

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND TALLINNAS

Avaliku õiguse instituut

Merilin Mägi

**RÖÖVELLIK HINNAKUJUNDUS
EUROOPA LIIDU JA EESTI KONKURENTSIÕIGUSES**

Magistritöö

Juhendajad: Mari Matjus

dots Carri Ginter

Tallinn

2015

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
I RÖÖVELLIKU HINNAKUJUNDUSE OLEMUS	8
1.1. Mõiste	8
1.2. Mõju turuosalistele	13
II RÖÖVELLIKU HINNAKUJUNDUSE ELEMENDID	20
2.1. Lühiajaline kasumi ohverdamine	20
2.2. Turu enda kasuks sulgemine	32
2.3. Pikaajaline kahjumi tagasiteenimine	41
III OBJEKTIIVNE ÕIGUSTUS.....	48
3.1. Objektiiitse õigustuse liigid	48
3.2. Hinnakujundus vastavalt konkurentide hindadele	53
KOKKUVÕTE	58
<i>PREDATORY PRICING IN EU AND ESTONIAN COMPETITION LAW</i>	64
KASUTATUD LÜHENDID	70
KASUTATUD LAHENDID	71
KASUTATUD KIRJANDUS	75
KASUTATUD ÕIGUSAKTID	77
MUUD KASUTATUD ALLIKAD.....	78
Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks	79

SISSEJUHATUS

Turgu valitseva seisundi kuritarvitamisel toimub konkurentsirikkumine ühepoolse käitumise tulemusena. Sellist olukorda, kus ettevõtjal on turuosa, mis võimaldab tal ühepoolset konkurentsi moonutada, reguleerib Euroopa Liidu Toimimislepingu¹ (edaspidi *ELTL*) artikkel 102. Kaasustes, kus Euroopa element puudub, kohaldatakse siseriiklikku konkurentsioigust. Eestis reguleerib turgu valitsevat seisundit omava ettevõtja² tegevust konkurentsiseaduse³ (edaspidi *KonkS*) §-d 13-18. Nende sätete eesmärk on tagada tõhusa konkurentsi säilimine kaubaturul. Kuivõrd Eesti kehtivas konkurentsiseaduses sisalduva turgu valitseva seisundi kuritarvitamise regulatsiooni väljatöötamisel on suuresti tuginetud *ELTL*-i artiklile 102 (endine EÜ artikkel 82), siis peab Konkurentsiamet *KonkS* § 16 punkti 1 tõlgendamisel muuhulgas asjakohasteks Euroopa Kohtu ja Üldkohtu (edaspidi koos *Euroopa Liidu Kohus*, *ELK*) seisukohti *ELTL*-i artikli 102 kohaldamise osas.

Euroopa Liidu Kohus on selgitanud, et turgu valitseva seisundi omamine iseenesest ei ole rikkumine, kuid turgu valitseval ettevõtjal lasub eriline vastutus hoiduda oma käitumisega kahjustamast tõelist moonutamata konkurentsi Euroopa Liidu (edaspidi *EL*) ühisturul.⁴ Seega karistatav ei ole turgu valitsev seisund ega ka selle seisundi saavutamine, vaid turgu valitseva seisundi kuritarvitamine. Kuivõrd käesoleva töö maht on limiteeritud, ei käsitleta töö raames turgu valitseva seisundi saavutamist.

Käesolev magistritöö keskendub *ELTL*-i artikli 102 punktile a, mis keelab turgu valitseval ettevõtjal otseselt või kaudselt kehtestada ebavõrdseid ostu- või müügihindu. *ELK* ja Euroopa Komisjoni (edaspidi *Komisjon*) praktikas on kahte vastandlikku tüüpi ebaõiglase hinna kaasuseid: ebaõiglaselt kõrge ja ebaõiglaselt madala hinna kaasused. Kui turgu valitsev ettevõtja kehtestab ebaõiglaselt kõrged hinnad, on tarbijate kahjustamine selgemini märgatav kui turuvalitseja poolt kehtestatud ebaõiglaselt madalate hindade korral. Kuivõrd turgu valitseva ettevõtja poolt oma kaubale või teenusele ebaõiglaselt madalate hindade kehtestamine ei pruugi alati olla nii ilmne turgu valitseva seisundi kuritarvitamine, siis keskendubki käesolev

¹ Euroopa Liidu Toimimise Lepingu konsolideeritud versioon, OJ [2010] C 83/47.

² Mõistet “turgu valitsevat seisundit omav ettevõtja” on edaspidi teksti selguse ja lühiduse huvides tähistatud ka väljenditega “turgu valitsev ettevõtja” ja “turuvalitseja”.

³ Konkurentsiseadus. 5. juuni 2001. RT I 2001, 56, 332; RT I 2010, 22, 108.

⁴ Case C-322/81 *Michelin v Commission* (*Michelin I*) [1983] ECR 3461 (edaspidi *Michelin I 1983*), para 57. Case T-83/91 *Tetra Pak v Commission* [1994] ECR II-755 (edaspidi *Tetra Pak II 1994*), para 114. Case T-219/99 *British Airways v Commission* [2003] ECR II-5917 (edaspidi *British Airways 2003*), para 242. Turu määratlemise kohta vt Komisjoni teatis asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses. OJ [1997] C 372/3.

magistritöö probleemidele, mis seonduvad turuvalitseja kehtestatud ebaõiglaselt madalate hindade ehk röövelliku hinnakujunduse tuvastamisega, jättes kõrvale ebaõiglaselt kõrgete hindade temaatika. Ingliskeelses erialakirjanduses tähistatakse seda turgu valitseva seisundi kuritarvitamise viisi väljendiga *predatory pricing*.⁵ Eesti keeles on kasutusel mitmeid termineid⁶, tähistamaks turgu valitseva ettevõtja hinnakujundust, millega ta kehtestab liiga madalad hinnad, kuritarvitades sellega oma turgu valitsevat seisundit. Töö autor eelistab oma töös kasutada mõistet röövellik hinnakujundus, mis iseloomustab hästi turgu valitseva ettevõtja hinnakujundust, millega ta nii-öelda röövib konkurentidelt nende turuosa või lausa tõrjub nad turult välja.

Röövelliku hinnakujunduse näol on tegemist keerulise valdkonnaga EL-i konkurentsioiguses. Seda eelkõige põhjusel, et röövellikku hinnakujundust on praktikas keeruline õiguspärasest konkurentsist eristada, kuna ka tavapärase konkurentsi tingimustes esineb kaupade müüki omahinna piiril või alla selle. Iga turgu valitseva ettevõtja kehtestatud allahindlus ei ole veel konkurentsioiguse rikkumine. Magistritöös käsitletav teema on praktikas aktuaalne seetõttu, et ehkki on tegemist praktikaga, mis on turgu valitsevatele ettevõtjatele EL-i (ja selle õiguseellaste) regulatsiooniga keelatud olnud juba aastaid, ei ole tänaseni ettevõtjatele ega siseriiklikele kohtutele ja konkurentsiasutustele selge, kus jookseb piir röövellike hindade kehtestamise ja õiguspärase konkurentsi vahel. Konkurentsiameti otsused ei lähtu alati samadest põhimõtetest ja loogikast, mistõttu ei ole Konkurentsiameti praktikat analüüsides võimalik teha järeldusi Konkurentsiameti ja kohtute võimalike seisukohtade kohta tulevikus. Kuivõrd konkurentsiseaduse näol on tegemist keerulise seadusega, mis ei kirjelda täpselt lubatud ja keelatud tegevuste sisu, on ettevõtjatel keeruline kujundada oma seaduskuulekat tegevust ilma konkreetsete juhiste ja selgitusteta. Ometi on röövelliku hinnakujunduse ja ausa konkurentsi eristamine oluline, sest kauba või teenuse ebaõiglaselt madala hinnaga müügi eesmärk on konkurentide kaubaturult väljatõrjumine ehk kaubaturu struktuuri muutmine ning seega on selliste rikkumiste tõkestamisega võimalik kaitsta tõhusat konkurentsi kaubaturul ja seeläbi ka tarbijaid.

⁵ Craig, P., de Burca, G. EU Law: text, cases and materials. Oxford : Oxford University Press, 2011, lk 1042. Lundqvist, B. Post Danmark, now concluded by the Danish Supreme Court: clarification of the selective low pricing abuse and perhaps the embryo of a new test under article 102 TFEU? E.C.L.R. 2013, 34(9), lk 484-489. Bien, F., Krahn, M. The ruling of the CJEU in Post Danmark: putting an end to selective price cuts as an abuse under Article 102 TFEU and turning towards a more economic approach. E.C.L.R. 2012, 33(10), lk 482-487.

⁶ Näiteks „turuvallutuslik hinnakujundus“, „röövellik hinnakujundus“, „müük alla omahinna“, „põhjendamatu madala hinnaga müük“ jne.

2009. aastal võttis Komisjon vastu uued suunised⁷ turgu valitseva seisundi kuritarvitamise juhtumite kohta, mis peaksid aitama eristada õiguspärast hinnapoliitikat ja turgu valitseva seisundi kuritarvitamist, kuid röövelliku hinnakujunduse teema saab suunistes vähe tähelepanu. Seetõttu jääb sätte sisustamise allikaks eelkõige ELK ning Komisjoni praktika, kusjuures viimane sõna jääb EL-i konkurentsioiguse tõlgendamisel Euroopa Kohtule. Et tundma õppida röövelliku hinnakujunduse olemust, tuleb ELK praktikat süstemaatiliselt uurida. Käesoleva töö põhirõhk ongi seetõttu ELK ja Komisjoni asjaspepuutuva praktika analüüsil, hinnates ELK ja Komisjoni seisukohtade valguses ka Eesti Konkurentsiameti praktikat.

Käesoleva magistr töö eesmärk on avada röövelliku hinnakujunduse kui õigusinstituudi olemus ja võimalikud objektiivsed õigustused Eesti ja EL-i praktikas. Käesoleva töö lähtekohaks on hüpotees, et Eesti konkurentsioiguse praktika kohaselt on röövelliku hinnakujunduse tuvastamise eeldused võrreldes EL-i konkurentsioiguse praktikaga leebemad, st tõendamise standard on madalam. Hüpoteesile kinnituse otsimiseks vaadeldakse ühelt poolt röövelliku hinnakujunduse tuvastamise võimalikke eelduseid ning teiselt poolt võimalikke objektiivseid õigustusi. Röövelliku hinnakujunduse eelduste tuvastamise osas on püstitatud järgmised uurimisküsimused: 1) kuidas hinnata, kas turuvalitseja hinnad on röövellikud? 2) kas röövelliku hinnakujunduse tuvastamiseks on vaja tõendada, et turuvalitseja hinnakujundus on kaasa toonud konkurentide positsioonide nõrgenemise või lausa nende turult väljatõrjumise, või peaks Konkurentsiamet reageerima juba konkurentide kahjustamise ohu korral? 3) kas röövelliku hinnakujunduse tuvastamise eelduseks on kahjude tagasiteenimine või vähemalt võimalus kahjude tagasiteenimiseks?. Objektiivse õigustuse puhul on peamiseks uurimisküsimuseks kas üldse ja millisel juhul on turuvalitseja kehtestatud madalad hinnad õigustatud. Mõistmaks röövelliku hinnakujunduse tuvastamise vajadust, analüüsitakse käesoleva magistr töö esimeses peatükis röövelliku hinnakujunduse mõju turuosalistele, sh ka tarbijatele. Esialgu võiks ju arvata, et madalad hinnad ja allahindlused on tarbijatele kasulikud, kuid pikemas perspektiivis võivad need tarbijatele hoopis olulise kahju kaasa tuua.

Magistr töö eesmärgi saavutamiseks ja hüpoteesi kinnitamiseks või ümberlukkamiseks kasutas töö autor analüütilist ja võrdlevat meetodit. ELK ja Komisjoni praktika valimi võrdlev analüüs viidi läbi röövelliku hinnakujunduse tuvastamise eelduste kaupa, kontrollides kõigis asjakohastes otsustes eelduste täitmise viisi. Seejärel uuriti võimalikke objektiivseid õigustusi EL-i praktikas. ELK ja Komisjoni otsuste analüüs võimaldas leida vastused kõikidele püstitatud

⁷ Euroopa Komisjoni suunised komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta EÜ asutamislepingu artikli 82 kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurentide tõrjuva tegevuse suhtes. OJ [2009] C 45/02 (edaspidi *Turgu valitseva ettevõtja suunised*).

uurimisküsimustele. ELK ja Komisjoni praktika valguses analüüsiti Eesti siseriiklikku praktikat, hinnates muu hulgas kas tänane siseriiklik praktika tagab õiguspärase konkurentsi säilimise ja turuosaliste kaitse. Konkurentsiameti vähene praktika rõõvelliku hinnakujunduse tuvastamisel ei võimaldanud teha EL-i praktikaga võrdselt põhjanevaid järeldusi selle kohta, kuidas menetleja regulatsiooni mõistab.

Hüpoteesile kinnituse otsimiseks kasutas käesoleva töö autor nii Eesti kui välismaist erialakirjandust ja perioodilistes väljaannetes avaldatud artikleid. Magistritöö esimeseks etapiks oli valdkonna teoreetilise tausta selgestegemine. Eestikeelsest õiguskirjandusest lähtuti peamiselt põhjalikult konkurentsioigust kajastavast K. H. Eichhorni ja C. Ginteri teosest „Euroopa Liidu ja Eesti konkurentsioigus“ ning M. Hagströmi ja R. Rütli teosest „Konkurentsioigus ja praktika“. Eestikeelset vastavat erialakirjandust on siiski suhteliselt vähe. See on ka mõistetav, arvestades käesoleva töö probleemistikku ja selle valdkonna vähest siseriiklikku praktikat. Võõrkeelsetest allikatest on käesolevas töös tähtsaim P. Craig ja G. de Burca teos "EU Law: text, cases and materials", mis annab EL konkurentsioigusest põhjaliku ülevaate. Olulise osa allikatest moodustavad uurimisvaldkonna spetsiifilisi aspekte puudutavad artiklid, millest suurem osa on avaldatud väljaandes *European Competition Law Review*. Õigusaktidest osutusid magistritöö tegemise käigus eelkõige vajalikeks EL-i aluslepingud ning Komisjoni suunised turgu valitsevas seisundis ettevõtjale, Eesti aktidest konkurentsiseadus.

Magistritöö teiseks etapiks oli ELK, Komisjoni ja Konkurentsiameti praktika asjakohaste otsuste valimi koostamine. ELK ja Komisjoni lahendeid ja otsuseid on töös kasutatud kokku ligi 60. Kuna ELK ja Komisjon on aastate jooksul vastu võtnud väga mitmeid konkurentsioigust käsitlevaid otsuseid, siis ei pruugi käesolev töö käsitleda kõiki rõõvellikku hinnakujundust puudutavaid otsuseid. Siiski hõlmab magistritöö kõiki otsuseid, mida peab rõõvelliku hinnakujunduse mõtestamisel oluliseks erialakirjandus. Seevastu Konkurentsiameti praktika on tagasihoidlikum: rõõvellikku hinnakujundust puudutavaid otsuseid on Konkurentsiamet teinud 14, millest enamuse puhul ei ole Konkurentsiamet tuvastanud konkurentsioiguse rikkumist. Käesoleva töö autor on lähtunud ELK ja Komisjoni praktika valimi analüüsi ülesehituses kaheastmelisest struktuurist, kirjeldades kõigepealt rõõvelliku hinnakujunduse tuvastamise eelduseid ja viise ning seejärel analüüsides võimalikke objektiivseid õigustusi, mis võivad turuvalitseja tegevuse EL-i õigusega kooskõlas olevaks tunnistada. Kuivõrd Konkurentsiameti praktika ei ole käesolevas uurimisvaldkonnas 100%-liselt välja kujunenud, analüüsis töö autor Konkurentsiameti väheseid otsuseid ELK ja Komisjoni seisukohtade valguses, lähtudes samamoodi kaheastmelisest struktuurist.

Töö esimeses peatükis avatakse röövelliku hinnakujunduse (sh ebaõiglaselt madala ja konkurentsi kahjustava hinna) mõiste (1.1). Kuivõrd röövelliku hinnakujunduse tuvastamine aitab tagada tõhusa konkurentsi kaubaturul ning kaitseb seeläbi turuosalisi, analüüsitakse töö esimeses peatükis ka röövelliku hinnakujunduse mõjusid turuosalistele (1.2). Kuna ELTL-i artikli 102 peamiseks eesmärgiks on eelkõige tarbijate huvide kaitse, keskendub kõnealune peatükk ennekõike turgu valitseva ettevõtja kehtestatud hinnakujunduse mõjule tarbijatele.

