

**TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSINSTITUUT**

Marek Sepp

**KONKURENTSIRIKKUMISTEGA
SEONDUVAID KÜSIMUSI
EUROOPA LIIDU KONKURENTSIÕIGUSES**

Magistritöö

Juhendaja: prof. Heiki Pisuke

TALLINN

2006

SISUKORD

Sissejuhatus	4
1. Konkurentsirikkumiste üldküsimumused Euroopa Liidu konkurentsioiguses:	
sissejuhatus teemasse	10
1.1. Konkurentsi õiguslik kaitsmine, ettevõtlusvabaduse riive	10
1.2. Põhjuslik seos konkurentsi kahjustamisel	23
1.3. Euroopa Liidu konkurentsireeglite kohaldamine	32
1.3.1. Euroopa Liidu konkurentsioiguse peamised allikad	32
1.3.2. Rooma lepingu artiklid 81 ja 82 – kas normid või põhimõtted ?	33
1.3.3. Konkurentsioiguse tõlgendamine	35
1.3.4. Konkurentsirikkumiste analüüsimisel kasutatavad meetodid	40
1.4. Konkurentsirikkumistega tekitatud kahju hüvitamine	46
2. Konkurentsi kahjustavate kokkulepete keeld	55
2.1. Konkurentsi kahjustava kokkuleppe mõiste ja liigid	55
2.2. Horisontaalsete kokkulepete keeld	64
2.2.1. Hinnakokkulepete keeld	64
2.2.2. Turujagamise kokkulepete keeld	74
2.3. Vertikaalsete kokkulepete keeld	80
2.3.1. Vertikaalne integratsioon	80
2.3.2. Edasimüügihinna kindlaksmääramine	81
2.3.3. Vertikaalne keeldumine tehingust	82
2.3.4. Ebaseaduslik sidumine	87
2.3.5. Ebavõrdne kohtlemine ja diskrimineeriv hinnakujundus	88
2.3.6. Margisisesed ja märgivälised piirangud	90
2.4. Erandid konkurentsi kahjustavate kokkulepete keelust	94
2.4.1. Erandite kohaldamine	94
2.4.2. Individuaalsed erandid	96
2.4.3. Grupierandid	97
3. Koondumiste kontroll	106
3.1. Koondumise olemus, mõiste ja liigid	106
3.2. Koondumiste positiivsed tagajärjed	109
3.3. Koondumistega seotud konkurentsiprobleemid	114
3.4. Koondumiste kontrolli testid	118

Kokkuvõte	139
Summary	148
Kasutatud kirjanduse loetelu	155
Kasutatud normatiivmaterjali loetelu	163
Kasutatud kohtupraktika loetelu	165

SISSEJUHATUS

Majandusliku võimsuse ja konkurentsivõime järgi saab maailmas eristada kolme olulist piirkonda. Nendeks on Ameerika Ühendriigid, Euroopa Liit ja Kagu-Aasia riigid. Ameerika Ühendriikide majandust võib hetkel pidada maailma majandusarengu lipulaevaks. Samas Kagu-Aasia riike iseloomustab jälle majandusarengu suur kiirus. Siinkohal saab näiteks nimetada Kagu-Aasia "majandustiigreid" Lõuna-Koread, Taiwani, Singapuri ja Hong Kongi. Viimasel ajal on võimalik rääkida ka Hiina ning samuti India majanduse kiirest arengust. Euroopa Liit seadis endale enne laienemist Lissaboni strateegiaga¹ pretensioonika ülesande saada aastaks 2010 maailma kõige konkurentsivõimelisemaks piirkonnaks. Selles leppisid 2000. aasta märtsis kokku Euroopa Liidu riigipead ja valitsused. Käesolevaks ajaks on Euroopa Liidus siiski aru saadud seatud eesmärgi saavutamise võimatusest ning Ameerika Ühendriikide majandusest möödumise eesmärki on korrigeeritud. Nimetatud strateegias võeti muuhulgas suund dünaamiliselt arenevale teadmispõhisele majandusele, mis võiks olla Euroopa Liidule jõukohane väljakutse.

Kuidas on riigi majanduse konkurentsivõime seotud konkurentsi ja kehtiva konkurentsioigusega? Tugeva ja konkurentsivõimelise majanduse tekkimisele ning selle säilimisele aitavad kindlasti kaasa tõhus ja toimiv konkurents ning optimaalsed konkurentsireeglid. Konkurentsiga seonduvad probleemid on aga erinevates riikides või majanduspiirkondades küllaltki sarnased. Konkurentsi on võimalik käsitleda mitmest erinevast vaatenurgast lähtudes. Lisaks ressursside efektiivsemale kasutamisele võib olla tegemist ka hävitava konkurentsiga, kus ettevõtjatevahelise konkurentsivõitluse tulemusel nõrgemad langevad hoopis ettevõtlusest välja. Selle tulemusena võib kujuneda monopolne turg, millesse konkurentsi reguleerijad üldjuhul suhtuvad negatiivselt, kuna hinnad tarbijate jaoks tõusevad või võivad tõusta. Monopoolset turgu saab samas vaadelda ka positiivse poole pealt. Monopolide juures tekib tihti võimalus suurema käibe tõttu püsikulude arvel kulude kokkuhoidu saavutada. Konkurentsivõitlus on oma olemuselt olelusvõitlus, kus ellu jäävad ainult tugevamad ettevõtjad. Näiteks on uutele turgudele raske siseneda ja peale sisenemist on seal raske vastu pidada. Uutele turgudele sisenemine on aga oluline konkurentsi

¹ Vt ka <http://secretariat.efta.int/Web/EuropeanEconomicArea/LisbonStrategy>

isereguleerimise mehhanism, mis kindlustab konkurentsi toimimist ja tasakaalustab seda.

Konkurentsioigus on tihedalt seotud konkurentsipoliitikaga. Viimane on konkurentsioigusega võrreldes laiem mõiste. Konkurentsipoliitika sisaldab lisaks konkurentsioigusele ka selle õiguse elluviimise meetodeid ja muid riiklikke meetmeid, millel on konkurentsioigusega samad eesmärgid. Konkurentsioiguse ülesanne on tagada, et kaubaturgudel konkureerimine käiks kindlate reeglite järgi. Keelatud on salajased kokkulepped ja muud ausat majandusvõistlust kahjustavad tegevused. Kui keegi neid reegleid ei soovi järgida, siis tekib küsimus tema korrale kutsumisest ja võimalikust karistamisest konkurentsi järelevalveorganite poolt.

Magistritöö eesmärgiks on uurida mõningaid konkurentsirikkumistega seotud probleeme. Peamiselt uuritakse konkurentsirikkumiste üle järelevalve teostamisel kasutatavaid erinevaid analüüsi ja kontrolli meetodeid. Analüüsitakse ja võrreldakse üldise keelu (*per se rule*) meetodit, põhjusliku seose (*rule of reason*) meetodit ning teisi analüüsi ja kontrolli meetodeid. Neid meetodeid ei käsitleta kogu konkurentsioiguse ulatuses, vaid piirduakse konkurentsirikkumistega, mis on seotud ettevõtjatevaheliste kokkulepetega, kooskõlastatud tegevustega ja otsustega ning ettevõtjate koondumistega. Nende konkurentsirikkumiste analüüsimine annab hea võimaluse erinevate põhjuslikkuse teoreetiliste lähenemiste võrdlemiseks, kuidas on võimalik tuvastada põhjuslikku seost konkurentsirikkumise ja konkurentsi kahjustamise vahel. Samuti on oluline võrrelda ettevõtjatevahelisi konkurentsi kahjustada võivaid kokkuleppeid koondumistega. Esimesel juhul toimub konkurentsirikkumiste uurimine retrospektiivselt (*ex post*), teisel juhul aga tulevikku vaatavalt (*ex ante*). Sellised konkurentsioiguse instituudid nagu kõlvatu konkurents ja riigiabi andmine jäävad väljapoole käesoleva magistritöö uurimisala. Tiheda seose tõttu uuritavate konkurentsirikkumistega käsitletakse töös vajalikul määral ka turguvalitseva seisundi kuritarvitamisega seonduvaid probleeme. Konkurentsirikkumiste puhul on võimalik, et mõnda konkurentsirikkumist saab sõltuvalt rikkumise asjaoludest käsitleda kas kui konkurentsi kahjustavat kokkulepet, turguvalitseva seisundi kuritarvitamist või hoopis kui keelatud koondumist. Lisaks nimetatud probleemidele analüüsitakse töös ka muid konkurentsirikkumistega seonduvaid küsimusi. Peatutakse konkurentsi olemuse, konkurentsioiguse eesmärkide

ning nende eesmärkide saavutamise erinevate võimaluste olulistel aspektidel, mis omavad tähendust töö üldtemaatika seisukohalt.

Autor seadis endale eesmärgiks tõestada, et Euroopa Liidu konkurentsioiguses järelevalveorganite poolt teostatava konkurentsi kahjustavate kokkulepete ja kooskõlastatud tegevuse uurimise puhul järelevalveorganid ei kasuta eelduslikku ja üldistamisel põhinevat üldise keelu meetodit, mida kasutatakse paljude raskete rikkumiste puhul Ameerika Ühendriikides. Selle asemel kasutatakse valdavalt individuaalsel uurimisel põhinevat põhjusliku seose meetodit. Töös esitatakse väide, et Euroopa Liidus järelevalve teostamisel suhtutakse konkurentsi kahjustavatesse horisontaalsetesse kokkulepetesse leebemalt ja koondumistesse rangemalt kui Ameerika Ühendriikides. Euroopa Liidus ei tajuta veel piisavalt kartellikokkulepete ohtlikkust konkurentsile, koondumiste kontrollimisel aga ei arvestata vajalikul määral koondumiste positiivsete tagajärgedega. Veel väidetakse töös, et Euroopa Liidus konkurentsirikkumiste järelevalve käigus ei kasutata piisavalt rikkumise tuvastamist lihtsustavate õiguslike eelduste loomise võimalust ja et koondumiste kontrollil kasutatav loasüsteem ei ole asjakohane ning ei õigusta ennast enam globaliseerivas majanduses.

Käesoleva töö juriidiline analüüs põhineb võrdleva, süstemaatilise, loogilise ja ajaloolise meetodi kasutamisel. Töös tuginetakse konkurentsirikkumiste ja nende järelevalve analüüsimeetodite uurimisel võrdluse eesmärgil Ameerika Ühendriikide konkurentsioigusele, mida seal nimetatakse monopolidevastaseks õiguseks. Selle võrdluse peamiseks põhjuseks on Ühendriikide pikaajaline ja süstemaatiline kogemus monopolidevastase võitluse valdkonnas. Huvi võrdlemiseks on tekitanud ka sealse majanduse tugevus ja konkurentsivõimelisus. Töös uuritakse, milline on Ameerika Ühendriikide ettevõtjate ja konkurentsi järelevalveorganite suhtumine konkurentsi ning selle kaitsmise vajadusse ja võimalustesse, samuti, millised on Ameerika Ühendriikide konkretsed konkurentsireeglid ja kuidas neid konkurentsirikkumiste suhtes kohaldatakse. Töös toetutakse ka konkurentsioiguse tõlgendamise seostele õiguse tõlgendamise teooriaga sellises mahus, mis on probleemide selgitamiseks vajalik. Kasutatavate konkurentsirikkumiste järelevalve analüüsimeetodite võrdlemisel uuritakse vajalikul minimaalsel määral ka seoseid põhjuslikkuse erinevate teoreetiliste käsitlustega.

Toetumine majanduslikule analüüsile lisab tööle interdistsiplinaarset iseloomu. Õigusmajandus (*economic analysis of law*) tegeleb õigusnähtuste selgitamisega tuginedes majandusteoriale. Õigusmajanduse abil on võimalik selgitada, milline on konkurentsireeglite toime, miks need on kehtestatud sellisel kujul ja millised on nende võimalikud tagajärjed. Magistritöös analüüsitavatel probleemidel on kokkupuutepunkte intellektuaalse omandiga, näiteks litsentsilepingute sõlmimisega. Nimetatud instituudi reguleerimisalasse aga töös ei siseneta. Intellektuaalse omandi puhul on konkurentsirikkumistega tegemist ikkagi ainult siis, kui rikutakse konkreetseid konkurentsioiguse, mitte intellektuaalse omandi õiguse norme. Konkurentsioigusel ja intellektuaalse omandi õigusel on aga sarnane eesmärk. Ühel juhul kaitstakse konkurentsi, teisel juhul suurendatakse konkurentsi kasutades innovatsiooni. Nende õiguste seotuse kohta saab tuua näiteks Pariisi 1883. a. tööstusomandi kaitse konventsiooni artikli 1 lõike 2², mille kohaselt on kõlvatu konkurentsi tõkestamine ka üheks tööstusomandi kaitse viisiks.

Kuna konkurentsioiguses kasutatakse mõisteid, mille täpne määratlemine on konkurentsirikkumiste analüüsimisel oluline, uuritakse töös ka konkurentsioiguses kasutatavate mõistetega seonduvat. Arvesse tuleb võtta seda, et paljudel praktika käigus väljakujunenud mõistetel puudub õigusaktides legaaldefiniitsioon. Mõistete sisu piiritlemine on tähtis Euroopa Liidu konkurentsioiguse küllaltki üldise sõnastusega normide täpse ja ühetaolise kasutamise tagamisel konkurentsirikkumiste järelevalve teostamise käigus kõikides liikmesriikides.

Magistritöö ülesehituse juures on teema peatükkidesse jaotamisel arvesse võetud konkurentsirikkumiste järelevalves kasutatavate analüüsi ja kontrolli meetodite erinevaid liike. Eraldi peatükis analüüsitakse konkurentsi kahjustavaid kokkuleppeid ja nende üle teostatavat järelevalvet. Praktikast toimub nende kokkulepete uurimine valdavalt ajas tagasivaatavalt. Omaette peatükis käsitletakse koondumiste kontrolli, mida praktikast uuritakse ajas tulevikku vaatavalt. Tööd läbivaks teemaks on üldistatud ja individuaalsete analüüsimeetodite kasutamise võrdlemine.

² Tööstusomandi kaitse Pariisi konventsioon. RT II 1994, 4/5, 19.

Allikmaterjalina on töös kasutatud Eesti ja välismaist erialakirjandust ja perioodilistes väljaannetes avaldatud artikleid. Olulisteks allikateks on Eesti konkurentsiseaduse kommentaarid, Michel Waelbroeck'i õppematerjal kohtunikele konkurentsioigusest Euroopa Ühenduses ja professor Jüri Sepa Euroopa Liidu ja Eesti konkurentsipoliitikat käsitlev teos. Eestikeelset vastavat erialakirjandust on siiski suhteliselt vähe. See on ka mõistetav, arvestades käesoleva töö probleemistikku ja selle valdkonna praktilise kogemuse puudumist, tulenevalt varasemasest Euroopa Liitu mittekuulumisest. Välismaistest autoritest, kellele on käesolevas töös rohkem tuginetud, arvestades nende kogemust ja põhjalikkust selles valdkonnas, vajavad nimetamist Herbert Hovenkamp ja Jens Fejo. Esimeselt pärineb Ameerika vastava pikaajalise kogemuse ja teiselt analüüsimeetodite võrdlemise hea süstemaatiline käsitus. Euroopa Liidu konkurentsioiguse põhjalike ning samas piisavalt üldistatud ülevaadete tõttu toetutakse töös eelkõige sellistele autoritele nagu Paul Craig, Grainne de Burca, Martin Mendelsohn ja Stephen Rose. Kuna Euroopa Liidu konkurentsioigust kohaldatakse liikmesriikides vahetult, siis on konkurentsioigus Euroopa Liidu õiguse oluline ja tähtis osa ning tavaliselt tuuakse see eraldi osana välja Euroopa Liidu õigust laiemalt käsitlevates õpikutes. Neile on käesolevas töös samuti tuginetud.

Töö koosneb kolmest peatükist. Esimeses peatükis uuritakse konkurentsirikkumistega seonduvate probleemide olulisi aspekte. Avatakse konkurentsipoliitika ja konkurentsioiguse üldised põhimõtted. Selgitatakse, kuidas konkurentsireegleid tõlgendatakse. Käsitletakse peamiste põhjuslikkuse teoreetiliste käsitluste ja erinevate võimalike konkurentsirikkumiste analüüsimeetodite olemust ning nendega seotud olulisi küsimusi. Samuti keskendutakse ühe meetodi - üldise keelu meetodi - kasutamise võimalikkuse uurimisele Euroopa Liidu konkurentsioiguses. Peatüki lõpus analüüsitakse konkurentsirikkumistega tarbijatele ja konkurentidele tekitatud kahju hüvitamise võimalusi, võttes arvesse ka erinevate põhjuslikkuse käsitluste kasutamise praktikat.

Teises peatükis keskendutakse ettevõtjatevaheliste konkurentsi kahjustavate kokkulepete, kooskõlastatud tegevuste ja otsuste uurimisele. Analüüsitakse ja võrreldakse erinevaid horisontaalseid ja vertikaalseid kokkuleppeid, samuti Rooma lepingu artikli 81 lõikes 3 toodud individuaalseid erandeid ning Euroopa Liidu

konkurentsioigusele ainuomaseid grupierandeid. Uuritakse erinevate analüüsimeetodite kasutamist järelevalve teostamisel toimepandud konkurentsirikkumiste üle.

Kolmandas peatükis on põhiküsimuseks erinevate testide võrdlus, mida kasutatakse koondumiste kontrollimisel. Analüüsitakse ja võrreldakse Euroopa Liidus kasutatavat sobivuse testi ehk turguvalitseva seisundi testi ning Ameerika Ühendriikides levinud konkurentsi olulise vähenemise testi. Eraldi keskendutakse argumentidele, mis iseloomustavad koondumiste võimalikke kasulikke tagajärgi. Tähelepanu pööratakse samuti argumentidele, mis toovad välja koondumiste võimalikud negatiivsed tagajärjed. Kõiki asjaolusid arvesse võttes hinnatakse koondumiste kontrollimisel kasutatava loasüsteemi otstarbekust.

1. peatükk

KONKURENTSIRIKKUMISED KONKURENTSIÕIGUSES

EUROOPA

LIIDU

1.1. Konkurentsi õiguslik kaitsmine, ettevõtlusvabaduse riive

Võimaliku konkurentsirikkumisena saab käsitleda juhtumit, kui näiteks kolm ettevõtjat lepivad omavahel kokku müüa teatud konkreetset kaupa sama hinnaga. Rooma lepingu artikli 81 lõike 1 kohaselt on ühisturuga kokkusobimatud ja keelatud sellised kokkulepped, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust ning mille eesmärgiks on takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturu piires, iseäranis need kokkulepped, millega otseselt või kaudselt määratakse kindlaks müügihinnad.³ Sherman'i seaduse § 1 kohaselt on ebaseaduslik iga leping, mis takistab kaubandust.⁴ Sõnastuselt on need Euroopa Liidu ja Ameerika Ühendriikide reeglid sarnased. Praktikas aga toimub konkurentsirikkumiste analüüs erinevalt. Vaidluse korral Euroopa Liidus asub Euroopa Kohus uurima selle konkreetse kokkuleppe poolt tekitatud konkurentsi võimalikku kahjustamist ja selle uurimise tulemus ei ole alati etteaimatav. Kui see kolme ettevõtja kokkulepe läheb aga Ameerika Ühendriikide kõrgema föderalse kohtu ette, on tõenäoliselt tulemuseks, et ainuüksi kauba või teenuse hinna fikseerimise kokkuleppe enda pärast tunnistab kohus, et Sherman'i seadust on rikutud. Otsustavaks teguriks on siin ettevõtjate tegevus, mille tulemusel hinnakokkulepe sõlmitakse. Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses on hinna fikseerimine üldjuhul ebaseaduslik ja keelatud *per se*. Sellise teo eest võib Shermani seaduse § 1 kohaselt korporatsioonidele määrata karistuseks trahvi kuni 10 miljon dollarit ja teistele isikutele kuni 350 000 dollarit või ette näha vabadusekaotuse kuni 3 aastat või mõlemad nimetatud karistused kohtuniku äranägemisel. Selline lähenemine on range, arvestades ettevõtlusvabaduse ja lepinguvabaduse põhimõtteid. Tekivad mitmed küsimused. Miks kohus ei võta arvesse turustruktuuri ega ettevõtjate arvu, kes tegutsevad sellel turul ja müüvad sarnaseid kaupu või miks kohus ei uuri, kas see leping tegelikult ikka on konkurentsi kahjustav? Samuti saab küsida, miks kohus lihtsalt ignoreerib fakti, et see leping võib tuua kasu nii ettevõtjatele, kui ka tarbijatele, tõhustades kaupade turustamist ja ettevõtjate turukäitumist tervikuna. Hinnakokkulepe iseenesest ei pruugi veel

³ Euroopa Ühenduse Asutamisleping, OJ C 325, 24.12.2002.

⁴ Sherman Antitrust Act, 15 USC § 1-7.

tähendada konkurentsile kahjulikke või soovimatuid tagajärgi. Hinnakokkulepped võivad aidata kaasa sellele, et ettevõtjad ei tõrju üksteist turult välja ja sellega võidakse isegi ära hoida turu soovimatu monopolistlik struktuur.⁵ Hinnakokkulepped võivad põhimõtteliselt oma olemusest tulenevalt olla konkurentsile nii ohtlikud, et kohus jätab nimetatud uurimised teostamata või ignoreerib hinnakokkulepete kasulikke külgi.

Hetkel on maailmas umbes 90 riiki vastu võtnud reeglid, mille peamiseks eesmärgiks on vältida ühe või mitme ettevõtja osalemine, üksi või koos teistega, konkurentsile kahjustavas tegevuses. Need reeglid on samasugused, mida üldiselt Ameerika Ühendriikides teatakse kui monopolidevastast õigust ja Euroopas kui konkurentsioigust.⁶ Eestis kehtiva konkurentsiseaduse § 1 lõike 1 kohaselt on seaduse reguleerimisalaks on vaba ettevõtluse huvidest lähtuva konkurentsile kaitsmine ja konkurentsile takistamise, piiramise või kahjustamise ärahoidmine ja kõrvaldamine.⁷ Eesti konkurentsioiguse puhul tuleb silmas pidada seda, et lisaks kehtivale konkurentsiseadusele saab siin vahetult kohaldada ka Euroopa Liidu konkurentsioigust.

Euroopa Liiduga ühinemise õiguslikuks tagajärjeks on see, et Eesti peab tunnustama *acquis communautaire* prevaleerimist Eesti õigussüsteemi ees.⁸ Enne Eesti ühinemist Euroopa Liiduga lepiti vabakaubanduslepingus ja Euroopa Lepingus kokku Euroopa Liidu vaatenurgast prioriteetsed valdkonnad, milleks olid dumping, konkurents, tollimaksud ning tehnilised normid ja standardid.⁹ Seega ei tule Euroopa Liidu konkurentsioiguse kohaldamise kohustus üllatusena ja pealegi on Eesti konkurentsiseadus vastu võetud Euroopa Liidu konkurentsioiguse reegleid arvestades.

⁵ J. Fejo. Monopoly Law and Market. Kluwer Law and Taxation Publishers. Deventer, Boston 1990, lk 1.

⁶ F. Amato. International Antitrust: What Future? World Competition 24(4), Kluwer Law International, 2001, lk 451.

⁷ Konkurentsiseadus. RT I 2001, 56, 332.

⁸ Vt ka H. Pisuke. Estonia and the European Union: European Integration in Estonia. Juridika Internatinal. Law Review. University of Tartu, 1996, lk 2.

⁹ H. Pisuke. The Process of Bringing Estonia's Legal System into Conformity with the European Union's *acquis communautaire*. The Baltic States at Historical Crossroads. Edited by T. Jundzis, Latvian Academy of Sciences, Riga, 2001, lk 205.

Konkurentsirikkumisena mõistetakse käesolevas töös õigusvastast tegu, millega pannakse toime konkurentsioiguse rikkumine. Tegemist on õigusrikkumisega, mille tagajärjeks on tavapäraselt kas konkurentsi piiramine, takistamine või kahjustamine. Konkurentsist rääkides peetakse käesolevas töös silmas just tõhusat ehk efektiivset konkurentsi, laskumata sügavatesse teoreetilistesse aruteludesse tõhusa ja ideaalse konkurentsi vahetõrgete üle.

Euroopa Liidu konkurentsioiguse kirjapandud reeglid ei paku automaatseid lahendusi konkreetsete juhtumite lahendamiseks. Õigusliku tähendusega otsuse tegemine nõuab Euroopa Liidu õigusaktide, sealhulgas Euroopa Liidu ühe aluslepingu - Rooma lepingu artiklite tõlgendamist. On selge, et õiguslik otsustus kui analüüsi tulemus on otseselt sõltuv otsuse aluseks olevate reeglite selgusest ja korrektsusest. Kontinentaalse Euroopa õiguskultuuris tegeleb jurisprudents seaduse mõtte väljaselgitamisega.¹⁰ Konkreetseid konkurentsirikkumisi analüüsides on tõlgendamine väga vajalik, sest olulised konkurentsireeglid Rooma lepingus on sõnastatud küllaltki lühidalt ja üldiselt.

Konkurentsioiguses ei ole probleemiks ainult monopoliseerimise olemasolu. Protsess, mille kaudu monopol luuakse, määratleb ära ka tema seaduslikkuse. Salajasi kokkuleppeid, katseid monopoliseerimiseks, sidumise kokkuleppeid, tehingutest keeldumisi, koondumisi ning muud sarnast praktikat peetakse tegevuseks, mille eesmärk on luua monopol. Mõnikord võib küll eksida esitatud faktide või isegi kasutatavate majandusteooriate suhtes, aga peamine oletus jääb samaks: konkurentsioiguse põhiline objekt ei ole staatiline monopol kui selline, vaid pigem paljud mehhanismid, millega monopole luuakse ja kaitstakse.¹¹ Korrektne ei ole rääkida mehhanismidest, mille tulemuseks on lihtsalt monopoli loomine. Täpsem oleks rääkida mehhanismidest, millega luuakse monopole, mille tulemuseks on konkurentsi kahjustamine. Tegemist on konkurentsi kui dünaamilise protsessi ja samuti kui kollektiivse hüve kahjustamise võimalusega.

¹⁰ Vt ka R. Narits. Interpretation of Law in the Estonian Legal System. Juridika International. Law Review. University of Tartu, 1996, lk 11.

¹¹ H. Hovenkamp. Federal Antitrust Policy. The law of Competition and Its Practice. Second Edition. West Publishing Co, St. Paul, 1999, lk 18.

Mida konkurentsi kui kollektiivse hüve all tuleks mõista? Asjad on esemed, mis evivad ruumilist ulatust, on tajutavad meelte abil ning asuvad inimeste meelevalda ja juhtimise all. Vaimulooming ja õigused, sealhulgas nõuded, ei ole asjad. Saksa õigusteoorias ei peeta nn “üldisi asju” (õhk, avameri jms) nende piiritlematuse tõttu üldse asjadeks. Neid nimetatakse nn üldisteks hüvedeks (*res communes omnium*).¹² Konkurentsi võib samuti nimetada kas üldiseks hüveks või avalikuks hüveks, samuti ühiskondlikuks hüveks. Nii nagu üldised asjad või hüved annavad võimaluse neid kasutada, loob konkurents samuti isikutele võimaluse või täpsemalt olukorra, kus saab oma subjektiivseid õigusi realiseerida. Konkurentsiõiguse ülesandeks on sellist võimalust pakkuvat konkurentsi kui kollektiivset hüve kaitsta. Konkurentsireeglid kehtestatakse lähtudes üldisest huvist, mille üheks eesmärgiks on kollektiivse hüve kaitsmine.

Konkurentsi kui hüve on raske täpselt määratleda. Sellest tulenevalt tõusetub konkurentsiõiguses küsimus konkurentsi kahjustamisega ühiskonnale tekitatava kahju olemusest ja selle hüvitamisest. Kahju mõistetakse tihti kui erinevust tegeliku ja normaalse olukorra vahel. Õigusaktides otsustatakse, millist liiki erinevus kompenseeritakse, ehk *inter alia*, milline olukord loetakse normaalseks.¹³ Konkurentsiõiguses on väga keeruline anda hinnangut sellele, et milline olukord on normaalne ehk millal on konkurents tõhus. Seetõttu kasutatakse praktikas eeldusi, mille kohaselt teatud juhtudel konkurentsi kahjustamine loetakse toimunuks.

Konkurentsiõiguse keskendumist protsessile saab selgitada sellega, et konkurentsiõiguse tegelikuks probleemiks on lõpptulemus – konkurentsi kahjustamine. Konkurentsi kahjustamise vältimise juures on kõige tulemuslikum see, kui võimalike konkurentsirikkumistega tegeletakse juba nende toimepanemise käigus. Monopolide vastased ütlevad tihti, et nende peamiseks mureks on monopolid, aga see ei ole päris nii. Nende põhiliseks mureks saavad olla monopolid, mis on loodud teatud viisil.¹⁴ Nende monopolide loomine peab toimuma konkurentsi kahjustades. Konkurentsiõiguse kohaldamisel tulebki vaadata koos nii ettevõtjate käitumist kui ka selle tulemust.

¹² P. Pärna, V. Kõve. Asjaõigusseadus. Kommenteeritud väljaanne. Õigusteabe AS Juura, Tallinn, 1996, lk 25, 28.

¹³ A. Peczenik. Causes and Damages. Juridiska Föreningen i Lund, 1979, lk 121, 128.

¹⁴ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 19.

Konkurentsi õiguslikul reguleerimisel tuleb Tartu Ülikooli majandusteaduskonna professor Jüri Sepa sõnul nentida, et riigi tegevus tõhusa turukonkurentsi saavutamiseks on turu ja koos sellega ka kogu turumajanduse efektiivse toimimise üks põhitegureid. Seejuures on riigi roll mõneti vastuoluline. Ühelt poolt on vaja konkurentsi kaitsta ja selle mõjusfääri laiendada. Teiselt poolt on vaja konkurentsijõude hoida ka sotsiaalselt ja ökoloogiliselt talutavas sängis, seega konkurentsi piirata. Konkurentsipoliitika (ingl. k. *competition policy*, ka *anti-trust policy*, saksa k. *Wettbewerbspolitik*) tavapärane ehk kitsas käsitlus piirdub konkurentsi kaitsega. Konkurents vajab alati kaitsmist, sest ratsionaalsed majandussubjektid ei soovi alati alluda konkurentsile. Detailsemalt liigitades saab eristada konkurentsipoliitika nelja põhisuunda: loovat, kaitsvat, toetavat ja asendavat poliitikat. Konkurentsi loomise poliitika seostub eelkõige turumajanduse loomuliku arengu jaoks vajaliku lähtesituatsiooni loomisega, eelkõige erastamise või monopolide lammutamise kaudu. Samuti luuakse omandiõiguste täpsema piiritlemise kaudu pidevalt juurde uusi turge (näiteks intellektuaalse omandi või saasteõigustega kauplemine). Konkurentsikaitse poliitika seisneb uute sihilike konkurentsi piirangute tekke tõkestamises. Seejuures vajavad tõkestamist nii ettevõtjate kui ka riigi ja kohalike omavalitsuste tegevusest tulenevad piirangud. Ettevõtjate puhul võib konkurentsi kahjustamine olla nii individuaalne kui ka kollektiivne. Mõlemal juhul on eelduseks piisava turujõu olemasolu. Konkurentsi toetamise poliitika avaldub mittesihilike turutõrgete vähendamise poliitikana, mis on suunatud eelkõige turu läbipaistvuse ja turuosaliste mobiilsuse suurendamisele. Esimest ülesannet täidetakse tarbijakaitse, teist aga ettevõtlustoetuste ja –koolituse kaudu. Samuti võib riik luua soodsa pinna konkurentsi soodustavate uuenduste elluviimiseks, näiteks intellektuaalse omandi kaitse optimaalse regulatsiooniga. Seega ei saa konkurentsi toetamisega seoses rääkida üksnes vabaduse suurendamisest. Siia kuuluvad ka sellised vabaduspiirangud, mis lõppkokkuvõttes konkurentsi tõhusust tõstavad. Ja lõpuks laiemas tähenduses hõlmab konkurentsipoliitika ka konkurentsi asendavat regulatsiooni loomulike monopolide ja muude korrigeerimatute turutõrgete korral. Sellisel juhul kuulutatakse vastavad tegevusalad erandvaldkondadeks ning vajadusel isegi tugevdatakse riikliku regulatsiooniga olemasolevaid vabaduspiiranguid. Eelkõige seostub see poliitika mitmesuguste võrgustikega seotud loomulike monopolidega. Samas ei ole erandvaldkondade piirid muutumatud. Tehnoloogia areng

võib teha konkurentsi võimalikuks seal, kus see varem oli võimatu (näiteks mobiilsides). Seetõttu on konkurentsipoliitika ülesandeks erandvaldkondades eelkõige võimaluste leidmine dereguleerimiseks ja konkurentsi tekkeks.¹⁵

Konkurentsiõiguse ülesanne on kaitsta konkurentsi moonutuste eest. Isegi pikaajalise kogemusega Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses ei ole täielikku selgust, mida see konkurentsi moonutuste vältimine tähendab. Ebaselgust ei vähenda ka Euroopa Liidu ja selle liikmesriikide konkurentsiõiguse täpsemad eesmärgid. Nende eesmärkide hulgas on oluline esile tuua eesmärk, mis keskendub majanduslikule efektiivsusele. Selle ideeks on, et konkurentsiõigus peab viima ressursside jaotuse ja tootmise efektiivsuse maksimeerimisele. Samuti tuleb autori arvates pidada oluliseks eesmärki, mis tegeleb majandusliku mõjujõuga. Selle kohaselt on konkurentsiõiguse ülesandeks ära hoida ettevõtjate majandusliku mõjuvõimu ehk turujõu kuritarvitamine eesmärgiga muuta olemasolevaid turustruktuure nii turu pakkumise kui ka nõudluse poolel.

Konkurentsiõiguse eesmäärke aitab selgitada õigusmajandus (*economic analysis of law*).¹⁶ Õigusmajandus uurib majandusteooria abil õigusnähtusi.¹⁷ Õigusmajanduses on just majanduslikud järeldused olulised tähtsate normatiivsete probleemide lahendamisel. Need annavad vastused küsimustele, et mida tuleks teha ja kuidas püstitatud eesmärgid saavutada. Iga poliitiline lahendus toetub ennustusele, et teha tuleb pigem üht asja ja mitte teist ning see ennustus peab põhinema sõnaselgelt või vaikimisi majandusel. Kuigi viimase neljakümne aasta jooksul on arenenud nn uus õigusmajandus, mis on sisuliselt majandusanalüüsi rakendamine kõikides õiguse valdkondades, jääb konkurentsiõigus jätkuvalt viljakaks valdkonnaks õigusmajanduse jaoks.¹⁸ Näiteks on Adam Smith selgitanud, et monopolid moonutavad suuremal või vähemal määral kapitali loomulikku jaotust ühiskonnas. Iga moonutus kapitali

¹⁵ J. Sepp. Konkurentsipoliitika Euroopa Liidus ja Eestis. Tartu Ülikooli Kirjastus. Tartu, 2002, lk 10-12.

¹⁶ Vt ka M. Hint. Avalikustamiskohustuste vajalikkus väärtpaberituruõiguses. Õiguse majandusteaduslik analüüs. Juridica 2005, lk 63 (kasutab mõistet "õiguse majandusteaduslik analüüs")

¹⁷ Vt M. Friedman. The Methodology of Positive Economics. Foundation of the Economic Approach to Law. Edited by A. W. Katz, Oxford University Press, New York, Oxford, 1998 lk 28-29; vt ka M. Friedman. The Methodology of Positive Economics. University of Chicago Press, Chicago, 1953, lk 3-43.

¹⁸ E. Ilves. Miks juristid peaksid õppima majandust ehk sissejuhatus õigusmajandusse. Juridica, 1999, lk 33.

loomulikus jaotuses on ühiskonna jaoks paratamatult kahjulik. Tulenegu see siis sellest, et mingilt ärialalt tõrjutakse välja kapital, mis muidu sinna suunduks või sellest, et mingisse ärivaldkonda meelitatakse rohkem kapitali, kui sinna muidu läheks.¹⁹ Arvesse tuleb võtta seda, et Adam Smith pidas silmas monopole, mis on loodud Euroopa riikide poolt, andes konkreetsele kompaniile kaubavahetuseks Ida-Indiaga eksklusiivse õiguse. Guido Calabresi, kes on uue õigusmajanduse üheks loojaks, räägib õigustusest, milleks on ressursside jaotamine ja mille peamiseks eetiliseks postulaadiks on, et inimesed teavad, mis on neile parim.²⁰ Seda õigustust saab arvesse võtta konkurentsioiguse reeglite kehtestamisel ning nende tõlgendamisel.

Euroopa Liidu konkurentsioiguse olemust avab väike ajalooline tagasipõige konkurentsioiguse kujunemisele Euroopas. Seaduse vastuvõtmise idee kaitsmaks konkurentsi muutus aktuaalseks 1890-ndatel aastatel Austrias. Vastavate ettepanekute eesmärgiks oli konkurentsi kaitsmine avalikes huvides poliitiliste ja ideoloogiliste rünnakute eest. Osad neist ettepanekutest pälvisid tugeva poliitilise toetuse ja konkurentsiseadus oleks peaaegu et vastugi võetud. Eelnõu takerdus aga seetõttu, et ei haakunud tol ajal kehtiva protsessioigusega. Esimese konkurentsiseaduse vastuvõtmiseni jõuti aga hoopis Saksamaal 1923. aastal. Seaduse vastuvõtmise põhjuseks oli sõjajärgne inflatsioonikriis. Seadus oli reaalselt rakendatav, aga kahjuks oli see liiga nõrk, et pidada vastu huvigruppide poolt temale suunatud survele ja see tunnistati kehtetuks 1930. aastal.²¹ Seejärel esilekerkinud natsionaalsotsialism rõhutas põhimõtteliselt üldsuse eesõigust üksikindiviidi ees, mis viis omandi edasiste piiramiseni.²² Seega ei saa rääkida natsionaalsotsialistliku Saksamaa õiguse selgest eesmärgist korrastada turgu läbi konkurentsi kaitsmise.

Ettevõtlusvabadus tagab võimaluse takistamatult ettevõtlust arendada, aga konkurenti seljatamine kipub siiski tähendama monopoolse või oligopoolse²³ seisundi ihkamist.

¹⁹ A. Smith. Uurimus riikide rikkuse iseloomust ja põhjustest. II köide. Ilmamaa, Tartu, 2005, lk. 292-294.

²⁰ G. Calabresi. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. Foundation of the Economic Approach to Law. Edited by A. W. Katz, Oxford University Press, New York, Oxford, 1998, lk 43; vt ka G. Calabresi. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, 70 Yale Law Journal 1961, lk 499-5553.

²¹ D. J. Gerber. Law and Competition in Twentieth Century Europe. New York. Oxford University Press 2001, lk 6-7.

²² K. H. Schwab, H. Prütting. Asjaõigus. Õpik. Õigusteabe AS Juura, Tallinn, 1995, lk 101.

²³ Oligopoolne kaubaturg on turg, kus tegutsevad ainult mõned ettevõtjad, kellele kuulub suur turuosa.

Konkurentsi vältimiseks kasutatakse põhiliselt kas siis eraõiguslikke kokkuleppeid, sealhulgas kartellikokkuleppeid, koondumisi või poliitilisi meetmeid lobby näol, mis viitavad soovile ettevõtlusvabadust kuritarvitada. Konkurentsiõiguse ülesanne on seda kuritarvitamist ära hoida. Konkurentsiõiguse reeglid sätestatakse konkurentsi kahjustava eesmärgi või tagajärgedega ettevõtjatevaheliste kokkulepete, kooskõlastatud tegevuse ja ettevõtjate ühenduse otsuste ning ettevõtjate koondumise kohta või ka turguvalitsevale ettevõtjale selleks, et ära hoida konkurentsi takistamine, piiramine või kahjustamine äritegevuses. Need piirangud ja reeglid on valdavalt ettevõtlusvabaduse, omandiõiguse ja üldise vabadusõiguse riived. Põhiõigusi riivates tugineb näiteks Eesti konkurentsiõigus põhiseaduse § 19 lõikes 2 sätestatud üldisele tegevusjuhisele, mille kohaselt peab igaüks oma õiguste ja vabaduste kasutamisel ning kohustuste täitmisel austama ja arvestama teiste isikute õigusi ja vabadusi. Isikuvabadus, ettevõtlusvabadus ja õigus omandile on sätestatud ka Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklites 6, 16 ja 17²⁴. Põhiõiguste harta ei ole küll õiguslikult siduv, aga omab mõju Euroopa Liidu õiguse kohaldamisel.

Põhiõiguste riivete ulatuse puhul tekib alati küsimus proportsionaalsusest. Rooma lepingu artiklis 5 on sätestatud, et ükski ühenduse meede ei tohi minna kaugemale sellest, mis on vajalik lepingu eesmärkide saavutamiseks. Seda tuleb Euroopa Liidu institutsioonidel silmas pidada konkurentsiõiguse kehtestamisel, samuti tuleb sellega arvestada normide tõlgendamisel konkurentsirikkumiste analüüsi käigus konkurentsi järelevalveorganite poolt.

Kõige tõsisemalt piirab riigivõim ettevõtlusega seotud põhiõigusi, kui sätestab teatud ettevõtlusega seotud teod väärtegude või kuritegudena ja näeb nende toimepanijatele ette sanktsioonid. Karistusõiguse ja konkurentsiõiguse tihedat seost saab põhjendada sellega, et omandi puutumatuse ja võrdse kaitsuse printsiipi võib kaasajal käsitleda aga paindlikumalt, nii et see ulatuks kõige algelisemalt varastamiselt või röövimiselt ka rafineeritumate võteteni. Selleks on näiteks kokkulepped hindade tõstmiseks, müügiterritooriumi jagamiseks, väikeste konkurentide väljatõrjumiseks jne. Need omavahel kokkulepitud sammud kulude optimeerimiseks või kasumi maksimeerimiseks võivad olla korrektsed ega kujuta endast traditsioonilist tsiviil- või

²⁴ Euroopa Liit: Nice'i leping, Euroopa Liidu leping, Euroopa Ühenduse asutamisleping, Euroopa Liidu põhiõiguste harta. Eesti Õigutõlke Keskus, Tallinn, 2002, lk 350, 352.

kriminaalõiguse rikkumist. Nimetatud tegevuste korral on aga kolmandat isikut (tarbijat, teist ettevõtjat) väga raske kaitsta, viidates raskete asjaolude kokkusattumisele, sunnile, pettusele või eksimusele tsiviilseadustiku üldosa seaduse mõttes, samuti vargusele või röövimisele kriminaalõiguslikus mõttes. Nii paindlikult ei ole võimalik seadust tõlgendada, rääkimata tõendamisest. Ometi peaks olema ilmne, et ülalkirjeldatud meetodid ei pruugi olla õiglased või mõistlikud kolmandate isikute ja terve ühiskonna seisukohalt, sest nemad peavad kandma suuremaid väljaminekuid ja varalisi kaotusi.²⁵ Lahenduseks on siin nende kokkulepete eesmärgi või tagajärje tuvastamine, sest ainult nii on võimalik hinnata kokkulepete mõistlikkust kolmandate isikute kaitse ja karistusõiguse kohaldamise seisukohalt.

Uurides konkurentsioigust põhiõiguste kollisiooni vaatenurgast, võib põhiõiguste kollisiooni mõistet käsitleda kitsalt või laialt. Kui mõista seda kitsalt, siis on põhiõiguste kollisioonid ainult need kollisioonid, milles osalevad üksnes põhiõigused. Neid võib nimetada põhiõiguste kollisioonideks kitsamas tähenduses. Laia käsitluse kohaselt on põhiõiguste kollisioonid seevastu ka kõik kollisioonid põhiõiguste ja mingite muude normide või printsiipide vahel, mille esemeks on kollektiivsed hüved, sealhulgas konkurents. See on põhiõiguste kollisiooni mõiste laiemas tähenduses.²⁶ Konkurentsioiguse eesmärgiks on efektiivse konkurentsituatsiooni loomine, millest tarbijad saaksid võimalikult palju kasu. Seda konkurentsioiguse eesmärki, mis on põhiõigustega kollisioonis laiemas tähenduses, saab kõrvutada sotsiaalriikliku ümberjaotamisega.

Sotsiaalriiklikul ümberjaotamisel²⁷ on olemas kaks põhivormi. Esimene esineb siis, kui riik mureseb maksude või muude andamite abil vajalikud rahalised vahendid, et tagada puudustkannatavate isikute jaoks elatusmiinimum. Teine sotsiaalriiklik ümberjaotamisvorm ei toimi mitte läbi riigikassa, mis on eelnevalt täitunud maksude ja muude andamitega, vaid otse ühelt kodanikult teisele. Näiteks on tegu otsese ümberjaotamisega ühelt kodanikult teisele, kui seadusandja tööaja kaitseks kohustab

²⁵ T. Sild. Konkurentseaduse kitsaskohtadest. *Juridica*, 2000, lk 46-46.

²⁶ R. Alexy. Kollisioon ja kaalumine kui põhiõiguste dogmatika põhiprobleemid. *Juridica* 2001, lk 6.

²⁷ Sotsiaalse õigusriigi postulaatide täitmine tekitab vähe probleeme, kui majanduslik tasakaal kannab hoolt selle eest, et kõik kodanikud suudaksid ennast ise elatada või saaksid piisavalt toetust oma perekonnalt. Mida vähem see nii on, seda enam nõuavad sotsiaalsed põhiõigused ümberjaotamist. Vt R. Alexy. Viidatud teos, lk 8

tööandjat jätkama palga maksmist töövõtja haigestumise korral.²⁸ Konkurentsioigust vaadates on ettevõtjate suhtes asi üsna selge - piiratakse nende ettevõtlusvabadust. Seaduse tasemel on võimalik sätestada ettevõtlusvabaduse kasutamise tingimusi, mis aga oma olemuselt on käsitletavad piirangutena. Sellele ettevõtlusvabaduse piiramisele ei korrespondeeru tarbijate poolt aga vahetut subjektiivset õigust. Tarbijal tekib võimalus omandada kaupu ja teenuseid soodsamatel tingimustel. Mida vähem on konkurentsi ja mida rohkem on monopoolseid turge, seda halvemad on tingimused tarbijate jaoks. Tarbijatele luuakse vaid kollektiivne hüve ehk majanduslik olukord, kus reeglite järgimise korral on olemas tarbijatele suhteliselt soodsad võimalused. Seega puudub kollisioon tarbijakaitseõiguse ja konkurentsioiguse vahel. Esimene kaitseb tarbijate subjektiivseid õigusi, teine kollektiivset hüve.

Tarbijakaitse on eraldi valdkond, mille tähtsust ei saa alahinnata. Paljud riigid, kes üha intensiivsemalt osalevad rahvusvahelises kaubanduses, jälgivad üha rohkem ÜRO tarbijakaitse juhiseid tarbijakaitseõiguse ja poliitika väljatöötamisel ning arendamisel.²⁹ Küsimus aga jääb, et kui palju on mõistlik seda kriteeriumit arvestada konkurentsioiguses. Eriti veel arvestades asjaolu, et tarbijaid on võimalik liigitada erinevatesse gruppidesse ja et tarbijate ühise huvi olemasolu on siiski küsitav.³⁰ Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikli 38 kohaselt tagatakse Liidu poliitikatega tarbijakaitse kõrge tase. Konkurentsioiguse üleandeks peab autori arvates jääma siiski ainult keskkonna loomine, kus tarbijad saaksid oma lepinguvabadust efektiivselt kasutada.

Erinevates õigussüsteemides kasutatavaid konkurentsioiguse instrumente saab jagada kolme põhikategooriasse: kartellikokkulepete keeld, koondumiste kontroll ja kuritarvitusjärelevalve.

Kartellikokkulepete (*cartel*) keeld ei luba trahvi ähvardusel konkurentsi kahjustavate kokkulepete (*restrictive agreements*) sõlmimist ettevõtjate vahel. Keelust tuleneva

²⁸ R. Alexy. Kollisioon ja kaalumine kui põhiõiguste dogmaatika põhiprobleemid. *Juridica* 2001, lk 8.

²⁹ D. Harland. The Consumer in the Globalized Information Society – The Impact of the International Organizations. *Consumer Law in the Information Society*. Edited by T. Wilhelmsson, S. Tuominen, H. Tuomola, Kluwer Law International, The Hague 2001, lk 17.

³⁰ Vt ka I. Ramsay. Consumer Protection in the Era of Information Capitalism. *Consumer Law in the Information Society*. Edited by T. Wilhelmsson, S. Tuominen, H. Tuomola, Kluwer Law International, The Hague 2001, lk 55-56.

riive põhjenduseks on, et ettevõtjad ei tohi ise neile riigi poolt tagatud ettevõtlusvabadust omalt poolt eraõiguslike lepingutega piirata. Just sellega on tegemist, kui omavaheliste kokkulepetega takistatakse konkurentsi soodsamate tehingute pärast turu vastaspoolega või teistel kaubaturgudel osalejatega. Riive põhjenduseks saab siin ühelt poolt olla tarbijate kollektiivne hüve soodsamate tehingute saamise võimalusena ja teiselt poolt teiste ettevõtjate põhiõigus ettevõtlusvabaduse raames vabalt lepinguid sõlmida.

Kui horisontaalsete kartellikokkulepete puhul on konkurentsi kahjustamise juhud selgemini nähtavad (näiteks hinnakokkulepped), siis vertikaalsete kokkulepete puhul on vaieldavam, millisel määral kuuluvad keelu alla vertikaalsed kokkulepped turu erinevatel pooltel tegutsevate ettevõtjate (näiteks tootja ja edasimüüja) vahel. Vertikaalsed kokkulepped võivad ühelt poolt vähendada tehingukulusid, teiselt poolt aga püstitada turutõkkeid, tõrjuda konkurente ja segmenteerida kunstlikult turge.³¹ Sellest tuleneb vajadus nende kokkulepete tingimusi põhjalikult analüüsida arvestades ka vastava kaubaturu iseloomu.

Kaubaturu ja ettevõtjate positsiooni hindamiseks kaubaturul on esimesteks sammudeks pakutava toote defineerimine ja geograafilise turu defineerimine, kus tegutsetakse, samuti turuosa määratlemine. Eesti konkurentsiseaduse § 3 lõike 1 kohaselt on kaubaturg hinna, kvaliteedi, tehniliste omaduste, realiseerimis- ja kasutustingimuste ning tarbimis- ja muude omaduste poolest ostja seisukohalt omavahel vahetatavate või asendatavate kaupade käibimise ala, mis hõlmab muu hulgas kogu Eesti territooriumi või selle osa.³² Kaubaturu piiritlemisel lähtutakse ostja vajaduste rahuldamisest. Selgitamist vajab näiteks, kas banaanid on normaalse tavatarbija seisukohalt asendatavad samuti aasta ringi pakutavate õunte ja apelsinidega. Kogemused näitavad, et nende kaupade nõudluse ristelastsus on väike. Ristelastsus näitab, kuidas ühe kauba nõudlus reageerib teise kauba hinnamuutustele. Pealegi on banaanidel eriomadusi, mis teevad nad teatud tarbijatele (väikelapsed, haiged, vanurid) asendamatuks. Seega saab rääkida iseseisvast banaaniturust.³³ Kaubaturuks on müügi väikseim piiritlemine, mille jaoks nõudluse ja pakkumise

³¹ J. Sepp. Viidatud teos, lk 27.

³² Konkurentsiseadus. RT I 2001, 56, 332.

³³ J. Sepp. Viidatud teos, lk 58.

elastsus on piisavalt madalad, et ettevõtja, kellel on käes 100% sellest piiritlusest võib kasumlikult vähendada toodangut ja tõsta hinda oluliselt üle piirkulude.³⁴ Et sellest majanduslikke terminineid sisaldavast definitsioonist paremini aru saada, sobib siin esitada näide Ameerika Ühendriikide autoturust. Kui kaubaturuks oleks “autod Ford” ja Ford tõstaks näiteks hinda 1000 USD auto kohta, siis tarbijad hakkaksid ostma General Motors’i, Chrysler’i, Toyota või mõne muu tootja autosid. Sellisel juhul Ford kaotaks oluliselt oma turuosa. Seega ei ole kaubaturuks “autod Ford”. Kui pidada kaubaturuks “ameerika sõidua autod”, siis eelpoolnimetatud hinnatõusu tagajärjel tarbijad hakkaksid arvatavasti ostma Jaapani, Saksa või teiste riikide autosid. Siiski seekord ei ole nii kindel, et need ettevõtjad suudavad oma tootmist ja importi suurendada, et tarbijate vajadust rahuldada. Aga kui nad suudavad, siis turg “ameerika sõidua autod” on ikka liiga kitsas, et olla kaubaturuks konkurentsioiguse mõttes. Kui lugeda kaubaturuks “sõidua autod”, siis nimetatud hinnatõusu puhul tundub, et turu elastsus nõudluse poolel on pigem madal, sest ei hakata ostma veoautosid, jalgrattaid, hobuseid või lihtsalt jala käima. Kuidas aga on pakkumise poolega? Nimetatud hinnatõusu puhul muutuks sõidua autod turg väga atraktiivseks ja ettevõtjad selle turuga seotud tööstustest, näiteks traktoritootjad, võivad hakata tegelema autode tootmisega. Uued autode tootmiseks loodavad ettevõtjad võivad samuti soovida sõidua autod turule siseneda. Siiski sisenemine võtab aega, sõltudes sellest, kui eriline on näiteks traktorite tootmise sisseseade, samuti sellest, kui kaua võtab traktoritootjatel aega sõidua autod müügivõrgu väljaarendamine. See võib kesta kolm või neli aastat või isegi veelgi kauem. Selle aja jooksul aga 1000 USD hinnatõus võib olla vägagi kasulik ja sõidua autod turgu on tõenäoliselt võimalik nimetada kaubaturuks.³⁵

Koondumiste kontrollimine (*merger control*) peab tagama järelevalve turu struktuuri muutuste üle vastaval kaubaturul. Siin mõeldakse ettevõtjate turuosade suurenemist mitte sisemiste ressursside ja eduka müügitegevuse arvel, vaid konkurentide ülesostmise või nendega ühinemise teel. Riive puudutab otseselt ettevõtjate lepingute sõlmimise vabadust ja kaudselt ettevõtjate või nende omanike omandiõigust. Riive põhjenduste suhtes esinevad erinevad arusaamad. Autor toetab seisukohta, et koondumiste puhul on tegemist kulude vähendamise ja efektiivsuse suurendamisega

³⁴ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 82.

³⁵ H. Hovenkamp. Samas, lk 82-83.

ning koondumisi ei tohiks põhimõtteliselt keelata. Kõne alla võiks tulla ainult horisontaalsete koondumiste keelamine, kui tulemuseks on väga kõrge turukontsentratsioon ja kulude säästuefekti puudumine.

Konkurentsi kuritarvitamise (*abuse*) järelevalve on tihedalt seotud teiste konkurentsirikkumiste analüüsiga. Selle seose tõttu võiks teema parema piiritlemise eesmärgil kuritarvitamisi lühidalt selgitada. Nimetatud seos on tugevam turguvalitseva ettevõtja seisundi kuritarvitamise (*abuse of a dominant market position*) juures ja nõrgem kõlvatu (*unfair*) konkurentsi puhul. Turguvalitseva seisundi järelevalve peab tagama, et turguvalitsevad ettevõtjad ei saaks oma turujõudu kasutada ebasoovitavas suunas. Ühelt poolt on siin tegemist üldise vabadusõiguse riivega, mille järgi takistatakse turguvalitseval ettevõtjal kättevõidetud positsiooni võimalusi kasutamast ja teiselt poolt on tegemist omandiõiguse riivega, kus näiteks eri - või ainuõigust või olulist vahendit omavale ettevõtjale sätestatakse piirangud tema omandi valdamisele ja kasutamisele. Kõlvatu konkurentsi puhul, milleks on ebaaus äritegevus, heade kommetega ja tavadega vastuolus olevad teod, on tegemist üldise vabadusõiguse riivega. Kõlvatu konkurents on seotud isikute kaitseõigusest tuleneva nõudeõigusega riigi vastu konkurentide poolt sooritatavate rünnete kaitseks. Need ründed ehk kõlvatu konkurents on konkurentsõiguse kohaselt keelatud ja isikutel on õigus rikkumise korral pöörduda tsiviilkohtusse. Näiteks tulenevalt Münheni Max Plancki Instituudi kogemusest rahvusvahelise patendi, autori- ja konkurentsõiguse kohaldamise kohta, mis on saanud võrdleva uuringu tulemusel Kesk- ja Ida-Euroopa riikides peale 1989.-daid aastaid, on näha, et enamus kohtuotsuseid on tehtud just kaubamärgi rikkumiste ja kõlvatu konkurentsi osas, vähem autoriõiguste osas.³⁶

Eraldi konkurentsõiguse instrumendina saab käsitleda monopoolse ettevõtja jagamist administratiivselt kaheks või enamaks majanduslikult iseseisvaks osaks. See muudab turustruktuuri, sest turuosaliste arv suureneb. Ettevõtjate osadeks jagamise pooldajate arvates on selle vahendi kasutamine õigustatud, kui on tegemist püsivalt kinnistunud monopoolse seisundiga ja seda seisundit on korduvalt kuritarvitatud.³⁷ Siin on valdavalt tegemist omandiõiguse kaitseala riivega. Siiski, viimasel ajal kasutatakse

³⁶ A. Dietz. Introductiuon. The Enforcement of Industrial Property Rights in Eastern Europe. International Review of Industrial Property and Copyright Law. 2001, volume 32, Verlag C.H. Beck, Munich, Frankfurt, Berlin, lk 879-880.

³⁷ J. Sepp. Viidatud teos, lk 28.

sellist jagamist konkurentsioiguse instrumendina harva. Aktiivsem kasutuspraktika jäi eelmise sajandi alguse Ameerika Ühendriikidesse, kus monopolidevastane õigus oli suunatud suurte ettevõtjate vastu.

