikku vaatavalt ning erinevalt staatilisest lähenemisest aktsepteerib see ettevõtjate käitumismudeleid, mis kohest konkurentsiefekti (hinnad) ei anna, kuid mis edendavad uute turgude (vähemalt järelturgude) teket. Alles seejärel tuleksid vaatluse alla monopolide klassikalised ohud²³⁶. Samas on dünaamilist lähenemise omaksvõtmine praktikas visa juurduma

²³⁴ J.G.Sidak. D.Teece. Dynamic Competition in Antitrust Law. Journal of Competition Law and Economics, Oxford University Press, 2009, 1, p 21.

²³⁵ Samas, p 22.

²³⁶ Samas, p 22.

kuivõrd ka valdav osa majandusteadlastest on sõltumata kaubaturgude eripäradest, endiselt keskendunud staatilist konkurentsi toetava majandusliku kasu paradigmale ning kuivõrd konkurentsijuhtumite uurimisel toetatakse palju majanduslikele analüüsidele, mis on samuti oma olemuselt staatilised, on keeruline edendada dünaamilise lähenemise omaksvõtmist ka kohtunike, regulaatorite ning seadusandja poolt. Majandusteadlased küll reeglina tunnustavad innovatsiooni tähtsust, kuid üldjuhul kasutavad oma analüüsis lähenemist, mis tegelikult eirab seda või on selle lähemaks uurimiseks sobimatu, genereerides ühtlasi konkurentsipoliitilisi ettekirjutusi, millel on destruktiivne mõju efektiivsusele ja seeläbi ka tarbijate heaolule²³⁷.

Eeltoodust tulenevalt konkurentsirikkumiste mõjupõhiste analüüsimetoodikatele üleminekul innovatsiooni määravaid tegureid ning konkreetsete konkurentsivastaste tegevuste mõju innovatsioonile sügavamalt uurida. Tehnoloogia arengu toetamine ja edendamine on võimalik vaid dünaamilise konkurentsipoliitika kaudu, samas on Euroopa Liidus seni konkurentsirikkumiste uurimisel takerdunud asjaomase kaubaturu määratlemise ja selle struktuuri nõrkuste analüüsimisse, jättes tähelepanuta muud tegureid, nagu näiteks konkreetse konkurentsivastase tegevuse keelu (sh oluliste vahendite doktriini rakendamise) mõju kaubaturu teistele ettevõtjatele ning kaubaturgu mõjutavate tehnoloogiliste muutuste määra ja kiirust.

Kahjuks on innovatsioon staatilise mikroökoonoomilise lähenemise puhul parimal juhul järeilmõte, mis teeb majandusliku analüüsi keerulisemaks, vähendades majandusteooria tavapärase tööriistade (majanduslik kasu) väärtust ning tuues esile välistegurite uurimise vajaduse, sobivuse ning üldise heaolu küsimused²³⁸. Vajadust teatud kaubaturgudel dünaamilisele konkurentsipoliitikale üleminekuks on tunnustanud muuhulgas ka USA's, kus konkurentsi regulaator pani hiljuti avalikule arutelule küsimuse, kas Ühinemiste soovitus tuleks üle vaadata turu määratlemise osas, arvestades dünaamilisi turge ning vahepealset olulist muutust tehnoloogilises arengus²³⁹.

Staatilise konkurentsipoliitika peegelduseks on majandusmudel, kus on palju olemasoleva, muutumatu sortimendi ja odava hinnatasemega toodete pakkujaid. Kui ettevõtjad ei loo enam

²³⁷ A.Bouchagiar. *Op cit*, p 57, p 373.

²³⁸ J.G.Sidak. D.Teece. *Op cit*, p 234, p 23.

²³⁹ Federal Trade Communication and U.S. Department of Justice, Horizontal Merger Guidelines: Questions for Public Comment (Sept. 22, 2009). Available at: <http://www.ftc.gov/bc/workshops/hmg-questions.pdf>, December 13, 2009.

uusi tooteid, püsib klientide nõudlus samal tasemel ja ettevõtja kasumimarginaal jääb õhukeseks. Innovatsioonita kasutaksid kõik ettevõtjad samu tehnoloogiaid ning ärimudeleid ning kaubaturud oleksid mugavas, kuid ükskõikses tasakaalus. Hinnatasemed tuleksid alla vaid pikaajaliste püsikulude arvelt ning jääksid sellelt tasemelt n-ö puhkeasendisse. Ettevõtjad teeniksid selliselt vaid kapitalikuludelt ning kataksid selle arvelt püsikulud, mistõttu tarbijad jääksid ilma uutest toodetest ning seeläbi olemasolevate toodete hinnaalandustest²⁴⁰. Kuigi staatilisel konkurentsipoliitikal on ka oma tugevad küljed, alahindab see selgelt kõrgtehnoloogiliste turgude dünaamilisust. Ilma innovatsioonita on takistatud ka turule sisenemine kuivõrd kui olemasolevad turuosalisel suudavad nõudlust rahuldada, pole uusi tulijaid vaja.

Dünaamilist konkurentsi juhib valdavalt innovatsioon, kuid siiski mitte ainsana. Juba dünaamika iseenesest evib endas erinevaid konkureerivaid kategooriaid nagu mitmekesisus või kiire kohanemisvõime, olgu selle põhjuseks siis innovatsioon, uue kaubaturu lisandumisega kaasnevate võimaluste avardumine, muutunud eelistused või tasakaalutuse muud avaldumisvormid. Seega on ka dünaamiline konkurentsipoliitika majanduse elavdamise kontekstis lähedasem tänasele situatsioonile, kus tehnoloogia areng on toimunud ja jätkub meeletu kiirusega²⁴¹. Mitmeid kordi on innovatsioonist juhitud konkurents modifitseerinud tööstussektorite toimimismehhanisme, mis on omakorda andnud nii hinna- kui muust konkurentsist lähtuvat kasu tarbijatele. Nii näiteks hävitas jahutusseadmete loomine jääpurustusseadmete sektori, aga tõi endaga kaasa ulatusliku kulude kokkuhoiu ja mugavuse tarbijatele. Aurulaevade kasutuselevõtt elavdas konkurentsi purjelaevade tootmises ning mõjutas muid meretranspordiga seotud kaubaturgude arenguid. Elektroonikatööstus hävitas omakorda mehaanilised masinad. Seega võib tööstussektorite kaupa tuua ajaloost positiivseid näiteid innovatsioonist juhitud n-ö dünaamilise konkurentsimumudeli edulugudest, varjutades majandusmudeleid, kus konkurents toimib, kuid innovatsioon puudub²⁴². Austria majandusteadlase ja Nobeli majanduspreemia laureaadi Friedrich A. Hayek'i²⁴³ arvamuse kohaselt on tootjate jaoks äärmiselt oluline ära aimata või välja selgitada tarbijate soovid, vajadused ja eelistused ning konkurents on parim vahend selle saavutamiseks.

²⁴⁰ J.G.Sidak. D.Teece. *Op cit*, p 234, p 25.

²⁴¹ Samas, p 26.

²⁴² Samas, p 27.

²⁴³ Y.Katsoulacos. D.Ulph. An Optimal Legal Standards for Competition Policy: a General Analysis, and Welfare Implications. 2008. Available at: <http://www.cresse.info/default.aspx?articleID=12578&heading=Publications%20&20News>, December 13, 2009.

Dünaamilise konkurentsi puhul panustavad nii uued tulijad kui olemasolevad turuosalised uue toote või protsessi arengusse või teevad muid vajalikke ümberkorraldusi muutuste õnnestumiseks ning paljudel juhtudel järgneb uue toote lansseerimisele järsk hinnalangus varasemate toodete segmendis. Innovatsioon põhineb investeringutel uurimis- ja arendustegevusse ning varasemate tehnoloogiate edasiarendustel ja/või kombinatsioonidel. Ettevõtjad jätkuvalt investeerivad toote innovatsiooni, kus aeg-ajalt kerkib esile domineerivamaid tootemudeleid ning kui muidu innovatsioon soodustab uute tegijate tulekut, siis just aeg-ajalt esilekerkivad hittkaubad korrastavad ka asjaomast kaubaturgu²⁴⁴. Seega on dünaamilise konkurentsi puhul innovatsioon ja konkurents üksteisega tihedalt seotud.

Konkurentsiprotsessis on ettevõtjad ise ja nende juhid olulisimad tegijad ning halastamatu konkurentsivõitlus välistab stagnatsiooni. Samas sõltub innovatsiooni säilitamine ja edendamine ettevõtjate, institutsionaalsete struktuuride ning avaliku sektori suhtumisest ja toetusest innovatsiooni. Tehnoloogia innovatsioon sünnib erinevate tehnoloogiate poolt loodust. Üldjuhul on päris uued tulijad toonud tehnoloogiasektorisse kõige radikaalsemad uuendused; ka olemasolevad turuosalised on olnud teatud juhtudel teerajajateks, kuid isegi kui nad ei loo innovatsiooni, on nad võimelised imiteerima või edasi arendama uute tulijate tooteid²⁴⁵. Nimetatud vastureaktsioon eeldab aga üldjuhul teatavad kohandumisprotsessi, ega toimu koheselt, nagu mistahes muutused, mis nõuavad aega. Seega innovatsioon juhib konkurentsi ja konkurents vastukaaluks innovatsiooni. Praktikas on lausa tõendeid selle kohta, et järjekordsele tehnoloogilisele läbimurdele eelneb tavaliselt uue tulija sisenemine kaubaturule, et sinna edukalt jääda. Olemasolevad turuosalised peavad aga tundma õppima uue toote nõrkusi ning toote pikaajalisemat edu silmas pidades, seda edasi arendama²⁴⁶.

On ka teisi innovatsiooni säilitamise mudeleid, kuid enamik neist toetub majanduse evolutsioonilise muutuse või ettevõtja käitumisel põhinevale teooriale. Viimase sisuks on see, et ettevõtja sisemine struktuur ja sisemised protsessid nagu teadmiste täiustamine, strateegia valik ning ümberkohandamisvõime mõjutavad oluliselt ettevõtja edukust. Uudsus sünnib üldjuhul muutusest olemasolevate vahendite ja struktuuri kombineerimisel e. konkurentsivõimelised on

²⁴⁴ J.G.Sidak. D.Teece. *Op cit*, p 234, p 28.

²⁴⁵ Y.Katsoulacos. D.Ulph. *Op cit*, p 243, p 25.

²⁴⁶ Klepper.S. Grady.E. The Evolution of New Industries and the Determinants of Market Structure. The RAND Journal of Economics, 1990, 27, p 21.

need ettevõtjad, kes suudavad kohanduda muutuvate oludega, muutes vastavalt oma strateegiat ning struktuuri²⁴⁷. Kuna suurte äriettevõtete juhtimine toimib läbi keeruliste rutiinide, on nende juhtidel vahel päris keeruline kindlaks teha, mis konkreetsetel teeb antud ettevõttest eriliselt eduka. Näitena võib siin tuua USA autotootjad, kel võttis paarkümmend aastat selleks, et kindlaks teha, miks Jaapani autotootjatel õnnestus neilt 80ndatel jõudsalt turuosa võita kuivõrd majanduslikud ratsionaalsed näitajad: kapitalikulu, eksporditingimused, tehnoloogiaeelised, rääkisid USA kasuks. Selleks olid efektiivsem töökorraldus ja teistsugune juhtimismudel ning hetkeks, mil ka USA autotööstus kohandas need tulemuslikult Jaapani mudeli sarnasteks, oli juba hilja: 2008.aastal alanud majanduskriis viis muutustest hoolimata General Motors'i ja Chrysler'i pankrotti²⁴⁸. See aga näitas selgelt, et ettevõtjad ei olnud läbi mõelnud n-ö läbimurde strateegiat raskemate aegade tarbeks, vältimaks n-ö väljasuremist.

Viimane majanduskriis on pannud proovile ka riikide võimekuse oma strateegiliste tööstusharude turgutamisel. Nii reageeris USA operatiivselt nii rahalise abi kui karmistunud regulatsioonide kaudu oma autotööstuse ja pangandussektori päästmiseks nende täielikust kokkuvarisemisest, millel võib küll ülemaailmse konkurentsi vaatenurgast olla turgesulgev või muu konkurentsivastane mõju, kuid vastavate tööstussektorite jätkusuutlikkuse ning edasise innovatsiooni aspektist, olid need sammud kindlasti õigustatud²⁴⁹. Samas ei suuda valitsuste sekkumine peatada majanduse ja tehnoloogia arengut ning nende poolt rakendatud meetmete toime saab olla vaid lühiajaline.

Majanduse evolutsiooniteooria ning ettevõtja käitumisteooria on eraldiseisvad, kuid seotud doktriinid. Teadmised spetsiifilistest tehnoloogiatest määravad ära, kuidas need täiustuvad. Tehnoloogiaid arendatakse suhteliselt reeglipärasel moel, spetsiifilisi tehnilisi vahendeid ja uurimismeetodeid kasutades, seega ettevõtjate mitmekesisus on peamine ja alaline tegur, mis tehnoloogilist innovatsiooni stimuleerib²⁵⁰. Ettevõtjad erinevad nii tehnoloogiliste võimaluste, teiste ettevõtjate poolt loodud tehnoloogiate sidumise võimekuse kui kulustruktuuride poolest, samuti sisemiste protseduuride ja strateegiliste käitumismudelite poolest. Turukontsentratsioon koondab endas kahte vastuolulist jõudu: (i) selekteeriv mehhanism, mis kaldub suurendama

²⁴⁷ D.J.Teece. Explicating Dynamic Capabilities: The Nature and Microfoundations of Sustainable Enterprise Performance. *Strategic Management Journal*, 2007, 28, p 1319.