Teine peatükk uurib röövelliku hinnakujunduse hindamise esimest etappi ehk röövelliku hinnakujunduse elemente: lühiajaline kasumi ohverdamine (2.1), turu enda kasuks sulgemine (2.2) ja kahju tagasiteenimine (2.3). Röövelliku hinnakujunduse esimese elemendi – kasumi ohverdamise – juures selgitatakse eelkõige, milles seisneb kasumi ohverdamine ja kuidas hinnata, kas kaupa müüakse alla omahinna. Turu enda kasuks sulgemise osas on vaatluse all konkurentsi kahjustamise küsimus. Kuivõrd röövelliku hinnakujunduse kolmanda elemendi – kahju tagasiteenimise osas ei ole jõutud ühtse seisukohani, kas kahju tagasiteenimine on röövelliku hinnakujunduse tuvastamise kohustuslikuks eeltingimuseks või mitte, analüüsib kõnealune peatükk selle poolt- ja vastuargumente.

Kolmas peatükk vaatlleb röövelliku hinnakujunduse hindamise teist etappi – objektiivse õigustuse puudumist. Peatükis vaadeldakse ELK ja Komisjoni praktikas esile kerkinud võimalikke objektiivseid õigustusi röövellikule hinnakujundusele (3.1.) ja seejärel analüüsitakse eraldi hinnakujundust vastavalt konkurentide hindadele kui ühte objektiivse õigustuse liiki (3.2.), kuivõrd tegemist on ettevõtjate poolt enim kasutatava põhjendusena röövelliku hinnakujunduse õigustamisel.

Magistri- ja bakalaureusetööde tasandil on varem uurimusi tehtud turgu valitseva ettevõtja kuritarvitavast käitumisest üldiselt, kus on teatud määral puudutatud ka röövelliku hinnakujunduse teemat. Käesoleva magistritööga sarnasel teemal on Eestis kirjutatud üksikuid artikleid, kuid siiski ei ole röövellikku hinnakujundust hilisemat ELK ja Komisjoni ning Konkurentsiameti praktikat arvestades põhjalikumalt analüüsitud, mistõttu avab töö autor röövelliku hinnakujunduse kui õigusinstituudi olemuse ja toob välja, milline on röövelliku hinnakujunduse mõju tõhusale konkurentsile. Töö koondab erinevates allikates (eelkõige õiguspraktikast, aga ka õiguskirjandusest ja õigusaktidest) väljendatud seisukohti, mis aitavad esile tuua Eesti ja EL-i praktika erinevused. Praktilises plaanis võiks töö olla väärtus Eesti õiguspraktika kujundamisel, samuti õiguslike vaidluste lahendamisel.

I RÕÖVELLIKU HINNAKUJUNDUSE OLEMUS

1.1. Mõiste

ELTL-i artikkel 102 koosneb turgu valitseva seisundi kuritarvitamise üldisest keelust ning tüüpiliste kuritarvituste loetelust, mille punktis a) on nimetatud ka ebaõiglaste ostu- ja müügihindade kehtestamise keeld:

Siseturus või selle olulises osas turgu valitseva seisundi kuritarvitamine ühe või mitme ettevõtja poolt on keelatud kui siseturuga kokkusobimatu niivõrd, kuivõrd see võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust.

Sellised kuritarvitused võivad seisneda iseäranis:

a) ebaõiglaste ostu- või müügihindade või muude ebaõiglaste tehingutingimuste otseses või kaudses kehtestamises; /.../

Eesti siseriiklik konkurentsiseadus sarnaneb oma mõttelt ja sättelt üle-euroopalise regulatsiooniga. Turgu valitseva seisundi kuritarvitamise regulatsioon konkurentsiseaduse paragrahvis 16 on sarnane ELTL-i artikliga 102:

Keelatud on ühe või mitme ettevõtja poolt turgu valitseva seisundi otsene või kaudne kuritarvitamine kaubaturul, sealhulgas:

1) otsene või kaudne ebaõiglaste ostu- või müügihindade või muude ebaõiglaste äritingimuste kehtestamine või rakendamine; /.../

Ehkki käesolevas töös käsitletakse nii EL-i kui Eesti praktikad, on edaspidi lühiduse huvides viidatud üksnes ELTL-i artiklile. Eesti ebaõiglaste ostu- ja müügihindade kehtestamise säte reguleerib olemuselt sama olukorda ning ELK ja Komisjoni praktika on eeskujuks sätte rakendamisel Eestis. Euroopa Nõukogu määruse nr 1/2003 artikli 16 kohaselt on siseriiklikud kohtud ja liikmesriikide konkurentsiasutused EÜ artiklite 81 või 82 (tänapäev ELTL-i artiklid 101 ja 102) alusel otsuste tegemisel kohustatud järgima Komisjoni praktikat⁸. ELK on otsustes *Leur-Bloem, Giloy, Kofisa Italia ja Poseidon Chartering* leidnud, et juhul kui siseriiklikus

⁸ Euroopa Nõukogu määrus (EÜ) nr 1/2003, 16. detsember 2002, asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta, OJ [2004] L 24/1.

õiguses järgitakse puhtalt siseriikliku laadi olukordade reguleerimisel ühenduse õiguses sätestatud, on lahknevate tõlgenduste vältimiseks EL-i huvides, et ühenduse õigusest tulenevaid sätteid ja mõisteid tõlgendatakse ühetaoliselt.⁹ Ka Riigikohus on tõdenud, et kuivõrd Eesti on EL-i liige, tuleb siseriikliku õiguse tõlgendamisel ja kohaldamisel arvestada EL-i õigusega.¹⁰

ELTL-i artikkel 102 sätestab küll turgu valitsevale ettevõtjale ebaõiglaste ostu- või müügihindade kehtestamise keelu, kuid ei täpsusta, millised hinnad on ebaõiglaste. Seetõttu tuleb termini „ebaõiglane hind“ sisustamisel lähtuda eelkõige ELK ja Komisjoni praktikast, mis on eeskujuks Eesti siseriiklike kohtute ja Konkurentsiameti praktikale. Nii ELK ja Komisjoni kui ka Konkurentsiameti ja Eesti siseriiklike kohtute praktikas on kahte vastandlikku tüüpi ebaõiglaste hinna kaasuseid. Esiteks kaasused, kus turgu valitseva ettevõtja poolt kehtestatud kauba või teenuse hind on ebaõiglaselt kõrge¹¹, ning teiseks kaasused, kus kauba või teenuse hind on ebaõiglaselt madal¹². Käesolev töö keskendub üksnes turuvalitseja kehtestatud liiga madalatele hindadele ehk röövellikule hinnakujundusele (*predatory pricing*).

Röövellikust hinnakujundusest saab rääkida juhul, kui ettevõtja näol on tegemist turgu valitsevat seisundit omava ettevõtjaga. ELTL-i artiklis 102 kirjeldatud turgu valitsev seisund puudutab olukorda, kus ettevõtja majanduslik võim annab talle võimaluse takistada tõhusa konkurentsi säilimist asjaomasel turul, andes sellele ettevõtjale võimaluse käituda märkimisväärses ulatuses sõltumatult oma konkurentidest, klientidest ja lõppkokkuvõttes

⁹ Case C-28/95 *A. Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2* [1997] ECR I-4161, para 32. Case C-130/95 *Bernd Giloy v Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost* [1997] ECR I-04291, para 28. Case C-1/99 *Kofisa Italia Srl v Ministero delle Finanze* [2001] ECR I-00207, para 32. Case C-3/04 *Poseidon Chartering BV v Marianne Zeeschip VOF and Others* [2006] ECR I-02505, para 16. Joined cases C-297/88 and C-197/89 *Massam Dzodzi v Belgian State* [1990] ECR I-03763, para 37.

¹⁰ Vt Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 30.03.2006 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-4-06 (*G Ltd. v G AS*). RT III 2006, 12, 118, p 22. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 05.05.2009 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-29-09 (*AS Latvijas Balzams v OÜ Fontan*), p 12.

¹¹ Vt nt Chiquita, OJ 1976 L95/1, [1976] 1 CMLR D28. Case 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207 (edaspidi *United Brands 1978*). Riigikohtu halduskolleegiumi 18.12.2002 otsus haldusasjas nr 3-3-1-66-02 (edaspidi *AS Eesti Telefon v Konkurentsiamet 2002*). Tallinna Ringkonnakohtu 05.04.04. otsus haldusasjas nr 2-3/129/2004 (*Tallinna Sadam v Konkurentsiamet*). Konkurentsiameti 07.06.2002 otsus nr 31-L (edaspidi *Tallinna Sadam 2002*).

¹² Vt nt Case C-62/86 *AKZO Chemie BV v Commission* [1991] ECR I-3359 (edaspidi *AKZO 1991*). ECS/AKZO Chemie, OJ 1985 L374/1, [1986] 3 CMLR 273 (edaspidi *AKZO 1986*). Case C-333/94P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-5951 (edaspidi *Tetra Pak II 1996*). Tetra Pak II, OJ 1992 L71/1, [1992] 4 CMLR 551 (edaspidi *Tetra Pak II 1992*). Wanadoo interactive. COMP/38.233. 16 July 2003, [2005] 5 CMLR 120 (edaspidi *Wanadoo interactive 2005*). Deutsche Telekom AG, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579. 21 May 2003, [2004] 4 CMLR 790. Konkurentsiameti 28.06.2004 otsus nr 18-L (edaspidi *Elion 2004*). Konkurentsiameti 30.07.2004 ettekirjutus nr 19 (edaspidi *Telset 2004*). Konkurentsiameti 30.07.2004 ettekirjutus nr 20 (edaspidi *STV 2004*). Konkurentsiameti 13.05.2005 otsus nr 26-L (edaspidi *Falck Lääne-Eesti 2005*). Konkurentsiameti 27.07.2005 otsus nr 39-L (edaspidi *Neste Eesti 2005*).

tarbijatest.¹³ See, kas ettevõtjal on võimalus käituda asjaomasel kaubaturul sõltumatult oma konkurentidest, klientidest ja tarbijatest, sõltub olulisel määral sellest, kas kaubaturule sisenemise barjäärid on kõrged või madalad.¹⁴ Kuivõrd käesoleva magistritöö maht on limiteeritud, siis ei peatuta pikemalt turgu valitseva seisundi omamisel ega saavutamisel.

EÜ artikli 82 (tänapäevane ELTL-i artikkel 102) arutlusdokumendi kohaselt defineeritakse röövellikku hinnakujundust käitumisena, kus turgu valitsev ettevõtja alandab hindu, tekitades tahtlikult kahjumit või loobudes lühiajalisest kasumist, elimineerimaks või distsiplineerimaks ühte või mitut rivaali või vältimaks nende turule sisenemist.¹⁵ *Turgu valitseva ettevõtja suunistes* iseloomustatakse röövellikku hinnakujundust järgmiselt: „/.../ *turgu valitsev ettevõtja tegeleb turu vallutamisega [siis, kui ta kannatab] tahtlikult kahjumit või [loobub eelseisvast kasumist] lühiajaliselt /.../, nii et ühe või mitme tema tegeliku või potentsiaalse konkurendi jaoks turg suletakse või võidakse sulgeda eesmärgiga tugevdada või säilitada oma turuvõimu, põhjustades sellega tarbijatele kahju.*“¹⁶ EL-i konkurentsioiguses defineeritakse röövellikku hinnakujundust reeglina läbi selle eelduste. Sarnaselt sisustab röövelliku hinnakujunduse mõistet ka Eesti Konkurentsiamet. Nimelt mõistab Konkurentsiamet röövelliku hinnakujunduse all turgu valitseva ettevõtja poolt oma kaupade ja teenuste müüki määratud aja jooksul omahinnast madalamalt juhul, kui sellise tegevuse eesmärgiks on konkurentide turule sisenemise takistamine või turult väljatõrjumine, mis võimaldab turgu valitseval ettevõtjal veelgi suurendada oma turujõudu vastaval turul.¹⁷ Röövelliku hinnakujunduse eesmärk on turult välja tõrjuda olemasolevad konkurendid, kes võivad olla isegi sama tugevad kui valitseva seisundiga ettevõtte, kuid oma väiksemate finantsvõimaluste tõttu ei ole nad võimelised turul vastu pidama. Röövellike hindade kehtestamine võib takistada ka uute konkurentide turule sisenemist. Eesmärgi saavutamiseks langetavad turuvalitsejad oma hindu, loobudes lühiajaliselt kasumist või kannatades lausa kahjumit.

¹³ Case C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB* [2011] ECR I-00527 (edaspidi *TeliaSonera Sverige AB 2011*), para 23. Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461 (edaspidi *Hoffmann-La Roche 1979*), para 38. Case C-280/08 P *Deutsche Telekom AG v Commission* [2010] ECR I-09555 (edaspidi *Deutsche Telekom AG 2010*), para 170. *United Brands 1978* (viide nr 11), para 65.

¹⁴ Frolov, R., Sild, T., Ustav, U. Turgu valitseva seisundi kuritarvitamine. *Juridica*, 2004, 5, lk 341.

¹⁵ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Brüssel, 2005 (edaspidi *DG Competition Discussion Paper*), para 93.

¹⁶ *Turgu valitseva ettevõtja suunised* (viide nr 7), punkt 63.

¹⁷ Konkurentsiameti 18.09.2009 otsuse nr 8.3-12/09-004 (Elion Ettevõtted AS tunnistamine märkimisväärse turujõuga ettevõtjaks lairiba juurdepääsu turul) lisa 3 „Lairiba juurdepääsu turu hindade analüüs“, lk 2. Konkurentsiameti 11.11.2013 otsus nr 8.3-1/13-002 (Elion Ettevõtted AS tunnistamine märkimisväärse turujõuga ettevõtjaks lairiba juurdepääsu turul), lk 55, p 356.

Erialakirjandusest tuleneb, et kui turgu valitsev ettevõtja pakub ülimadalaid konkurentsi kahjustavaid hindu, võib tegemist olla röövelliku hinnakujundusega.¹⁸ Teisisõnu peetakse röövelliku hinnakujunduse sisustamisel keskseks lähtekohaks ettevõtja kehtestatud ülimadalaid konkurentsi kahjustavaid hindu. Kui ELK ja Komisjoni praktikas on välja kujunenud ühtne terminoloogia, eristamaks ebaõiglaselt kõrgeid (*excessive price*) ja ebaõiglaselt madalaid hindu (*predatory price*), siis paraku Konkurentsiameti ja Eesti siseriiklike kohtute praktikas puudub ühtne termin, mida läbivalt kõikides ebaõiglaselt madalate hindade kaasustes kasutada. Tihti kasutatakse vaid terminit „ebaõiglane hind“, mida Riigikohus on sisustanud järgmiselt: „*Turgu valitseva ettevõtja poolt kehtestatud hind, mis ei ole mõistlikus vahekorras teenuse majandusliku väärtusega, on ebaõiglane*“.¹⁹ Termin „ebaõiglane hind“ näol on tegemist määratlemata õigusmõistega, mis ei võimalda eristada, kas tegemist on ebaõiglaselt madala või hoopis ebaõiglaselt kõrge hinnaga. Seega leiab käesoleva töö autor, et ühtse termini „ebaõiglane hind“ asemel tuleks kasutada termineid, mis võimaldaksid täpsemalt kajastada turgu valitseva ettevõtja kuritarvituse liiki. Terminoloogiline ebaselgus võib kaasa tuua asjaolu, et praktikas ei suudeta õigesti vahet teha kuritarvituse liikide vahel. Näiteks on Konkurentsiamet mitmetes ebaõiglaselt madala hinna kaasustes viidanud ebaõiglaselt kõrge hinna kaasuses esitatud põhimõtetele.²⁰ Kuivõrd tegemist on vastandlike kontseptsioonidega ja ebaõiglaselt madala ning ebaõiglaselt kõrge hinna mõju konkurentile on erinev, on alati oluline vahet teha ebaõiglaselt madala ja ebaõiglaselt kõrge hinna vahel.

Tulenevalt ebaõiglaselt madala hinna kaasustes kasutatava ühtse termini puudumisest on erialakirjanduses välja pakutud erinevaid termineid ebaõiglaselt madala hinna tähistamiseks. Näiteks on õiguskirjanduses kasutusel termin „liigmadal hind“²¹, mida on sisustatud järgmiselt: turgu valitsev ettevõtja müüb kaupa alla omahinna, s.o hinnaga, mis ei vasta toote või teenuse majanduslikule väärtusele ega kata toote või teenusega seotud kulusid, eesmärgiga tõrjuda kaubaturult välja olemasolevad konkurendid või üldse välistada uute konkurentide kaubaturule tulek. Ka Konkurentsiamet on ebaõiglaselt madala hinna kaasustes kasutanud väljendit „alla

¹⁸ Eichhorn, K. H., Ginter, C. Euroopa Liidu ja Eesti konkurentsioigus. Tallinn, Juura, 2007, lk 85-86. Hagström, M., Rüütel, R. Konkurentsioigus ja praktika. Tallinn, Äripäev, 2010, lk 98, 110. Vt ka Sepp, M. Konkurentsirikumistega seotud küsimusi Euroopa Liidu konkurentsioiguses. Magistritöö. Tallinn, 2006, lk 89-90.

¹⁹ Riigikohtu otsus *AS Eesti Telefon v Konkurentsiamet 2002* (viide nr 11), p 25.