Konkurentsipoliitikate üldiseid arenguid jälgides pakub huvi Ameerika Ühendriikide ja Jaapani võrdlemine. Ühendriikides on edu saavutatud range monopolidevastase õiguse ja tööstusharude dereguleerimisega. Jaapanis valiti süsteem, mis valdavalt soosis kartelle, kes tegid koostööd pankade ja valitsusega. Nüüd püüab Jaapan meeleehtlikult neid kartelle vähendada ja muuta majandust rohkem paindlikumaks ja konkurentsivõimelisemaks. Euroopa on samuti võrreldes Ameerika Ühendriikidega konkurentsi kaitsmisel maha jäänud, aga on teinud suuri samme toetades konkurentsi eurotsoonis.³⁸ Teiste riikide tehtud vigu analüüsides on Euroopa Liidul võimalik neid vältides kiiremini edasi liikuda, tugevdades ühisturul toimivat konkurentsi.

1.2. Põhjuslik seos konkurentsi kahjustamisel

Konkurentsioigust ei saa uurida ilma konkurentsirikkumise ja selle tõttu saabunud või saabuda võivat tagajärje vahelist seost käsitlemata. Konkurentsi kahjustamine iseenesest ei ole väga selgepiiriline mõiste ja seda enam on keeruline tuvastada seost võimaliku konkurentsirikkumise ning konkurentsi kahjustamise vahel. Põhjuslikkuse erinevad teooriad abistavad selle seose tuvastamist.

Põhjusliku seose (*nexo causal*) all mõistetakse traditsiooniliselt teo (tegevus või tegevusetus) ja tekkinud kahju vahelist seost. Konkurentsioiguses saab konkreetse kahju asemel rääkida kahjulikust tagajärjest konkurentsi kahjustamise näol ehk siis kollektiivse hüve rikkumisest. Tegemist on üldisele huvile tervikuna tekitatud kahjuga, mille suurust on muidugi väga raske mõõta. Konkurentsioiguses on õiguslik vastutus võimalik ka siis, kui kahjulikku tagajärge ei ole tekkinud ja ei pruugigi tekkida. Tõenäoline võimalus kahjuliku tagajärje tekkeks peab siiski olema. Näite saab tuua Ameerika Ühendriikide monopolidevastasest õigusest, kus kartellikokkuleppe sõlmimine hinna fikseerimiseks või turu jagamiseks võib olla karistatav olenemata sellest, kas konkurentsi tegelikult kahjustati või mitte.

³⁸ D. N. Thompson, G. K. Ottosen. The Real New Economy. Crossroads Research Institute, Salt Lake City, 2003, lk 20.

Eeldatakse konkurentsirikkumise toimepanemist ja järelikut ka kahjuliku tagajärje tekkimist või selle tekkimise võimalust.

Konkurentsi kahjustamise korral ei paku õiguslikult huvi üldised majandusteoreetilised selgitused selle kohta, millised tegurid soodustavad konkurentsi kahjustamist. Huvi pakub see, kuidas konkreetse isiku või isikute tegu viib konkurentsi kahjustamiseni, arvestades kõiki majanduslikke, samuti juriidilisi tegureid. Näiteks võib mõne uue konkurendi sisenemise kaubaturule ära hoida turul varem tegutsenud isikute poolt konkurentsi kahjustamise. Konkreetset põhjuslikkust saabki vaadata nii, et see on kui selgitus sellele, miks asjad ei läinud nii, nagu nad oleksid ilma erilise vahejuhtumita või vahelesegamiseta läinud.

Sündmuse põhjuseks saab olla nende tingimuste summa, mis ühiselt põhjustavad selle sündmuse. Seda selgitatakse nii, et iga tingimust ühiselt piisavate tingimuste hulgast võib pidada sündmuse põhjuseks.³⁹ Siin saab esile tõsta, et oluline on fakt, kuidas tuuakse välja paljude tingimuste seast need, mida arvatakse olevat need tingimused, mis põhjustasid tagajärje. Tavaliselt, kui küsitakse põhjuse järele, on tegemist kõrvalekaldumisega rutiinist. Paljud põhjused üldistatakse põhjusteks analoogilistele tagajärgedele, uurimata konkreetset põhjust. Sellistele üldistustele tuginevad ka teatud eeldused Ameerika Ühendriikide konkurentsioiguses, mille kohaselt näiteks hinnakokkulepped toovad alati kaasa konkurentsi kahjustamise. Selle asemel, et otsida konkreetset põhjust, püütakse leida tagajärjes võimalikult palju ühiseid jooni või neid kunstlikult tuletada, et saaks kasutada olemasolevat üldistatud põhjust. Siit tulenevad teatud probleemid. Näiteks ei saa üldistada, et hinnakokkulepe alati konkurentsi kahjustab. Kui õigusaktiga asjaomasele kaubaturule sisenemise barjääre suurendatakse, siis see akt ei ole ainult nn sekkuv jõud, vaid osa nendest tingimustest, milles põhjus toimib. Kui tegemist on nagu omavahel seotud sündmuste ketiga, siis osad sündmused on omavahel seotud ja eelnevast tulenevad, osad on aga iseseisvad sündmused. Need ongi tingimused, milles põhjus toimib. Näiteks see õigusakt on iseseisev sündmus.⁴⁰ Uus põhjus (*novus actus*) tuleb mängu siis, kui põhjuste kett purustatakse nii, et see enam ei taastu. Näiteks liitus hinnakokkuleppega uus ettevõtja

³⁹ T. Honoré. Causation and Remoteness of Damage. Volume XI, Torts, International Encyclopedia of Comparative Law . Tübingen: J. C. B. Mohr, 1983, lk 27.

⁴⁰ H.L.A. Hart, T. Honoré. Causation in the Law 2. Ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, lk 71-72.

kindla sooviga konkurentsi kahjustada. Esimene tegu ei ole konkurentsi kahjustamise põhjuseks, kui just seda ei kavatsetud teha. Teine tegu on. Uus põhjus peab olema vabatahtlik, ei tohi olla esimese teo tegijaga seotud või meelevallas.⁴¹ Konkurentsioiguses on tavaline, et põhjuslikkuse kett võidakse purustada mõne uue tegevuse või põhjuse poolt. See teeb konkurentsirikkumiste analüüsi keeruliseks, sest raske on hinnata, mis konkreetset põhjustas konkurentsi kahjustamise.

Kaheetapilise kausaalsuse käsitle on omaks võtnud nii üldise õiguse (*common law*) kui ka kontinentaalõiguse maad. Kausaalseose selgitamiseks tuleb selle käsitle järgi esmalt uurida, kas õigusrikkuja käitumine on kuidagi seotud kahju tekkimise võimalusega (faktiline kausaalsus). Seejärel tuleb faktiliste asjaolude seast eraldada tingimus, mis vastab nõutud õigusliku põhjuse kriteeriumitele. Hinnangu andmine põhjusliku seose kohta eeldab seega asjaolude kaalumist kahel eri tasandil: faktilise kausaalseose tuvastamine ja normatiivse kausaalseose tuvastamine.⁴²

Neist esimesel tasandil püütakse leida vastus küsimusele, kas kahju tekitaja käitumine mängis mingit rolli kahju tekkimises? Seda selgitatakse klassikaliselt *conditio sine qua non* teooriast lähtudes. Teisel normatiivsel tasandil on põhiprobleemiks selgitada, millist kahju põhjustanud tingimustest võib käsitleda õigusliku põhjusena (reaalne, domineeriv või lähim põhjus ehk *causa causans*).⁴³ Faktilist kausaalseost aitab selgitada majanduslik analüüs, kasutades otsustamise teooria ja statistika tööriistu. Normatiivne analüüs aitab aga selgitada lähimat põhjust. Selle eesmärgiks on kas laiendada või kitsendada vastutust, saavutamaks efektiivset preventsiiooni.⁴⁴ Seega ainult põhjuslikkuse faktiline element või õigusaktidest või õiguspoliitikast sõltumatu element on *sine qua non* tingimus.⁴⁵

Faktilise kausaalsuse selgitamiseks on vajalik kasutada elimineerimise meetodit ja sooritada nn negatiivne test. Selle testi käigus rekonstrueeritakse kõik olulised tingimused ja välistatakse sealt kahjutekitaja käitumine. Kui kahjuna avalduv tagajärg

⁴¹ H.L.A. Hart, T. Honoré. Samas, lk 74.

⁴² M. Kingisepp. Kausaalõpetused ja võlaõigus. Juridica, 2003, lk 158.

⁴³ M. Kingisepp. Kahjuhüvitis postmodernses deliktiõiguses. Tartu Ülikooli Kirjastus, Tartu, 2002, lk 70.

⁴⁴ O. Ben-Shahar. Causation and Foreseeability. Encyclopedia of Law and Economics. Vol II, Edited by B. Bouckaert, G. de Geest, Edward Elgar Cheltenham. United Kingdom, 2000, lk 645.

⁴⁵ H.L.A. Hart, T. Honoré. Viidatud teos, lk 110.

jääb saabumata, ei ole tegemist põhjusliku seosega käitumise ja tagajärje vahel. Tegevusetuse puhul negatiivne test ei toimi ja siis tuleb rakendada positiivset testi. Kui käitumine toimub vastavalt nõuetele, peab kahjulik tagajärg jääma tekkimata.

Põhjus peab olema olulisel määral vajalik tagajärje saabumiseks ja sündmuse põhjus peab olema eristatav teistest teguritest, mille vajalikkust ei saa välistada. Iga tingimus *sine qua non* ei ole alati põhjuslikkuse seisukohast oluline tegur. Tingimus on *sine qua non* ilma teda täpsemalt kirjeldamata, kui see on vajalik tegur ka teiste analoogsete juhtumite juures, nagu hapnik tulekahju juures. Selle tingimuse täpsem kirjeldamine või konkretiseerimine on oluline, kui on mitu sarnast põhjust või kui on vaja tegu kvalifitseerida. Siin on juba tegemist üleminekuga õigusliku kausaalsuse tuvastamisele. Faktilise kausaalsuse tuvastamisel saab põhitunnusena välja tuua vältimatu põhjuse kahjuliku tagajärje tekkimise alusena. Erinevate kahju tekkimiseks vajalike tingimuste seas käivitab just vältimatu põhjus kahjuliku tagajärje tekkimise.⁴⁶ Faktilise kausaalsuse analüüsi kasutamine aitab selgitada, kas näiteks kartellikokkulepe on see vältimatu tingimus muude kaubaturul valitsevate tingimuste hulgast, mis toob või võib tuua kaasa konkurentsi kahjustamise.

Vastupidiselt eelpoolnimetatud vältimatu põhjuse teooriale läheneb põhjuslikkusele vajaliku tagajärje teooria. Selle teooria järgi on ainult vajalik tagajärg seaduse kohaselt vale teo või määratletud juhtumi tagajärg, mis peab olema piisavalt määratletud ja täpne. Vastupidisel juhul see teooria muutuks vajalikkuse teooriast võimalikkuse teooriaks, kus tagajärg peab olema kohane või võimalik.⁴⁷ Kui tagajärjeks on konkurentsi piiramine või kahjustamine, mis ei ole alati üheselt määratletav, siis konkurentsiõiguses eelistatakse võimelisuse teooriate kasutamist, millest tuntuim on adekvaatsusteooria.

Faktiline kausaalsus määrab ära õigusvastase käitumisega faktiliselt seotud kahju ulatuse. Hüvitise saamiseks peab potentsiaalne kannatanu leidma juurde ka õigusliku aluse, mille baasil oleks võimalik kahju sissenõudmine vastutavalt isikult. Sellise õigusliku aluse (õigusliku põhjuslikkuse või õigusliku seose) tuvastamiseks on

⁴⁶ M. Kingisepp. Kahjuhüvitis postmodernses deliktiõiguses. Tartu Ülikooli Kirjastus, Tartu, 2002, lk 72.

⁴⁷ T. Honoré. Causation and Remoteness of Damage. Chapter 7 of volume 11, Torts, in International Encyclopedia of Comparative Law. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1983, lk 37-38.

kontinentaalse Euroopa kohtupraktikas kasutatud valdavalt adekvaatsusteooria abi.⁴⁸ Adekvaatsusteooriale tuginedes väidetakse, et kõik põhjused ei ole adekvaatsed. Ainult õiguslikult olulised põhjused on adekvaatsed. Õigusliku kausaalsuse tuvastamisel selgub, kas see vältimatu tingimus, mis toob või võib tuua kaasa konkurentsi kahjustamise, vastab ka õiguslikele tingimustele. Viimased võivad seada sellele vältimatule tingimusele omakorda lisatingimusi. Näiteks, et kartellikokkulepe peab mõjutama Euroopa Liidu liikmesriikide vahelist kaubandust.

Adekvaatsuse puhul on tegemist objektiivse võimalusega seda liiki tagajärje jaoks, s.t arvesse tuleb võtta kõik tingimused sel ajal, mis olid mõistlikult käituvale inimesele tunnetatavad. Ka üldises õiguses on sarnane lähenemine, mille kohaselt tagajärjed on liiga kõrvalised, kui mõistlik inimene ei suudaks neid ette näha.⁴⁹ Probleem seisneb selles, et on väga raske objektiivselt hinnata, milline see mõistlik inimene peaks olema. Seaduse tõlgendamisel oleks vaja tugineda just õigusteoreetilistele käsitlustele, et leida kohased karakteristikud mõistliku inimese määratlemiseks. Rõhutada saab seda, et sündmus on tagajärje adekvaatseks tingimuseks, kui ta üldisel ja märgataval viisil suurendab seda tüüpi tagajärje tekkimise objektiivset võimalust. Otsustamisel tuleb siinjuures arvestada kõiki tingimusi, mida mõistlik inimene peab oluliseks sündmuse toimumise ajal ja täiendavaid asjaolusid, mis olid teada tingimuse tekitajale.

Adekvaatsusteooria abil tuleb välja eraldada ettenähtamatud, väljaspool tõenäosust asuvad kahjud. Adekvaatus on hinnang - milliseid tagajärgi võiks ette näha kõiki kahjusündmuse momendil teada olnud asjaolusid tundev objektiivne hindaja.⁵⁰ Probleemiks on see, et adekvaatsusteooria, kus lühidalt öeldes kahjuliku tagajärje tekkimise võimalus ei tohi olla täiesti ebatõenäoline, käsitleb kahjulikke tagajärgi oluliselt laiemalt kui ettenähtavusteooria. Erinevad omavahel võistlevad teooriad määravad erinevalt, milline põhjus on adekvaatne erineval juhtumil. Adekvaatne põhjus peab olema tüüpiliselt ettenähtav, peab suurendama kahju võimalikkust või riski, peab olema kahju peamine põhjus või peab põhjustama sellise kahju, mis on seaduse eesmärgi kohaselt vastutuse aluseks.

⁴⁸ M. Kingisepp. Kahjuhüvitis postmodernses deliktiõiguses. Tartu Ülikooli Kirjastus, Tartu, 2002, lk 74.

⁴⁹ A. Peczenik. Causes and Damages. Juridiska Föreningen i Lund, 1979, lk 162.

⁵⁰ P. Schlechtriem. Võlaõigus. Üldosa. Juura Õigusteabe AS, Tallinn, 1999, lk 90.

Ettenähtavusteooria kohaselt peab isik näiteks kartellikokkuleppe korral hüvitama üksnes kahju, mida ta kokkuleppe sõlmimisel ette nägi konkurentsirikkumise võimaliku tagajärjena või oleks pidanud ette nägema. Ettenähtavuse reegli idee seisnebki selles, et pooltel peab olema võimalus kartellikokkuleppe sõlmimise hetkel ette kalkuleerida ja hinnata endale lepingu sõlmimisega võetavaid riske ning võimalikke tagajärgi.⁵¹ Vastavalt ettenähtavuse doktriinile on adekvaatseks ehk õiguslikult oluliseks põhjuseks teo tulemus, mis on ettenähtav. Just kahju liik peab olema ettenähtav, mitte kahju detailid. Mida piiratum on kahju liigi kirjeldus, seda raskem on seda ette näha. Kahju on adekvaatne, kui see on ettenähtav keskmisele inimesele (Thon'i lahendus), ratsionaalsele inimesele või *bonus pater familias*-ele.⁵² Seda lähenemist saab seostada ettenähtavusteooria piirava doktriiniga. Teine lähenemine on, et kahju peab olema ettenähtav ideaalsele inimesele (Träger'i lahendus) või *vir optimus*-ele ehk eriti oskuslikule isikule.⁵³ Seda lähenemist saab siduda ettenähtavusteooria laiendava doktriiniga.

Ettenähtavusteooria piirav doktriin ütleb, et kahju põhjustanud kostja ei vastuta kahju tekitamise eest, mida ta ei saanud ette näha. Ettenähtavusteooria laiendav doktriin ütleb, et kostja vastutab kahju tekitamise eest, mille tekkimist oli võimalik ette näha ja tema tegu oli vajalik tingimus selle tekkimiseks. Läheneda võib ka nii, et hooletu kostja vastutab ettenähtava kahju eest ainult siis, kui selle kahju tekkimise täpne viis oli samuti ettenähtav.⁵⁴ Konkurentsile kahjulike tagajärgedena, mida on lihtsam ette näha, saab näiteks nimetada tarbijate heaolu kahjustamist, väiksemate ettevõtjate konkurentsivõime kahjustamist ja ühtse Euroopa turu (ühisturu) loomise ja toimimise kahjustamist. Kartellilepingute juures on võimalik rääkida ka lepingu kõigi poolte ettenägemisvõimest konkurentsi piiramise või takistamise suhtes. Seetõttu võib konkurentsirikkumiste analüüsi teostamisel olla otstarbekas kasutada teatud üldistatud lähenemisi, et mitte uurida iga poole tahet eraldi. Konkurentsioiguse kohaldamisel tuleb veel vahet teha kahel võimalikul ettenähtavusel: ettenähtavus teo sooritamise ajal ja ettenähtavus järelevalveotsuse tegemise ajal. Viimasel juhul on võimalik

⁵¹ Vt ka K. Sein. Kahju ettenähtavuse reegel kahjuhüvitise piiramise alusena. *Juridica*, 2003, lk 244.

⁵² Termin *bonus pater familias* tähendab mõistlikku perekonnapead.

⁵³ A. Peczenik. Viidatud teos, lk 174-176.

⁵⁴ H.L.A. Hart, T. Honoré. Viidatud teos, lk 256.

kasutada kogu saadaolevat informatsiooni, sealhulgas aja kulgemise tõttu lisandunud informatsiooni, et teostada objektiivne analüüs *ex post facto*.

Riskiteooria aluseks on, et vastutuse jaoks piisab kahju tekkimise olulisest võimalikkusest. Peamise põhjuse teooria juures on peamine põhjus tähtsam kui teised põhjused põhjuslikkuse ja/või juriidilisest vaatenurgast.⁵⁵ Peamise põhjuse teooriat kasutatakse palju kindlustusõiguses, kus kindlustusriski hindamisel lähtutakse tõenäosusest kui objektiivsest nähtusest. Tõenäosust ei iseloomustata isiku teadmistest ja uskumustest lähtudes.⁵⁶ Riskiteooria kasutamisega saab aga teatud määral selgitada mõnede kartellikokkulepete üldist keelamist Ameerika Ühendriikide praktikas.

Põhjuslikkust käsitlevaid teooriaid võib veel jagada kaheks. Need on üldistamise ja individualiseerimise teooriad. Paljusid põhjuseid üldistatakse põhjusteks analoogilistele tagajärgedele, uurimata konkreetset põhjust. Selle asemel, et erinevat põhjust otsida, püütakse leida tagajärjes võimalikult palju ühiseid jooni, et kasutada olemasolevat üldistatud põhjust. Adekvaatsusteooriat, võib pidada üheks tuntumaks üldistamise teooriaks.

Individualiseerimisel põhinevad teooriaid saab jagada kaheks: paratamatuse teooria ehk lähenemine retrospektiivsest (*ex post*) kausaalsusest ja võimelisuse teooria. Erinevalt üldistamise teooriatest lähtub paratamatuse teooria eeldusest, et vajaliku tingimuse olemasolu korral järgneb alati kindel (fataalne) tagajärg. Üldistamise teooriad nii kategoorilist väidet ei luba. Need lähtuvad pigem tõdemusest, et vastava tingimuse esinemisel on üldise kogemuse põhjal tagajärje saabumine võimalik. Võimelisuse teooriad ei tuleta põhjuse ja tagajärje vahelist seost asjade olemusest iseeneses, vaid lähtuvad eeldusest, et teatud asjadel on võime olla muutuval määral teiste nähtuste põhjuseks. Võimeline (*ex ante*) kausaalsus esineb siis, kui isiku käitumine suurendab oodatud tagajärje saabumise tõenäosust.⁵⁷ Paratamatu põhjuslikkus on ajas tagasivaatava iseloomuga, andes vastuse selle kohta, kas isiku käitumine oli saabunud tagajärje vältimatuks tingimuseks. Võimeline kausaalsus aga

⁵⁵ A. Peczenik. Viidatud teos, lk 170, 189.

⁵⁶ Vt O. J. Luik. Liikluskindlustus kui kohustuslik vastutuskindlustus. Magistritöö. Tartu Ülikooli Õigusinstituut, Tallinn, 2004, lk 15.

⁵⁷ M. Kingisepp. "Kausaalõpetused ja võlaõigus" Juridica, 2003, lk 156.

on suunatud ajas ettepoole. Vastust tuleb otsida küsimusele, kas isiku tegevus võib suurendada kahju tekkimise tõenäosust.⁵⁸ Võimelise kausaalsusega on tegemist ka näiteks turguvalitseva seisundi omamise puhul, kus põhimõtteliselt saab rääkida ettevõtja võimest takistada konkurentide tõhusat konkurentsi ja võimest omada otsustavat mõju kaubaturu konkurentsitingimustele.⁵⁹

Tagajärje eeldatavasti põhjustanud tegu peab olema selline, millega tekitatakse olukord, kus keskmise mõistliku *ex ante* vaatleja hinnangu kohaselt võib saabuda kahjulik tagajärg. On võimalik, et oht oli olemas juba enne tegu. Sel juhul on vajalik, et isik oma teoga oleks suurendanud olemasolevat ohtu. Oht, mille isik oma käitumisega loob, peab olema õiguslikult relevantne ehk õiguslikult hukkamõistetav, taunitav. Õiguslikult relevantseks ohuks saab pidada üksnes sellist ohtu, mis tekib ja realiseerub normi kaitsealas. Viimase all mõeldakse primaarnormi toimet, mille eesmärk on vältida hüve kahjustamist.⁶⁰ Konkurentsirikkumisi analüüsitakse seda ohtu arvesse võttes.

Normi õiguskaitse teooria kohaselt vastutab kahju tekitaja ainult kahju eest, mille tekkimise vastu oli kõnealune norm kavandatud kaitset pakkuma.⁶¹ Selle teooria alusel on sõnastatud näiteks ka Eesti võlaõigusseaduse § 1045 lõige 2, mille kohaselt “seadusest tuleneva kohustuse rikkumisega kahju tekitamine ei ole õigusvastane, kui kahju tekitaja poolt rikutud sätte eesmärk ei olnud kannatanu kaitsmine sellise kahju tekkimise eest.” Normi õiguskaitse teooria arengule on kaasa aidanud adekvaatsusteooria piiratud võimalus lahenduste leidmisel keerulisemates olukordades, eelkõige seal, kus on vaja selgitada hüvitatava kahju ulatust. Samuti ei saa tugineda adekvaatsusteooriale seal, kus on vaja kahjuhüvitust mõistlikult piirata. Konkurentsioiguses tekib küsimus, et kas normidel, mille üks eesmärk on konkurentsi kahjustamist vältida, on ka teine eesmärk - vältida teistele isikutele kahju tekkimist,

⁵⁸ Vt ka T. J. Miceli. Cause in fact, Proximate Cause, and the Hand Rule: Extending Grady's Positive Economic Theory of Negligence. *International Review of Law and Economics*, 1996, nr 16, lk 473-482.

⁵⁹ E. N. Varona, A. F. Galarza, J. F. Crespo, J. B. Alonso. *Merger Control in the European Union. Law, Economics and Practice*. Second Edition. Oxford University Press, Oxford, New, York, 2005, lk 146.

⁶⁰ J. Sootak. Karistusõigusel on oma füüsika. Teo ja tagajärje omistamine - vanad ja uued dogmaatikafiguurid karistusõiguses. *Juridica*, 2004, lk 172.

⁶¹ A. Peczenik. Viidatud teos, lk 299.

mis annab tarbijatele ja konkurentidele võimaluse nõuda kahju hüvitamist. Autori arvates on konkurentsioiguse normidel ka see teine eesmärk

Eraldi käsitlemist vajab küsimus, et mis juhtub siis, kui mitu kahjutut protsessi koosmõjus muutuvad kahjulikuks nende ühise suuruse, arvu või võimsuse tõttu? Ka konkurentsirikkumiste puhul võib mõnedel juhtudel tegemist olla kumulatiivse põhjuslikkusega. Kumulatiivse põhjuslikkuse jaoks on vajalik, et kahju tekib mitme põhjuse koostoimes, millest igaüks on vajalik põhjus. Sellisel juhul vastutavad ka mõlemad kahju põhjustajad.⁶² Kui näiteks tootja sõlmib edasimüügilepingu oma toote müümiseks piiratud territooriumil, näiteks on ühe Euroopa Liidu liikmesriigi territooriumil, siis sellise lepingu sõlmimine ja täitmine ei pruugi iseenesest veel konkurentsi kahjustada. Kui aga tootja sõlmib ka vastavad edasimüügilepingud teiste vahendajatega, mis on piiritletud teiste liikmeriikide territooriumitega, siis need lepingud oma koosmõjus loovad võimaluse konkurentsi kahjustamiseks ja siin on tegemist juba kumulatiivse põhjuslikkusega. Valdav lähenemine on, et kui isik teeb teo, mis üksi ei ole kahjulik, siis vastutuse eeltingimusena on vajalik tema süü. Vastutab ta aga aimult siis, kui ta teadis või pidi teadma ka teiste isikute vastavatest tegudest.⁶³ Keeruliseks teeb analüüsi see, et kumulatiivse põhjuslikkusega seotud reeglite süsteem on tihedalt seotud adekvaatsusteooriaga.

Euroopa Liidu konkurentsioiguse praktika näitab, et konkurentsi kahjustavate kokkulepete juures on kõige rohkem kasutamist leidnud põhjuslikkuse individuaalsed teooriad. Vaadatakse, kas konkreetne hinnakokkulepe või turujagamise kokkulepe on kahjustanud (*ex post* analüüs) või võib tulevikus suurendada konkurentsi kahjustamise tõenäosust (*ex ante* analüüs). See erineb Ameerika Ühendriikidest, kus näiteks otsese konkurentsi kahjustumise korral kasutatakse põhjuslikkuse üldistavatele teooriatele tuginevat üldise keelu analüüsi. Veel on Euroopa Liidu konkurentsioiguses konkurentsi kahjustavate kokkulepete uurimisel kasutatava põhjusliku seose meetodi juures oluline silmas pidada, et kasutatav üldistustasand on seotud eelistusega adekvaatsusteooria kasutamisele. Ameerika Ühendriikides kasutatav üldise keelu meetod on mõjutatud rohkem ettenähtavus- ja riskiteooriast.

⁶² Vt ka A. Peczenik. Samas, lk 220.

⁶³ T. Honoré. Causation and Remoteness of Damage. Chapter 7 of volume 11, Torts, in International Encyclopedia of Comparative Law. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1983, lk 73.

Koondumiste kontrolli puhul Euroopa ja Ameerika konkurentsioiguses erinevate teooriate eelistust ei esine, tuginetakse võimelisuse teooriatele.

1.3. Euroopa Liidu konkurentsireeglite kohaldamine

1.3.1. Euroopa Liidu konkurentsioiguse peamised allikad

Euroopa Liidu konkurentsioigus põhineb kahel sambal, milleks on Euroopa Ühenduse asutamislepingu (Rooma lepingu) artiklid 81 ja 82.⁶⁴ Rooma lepingu artikkel 81 sisaldab küllaltki üldsõnalisi konkurentsiregleid, mis sätestavad ühisturuga kokkusobimatud ja keelatud ettevõtjatevaheliste kokkulepete, ettevõtjate ühenduste otsuste ja kooskõlastatud tegevuse keelu. Rooma lepingu artikkel 82, mis käsitleb turguvalitsevat seisundit, ei sätesta, et omandatud valitsev seisund iseenesest oleks ebaseaduslik. Säte reguleerib turguvalitseva seisundi kuritarvitamist, andes mitteammendava loetelu kuritarvitustest, mis on konkurentsirikkumiste analüüside juures olulise tähtsusega.

Asutamislepingu artiklis 86 on reguleeritud veel riigi osalusega äriühingute ja eri- või ainuõigusega ettevõtjate konkurentsi küsimused ning artiklites 87-89 riigiabi andmise küsimused. Koondumistega seonduvaid küsimusi asutamislepingus ei reguleerita. Asutamislepingu artiklis 83 on sätestatud, et kõik artiklites 81 ja 82 esitatud põhimõtete kohaldamiseks vajalikud määrused või direktiivid kehtestab nõukogu kvalifitseeritud häälteenamusega komisjoni ettepaneku põhjal ja pärast konsulteerimist Euroopa Parlamendiga.⁶⁵ Sellest, et koondumised ei ole reguleerimist leidnud Euroopa Liidu aluslepingu tasemel, on üle saadud vastava määrase kehtestamisega.⁶⁶ Kuna asutamislepingus ei ole selget alust koondumiste reguleerimiseks, siis selle alusena saaks käsitleda artiklit 83, mis reguleerib kokkulepete, otsuste ja kooskõlastatud tegevuse ning ühisturul turgu valitseva seisundi kuritarvitamise sätete kohaldamist. Koondumised toimuvad sageli kokkulepete kaudu ja koondumiste lubatavus on sõltuvuses koondunud ettevõtja

⁶⁴ Euroopa Liit: Nice'i leping, Euroopa Liidu leping, Euroopa Ühenduse asutamisleping, Euroopa Liidu põhiõiguste harta. Eesti Õigutõlke Keskus, Tallinn, 2002, lk 153-154. Varasemas redaktsioonis olid nimetatud artiklite numbrid 85 ja 86.

⁶⁵ Euroopa Liidu õigusloome esimene vorm oli nõuandemenetlus. Koostöö- ja kaasotsustamismenetluse kehtestamisega on nõuandemenetluse tähtsus pidevalt vähenenud ja seda kasutatakse praegu üksnes juhtudel, kui ei nõuta ühe eespoolnimetatud menetluse kasutamist. Vt. K.-D. Borchardt. Euroopa Ühenduse õiguse ABC. Viies trükk. Euroopa Komisjon, Tallinn 2001, lk 56.

⁶⁶ EL Nõukogu määrus nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle, OJ L 024, 29.01.2004

võimalustest turguvalitsevat seisundit kuritarvitama asuda. Seega võiks asutamislepingu artikli 83 kohaselt koondumisi reguleeriva määruse üheks eesmärgiks olla artikli 81 lõikes 1 ja artiklis 82 sätestatud keeldudest kinnipidamise tagamine. Probleemiks aga jääb see, et osa koondumisi toimub ülevõtmiste kaudu, mida ei saa tavaliste kokkulepetena käsitleda.

Euroopa Komisjon tõlgendab artiklit 81 kui koondumistele mittekohaldatavat. Ka artikkel 82 kehtib üksnes koondumiste suhtes, mis kujutavad endast turguvalitseva seisundi kuritarvitamist. Artiklit 82 ei kohaldata koondumiste suhtes, mille tulemuseks on valitseva seisundi tekkimine. Koondumiste üle kontrolli loomiseks kasutati asutamislepingu artiklit 308, mis sätestab, et ühenduse eesmärgi saavutamiseks võib nõukogu komisjoni ettepaneku põhjal ja pärast konsulteerimist Euroopa Parlamendiga ühehäälselt vastu võtta kohaseid meetmeid, mille jaoks asutamisleping ei ole sätestanud vajalikke konkreetseid volitusi.⁶⁷ Autor nõustub koondumiste määrasele sellise õigusliku aluse leidmise formaalse käsitlemisega. Omaette küsimuseks aga jääb, et kas koondumiste kontrollimine peab toimuma vastavate lubade väljastamise teel? Sellise kontrolli teostamiseks puudub asutamislepingu tasandil selge õiguslik alus.

1.3.2. Rooma lepingu artiklid 81 ja 82 – kas normid või põhimõtted?

Euroopa Liidu kujunemise ajalugu näitab, kuidas ühisturu mõtteloogika on tekkinud. Euroopa Sõe- ja Terasühenduse asutamislepingust⁶⁸ leiab terve rea põhimõtteid, mis lepingu eesmärkide saavutamiseks olid lepingu osaliste vahel kokku lepitud. Vastav Pariisi Kokkulepe, mis kirjutati alla 1951. aasta 18. aprillil, lõi uue juriidilise isiku rahvusvahelises õiguses – Euroopa Sõe- ja Terasühenduse. Kokkuleppe ülesandeks oli tagada liikumine ühise turu loomise poole. Selleks oli vaja laiendada liikmesriikides majandust, luua juurde töökohti ja tõsta elatustaset. Ühenduse institutsioonide ülesanneteks oli garanteerida vastava tooraine pakkumine ühisturul, arendada tootmise laiendamist ja moderniseerimist ning tooraine ratsionaalset kasutamist. Sobimatuks nimetati ja keelati muude praktikate hulgas diskrimineerivad abinõud tootjate, ostjate või tarbijate vahel, mis puudutasid hindu, kohaletoimetamise

⁶⁷ M. Waelbroeck. Öppematerjar kohtunikele 2004. Konkurentsioigus Euroopa Ühenduses, Sihtasutus Eesti Õiguskeskus, Tartu, 2005, lk 55.

⁶⁸ Vt internetis <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/en/entoc29.htm>

tingimusi, transporditasusid või tingimusi või mis takistasid ostja õigust vabalt pakkujat valida. Samuti keelati piirav praktika, mis väljendus turgude jagamises või hõlvamises. Veel viitas kokkulepe põhimõtetele, mille kohaselt tuleb võtta tarvitusele võimalikud abinõud selleks, et kaitsta konkurentsi ja teha kahjutuks konkurentsi kahjustav käitumine.⁶⁹

Autor nõustub R. Alexy käsitlesega, mille kohaselt on põhimõtted reeglid, mis käsivad midagi realiseerida tegelike ja õiguslike võimalustega võrreldes võimalikul suurel määral. Neid on võimalik täita erineval määral ja erinevas ulatuses. Ulatus sõltub mitte üksnes tegelikest, vaid ka õiguslikest võimalustest. Viimased on kindlaks määratud reeglite ja vastassuunaliste põhimõtetega. Põhimõtete kollisiooni lahendamise menetlus on kaalumine. Põhimõtted ja kaalumised on ühe ja sama asja kaks eri külge: esimene on normiteoreetiline, teine metodoloogiline. Kes asub õiguse valdkonnas kaaluma, see eeldab, et kaalutavatel sätetel on põhimõtte struktuur, ja kes kvalifitseerib neid põhimõtetena, peab jõudma välja kaalumiseni. Hoopis teisiti on lood normidega. Normid on reeglid, mis saavad olla korraga kas täidetud või täitmata. Kui norm kehtib, siis on kästud teha täpselt seda, mida see nõuab, ei vähem ega rohkem. Normid sisaldavad seetõttu määranguid tegeliku ja õigusliku võimalikkuse piires. Need on seetõttu definitiivsed käsud. Normide kohaldamise viisiks ei ole mitte kaalumine, vaid subsumptsioon.⁷⁰ Põhimõte ei viita täpsele reeglile, vaid hoopis maksiimile või kontseptsioonile, mis on arvestataval määral abstraktne. Konkreetsetel juhtudel aga võib põhimõtete kohaldamine viia sarnaste tulemusteni.⁷¹ Euroopa Liidu konkurentsiõiguse sätete puhul ei ole alati täit selgust, kas tegemist on normide või põhimõtetega. Välja on kujunenud olukord, et põhimõtted on valdavalt koondatud õigusaktide preambulatesse. Samuti sisaldavad Euroopa Komisjoni konkurentsialased suunised soovitusi, mida kohaldatakse sarnaselt põhimõtetega.

Peale Rooma lepingu sõlmimist toimus arutelu selle üle, et kas artikli 81 lõikes 1 sisalduv reegel on keelav norm või ainult kuritarvitamise keelamise põhimõte. Väideti, et tegemist on keelava normiga, mida saab ettevõtjatele vahetult kohaldada.

⁶⁹ D. G. Goyder. EC Competition Law. Third Edition. Oxford University Press, New York, 1998, lk. 20-21

⁷⁰ R. Alexy. Viidatud teos, lk 10.

⁷¹ A. Schrauwen. In Defence of Public Interest: The Rule of Reason. Genesis of a Principle of Law. Kogumikus Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine. Edited by A. Schrauwen. Europa Law Publishing, Groningen/Amsterdam, 2005, lk 4.

Samal ajal levis ka vastassuunaline arvamus, et tegemist on ainult põhimõttega, mis on aluseks konkreetse normi kehtestamisele. Samasugune diskussioon toimus ka artiklis 82 sätestatu suhtes. Need vaidlused lõpetas 1962. aastal määruse nr 17/62 väljaandmine, mille artikli 1 kohaselt keelati kõik artikli 81 lõikes 1 nimetatud kokkulepped ja samuti artiklis 82 nimetatud turguvalitseva seisundi kuritarvitused, ilma et oleks vaja eelnevalt vastu võtta vastavat jõustavat otsust. Seega määrusega kehtestati keelav norm.⁷²

1.3.3. Konkurentsioiguse tõlgendamine

Euroopa Liidu konkurentsioigus ei ole väga detailselt õigusaktides reguleeritud, seetõttu on selle kohaldamisel suur tähtsus tõlgendamisel. Tõlgendamise esimeses astmes on vaja piiritleda õigusallikate ring mida Euroopa Liidu konkurentsioiguse valdkonnas saab kasutada. Lisaks Rooma lepingu sätetele tuleb õigusallikatena käsitleda Euroopa Liidu Nõukogu määrust nr 1/2003⁷³, mis reguleerib Lepingu artiklite 81 ja 82 elluviimist (varem kehtis määrus nr 17⁷⁴), nõukogu määrust nr 19⁷⁵, mis puudutab erandeid ja grupierandeid, Euroopa Komisjoni vastavaid määrusi (näiteks määrus nr 2790/1999⁷⁶, mis puudutab vertikaalseid kokkuleppeid ja kooskõlastatud tegevust), komisjoni teatise (näiteks suuniseid, mis puudutavad vertikaalsete kokkulepete määratlemist⁷⁷, teatist vähese tähtsusega kokkulepete kohta⁷⁸) ja komisjoni avaldust vastava turu defineerimise kohta⁷⁹. Siintoodu ei ole ammendav loetelu kõigist vastavatest õigusaktidest.

Asutamislepingu kohaselt ei ole Euroopa Komisjonil üldist pädevust asutamislepingu rakendamiseks määruste, direktiivide või otsuste vastuvõtmiseks. See pädevus kuulub eranditult Euroopa Liidu Nõukogule, välja arvatud üksikutel juhtudel (näiteks artikli

⁷² J. Fejo. Monopoly Law and Market. Kluwer Law and Taxation Publishers. Deventer, Boston 1990, lk 106.

⁷³ EL Nõukogu määrus nr 1/2003, asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta, OJ L 001, 04.01.2003.

⁷⁴ EL Nõukogu määrus nr 17, Esimene määrus asutamislepingu artiklite 85 ja 86 rakendamise kohta, OJ P 013, 21.02.1962.

⁷⁵ Nõukogu määrus nr 19/65/EMÜ asutamislepingu artikli 85 lõike 3 kohaldamise kohta teatavat liiki kokkulepete ja kooskõlastatud tegevuse suhtes. OJ P 036, 06.03.1965.

⁷⁶ EL Komisjoni määrus nr 2790/1999 asutamislepingu artikli 81 lõike 3 kohaldamise kohta vertikaalkokkuleppe ja kooskõlastatud tegevuse liikide suhtes, OJ L 336, 29.12.1999.

⁷⁷ Commission notice - Guidelines on Vertical Restraints, OJ C 291, 13.10.2000.

⁷⁸ Notice on agreements of minor importance which do not fall within the meaning of Article 85(1) of the Treaty establishing the European Community, OJ C 372, 09.12.1997.

⁷⁹ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law. OJ C 372, 09.12.1997.

86 lõige 3). Samas võib aga nõukogu delegeerida komisjonile õiguse võtta vastu konkreetsetel juhtudel rakendussätteid.⁸⁰ Määruse nr 1/2003 artiklis 33 volitatakse näiteks komisjoni võtma vastu asjakohaseid meetmeid määruse kohaldamiseks. Vastavalt sellele sättele võttis komisjon vastu määruse menetluse läbiviimiseks vastavalt asutamislepingu artiklitele 81 ja 82.⁸¹

Määruse nr 1/2003 artiklis 7 on sätestatud, et kui komisjon kaebuse põhjal või omal algatusel leiab, et asutamislepingu artiklit 81 või 82 rikutakse, võib ta otsusega nõuda ettevõtjatel või ettevõtjate ühendustelt sellise rikkumise lõpetamist. Artiklis 7 on samuti selgitatud, et õigustatud huvi korral on komisjonil õigus teha otsus ka varasema konkurentsirikkumise toimumise kohta. Euroopa Kohtu õigus vaidlusi läbi vaadata ja otsuseid teha tuleneb asutamislepingust. Artikli 220 kohaselt tagavad Euroopa Kohus ja Esimese Astme Kohus kumbki oma pädevuse piires, et asutamislepingu tõlgendamisel ja kohaldamisel peetakse kinni seadusest. Lisaks sellele on määruse 1/2003 artikli 31 kohaselt Euroopa Kohtul täielik pädevus läbi vaadata otsused, millega komisjon on määranud trahvid või karistusmaksed. Euroopa Kohus võib määratud trahvi või karistusmaks tühistada, seda vähendada või suurendada. See pädevus on kooskõlas asutamislepingu artikliga 229, mille kohaselt võib nõukogu määrusega anda Euroopa Kohtule piiramatud volitused selle määrusega ettenähtud karistuste määramisel. Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale on trahvisumma vähendamine haldusmenetluse raames tehtud koostöö tõttu õigustatud vaid siis, kui just asjaomase ettevõtja käitumine võimaldab komisjonil raskusteta tuvastada rikkumise olemasolu ja vajadusel see lõpetada.⁸²

Euroopa Liidu konkurentsioiguse allikateks on Euroopa Kohtu otsused niivõrd, kui need on siduvad osapooltele ning liikmesriikide kohtutele. Euroopa Liidu õigus tunnistab teatud mõttes pretsedendiõigust, sest õiguse allikaks on kohtulahendid niivõrd, kui määravad kindlaks või rakendavad Euroopa Liidu õiguse põhimõtteid või

⁸⁰ M. Waelbroeck. Viidatud teos, lk 33.

⁸¹ Euroopa Komisjoni määrus nr 773/2004 komisjoni poolt menetluse läbiviimiseks vastavalt EÜ asutamislepingu artiklitele 81 ja 82. OJ L 123, 27.04.2004.

⁸² Brouwerij Haacht NV v. Commission, case T-48/02, 2005; vt samuti SCA Holding v. Commission, case T-327/94, 1998, ECR II-1373; Krupp Thyssen Stainless and Acciai speciali Terni v. Commission, cases T-45/98 ja T-47/98, 2001, ECR II-3757.

näevad ette osapooli puudutavate sätete tõlgendamist.⁸³ Nii komisjoni ja Euroopa Kohtu otsused, kui ka mõningad liikmesriikide kohtuotsused võivad omada olulist mõju tõlgendamisele. Euroopa Kohtul on viimane sõna Euroopa õiguse tõlgendamisel ja selle kehtivuse üle otsustamisel.⁸⁴ Kindlasti ei osata hetkel paljusid Euroopa õiguse rakendamise aspekte ja kohtute olulist rolli selles täpselt ette kujutada.⁸⁵ Samas aga ei ole kahtlust, et Euroopa Kohtul on konkurentsioiguse kujundamisel oluline roll.

Erinevad õiguskorrad ei tunne põhimõtteid, mis määratleksid ühetähenduslikult, kuidas tõlgendada teksti, mis on semantiliselt mitmetähenduslik. Samuti ei ole kokku lepitud, missuguseid argumente kasutada, kui põhjendused on erisuunalised või kuidas erinevat argumenteerimismaterjali liita terviklikuks tõlgendusseisukohavõtuks. Sellest seisukohast võttes on õigusteadusliku tõlgenduse struktuur lahtine. Siiski on põhjust meeles pidada, et kui õiguslikud tõlgendusstandardid tervikuna kõrvale jätta, ei ole tõlgendus enam juriidiline. Kõne all võib olla moraalne, kuid ka õiguspoliitiline tõlgendamine.⁸⁶ Konkurentsipoliitikas ei kasutatagi ainult juriidilist tõlgendamist, sest konkurentsipoliitika on laiem mõiste kui konkurentsioigus. Konkurentsipoliitikate elluviimisel kasutatav majanduslik mõtlemine on kindlasti abiks konkurentsioiguse juriidilisel tõlgendamisel. Samuti tuleb konkurentsioiguse juriidilisel tõlgendamisel arvestada selliste ühiskondlike väärtustega nagu rahva heaolu, avalik huvi ja progress. Need väärtused muutuvad konkurentsioiguse kohaldamisel positiivse õiguse osaks.⁸⁷ Õigusnormi ennast on ka nimetatud tõlgendamise valemiks. Sündmuse õiguslik tähendus tuleneb sellest, kuidas seda sündmust reguleeriv õigusnorm selle sündmuse õiguslikult lahti mõtestab. Sündmust tõlgendatakse siis vastavalt sellele normile.⁸⁸ Sündmuseks võib näiteks olla lihtsalt kahe ettevõtja vaheline kokkulepe, milles fikseeritakse toodete müügihinnad. Õigusnorm ütleb, et sellist kokkulepet loetakse konkurentsi kahjustavaks hinnakokkuleppeks. Selle normi valguses hinnatakse seda kokkulepet, et kas see on konkurentsi kahjustav hinnakokkulepe või mitte.

⁸³ R. Narits. Õiguse entsüklopeedia. Juura, Õigusteabe AS, Tallinn, 2002, lk 83-84.

⁸⁴ Euroopa Kohtu lahendid. Euroopa Kohtu ja Euroopa Ühenduste Esimese Astme Kohtu tutvustus. Koostaja J. Laffranque. Juura, Õigusteabe AS, Tallinn 2001, lk 5.

⁸⁵ Euroopa Kohtu lahendid II. Tähtsamad Euroopa Kohtu lahendid eesti keeles. Koostaja J. Laffranque. Juura, Õigusteabe AS, Tallinn 2003, lk 3.

⁸⁶ A. Aarnio. Õiguse tõlgendamise teooria. Tallinn, 1996, lk 198.

⁸⁷ H. Kelsen. Introduction to the Problems of Legal Theory; a translation of the first edition of the *Reine Rechtslehre* or *Pure Theory of Law*. Clarendon Press, Oxford, 1996, lk 83.

⁸⁸ H. Kelsen. Samas, lk 10.

Euroopa Liidus konkurentsioiguse tõlgendamisel saab kasutada õigusallikate prioriteetsust määravaid põhimõtteid. Näiteks üks neist põhimõtetest – *lex superior derogat legi inferiori*⁸⁹ – tähendab, et võimaliku vastuolu korral Rooma lepingu ja Euroopa Liidu Nõukogu määruse vahel kohaldatakse lepingu sätet. Nii selget tõlgendamisjuhist ei ole aga näiteks Euroopa Komisjoni teatiste, teadaannete ja suuniste juures, mille andmiseks üldjuhul on õigusaktiga volitus antud, aga formaaljuriidiliselt need siduvad ei ole. Seega tegemist ei ole õiguse allikatega. Need on administratiivsed käsud järelevalvet teostavatele ametnikele konkurentsioiguse tõlgendamisel ja kohaldamisel. Nende teadaannete ja juhiste tegelik mõju avaldubki konkurentsirikkumiste analüüsimisel ja selle tulemusel tehtud otsuste põhjendamisel. Need teadaanded ja suunised aitavad ka ettevõtjatel oma faktilist tegevust õiguslikult hinnata ja paigutada see vastava konkurentsioiguse normi reguleerimisalasse või jätta väljapoole seda.

Õigusajaloo hulka kuulub see, mis ei ole kehtiv õigus. Küsimus on peamiselt kehtiva õiguse tekke ja arenguga seotud informatsioonis. Õigusajalugu aitab mõista tänapäeva õigusühiskonna korraldust ja moodustab niiviisi õigusliku tõlgendamise olulise tausta.⁹⁰ Ajaloolise argumendi ja sellega seonduva seadusandja tahte tähtsuse vähenemine toob aga kaasa seaduse mõtte prevaleerimise. Ajalooline argument asendub teleoloogilisega. Näiteks võib tuua Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses suurte ettevõtjate tõrjumise ja nende moodustamise takistamise eesmärgi muutumise rohkem tarbijakaitselisemaks eelmise sajandi keskpaigas. Eelmise sajandi kaheksakümnendatest aastatest alates muutus aga monopolidevastase õiguse eesmärk jälle ja keskendus majanduse suurema efektiivsuse saavutamisele.

Tõlgendamine on valiku tegemine kahe või rohkema võimaluse vahel. Valik ei saa toimuda ainult objektiivsete kriteeriumide põhjal. Valikus märgivad kaasa väärtused ja hinnangud, mida annab tõlgendaja. Teleoloogiline argument on äsja esitatud põhjustel samuti hinnanguline. Eesmärk ei ole objektiivne olukord, vaid hinnangute alusel kujundatud tagajärg, mida on soovitud.⁹¹ Näiteks koondumiste kontrolliga

⁸⁹ Selle põhimõtte kohaselt tühistab hierarhiliselt kõrgem norm madalama.

⁹⁰ A. Aarnio. Viidatud teos, lk 186.

⁹¹ A. Aarnio. Samas, lk 189-190.

tegelevad, valdavalt juriidilise haridusega Euroopa Komisjoni konkurentsiosakonna töötajad on saanud hüüdnime “ajatollad”⁹² nende poolt kasutatavate jõuliste töömeetodite pärast. Näitena võib tuua ootamatuid kontrollreide ettevõtjate kontoritesse. Komisjonil ei ole kohustust otsusega määratud kontrolli läbiviimisest ette teatada. See annab komisjonile võimaluse artiklite 81 ja 82 rikkumiste tuvastamiseks. Praktikast nimetatakse selliseid etteteatamiseta kontrollreide tihti “koidikuhaaranguteks”.⁹³ Selliste meetodite põhjenduseks tuuakse, et konkurentsi rikkujatega võitlemise on keeruline. Viimased varjavad oskuslikult nendevahelisi keelatud kokkuleppeid ja muud keelatud koostööd.

Teleoloogilisel tõlgendamisel peab tõlgendaja küsima normi *ratio legis* järele: millist eesmärki teenib norm, milline on normi mõte? *Ratio legis est anima legis* – seaduse mõte on seaduse hing. Õiguse objektiivsetest eesmärkidest võiks nimetada rahu ja julgeoleku kindlustamist, õiglast vaidluste lahendamist, sotsiaalset võrdsust jm.⁹⁴ Samuti võib eesmärgidena nimetada õiguskindlust ja õigusselgust täpsete konkurentsireeglite fikseerimise kaudu ja üldise heaolu saavutamist. Ka õigusrahu saavutamine on oluline eesmärk.

Euroopa Liidu konkurentsioiguse juures tuleb esile tõsta ka ühetaolise tõlgendamise tähtsust. Euroopa Liit koosneb paljudest erinevatest liikmesriikidest, kus kehtivad erinevad õiguskorrad. Et reegleid üldiselt ja ühetaolist kogu ühisturul kohaldada, on oluline nende sisust ühtemoodi aru saada. Eriti paistab silma see, et konkurentsioigusega tihedalt seonduvad majandus- ja ettevõtlusõiguse sarnased mõisted võivad erinevates õiguskordades oma sisult ja ulatuselt erineda. Ja selle erinevuse ületamine on tõlgendamise üheks eesmärgiks. Sellist tõlgendamise eesmärki toetab ka määruse nr 1/2003 preambula lõige 22, kus on sätestatud, et tagamaks „õiguskindluse ja ühenduse konkurentsieeskirjade ühetaolise kohaldamise põhimõtete järgimine, tuleb vältida vastukäivate otsuste tegemist”.

⁹² “Jumala märk”, religioonis islami shiiitide kõrgeim tiitel.

⁹³ M. Waelbroeck. Viidatud teos, lk 38.

⁹⁴ R. Narits. Õiguse entsüklopeedia. Juura, Õigusteabe AS, Tallinn, 2002, lk 157.

1.3.4. Konkurentsirikkumiste analüüsimisel kasutatavad meetodid

Rooma juristide teeneks on vaheteo fikseerimine avaliku õiguse – *ius publicum* - ja eraõiguse – *ius privatum* - vahel. Ulpianus defineerib seda järgmiselt: “avalik õigus on see, mis lähtub Rooma riigi huvist, eraõigus, mis puudutab üksikisiku kasu”.⁹⁵ Eraõiguses kehtib üldine põhimõte, et lubatud on kõik, mis ei ole keelatud, avalikus õiguses aga kehtib järelevalveasutuste suhtes põhimõte, et teha võib seda, mis on lubatud.⁹⁶ Konkurentsioigus reguleerib eraõiguslikku valdkonda, kus ettevõtjad oma õigusi ja kohustusi realiseerivad, sätestades konkreetseid keelde ja tingimusi. Ettevõtjate tegutsemisvabadus konkurentsi kaitse eesmärgil on piiratud ainult niivõrd, kuivõrd see on sätestatud nende keeldude ja tingimustega.

Konkurentsi järelevalve teostamisel, mis kuulub aga avaliku õiguse valdkonda, saab teha otsuseid ja järelevalvetoiminguid, mis on vastavas õiguses lubatud. Sama kehtib põhimõtteliselt ka järelevalve teostamisel kasutatavate meetodite kohta. Probleemiks on siin see, et meetodid ei ole õigusaktides täpselt fikseeritud. Milliseid meetodeid siis Euroopa Liidus kasutatakse? Globaalses käsitluses võime konkurentsi riikliku järelevalve juures rääkida kahest meetodist: üldise keelu (*per se rule*) analüüs ja põhjusliku seose (*rule of reason*) analüüs. Neid eristab otsuse tegemiseks vajalik erinev andmete hulk konkurentsirikkumise asjaolude kohta, mida on vaja analüüsida. Lisaks nimetatud meetoditele saab tinglikult rääkida ka eeldatava seaduslikkuse meetodist. Viimase puhul eeldatakse, et teatud käitumine ei ole seaduserikkumine. Sellise käitumise tuvastamisel ei ole vaja enam juhtumit edasi uurida, see käitumine loetakse seadusepäraseks.

Põhjusliku seose analüüs tugineb mõistlikkuse põhimõtte kasutamisele. Euroopa Liidu konkurentsioiguses eristatakse kahte liiki mõistlikkuse põhimõtet: Ameerika Ühendriikide monopolidevastase õiguse mõistlikkus ja „klassikaline” mõistlikkus, mille on arendanud Euroopa Kohus *Wouters*’i juhtumis⁹⁷. Selles juhtumis juristid sõlmisid professionaalse eetika kokkuleppe, mille kohaselt advokatuuri kuuluvatel juristidel on keelatud partnerlus raamatupidajatega. See kokkulepe ei rikkunud

⁹⁵ E. Ilus. Rooma eraõiguse alused. Toimetanud professor H. Pisuke, AS Kirjastus Ilo, 2000, lk 20.

⁹⁶ K. Merusk, I. Koolmeister. Haldusõigus. Õpik Tartu Ülikooli õigusteaduskonna üliõpilastele. Õigusteabe AS Juura, Tallinn, 1995, lk 28.

⁹⁷ *Wouters and others v. Algemene Raad van Nederladse Orde van Advocaten*. Case C- 309/99, 2002, ECR 1577.

Euroopa Liidu konkurentsioigust, kuna tegemist oli mittemajandusliku eesmärgiga, mis oli seotud professionaalse eetikaga. Põhjuseks oli juristide nõuandva tegevuse ja raamatupidajate kontrolliva tegevuse ühitamatus.⁹⁸ Euroopa Liidu õiguses on mõistlikkuse põhimõtte seotud avaliku huviga. Mõistlikud siseriiklikud abinõud, mis takistavad kaubandust ühisturul, ei ole asutamislepingu rikkumised.⁹⁹ Euroopa Liidu konkurentsioiguses tuntakse seda „klassikalist” mõistlikkuse põhimõtet ka muudel juhtudel. Näiteks, kui liikmesriigid võtavad vastu avaliku huviga seotud õigusakte või poliitikaid, millisel eesmärgil tegutsemist ei loeta Euroopa Liidu konkurentsioiguse rikkumiseks või kui isikud osutavad avalikku teenust, mida ei loeta majandustegevuseks.¹⁰⁰ Käesolevas töös põhjusliku seose analüüsi uurimisel tuginetakse Ameerika Ühendriikide monopolidevastase õiguse mõistlikkuse põhimõttele.

Métropole Télévision juhtumis¹⁰¹ selgitatakse, et konkurentsi negatiivsete ja positiivsete tagajärgede kaalumise ei saa toimuda Rooma lepingu artikli 81 lõike 1 kohaldamisel, vaid ainult artikli 81 lõikes 3 sätestatud erandite kohaldamisel. Seega põhjusliku seose analüüsi ei saa kasutada artikli 81 lõike 1 kohaldamisel. Tegelikult aga kõiki konkurentsi rikkuda võivaid kokkuleppeid analüüsitakse lähemalt, et uurida nende kuulumist artikli 81 lõike 1 reguleerimisalasse. Kasutatakse põhjusliku seose analüüsi, mille kohaselt uuritakse kokkuleppe tegelikke tingimusi ja olukorda, milles kokkulepe toimib, eriti majanduslikke tingimusi, milles ettevõtjad tegutsevad ja asjaomase kaubaturu struktuuri.¹⁰² „Klassikaline” mõistlikkuse põhimõtte kontseptsioon on erinev ja see on seotud siseriikliku „avaliku poliitikaga”. Mõistlikud siseriiklikud piirangud üldistes huvides kaupade, teenuste jne vabale liikumisele ning konkurentsile on lubatud.