²⁴⁸ A. Bouchagiar, *Op cit*, p 57, p 335.

²⁴⁹ Y.Katsoulacos. D.Ulph. *Op cit*, p 243, p 27.

²⁵⁰ J.G.Sidak. D.Teece. *Op cit*, p 234, p 36.

innovatiivsete ettevõtjate positsiooni ja (ii) õppimise ja imiteerimise mehhanism, mis levitavad innovatsiooni või loovad uusi teadmised olemasoleva teabe põhjal. Seega võime arendada uut või imiteerida teisi on ettevõttespetsiifilised valikud ja sõltuvad tema olemasolevast innovatsioonipagasist. Vahel on edu taga ka pime õnn, kuid üldjuhul on edukamad need ettevõtjad, kes on valmistunud innovatsiooni looma²⁵¹. Konkurendi toodete jäljendamise lihtsus sõltub kehtivast intellektuaalomandiõiguse režiimist ning asjakohase intellektuaalomandi liigi olemusest. Tööstuslikud, tehnoloogilised ja institutsionaalsed tegurid mõjutavad üksteist vastastikku ning ka ettevõtte konkurentsivõime ja tööstussektori tugevus on suuresti nende kolmega seotud.

Innovatsiooni kaitse eesmärki silmas pidades vaieldav, kas konkurents võidab igal juhul turuosaliste paljususest. Iga tehnoloogiline uuendus mõjutab turu struktuuri ning ettevõtja innovatiivsuse määra ja suund ei sõltu turu struktuurist, vaid ettevõtja sisemisest kompetentsist. Penrose²⁵² on seisukohal, et ettevõtte turujõudu ei tohiks hinnata mitte tema poolt antud ajahetkel pakutavate toodete, vaid tema ressursside (potentsiaalsete võimaluste) pinnalt. Tema käsitluse kohaselt põhineb ettevõtja toodete edukus sisemiste ressursside oskuslikul juhtimisel ning tema konkurentsivõime tagatiseks on niisiis oskuslik juhtimismudel, mitte turuosa, tehnoloogiliste läbimurrete tagasilöögid vms. Juhul kui turu valik tehakse selle põhjal, kui hästi turg toimib, siis efektiivsemad turud kalduvad alla andma ning evolutsioonilistes keskkondades on elujõulisemad pigem kontsentreerunud turustruktuurid²⁵³. Mikroökonomikal põhinevad tõendid innovatsioonist kinnitavad, et läbiuurimata tehnoloogilised võimalused tõepoolest püsivalt eksisteerivad ning ettevõtjad uurivad tegelikult üksnes väikest osa sellest, mis realselt olemas on²⁵⁴. Seega peaks jätkuvalt olema võimalik teha uusi avastusi ja neid ka ellu viia ning konkurentsivõime instrumentid ei tohiks neid võimalusi ohustada ega karistada nende oskuslikku rakendamist.

Kokkuvõtteks võib eeltoodule tuginedes väita, et dünaamiliste turgude analüüsimisel võimaldab ettevõtja võimaluste/võimekuse teooria määratleda kaubaturge paindlikumalt, keskendudes

²⁵¹ J.G.Sidak. D.Teece. *Op cit*, p 234, p 37.

²⁵² E.Penrose. *The Theory of The Growth of the Firm*. 1959, p 149-150 (.Y.Katsoulacos. D.Ulph. *Op cit*, p 243, p 28).

²⁵³ G.Dosi. O.Marsili. L.Orsenigo. R.Salvatore. *Learning, Market Selection and Evolution of Industrial Structures*. *Small Business Economy*, 1995, 7, p 411.

²⁵⁴ J.G.Sidak. D.Teece. *Op cit*, p 234, p 30.

seejuures ka potentsiaalsele konkurentsile ja/või selle puudumisele. Seega ühest küljest ei sobiks neil turgudel konkurentsirikkumiste analüüsi aluseks väljakujunenud kohtupraktikal põhinevate ELTL art 102 lg 2(b) rakendamise formaalsete kriteeriumite mehaaniline kohaldamine. Samas võib innovatiivsete turgude analüüsi keskendumine üksnes ettevõtte teadus- ja arendustegevuse potentsiaalile jääda samuti ebapiisavaks. Autori hinnangul saaks taolisi probleeme tulemuslikult lahendada oluliste vahendite doktriini rakendamise kaudu, kus erandlike asjaolude testi „konkurentsi kõrvaldamise“ kriteerium tuleks sisustada dünaamiliste turgude eripäradest ning konkreetse ettevõtja sisemistest ressurssidest lähtuvalt. Seejuures tuleb kaaluda ajutiselt konkurentsi kahjustava tegevuse negatiivset mõju võrreldes selle kaudu saavutatava positiivse efektiga innovatsioonile.

3.2 Turujõu ülekandmise viisid

Kuivõrd oluliste vahendite doktriini rakendamise eesmärgiks on, intellektuaalomandiõiguste teostamise piirangute kaudu, stimuleerida olulist vahendit sisendina kasutatavate järelturgude teket ning edendada neil konkurentsi, uurin järgnevalt turujõu ülekandmise erinevaid võimalusi ning eripärasid. Samuti selgitan põgusalt uute/tekkivate kaubaturgude teoreetilisi käsitlusi. Erialakirjandusele toetudes, eristatakse turujõu ülekandmise traditsioonilist vormi, dünaamilist vormi ning sabotaaži, mille olemust üritan järgnevalt lühidalt avada.

(i) Traditsiooniline turujõu ülekandmine

Traditsioonilise lähenemise kohaselt on esmasel turul olulist turujõudu omava ettevõtja motiiviks järelturule (üldjuhul vertikaalselt allpool asetsevale turule) sisenemisel puhtalt oma tulu suurendamine. Traditsioonilist lähenemist on kritiseerinud nn Chicago kool(kond),²⁵⁵ kelle hinnangul peaks esmasel turul olulist turujõudu omav ettevõtja omama ennekõike võimet piirata konkurentsi esmasel, mitte järelturul. Nende hinnangul ei saa vertikaalne integreerumine allpoolasetsevatele turgudele esmase turu monopoli poolt olla kasumlik, kuivõrd monopoolset kõrge marginaaliga tasu teenib ta üksnes esmasel turul allapoole sisendit pakkudes. Samuti ei tohiks nende hinnangul olla allpoolasetsevatele turgudele sisendit pakkuva monopolisti huvides tõrjuda sellelt välja oma esmase turu kliendid. Niisiis leiavad nad, et järelturgudele sisenemine

²⁵⁵ R.Posner, R. Antitrust Law. University of Chicago Press, 1976 (*cit* P.Crocioni, *Op cit*, p 256, p 455).

saaks esmasel turul olulist turujõudu omava ettevõtja poolt teenida vaid efektiivsuse, mitte konkurentsi kahjustamise eesmärgi. Teatud juhtudel võib toimuda turujõu ülekandmine ka järelturult esmasele turule nt lõpptoote müügimahtude korrigeerimise kaudu, seda eriti juhul, kui järelturu tegevus on seotud ainuõiguste nt intellektuaalomandi litsentsi kasutamisega.

(ii) Dünaamiline turujõu ülekandmine

Dünaamilise lähenemise kohaselt on turujõu ülekandmise ainsaks eesmärgiks oma positsiooni kindlustamine esmasel turul ning seda tugevate konkurentide elimineerimise kaudu järelturgudel, kes võiksid hiljem esmasele turule siseneda või oma tegevust vastavalt vertikaalselt ülespoole integreerida²⁵⁶. Kuna dünaamilise turujõu ülekandmise tagajärjed võivad ilmnedas alles pikema ajaperioodi jooksul, ei omistata siin nii suurt tähendust ettevõtja võimele järelturul kasumit teenida ja konkurente/tarbijaid kahjustada, vaid hinnatakse üksnes vastava tegevuse mõju esmasel turul olulist turujõudu omava ettevõtja tuludele pikas perspektiivis. Seega konkurentsi kahjustav tegevus ei pruugi ettevõtjale antud käsitluse kohaselt järelturul koheselt tulus olla, kuid võib anda soovitud efekti pikemas perspektiivis esmasel turul, kus ta olulist turujõudu omab.

Oluliste vahendite doktriini rakendamisel on väljakujunenud kohtupraktikale tuginedes hinnatud turujõu ülekandmise mõju üldjuhul lühikeses perspektiivis ning vaid järelturul, kuhu turujõudu üle kantakse. Seega toetub doktriin traditsioonilisele mudelile, kus konkurentsi kahjustavad tagajärjed avalduvad samuti üksnes vastaval järelturul, dünaamilise mudeli puhul aga esmalt järelturul ja seejärel esmasel turul. Kuigi tundub, et dünaamilise mudeli realiseerumine tundub veenvam, esineb neid kaasi tõenäoliselt siiski üliharva, sest monopolid on üldjuhul keskendunud kasumi teenimisele esmasel turul ega otsi võimalusi selle ülekandmiseks teistele turgudele. Ainus teadaolev kaasu, mis illustreerib sobivalt dünaamilise mudeli realiseerumist on Microsofti kohtuasi nii USA's kui Euroopa Ühenduses. USA's heideti Microsofti'le ette konkurentsivastast tegevust seonduvalt konkurentsi kõrvaldamisega internetibrauserite turul, eesmärgiga piirata Java tehnoloogial põhineva ristplatvormi kättesaadavust ning kaitsta oma olemasolevat valitsevat turujõudu personaalarvutite operatsioonisüsteemide turul²⁵⁷. Microsoft ilmselt tunnetas, et tema positsiooni personaalarvutite operatsioonisüsteemide turul võidakse õõnestada juhul kui ta ei suuda pakkuda Netscape'i kõrvale konkurentsivõimelist veebibrauserit

²⁵⁶ P.Crocioni. Leveraging of Market Power in Emerging Markets: A Review of Cases, Literature and Suggested Framework. *Journal of Competition Law & Economics*, 2006, Vol 4, issue 2, p 456.

²⁵⁷ *Massachusetts vs Microsoft Corp.* 373 F.3d 1199 (D.C.Cir. 2004).

ning osava müügistrateegiaga tagas ta selle läbimüügi edu, kuid konkurentsi kahjustavate võtetega (veebibrauseri sidumine oma personaalarvuti operatsioonisüsteemiga, andes selle tasuta kaasa).

Euroopa Komisjon heitis Microsoftile mäletatavasti ette PC operatsioonisüsteemide turul nauditud olulise turujõu ülekandmist PC töөрühmaserverite turule, kuivõrd ta keeldus andmast konkurentidele teavet, mis oli vajalik konkurendi töөрühmaserverite ühildumiseks kliendi personaalarvutite ja serveriga, mis kasutab Windows 2000 operatsioonisüsteemi. Komisjon leidis siin, et turujõu ülekandmise eesmärgiks oli konkurente välistava tegevuse kaudu järelturul kindlustada oma positsioon esmasel turul²⁵⁸. Seega mõjutas Microsofti tegevus konkurentsi nii esmasel kui järelturul.

(iii) Sabotaaž

Sabotaaži näol tegemist olemuslikult traditsioonilise turujõu ülekandmise mudeli erivormiga, kus olulist turujõudu omavalt ettevõtjal on esmasel turul *ex ante* valdkonnapõhise regulatsiooniga pandud kohustuste (nt hindade kulupõhisus) tõttu motivatsioon kaotatud tulud tagasi teenida oma turujõu ülekandmise kaudu järelturgudelt²⁵⁹. Selleks võib ta kasutada vertikaalselt allpoolasetsevate turgude konkurentide suhtes nii hinnadiskrimineerimist kui muid konkurentsivastaseid tegevusi. *Ex ante* regulatsiooniga elektroonilise side sektoris on püütud taolisi olukordi vältida mittediskrimineerimiskohustuste kehtestamise kaudu²⁶⁰. Nii telekomi kui muude valdkonnapõhiselt reguleeritavate tööstussektorite puhul on vertikaalselt integreeritud ettevõtjate poolse diskrimineerimise välistamiseks äärmusliku abinõuna kasutusel ka ettevõtja strukturealne või funktsionaalne eraldamine, kuid ka sellel on oma negatiivsed mõjud kuivõrd see raskendaks ettevõtja investeeringute koordineerimist uutesse tehnoloogiatesse ja pärsiks seeläbi ka innovatsiooni.

Nagu eelnevalt²⁶¹ selgitatud, on oluliste vahendite doktriini esemeks olulise turujõu kuritarvitused, kus olulise vahendi omanik tegeleb konkurentsivastase tegevusega eesmärgiga

258 P.Crocioni, *Op cit*, p 256, p 463.

259 Samas, p 465-466.

260 Nii tuvastas Itaalia konkurentsiregulaator AGCM järelevalvemenetluses, et Itaalia Telekom pakkus oma korporatiivklientidele osutatud teenusele eritingimusi, mida erinevalt konkurentidest võimaldas tema vertikaalne integreerituse tõttu juurdepääs hulgitasandi sisendile ning mida teenuse kvaliteedistandardis kirjeldatud ei olnud. AGCM's Resolution No A 351 of November 16, 2004. Available at: http://www.agcm.it/AGCM_ITA/DSAP_287.NSF/0/135ef170a5e29abc1256f9e0059dcd7, January 10, 2010.