²⁰ Vt nt Konkurentsiameti otsus *Elion 2004* (viide nr 12); Konkurentsiameti 20.11.2006 otsus nr 48-L (edaspidi *Tallinna Lennujaam 2006*). Konkurentsiamet on nimetatud otsustes viidanud Riigikohtu otsusele *AS Eesti Telefon v Konkurentsiamet 2002* (viide nr 11), mis käsitleb ebaõiglaselt kõrge hinna küsimust.

²¹ Hagström, M., Rüütel, R. *Op cit* (viide nr 18), lk 98.

omahinna müük²². Käesoleva töö autor on seisukohal, et termini „alla omahinna müük“ käsitlemine röövelliku hinnakujunduse sünonüümina ei ole õige, sest teatud juhtudel võib ka turgu valitsev ettevõtja pakkuda kaupu või teenuseid omahinna piiril või alla selle.²³ Alla omahinna müük võib normaalse konkurentsi tingimuses esineda näiteks uue ettevõtja jõulisel sisenemisel turule või uute toodete esmasel tutvustamisel tarbijaskonnale. Töö autor leiab, et röövelliku hinnakujunduse tuvastamine võiks sõltuda pigem objektiivsest kriteeriumist, milleks on hinna põhjendatus. ELK on lugenud põhjendamatuks sellist hinda, millel puudub mõistlik seos müüdava kauba või teenuse majandusliku väärtusega.²⁴ Väga lihtsustatult öeldes võiks põhjendatuks pidada sellist hinda, mis vastab kauba või teenuse realiseerimiseks tehtavatele kulutustele ja mõistlikule kasumile. Hindade põhjendatuse hindamisel tuleks võtta aluseks hind, mis saavutatakse tõhusalt konkureerival turul ning mis koosneb ettevõtja poolt kauba müümiseks või teenuse osutamiseks tehtud asjakohastest kuludest ja ettevõtja mõistlikust kasumist.²⁵

Veel on õiguskirjanduses kasutatud mõistet „põhjendamatu hind“²⁶, mis käesoleva töö autori seisukohalt sarnaselt terminile „ebaõiglane hind“ on liiga üldsõnaline ega anna vastust küsimusele, kas hind on põhjendamatult madal või põhjendamatult kõrge. Konkurentsiamet on ka kasutanud mõistet „põhjendamatu hind“, lisades sellele täpsustuse „põhjendamatult madal hind“ ja „põhjendamatult odav hind“.²⁷ Sellise mõistekasutuse juures on võimalik eristada, et jutt käib ebaõiglaselt madalast hinnast ja mitte liiga kõrgest hinnast, kuid töö autori meelest on tegemist liiga pika ja lohiseva väljendiga. Ebaõiglaselt madala hinna sünonüümina tuleks kasutusele võtta lühike üheselt mõistetav termin.

Erinevalt kõikidest eelnevalt nimetatud mõistetest sobiksid töö autori meelest ebaõiglaselt madalate hindade kirjeldamiseks eelkõige erialakirjanduses kasutusel olevad mõisted

²² Vt nt Konkurentsiameti otsus *Tallinna Lennujaam 2006* (viide nr 20).

²³ Konkurentsiameti otsus *Neste Eesti 2005* (viide nr 12). Konkurentsiamet leidis, et „[l]ühiajaliste reklaami (müügi-) kampaaniate korraldamine, mille puhul kauba lõpphind langeb alla omahinna, on lubatud ka turgu valitsevat seisundit omavatele ettevõtjatele. Keelatud on sellised kaupade omahinnast odavamalt müügid, mille puhul kahjustatakse konkurente ja põhjustatakse pöördumatuid muutusi turul.“

²⁴ Case 26/75 *General Motors Continental NV v Commission* [1975] ECR 1367, para 12.

²⁵ Frolov, R., Sild, T., Ustav, U. *Op cit* (viide nr 14), lk 344. Põldroos, J. (koost). Konkurentsiseadus. Kommentaarid. Konkurentsiamet. Tallinn, TTÜ Kirjastus, 2003, lk 65.

²⁶ Frolov, R., Sild, T., Ustav, U. *Op cit* (viide nr 14).

²⁷ Vt nt Konkurentsiameti ettekirjutus *STV 2004* (viide nr 12). Konkurentsiameti ettekirjutus *Telset 2004* (viide nr 12). Konkurentsiameti otsus *Tallinna Lennujaam 2006* (viide nr 20).

„turuvallutuslik hind“²⁸, „röovellik hind“²⁹ ja „röövlihind“³⁰. Kui turgu valitsev ettevõtja kehtestab ebaõiglaselt madalad hinnad eesmärgiga konkurendid turult välja tõrjuda ehk teisisõnu vallutada turg, siis on tegemist röovelliku hinnakujundusega, mida võib teiste sõnadega nimetada ka turuvallutuslikuks hinnakujunduseks. Seega seda hinda, mille turuvalitseja kehtestab turu vallutamiseks, võiks loogiliselt tuletades nimetada turuvallutuslikuks hinnaks. Kuna ebaõiglaselt madalate hindade kehtestamist nimetatakse Eestis reeglina röovellikuks hinnakujunduseks, siis võiks sellest tuletada termini „röovellik hind“. Seega teeb käesoleva töö autor ettepaneku, et Eesti Konkurentsiamet ja siseriiklikud kohtud võiksid oma praktikas hakata kasutama eelnimetatud terminit, eristamaks ebaõiglaselt madala hinna kaasuseid teistest konkurentsi kahjustavate hinnakujunduste kaasustest. See aitaks paremini tagada Konkurentsiameti otsuste üheselt mõistetavuse ja välistaks olukorra, kus ebaõiglaselt kõrgete hindade kaasustes võetud seisukohti rakendatakse ebaõiglaselt madalate hindade kaasustes. Autor eelistab edaspidi oma töös kasutada mõistet „röovellik hind“.

1.2. Mõju turuosalistele

Konkurentsioigusliku regulatsiooni üheks peamiseks eesmärgiks on tagada kaupadele ja teenustele õiglasel hinnad. Röovelliku hinnakujunduse tuvastamine aitab tagada õiguspärase konkurentsi kaubaturul ning kaitseb seeläbi turuosalisi. Seega mõistmaks röovelliku hinnakujunduse tuvastamise vajadust, analüüsitakse käesolevas magistritöös röovelliku hinnakujunduse mõju turuosalistele. Kuivõrd ELTL-i artikli 102 peamiseks eesmärgiks on eelkõige tarbijate kaitse, mitte niivõrd konkurentide kaitse³¹, keskendutakse käesolevas alapeatükis ennekõike turgu valitseva ettevõtja kehtestatud hinnakujunduse mõjule tarbijatele.

Kuna ükski turg ei saa toimida ilma teenuste ja kaupade ostjateta, siis on tarbija üks olulisemaid turuosalisi. Kuigi turuvalitseja tegutseb olulisel määral tarbijatest sõltumata, ei saa esimene eksisteerida, kui puudub piisav nõudlus tema kaupade ja teenuste järele ehk teisisõnu puudub piisav hulk tarbijaid.³² Kui konkurentsioiguses üldiselt omab tarbija ettevõtjast oluliselt nõrgemat positsiooni, siis turgu valitseva ettevõtja suhtes, kes omab suurt turuosa ja on oma konkurentidest turujõu poolest üle, on tarbija veelgi nõrgemal positsioonil. Seetõttu on

²⁸ Tamm, E. Ebaõiglane hind. *Juridica*, 2007, 4, lk 272.

²⁹ Põldroos, J. *Op cit* (viide nr 25), lk 65.

³⁰ Eichhorn, K. H., Ginter, C. *Op cit* (viide nr 18), lk 86.

³¹ Craig, P., de Burca, G. *Op cit* (viide nr 5), lk 1042. *DG Competition Discussion Paper* (viide nr 15), para 55-56.

³² Laumets, A. Turgu valitseva ettevõtja kuritarvitava käitumise mõju tarbija majanduskäitumisele. Magistritöö. Tallinn, 2013, lk 18.

äärmiselt oluline kaitsta tarbijaid turuvalitsejate kuritarvitava käitumise eest. Sealjuures on oluline, et turgu valitseva seisundi kuritarvitamine tuvastataks võimalikult kiiresti, enne kui tarbija on selle tõttu kahju kannatanud.

Sellele, et tarbijate kaitse on EL-i õiguses tähtsal kohal, viitab ka ELTL-i artikkel 12, mille kohaselt liidu poliitika ja meetmete määratlemisel ning rakendamisel võetakse arvesse tarbijakaitse nõudeid. *Turgu valitseva ettevõtja suunised* on küll vastu võetud konkrente tõrjuva tegevuse suhtes kuritarvitamise avastamiseks, kuid suuniste kohaselt keskendub Komisjon kõige rohkem nendele tegevusliikidele, mis kahjustavad enim tarbijaid. Seetõttu on Komisjoni eesmärgiks tagada turgude nõuetekohane toimimine ja kasu tarbijatele efektiivsuse ja tootlikkuse kaudu, mis tuleneb ettevõtjatevahelisest tõhusast konkurentsist.³³ Tõhusa konkurentsi tagamise eesmärki teenib Eestis Konkurentsiamet, mille strateegia kohaselt konkurentsi kaitsmine aitab nii ettevõtjal kui ka tema klientidel (sh tarbijatel) saada kaubaturgudelt suuremat kasu.³⁴ Järelikult on tarbijate huvide kaitse nii EL-i kui Eesti konkurentsioiguses turuvalitseja kuritarvitava käitumise, sh röövelliku hinnakujunduse tuvastamisel esikohal.

Madalatel hindadel ja allahindlustel võib tarbijate heaolule olla nii positiivne kui negatiivne mõju. Jõuline hinnakonkurents on tarbijatele üldiselt kasulik, kuna see peaks tagama kaupade hea valiku ja kvaliteedi mõistliku hinna eest. Samal ajal võib just ettevõtjate hinnapoliitika kujundamisega seotud tegevus oluliselt piirata konkurentsi ja kahjustada lõppastmes tarbijate huve.³⁵ Töö autor on seisukohal, et madalate hindade mõjusid tuleb iga konkreetse kaasuse puhul eraldi hinnata, sest ettevõtja kehtestatud allahindlustele automaatselt negatiivse hinnangu andmine võib majanduslikku heaolu hoopis vähendada.

ELTL-i artikli 102 kohaselt ei ole ettevõtjal keelatud saavutada oma tegevuse tõhususe tulemusena turgu valitsevat seisundit ja turgu valitseva seisundi tuvastamine ei tähenda iseenesest etteheidet asjaomasele ettevõtjale³⁶, kuid sellest hoolimata lasub väljakujunenud kohtupraktika kohaselt nimetatud seisundis oleval ettevõtjal siiski eriline kohustus mitte

³³ *Turgu valitseva ettevõtja suunised* (viide nr 7), punkt 5.

³⁴ Kingisepp, M. Tarbijakaitseõigus Euroopa Liidus ja Eestis. Tallinn, Tallinna Raamatutrükikoda, 2011, lk 57.

³⁵ Hagström, M., Rüütel, R. *Op cit* (viide nr 18), lk 106.

³⁶ *Michelin I 1983* (viide nr 4), para 57. Cases C-395 & 396/96P *Compagnie Maritime Belge Transports v Commission* [2000] ECR I-1365 (edaspidi *Compagnie Maritime Belge Transports 2000*), para 37.

kahjustada oma tegevusega tõhusat konkurentsi ja mitte moonutada konkurentsi ühisturul.³⁷ Turuvalitsejal ei ole keelatud ausalt konkureerida teiste ettevõtjatega, sealhulgas kaitsta oma positsiooni turul³⁸, kuid ta ei tohi oma seisundist tulenevalt ning konkurentsi kahjustavaid meetmeid ja võtteid kasutades rikastuda tarbijate ega väiksemate turuosadega ettevõtjate arvel.

Ettevõtjad konkureerivad üksteisega hindade langetamise ja toodete kvaliteedi parandamisega. Tuginedes konkurentsi ideaalmudelile konkurentsivõimelisel turul, on konkureeriv hind lähedane kuludele ja tarbija heaolu on madalate hindade tulemusel suuresti paranenud. Et meelitada veelgi rohkem tarbijaid enda poole, on ettevõtjal võimalus pakkuda hinda, mis on lähedane selle kauba või teenuse kuludele, kuid olles väiksem kui teistel pakkujatel. Selline madal hind võib ka iseenesest konkurendid turult välja tõrjuda, kuid selline protsess on legitiimne võimalus konkurentide tõrjumiseks ja turu monopoliseerimiseks.³⁹ Seega turgu valitseva ettevõtja hindade alandamine võrreldes konkurendiga, eesmärgiga võita kliente ja suurendada oma turuosa, on üldjuhul lubatud ja konkurentsile kohane. Kui tänu madalamatele hindadele saavad toodet või teenust osta ka need tarbijad, kelle jaoks see varem liiga kallis oli, on võitnud nii tarbija kui ka ühiskond tervikuna. Mida suuremale hulgale tarbijatele on kaup või teenus kättesaadav, seda parem ühiskonnale tervikuna.⁴⁰ Selline tõhus konkurents on kasulik tarbijatele ning seda tahavad siseriiklikud konkurentsiasutused kaitsta.

Tõenäoliselt ei ole ükski tarbija kurtnud selle üle, et turul valitsevad liiga madalad hinnad. Pigem rõõmustatakse allahindluste ja madalate hindade üle, nähes neid kui tõhusa hinnakonkurentsi magusaid vilju. Hindade alandamise eesmärgiks ongi meelitada tarbijaid enda poole ning seeläbi elimineerida ja nõrgestada konkurente turul, mitte aga kasumi teenimine. Tõhusas konkurentsis kujunenud madalad hinnad on tarbijale kasulikud, kuid paraku on konkurentsioiguses palju näiteid, kus madalate hindade kehtestamine ei tulene ettevõtja iseseisvast majandustegevusest. Turgu valitsevad ettevõtjad kehtestavad madalaid hindu selleks, et konkurendid turult välja tõrjuda ning seejärel kehtestada konkurentsivõimelised hinnad suurte kasumite teenimiseks. Konkurentsiamet märkis *Itella SmartPOST 2012* kaasuses, et tõhus hinnakonkurents ning sellega kaasnevad madalamad hinnad on üldjuhul tarbijate huvides.

³⁷ Case C-202/07 *France Telecom v Commission* [2009] ECR I-2369 (edaspidi *France Telecom 2009*), para 105. *Michelin I 1983* (viide nr 4), para 57.

³⁸ Van Bael, I., Bellis, J.-F. *Competition Law of the European Community*. Forth Edition. Netherlands, Kluwer Law International, 2005, lk 907-908.

³⁹ Yu, Q. Software predatory pricing and competition law – assessing below-cost prices. *E.C.L.R.* 2012, 33(9), 413-429.

⁴⁰ Matjus, M. *Ebavõrdne hinnakujundus Euroopa Liidu ja Eesti konkurentsioiguses*. Magistritöö. Tartu, 2011, lk 14.

Röövellikult madalate hindade rakendamine on pigem erandlik nähtus, mille puhul turgu valitseva ettevõtja poolt rakendatavad madalad hinnad võivad läbi konkurentsi nõrgestamise pikemas perspektiivis tarbijatele kahju tuua.⁴¹ Seega ei ole igasugune hinnakujundus õiguspärane ning turuvalitseja kehtestatud liiga madalad hinnad võivad viidata konkurentsioiguse rikkumisele, olles pikemas perspektiivis tarbijatele hoopis kahjulikud.

Kahju tarbijatele avaldub röövellikult madalate hindade rakendamise korral selles, et peale konkurentide kahjustamist või koguni nende kaubaturult välja tõrjumist on turgu valitsevat seisundit omaval ettevõtjal võimalik kasutada nõrgenenud konkurentsi ära selleks, et riskivabalt muuta tema poolt müüdavate kaupade või pakutavate teenuste hinda, tõstes selle tõenäoliselt kõrgemaks, kui see oleks kujunenud tavapärases konkurentsiolekorras, või teha järeleandmisi toodete kvaliteedis. Alternatiivse kauba või teenuse puudumisel on turuvalitseja kliendid sunnitud sama kaupa või teenust ostma juba kõrgema hinnaga ning esialgu klientidele kasulikuna näiv ettevõtja tegevus muudab nende olukorra pikas perspektiivis hoopis halvemaks.⁴² Röövellik hinnakujundus ei ole tarbijate huvides, kuna tarbijad saavad madalatest hindadest kasu ainult lühiajaliselt – enne seda kui hinnad ülemäära kõrgeteks muutuvad.⁴³ Lisaks hindade tõusule võib kahjulik mõju tarbijale avalduda ka kaubavaliku vähenemise ja kauba või teenuse kvaliteedi halvenemine näol.