Põhjususliku seose analüüsi teostamise kasuks saab väita, et ebaloogiline on analüüsida kokkulepete konkurentsi kahjustavaid tagajärgi silmas pidades turu struktuuri ja

⁹⁸ J. W. Van de Gronden. Rule of Reason and Convergence in Internal Market and Competition Law. Kogumikus Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine. Edited by A. Schrauwen. Europa Law Publishing, Groningen/Amsterdam, 2005, lk 83.

⁹⁹ A. Schrauwen. Viidatud teos, 2005, lk 10.

¹⁰⁰ R. Wesseling. Viidatud teos, lk 60-62.

¹⁰¹ *Métropole television v. Commission*. Case T- 112/99, 2000, ECR 2459.

¹⁰² R. Wesseling. The Rule of Reason and Competition Law: Various Rules, Various Reasons. Kogumikus Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine. Edited by A. Schrauwen. Europa Law Publishing, Groningen/Amsterdam, 2005, lk 59-60.

seda, kuidas viimane võiks areneda kokkuleppe puudumise korral. Lepinguvabadust nautiva äritegevuse piiramist ühiskondliku hüve nimel tuleks põhjalikult analüüsida põhjusliku seose meetodil.¹⁰³ Aga isegi põhjusliku seose uurimisel ei tooda välja kogu asjassepuutuvat informatsiooni. Pannakse kokku piisav informatsioon, et tõestada mõnda juriidiliselt seatud eeldust. Näiteks seda, et kostja omades 90 % osa selgelt määratletud kaubaturul omab monopolset jõudu või et kahe suurima ettevõtja koondumine kontsentreeritud kaubaturul on konkurentsivastane. Lõpuks katkestatakse ju iga uurimine mingis punktis. Tasand “*per se*” lihtsalt viitab juhtumite grupile, kus on mõistlik uurimine katkestada juba suhteliselt varajases staadiumis. Üldise keelu analüüsist peab muuhulgas selguma, kuidas uurimine on katkestatud. Ka üldse keelu analüüsi puhul on mõned faktid olulised, samas kui teised seda ei ole.¹⁰⁴

Üldine keeld on empiiriline standard. Nagu kõik empiirilised standardid, ei põhine üldine keeld mitte loogilisel vajadusel, vaid kujunenud arusaamal. Selle standardi kohaldamine on jätkuva testimise ja modifitseerimise objektiks.¹⁰⁵ Standard Oil’i¹⁰⁶ ja American Tobacco¹⁰⁷ juhtumid näitavad põhjusliku seose analüüsimeetodi lõplikku võitu Ameerika Ühendriikides, kuigi ei täpsusta selle piire konkreetsete juhtumite puhul, kus on otsustatud, et Sherman’i seadust on rikutud. Seega ei ole täit selgust, kuidas põhjusliku seose meetodit tuleb kasutada spetsiifiliste juhtumite puhul.¹⁰⁸ Üldistatud analüüsi kasutatakse üldjuhul seal, kus on selgelt näha, et tegemist ei ole hinnatõusu või toodangu vähenemisega ebatavalisel viisil üldjuhul ettevõtjatest sõltumatul põhjusel (eeldatakse seaduslikkust), samuti seal, kus on selgelt näha, et kokkuleppel ei ole efektiivsust suurendavat või muud tarbijatele kasulikke tagajärge (eeldatakse ebaseaduslikkust). Põhjuseliku seose analüüsi kasutatakse siis, kui uurimine nõuab juba täpsemat turu analüüsi.¹⁰⁹

Üldise keelu analüüsi juures saab näha seost teatud lähenemisega varajases õigusmajandusteaduses, kus põhjus taandati ainult efektiivsele preventatsioonile. Teiste sõnadega, õigusliku põhjuse tuvastamine taandatakse preventiivsete meetmete

¹⁰³ S. Weatherill, P. Beaumont. EC Law. Second edition. Penguin Books, England, 1995, lk 696-697.

¹⁰⁴ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 251 - 252.

¹⁰⁵ H. Hovenkamp. Samas, lk 253.

¹⁰⁶ Standard Oil Co. of New Jersey v. US 221 US 1 (1911).

¹⁰⁷ US v. American Tobacco Co. 221 US 106 (1911).

¹⁰⁸ J. Fejo. Viidatud teos, lk 87.

¹⁰⁹ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 257.

majandusliku efektiivsuse uurimisele. Sellist põhjuslikkust on nimetatud põhjuslikuks minimalismiks.¹¹⁰ Üldise keelu analüüs tähendab, et piisab sellest, kui tuvastatakse mõne konkreetset liiki tehingu olemasolu. Sellisel juhul eeldatakse, et tegemist on konkurentsioiguse rikkumisega. Üldise keelu kohaldamist saab põhjendada sellega, et teatud liiki tehingute (näiteks hinnakokkulepped) otseseks või kaudseks eesmärgiks ongi alati konkurentsi kahjustamine.

Tõstatada saab küsimuse, et kas Euroopa Liidu konkurentsioiguses kasutatakse Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses kasutatavat üldise keelu analüüsi? Kuigi Rooma lepingu artiklid 81 ja 82 sisaldavad keelavaid norme, siis selgelt väljendatud üldist keeldu, nagu Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses, sealt ei leia. Artikli 81 lõige 1 ja artikkel 82 ei nimeta teatud tüüpi käitumist, nagu näiteks hinnakokkuleppe sõlmimist, iseenesest ebaseaduslikuks. Otse vastupidi, Rooma lepingu tekst eeldab, et selleks, et lugeda ebaseaduslikuks kokkulepe või muu kuritarvitus, peavad olema täidetud artiklites 81 ja 82 nimetatud tingimused. Artikli 81 lõige 1 nõuab, et kokkuleppe otstarbeks või tagajärjeks peab olema konkurentsi piirang ja artikkel 82 nõuab, et eksisteeriks kuritarvitus. Nii artikkel 81 kui ka 82 näevad ette loetelu juhtudest, millal on tegemist konkurentsi kahjustamisega või millist liiki kuritarvitus toob kaasa vastutuse konkurentsioiguse rikkumise eest. Rooma Lepingus ei ole öeldud, et kuritarvitus või kahjustav käitumine on iseenesest ebaseaduslik ja keelatud. Artiklites 81 ja 82 toodud tingimused peavad olema järgitud. Tuues rea näiteid, ei ütle lepingu tekst siiski, et teatud liiki kokkulepped või turukäitumine on oma olemusest tulenevalt iseenesest keelatud. Lisaks eeltoodule vajab märkimist, et kui oleks kuidagi jõutud järeldusele, et artiklis 81 peitub üldise keelu põhimõte, siis peaks jõudma järelduseni, et selle artikli lõikes 3 toodud erandeid ei ole võimalik kohaldada ja norm on sisemiselt vastuoluline.¹¹¹

Euroopa Liidu teisene seadusandluse, s.o. peamiselt määruste juures on põhimõtteliselt võimalik tõlgendada, et teatud välistavate kokkulepete tingimused, mida saab käsitleda näidetena suuremast konkurentsi kahjustamisest, on automaatselt keelatud. Sellist tõlgendust toetab see, et reegel viitab komisjoni määruse nr

¹¹⁰ O. Ben-Shahar. Viidatud teos, lk 646.

¹¹¹ J. Fejo. Viidatud teos, lk 108.

3604/82¹¹² preambula lõikele 5, kus on sätestatud, et määruse eesmärgiks on määratleda konkurentsi kahjustavad tingimused kokkulepete puhul. Siiski on eksitav arvata, et määrus sisaldas üldist keeldu. Määruse eesmärk seisnes hoopis selles, et teha kindlaks kokkulepete liigid ja kategooriad, mida on vaja selleks, et vaadata, kas kõik tingimused lepingu artikli 81 lõike 3 kohase erandi tegemiseks on olemas. Kui määruks on loetletud rida piiranguid, mida ei tohi kasutada, ei tähenda see kohe, et need piirangud on iseenesest keelatud. Vastupidi, kokkulepe, mis sisaldab nimetatud piiranguid, ei saa kuuluda grupierandi alla.¹¹³ Sellist kokkulepet analüüsitakse edasi võimaliku individuaalse erandi andmise jaoks kehtestatud reeglite kohaselt.

Võrdluseks tuleb tuua, et üldistatud põhjuslikkusele tugineva üldise keelu meetodi kasutuselevõtt Ameerika Ühendriikides on toimunud sammhaaval. Ameerika pretsedendiõigus oli see, mis üldise keelu kui õigusliku standardi lõi. Järelikult otsides võimalikku üldise keelu kasutamist Euroopa Liidu konkurentsiõiguses, ei saa piirduda ainult Euroopa Liidu esmase ja teisese õigusega. Tuleb keskenduda ka Euroopa Kohtu ja Komisjoni loodud praktika analüüsimisele, sest selles praktikas leidub sarnaselt üldise õiguse süsteemile pretsedendiõiguse elemente.

*Maschinenbau Ulm*¹¹⁴ juhtum is küsiti Pariisi Apellatsioonikohtu poolt Euroopa Kohtu eelnevat arvamust ehk eelotsust. Ettevõtjatevahelise kokkuleppe järgi ei olnud reeksport keelatud ja tootjal ei olnud kohustust takistada müüki teiste vahendajate kaudu ainuvahendaja müügipiirkonnas. Samuti ei olnud keelatud paralleelseksport. Aga ainuke edasimüüja oli aktsepteerinud mittekonkureerimise tingimuse ega saanud enam kaubelda konkureerivate toodetega. Kohus arvas, et tehing tühisuse otsustamiseks peavad olema täidetud artikli 81 lõike 1 tingimused. Tuleb vaadelda majanduslikke tegureid ehk faktilisi asjaolusid, et otsustada vastavate tingimuste täitmise üle. Artikli 81 lõike 1 ei ole loodud reguleerima või välja jätma teatud liiki lepinguid, arvestades ainult nende juriidilist iseloomu. Kohus jätkas, et leping, kus tootja annab ainumüüjale õiguse müüa tema tooteid konkreetses piirkonnas, *ei lange*

¹¹² Commission Regulation (EEC) No 3604/82 of 23 December 1982 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of specialization agreements. OJ L 376, 31.12.1982.

¹¹³ J. Fejo. Viidatud teos, lk 108-109.

¹¹⁴ *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*, case 56/65, 1996, ECR 235.

automaatselt artikli 81 lõike 1 reguleerimisalasse.¹¹⁵ Kohus rõhutas, et kokkuleppele saab kohaldada artikli 81 lõiget 1 siis, kui selline välistava kauplemise kokkulepe sisaldab spetsiifilisi olulisi tingimusi või eriti rangeid kaitseklausleid.

Ka teisi selle küsimuse jaoks olulisi juhtumeid hinnates saab asuda seisukohale, et Euroopa Kohus ei ole kunagi kuulutanud, et artikli 81 lõige 1 on norm, mis keelab teatud liiki kokkulepped nende liigist tulenevalt. Isegi Euroopa rangeimas monopolidevastases seadusandluses, Saksa seaduses (GWB), on öeldud, et ainumüügilepingud iseenesest ei kahjusta konkurentsi. Konkurentsijärelevalvel on lubatud sekkuda nende lepingute täitmisesse ainult juhul, kui need kahjustavad konkurentsi kaupade või teenuste turul. Veel on märkimisväärne, et *Nungesser'*¹¹⁶ juhtum, kus Euroopa Kohus leidis, et absoluutset territoriaalset kaitset pakkuv konkreetne kokkulepe rikub artikli 81 lõiget 1, jätkas kohus tähelepanu juhtimisega sellele, et artikli 81 lõike 3 erandeid võib kohaldada kõigile kokkulepetele, mis viimatinimetatud sätte nõuetele vastavad.¹¹⁷

Kohtuotsuste analüüsi raames on väidetud, et põhimõttelist lähenemist, mida kasutati USA-s *Northern Pacific'*¹¹⁸ juhtumi juures, oleks õige kasutada ka Euroopa Liidus. Miks kulutada aega, raha ja teisi ressursse uurides ja analüüsides igal kokkuleppe puhul eraldi selle mõju konkurentsile, kui praktika näitab, et on ainult piiratud arv juhtumeid, kus selline käitumine (näiteks hinnakokkulepe) ei kahjusta konkurentsi.¹¹⁹ Selle seisukoha juures on probleemiks see, et järelevalvesüsteemi ökonoomsust ei tohiks võrreldes teiste väärtustega üle tähtsustada. Konkurentsioiguse peamine eesmärk on küll tõhusa konkurentsi kaitsmine, aga arvesse peab võtma seda, et tegemist on ettevõtjate põhiõiguste riivega ning riive peab olema proportsionaalne arvestades taotletavaid eesmärke. Järelevalve efektiivsuses tuleb siiski näha suunda, millest Euroopa Liidu konkurentsioiguses tuleks rohkem juhinduda.

¹¹⁵ Kaldkirjas on termin, mis saksakeelses versioonis oli kasutuses väljendina *per se* – millega tähistatakse üldise keelu põhimõtet.

¹¹⁶ *Nungesser KG & Kurt Eisele v. Commission*, case 258/78, 1982, ECR 2015.

¹¹⁷ J. Fejo. Viidatud teos, lk 109-111.

¹¹⁸ *Northern Pacific Railway v. US*, 356 US 1, 5 (1958).

¹¹⁹ J. Fejo. Viidatud teos, lk 112.

Euroopa Komisjoni otsuses *Rennet*¹²⁰ juhtumi kohta on võimalik leida kokkupuudet üldise keelu põhimõttega. Otsuse punktis 1 kuulutas komisjon, et välistava ostukohustuse reeglid, mille kehtestas oma liikmetele Hollandi Põllumajanduse Assotsiatsioon, rikuvad artikli 81 lõiget 1. Otsusest nähtub samuti, et kokkuleppe tingimustes sätestatud liikmete eriline tagasiastumise võimalus rikub samuti nimetatud lõiget. Komisjoni otsuse peale kaevati Euroopa Kohtusse ja menetluse käigus väitis Prantsuse valitsus, et komisjon on kasutanud üldist keeldu. See on aga vastuolus Rooma Lepinguga. Kohtult nõuti, et ta kuulutaks üldise keelu Euroopa Liidu õigusega vastuolus olevaks. Tundub, et Prantsuse valitsus ei saanud siiski komisjoni otsusest päris õigesti aru. Otsuse punkti 1 tuleb lugeda nii, et komisjon jõudis sellele järeldusele peale kokkuleppe analüüsimist ja selle kogu artikliga 81 võrdlemist. Komisjoni põhjendused näitavad, et ta uuris põllumajanduse assotsiatsiooni kujundatud süsteemi tagajärgi. Oma järeldustes jõudis komisjon seisukohale, et kokkulepe või kooskõlastatud tegevus, s.t. kaks vaidluse all olnud tingimust, rikkusid artikli 81 lõiget 1. Seda ei saa võrdsustada väitega, et neid tingimusi ei tohi üldse kasutada. Ka Euroopa Kohus ei andnud siin otsest hinnangut üldise keelu põhimõtte kohta. Kohtuotsus piirdus väitega, et artikli 81 lõike 1 rikkumiseks on vaja takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturul, mõjutades samal ajal liikmesriikidevahelist kaubandust. Ja seda kohus selle juhtumi puhul analüüsiski.¹²¹

Ka Euroopa Komisjoni praktika kohaselt ei ole konkurentsioiguses ametlikult aktsepteeritud üldise keelu meetodi kasutamist. Euroopa Komisjoni otsustes on üldjuhul selgelt näha individuaalsel analüüsil põhineva põhjusliku seose meetodi kasutamine. Samas ei saa eitada katseid Euroopa Liidu konkurentsioiguses üldise keelu meetodi kasutamise tuvastamiseks või selle kasutusele võtmiseks. Ebaselgust on põhjustanud komisjoni poolt mõnedel juhtudel antud rangemad tõlgendused artiklite 81 ja 82 kohaldamisel.

1.4. Konkurentsirikkumistega tekitatud kahju hüvitamine

Konkurentsirikkumiste analüüsimise juures on oluline ka teistele ettevõtjatele ja konkurentidele tekitatud kahju hüvitamisega seonduv. Eraõiguses nähakse ette, et

¹²⁰ *Rennet* case 80/234/EEC, OJ L 051, 25.02.1980.

¹²¹ J. Fejo. Viidatud teos, lk 112-113.

teisele isikule õigusvastaselt kahju tekitanud isik peab kahju hüvitama, kui ta on kahju tekitamises süüdi või vastutab kahju tekitamise eest vastavalt seadusele.¹²² Õigusvastase kahju tekitamise juhtudel Euroopa Liidus ja mujal maailmas üldiselt kehtiv põhimõte, mille kohaselt lasub rikkunud poole süü tõendamise kohustus kannatanud poolel. Süüline vastutus on omane kõikidele Euroopa varakapitalistlikele tsiviilkoodeksitele. Kaasajal aga peetakse süülist vastutust ühiskonna huvidele mittevastavaks.¹²³ Sellest tulenevalt suurendavad seadusandjad süüst sõltumatu vastutuse osakaalu. Ka Eestis on seadustatud riskivastutus.¹²⁴ Konkurentsirikkumistega tekitatud kahju puhul on oluline aga süü küsimus.

Määruse nr 1/2003 artikli 2 kohaselt lasub kõigi asutamislepingu artiklite 81 ja 82 kohaldamisega seotud siseriiklike või ühenduse menetluste puhul artikli 81 lõike 1 või artikli 82 rikkumisega seotud tõendamiskohustus osapoolel või asutusel, kes teeb avalduse väidetava rikkumise kohta. Määruse preambula lõike 5 järgi ei mõjuta see määrus tõendamist reguleerivaid siseriiklikke eeskirju ega ka liikmesriikide konkurentsiasutuste ja kohtute kohustust kindlaks teha konkreetse juhtumi asjakohased faktid, tingimusel et need eeskirjad ja kohustused on kooskõlas Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõtetega. Konkurentsioiguses oleks kindlasti vaja kannatanud poole tõendamiskoormust vähendada. Ja seda nii õigusvastase teo toimepanemise kui ka tekkinud kahju tõendamise juures. Tsiviilvastutuse eesmärk ei ole isiku karistamise ja protsessi pooled on eelduslikult võrdsed. Deliktiõiguse eesmärgi, milleks on eelkõige tekitatud kahju heastamine ja õigluse saavutamine, võimaldab paremini saavutada tõendamiskoormuse jagamine, mille kohaselt kahju tekitaja peab vastutusest vabanemiseks oma süütust tõendama.¹²⁵

Konkurentsirikkumistega seonduvalt saab eeskätt silmas pidada deliktilisi nõudeid ehk nõudeid õigusvastase kahju tekitamisest. Deliktiõiguse eesmärgiks on lisaks kannatanule lepinguväliselt tekitatud kahju heastamisele ka kahju lepinguvälise tekitamise juhtumite välistamine tulevikus. Deliktiõiguse eesmärgiks ei ole kahju

¹²² Võlaõigusseaduse § 1043. RT I 2002, 60, 374.

¹²³ I. Kull. Korruptsioon ja tsiviilõiguslik vastutus. *Juridica*, 2000, lk 527-528.

¹²⁴ Vt ka P. Varul. Legal Policy Decisions and Choices in the Creation of New Private Law in Estonia. *Juridica International*, 2000, nr 5, lk 115.

¹²⁵ J. Lahe. Kahju tekitaja süü presumtsioon. *Juridica*, 2002, lk 35.

tekitaja karistamine ega temalt õigusrikkumise teel saadud tulu äravõtmine.¹²⁶ Konkurentsi kahjustades on võimalik tekitada kahju nii tarbijatele, konkurentidele, kui ka lepingupartneritele. Eestis näevad võlaõigusseaduse § 127 lõiked 3 ja 4 ette, et “lepingulist kohustust rikkunud lepingupool peab hüvitama üksnes kahju, mida ta nägi rikkumise võimaliku tagajärjena ette või pidi ette nägema lepingu sõlmimise ajal, välja arvatud juhul, kui kahju tekitati tahtlikult või raske hooletuse tõttu. Isik peab kahju hüvitama üksnes juhul, kui asjaolu, millel tema vastutus põhineb, on kahju tekkimisega sellises seoses, et tekkinud kahju on selle asjaolu tagajärg”.¹²⁷ Teiste sõnadega tuleb kahju hüvitamiseks tuvastada põhjuslik seos.

Euroopa Liidu konkurentsiõiguses selget kahjude hüvitamise süsteemi loodud ei ole. Määruse nr 1/2003 preambula lõike 7 kohaselt on oluline roll ühenduse konkurentsieeskirjade kohaldamisel siseriiklikel kohtutel. Üksikisikute vaheliste vaidluste lahendamisel kaitsevad nad Euroopa Liidu õigusest tulenevaid subjektiivseid õigusi, näiteks määrates kahjutasu rikkumise tõttu kahju kannatanud isikule. Siseriiklike kohtute ülesanne on täiendada liikmesriikide konkurentsiasutuste tegevust. Seepärast peaks neil olema õigus kohaldada asutamislepingu artikleid 81 ja 82 täies ulatuses.¹²⁸ Erinevate tõlgenduste vältimiseks aga sisaldab määrus nr 1/2003 mitmeid kaitseklausleid, mille eesmärgiks on vältida lahknevusi artiklite 81 ja 82 kohaldamisel siseriiklike kohtute poolt. Lisaks sellele sisaldab ka asutamislepingu artikkel 234 olulist ühtlustavat mehhanismi (eelotsuste menetlus).¹²⁹

Konkurentsiõiguses on välja kujunenud praktika, et kõlvatu konkurentsiga seotud rikkumised tuvastatakse erainitsiatiivi korras tsiviilkohtumenetluses ja sellega seoses on võimalik nõuda ka kahjude hüvitamist. Kõlvatuks konkurentsiks loetakse konkurentsiseaduse § 50 lõike 1 kohaselt ebaausat äritegevust või tegu, mis on vastuolus heade kommetega ja tavadega.¹³⁰

¹²⁶ T. Tampuu. Deliktiõigus võlaõigusseaduses. Üldprobleemid ja delikti üldkoosseisul põhinev vastutus. Juridica, 2003, lk 71.

¹²⁷ Võlaõigusseadus. RT I 2002, 60, 374

¹²⁸ EL Nõukogu määrus nr 1/2003, asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta, OJ L 001, 04.01.2003.

¹²⁹ M. Waelbroeck. Viidatud teos, lk 43.

¹³⁰ Konkurentsiseadus. RT I 2001, 56, 332.

Aga kas ka näiteks hinnakokkulepete ja turujagamise kokkulepete sõlmimise korral on samuti võimalik teistele turuosalistele tekitatud kahju sisse nõuda? Põhimõtteliselt on see võimalik. Varalist kahju jagatakse otseseks varaliseks kahjuks ja saamata jäänud tuluks. Tarbijate puhul saab rääkida konkurentsirikkumisega seotud otsese varalise kahju tekkimisest. Konkurentide puhul ei ole põhjust peatuda otsese varalise kahju juures, küll aga konkurentsi kahjustamise tõttu teistel turuosalistel saamata jäänud tulu juures. Ei ole õige samastada saamata jäänud tulu ainult majandusliku kahjuga. Majanduslikku kahju võib pidada üheks saamata jäänud tulu osaks. Lisaks sellele hõlmab viimane Eesti võlaõigusseaduse § 128 lõike 4 mõttes ka muud, väljaspool tavapärase majandustegevust saadavat võimalikku kasu.¹³¹ Isegi kui tekkinud majanduslik kahju on ebatavaliselt suur, tuleb see siiski täies ulatuses hüvitada. Ootamatult suure majandusliku kahju puhul tuleb hüvitamise otsustamisel arvestada sellega, kas sellise kahju liik oli ettenähtav.¹³² Arvesse võtta tuleb ka seda, et mida kõrgem on kahjutekitaja süü aste, seda rangemalt tuleb ettenähtavust kohaldada. Kuna aga Euroopa Liidu konkurentsioigusega seotud kahjude väljamõistmine käib liikmesriikide kohtute kaudu, sõltub kahju hüvitamine ja selle suurus liikmesriigis kehtivast eraõigusest.

Majandusliku kahju suuruse kindlakstegemisel peab lähtuma kahju kannataja tavapärase majanduskäibe tingimustest, mitte aga teoreetilisest võimalusest majanduslikku tulu saada seoses eriti soodsa juhusega. Samuti peab arvestama realselt kasutuselevõetud meetmetega või valmisolekuga tulu saada.¹³³

Kahju hüvitamise juures tuleb arvestada Mandri-Euroopas ja samuti Põhjamaades levinud täieliku hüvitamise põhimõttega. Selle põhimõtte kohaldamisel tuleb esmajoonel siiski keskenduda argumentidele, mis vähendavad vastutust. Üks argumentidest on, et vastutus ei tohi olla kahjutekitajale ebamõistlikult koormav. Praktika on liikunud selles suunas, et arvestatakse üha rohkem üldist õigluse

¹³¹ M. Kingisepp. Kahjuhüvitis postmodernses deliktiõiguses. Tartu Ülikooli Kirjastus, Tartu, 2002, lk 39.

¹³² B. S. Markesinis, S. F. Deakin. Tort Law. Fourth Edition. Clarendon Press, Oxford, 1999, lk 200-201.

¹³³ Grazhdanskoje pravo: 2-e izdanije. Tom I: Utshebnik. Redaktor E. A. Suhanov. Moskva, Izdatelstvo BEK, 2003, lk 442.

põhimõtet, millele tuginedes kohus võib otsustada kahju hüvitamise, mida ta peab sobivaks, arvestades süü astet, vaidluse poolte vajadusi jne.¹³⁴

Sama keeruline, kui on konkurentsi kahjustamise korral arvutada saamata jäänud tulu suurust, on tuvastada põhjuslikku seost konkurentsi kahjustamise ja teiste turuosaliste (kannatanute) saamata jäänud tulu vahel. Juba esimeses astmes faktilise kausaalsuse tuvastamisel *conditio sine qua non* teooria järgi tuleks negatiivset testi tehes leida, kas näiteks konkurentsi kahjustamine on vältimatu põhjus muude turutingimuste seas kokkuleppevälisele turuosalisele kahju tekkimiseks. Üldine probleem seisneb selles, et vastava ala praktikas on liiga palju üksteisega erinevalt seotud ettevõtjate tulu teenimist mõjutavaid tegureid ehk turutingimusi, mille hulgas ei pruugi olla ainult üks vältimatu tingimus

Konkurentsioiguse üheks eesmärgiks on konkurentsi kui ühiskondlike hüve kaitsmine. Konkurentsioigusel on aga ka teine eesmärk. Selle järgi ei tohi konkurentsioigust rikkuva käitumisega kahjustada ka konkreetse ettevõtja tegevust. Reegleid rikkuva käitumise abil on võimalik teist ettevõtjat turult välja tõrjuda ja sellega omakorda vähendada konkurentsi. On võimalik, et teiste ettevõtjate ehk konkurentide huvi ja tulu võib omavahelises konkurentsivõitluses saada tugevalt kahjustatud ka siis, kui konkurentsi üldse ei kahjustatagi. Konkurentsioiguse normide eesmärgiks saab olla ainult konkurentsi kahjustamisega seoses teistele ettevõtjatele tekitatud kahju hüvitamine, mitte aga ausas konkurentsivõitluses kaotajaks jäänud ettevõtjate tulude vähenemise hüvitamine. Tuvastades konkurentsioiguse rikkumise, saab asuda kahju hüvitamist nõudma, kui õnnestub põhjendada selle tekkimise seos konkurentsirikkumise ehk õigusvastase teoga.

Kuidas aga on võimalik konkurendile tekitatud kahju mõõta? Kui konkurendile tekitatud kahju korral on tegemist isiku vara teatud puudujäägiga, siis alusetust rikastumisest tulenevate nõuete puhul on määrav võlgniku varalises sfääris toimunud õigustamatu juurdekasv. Alusetust rikastumisest tulenevalt tekib isikul õigus nõuda välja teise isiku poolt alusetult saadu. Üks liik rikastumisnõudeid on

¹³⁴ T. Wilhelmsson. Critical Studies in Private Law. A Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1992, lk 112-115.

sekkumiskondiktsioon ehk väärtuse hüvitamise nõuded õiguse rikkumise korral.¹³⁵ Väärtuse hüvitamise nõue on sätestatud Eesti võlaõigusseaduse § 1036 lõikes 1. Seda sätet on võimalik põhimõtteliselt tõlgendada ka nii, et kui rikutakse konkurendi õigust teatud kaubaturul tegutsedes tulu teenida, peab rikkuja hüvitama õigustatud isikule rikkumise teel saadu hariliku väärtuse kui alusetult saadu. Sellise tõlgenduse kasutamine konkurentsioiguses oleks kaalumist vääriv seetõttu, et selline lähenemine on üks võimalus tuvastada konkurentsioiguse rikkumisega konkurendile tekitatud kahju. Kahju summaks oleks sellisel juhul õigusrikkuja tulu suurenemine, kui see on võrreldav konkurendil saamata jäänud tuluga. Probleemiks on siin aga see, et nii tulude suurenemine kui ka saamata jäämine võib olla tingitud ka muudest asjaoludest.

Ameerika Ühendriikides on laialdaselt levinud punitiivse ehk karistusliku iseloomuga kahju (*punitive* või *treble damage*) hüvitamine. Clayton'i seaduse §-s 4 sätestatakse, et iga isik, kelle äritegevust või vara on kahjustatud konkurentsiseaduste rikkumise tõttu, võib nõuda kahju kolmekordset hüvitamist, samuti mõistlike advokaadi tasude hüvitamist. Samuti nagu igal eraõiguslikul isikul on ka Ühendriikide valitsusel õigus nõuda kolmekordse kahju hüvitamist, kui see tulenes konkurentsiseaduste rikkumisest. Näiteks kui valitsuse eraõiguslik ostutehing oli seotud hindade fikseerimisega.¹³⁶ Ka Euroopa Liidu liikmesriikides võib täheldada eraõiguslike isikute poolt esitatavate hagide arvu suurenemist, aga mitmekordse kahju väljanõudmist üldjuhul ei kasutata.

Ameerika Ühendriikide õiguses tekib teoreetiliselt huvitav küsimus, et kas konkurentsi kahjustamisega kahju tekitamist saab samuti eeldada *per se* rikkumise puhul? Mitte kõik kahju tekitamised teistele isikutele, mille on põhjustanud *per se* rikkumised, ei ole rikkumised, mis on seotud tegeliku konkurentsi kahjustamisega. Näiteks füüsikute ühissettevõtet, mis sisaldas kokkulepet võetavate maksimumtasude kohta, peeti hinnakokkuleppeks, mis on automaatselt keelatud. Kui aga füüsikud kaevatakse kohtusse konkurendi poolt, kes kannatas kahju selle tõttu, et oli sunnitud kostjate madalama hinnaga võistlema, siis tegelikult hagejat ei kahjustanud mitte hindade fikseerimine, vaid hoopis ühissettevõttest tulenev suurem efektiivsus. Ja kui

¹³⁵ I. Kull, M. Käerdi, V. Kõve. Võlaõigus I. Üldosa, Juura, Õigusteabe AS, Tallinn, 2004, lk 25-26.

¹³⁶ Clayton Act 15 USC § 12-27; 29 USC § 52-53, internetis: www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch2.htm

see nn hinnakokkulepe on tegelikult maksimumhinna kokkulepe (mis on monopolidevastases õiguses lubatud), siis ei ole hagejat üldse kahjustatud,¹³⁷ kuna puudub õigusvastane tegu.

Petroleum'i¹³⁸ juhtumi puhul on USA kõrgeim kohus öelnud, et üldine keeld on meetod, millega määratakse, kas Sherman'i seaduse § 1 on rikutud. See ei näita, kas eraõiguslik hageja on kannatanud konkurentsi rikkumisega seotud kahju. Üldine keeld on mõistlik eeldus, mis põhineb äritegevuse stabiilsusel ja uurimise efektiivsusel. Autor on seiskohal, et kahju sissenõudmisel Ühendriikides tuleb teha täielik analüüs selle hagemise õigustatuse kohta isegi siis, kui monopolidevastases õiguses eeldatakse rikkumist. Sellist hagemisega seotud probleemi ei teki Euroopa Liidus, kus konkurentsiõiguses üldise keelu meetodit ei kasutata.

Konkurentsi kahjustamisega tekitatud kahju hüvitamisel kerkib Ameerika õiguses küsimus punitiivse kahju hüvitamise võimaluse mõistlikkusest ja selle piiramisest. Mitmekordset tasu võiks kahju hüvitamisel nõuda üldise keelu rikkumise juhtudel ja ühekordset kahju hüvitist põhjusliku seose meetodil analüüsitavate rikkumistega. Üldise keelu rikkumise juhtude all tuleks siin silmas pidada just tegelikke olulisi rikkumisi. Üks võimalus on tõmmata piir nn salajaste ja avalike rikkumiste vahele. Hindade fikseerimine, röövellik hinnakujundus jms on näited salajastest rikkumistest, mis nõuaks preventiivsuse eesmärgil rangemat suhtumist ehk tekitatud kahjude mitmekordset hüvitamist. Koondumised, avalikustatud ühisettevõtted, tehingutest keeldumised, edasimüügi hinna määramised ja teised vertikaalsed piirangud jääksid sellisel juhul sinna kategooriasse, kus piisaks lihtsast kahju hüvitamisest. Kui salajaste kokkulepete puhul nõutakse kolmekordse kahju hüvitamist, mis on selgelt karistusliku iseloomuga, siis suunaks see ettevõtjaid rohkem ka nendevahelisi kokkuleppeid avalikustama. Lisaks sellele, et siis äritegevus muutub läbipaistvamaks, oleks sellega võimalik saavutada avalikkuse paremat kontrolli nende kokkulepete üle. Avalikult sõlmitud kokkulepetes on näha, kas neis ei sisaldu tingimusi, mis kahjustavad konkurentsi. Samuti võimaldab avalik tegevus võtta maha teatud valepingeid, kus infovähesuses aimatakse näiteks keelatud kartellikokkulepet, aga tegelikkuses on puhtalt tegemist efektiivsusele ja kulude kokkuhoiule suunatud ühise tegevusega.

¹³⁷ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 599

¹³⁸ Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co., 495 U.S. 328, 110 S.Ct. 1884 (1990).

Näiteks võib tuua toodete reklaamimise. Probleemiks jääb, et punitiivse kahju hüvitamisega piirdumine ainult salajaste kokkulepete puhul ei pruugi siiski tuua eeldatavat tulemust. Arvestama peab sellega, et kokkuleppeid sõlmivate ettevõtjate motiivid võivad olla erinevad. Rangemast karistusest pääsemine võib positiivselt mõjuda efektiivsusele suunatud kokkulepete avalikustamisele, aga samas ei takista konkurentsi rikkuvate sätete peitmist nendesse suurema efektiivsuse saavutamise eesmärgil sõlmitud kokkulepetesse.

Seos kahjude hüvitamisega ei ole Euroopa Liidu konkurentsioigus nii arenenud kui Ameerika Ühendriikide õigus. Samas võib soovitada arengu kiirendamiseks kasutada printsiipi, mille kohaselt peab kahju hüvitamiseks olema tegemist piisavalt tõsise konkurentsirikkumisega. Teine võimalus on, et konkurentsioiguse normi selgeks eesmärgiks peab olema kaitsta kas siis konkurente või tarbijaid. Normi rikkumise ja tekkinud kahju vahel peab olema otsene põhjuslik seos ning hüvitamisele kuulub iga varaline kahju, sealhulgas saadud majanduslik kahju ja saamata jäänud tulu. Teiste sõnadega on põhiliseks ideeks vältida erinevate nõuete kuhjumist ja kompenseerida kahju, mis on otseselt konkurentsirikkumisega seotud, mitte aga kahju kogu turustamise keti ulatuses. Kuna aga Euroopa Liidu õiguses ei ole norme kompensatsiooni suuruse kohta, siis tuleb selles osas tugineda liikmesriikide õigusele, arvestades efektiivsuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid.¹³⁹ Hea oleks, kui konkurentsioiguse rikkumine tuvastatakse Euroopa Komisjoni poolt. Komisjoni määruse nr 773/2004 artiklis 5 on sätestatud, et komisjonile kaebuse esitamise õigus on igal füüsilisel või juriidilisel isikul, kellel on õigustatud huvi.¹⁴⁰ Kaebuse esitamine komisjonile teeks kahju nõudmise ja tõendamise tarbijatele ja konkurentidele kergemaks. Vajaduse korral tuleb liikmesriigis kohtumenetlus peatada, et oodata ära Euroopa Komisjoni vastav otsus konkurentsirikkumise kohta. Asutamislepingu artikli 234 kohaselt on liikmesriigi kohtul võimalus taotleda ka eelotsust Euroopa Kohtult.

See, et tegeliku kahju kannatab lõpptarbija, ei tohiks takistada edasimüüjat või ka tootjat konkurentsirikkumisega seotud kahju nõudmast. Tootjana tuleb silmas pidada isikut, kes kasutab ostetud toodet toorainena või vajaliku komponendina oma toote

¹³⁹ N. Reich. The "Courage" Doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries? *Common Market Law Review*, vol 42, February, Kluwer Law International, 2005, lk 64-65.

¹⁴⁰ Euroopa Komisjoni määrus nr 773/2004 komisjoni poolt menetluse läbiviimiseks vastavalt EÜ asutamislepingu artiklitele 81 ja 82. OJ L 123, 27.04.2004.

valmistamisel. Selgitada saab seda nii, et keegi ei tohiks kasu saada edasimüüjate ärilisest osavusest, mille kaudu neil õnnestub kahju oma klientide kaela veeretada. Muude konkurentsirikkumistega tekitatud kahju hüvitamise võimalike piirangute koha pealt saab tuua näite, et kaudsetel ostjatel keelatakse tootjalt kahju nõuda. Sellist praktikat kasutatakse Ameerika Ühendriikides. Mõned erandid on siiski võimalikud, näiteks kui tootja oma edasimüüja jaoks ebaseaduslikult fikseerib hinna või määrab territooriumi. Siis saavad põhimõtteliselt ka lõpptarbijad tekkinud kahju hüvitamist nõuda. Euroopa Komisjonil ja kohtul tasub seda kogemust Euroopa Liidu konkurentsirikkumistega tekitatud kahjude sissenõudmise tõhusa praktika kujundamisel silmas pidada.

Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses on kahjude sissenõudmise praktika suurem. Seal on valdav enamus konkurentsikaebusi esitatud eraõiguslike hagejate poolt. Saab nõustuda, et monopolidevastase õiguse eesmärk on laiem ja see toetab ka konkurentide kahjude hüvitamise nõudeid. Monopolidevastane poliitika põhineb majanduslikul ideoloogial, mille eesmärgiks on ühiskonna rikkuse suurendamine ressursside efektiivse jaotamise ja kasutamise kaudu. Kui konkurentsi kaitseks on seatud reeglid konkurentidele, siis konkurenti kahjustamine neid reegleid rikkudes on keelatud. Konkurentidel on võimalik nõuda tekkinud kahju hüvitamist. Kahju hüvitamine sõltub aga sellest, kas konkreetne kahju tuleneb konkurenti poolt konkurentsireeglite rikkumisest või hoopis allajäämisest konkurentsivõitluses tulenevalt vähesest efektiivsusest, turuolukorra muutustest, hea äriõnne puudumisest vm põhjusest. Euroopa Liidu konkurentsioiguses on lähenemine konkurentsirikkumistega tekitatud kahjude hüvitamisele põhimõtteliselt samasugune.

2. peatükk

KONKURENTSI KAHJUSTAVATE KOKKULEPETE KEELD

2.1. Konkurentsi kahjustava kokkuleppe mõiste ja liigid

Euroopa Liidu konkurentsioigust kohaldatakse konkurentsi kahjustavate kokkulepete suhtes, kui viimased võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust. Samal tingimusel kohaldatakse Euroopa Liidu konkurentsioigust konkurentsi kahjustavate ettevõtjate ühenduste otsuste ja kooskõlastatud tegevuse suhtes. Rooma lepingu artikli 81 lõige 1 on suunatud igasuguste kokkulepete vastu, millel on konkurentsi piirav otstarve või mõju. Seejuures lepingu tekstis ei eristata horisontaalseid kokkuleppeid vertikaalsetest. Seega langevad selle sätte objektiks ka kõik välistamis- ja turustamiskokkulepped. Oluline ei ole, kas kokkulepe on sõlmitud juriidiliselt siduvas vormis. Seetõttu võib näiteks isegi ettevõtjate ühepoolset tegevust, mis on suunatud kunagi kehtinud lepingu täitmisele, allutada antud sättele. Kokkulepped on keelatud vaid siis, kui nende eesmärgiks või tagajärjeks on konkurentsipiirang. Konkurentsipiirangu üldine ja abstraktne definitsioon ei ole Euroopa Liidu õigusaktides selgelt ja üheseltmõistetavalt sätestatud. Euroopa Komisjon keskendub ettevõtjate konkreetsete tegevusvõimaluste vaatlemisele kaubaturul ilma probleemse kokkuleppeta ja pärast selle sõlmimist. Selle võrdluse taustal püütakse otsustada, kas konkreetne abinõu piirab konkurentsi või mitte. Siit tuleneb muuhulgas, et konkurents on väärt kaitset kõigil majandusastmetel ja vormides, sealhulgas ka margisisene (*intra brand*) konkurents ja seda nii horisontaalsete kui ka vertikaalsete piirangute vastu. Piirang ehk konkurentsi kahjustamine peab siiski olema märgatav, seda mõõdetakse põhiliselt kokkuleppijate turuosa protsendiga. Euroopa Ühenduse asutamisleping ei näe ette, et konkurentsipiirang peaks olema lepingu objektiks. Piisab sellest, kui see on kokkuleppe üheks eesmärgiks või tagajärjeks. “Või” tähendab siin, et tagajärgede konkreetne uurimine on üleliigne, kui ilmne on juba kokkuleppe vastav eesmärk.¹⁴¹

Otsustamaks, kas kokkulepe kuulub artikli 81 regulatsiooni alla, on kõigepealt vaja tuvastada järgmine juriidiline fakt: kas esineb kokkulepe ühe või mitme ettevõtja vahel, ettevõtjate ühenduse otsus või kooskõlastatud tegevus. Kokkuleppe vorm ei ole

¹⁴¹ J. Sepp. Viidatud teos, lk 52-53.

tähtis. Tõlgendusruum on siin võimalikult lai ja kokkulepe võib olla sõlmitud nii kirjalikus vormis kui ka suuliselt. Terminit “ettevõtja” (*undertaking*) tõlgendatakse samuti võimalikult laialt. See haarab igat üksust, mis tegeleb majandusliku tegevuse või äri, sõltumata sellest, kas on tegemist väikese poe pidajaga või suure tööstuskonglomeraadiga. Üksikisik, nagu füüsilisest isikust kaupmees või konsultant, on samuti ettevõtja. Töölepingu alusel töötavat töötajat ei saa aga ettevõtjaks pidada. Euroopa kohtu praktika on kujunenud selline, et konkurentsioiguses termin “ettevõtja” viitab majanduslikule üksusele isegi siis, kui vastava seaduse kohaselt see haarab endasse mitu juriidilist või füüsilist isikut, näiteks isegi aktsionäre või direktoreid.¹⁴² Ühte kontserni kuuluvad ettevõtjad loetakse ka üheks ettevõtjaks artikli 81 mõttes. See tähendab põhimõtteliselt seda, et kontsernisesed kokkulepped langevad välja artikli 81 reguleerimissfäärist. Selline lähenemine tuleneb asjaolust, et tütarettvõtjal puudub võimalus kujundada oma ettevõtlusstrateegiat sõltumatult emaettevõtjast ja seetõttu tuleks neid vaadata koos ühe majandusliku terviküksusena. Ka Euroopa Kohus on nõustunud, et tütarettvõtjal puudub vabadus määrata oma käitumist turul, seega moodustab kokkulepe ainult sisemise ülesannete jaotuse ettevõtjate vahel.¹⁴³ Kui on tegemist 50 %-lise või väiksema osalusega, siis eeldatakse, et omatavad ettevõtjad ei kuulu selle majandusliku terviküksuse juurde ja artiklit 81 on võimalik kohaldada suhtele selliselt seotud ettevõtjatega. Suurema osaluse puhul kui 50 % toimub kontserni kuulumisele hinnangu andmine sõltuvalt asjaoludest. Näiteks kaasuses *Gosmé/Martel – DMP*¹⁴⁴ Euroopa Komisjon otsustas, et 50/50 ühisettevõtte ei ole käsitletav kontsernina, kuna ettevõtte ei ole kontrollitav ainult ühe ettevõtja poolt.¹⁴⁵

Vertikaalsete kokkulepete kontekstis näitavad paljud juhtumid, et tootja silmnähtav ühepoolne käitumine suheldes edasimüüjaga nendevahelise suhte raames osutub tegelikult ikkagi kokkuleppeks. Näiteks tingimused, mis on trükitud arvetele, moodustavad osa pikaajalisest lepingust, mille täitmise käigus müüakse regulaarselt edasimüüjale kaupa. Arvetel võidakse kasutada näiteks sõnu “eksport keelatud”. Seda ei saa lugeda ühepoolseks käitumiseks, mis jääb väljapoole artikli 81 reguleerimisala.

¹⁴² M. Mendelsohn, S. Rose. Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements. Kluwer Law International. Hague, London, New York, 2002, lk 14.

¹⁴³ Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v. Sterling Drug Inc., case 15-74, 1974, ECR 1147.

¹⁴⁴ Cosmé/Martell DMP, case 91/335/EEC, OJ L 185, 11.07.1991.

¹⁴⁵ M. Mendelsohn, S. Rose. Viidatud teos, lk 14-15.

Arved võivad sisaldada ka teisi olulisi tingimusi, mis on edasimüüjate poolt aktsepteeritud ja moodustavad osa üldisest raamistikust pooltevahelises ärisuhtes.

Konkurentsi kahjustavate kokkulepete tuvastamisel on huvi pakkuv *Adalat*¹⁴⁶ juhtum, mis on seotud *Bayer*'i südamerohu müügiga. Hispaanias ja Prantsusmaal müüdi *Adalat*'i tunduvalt odavamalt kui Ühendatud Kuningriigis ja selle tulemuseks oli, et odavama hinnatasemega riikide maaletoojad tegelesid Ühendatud Kuningriiki eksportimisega. Selle paralleelse kaubanduse mõju tulemusel vähenes Ühendatud Kuningriigis *Bayer*'i müük. *Bayer* tegi kindlaks sellise ekspordiga tegelevad hulgimüüjad ja vähendas neile pakutavat ravimite kogust. *Bayer* ei keelanud konkreetselt seda eksporti ära, sest sel juhul oleks tegemist ühepoolse ekspordi piiramisega. Euroopa Komisjon leidis, et olemasolevad ärisuhted *Bayer*'i ja hulgimüüjate vahel toimisid telefoni, e-maili ja kirjavahetuse kaudu ja et hulgimüüjad olid täielikult teadlikud sellest, mis tegelikult toimus (*Bayer*'i soov oli piirata paralleleksporti Ühendatud Kuningriiki) ning nad pandi käituma tootja tahte järgi. Hulgimüüjate käitumine näitab nende nõustumist ekspordikeeluga.¹⁴⁷ *Bayer* esitas kaebuse Euroopa Komisjoni otsuse peale põhjendusega, et komisjon ei suutnud tegelikult tuvastada kokkuleppe olemasolu *Bayer*'i ja ta hulgimüüjate vahel, mille eesmärgiks oleks ekspordi keelamine. Euroopa Kohus tühistas komisjoni otsuse seetõttu, et komisjon oli valesti hinnanud asjaolusid ja teinud vea juriidiliste faktide tuvastamisel, kui leidis, et *Bayer*'i ja hulgimüüjate vahelise kokkuleppe eesmärgiks oli hoida ära eksporti. Kohus rõhutas, et komisjon ei saanud leida, et selgelt ilmnevat ühepoolset tootja käitumist, mis toimus küll hulgimüüjatega sõlmitud kokkuleppe raames, saab lugeda vastavaks kokkuleppeks artikli 81 lõike 1 tähenduses, sest ei ole tõendatud hulgimüüjate selgelt või vaikimisi väljendatud aktsept tootja pakutud positsiooni suhtes. Kohus leidis, et komisjon ei tuvastanud, et *Bayer* oleks vastu võtnud poliitika, mille kohaselt ta oleks süstemaatiliselt jälginud toodangu lõplikke sihtpunkte ega seda, et toodete pakkumine oleks pandud sõltuma ekspordikeelust. Oluline on see, et puuduvad tõendid, mis näitaksid, et *Bayer* on nõudnud hulgimüüjatelt mingit erilist käitumist seoses ekspordipoliitikaga ja et *Bayer* on otsinud kokkuleppe saavutamist hulgimüüjatega, et oma ekspordipoliitikat ellu viia.

¹⁴⁶ *Bayer AG v Commission*, case T-41/96 (2000), ECR 2000 II-03383.

¹⁴⁷ *Adalat*, case 96/478/EEC, OJ L 201, 09.08.1996.

Ainult see, et hulgimüüjad ei katkestanud ärisuhteid *Bayer'iga*, ei ole piisavaks tõendiks, et eksisteeris kokkulepe ekspordi piiramiseks.¹⁴⁸

Ettevõtjate ühenduste otsused (*decisions by associations of undertakings*) ja kooskõlastatud tegevus (*concerted practices*) on suhteliselt laia sisuga terminid konkurentsi kahjustava kokkuleppe kõrval. Kuigi erinevad kaubandusühenduste liigid on levinum vorm ettevõtjate ühendustest, ei ole siiski sõna “ühendus” lepingu artikli 81 lõike 1 mõttes kuidagi piiratud mõne erilise ühenduse liigiga. See haarab nii põllumajanduslikke kooperatiive, kutseühendusi, ühendusi, kes ei ole juriidilised isikud (näiteks seltsingud), mittetulunduslikke ühendusi, ühenduste liite, kui ka ühendusi väljaspool Euroopa Liitu.¹⁴⁹ Ettevõtjate ühenduste otsused tähendavad tavaliselt kokkuleppeid ja soovitusi, mida kaubandusassotsiatsioonid teevad oma liikmetele, isegi siis, kui need ei ole siduvad. Ja tavaliselt on siin tegemist liikmeks olevate ettevõtjate vaheliste horisontaalsete kokkulepetega.¹⁵⁰

Kooskõlastatud tegevuse kontseptsiooni kasutatakse kirjeldamiseks ettevõtjatevahelist kokkumängu, mida ei saa käsitleda kokkuleppena. Nende mõistete erinevus ei ole väga selgepiiriline. Kooskõlastatud tegevuse mõistet kasutatakse valdavalt konkurentidevahelise kokkumängu puhul, kui tekivad kartellid.¹⁵¹ Euroopa Kohus on defineerinud kooskõlastatud tegevust järgmiselt: “See on ettevõtjatevahelise koordineerimise liik, mis jõudmata sinna staadiumi, kus leping oleks olnud sõlmitud, teadlikult asendab praktilist koostööd ettevõtjate vahel, vältimaks konkurentsi riske.”¹⁵² Käesolevas peatükis kasutatakse edaspidi kokkuleppe mõistet laiemas tähenduses. See hõlmab ka teisi eespoolnimetatud keelatud tegevusi.

Mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele on oluline kriteerium Euroopa Liidu konkurentsiõiguse piiritlemisel ja eristamisel liikmesriikide konkurentsiõigustest. Euroopa Kohtu hinnangul mõjutab kokkulepe liikmesriikide vahelist kaubandust, kui seda mõju on võimalik piisaval määral ette näha arvestades faktilisi ja seadusest

¹⁴⁸ M. Mendelsohn, S. Rose. Viidatud teos, lk 15-16.

¹⁴⁹ Bellamy & Child. *European Community Law of Competition*. London, Sweet & Maxwell, 2001, lk 59.

¹⁵⁰ M. Mendelsohn, S. Rose. Viidatud teos, lk 17.

¹⁵¹ M. Mendelsohn, S. Rose. *Samas*, lk 17.

¹⁵² Algselt esitatud kaasuses 48/69, etc, *Imperial Chemical Industries v. Komisjon (Dyestuffs)* ECR 619, 1972.

tulenevaid asjaolusid, mis mõjutavad kas otseselt või kaudselt, tegelikult või potentsiaalselt käitumist riikidevahelises kaubanduses ja mis võivad kahjustada ühisturu olemust ja eesmärke liikmesriikides. Praktikas kohtab seda mõju siis, kui kokkulepe muudab normaalset kaubanduse kulgu või kujunenud kaubandussuhteid või paneb kaubanduse liikuma teises suunas võrreldes sellega, mis see oleks olnud ilma selle kokkuleppeta. Mõju olemasoluks on eeldused siis, kui tegemist on rahvusvaheliste tehingutega. Näiteks, kui kokkulepe piirab eksporti, importi või kui tehingu pooled asuvad või tegutsevad erinevates liikmesriikides või kui kokkulepe puudutab rohkem kui ühte liikmesriiki või kogu ühisturgu või kui loob ühisturul ühise turustussüsteemi. Võib ka piisata sellest, kui kokkulepe puudutab filiaali või tütarettevõtjat, mis asub teises liikmesriigis. Ei ole oluline, et kokkulepe peaks suurendama kaubandust, kuna Euroopa aluslepingute eesmärgiks ei ole kaubavahetuse suurendamine iseenesest, vaid eesmärgiks on pigem rikkumata konkurentsivabadusega süsteemi ehitamine.¹⁵³

Artikli 81 lõiget 1 ei ole võimalik kohaldada kokkulepetele, kui need ei oma kahjulikku mõju konkurentsile. Mõnedel juhtudel on selline kahjulik mõju kohe näha, nagu näiteks minimaalse edasimüügihinna kehtestamise puhul tootja poolt. Paljudel juhtudel ei ole kohe kaugeltki selge, kas tegemist on konkurentsi kahjustamisega. Selleks aga, et saaks rääkida konkurentsi kahjustamisest, peab kokkuleppe mõju olema märgatav. See, millal on mõju märgatav, on igal üksikul juhtumil eraldi hindamise küsimus. Oluline on uurida kokkuleppes osalevaid pooli, nende turuosa ja turu struktuuri. Vajalikke juhiseid märgatava mõju kindlakstegemiseks leiab kohtupraktikast. *Völk v Verwaecke*¹⁵⁴ juhtumis leidis Euroopa Kohus, et kokkulepe langeb väljapoole artikli 81 mõjusfääri, kuna selle mõju turule ei ole märkimisväärne. Siin oli tootja turuosa vastavate toodete seas alla 0,5 % ja isegi täielik ekspordikeeld jäi artikli 81 reguleerimisalast välja. Samas võib jälle juhtuda nii, et ettevõtja mõju, kes omab 5 %-list turuosa kaubaturul, on piisava tähtsusega selleks, et ta käitumine alluks artikli 81 regulatsioonile.¹⁵⁵ Märgatava mõju hindamise pädevus kuulub esmajärjekorras Euroopa Komisjonile ja ka liikmesriikide järelevalveorganitele. Euroopa Kohtu pädevus on vaidluse läbivaatamisel piiratud menetlusnormi olulise

¹⁵³ Bellamy & Child. Viidatud teos, lk 120-121.

¹⁵⁴ *Völk v Verwaecke*, case 5/69, ECR 295, 1969.

¹⁵⁵ M. Mendelsohn, S. Rose. Viidatud teos, lk 20.

rikkumisega ja Rooma lepingu sätete või nende rakendusnormide rikkumisega. Euroopa Kohus üldjuhul ei sekku hindamispädevusse. Euroopa Kohus uurib, kas vajalikke asjaolusid on hindamisel arvesse võetud. Olulise menetlusnormi rikkumise uurimisel on Euroopa Kohus näiteks leidnud, et esimese astme kohus ei sooritanud eksimust kohaldatavas õiguses ja omas piisavat põhjust otsuse langetamiseks, leides, et komisjon ei ole oma otsust nõuetekohaselt autentiseerinud.¹⁵⁶

Nii Euroopa Liidu kui ka Ameerika Ühendriikide konkurentsioiguses põhimõtteliselt ei aktsepteerita hinna kindlaksmääramise kokkuleppeid, aga hinnakokkulepete puhul üldist keeldu Euroopa Liidu konkurentsioiguses formaalselt siiski ei rakendata. Hinnakokkulepped, samuti turujagamise kokkulepped võimaldavad kasutada ettevõtjatel oma turujõudu, mis võib kaasa tuua konkurentsi kahjustamise. Hinnakokkulepped võivad mõjutada hindu otse ja turujagamise kokkulepped võivad kaubaturult välja tõrjuda konkurente. Nimetatud ohud nõuavad nende kokkulepete rangemat analüüsimist. Samas, hindade kontroll iseenesest ei pruugi viia hindu tavakonkurentsi taseme hindadest kõrgemale. Ettevõtjatele on paljudel juhtudel oluline saavutada stabiilsed hinnad ja kasum pikaajalises perspektiivis. Siit aga tekib küsimus, et millal siis on tegemist sellise kokkuleppega, mis rikub konkurentsioigust?

Euroopa Komisjoni suunised meetodite kohta, kuidas kohaldada määruse nr 17 artikli 15 lõikest 2 tulenevaid trahve, sisaldasid konkurentsirikkumiste raskusastmete hierarhiat. Näidatakse ära erinevate rikkumiste raskustasandite põhilised elemendid. Nimetatud on kolme tasandit: 1) väikesed rikkumised - vertikaalsed piirangud, mille mõju turule on väike ja mis mõjutavad ainult piiratud osa ühisturust; 2) tõsised rikkumised - horisontaalsed ja vertikaalsed piirangud, mis tugevamini ilmnevad ja mille mõju turule on laiem ning mis puudutavad laiaulatuslikke osasid ühisturust; 3) väga tõsised rikkumised - horisontaalsed piirangud, valdavalt kartellikokkulepped, mis on riskantsed kogu ühisturul, eriti need, mille tulemuseks võib olla rahvusliku turu eraldumine.¹⁵⁷ Niisiis on horisontaalsete kokkulepete puhul peaaegu alati tegemist olulise konkurentsi kahjustamisega.

¹⁵⁶ Commission v. Solvay SA, cases C-287/95P and 288/95P, 2000, ECR I-2391.