²⁶¹ *Supra*, p 2.1.1.4.

laiendada oma turujõudu ka vahendiga seotud kaubaturgudele. Ettevõtja motiiviks peaks seejuures olema niisiis, kas haarata järelturg ja teenida sellel enda tarbeks täiendavat kasumit (traditsiooniline turujõu ülekandmine) või hoida turule sisenemise läbi ära potentsiaalsete konkurentide sisenemine esmasele turule, kes võiksid hiljem tema valitsevat seisundit ohustada (dünaamiline turujõu ülekandmine)²⁶². Samas on kritiseeritud oluliste vahendite doktriini kontseptsiooni just „sanktsioneeritava“ kuritarvituse sisustamise tõttu turujõu ülekandmise kui liigselt laialivalguva määratluse kaudu²⁶³ ning tõstatatud seeläbi lausa küsimus doktriini sobivusest ELTL art 102 lg 2(b) rakendamise õigustamiseks. Oluliste vahendite doktriini kaalutletud rakendamiseks tuleks määratleda erinevates intellektuaalomandiõiguse režiimides püsivad ja selged „turujõu ülekandmise“ kriteeriumid, mis õigustaksid intellektuaalomandiõiguse ainuõiguse teostamist konkreetsete majandustegevuste või turgude lõikes.

Peale *Microsoft*'i lahendit on saanud omaette vaidlusküsimuseks ka tarnete katkestamine ja/või äristrateegia äkilise muutuse kvalifitseerimine turujõu ülekandmise ning seeläbi ELTL art 102 lg 2(b) rikkumisena. Seejuures pole väljakujunenud kohtupraktikale tuginedes üheselt selge, kas sanktsioneeritavaks loetakse ühtsetel alustel nii vanade, juhuslike kui uute klientide tarnete seiskamine või tarnetest keeldumine²⁶⁴. ELTL art 102 lg 2(b) kohaldamise eeldused peaksid olema siin autori hinnangul erinevad kiiresti arenevate kõrgtehnoloogiliste turgude puhul ning turgudel, mis on oma olemuselt stabiilsemad ning staatilisemad (nt toiduained). Seda seetõttu, et nagu eelnevalt viidatud²⁶⁵ võib lühiajaliselt konkurentsi kahjustav tegevus, seega ka muutus äristrateegias või kõrvalekalle tavapärastest äritavadest, omada konkurentsile ja tarbijate heaolule pikemas perspektiivis pigem kasulikku mõju ning olla vajalikuks etapiks innovatsiooni loomisel. Üldjuhul on olulist vahendit omaval ettevõtjal alati võimekus oma turujõudu järelturgudele üle kanda, kuid tal võib puududa selleks igasugune motivatsioon. Lisaks ei pruugi turujõu ülekandmise juhtumid tarbijatele ilmtingimata kahjulikult mõjuda. Nimetatud asjaolusid tuleks niisiis arvestada turujõu ülekandmise kui olulise turujõu kuritarvituse sisustamisel.

²⁶² P.Crocioni. *Op cit*, p 256, p 449.

²⁶³ Samas, p 453.

²⁶⁴ Komisjoni suunised, *Op cit*, p 123, p 83 ja 89.

²⁶⁵ *Supra*, p 3.1.

Uued/tekkivad turud (*emerging markets* ingl.k.) on samuti üheselt määratlemata õigusmõiste, mis võib erinevas kontekstis omada erisugust tähendust²⁶⁶. Üldiselt on tegemist seni tundmatute või piiritlemata turgudega, kus ebaselgusest tingituna tuleks olla ettevaatlik sekkumise põhjendatuse üle otsustamisel. Samuti on käsitletud neid turgudena, mille järele tarbijate nõudluse püsimine või suurenemine ei ole teada või on äärmiselt ebaselge, kuid mis iseenesest ei pruugi olla täiesti uued turud. Warwick'i Ärikooli aspirandi P.Crocioni²⁶⁷ käsitlusele tuginedes, eristatakse kahesuguseid tekkivaid turge:

(i) tugeva võrguefektiga turud, kus teenuse väärtuse tõus on seotud selle kasutajate arvu tõusuga. Sellistel turgudel turgu valitsevas seisundis oleval ettevõtjal on konkurentsivastase tegevuse kaudu võimalik järelturul konkurents kõrvaldada või seda oluliselt piirata (nt soodustuste tegemise kaudu oma esmase turu klientidele). Seega on siin sekkumise õigeaegsus äärmiselt oluline. Sarnase mõjuga on ka turud, kus ettevõtjate tegevuse ümberkohandamise kulud on kõrged.

(ii) turud, kus innovatsioon ja investeringud on äärmiselt olulised ning tarbijad panevad suuremat rõhku uue või parema kvaliteediga teenuse saamisele kui selle hinnale. Seega luuakse tarbija jaoks nendel turgudel heaolu ettevõtjate innovatsioonistiimulite ning investeerimisvõime säilitamise kaudu. Samas ei avaldu positiivne efekt tarbijale siin kohe, vaid pikemaajalise perioodi jooksul. Seega taolistel turgudel turujõu ülekandmise juhtumite puhul võib jõuline sekkumine regulaatorite puhul parimal juhul muuta, kahjustada või vähendada, halvimal juhul kaotada ettevõtja innovatsioonistiimulid ning enneaegse või põhjendamatu sekkumise hind võib olla rängem kui teistel turgudel.

Samas on Euroopa Komisjon *Wanadoo*²⁶⁸ lahendis leidnud, et asjaolu, et tegemist on alles väljakujunemise järgus oleva turuga, ei tähenda seda, et sellel Euroopa konkurentsireeglid ei kehtiks kuivõrd vastasel juhul oleks takistatud kuritarvituste õigeaegne tuvastamine ja neile reageerimine konkurentsiasutuste poolt. Autori hinnangul näitab see selgelt, et Komisjoni ametnikud ei ole osanud või soovinud arvestada konkurentsireeglite sh oluliste vahendite doktriini rakendamisel dünaamiliste kaubaturgude eripäradega ega analüüsi ka turujõu

²⁶⁶ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 07.03.2002.a. direktiivis 2002/21/EÜ elektrooniliste sidevõrkude ja –teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta, preambula p 27 kohaselt on loetud uuteks, tekkivaks turgudeks kaubaturge, kus turuliidril on tegelikult tõenäoliselt oluline turuosa, kuid kus talle ei tohiks kehtestada põhjendamatu kohustusi. Raamdirektiiv, *Op cit*, p 96.

²⁶⁷ P.Crocioni, *Op cit*, p 256, p 458.

²⁶⁸ Wanadoo Interactive (COMP/38.233) 16.07.2003.a. Available at: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/38233/en.pdf>.

ülekanndmise erinevaid vorme, mis aitaksid hinnata konkreetsete konkurentsirikkumiste mõju tõhusa konkurentsi säilitamisele pikemas perspektiivis. Ennekõike niisiis turu isekorrastumise võimet ning lühiajalise konkurentsikahjustuse kaudu tekkivat oluliselt suuremat positiivset efekti tõhusale konkurentstile. Kahjuks ei ole nimetatud probleemi suutnud lahendada ka EÜ art 82 reform.²⁶⁹

Eeltoodust tulenevalt on autori hinnangul võtmeküsimuseks turujõu ülekanndmise kui olulise turujõu kuritarvituse analüüsil mitte ettevõtja võimekus ja võimalused, vaid ennekõike motiiv oma turujõudu järelturgudele üle kanda. Turujõu ülekanndmine võib seisneda erinevates konkurentsivastastes tegevustes, mida ettevõtja oma turupositsiooni säilitamiseks või suurendamiseks kasutab. Samas isegi kui ettevõtjal on taoline võimekus ja initsiatiiv, ei pruugi sellel isenesest olla konkurentsivastast mõju (nt vertikaalne integreerumine ja seeläbi kulude vähenemine või siis lühiajaline konkurentsi kahjustamine innovatsiooni loomisest tekkiva positiivse efekti põhjendusel). Autori hinnangul oleks oluliste vahendite doktriini rakendamine õigustatud dünaamilistel turgudel vaid siis kui olulist vahendit omava ettevõtja motiiv on sulgeda või reserveerida endale järelturg, ilma, et sel oleks innovatsiooni edendamise eesmärk. Seega ei pruugi ka järelturul olulise turujõu saavutamise eesmärk olla ilmtingimata taunitav, vaid kokkuvõttes üksnes selle tagajärjed asjaomase kaubaturu konkurentsivõimele pikemas perspektiivis²⁷⁰.

Kokkuvõtlikult võib öelda, et tõenäoliselt esineb traditsioonilist turujõu ülekanndmise mudelit rohkem kui dünaamilist, kuid viimane võib põhjustada suuremaid konkurentsi kahjustusi, eriti horisontaalselt seotud turgudel kuivõrd tegevuse konkurentsivastane mõju kandub nii esmasele turule, kus ettevõtja olulist turujõudu omab kui teisesele turule, kuhu ta seda üle kannab. Kuid kuivõrd *Microsoft*'i lahendi järgselt on oluliste vahendite doktriini rakendamisel tunnustatud kuritarvituseks ka viimast, võiks konkurentsinoormide mõjupõhise rakendamise käigus nende eristamist ja tagajärgi konkurentsirikkumiste analüüsi käigus kasutada.

²⁶⁹ J.T.Rosch. Reflections on the DG Competition Discussion Paper on Application of Article 82 to Exclusionary Abuses. Conference materials of the international competition law forum held on May 11, 2006.a. in St Gallen. Available at: <http://www.ftc.gov/speeches/rosch/060511RoschStGallenRemarks.pdf>, January 10, 2010.

²⁷⁰ F.Fisher. Innovation and Monopoly Leveraging, 1999, p 3. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id247514, January 10, 2010.

3.3 Võrguefektid (kõrvalmõjud)

Kõrgtehnoloogiliste dünaamiliste kaubaturgude puhul võib ettevõtja poolt pakutava toote/teenuse nõudlust tarbijate seas suurendada ka ettevõtjast täielikult mittesõltuvad asjaolud. Ilmekas näide sellest on Microsofti Windowsi personaalarvuti operatsioonisüsteem, mida kasutab täna üle 90% asjaomasest ülemaailmsest turust ning vastava toote edukus ei põhine mitte üksnes toote geniaalsel tehnilisel lahendusel või suurepärasel turundusel, vaid ka kõrvalistel võrguefektidel. Võrguefektid võivad olla nii otsesed kui kaudsed ning seisnevad toote väärtuse suurenemises klientide jaoks sõltuvalt sellest kui palju on sellel kasutajaid. Lisaks iseloomustavad võrguefekti üldjuhul kõrged ümberlülitumise kulud (toote/teenusepakkuja vahetamine)²⁷¹. Üldjuhul esinevad võrguefektid kahepoolsetel turgudel lõpptarbijate vahelist suhtlemist võimaldavaid vahendeid kasutatavatel turgudel, nt sideteenused, samuti tarkvaraprogrammide ja rakenduste kaudu: kui tarbija poolt kasutatav tarkvara ei ühildu dokumentide vahetamiseks teiste sarnaste tarkvaradega, väheneb tarbijate jaoks selle väärtus. Kaudsed võrguefektid ilmnevad näiteks seeläbi kui kasvab võrgu kaudu pakutavate lisateenuste ja rakenduste hulk, mis seovad kliente vastava võrguga ning kasvavad omakorda selle väärtust. Samas ei mõjuta asjaolu, et teatud teenusplatvormil on palju kasutajaid otseselt teenuse väärtust iga konkreetse kliendi jaoks, kuid on atraktiivne erinevatele sisuteenuste ja reklaami pakkujatele, kes jõuavad selliselt potentsiaalsete klientideni, luues pakutava sisu kaudu omakorda väärtust klientidele.

Võrguefekti on vahel nimetatud ka mastaabisäästuks nõudluse poolel, mis tähendab, et võrguefekti olemasolul on efektiivsem omada ühte pakkujat²⁷². Samas ei ole võrguefekti tõttu turuliidri positsiooni saavutamine võrreldav ausa konkurentsi kaudu kättevõideldud positsiooniga, vaid pigem soodustab see turujõu ülekandmist ka järelturgudele. Tarbijad võivad väärtustada enam toodet, mida laialdaselt kasutatakse, kuid samal ajal võivad neil olla konkreetsed eelistused konkreetse toote liigi osas. Samas ei pruugi võrguefektiga tooted konkurentsi asjaomaselt kaubaturult või selle järelturgudelt siiski kõrvaldada kuivõrd praktika näitab, et kõrgelt eristuvate toodete pakkujad võivad olla täiesti konkurentsivõimelised sõltumata teiste pakkujate ja võrguefekti olemasolust. Näitena võib siin tuua Apple arvutid ja McIntosh'i operatsioonisüsteemi, mis konkureerib edukalt Microsoft Windows'ga hoolimata viimasele

271 J.Farrel, P.Klemperer. Coordination and Lock-in: Competition with Switching Costs and Network Effects. 2006. Available at: <http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=iber/cpc>, January 10, 2010.

272 P.Crocioni, *Op cit*, p 256, p 486.

kuuluvast suurest turuosast ja seeläbi saavutatud võrguefektist. *Microsoft* i kaasuses USA 's leidis tõendamist aga ka vastupidine efekt: nimelt tõestas Microsofti toote võrguefekt mõju Netscape'i turupositsioonile, sest koheselt kui selgus, et Microsofti tegevus vähendas Netscape'i turuosa, vähenes tarkvaraarendajate motivatsioon investeerida arendusprogrammidesse, mis töötaksid Netscape's²⁷³.