Konkurentsiamet lisas *Itella SmartPOST 2012* kaasuses, et kui konkurendi turult lahkumine on ebatõenäoline, siis ei ole madalate hindade puhul tegemist ettevõtja strateegiaga, mis tarbijaid kahjustaks. Kooskõlas *Turgu valitseva ettevõtja suunistes* väljendatud seisukohtadega⁴⁴, on madalate hindade kehtestamise korral siseriikliku konkurentsiasutuse sekkumine põhjendatud üldjuhul siis, kui on tõendeid selle kohta, et turgu valitsev ettevõtja tegeleb turu vallutamisega, kannatades tahtlikult kahjumit või keeldudes lühiajalisest kasumist nii, et ühe või mitme tema tegeliku või potentsiaalse konkurendi jaoks turg suletakse või võidakse sulgeda eesmärgiga tugevdada või säilitada oma turuvõimu, põhjustades sellega tarbijatele kahju.⁴⁵ Ka Riigikohus on asunud seisukohale, et kui ettevõtja müüb kaupa alla omahinna tingimustes, kus see ei kahjusta konkurente, siis ei ole mingit praktilist põhjust sellist müüki keelata, sest selline müük

⁴¹ Konkurentsiameti 14.12.2012 otsus nr 5.1-5/12-037 (edaspidi *Itella SmartPOST 2012*).

⁴² Hagström, M., Rüütel, R. *Op cit* (viide nr 18), lk 98.

⁴³ Tunney, J. The neglected tension between disclosure of information in consumer and competition law contexts. *Journal of Consumer Policy*. 25/2002, lk 338.

⁴⁴ *Turgu valitseva ettevõtja suunised* (viide nr 7).

⁴⁵ Konkurentsiameti otsus *Itella SmartPOST 2012* (viide nr 41).

ei saa kahjustada ühegi teise isiku, kõige vähem aga tarbija huve.⁴⁶ Just seetõttu on röövellikku hinnakujundust praktikas keeruline eristada tavalisest hinnakujundusest.

Ekslik on arvamus, et igasugune turuvalitseja tegevus, mille tulemusel mõni konkurent lahkub kaubaturult või konkurentide turuosad vähenevad, kujutab endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist. Kui konkurents väheneb turuvalitseja efektiivsuse või parema tegevuse tõttu ausa konkurentsi tulemusena, siis ei ole ilmingimata tegemist turgu valitseva seisundi kuritarvitamisega.⁴⁷ Ettevõtjate omavaheline hinnakonkurents on reeglina kasulik ega ole üldjuhul keelatud ka ettevõtjatele, kellel on konkreetset turul turgu valitsevat seisundit. Turuvalitseja kehtestatud madalad hinnad on tervitatavad, kui need on tekkinud tõhusas konkurentsis.

Tuleb meenutada, et EÜ artikkel 82 (tänapäevane ELTL-i artikkel 102) puudutab muu hulgas turgu valitsevas seisundis ettevõtja niisugust tegevust, mis tarbijat kahjustades takistab veel turul olemas oleva konkurentsi säilimist või arenemist vahenditega, mis erinevad nendest vahenditest, mida kasutatakse tavapärasel konkurentsis, mis rajaneb ettevõtjate sooritustel.⁴⁸ Seega keelab EÜ artikkel 82 (tänapäevane ELTL-i artikkel 102) muu hulgas turgu valitseval ettevõtjal rakendada strateegiat, millel võib olla sama tõhusate konkurentide jaoks väljatõrjuv mõju, tugevdades tema turgu valitsevat seisundit muude vahenditega kui need, mis põhinevad kaupade ja teenuste omaduste konkurentsil.⁴⁹ ELK ja kohtujurist Mengozzi⁵⁰ on tõdenud, et küsimuses, kas konkreetset turul turgu valitseva seisundiga ettevõtja hinnapoliitika kutsub esile sellise seisundi kuritarvitamise EÜ artikli 82 (tänapäevane ELTL-i artikkel 102) tähenduses, on eelkõige vaja analüüsida, kas turuvalitseja tegevus takistab konkurentide turulepääsu või tugevdab turgu valitsevat seisundit moonutatud konkurentsi abil. Seetõttu tuleb ELTL-i artiklit 102 tõlgendada nii, et see ei kohaldu mitte üksnes tegevusele, millega võidakse tarbijale

⁴⁶ Riigikohtu otsus *AS Eesti Telefon v Konkurentsiamet 2002* (viide nr 11), p 18.

⁴⁷ Frolov, R., Sild, T., Ustav, U. *Op cit* (viide nr 14), lk 344.

⁴⁸ *AKZO 1991* (viide nr 12), para 69. *France Telecom 2009* (viide nr 37), para 104 ja 105. *Deutsche Telekom AG 2010* (viide nr 13), para 174, 176 ja 180.

⁴⁹ *AKZO 1991* (viide nr 12), para 70, 72. *France Telecom 2009* (viide nr 37), para 106. *Deutsche Telekom AG 2010* (viide nr 13), para 177.

⁵⁰ *Michelin I 1983* (viide nr 4), para 73. *Deutsche Telekom AG 2010* (viide nr 13), para 175. *TeliaSonera Sverige AB 2011* (viide nr 13), para 28. *Case C-209/10 Post Danmark A/S v Konkurrenceradet [2012] ECR I-0000* (edaspidi *Post Danmark 2012*). *Opinion of the Advocate General Jacobs*, para 57-58.

vahetult kahju tekitada⁵¹, vaid ka tegevusele, millega tarbijale tekitatakse kahju tõhusat konkurentsistruktuuri kahjustades⁵².

Turgu valitsevat ettevõtjat iseloomustab sageli konkurentidest suurem finantsvõimekus, mis võimaldab tal ajutiselt tegutseda väga väikese kasumiga või lausa kahjumis. Turuvalitseja konkurendid, kes ei saa kasutada mahukast tootmisest tulenevat kulukokkuhoidu ega tegutseda pikaajaliselt kahjumis, võivad turgu valitseva ettevõtja sellise tegevuse tõttu olla sunnitud turult lahkuma isegi juhul, kui nad majandavad efektiivselt. Nii suureneb turgu valitseva ettevõtja turujõud veelgi.⁵³ Kahju turuvalitseja konkurentidele seisneb nende müügi piiramises ja kaubaturult kõrvaldamises. Muu hulgas võivad turuvalitseja kehtestatud rõövellikud hinnad vähendada tema konkurendi, kes pakub kaupa või teenust madala hinnaga, tegevuse tulukust, mis omakorda võib piirata tema võimalusi tootmise laiendamise ja toote kvaliteedi parandamise suhtes⁵⁴. Lisaks konkurentide väljatõrjumisele piirab kirjeldatud rõövellik hinnapoliitika ka uute ettevõtjate kaubaturule tulekut. Seetõttu on oluline kaitsta tõhusat konkurentsi turuvalitseja sellise käitumise eest, millega ta oma turujõudu kasutades kõrvaldab konkurente turult ning piirab uute ettevõtjate sisenemist kaubaturule.

Esialgu võib tunduda kummaline, et kauba hinna alandamine on teatud juhtudel konkurentsioiguse kohaselt keelatud. Kauba hinna alandamise keeld laieneb turgu valitsevat seisundit omavatele ettevõtjatele eelkõige olukorras, kus hindade alandamise eesmärgiks on konkurentide kõrvaldamine kaubaturult. Turuvalitseja vähendab kauba hinda eesmärgiga kaasata oma kliendibaasi uusi kliente ning pärast klientide lojaalsuse saavutamist taastab kauba varasema hinna. Eeltoodud olukorras ei ole kaubaturul tegutsevatel väiksematel ettevõtjatel võimalik sarnaseid hinnaalandusi pikema perioodi vältel teha ning lõpptulemusena kaotavad väiksema turuosaga ettevõtjad oma kliente. Seega, kuigi enamasti on kaupade hinnaalandused lubatud osa ettevõtja äristrateegiast, siis need strateegiad, mille eesmärk on konkurentide

⁵¹ Vt nt *Michelin I 1983* (viide nr 4), para 73. *Deutsche Telekom AG 2010* (viide nr 13), para 175.

⁵² *Case 6/72 Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215, para 26. *TeliaSonera Sverige AB 2011* (viide nr 13), para 24.

⁵³ Kinkar, T. Kas madalad hinnad ja allahindlused on alati lubatud? *Majandus24*, 12.05.2013. Internetis kättesaadav eesti keeles: <http://majandus24.postimees.ee/1227662/kas-madalad-hinnad-ja-allahindlused-on-alati-lubatud> (15. jaanuar 2015).

⁵⁴ Wyatt, D., Dashwood, A. *Wyatt and Dashwood's European Community Law*. 3th Edition. London, Sweet & Maxwell, 1993, lk 460.

kõrvaldamine kaubaturult, on keelatud ning käsitletavat turgu valitseva ettevõtja seisundi kuritarvitamisena.⁵⁵

Ettevõtjate kehtestatud madalate hindade ja allahindluste mõjusid tuleb igal konkreetsel juhul eraldi hinnata, sest iga allahindlus ei ole veel konkurentsioiguse rikkumine. Turgu valitseva ettevõtja käitumine, mille tagajärjena ühe või mitme turuvalitseja tegeliku või potentsiaalse konkurendi jaoks turg suletakse või võidakse sulgeda eesmärgiga tugevdada oma turuvõimu, viitab röövellikule hinnakujundusele. Sellisel juhul saavad tarbijad madalatest hindadest lühiajalist kasu, kuid kaotavad pikemas perspektiivis konkurentsi kõrvaldamise tõttu. Seetõttu on oluline tuvastada turuvalitseja röövellik hinnakujundus võimalikult kiiresti, hoides ära tarbijate huvide kahjustamise.

⁵⁵ Hagström, M., Rützel, R. *Op cit* (viide nr 18), lk 110-111.

II RÖÖVELLIKU HINNAKUJUNDUSE ELEMENDID

2.1. Lühiajaline kasumi ohverdamine

Turgu valitsevat ettevõtjat iseloomustab sageli konkurentidest suurem finantsvõimekus, mis võimaldab tal ajutiselt tegutseda väga väikese kasumiga või lausa kahjumis. Turuvalitseja on valmis lühiajaliselt oma kasumi ohverdama lootuses, et pikemas perspektiivis on võimalik kaotatud ja saamata jäänud tulu korvata. Turuvalitseja loodab oma tegevusega konkurendid turult välja tõrjuda, mille tulemusena on tal ainsa müüjana võimalus kehtestada röövellikud hinnad. Röövelliku hinnakujunduse peamised elemendid võiksid seega olla lühiajaline kasumi ohverdamine, turu enda kasuks sulgemine ja kahju tagasiteenimine. Käesolev peatükk keskendub kõigepealt turgu valitseva ettevõtja lühiajalisele kasumi ohverdamisele, selgitamaks milles seisneb kasumi ohverdamine ja kuidas hinnata, kas kaupa müüakse alla omahinna.

Euroopa Komisjoni teatise „Suunised komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta EÜ asutamislepingu artikli 82 kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurentide tõrjuva tegevuse suhtes“ kohaselt tegeleb turgu valitsev ettevõtja turu vallutamisega (röövelliku hinnakujundusega) juhul, kui ettevõtja kannatab tahtlikult kahjumit või keeldub lühiajalisest kasumist, mille tulemusena ühe või mitme tema tegeliku või potentsiaalse konkurenti jaoks turg suletakse või võidakse sulgeda eesmärgiga tugevdada või säilitada oma turuvõimu, põhjustades sellega tarbijatele kahju.⁵⁶ Komisjon käsitleb *Turgu valitseva ettevõtja suunistes* turuvalitseja tegevust loobumisenä⁵⁷, kui viimane kehtestab madalama hinna kogu oma toodangule või teatavale osale sellest konkreetse ajavahemiku jooksul või laiendab oma toodangut konkreetse ajavahemiku jooksul, ja see tõi või toob talle kaasa kahjumi, mida oleks saanud vältida.

Tuvastamaks, et turgu valitsev ettevõtja tegutseb tahtlikult kahjumis või minimaalse kasumiga, tuleb uurida ettevõtja majanduslikke näitajaid seoses kulude ja müügihindadega. Analüüsi keskseks küsimuseks on, kas turgu valitsev ettevõtja müüb kaupa või teenuseid omahinnast madalamate hindadega. Komisjon kasutab asjakohase lähtepunktina keskmist välditavat kulu

⁵⁶ *Turgu valitseva ettevõtja suunised* (viide nr 7), punkt 63.

⁵⁷ Komisjon nimetab *Turgu valitseva ettevõtja suunistes* ettevõtja tahtlikku kahjumi kannatamist ja lühiajalist kasumist keeldumist ühisnimetajaga „loobumine“.

(*average avoidable cost, AAC*)⁵⁸, hindamaks, kas turgu valitsev ettevõtja kannatab või kannatas välditavat kahjumit. Kui turgu valitsev ettevõtja kehtestab kogu oma toodangule või osale sellest hinna, mis on madalam kui keskmine välditav kulu, siis ei saa ta tagasi kulusid, mida ta oleks saanud seda toodangut mitte tootes vältida: teisisõnu ta kannatab kahju, mida oleks saanud vältida. Enamikul juhtudel on keskmine muutuvkulu ja keskmine välditav kulu samad, kuna sageli saab vältida üksnes muutuvkulusid⁵⁹. Ent olukorras, kus keskmine muutuvkulu ja keskmine välditav kulu on erinevad, kajastab võimalikku loobumist paremini keskmine välditav kulu: näiteks kui turgu valitsev ettevõtja pidi suurendama võimsust, et turgu vallutada, tuleb selle lisavõimsuse pöördumatuid kulusid võtta arvesse turgu valitseva ettevõtja kahjumit vaadeldes. Need kulud kajastatakse keskmise välditava kulu ja mitte keskmise muutuvkulu all. Ka majandusteadlaste seas leidub seisukoht, mille kohaselt keskmine välditav kulu on täpsem lähtepunkt kui keskmine muutuvkulu⁶⁰. Hindu, mis on madalamad kui keskmine välditav kulu, käsitleb Komisjon enamikul juhtudel selge määrgina kasumist loobumisest⁶¹. Keskmisest välditavast kulust madalamad hinnad näitavad, et turuvalitseja loobub lühiajaliselt kasumist.

Teise lähtepunktina kasutab Komisjon mõistet „pikaajaline keskmine täiendkulu“, mis on kõigi (muutuv- ja püsi-) kulude keskmine, mis tekib ettevõtjal konkreetse toote tootmisel. Pikaajaline keskmine täiendkulu ja keskmine kogukulu on üht toodet tootvate ettevõtete puhul võrdsed. Mitut toodet tootvate ettevõtete puhul on pikaajaline keskmine täiendkulu väiksem keskmisest kogukulust iga üksiku toote puhul, kuna tegelikke üldkulusid pikaajalise keskmise täiendkulu puhul arvesse ei võeta. Mitme toote puhul ei loeta kulusid, mida oleks saanud vältida teatud toodet mitte tootes, üldkuludeks. Suutmatus katta pikaajalisi keskmisi täiendkulusid näitab, et turuvalitseja ei suuda katta kõiki püsikulusid, mis on seotud konkreetse kauba või teenuse tootmisega.⁶²

⁵⁸ Keskmine välditav kulu on selliste kulude keskmine näitaja, mida oleks saanud vältida, kui ettevõtte ei oleks tootnud toodangut koguses, mis väidetavalt on seotud kuritahtliku tegevusega. Vt selle kohta *Turgu valitseva ettevõtja suunised* (viide nr 7) punkti 26 ja joonealust viidet.

⁵⁹ *Turgu valitseva ettevõtja suunised* (viide nr 7) joonealune viide nr 19.

⁶⁰ Baumol, W. J. Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test. 39 J.L. & Econ. 49, 1996, lk 58-59. Rõõvelliku hinnakujunduse tulemusena kõrvaldatakse efektiivne ettevõtja turult, mistõttu rõõvelliku hinnakujunduse tuvastamisel kasutatav test peaks põhinema kuludel, mida turuvalitseja saaks vältida.

⁶¹ *AKZO 1991* (viide nr 12) punktis 71 otsustas ELK seoses hindadega, mis olid alla keskmise muutuvkulude, järgmist: „*Turgu valitsev ettevõtja ei ole huvitatud selliste hindade kasutamisest, välja arvatud selleks, et kõrvaldada konkurente, et oleks võimalik seejärel ise tõsta hinda, kasutades eelisenähtena oma monopolset seisundit, kuna iga müük tekitab kahjumit.*“.

⁶² *Turgu valitseva ettevõtja suunised* (viide nr 7), punkt 26 ja joonealused viited.

ELK kohtupraktikas ja erialakirjanduses kasutatakse pigem mõisteid „muutuvkulu“ ja „kogukulu“.⁶³ Muutuvkulu (*average variable cost, AVC*) sõltub otseselt toodangu mahust: kasvab toodangu mahu suurenemisel ja kahaneb selle vähenemisel (näiteks tööliste palk, materjalikulu, energia, transport jm kulud, mis suurenevad iga tooteühiku lisandumisel). Keskmise kogukulu (*average total cost, ATC*) ehk omahind koosneb keskmise püsikulu⁶⁴ (*average fixed cost, AFC*) ja muutuvkulu summast. Komisjoni ja ELK praktikas on võetud seisukoht, et allpool muutuvkulu olevad hinnad annavad alust kahtlustada, et hindade kehtestamine on toimunud eesmärgiga konkurente turult välja tõrjuda. Kui hinnad ületavad muutuvkulu, kuid on allpool kogukulu, võib hindu lugeda röövellikeks, kui tuvastatakse, et need on mõeldud osana plaanist konkurentide elimineerimiseks.⁶⁵ Kõnealust röövellike hindade kontrollimiseks kasutatavat testi nimetatakse käesolevas töös edaspidi nn *AKZO* testiks. Seega nn *AKZO* testi järgi on kindlasti röövellikud need hinnad, mis ei kata ära isegi teenuse osutamise muutuvkulu, ning röövellikuks võivad sõltuvalt asjaoludest osutada hinnad, mis katavad teenuse osutamise muutuvkulu, kuid ei kata kogukulu. Viimasel juhul vajab võimalik röövellik hind alati põhjalikumat analüüsi. Röövellik ei ole hind, mis ületab püsi- ja muutuvkulu summa ehk teenuse osutamise kogukulu.