¹⁵⁷ Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 15(2) of Regulation 17. OJ C 009 14.01.1998.

Kartellikokkulepped erinevad teistest kahjustavatest kokkulepetest ja praktikatest selle poolest, et need on otsesed (*naked*) konkurentsi piirangud. Need takistavad konkurentsi otseselt, tootmata mingit muud objektiivset arvestatavat kasu. Kartellid juba oma olemusest tulenevalt elimineerivad konkurentsi või takistavad seda. Kartellis osalevad ettevõtjad toodavad vähem ja teenivad kõrgemat kasumit. Ühiskond ja tarbijad maksavad arve. Ressursid on valesti paigutatud ja tarbijate heaolu väheneb. See on põhjus, miks kartellid on üleüldiselt hukka mõistetud.¹⁵⁸ Hinna fikseerimine on otsene, kui see ei sisalda muud peale kokkuleppe piirata toodangut või tõsta hinda ja sellega ei kaasne mingit kokkulepet organiseerida toomist või müügivõrku. Muidugi, selline keelatud kokkulepe on ettevõtjatele kasulik ainult siis, kui nad koos omavad mõjuvõimu hinna tõstmiseks või toodangu vähendamiseks.¹⁵⁹ Ka Eesti Konkurentsiameti peadirektori asetäitja Aini Proos on selgitanud, et kuigi keelatud koostöö võib esineda kõikides majanduse valdkondades, on eriti ohustatud need sektorid, kus on suurem ettevõtjate kontsentratsioon (vähem kaubaturul osalevaid ettevõtjaid), eksisteerivad turule pääsemise tõkked (näiteks tegevusloa, litsentsid), kaubad on homogeensed jms. Euroopa Komisjon on näiteks tuvastanud keelatud koostöö nii terase-, tsemendi- ja keemiatööstuse kui ka panganduse valdkonnas.¹⁶⁰

Kartellikokkuleppe kontseptsioon kujutab endast teatud paradoksi majanduslikes suhetes. Konkurendid alati ei soovi konkureerida.¹⁶¹ Kuna sellist soovi hoitakse üldjuhul saladuses, siis algab siit see, et neid kokkuleppeid on ka keeruline tuvastada. Ühisturu loomisega algas võitlus Euroopas tegutsevate tugevate kartellide ja Euroopa Liidu konkurentsipoliitika vahel. Turu jagamine, ekspordikeelud ja muu selline ühine tegevus ühisturul loeti klassikaliseks Euroopa Ühenduse asutamislepingu artikli 81 rikkumiseks.¹⁶² Artikli 81 lõike 2 kohaselt on sellised keelatud kokkulepped või otsused tühi. See tähendab, et need ei kehti tagasiulatuvalt ega kolmandate isikute suhtes. See keeld ei ole siiski absoluutne, erandid tulenevad artikli 81 lõikest 3.¹⁶³

¹⁵⁸ M. Monti. "Fighting Cartels – Why and How?" Avakõne Kolmandal Põhjamaade Konkurentsipoliitika koverentsil, Stockholm, 11.09.2000.

¹⁵⁹ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 144.

¹⁶⁰ R. Neudorf. Kartelliriik Eesti. Ärielu nr 7, 2003, lk 65.

¹⁶¹ C. Harding, J. Joshua. Regulating Cartels in Europe. A Study of Legal Control of Corporate Delinquency. Oxford University Press, New York, 2003, lk 16.

¹⁶² C. Harding, J. Joshua. Samas, lk 53.

¹⁶³ K. Lenaerts, P. V. Nuffel. Constitutional Law of the European Union. Sweet & Maxwell, London, 1999, 4-171.

Briti apellatsioonikohus on leidnud, et Ühendatud Kuningriigi õiguse järgi on kokkulepe, mis rikub artikli 81 lõiget 1 pigem ebaseaduslik kui tühine.¹⁶⁴ Selline kokkulepe tuleb aga koheselt kas tervikuna või osaliselt lõpetada. Ühisturul enne 1. maid 2004 kehtinud õiguse järgi ei saanud trahvida neid ettevõtjad, kes teavitasid komisjoni kokkuleppest vastavalt artikli 81 lõike 3 erandite kohaselt, aga neid kokkuleppeid oli konkurentsioiguse rikkumise tuvastamisel võimalik tühistada. Kehtiva määruse nr 1/2003 artikli 7 kohaselt võib komisjon kaebuse põhjal või omal algatusel otsusega nõuda vastavatelt ettevõtjatelt või ettevõtjate ühendustelt konkurentsirikkumise lõpetamist, kui ta leiab, et asutamislepingu artiklit 81 või 82 rikutakse. Nimetatud määruse artikli 23 lõike 2 kohaselt võib komisjon oma otsusega määrata ettevõtjatele või ettevõtjate ühendustele trahve, kui rikkumine on toimunud tahtlikult või ettevaatamatuse tõttu.

Kokkulepped konkurentide vahel ei pruugi alati olla monopoolse iseloomuga või tarbijatele kahjulikud, kuigi selline eeldus on tugev. Kokkulepe võib ettevõtjatele võimaldada efektiivsemat tegutsemist, informatsiooni hankimise ja tehingute tegemise kulude vähendamist või tasuta sõitjate probleemi kõrvaldamist. Konkurentsioiguse peamine ülesanne on nende kokkulepete, mis loovad märkimisväärsed konkurentsivastaseid ohte, eristamine nendest kokkulepetest, mis seda ei tee.¹⁶⁵ Euroopa Liidu ettevõtluspoliitikas rõhutatakse, et täidesaatva riigivõimu sekkumisel peab iga tegevus olema hästi fokuseeritud vältimaks näiteks tasuta sõitjate probleemi.¹⁶⁶ Tasuta sõitjate probleem on ettevõtjate jaoks tõsine, aga seda kiputakse kasutama rohkem, kui on tegelik kaitsevajadus. Tasuta sõitja (*free rider*) on keegi, kes on võimeline lõikama kasu teise ettevõtja tehtud investeeringutelt nii, et viimane ei saagi investeeringult loodetud kasu. Näiteks ettevõtja teeb pingutusi oma toote tarbijate nimekirja koostamiseks ja toote edasimüüja, kes müüb samas ka teise tootja kehvemakvaliteedilist toodet, kasutab seda nimekirja just teise toote müügi edendamiseks, sest talle on neid kasulikum müüa. Tasuta sõitjad siiski ei ole alati probleemiks seal, kus seda väidetakse olevat. Lihtsamad selgitavad näited on seotud bensiinijaamade ja autotootjatega, kes on üksteisele tasuta sõitjateks. Samuti on üksteisele tasuta sõitjateks pangad ja elektrooniliste pangakaartide väljastajad või

¹⁶⁴ R. Whish. Competition Law. Fourth Edition. Butterworths. The Bath Press, Bath, 2001, lk 270.

¹⁶⁵ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 192.

¹⁶⁶ R. Aernoudt. European Enterprise Policy. From SME policy to Entrepreneurship policy. Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2003, lk 38.

arveldussüsteemide operaatorid. Tavaliselt seisneb probleem selles, et ettevõtjad kipuvad kaitstes ennast tasuta sõitjate vastu kasutusele võtma liiga võimsad abinõusid, kuigi hakkama saaks ka kergematega. Sellise tegevusega võidakse aga kahjustada konkurentsi. Samuti saab tasuta sõitjate vastu võitlemise eesmärgiga varjata tõelist soovi konkurentsi kahjustada. Konkurentsi järelevalveorganitele on siin abiks majanduslik analüüs, hindamaks tasuta sõitjate vastu suunatud ja ka muude abinõude vastavust konkurentsioigusele.

Küsida saab, et kas hinna- ja turujagamise kokkulepped pakuvad alati võimalust olulise turujõu omandamiseks? Sellele küsimusele vastuse leidmiseks tuleb uurida kokkulepete mõju erinevatele turu struktuuridele ja arvesse tuleb võtta majanduslikke tegureid. Teiste sõnadega, tuleb uurida, kas hinna- ja turujagamise kokkulepped pakuvad seotud ettevõtjatele ka teisi võimalusi kasumi suurendamiseks ja kulude vähendamiseks või toimub see ainult konkurentsi kahjustamise arvel? Siin võibki olla tegemist keerulise olukorraga, mis toob omakorda kaasa järjekordse rea küsimusi. Kas on võimalik kaitsta end võimsate ettevõtjate hävitava konkurentsi vastu sõlmides hinnakokkuleppeid teiste endaga samasuguses olukorras olevate ettevõtjatega? Kas hinnakokkulepped võivad pakkuda suuremat efektiivsust, millest ühiskond saaks kasu? Kas need kokkulepped võivad kindlustada ettevõtjaid kõlvatu konkurentsi vastu nii, et sellest oleks kasu ühiskonna stabiilsusele ja ettevõtluskliimale tervikuna?¹⁶⁷ Vastustest nendele küsimustele sõltub nende kokkulepete seaduslikkus.

Euroopa Komisjon jagab horisontaalseid kokkuleppeid laias käsitluses kolme ossa: kindlasti keelatud, kindlasti lubatud ja nn halli tsooni kokkulepped, mis võivad konkurentsi kahjustada, aga alati ei tee seda.¹⁶⁸ Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses kasutatakse üldise keelu meetodit, kui tegemist on otsese ja selge konkurentsi piiranguga. Põhjenduseks on, et selline piirang tavaliselt ei too kasu ühiskondlikule hüvele. Üldise keelu meetodit kasutades ei ole vaja uurida olulise turujõu või kontsentreerunud kaubaturu olemasolu, turujõu kasutamise võimalusi ega tegelikke konkurentsi kahjustavaid tagajärgi. Kokkuleppe tuvastamisel loetakse see automaatselt ebaseaduslikuks. Kui aga on tegemist kaudse konkurentsi piiranguga,

¹⁶⁷ J. Fejo. Viidatud teos, lk 123-124.

¹⁶⁸ P. Kuoppamäki. Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Yliopistollinen väitöskirja, Soumalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä, 2003, lk 494.

mis teenib põhjendatult õigustatud ja ühiskonnale laiemalt kasulikku eesmärki, siis sellist piirangut analüüsitakse kasutades põhjusliku seose meetodit. Piirangu kasutamise võib keelata alles peale kõigi oluliste asjaolude väljaselgitamist.

2.2. Horisontaalsete kokkulepete keeld

2.2.1. Hinnakokkulepete keeld

Konkurentsile on kõige kahjulikumad otsesed ja selged piirangud, mis ei too kasu ühiskondlikule hüvele. Hinna fikseerimine on otsene konkurentsi piirang, kui see ei sisalda muid tingimusi peale kokkuleppe piirata toodangut või tõsta hinda ja sellega ei kaasne mingit muud kokkulepet organiseerida tootmist või müügivõrku. Selline kokkulepe on ettevõtjatele kasulik ainult siis, kui ettevõtjad koos omavad mõjuvõimu hinna tõstmiseks või toodangu vähendamiseks. Otsene hinna fikseerimine ei ole näiteks Ameerika Ühendriikides mitte ainult ebaseaduslik, vaid see on ka kuritegu.¹⁶⁹ Kui aga kokkuleppe alusel ei saa rajada keelatud kokkuleppelist hinnakujundust ega toodangu vähendamist, siis saab selle eesmärgiks olla kas kulude vähendamine või toote või teenuse täiustamine.¹⁷⁰ Sellisel juhul ei ole tegemist keelatud kokkuleppega, sest sellel kokkuleppel on ühiskondlikule hüvele kasulik eesmärk.

Koheselt peale Shermani seaduse jõustumist asuti Ameerika Ühendriikide õigussüsteemis kohaldama praktikat, et hinnakokkulepped ettevõtjate vahel, kellel on suhteliselt tugev turupositsioon, on keelatud. Hinnakokkulepped on automaatselt ebaseaduslikud ja keegi ei saa tugineda asjaolule, et kokkuleppe sõlmimise eesmärgiks oli näiteks kaitsta end hävitava konkurentsi vastu. Samuti on keelatud hinna fikseerimine nii madalal tasemel, mis hoiab konkurendid turult eemal, kuigi tarbijad said sellisest käitumisest tuntavat kasu. Ka on keelatud hinna fikseerimine mõistlikul tasemel, millest tarbijad said õiglast kasu. Üldise keelu põhimõtet kohaldatakse ka juhtudel, kui ettevõtjad ei oma turul turguvalitsevat seisundit. Põhjuslikkuse seisukohast tähendab see, et Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses hinnakokkulepete, samuti horisontaalsete turujagamise kokkulepete juures tegelikku põhjuslikku seost konkurentsi kahjustamisega üldse ei analüüsitagi. Tegelikult ei uurita ka seda, kas kahjulik tagajärg üldse tekib. Kahjuliku tagajärje tekkimist eeldatakse ja samuti eeldatakse põhjusliku seose olemasolu

¹⁶⁹ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 144.

¹⁷⁰ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 192.

tuvastatud kokkuleppe ja eeldatava tagajärje vahel. Pretsedendiõiguse kohaselt on sõnaselgelt kirjeldatud juhtumid või tegevus automaatselt ehk üldiselt keelatud. Põhjuseks on see, et konkurentsi kahjustamise võimalus on tõenäoline. Eeldatakse, et praktiliselt iga hinna- või turujagamise kokkulepe võib konkurentsi kahjustada. Vaja on tuvastada vaid kokkuleppe enda olemasolu. Pretsedendiõigus on viinud selleni, et Shermani seaduse rikkumiseks pole vaja sooritada ühtki tegu peale selle, et vastav kokkulepe peab olema sõlmitud. Asjassepuutuv tegelik turusituatsioon ei oma otsustamisel tähtsust. Seaduse § 1 mõistab hukka ettevõtjatepoolse äritegevuse piirangu kui sellise, aga mitte selle ulatuse. Samuti ei oma tähtsust, kas kokkuleppe pooltel on olemas ka reaalne võimalus oma kavatsusi ellu viia.¹⁷¹

Pretsedendiõiguses tõlgendatakse lepingulisi suhteid kaubanduse piiramiseks kujunenud õiguspraktika kohaselt kohaldamatuteks ainult siis, kui need on ebamõistlikud piirangud. Mõistlikkuse põhimõttest lähtudes on mõistlikud kaubanduse piirangud erandina lubatud. Kirjapandud sõnad Sherman'i seaduses ütlevad, et iga leping, kombinatsioon või konspiratsioon on ebaseaduslik. Grammatiline tõlgendus oleks siin liiga range. Kohtud ongi peale esialgset tutvumisperioodi asunud seadust rohkem paindlikumalt tõlgendama, kui seda lubaks grammatiline tõlgendusmeetod.¹⁷² Pretsedendiõigusest tuleb aru saada nii, et teatud kokkulepped loetakse ebamõistlikeks konkurentsi piiranguteks. Sellisteks kokkulepeteks on näiteks hinna- ja tarujagamise kokkulepped.

Kohtutele on antud lai tõlgendamisruum tulenevalt pretsedendiõiguse traditsioonist. Põhjusliku seose otsimise nõue, mis põhimõtteliselt eksisteeris pretsedendiõiguses enne Sherman'i seaduse vastuvõtmist, aitab kohtul konkurentsi piirangu mõistlikkust laiemalt uurida. See nõue ei ava aga võimalust monopolidevastase menetluse alustamiseks iga praktikas esineva piirangu olemasolu korral, mis võiks tunduda põhjusena. Selle asemel fokuseerib õigus end kohaldatavate piirangute mõjule ehk tagajärjele, mida need piirangud konkurentsitingimustele avaldavad.¹⁷³ Rõhuasetus teo kollektiivsele hüvele ohtlikule tagajärjele ongi põhjuslikkuse üldistatud teooria kasutamise tulemusel välja kujundanud üldise õiguse valdava kohtupraktika, mille

¹⁷¹ J. Fejo. Viidatud teos, lk 127.

¹⁷² D.J. Gifford. L.J. Raskind. Cases and Materials on Federal Antitrust Law. West Publishing Co, St. Paul, 1983, lk 22.

¹⁷³ D.J. Gifford. L.J. Raskind. Samas, lk 326.

kohaselt hinnakokkulepped, samuti turujagamise kokkulepped on valdavalt konkurentsi kahjustavad ja üldiselt keelatud. Selgeltnähtavat tagajärge ehk konkurentsi kahjustamist ei pruugi tegelikkuses alati olla või tekkidagi. Ameerika Ühendriikide monopolidevastane õigus on võtnud suuna konkurentsi kui protsessi reguleerimisele, pannes rõhuasetuse selle õiguse preventiivsele iseloomule. Autor nõustub sellise lähenemisega tõsisemate konkurentsirikkumiste puhul. Euroopa Liit võiks selle praktika elemente raskete konkurentsirikkumiste korral samuti kohaldada. Eelduste kasutamisel on probleemiks see, et konkurents on oma olemuselt dünaamiline protsess, eeldus aga tehakse uurimise ajahetke informatsiooni põhjal, ehk teatud staatikas. Selle praktika viga seisneb selles, et arvesse ei võeta võimalust, et turuolukord võib muutuda erinevatel ettenägematutel põhjustel. Või vastupidi, majandusliku analüüsi tasemel nähakse ette teatud struktuurimuutused, aga need ei pruugi tegelikkuses üldse tekkida. Probleemi lahenduseks on raskete konkurentsirikkumiste täpsem piiritlemine õigusaktides või vastavates suunistes. Raskete konkurentsirikkumiste korral tuleks eeldada konkurentsi kahjustamist. Määruse nr 1/2003 artiklis 10 on sätestatud juhud, millal Euroopa Komisjon võib otsustada artiklit 81 mitte kohaldada. Ka seda 10. artiklit võiks näiteks täiendada piiranguga, mille kohaselt Rooma lepingu artiklit 81 ei saa jätta kohaldamata, kui tegemist on raske konkurentsirikkumisega.

Ameerika Ühendriikide monopolidevastase õiguse kohaldamine on olnud nii eelduslik kui ka formaalne. Shermani seadus loeb konkurentsivastase salajase kokkuleppe sõnaselgelt ebaseaduslikuks ja kriminaalseks tegevuseks. Selle dogmaatilise lähenemise tagajärjeks on see, et ettevõtjad, kes on seotud määratletud ja tajutavate lepetega, on teadlikud oma tegevuse ebaseaduslikkusest ning on surutud nagu pörandale alla. Formaalne lähenemine sellele, kuidas majanduslikku jõudu kasutatakse, on tähtsam kui see, et võiks mõõta ka tegelikke majanduslikke tagajärgi. See on oma olemuselt süsteem, kus süüdistatakse vale hoiaku eest.¹⁷⁴ Võti Ameerika Ühendriikide monopolidevastase õiguse olemusest arusaamiseks põhineb faktil, et ameerikalik vaatenurk majandusliku võimsuse koondumisele ja konkurentsivastasele praktikale on rohkem poliitiline kui majanduslik.¹⁷⁵ Seal on valdavalt tegemist preventsiiooni kasutamisega. Teistele kas näidatakse hoiatuseks, mida äritegevuses teha ei tohi, või

¹⁷⁴ C. Harding, J. Joshua. Viidatud teos, lk 51.

¹⁷⁵ C. Harding, J. Joshua. Samas, lk 46.

antakse kinnitus, et kui nad nii ei käitu, siis nad teevad õieti. Samuti hoiatatakse sellega keelatud kokkuleppe pooli nende tulevase käitumise suhtes uute kokkulepete planeerimisel.

Euroopa Liidu Rooma lepingu artiklist 81, samuti artiklist 82 on näha, et hinnad ja muud müügitingimused on konkurentsi kõige olulisemad vahendid. Kuigi üldise keelu meetodit Euroopa Liidu õiguses ei kohaldata, näitavad horisontaalseid kartelle puudutavad olulised juhtumid hiniini¹⁷⁶ ja värvainete¹⁷⁷ kohta selgelt, et nii Euroopa Komisjon kui ka Euroopa Kohus on hinnakokkulepete suhtes kindlalt negatiivsel seisukohal. Euroopa Liidus aga jälgitakse aga veel, et kas fikseeritud ühesugused müügihinnad, komisjonitasud ja allahindlused ning ühised hinna muutused on näiteks tehtud suurte ettevõtjate vahel, kes tegutsevad oligopoolsel turul, kus konkurents iseenesest on juba väike ja kokkulepitud abinõud tervikuna kokku on loodud kaitsma monopoli. Samuti analüüsitakse, et kui tootjad kooskõlastatult tõstavad hindu üheaegselt, siis kas kooskõlastatud käitumine on ainuke põhjus või on hoopis tegemist turul toimivate muude, puhtalt majanduslike põhjustega. Näiteks teised ettevõtjad lähevad hinnatõusuga kaasa.

Kui hinnakokkulepe kõigi ettevõtjate vahel oligopoolsel turul võimaldab pooltel fikseerida ühesugused hinnad ja tingimused, siis pooled tegutsevad koos kui monopol. Hinnakokkuleppe kaudu on ettevõtjatel võimalus nautida märkimisväärset turupositsiooni, mis on hävitav konkurentsi ja kogu ühiskonna suhtes. Samas, kui kaks väga väikest ettevõtjat sõlmivad hinnakokkuleppe, siis tavaliselt ei ole sellel üldse mingit mõju olukorrale turul. Ameerika Ühendriikide kõrgema kohtu põhjendustest nähtub, et isegi kui kokkulepe mõjutab ainult osa turust, rikub see ikka Shermani seadust. Oluline on, et juba paljas katse saavutada hind, mis erineb turuhinnast, on ebaseaduslik. Euroopa Liidus on liigutud teises suunas ja Rooma lepingu artikli 81 lõike 1 sätestab, et lisaks võimele mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust peab kokkuleppe eesmärgiks või tagajärjeks olema konkurentsi takistamine, piiramine või kahjustamine.¹⁷⁸ Ameerika Ühendriikides hinnakokkulepete analüüsimiseks kasutatava tingimusteta üldise keelu meetodi

¹⁷⁶ ACF Chemiefarma v Commission, cases 41, 44, 45/69, ECR 661, 1970.

¹⁷⁷ ICI v Commission, case 48/69, ECR 619, 1972.

¹⁷⁸ J. Fejo. Viidatud teos, lk 133.

positiivseks küljeks on, et see vähendab märgatavalt uurimismenetluse kulusid ja annab ettevõtjatele teatud selguse ja kindluse. Meetodi puuduseks on aga see, et kokkulepped, millel ei ole tegelikku tähtsust turutingimustele, on samuti keelatud või piiratud. Euroopa Liidus pigem eeldatakse konkurentsi kahjustamist hoopis turguvalitseva seisundi kuritarvitamise juhtudel. Rooma lepingu artiklis 82 ei ole sätestatud selget nõuet, et turguvalitseva seisundi kuritarvitamise eesmärgiks või tagajärjeks peab olema konkurentsi kahjustamine. Siit on võimalik tuletada, et ainuüksi kuritarvitamise mõistest lähtudes eeldatakse teatud määral konkurentsi kahjustamist.

Oluline õigustus üldise keelu meetodi kasutamisele on selle paremus selge keelu väljendamisel. Soov hindu fikseerida on tavaliselt suur ja kui selle õiguspärasus on vaieldav, testivad paljud ettevõtjad võimaliku lubatud käitumise laiemaid piire. Püütakse selgitada, et tegemist on mõistliku konkurentsi piiranguga. Üldise keelu meetod mitte ainult ei hoiata ettevõtjaid võimaluse eest, et selline praktika on keelatud, vaid ka julgustab neid mitte jääma ilma tõelise vajaduseta oma praktikat kordama või uuesti katsetama.¹⁷⁹ Põhjusliku seose meetodi kohaselt tuleb aga piirangu hindamisel määratleda, kas see on märkimisväärselt konkurentsivastane oma eesmärgi või tagajärje tõttu. Kui analüüsi tulemusena selgub, et piirangul on ärilised eesmärgid, mis toetavad konkurentsi, siis tuleb kohaldatud praktika “konkurentsivastased pahed” hoolikalt tasakaalustada selle “konkurentsi toetavate voorustega”, et kindlaks teha, kas esimene kaalub viimase üle. Piirang on ebamõistlik, kui tal on “puhas tagajärg”, mis oluliselt konkurentsi kahjustab.¹⁸⁰ Lisada tuleb, et selle kaalumise juures ei saa arvestada muude ühiskondlike hüvedega, näiteks sotsiaalkindlustuse või tööhõivega.

Milliseid tingimusi on oluline jälgida põhjusliku seose analüüsil Euroopa Liidu konkurentsiõiguses. Lisaks turukontsentratsioonile on oluline jälgida seost tooteeristustega. Mida standartsem on toode, seda kergem on tootjal hindadega mängida. Võimalus hinnakokkulepetega turgu mõjutada on suurem. Standardiseeritud toodete juures võib hinna alandamine olla ainukeseks viisiks, mille abil saab üle

¹⁷⁹ E. Gellhorn. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. Third Edition. West Publishing Co, St. Paul, 1986, lk 197.

¹⁸⁰ D.J. Gifford. L.J. Raskind. Viidatud teos, lk 331.

meelitada konkurentide kliente. Aga kui on tegemist ka muude konkureerimise vahenditega, mis näiteks on seotud kvaliteedi või teenindusega, siis hinnakokkulepetega teostatava hinnakonkurentsi tulemuseks võib olla, et tegelik konkurents kokkuleppe poolte vahel põhineb hoopis muudel kriteeriumitel. Ettevõtjate kulutused seoses konkurentsi teiste liikidega võivad suureneda nii palju, et need söövad ära hinnakokkuleppega saavutatud edumaa. Hinnakokkuleppe võib aga oluliselt mõjutada kaubandust, kui kokkuleppe poolte toodete vahel puudub kvaliteedierinevus.¹⁸¹ Sellisel juhul on oht konkurentsi kahjustamiseks olemas.

Kui kaubaturul ei ole asendatavat toodet ja kui turule on raske siseneda, näiteks tootmisvahendite kõrge hinna tõttu, siis tulemuseks on turg, kus mõned ettevõtjad on kaitstud uute tulijate vastu.¹⁸² Teiste sõnadega, kui hinnakokkuleppe on sõlmitud turul, kus turule sisenemise barjäärid on äärmiselt kõrged, ei pea kokkuleppe pooled kartma, et hinnatõus meelitab turule uusi ettevõtjaid. Ja vastupidi, kerge võimalus turule pääseda võib teha võimatuks hinnakokkuleppe elluviimise, kuna hinnatõus julgustab kiiresti turule tungima uustulnukaid, kes tahavad toodete hinnatõusust kasu lõigata.

Analüüsil ei tohi alahinnata ka nõudluse kõvera elastsuse tähtsust. Kui elastsus on väike, siis toodete hind on võrreldav ja konkurentsivõimeline ning kavandatud koostöö üldjuhul pakub täiendavaid võimalusi, sealhulgas ka ebaõiglaselt saadavat tasu turu vastaspoole arvel. Kui ettevõtjad koordineerivad pakkumisi ja hindu, siis nad saavad ühiselt hindu tõsta, ilma et tarbijad lahkuksid. Vastupidisel juhul, kui elastsus on märkimisväärne hinnakonkurentsi puhul, toob hindade tõstmine kaasa müügi olulise vähenemise, mille tulemusel võivad langeda käive ja kasum. Aga kuigi üldine reegel on suunatud sellele, et mida väiksem on elastsus, seda kasulikum on kokkuleppeid sõlmida, ei tohiks siiski teha automaatseid järeldusi.¹⁸³

Alati ei piisa ainult hindade fikseerimise kokkuleppest. Tegelikult ettevõtjad tihti võtavad kohustusi vähendada pakkumist. Selleks, et tagada hinnakartelli efektiivne toimimine, peavad ettevõtjad kokku leppima müügi ja tootmine kvootides ning paljudes muudes tingimustes. Praktikas on suhteliselt keeruline elimineerida

¹⁸¹ J. Fejo. Viidatud teos, lk 134.

¹⁸² S. Weatherill, P. Beaumont. Viidatud teos, lk 676.

¹⁸³ J. Fejo. Viidatud teos, lk 136-137.

ettevõtjatevahelist konkurentsi, leppides kokku ainult toodete hinnad. See rõhutab vajadust teostada igal juhtumil põhjalik analüüs konkurentsile kahjuliku tagajärje seotuse kohta konkreetse hinnakokkuleppega, arvestades selle kokkuleppe kõiki tingimusi.

Samuti ei saa tähelepanuta jätta ka ettevõtjate tootmisvõimsusi ja nende ülejääke. Nendes tööstusharudes, kus püsikulud on suured, on ettevõtjatel hinnakokkuleppe rikkumise soov tugevam. Seda soovi saab kasutada ka riigi poolt elluviidava konkurentsipoliitika osana. Ettevõtjal oleks rikkumise korral võimalik teenida rohkem kasumit mitte ainult suureneva müügi tõttu, vaid ka pakkumise suurenemise tõttu vähenevate püsikulude arvel. Ja vastupidi, kui püsikulud on tööstusharu iseärasuste tõttu madalad, siis ei ole ka tootmisvõimsuste ülejäägi tõttu suurt survet kartelli kokkuleppehinnale. Selline käsitus tundub olevat vastuoluline tavaarusaamaga, et kartellide moodustamise põhjuseks ongi liigsed tootmisvõimsused. Kui kokkulepet ei sõlmitaks, siis konkurents viiks hinnad alla ja see oleks ettevõtjatele hävitav.¹⁸⁴ Konkurentsi soosiv tegevus on samuti ettevõtjate kalduvus püüda hinnakokkuleppest korraliku kinnipidamise kohustusest kõrvale hiilida, tehes seda salajaste lisapakkumiste kaudu, samuti allahindluste ning lisateenuste pakkumise jms kaudu. Väidetavalt kestavad kartellid kauem, kui tegemist on ainult väheste ettevõtjatega turul. Siis on nn desertööre kergem tuvastada. Aga samuti ei tohi teha järeldust, et ainult kontsentreeritud turg on vajalik ja piisav tingimus ettevõtjatevaheliseks kooskõlastatud praktikaks või koordineeritud tegevuseks.

Kõik hinnakokkulepped ei vii sugugi turujõu kuritarvitamiseni. Siiski on vajalik uurida, et kas on ikka õige suhtuda teatud positiivse eeldusega nendesse lepingutesse, analüüsimata nende võimalikku kahjutust. Mõistlikul tasemel fikseeritud hind täna võib läbi majanduslike ja äriliste muutuste saada ebamõistlikul tasemel fikseeritud hinnaks homme. Korra juba kokku lepituna võib see hind jääda muutumatuks konkurentsi puudumise tõttu, mida see hinnakokkulepe toetas. Autor on seisukohal, et kokkulepitud hinnad on põhimõtteliselt alati konkurentsile ohtlikud ja neisse kokkulepetesse tuleb suhtuda suure ettevaatlikkusega.

¹⁸⁴ J. Fejo. Viidatud teos, lk 138.

Hindu võimalik fikseerida erinevalt. Võib kokku leppida miinimum-, maksimum või ka soovituslikud hinnad. Konkurentsile kõige ohtlikumad on miinimumhinnad. Seega üldise keelu kohaldamine ei ole mõistlik Ameerika Ühendriikide monopolidevastase õiguses ülejäänud hindade fikseerimise puhul, samuti juhtudel, kui tegemist ei ole otsese hinnakokkuleppega. Euroopa Liidu konkurentsioiguses on problemaatiline Rooma lepingu artiklist 81 tuletatav eeldus, et konkurentsile ei tohiks ohtlikud olla need kokkulepped, mille puhul pole tuvastatud nende konkurentsile kahjulik eesmärk või tagajärg. Siit ettepanek, et teatud hinnakokkulepete puhul (näiteks miinimumhindade osas) tuleks koheselt eeldada nende kahjulikkust konkurentsile ja sellisest eeldusest ka konkurentsirikkumiste tuvastamisel lähtuda.

Ühelegi hinnale pole omane olla alati õiglane, v.a. juhul kui see on määratud turul, kus toimib tõhus konkurents. Hinna üheks ülesandeks on jagada ressursse ja toodangut. Ja hinna fikseerimine segab selle turu toimimist. Kohtumenetluses ei ole reaalseid võimalusi piirkulude mõõtmiseks, millel teoreetiliselt mõistlik (õiglane) hind baseerub. Siit ka kriitika järelevalvemehhanismide suhtes, et viimased ei ole üldjuhul võimalised mõõtma piirkulusid adekvaatselt. Hinna ebamõistlikkus on oluline ja muutumatu kontseptsioon, mis vastab kaubaturule ja tehtud kuludele. See, mis on mõistlik ühel päeval, ei pruugi seda olla teisel. Selleks, et vältida ebamõistlikkuse kaitse kuritarvitamist, peaksid konkurentsi järelevalveorganid teostama igapäevast järelevalvet ärilise hinnakujuunduse üle.¹⁸⁵ Kuna see on ilmselgelt võimatu, siis on see üks võimalik põhjendus selle kohta, miks hinnakokkulepete analüüsil Ameerika Ühendriikides kasutatakse üldise keelu meetodit.

Oluline on analüüsida ka ettevõtjate subjektiivset vaatenurka, millega põhjendatakse hinnakokkulepete sõlmimist. Selleks põhjenduseks tuuakse soov vältida hävitavat konkurentsi. Kui hävitava konkurentsi tulemusel lahkub kaubaturult liiga palju ettevõtjaid, siis tulemuseks on ebasoovitav monopolistlik turg, mis on kahjulik seal tegutsevatele väikestele ettevõtjatele ja lõpuks ka kogu ühiskonnale. See on iseenesest kaalukas põhjendus koordineeritud tegevuse lubamiseks. Küsitavaks aga jääb, et kas ka hinnakokkuleppe lubamiseks? Kui fikseeritud hinnad on mõistlikud ja kokkulepe hoiab ära ettevõtjate väljatõrjumise üksteise poolt, tundub situatsioon olevat selline, et

¹⁸⁵ E. Gellhorn. Viidatud teos, lk 174.

hinnakokkulepet võiks lubada tingimusel, et hind on õiglane. Seda hoolimata sellest, et tegelikult luuakse monopolistlike iseloomujoontega turg. Aga millal on hind õiglane? Kas see peab olema piisavalt kõrge, et tagada suur kasum, mis toodaks mõistlikku tulu aktsionäridele nende poolt tehtud investeeringute pealt? Kui see on nii, siis milline on mõistlik tulu investeeringu pealt? Ja vastus sellele küsimusele omakorda sõltub riskiastmest ja hinnakõikumistest.¹⁸⁶ Millal on hind õiglane tarbijate suhtes? Need küsimused taanduvad konkreetsele juhtumile, mida ei tohiks väga laialt üldistada. Ettevõtjate argumente, mis viitavad kaitsele hävitava konkurentsi vastu, on raske kritiseerida, aga nende argumentide nõrkus seisneb selles, et argumentatsiooni koostisosaks on mõistlik hind. Õiglasem oleks lasta ettevõtjatel konkureerida, mille tulemuseks on ettevõtjate efektiivsuse säilimine. Kui aga konkureerimise tulemusel nõrgemad ettevõtjad turult välja tõrjutakse ja tekib monopol, siis see paigutub õigussüsteemi jaoks ringi ning tema tegevust hakkavad reguleerima rangemad konkurentsireeglid turguvalitseva seisundi kuritarvitamise kohta. Kui ettevõtjad aga jäävad hinnakokkuleppesse, siis isegi pealtnäha õiglase hinna puhul võib olla tegemist ebaefektiivsusega, mis makstakse kinni tarbijate poolt. Eriti ohtlik on siin veel salajane kokkulepe. Lõpptulemusena tekib ikkagi küsimus hinna õigluse kohta, sest konkurentsiga kaasnevad uued tehnoloogiad ja efektiivsuse suurenemine peaks hindu langetama. Kohtud, sealhulgas Ameerika Ühendriikide kõrgem kohus, on korduvalt juhtinud tähelepanu selle ettevõtjate argumentatsiooni nõrkusele ega pea seda piisavaks vabanduseks hinnakokkulepete sõlmimisele. Ühendriikide kohtupraktika on siiski tunnistanud, et raskel majanduskriisi ajal, kui konkureerivad tooted tungivad turule, on võimalik konkurentide hävitamise vältimiseks sõlmitud hinnakokkuleppeid lugeda Shermani seadusega¹⁸⁷ kooskõlas olevaks, aga seda ainult raskest majanduslikust olukorrast väljatulekuks ja lühiajalise perioodi jooksul. Ka on leitud, et tegevus ei ole iseenesest ebaseaduslik, kui ettevõtjad lepivad kokku osta ära kauba ülejäägid turul tingimusel, et hinnad tõusevad ainult normaalsete konkurentsihindade tasemele. Oluline on siin aga viidata levinud seisukohale, et üldiselt sellist kokkulepet, mille eesmärk on elimineerida või piirata konkurentsi, ei saa siiski nimetada kaitseks. Hindade õiglane suurus ei ole püsiv tänu majanduslikest põhjustest tulenevale hinna dünaamikale.¹⁸⁸

¹⁸⁶ J. Fejo. Viidatud teos, lk 141-142.

¹⁸⁷ Sherman Antitrust Act, 15 USC § 1-7

¹⁸⁸ J. Fejo. Viidatud teos, lk 143-144.

Euroopa Liidus on kõrgete tootmiskuludega ettevõtjad põhjendanud hinnakokkuleppeid kõrgete tootmiskulude piiramisega. Samas ei ole piisavalt selge, kui suured need tootmiskulud oleksid, kui ettevõtjad vastaval turul konkureeriksid. Pigem võimaldab hinnakokkulepe mitte tegeleda tootmise tõhustamisega ja toodete turustussüsteemi tehnilise või majandusliku arendamisega. Ka Euroopa Komisjon ei ole sellist põhjendust aktsepteerinud.

Hinnakokkulepete uurimise juures olenemata sellest, millist analüüsi meetodit kasutatakse (kas põhjusliku seose või üldise keelu analüüsi), jääb probleemiks ikka kokkuleppe olemasolu tõendamise küsimus. Sellises olukorras, kus on tegemist salajaste kokkulepetega ja selleks, et tõendada kooskõlastatud tegevust, on konkurentsi järelevalveorganid asetanud rõhu paralleelse käitumise tõendamisele. Tavaliselt tehakse seda hinnakokkulepete juures, kus püütakse tõlgendada, et selline käitumine, millega kaasnevad ühesugused hinnad, ongi Rooma lepingu artiklis 81 nimetatud kooskõlastatud tegevuse tulemus.

Sellise tõlgendamisega ei ole aga Euroopa Liidus üksmeelele jõutud. Paralleelse käitumise juures toimub pidev informatsiooni vahetamine konkurentide toodangu, müügi ja turuosa kohta. Paralleelse käitumise juures jõutakse pigem sinna, et see võib tõendada hoopis kollektiivse turguvalitseva seisundi kuritarvitamist. Vajadus jääb tõendada seotust kooskõlastatud tegevusega. 1972. aastal *Dyestuff*¹⁸⁹ i juhtumisel selgitas Euroopa Kohus kooskõlastatud tegevust kui ettevõtjatevahelise koostöö tasandit, mis teadlikult asendab korralikult sõlmitud kokkulepet. Kohtu väitel on paralleelne käitumine kooskõlastatud tegevuse vajalik, aga mitte piisav tingimus.¹⁸⁹ Hindade ja hinna suundade parallelismi saab Euroopa Kohtu väitel rahuldavalt selgitada näiteks turu oligopoolsete tendentsidega ja spetsiifiliste tingimustega, mis teatud perioodidel turul valitsevad. Paralleelse käitumise tuvastamine ei ole iseenesest tõendiks kooskõlastatud tegevusele.¹⁹⁰ Paralleelse käitumise kui tõendi juures saab välja tuua kaks probleemi. Esiteks, olles küll selgeks tõendiks koordineeritud käitumise olemasolu kohta, ei piisa sellest alati keelatud kokkuleppe tõendamiseks. Koordinatsioon võib olla protsess, kus iga ettevõtja otsustab siiski ise oma toote

¹⁸⁹ Imperial Chemical Industries Ltd v. Komisjon (*Dyestuffs*) case 48/69, ECR 619, 1972;

¹⁹⁰ A. Ahlström Oy and Others v. Commission, cases C-89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, 1993, ECR I-1307.

hinna. Teiseks probleemiks on see, et puudub selge ja ühine arusaam mõiste “koordineerimine” ulatusest. Hoolimata nendest probleemidest tuleks siiski paralleelse käitumise tulemuste kui kaudse tõendi kaudu tõendada kooskõlastatud tegevuse olemasolu, sest otseseid tõendeid on praktikas raske hankida. Selleks tuleb paralleelse käitumise tulemusel saavutatud ühesuguste hindade püsimise puhul eeldada kokkuleppele jõudmist. Seega, keelatud kooskõlastatud tegevust tuleks eeldada, kui ettevõtjad ei suuda majanduslikult põhjendada vastupidist. Lõpuks taandub tõendamise küsimus tõendamiskoormusele. Eelduse kasutuselevõtt tähendaks sisuliselt suurema tõendamiskoormuse panemist ettevõtjatele, kelle ülesandeks on see eeldus ümber lükata. Määruse nr 1/2003 artikli 18 kohaselt on komisjonil õigus nõuda ettevõtjalt ja ettevõtjate ühendustelt kogu vajaliku informatsiooni esitamist.

Kui tegemist on selgelt väljendamataga kokkuleppega, on oluline täpselt välja selgitada kõik võimalikud ettevõtjapoolsed alternatiivsed põhjendused paralleelse käitumise kohta peale kokkuleppe. Kui need peavad vett, siis ei ole tegemist kooskõlastatud tegevusega. Paralleelset käitumist on põhimõtteliselt võimalik tõlgendada ka kui kooskõlastatud tegevuse tulemust, mis seisneb konkurentide toodangu, müügi ja turuosa kohta regulaarse informatsiooni vahetamises või muu regulaarse informatsiooni vahetamises kavatsusega koordineerida poolte ärilist käitumist paljudes müüki toetavates tegevustes.¹⁹¹ Sellise tulemuse tuvastamisel saaks tõendada kooskõlastatud tegevuse toimumise. Need näited toovad kaasa siiski hulgaliselt vaidlusi. Mõistlik oleks paralleelse käitumisega seonduva konkurentsirikkumise tõendamisel kasutada rohkem just majanduslike analüüsimeetodite abi. Näiteks võiks kasutada ettevõtjate pikaajaliste äristrateegiate võrdlemist nende lühiajaliste otsustega hindade ja koguste kohta. Vastuolu puhul tuleks eeldada, et hinnad ja kogused on määratud ettevõtjatevahelise kokkuleppe tulemusel ja seega ettevõtjate vahel toimib keelatud kooskõlastatud praktika.

2.2.2. Turujagamise kokkulepete keeld

Horisontaalsed turujagamise kokkulepped võivad konkurentsi kahjustamise seisukohalt sisuliselt asendada hinnakokkuleppeid. Turuosalistel võib olla neid

¹⁹¹ M. Grillo. The Economic Analysis of Collusion and the Detection of Collusive Behavior: New Perspectives for Antitrust Policy and Law. IV Conference: Antitrust Between EC Law and National Law, 13-14 May, Maggio 1999, edited by E. A. Raffaelli, Bruxelles, Milano, 2000, lk 33-35

lepinguid isegi lihtsam sõlmida kui hinnakokkuleppeid. Näiteks ei too need kaasa probleeme, mis on seotud ühtsete hindade fikseerimise keerukusest tulenevate nüansside kokkuleppimisega selleks, et neid kokkuleppeid ellu viia. Turujagamise kokkulepped tagavad näiteks vastava territooriumi igale osapoolale, kus viimased saavad ise sõltumatult hindu määrata. Turu jagamine võib põhimõtteliselt toimuda väga erinevatel viisidel. Turgu saab jagada territooriumi kaudu. Turu jagamine saab toimuda ka määrares igale osapoolale konkreetset tarbijad või tooted. Turgu saab jagada kvantitatiivselt. Sellisel juhul määratakse kokkuleppes igale osapoolale kas kvoot või vastav turuosa. Samuti võib turu jagamine toimuda erinevate viiside kombinatsioonis. See võib põhineda tehnilistel teguritel: mõned kokkuleppe osapooled võivad end piirata suunates oma müügi konkreetsetele, piiritletud objektidele, samal ajal kui teistele osapooltele jäävad muud võimalused. Tehniline jagamine võib kaasa tuua ka olukorra, kus mõned ettevõtjad keskenduvad tootmisele, teised seevastu aga toodete turustamisele ja müügile.¹⁹²

Euroopa Liidu jaoks ei ole diskussioon keelatud kokkulepete tõsiduse üle uus teema. Selles valdkonnas on võetud suund süüteo raskusastme hindamisele, arvestades konkurentsi kahjustamise heastamist. Kuigi tähtis on konkurentsirikkumise konkurentsi kahjustav tulemus, toimub analüüsi käigus ajas tagasivaatav majanduslik kalkuleerimine. Selle asemel, et anda moraalne ja juriidiline hinnang seonduvalt ainult halva kavatsusega, kaalutakse konkurentsile kahjulikku tagajärge võimalike positiivsete tagajärgedega..¹⁹³ Mõnikord on keeruline rakendada põhjusliku seose meetodit konkreetsete konkurentsirikkumiste puhul. Vajaliku kausaalse seose selgitamist raskendab konkurentsioiguse praktikas sageli just hüpoteetilise ehk järelejõudva põhjuse ilmumine, mis toob kaasa sarnased kahjulikud tagajärjed nagu algne põhjus. Veelgi keerulisem on uurida olukorda, kus tegemist on alles tulevikus tekkida võiva kahjuga. Siin saab *ex post* analüüsi tulemusel välja selgitada ettevõtjale iseloomulikud käitumisjooned. Neid jooni lähemalt uurides saab teha järelduse tõenäosuse kohta, kas ettevõtja käitub samas stiilis edasi. Tehtud järeldusi saab kasutada kokkuleppe *ex ante* analüüsimisel, mis selgitab kahjustamise võimalust tulevikus. Tulevikku suunatud analüüsi kasutatakse valdavalt koondumiste kontrollimisel.

¹⁹² J. Fejo. Viidatud teos, lk 150.

¹⁹³ C. Harding, J. Joshua. Viidatud teos, lk 60.

Paljud kartellikokkulepped on kompleksed ja pikaajalise kestvusega. Teatud ajaperioodi jooksul mõned ettevõtjad on kartellikokkuleppe täitmisel aktiivsemad kui teised, mõned võivad teatud ajaks välja astuda ja siis jälle tagasi astuda, teised võivad lihtsalt külastada koosolekuid ja suhelda muul viisil, et saada infot. Võib esineda ainult mõningaid juhtumeid, kui kõik kartelli liikmed tegelikult kohtuvad või käituvad täpselt kooskõlastatult. Siin on probleem konkurentsi järelevalveorganite jaoks. Kui liikmete osalus kartellis muutub erinevatel ajaperioodidel, kas järelevalve ülesandeks on tõestada erinevaid diskreetseid kokkuleppeid ja kooskõlastatud praktikat? See nõuaks märkimisväärset tõendite kogust ja paneks järelevalveorganile väga suure koormuse. Komisjoni arvates saab probleemi lahendada kahte moodi. Läheneda saab nii, et artikli 81 lõike 1 rikkumisi ei pea ilmtingimata iseloomustama kui ainult kokkulepet või kui kooskõlastatud praktikat. Ja teiseks saab toetuda kontseptsioonile, et kartell on üksik ja samas ka üldine kokkulepe, mille kõik liikmed vastutavad sõltumata nende täpsest seotusest igal päeval.¹⁹⁴ Teisisõnu tuleb uurida, milleks kogu kartell on võimeline arvesse võttes kõikide osaliste potentsiaali koos, tuginedes individuaalsele võimelisuse (*ex ante*) teooriale. Ei ole vajadust kulutada järelevalveorganite ressursse tagasivaatava retrospektiivse analüüsi (*ex post*) täieliku, keerukas ja puhta läbiviimises peale pikaajaliste kartellikokkulepete juures. Põhjusliku seose meetodi kasutamine iseenesest ei välista teatud üldistuste tegemist. Oluline on kartellikokkuleppes osalemise fakt. Vähem oluline on see, kui aktiivselt kartelli tegevuses osaleti. Ka Euroopa Kohtu praktikas on arvesse võetud seda, et kartelli liikmete ühehäälnine otsus seob samuti neid, kes otsuse tegemise juures ei viibinud.¹⁹⁵

Rooma lepingu artikli 81 sõnastus ei takista konkurentsirikkumiste eeldamist. Selle artikli lõikes 1 on küll toodud nõue, et kokkuleppe eesmärgiks või tagajärjeks peab olema konkurentsi kahjustamine. Seda saab samuti eeldada. Ka ei pea artikli 81 lõikes 3 sätestatud konkurentsile kasulikke tagajärgi alati arvestama. See on lihtsalt vastav võimalus. Tähendab, et kui tuvastatakse näiteks hinna- või turujagamise kokkulepe ja leitakse, et see on iseenesest juba väga oluline konkurentsi kahjustamine, siis ei pea olema kohustust seda konkurentsi kahjustamist kaaluda artikli 81 lõikes 3 toodud

¹⁹⁴ R. Whish. Viidatud teos, lk 78.

¹⁹⁵ A. Ahlström and Others v. Commission, cases 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, 1988, ECR 5193.

positiivsete tagajärgedega. Ei ole nõutud, et igal juhul peab teostama põhjaliku individuaalse analüüsi. Rooma lepingu kohaldamisel on võimalik jõuda üldistuseni, et teatud liiki kokkulepe teatud turusituatsioonis on konkurentsikahjustav ja keelatud.

Ka grupierandite kasutamisega on sama olukord. Väga raske konkurentsikahjustamise korral ei pea olema võimalik kasutada grupierandit. Grupierandite peamine eesmärk on lihtsustada ja tõhustada järelevalve teostamist. Seal arvestatakse konkurentsile kasulike tagajärgedega. Grupierandite süsteem on loodud Rooma lepingu artikli 83 lõike 2 punktis b sätestatud põhimõtete alusel. Nendeks põhimõteteks on järelevalve tõhusus ning vajadus lihtsustada halduskontrolli nii palju kui võimalik. See põhimõte on sätestatud ka 2004. aasta oktoobris allakirjutatud, aga jõustumata Euroopa põhiseaduse lepingu artikli III-163 punktis b.¹⁹⁶ Grupierandi reeglites on selgelt kirja pandud, et raskete konkurentsirikkumiste juures grupierandit ei kohaldata.

Kokkuleppeid konkurentide vahel, millega ühiselt keeldutakse tehingutest teatud isikutega (boycott), saab vaadata samuti kui turu jagamist. Need kokkulepped on üldjuhul sõlmitud teiste ettevõtjate turult välja tõrjumise eesmärgiga. Konkurentsioigus suhtub neisse rangelt ja need on erinevates riikides valdavalt keelatud. Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses on jõutud sellise üldistuseni, et boikotid on iseenesest ebaseaduslikud, seega üldiselt keelatud. Kuna see reegel on siiski seotud paljude eranditega, tuleb tegelikult eeldada hoopis vastupidist. Enamus ühiseid keeldumisi, tuleb siiski hinnata põhjusliku seose meetodit kasutades. Eeldatakse, et keeldumine on suunatud efektiivsuse saavutamisele. Üldist keeldu kohaldatakse otseste boikottide puhul, kus konkurendid ühiselt keelduvad tehingust teise konkurendiga, tarbijaga, pakkujaga, samuti kui ei ole tegemist keeldumise, kui kaudse kokkuleppega muu lubatud ühise tegevuse juures.¹⁹⁷ Euroopa Liidus analüüsitakse iga juhtumi puhul ka boikottide positiivseid külgi. Boikotid võivad olla vajalikud, kui ettevõtjad tegutsevad efektiivselt ja neutraliseerivad sellega

¹⁹⁶ Euroopa põhiseaduse leping. Luxembourg. Euroopa Ühenduste Ametlike Väljaannete Talitus, 2005, lk 76; OJ C 310, 16.12.2004.

¹⁹⁷ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 219.

hävitavat konkurentsi. Samuti võivad boikotid olla konkurentsi seisukohast ainult neutraalse tegevuse väljenduseks.¹⁹⁸

Turu jagamise ja hinna fikseerimise elemente leiab kokkumängu juures riigihangete pakkumismenetlustes pakkumiste esitamisel (*bid rigging*). Lisaks konkreetse riigihangete turu jagamisele ja hinna tõstmisele lepitakse veel kokku ostja tähelepanu hajutamiseks pakkumiste tegemine võitja pakkumisele lähedaste, aga kõrgemate hindadega. Selliste rikkumiste analüüsimise kohta saab teha järelduse, et põhjusliku seose tuvastamine kokkumängu ja konkurentsi võimaliku kahjustamise vahel on väga keeruline. Kui õnnestub tõendada sellise kokkumängu fakt, siis peaks sellest piisama Rooma lepingu artikli 81 lõikes 1 sätestatud konkurentsi kahjustamise eesmärgi tõendamiseks. Kui sellisel kokkuleppel on märkimisväärne mõju turule, siis tuleks eeldada konkurentsi kahjustamist ja lugeda konkurentsirikkumine toimepanduks

Euroopa Liidus kartellikokkulepete vastu võitlemisel pakutakse ettevõtjatele teatud juhtudel immuunsust trahvide suhtes ja trahvide vähendamist.¹⁹⁹ See suund on õige, aga täheldada võib näiteid järelevalve liiga leebest suhtumisest. Ettevõtjat kolmandat korda karistamisel vähendatakse trahvisummat näiteks põhjendusega, et kui eelmised karistused tekitasid ettevõtjale küll finantsraskusi, aga ei vähendanud tema võimet trahve tasuda, siis järgmine kõrge trahv ei too enam kaasa efektiivset preventiivsust.²⁰⁰ Just vastupidi, ettevõtjat, kes korduvalt osaleb rikkumistes, tuleks karistada suurema trahviga iga rikkumise eest. Mitmekordne rikkumine näitab, et teadlikult on valitud vastav strateegia selle asemel, et lihtsalt olla süüdi kontrolli puudumises oma äriüksuste või filiaalide ebaseadusliku tegevuse üle. Samuti on põhjust suhtuda kriitiliselt sellesse, kui väikese trahvi põhjenduseks tuuakse juhtumi uudsus.²⁰¹ Vabastamised karistustest ehk immuniteedi- ja leebusprogramm (*corporate leniency*) on tõepoolest eriti kasulik kõige tõsisemate ja ohtlikumate konkurentsirikkumiste ehk kartellikokkulepete avastamisel.²⁰² Euroopa Liidu viimaste

¹⁹⁸ J. Fejo. Viidatud teos, lk 277-278.

¹⁹⁹ Vt ka Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases. OJ C 045, 19.02.2002.

²⁰⁰ S. B. Völcker. Developments in EC Competition Law in 2003: An Overview. Common Market Law Review, vol 41, Kluwer Law International, 2004, lk 1046.

²⁰¹ S. B. Völcker. Samas, lk 1046.

²⁰² S. Blake, D. Schnichels. Leniency Following Modernisation: Safeguarding Europe's Leniency Programmes. European Competition Law Review, vol 25, issue 12, December, Sweet & Maxwell 2004, lk 770.

aastate praktika on näidanud, et karistusi vähendades või neid isegi mitte määrares on võimalik panna kartellikokkuleppes osalejaid teavitama Euroopa Komisjoni kartelli olemasolu kohta ja andma tunnistusi, samuti tegema koostööd kartelli tuvastamisel.

Euroopa Liidu intensiivistunud õiguslikule võitlusele kartellikokkulepete vastu on tekkinud reaalne tagasiside ettevõtjate poolt. Probleemiks on saanud ettevõtjate aktiivsus Euroopa Komisjoni kartelliotsuste peale edasikaebamisel, mille põhiliseks eesmärgiks tundub olevat tõendite tugevuse vaidlustamine ja määratud trahvi vähendamise võimaluste otsimine. Teiste sõnadega, keskendutakse pigem kahjude vähendamisele, kui süü puudumise tõendamisele. Saab väita, et ettevõtjaid kaitsvate juristide peamiseks ülesandeks on kujunenud nõu andmine immuniteedi- ja leebusprogrammi taotluste ning trahvide vähendamise nõuete esitamise alal.²⁰³ Euroopa Liidu õigussüsteemile on selliste mahukate õiguslike ja majanduslike analüüsidega seotud vaidlused küllaltki koormavad. Nii tekib küsimus Euroopa järelevalveametnike ressursi efektiivsusest kasutamisest ja seega võib takistatud saada konkurentsioiguse edasine normaalne areng.

Kindla positiivse hinnangu saab aga anda topeltanalüüside teostamisele. Määruse nr 1/2003 artikli 17 punkti 1 kohaselt võib komisjon läbi viia uurimise, mis käsitleb konkreetset majandussektorit või teatavat kokkuleppe liiki mitmes sektoris, kui liikmesriikidevahelise kaubanduse suundumuse, hindade jäikuse või muude asjaolude põhjal võib oletada, et konkurents ühisturul on piiratud või moonutatud. Topeltanalüüs tähendab, et kõigepealt tehakse kogu vastava majandusharu konkurentsiolukorra analüüs ja alles seejärel otsustatakse, kas ja milliste ettevõtjate tegevus võetakse lähema vaatluse alla. Kuna Euroopa Liidu konkurentsijärelevalves on majanduslik analüüs olnud suhteliselt nõrk, siis sellised majandusharu analüüsid aitavad kaasa konkreetsete konkurentsirikkumiste paremale tuvastamisele. Näiteks aitab selline eelnev analüüs selgemini piiritleda asjaomast kaubaturgu, millel on oluline kaal konkurentsirikkumiste uurimisel. Seega tuleb toetada Euroopa Komisjoni vastavasuunalist praktikat, olenemata sellest, et topeltanalüüsi teostamine on töömahukas ja seotud suurte kuludega.

²⁰³ C. Harding, A. Gibbs. Why go to court in Europe? An analysis of cartel appeals 1995-2004. *European Law Review*, vol 30, June, Sweet & Maxwell 2005, lk 369.