3.4 Dünaamiliste turgude eripärade mõju oluliste vahendite doktriini rakendamisele

Nagu eelnevalt²⁷⁴ ELTL art 102 rakendamise eelduste juures märkisin, loetakse oluliste vahendite doktriini kontekstis olulise turujõu kuritarvitamiseks tarnetest keeldumist ja/või olulisele vahendile juurdepääsu andmisest keeldumist eesmärgiga kõrvaldada konkurents olulise vahendiga seotud järelturgudel. Esmasel turul monopoolses seisundis ettevõtja poolt vastavale sisendile juurdepääsu andmisest keeldumise kaudu toimub niisiis turujõu ülekandmine vertikaalselt allpoolasetsevatele turgudele, kus konkurents eeldatavalt toimib. Samas ei pruugi lõppturgude monopoliseerimine omada alati *per se* konkurentsivastast mõju kui olulise vahendi omanik saavutab vastava positsiooni ausa konkureerimise teel. Seega on järelturgude konkurentsivõime seisukohalt põhiküsimuseks, kuidas teha esmasel turul olulist turujõudu omava ettevõtja sisend järelturu ettevõtjatele kättesaadavaks selliselt, et esimesel säiliks initsiatiiv investeerida esmasel turul. Oluliste vahendite doktriini rakendamisel tuleks niisiis kaaluda olulist vahendit omava ettevõtja investeerimisstiimuleid (kui ta keeldub tarnetest) ning selle võimalikku mõju järelturule (kui teda sunnitakse tarnima)²⁷⁵.

Olulisele vahendile juurdepääsu andmisest keeldumisega seotud konkurentsivõime kahjustavaid tegevusi võib väljakujunenud kohtupraktikale tuginedes eristada alljärgnevalt:

1. Otsene keeldumine juurdepääsust esmase turu sisendile, mis mõjutab järelturu konkurentsivõimet (*Magill* kaasus);
2. Juurdepääsu võimaldamine esmase turu sisendile, kuid keeldumine teabe andmisest, mis võimaldaks järelturu konkurentidel integreerida esmase turu sisendit nende poolt järelturul pakutava tootega (*Microsoft* i kaasus);

²⁷³ Massachusetts vs Microsoft Corp., 373 F.3d 1199 (D.C.Cir. 2004).

²⁷⁴ *Supra*, p 2.1.1.4.

²⁷⁵ P.Crocioni, *Op cit*, p 226, p 487.

3. Juurdepääsu võimaldamine esmase turu sisendile, kuid ebaõiglaste kauplemistingimuste ja -võtete kaudu (*Sealink* kaasus);

Olulisele vahendile juurdepääsu võimaldamisest keeldumise konkurentsivastane mõju võib kõigil viidatud juhtumitel seisneda järelturu konkurentide toodete konkurentsivõime vähenemises. Konkurentsi regulaatoritel tuleks seetõttu kaaluda nii analüüsitava kuritarvituse mõju konkurentsile kui olulise vahendi omanikule juurdepääsukohustuse rakendamisega kaasnevat mõju. Ühest küljest stimuleerib esmase turu sisendi sundkorras kättesaadavaks tegemine konkurentsi järelturul, võrreldes situatsiooniga, kus sisendi omanikul õnnestub monopoliseerida sisendile juurdepääsu piiramisega ka järelturg ning seeläbi oleks võimalik säilitada järelturu konkurentide investeerimisstiimuleid. Teisest küljest võib vastava sundkohustuse panemine vähendada olulist vahendit omava ettevõtja poolt tehtud investeeringult saadavat tulu ja vähendada tema investeerimisstiimuleid esmasel turul, kuid suurendada kõigi järelturu osaliste investeerimisstiimuleid teisesel turul²⁷⁶. Samas on juurdepääsukohustuse rakendamine selgelt negatiivne mõjuga ettevõtjate jaoks, kes eesrindlikult innovatsiooni loovad ning selleks ulatuslikke investeeringuid teevad, kuivõrd nad peavad arvestama võimalusega, et neid võidakse kohustada jagama oma (intellektuaal)omandit ka konkurentidega. Seejuures võib dünaamilistel turgudel monopoli ajutine talumine olla vahel parimaks võimaluseks investeerimise ja innovatsioonistiimulite edendamiseks ning seeläbi dünaamilise efektiivsuse saavutamiseks. Seda ennekõike juhtudel, mil oluliseks vahendiks on intellektuaalomandit sisaldav sisend, mis põhineb ettevõtja enda ulatuslikel investeeringutel ja loob innovatsiooni ning mille tagasiteenimise võimalus peaks säilima isegi kui selle tulemuseks oleks staatiline ebaefektiivsus ajutise monopoli näol²⁷⁷. Intellektuaalomandit sisaldava sisendi kättesaadavaks tegemine regulaatori poolt oleks õigustatud vaid juhul kui sellele juurdepääs on takistatud n-ö ajaloolise pärandi (lammutamata riiklikud monopolid), mastaabiefekti või võrguefektide tõttu²⁷⁸. Samas peaks Euroopa konkurentsiregulaatorid ja Euroopa Liidu Kohus, sarnaselt oma USA

²⁷⁶ P.Crocioni, *Op cit*, p 256, p 488.

²⁷⁷ Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP) report „An Economic Approach to art 82“, July 2005. Available at: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf, January 10, 2010.

²⁷⁸ Nimetatud seisukohale on ühtlasi asunud ka Euroopa Komisjon oma 2005.a. aruteludokumendis EC Art 82 kohaldamisest konkurentide tõrjuva tegevuse suhtes „... olulise turujõuga ettevõtjal peaks olema lubatud keelduda teatud kindlaksmääratud perioodil tehingutest tagamaks õiglase tulu teenimise võimalus oma investeeringult, isegi kui see kõrvaldaks tõhusa konkurentsi vastaval perioodil.“ Komisjoni aruteludokument, *Op cit*, p 122.

kolleegidega, jätma oluliste vahendite doktriini rakendamisel litsentsilepingu tingimuste kokkuleppimise võimalusel poolte endi õlule.

Ebaõige otsustuse hind on küll oluline, kuid vähemoluline pole ka otsustuse laiem mõju, sest viimane sisaldab ühtlasi hinda, mida tuleb maksta oma tegevuse ümberkohandamise eest, mida muud ettevõtjad teevad üldjuhul konkurentsioiguse norme järgides ning mis seeläbi paratamatult mõjutab kõigi turuosaliste hinnakujundust, kulusid ja innovatsiooni laiemalt²⁷⁹. Regulaatorite lahendid mõjutavad paratamatult ka osapooli vabatahtlikult kokkuleppeid leidma ning tegelikult annab kaebuse või kohtuasja edukuse perspektiiv, vastavate läbirääkimiste puhul, jõupositsiooni pigem konkurendile kui olulise vahendi omanikule. Taolistel kokkulepetel on aga samane mõju regulaatori sekkumisega: kui selle tulemuseks on madal juurdepääsutasu, vähendab see vahendi omaniku investeringutelt teenitavat tulu ja tema konkurentsivõimet vertikaalselt allpoolasetsevatel turgudel. *Microsoft*'i lahendis hindas Komisjon ettevõtja käitumise mõju asjaomase turu innovatsioonistiimulitele tervikuna. Komisjon leidis, et Microsofti tegevuse tulemusel suleti tarbijad „homogeensesse Windowsi põhisesse töörühmaserveri operatsioonisüsteemi“, mis jättis nad ilma Microsofti konkurentide poolt loodud innovatsioonilahendustest kuivõrd Microsofti tegevuse tulemusel vähenes nende võime oma lahendusi turustada ning tahe uusi tooteid välja arendada²⁸⁰. Samas tuleks autori hinnangul sõltumata ettevõtja mastaabist, olulisele vahendile juurdepääsu tagamise kohustuse kehtestamisel, arvestada olulise turujõu tekkimise aluseks olnud asjaolusid.

Tehnoloogia kiire areng ning tööstussektorite osatähtsus, mis toetuvad investeringutele ja innovatsioonile, on seadnud kahtluse alla Euroopa kehtivate konkurentsireeglite sh oluliste vahendite doktriini sobivuse dünaamiliste (kahepoolsete) turgude reguleerimiseks ning olnud kahtlemata üheks ajendiks EÜ art 82 reformi läbiviimisel. Majandus- ja õigusteadlaste konsensus on leitud selles osas, et ka innovatiivsed turud peaksid konkurentsireeglitele alluma, kuid nendel toimivate tegevuste analüüsimeetodid ei saa toetuda väljakujunenud *per se* keelureeglite ja nende eelduste mehaanilisele kohaldamisele, vaid pikemaajaliste mõjude hindamisele sh asjaolule, kas konkreetne konkurentsivastane tegevus saaks kõrvaldatud turu isekorrastumise teel²⁸¹. EÜ art 82

²⁷⁹ Joskow, P. Transaction Cost Economies, Antitrust Rules and Remedies, 18 J.L. ECON. & ORG. Lk 95-98, 2002.

²⁸⁰ *Microsoft*, *Op cit*, p 72, p 694.

²⁸¹ S. Martin. The Goals of Antitrust and Competition Policy. Mimeo, 2005. Available at: http://www.iue.it/ECO/Conferences/CompetitionDay/papers/Martin_paper.pdf, January 10, 2010.

reform toetab küll konkurentsirikkumiste mõjupõhiste analüüsimeetodite kasutust, kuid kahjuks ei ole Euroopa Liidu Kohtu praktikas uus lähenemine veel täielikult omaks võetud. Samas on just nii olemasolevatel kui tekkivatel kõrgtehnoloogilistel turgudel ettevõtjate tegevusse sekkumine seotud suurte riskidega ning oluliselt tõsisem on ka sekkumisel/mittesekkumisel tehtud vigade hind ja selle mõju. Kuivõrd keelekasutus on üldjuhul mitmetähenduslik ja inimlik ettenägemisvõime piiratud, on otsustuste mõningane ebaõigsus paratamatu ning toob praktikas kaasa üle- ja alareguleerimist, mille tagajärjel võivad head kavatsused saada keelatuks ning kahjulikud teod lubatuks²⁸². Ühest küljest võib regulaator eksida, sekkudes seal, kus ta seda tegema ei peaks (*false convictions rule* ingl.k.), teisest küljest võib ta jätta sekkumata seal, kus see oleks olnud vajalik (*false acquittals rule* ingl.k.). Sekkumise eksimuse hind saadakse sekkumiseta säilinud heaolu ja sekkumisega heaolule tekitatud deformatsiooni võrdlusel²⁸³. Seega turgudel, kus innovatsioon, investeeringud ja võrguefektid on kas olemas või puuduvad, on sekkumise vea tüüpi ning mõju raskem hinnata kui tavapärase konkurentsijuhtumi puhul. Reeglite paljususe osas tuleb lisaks otsustuste ebaõigsuse riskile ja/või otsustuse negatiivsele laiemale mõjule, arvestada muuhulgas kahte tüüpi süsteemseid efekte – otsustusteni jõudmisega viivitamist ning rikkumiste mitteõigeaegset avastamist konkurensiorganite poolt²⁸⁴.

Seega on põhjendamatu sekkumise hinnaks tõenäoliselt nii olulist turujõudu omava ettevõtja kui teiste turuosaliste investeerimis- ning innovatsioonistiimulite vähenemine. Samas võivad nende ettevõtjate innovatsioonistiimulid suureneda, kes sekkumise tulemusel põhjendamatult neile vajalikule sisendile juurdepääsu said. Täiendavalt tuleb aga arvestada tehtud vigade kaudset mõju: liigne sekkumine vähendab innovatsioonistiimuleid, liiga vähene sekkumine julgustab samas aga konkurensireegleid rikkuma.

Microsoft’i kaanus, mis puudutas kaubaturgu, kus esines küll võrguefekt, kuid milles taotleti juurdepääsu olulisele vahendile, mis põhines erakapitalil põhinenud ulatuslikel investeeringutel ja varasemalt loodud innovatsioonil, leidis Komisjon, et sekkumata jätmise tagajärjed oleksid olnud üldisele heaolule rängemad. Kuivõrd *Microsoft*’i lahendis on palju vastuolulist sh selles osas, kas sekkumine teenis siiski asjaomase tööstussektori innovatsiooni ja tarbijate heaolu või pelgalt

²⁸² I.Ehrlich, R.Posner. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. 3 J. LEGAL STUD. 257, 268, 1974.

²⁸³ Lear (Edited by Buccirosi, P. Spagnolo, G. ja Vitale, C). The Cost of Inappropriate Interventions/non Interventions under Article 82. 2006. Available at: <http://www.ofc.gov.uk/NR/rdonlyres/C7C33CCD-A37B-48CC-8BD9-22745BBCE103/0/oft864.pdf>, December 13, 2009.

²⁸⁴ Y.Katsoulacos, *Op cit*, p 8, p 274.

järelturu konkurentide kaitse eesmärki, võib lahendis toodud motivatsiooni ning rakendatud meetmete proportsionaalsuse üle vaielda, kuid sekkumine iseenesest oli antud asjaoludel vajalik. Samas tuleks kaasuste puhul, kus sekkumise või mittesekkumise vea hind oleks enam-vähem võrdne, leida optimaalne kesktee, mis tagaks ühest küljest järelturu konkurentsivõime, kuid säilitaks olulise vahendi omanikule ka investeerimisstiimuli (näiteks jätkaks juurdepääsu kohustuse panemisel tasustamise poolte määratleda). Ka oluliste vahendite doktriini rakendamise eeldusi sh ELTL art 102 olulise turujõu kuritarvitamise tuvastamise elemente: asjaomase kaubaturu määratlemist, olulise turujõu ning kuritarvituse esinemist ning selle negatiivset mõju hindamist tarbijate heaolule, tuleks seetõttu dünaamilistel turgudel analüüsida mitte eraldiseisvalt, vaid koostoimes ja mõjupõhiselt.