Eelnevast nähtub selgelt, et mis puudutab müüki omahinnast madalama hinnaga, siis on turgu valitsevas seisundis ettevõtja poolse seisundi kuritarvitamise esimene tunnus tema kulude katmata jätmine. Juhul, kui katmata on muutuvkulud, siis teise tunnuse, s.o omahinnast madalama hinnaga müügi tahtluse esinemist eeldatakse, samas juhul, kui hinnad on madalamad keskmistest kogukuludest, tuleb konkurentsi kõrvaldamise strateegia olemasolu tõendada.⁶⁶ See tahe peab olema tõendatud piisaval hulgal kaalukate, usaldusväärsete ja üksteist toetavate kaudsete tõenditega.

⁶³ *AKZO 1991* (viide nr 12). *Tetra Pak II 1996* (viide nr 12). *France Telecom 2009* (viide nr 37). Ballesteros, I. G., Szarka, A. Predatory pricing in the telecoms sector: the ECJ rules on the issue of recouping losses. (2009) 2 *Competition Policy Newsletter*. Rosenblatt, H., Armengod, H., Scordamaglia-Tousis, A. Post Denmark: predatory pricing in the European Union. (2013) *The European Antitrust Review*. Eichhorn, K. H., Ginter, C. *Op cit* (viide nr 18), lk 86.

⁶⁴ Püsikulu ei ole vahetult seotud toodangu mahuga. Püsikuludeks on näiteks tootmiseks vajalikele seadmetele tehtavad kulutused. Kuivõrd seda seadet on vaja juba ühe toote tootmiseks, kuid sama seadmega saab toota ka 1000 toodet, siis mida rohkem toodetakse, seda väiksemad on püsikulud ühe toote kohta.

⁶⁵ *AKZO 1991* (viide nr 12), para 71-72 ja 100. *Tetra Pak II 1994* (viide nr 4), para 148-149, jäetud jõusse Euroopa Kohtu poolt *Tetra Pak II 1996* (viide nr 12), para 41. Case T-340/03 *France Telecom v Commission* [2007] ECR II-107 (edaspidi *France Telecom 2007*), para 130.

⁶⁶ *France Telecom 2007* (viide nr 65), para 197. *Tetra Pak II 1994* (viide nr 4), para 148-149.

Nn *AKZO* testi esimene osa, mille kohaselt alla omahinna müügi puhul eeldatakse automaatselt konkurentsi kahjustamise kavatsust ning mille puhul ei ole vaja eraldi tuvastada konkurentide turult kõrvaldamise plaani, sattus tugeva kriitika alla. Nimelt esineb mitmeid objektiivseid õigustusi alates kaupade turuväärtuse langemisest (riknenud toidukaubad, vananenud moekaubad jms) kuni vajalike investeeringuteni turule pääsemiseks, mistõttu ei tohiks alla omahinna müügi puhul automaatselt eeldada konkurentide turult väljatõrjumise kavatsust.⁶⁷ Käesoleva töö autor nõustub seisukohaga, et alla omahinna müügi puhul ei saa automaatselt eeldada konkurentsi kahjustamise kavatsust, sest teatud juhtudel võib ka turgu valitsev ettevõtja pakkuda kaupu või teenuseid omahinna piiiril või alla selle. Alla omahinna müük võib normaalse konkurentsi tingimuses esineda näiteks uue ettevõtja jõulisel sisenemisel turule, uute toodete esmasel tutvustamisel tarbijaskonnale või olukorras, kus kaubad on tehniliselt vananenud või mittekaubandusliku väärtusega ehk praagid. Klassikalist röövellike hindade tuvastamise meetodit (nn *AKZO* testi) on erialakirjanduses kritiseeritud veelgi, öeldes, et nimetatud testi on küll lihtne rakendada, kuid sellega kaasneb risk, et röövellike hindade tuvastamisel jäetakse tähelepanuta tootmismahd, mis on oluline faktor allahindluste puhul.⁶⁸

Komisjon märkis *Wanadoo 2005* kaasuses, et kaasuse seisukohalt ei ole oluline niivõrd hinnatase iseenesest, vaid erinevus kauba hinna ja kulude vahel.⁶⁹ Seega reeglina hinnatakse turgu valitseva ettevõtja võimalikku kuritarvitust ettevõtja tulude ja kulude analüüsi alusel, hinnates, milline on suhe ettevõtja kehtestatud hindade ja ettevõtja muutuv- ja kogukulude vahel. Loomulikult tuleb iga konkreetse kaasuse puhul arvestada ka selle kaasuse eripära ja asjaomase kaubaturuga. Näiteks *Post Danmark 2012* kaasuses⁷⁰ ei ole Taani konkurentsiasutus hinna ja kulu võrdluses lähtunud mitte „muutuvkulust“, mida kasutatakse eespool viidatud *AKZO 1991* kohtuotsuse pinnalt tekkinud kohtupraktikas, vaid „täiendkulust“. Taani valitsus on määratlenud täiendkulu kui kulu, mis kaoks lühikese või keskmise aja jooksul (kolm kuni viis aastat), kui *Post Danmark* lõpetaks aadressita postisaadetiste edastamise tegevuse. Lisaks märkis Taani valitsus, et keskmine kogukulu oli määratletud kui keskmine täiendkulu, millele liideti hinnangu alusel kindlaks määratud osa *Post Danmark*i ühistest kuludest, mis on seotud

⁶⁷ Glockner, J. Predatory pricing and recoupment under EC competition law – per se rules, underlying assumptions and the reality: results of an experimental study. E.C.L.R. 2010, 31(11), lk 423-431.

⁶⁸ Sama, D. The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: In Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm. LUISS "Guido Carli" University of Rome, 2012, lk 14-15.

⁶⁹ *Wanadoo interactive 2005* (viide nr 12), para 270.

⁷⁰ *Post Danmark 2012* (viide nr 50).

universaalteenuse osutamise kohustusest erinevate tegevustega.⁷¹ Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitas, et kõnealuses kaasuses on hinnatavateks asjakohasteks kuludeks Post Danmarki täiendkulud, mitte aga sarnaselt *AKZO 1991* kaasusele muutuvkulud. See võib olla selgitatav asjaoluga, et sama äriühingu piires esineb samal ajal ühelt poolt piiratud tegevusi ja piiramata tegevusi, millega tegelemisel kaasneb mõlemal juhul universaalteenuse osutamise kohustus, ning teiselt poolt puhtalt kaubandustegevus, mis leiab aset otsepostituse liberaliseeritud turul. Nii osutub kohatuks hindade võrdlemine muutuvkuludega, mis lasuvad turgu valitseva seisundiga ettevõtjal seoses üldist majandushuvi sisaldava ülesandega (avalik teenus või universaalteenus). ELK kohtujurist Paolo Mengozzi hinnangul võib see ühest küljest põhjustada kahjumi ülehindamise, kuna ettevõtja üldist majandushuvi sisaldav ülesanne toob endaga kaasa suuremad kulud kui tema konkurentidel, kes tegutsevad konkurentsile avatud turul. Kui vastupidi võtta kriteeriumina arvesse üksnes turgu valitseva seisundiga ettevõtja muutuvkulusid, võib see ka tingida nende kulude alahindamise, kui see ettevõtja tegutseb kõrgete püsikuludega (näiteks tema võrgu kasutamisega seotud kulud) ja madalate muutuvkuludega.⁷² Neil asjaoludel näib kohane võtta arvesse mõnda muud kulukriteeriumi, nimelt täiendkulusid, mis võtavad arvesse sellise spetsiifilise tegevuse püsikuluseid ja muutuvkulusid, millega tegeletakse konkurentsile avatud turul.

Sarnaselt *Post Danmark 2012* kaasusega on Euroopa Liidu Kohus ELTL-i artikli 102 (endine EÜ artikkel 82) kohaldamise menetluses kasutanud täiendkulude kriteeriumit veel *Deutsche Post*'i⁷³ ja *UFEX*'i⁷⁴ kaasustes. *Deutsche Post*'i kaasuses kuritarvitas ettevõtja oma turgu valitsevat seisundit, osutades teenust täiendkuludest madalamate hindadega. Komisjon määratles täiendkuludena kulusid, mis tulenevad üksnes spetsiifilise teenuse osutamisest, mis sõltuvad käideldud mahust ning mis kaovad, kui teenuse osutamine lõpetatakse. Seega püsikulud, mis ei sõltu üheainsa teenuse osutamisest, ei sisaldu täiendkuludes. *UFEX 2007* kaasuses pidi Komisjon kullerpostiturul turgu valitseva seisundi Poste française'i poolt kuritarvitamise kontrollimisel välja selgitama, kas selle ettevõtja esitatud arvetel toodud hind tema sellel turul tegutseva tütarettevõtja osutatud infrastruktuuriteenuste eest oli madalam või võrdne nende teenuste osutamise täiendkuludega. Teisisõnu pidi Komisjon kindlaks tegema kulud, mis on eranditult seotud spetsiifilise teenuse osutamisega ning mis kaovad, kui selle teenuse osutamine lõpetatakse. Viitamata mõistele „täiend”, soovitakse seda sisuliselt tagada

⁷¹ *Ibid*, para 31.

⁷² *Post Danmark 2012* (viide nr 50). *Opinion of the Advocate General Jacobs*, para 34.

⁷³ Cases C-147 & 148/97 *Deutsche Post v Commission* [2000] ECR I-825 (edaspidi *Deutsche Post 2000*).

⁷⁴ Case T- 60/05 *UFEX and Others v Commission* [2007] ECR II-3397 (edaspidi *UFEX 2007*).

ka direktiivi 67/97 artiklis 14, nõudes liikmesriikidelt, et nad kohustaksid universaalteenust osutavaid postiettevõtjaid kasutusele võtma kuluarvestusliku raamatupidamise, mis selles sättes ette nähtud viisidel võimaldab jagada konkreetse teenuse või tootega otseselt seotud kulud ning ühised kulud.⁷⁵ Samuti tuleneb *Deutsche Post*'i otsusest, millele Taani konkurentsiasutused põhikohtuasjas selgelt tuginesid, et Komisjon leidis, et spetsiifilisele teenusele omaseid kulusid ei tohi arvata universaalteenuse kohustusest tulenevate ühiste püsikulude hulka, mis on seotud jaotusvõrgu võimsuse säilitamisega. Keskmiste täiendkulude keskmine hõlmab seega ainult konkureeriva teenuse osutamise püsi- ja muutuvkulude keskmist.⁷⁶

Seega nii *Post Danmark 2012* kui ka *Deutsche Post*'i kaasuses on täiendkulude keskmine sarnaselt nn *AKZO* testis viidatud muutuvkulude keskmisega „alampiiri kriteerium” ehk miinimumkriteerium, alates millest on turgu valitseva seisundiga ettevõtja kohaldatav hind omahinnast madalam. Järgides nn *AKZO* testi loogikat, oleks täiendkulude keskmisest kõrgem, kuid kogukulude keskmisest madalam hind samuti omahinnast madalam, kui see oleks kindlaks määratud sellise kava raames, mille eesmärk on konkurent kõrvaldada.⁷⁷

Asjassepuutuva ettevõtja kulude katmise määra kaudu turgu valitseva seisundi kuritarvitamise iseloomustamisel, kui see kuritarvitamine tuleneb omahinnast madalama hinnaga müügi praktikast, tuleb eristada kulude katmise määra kindlaksmääramiseks kasutatud meetodit ja arvutusi iseenesest, mis tähendavad vaid selgelt matemaatilisi tehteid. Kuna kulude katmise määra arvutusmeetodi valik, erinevalt tehetest endist, eeldab Komisjonilt keerulist majanduslikku hinnangut, peab tal olema suur kaalutusõigus.⁷⁸ Kulutuste ja nende põhjendatuse analüüs on eelkõige majanduslik kategooria ning eeldab vältimatult majandusteaduslikku analüüsi. Muu hulgas tuleb analüüsida, kui suured on ettevõtja püsi- ja muutuvkulud, kuidas peaksid jagunema ettevõtja püsikulud ettevõtja erinevate kaupade või teenuste vahel jms.⁷⁹ Teisisõnu ei ole Komisjonile, ELK-le ega siseriiklikule konkurentsiasutusele ette kirjutatud reegleid, kuidas teha kindlaks, et turgu valitsev ettevõtja on kehtestanud ebaõiglased hinnad. Käesoleva töö autor on seisukohal, et kuigi on olemas *Turgu valitseva ettevõtja suunised* ning ELK ja Komisjoni praktika, mis annavad juhised röövellike hindade tuvastamiseks, siis igal konkreetsel juhul tuleb muu hulgas lähtuda

⁷⁵ *Deutsche Post AG*, OJ 2001 L125/27, [2001] 5 CMLR 99 (edaspidi *Deutsche Post 2001*), para 6, 9 ning 7. joonealune märkus. *UFEX 2007* (viide nr 74), para 161.

⁷⁶ *Deutsche Post 2001* (viide nr 73), para 9-10.

⁷⁷ *Post Danmark 2012* (viide nr 50). *Opinion of the Advocate General Jacobs*, para 33-39.

⁷⁸ *France Telecom 2007* (viide nr 65), para 129. Case C-7/95 P *Deere v Commission* [1998] ECR I-3111, para 34.

⁷⁹ Frolov, R., Sild, T., Ustav, U. *Op cit* (viide nr 14), lk 344.

konkreetses kaasuse asjaoludest ja eripäradest. Alati ei pruugi piisata sellest, kui hinnatakse kas kauba või teenuse hind katab kõnealuse toote või teenuse kulud, vaid tuleb vaadata ka täiendavaid tulusid, kui turgu valitseva ettevõtja asjaomane tegevus mõjutab negatiivselt tema tulu teistel turgudel või teiste toodete puhul. Kui turgu valitsev ettevõtja tegutseb korraga kahel turul, võib tekkida vajadus vaadelda ettevõtja mõlema turu tulusid ja kulusid samal ajal, sest turgu valitsev ettevõtja võib kasutada taktikat, mille kohaselt ta müüb oma kaupu või teenuseid väga madala hinnaga või isegi alla omahinna, tehes seda teiste turgude kasumi arvel.

Kui Komisjoni ja ELK praktika on turgu valitseva ettevõtja kehtestatud röövelliku hinnakujunduse tuvastamise osas üldiselt kasutanud nn *AKZO* testi ja analüüsinud turuvalitseja kulusid ja tulusid, tuvastamaks, kas ettevõtja kehtestatud hinnad jäävad alla keskmiste muutuvkulude või keskmiste kogukulude (või vastavalt alla keskmiste välditavate ja pikaajaliste keskmiste täiendkulude), siis Konkurentsiameti praktika ei ole selles küsimuses olnud ühetaoline ja selge.

Konkurentsiamet analüüsis oma 28.06.2004 otsuses nr 18-L⁸⁰, kas Elioni poolt Tartu Ülikooli Kliinikumi korraldatud riigihanke pakkumises esitatud telefoniteenuse hind oli alla omahinna või mitte. Konkurentsiamet viis läbi teenuse kulude ja tulude analüüsi, selgitamaks, kas Elioni pakutud hind ületas omahinda, ning leidis, et Elioni tegevust ei saa pidada turgu valitseva seisundi kuritarvitamiseks, kuna Tartu Ülikooli Kliinikum ei sõlminud Elioniga lepingut teenuse ostmiseks ning seega tegelikkuses selles kaasuses vaatluse all olnud hindasid ei rakendatud. Kuid Konkurentsiamet lisas, et Elion ei peaks osutama oma suurtele klientidele nii suuri allahindlusi, kuna selline olukord on turgu valitseva seisundi kuritarvitamisele ohtlikult lähedal.⁸¹

Konkurentsiamet jõudis oma analüüsis järeldusele, et Elioni kolme suurema kliendi võrgusiseste kõnede tulud, arvestades neile võimaldatavaid mahuallahindlusi, on lähedased kuludele. Müügitulu ületas küll Elioni poolt teistele operaatoritele võrguressursi müügitasu, kuid neil operaatoritel ei jäänud Elioni hinnataseme rakendamise korral üle piisavat kulukatet oma ülejäänud kulude katmiseks. Seega puudus teistel operaatoritel praktiliselt võimalus Elioni võrguressursi baasil oma teenuseid Elioniga võrreldavate hindadega pakkuda. Konkurentsiamet asus seisukohale, et kui teenuse hind ei sisalda mõistlikku kasumit, siis võib see teatud

⁸⁰ Konkurentsiameti otsus *Elion 2004* (viide nr 12).