2.3. Vertikaalsete kokkulepete keeld

2.3.1. Vertikaalne integratsioon

Konkurentsioiguse eesmärgiks on nii tarbijate heaolu kindlustamine kui ka ressursside efektiivne jaotamine. See eesmärk on oluline samuti vertikaalsete kokkulepete juures. Sellele eesmärgile juhib tähelepanu ka Euroopa Komisjon oma suunistes vertikaalsete piirangute kohta.²⁰⁴ Turgude integreerimine ehk ühisturu tugevdamine on Euroopa Liidu konkurentsioiguse lisataotlus. Praktikas aga omab see viimane konkurentsirikkumiste analüüsil küllaltki otsustavat kaalu. Näitena saab siin tuua paralleelse impordi takistamise keelu.

Vertikaalseid kokkuleppeid käsitleb Euroopa Liidu konkurentsioigus sellistena, mis põhimõtteliselt ei vaja erilist tähelepanu. Nagu Euroopa Liidu konkurentsioiguses üldse, ka siin üldise keelu analüüsi ei kohaldata, isegi kui kokkuleppes fikseeritud konkurentsi piirang tundub esmapilgul olevat kahjulik. Sama käsitlus on ka Ameerika Ühendriikide õiguses. Kaks põhjust üldise keelu analüüsiks on edasimüügihinna määramine ja kaupade ning teenuste sidumine.²⁰⁵ Selliseid tingimusi võivad edasimüügiks vajalikud kokkulepped aga vahest sisaldada.

Ettevõtja võib vertikaalselt integreeruda kolmel erineval viisil. Esiteks, ja kõige tavapärasemalt, ta võib ise siseneda uuele turule selle asemel, et sõlmida vastavaid kokkuleppeid teiste ettevõtjatega. Teiseks, ettevõtja võib vertikaalselt integreeruda, omandades teise ettevõtja teisel turul. Omandamisega seonduvad küsimused kuuluvad konkurentsioiguses koondumiste kontrolli valdkonda. Ja kolmandaks võib ettevõtja sõlmida pikaajalise lepingu teise ettevõtjaga, mille alusel mõlemad koordineerivad oma käitumise konkreetseid aspekte.

Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses uus sisenemine turule on problemaatiline siis, kui tegemist on monopoliga. Sellist juhtumit analüüsitakse vastavalt Shermani seaduse §-le 2. Vertikaalset omandamist uuritakse kui koondumist ja seda tehakse kõige sagedamini vastavalt Claytoni seaduse §-le 7. Vertikaalne pikaajaline leping võib olla keelatud Shermani seaduse § 1 alusel, kui tegemist on edasimüügi hinna määratlemisega või mõne muu kauplemist piirava kokkuleppega.

²⁰⁴ Commission notice - Guidelines on Vertical Restraints, OJ C 291, 13.10.2000.

²⁰⁵ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 237.

Lepinguline vertikaalne integratsioon võib olla samuti keelatud, kui tegemist on ebaseadusliku sidumise (Claytoni seaduse § 3) või kauplemist välistava kokkuleppega (Shermani seaduse § 1).²⁰⁶ Kauplemist välistavad kokkulepped on kas ainumüügi või valikulise müügi kokkulepped.

Euroopa Komisjonis on probleemiks konkurentsi järelevalveametnike ebaadekvaatne suhtumine vertikaalsetesse lepingutesse. See tuleneb vähesest majanduslikust analüüsist ja eriti sellest, et ei tehta vahet konkrentsil ja majanduslikul vabadusel. See väljendub selles, et analüüsil kasutatakse testi, mis võrdsustab tegevuse piirangu konkrentsiiranguga.²⁰⁷ Ka on Euroopa Kohtu praktikas asutud seisukohale, et kokkuleppele ei tule kohaldada artikli 81 lõiget 1, kui selle mõju turule on vähetähtis, võttes arvesse kokkuleppe poolte nõrka positsiooni vastaval kauba või teenuse turul.²⁰⁸ Siia tuleb kohe lisada, et sama järeldust ei saa siiski automaatselt teha suure ettevõtja toodete puhul, kelle tootevalik on väga lai.²⁰⁹ Tehtud kriitika tulemusel on komisjon sunnitud majandusliku analüüsi tugevdamiseks ette võtma vajalikke samme, suurendes näiteks majandusanalüütikute osakaalu järelevalvet teostavas meeskonnas. Majandusliku analüüsi tugevdamiseks tehtavaid muudatusi on põhjust toetada tingimusel, et need ei too kaasa juriidilise analüüsi ja argumentatsiooni kasutamise vähenemist..

2.3.2. Edasimüügihinna kindlaksmääramine

Konkrentsirikkumiste analüüsimise praktikat uurides selgub, et vertikaalsete kokkulepete puhul edasimüügihinna kindlaksmääramist põhimõtteliselt ei eristata horisontaalsest hindade fikseerimisest. Ameerika Ühendriikide ranges õiguspraktikas on sellised kokkulepped üldiselt ja eelduslikult kehtetud ning analüüsimisel kasutatakse üldise keelu meetodit. Seda praktikat saab kritiseerida ja eriti selle kohaldamisel nende kokkulepete suhtes, millega määratletakse hinna maksimummäär. Kui muid konkrentsiiranguid ei esine, on väga vähetõenäoline, et tootja tahab madala maksimummääraga oma edasimüüjat pankrotti ajada. Kui see määr on aga liiga kõrge, on vähetõenäoline, et edasimüüja igal juhul maksimumi võtab, sest siis

²⁰⁶ H. Hovenkamp. Samas, lk 369 - 370.

²⁰⁷ P. Craig, G. de Burca. EU Law: Text, Cases, and Materials. Third Edition, Oxford University Press, New York, 2002, lk 990

²⁰⁸ Völk v. Vervaecke, case 5/69, 1969, ECR 295.

²⁰⁹ Distillers Company Limited v. Commission, case 30/78, 1980, ECR 02229.

võib jälle käive liiga väikeseks jääda. Siin individuaalne põhjusliku seose analüüs aitaks selgitada, kas tegemist on konkurentsirikkumisega.

Ühisturu praktika edasimüügi hinna määratlemise osas hoiab põhimõtteliselt suunda sellele, et lahendada konkurentsirikkumistega seonduvad probleemid reeglitega, mis keelavad ekspordi piirangud. Kui Euroopa Liidu liikmesriikide seadused lubavad edasimüügi hinna määratlemist, siis ühisturg peab silmas asuda selle keelamise juurde niipea, kui see puudutab piiriülest kaubandust.²¹⁰ Samas tuleneb väga selgelt komisjoni suunistest vertikaalsete piirangute kohta,²¹¹ et grupierandi kontekstis on edasimüügihinna või miinimumedasimüügihinna määramine oluliseks rikkumiseks, mis ei luba grupierandit kohaldada. Hinna maksimummäära ja soovitusliku hinna määratlemine ei ole olulised rikkumised, aga võivad oma mõjuga põhjustada konkurentsi kahjustamise. Viimatinimetatud hinna määratlemiste puhul tuleb esile tõsta kaks konkurentsi kahjustada võivat asjaolu, milleks on margisisese (*intra brand*) hinnakonkurentsi vähenemine ja hindade suurenenud läbipaistvus, mis annab ülemäärast informatsiooni konkurentidele.

Müügihind näiteks patendiga kaitstud toote puhul on oluline asjaolu, mida tuleb arvesse võtta võimaliku konkurentsirikkumise kindlakstegemisel. Patenteeritud toote kõrgema müügihinna puhul võrreldes patendiga kaitsmata toote hinnaga ei ole tingimata tegemist kohe konkurentsirikkumisega.²¹² Praktikas taandub tõendamine küsimusele, kas takistatakse liikmesriikidevahelist kaubavahetust või mitte. Konkurentsirikkumiste tuvastamisel ei otsita põhjuslikku seost edasimüügilepingu ja hinnatõusu vahel, vaid edasimüügilepingu ja liikmesriikidevahelise kaubavahetuse vähenemise vahel.

2.3.3. Vertikaalne keeldumine tehingust

Tehingust keeldumine on vertikaalse integratsiooni üleüldine tagajärg. Integreerunud ettevõtja teeb tehinguid ainult enda poolt loodud või omandatud pakkujate või edasimüüjatega ja lõpetab ära oma suhted sõltumatute ettevõtjatega. Ameerika Ühendriikides eraõiguslikud hagejad ja riigipoolsed järelevalve teostajad väidavad

²¹⁰ J. Fejo. Viidatud teos, lk 162.

²¹¹ Commission notice - Guidelines on Vertical Restraints, OJ C 291, 13.10.2000.

²¹² Parke, Davis and Co. v. Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm, case 24/67, 1968, ECR 55.

tihti, et monopolisti organiseeritud vertikaalne integratsioon on välistav praktika, mille suhtes tuleb kohaldada Shermani seaduse §-s 2 sätestatut. See keelab monopoliseerimise või katse monopoliseerida. Tegelikult võib vertikaalne integratsioon suurendada oluliselt efektiivsust, mida aga on peaaegu võimatu mõõta. Eraldi on vaja analüüsida, kas tarbijatele tekitatakse kahju hindade tõstmisega. Ühendriikide vastav praktika on valdavalt selline, et keeldumine tehingust monopolisti poolt on juba iseenesest ebaseaduslik. Tulemuseks on see, et kohtutel peab olema mingi toimiv mehhanism, mille järgi saab eristada efektiivsed keeldumised kahjulikest. Millal siis on tehingust keeldumine kahjulik? Laialt on levinud arusaam, et monopolist tahab ühe tehingu asemele saada kaks. Siiski, müügiketi igal tasandil olev monopolist saab kokku korjata kogu monopoolse kasumi, mis sellel tasandil on kättesaadav. Kahte edukalt ühendatud tasandit (erinevat turgu) valitsev monopolist ei teeni siiski rohkem monopoolset tulu, kui ühel tasandil.²¹³ Ülejäänud põhjendused selle kohta, millal tehingust keeldumine on konkurentsile kahjulik, on seotud monopolisti tegevusega kaubaturule sisenemise barjääride tõstmisel või diskrimineeriva hinnakujunduse soodustamisel. Esimene tähendab, et turule sisenemiseks tuleb siseneda korraga kahele turule, mis on aga keerulisem. Samas, kui turul ootavad kõrged hinnad, siis soov sinna siseneda on tugev. Kahele või rohkemale turule sisenemine on põhiliselt kapitali piisavuse küsimus. Tegelik konkurentsi probleem võib tekkida ikkagi ainult siis, kui monopolist ostab üles kõik tooraine ressursid või tegemist on riigi poolt piiratud turuga ja vaja on litsentsi või teatud eri- või ainuõigust. Samuti võib konkurentsiprobleem tekkida siis, kui tegemist on loomulike monopolidega või olulise vahendi omamisega.

Chicago koolkonna esindajate seisukoht on, et monopolide poolt toime pandud konkurentsi tõkestused ei vaja üldjuhul riiklikku sekkumist. Alates 80-ndate aastate teisest poolest on toodud rida näiteid olukordadest, kus alumise turu hõivamine ehk vertikaalne integreerumine kahjustab heaolu. Teiste sõnadega on väidetud, et teatud olukordades on ettevõtja võimeline vertikaalselt integreerudes tööstusharust rohkem kui ühe tavapärase monopoolse kasumi välja võtma. Chicago koolkonna seisukohale vastandujatest ühe tuntuma mudeli töötasid välja Hart ja Tirole, kes leidsid, et vertikaalne integratsioon on monopolile ainus võimalus lõpptarbijate seas

²¹³ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 297, 301.

hinnadiskriminatsiooni läbi viies oma kasumit suurendada.²¹⁴ Nii on võimalik sisuliselt sama kaupa või teenust müüa erinevatele ostjatele erineva hinnaga ja sellega teenida õigustamatult suurt kasumit. Näiteks müües sama toodet erinevas pakendis kas kioskis, odavkaupade müügiketis või mainekas kaubanduskeskuses.

Tehingust keeldumist saab üldiselt kirjeldada kui müüja kujundatud välistavat praktikat keelduda müügist konkreetsele ostjale või konkreetsele ostjate grupile. Vertikaalsete lepingute juures saab rääkida tehingust keeldumisest kui toodete turustussüsteemist, mis võib olla kas ainumüügisüsteem või valikuline turustusvõrk. Ainumüügisüsteem sisaldab tootja lubadust mitte sõlmida kokkuleppeid teiste edasimüüjatega. Valikulise turustusvõrgu puhul lubab tootja sõlmida kokkuleppeid ainult valitud edasimüüjatega.

Ainumüügisüsteem võib põhineda kas tootja vastavatel kokkulepetel teiste edasimüüjatega või andes vastavale edasimüüjale kaubamärgiõigused, mille tulemusel viimasel on võimalus peatada sellekohased rikkumised.²¹⁵ Vajalik on teha vahet ka lihtsatel ainumüügikokkulepetel ja territoriaalsete ning klientide piirangutega ainumüügikokkulepetel, samuti muudel vertikaalsetel piirangutel.

Ameerika Ühendriikides analüüsitakse ainumüügikokkuleppeid valdavalt põhjusliku seose meetodit kasutades, kui ei esine muid konkurentsipiiranguid. Üldjuhul on nende õiguslik staatus kaitstud, kui ei ole tegemist tootjaga, kes on turul oma ainumüügisüsteemiga monopoolses seisundis. Euroopa Liidus on jõutud arusaamani, et lihtsad ainumüügikokkulepped rikuvad iseenesest artikli 81 lõiget 1, aga kuuluvad siiski erandite hulka, mis on sätestatud artikli 81 lõikes 3.²¹⁶

Territoriaalsete piirangutega edasimüügikokkulepete puhul kohaldatakse Ameerika Ühendriikide õiguses nii üldise keelu analüüsimeetodit kui ka põhjusliku seose meetodit sõltuvalt konkreetsest juhtumist. Euroopa Liidu õiguses sellised kokkulepped, kus välistatakse ühisturu olulise osa, loetakse üldjuhul artikli 81 lõike 1 rikkumiseks. Analüüsil ei panda suurt rõhku konkurentsi rikkumise tõestamisele.

²¹⁴ Konkurentsiseadus. Kommentaarid. Koostanud Konkurentsiamet, Tallinna Tehnikaülikooli Majandusõiguse õppetool. TTÜ Kirjastus, 2003, lk 14.

²¹⁵ P. Craig, G. de Burca. Viidatud teos, lk 977-978.

²¹⁶ J. Fejo. Viidatud teos, lk 163-164.

Rahvusliku turu eraldumine on aga iseenesest nii Euroopa Liidu õiguse kui ka konkurentsioiguse mõttega vastuolus, sest viimased on seotud kaupade ja teenuste vaba liikumise põhimõttega. Ei tohi rakendada ekspordipiiranguid ega takistada paralleelimporti. Siintoodu ei tähenda, et tegemist oleks automaatselt üldise keelu analüüsi kasutamise kohustusega. Hinnata tuleb konkreetse kokkuleppe suhtes artikli 81 lõikes 3 sätestatud individuaalse erandi kohaldamise võimalust.

Paralleelse impordi takistamise keeld on Euroopa Liidu konkurentsioiguses eriti olulise kaaluga tulenevalt ühisturu ülesehituse loogikast. Kuidas seda keeldu analüüsitakse? Kui tootja sõlmib edasimüügilepingu oma toote müümiseks piiratud territooriumil, milleks näiteks on ühe liikmesriigi territoorium, siis sellise lepingu sõlmimine ja täitmine ei pruugi iseenesest veel konkurentsile kahjustada. Kui aga tootja sõlmib ka vastavad edasimüügilepingud teiste vahendajatega, mis on piiritletud teiste liikmesriikide territooriumitega, siis need lepingud oma koosmõjus loovad võimaluse konkurentsile kahjustamiseks ja siin on tegemist kumulatiivse põhjuslikkusega.²¹⁷ Tundub, nagu oleks tegemist selge kumulatiivse põhjuslikkusega: üks leping pluss teine leping jne. Samas võib ka näha teatud põhjuslikkuse ahelat, mida analüüsitakse adekvaatsuse teooriat kasutades: esimese lepingu sõlmimine, teise lepingu sõlmimine jne. Paljudel juhtudel adekvaatsuse argumente analüüsitakse koos kumulatiivse põhjuslikkuse argumentidega ja need moodustavad ühe koherentse süsteemi. Valik põhjuslikkuse teooriate ja terminoloogiate kasutamise vahel sõltub paljudest asjaoludest. Üks on see, millist terminoloogiat kasutatakse juriidilise otsuse tegemisel. Teine on selle määratlemine, kas mõeldav kumulatiivne põhjus on õiguslikult oluline.²¹⁸ Euroopa Liidu õiguses on paralleelse impordi takistamine oluline õiguslik argument konkurentsirikkumiste tuvastamiseks. Rooma lepingu artiklites 28 ja 29 on sätestatud liikmesriikidevaheliste koguseliste impordi- ja ekspordipiirangute ja muude samaväärse toimega meetmete keeld. Artikkel 30 lubab teatud kvalifitseeritud erandite tegemise võimaluse, näiteks tööstusomandi kaitseks, tingimusel, et tegemist ei ole liikmesriikidevahelise kaubanduse varjatud piiramisega. Need reeglid, mis algselt olid suunatud liikmesriikide õigusaktide kehtestamisele, on kujundanud ka ettevõtjatele otsekohalduva Euroopa Liidu konkurentsioiguse praktika. Ka Euroopa

²¹⁷ Vt ka L. Ritter, W. D. Braun, F. Rawlinson. EC Competition Law. A Practitioner's Guide. Second Edition. Kluwer Law International, The Hague, 2000, lk 95, 107.

²¹⁸ Vt ka A. Peczenik. Viidatud teos, lk 160-161.

Kohus on rõhutanud, et kaupade vaba liikumine ühisturul on Euroopa Liidule olemuslik põhimõte. Sellest põhimõttest tulenevaid õiguslikke ja majanduslikke tingimusi tuleb näiteks ka patendiomanikel arvesse võtta oma kauplemisviiside kujundamisel, viies ellu neile kuuluvat eksklusiivset õigust.²¹⁹

Paralleelse impordi takistamisega seotud *Consten'i* ja *Grundig'i*²²⁰ juhtum is garanteeris *Grundig Consten'ile* elektroonikatoodete ainumüügiõiguse Prantsusmaal. *Consten* kohustus mitte müüma tooteid väljaspool lepingupiirkonda ja samasugune keeld oli teistel *Grundig'i* edasimüüjatel teistes riikides. Põhjusliku seose analüüsil tuvastati artikli 81 rikkumine põhjusel, et Prantsuse edasimüüjale anti lõpptulemusena absoluutne territoriaalne kaitse. Tõepoolest, Euroopa Liidu konkurentsireeglid on tugevasti mõjutatud soovist luua ühisturg. Kokkuleppeid, mille tulemuseks on turu ositamine piki liikmesriikide piire, koheldakse Euroopa Kohtu poolt rangelt. Nimetatud juhtum ei näita majanduslikust analüüsist keeldumist, vaid pigem viitab, et selline analüüs ei saa õigustada absoluutset territoriaalset kaitset.²²¹

Valikuline müük on kooskõlas Euroopa Liidu õigusega, kui on tagatud, et edasimüüjad on valitud kvalitatiivse iseloomuga objektiivsete kriteeriumite alusel, mis on seotud edasimüüja tehnilise kvalifikatsiooniga ja tema töötajatega, tema kauplemiskohtade sobivusega ja need tingimused peavad olema ühetaoliselt kehtestatud kõigile potentsiaalsetele edasimüüjatele ning neid ei tohi kohaldada diskrimineerival viisil. Samuti ei ole valikuline müük konkurentsioiguses probleemiks, kui sellel ei ole märgatavat mõju kaubaturule. Seega valikuline müük ei pruugi üldse langeda artikli 81 lõike 1 keelualasse.

Valikuline müük kahtlemata piirab tootjate kaupade müüki suures ulatuses. Euroopa Liidu konkurentsi järelevalveorganite poolt on aktsepteeritud põhjendus, et konkurents ei ole staatiline fenomen. Vastupidi, tema intensiivsus ja iseloom võivad muutuda, mis on kahtlemata positiivne võimalus ning mis sõltub konkreetsetest toodetest ja turustruktuurist. Valikulise müügi tunnustamine järelevalveorganite poolt näitab, et eesmärgiks on töötav ehk tõhus konkurents koos talle omaste mittetäiuslike

²¹⁹ Merck & Co. Inc. v. Stephar BV and Petrus Sthebanus Exler, case 187/80, 1981, ECR 2063.

²²⁰ Etablissements Consten SARL and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission, Cases 56 and 58/64 ECR, 1966, 299.

²²¹ P. Craig, G. de Burca. Viidatud teos, lk 956-957.

turutingimustega.²²² Eeltoodu kohta saab näiteks tuua *Metro*²²³ juhtumi, kus elektroonikaseadmete tootja SABA keeldus müümast oma toodangut *Metro* hulгимүүгикетis põhjendusel, et see ei vasta SABA nõuetele. Need olid oma olemuselt kvalitatiivse iseloomuga objektiivsed nõuded, mis on seotud müüja tehnilise kvalifikatsiooni, tema töötajate ning koolitusvõimalustega ja need nõuded olid ühesugused kõigile edasimüüjatele ega olnud diskrimineeriva iseloomuga.

2.3.4. Ebaseaduslik sidumine

Erinevate tehingute sidumine (*tying*) ei ole probleemiks ainult vertikaalsete kokkulepete juures. Samasuguseks probleemiks võib see näiteks olla ka turguvalitseva seisundi kuritarvitamise juures. Paljudel juhtudel ongi faktilisel tasandil tegemist sisuliselt sama teoga, milleks on ebaseaduslik kaupade või teenuste müügi sidumine. Kui aga teo toimepanija omab turguvalitsevat seisundit, kohaldatakse Rooma lepingu artiklit 82, kus on reguleeritud turguvalitseva seisundi kuritarvitamisega seonduv. Turguvalitseva seisundi omamisel on eeldus konkurentsi kahjustamiseks suurem. Teistsugune on olukord konkurentsi kahjustavate kokkulepete puhul. Rooma lepingu artiklis 81 nõutakse eraldi tingimusena konkurentsi kahjustamise eesmärgi või tagajärje tõendamist. Turguvalitseva seisundi kuritarvitamise puhul seda teha ei ole vaja. Tehingute sidumise analüüsimisel vaieldaksegi jätkuvalt selle üle, kas tuleb kohaldada ainult artiklit 82 turguvalitseva seisundi kuritarvituste kohta või võib ka kohaldada artikli 81 lõiget 1, mis ei nõua turguvalitsevat seisundit. Kõigepealt tuleb teha selgeks kõik seotud tehingute olulised faktid, seahulgas sidumist nõudva ettevõtja turguvalitseva seisundi omamine. Kui on tegemist turguvalitseva seisundiga, siis tuleb uurida, kas tehingute sidumine on seotud turujõu kuritarvitamisega. Alles seejärel selgub, kas on võimalik kohaldada Rooma lepingu rangemat artiklit.

Ameerika Ühendriikide praktikas analüüsitakse ainult mõningaid tõsisemaid ebaseaduslike seotud tehingute liike üldise keelu meetodit kasutades. Claytoni seaduse § 3 rikkumisega on tegemist siis, kui on täidetud üks kahest tingimusest: esiteks peab müüja omama monopolset seisundit siduva toote turul ja teiseks peab oluline osa seotud toote müügist olema piiratud. Kui aga korraga on täidetud mõlemad tingimused, siis eeldatakse, et on rikutud Shermani seaduse § 1. Ülejäänud

²²² J. Fejo. Viidatud teos, lk 197.

²²³ *Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co KG v. Commission and SABA*, case 26/76, 1977, ECR 1875.

seotud tehingute liike analüüsitakse põhjusliku seose meetodiga. Need tehingud üldjuhul ei ole ebaseaduslikud. Euroopa Liidus, kus kasutatakse küll ainult põhjusliku seose meetodit, on millegipärast võetud sidumise suhtes hoopis rangem lähenemine ja selle lähenemise põhjust ei ole piisavalt selgitatud.²²⁴ Seotud tehingute analüüsimisel tuleb silmas pidada seda, et erinevalt ainumüügilepingutest ei ole tehingute sidumise eesmärgiks piirata konkurentsi. Konkurentsi kahjustamine on võimalik ainult suure turuosaga tootja puhul, kes kasutab sidumist oma turujõu suurendamiseks. Isegi viimasel juhul ei pruugi alati tegemist olla konkurentsirikkumisega. Sidumise vajadus võib tuleneda turvalisuse tagamise nõudest või muudest vajadustest, näiteks arvutite müük koos internetiühendust tagava tarkvaraga.

Tehingute sidumine toimub üldjuhul tootja maine säilitamiseks või tootja lubaduse, müüa täiustatud või luksuslikke variante, täitmiseks. Seetõttu on väga küsitav Ameerika Ühendriikide praktikas range üldise keelu meetodi kasutamine mõnede tehingute sidumise analüüsimisel. Arvestada tuleb ka seda, et tarbijate mõttemaailma ei mahu üldjuhul ettekujutus ühe kinga või nõõpideta ülikonna ostmisest. Kaubaturul vastava nõudluse olemasolu on kindlasti oluline tegur välistamaks konkurentsirikkumist. Iseasi on see, kui nõudlust asutakse pahatahtlikult kujundama, et tooteid saaks siduda ja koos müüa.

2.3.5. Ebavõrdne kohtlemine ja diskrimineeriv hinnakujundus

Ebavõrdne kohtlemine on osade äripartnerite põhjendamatu eelistamine ehk võrdväärsete kokkulepete sõlmimisel erinevate tingimuste rakendamine. Sellega pannakse mõni isik võrreldes teistega ebasoodsamasse konkurentsiolukorda, näiteks kehtestatakse erinevad hinnad. Kui kahele eri ostjale kauba müümiseks või teenuse osutamiseks tehtud kulutused ei ole samad või on teisel juhul seotud suurema riskiga, mis omakorda õigustab suuremat kasumit, siis erineva hinna kehtestamine ei ole vähemalt sellel põhjusel õigusvastane. Sisuliselt tähendab see, et ettevõtjate ebavõrdne kohtlemine ei ole eelduslikult õigusvastane, kui see ebavõrdne kohtlemine põhineb majanduslikul ratsionaalsusel.²²⁵ Teiste sõnadega, peab olema võimalik objektiivselt põhjendada ettevõtja käitumist ebavõrdse kohtlemise puhul, mis sõltuvalt

²²⁴ J. Fejo. Viidatud teos, lk 288-290.

²²⁵ R. Frolov, T. Sild, U. Ustav. Turgu valitseva seisundi kuritarvitamine: Eesti õiguskäsitluse kriitika ja võrdlus Euroopa Liidu konkurentsioigusega, Juridica 2004, lk 346.

ettevõtja tasemest, toodangust, sihtturust ja muudest teguritest võib tugineda väga erinevatele argumentidele. Põhjenduste erinevaid argumente saab võrrelda ettevõtja eesmärkidega, võetavate riskidega ja muude teguritega, mille tulemusel hinnatakse, põhjenduse objektiivsust. Subjektiivne põhjendus, milleks võib olla kas mõni emotsioon või soov enda või kellegi teise konkurenti kõrvaldada, viib õigusrikkumiseni. Siin ei ole Euroopa ega Ameerika konkurentsioiguses põhimõttelist erinevust. Rõhutada tuleb aga seda, et erinev kohtlemine on keelatud siiski ainult neil juhtudel, kui tagajärjeks või eesmärgiks on konkurentsikahjustamine. Euroopa Kohtu praktika kohaselt on hinnaerinevused õigustatud tulenevalt turustamise erinevatest tingimustest ja konkurentsikahjustusest. Keelatud on rakendada kunstlikke hinnaerisusi erinevates liikmesriikides, seades nende tarbijad halvemasse olukorda. Samuti on keelatud rikkuda konkurentsikahjustamist, eraldades kunstlikult rahvuslikke turge.²²⁶ Erineval kohtlemisel olema ka reaalne mõju turule. Euroopa Liidu konkurentsioigust ei kohaldata, kui kokkulepe ei mõjuta liikmesriikidevahelist kaubandust. See tähendab, et sellisel juhul reaalset mõju ühisturule ei ole. Kui mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele puudub, kuulub kohaldamisele liikmesriikide konkurentsioigus, kus erineva kohtlemise reaalset mõju turule tuleb vastavalt hinnata. Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses kasutatakse veel ühte lisavõimalust konkurentsikahjustamise tuvastamiseks. Ebavõrdne kohtlemine on keelatud, kui selle sooviks on saavutada monopolne seisund. Monopolne seisund ei pruugi alati tähendada konkurentsikahjustamist, aga Ameerika Ühendriikides on selline arusaam kujunenud. Praktilisest vaatenurgast saab selgitada, et ostes üles need ettevõtjad, kes ebavõrdse kohtlemise või hinna diskrimineerimise suhtes kaebavad, saab probleemi ära peita ja järelevalve töö keerulisemaks teha. Õiguslikult on siin tegemist juba koondumiste kontrolli temaatikaga. Reaalset konkurentsikahjustamist hoiab tegelikult ära see, et kui mõnel turul on tekkinud kõrged monopoolsed hinnad, siis on konkurentidel huvi sinna tungida.

Edasimüügihinna diskrimineeriv määratlemine kujuneb probleemiks siis, kui mitmel turul tegutsedes asub ettevõtja ühel turul dumpinguhindasid kasutama. Seda nimetatakse konkurentsioiguses röövellikuks hinnakujunduseks. Röövelliku hinnakujundusega on tegemist siis, kui soovitakse konkurente turult välja tõrjuda

²²⁶ Tetra Pak International SA v. Commission, case T-83/91, 1994, ECR II-755.

müües hinnaga, mis on kuludest väiksem. Sellise tegevuse ainuke eesmärk saab olla nautida monopoliseid kasumeid peale seda, kui konkurendid on kõrvaldatud.

Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses käsitletakse röövellikku hinnakujundust kui ebaseaduslikku monopoliseerimist või kui katset monopoliseerida Shermani seaduse § 2 kohaselt. Mõnikord käsitletakse seda ka kui Claytoni seaduse § 2 rikkumist. Seda seadust muudeti 1936. aastal Robinson-Patman'i²²⁷ seadusega, mis keelab müüa sama toodet samadel tingimustel erineva hinnaga. Kohtusse esitatavad hagid on aga valdavalt üles ehitatud samas stiilis, nagu 1914. aastal, kui Clayton'i seadus vastu võeti ja ei tugine eriti 1936. aastal muudetud tekstile. Röövellikku hinnakujundust käsitletakse nii, et hinna kujundajateks on valdavalt suured ettevõtjad, kes tegutsevad korraga erinevatel geograafilistel turgudel. Nende ohvriteks on väikesed ettevõtjad, kes tegutsevad ainult ühel turul. Hinna kujundaja subsideerib dumpinguga müüki ühel turul sellega, et tõstab hinda teisel turul. Peamine vastuargument sellise lähenemise suhtes seisneb aga selles, et mõistlik ettevõtja püüab alati müüa oma toodet igal turul kasumit maksimeeriva hinnaga. Kui turul hind tõuseb, siis toodang ja käive vähenevad.²²⁸ Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses kasutatakse siin sarnaselt Euroopa Liidu konkurentsioigusega põhjusliku seose analüüsi. Ühendriikides on röövelliku hinnakujunduse tõendamiseks on vaja välja selgitada ettevõtja tahe monopoliseerimiseks, konkurentsi oluliseks vähendamiseks või konkurentsi kahjustava tagajärje saabumiseks. Rooma lepingu artikli 81 lõikes 1 on sätestatud, et keelatud on kokkulepe, mille eesmärgiks või tagajärjeks on konkurentsi takistamine, piiramine või kahjustamine. Ameerika Ühendriikide eeskujul võiks seda konkurentsi kahjustamise eesmärki selgemalt sisustada ka monopoliseerimise ja röövelliku hinnakujunduse tahtega. Vastava eelduse loomine aitaks ületada lünka Euroopa Liidu konkurentsioiguses.

2.3.6. Margisisesed ja margivälised piirangud

Vertikaalsetes kokkulepetes võivad sisalduda margisisesed (*intra brand*) piirangud. Harvem esinevad nendes kokkulepetes margivälised (*inter brand*) piirangud. Margisisteks piiranguteks nimetatakse vertikaalseid piiranguid, mis reguleerivad

²²⁷ Robinson-Patman Act, 15 USC § 13.

²²⁸ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 360.

edasimüüja tegevust ühe kaubamärgiga toodete turustamisel ilma, et need looksid piiranguid teiste kaubamärkidega toodete müügile, eriti teistele tootjatele kuuluvate kaubamärkidega toodete müügile. Margivälisteks nimetatakse, neid piiranguid, mis puudutavad teiste tootjate kaubamärke. Põhilised margivälised piirangud on sidumise kokkulepped ja tehingutest keeldumine. Margisisestele müügipiirangutele kohaldatakse Shermani seaduse § 1 ja margivälistele Claytoni seaduse § 3.²²⁹ Õiguspraktikas tihti rakendatakse mõlemaid piiranguid korraga. Näiteks võib tootja näha ette, et edasimüüja võib tegutseda ainult määratud territooriumil. Sellisel juhul on tegemist margisisese vertikaalse geograafilise piiranguga. Tootja võib näha ette tegelemise ainult tootja kaupadega. Siis on tegemist margivälise vertikaalse tehingu keeluga.

Selleks, et edasimüüja oleks huvitatud kandma reklaamikulusid ja kindlustama müügieelse ja –järgse teeninduse, peab tootja talle teatud ainuõigusi andma. Selline ainuõiguste garanteerimine kindlasti piirab margisisest konkurentsi edasimüüjate vahel. Aga enamasti ei ole see piirang kaubaturgudel tähelepanuväärne toimiva margivälise konkurentsi tõttu.²³⁰

Selleks, et panna edasimüüjatele margisisest või –välist piirangut, on vaja teatud turujõu olemasolu. Edasimüüjate kartellid või kaubandusassotsiatsioonid on püüdnud kasutada edasimüügi hinna määratlemist turujõudu kasutades kui erilist piirangut, millega püütakse pidurdada odavamate jaekaubanduse vormide arengut. Näiteks toetasid liikumist “aus kaubandus” väikeste poodide assotsiatsioonid, kes püüdsid takistada suurte ja efektiivsemate müügikettide arengut. Liikumise lähtealuseks oli arusaam, et enamus tarbijaid eelistab väiksemaid poode, kui hinnad on samad. Tarbijad lähevad suurtesse kaubanduskeskustesse ainult siis, kui seal on madalamad hinnad. Analüüs näitab, et tagasi vaadates saab tunnistada selle liikumise ebaõnnestunuks, kuna suured kaubandusketid ikkagi vallutasid turu. Ja konkurentsi soosivaks tulemuseks on see, et tootjatel on üldjuhul vähe jõudu, sundimaks tugevaid edasimüügikette vertikaalselt tootjatega integreeruma.²³¹ Siin omakorda tekib hoopis küsimus, et kas sellised müügiketid hakkavad hoopis nõrgemaid tootjaid

²²⁹ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 441.

²³⁰ P. Craig, G. de Burca. Viidatud teos, lk 972-973.

²³¹ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 445.

diskrimineerima arvestades nende võimet horisontaalselt integreeruda? See ei ole väga tõenäoline, kuna edasimüüjate mõjuvõim on haruharv nähtus. Jaemüügi kaubanduskeskused üldjuhul ei vaja erilistele nõuetele vastavat ehitist ega muid tootmisvahendeid, ja keskused, mis müüvad teatud kaupu, võivad tihti vahetuda ja müüa teist tüüpi kaupa või täiendada oma kaubavalikut. Kokkuvõttes on turule sisenemine kerge ja tootjad võivad kiiresti leida uue jaotusvõrgu. Veelgi olulisem, tootjad võivad hakata müügiga ka ise tegelema, kui edasimüüjad küsivad monopolset hinda.²³² Isegi multinatsionaalsete jaekaubanduse kettide juures ei saa kindlalt väita, et kulueelis tootjatelt madalamate hindade saamise näol tekib tänu nende suurusele. Põhilisteks kulueelisteks on selliste kettide puhul väikesed juhtimiskulud, efektiivne edasimüügiahel ja madalad tööjõukulud.

Euroopa Liidu praktikas artikli 81 lõike 1 kohaldamisel ei ole väidetavalt kunagi margisiseseid konkurentsipiiranguid üles kaalunud margivälise konkurentsi suurenemine. Eeldatakse konkurentsi kahjustamist. Kaalumise toimub alati artikli 81 lõike 3 tasandil. Küsitav on, et kas põhjusliku seose analüüsi nihutamine lõike 1 suunas tooks kaasa tõhusa konkurentsi suurenemise.²³³ Sellisel juhul peaks vähenema eeldus, et margisiseseid konkurentsipiiranguid põhimõtteliselt kahjustavad konkurentsi. Arvestades vertikaalsete lepingute olemust, ongi see eeldus liiga range. Üheski teises konkurentsiõiguse valdkonnas ei ole erinevate riikide õigusteadlaste vahel nii palju erinevusi, kui seda on margisiseste hinna ja muude piirangute osas. Samas on ka siin võimalik lisaks põhjusliku seose analüüsile kasutada veel kahte õigusliku analüüsi meetodit: üldist keeldu ja eeldatavat seaduslikkust. Erinevalt enamusest teistest valdkondadest, on antud juhul tegemist tõsiste argumentidega kõige kolme meetodi kasutamiseks.²³⁴

Horisontaalsed kokkulepped, mis mõjutavad ainult hindu, võivad Ühendriikides olla iseenesest ebaseaduslikud. Neid nimetatakse konkurentsiõiguses ohtlikkuse seisukohast lähtudes hinnakokkulepeteks. Vertikaalseid kokkuleppeid aga ei loeta

²³² H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 446.

²³³ Vt J. Peeters. The Rule of Reason Revisited: Prohibition on Restraints of Competition in the Sherman Act and the EEC Treaty. 37 American Journal of Comparative Law, 1989, lk 521, 550-557, 568-570; samuti S. Weatherill. Cases and Materials on EC Law. Second Edition, Hampshire, 1994, lk 352.

²³⁴ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 441.

hinnakokkulepeteks, kui need just ei sisalda eriti spetsiifilist hinda või hinnataset.²³⁵ Euroopa Liidus põhimõtteliselt iga piirang, mida edasimüüjale kohaldatakse, peab olema vajalik selleks, et turustussüsteem korralikult töötaks. See tuleneb artiklist 81, mille kohaselt hinna fikseerimine või koormavad tingimused ei ole lubatud.²³⁶ Teisisõnu on vaja hinnata iga kohaldatava piirangu proportsionaalsust.

Proportsionaalsuse hindamine tähendab, et piirangud ei tohi olla ebaproportsionaalsed seatud eesmärgi suhtes. Piirang peab olema mõistlik, arvestades kõiki kokkuleppega seotud asjaolusid. Piirang on ebaproportsionaalne, kui seatud ärilist eesmärki on võimalik saavutada tegevusega, mis ei kahjusta konkurentsi ega tõrju ausaid konkurente või teeb seda väiksemas ulatuses. Siiski, proportsionaalsuse hindamisel saab õigusselguse huvides arvestada ainult sellise alternatiivse tegevusega, mis on silmnähtavalt võrdväärne piirangu kehtestamisega. Teatud tegevuste puhul aga hinnatakse proportsionaalsust hoopis abstraktselt. Näiteks loetakse arvestatavaks põhjenduseks hinnaalanduste puhul, millega välistatakse konkurentide ärilisi võimalusi, planeerimise ning tootmise ja turustusorganisatsiooni parendamist, samuti kulude kokkuhoiu saavutamist efektiivsema majandamise kaudu. Tarbijate lojaalsust mõjutavate hinnaalanduste puhul saab siiski rääkida kahest eesmärgist: tootmise ja turustamise parema planeerimise kõrval on alati ka konkurentide äriliste võimaluste piiramise huvi.²³⁷ Tarbijate ülemeelitamise takistamisega seda aga taotletakse. Tarbijate lojaalsuse suurendamine iseenesest ei ole konkurentsirikkumine. Küsimus on selles, kuidas seda tehakse. Tarbijate harjumuste kujundamisega saab mõjutada turu nõudluse poolt. Nõudluse poolt võivad mõjutada ka ainumüügisüsteemi kokkulepped, kohustused mitte konkureerida ja muud kokkulepped, millega mõjutatakse tarbijaid tagasi pöörduma. Sellised kokkulepped on ärimaailmas suhteliselt tavalised ja neid sõlmitakse eesmärgiga suurendada efektiivsust. Proportsionaalsuse analüüs aitab võimalikku konkurentsirikkumist välja selgitada.

Miinumedasimüügihindade määramise vertikaalse kokkuleppe allumine üldise keelu analüüsile on leidnud heakskiitu mõnede ekspertide poolt. Samas leidub

²³⁵ H. Hovenkamp. Samas, lk 459.

²³⁶ S. Weatherill, P. Beaumont. Viidatud teos, lk 700.

²³⁷ T. Eilmansberger. How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC: in search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses. Common Market Law Review. vol 42, February, 2005, Kluwer Law International, lk 175.

Ühendriikide kõrgema kohtu tehtud sellesisulistele otsustele, mille kohaselt maksimumedasimüügihinna määramine on iseenesest ebaseaduslik, ikkagi vähe toetajaid.²³⁸ Maksimumedasimüügihinna määramist ei ole üldse mõistlik pidada konkurentsi kahjustavaks, kuna selle eesmärk ongi juba tootja poolt paika panna, et edasimüüja müüks madalama hinna ja suurema käibega. Selle tulemusel saaks tootja rohkem toota ja kasumit teenida eeldades, et tal on vastavaid tootmisvõimsusi. Sellega tootja ise kaitseb tarbijate huvisid. Samuti ei peaks tootjal olema eesmärgiks panna liiga madal maksimumedasimüügihind, sest oma edasimüüja pankrotti ajamisega kaasneks paratamatult ka toodangu müügi vähenemine. Täielikult see muidugi röövelliku hinnakujunduse võimalust ei välista, eriti juhtudel kui mõni edasimüüja kuulub omandiõiguse kaudu tootjale. Juhul aga, kui madala maksimumhinna määratlemisega tootja eelistab suure käibega ja madalamate kuludega edasimüüjaid väiksematele, kelle kulud ühiku kohta on tavaliselt suuremad, siis see ei ole konkurentsiõiguse probleem.

Praktikas on probleemiks, et on vaja tõendada vertikaalse piirangu puhul tegeliku kokkuleppe olemasolu kahe või enama ettevõtja vahel. Ühendriikides loetakse miinimumhinnakokkuleppe automaatselt ebaseaduslikuks, ülejäänud kokkuleppeid aga analüüsitakse põhjusliku seose põhimõtte kohaselt. Hageja võimest tõendada hinnakokkuleppe olemasolu sõltub palju. Tundub, et erinevus hinnakokkuleppe ja muude kokkulepete vahel on selgelt nähtav, aga praktika on tõendanud, et erinevuse tõendamine on vertikaalsete margisiseste piirangute juures kõige keerulisem.²³⁹ Näiteks saab tuua juhtumi, kus turg jagatakse territoriaalselt erinevate edasimüüjate vahel. Keeldu teise edasimüüja territooriumil müüa, saab teatud määral käsitleda ka keeluna sellel turul odavamalt müüa. Tänu kokkuhoiule reklaami ja muude müügi toetuse kulude arvelt oleks odavam müük iseenesest võimalik, sest müügi toetuseks vajalikud kulutused tehakse sellele turule määratud edasimüüja poolt.

2.4. Erandid konkurentsi kahjustavate kokkulepete keelust

2.4.1. Erandite kohaldamine

Selgesõnaline keeld ettevõtjatevaheliste kokkulepetega konkurentsi takistada, piirata või kahjustada tuleneb asutamislepingu artikli 81 lõikest 1. Mõned

²³⁸ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 470.

²³⁹ H. Hovenkamp. Samas, lk 473.

konkurentsipiirangud võivad selle keelu eest pääseda ja seda eriti juhtudel, kui kokkulepe ei mõjuta kaubandust liikmesriikide vahel. Tegemist on nn välistatud aladega, kus konkurentsi kahjustavate kokkulepete keeld ei kehti. Praktika on näidanud, et leping ei riku nimetatud sätet, kui sellel ei ole märkimisväärset mõju konkreetsele kaubaturule selle tõttu, et pooltel on nõrk positsioon turul. Kokkulepped väikeste ja keskmise suurusega ettevõtjate vahel on harva võimelised mõjutama kaubandust liikmesriikide vahel.²⁴⁰ Sellisel juhul Euroopa Komisjon tavaliselt keeldub menetluse alustamisest, kuna Euroopa Liidul ei jätku piisavalt vastavat huvi, kui just tegemist ei ole ettevõtjate kollektiivse või individuaalse turguvalitseva seisundiga ühisturu olulisel osal.

Kokkulepped ettevõtjate vahel, kes on konkurendid või potentsiaalsed konkurendid, kelle turuosa ei ületa 10 % ühelgi kokkuleppega seotud turgudest ja kokkulepped ettevõtjate vahel, kes ei ole konkurendid vastaval kaubaturul ja kelle turuosa ei ületa 15% ühelgi kokkuleppega seotud turgudest, ei oma samuti märkimisväärset mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele ega saa endast kujutada arvestatavat konkurentsipiirangut. Neid kokkuleppeid nimetatakse vähese tähtsusega (*de minimis*) kokkulepeteks. Siiski, ainult piirmäärani jõudmise või selle ületamise fakt ei võimalda teha kindlat järeldust, et kokkuleppele tuleb kohaldada Rooma lepingu artikli 81 lõiget 1.²⁴¹ Piirmäära ulatuses on keelatud olulisi konkurentsipiiranguid sisaldavad kokkulepped, vaatamata poolte turuosa suurusele. Horisontaalsetest kokkulepetest on nendeks hinnakokkulepped, tootmise või müüginahu piiramise ja turgude või klientide jagamise kokkulepped. Vertikaalsetest kokkulepetest on nendeks edasimüügi hinna määramise, absoluutse territoriaalse kaitse ja „passiivse” ekspordi keelamise kokkulepped.²⁴² Täpsemad reeglid nende erandite kohaldamise kohta tulenevad Euroopa Komisjoni vastavast teatisest.²⁴³ Euroopa Komisjon oli ka varem avaldanud täpsustavaid suuniseid selle kohta, millistele kokkulepete liikidele antakse *de facto*

²⁴⁰ V. Korah. Cases and Materials on EC Competition Law. Second Edition. Hart Publishing. Oxford-Portland Oregon 2001, lk 54.

²⁴¹ European Night Services and others v. Commission, cases T-374, 375, 384, 388/94, 1998, ECR II-3141.

²⁴² M. Waelbroeck. Viidatud teos, lk 20.

²⁴³ Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (*de minimis*), OJ C 368, 22.12.2001.

roheline tuli.²⁴⁴ Komisjoni konkurentsijärelevalve osakond töötas ka välja nn “mugavuskirja”, mis oli praktikas laialt levinud komisjoni ametlike otsuste asemel ja mis aitas keskenduda oluliste rikkumiste uurimisele. Peale Euroopa Liidu laienemist 1. mail 2004 kadus motivatsioon sellise praktika arendamiseks, kuna uute reeglite järgi langes ära kohustus Euroopa Komisjoni eranditest teavitada. Kontrolli teostatakse nii tsentraalselt kui ka liikmesriikide poolt vastavalt vajadusele ja esitatud kaebustele. See suurendab võimalust keskenduda olulisematele rikkumistele. Seega saab valdavaks analüüsimeetodiks *ex post* analüüs, mille käigus vaadatakse nii lepingu kuulumist erandite hulka, kui ka seda, kas kokkuleppe tulemusel on selle kehtivuse aja jooksul konkurentsi kahjustatud. Samas ei ole ka keelatud komisjoni teavitada kokkuleppe sõlmimisest või selle olemasolust.

Rooma lepingu artikli 81 lõikes 3 on sätestatud nii individuaalsed kui ka grupierandid, mille tervikliku süsteemi toimimine on piisavalt keeruline. Sisulised kriteeriumid nende erandite jaoks on ühesugused, grupierandite analüüs aga toimub eeldatava seaduslikkuse meetodi kohaselt. See tähendab, et grupierandi jaoks lõikes 3 toodud sisulised kriteeriumid on piiriks Euroopa Komisjonile grupierandi üldakti (määruse) kehtestamisel. Lõikes 3 toodud kriteeriumid individuaalse erandi jaoks on aga põhjusliku seose analüüsi kriteeriumid ettevõtjatele endile ja järelevalveorganitele.

2.4.2. Individuaalsed erandid

Rooma lepingu artikli 81 lõikes 3 toodud individuaalsete erandite puhul on tegemist konkurentsi soodustavate tingimustega. Individuaalse erandi juures tuleb nende tingimustega kaaluda kokkuleppe konkurentsi kahjustavaid tagajärgi, mis on toodud artikli 81 lõikes 1. Kaalumine toimub koos konkurentsi kahjustavate tagajärgede uurimisega ühes analüüsis. Erisusena võrreldes teiste konkurentsi kahjustavate kokkulepetega võib välja tuua, et tegemist on kokkulepetega, millest teavitatakse või mis on üldiselt teada. Seega ei ole tegemist salajaste kokkulepetega. Enne 1. maid 2004 kehtis kohustus nende sõlmimisest Euroopa Komisjoni teavitada.

²⁴⁴ Vt ka Notice of the Commission Relating to the Revision of the 1997 Notice on Agreements of Minor Importance which do not fall under Article 81(1) of the EC Treaty, OJ C 149 19.05.2001.

Kuidas neid individuaalse erandi tingimusi kasutatakse? Kui lubatakse sõlmida kokkuleppeid, mis aitavad parandada kaupade tootmist või turustamist või edendada tehnilist või majanduslikku progressi, võimaldades samal ajal tarbijatel saada sellest tulenevast kasust õiglast osa, siis põhimõtteliselt saaks kasutada ka laiemat tõlgendust. Lisaks efektiivsuse kaitsele võiks rääkida ühisturul selliste tähtsate poliitikate, nagu tööstus-, keskkonna-, tööhõive-, regionaal- ja kultuuripoliitika kaitsest. Selline käsitus ei ole aga õigustatud, arvestades liiga laia diskretsiooniruumi jätmisega liikmesriikide kohtutele, kelle pädevus laienes artikli 81 lõikes 3 sätestatud erandi suhtes peale 1. maid 2004. Vertikaalsete kokkulepete juures on selle laiema tõlgenduse kasutamine õigustatult jäänud sisuliselt Euroopa Komisjoni pädevusse, kes tegutsedes Euroopa Liidu Nõukogu volituste alusel, annab välja grupierandite määrusi. Vastavalt määruse nr 1/2003 artiklile 10 on komisjonile kriteeriumiks seatud Euroopa Liidu üldine huvi, mis jätab siiski ülemäära suure kaalumiseruumi.

Artikli 81 lõikes 3 on sätestatud, et tarbijad peavad saama kokkulepetest tulenevast kasust õiglase osa. See annab võimaluse konkurentsile ohtlikke kartellikokkuleppeid rangemalt käsitleda. Tarbijate subjektiivsete õiguste kaitsmine aga iseenesest ei ole konkurentsioiguse eesmärgiks ja ei peagi olema. Individuaalse erandi võimaldamise tingimusena on tarbijakaitse üldine eesmärk aga asjakohane ja võimaldab kokkuleppe positiivseid tagajärgi mitmekülgselt hinnata.

Asjakohaseks võib pidada artikli 81 lõikes 3 toodud erandi andmise tingimust, mille kohaselt efektiivsuse suurendamise eesmärgil lubatud piirangud peavad olema hädavajalikud. Sisuliselt tähendab see proportsionaalsuse analüüsi. Piirang on proportsionaalne, kui sellega on üldse võimalik eesmärki saavutada ning seda eesmärki ei ole võimalik saavutada mõne muu konkurentsi vähem piirava abinõuga. Seejärel tuleb omavahel kaaluda eesmärgi olulisust ja konkurentsi kahjustamise intensiivsust.

2.4.3. Grupierandid

Grupierandite süsteem on ainuomane ainult Euroopa Liidu ja selle liikmesriikide konkurentsioigusele. Grupierandite kasutamisel tulevad kõne alla valdavalt kokkulepped, mis tegelevad teatud ainuõigusliku edasimüügiga liikmesriigi turul. Tegemist on kas vertikaalsete või nii vertikaalsete kui ka horisontaalsete

kokkulepetega koos. Kuna Euroopa Komisjonil kulus väga palju aega ja ressursse nende kokkulepete analüüsimiseks, oli järelevalve efektiivsuse tagamiseks vajalik luua selline grupierandite süsteem, kus eeldatakse kokkulepete seaduslikkust. Oma olemuselt on grupierandid ajaliselt piiratud erandid. Tavaliselt kehtestatakse need kümneks või maksimaalselt viieteistkümneks aastaks.

Kehtivuse kaotanud määrus nr 17²⁴⁵ kehtestas komisjoni ainupädevuse artikli 81 lõike 3 kohaldamiseks. Seda määrust peeti komisjoni suure töökoormuse põhjuseks. Määruse üheks eesmärgiks oli Euroopa Liidu konkurentsireeglite ühetaoline kohaldamine kogu ühisturul. Vastavalt selle määruse artikli 9 lõikele 1 oli komisjonil ainuõigus deklareerida artikli 81 lõike 1 mittekohaldamist vastavalt artikli 81 lõikele 3. Sellist kohaldamise ainupädevust aga ei olnud antud Euroopa Komisjonile artikli 81 lõike 1 suhtes. Rahvuslikel konkurentsi järelevalveasutustel oli ja on õigus seda koos oma siseriiklike konkurentsireeglitega kohaldada, kuni komisjon ei ole ametlikult algatanud oma uurimismenetlust. See tulenes määruse nr 17 artikli 9 lõikest 3, nüüd tuleneb see määruse nr 1/2003²⁴⁶ artikli 11 lõikest 6. Sama kehtib ka rahvuslike kohtute kohta. Nad on kohustatud artikli 81 lõiget 1 kohaldama, kuna see on Euroopa Kohtu poolt tunnistatud otseselt kohaldatavaks. Kohaldamise teeb võimalikuks see, et lõikes 3 toodud konkurentile positiivsete tagajärgede kaalumise üksikjuhtudel ei ole enam Euroopa Komisjoni ainupädevuses.

Artikli 81 kohaldamisega seotud ebakindlus seondub erinevate kokkulepete liikide paljususega, kuhu näiteks kuuluvad ka turustuse ja frantsiisilepingud. Selle ebakindluse tasakaalustamiseks otsustatigi luua grupierandite süsteem, mis omab just olulist praktilist väärtust.²⁴⁷ Selleks, et mitte individuaalsete erandite teadete laviini alla ära uppuda, võttis komisjon vastu terve rea määrusi grupierandite kohta, eriti vertikaalsete kokkulepete valdkonnas. Grupierandite süsteemi enda arengut saabki jälgida valdkondade kaupa, mis on nii ühisturu kui ka Euroopa Liidu jaoks olulised. Grupierandeid on kasutatud söe ja terase, kaitse ja põllumajanduse valdkonnas, samuti teede, raudteede, siseveeteede, mere- ja õhutranspordi vallas jne.

²⁴⁵ EL Nõukogu määrus nr 17, Esimene määrus asutamislepingu artiklite 85 ja 86 rakendamise kohta, OJ P 013, 21.02.1962.

²⁴⁶ EL Nõukogu määrus nr 1/2003, asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta, OJ L 001, 04.01.2003.

²⁴⁷ S. Weatherill. Cases and Materials on EC Law. Second Edition, Hampshire, 1994, lk 353.

Lihtsustamaks artikli 81 lõikes 3 toodud laiemat erandite süsteemi, andis Euroopa Liidu Nõukogu komisjonile initsiatiivi anda välja määrusi, mille kohaselt terved kategooriad kokkuleppeid loeti eranditeks artiklis 81 lõikes 1 sätestatud reeglile. Sellega seoses aga kasvas tuntavalt vajadus aega nõudva teatamise järele. Grupierandite määrad tegelikult ei toonud kaasa tuntavat individuaalsete erandite avalduste arvu vähenemist, küll aga hoopis lisaprobleemi. Grupierandite süstemaatilise ja stereotüüpselt iseloomust tulenevalt tõi see kaasa ettevõtjate paindlikkuse vähenemise kokkulepete sõlmimisel, sest püüti rohkem järgida määrusi kui ettevõtjate endi majanduslikke äriplaane.²⁴⁸ Grupierandeid võib vaadata ka kui teatud üleminekuperioodi regleid. Näiteks õhutranspordi vallas kehtestati grupierand seoses ühise piletite broneerimisüsteemiga.²⁴⁹ Nüüdseks on see protsess lõppenud ja selle tulemusel lennuliinid konkureerivad üksteisega. Mõned kasvasid suuremaks, teised jäid nõrgemaks. Lõpptulemusena aga siiski vastupidiselt lennuliinidele Ameerika Ühendriikides, riigi poolt omatavad lennuliinid ei lahkunud turult. Nende rahvuslikud üksused on jätkuvalt diskussiooni all seoses toetustega tekitatavate konkurentsipiirangutega võrreldes nende lennuliinidega, kes selliseid toetusi ei saa.²⁵⁰ Hoolimata tehtavast kriitikast on Euroopa Liidus aja jooksul vastu võetud veel terve rida määrusi grupierandite kohta, näiteks uurimis- ja arendustööde kokkulepped või mootorsõidukite turustamise kokkulepped, millest nüüdseks on enamus koondatud ühte vertikaalsete lepingute grupierandi määrusesse 2790/99.²⁵¹

Nagu *de minimis* reeglid, vähendavad grupierandid samuti konkurentsi järelevalveorganite bürokraatlikku koormust.²⁵² Määrusega 2790/99 loodi tegelikult uut tüüpi grupierandite regulatsioon. See erines varasemast selle poolest, et on vähem formaalne ja rohkem majandusele orienteeritud. Seda kohaldatakse kõigile

²⁴⁸ T. Wibmann. Decentralised Enforcement of EC Competition Law and the New Policy on Cartels, *Journal of World Competition* 23(2), Kluwer Law International, 2000, lk 129-130.

²⁴⁹ EL Nõukogu määrused 2407/1992 lennuettevõtjatele lennutegevuslubade väljaandmise kohta; 2408/1992 ühenduse lennuettevõtjate juurdepääsu kohta ühendusesisestele lennuliinidele ja 2409/1992 piletihindade ja lastitariifide kohta, OJ L 240, 1992.