KOKKUVÕTE

Traditsioonilistes majandusharudes on oluline turujõud konkurentsi pidurdavaks teguriks ning tõhus konkurents innovatsiooni ja majanduse arengut käivitavaks jõuks. Üldjuhul peaksid niisiis kõik innovatsiooni loovad ettevõtjad saama võimaluse vaba konkurentsi tingimustes üha uute ja paremate toodete/teenustega konkureerimiseks, toetades seeläbi nii toodangu mahu ning mitmekesisuse kasvu kui tehnilist arengut. Nimetatud protsessi takistamisel olulist vahendit ning seeläbi olulist turujõudu omava ettevõtja poolt, oleks oluliste vahendite doktriini rakendamine niisiis õigustatud. Samas võivad siin regulatiivsel sekkumisel olla tõhusa konkurentsi ning innovatsiooni edendamisele ka soovimatud tagajärjed, eriti kõrgtehnoloogiliste dünaamiliste turgude puhul, kus oluline turujõud võib kesta üksnes lühiajaliselt. Teisest küljest võib kõrgtehnoloogilistel turgudel, tõhusa konkurentsi tingimustes pakutav kaup või teenus võtta võrguefektide tõttu *de facto* standardi mõõtmed ning mõjuda seeläbi ka hävitavalt asjaomase kaubaturu konkurentsivõimele. Nimetatut illustreerib hästi hiljutine *Microsoft*'i juhtum, mis oli omamoodi murrangulise tähendusega ka oluliste vahendite doktriini jaoks, kuivõrd nii mõnedki doktriini rakendamise eeldused, mis sisaldasid „erandlike asjaolude“ testis, said uue tähenduse ning mõned lisandusid koguni juurde. See omakorda vähendas ühest küljest küll intellektuaalomandiõigust omavate ja seda jätkuvalt loovate ettevõtjate õiguskindlust sundlitsentsi määramise kriteeriumite läbipaistvuse tagamisel, kuid lahendis võetud lähenemine oli samas esimeseks verstapostiks Komisjoni poolt 2003.a. algatatud EÜ art 82 reformiga taotletud juhtumi- ning mõjupõhise lähenemise tunnustamisel Komisjoni ja Liidu Kohtu rakenduspraktikas. Nii rõhutas Üldkohus juhtumi konkreetsete faktiliste asjaolude arvestamise tähtsust, kuivõrd Microsofti näol oli tegemist kvaasimonopoolses seisundis oleva ettevõtjaga, kelle toodete unikaalsuse ja populaarsuse pinnalt tekkinud kaubaturu võrguefkti tõttu, oleks sekkumata jätmise tagajärjel pidurdunud asjaomase tööstussektori innovatsiooni tervikuna.

Euroopa konkurentsireeglite rakendamise üks süsteemsemaid ja põnevamaid õpetusi - oluliste vahendite doktriin kui ELTL art 82 lg 2(b) kohaldamise üks võimalikest käsitlustest, on hetkel niisiis üleminekufaasis, kus asjaomase kohtupraktika kaudu väljakujunenud formaalseid reegleid on välja vahetamas juhtumipõhiselt kohaldatavad ning konkreetsete konkurentsirikumiste majanduslikule mõjule keskenduvad analüüsi- ja kontrollimethodikad. Uus lähenemine peaks nihutama ühtlasi konkurentsirikumise kahjuliku mõju tagajärje hindamise ajalisi horisonti, mis seni on keskendunud olemasoleva tõhusa konkurentsi kaitsele ning arvestama enam konkreetse

ettevõtja motiive olulisele vahendile juurdepääsu andmisest keeldumisel, kuivõrd innovatsiooni loomise eesmärgil võib lühiajaliselt konkurentsi kahjustava tegevuse lubamine asjaomasele kaubaturu konkurentsivõimele isegi stimuleerivamalt mõjuda. Seega peaks ka doktriini reformitud versioon vaatlema konkurentsi enam dünaamilise protsessina ning pakkuma konkurentsirikkumise juhtumitele kaubaturgude eripäradest tulenevalt ka erisuguseid lahendusi. Eeltoodu ei tähenda autori hinnangul seda, et Euroopa Liidu Kohtu praktikas väljakujunenud oluliste vahendite doktriini rakendamise eeldustest tuleks üldse loobuda, vaid pigem nende sisustamist konkreetse kaasuse asjaoludele, vaadeldava kaubaturu iseärasustele ja selle võimalikule arenguperspektiivile vastavalt.

Magistriväitekirja sissejuhatuses püstitatud küsimustele vastuseid otsides, jõudis autor alljärgnevate järeldusteni:

1. Hoolimata Euroopa Liidu Kohtu ning USA Ülemkohtu tagasihoidlikkusest oluliste vahendite doktriini nimetuse kasutamisel olulise turujõu kuritarvituse kaasuste lahendamisel, on doktriini näol tegemist siiski mõlema kontinendi kohtute poolt tunnustatud olulise turujõu kuritarvitusi reguleeriva konkurentsireeglite rakendamise eripärase käsitlusega. Vaatamata pingutustele doktriini olemuse igakülgselt avamiseks, jääb endiselt mitmeid nüansse õiguslikult ebamääraseks ning nii erinevad kohtujuristid kui Komisjoni ametnikud kui ka antud teemal uurimusi ja artikleid avaldanud õigusteadlased, omavad äärmiselt erinevat arusaama nii doktriini rakendamise tingimustest kui selle mõjudest. Kuivõrd väljakujunenud kohtupraktika on olnud kohati vastuoluline juba formaalse lähenemise puhul, muutuvad oluliste vahendite doktriini rakendamise eeldused ning nende aluseks olevad analüüsimeetodid mõjupõhisele lähenemisele üleminekul tõenäoliselt veelgi mitmepalgelisemaks ning keerulisemaks.

2. Innovatsiooni soodustamine ja majanduskasvu edendamine nagu ka tarbijate kasu on nii intellektuaalomandi- kui konkurentsioiguse ühised eesmärgid. Intellektuaalomandiõigustega edendatakse dünaamilist konkurentsi, õhutades ettevõtjaid investeerima uute toodete ja protsesside väljaarendamisse või olemasolevate täiustamisse, seega juba konkurents ise peaks motiveerima ettevõtjaid tegelema innovatsiooniga. Niisiis on innovatsiooni soodustamiseks vajalikud nii intellektuaalomandiõigused kui tõhus konkurents. Intellektuaalomandiõiguste kaitse on tähtis kõigis majandussektorites ning äärmiselt oluline ühisturu konkurentsivõimelisuse tagamise seisukohast. Kõrgtehnoloogilistel dünaamilistel turgudel võib uute toodete

arengutsükkel olla küllalt pikk, mistõttu võivad olla õigustatud ajutised konkurentsipiirangud nt patendiõigustega kaitstud ainuõiguslik turustamise periood, säilitamiseks ettevõtjate innovatsiooniimuleid ning ühisturu konkurentsivõimet.

3. Intellektuaalomandiga hõlmatud oluliste vahendite puhul tuleks autori hinnangul arvestada ka vastava intellektuaalomandiõiguse vormi eripäradega ning Liidu asjaomase teise õiguse regulatsiooniga. Seda mitte üksnes sekkumise õigustamisel nagu *Microsoft*'i lahendis tarkvaradirektiivist tulenevale koostalitusvõime tagamise kohustusele osundati, vaid ka konkurentsirikkumise kõrvaldamiseks ja/või ennetamiseks rakendatava meetme proportsionaalsuse hindamisel.

4. Kuivõrd intellektuaalomandiõiguste kaitse on allutatud liikmesriikide jurisdiktsioonile, on Liidu esmase ja teise õiguse instrumentide kaudu asunud intellektuaalomandiõiguse norme jõulisemalt ühtlustama. Kuigi intellektuaalomandiõigus teenib avalikke huve ning tarbijate heaolu eesmärki ei ole selle süsteem võimeline lahendama kõiki kaubaturgude ebatäiuslikkusest tulenevaid küsimusi. Juhtumipõhine konkurentsioiguslik sekkumine on seega sobivam meede kaubaturgude dünaamilise efektiivsuse suurendamiseks. Samas peab konkurentsioiguse rakendamisel süsteemselt analüüsima konkreetse intellektuaalomandiõigusega hõlmatud kauba või teenuse eripärasid.

5. Enamik intellektuaalomandiõiguse norme konkurentsioiguslikke erandeid või viiteid ei sisalda, mis ei tähenda, et neid ei saaks konkurentsioiguse kaudu analüüsida. Kui ka konkurentsioiguse rakendaja alustaks oma menetlust uurimaks mida ja kuidas kaitstakse, millises ulatuses ning piirangutega, jõuaks ta tasakaalustatumale tulemile, mis peaks mõjupõhisele lähenemise toetudes, viima valdavalt mittesekkumise otsustuseni õiguste osas, mis põhinevad ettevõtja enda ulatuslikel investeeringutel.

6. Oluliste vahendite doktriini rakendamine ei pruugi tingimata innovatiivsete ettevõtjate investeerimisstiimuleid vähendada või intellektuaalomandiõiguste süsteemi ohustada, tingimusel, et sellega kaasnevad investeerimis- ja äririskid on viidud miinimumi. Seega on kohasest konkurentsioiguslikust sekkumisest tõenäoliselt kõige enam võita just intellektuaalomandiõiguse süsteemil endal, mis toetub üldisele eeldusele, et see töötab avalikkuse huvides. Seega on oluliste vahendite doktriini kasutamine jätkuvalt õigustatud üleliigse turujõu

likvideerimise juhtumitel, mil kaitstud õiguse rahaline ning intellektuaalne panus on proportsioonist väljas nagu võrguefektist tingitud mõjutused.

7. Microsofti lahendiga nihutati mitmeid oluliste vahendite doktriini rakendamise eelduste piire. Näiteks suurendati „toote asendamatus“ kriteeriumi ulatust, kuivõrd leiti, et see on lahutamatult seotud konkurentsi kõrvaldamise kriteeriumiga ning juurdepääs vahendile loeti vajalikuks selleks, et ei tekiks konkurentsi kõrvaldamise riski järelturul. Samuti laiendati lahendis „uue toote“ kriteeriumi senist tähendus, mis hõlmab nüüdsest ka konkurentide innovatsioonistiimuleid uute toodete väljaarendamiseks. Lisaks täpsustati „keeldumise objektiivse põhjendatuse“ kriteeriumit innovatsioonistiimulite kaalumise testiga, mille alusel hinnatakse vahendile juurdepääsu võimaldamise tagajärgi nii vahendi omaniku, konkurentide kui tööstussektori innovatsioonistiimulitele. Samas ei pruugi Microsofti lahendile tuginedes oluliste vahendite doktriini seniste eelduste puudumine doktriini rakendamist välistada, sest Üldkohtu hinnangul ei olnud „erandlike asjaolude“ testi komponentide näol tegemist suletud loeteluga.

8. Microsofti lahendis üritati esmakordselt lahendada olulise vahendiga hõlmatud turujõu kuritarvituse juhtumit mõjupõhiselt, kuid autori hinnangul siiski ebaõnnestunult kuivõrd kohtuotsuse motivatsioonis keskenduti rakendatud meetmete valiku õigustamisel majandusliku mõju ning tarbijate heaolu asemel tõhusa konkurentsi säilitamisele töörühmaserverite operatsioonisüsteemide turul, mis on olnud formaalset lähenemist toetanud kohtupraktikas keskselt kaitstud hüveks. Ühtlasi jäi autorile arusaamatuks kohtu poolt valitud meetme proportsionaalsus, kuivõrd Microsofti kohustati tagama nn olulise vahendi kättesaadavus mitte üksnes kaebajale, vaid kõigile olemasolevatele ja tulevastele huvilistele ning ühtsetel tingimustel. Autori hinnangul peaksid litsentsi tingimused jääma siiski osapoolte kujundada ning juurdepääsukohustus tuleks seada vaid ettevõtja kasuks, kelle motiivid selle kasutamiseks on põhjendatud. Autor nõustub Eklöf'i seisukohaga, et tõenäoliselt ei saa *Microsoft*'i lahendi mõjutusel sundlitsentsimine valdavaks praktikaks, kuivõrd tegemist oli äärmiselt eripärase kaasusega, unikaalse ettevõtjaga ning kaubaturuga ning ebaharilike asjaoludega, kus kõrvalekalle väljakujunenud praktikast oluliste vahendite doktriini rakendamisel, oli sekkumise õigustamisel erandlikult põhjendatud. Seega jääb tõenäoliselt edaspidi oluliste vahendite doktriini rakendamise eelduste kontrolli standardiks endiselt *Magill/IMS Health* lahenditel põhinev erandlike asjaolude test.

9. Oluliste vahendite doktriini rakendamiseks tuleb tuvastada olulise vahendi omaniku võime kanda olulise vahendi läbi talle kuuluv monopoolne seisund üle järelturule, kus vahend on sisendina konkurentide majandustegevuseks hädavajalik ning keeldumisel peab olema mõju tõhusa konkurentsi kõrvaldamisele järelturul. Peale *Microsoft*'i lahendit piisab kuritarvituse tõendamiseks, et keeldumisel võib olla konkurentsi kõrvaldamise risk, mis võib formaalse lähenemise jätkumisel võib õigustada oluliste vahendite doktriini rakendamist oluliselt lihtsamalt. Mõjupõhist lähenemist ning dünaamilisi kõrgtehnoloogilisi turge silmas pidades, peaks see samas just doktriini rakendamise välistama kuivõrd konkurentsikahjustus esineb suure tõenäosusega lühiajaliselt ning tõhusat konkurentsi ei ohusta.

10. Oluliste vahendite doktriini rakendamine peaks hoolimata formaalsest lähenemisest loobumisele tagama siiski ka edaspidi selle aluseks olevate printsiipide õigusselguse ning ettenähtavuse. Üheks võimaluseks oleks lähtuda pelgalt Komisjoni 2008.a. Suunistest ELTL art 102 lg 2(b) tõlgendamisel, samas ei tohiks autori hinnangul siiski heita kõrvale ka väljakujunenud kohtupraktikale toetuvaid printsiipe ja teste, vaid sisustada neid edaspidi mõjupõhiselt ja konkreetse kaasuse asjaoludele sobivalt.