⁸¹ *Ibid*, lk 10.

asjaoludel osutada konkurentsi kahjustavaks.⁸² Seda juhul, kui teised operaatorid ei saaks ka efektiivse tegutsemise korral kahjusid kandmata oma teenust suuklientidele pakkuda.⁸³ Elion väitis, et teenuse keskmine hind pikema perioodi jooksul sisaldab mõistlikku kasumit ning Elioni äritaktika kohaselt ei tarvitse kõikidele klientidele osutatavad teenused olla kasumiga teenused.⁸⁴ Paraku ei ole Konkurentsiamet andnud hinnangut sellele, millise ajavahemiku jooksul tehtud kulutused ja mõistlik kasum võetakse arvesse alla omahinna müügi väljaselgitamisel ning kas valitud klientidele võib osutada teenuseid mittekasumlikult. Eelkõige on ebaselge, kas ja millises ulatuses tuleb kauba või teenuse hinna sisse arvestada kasum. Konkurentsiamet viitab ka oma järgmistes ettekirjutustes mõistlikule kasumile, kuid ei selgita millises ulatuses see tuleks kauba või teenuse hinna sisse arvestada. Käesoleva töö autor on aga seisukohal, et turuvalitseja ei või osutada teenuseid mittekasumlikult, kui selleks ei ole objektiivset põhjendust (näiteks tarbijatele uute toodete tutvustamine, tehniliselt vananenud või mittekaubandusliku välimusega kaupade müümine). On raske näha ärilist põhjust, miks ettevõtja peaks tavaolukorras olema huvitatud mittekasumilike teenuste või kaupade pakkumisest.

Tuginedes Euroopa Kohtu praktikale, mille kohaselt on ELTL-i artiklis 102 (endises EÜ artiklis 82) mõeldud ettevõtja seisundit ühisturul ajal, mil väidetava seisundi kuritarvitamisena käsitletav rikkumine on toime pandud⁸⁵, leiab käesoleva töö autor, et ettevõtja võimaliku kuritarvitamise tuvastamisel tuleb lähtuda rikkumise perioodi tuludest, kuludest ja hindadest. Rikkumise lõppemisele järgnenud perioodi tulusid ja kulusid ei saa arvesse võtta, et arvutada kulude katmise määra rikkumise perioodil. Seda põhjusel, et pärast rikkumise perioodi, kui turuvalitseja on saavutanud oma eesmärgi – suurendanud oma turuosa ning tõrjunud konkurendid kaubaturult välja – on turuvalitsejal võimalus kontrollimatult oma hindu tõsta. Pärast rikkumise perioodi kehtestatud kõrged hinnad katavad tõenäoliselt kauba või teenuse osutamiseks vajalikud kulud ning sisaldavad ka kasumit. Seega ei saa turgu valitseva ettevõtja kehtestatud röövellike hindade tuvastamisel lähtuda rikkumise perioodile järgneva perioodi tuludest, kuludest ja hindadest, mida turuvalitseja saab nüüd oluliselt kõrgemaks tõsta.

⁸² Oma seisukohta, et osutatava teenuse hind peab katma ettevõtja kulud teenuse osutamiseks ja sisaldama sisaldama mõistlikku kasumit, on Konkurentsiamet korranud ka oma ettekirjutustes *STV 2004* (viide nr 12) ja *Telset 2004* (viide nr 12).

⁸³ Konkurentsiameti otsus *Elion 2004* (viide nr 12), lk 9-10.

⁸⁴ *Ibid*, lk 10.

⁸⁵ *France Telecom 2007* (viide nr 65), para 152.

2.07.2004 tegi Konkurentsiamet ettekirjutuse Tallinna Lennujaamale, kelle tulude- ja kuludearvestus ei vastanud nõuetele. Nimelt lisas Tallinna Lennujaam raamatupidamises üldkulud (s.o erinevad kulud, mis ei ole otseselt ühtegi tegevusalaga seotud, nt kantseleikulud) monopoolsetele tegevusaladele. Konkurentsile avatud tegevusaladel Tallinna Lennujaam üldkulusid ei arvestanud. See aga võimaldas Tallinna Lennujaamal pakkuda konkurentsile avatud tegevusaladel madalamaid hindu, kuivõrd tema hinnad ei pidanud katma ettevõtja üldkulusid. Konkurentsiamet märkis, et üldkulude lisamata jätmisel on tulemusüksuse raamatupidamisarvestuse majandustulemused moonutatud. Tulemusüksus on näiliselt kasumis, kui aga lisada üldkulu proportsionaalne osa, siis kahjumis. Kahjumis tegutsemisel ei vasta tulemusüksuse poolt pakutavate teenuste müügihinnad kõikidele teenuste osutamisel otseselt ja kaudselt tekkinud kuludele, st tulemusüksuse poolt osutatavate teenuste müügihinnad on summaarselt alla osutatavate teenuste täisomahinna.⁸⁶ Käesoleva töö autor nõustub siinkohal Konkurentsiameti põhjendustega ja peab vajalikuks selgitada, et täisomahind sisaldab tootmislikku omahinda ja perioodikulusid (ettevõtte üldkulusid).⁸⁷

Samal aastal tegi Konkurentsiamet ettekirjutuse kaabelviteenuse osutaja STV-le, kes kehtestas Maardus kaabelviteenuse täispaketile hinna 29 krooni kuus, ehkki sama teenuse eest küsiti Lasnamäel 79 krooni, Kesklinnas ja Kristiines 99 krooni, Koplis 59 krooni, Mustamäel 80 krooni, Tartus 60-80 krooni, Pärnus 75 krooni, Narvas 89 krooni kuus. Samadel alustel tehti ettekirjutus ka kaabelviteenuse osutajale Telset-ile, kes pakkus Maardus kaabeltelevisiooniteenust hinnaga 30 krooni kuus.⁸⁸ Ettevõtjatelt saadud andmete ja internetis avalikustatud hinnakirja põhjal tegi Konkurentsiamet järelduse, et Telset ja STV pakuvad Maardus oma klientidele alates 2002. aasta sügisest televisiooniprogrammide täispaketti hinnaga, mis on isegi madalam teenuse omahinnast. Telset esitas Konkurentsiametile abonementtasu kuluarvestuse, kus kulude kogusumma ilma kasumit arvestamata on 65 krooni kuus, samal ajal kui uuritava perioodil pakutava täispaketi hind abonemendi kohta oli vastavalt STV-l 29 ja Telset-il 30 krooni kuus. Konkurentsiamet leidis, et kaabelviteenuse täispaketti (vähemalt 50 kanalit) müüvad seda teenust osutavad ettevõtjad Tallinna linnaosades konkurentsivõrre hinnaga 59-99 krooni. Maardusse signaali viivad Telset ja STV samuti Tallinnast Lasnamäelt. Osutatava teenuse hind peab katma ettevõtja kulud teenuse osutamiseks ja sisaldama mõistlikku kasumit. Samas ettekirjutuste resolutiivosades kohustab Konkurentsiamet ettevõtjaid kehtestama teenusele hinna, mis katab vähemalt teenuse osutamiseks vajalikud

⁸⁶ Konkurentsiameti ettekirjutus *Tallinna Lennujaam 2004* (viide nr 12), lk 3-4.

⁸⁷ Vt Haldma, T., Karu, S. Kuluarvestuse süsteemi loomine ettevõttes. Rafiko & AT Audiko, 1999, lk 109.

⁸⁸ Konkurentsiameti ettekirjutus *STV 2004* (viide nr 12).

efektiivsed kulud, jättes välja analüüsi käigus nimetatud mõistliku kasumi lisamise hinnale. Käesoleva töö autor leiab, et Konkurentsiamet ei ole isegi ühe otsuse raames jäänud kindlale seisukohale – kas teenuse hind peab sisaldama mõistlikku kasumit või piisab üksnes hinnast, mis katab vähemalt teenuse osutamiseks vajalikud kulud. Konkurentsiameti konkreetsete seisukohtade puudumine muudab ka ettevõtjatele nende õiguspärase tegevuse kujundamise raskeks.

Olles juba korra STV-le ettekirjutuse teinud, tegi Konkurentsiamet 22.06.2005 STV-le uue ettekirjutuse⁸⁹, kuivõrd STV poolt kehtestatud uus täispaketi hind (40 krooni kuus) oli Konkurentsiameti hinnangul jätkuvalt alla omahinna. Kõnealuses ettekirjutuses on näha Konkurentsiameti mitmeid edasiarendusi võrreldes eelnevalt tehtud ettekirjutustega. Kui 2004. aastal kohustas Konkurentsiamet ettevõtjaid STV-d ja Telset-i kehtestama teenusele hinna, mis kataks vähemalt teenuse osutamiseks vajalikud kulud, siis 2005. aastal STV-le tehtud ettekirjutuses kohustas Konkurentsiamet ettevõtjat kehtestama teenusele hinna, mis vastaks teenuse osutamiseks vajalikele kuludele ning oleks mõistlikus vahekorras teenuse majandusliku väärtusega (st teenust müüakse alla omahinna).⁹⁰ Kahetsusväärset ei ole Konkurentsiamet nimetatud ettekirjutustes selgitanud kasutatud termini „vajalikud kulud“ tagamaid – millised kulud peavad olema arvestatud kauba või teenuse hinna sisse. 2004. aastal tehtud ettekirjutustest nähtub, et turgu valitseva seisundi kuritarvitamise tõendamisel oli üheks olulisemaks tõendiks turuvalitsejate juhtide tunnistused selle kohta, et kehtestatud hind oli alla omahinna. Konkurentsiamet ei hinnanud iseseisvalt asjaolu, kas kehtestatud teenuse hind kattis teenuse osutamiseks vajalikke kulusi või mitte. 2005. aasta ettekirjutuses astus Konkurentsiamet sammu edasi ning teostas põhjaliku kulude analüüsi, arvutades muu hulgas välja oletusliku teenuse täispaketi maksumuse ja märkides ära kõik kulud, mida teenuse hind peaks sisaldama.

Kui reeglina hinnatakse röövelliku hinnakujunduse tuvastamisel ettevõtja tulusid ja kulusid, siis Konkurentsiamet on 2006. aastal teinud otsuse⁹¹, kus ta kasutas teistsugust meetodit, tuvastamaks uurimise all oleva ettevõtja hinnakujunduse õiguspärasust. Kaasuse kohaselt kahtlustati AS-i Tallinna Lennujaam põhjendamatult odavate hindadega teenuse pakkumises. Taotluse esitaja AS Estonian Air väitis, et AS Tallinna Lennujaam ei jaga üldkulusid kõikide

⁸⁹ Konkurentsiameti 22.06.2005 ettekirjutus nr 3 (edaspidi *STV 2005*). Konkurentsiameti ettekirjutus *Telset 2004* (viide nr 12).

⁹⁰ Konkurentsiameti ettekirjutus *STV 2005* (viide nr 89), lk 9-10.

⁹¹ Konkurentsiameti otsus *Tallinna Lennujaam 2006* (viide nr 20).

tegevusalade vahel, millega kaasneb maapealsete teenuste osutamise subsideerimine muude tegevusalade arvelt. Konkurentsiamet võrdles üksnes turuvalitseja hindasid tema konkurendi hindadega, tuvastamaks, et kõnealune ettevõtja on teeninud eelmisel kvartalil kasumit ning turuvalitseja tegevusel puudub konkurentsi kahjustav tagajärg – konkurenti ei ole kaubaturult välja tõrjutud. Nendest kolmest aspektist järeltas Konkurentsiamet, et turuvalitseja kehtestatud hinnad ei kujuta endast röövellikke hindasid ning lõpetas menetluse. Konkurentsi kahjustavate tagajärgede olemasolu aspektile annab käesoleva töö autor hinnangu järgmises alapeatükis.

Töö autor ei nõustu Konkurentsiameti seisukohaga, et kuivõrd ettevõtja oli I kvartalis kasumis, siis saab kasumiga müügist järeltasda, et vastav ettevõtja ei saanud teenust müüa alla omahinna. Töö autor leiab, et kasumi ohverdamise hindamisel ei saa aluseks olla asjaolu, et ettevõtja teenis ühel kvartalil kasumit. Ühel kvartalil kasumi teenimine ei välista turgu valitseva ettevõtja võimalust müüa kaupa või teenust alla omahinna, kuivõrd nimetatud ühe kvartali kasum võib olla saadud erakorralistest tuludest.

Sarnaselt *Tallinna Lennujaama 2006* kaasusele, kus Konkurentsiamet tugines otsuse tegemisel mitte ettevõtja tulude ja kulude analüüsile, vaid hinnavõrdlusele, on Konkurentsiamet röövelliku hinna väljaselgitamisel võrrelnud turuvalitseja hindasid konkurendi hindadega ka varem *Falck Lääne-Eesti 2005* kaasuses.⁹² Nimetatud kaasuses leidis Konkurentsiamet, et turuvalitseja ja tema konkurendi hinnad on sarnased, ning lõpetas siinkohal turgu valitseva ettevõtja võimaliku kuritarvitamise analüüsi. Eeltoodust võiks justkui järeltasda, et Konkurentsiamet on seisukohal, et hind ei ole röövellik KonkS § 16 lg 1 tähenduses, kui see on samaväärne konkurentide hindadega, sõltumata sellest, kas kehtestatud hind on alla omahinna.

Käesoleva töö autor on seisukohal, et turgu valitseva seisundi kuritarvitamist ei saa esmajoones hinnata konkurentide hindade võrdluse teel või muude kaudsete meetoditega. Tuleb siiski tuvastada, kas just konkreetse ettevõtja puhul on tegemist alla omahinna müügiga. Autor leiab, et kuritarvitamise väljaselgitamiseks on esmatähtis siiski turuvalitseja kulude analüüs. Erialakirjanduses on sarnast seisukohta põhjendatud järgmiselt: on võimalik, et turgu valitseva ettevõtja ja tema konkurendi hinnad on võrdsed või isegi, et konkurendi hinnad on madalamad turuvalitseja kehtestatud hindadest, kuid sellegipoolest võib turgu valitsev ettevõtja müüa oma teenuseid alla omahinna, kahjustades seega konkurentsi.⁹³

⁹² Konkurentsiameti otsus *Falck Lääne-Eesti 2005* (viide nr 12).

⁹³ Tamm, E. *Op cit* (viide nr 28), lk 270.

Eelnev ei tähenda loomulikult seda, et konkurentide hindadega võrdlemist ei tohiks mitte mingil juhul kasutada röövelliku hinnakujunduse hindamisel. Ka EL-is on asutud seisukohale, et hinnavõrdluse meetod on lubatud juhul, kui ettevõtja kulusid ei ole võimalik välja selgitada.⁹⁴ Ei saa välistada, et konkurentide kulud ja hinnad võivad olla hinnakujundustegevuse analüüsimisel asjassepuutuvad. Sellise olukorraga võib olla tegemist näiteks juhul, kui turgu valitseva ettevõtja kulustruktuuri ei ole objektiivsetel põhjustel võimalik täpselt kindlaks teha või kui konkurentidele osutatav teenus kujutab endast üksnes sellise infrastruktuuri kasutamise võimalust, mille tootmiskulu on maha kantud, nii et selle infrastruktuuri kasutamisega ei kaasne turgu valitseva ettevõtja jaoks enam sellist kulu, mis on majanduslikus mõttes võrreldav kuluga, mida tuleb kanda tema konkurentidel selleks, et seda infrastruktuuri kasutada, või kui seda nõuavad turu eriomased tingimused näiteks selle tõttu, et turgu valitseva ettevõtja kulude määr tuleneb konkreetset konkurentsieelisest, mille turgu valitsev seisund talle annab.⁹⁵

Võrdlemaks turgu valitseva ettevõtja ja tema konkurentide hindu, on oluline, et arvesse võetaks üksnes selliste konkurentidele osutatud teenuste hindu, mis on võrreldavad teenustega, mida turuvalitseja ise kasutab jaemüügiturul tegutsemiseks ning turuvalitseja ja tema konkurentide poolt jaeturul lõpptarbijatele osutatud võrreldavate teenuste hindu. Võrrelda tuleb turuvalitseja ja tema konkurentide poolt samas ajavahemikus kehtestatud konkreetseid hindu.⁹⁶ Eeltoodust võib järeldada, et röövelliku hinnakujunduse kui kuritarvituse hindamisel tuleb üldiselt ja eelkõige arvesse võtta turgu valitseva ettevõtja hindasid ja kulusid. Üksnes juhul, kui asjaoludest tulenevalt ei ole võimalik kindlaks teha, millised on turuvalitseja hinnad ja kulud, tuleb analüüsida tema konkurentide hindu ja kulusid samal turul. Lisaks võib ELK praktikast järeldada, et röövelliku hinnakujunduse tuvastamisel võib vajadusel aluseks võtta ka samade kaupade või teenuste hinna teistes liikmesriikides, võrdluse samade, kuid kaubamärgita toodete hindadega ning võrdluse samade, kuid eri kaubamärki kandvate toodete hindadega.⁹⁷

Komisjon ja ELK on turgu valitseva ettevõtja kehtestatud röövellike hindade tuvastamise osas reeglina kasutanud nn *AKZO* testi, analüüsides, kas ettevõtja kehtestatud hinnad jäävad alla keskmiste muutuvkulude või keskmiste kogukulude (või vastavalt alla keskmiste välditavate ja pikaajaliste keskmiste täiendkulude). Täiendkulude keskmine on sarnaselt nn *AKZO* testis viidatud muutuvkulude keskmisega „alampiiri kriteerium” ehk miinimumkriteerium, alates

⁹⁴ *DG Competition Discussion Paper* (viide nr 15), para 103.