²⁵⁰ K. Tonner. *Electronic Commerce and Travel Law. Consumer Law in the Information Society*. Edited by T. Wilhelmsson, S. Tuominen, H. Tuomola, Kluwer Law International, The Hague 2001, lk 209.

²⁵¹ EL Komisjoni määrus nr 2790/1999 asutamislepingu artikli 81 lõike 3 kohaldamise kohta vertikaalkokkuleppe ja kooskõlastatud tegevuse liikide suhtes, OJ L 336, 29.12.1999.

²⁵² J. Thielert, M. P. Schinkel. *Estonia's Competition Policy: A Critical Evaluation Towards EU Accession*. *European Competition Law Review*, Sweet & Maxwell, 2003 nr 4, lk 171.

vertikaalsete piirangute variantidele, välja arvatud mõned eraldi reguleeritud valdkonnad, näiteks mootorsõidukite turustamise kokkulepped. Nimetatud määrus on samuti vähem ettekirjutusi tegev ning selles ei ole enam „valget nimekirja”. Kui käitumine ei ole keelatud, siis see on lubatud.²⁵³

Mootorsõidukite grupierand on ühisturul üks kaalukamaid. Mootorsõidukite tootjate ja edasimüüjate vahelistele kokkulepetele on Euroopa Liidus kehtinud grupierand aastast 1995. Euroopa Komisjon võttis 31. juuli 2002 vastu uue määruse nr 1400/2002²⁵⁴ asutamislepingu artikli 81 lõike 3 kohaldamise kohta vertikaalsete kokkulepete ja kooskõlastatud tegevuse suhtes mootorsõidukite valdkonnas. Selle grupierandi reguleerimise valdkonda kuuluvad kokkulepped ja kooskõlastatud tegevus, mis on seotud uute mootorsõidukite turustamise ja teeninduse ning nende varuosadega. Täpsemalt on määratletud võimalikud turustussüsteemid. Tootjal on õigus kasutada kas ainuõiguslikku turustussüsteemi või valikulist turustussüsteemi. Varem võis kasutada ka erinevaid turustussüsteeme koos.²⁵⁵ Euroopa Komisjon loodab, et grupierandis sätestatud „must nimekiri” annab tarbijatele võimaluse osta auto igast liikmesriigist ja esitada hagi rahvuslikku kohtusse, kui müügist keeldutakse.²⁵⁶

Eranditega seotud analüüsi võib jagada kolme ossa. Kui vastava kokkuleppe poolte turuosa ei ületa 30%, analüüsitakse kokkulepet vastavalt grupierandi määrusele. Jälgitakse oluliste piirangute olemasolu ja muid määruses sätestatud tingimusi. Kui vastav turuosa aga ületab 30%, siis on vajalik uurida, kas kokkulepe langeb artikli 81 lõike 1 reguleerimisalasse. Kui vastav kokkulepe langeb selle sätte reguleerimisalasse, siis on vaja kindlaks teha, kas on täidetud individuaalse erandi tingimused vastavalt artikli 81 lõikele 3.²⁵⁷ Tegelikult esimene võimalus tõestada kokkuleppe seaduslikkust on paigutamine *de minimis*’e reguleerimisalasse. *De minimis* analüüs tähendab, et väikese mõjuga kokkulepete puhul eeldatakse, et need ei riku artikli 81 lõiget 1.

²⁵³ P. Craig, G. de Burca. Viidatud teos, lk 986.

²⁵⁴ EL Komisjoni määrus nr 1400/2002 asutamislepingu artikli 81 lõike 3 kohaldamise kohta teatavat liiki vertikaalsete kokkulepete ja kooskõlastatud tegevuse suhtes mootorsõidukisektoris, OJ L 203, 01.08.2002.

²⁵⁵ K. Tasa. Euroopa Liidu konkurentsireeglid mootorsõidukite müügi valdkonnas. Transport ja Teed, 2003 nr 4, lk 24-25.

²⁵⁶ C. R. A. Swaak. European Community Law and the Automobile Industry. Dissertation 1999, sales edition, Kluwer Law International, Hague, London, Boston, lk 264.

²⁵⁷ Commission notice – Guidelines on Vertical Restraints, OJ C 291 13.10.2000.

Teatud juhtudel see eeldus siiski lõpeb (näiteks hinna- ja turujagamise kokkulepete puhul) ja kokkulepet asutakse põhjalikult analüüsima. Järgmine positiivne võimalus tõestada õigusaktidele vastavus on kuuluda grupierandi alla ning viimane võimalus on põhjusliku seose analüüsil tehtud individuaalne otsus, mis ütleb, kas tegemist on artikli 81 lõike 1 rikkumisega või mitte.

Üldistava eeldatava seaduslikkuse analüüsi (*de minimis*, grupierand) nimetatakse ka selgituseks (*clearance*). Negatiivseks selgituseks (*negative clearance*) nimetatakse komisjoni otsust, kui viimase hinnangul ei rikuta üldse artikli 81 lõiget 1. See otsus ei seo liikmesriikide kohtuid ega takista komisjoni ennast hiljem sekkumast. Kui pooled on teatanud erandi või *negative clearance* taotlusest, siis on nad kaitstud trahvide vastu. Kuna aga see *negative clearance* menetlus on aeganõudev ja keeruline, siis praktikas kasutatakse seda kas õigusliku kindluse saamiseks või uute õiguslike juhtumite kohta pretsedentide loomiseks.²⁵⁸

Grupierandi analüüsil peetakse kokkulepet seaduslikuks, kui ei leita olulisi konkurentsipiiranguid. Ettevõtjatel on siin risk, et nad võivad valesti hinnata kokkuleppe kuulumist grupierandi hulka. Kahtluse korral võivad nad teavitada komisjoni, kes annab ametliku hinnangu. Euroopa Komisjon võib lõpetada kuulumise grupierandi hulka ka huvitatud isiku avalduse tõttu või omal initsiatiivil.

Selleks, et juba täpsemalt hinnata kuulumist grupierandi hulka, analüüsitakse kahe positiivse ja kahe negatiivse tingimuse olemasolu. Esimene positiivne tingimus on, et kokkulepe, otsus või kooskõlastatud praktika peab parandama kaupade tootmist või müüki või edendama tehnilist majanduslikku progressi. Teine positiivne tingimus on, et tegevus peab võimaldama jagada saadavat kasu tarbijatega. Esimene negatiivne tingimus on, et kokkulepe ei tohi seada ettevõtjatele piiranguid, mis ei ole kokkusobivad viidatud eesmärgiga. Ja lõpuks viimane negatiivne tingimus on, et kokkulepe ei tohi võimaldada ettevõtjatel elimineerida konkurentsi pidades silmas olulist osa toodangust²⁵⁹ Need tingimused kõik on sätestatud artikli 81 lõikes 3.

²⁵⁸ L.Ritter, W. D. Braun, F. Rawlinson. EC Competition Law. A Practitioner's Guide. Second Edition. Kluwer Law International, The Hague, 2000, lk 134.

²⁵⁹ D. G. Goyder. EC Competition Law. Third Edition. Oxford University Press, New York, 1998, lk. 135-136.

Artiklis 81 sätestatu kohaldumisel tuleb arvestada, et Rooma lepingu sätete algne ja peamine eesmärk oli määratleda Euroopa Liidu ning liikmesriikide pädevusvaldkonnad. See tähendab, et algselt oli tegemist põhimõtete sätestamisega. Nende põhimõtete eesmärgiks oli selgitada, et nende konkurentsireeglite paralleelne kohaldamine ka liikmesriikide poolt on võimalik niikaua, kuni see ei takista nende ühetaolist kohaldamist kogu ühisturul. Probleem seisneb selles, et neid küllaltki üldise iseloomuga sätteid tõlgendatakse nüüd kui sisulisi konkurentsinoorme ning kohaldatakse konkreetsetel juhtudel koos majandusliku analüüsiga. Selline vastuoluline lähenemine teeb konkurentsirikkumiste analüüsi keeruliseks. See ei muutunud lihtsamaks ka alates 1. maist 2004, kui toimus senise tsentraalse teavitamise süsteemi lõpetamine. Seoses ühisturu laienemisega võivad konkurentsioiguse ühetaolise tõlgendamise probleemid lähiperioodil isegi suurened. Philip Lowe, Euroopa Komisjoni konkurentsiosakonna peadirektor, on öelnud: “Mida rohkem õnnestub Euroopa Konkurentsi Võrgustikku (*European Competition Network*) arendada, seda rohkem on kindlust, et liikmesriikide konkurentsijärelevalved tahavad ja on võimelised rääkima ühises keeles nii, et kõik üksteisest aru saavad.”.²⁶⁰ Määruse nr 1/2003 preambula lõike 15 kohaselt peavad komisjon ja liikmesriikide konkurentsiasutused moodustama ametiasutuste võrgu, kus Euroopa Liidu konkurentsieeskirjade kohaldamine toimub tihedas koostöös. Selle konkurentsi võrgustiku põhiline eesmärk on informatsiooni ja kogemuste jagamine liikmesriikide konkurentsi järelevalveasutuste ametnike vahel. Selles protsessis osaleb ka Euroopa Komisjoni konkurentsiosakonna vastav võrgustikuüksus.

Konkurentsioiguse ühetaolisele kohaldamisele liikmesriikides aitab kaasa suund konkurentsipiirangute kitsama tõlgenduse poole. Seda näitab ka uus lähenemine vertikaalsete kokkulepete osas, mida tuleb toetada. Mõned juristid lähevad siiski sellest kitsendatud tõlgendusest veelgi kaugemale. Nad pakuvad välja, et vaatluse alla tuleb võtta kõik kokkulepetest tulenevad üksteist tasakaalustavad, konkurentsi soodustavad ja kahjustavad majanduslikud tagajärjed vastavalt artikli 81 lõikele 1. Siin läheb vaja majanduslikku analüüsi. Kui konkurentsi soodustavad aspektid domineerivad, siis kokkulepe ei lange artikli 81 lõike 1 reguleerimisalasse ja sellisel

²⁶⁰ P. Lowe. Current issues of EU Competition Law – The new competition enforcement regime. Key lecture at the study days of the International League of Competition Law. Barcelona, 2.10.2003, internetis http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_035_en.pdf.

juhul ei ole artikli 81 lõikest 3 tulevat erandiotsust vaja teha. Ainult juhul, kui konkurentsi kahjustavad aspektid prevaleerivad, siis on vaja appi võtta artikli 81 lõige 3 ja vaadata, milliseid mitte-majanduslikke aspekte ja väärtusi, nagu näiteks keskkond, tööjõuturg, töötuse tase, tööstuspoliitika jt, saab arvesse võtta. Sellist lähenemist on põhjust kritiseerida. Artikli 81 lõike 3 eesmärgiks on tagada õiguslik raamistik konkurentsi piirava praktika majanduslikuks analüüsiks ning mitte lubada tekkida olukorral, kus konkurentsi reeglid lükatakse kõrvale poliitilistel põhjustel.²⁶¹

Omaette teema on, et üks artikli 81 lõike 1 rikkumiseks vajalikest elementidest - mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele - kaotab analüüsil õigusliku kriteeriumina Euroopa Liidu konkurentsioiguse kohaldumise jaoks järjest rohkem tähtsust. Liikmesriigi kaubaturu käsitlemine ühisturul eraldiseisva turuna, kus kehtivad liikmesriigi konkurentsireeglid, on probleemiks konkurentsioiguse ühetaolisele kohaldamisele.²⁶² Mõiste „eraldiseisev” turg määruse nr 1310/97 artiklis 9 ei ole üheselt selge. Mõeldud on turgu, mis asub liikmesriigi territooriumil ega moodusta ühisturu olulist osa. Tõlgendamise võimalik suund viitab liikmesriigi järelevalveorgani pädevusele Euroopa Liidu konkurentsioigust sellel turul otse kohaldada. Eeldada saab, et konkurentsirikkumine omab mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele. Ka USA monopolidevastases õiguses tegeleti algselt üleriigiliselt konkurentsijuhtumitega, mis mõjutasid kaubandust kahe või enama osariigi vahel. Nüüd enam seda kriteeriumit ei kasutata. Robert S. Kaplani ja David P. Nortoni sõnul on siin tegemist üldisega suunaga majanduses, kus “riigipiirid ei kaitse enam efektiivsemalt tegutsevate ja reageerimisvõimelisemate välisfirmadest konkurentide eest. Infoajastu ettevõtte konkureerib maailma tugevaimatega. Uued tooted ja teenused nõuavad suuri investeringuid, mis mõnel juhul tasuvad end ära ainult siis, kui ettevõttel on kliente kogu maailmas. Infoajastu ettevõtted peavad ühendama globaalsete protsesside tõhususe ja konkurentsivõimelisuse mõistvusega kohalike klientide suhtes.”²⁶³

²⁶¹ C. D. Ehlermann. The Modernisation of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution. Common Market Law Review, 37, 2000, Kluwer Law International. lk 548-549.

²⁶² R. Rinaldi. The Evolution of the Discipline of Vertical Agreements: Light and Shade. IV Conference: Antitrust Between EC Law and National Law, 13-14 May, Maggio 1999, edited by E. A. Raffaelli, Bruxelles, Milano, 2000, lk 378.

²⁶³ R. S. Kaplan, D. P. Norton. Tasakaalus tulemuskaart. Strateegialt tegudele (The Balanced Scorecard). Harward Business School Press, 1996, tõlge eesti keelde Kirjastus Pegasus, 2003, lk 5.

Kõigi grupierandite jaoks on oluline, et need vastaks teatud üldistele olulistele tingimustele kogu kokkuleppe nn eluaja jooksul. Need tingimused tavaliselt on seotud kaupade vaba liikumisega liikmesriikiide vahel ja erandiga kaitstud kaupade osas konkurentsi jätkumisega. Näiteks võib põhimõtteliselt ainumüügi erandi lõpetada, kui see ainumüüja ilma objektiivsete põhjusteta keeldub pakumast kaupa oma müügiterritooriumil teatud ostjatele kategooriatele, kellel ei ole võimalik neid kaupu kuskilt mujalt omandada. Kui mõned sellised tingimused ei ole rahuldatud, võib komisjon konkreetse kokkuleppe grupierandi alt välja lülitada. Et seda teha, peab komisjon järgima tavalisi menetlusreegleid, mis olid sätestatud määruses nr 1/2003. Praktikas on komisjon siiski harva kasutanud seda nn tagavaraventiili jõudu.²⁶⁴ Grupierandi tingimusi aga tuleks tõlgendada võimalikult rangelt. Vastasel korral ei ole võimalik grupierandit kogu ühisturul üheselt kohaldada.

Teoreetiliselt on Rooma lepingu artiklis 81 sätestatud võimalik ellu viia kahel erineval kontseptuaalsel alusel: loasüsteemina või otse kohalduvate erandite süsteemina. Loasüsteem põhineb ideel, et üldine konkurentsi piirava praktika keeld on eemaldatav ainult järelevalvet teostava organi aktiga. Siin kokkuleppe või kooskõlastatud tegevus on kehtetu seni, kuni järelevalveorgan pole seda heaks kiitnud. Seega kõik konkurentsi suhtes tundlikud kokkulepped on *prima facie* mittekehtivad ja nende jõustamisel fokuseeritakse *ex ante* kontrollile. Vastupidiselt aga toimib otse kohalduvate erandite süsteem, kus konkurentsi kahjustamine on seaduse enda poolt keelatud ilma igasuguse järelevalveorgani eelneva loata. Seadusega kooskõlas oleva ja sellega seaduse toimet kinnitava kokkuleppe jõustumiseks ei ole vaja eraldi luba, kui kokkuleppes osalevad ettevõtjad arvavad, et kokkuleppe vastab erandi tingimustele. Euroopa Liidus hetkel kehtivas konkurentsiõiguses ei ole komisjoni teavitamine või muu sarnane tegevus enam vajalik, siin toimib *ex post* kontroll.²⁶⁵ Selline otsekohalduv süsteem annab rohkem otsustamisõigust liikmesriikidele, kes teostavad võimalikult ühetaolist konkurentsi järelevalvet toetudes Euroopa Kohtu eelotsuste süsteemile. Kui aga tegemist on juhtumiga, mis on oluline praktilistel põhjustel, näiteks juhtum on seotud mitme liikmesriigiga, siis on Euroopa Komisjon sunnitud sekkuma. Komisjon sekkub samuti siis, kui juhtum on tähtis juriidilistel põhjustel, näiteks juhtum on oluline kui pretsedent.

²⁶⁴ D. G. Goyder. Viidatud teos, lk. 133.

²⁶⁵ T. Wibmann. Viidatud teos, lk 138.

On võimalik väita, et *ex post* kontrollimine eriti horisontaalsete kokkulepete juures vähendab süsteemi tugevust konkurentsivastase tegevuse suhtes. Horisontaalsed kokkulepped on esmapilgul rohkem konkurentsi kahjustavad kui vertikaalsed kokkulepped, kuna viimased sisalduvad alati konkurentsi soodustavaid nüansse. Konkurentsipoliitika, mis ei keela teatud kokkuleppeid iseenesest, arvestab hea usu põhimõtte kasutamisega ettevõtjate poolt, kui viimased analüüsivad kokkuleppe konkurentsi kahjustada võivaid tagajärgi.²⁶⁶ Risk *ex post* kontroll puhul süsteemi nõrkuseks on olemas. Kohaldamisele tulevad trahvid aga peaksid siin preventiivset mõju avaldama. Euroopa Liidus on ettevõtjatel võimalik nagunii rohkem riskida, kuna valdav järelevalve analüüsimeetod on individuaalne põhjusliku seose, mitte üldise keelu meetod. Samas tuleks ka Euroopa Liidu konkurentsioiguses hakata kasutama rohkem teatud üldistustel põhinevaid õiguslikke eeldusi. Nende kohaselt peaksid teatud kokkulepped olema automaatselt keelatud. Kui näiteks grupierandite analüüsimisel tuvastatakse määruse nr 2790/1999 artiklis 4 nimetatud raske konkurentsirikkumine (näiteks hinna fikseerimine), mille tulemusel kokkuleppele ei saa grupierandit kohaldada, siis selle asemel, et järgmisena analüüsida selle kokkuleppe kuulumist individuaalsete erandite hulka, võiks paljude raskete rikkumiste puhul eeldada, et artikli 81 lõiget 1 on rikutud ja selline kokkulepe loetakse automaatselt konkurentsi kahjustavaks keelatud kokkuleppeks erandi kasutamise võimalust uurimata. Vähem raskete konkurentsirikkumiste puhul tuleks analüüsida kokkuleppe suhtes individuaalse erandi kohaldamise võimalust.

Varem seoses Euroopa Liidu Nõukogu määruse nr 17 muutmisega määrusega nr 1216/1999²⁶⁷ võidi vertikaalsetele lepingutele kohaldada erandi staatust alates nende kehtimahakkamisest isegi siis, kui Komisjoni teavitati hiljem. Praktikas tähendas see, et ka enne 1. maid 2004 ei olnud sisuliselt enam vaja eelnevat teavitamist. Vaidluse kerkimise korral alles võis komisjoni teavitada, kes sellisel juhul analüüsis lepingut retrospektiivset aspektist selle kehtimahakkamisest peale veendumaks, kas artikli 81 lõike 3 tingimused olid täidetud.

²⁶⁶ T. Wibmann. Samas, lk 149.

²⁶⁷ EL Nõukogu määrus nr 1216/1999 millega muudetakse määrust nr 17: Esimene määrus asutamislepingu artiklite 85 ja 86 rakendamise kohta, OJ L 148, 15.06.1999.

3. peatükk

KOONDUMISTE KONTROLL

3.1. Koondumiste olemus, mõiste ja liigid

Koondumine toimub siis, kui kaks eraldiseisvat ettevõtjat lähevad põhimõtteliselt ühise omandi või kontrolli alla. Koondumisel on konkurentsioiguses laiem tähendus kui äriõiguses. Äriõiguses kasutatakse Eestis näiteks koondumise asemel terminit “ühinemine”. Koondumine toimub ka siis, kui üks ettevõtja ostab ära kas osa või kõik teise ettevõtja varad. Äriühingute koondumine toimub, kui üks äriühing ostab ära kontrolli saavutamiseks vajalikud või kõik teise äriühingu aktsiad. Konkurentsioigus kasutab terminit “koondumine” kirjeldamaks ka konsolideerumist. See tähendab, et kaks olemasolevat äriühingut lõpetavad tegevuse ja luuakse uus äriühing, kellele kuuluvad nende kahe lõpetatud äriühingu varad. Enne 1980.-ndat aastat rääkis USA monopolidevastane seadus ainult äriühingutest. Seda on nüüd muudetud ja viidatakse kõikidele isikutele, olenemata sellest, millisel alusel nad on loodud.²⁶⁸

Euroopa Liidu õiguses räägitakse kahte liiki koondumistest: juriidilistest ja faktilistest koondumistest. Esimesel juhul on tegemist juriidiliste isikute loomise või kadumisega, teisel juhul koondumise poolte õiguslikku staatust ei puudutata. Koondumine on toimunud, kui endised sõltumatud ettevõtjad moodustavad ühe tervikliku majandusliku üksuse, mida iseloomustab alaline majanduslik ühine juhtimine. Euroopa Liidu õigus kasutab terminit “kontrolli omandamine”, mida defineeritakse kui võimalust mõju teostamiseks. Seega ei ole kahtlust, et kontroll on omandatud, isegi kui otsustavat mõju reaalselt ei ole teostatud. Otsustavat mõju iseloomustatakse kahe tingimusega. Kõigepealt on vajalik omand või muu õigus kasutamaks ettevõtja vara või osa sellest. Seejärel on vajalikud õigused või lepingud, mis annavad otsustava mõju ettevõtja organite moodustamisel, otsustamisel või hääletamisel.²⁶⁹

Kokkulepet ettevõtjate vahel, mis koordineerib kas uurimistööd, tootmist, müügi toetamist või müüki ennast, nimetatakse “ühisettevõtteks” (*joint venture*).

²⁶⁸ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 491-492.

²⁶⁹ N. Dutilh, M. van der Woude, V. Landes. European Union. Merger Control in Europe. 4th edition. Edited by P. Verloop, V. Landes. Kluwer Law International, Hague, London, New York, 2003, lk. 30.

Põhimõtteliselt on ühisettevõtte igasugune kahe või enama ettevõtja assotsiatsioon tegevuste elluviimiseks, mida iga ettevõtja võib ka üksi teha. Mõned ühisettevõtted nõuavad selles osalejatelt kokkulepet hinnas või toodangus, enamuse aga ei nõua. Mõnes ühisettevõttes võivad osaleda konkurendid, teistes aga hoopis ettevõtjad turu erinevatelt pooltelt, samuti ettevõtjad, kes toodavad omavahel seotud tooteid või sama toodet, aga erinevatel geograafilistel turgudel. Ühisettevõtte mõiste iseenesest ei selgita selle mõju konkurentsile ega ava selle juriidilist staatust konkurentsioiguse tähenduses.

Ettevõtjad moodustavad ühisettevõtteid erinevatel põhjustel. Kui nad on konkurendid või potentsiaalsed konkurendid, siis üheks põhjuseks on hinna fikseerimine ja toodete müügi piiramine kaubaturul. Kui ühisettevõttes osalejad domineerivad turul, siis nad võivad proovida teenida monopolset kasu vähendades toodangut, tõstes hindu, jagades turge, keeldudes innovatiivsusest või kasutades mõnda muud meetodit. Ettevõtjad võivad kaitsta oma positsioone välistades hinnaalandusi või tõrjudes eemale ettevõtjaid, kes on nendest endist innovatiivsemad. Loetletu on aga ainult vähestel juhtudel ühisettevõtte moodustamise põhjuseks. Enamus neist moodustatakse eesmärgiga saavutada teatud majanduslik tulemus. Neile antakse ülesandeks teha midagi väiksemate kuludega või lubatakse neil teha midagi osalejate jaoks, mida viimased võiksid osta turult või hoopis ilma selleta läbi saada. Sellistest ühisettevõtetest võidavad ka tarbijad.²⁷⁰

Tootmise ja müügi ühendamine on vertikaalse koondumise loomulik tagajärg. Tavaliselt luuakse uus juriidiline isik. Samasugune ühendamine võib aga olla ka konkurentidevahelise lihtsa kokkuleppe tagajärg. Lihtne kokkulepe on kiiremini saavutatav ja kiiremini lõpetatav kui koondumine. Selle kokkuleppe kartelli iseloomu aga viitab nende ohtlikkusele ja seetõttu Ameerika Ühendriikides näiteks hinnakokkulepete puhul ei tehta põhjalikku struktuurset analüüsi ning enamuse hinnakokkulepetest on eelduslikult ebaseaduslikud, olgugi, et koondumine samade ettevõtjate vahel võib olla lubatud. Vastupidine olukord võib juhtuda, kui tegemist ei ole hinnakokkulepetega. Samade ettevõtjate koondumine võib olla hoopis ebaseaduslik. Ka võib juhtuda nii, et ühisettevõtet ennast loetakse koondumiseks.

²⁷⁰ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 198.

Näiteks võib üks ettevõtja osta poole teise ettevõtja vastavast ettevõttest, näiteks tehastest, ühiste operatsioonide läbiviimiseks. Seda tehingut analüüsitakse koondumise põhimõtete järgi, sest samas lepingus võivad ettevõtjad kokku leppida hinnas või toodangu hulgas, mida toodetakse eraldi omatavates tehastes. Selle lepinguga võivad nad jagada ka müügiterritooriume või kokku leppida teatud informatsiooni vahetamises. Ameerika Ühendriikides tuleb neid kokkuleppeid hinnata Shermani seaduse § 1 kohaselt.²⁷¹

Alates 1998.-ndast aastast tunneb Euroopa Liidu konkurentsioigus „täisfunktsioonidega ühissettevõtte” mõistet. See ühissettevõtte tegutseb pikaajaliselt ja täidab kõik funktsioonid, mis on iseseisval majanduslikul üksusel. Mõiste tuleneb määrusest nr 1310/97²⁷². Täisfunktsioonidega ühissettevõtte tegutseb turul, täites kõik ülesanded, mida teeb tavaline ettevõtja samal turul. Selleks peavad ühissettevõttel olema nii juhtkond igapäevasteks operatsioonideks, kui ka finants- ja inimressursid, samuti muud vahendid. Ühissettevõtte, kes viib ellu ainult osa emaettevõtja tegevusest, nagu uurimis- ja arengutööd, tootmine või turustamine, ei ole täisfunktsioonidega ühissettevõtte.²⁷³ Täisfunktsioonidega ühissettevõtte puhul võib toimuda konkurentsikahjustamine siis, kui emaettevõtjad annavad kogu äritegevuse üle sellele ühissettevõttele. Vastupidises situatsioonis, kui emaettevõtjad jätavad endale oma tegevuse vastavatel toote või geograafilistel turgudel, on võimalus, et toimub emaettevõtjate vaheline koordineerimine. Samuti on võimalik terve rida vahepealseid variante, kui emaettevõtjad tegutsevad ühissettevõttega tihedalt seotud turgudel. Nendeks turgudeks võivad olla kas ülemine (*upstream*) või alumine (*downstream*) turg ehk tooraine hankimise või toodangu edasimüügi turg. Kõik täisfunktsioonidega ühissettevõtted, isegi need, mille objektiks või eesmärgiks on koordineerida emaettevõtjate konkureerivat käitumist, alluvad koondumise reeglitele.²⁷⁴ Analüüs tehakse samade menetlusreeglite järgi, kui koondumiste puhul. See tähendab, et neile ühissettevõtetele tehakse kahekordne test. Ühissettevõtte loomine on turguvalitseva

²⁷¹ H. Hovenkamp. Samas, lk 212 - 213.

²⁷² EL Nõukogu määrus nr 1310/97 millega muudetakse määrust (EMÜ) nr 4064/89 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle, OJ L 180, 09.07.1997.

²⁷³ N. Dutilh, M. van der Woude, V. Landes. Viidatud teos, lk. 32.

²⁷⁴ P. Craig, G. de Burca. Viidatud teos, lk 1042-1043.

seisundi testi ehk koondumise analüüsi testi objektiks ja emaettevõtjate vahelist koordineerimise uuritakse vastavalt Euroopa Ühenduse asutamislepingu artiklile 81.²⁷⁵

Koondumist loetakse horisontaalseks siis, kui üks ettevõtja omandab teise ettevõtja, kes toodab sama kaupa või lähedast asenduskaupa ja mõlemad ettevõtjad tegutsevad samal geograafilisel kaubaturul. Teiste sõnadega, horisontaalse koondumise puhul on tegemist tegelike konkurentidega enne koondumist. Kui aga kaks ettevõtjat ei olnud tegelikud konkurendid, siis koondumine on kas vertikaalne või hoopis konglomeraatne, sõltuvalt ettevõtjatevahelistest suhetest. Erinevalt ülejäänud koondumistest on horisontaalse koondumise tulemuseks turg, kus on üks ettevõtja vähem ja tavaliselt on koondumisjärgsel ettevõtjal suurem turuosa, kui partneritel oli enne koondumist. Konkurentsioiguses on probleemiks, et üldjuhul loovad horisontaalsed koondumised paremaid võimalusi avalike või salajaste kokkulepete saavutamiseks turule jäänud ettevõtjate vahel või paremaid võimalusi teatud oligopoolseks käitumiseks. Konkurentsioiguse jaoks ehk mitte, aga konkurents jaoks võib olla probleemiks, et koondumised loovad ka võimalusi hinnaliidritele või mõnedel juhtudel kõrvaldavad agressiivseid ettevõtjaid või neid, kes keelduvad kartellikokkulepetes osalemast.

3.2. Koondumiste positiivsed tagajärjed

Enamus koondumisi on konkurentsioigusega kooskõlas. Need suurendavad ettevõtjate efektiivsust, võimaldades neil saavutada efektiivsem tootmiskaht, samuti uuringu ja arenduse või müügivõrgu kaht kiiremini, kui see oleks toimunud ettevõtja sisemise arengu arvelt. Turgu mittevalitsevate ettevõtjate koondumine võib tegelikult muuta turu hoopis konkurentsivõimelisemaks, luues näiteks tugeva konkurenti turguvalitsevale ettevõtjale. Samuti võimaldavad koondumised omandada varasid ilma sotsiaalsete kuludeta, mida sisemine kasv koos mõne ettevõtja pankrotiga võib sisaldada. Ka on koondumistel kombeks võtta ära tootmisvahendite kasutamise võimalust vähem efektiivsetelt juhtidelt ja suunata need efektiivsematele, kelle juhtimisel need vahendid oleksid väärtuslikumad. Lisaväärtusena võimaldavad

²⁷⁵ N. Dutilh, M. van der Woude, V. Landes. Viidatud teos, lk. 32.

koondumised saavutada ökonoomiat juhtimises eemaldades dubleerimise. Mõned nendest loetletud efektiivsuste tulemustest jõuavad kindlasti ka tarbijateni.²⁷⁶

Efektiivsusi võib jagada kaheks. Tootmisefektiivsus saavutatakse, kui kaupu toodetakse kasutades ressursse kõige kuluefektiivsemas kombinatsioonis (s.t. läbi kulupõhise majanduse). Dünaamiline efektiivsus saavutatakse uuringute, arendustööde, uute kaupade ja tootmisprotsesside levitamise kaudu (nn teaduslik-tehnoloogiline progress). Efektiivsus võib tekkida ka turustamise või juhtimise juures, aga seal on see piiratud ulatusega ja on tihti saavutatav hoopis muude vahenditega kui koondumine.²⁷⁷ Tootmisefektiivsust nimetatakse lisaks ressursside jaotamise efektiivsusele ka teenuste osutamisega ja toodete turustamisega seotud efektiivsuseks. Samuti mõistetakse tootmise efektiivsuse all konkurentsioiguses ka dünaamilist efektiivsust Ettevõtja tegutsemistasandil vahetegemine efektiivsuse liikide vahel ei ole alati väga selgepiiriline ja peab täpselt jälgima, millist efektiivsust silmas peetakse.

Ühiskondlikul tasandil nimetavad majandusteadlased, samuti õigusmajandusteadlased, vähemalt nelja efektiivsust: 1) tootmise efektiivsus; 2) Pareto optimaalsus; 3) Pareto ülimuslikkus ja 4) Kaldor-Hicks efektiivsus. Ressursid on jaotatud Pareto-optimaalselt, kui ühe isiku heaolu suurendamine toimub teiste arvel. Ressursside jagamine on toimunud Pareto ülimuslikult siis ja ainult siis, kui kellegi heaolu ei ole halvenenud ja vähemalt ühel isikul on paranenud. Üks olukord on aga Kaldor-Hicks efektiivne teise olukorra suhtes ainult siis, kui need, kelle heaolu suureneb liikudes ühest olukorrast teise, on võimelised täielikult kompenseerima teiste heaolu vähenemise. Faktiliselt aga kompenseerimist ei toimu, sest muidu toimuks Kaldor-Hicksi jagamise muutumine Pareto ülimuslikuks. Selline iseloom võimaldab Kaldor-Hicksi efektiivsust nimetada potentsiaalseks Pareto ülimuslikkuse standardiks.²⁷⁸ Koondumiste kontrollimisel on võimalik arvestada efektiivsusest tekkivat võimet ühiskonna poolt tarbijate heaolu vähenemist kompenseerida, näiteks kasvõi ettevõtja tulu kasvu arvelt suurenenud maksulaekumiste kaudu. Riik tegeleb

²⁷⁶ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 494.

²⁷⁷ D. Gerard. Merger Control Policy: How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims? Common Market Law Review 40, Kluwer Law International, 2003, lk 1369.

²⁷⁸ J. Coleman. Efficiency, Utility, and Wealth Maximization. Markets, Morals, and Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, lk 95-132. Foundation of the Economic Approach to Law. Edited by A.W. Katz, New York, Oxford, Oxford University Press, 1998, p 1.2.

siis laekunud summade ümberjagamisega. Valdav arusaam on aga, et ettevõtjate suurem efektiivsus alandab ka hindu ja suurendab kaupade ning teenuste valikut. Seega suureneb üldine heaolu ja tarbijatele luuakse rohkem võimalusi.

Üks tee tarbijate võimaluste suurendamiseks on kulude kokkuvõtte. Millist kulude kokkuvõtte konkurentsivõimuses arvesse võetakse? Turumajandust võib laias käsitluses jagada kahte liiki majanduseks: suurte tehaste majandus ja paljutehaseline majandus. Horisontaalne koondumine üldjuhul ei suurenda tehase suurust, vaid pigem suurendab tehaste arvu, mida juhitakse ühe juhtkonna poolt. See tähendab, et koondumised tihti mitte ainult ei vähenda ühe tehase tootmiskulusid, vaid võivad viia tootmise üle veelgi kasumlikumale paljutehaselisele majandusele. Kokkuvõtte saavutatakse tooraine hinnaalanduse, arendus ja uuringutöö ühikukulu ning reklaami ühikukulu vähenemise arvelt.²⁷⁹ Kokkuvõtte on võimalik saavutada ka maksude kokkuvõtte pealt, samuti suurenenud turujõuga seonduvalt, mille tõttu sõlmitakse kasulikumaid tehinguid. Selline kokkuvõtte ei ole aga põhjenduseks koondumiste juures. Efektiivsused, mis on seotud hangete korraldamise, ettevõtja juhtimise või kapitalikuludega, on koondumiste kontrolli mõttes negatiivse alatooniga ega ole tõsiseltvõetavad positiivsed tagajärjed. Samas on toimimise ja juhtimise efektiivsused paljude koondumiste esmane eesmärk.

Konkurentsi järelevalveorganid üldjuhul aktsepteerivad kulukokkuvõtte argumendina sünergiat. See on efektiivsus, mis põhineb eriliste ja spetsiifiliste tootmisvahendite integreerimisel, mis kuulusid eraldi tootjatele. Vahendite ühendamise ja tehnoloogiate ning patentide jagamine eesmärgiga parandada tootmisvõimsusi või kvaliteeti on tüüpilised näited kulukokkuvõtte, mis nõuavad konkreetset koostööd ja kahe või enama ettevõtja varade ühendamist. Tuginetakse asjaolule, et selline kasu on pikaajalise eesmärgiga. Ja veel, sünergia peab võimaldama koondumatel ettevõtjatel vähendada tootmise piirkulusid, olema kergesti tõendatav ning olema just koondumise ja mitte toodangu vähendamise saavutatav.²⁸⁰ Kindlasti on tegemist sünergiaga, kui koonduvad ettevõtjad ühendavad oma kattuvad uurimisprogrammid, millest tekib kulude kokkuvõtte.

²⁷⁹ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 495.

²⁸⁰ D. Gerard. Viidatud teos, lk 1390-1391.

Mario Monti, endine Euroopa Liidu konkurentsi komisjonär, on rõhutanud järgmist: „Konkurentsipoliitika eesmärgiks on majandusliku toimimise toetamine ja eriti just tarbijate heaolu kaitsmine. Konkurentsi säilitamisel mängib koondumiste kontroll olulist rolli garanteerides toomise efektiivsust ja hoides ettevõtjate huvi innovatsiooniks ning kindlustades ressursside optimaalse jagamise majandusruumis. Tarbijad saavad aga kasu õieti elluviidud konkurentsipoliitikast, nautides sellest tulenevaid madalamaid hindu ja laiemat toodete ning teenuste valikut.”²⁸¹ Innovatsiooni kiitmisega peab ettevaatlik olema. Innovatsiooniga võivad seonduda ka konkurentsiprobleemid, sest vahel võib innovatsioonil olla hoopis eraldi eesmärk - küsida kõrgemaid hindu. Seda põhjendatakse toote juurutamisfaasis nõudluse ja tootmismahu vähesuse tõttu tekkivate suurte püsikuludega tooteühikule. Kõrgetel hindadel võivad siiski olla ka muud põhjused ja neid põhjuseid tuleb põhjalikult uurida. Näiteks on üldiselt teada, et ka piisava arvu konkurentide puudumine hoiab müügihinnad kõrgel.

Innovatiivsuse kui positiivse tagajärjega seoses vajab eraldi väljatoomist infotehnoloogia valdkond, kus Euroopa Komisjon on võtnud positiivse hoiaku koondumiste ja strateegiliste liitude suhtes, mis toetavad tehnilist innovatiivsust, mis pakuvad uusi tooteid ja teenuseid või mis suurendavad multimeedia turgude arengut. Samal ajal, säilitamaks konkurentsivõimelisi turustruktuure, keelatakse olulistel ettevõtjatel oma positsiooni tugevdamine või uute monopolide loomine, samuti turguvalitsevatel telekommunikatsiooni- või kaablioperaatoritel liikuda lähedastesse ja seotud valdkondadesse nagu internet või digitaalne televisioon.²⁸² Spetsiifiliste probleemidena, mis raskendavad infotehnoloogiavaldkonna koondumiste analüüsi, võib välja tuua ebastabiilsed turustruktuurid ja arvukad võimalused uute väikeste turgude tekkeks, mis omavad kiire kasvu potentsiaali.²⁸³ Samuti raskendavad koondumiste analüüsi lühiajalise eesmärgiga ülevõtmised. Kui koondumiste üldise

²⁸¹ M. Monti. Analytical Framework of Merger Reweiv. Address to the Inaugural Conference of the International Competition Network. Napoli, 28.09.2002, internetis: www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/index.html

²⁸² N. Th. Nikolinakos. Mergers and Strategic Alliances in the Emerging Multi-Media Sector: The EU Competition Policy. European Competition Law Review, vol 25, issue 10, October, 2004, Sweet & Maxwell, lk 635.

²⁸³ G. Le Blanc, H. Shelanski. Telecommunications Mergers in the EU and US: A Comparative Institutional Analysis. Merger Remedies in American and European Union Competition Law. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003, lk 191.

õigustusena tuuakse välja, et need loovad mastaabisäästuefekti²⁸⁴ arvel ühiskonnale pikaajalist kasulikku efektiivsust, siis tulenevalt mõnede omanike lühiajalisest huvist võib koondumise efekt jääda lühiajaliseks ja ülevõetud ettevõtja varad lihtsalt lähevad ülevõtja kasutusse. Konkurentsioigusega seonduvalt siin siiski tõsist probleemi ei ole, kuna ülevõtjal puudub tahe just konkurentsi kahjustamise arvelt kasu teenida. Valdavalt on siin tegemist spekulatsiooniga, mis sarnaselt börsile on ressursside optimaalse jaotamise seisukohast majandusele ja ühiskonnale teatud määral kasulik.

Testid, millega analüüsitakse koondumisi, on alati seotud eeldusega, et koondumised toovad kaasa rohkemal või vähemal määral efektiivsust. Tuleb arvestada, et osa sellest loetakse nn tavaliseks efektiivsuseks, mis põhimõtteliselt võib kaasneda iga koondumisega. Osa liike efektiivsust loetakse kaitseks, mida võib nimetada erakorraliseks efektiivsuseks. See asub loodetud kokkuhoiu, mis on iga koondumise eesmärgiks, kõrval ja kaitseb ülemäärasest konkurentsis tingitud turustruktuuride muutuste eest. Iga kord, kui koondumisega kaasnevad olulised kõhklused selle kooskõla kohta konkurentsioigusega, peavad koondumise toetajad mitte ainult tõendama, et koondumisega kaasnevad nii tavaline kui ka erakorraline majanduslik efektiivsus, vaid ka seda, et neid tagajärgi ei ole võimalik saavutada muude vahenditega kui koondumine.²⁸⁵ Erakorralise efektiivsuse väljaselgitamine on aga väga keeruline, sest see on seotud hoopis laiemate ühiskondlike protsessidega. Erakorralise efektiivsuse all ei tule mõelda seda, et vahel riigid teostavad regionaalpoliitikat koondumiste reguleerimise kaudu. Mõeldud on siin heaolu ja töökohtade jaotamist kogu riigi territooriumil. Eraldi positiivse tagajärjena võib veel välja tuua koondumiste preventiivse eesmärgi. See tähendab, et koondumise võimaluse hirmus töötavad ettevõtjate juhtkonnad efektiivsemalt ning sellega juba saavutataksegi konkurentsipoliitika eesmärke.

Ameerika Ühendriikides keelab Claytoni seaduse § 7 ära koondumised, mis võivad oluliselt vähendada konkurentsi. Kas see tähendab, et konkurent, kes kardab röövellikku hinnakujundust, võib koondumise vastu välja astuda, sest teoreetiliselt on peale koondumist röövellik hinnakujundamine võimalik? Või peab hageja

²⁸⁴ Mastaabisäästuefekt tähendab, et tootmismahu suuruse tõttu on püsikulud ühe tooteühiku kohta väikesed.

²⁸⁵ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 504.

subjektiivsete tõendite baasil näitama, et see konkreetne koondunud ettevõtja on tegelikult seotud ründava tegevusega. Kohtud nõuavadki hagejalt mitte ainult, et see näitaks, kuidas konkreetne koondumine teeb teatud välistava praktika võimalikuks või rohkem võimalikuks, kui see oli enne koondumist, vaid ka seda, et ettevõtja on varem olnud seotud vastava praktikaga või sellise plaaniga, mis on suunatud tulevikku või et koondumine võimaldab ettevõtjal mõnel muul moel olla seotud sellise tegevusega.²⁸⁶

Konkurentsirikkumiste menetlemisel nõutakse hagejalt seega tagasivaatava analüüsi teostamist, mille käigus tuleb välja tuua varasema käitumise seosed tulevikus võimaliku rikkumisega, et kohus saaks anda *ex ante* hinnangu. Hinnangu andmine sõltub paljuski hindaja vaatenurgast ja taustsüsteemist. Hindamise ühe üldise lähtealusena toetab autor põhimõtet, et koondumise tulemusena tekkiv monopol on siiski konkurentsile vähem ohtlikum kui oligopoolse turu ettevõtjate salajane kokkulepe. Teise üldise põhimõttena saab välja tuua, et koondumine (sealhulgas ülevõtmine) on parem, kui eralditegutsevad väheefektiivsed ettevõtjad. Viimased võivad näiteks suuta mõjutada riigivõime ja saada oma eksisteerimise jätkamiseks pidevalt riigiabi. Euroopa Liidus on riigiabi andmine täpselt reguleeritud, riigiabi saamine on aga selgeks tõendiks ebaefektiivsuse kohta. Selline olukord nõrgestab ühiskonna majandust ja lõppkokkuvõttes maksavad tarbijad selle ebaefektiivsuse ikkagi kinni. Riigiabi andmist saab teatud valdkondades õigustada globaalse konkurentsiga. Ka sellisel juhul peab riigiabi andmine toimuma lühiajaliselt, pikema aja perspektiivis tuleb ettevõtja tegevus ümber korraldada.

3.3. Koondumistega seotud konkurentsiprobleemid

Koondumisega seotud konkurentsiprobleeme võib jagada kahte gruppi. Esimese probleemide grupi moodustavad koondumised, mis lubavad koondumisjärgsel ettevõtjal tõsta märkimisväärselt hindu. Ühinemine monopoliks ja selle tagajärg on tavaliselt klassikaline näide ühepoolsest hinnatõusust. Sarnane tulemus võib tekkida ka siis, kui monopolist omandab uued konkurendid niipea, kui need turule sisenevad. Teise probleemide gruppi kuuluvad need koondumised, mis võimaldavad salajase kokkuleppe või mõne muu koordineeritud käitumise tekkimise, mis vähese osalejate arvuga turul on hõlpsamini saavutatav ja mis võimaldab kõikidel ettevõtjatel kaubaturul hindu tõsta.

²⁸⁶ H. Hovenkamp. Samas, lk 497- 498.

Koondumiste kontrolli valdavaks eesmärgiks tänapäeval ei ole väikeste ettevõtjate kaitsmine suurte ja edukate konkurentide eest. Nii Euroopa Liidu kui ka Ameerika Ühendriikide konkurentsioiguse eesmärgiks on murda monopolistlik hinnakujundus ja avalike või salajaste kokkulepete sõlmimise võimalus. Monopolidevastane poliitika keelab ära koondumised, kus risk monopolistlikuks hinnakujunduseks või salajaseks kokkuleppeks on märkimisväärne. Risk on väike, kui näiteks on tegemist tegelike tooteerisustega, mis teevad ettevõtjatel raskeks kokkulepet saavutada või seda hoida. Siin tekib küsimus, et kui tegelik tooteeristus on olemas, kas siis on üldse tegemist horisontaalse koondumisega või on tegemist hoopis teise kaubaturuga? See küsimus iseenesest ei vähenda konkurentsiprobleemi. Teatud juhtudel, eriti omavahel seotud turgude puhul, on ka konglomeraatsed koondumised problemaatilised. Siin ei saa jätta lisamata, et kaubaturgude piiritlemine on aga kahtlemata konkurentsioiguse üks keerulisim osa.

Analüüsi juures, et kas tulevikus on võimalik konkurentsi kahjustamise tekkimine (*ex ante*), mängib märkimisväärset rolli turule sisenemise barjäär. Tegemist on kõigepealt küsimusega, kas turule sisenemise barjäär üldse eksisteerib ning seejärel küsimusega, millise ülesehitusega see barjäär on ?

Kaubaturule sisenemise barjäär on miski, mis lubab turul olijatel kujundada oma hindu monopolistlikult sotsiaalselt mitteaktsepteeritava ajaperioodi jooksul, enne kui efektiivne sisenemine turule taastab konkurentsitasemel hinna ja toodangu hulga.²⁸⁷ Kui räägitakse sisenemise barjääridest, siis tavaliselt keskendutakse kõrgematele hindadele. Hindade tõstmise ja langetamise otsustamine aga iseenesest ei võta kaua aega. Probleemaatiline on hoopis toodangu vähendamine, mis üldjuhul kaasneb hinnatõusuga. Ja siin on seos sisenemise barjääriga hoopis tihedam. See on hoob, mis madalate barjääride puhul kaitseb ise konkurentsi. Selgitamaks seda seost, on vaja kasutada majandusteooria abi. Millest siis koosneb kaubaturule sisenemise barjäär? Ettevõtja, kes kaalub turule sisenemist, peab arvestama mitte ainult tootmise kulusid, vaid ka seda kulu, mis tekib tegevuse käigus piisava müüginahku saavutamiseks, et turule sisenemine ennast ära tasuks. Järgmisena võib rääkida riskist. Majanduses ei

²⁸⁷ H. Hovenkamp. Samas, lk 523.

saa kunagi selles olla täiesti kindel, kuidas turul olijad käituvad ja kuidas tarbijad uue siseneja vastu võtavad. Tegelikult saab ka eraldi barjääri osana välja tuua turul müüdava kauba reklaami, toetuse ja tarbijate lojaalsuse. Edasi tulevad tooteerisused, mis on tihedalt seotud kaubamärgiga ja selle reklaamiga. Tavaliselt proovib turule siseneja vallutada teatud turunišši, kus sisenemise barjäär on madalam. Barjääri osana saab ära nimetada veel riigi või valitsuse tegevust õigusaktide andmisel, samuti litsentse või muid turule sisenemise piiranguid. Seega konkurentsirikkumiste analüüsil tuleb pühendada palju tähelepanu turule sisenemise barjääride uurimisele.

Kui ettevõtjad erinevatel põhjustel on jäänud turule sisenemise barjääride taha, on tegemist potentsiaalsete konkurentidega. Kui siin rääkida konkurentsi kahjustamise võimalikkusest, saab kontrolli teostajatele soovitada võrrelda sihtturgu enne ja pärast koondumist. See soovitus näitab samas, kui mõõdetamatu protsessiga tegelikult tegemist on.²⁸⁸ Üldiseks probleemiks on ka see, et koondumiste kontroll nõuab kiiret analüüsi kohe peale ühinemise teate edastamist ja nimetatud võrdlust ei ole alati sellisel juhul võimalik teha. Koondumiste kontrollil on samuti probleemiks see, et kui potentsiaalne konkurent siseneb turule koondumise teel, siis ta ei kasuta oma võimalust otse turule siseneda ja ta tegelikult konkurentsiolukorda turul ei paranda.

Kõik ohud, mis tunduvad konkurentsi kahjustamisena, ei pruugi seda olla. Konkurentsiõigus ei tegele koondumistega, kus väärtpabereid või muud vara ostetakse ainult eesmärgiga investeerida. Eksisteerib muidugi risk, et salajane või avalik kokkulepe võib esile kerkida ootamatult. Kriteeriumeid “konkurentsi kahjustamine” ja “investeerimise eesmärk” ei tohiks aga analüüsida koos. Eeldatakse, et konkurentsi ei plaanita kahjustada väärtpaberiturgude ega muude vastavate kauplemiskohtade kaudu. Ka Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses on need eraldi analüüsid ja investeerimise eesmärgi erandil ei ole mingit pistmist sellega, et Claytoni seadus räägib ka osalisest omandamisest.²⁸⁹

Koondumine, mis ei ole ei horisontaalne ega vertikaalne, on konglomeraatne. Esmapilgul võib ka konglomeraatne koondumine tunduda konkurentile negatiivseid tagajärgi toovana. Sõna “konglomeraatne” tähendab liitu absoluutselt mitteseotud

²⁸⁸ H. Hovenkamp. Samas, lk 561.

²⁸⁹ H. Hovenkamp. Samas, lk 549.

kaupade või tegevuste vahel ja sellest tulenevalt konkurentsioigus üldjuhul ei tegele puhaste konglomeraatsete koondumistega. Tegelik oht konkurentsi kahjustamiseks on sellistel juhtudel väike. Enamus konglomeraatsetest koondumistest, mis on konkurentsioiguse reguleerimise objektiks, toimub ettevõtjate vahel, kes on teineteise suhtes suhteliselt lähedastes turusuhetes. Näiteks ettevõtjate koondumist, kes toodavad sama kaupa, aga müüvad seda erinevatel geograafilistel turgudel, nimetatakse turgu laiendavaks koondumiseks. Koondumist ettevõtjate vahel, kes müüvad erinevat kaupa, mis on aga mõnes mõttes identne või üksteisega seotud, kutsutakse toodet laiendavaks koondumiseks.²⁹⁰ Mida lähedasemad on turusuhted kahe ettevõtja vahel, seda suuremat efektiivsust võib toota nende koondumine, mida analüüsil kaalutakse. Konglomeraatsete koondumiste puhul ei saa tegemist olla nii suure efektiivsuse kasvuga, kui see võib olla teiste koondumiste puhul. Aga sellegipoolest saab rääkida võimalikust efektiivsuse kasvust, näiteks müügi ja reklaamikulude vähendamine ühiku kohta. Samuti on võimalik teatud püsikulusid ühiku kohta alla viia, näiteks suurem ettevõtja võib palgata omale raamatupidaja, juristi või muu spetsialisti ja ei pea seda teenust sisse ostma. Samuti võib konglomeraat kasutada oma sisemisi kapitaliressursse ilma, et peaks kapitaliturgudelt neid otsima ja ostma, näiteks võlakirju emitteerima või laenu võtma.

Turustamise, tootmise ja dünaamilise efektiivsuse edendamist soosiva konkurentsipoliitika juures toetatakse Chicago koolkonna postulaadile, et suurtel ettevõtjatel on suurem efektiivsus.²⁹¹ Nii Ameerika Ühendriikide kui ka Euroopa Liidu konkurentsioiguses saab siiski eristada kahte liiki ohtusid, mida konglomeraatsed koondumised konkurentsile tekitavad. Esiteks võib tekkida salajane kokkulepe või oligopoolne hinnakujundus, kuna turule jääb vähe ettevõtjaid. See võib eemaldada rohkem potentsiaalse kui tegeliku konkurentsi nende ettevõtjate vahel. Teiseks usutakse, et tagajärjeks võib olla ebaefektiivsusele viiv välistav praktika, mis võib seisneda teatud vastastikustes bartertehingutes, sidumistes ja röövellikus hinnakujunduses. Samasugused probleemid on ka Euroopa Liidu konkurentsioiguses.

²⁹⁰ H. Hovenkamp. Samas, lk 551.

²⁹¹ Vt ka P. Kuoppamäki. Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Yliopistollinen väitöskirja, Soumalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä, 2003, lk 157.

Koondumiste probleemidega seonduvalt on asjakohane tuua veel üks näide rikkumise kohta, kui üks isik tegutseb kahe ettevõtja ühise juhina. Ameerika Ühendriikide praktikas on see teatud konkurentsi kahjustavatel juhtudel keelatud. Need juhud on seotud sellega, et nende ettevõtjate vahel peavad ka muud kokkulepped olema keelatud, näiteks hinnakokkulepped. Need juhud ei olene sellest, kas koondumine oleks lubatud.²⁹² Eesti äriseadustiku § 312 lõike 1 punkti 3 kohaselt ei või näiteks aktsiaseltsi juhatuse liige ilma nõukogu nõusolekuta olla aktsiaseltsiga samal tegevusalal tegutseva äriühingu juhtimisorgani liige, välja arvatud juhul, kui tegemist on ühte kontserni kuuluvate äriühingutega.²⁹³ Ühe isiku osalemisel erinevate ettevõtjate juhtimisel on sarnaseid elemente koondumistega. Ühise juhiga on asjakohane võrrelda ühisettevõtet. Ühiseks jooneks on siin, et neil mõlemal on erinevaid ettevõtjaid ühendav roll. Konkurentsile on väga ohtlikud salajased kokkulepped, samuti on konkurentsile ohtlik kokkumänguline seos ettevõtjate vahel, mida ühine juht võib soodustada. Sellest tulenevalt on põhjendatud rangema iseloomuga keelu kohaldamine juhtimise ühendamise puhul.

3.4. Koondumiste kontrolli testid

Kontrollimisele kuuluvate koondumiste puhul on tegemist võimalusega kahjustada konkurentsi, eriti kõrge kontsentratsiooniga turul. Kontrolli teostamiseks on nii Euroopa Liidus kui ka Ameerika Ühendriikides loodud loasüsteem, mis põhineb vastavate järelevalveorganite teavitamisel. Konkurentsi järelevalveorganitel on vaja veenduda selles, et kas tõhus konkurents kaubaturul on kaitstud. Ühendriikides on see on valdav lähenemine. Euroopa Liidus uuritakse rohkem seda, et kas konkurents ühisturul oluliselt väheneb. Opereeritakse küsimusega, kas luuakse või tugevdatakse turguvalitsevat seisundit, mille tulemusena võib konkurents oluliselt väheneda.

Euroopa Liidus koondumiste kontrollimisel kasutatavat sobivuse testi nimetatakse ka turguvalitseva seisundi testiks. Euroopa Liidu konkurentsioiguses ei eksisteeri sellist eeldust, et koondumine on üldiselt ühisturuga kokkusobimatu, olenemata sellest, milliseid turu tasandeid või millise suurusega ettevõtjaid see puudutab. Sobivuse testi kohaselt ei ole koondumine ühisturul lubatud ainult siis, kui see loob või tugevdab

²⁹² H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 550.

²⁹³ Äriseadustik RT I 1995, 26/28, 355.

turguvalitsevat seisundit ja kui selle tulemusel kahjustatakse oluliselt konkurentsi.²⁹⁴ Määruse nr 139/2004 artikli 2 lõike 3 sõnastuse järgi on koondumine tõepoolest ühisturuga kokkusobimatu, kui see loob või tugevdab turguvalitsevat seisundit, mille tulemusel kahjustatakse oluliselt tõhusat konkurentsi sellel turul.²⁹⁵ Varem reguleeris seda määrus nr 4064/89²⁹⁶, mis kehtis 1. maini 2004. Euroopa Liidus on kaua aega toimunud intensiivne vaidlus võimaluse üle asendada turguvalitseva seisundi test konkurentsi olulise vähenemise testiga, mida kasutatakse Ameerika Ühendriikides. Senini ei ole seda asendamise ideed ellu viidud, testis tehti ainult muudatusi.

Alates 1. maist 2004 kasutusele võetud muudetud turguvalitseva seisundi test on kujundatud laiaulatuslikumaks. Testi muutus võimaldab efektiivselt kontrollida mõningaid spetsiifilisi oligopoolseid situatsioone nagu juhtumid, kus ühinevad ettevõtjad omavad võimalust tõsta hindu ilma, et neil oleks suurim turuosa või oligopoolses situatsioonis, kus ei toimu kokkumängu.²⁹⁷ Selle turguvalitseva seisundi testi positiivseks küljeks saab lugeda seda, et see laiendab kontrolli piire. Samas võib testi nõrgaks küljeks pidada seda, et see test ei anna rohkem võimalusi konkurentidele positiivsete tagajärgede arvesse võtmiseks. Väidetakse küll, et uus testi variant nõuab rohkem majandusel põhineva analüüsi kasutamist ja arvestab koondumistest tulenevate efektiivsustega.²⁹⁸ Sellesse väitesse tuleb siiski suhtuda kriitiliselt. Euroopa Liidu koondumiste kontrolli senine praktika ei ole arvestatavalt efektiivsuse arvesse võtmise suunas liikunud. Juriidilisi takistusi selliseks liikumiseks iseenesest ei olnud. Testi muudatustest aga selget suunamuutust ei tulene.