11. Konkurentsirikkumiste analüüsimisel peaksid regulaatorid suuremat tähelepanu pöörata ka rikkumise tagajärje hindamisele nii sekkumise korral kui seda mitte tehes. Sõltuvalt kaasuse asjaoludest ning asjaomase kaubaturu eripärast tuleks hinnata niisiis turu isereguleerimise võimet tuvastatud konkurentsikahjustuse kõrvaldamisel. Seega peaks juhtumipõhiselt valima õigusliku standardi, mis ebaõigsuse korral tekitaks heaolule laiemalt vähem kahju. Eriti oluline on see rakendatava meetme valikul, kuivõrd teatud juhtudel võib konkurentsikahjustava tegevuse negatiivsete efektide kõrvaldamiseks olla sobivaim kohustuste kehtivuse piiramine konkreetse tähtajaga või siis teatud asjaoludel esialgselt rakendatud meetme ümbervaatomise võimaluse jätmine. Juhul, kus olulisele vahendile juurdepääsu tagamise kohustuse panemine oleks ilmselgelt ebaproportsionaalne, kuid turuosalise distsiplineerimine vajalik, võiks sobivaks vahendiks olla nt mõõdukas rahatrahv.

12. Autori arvates oleks oluliste vahendite doktriini rakendamine tarnete peatamise ja/või äristrateegia muutmise juhtumitel õigustatud vaid äärmuslikel juhtudel nagu *Microsoft* kuivõrd lepingute lõpetamine peaks jääma poolte endi kujundada ning sellest tulenevad tagajärjed peaksid

jääma lepinguõiguse reguleerimise esemeks. Vajadusel saaks taolistel juhtumitel kasutada ka kõlvatu konkurentsi regulatsiooni.

13. Olulisele vahendile sundkorras juurdepääsukohustuste seadmisel peaksid juurdepääsutingimused peegeldama investeerimisotsuse aluseks olnud asjaolusid sh väljaarendamiskulusid, uute toodete eeldatavat kasutuselevõtu määra ja eeldatavaid jaehinna tasemeid kuivõrd tõhusa konkurentsi tagamise põhjendusel ei tohiks innovatsiooni loovatelt ettevõtjatelt võtta ära võimalust teenida õiglast tasu oma investeringult.

14. Mõjupõhine lähenemine on Komisjoni ning Ühenduse kohtute praktikas visa juurduma ning selle üheks põhjuseks võib kindlasti pidada ühese teooria puudumist, mis selgitaks tarbijate kahjustamise võimalusi efektiivse konkurentsistruktuuri muutuste korral. Seega saab Komisjoni poolt 2003.a. algatatud EÜ art 82 reform läbi viidud aeglasemalt kui algsest arvatud, kuid Suunistes võetud lähenemine ning põhimõtted, on autori hinnangul, hoolimata majandusliku mõju hindamise aluseks olevate analüüsimeetodikate ebaselgusest, printsiibis mõjupõhist lähenemist toetavad. Samas ei saa tarbijate heaolu olla jätkusuutlik kui see ei arvesta mingilgi määral individuaalset ettevõtlusvabadust, seega tuleks jätkuvalt kaitsta ka konkurentsiprotsessi, kuid mitte keskselt ja eraldiseisvalt, vaid koostoimes ELTL art 102 muude eesmärkidega.

15. Tagamaks mõjupõhise lähenemise tõhusam juurdumine norme vahetult kohaldavate institutsioonide praktikas, tuleks üritada sõnastada standardid, mis toetuksid traditsioonilistele konkurentsi käsitlevatele majandusteooriatele. Kuivõrd USA on juba mõnda aega oma monopolidevastases õiguses mõjupõhist printsiipi järginud, oleks tõenäoliselt sealt võimalik eeskuju võtta. Samas ei saa unustada, et Euroopa Liidu konkurentsiõigus teenib lisaks tõhusa konkurentsi tagamisele ka ühisturu väljakujundamise ning kaitse eesmärke. Seega ei tohiks regulaatorid petta end uue mõjupõhise lähenemise kasutamisel endise formaalse lähenemise eesmärke järgides.

..... /allkiri/

TOPICAL ISSUES IN EU COMPETITION LAW REGARDING THE IMPLEMENTATION OF THE ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE

Summary

The substance of ownership is to protect owners against the unauthorized usage of the items and rights belonging to them. At the same time the performance of the rights of property may prevent entering into the relevant market and thereby effective competition. European Commission and the EU courts have found that in certain circumstances the refusal to grant access to the essential facility shall be considered as an abuse of dominant position. The essential facility in which connection may be as physical infrastructure as intellectual property right that is not replicable in the course of usual innovation process and without the access to which the competition in the aftermarkets of the relevant market will be precluded or substantially restrained. The principle shaped out from the practice of the European Commission and the Court of Justice of the European Union, under which undertaking in dominant position that uses and/or owns essential facility, indispensable for sustainable economic activities in aftermarkets for competitors, may under Art 102 (2)b of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) (*Ex art 82 (2)b of the Treaty Establishing the European Community*) (TEC) be obliged to give access to the essential facility, is called the essential facilities doctrine in the EU competition law. The aim of the latter is thereby to compensate the weaknesses of the structure of the relevant secondary markets formed of the existence of the essential facility and pertain and promote the competition thereupon.

The possession of industrial or intellectual property doesn't mean automatically that the company has dominant position (except in case when related products are absent) and also the exercise of the respective rights is not deemed to be an abuse except in exceptional circumstances. In cases as to access to technology the Court of Justice of the European Union has consistently stated that the implementation of the EU law cannot harm the performance of the proprietary granted by the national law in Member States until such norms are not harmonised in the EU level but even in that time the exercise of them may not conflict the EU law. The conflict between intellectual property law and EU competition law is therefore inevitable in applying the essential facility doctrine because for granting the effective competition, the exercise of the property rights of the owner of the essential facility are restricted. In addition to that, it raises question of possible harm

to freedom to entrepreneurship because by the imposition of limitations to exercise of the property rights there will be interference to the undertakings economic activities and also their contractual freedom will be restricted. At the same time there are also some alignments with regard to the object of the intellectual property law and EU competition law, because the aim of both is to promote innovation and raise consumer welfare. Through intellectual property law one will balance *ex ante* incentives to innovate and through EU competition law, dispose *ex post* the inefficiencies derived from the abuse of the dominant position. In the long run the intellectual property law will therefore even promote competition. At the same time the implementation of the competition rules prior to the intellectual property protection rules may cause deceleration of innovation because in the light of such precedents the market leaders may become demotivated to invest in diversification of its goods and services. It may also reflect negatively to smaller market participants efficiency who may waive to develop new original solutions and outputs. So, consequently careless implementation of the essential facilities doctrine may have negative impact both to innovation and effective competition.

The case of *Microsoft* settled in late 2007 by the Court of First Instance (General Court) raised in bold relief the question of what is left of the presumptions of the essential facilities doctrine under which the refusal to give access to the essential facility can be regarded as infringing Art 102 (2)b TFEU. The referred judgement had substantial effect to the essential facilities doctrine development as it extended essentially the content of the presumptions of the implementation of the doctrine as the former settled case law justified compulsory access to essential facility, including licencing intellectual property, only in exceptional circumstances, based on the rational analysis of the formal presumptions of the doctrine.

Considering the above-mentioned, the latest practice of the Court of Justice of the EU has raised a debate between competition law researchers on the boundaries of the essential facilities doctrine, namely how to find a balance between the necessity to encourage the competition in aftermarkets by giving access to the essential facility in the primary market on one hand and sustain the investment incentives of the owners of the essential facilities to find win-win solutions for both to consumers and competition on another hand. These questions encouraged also the author to find out through this thesis if the essential facilities doctrine has been the proper legal standard to decide upon the necessity of the compulsory access to the essential facility. The author also tries to ascertain in this thesis whether the aim of both intellectual property protection

and effective competition would be better achieved via universal and static form of the doctrine that grants the legal certainty or if the dynamics of high-tech markets presumes different approaches to the doctrine and the latter must thereby be in constant development. This thesis also focus on the reflections to the essential facilities doctrine caused by Art 82 TEC reform initiated by the Commission in 2003 and partly implemented in *Microsoft* judgement to find out if the compulsory licensing could rather develop into exception or the rule of the practice of the Commission and the Court of Justice of the European Union.

In order to find an answer to the aim established above, the author has dividend her thesis into three chapters. In the first chapter there is given an overview of the substance of the essential facilities doctrine, the formation of the latter through relevant EU and US court precedents and most essential differences of the approach to the doctrine in these two legal systems. The concept of the essential facilities doctrine, now prevalent in EU competition law had its origin in the USA in 1912 in the case of *Terminal Railroad Association*. It was viewed as a variation of the refusal to supply under Section 2 of the Sherman Act which prohibits the acquisition or maintenance of monopol power. However the US essential facilities doctrine is a single market concept while the doctrine in EU has evolved as a two market concept: a variation of the abuse of refusal to supply by a dominant firm into a second, dependent market. The refusal will be thereby used as a mean to leverage a monopolist's power in one market to exclude competitors and competition in a second market. In EU, the essential facilities doctrine was first implemented in *Commercial Solvents* case and it has resulted in a number of cases compelling access to ports, railways and other physical facilities and also to the interface between intellectual property rights (IPR) and the competition rules. The first case where the IPR's were involved in implementing essential facilities doctrine by the Court of Justice of EU was *Magill*. The approach taken there was refined in *IMS Health* and finally reformed in *Microsoft*. In brief, the EU competition rules state that in normal cases an owner of the essential facility (incl. IPR) is entitled to refuse to the license because exclusivity is the very substance of the right. However in exceptional circumstances, an IPR owner may be subject under the doctrine to a competition law remedy of compulsory access/licensing because the refusal infringes art 102 (2)b TFEU. Prior to the *Microsoft*, the test of „exceptional circumstances“ followed the model construed in *Magill* and *IMS Health* judgements and consisted of four cumulative criterias over and above a finding of essential facilities dominance: (i) the essential facility is indispensable for the undetaking for sustainable economic activities in the secondary market (ii) the undertaking seeking for the compulsory licence must

offer a new product for which there was potential or demonstrable consumer demand (iii) the refusal to licence would lead to an elimination of all competition on the secondary market and (iv) the dominant undertaking (owner of the essential facility) had no objective justification for refusing to licence. After *Microsoft*, it appears that the test may have been widened to include another parameters which extend the test to certain forms of conduct limiting the technical development of secondary market. *Microsoft* also widened the presumptions of the doctrine stating that the „exceptional circumstances“ are only examples of the possible abusive activities not closed list of the cumulative criterias that justify the implementation of the doctrine. In the first chapter of this thesis the author also points out the most essential differences of the content of the essential facilities doctrine applied in EU and US. The EU approach, where undertakings in dominant position are subject to a special responsibility, contrasts with the US approach, where the courts have repeatedly held that a monopolist has no special duties under the Sherman Act with respect to other market participants. The EU competition policy has been focused so far on the protection of competition as a process of rivalry while in US it has been concentrated to economic efficiency. The modernisation of Art 82 TEC started in 2003, will probably cause soon a change also towards special responsibility concept as the focus of the analysis and remedies applied in abuses of dominant position will be turned to consumer welfare and a more economic effect based approach.

As well as in other forms of abuses under Art 102 (2)b TFEU, the procedure also with regard to Art 102 (2)b starts with establishment of the dominance of the undertaking as a precondition to a finding of a refusal to supply/licence abuse. Described as essential facilities dominance, this precondition is exemptional both in terms of the nature of its definition of dominance and in terms of the effect of this type of dominance upon the concept of abuse. In chapter two the autor therefore explains the differences applied in such dominance procedures. In essential facilities dominance cases there is a definite link between the nature of the degree of dominance and the concept of abuse. The nature of the dominance required is that the essential facility as a product has no available substitutes and is indispensable input into the second market. As the essential facilities are deemed to be factual or legal monopolies, the defining of relevant market as well as the analysis of the market share has no independent meaning. The abuse of the essential facility dominance is thereby measured in the secondary market, more precisely the ability of the owner of the essential facility to leverage its market power into the secondary market. A constituent element of the abuse must thereby be that the practice of the owner of the essential facility will

give rise to the risk of eliminating effective competition in the secondary market. So, in secondary, dependent market, the dominant essential facility owner has a special responsibility.

Art 102 (2)b TFEU recognises both the legitimacy of the existence of IPR's, ie the criteria chosen by the Member States for the grant of such rights, and certain features of their exercise. Although sometimes advocated, the notion of absolute immunity for IP holders from any kind of Art 102 (2)b TFEU intervention has not been endorsed by the Commission or the Court of Justice of European Union. Absolute immunity has been suggested in formalistic, legalistic grounds, including Art 345 TFEU (*ex* Art 295 TEC), and certain understandings of the relationship and hierarchy between EU's and Member States' International IP commitments, such as TRIPS agreement but these arguments have been rejected. The EU legislator has not been prolific in the secondary law context, in articulating a position how Article 102 (2)b should be applied to licence refusals. The issue has been left to the EU courts, however some explicit statements are found. The preamble of the Software Directive from 1991 contains the following sentence: "Whereas the provisions of this Directive are without prejudice to the application of the competition rules under Articles 81 and 82 TEC if a dominant supplier refuses to make information available which is necessary for interoperability as defined in this Directive". This reference was also used by the Commission in the *Microsoft* case. Admittedly, directives – and particular their preamble statements – do not and cannot confine and explain the application of Art 102 lg 2(b), a superior rule in terms of hierarchy, but it seems reasonable that the competition law assessment incorporates considerations and policies expressed in secondary legislation.