⁹⁵ *TeliaSonera Sverige AB 2011* (viide nr 13), para 45-46.

⁹⁶ *Ibid*, para 35.

⁹⁷ *United Brands 1978* (viide nr 11).

millest on turgu valitseva seisundiga ettevõtja kohaldatav hind automaatselt röövellik. Seevastu Konkurentsiameti röövellike hindade tuvastamise standardid on oluliselt madalamad. Konkurentsiamet ei ole lähtunud ettevõtja keskmistest muutuv- ja kogukuludest (ega ka välditavate ja täiendkuludest), vaid on asunud seisukohale, et osutatava teenuse hind peab katma ettevõtja kulud teenuse osutamiseks ja sisaldama mõistlikku kasumit. Paraku ei ole Konkurentsiamet andnud hinnangut sellele, millise ajavahemiku jooksul tehtud kulutused ja mõistlik kasum võetakse arvesse alla omahinna müügi väljaselgitamisel ning kas valitud klientidele võib osutada teenuseid mittekasumlikult. Käesoleva töö autor asus seisukohale, et turuvalitseja ei või osutada teenuseid mittekasumlikult, kui selleks ei ole objektiivset põhjendust. Tavapärasel konkurentsiolekorras peaks ettevõtja olema huvitatud kasumi teenimisest. Töö autor leidis, et ettevõtja võimaliku kuritarvitamise tuvastamisel tuleb lähtuda rikkumise perioodi (mitte hilisema perioodi) tuludest, kuludest ja hindadest. Seda põhjusel, et pärast rikkumise perioodi on turuvalitsejal võimalus kehtestada kõrged hinnad, mis tõenäoliselt katavad kauba või teenuse osutamiseks vajalikud kulud ning sisaldavad ka kasumit.

EL-i praktikas on asunud seisukohale, et juhul, kui ettevõtja kulusid ei ole võimalik välja selgitada, on lubatud kasutada hinnavõrdluse meetodit. Seega võib hinnavõrdlust kasutada erandlikel juhtudel ja selle kasutamist tuleb põhjendada. Konkurentsiamet on mitmes oma otsuses kasutanud hinnavõrdluse meetodit, kuid ei ole põhjendanud nimetatud meetodi valikut. Töö autor leidis, et turgu valitseva seisundi kuritarvitamist ei saa esmajoones hinnata konkurentide hindade võrdluse teel või muude kaudsete meetoditega. Esmatähtis on siiski turuvalitseja kulude analüüs, sest on võimalik, et turgu valitseva ettevõtja ja tema konkurendi hinnad on võrdsed või isegi, et konkurendi hinnad on madalamad turuvalitseja kehtestatud hindadest, kuid sellegipoolest võib turgu valitsev ettevõtja müüa oma teenuseid alla omahinna, kahjustades seega konkurenti. Eelneva analüüsi pinnalt võib järeldada, et Konkurentsiamet suhtub röövellike hindade tuvastamise meetoditesse leebemalt kui ELK ja Komisjon, kasutades ilma põhjendamata röövellike hindade tuvastamiseks lihtsamat meetodit kui tulude ja kulude analüüs. See võib olla ka põhjuseks, miks Konkurentsiamet on turuvalitseja kehtestatud röövellikud hinnad tuvastanud üksnes üksikutel juhtudel.

2.2. Turu enda kasuks sulgemine

Järgmiseks röövelliku hinnakujunduse elemendiks on turgu valitseva ettevõtja poolne turu enda kasuks sulgemine. Sellisel juhul on turuvalitseja tegevuse eesmärgiks konkurentide odavate hindadega kaubaturult väljatõrjumine ja sellega turu enda kasuks sulgemine.

Konkurentsioiguse, eelkõige ELTL-i artikli 102 eesmärk on tagada, et turgu valitsevad ettevõtjad ei kahjustaks tõhusat konkurentsi, tõrjudes konkurendid turult välja ja sulgedes potentsiaalsete konkurentide turulepääsu ning avaldades sellega kahjulikku mõju tarbijate heaolule kas tavapärasest kõrgema hinnataseme kujul või mõnel muul viisil (nt kvaliteedi vähendamine või valiku piiramine). ELK on täpsustanud, et ELTL-i artikkel 102 keelab eeskätt turgu valitseval ettevõtjal kohaldada hinnakujundust, millel võib olla sama tõhusate olemasolevate või potentsiaalsete konkurentide jaoks väljatõrjuv mõju⁹⁸. Nimelt lasub turgu valitseval ettevõtjal eriline kohustus mitte kahjustada oma tegevusega tõhusat konkurentsi ja mitte moonutada konkurentsi ühisturul tegevuse või tegevusetuse kaudu, mida see ettevõtja otsustab omal algatusel teostada.⁹⁹

ELTL-i artikliga 102 keelatud turgu valitseva seisundi kuritarvitamine on objektiivne mõiste, mis viitab turgu valitseva ettevõtja sellisele tegevusele, mis võib mõjutada sellise turu struktuuri, kus just kõnealuse ettevõtja tegutsemise tulemusel on konkurents juba nõrgenenud, ning mis takistab veel turul olemasoleva konkurentsi säilimist või selle konkurentsi arengut selliste vahenditega, mis erinevad nendest vahenditest, mida kasutatakse kaupade või teenuste tavapärasel konkurentsis, mis rajaneb ettevõtjate sooritustel.¹⁰⁰ Selleks, et teha kindlaks, kas turgu valitsevas seisundis olev ettevõtja kuritarvitas oma hinnakujunduse kohaldamisega turgu valitsevat seisundit, tuleb hinnata kõiki asjaolusid ja uurida, kas hinnakujundustegevus muu hulgas takistab konkurentide pääsemist turule või tugevdab turgu valitsevat seisundit konkurentsi kahjustamisega.¹⁰¹ Seega eelduslikult on konkurentide hindadest madalamate hindade kehtestamine õiguspärane ja tõhusale konkurentsile omane. Kui seda tehakse aga konkurentsi kahjustamise eesmärgil, võib selline hinnakujundus olla käsitatav kuritarvitusena.

Turgu valitseva ettevõtja suunistes kirjeldatakse mõistega „konkurentsivastane turulepääsu sulgemine“ olukorda, mille puhul tegelike või potentsiaalsete konkurentide juurdepääsu tarnetele või turgudele takistab või selle kõrvaldab turuvalitseja tegevus, mis tõenäoliselt annab

⁹⁸ *Deutsche Telekom AG 2010* (viide nr 13), para 177. *Michelin I 1983* (viide nr 4), para 73. *Case C-95/04P British Airways v Commission* [2007] ECR I-2331 (edaspidi *British Airways 2007*), para 68. *AKZO 1991* (viide nr 12), para 70.

⁹⁹ *Case C-552/03 P Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd v Commission* [2006] ECR I-9091, para 137.

¹⁰⁰ *Deutsche Telekom AG 2010* (viide nr 13), para 174. *Hoffmann-La Roche 1979* (viide nr 13), para 91. *Michelin I 1983* (viide nr 4), para 70. *AKZO 1991* (viide nr 12), para 69. *British Airways 2007* (viide nr 98), para 66. *France Telecom 2009* (viide nr 37), para 104.

¹⁰¹ *Deutsche Telekom AG 2010* (viide nr 13), para 175. *Michelin I 1983* (viide nr 4), para 73. *British Airways 2007* (viide nr 98), para 67.

turuvalitsejale pikemas perspektiivis võimaluse tõsta kasumlikult hindu.¹⁰² Kuigi turgu valitseval ettevõtjal on sarnaselt turgu valitsevat seisundit mitteomavate ettevõtjatega õigus kaitsta oma positsiooni turul konkureerides teiste ettevõtjatega, on siiski keelatud turgu valitseva ettevõtja selline tegevus, mis takistab tema konkurentide tegevust asjaomasel kaubaturul.¹⁰³ Oma turgu valitsevat seisundit kuritarvitab niisiis ettevõtja, kes rakendab sellist hinnapoliitikat, mille siht on kõrvaldada turult ettevõtjaid, kes on iseenesest võib-olla sama tõhusad kui ta ise, ent kes oma väiksemate finantsvahendite tõttu ei suuda taluda nende vastu suunatud konkurentsi.

Komisjon toonitas *Michelin I 1983* kaasuses, et ta ei pea seadusvastaseks turgu valitseva ettevõtja eesmärki olla oma konkurentide suhtes ülekaalus. Turgu valitsev ettevõtja peab konkureerima ausalt. Komisjon ei arva, et suurtel tootjatel oleks kohustus hoiduda tugevast konkurentsist väiksemate konkurentidega või uute tulijatega. Siiski nõuab tõhusa konkurentsi säilitamine väiksemate konkurentide kaitsmist turgu valitsevate ettevõtjate sellise käitumise eest, mis on suunatud nende turult kõrvaldamisele, kuritarvitades selleks oma turujõudu, mitte aga suurema efektiivsuse või parema tegevuse tulemusena.¹⁰⁴

Selles küsimuses tuleb meenutada, et ELTL-i artiklis 102 on silmas peetud üksnes konkurentsivastast tegevust, mille algatajad on ettevõtjad ise. Kui ettevõtjatele on konkurentsivastane tegevus siseriiklike õigusnormide alusel kohustuslik¹⁰⁵ või kui need õigusnormid moodustavad õigusliku raamistiku, mis välistavad igasuguse ettevõtjatevahelise konkureerimise võimaluse, ei ole ELTL-i artikkel 102 kohaldatav. Sellises olukorras ei ole konkurentsipiirangu põhjuseks ettevõtjate autonoomne tegevus, mis on nende sätete eeldus.¹⁰⁶ Seevastu võib ELTL-i artikkel 102 olla kohaldatav, kui ilmneb, et siseriiklikud õigusnormid jätavad võimaluse konkurentsi, mida ettevõtjate autonoomne tegevus võib takistada, piirata

¹⁰² Väljend „hindu tõstma“ tähendab turgu valitseva ettevõtja poolt selliste hindade kehtestamist, mis on üle konkurentsivõimelise taseme ja ka suutlikust hoida hindu konkurentsivõimelisest tasemest kõrgemal. Muu hulgas kasutatakse seda väljendit tinglikult ka eri viiside kohta, kuidas konkurentsinäitajaid (hindu, kaupade või teenuste valikut ja kvaliteeti) saab mõjutada turuvalitseja kasuks ja tarbijate kahjuks, kuivõrd raamatupidamisjärgne kasumlikkus ei pruugi õigesti näidata turuvõimu kasutamist. Vt *United Brands 1978* (viide nr 11), para 126. *Turgu valitseva ettevõtja suunised* (viide nr 7), punktid 11 ja 19.

¹⁰³ Põldroos, J. (koost). *Op cit* (viide nr 25), lk 63.

¹⁰⁴ *Michelin I*, OJ 1981 L353/33, [1982] 1 CMLR 643. *Michelin I 1983* (viide nr 4).

¹⁰⁵ Nt *Joined cases C-359/95 P and C-379/95 P French Republic v Ladbroke Racing Ltd v Commission* [1997] ECR I-6265 (edaspidi *Ladbroke Racing Ltd 1997*), para 21. Prantsusmaa siseriiklikud õigusnormid otseselt ei nõua, et suuremad võiduajamisega tegelevad ettevõtted omavahel kokkulepped sõlmiks, kuid kehtestavad hobuste võiduajamise hipodroomiväliste kihlvedude ainuõigusliku korra üheainsa mittetulundusliku ühingu kasuks.

¹⁰⁶ *Ladbroke Racing Ltd 1997* (viide nr 105), para 33.

või kahjustada.¹⁰⁷ ELTL-i artikkel 102 on ettevõtja suhtes seda enam kohaldatav, et tal on täielik vabadus valida oma käitumisviisi turul.

Röövelliku hinnakujunduse kui turgu valitseva ettevõtja poolse seisundi kuritarvitamise esimene tunnus on tema kulude katmata jätmine. Juhul, kui ettevõtja poolt kehtestatud hind on alla muutuvkulude, siis teise elemendi, st turu enda kasuks sulgemise tahtlust eeldatakse, samas juhul, kui hinnad on madalamad keskmistest kogukuludest, tuleb konkurentsi kõrvaldamise strateegia olemasolu tõendada. See tahe peab olema tõendatud kaalukate ja üksteist toetavate kaudsete tõenditega. Tõendamaks, et turgu valitseval ettevõtjal on kavatsus oma tegevusega konkurendid turult välja tõrjuda, tuleb uurida turuvalitseja ettevõtte siseseid dokumente, mis peaksid paljastama sellise kavatsuse olemasolu¹⁰⁸. Konkurentsiameti *LHV-Seesam Varahalduse* 2006 otsuses¹⁰⁹ tõdetakse turgu valitseva seisundi analüüsimisel, et turgu valitseva ettevõtja poolt soodustuste pakkumisega on võimalik teisi ettevõtjaid turult välja tõrjuda, sest sellisel juhul on klientidel motivatsioon loobuda teise ettevõtja teenustest. Kui ettevõtja kehtestab madalad hinnad eesmärgiga tõrjuda teised ettevõtjad kaubaturult välja, on vastuolu seadusega ilmne.

Näiteks *Wanadoo 2005* kaasuses rikkus France Télécomi kontserni kuuluv turgu valitsevat seisundit omav äriühing Wanadoo Interactive SA, mis tegutses interneti-ühenduse teenuste sektoris (sh ADSL teenustega), märtsist 2001 kuni oktoobrini 2002 EÜ artiklit 82 (tänapäev ELTL-i artikkel 102). Komisjon leidis, et nimetatud ettevõtja rikkus oma turgu valitsevat seisundit, pakkudes wXtense ja Wanadoo ADSL omahinnast madalama hinnaga, mis seoses strateegiaga võita kiire Interneti-ühenduse turg endale selle arenemise olulises staadiumis, ei võimaldanud tal katta muutuvkulusid kuni augustini 2001 ega kogukulusid alates augustist 2001.¹¹⁰ Konkurentsi pidurdamise tahe nähtus antud kaasuse puhul sellest, et WIN teadis, et tema nii olulise müügi mahu juures ei suuda konkurendid majanduslikult tema mittekasumlikule hinnapoliitikale vastu pidada. WIN teadis, et ilma kahjumita temaga samade jaeturu hindade pakkumise võimatuse tõttu ei saanud konkurent AOL kiirühenduse turule tulla. AOL France'i tegevdirektor selgitas avalduses WIN-i turundusstrateegia direktorile turule mittetulemist järgmiselt: „*Ajal, mil meie aktsionär oli Cégétel, tegime pakkumiskampaania koos Monaco Telecom'iga ja saime 500 abonenti. Me ei korraldanud seda kampaaniat aga Prantsusmaal,*

¹⁰⁷ *Ibid*, para 34.

¹⁰⁸ *AKZO 1986* (viide nr 12), para 81.

¹⁰⁹ Konkurentsiameti 18.12.2006 otsus nr 58-L (edaspidi *LHV-Seesam Varahaldus 2006*).

¹¹⁰ *Wanadoo interactive 2005* (viide nr 12).