Turguvalitseva seisundi mõiste tuleneb asutamislepingu artiklist 82. Seda tõlgendatakse kui positsiooni, kus ettevõtja või ettevõtjate grupp on võimeline käituma tuntavas ulatuses sõltumatult oma konkurentidest, klientidest ja lõppkokkuvõttes ka tarbijatest. Turguvalitseva seisundi test tugineb sellele, et

²⁹⁴ C. J. Cook, C. S. Kerse. E.C. Merger Control Sweet & Maxwell. London, Dublin, Hong Kong 1996, lk. 6.

²⁹⁵ EL Nõukogu määrus nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle, OJ L 024, 29.01.2004.

²⁹⁶ EL Nõukogu määrus nr 4064/89 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle, OJ L 395, 30.12.1989.

²⁹⁷ N. Dutilh, M. van der Woude, V. Landes. Viidatud teos, lk. 46.

²⁹⁸ E. N. Varona, A. F. Galarza, J. F. Crespo, J. B. Alonso. Merger Control in the European Union. Law, Economics and Practice. Second Edition. Oxford University Press, Oxford, New, York, 2005, lk 144.

turгуvalitseva seisundi loomine või tugevdamine on keelatud. Testi kontseptsioon tuleneb määrusest nr 4064/89, mis vastab artikli 82 määratlusele, analüüs ise on aga erinev. See määrus on nüüd asendatud määrusega nr 139/2004.

Turгуvalitseva seisundi testi lähemaks uurimiseks on kõigepealt vaja käsitleda turгуvalitseva seisundi kuritarvitamise enda põhijooni. Rooma lepingu artikkel 82 kuulub kohaldamisele siis, kui on tegemist ühe või mitme ettevõtja poolt turгуvalitseva seisundi kuritarvitamisega. Turгуvalitseva seisundiga on tegemist, kui ettevõtja on võimeline tegutsema turul sõltumatult ilma et ta peaks oluliselt arvestama oma konkurentide, ostjate ja tootjate tegevust. Eesti seaduse kohaselt omab turгуvalitsevat seisundit näiteks ettevõtja või mitu samal kaubaturul tegutsevat ettevõtjat, kelle positsioon võimaldab tal/neil sellel kaubaturul tegutseda arvestataval määral sõltumatult konkurentidest, varustajatest ja ostjatest. Turгуvalitseva seisundi omamist eeldatakse, kui ettevõtjale või mitmele samal kaubaturul tegutsevale ettevõtjale kuulub kaubaturul vähemalt 40 protsenti käibest.²⁹⁹ Kuigi turuosa suurus on põhiline komponent hindamaks turгуvalitsevat seisundit, ei ole see siiski ainuke asjaolu. Arvestada tuleb kõiki turul valitsevaid asjaolusid. Nii turu struktuuri, konkurentide tugevust, turule sisenemise barjääre potentsiaalsete konkurentide jaoks, tehnoloogilist edumaad konkurentide ees, ostujõudu, ligipääsu toorainele ja intellektuaalset omandit. Üldlevinud arvamus on, et väiksem kui 40 %-line turuosa põhimõtteliselt ei anna põhjust rääkida turгуvalitsevast seisundist. Euroopa Kohus on öelnud, et vastupiste tõendite puudusel eeldatakse turgu valitseva seisundi olemasolu, kui ettevõtjal on püsivalt suurem kui 50 %-line turuosa.³⁰⁰

See, kellel on turгуvalitsev seisund, ei oma seda üldjuhul igal pool. Kaubaturg võib olla kas toote turg või geograafiline turg. Ettevõtjad, kes valmistavad erinevaid tooteid, ei konkureeri üksteisega. Samasugune lugu on ettevõtjatega, kes müüvad sama toodet erinevates geograafilistes piirkondades. Geograafilise turu suurus sõltub toote olemusest ja inimestest, kes ostavad ja müüvad seda. Vastav geograafiline turg näiteks Alcoa alumiiniumi jaoks on Ameerika Ühendriikide territoorium. Aga kino jaoks Ozonas Texas' e osariigis, on geograafiliseks turuks ainult Ozona ja piirkond 50

²⁹⁹ Konkurentsiseaduse § 13 lõige 1. RT I 2001, 56, 332.

³⁰⁰ M. Mendelsohn, S. Rose. Viidatud teos, lk 27.

miili raadiuses sellest.³⁰¹ Ühendriikides ei ole monopolidavastase õiguse kohaldamiseks tähtis, kas tegemist ikka piisavalt suure turuga, näiteks kogu osariigi turuga. Erinevalt Ühendriikidest on Euroopa Liidu konkurentsioiguse kohaldamise jaoks nõutav, et turguvalitsev seisund on kas ühisturul või selle olulisel osal. Kas konkreetne geograafiline piirkond, nagu näiteks liikmesriigi territoorium või selle suhteliselt iseseisev osa (näit. Põhja-Itaalia), on ühisturu oluline osa, sõltub paljudest teguritest, sealhulgas kõne all oleva toote turu iseloomust. Valdav lähenemine on, et liikmesriigi territoorium või selle iseseisev osa loetakse ühisturu oluliseks osaks.

Artikkel 82 räägib ühest või mitmest ettevõtjast. Konkurentsioigus reguleerib vastavalt artiklile 82 enamikel juhtudel üksiku turguvalitseva ettevõtja tegevust. Euroopa Liidu pretsedendiõigusest tulenevad aga ka tingimused, millal kaks või rohkem ettevõtjat omavad koos turguvalitsevat seisundit artikli 82 tähenduses. Põhimõtteliselt ei välista miski kahel või rohkemal sõltumatul ettevõtjal tegutsedes spetsiifilisel turul olla seotud selliste majanduslike sidemetega, mille tulemusena nad omavad faktiliselt turguvalitsevat seisundit *vis à vis* koos teiste ettevõtjatega samal turul. Need sidemed võivad olla struktuuraalsed või lihtsalt majanduslikud, mille tulemusel ettevõtjad arendavad sama turupoliitikat või –praktikat.³⁰²

Euroopa Ühenduse asutamisleping ei sisalda võrreldes Shermani seadusega analoogilist monopoliseerimiskeeldu. Asutamisleping aktsepteerib turguvalitseva seisundi olemasolu ja piirdub sellega, et keelab turguvalitseva seisundi kuritarvitamise sedavõrd, kui võrd see kahjustab riikidevahelist kaubandust. Kuritarvituse (*abuse*) ülddefinitsioon Euroopa Liidu õigusaktides puudub. Euroopa Komisjon seostab kuritarvituse mõiste eelkõige taotlusega luua moonutatata konkurents süsteem. Seega on turguvalitseva seisundi kuritarvitusteks (*abuse of a dominant position*) kõik toimingud, mis kahjustavad või ohustavad mainitud süsteemi kujunemist ja kalduvad kõrvale normaalsest saavutuskonkurentsist. Saavutuskonkurents on edu aluseks lisaväärtuse pakkumine turu vastaspoolele. Teisisõnu, kuritarvitusteks on turguvalitseva ettevõtja kõik toimingud, mis võivad mõjutada turustruktuuri, millel just probleemse ettevõtja tõttu on konkurents niigi nõrgendatud. Samuti on kuritarvitusteks toimingud, mis võivad takistada veel säilinud konkurents hoidmist ja

³⁰¹ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 112-113.

³⁰² M. Mendelsohn, S. Rose. Viidatud teos, lk 27.

tugevdamist selliste vahenditega, mis ei ole kooskõlas normaalse toote- ja saavutuskonkurentsiga.³⁰³

Eesti konkurentsiseaduse §-s 16 on sätestatud ammendamatu loetelu turguvalitseva seisundi kuritarvitamistest. Nendeks on otsene või kaudne ebaõiglaste ostu- või müügihindade või muude ebaõiglaste äritingimuste kehtestamine; tootmise, teenindamise, kaubaturu, tehnilise arengu või investeerimise piiramine; võrdväärsete kokkulepete sõlmimisel erinevate tingimuste pakkumine või rakendamine erinevatele äripartneritele, pannes mõne neist sellega ebasoodsasse konkurentsiolukorda; kokkuleppe sõlmimise eelduseks tingimuse seadmine, et teine pool võtab endale kokkuleppe objektiga mitteseotud lisakohustusi; ettevõtja sundimine endaga või teise ettevõtjaga koondumiseks, konkurentsi kahjustava kokkuleppe sõlmimiseks, kooskõlastatud tegevuseks või otsuse vastuvõtmiseks ja lõpuks põhjendamatu keeldumine kauba müümisest või ostmisest.³⁰⁴

Artiklis 82 nimetatud kahjustavaid tegevusi võiks liigitada järgmiselt: 1) ebaõiglaste ostu- või müügihindade või muude ebaõiglaste tehingutingimuste kehtestamine; 2) toodangu, turgude või tehnilise arengu piiramine; 3) erinevate tingimuste rakendamine võrdväärsete tehingute puhul; 4) lisakohustuste seadmine lepingu sõlmimise eeltingimuseks. Toodud liigitusega on hõlmatud sellised rikkumised, mida nimetatakse näiteks miinimumhindade fikseerimiseks, turgude jagamiseks, tehingutest keeldumiseks, ebaseaduslikuks sidumiseks, diskrimineerivaks hinnakujunduseks ning muudeks margisisesteks ja -välisteks piiranguteks. Koondumiste analüüs erineb turguvalitseva seisundi kuritarvitamise analüüsist selle poolest, et kõigepealt uuritakse koondumistest tulenevaid struktuuralseid muutusi turul ja alles seejärel struktuuralse muudatusega kaasnevat võimalikku konkurentsi kahjustamist

Ameerika Ühendriikides on koondumiste kontroll sätestatud Claytoni seaduse paragrahvis 7. Rooma lepingus sätteid koondumiste kohta puuduvad, reguleeritud on ainult konkurentsi kahjustavate kokkulepetega ja turguvalitseva seisundi kuritarvitamisega seonduv. Määruse nr 139/2004 preambula lõikes 7 on sätestatud, et

³⁰³ J. Sepp. Viidatud teos, lk 59-60.

³⁰⁴ Konkurentsiseadus. RT I 2001, 56, 332.

ehkki Euroopa Kohtu pretsedendiõiguse kohaselt on artiklid 81 ja 82 kohaldatavad teatavate koondumiste suhtes, ei hõlma need siiski kõiki selliseid tehinguid, mis võivad osutada kokkusobimatuks asutamislepingus ette nähtud moonutamata konkurentsi süsteemiga. Seepärast põhineb nimetatud määrus Rooma lepingu artiklil 308, mille kohaselt ühendus võib endale võtta lisavolitusi, mis on vajalikud tema eesmärkide saavutamiseks. Rooma lepingus ettenähtud eesmärkide saavutamiseks sätestatakse selle lepingu artikli 3 lõike 1 punktis g ühenduse kohustus kehtestada selline süsteem, mis tagab siseturul moonutamata konkurentsi. Sellele viitab ka määruse nr 139/2004 preambula lõige 2.

Artikkel 82 tegeleb minevikus toimunud tegevuse kontrolliga. See on oma loomult retrospektiivne, aga koondumise kontroll on *a priori* tulevikku vaatav. Euroopa Komisjon peab uurima koondumise tuleviku tagajärgi. See tähendab, et komisjon ei saa tugineda staatilisele turu analüüsile. Ta peab arvestama turul toimuvaid arenguid.³⁰⁵ Hinnang peab põhinema kaubaturu oodataval arengul ja perspektiivil ehk ennustatavusel.³⁰⁶ Perspektiivne *ex ante* analüüs toimub siis, kui kerkib üles kahjuliku tagajärje tekkimise võimalus. Seega erinevus nende kahe analüüsi vahel seisneb aja rolli erinevas hindamises. Retrospektiivne analüüs on ajas tagasivaatav, näidates, kas tegu oli vajalik tingimus tagajärje sabumiseks. Perspektiivne analüüs aga vastupidi on tulevikku vaatav, vastates küsimusele selle kohta, et kas tegu suurendab kahju sabumise tõenäosust.³⁰⁷ 1976. aastal võttis Ameerika Ühendriikide Kongress vastu Hart-Scott-Rodino seaduse³⁰⁸, mille kohaselt muude reeglite hulgas nõuti ettevõtjatelt eelteavitamist koondumiste kohta. Järelevalveametnikud hakkasid *ex ante* uurima suuremat arvu tehinguid, kui varem seda tehti valikulisel alusel.³⁰⁹

Euroopa Liidu koondumiste kontrolli süsteem nõuab samuti eelnevat teavitamist. Koondumiste kontrollimisel arvestab komisjon vastavalt määruse nr 139/2004 artikli 2 lõikele 1 vajadust säilitada või arendada efektiivset konkurentsi, turustruktuuri,

³⁰⁵ N. Dutilh, M. van der Woude, V. Landes. Viidatud teos, lk. 48.

³⁰⁶ V. Korah. An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice. Seventh Edition. Hart Publishing. Oxford-Portland Oregon 2000, lk 97.

³⁰⁷ O. Ben-Shahar. Viidatud teos, lk 647.

³⁰⁸ Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act. 15 USC § 18a.

³⁰⁹ T. B. Leary. The Essential Stability of Merger Policy in the United States. Merger Remedies in American and European Union Competition Law. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003, lk 17.

tegelikku ja potentsiaalset konkurentsi ühisturul ja väljaspool seda. Samuti uurib komisjon koonduvate ettevõtjate turupositsiooni ja nende majanduslikku ja finantsilist jõudu, juurdepääsu pakkujatele või müügiturgudele, juriidilisi ja teisi sisenemisbarjääre, pakutavate kaupade või teenuste pakkumise ja nõudluse trende, vahendajate ja lõpptarbijate huve, samuti tehnilise ning majandusliku progressi edendamist, mis pakub kasu tarbijatele ega moodusta takistust konkurentsile. Oma olemuselt on turguvalitseva seisundi test individuaalse iseloomuga põhjusliku seose test, kus üldistavat lähenemist kasutatakse vähem. Kuna tegemist on tulevikku vaatava analüüsiga, mis põhineb teatud määral ennustustel, siis mõningane üldistamine on konkurentsi kahjustamise võimelisuse uurimisel vajalik.

Turguvalitseva seisundi test keskendub esmajärjekorras positsioonile, mida omab koondunud üksus või ühissettevõtte. Seejärel uurib test turguvalitsevat seisundit, mida omavad koondunud üksus ja kolmandad ettevõtjad koos ehk nn kollektiivset turguvalitsevat seisundit. Kollektiivse turguvalitseva seisundi analüüsimisel uurib komisjon neid asjaolusid turul, mis võiksid viia salajasele koostööle. Need asjaolud on järgmised: toote homogeensus, madal tehnoloogiline innovatiivsus, turuosa suuruse, kulude ja huvide sümmeetria, hinna läbipaistvus, kõrged sisenemisbarjäärid või potentsiaalse konkurentsi puudumine, turu küpsus ja väheelastne nõudlus tasakaalustatud ostujõuta. Samuti analüüsib komisjon kokkulepitud käitumisest kinnipidamist ja võimalusi ning võimalikku initsiatiivi kokkuleppe mittejärgimiseks ja muid aspekte, mis mõjutavad turuosaliste koordineeritud käitumist.³¹⁰ Euroopa praktikas on kujunenud seisukoht, mille kohaselt kollektiivse turguvalitseva seisundi olemasoluks on vaja, et kõik oligopoli liikmed oleksid võimelised vastu võtma sama äripoliitika ja et oligopoli liikmed ei loobuks sellest poliitikast ning et see poliitika oleks võimeline vastu pidama tegelike ja potentsiaalsete konkurentide ning tarbijate survele.

Turguvalitseva seisundi testi võib põhimõtteliselt jagada kahte ossa. Selle esimeses osas uuritakse turguvalitsevat seisundit ja teises osas konkurentsi soodustavaid tagajärgi, kaaludes neid siis omavahel. Euroopa Komisjon neid osi tavaliselt

³¹⁰ N. Dutilh, M. van der Woude, V. Landes. Viidatud teos, lk. 49.

protseduuriliselt ei erista. Euroopa Kohus aga eelistab kaheosalist analüüsi.³¹¹ Testi esimeses osas uuritakse muuhulgas ka põhjusliku seose olemasolu turguvalitseva seisundi loomise või tugevdamise ja selle tulemusel konkurentsile avalduva mõju vahel. Testil ei ole üheselt väljakujunenud küsimustikku, näidisvormi ega konkretiseeritud meetodikat. Testi näol on tegemist üldise meetodikaga kontrolli teostamiseks.

Üldiseks aluspõhimõtteks koondumiste kontrolli juures on see, et on vaja taastada tõhus konkurents. Kõige efektiivsem on seda teha, luues tingimused uue konkurentsivõimelise üksuse esilekerkimiseks või tugevdades olemasolevaid konkurente kohustades koondujaid neile kuuluvaid varasid võõrandama. Kuigi ettevõtja äriüksuste või osaluste võõrandamine on eelistatum abinõu, võib tõhusa konkurentsi taastamise eesmärgil kasutada ka abinõusid, mis võimaldavad juurdepääsu vajalikule infrastruktuurile või võtmetehnoloogiale.³¹² Siin kerkib omaette küsimus, et kui kitsalt või laialt saab koondumiste kontrolli teste käsitleda. Laiema käsitluse juures võib konkurentsi taastamise abinõusid lugeda koondumise kontrolli testi osaks.

Varade võõrandamise, kui ühe eelistatuma konkurentsi taastamise abinõu juures on suurimaks probleemiks see, et jagades varasid mitmete ostjate vahel, võib kannatada efektiivsus. Selle tagajärje vältimise eesmärgil saab nimetada veel erilisi sunnitud võõrandamisi, milleks on müük konkreetsele järelevalve poolt aktsepteeritud ostjale, müük “nii nagu on” ning “kroonijuveelide” müük. Säilitamaks konkurentsituatsiooni, on esimeste variantide puhul rõhk asetatud jätkusuutliku ostja leidmisele või varade müügile teatud jätkusuutliku loogilise tervikuna. “Kroonijuveelide” puhul on aga tegemist situatsiooniga, kus müüakse korraga suurem varade kogum, kuna väiksemale kogumile ei ole võimalik leida konkurentsi järelevalveorganile vastuvõetavat ostjat.³¹³ Teisisõnu, vajaliku atraktiivsuse

³¹¹ D. Gerard. Viidatud teos, lk 1408.

³¹² M. Monti. The Commission's Notice on Merger Remedies. Merger Remedies in American and European Union Competition Law. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003, lk 5-7.

³¹³ W. J. Baer, R. C. Redcay. Solving Competition Problems in Merger Control: The Requirements for an Effective Divestiture Remedy. Merger Remedies in American and European Union Competition Law. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003, lk 53-62.

saavutamiseks müüakse enamasti teatud varade kogum koos ettevõtjate tuntud kaubamärkide või ärinimedega.

Varade kohustusliku võõrandamisega seotud abinõusid nimetatakse struktureeritud abinõudeks, kuna varade võõrandamised toovad üldjuhul kaasa muutusi turu struktuuris. Lisaks neile abinõudele saab rääkida ka veel mittestruktureeritud ehk käitumuslikest abinõudest, mis ei ole seotud varade võõrandamisega. Need abinõud garanteerivad samuti, et konkurendid saaksid kasutada vajalikke olulisi varasid, toorainet ja tehnoloogiat, mis kuuluvad koondujatele.³¹⁴ Käitumuslikud abinõud on tavaliselt erineva iseloomuga ja sisaldavad tihti nn avatud ligipääsu poliitikat. Need võivad näiteks koosneda välistava kauplemise lõpetamise korraldustest, litsentside andmisest või vastavale infrastruktuurile juurdepääsu võimaldamisest.³¹⁵ Nende abinõude juures tuleb peatuda veel eraldi aspektil, milleks on sõltumatuse tagamine. Selle kohaselt peab varade võõrandamise reaalseks elluviimiseks looma vastavad tingimused, nagu näiteks eraldiseisev haldamine ja juhtimine, piisava kapitali ja krediitdivõime olemasolu ning vara võõrandamine iseseisvale üksusele, kellel on koondumise pooltest sõltumatu tööjõud ja juhtkond.³¹⁶ Neid abinõusid eraldi või mitut koos tuleb aga hoolikalt kasutada, sest vastasel korral võib tagajärjeks olla ikkagi konkurentsi kahjustamine. Struktureeritud abinõusid kasutatakse rohkem, sest nendega on üldjuhul lihtsam ja kontrollitavam hakkama saada. Kuna see aga alati nii ei ole, tuleks Euroopa Liidus kasutada topelttesti. Vaja on olla kindel, et peale varade võõrandamist ei teki probleeme ühe ettevõtja poolt turujõu kasutamisega ega ettevõtjate ühise turujõu kasutamisega, mis on seotud võimalike nendevaheliste salajaste kokkulepetega.³¹⁷

Euroopa Liidus ja Ameerika Ühendriikides koondumiste kontrollil nende abinõude kasutamise juures põhimõttelisi erisusi ei ole. Praktikas ei ole nende abinõude

³¹⁴ M. Motta, M. Polo, H. Vasconcelos. Merger Remedies in the European Union: An Overview. Merger Remedies in American and European Union Competition Law. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003, lk 116.

³¹⁵ P. Rey. Economic Analysis and the Choice of Remedies. Merger Remedies in American and European Union Competition Law. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003, lk 129.

³¹⁶ A. Winckler, Some Comments on Procedure and Remedies under EC Merger Control Rules: Something Rotten in the Kingdom of the EC Merger Control. Merger Remedies in American and European Union Competition Law. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003, lk 84.

³¹⁷ M. Motta, M. Polo, H. Vasconcelos. Viidatud teos, lk 124.

kasutamise tingimused ja ulatus veel väga selgelt välja kujunenud. Konkurentsioiguses puuduvad täpsed kriteeriumid nii Euroopa Liidus, kus komisjoni tasandil on kirja pandud ainult suunised ja üldised põhimõtted³¹⁸, kui ka Ameerika Ühendriikides. Olulise probleemina saab abinõude juures välja tuua veel selle, et järelevalveorganite kaalutusõigus on liiga suur, arvesse võttes ka seda, et nende abinõude kasutamisel on tegemist ettevõtjate põhiõiguste küllaltki intensiivsete riivetega. Kuna tarvitusele võetavad abinõud võivad erinevate juhtumise puhul oluliselt erineda, siis ei olegi lihtne õigusaktide tasandil nende kasutamise täpseid kriteeriume kehtestada. See omakorda viitab terve koondumise eelneval teavitamisel põhineva loasüsteemi tõhususe küsitavusele.

Konkurentsile kahjulike koondumiste puhul tekib küsimus, et kas nende kontrolli test peab olema seotud ainult turguvalitseva seisundi võimaliku kuritarvitamise analüüsiga ja sellest tuleneva eelduslikult rangema suhtumisega. Koondumised toimuvad üldjuhul kokkulepete alusel. Teatud kokkulepped aga võivad olla konkurentsile kahjulikud ka ilma turguvalitseva seisundi omandamiseta, eriti kui neil on konkurentsile kahjustav eesmärk. Siit saab teha järelduse, et koondumiste kontroll ei pea olema piiratud ainult turguvalitseva seisundi testi kasutamisega, kus seose tõttu Rooma lepingu artikliga 82 eeldatakse ranget lähenemist. Kui koondumine toimub kokkuleppe alusel, siis nagu muude konkurentsile kahjustavate kokkulepete juures, tuleb kõigepealt tuvastada, et kokkuleppe eesmärgiks või tagajärjeks on konkurentsile kahjustamine. Kui sellist eesmärki ei tuvastata, saab eeldada soovi saavutada lihtsalt teatud efektiivsust ilma konkurentsile kahjustamata. Seejärel tuleb koondumise võimalikke kahjulikke tagajärgi kaaluda koondumisest tulenevate positiivsete tagajärgedega. Rooma lepingust iseenesest ei tulene takistusi paindlikuma testi kasutamiseks koondumiste kontrollil. Seda tuleks määruse nr 139/2004 tõlgendamise või täpsustamise vajaduse otsustamise puhul arvestada. Turguvalitseva seisundi loomise või tugevdamise ja selle kuritarvitamise võimaluse riski kaudu koondumise analüüsimine on liiga kitsas ja range lähenemine. Kuna turguvalitseva seisundi kuritarvitamine eeldab konkurentsile kahjustamist, siis sellenimelise testi kasutamine kujundab Euroopa Komisjoni ranget suhtumist koondumistesse. Selle suhtumise rangus ei ole objektiivselt põhjendatud. Olenemata sellest, et Euroopa Komisjon ei

³¹⁸ The Commission Notice on Remedies acceptable under Council Regulation 4064/89 and under Commission Regulation 447/89. OJ C 68, 02.03.2001.

keeldu koondumiste lubade andmisest arvukate koondumiste puhul, on see komisjoni range suhtumine põhjustanud ka erimeelsusi Euroopa Kohtuga selles küsimuses.

Koondumised on valdkond, kus majanduse globaliseerumine torkab teravalt silma ja see näitab vajadust erinevate õigussüsteemide lähendamiseks, eriti Ameerika Ühendriikide ja Euroopa Liidu konkurentsireeglite osas. Eraldi vajavad uurimist globaliseerumise kompleksed suhted ja konkurentsireeglite võimalik konflikt.³¹⁹ Euroopa Liidu konkurentsioiguse tõhususe uurimisel on mõistlik turguvalitseva seisundi testi võrdluseks võtta Ameerika Ühendriikides kasutatav efektiivsustest. Seda testi võib nimetada kas nn kompromissi (*tradeoff*) testiks või konkurentsi olulise vähenemise testiks. Test tugineb tasakaalu leidmisele ja on seotud rohkem efektiivsuse, vähem tarbijate heaolu kaitsega. Konkurentsile tekitatud kahju defineeritakse kui kahju määratletavale efektiivsusele, mis väljendub toodangu kunstlikus piiramises ja hindade tõusus. Konkurentsi olulise vähenemise test toetub võimalikule konkurentsi vähenemisele kaubaturul, mida koondumine võib põhjustada. Oluline ei ole, kas luuakse turguvalitsev seisund või tugevdatakse seda.³²⁰

Efektiivsus, mis on koondumise tulemuseks, peab olema võimeline üles kaaluma koondumisest tuleneva toodangu vähenemise ja hinnatõusu. Konkurentsi üle järelevalve teostaja peab leidma tasakaalupunkti efektiivsuse ja konkurentsile tekitatava kahju vahel. Juriidilises mõttes kujutab see tasakaalupunkt endast efektiivsuskaitset konkurentsi kahjustavate tagajärgede suhtes. Küsimus kipub aga taanduma sellele, kas hinnad tõusevad või mitte. Nii on lihtsam ja mugavam analüüsi teostada, sest hinnatõus on mõõdetav. Probleemiks on, et muid võimalikke tagajärgi, mis tulenevad konkurentsivastasest koondumisest ja mis on raskesti mõõdetavad, ei uurita piisavalt.³²¹ Aga nagu testi nimigi juba ütleb, tuleb kompromissi saavutamiseks millestki loobuda, saavutamaks taotletavat eesmärki, milleks on suurem efektiivsus.

Euroopa Liidu konkurentsioigus asetab rõhu koos madalate hindadega ka nii kõrgemale kvaliteedile, parematele teenustele, laiemale kaubavalikule kui ka tehnoloogilistele uuendustele. Aga eriti seda viimast on raske mõõta või isegi

³¹⁹ Vt ka A. S. Grewlich. Globalisation and Conflict in Competition Law. Elements of Possible Solutions. World Competition 24(3), Kluwer Law International, 2001, lk 368.

³²⁰ E. N. Varona, A. F. Galarza, J. F. Crespo, J. B. Alonso. Viidatud teos, lk 144.

³²¹ D. Gerard. Viidatud teos, lk 1378-1379.

tuvastada. Määrus nr 139/2004 ei võta siiski kasutusele efektiivsusele tuginevat testi. Määruse preambulas selgitatakse, et õiguskindluse huvides tuleb selgelt sätestada, et määrus võimaldab tõhusat kontrolli koondumiste üle. Määrusega kehtestatakse, et ühisturuga kokkusobimatuks tuleb kuulutada iga koondumine, mis võib tõhusat konkurentsi ühisturul või selle olulises osas märkimisväärselt takistada. Mõistet “tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistamine” määruse artikli 2 lõigetes 2 ja 3 tuleb tõlgendada selliselt, et see hõlmab peale turguvalitseva seisundi ka selliseid konkurentsi kahjustavaid koordineerimata mõjusid, mis tulenevad koondumisest selliste ettevõtjate vahel, kes koondumise tulemusena ei saavutaks asjaomasel turul turguvalitsevat seisundit.³²² Edasi viidatakse määruses Euroopa Kohtu ja Euroopa Komisjoni praktikas väljakujunenud standarditele ja deklareeritakse, et iseäranis turguvalitseva seisundi loomise või tugevdamise kaudu tõhusat konkurentsi takistav koondumine tuleb kuulutada ühisturuga kokkusobimatuks. Seega tõsiseltvõetavast suunamuutusest Euroopa Liidu konkurentsiõiguses koondumiste kontrolli juures märke ei ole. Uue mõiste “konkurentsi kahjustavad koordineerimata mõjud” kasutusele võtmine ainult laiendab testi piire ja suurendab konkurentsi järelevalveorganite kaalutusõigust. Selle mõiste kasutusevõtmise eesmärgiks on lünga täitmine turguvalitseva seisundi testi elluviimisel teatud oligopoolsete juhtumite puhul.

Konkurentsi kahjustavad koordineerimata mõjud peaksid hõlmama kõik konkurentsi kahjustavad mõjud, mis ei ole seotud kollektiivse domineerimisega. Enam ei ole oluline, et need mõjud oleksid seotud tähtsaima positsiooniga turul või muu mitte-kokkumängulise oligopoliga. Kui teatud määral võibki väita, et turguvalitseva seisundi test asendub testiga, mille kohaselt vaadatakse, kas ühinemine oluliselt parandab tõhusat konkurentsi arvestades turguvalitseva seisundi loomist või tugevdamist, siis turguvalitseva seisundi test jääb siiski standardiks konkurentsi võimalike kahjustamiste väljaselgitamisel.³²³

³²² EL Nõukogu määrus nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle, OJ L 024, 29.01.2004, preambula lõige 25.

³²³ S. B. Völcker. Viidatud teos, lk 1058-1061.

Euroopa Komisjon on andnud välja suunised horisontaalsete koondumiste kohta³²⁴, mis põhimõtteliselt peaks suurendama läbipaistvust ja vähendama komisjoni kaalutusõigust koondumiste määruse tõlgendamisel. Nende suuniste kohaselt on horisontaalsed koondumised keelatud, kui need oluliselt takistavad tõhusat konkurentsi. See tähendab, et ei ole vajalik, et koondumine tooks kaasa turguvalitseva seisundi loomise või tugevdamise. Piisab sellest, kui komisjon prognoosib tõhusa konkurentsi olulise takistamise võimalust. Luuakse nagu uus test koondumiste hindamiseks, mis jääb domineerimise kontseptsioonist väljapoole ja arvestab koondumise konkurentsi kahjustavate tagajärgedega, mis on ettevõtjate, kes ei oma turguvalitsevat seisundit, koordineerimata tegevuse tulemuseks.³²⁵ Selle väitega ei saa siiski täielikult nõustuda. Rääkida saab turguvalitseva seisundi testi laiendamisest. See laiendamine suurendab komisjoni kaalutusõigust ja võimaldab komisjonil jätkuvalt realiseerida oma ülemäära ranget suhtumist koondumistesse, arvestamata vajalikul määral viimaste positiivseid tagajärgi, eriti efektiivsusega seotuid.

Efektiivsuskaitse kohta on Mario Monti öelnud, et “Komisjon kavatseb hoolikalt kaaluda igat efektiivsuse nõuet üldise koondumise analüüsi käigus ja võib isegi otsustada, et koondumise poolt tekitatud efektiivsuse tulemusena ei pruugi koondumine luua või tugevdada turguvalitsevat seisundit, mille tulemusel efektiivne konkurents võiks saada märkimisväärselt kahjustatud”.³²⁶ Euroopa Liidu konkurentsioiguses ei ole siiski korrektne rääkida kasutatavast efektiivsuskaitsest. Kuna aga efektiivsust teatud määral kaalutakse, siis tuleb koondumiste kontrollil tõestada, et kasu tarbijate jaoks on koondumisel valdavalt tekkinud efektiivsuse suurenemise tõttu. Tarbijate suurenenud ostujõud näiteks ei ole koondumisega otseselt seotud. Koondumiste analüüsi puhul ei tohi siiski tegemist olla testiga, mis oleks kitsalt piiritletud ainult efektiivsuskaitsega, aga tarbijate subjektiivsete õiguste kaitsele ei saa selles liiga palju tähelepanu pöörata. Pealegi võib tarbijate saadav kasu ilmnedas alles pika aja jooksul, mida on keeruline lühikese ajaga analüüsida.

³²⁴ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. OJ C 031, 05. 02. 2004.

³²⁵ S. Voigt, A. Schmitdh. The Commission's Guidelines on Horizontal Mergers: Improvement or Deterioration. Common Market Law Review, vol 41, December, Kluwer Law International, 2004, lk 1584-1585.

³²⁶ M. Monti. Merger Control in the European Union: a radical reform. Address to the International Bar Association Conference on EU Merger Control. Brussels, 07.11.2002, internetis: www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/index.html

Euroopa Komisjoni horisontaalsete koondumiste suunistes selgitatakse küll efektiivsuskaitset, aga see ei saavuta Ühendriikide praktika vastavat konkreetset ja selgust. Ettevõtjatele on vajalik tagada etteaimatavus selle kohta, millise otsuseni järelevalveorgan võiks tõenäoliselt jõuda. Tõepoolest, ei ole päris selge, kas Euroopa Liidus kohaldatakse efektiivsuskaitset kui tasakaalustavat tegurit ainult juhtudel, kui tõhus konkurents on oluliselt takistatud või ka juhtudel, kui koondumine loob turguvalitseva seisundi või tugevdab seda. Suunistes tuuakse välja, et analüüsides seda, kas koondumine oluliselt takistab konkurentsi, võtab komisjon arvesse ka efektiivsuse aspekte. Suunistes ei ole aga selgitatud seda, kas turguvalitseva seisundi esilekerkimist saab tasakaalustada võimaliku efektiivsusega.³²⁷ Euroopa Liidu praktikas vaadeldakse efektiivsust dünaamikas, mis viib koondunud üksuse positsiooni tugevnemisele ning konkurentide osakaalu vähenemisele. Peamisteks efektiivsuse allikateks on kulude optimeerimine ja tehingukulude vähenemine (viimane on märkimisväärne eriti konglomeraatsete koondumiste puhul). Efektiivsuse analüüs aitab rohkem kaasa turguvalitseva seisundi tuvastamisele kui selle tasakaalustamisele.³²⁸ Efektiivsuseks ei tohiks nimetada seda dünaamikat, mis muudab koondumise-eelse oligopoolse turu sümmeetriat või loob konkurendi, kellel ei ole huvi teiste oligopoolsete ettevõtjatega turul kokku mängida. Neid asjaolusid tuleb turu struktuuri analüüsimisel arvesse võtta, et tuvastada konkurentsi kahjustamise võimalust.

Koondumisi reguleeriva määruse nr 139/2004 artikli 2 lõike 1 kohaselt peab komisjon arvesse võtma tehnilist ja majanduslikku progressi, mis on tarbijatele kasulik ega moodusta takistust konkurentidele. Komisjon on tõlgendanud selle sätte tähendust selliselt, et majanduslikku efektiivsust võetakse arvesse ainult piiripealsete juhtumiste korral. Efektiivsus ei ole oluline, kui kindlalt on tegemist turguvalitseva seisundiga.³²⁹

Kui kaugelt on aga Ameerika Ühendriikides efektiivsuskaitsega jõutud? Seal on peale 1992. aastat kujunenud välja olukord, et koonduvad ettevõtjad peavad esitama informatsiooni nii, et järelevalve poolt on mõistliku vaevaga kindlaks tehtav iga

³²⁷ S. Voigt, A. Schmitdh. Viidatud teos, lk 1593.

³²⁸ E. N. Varona, A. F. Galarza, J. F. Crespo, J. B. Alonso. Viidatud teos, lk 332- 333.

³²⁹ E. N. Varona, A. F. Galarza, J. F. Crespo, J. B. Alonso. Samas, lk 330.

konkreetses efektiivsuse suurus, millal ja kuidas iga efektiivsus saavutatakse (ja sellega seotud kulud), kuidas iga efektiivsus suurendab koondunud ettevõtja võimekust ja konkureerimise huvi ning initsiatiivi. Samuti peab saama kindlaks teha, kuidas on iga efektiivsus just koondumisest tulenev.³³⁰ Viimane tingimus tähendab, et vastav efektiivsus ei tohi olla saavutatav läbi võimalike alternatiivide, nagu näiteks koostöö sellist liiki ühisettevõtte kaudu, mida ei käsitleta turu struktuuri muutusena.

Euroopa Liidus ei ole efektiivsuskaitse seniajani edukas olnud. Pigem on edukas olnud nn kaduva ettevõtja kaitse, mida võib nimetada erakorraliseks efektiivsuskaitseks. Selle viimase juures on vaja tõestada, et ülevõetav ettevõtja oleks nagunii ärist välja tõrjutud ja ülevõtja oleks vabaneva turuosa endale saanud. Samuti on vaja tõestada, et kõigist valikutest on sellise konkurentsi kahjustamise tagajärjed kõige vähem kahjulikumad.³³¹ Ka Ameerika Ühendriikide praktikas ei keelata põhimõtteliselt ühinemisi, mille käigus võetakse üle raskusesse sattunud ettevõtja, samal ajal kui normaalses olukorras sellist ühinemist ei lubataks. Maksejõuetuse põhjuseks võib olla kuritegu, juhtimisviga või muu asjaolu. Muud asjaolud võivad olla väga erinevad, näiteks võlgniku võlgnike maksejõuetus või hindade muutumine turul ja nende asjaolude täpsel väljaselgitamisel ei ole olulist õiguslikku tähendust.³³² Konkurentsiõiguses omab tähendust see, kui suur turuosa vabaneb ja kellele see üle läheb või kelle vahel see jaotub. Koondumine pankrotiohus ettevõtja kaitseks võib olla efektiivne, kui see esiteks võimaldab äpardunud ettevõtjal ja ta omanikel hoida ära pankrotiga seotud kõrgeid administreerimise kulusid ning teiseks hoiab turul tootmisvahendid, mis on seda väärt ja mis muidu langeksid tootmisprotsessist välja. Tasakaalustamiseks tuleb võrrelda ka sotsiaalseid kulusid, mis tulenevad koondumisjärgsest monopoolsest hinnakujundusest. Nendest kuludest on lahutatud need sotsiaalsed kulud, mis tulenevad sellest, et monopol tekib lihtsalt ebaõnnestunud ettevõtja turult lahkumise tõttu.³³³ Omaette küsimus on, et kas kaduva ettevõtja kaitse efektiivsust saab käsitleda kui eraldi testi, hindamaks konkurentiolukorra muutust või tuleb seda vaadata ikkagi ainult ühe komponendina tervikliku analüüsi käigus. Viimase juures on vaja tõestada, et ülevõetav ettevõtja oleks nagunii ärist välja tõrjutud. *Ex ante* analüüsi tuuakse sisse üldistav eeldus, et turu kontsentreerumise

³³⁰ D. Gerard. Viidatud teos, lk 1393.

³³¹ N. Dutilh, M. van der Woude, V. Landes. Viidatud teos, lk. 53.

³³² P. Varul. Võlgniku vastutus pankroti korral. *Juridica*, 2003, lk 449.

³³³ H. Hovenkamp. Viidatud teos, lk 545.

vältimine on efektiivne, aga kaduva ettevõtja kaitsest ei oleks õige rääkida kui eraldi testist, vaid kui koondumise testi põhituumikust.

Vahel lepitakse koondumistel kokku teatud lisatingimusi, näiteks mitte-konkureerimise tingimus. Igasuguseid lisatingimusi koondumise tehingus selle poolte vahel, mis võivad konkurentsi kahjustada, lubatakse ainult teatud piiratud ulatuses. Näiteks kui nende ajaline kestvus, geograafiline ulatus ja selle eesmärk ning sellega seotud isikud ei ületa seda, mis on mõistlikult vajalik, et leping lõpuni ellu viia. Eesti Konkurentsiameti praktika on olnud selline, et konkurentsipiirang on lubatud, kui see ei ole seatud liiga pikaks ajaks, näiteks mitte rohkem kui viieks aastaks, teatud valdkondades mitte rohkem kui kolmeks aastaks. Seega ei saa konkurentsipiirangut rakendada kogu aktsionäride lepingu kestvuse ajaks, vaid ainult ajaks, mis on piisav aktsionäride teadmiste ja oskusteabe rakendamiseks äriühingu kasuks.³³⁴ Euroopa Liidus on näiteks lubatud mitte-konkureerimise tingimused kuni kolmeks aastaks, kui see on seotud tehnoloogia kaitsega. Seega perioodi, mida võib pidada mõistlikuks kaitseks tehnoloogia ülemineku valdkonnas, on Euroopas lühendatud viielt aastalt kolmele. Tingimuste kehtivuse perioodi on lühendatud isegi kahe aastani, kui tegemist on ainult hea maine või kaubamärgi kaitsega.³³⁵

Euroopa Liidu üksiku liikmesriigi praktikast koondumiste analüüsimisel sobib lähemaks uurimiseks Saksa kartelliõiguse koondumiste test. Liikmesriigi valikut mõjutas selle riigi geograafilise turu ja ostujõu suurus, samuti konkurentsioiguse ja õigussüsteemi üldine arengutase. Sarnaselt Euroopa Liidu õigusega on Saksamaal koondumine keelatud ja järelevalve peab sekkuma, kui see loob või tugevdab turguvalitsevat seisundit. Test ei seisne valdavalt selles, et uurida, kas koondumine võib oluliselt vähendada konkurentsi või olla vastuolus avaliku poliitikaga, vaid selles, et uurida ühe osaleva ettevõtja poolt turguvalitseva seisundi saavutamist või selle tugevdamist. Samuti püütakse koondumiste kontrolli juures ennustada tulevikku ehk tehakse koondumise *ex ante* analüüs. Turguvalitseva seisundi tekke või suurenemise määratlemiseks tuleb uurida, millist mõju avaldab koondumine tulevikus nii osaliste turuosale kui ka konkurentsitingimustele. "Ettenähtavat tulevikku" defineerivad Saksa vastav järelevalveasutus ja kohtud kui ajaperioodi kolme ja viie

³³⁴ R. Vahimets jt. Ühinemised ja omandamised, Tark & Co, Tallinn, 2004, lk 79.

³³⁵ E. N. Varona, A. F. Galarza, J. F. Crespo, J. B. Alonso. Viidatud teos, lk 312.

aasta vahel, mis järgneb koondumisele. Turu struktuuri muutused ja muud koondumisaegsed muudatused on suundanäitavad, aga mitte lõplikud järeldused. Koondumise osaliste tulevikuplaanid ei oma tähtsust. Koondumise keelamine on õigustatud ainult siis, kui konkurentsitingimuste tuleviku analüüs näitab, et tõenäoliselt luuakse või tugevdatakse ühe osalise turguvalitsevat seisundit ja need tagajärjed on põhjustatud koondumisest ega ole tingitud muudest asjaoludest.³³⁶ Euroopa Liidu konkurentsioigusega on sarnane see, et turguvalitseva seisundi tulevikuanalüüsi juures uuritakse turuosasid, majanduslikku ja finantsjõudu, juurdepääse tooraine- ja müügiturgudele, ühissetevõtteid teiste ettevõtjatega, juriidilisi ja tegelikke turule sisenemise barjääre, tegelikku ja võimalikku pakutavat konkurentsi teiste ettevõtjate poolt Saksa turul ja väljaspool seda, võimet muuta teiste kaupade ja teenuste nõudlust või pakkumist ja võimalust toetuda teistele ettevõtjatele kui pakkujatele ja klientidele. Saksa kartelliõiguses eriti ei viidata tarbijate huvide ja olukorra paranemisele ega tehnilise ja majandusliku progressi arendamisele. Selles osas sarnaneb Saksa õigus rohkem Euroopa Liidu tegeliku praktikaga.

Koondumine, mis loob või tugevdab turguvalitsevat seisundit on Saksa õiguses keelatud isegi siis, kui sellel ei ole olulist või määravat mõju konkurentsitingimustele. Siin on tegemist üldistuse või eeldusega, et kontsentreerunud turg toob kaasa konkurentsi olulise nõrgenemise või hoopis puudumise. Samuti ei nõuta järelevalveasutuselt põhjaliku majandusliku analüüsi teostamist koondumiste puhul.³³⁷ Saksa kartelliõiguse puuduseks on, et sisuliselt ei analüüsita turguvalitseva seisundi kuritarvitamise võimalikke tõenäosusi. Üldistava meetodi kasutamine on positiivne, kahjuks jääb aga see üldistus liiga üldiseks. Arvestada tuleks rohkem majanduslike argumentidega, samuti globaalse konkurentsi mõjudega.

Shveitsi konkurentsioiguses on näiteks võetud suund reeglite liberaliseerimisele ning samal ajal järelevalve teostaja otsustusõiguse ehk kaalutusõiguse suurendamisele.³³⁸ Ühendriikide konkurentsijärelevalvet teostavate Justiitsministeeriumi (*Department of Justice*) ja Riikliku Kaubanduskomisjoni (*Federal Trade Commission*) praktika

³³⁶ M. Heidenhain, H. Statzky, C. Stadler. German Antitrust Law. Fifth fully revised edition. Fritz Knapp Verlag, Frankfurt am Main 1999, lk. 72.

³³⁷ M. Heidenhain, H. Statzky, C. Stadler. Samas, lk 73.

³³⁸ Vt ka C. Bovet, P. Gugler. Connecting Regulations and Competition Law: a Swiss perspective on liberalization. Law and Contemporary Problems, 2000/Autumn, nr 4 lk 133-156.

näitab, et üleriigilisel tasandil tegeletakse ka väga väikeste juhtudega. Vältitakse siiski ülemäära sekumist turu struktuuriliste muutuste tegemisse ettevõtjate poolt. Sellele aitab kindlasti kaasa Chicago koolkonna mõju, mille ideeks on, et potentsiaalselt kasuliku tehingu blokeerimise asemel on parem teha viga ja anda vajalik luba. Sellisel juhul võib turg ise vea parandada, vastasel korral aga tarbijad ei näegi kunagi võimalikke kasulikke tagajärgi. Arvestades majanduse muutlikkust, keda siis lõpuks võib rohkem usaldada, kas ettevõtjaid või reguleerijaid? Ameerika Ühendriikides valitseb küllaltki skeptiline suhtumine valitsuse suutlikkusse, Euroopa inimesed soovivad rohkem regulatiivseid meetmeid. Globaliseerivas maailmas vajaliku koostöö jaoks aga oleks hea, kui Euroopa Liit muudaks tõendamiskoormust ja Ameerika Ühendriigid käsitleksid koondumiste kontrolli rohkem reguleerivamal viisil.³³⁹

Koondumiste puhul ei tohi alahinnata majandusliku analüüsi osatähtsust, hindamaks konkurentsi kahjustamise võimalust. Euroopa Liidu konkurentsioiguses on lisaks majandusteadlaste rohkemaarvulisele kasutamisele asunud ka rohkem kasutama koondumiste simuleerimise mudeleid. Komplitseeritud ökonomeetriliste analüüside tegemise keskne roll lõpliku otsuse tegemisel tõendab kõrgetasemelise ökonomistide meeskonna tähtsust ja samuti seda, et selline majanduslik tehnika nagu koondumise simulatsioon, on oluline vahend koondumiste juhtumite analüüsimisel. Ameerika Ühendriikides kasutatav tõendite kogumine vande all ja nende testimine keerulises riskisitluses, kuid vältavas kohtumenetluses, on liigne luksus isegi Euroopa Komisjoni jaoks.³⁴⁰ Euroopas ei ole ettevõtjatel oma õiguste eest võitlemise ja kahjude sissenõudmise traditsioon nii tugev, et sellist kallist ja aeganõudvat menetlust endale lubada.

Ameerika Ühendriikide monopolidevastase õiguse areng mõjutab nii Euroopa Liidu kui ka selle liikmesriikide ranget lähenemist. Vaja on rohkem analüüsida koondumise positiivseid tagajärgi ja neid siis kaaluda, võrreldes negatiivsete tagajärgedega turul. Näiteks koondumised väikeste konkurentide vahel, kes loovad arvestatava vastase

³³⁹ D. P. Wood. A Comparison of Merger Review and Remedy Procedures in the United States and the European Union. *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003, lk 73-74.

³⁴⁰ M. Pflanz. Oracle/PeopleSoft: the Economics of the EC Review. *European Competition Law Review*, Sweet & Maxwell, 2005 vol 26 nr 3, lk 127.

suurtele ettevõtjatele, toovad tavaliselt kaasa paremini tasakaalustatud turustruktuuri. Efektiivsuse kui positiivse tagajärje juures peab silmas pidama, et koondumise efektiivsus ei ole esmapilgul kohe selgelt nähtav. *Ex ante* uurimine on piisavalt keeruline, sest efektiivsust on väga raske mõõta. Pealegi sisaldab analüüs märkimisväärseid info kogumise kulusid. Koondumiste põhjalikum analüüs on keeruline ka seetõttu, et on vaja projekteerida turu võimalikke arenguid tulevikus, mis sõltuvad väga paljudest teguritest.

Arvestades enamiku koondumistega seonduvate asjaoludega, jõuab autor järeldusele, et koondumiste kontroll sellisel eelkontrolli ja loasüsteemi kujul end siiski ei õigusta. Loasüsteem on uuenenud majandusolukorras oma aja ära elanud ega ole enam optimaalne koondumiste kontrolli mudel. Tegemist on ülereguleerimisega ja seda nii Euroopa Liidus kui ka Ameerika Ühendriikides. Individuaalse analüüsi teostamine *ex post* võib keelatud kokkulepete juures olla väga keeruline. Veel keerulisem on koondumiste kontrolli *ex ante* analüüs, mis peab toimuma suhteliselt lühikese aja jooksul ja samas andma hinnangu tuleviku suhtes pika aja peale ette. Koondumiste kontrolli üldiseks probleemiks on, et selle efektiivne toimimine sõltub ametnike võimekusest piiratud ajas ja informatsiooniga otsuseid teha. Iga juhtumi puhul tuleb analüüsimisel arvesse võtta väga palju erinevaid asjaolusid. Turu struktuuri uurimisel tuleb arvestada nii koondujate kui ka konkurentide turuosa, turu kontsentratsiooni, selle muutusi ning konkurentide võimet reageerida koondunud üksuse tegevusele. Toodangu mahu ja tootmise suurendamise võime hindamisel tuleb arvestada tootmisvõimalusi nii kvantiteedi kui ka kvaliteedi vaatenurgast. Tähelepanuta ei saa jätta turuosaliste suurust ja finantsvõimalusi, samuti kulude struktuuri, juurdepääsu toorainele ja muudele olulistele ressurssidele turule sisenemiseks. Arvestada tuleb tehnoloogiatega, suhetega klientidega, juurdepääsudega turustuskanalitele ja muude mitteraamatavate vahenditega, samuti tuleb arvestada kaubamärkide olulist tähtsust. Turu nõudluse poolel tuleb jälgida turu kasvu ootusi, klientide liike ning nende lojaalsust, nõudluse kontsentratsiooni taset, klientide pikaajalisi lepinguid ja klientide vertikaalset integratsiooni. Ja need on ainult olulisemad asjaolud, mida tuleb uurida turujõu kasutamise seotud ohtude puhul. Kollektiivse turguvalitseva seisundi tekkimise võimaluse uurimise puhul toimub konkurentide mõju hindamine teistmoodi, kuna oligopoli liikmed on võimelised seda mõju realiseerima ka vastastikku omavahelistes suhetes. Lisaks tuleb kõikide koondumiste puhul uurida

turule sisenemise barjääre ja potentsiaalset konkurentsi. Ühesõnaga, võimalik on loetleda palju erinevaid asjaolusid, mida tuleb analüüsida. Koondumiste tagajärgede uurimine iga juhtumi puhul on aga erinev, sõltuvalt erinevate asjaolude kombinatsioonist koondumistega seotud kaubaturgudel. Järelevalveorganite koormust suurendab ka see, et analüüsida tuleb kõiki majanduslikke asjaolusid, kuna ükski üksik kriteerium ei pruugi olla konkreetse juhtumi korral määrava tähtsusega.

Koondumised on valdkond, mis on küllaltki suure majandusliku riskiga. Paljud koondumised paljudel erinevatel põhjustel siiski ebaõnnestuvad. Selles valdkonnas ei tohiks konkurentsi järelevalveorganid ettevõtjate tegevusse ülemäära sekkuda. Ettevõtjad peavad oma jõu suunama majandusliku situatsiooni igakülgele analüüsimisele, mitte tegelema koondumise ja konkurentsireeglite vahelise kooskõla otsimisega. Praktika käigus selgub, millised koondumised on efektiivsed. Ebaefektiivsed koondumised tekitavad ettevõtjaid, kes tõhusa konkurentsi olukorras tõrjutakse nagunii kõrvale. Turg reguleerib ennast ise. Koondumised on osa tavapärasest konkurentsivõitlusest, kus tugevam ja elujõulisem (üldjuhul ka efektiivsem) ettevõtja jääb peale. Muidugi on võimalik, et eriti enne ülevõtmist toimub teatud diskrimineerimine või turguvalitseva seisundi kuritarvitamine eesmärgiga näiteks ülevõetavat ettevõtjat nõrgestada. Need on aga omaette konkurentsirikkumised, mida tuleb koondumisest eraldi analüüsida. Riigipoolne koondumiste kontroll aga ei tohiks olla liiga intensiivne.

Ameerika Ühendriikide õiguses on koondumiste reeglid seaduse tasemel sätestatud. Euroopa Liidu konkurentsioigus on noorem ja selle aluslepingutes ei ole koondumisi reguleerivaid norme eraldi välja toodud. Selle asemel, et aluslepingutest madalamal tasemel õigusaktidega koondumisi reguleerida, võimaldades järelevalveorganite eelnevat sekkumist, tuleks koondumiste toimumist hoopis rohkem lubada. Eeldada tuleks pigem koondumiste seaduslikkust. Kaaluda võiks sarnaselt grupieranditele „musta nimekirja” kinnitamist. Selles tuleks loetleda juhtumid, millal on koondumised keelatud. Näiteks kui tegemist on horisontaalse koondumisega, mille tagajärjeks on turu kontsentratsiooni kõrge tase või kui koonduja on varem toime pannud raske konkurentsirikkumise. Sellistel juhtudel oleks vaja Euroopa Komisjoni teavitada, kes saab kaaluda võimalikku konkurentsirikkumist koondumisega kaasnevate positiivsete tagajärgedega. Võrdluseks saab võtta ka muutuse Euroopa

Liidu konkurentsioiguses konkurentsi kahjustavate kokkulepete juures. Erandite kohaldamisel ei teostata alates 1. maist 2004 enam eelkontrolli. Neid kokkuleppeid analüüsitakse nüüd ajas tagasivaatavalt. Seda suunamuutust tasub koondumiste loasüsteemi muutmise või lõpetamise vajaduse hindamisel arvesse võtta. Probleemiks jääb see, et kui keelatud koondumise tulemusel luuakse iseseisev juriidiline isik, siis võrreldes keelatud kokkuleppe kehtetuks tunnistamisega on koondumise puhul keerulisem endist olukorda taastada. Võimalik on näiteks kaaluda koondujate karistamist märkimisväärse trahvi või sundlõpetamise nõudega. Vajaliku muudatuse tegemisega koondumiste kontrollimisel oleks Euroopa Liidul võimalik arendada edasi kehtivat konkurentsioigust ja liikuda konkurentsivõimelisema ühisturu kujundamise suunas.

KOKKUVÕTE

Konkurentsi kahjustamine on tagajärg, mida võivad põhjustada erinevad teod. Alati ei pea tegemist olema konkurentsirikkumisega. Ja vastupidi, konkurentsirikkumiseks loetava teo tulemuseks ei pea alati olema reaalne konkurentsi kahjustamine. Konkurentsioiguses teatud juhtudel eeldatakse konkurentsirikkumise toimepanemist. Sellisel juhul piisab konkurentsirikkumise tuvastamiseks ainult kahjuliku tagajärje saabumise võimalusest. Käesolevas töös on leidnud käsitlemist mõned konkurentsirikkumistega seonduvad probleemid Euroopa Liidu konkurentsioiguses. Erilist tähelepanu on pööratud järelevalve teostamise käigus kasutatavate konkurentsirikkumiste analüüsi meetodite ja kontrolli testide uurimisele ning võrdlemisele, otsides vastust küsimusele, et kas ja kui palju kasutatakse teatud eeldatavusi, mis teevad järelevalve teostamise tõhusamaks. Konkurentsirikkumiste analüüsimise meetodid ja kontrolli testid on seotud põhjuslikkuse erinevate teoreetiliste käsitlustega. Käesolevas töös on analüüsimeetodite ja testide uurimisel lähtutud põhjuslikkuse käsitluste jagunemisest nii üldistavateks kui individualiseerivateks, samuti ajas tagasi ja tulevikku vaatavateks.