Although conveying no immunity on IP holders, the Court of Justice of EU and the Commission have displayed great reluctance to afford Art 102 lg 2(b) considerable latitude for compulsory licensing. According to the established case law, forced sharing is triggered only in exceptional circumstances. Depending on the source of the essential facility, two interpretations of „exceptional circumstances“ test can be identified, one for refusals to supply (infrastructures) (*Commercial Solvents* paradigm) and one for refusals to licence IPR's (*Magill/IMS Health* paradigm) which actually both were covered in *Microsoft* and got a third form thereof. The criterias of the test that overlap in all third paradigms are (i) indispensability of the product/service to the exercise of a particular activity in the secondary market (ii) the exclusion of the effective competition in the secondary market as a result of the refusal and (iii) the absence of an objective justification for the refusal. A criteria characteristic for essential facility

containing IPR's is the new product criteria under which the refusal prevents the appearance of a new product for which there is potential consumer demand. So, the new product must be unique and not a duplicate of the essential facility for which the access is applied. The criteria was actually refined in *Microsoft*, where the General Court (former Court of First Instance) found that the identification of the new product is not necessary because without the access to the essential facility the competitors in the secondary market would lose their motivation to create new solutions. It has also been said that the „new product“ criterion overlaps with „exclusion of the effective competition“ criterion. As the General Court also stated in the *Microsoft* that the exceptional circumstances list is not exhaustive and there may be other grounds that justify the interference, the interpretation of the test has become flexible.

In the third chapter of this thesis the author explains the peculiarities of dynamic (emerging) markets (commonly high-tech markets), approaches to competition and market leveraging derived from the features of such markets and the impact of the latter to the implementation of the essential facility doctrine. The dynamic or emerging markets could mean different things in different contexts but often they are defined as quickly changing or new markets where uncertainty requires caution in deciding whether or not to intervene. In markets where there are strong network effects (whereby the value of the service increases with more users) anticompetitive leveraging may allow a firm to „tip“ the market in its favor in a way that is difficult to reverse. Such behavior has strong anticompetitive effect and may result in consumer harm and the costs of late intervening may be considerable. With regards to rapidly changing markets on the other hand, undertakings may have the ability to leverage their market power, but may not always have the incentive to do that or they do but as a result the practice has no anticompetitive effects leading to consumer harm. According to the established case law, the anticompetitive effects are usually assessed in short term and its positive effect to consumers welfare has been measured in decrease in prices. Towards dynamic markets one must consider that for short term the anticompetitive effects would be worth to bear in order to let the undertakings create innovation and new unique products and services. So, to analyze properly whether a practice could lead to long-term consumer harm, it's necessary to consider carefully all the facts and evidence of a case and assess whether the evidence supports the credible leveraging. As in dynamic markets the market position may change very quickly it's not reasonable to apply mechanically formal rules and methods that may have afterwards negative effects both to innovation and effective competition.

In the course of the analysis the author reached to the following conclusions that answer to the questions stated in the introduction. Despite of the modest employment of the title of the essential facilities doctrine in EU and US court practice, it has been commonly recognised peculiar approach towards implementation of the competition rules dealing with abuse of the dominant position. Notwithstanding the efforts to open in detail the substance of the doctrine, there still remains much legal uncertainty and both different practitioners as well as researchers in the field, have different concepts with regards to the terms of the implementation as well as the impacts of thereto of the essential facility doctrine. As the established case law has been in spots controversial already with regards to formal approach to the doctrine, the presumptions of the implementation and the methods of analysis they base on, may probably become even more complex and diverse after complete transition to the economic effects based approach. The promotion of innovation and consumers welfare are the common goals of intellectual property law and competition law, thereby they both are necessary in order to grant the innovation. The protection of the intellectual property rights is essential in all economic fields in the view of the compatibility of the common market. In high-tech markets the development circle of the new products may be longer and thereby temporary competition restrictions would be justified to grant the consumers sustainable welfare in the longer term. The application of Art 102 (2)b TFEU on fast-moving, high-tech markets might differ considerably from its application on more mature, stable and non-dynamic markets. While a change of business policy or deviations from usual business practices might indicate abuse, this certainly does not hold true as a general proposition in dynamic markets, where past behaviour is often a poor indicator of future developments. An antitrust analysis of abuses of dominant position engaged with essential facility that includes IPR's should include more IP considerations in order to avoid false condemnation and use arguments deriving from secondary legislation not only if they support competition law interference but also in order to evaluate the proportionality of the remedy. *Ex post* Art 102 (2)b intervention, transforming the exclusivity into a reasonable remuneration, does not necessarily reduce *ex ante* incentives or threaten the IP system, provided that the investments and commercial risks involved are limited. In *Microsoft* case, which has been said of being the first precedent supporting effect based approach, turned its accent from the protection of the consumer welfare and economic effects to efficient competition and rivalry in the PC workgroup server operating systems market that has been the central defence object of the formal approach, so the understanding of the differences of the goals of economic effect based approach as well as

the need to change the methods of analysis supporting it, delays to become rooted. At the same time the legal certainty and the foreseeability of the principles supporting economic effects based approach should remain. In analysing essential facilities dominance cases the regulators should turn more their attention to the consequences resulting from the interference. Depending on the market, the self-correction ability to eliminate the anticompetitive effects of the abusive practices should be assessed first and the legal standard applied should comply with the concrete circumstances of the case and peculiarities of the market. In certain cases it would be reasonable to limit the remedy with certain term or provide grounds under which it would be renegotiated. In cases where the grant of access to the essential facility would be evidently burdensome, but the interference necessary in order to discipline the market participant, the proper remedy could be reasonable monetary penalty. The author finds that the implementation of the essential facilities doctrine in refusal to supply cases should be exceptional, like in *Microsoft*, because the termination of the contracts should remain for the parties to determine and the consequences thereon should remain the object of the contract law. In such cases also rules of unfair competition shall apply. In implementing the essential facilities doctrine, the terms granting access to the essential facility should reflect the circumstances of the investment decision and the costs to grant that undertakings that create innovation wouldn't lose a chance to get fair return from their investments. With regard to growing tendency to implement compulsory licencing after *Microsoft*, the author agrees with Eklöf and other authors who find that the settlement will not cause such impact to further practice because the case, as well as the undertaking, the product and the circumstances under proceedings were so peculiar and justified exceptional deviation from the customary presumptions of the implementation of the doctrine. In order to grant smooth transition to the economic effect based approach in the regulators practice it would be necessary to formulate the appropriate standards that base on the traditional economic theories covering competition. As USA has already for some time followed the economic effect based model in its antitrust law, it would be one of the examples that EU would pattern. At the same time it should be kept in mind that EU competition law serves in addition to the aim of granting efficient competition also the goal to develop and protect the common market. Thereby the instruments of the former formal approach would be inappropriate to attain the aims of the economic effect based approach.

...../signature/

KASUTATUD ALLIKAD

1. Ahlborn.C. Evans.D.E. The Microsoft Judgement and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1115867>, December 13, 2009;
2. Akman.P. The EC Discussion Paper on the Application of Article 82. Available at: <http://ec.europa.eu/comm/competition/anitrust/art82/004.pdf>, January 10, 2010;
3. Amato.G. Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market. Oxford, Hart Publishing, 1997;
4. Anderman.S. The Epithet That Dares Not Speaks its Name. Edited by A.Ezrachi. Article 82EC Reflections on its Recent Ecolution. Hart Publishing Oxford, Portland and Oregon, 2009;
5. Anderman.S. Does the Microsoft Case Offer a New Paradigm for the „Exceptional Circumstances“ Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law? Competition Law Review, 2004, Vol 1, issue 2, p 45ff;
6. Barnett.T.O. Statement on European Microsoft Decision (17 September 2007). Available at: http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2007/226010.htm, January 10, 2010;
7. Bishop.S. Walker.M. The Economics of EC Competition Law, 2nd edn. Sweet&Maxwell, London, 2002;
8. Bouchagiar.A. Softwars: The Role of the Essential Facilities Doctrine as *Jus in Bello*. Competition and Regulation in Network Industries, 2007, Vol. 8 No 3, p 337ff;
9. Brouwer.O.W. Goyder.J. Mes.D. Developments in EC Competition Law in 2007: An Overview. Common Market Law Review, 2008, 45, p 1167ff;
10. Byrne.D. Compulsory Licensing of IP Rights: has EC Competition Law arrived at a Clear and Rational Analysis following the IMS judgement and the Microsoft Decision? Golding Essay Prize 2006, the Competition Law Association. Available at: <http://www.competitionlawassociation.org.uk/docs/essay06.pdf>, January 10, 2010;
11. Crocioni.P. Leveraging of Market Power in Emerging Markets: A Review of Cases, Literature and Suggested Framework. Journal of Competition Law & Economics, 2006, Vol 4, issue 2, p 449ff;
12. Dayagi-Epstein.O. The Evolution of the Notion of Consumer Interest. Edited by A.Ezrachi. Article 82 EC Rreflections on its Recent Evolution. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009;

13. De Burca.P. EU Law: Texts, Cases and Materials. Fourth Edition. Oxford University Press, 2007;
14. Doherty.B. Just What are Essential Facilities? Common Market Law Review. Kluwer Law International, 2001, 38, p 397 ff;
15. Dosi.G. Marsili.M. Orsenigo.L. Salvatore.R. Learning, Market Selection and Evolution of Industrial Structures. Small Business Economy, 1995,7, p 410ff;
16. Drexl.J. The Relationship between the Legal Exclusivity and Economic Market Power: Links and Limits. The Colledge of Europe conference „Intellectual Propety, Market Power and the Public Interest“ materials. April 20, 2007, Bruges;
17. Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP) report „An Economic Approach to art 82“, July 2005. Available at: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf, January 10, 2010;
18. EC Commission Communication. Copyright in the Knowledge Economy COM(2009) 532.final. October 19, 2009. Available at http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20091019_532_en.pdf, February 20, 2010;
19. EC Commission Reflection Document (DG INSO and DG Market). Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. October 22, 2009. Available at: http://ec.europa.eu/avpolicy/other_actions/content_online/index_en.htm, February 20, 2010;
20. EC Commission report in OECD/GD/113. The Essential Facilities Concept, 1997. Available at: [http://www.oilis.oecd.org/olis/1996doc.nsf/LinkTo/OCDE-GD\(96\)113](http://www.oilis.oecd.org/olis/1996doc.nsf/LinkTo/OCDE-GD(96)113), January 10, 2010;
21. Eklöf.D. The Microsoft Case – at the Heart of the IP/Antitrust Intersection. Artikkel A.Ezrachi kogumikust „Article 82EC Reflections on its Recent Evolution“ Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2009;
22. Revised proposal for a Council Regulation on the Community patent. Brussels, 7 April 2009. Available at: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st08/st08588.en09.pdf>, January, 10, 2010;
23. Farrel.J. Klemperer.P. Coordination and Lock-in: Competition with Switching Costs and Network Effects. 2006. Available at: <http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=iber/cpc>, December 13, 2009;

24. Federal Trade Communication and U.S. Department of Justice, Horizontal Merger Guidelines: Questions for Public Comment (Sept. 22, 2009). Available at: <http://www.ftc.gov/bc/workshops/hmg-questions.pdf>, December 13, 2009;
25. Fisher.F. Innovation and Monopoly Leveraging, 1999. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id247514, December 13, 2009;
26. Forrester.I. The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law. European University Institute (*EUI*), Robert Schuman Centre of Advanced Studies (*RSCAS*). *EUI-RSCAS Working Papers*. June 2005. Available at: <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2005/200510-CompForrester.pdf>, December 13, 2009;
27. Gormsen.L.L. The Conflict Between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC. *European Competition Journal*, 2007 vol 3 No 2, p 329ff;
28. Harz.M. Dominance and Duty in the EU: A Look Through Microsoft Windows at the Essential Facilities Doctrine. Available at: <http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/spg97/HARZ.html>, December 13, 2009;
29. Hatzopoulos.V. The EU Essential Facilities Doctrine. *College of Europe, Research Papers in Law*, Bruges, 2006. Available at: <http://www.europacollege.be/template.asp?pagename=lawpapers>, January 10, 2010;
30. Hogan.J. Magill Revisited. *Irish Student Law Review*, 2000, Vol.8. Available at: http://www.islr.ie/Reviews/2000/magill_revisited.pdf, January 10, 2010;
31. Hovenkamp.H. Legislation, Well-being and Public Choice. *University of Chicago Law Review*, 1990, 57, p 63ff;
32. Incardona.R. Modernisation of Article 82 EC and Refusal to Supply: Any Real Change in Sight? *European Competition Journal*, 2006, vol.2, issue 2, p 337ff;
33. Jones.A. Sufrin.B. *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*. Second Edition. Oxford University Press. 2004;
34. Janusz.A. Ordovery.D. Wall.M. Understanding Econometric Methods of Market Definition. *Antitrust* 1989, 20, pp 319ff;
35. Kallaugher. Weitbrecht. Microsoft and More: Developments munder Articles 82 and 82 EC in 2007. *European Competition Law Review* 2008, Vol 29, issue 7, p 410ff;
36. Katsoulacos.Y. Ulph.D. An Optimal Legal Standards for Competition Policy: a General Analysis, and Welfare Implications. 2008. Available at:

<http://www.cresse.info/default.aspx?articleID=12578&heading=Publications%20&20News>,

December 13, 2009;

37. Katsoulacos.Y. The Optimal Legal Standards for Refusals to License Intellectual Property: A Welfare-Based Analysis. *Journal of Competition Law & Economics*, 2008 Vol 5, No 2, p 269ff;

38. Killick.J. IMS and Microsoft Judged in the Cold Light of IMS. *The Competition Law Review*, 2004, Vol 1 No 2, p 23 ff;