Käesolevas magistritöös piirdatakse konkurentsi kahjustavate horisontaalsete ja vertikaalsete kokkulepete ning ettevõtjate koondumiste uurimisega. Töös ei analüüsita konkurentsirikkumisi, mis nii Euroopa Liidus kui ka Ameerika Ühendriikides on reguleeritud kui turguvalitseva seisundi kuritarvitamised. Turguvalitseva seisundi kuritarvitamistega seonduvat on töös kasutatud tiheda seose tõttu uuritavate konkurentsirikkumiste analüüsiga. Konkurentsi kahjustavad tegevused faktilisel tasandil võivad kvalifitseeruda õiguslikul tasanadil kas konkurentsi kahjustavate kokkulepetena või turguvalitseva seisundi kuritarvitamistena. Esimesed on reguleeritud Rooma lepingu artiklis 81, teised artiklis 82. Neid konkurentsi kahjustavaid tegevusi saab kokkuvõtlikult loetleda järgmiselt: 1) ebaõiglaste ostu- või müügihindade või muude ebaõiglaste tehingutingimuste kehtestamine; 2) toodangu, turgude või tehnilise arengu piiramine; 3) erinevate tingimuste rakendamine võrdväärsete tehingute puhul ja lisakohustuste seadmine lepingu sõlmimise eeltingimuseks. Toodud liigitusega on hõlmatud sellised rikkumised, mida nimetatakse näiteks miinimumhindade fikseerimiseks, turgude jagamiseks, tehingutest keeldumiseks, tehingute ebaseaduslikuks sidumiseks, diskrimineerivaks

hinnakujunduseks ning muudeks margisisesteks ja -välisteks piiranguteks. Nende rikkumiste väljaselgitamise kaudu on võimalik tuvastada lisaks turguvalitseva seisundi kuritarvitamisele ka ettevõtjatevahelisi keelatud kokkuleppeid ning koondumisi. Ettevõtjatevaheliste kokkuleppe puhul on vastavalt artikli 81 lõikele 1 vaja tuvastada, kas selle eesmärgiks või tagajärjeks on takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturu piires. Turguvalitseva seisundi olemasolu korral selle kuritarvitamise puhul ettevõtja poolt artiklis 82 eespoolnimetatud eesmärgi või tagajärje tuvastamist ei nõuta. Turguvalitseva seisundi kuritarvitamise korral konkurentsi kahjustamist suurel määral eeldatakse.

Käesolevas töös jõuti järgmiste oluliste järeldusteni:

1. Konkurentsirikkumiste analüüsimeetodid on valdavalt kujunenud vastava praktika tulemusena. Euroopa Liidu õigusaktidest neid täies mahus ei leia. On kulunud hulk aega, enne kui Euroopa Liidu konkurentsioiguses neid meetodeid laiemalt tunnustama on asutud ja nende tähtsus ning täpne liigitus on seniajani diskussiooni objektiks. Käesolevas töös on uuritud põhjusliku seose (*rule of reason*) meetodit ja üldise keelu (*per se rule*) meetodit. Tinglikult on töös välja toodud eraldi meetodina ka eeldatava (*per se*) seaduslikkuse meetod, mis põhineb eeldusel, et teatud tegevused ja kokkulepped on õigusaktidega kooskõlas. Näidetena saab tuua grupierandid ja *de minimis* reeglid. Rangeimaks ja samas ka järelevalve kulude kokkuhoidu suurendavaks meetodiks võib pidada üldise keelu meetodit. Seda kasutatakse tulenevalt pretsedendiõiguse traditsioonidest siiski ainult Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses ja valdavalt horisontaalsete hinna- ning turujagamise kokkulepete juures. Üldise keelu meetod tähendab, et nimetatud kokkulepete tuvastamisel ei pea enam uurima konkurentsi reaalselt kahjustamist, seda eeldatakse. Euroopa Liidu konkurentsioiguses võib üldise keelu meetodi üksikuid elemente näha kasutusel oleva põhjusliku seose meetodi juures. Teisisõnu, ühisturul kasutatakse teatud faktilisi asjaolusid erineva tähtsusega eeldusliku alusena konkreetse põhjusliku seose tuvastamisel. See tähendab, et konkurentsirikkumised moodustavad hierarhilise süsteemi, kus olulisemate rikkumiste puhul eeldatakse suurema tõenäosusega konkurentsi kahjustava tagajärje tekkimist ja seega konkurentsioiguse rikkumist. Kuigi erinevad autorid võivad siin olla erineval seisukohal, Euroopa Liidu konkurentsioiguses siiski ei leia sellist üldise keelu meetodi kasutamist, nagu Ameerika Ühendriikides seda kasutatakse.

2. Konkurentsioiguse normid ja konkurentsirikkumiste analüüsimetodid turumajanduslikes ühiskondades on suunatud majandusliku efektiivsuse ja turgude efektiivse toimimise saavutamisele. Konkurentsioiguse olemuslik eesmärk on jõuda rahuldavate tulemusteni, kuni ressursside maksimaalne jaotus on saavutatud ja tootmine põhineb kulude optimeerimisel. Samuti on olulised tarbijate rahulolu saavutamine ja suur kaubavalik ostude tegemisel ning ka ettevõtjate endi ettevõtlusvabaduse realiseerimine ja selle minimaalne piiramine. Neid eesmärke rohkem või vähem arvestavaid konkurentsirikkumiste analüüsimetodeid jagatakse kas üldistavateks (üldine keeld) või individualiseeritavateks (põhjusliku seose analüüs) meetoditeks. Euroopa Liidu konkurentsioigusele iseloomulikku grupierandite süsteemi saab pidada üheks üldistava meetodi kasutamiseks. Samuti jagatakse neid uurimismetodeid kas ajas tagasivaatavateks ehk retrospektiivseteks (*ex post*) või tulevikku vaatavateks (*ex ante*). Esimene on valdav meetod konkurentsi kahjustavate kokkulepete uurimise puhul, teine aga valdav meetod koondumiste kontrolli puhul. Autor jõudis järeldusele, et Euroopa Liidu konkurentsioiguses on konkurentsi kahjustavate kokkulepete juures valdavalt kasutamist leidnud põhjusliku seose meetod. Valdavalt uuritakse, kas konkreetne ettevõtjatevaheline kokkulepe on konkurentsi kahjustanud (*ex post* analüüs). Võib ka uurida, kas kokkulepe võib tulevikus suureneda konkurentsi kahjustamise tõenäosust (*ex ante* analüüs). See erineb Ameerika Ühendriikide praktikast, kus otsese konkurentsi kahjustumise korral kasutatakse rohkem üldise keelu meetodit.

3. Ameerika Ühendriikides kasutataval üldise keelu meetodil on palju positiivseid omadusi, aga selle meetodi kasutamist Euroopa Liidus ei saa siiski toetada. Nimetatud meetodi kohaselt lõpetatakse uurimine liiga varajases staadiumis, kus tegelikult alati ei ole võimalik teha üheseid järeldusi vastava asjaolu, näiteks kartellikokkuleppe sõlmimise fakti seotuse kohta konkurentside kahjuliku tagajärgega. Euroopa Liidus oleks mõistlik põhjusliku seose analüüsi piires rohkem vastavaid eeldusi kasutusele võtta. Seda eriti uurimise varajasemas staadiumis. Eeldada saab konkurentside kahjuliku tagajärje saabumist või selle saabumise võimalust. Ka Rooma lepingu artikli 81 sõnastus ei takista selliste eelduste loomist ega kasutamist. Artikli 81 lõikes 3 toodud konkurentside kasulikke tagajärgi ei pea alati arvestama. See on lihtsalt vastav võimalus.

4. Kui konkurents on kahjustatud, tekib küsimus nii ühiskonnale kui ka tarbijatele, samuti konkureerivatele ettevõtjatele tekitatud kahjude hüvitamisest. Euroopa Liidu konkurentsioiguse eesmärgiks on kaitsta ka tarbijaid ja teisi ettevõtjaid tekkiva kahju eest. Ühiskonnale tekkinud kahju hüvitamine toimub trahvide tasumise, teistele isikutele tehtud kahju hüvitamine eraõiguslike nõuete esitamise teel. Põhimõtteks on, et tuvastatud konkurentsirikkumisega tekitatud kahju peab saama hüvitatud. Ameerika Ühendriikides on laialdaselt levinud punitiivse ehk karistusliku kahju (*punitive* või *treble damage*) hüvitamine. Clayton'i seaduses on sätestatud, et iga isik, kelle äritegevust või vara on kahjustatud konkurentsiseaduste rikkumise tõttu, võib nõuda kahju kolmekordset hüvitamist, samuti mõistlike advokaadikulude hüvitamist. Samas kerkib küsimus punitiivse kahju hüvitamise võimaluse mõistlikkusest ja selle piiramisest. Põhjendada saab sellise kahju hüvitamise liigi kasutamist raskete konkurentsirikkumiste puhul. Punitiivne kahju hüvitamine võib efektiivne olla, aga riigi poolt eraõiguslikele hagejatele selliste võimaluste andmine ei tohi uut ebaõiglust tekitada. Ebaõiglus võib tekkida, kui konkurentsirikkumiste analüüsimisel kasutatakse üldistatud analüüsimetodeid (üldise keelu meetod) ja ei uurita täpselt konkreetse ettevõtja süütegu ning selle seost tekkinud kahjuga. Võttes arvesse Euroopas kujunenud traditsioone, ei soovita autor Euroopa Liidu konkurentsioiguses punitiivset kahju hüvitamist kasutusele võtta.

5. Horisontaalsed hinna- ja turujagamise kokkulepped on põhimõtteliselt üleüldiselt keelatud. Eeldatakse, et need kokkulepped on suunatud konkurentsile kahjustamisele. Olenemata sellisest üldisest eeldusest uuritakse Euroopa Liidus neid kokkuleppeid põhjusliku seose meetodil. Ameerika Ühendriikide õiguses kasutatakse üldise keelu meetodit, kui tegemist on otsese ja selge konkurentsile piiranguga. Selline piirang tavaliselt ei too kasu konkurentsile kui kollektiivsele hüvele. See tähendab, et ei ole üldse vaja uurida turguvalitseva seisundi või kontsentreerunud kaubaturu olemasolu, turujõu kasutamise võimalusi ega tegelikke konkurentsile kahjustavaid tagajärgi. Konkurentsile kahjustamist konkreetsetel juhtumil eeldatakse. Kui aga on tegemist kaudse konkurentsile piiranguga, mis teenib põhjendatult õigustatud ja ühiskonnale laiemalt kasulikku eesmärki, siis sellist piirangut analüüsitakse kasutades põhjusliku seose analüüsimetodit. See tähendab, et piirang võib olla keelatud alles peale turusituatsiooni, turupositsiooni ning konkurentsile kahjustavate tagajärgede väljaselgitamist.

6. Vertikaalsete kokkulepete puhul edasimüügihinna kindlaksmääramine põhimõtteliselt ei erine horisontaalsest hindade fikseerimisest. Ameerika Ühendriikide õiguspraktikas on sellised kokkulepped üldiselt ja eelduslikult kehtetud. Seda praktikat tuleb kritiseerida seetõttu, et nimetatud praktika hõlmab ka kokkuleppeid, millega määratletakse ainult hinna maksimummäär. Sellised kokkulepped üldjuhul konkurentsi ei kahjusta. Euroopa Liidu ühisturu praktika edasimüügi hinna määramise osas osundab aga sellele, et konkurentsirikkumistega seonduvad probleemid lahendatakse reeglitega, mis keelavad ekspordi piirangud. Küsimus taandatakse paralleelse impordi takistamise keelu rikkumise analüüsimisele. Seda keeldu on kergem tuvastada, kui uurida edasimüügilepingute hinnatingimusi. Analüüsil ei keskenduta konkurentsi kahjustamise tõendamisele. Rahvusliku turu eraldumine on iseenesest Euroopa Liidu õiguse, seega ka konkurentsioiguse mõttega vastuolus. Kaupade ja teenuste vaba liikumise põhimõtte kohaselt ei tohi rakendada ekspordipiiranguid ega takistada paralleelimporti.

7. Grupierandite süsteem on ainuomane ainult Euroopa Liidu ja selle liikmesriikide konkurentsioigusele. Grupierandite süsteem põhineb eeldusel, et teatud tingimustele vastavad tähtajalised kokkulepped on kooskõlas konkurentsioigusega. Grupierandi analüüsil peetakse kokkulepet eelduslikult seaduslikuks (*clearance*), kui ei leita raskeid konkurentsirikkumisi.

8. Konkurentsi kahjustavate kokkulepete juures tuleb Euroopa Liidu konkurentsioiguses hakata kasutama rohkem üldistustel põhinevaid õiguslikke eeldusi, mille kohaselt mõned kokkulepped oleksid automaatselt keelatud. See ei tähenda siiski üldise keelu meetodi kasutuselevõttu. Eeldusi saab kasutada põhjusliku seose meetodi piires. Individuaalse iseloomuga põhjusliku seose analüüs põhilise meetodina on optimaalne ja õiglane lahendus võttes arvesse, et konkurentsioiguse puhul on tegemist mitmete põhiõiguste riivega. Ameerika Ühendriikides kasutusel oleva üldistava iseloomuga üldise keelu meetodi kasutamise eeskujul tuleks siiski suurema õigusselguse ja ka õigusrahu tagamise nimel konkurentsi kahjustamise eeldamist rohkem kasutada. Eesmärk on muuta konkurentsirikkumiste analüüs tõhusamaks. Tuleb rohkem täpsustada ja diferentseerida õigusaktides või vastavates suunistes kasutatavaid loetelusi, et piiritleda raskeid konkurentsirikkumisi, mille

tuvastamisel eeldatakse konkurentsi kahjustamist. Kui näiteks grupierandite puhul on tegemist raske konkurentsirikkumisega, mille tulemusel kokkulepe langeb grupierandi reguleerimisalast välja, siis selle asemel, et järgmisena analüüsida selle kokkuleppe kuulumist individuaalse erandi alla, võiks paljude raskete rikkumiste puhul eeldada, et Rooma lepingu artikli 81 lõiget 1 on rikutud ja selline kokkulepe on keelatud. Vähemoluliste konkurentsirikkumiste esinemise korral tuleks analüüsida kokkuleppe kuulumist individuaalsete erandite hulka. Paralleelse impordi takistamise keeld on hea näide konkurentsi kahjustamist eeldava suhtumise suurenemisest Euroopa Liidus. Korrastada tuleks erandite ning grupierandite keerulist ja raskestimõistetavat süsteemi, kus eeldatakse kokkulepete seaduslikkust. Ka oleks vaja täpsemalt piiritleda selliseid rikkumisi, kus eeldatakse, et konkurentsi ei kahjustata (*de minimis*).

9. Seonduvalt ettepanekuga raskete konkurentsirikkumiste täpsemaks piiritlemiseks teeb autor ettepaneku ka määruse nr 1/2003 täiendamiseks. Selle määruse artiklis 10 on sätestatud juhud, millal Euroopa Komisjon võib otsustada artiklit 81 mitte kohaldada. Komisjonile on kriteeriumiks seatud Euroopa Liidu üldine huvi, mis jätab siiski ülemäära suure kaalumiseruumi. Seda 10. artiklit võiks näiteks täiendada piiranguga, mille kohaselt asutamislepingu artiklit 81 ei saa jätta kohaldamata, kui tegemist on raske konkurentsirikkumisega. Lisaks raskete konkurentsirikkumiste piiritlemisele võiks Ameerika Ühendriikide eeskujul Rooma lepingu artikli 81 lõikes 1 sätestatud konkurentsi kahjustamise eesmärki selgemalt sisustada ka monopoliseerimise ja röövelliku hinnakujunduse tahtega.

10. Euroopa Liidu konkurentsioiguse kohaldamisel on vähe selgeid ja üheselt mõistetavaid tõendeid. Praktikas on otseseid tõendeid väga raske hankida. See on üheks põhjuseks, miks on vaja üha rohkem luua õiguslikke eeldusi. Konkurentsirikkumiste tuvastamiseks on vajalik tõendada põhjuslik seos vastava tegevuse ja konkurentsi kahjustamise vahel. Näiteks on võimalik tõendada paralleelse käitumise tulemuste kui kaudse tõendi kaudu kooskõlastatud tegevuse olemasolu. Ettevõtjatevahelisest koordineerimisest tuleks aru saada kui keelatud kokkuleppele jõudmisest. Selle koordineerimise tulemusel saavutatud ühesuguste hindade püsimine ongi usutav ehk tõenäoline paralleelse käitumise tulemus. Eeldada saab, et kooskõlastatud tegevus on sellise koordineerimise puhul olemas, kui ettevõtjad ei suuda majanduslikult põhjendada vastupidist. Konkurentsirikkumise toimepanemist

tuleb eeldada, kui kooskõlastatud tegevust ei suudeta ettevõtjate poolt majanduslikult põhjendada, võttes arvesse nende pikaajalisi arengustrateegiaid. Konkurentsi kahjustamise eeldamine võib toimuda ka ettevõtjate kaheldavate põhjenduste ümberlökkamise teel. Selliseid eeldusi võiks rohkem lülitada vastavate analüüsimeetodite koosseisu, et teha konkurentsirikkumiste järelevalve tõhusamaks.

11. Lisaks õigusliku analüüsi ja tõendamise parandamisele tuleb rohkem tähelepanu pöörata ka majandusliku analüüsi täiustamisele. Tegevusi konkurentsi valdkonnas ei ole võimalik majanduslikust loogikast eraldada. Rohkem oleks vaja tegeleda majanduslike analüüsimeetodite tõhusama kasutamisega konkurentsirikkumiste uurimisel. Silmas tuleb aga pidada, et nende meetodite liigne kinnistumine dogmaatikas võib saada takistuseks konkurentsiõiguse arengule, mis püüab järgida konkurentside olemuslikku dünaamikat. Karistusest vabastamise või selle vähendamise lubamise teel (immuniteedi- ja leebusprogramm) on samuti võimalik meelitada ettevõtjaid ütlusi andma, mida saab tõenditena kasutada. Euroopa Komisjon on seda aktiivselt kasutama asunud. Konkurentsirikkumiste analüüsimisel on asunud toetama ka eesmärki, milleks on ettevõtjate suurem efektiivsus. Seda kasutatakse eriti Ameerika Ühendriikides. Euroopa Liidus on efektiivsuse analüüs vähem levinud. Ettevõtjate efektiivsuse suurendamise taotlust konkurentsiõiguses on põhjust toetada. Samuti on põhjust toetada suurenenud soovi kaitsta tarbijate tehingukeskkonda.

12. Tarbijakaitse eesmärk konkurentsiõiguses on oluline. Tagada tuleb, et tarbijate võimalusi liigselt ei kahjustataks, mida tavaliselt konkurentsi kahjustamisega kaasnev hinnatõus või kaubavaliku vähesus teeb. Aga kuna tarbijakaitseõigus toimib eraldi ka ilma konkurentsiõigusega, siis ei peaks tarbijate heaolu kaitsmine olema peamine kriteerium konkurentsirikkumiste tuvastamisel. Tarbijate subjektiivsete õiguste kaitsmine peab jääma tarbijakaitseõiguse objektiks.

13. Koondumistega seotud konkurentsiprobleeme võib jagada kahte gruppi. Esimesse kuuluvad koondumised, mis lubavad koondumisjärgsel ettevõtjal tõsta märkimisväärselt hindu. Teise gruppi kuuluvad aga need koondumised, mis võimaldavad salajase kokkuleppe või mõne muu koordineeritud käitumise tekkimise, mis vähese osalejate arvuga turul on hõlpsamini saavutatav ja mis võimaldab kõikidel ettevõtjatel kaubaturul hinda tõsta. Koondumine põhimõtteliselt võib kahjustada

konkurentsi, eriti kõrge kontsentratsiooniga turul. Kontrolli teostamiseks on nii Euroopa Liidus kui ka Ameerika Ühendriikides loodud loasüsteem, mis põhineb teavitamisel. Konkurentsi järelevalveorganitel on vaja kindlaks teha, et tõhus konkurents kaubaturul on kaitstud. See on valdav lähenemine Ameerika Ühendriikides. Euroopa Komisjon uurib, kas konkurents ühisturul on oluliselt vähenenud. Koondumiste kontrollimisel Euroopa Liidus kasutatakse turguvalitseva seisundi testi. Euroopa Liidu konkurentsioiguses ei eksisteeri sellist eeldust, et koondumine on kokkusobimatu ühisturuga, olenemata, milliseid turuosa tasandeid see puudutab või millise suurusega ettevõtjaid kaasa haarab. Turguvalitseva seisundi testi puhul opereeritakse küsimusega, kas luuakse või tugevdatakse turguvalitsevat seisundit, mille tulemusena võib konkurents oluliselt väheneda. Ka Ameerika Ühendriikide monopolidevastases õiguses ei esine sellist eeldust, et koondumine igal juhul kahjustab konkurentsi. Koondumiste kontrolli testi nimetatakse seal konkurentsi olulise vähenemise testiks. See test keskendub loodava efektiivsuse analüüsimisele. Efektiivsust kaalutakse konkurentsi võimaliku kahjustamisega. Nii selles testis kui ka turguvalitseva seisundi testis ei kasutata üldise keelu meetodit. Iga koondumist analüüsitakse individuaalselt. Mõlema testi analüüs on tulevikku vaatava iseloomuga (*ex ante*). Koondumise lubamise otsustamiseks uuritakse koondumisega seotud konkurentsi kahjustamise võimalust tulevikus.

14. Võttes arvesse enamikku koondumistega seonduvatest asjaoludest, jõuab autor järeldusele, et koondumiste kontroll oma praegusel kujul siiski ennast ei õigusta. Seda eriti Euroopa Liidu ranges praktikas, aga ka Ameerika Ühendriikides. Tulevikku vaataval *ex ante* analüüsil põhinev loasüsteem, mis peab toimuma suhteliselt lühikese aja jooksul ja samas andma hinnangu tuleviku suhtes suhteliselt pika aja peale ette, ei ole efektiivne. Koondumised on valdkond, mis on küllaltki suure majandusliku riskiga. Paljud koondumised erinevatel põhjustel ebaõnnestuvad. Selles valdkonnas ei tohiks järelevalveorganid ettevõtjate tegevusse ülemäära sekkuda. Seega tuleks Euroopa Liidu konkurentsioiguses loasüsteem lõpetada või vähemalt muuta, tuues välja juhtumid, mille puhul eeldatakse konkurentsi kahjustamist ja küsitakse Euroopa Komisjonilt luba.

15. Konkurentsipoliitikate võrdluse puhul saab väita, et üldjuhul suhtutakse Euroopa Liidus järelevalve teostamisel kartellikokkulepetesse leebemalt ja koondumistesse

rangemalt kui Ameerika Ühendriikides. See on tulenevalt konkurentsi olemusest aga problemaatiline. Tegelikult on eriti ohtlikud just salajasel kokkulepped konkurentide vahel. Vertikaalsed kokkulepped ja koondumised ei too alati kaasa konkurentsi kahjustavaid tagajärgi. Koondumiste kontrollimisel tuleks Euroopa Liidus arvestada, et paljudel juhtudel ühinetakse kokkulepete sõlmimise teel. Rooma lepingu artikli 81 lõikes 1 on aga sätestatud, et kokkulepete eesmärgiks või tagajärjeks peab olema konkurentsi kahjustamine ühisturu piires. Eeldatakse, et kokkulepe, kui sellel ei ole konkurentsi kahjustavat eesmärki või tagajärge, ei ole konkurentsioiguses problemaatiline. Nii tuleks käsitleda ka koondumisi. Koondumiste puhul on võimalik konkurentsi kahjustavat tagajärge laiaulatuslikumalt kaaluda koondumise positiivsete tagajärgedega, mis võivad kahjuliku tagajärje mõju tervikuna vähendada.

16. Tulenevalt Euroopa Liidu laienemisega seotud tsentraalse teavitamise nõude kaotamisest muutus konkurentsi kahjustavate kokkulepete kontroll seoses erandite kasutamisega rohkem ajas tagasi vaatavaks ehk retrospektiivseks. See peaks tõstma järelevalve efektiivsust ja võimaldama rohkem keskenduda tõsisematele juhtumitele. Probleemiks jääb aga endiselt Euroopa Liidu konkurentsioiguse ühetaolise kohaldamise tagamine. Samuti võib sarnaselt Ameerika Ühendriikide monopolidevastase õiguse arenguga näha ette liikmesriikide konkurentsioiguste tähtsuse vähenemist ja Euroopa Liidu konkurentsioiguse suuremat otsekohaldumist kogu ühisturu territooriumil. Rooma lepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud liikmesriikidevahelise kaubanduse mõjutamise tingimuse tähtsus õigusliku kriteeriumina väheneb. Tõlgendamisel on võimalik eeldada konkurentsirikkumise mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele. Eesmärgiks on konkurentsioiguse ühetaoline kohaldamine kogu ühisturul. Liikmesriikide territooriume saab edaspidi jätkuvalt arvesse võtta asjaomaste kaubaturgude piiritlemisel.

17. Konkurentsirikkumiste toimepanemise ärahoidmise või vähendamise soov ei ole Euroopa Liidu konkurentsioiguses oma aktuaalsust kaotanud. Eesti Vabariigil on võimalus Euroopa Liidu liikmesriigina Euroopa Liidu õigusloomeprotsessis osaledes anda oma panus Euroopa Liidu konkurentsioiguse arendamisel. Euroopa Liidu konkurentsioiguse muutmise menetlemise käigus on Vabariigi Valitsusel võimalik käesoleva magistritöö järeldusi kasutada abimaterjalina Eesti Vabariigi vastava positsiooni kujundamisel ja selle kaitsmisel Euroopa Liidu institutsioonides.

SUMMARY

SOME ISSUES RELATING TO RESTRICTIONS OF COMPETITION IN THE EUROPEAN UNION COMPETITION LAW

Article 81 (1) of the Treaty of Rome states that, all agreements between undertakings, which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the Common Market, shall be prohibited as incompatible with the Common Market. Section 1 of the Sherman Act lays down, that “Every contract ... in restraint of trade” is illegal. Wording of these rules seems to be similar, but in the European Union the result of investigation is not foreseeable. For example, if the price agreement made by the enterprises is brought before the American Federal Supreme Court, the ruling of this court will be that, on the basis of the price fixing agreement alone, the Sherman Act has been violated. The decisive factor in this example is the conduct of the enterprises, i.e. the conclusion of a price fixing agreement. In American antitrust law price fixing is illegal *per se*. The price fixing in the European Union competition law needs the examination of a rule of reason.

The primary concern of this research is how the authorities of the Common Market – mainly the European Court of Justice and the Commission – have dealt with or are likely to deal with the restrictive business practices that have been selected here for study. Furthermore, the paper analyzes guidelines that should be followed by the authorities in pursuance of the antitrust policy of the Common Market.

The research paper comprises of three chapters. The first chapter reveals the general principles of competition policies by explaining how the competition rules are interpreted. Main theories of causation and different competition law enforcement analysis methods are studied. The general research of *per se* rule in the European Union law and brief analysis of liability and damage compensation connected with competition law infringements is given.

The central issue of this chapter is the rules governing restrictive business practices and the legal methods to analyze them. The last ones can be called legal principles. The rule of reason and the *per se* rule are the main legal principles, which do not form

the part of statute law and are created by the somewhat inconsistent practice of judicial authorities. However, it took a long time before they were recognized; their importance and form are still being debated.

The *per se* rule and the rule of reason were made owing to the requirement of the judicial authorities for legal rules and because of the legal reaction to existing economic phenomena. Economic objectives had to be translated into practical competition reactions. It was difficult to conceive solutions in the form of unambiguous competition reactions, which could be applied in general. By means of technical device, which the rule of reason may be described as, the European authorities concerned tried to eliminate or alleviate these difficulties. Conversely, the American authorities had to make a decision about certain kinds of conduct by which enterprises influence the economy in such a way that they were or could be so detrimental that courts opted to deem these phenomena to be downright illegal.

The research is based on the belief that the regulations governing enterprises and established by the authorities within the society where market economy prevails should seek to achieve favourable market conditions. The principal aim should be to obtain satisfactory results as far as expedient resource allocation is concerned. Other important considerations, such as consumer purchase choice and also the basic rights of enterprises itself may play a significant part. It is important to be able to foresee the judicial reactions. The American legislative, administrative and judicial authorities have sought to avoid or limit some of the time-consuming, expensive and complicated proceedings caused by antitrust issues. These aims have contributed to the formulation of the *per se* prohibition. But it has proved necessary not to extend the application of these rules beyond certain limits. In the case of agreements or practices designed to restrict competition, which are not affected by the *per se* prohibition, the rule of reason is applied if restrictions do not belong to the categories under the *per se* prohibition.

This paper examines the European Union law to find out whether *per se* prohibitions are used in the same way as in the American antitrust law. It is also interesting to discuss whether it is expedient apply strict prohibition regulations in various fields.

Such an examination must obviously be based on various restrictive practices, such as price agreements, agreements of the division of markets, etc.

From point of view of causation theories it is possible to divide these analyses as follows: analysis with generalizations (*per se*) and individual analysis (rule of reason). Another opportunity to divide these analyses points out the retrospective analysis (*ex post*), which is usually used mostly in connection with prohibited agreements between enterprises and future-looking analysis (*ex ante*) mainly used in the field of mergers control.

The second chapter focuses on the different analysis methods in the field of agreements and concerted practice between enterprises. Different horizontal and vertical agreements as well as individual and block exemptions of the Article 81 of the Treaty of Rome are thoroughly investigated in this paper.

This paper analyzes how are price agreements, distributors agreements and other selected restrictive practices dealt with by the judicial authorities and to what extent are their decisions influenced by the market structure and market performance.

In the European Union horizontal agreements about the market division, in particular have caused reaction on the part of the authorities. In their opinion, competition rules are important means, which contribute to the establishment and maintenance of the common market. Agreements fixing prices are not accepted in the Common Market either. A formal *per se* rule has hardly been established.

When analyzing vertical restrictions, it is appropriate to distinguish between vertical price fixing and other vertical restrictions. The primary concern of the antitrust authorities has been retail price maintenance, absolute territorial division and customer clauses. An interesting issue in this connection is the exclusive agreements. As far as European competition law is concerned, discussions and regulations have been focused on sole distribution agreements.

Agreements made by undertakings on different vertical levels may influence competition on the horizontal level on the market. The restrictions mentioned reduce

intra-brand competition may simultaneously lead to increased competition among competing products, i.e. inter-brand competition. The European Union has wanted to establish the common market, which on the one hand has made the competition rules an important supplement to the rules relating to the creation of a custom union and free, economic channels. On the other hand, attention must be drawn to the distinction made between those vertical restrictions, which apparently have no detrimental effects and those vertical restrictions, which have such effects.

If the agreement is held to be within article 81(1) it can gain exemption under article 81(3). In order to do so, it must satisfy certain conditions. Exemptions can be granted on an individual basis, or there can be block exemptions, which exempt categories of agreement. In making decisions on an individual basis the European Commission must respect the rights guaranteed by the Community legal order in administrative procedures, and this includes a duty to consider all the relevant aspects of the individual case. The object of block exemptions is to exclude a generic type of agreement from the ambit of article 81(1), thereby obviating the need for separate and time-consuming individual exemptions.

In the third chapter, the main problem is to compare the different tests, which are used to investigate the mergers. The test of creating or strengthening the dominant position used in the European Union and the trade-off test used in the United States are being analyzed. Attention has also been paid to the arguments in favour of and against mergers.

Mergers can be of three kinds. Horizontal mergers are those between enterprises, which make the same products and operate at the same level of the market. Vertical mergers are those between enterprises, which operate at different distributions levels of the same product market. Conglomerate mergers are between firms, which have no connection with each other in any product market. Horizontal mergers are potentially the most damaging to the competitive process. The impact of vertical mergers on competition is more controversial.

The European Commission can decide that the concentration is outside the Mergers Regulation. The Commission will investigate those mergers, where there are serious doubts about their compatibility with the Common Market. It may determinate that

the merger is incompatible with the Common Market, because it creates or strengthens a dominant position as a result of which competition will be significantly impeded. The discussion thus far has focused on the applicability of the Merger Regulation to single firm dominance. The Commission took the view that it also covered collective dominance: where the concentration created or strengthened a dominant position between the parties of the concentration and another party on that market.

The following discloses most relevant conclusions and provides a brief point of view taken with regard to the studied research matter.

The European competition law practices are thus inspired by the development of the American antitrust law, but have not reached clear use of the *per se* prohibition, however, there are some elements of it in use.

In the European Union it would be sensible to use certain presumptions within the rule of reason, especially at the earlier stage of investigation, presuming the distortion of competition or possibility of it. Article 81 of the Treaty of Rome does not prohibit forming or usage of such presumptions. Benefits for competition pursuant to article 81 (3) do not have to be considered; it is presented just as an opportunity.

Damage resulting from restriction of competition has to be compensated. Punitive or treble damage compensation is widely used in the United States. At the same time the question of reasonability of treble damage compensation and limiting it remains. The use of this type of damage compensation is justified in case of severe restriction of competition. Punitive damage compensation might be effective; however, providing such opportunities by the state for the plaintiffs should not create a new injustice. The unjust situation may occur when in analyzing the restriction of competition, generalised analysis methods are used (*per se* rule) and the offence of a particular undertaking and its connection to the damage is not investigated in detail. Taking into consideration established traditions, the author does not recommend that punitive damage compensation be used in the European Union competition law.

Horizontal price and market division agreements have in principle been prohibited. It is presumed that these agreements are aimed at distortion of competition. Despite general presumption, these agreements are studied in the European Union using rule of reason test. The *per se* rule is used in the United States in case of direct and clear restriction of competition. In such cases distortion of competition is already presumed.

In case of vertical agreements, in the European Union common market practice regarding determination of the resale price, restriction of competition is resolved by forbidding export restrictions. Thus, the issue comes down to analysing the infringement of the parallel import prevention. The analysis does not focus on proving the restriction of competition, because separation of the national market is in itself contradictory to the European Union law, and thereby to the idea of competition law.

There is not enough clear and coherent evidence in application of the European Union competition law. Direct evidence is in reality difficult to find, that being one of the reasons for increasing need to create legal prerequisites in detecting restrictions of competition. Having the assumption of competition distortion, it is possible to establish connection between the respective activity and distortion of competition. For example, it is possible to prove the existence of a coordinated practice, based on parallel behaviour. Coordination between the undertakings may in certain cases be regarded as reaching an agreement. In addition to improving legal analysis and creating new analysis methods, an increasing attention should be paid to enhancing the economic analysis.

Dominant position test used in the European Union merger control examines the issue of whether dominant position is created or strengthened, which may significantly impede competition. Merger control tradeoff analysis is a test on substantial lessening of competition. The test is used in the United States. The test focuses on analyzing created effectiveness. Effectiveness is measured by possible strengthening of competition. Analysis in both of these tests is future looking by nature (*ex ante*). In order to decide whether merger should be permitted, the possibility of competition distortion in the future in connection with merger is investigated.

Taking into account most of the merger-related circumstances the author arrives at the conclusion that merger control in its present form is not justified. Competition authorities should not interfere more than necessary with the activities of the undertaking. Ending of authorisation system should be considered in the European Union competition law; thus occurring competition problems may be resolved by other rules protecting competition.

The attitude of European competition law seems to be still too strict in connection with mergers and too liberal in connection with cartel agreements. This, however, poses a problem arising from the essence of competition. In fact, collusions between competitors seem to be of particular concern. Yet, not all mergers have damaging consequences to the competition.

By appropriate application of *per se* and rule of reason analyses, they must be assumed to have the substantial pedagogical value if the authorities clarify the contents and scope of the competition rules to trade and industry. Different analyses seem to make it possible to clarify the European Union competition rules and practices and they may be the value to the law-enforcing and also law-making authorities.

KASUTATUD KIRJANDUSE LOETELU

1. A. Aarnio. Õiguse tõlgendamise teooria. Tallinn, 1996;
2. R. Aernoudt. European Enterprise Policy. From SME policy to Entrepreneurship policy. Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2003;
3. R. Alexy. Kollisioon ja kaalumine kui põhiõiguste dogmaatika põhiprobleemid. Juridica, 2001;
4. F. Amato. International Antitrust: What Future? World Competition 24(4), Kluwer Law International, 2001;
5. W. J. Baer, R. C. Redcay. Solving Competition Problems in Merger Control: The Requirements for an Effective Divestiture Remedy. Merger Remedies in American and European Union Competition Law. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003;
6. Bellamy & Child. European Community Law of Competition. Edited by P. M. Roth, London, Sweet & Maxwell, 2001;
7. O. Ben-Shahar. Causation and Foreseeability. Encyclopedia of Law and Economics. Vol II, Edited by B. Bouckaert, G. de Geest, Edward Elgar Cheltenham, United Kingdom, 2000;
8. G. Le Blanc, H. Shelanski. Telecommunications Mergers in the EU and US: A Comparative Institutional Analysis. Merger Remedies in American and European Union Competition Law. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003;
9. K.-D. Borchardt. Euroopa Ühenduse õiguse ABC. Viies trükk. Euroopa Komisjon, Tallinn 2001;
10. J. W. Van de Gronden. Rule of Reason and Convergence in Internal Market and Competition Law. Kogumikus Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine. Edited by A. Schrauwen. Europa Law Publishing, Groningen/Amsterdam, 2005;
11. C. Bovet, P. Gugler. Connecting Regulations and Competition Law: a Swiss perspective on liberalization. Law and Contemporary Problems, 2000/Autumn, nr 4;
12. G. Calabresi. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. Foundation of the Economic Approach to Law. Edited by A. W. Katz, Oxford University Press, New York, Oxford, 1998;

13. J. Coleman. Efficiency, Utility, and Wealth Maximization. Markets, Morals, and Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, lk 95-132. Foundation of the Economic Approach to Law. Edited by A.W. Katz, New York, Oxford, Oxford University Press, 1998;
14. C. J. Cook, C. S. Kerse. E.C. Merger Control Sweet & Maxwell. London, Dublin, Hong Kong, 1996;
15. P. Craig, G. de Burca. EU Law: Text, Cases, and Materials. Third Edition, Oxford University Press, New York, 2002;
16. A. Dietz. Introduction. The Enforcement of Industrial Property Rights in Eastern Europe. International Review of Industrial Property and Copyright Law. 2001, volume 32, Verlag C.H. Beck, Munich, Frankfurt, Berlin;
17. N. Dutilh, M. van der Woude, V. Landes. European Union. Merger Control in Europe. 4th edition. Edited by P. Verloop, V. Landes. Kluwer Law International, Hague, London, New York, 2003;
18. T. Eilmansberger. How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC: in search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses. Common Market Law Review. vol 42, February, 2005, Kluwer Law International;
19. Euroopa Kohtu lahendid. Euroopa Kohtu ja Euroopa Ühenduste Esimese Astme Kohtu tutvustus. Koostaja J. Laffranque. Juura, Õigusteabe AS, Tallinn 2001;
20. Euroopa Kohtu lahendid II. Tähtsamad Euroopa Kohtu lahendid eesti keeles. Koostaja J. Laffranque. Juura, Õigusteabe AS, Tallinn 2003;
21. J. Fejo. Monopoly Law and Market. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston 1990;
22. M. Friedman. The Methodology of Positive Economics. Foundation of the Economic Approach to Law. Edited by A. W. Katz, Oxford University Press, New York, Oxford, 1998;
23. R. Frolov, T. Sild, U. Ustav. Turgu valitseva seisundi kuritarvitamine: Eesti õiguskäsitluse kriitika ja võrdlus Euroopa Liidu konkurentsioigusega, Juridica 2004;
24. E. Gellhorn. Antitrust Law and Economics in a Nutshell. Third Edition. West Publishing Co, St. Paul, 1986;
25. D. Gerard. Merger Control Policy: How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims? Common Market Law Review, vol 40, Kluwer Law International, 2003;

26. D. J. Gerber. Law and Competition in Twentieth Century Europe. New York. Oxford University Press 2001;
27. D. J. Gifford. L.J. Raskind. Cases and Materials on Federal Antitrust Law. West Publishing Co, St. Paul, 1983;
28. D. G. Goyder. EC Competition Law. Third Edition. Oxford University Press, New York, 1998;
29. Graždanskoje pravo: 2-e izdanije. Tom I: Utshebnik. Redaktor E. A. Suhanov. Moskva, Izdatelstvo BEK, 2003;
30. A. S. Grewlich. Globalisation and Conflict in Competition Law. Elements of Possible Solutions. World Competition 24(3), Kluwer Law International, 2001;
31. M. Grillo. The Economic Analysis of Collusion and the Detection of Collusive Behavior: New Perspectives for Antitrust Policy and Law. IV Conference: Antitrust Between EC Law and National Law, 13-14 May, Maggio 1999, edited by E. A. Raffaelli, Bruxelles, Milano, 2000;
32. C. Harding, A. Gibbs. Why go to court in Europe? An analysis of cartel appeals 1995-2004. European Law Review, vol 30, June, Sweet & Maxwell 2005;
33. C. Harding, J. Joshua. Regulating Cartels in Europe. A Study of Legal Control of Corporate Delinquency. Oxford University Press, New York, 2003;
34. D. Harland. The Consumer in the Globalized Information Society – The Impact of the International Organizations. Consumer Law in the Information Society. Edited by T. Wilhelmsson, S. Tuominen, H. Tuomola, Kluwer Law International, The Hague 2001;
35. H.L.A. Hart, T. Honoré. Causation in the Law 2. Ed., Clarendon Press, Oxford, 1998;
36. M. Heidenhain, H. Statzky, C. Stadler. German Antitrust Law. Fifth fully revised edition. Fritz Knapp Verlag, Frankfurt am Main 1999;
37. M. Hint. Avalikustamiskohustuste vajalikkus väärtpäberituruõiguses. Õiguse majandusteaduslik analüüs. Juridica, 2005;
38. T. Honoré. Causation and Remoteness of Damage. Chapter 7 of volume 11, Torts, in International Encyclopedia of Comparative Law. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1983;
39. H. Hovenkamp. Federal Antitrust Policy. The law of Competition and Its Practice. Second Edition. West Publishing Co, St. Paul, 1999;

40. E. Ilus. Rooma eraõiguse alused. Toimetanud professor H. Pisuke, AS Kirjastus Ilo, 2000;
41. E. Ilves. Miks juristid peaksid õppima majandust ehk sissejuhatas õigusmajandusse. Juridica, 1999;
42. R. S. Kaplan, D. P. Norton. Tasakaalus tulemuskaart. Strateegialt tegudele (The Balanced Scorecard). Harward Business School Press, 1996, tõlge eesti keelde Kirjastus Pegasus, 2003;
43. H. Kelsen. Introduction to the Problems of Legal Theory; a translation of the first edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law. Clarendon Press, Oxford, 1996;
44. M. Kingisepp. "Kausaalõpetused ja võlaõigus" Juridica, 2003;
45. M. Kingisepp. Kahjuhüvitis postmodernses deliktiõiguses. Tartu Ülikooli Kirjastus, Tartu, 2002;
46. Konkurentsiseadus. Kommentaarid. Koostanud Konkurentsiamet, Tallinna Tehnikaülikooli Majandusõiguse õppetool. TTÜ Kirjastus, 2003;
47. V. Korah. Cases and Materials on EC Competition Law. Second Edition. Hart Publishing. Oxford-Portland Oregon 2001;
48. I. Kull. Korruptsioon ja tsiviilõiguslik vastutus. Juridica, 2000;
49. P. Kuoppamäki. Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Yliopistollinen väitöskirja, Soumalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä, 2003;
50. J. Lahe. Kahju tekitaja süü presumtsioon. Juridica, 2002;
51. T. B. Leary. The Essential Stability of Merger Policy in the United States. Merger Remedies in American and European Union Competition Law. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003;
52. K. Lenaerts, P. V. Nuffel. Constitutional Law of the European Union. Sweet & Maxwell, London, 1999;
53. P. Lowe. Current issues of EU Competition Law – The new competition enforcement regime. Key lecture at the study days of the International League of Competition Law. Barcelona, 2.10.2003, internetis http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_035_en.pdf ;
54. O. J. Luik. Liikluskindlustus kui kohustuslik vastutuskindlustus. Magistritöö. Tartu Ülikooli Õigusinstituut, Tallinn, 2004;

55. B. S. Markesinis, S. F. Deakin. Tort Law. Fourth Edition. Clarendon Press, Oxford, 1999;
56. M. Mendelsohn, S. Rose. Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements. Kluwer Law International. Hague, London, New York, 2002;
57. K. Merusk, I. Koolmeister. Haldusõigus. Õpik Tartu Ülikooli õigusteaduskonna üliõpilastele. Õigusteabe AS Juura, Tallinn, 1995;
58. T. J. Miceli. Cause in fact, Proximate Cause, and the Hand Rule: Extending Grady's Positive Economic Theory of Negligence. International Review of Law and Economics, 1996;
59. M. Monti. Analytical Framework of Merger Review. Address to the Inaugural Conference of the International Competition Network. Napoli, 28.09.2002, internetis: www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/index.html;
60. M. Monti. Merger Control in the European Union: a radical reform. Address to the International Bar Association Conference on EU Merger Control. Brussels, 07.11.2002, internetis: www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/index.html;
61. M. Monti. The Commission's Notice on Merger Remedies. Merger Remedies in American and European Union Competition Law. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003;
62. M. Motta, M. Polo, H. Vasconcelos. Merger Remedies in the European Union: An Overview. Merger Remedies in American and European Union Competition Law. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003;
63. R. Narits. Õiguse entsüklopeedia. Juura, Õigusteabe AS, Tallinn, 2002;
64. R. Narits. Interpretation of Law in the Estonian Legal System. Juridika International. Law Review. University of Tartu, 1996;
65. R. Neudorf. Kartelliriik Eesti. Ärielu nr 7, 2003;
66. N. Th. Nikolinakos. Mergers and Strategic Alliances in the Emerging Multi-Media Sector: The EU Competition Policy. European Competition Law Review, vol 25, issue 10, October, 2004, Sweet & Maxwell;
67. A. Peczenik. Causes and Damages. Juridiska Föreningen i Lund, 1979;
68. H. Pisuke. Estonia and the European Union: European Integration in Estonia. Juridika International. Law Review. University of Tartu, 1996;
69. H. Pisuke. The Process of Bringing Estonia's Legal System into Conformity with the European Union's *acquis communautaire*. The Baltic States at Historical Crossroads. Edited by T. Jundzis, Latvian Academy of Sciences, Riga, 2001;

70. M. Pflanz. Oracle/PeopleSoft: the Economics of the EC Review. *European Competition Law Review*, Sweet & Maxwell, 2005 vol 26 nr 3;
71. P. Pärna, V. Kõve. Asjaõigusseadus. Kommenteeritud väljaanne. Õigusteabe AS Juura, Tallinn, 1996;
72. I. Ramsay. Consumer Protection in the Era of Information Capitalism. *Consumer Law in the Information Society*. Edited by T. Wilhelmsson, S. Tuominen, H. Tuomola, Kluwer Law International, The Hague 2001;
73. N. Reich. The “Courage” Doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries? *Common Market Law Review*, vol 42, February, Kluwer Law International, 2005
74. P. Rey. Economic Analysis and the Choise of Remedies. *Merger Remedies in Amercan and European Union Competition Law*. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003;
75. R. Rinaldi. The Evolution of the Discipline of Vertical Agreements: Light and Shade. IV Conference: Antitrust Between EC Law and National Law, 13-14 May, Maggio 1999, edited by E. A. Raffaelli, Bruxelles, Milano, 2000;
76. L. Ritter, W. D. Braun, F. Rawlinson. *EC Competition Law. A Practitioner`s Guide*. Second Edition. Kluwer Law International, The Hague, 2000;
77. J. Sepp. Konkurentsipoliitika Euroopa Liidus ja Eestis. Tartu Ülikooli Kirjastus. Tartu, 2002;
78. P. Schlechtriem. Võlaõigus. Üldosa. Juura Õigusteabe AS, Tallinn, 1999;
79. A. Schrauwen. In Defence of Public Interest: The Rule of Reason. Genesis of a Principle of Law. *Kogumikus Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*. Edited by A. Schrauwen. Europa Law Publishing, Groningen/Amsterdam;
80. K. H. Schwab, H. Prütting. Asjaõigus. Õpik. Õigusteabe AS Juura, Tallinn, 1995;
81. K. Sein. Kahju ettenähtavuse reegel kahjuhüvitise piiramise alusena. *Juridica*, 2003;
82. T. Sild. Konkurentiseaduse kitsaskohtadest. *Juridica*, 2000;
83. A. Smith. Uurimus riikide rikkuse iseloomust ja põhjustest. II köide. Ilmamaa, Tartu, 2005;
84. J. Sootak. Karistusõigusel on oma füüsika. Teo ja tagajärje omistamine, vanad ja uued dogmaatikafiguurid karistusõiguses. *Juridica*, 2004;

85. C. R. A. Swaak. European Community Law and the Automobile Industry. Dissertation 1999, sales edition, Kluwer Law International, Hague, London, Boston;
86. T. Tampuu. Deliktiõigus võlaõigusseaduses. Üldprobleemid ja delikti üldkoosseisul põhinev vastutus. Juridica, 2003;
87. K. Tasa. Euroopa Liidu konkurentsireeglid mootorsõidukite müügi valdkonnas. Transport ja Teed, 2003 nr 4;
88. J. Thielert, M. P. Schinkel. Estonia's Competition Policy: A Critical Evaluation Towards EU Accession. European Competition Law Review, Sweet & Maxwell, 2003 nr 4;
89. D. N. Thompson, G. K. Ottosen. The Real New Economy. Crossroads Research Institute, Salt Lake City, 2003;
90. K. Tonner. Electronic Commerce and Travel Law. Consumer Law in the Information Society. Edited by T. Wilhelmsson, S. Tuominen, H. Tuomola, Kluwer Law International, The Hague 2001;
91. R. Vahimets jt. Ühinemised ja omandamised, Tark & Co, Tallinn, 2004;
92. E. N. Varona, A. F. Galarza, J. F. Crespo, J. B. Alonso. Merger Control in the European Union. Law, Economics and Practice. Second Edition. Oxford University Press, Oxford, New, York, 2005,
93. P. Varul. Võlgniku vastutus pankroti korral. Juridica, 2003;
94. P. Varul. Legal Policy Decisions and Choices in the Creation of New Private Law in Estonia. Juridica International, 2000, nr 5;
95. S. Voigt, A. Schmitdh. The Commission's Guidelines on Horizontal Mergers: Improvement or Deterioration. Common Market Law Review, vol 41, December, Kluwer Law International, 2004,
96. S. B. Völcker. Developments in EC Competition Law in 2003: An Overview. Common Market Law Review, vol 41, October, Kluwer Law International, 2004.
97. M. Waelbroeck. Õppematerjar kohtunikele 2004. Konkurentsioigus Euroopa Ühenduses. Sihtasutus Eesti Õiguskeskus, Tartu, 2005;
98. S. Weatherill, P. Beaumont. EC Law. Second edition. Penguin Books, England, 1995;
99. S. Weatherill. Cases and Materials on EC Law. Second Edition, Hampshire, 1994.
100. R. Wesseling. The Rule of Reason and Competition Law: Various Rules, Various Reasons. Kogumikus Rule of Reason. Rethinking another Classic of

- European Legal Doctrine. Edited by A. Schrauwen. Europa Law Publishing, Groningen/Amsterdam, 2005;
101. R. Whish. Competition Law. Fourth Edition. Butterworths. The Bath Press, Bath, 2001;
102. T. Wibmann. Decentralised Enforcement of EC Competition Law and the New Policy on Cartels, *Journal of World Competition* 23(2), Kluwer Law International, 2000;
103. T. Wilhelmsson. Critical Studies in Private Law. A Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1992;
104. A. Winckler, Some Comments on Procedure and Remedies under EC Merger Control Rules: Something Rotten in the Kingdom of the EC Merger Control. *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003;
105. D. P.. Wood. A Comparison of Merger Review and Remedy Procedures in the United States and the European Union. *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*. Edited by F. Lévêque, H. Shelanski, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2003.

KASUTATUD NORMATIIVMATERJALI LOETELU

1. Euroopa Liit: Nice'i leping, Euroopa Liidu leping, Euroopa Ühenduse asutamisleping, Euroopa Liidu põhiõiguste harta. Eesti Õigustõlke Keskus, Tallinn, 2002;
2. Euroopa Ühenduse Asutamisleping, OJ C 325, 24.12.2002;
3. Konkurentsiseadus RT I 2001, 56, 332;
4. Sherman Antitrust Act, 15 USC § 1-7;
5. Clayton Act 15 USC § 12-27; 29 USC § 52-53;
6. Robinson-Patman Act, 15 USC § 13;
7. Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act. 15 USC § 18a;
8. Commission of the EC. Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 15(2) of Regulation 17. OJ C 009 14.01.1998;
9. Commission notice - Guidelines on Vertical Restraints, *Official Journal C 291*, 13.10.2000;
10. Notice of the Commission Relating to the Revision of the 1997 Notice on Agreements of Minor Importance which do not fall under Article 81(1) of the EC Treaty, OJ C 149 19.05.2001;
11. Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis), OJ C 368, 22.12.2001;
12. EL Nõukogu määrus nr 17, Esimene määrus asutamislepingu artiklite 85 ja 86 rakendamise kohta, OJ P 013, 21.02.1962;
13. EL Nõukogu määrus nr 1/2003, asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta, OJ L 001, 04.01.2003;
14. EL Nõukogu määrused 2407/1992 lennuettevõtjatele lennutegevuslubade väljaandmise kohta; 2408/1992 ühenduse lennuettevõtjate juurdepääsu kohta ühendusesisestele lennuliinidele ja 2409/1992 piletihindade ja lastitariifide kohta, OJ L 240, 1992;
15. EL Komisjoni määrus nr 2790/1999 asutamislepingu artikli 81 lõike 3 kohaldamise kohta vertikaalkokkuleppe ja kooskõlastatud tegevuse liikide suhtes, OJ L 336, 29.12.1999;

16. EL Komisjoni määrus nr 1400/2002 asutamislepingu artikli 81 lõike 3 kohaldamise kohta teatavat liiki vertikaalsete kokkulepete ja kooskõlastatud tegevuse suhtes mootorsõidukisektoris, OJ L 203, 01.08.2002;
17. EL Nõukogu määrus nr 1216/1999 millega muudetakse määrust nr 17: Esimene määrus asutamislepingu artiklite 85 ja 86 rakendamise kohta, OJ L 148, 15.06.1999;
18. EL Nõukogu määrus nr 1310/97 millega muudetakse määrust (EMÜ) nr 4064/89 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle, OJ L 180, 09.07.1997;
19. EL Nõukogu määrus nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle, OJ L 024, 29.01.2004;
20. EL Nõukogu määrus nr 4064/89 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle, OJ L 395, 30.12.1989;
21. Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases. OJ C 045, 19.02.2002;
22. EL Nõukogu määrus nr 19/65/EMÜ asutamislepingu artikli 85 lõike 3 kohaldamise kohta teatavat liiki kokkulepete ja kooskõlastatud tegevuse suhtes. OJ P 036, 06.03.1965;
23. Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law. OJ C 372, 09.12.1997.
24. Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. OJ C 031, 05. 02. 2004.
25. Äriseadustik, RT I 1995, 26/28, 355;
26. Euroopa Sõe- ja Terasühenduse asutamisleping. Internetis <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/en/entoc29.htm>.
27. Commission Regulation (EEC) No 3604/82 of 23 December 1982 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of specialization agreements. OJ L 376, 31.12.1982;
28. Euroopa Komisjoni määrus nr 773/2004 komisjoni poolt menetluse läbiviimiseks vastavalt EÜ asutamislepingu artiklitele 81 ja 82. OJ L 123, 27.04.2004;
29. Euroopa põhiseaduse leping. Luxembourg. Euroopa Ühenduste Ametlike Väljaannete Talitus, 2005, lk 76; OJ C 310, 16.12.2004.

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA LOETELU

1. Adalat, case 96/478/EEC, OJ L 201, 09.08.1996;
2. ACF Chemiefarma v Commission, cases 41, 44, 45/69, ECR 661, 1970.
3. A. Ahlström Oy and Others v. Commission, cases C-89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, 1993, ECR I-1307;
4. A. Ahlström and Others v. Commission, cases 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, 1988, ECR 5193;
5. Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co., 495 U.S. 328, 110 S.Ct. 1884 (1990);
6. Bayer AG v Commission, case T-41/96 (2000), ECR 2000 II-03383;
7. Brouwerij Haacht NV v. Commission, case T-48/02, 2005;
8. Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v. Sterling Drug Inc., case 15-74, 1974, ECR 1147;
9. Commission v. Solvay SA, cases C-287/95P and 288/95P, 2000, ECR I-2391;
10. Cosmé/Maretell DMP, case 91/335/EEC, OJ L 185, 11.07.1991;
11. Distillers Company Limited v. Commission, case 30/78, 1980, ECR 2229;
12. Etablissements Consten SARL and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission, Cases 56 and 58/64 ECR, 1966, 299;
13. European Night Services and others v. Commission, cases T-374, 375, 384, 388/94, 1998, ECR II-3141;
14. Imperial Chemical Industries Ltd v. Komisjon (*Dyestuffs*), case 48/69, ECR 619, 1972;
15. Krupp Thyssen Stainless and Acciai speciali Terni v. Commission, cases T-45/98 ja T-47/98, 2001, ECR II-3757.
16. Merck & Co. Inc. v. Stephar BV and Petrus Sthepanus Exler, case 187/80, 1981, ECR 2063;
17. Métropole television v. Commission, case T- 112/99, 2000, ECR 2459;
18. Metro-SB-Grossmärkte CmbH & Co KG v. Commission and SABA, case 26/76, 1977, ECR 1875;
19. Northern Pacific Railway v. US, 356 US 1, 5 (1958);
20. Nungesser KG & Kurt Eisele v. Commission, case 258/78, 1982, ECR 2015;
21. Parke, Davis and Co. v. Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm, case 24/67, 1968, ECR 55;

22. Rennet, case 80/234/EEC, OJ L 051, 25.02.1980;
23. SCA Holding v. Commission, case T-327/94, 1998, ECR II-1373;
24. Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH, case 56/65, 1996, ECR 235;
25. Standard Oil Co. of New Jersey v. US 221 US 1 (1911);
26. Tetra Pak International SA v. Commission, case T-83/91, 1994, ECR II-755;
27. US v. American Tobacco Co. 221 US 106 (1911);
28. Wouters and others v. Algemene Raad van Nederlandse Orde van Advocaten, case C- 309/99, 2002, ECR 1577;
29. Völk v. Vervaecke, case 5/69, 1969, ECR 295.