39. Klepper.S. Grady.E. The Evolution of New Industries and the Determinants of Market Structure. *The RAND Journal of Economics*, 1990, 27, p 20ff;

40. Lear.X. The Cost of Inappropriate Interventions/non Interventions under Article 82. 2006. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.ofc.gov.uk/NR/rdonlyres/C7C33CCD-A37B-48CC-8BD9-22745BBCE103/0/ofc864.pdf>, December 13, 2009;

41. Loewenthal.P. The Defence of „Objective Justification“ in the Application of Article 82 EC. *World Competition*, 2005, Vol 28, No 4, p 455;

42. Marsden.P. Whelan.P. Consumer Detriment and Its Application in EC and UK Competition Law. *European Competition Law Review*, 2006, Vol 27, issue 10, p 569ff;

43. Martin.S. The Goals of Antitrust and Competition Policy. Mimeo 2005. Available at: http://www.iue.it/ECO/Conferences/CompetitionDay/papers/Martin_paper.pdf, January 10, 2010;

44. McMahon.K. A Reformed Approach to Article 82 and the Special Responsibility. Edited by A.Ezrachi. *Article 82 and its Recent Evolution*. Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2009;

45. Neven.D. Mavroidis.P. The Interface Between Competition and Contract Law. The Case of Essential Facilities. *European University Institute, EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings*, 2003. Available at: <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003/200306COMP-Neven-Mavroidis-sII.pdf>, January 10, 2010;

46. Nguyen.T. Competition Rules in TRIPS Agreement – The SCI’s Ruling in Microsoft vs Commission and Implications for Developing Countries. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2008, Vol. 39, issue 5, p 558ff;

47. Nicolaides. Effective Competition in Network Industries. *European Competition Law Review*, 2001, 9, p 390ff;

48. O’Donoghue.R. Padilla.J.A. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Hart Publishing, Oxford/Portland 2005;

49. OECD Merger Review in Emerging High Innovation Markets – Background Note by the Secretariat, DAFE/COMP (2002) 20, 2003. Available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/40/0/2492253.pdf>, January, 10, 2010;
50. Reimann.C. Essential Dunction vs Essential Facility: Defining the Amount of R&D Protection in High-Tech Industries after IMS and Microsoft. Competition Law Review, 2004, Vol 1, issue 2, p 49ff;
51. Ridyard.D. Compulsory Access Under EC Competition Law – A New Doctrine of „Convenient Facilities“ and the Case for Price Regulation. European Competition Law Review, 2004, 669, p 670 ff;
52. Ritter.L. Braun.W.D. European Competition Law: A Practitiner’s Guide. Third Edition. Kluwer Law International, 2005;
53. Reding.V. Speech at CMT's II International meeting: "Regulation in a convergent environment", Barcelona, November 23, 2009. Available at: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/09/551>, March 10, 2010.
54. Rosch.J.T. Reflections on the DG Competition Discussion Paper on Application of Article 82 to Exclusionary Abuses. Conference materials. International competition law forum, May 11, 2006, St Gallen. Available at: <http://www.ftc.gov/speeches/rosch/060511RoschStGallenRemarks.pdf>, December 13, 2009;
55. Rouseva.E. The Concept of Objective Justification of and Abuse of Dominant Position: Can it Help to Modernise the Analysis under Article 82EC. Competition Law Review, 2006, Vol 2, issue 2, p 27ff;
56. Sidak.J.G. Teece.D. Dynamic Competition in Antitrust Law. Journal of Competition Law and Economics. Oxford University Press, 2009, 1, 1ff;
57. Sullivan.A. Handbook of Law of Antitrust. West Publishing, St.Paul, Minnesota, 1997;
58. Teece.D.J. Explicating Dynamic Capabilities: The Nature and Microfoundations of Sustainable Enterprise Performance. Strategic Management Journal, 2007, 28, p 1317ff;
59. Temple Lang.J. European Competition Policy and Regulation: Differences, Overlaps and Constraints. Paper delivered at the 3rd Antitrust Conference organised by CERNA (Ecoles des Mines, Paris) and BCLT (Berkeley University) January 2006. Available at: http://www.cerna.ensmp.fr/cerna_regulation/Documents/Antitrust2006/Temple-Lang.pdf, December 13, 2009;
60. Vedder.H. Competition Law and Consumer Protection: How Competition Law Can be Used to Protect Consumers Even Better- Or Not. European Business Law Review, 2006, 83, p..ff;

61. Vickers.J. Competition Law & Economics: A Mid-Atlantic Viewpoint. European Competition Law Journal, 2007, 1, p 3ff;
62. Whish.R. Competition Law, 5th ed. United Kingdom, Butterworth & Co Publishers, 2003;

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

RAHVUSVAHELISED LEPINGUD

63. Maailma Kaubandusorganisatsiooni (WTO) 15.04.1994.a. asutamislepingu lisa - Intellektuaalomandiõiguste kaubandusaspektide leping. RT II, 1999, 22, 123;

EUROOPA LIIDU ÕIGUSAKTID

Põhilepingud:

64. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. 30.03.2010. ELT C 2010, 83.

65. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Ühenduse asutamislepingu konsolideeritud versioonid. 01.05.2004. ELT C 2006, 321/43.

Teised õigusaktid:

66. Euroopa Nõukogu 14.05.1991.a. direktiiv 2009/24/EÜ arvutiprogrammide õiguskaitse kohta. ELT L 1991, 122/42; 2009, 111/16;

67. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11.03.1996.a. direktiiv 96/9/EÜ andmebaaside õiguskaitse kohta. EÜT L 1996, 77/20;

68. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 22.05.2001.a. direktiiv 2001/29/EÜ autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste teatavate aspektide ühtlustamise kohta infoühiskonnas. EÜT L 2001, 167/10;

69. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 07.03.2002.a. direktiiv 2002/21/EÜ elektrooniliste sidevõrkude ja –teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta. EÜT L 2002, 108/33; ELT 2009, 337/37;

70. Nõukogu 16.12.2002.a. määrus 1/2003, asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta. ELT L 2003 1/1;

71. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 12.12.2006.a. direktiiv 2006/115/EÜ rendi- ja laenutamiseõiguste ning autoriõigusega kaasnevate õigustega kaitstud intellektuaalomandiõiguste kohta. ELT L 2006, 376/28;

Teatised ja suunised:

72. Komisjoni 9.12.1997.a. teatis asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses. EÜT C 1997, 372/3;

73. Komisjoni 23.07.2004 teatis suunistest EC asutamislepingu art 81 ja 82 sisalduva liikmesriikide vahelise kaubanduse mõju mõiste kohta. ELT C 2004, 101/81;

74. Commission, DG Competition, Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses. December 2005. Available at: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>, February 20, 2010.

75. Commission, DG Competition, Guidance of the Commission's Enforcement Priorities Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings. December, 3 2008. Available at: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/guidance.pdf>, February 20, 2010.

USA ÕIGUSAKTID

76. USA Sherman Antitrust Act (1890), 15 UCR;

KASUTATUD LAHENDID

EUROOPA KOHTU OTSUSED

77. Joined Cases 56/64 and 58/64 Grundig and Consten v Commission. ECJ July 13, 1966. 1966 ECR 299;
78. Case C-78/70 Deutsche Grammophon v Metro. ECJ June 8, 1971. 1971 ECR 487;
89. Case 6/72 Continental Can v Commission. ECJ February 21, 1973. 1973 ECR 215;
80. Joined Cases C-6/73 and C-7/73 Institute Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corp v Commission. ECJ March 6, 1974. 1974 ECR 223;
81. C-27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission. ECJ February 14, 1978. 1978 ECR 207;
82. Case 22/78 Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd v Commission. ECJ May 31, 1979. 1979 ECR 1869;
83. Case 85/76 Hoffman-La Roche AG v Commission. ECJ February 13, 1979. 1979, ECR I-461;
84. Case 7/82 GVL v Commission. ECJ March 2, 1983. 1983 ECR 483;
85. Case 322/81 Michelin v Commission (Michelin I). ECJ November 9, 1983. 1983 ECR 3461;
86. Case C-311/84 Centre Belge d'Etudes du Marché – Télémarketing (CBEM) v CLT SA. ECJ October 3, 1985. 1985 ECR 3261;
87. Case 53/87 Maxicar SpA v Regie Nationale des Usines Renault SA. ECJ October 5, 1988. 1988 ECR 6039;
88. Case C-238/87 AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd. ECJ October 5, 1988. 1988 ECR 6211;
89. Case 62/86 AKZO Chemie BV v Commission. ECJ July 3, 1991. 1991 ECR I-3359;
90. Joined Cases C-241/91 and C-241/92 Radio Telefins Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission (Magill). ECJ April 6, 1995. 1995 ECR I-00743;
91. Case C-61/94 Commission v Germany. ECJ September 10, 1996. 1996 ECR I-3989;
92. Case C-53/92P Hilti AG v Commission. ECJ November 14, 1996. 1996 ECR I-5951;
93. Case C-333/94 Tetra Pak International SA vs Commission (Tetra Pak II). ECJ November 14, 1996. 1996 ECR I-5951;
94. Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co v Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. ECJ November 26, 1998. 1998 ECR I-779;

95. Case C-200/96 *Metronome v Commission*. April 28, 1998. 1998 ECR-I 1953;
96. Case C-149/96 *Portugal v Council*. ECJ November 23, 1999. 1999 ECR I-8395;
97. Joined Cases C-395/96P and C-396/96P *Compagnie Maritime Belge. Transports v Commission (CEWAL II)*. ECJ March 16, 2000. 2000 ECR I-1365;
98. Case C-398/98 *Commission v Crece*. ECJ October 25, 2001. 2001, ECR I-7915;
99. Case C-418/01 *IMS Health GmbH & Co OHG v NDC Health GmbH & Co KG*. ECJ April 29, 2004. 2004 ECR I-3401;
100. Case C-95/04P *British Airways v Commission*. ECJ March 15, 2007. 2007 ECR I-233;
101. Joined Cases C-468/06 and C-478/06 *Sot.Lélos kai Sia EE and Others v. GlaxoSmithKline AÈVE Farmakeftikon Proïonton* ECJ September 16, 2008. OJ 2008 C 301/6.

EUROOPA ESIMESE ASTME KOHTU OTSUSED

102. Joined Cases T-69/89, 70/89 and 76/89 *Radio Telefins Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) and BBC v Commission (Magill)*. CFI July 10, 1991. 1991 ECR II-485;
103. Case T 184/01 *IMS Health GmbH & Co OHG v NDC Health GmbH & Co KG*. CFI October 26, 2001. 2001, ECR II-3193;
104. Case T-65/89 *British Plaster Board Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission*. CFI April 1, 1993. 1993 ECR II-389;
105. Case T-504/93 *Tiercé Ladbroke SA v Commission*. CFI June 12, 1997. 1997 ECR II-923;
106. Joined Cases T-374, 375, 384 and 388/94 *European Night Services Ltd v Commission*. CFI September 15, 1998. 1998 ECR II-3141;
107. Case T-228/97 *Irish Sugar vs Commission*. CFI October 7, 1999. 1999 ECR II-2969;
108. Case T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission*. CFI December 12, 2000. 2000, ECR II-3929;
109. Case T-203/01 *Michelin vs Commission (Michelin II)*. CFI September 30, 2003. 2003 ECR II-4071;
110. Joined Cases T-191/98, 212/98 and 214/98 *Atlantic Container Line AB and Others v Commission*. CFI September 30, 2003. 2003, ECR II-3275;
111. Case T-219/99 *British Airways vs Commission*. CFI December 17, 2003. 2003, ECR II-5917;

112. Case T-340/03 France Telecom (formerly Wanadoo Interactive SA) v Commission. 2007. CFI January 30, 2007. 2007, ECR II-107;

113. Case T-60/05 Ufex and others (EUECJ) v Commission. September 12, 2007. OJ 2007 C 247/30;

114. Case T-201/04 Microsoft v Commission. CFI September 17, 2007. 2007, ECR II-3601;

EUROOPA KOMISJONI OTSUSED

115. Sea Containers v. Stena SeaLink Ports (Interim Measures IV/34.689) 21.12.1993. 1994, OJ L 15/84;

116. Deutsche Telekom (COMP/C-1/37.451) 21.05.2003. 2003, OJ L 263/9;

117. Microsoft (COMP/C-3/37.792) 24.03.2004. 2007, OJ L 32/23;

118. Wanadoo Interactive (COMP/38.233) 16.07.2003.a. Available at: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/38233/en.pdf>;

119. Distrigaz (COMP/37.966) 11.10.2007.a. 2008, OJ L 9/05.

USA KOHTUTE LAHENDID

Ülemkohtu otsused:

120. United States vs Terminal Railroad Association of St.Louis, 224 U.S. 383 (1912);

121. United States vs Colgate & Co, 250 U.S. 300 (1919);

122. Otter Tail Power Co. vs United States, 410 U.S. 366 (1973);

123. Aspen Skiing Co vs Aspen Highland Skiing Corp. 472 U.S. 585 (1985);

124. Verizon Communications Inc vs Law Offices of Curtis vs Trinko, 540, U.S. 398 (2004);

Ringkonnakohtute otsused:

125. Hecht vs Pro-Football Inc. 570 F.2d 982 (D.C.Cir. 1977);

126. Olympia Equipment vs Western Union Telegraph 797 F 2nd 370 (7th Cir. 1986);

127. Eastman Kodak Xo v. Image Technical Services Inc. 125 F.3.d 1195 (9th Cir. 1997);

128. CSU, L.L.C. v. Xerox Corp. 105 F.3d 1322 (Fed.Cir. 2000);

129. Massachusetts vs Microsoft Corp., 373 F.3d 1199 (D.C.Cir. 2004).