*sest France Télécomi ADSL-i edasimüügi pakkumine ei võimaldaks meil täna teenuselt raha teenida. Tehniliselt oleme küll valmis, kuid meie eesmärk ei ole raha kaotada.”*¹¹¹

ELTL-i artikli 102 kohaldamise seisukohast võib konkurentsivastase eesmärgi ja selle tegeliku mõju tõendamine olla üks ja sama asi. Nimelt juhul, kui on tõendatud, et turgu valitsevas seisundis oleva ettevõtja tegevuse eesmärk on konkurentsi piiramine, siis võib sellel tegevusel olla ka vastav mõju. Hinnapoliitika aspektist võib omahinnast madalama hinnaga müügi kindlakstegemiseks kasutada kahte erinevat analüüsimeetodit. Turgu valitsevas seisundis oleva ettevõtja hinnad, mis on madalamad tema muutuvkuludest, on *per se* ebaõiglased, kuna ainus huvi, mis ettevõtjal selliste hindade võtmiseks võib olla, on konkurentide kõrvaldamine. Seevastu hinnad, mis on madalamad keskmisest kogukulust ja kõrgemad keskmisest muutuvkulust, on ebaõiglased, kui need on kindlaks määratud strateegia raames, mille eesmärk on konkurentide kõrvaldamine. Vastava tegevuse konkreetsete mõjude tõendamine nõutav ei ole.¹¹²

ELK praktikas¹¹³ on täpsustatud, et konkurentsivastane mõju peab puudutama võimalikke takistusi, mida kõnealune hinnakujundustegevus võib tekitada lõpptarbijatele jaeturul pakutavate teenuste arengule ja sellest tulenevalt konkurentsitasemele sellel turul. Seega pelk turgu valitseva ettevõtja selline hinnakujundustegevus, mille tulemusel väheneb tema vähemalt sama tõhusate konkurentide marginaal, ei kujuta endast kuritarvitust ELTL-i artikli 102 tähenduses, ilma et oleks vaja tõendada konkurentsivastast mõju. Turgu valitseva ettevõtja tegevus kujutab endast kuritarvitust juhul, kui turuvalitsejal on konkurentide marginaali vähenemise tõttu võimalik muuta konkurentide asjaomasele turule sisenemine raskemaks või isegi võimatuks. Käesoleva töö autor nõustub seisukohaga, et turuvalitseja hinnakujundust ei saa lugeda röövellikuks üksnes põhjusel, et selle tulemusel vähenes konkurentide marginaal. Kui konkurentide marginaal väheneb turuvalitseja efektiivsuse või parema tegevuse tõttu ausa konkurentsi tulemusena, siis ei ole ilmingimata tegemist turgu valitseva seisundi kuritarvitamisega. Ettevõtjate omavaheline hinnakonkurents on üldiselt kasulik ega ole üldjuhul keelatud ka turgu valitsevatele ettevõtjatele. Turgu valitseva ettevõtja hinnakujundus

¹¹¹ *France Telecom 2007* (viide nr 65), para 212.

¹¹² *France Telecom 2007* (viide nr 65), para 130, 195, 224. *AKZO 1991* (viide nr 12), para 71 ja 72. *Tetra Pak II 1994* (viide nr 4), para 148 ja 149, mille Euroopa Kohus jättis muutmata lahendiga *Tetra Pak II 1996* (viide nr 12), para 41. Case T-203/01 *Michelin v Commission (Michelin II)* [2003] ECR II-4071 (edaspidi *Michelin II 2003*), para 241 ja 242. Vt ka *Michelin II*, OJ 2002 L143/1, [2002] 5 CMLR 388 (edaspidi *Michelin II 2002*).

¹¹³ *Deutsche Telekom AG 2010* (viide nr 13), para 250-254. *TeliaSonera Sverige AB 2011* (viide nr 13), para 61-66.

on kuritarvitav, kui on olemas konkurentsi kahjustamise oht, st turuvalitseja tegevus ohustab tema olemasolevate konkurentide positsioone turul ja uute tulijate sisenemist kaubaturule.

Seetõttu peab röövelliku hinnakujunduse olemuse tuvastamiseks olema asjaomasel turul konkurentsivastane mõju, kuid see mõju ei pea olema tingimata konkreetne, vaid piisab sellest, kui tõendada, et konkurentsivastane mõju on turgu valitseva ettevõtjaga vähemalt sama tõhusate konkurentide turult väljatõrjumise näol võimalik. Tõepoolest, kui turgu valitsev ettevõtja rakendab tegelikkuses hinnakujundust, mis toob kaasa tema vähemalt sama tõhusate konkurentide marginaali vähenemise ja mille eesmärk on konkurendid asjassepuutuvalt turult välja tõrjuda, siis ei välista asjaolu, et kavandatud tulemust lõppkokkuvõttes ei saavutatud, seda, et selle tegevuse võib kvalifitseerida kuritarvituseks ELTL-i artikli 102 tähenduses. Siiski ei saa vähimagi mõju puudumisel konkurentide konkurentsiolukorrale niisugust hinnakujundust kvalifitseerida väljatõrjuvaks tegevuseks, kui viimaste sisenemist asjassepuutuvale turule ei ole selle tegevusega mingil moel raskendatud.

Eeltoodust tulenevalt võib tekkida küsimus, kas röövellikud hinnad on keelatud vaid tegelike konkurentsi kahjustavate mõjude olemasolul või on alla omahinna müük keelatud ka situatsioonis, kus tegelikku konkurentsi kahjustamist ei ole toimunud, kuid on olemas reaalne oht konkurentsi kahjustamiseks. ELK on seisukohal, et kui turgu valitsev ettevõtja viib realselt ellu tegevust, mille eesmärk on konkurendi kõrvaldamine, siis asjaolu, et soovitatavat tulemust ei saavutata, ei saa olla piisav selleks, et EÜ artiklis 82 (tänapäev ELTL-i artikkel 102) sätestatud turgu valitseva seisundi kuritarvitamise sätted sellele tegevusele enam ei kohalduks.¹¹⁴ Eesti siseriiklike kohtute ja Konkurentsiameti praktika on selles küsimuses jällegi ebaühtlane ning puudub selge seisukoht, kas röövellik hinnakujundus on tuvastatav juba konkurentsi kahjustamise ohu korral või peavad olema juba saabunud konkurentsi kahjustavad tagajärjed.

Riigikohus andis selles küsimuses oma seisukoha *AS Eesti Telefon v Konkurentsiamet 2002* kaasuses, kus ta leidis, et „*kui ettevõtja müüb kaupa alla omahinna tingimustes, kus see ei kahjusta konkurente, siis ei ole mingit praktilist põhjust sellist müüki keelata, sest selline müük ei saa kahjustada ka ühegi teise isiku, kõige vähem aga tarbija huve*“.¹¹⁵ Riigikohtu seisukohast võib järeldada, et turuvalitseja poolt alla omahinna müük on keelatud juhul, kui see kahjustab konkurente. Jääb ebaselgeks, kas Riigikohtu seisukohast võib välja lugeda, et alla omahinna

¹¹⁴ *France Telecom 2007* (viide nr 65), para 196. Cases T-24/93 *Compagnie Maritime Belge Transports v Commission* [1996] ECR II-1201 (edaspidi *Compagnie Maritime Belge Transports 1996*), para 149. Case T-228/97 *Irish Sugar plc v Commission* [1999] (edaspidi *Irish Sugar 1999*) ECR II-2969, para 191.

¹¹⁵ Riigikohtu otsus *AS Eesti Telefon v Konkurentsiamet 2002* (viide nr 11), p 18.

müük on keelatud ka juhul, kui on olemas konkurentsi kahjustamise võimalus, kuid reaalselt konkurentsi kahjustamist ei ole toimunud.

Konkurentsiamet asus *Neste Eesti 2005* kaasuses seisukohale, et „keelatud on sellised kaupade omahinnast odavamalt müügid, mille puhul kahjustatakse konkurente ja põhjustatakse pöördumatuid muutusi turul“.¹¹⁶ Lisaks otsustas Konkurentsiamet lõpetada AS Falck Lääne-Eesti suhtes menetluse, jättes talle ettekirjutuse tegemata, kuivõrd AS Falck Lääne-Eesti poolt pakutaval eripakkumisel puudus konkurentsi kahjustav mõju.¹¹⁷ AS-le STV tehtud ettekirjutuses viitab Konkurentsiamet sellele, et STV tegevus on kahjustanud konkurentsiolukorda Maardu kaabellevi teenuse turul. Nimetatud turul on STV hinnakujundusest tingituna oma tegevuse lõpetanud NOM, samuti ei ole välistatud, et STV hinnasurve tõttu on mõne aja pärast oma tegevuse sunnitud lõpetama ka Telset.¹¹⁸ Siinkohal võib järeldada, et Konkurentsiamet tuvastas röövelliku hinnakujunduse põhjusel, et turuvalitseja tegevus oli juba kahjustanud konkurentsiolukorda. On küsitav, kas Konkurentsiamet oleks tuvastanud STV tegevuses röövelliku hinnakujunduse tunnused, kui konkurentsi ei oleks veel kahjustatud. Samasugusele seisukohale asus Konkurentsiamet ka *Tallinna Lennujaama 2006* kaasuses, kus ta tõi välja, et alla omahinna müüki ei saa automaatselt lugeda konkurentsioiguse rikkumiseks, kuivõrd ka nõuetekohase raamatupidamise korralduse juures on võimalik teenust odavalt, sh alla omahinna müüa. Oluline on konkurentsi kahjustamise fakt.¹¹⁹ Eeltoodud Konkurentsiameti otsused viitavad asjaolule, et turuvalitseja poolt kauba või teenuste müük alla omahinna on keelatud juhul, kui sellega kaasneb tegelik konkurentsi kahjustamine. Käesoleva töö autor leiab, et Konkurentsiameti selline seisukoht muudab röövelliku hinnakujunduse tuvastamise eelduse ebamõistlikult leebeks. Turuvalitseja ei pruugi saavutada konkurentsi kahjustamise eesmärki, kuid see ei muuda tema kehtestatud madalaid hindu õiguspärasteks. Konkurentsiameti otsustest paraku ei selgu, kas konkurentsi kahjustamise ohu puhul on alla omahinna müük siiski lubatud. Tallinna Lennujaamale 2004. aastal tehtud ettekirjutuses viitab Konkurentsiamet, et müük alla omahinna konkurentide kaubaturult väljatõrjumise vahendina on turgu valitseva seisundi

¹¹⁶ Konkurentsiameti otsus *Neste Eesti 2005* (viide nr 12), lk 16.

¹¹⁷ Konkurentsiameti otsus *Falck Lääne-Eesti 2005* (viide nr 12), lk 8.

¹¹⁸ Konkurentsiameti ettekirjutus STV 2005 (viide nr 89), lk 9.

¹¹⁹ Konkurentsiameti otsus *Tallinna Lennujaam 2006* (viide nr 20), lk 7.

kuritarvitamine KonkS § 16 p 1 tähenduses.¹²⁰ Selline seisukoht jätab suurema tõlgendusruumi leidmaks, et alla omahinna müük on võiks olla keelatud ka konkurentsi kahjustamise ohu puhul.

Konkurentsiamet on oma seisukohta osaliselt muutnud 2008. aasta määruses, leides, et turgu valitseva ettevõtja poolt ebaõiglaselt madalate hindade kehtestamine KonkS § 16 punkti 1 tähenduses eeldab tagajärje saabumist või vähemalt võimalikku saabumist olukordades, kus teo võimalikud tagajärjed ei ole veel saabunud.¹²¹ Selline seisukoht küll kõigepealt rõhutab, et kuritarvituse tuvastamine eeldab konkurentsi kahjustava tagajärje saabumist, kuid seejärel laiendab röövelliku hinnakujunduse eeldust ka konkurentsi kahjustamise ohule. Määruses on Konkurentsiamet viidanud ELK lahendile¹²² ning selgitanud järgmist. ELK on leidnud *Hoffman-La Roche* kaasuses, et kuritarvitamine on objektiivne mõiste, mis seostub sellise ettevõtja tegevusega, kes omab turgu valitsevat seisundit, millest tulenevalt ta on võimeline mõjutama kaubaturu struktuuri, kus kõnealuse ettevõtja olemasolu tõttu on konkurents niigi nõrgenenud ning kus vastav ettevõtja kasutab tavapärasest konkurentsis tegutsevatest ettevõtjatest erinevaid meetodeid, mis omavad kaubaturul veel olemasoleva konkurentsi säilitamisele või konkurentsi suurenemisele piiravat mõju. Konkurentsiamet on siinkohal järeldanud, et ELK mitte üksnes ei näe turgu valitseva seisundi kuritarvitamise tagajärge kuritarvitamise ühe kohustusliku elemendina, vaid suisa defineerib kuritarvitust läbi selle.¹²³ Autor peab siinkohal vajalikuks viidata ELK hilisemale kohtupraktikale, mille kohaselt konkurentsi kahjustamise konkreetsete mõjude tõendamine ei ole nõutav röövelliku hinnakujunduse tuvastamisel.¹²⁴

Konkurentsiamet viitas viimati nimetatud määruses, et turgu valitseva seisundi kuritarvitusi vaadeldakse nii Euroopa kui ka maailma praktikas alati koosmõjus vastavasisulise tegevuse võimalike või tegelike tagajärgedega. Turgu valitseva seisundi kuritarvitamised on oma olemuselt sellised õigusrikkumised, mida ei ole tegelikkuses võimalik vaadelda lahus nende tagajärgedest, sest turuvalitseja võib kehtestada oma kaupadele tavapärasest odavamad hinnad paljudel erinevatel, sealhulgas täiesti aktsepteeritavatel põhjustel (näiteks laovarude lõpumüügiks, toote reklaamimiseks, reaktsioonina väiksema konkurendi agressiivsele hinnapoliitikale jne), mille tulemusena konkurents ei kahjustu. Seega muutub tavapärasest

¹²⁰ Konkurentsiameti ettekirjutus *Tallinna Lennujaam 2004* (viide nr 12), lk 7.

¹²¹ Konkurentsiameti 29.02.2008 määrus vääртеoasjas nr 04/05 (edaspidi *Eesti Raudtee 2008*), lk 19

¹²² *Hoffmann-La Roche 1979* (viide nr 13).

¹²³ Konkurentsiameti määrus *AS Eesti Raudtee 2008* (viide nr 121), lk 20.

¹²⁴ Vt nt *France Telecom 2007* (viide nr 65). *Michelin II 2003* (viide nr 112).

madalamate hindade kehtestamine konkurentsi kahjustavaks alles siis, kui see omab või võib omada mõju konkurentsiolekorradele. Eelpool toodust tuleneb loogiliselt, et konkurentsi kahjustava tagajärje olemasolu või selle saabumise võimalikkus on konkurentsi kahjustavalt odava hinnakujunduse lahutamatu element.

Itella SmartPOST 2012 kaasuses selgitas Konkurentsiamet, et röövelliku hinnakujunduse puhul on keskseks küsimuseks, kas turgu valitseva ettevõtja poolt rakendatavad hinnad on võimalised turuvalitsejaga vähemalt sama efektiivseid konkurente turult välja tõrjuma või neid märkimisväärselt nõrgestama. Kui konkurendi turult lahkumine on ebatõenäoline, siis ei ole madalate hindade puhul tegemist ettevõtja strateegiaga, mis tarbijaid kahjustaks. Nimetatud kaasuses jõudis Konkurentsiamet järeldusele, et ei ilmnenud asjaolusid, mis viitaksid kaubaturu vallutamisele Eesti Posti poolt röövellikult madalate hindade rakendamise kaudu, kuivõrd SmartPOSTi ja Eesti Posti turuosade arengut silmas pidades puudub mõistlik perspektiiv, et Eesti Post suudaks oma hinnakujundusega SmartPOSTi positsiooni lähitulevikus sedavõrd nõrgestada, et viimane on sunnitud turult lahkuma. Kõnealusel kaasuses Eesti Posti turuosaga pigem langes, mis ei ole kooskõlas röövelliku hinnakujunduse loogikaga.¹²⁵

Konkurentsiamet on mitmetes varasemates otsustes asunud seisukohale, et ettevõtja hinnakujunduse näol ei ole tegemist röövelliku hinnakujundusega, kui puuduvad konkurentsi kahjustavad tagajärjed. On tervitatav, et Konkurentsiamet on 2008. aastal osaliselt muutnud oma seisukohta, öeldes, et turgu valitseva ettevõtja poolt ebaõiglaselt madalate hindade kehtestamine KonkS § 16 punkti 1 tähenduses eeldab tagajärje saabumist või vähemalt võimalikku saabumist olukordades, kus teo võimalikud tagajärjed ei ole veel saabunud. Konkurentsiamet küll kõigepealt rõhutab, et kuritarvituse tuvastamine eeldab konkurentsi kahjustava tagajärje saabumist, kuid seejärel laiendab röövelliku hinnakujunduse eeldust ka konkurentsi kahjustamise ohule. Selline seisukoht ühtib paremini ELK ja Komisjoni praktikaga, mille kohaselt ei ole röövelliku hinnakujunduse tuvastamisel oluline, et ettevõtja tegevus oleks kaasa toonud reaalsed konkurentsi kahjustavad tagajärjed. Kui turgu valitsev ettevõtja viib realselt ellu tegevust, mille eesmärk on konkurendi kõrvaldamine, siis asjaolu, et soovitatavat tulemust ei saavutata, ei saa olla piisav selleks, et välistada turgu valitseva seisundi kuritarvitamine. Käesoleva töö autor, tuginedes eeltoodud analüüsile, nõustub erialakirjanduses esitatud seisukohaga¹²⁶, et konkurentsi kahjustava tagajärje esinemine ei saa olla kuritarvitamise tuvastamise eelduseks. Tegemist oleks ebamõistlikult madala röövelliku

¹²⁵ Konkurentsiameti otsus *Itella SmartPOST 2012* (viide nr 41), lk 14.

¹²⁶ Tamm, E. *Op cit* (viide nr 28), lk 271-272.

hinnakujunduse tuvastamise standardiga. Müük alla omahinna peaks olema keelatud nii juhul, kui sellega kaasneb tegelik konkurentsi kahjustamine, kui ka juhul, kui esineb konkurentsi kahjustamise võimalus. Selline käsitlus võimaldaks ennetada konkurentsi kahjustamist ning soodustab seega vaba konkurentsi. Juhul, kui Konkurentsiamet reageeriks olukorrale alles pärast konkurentsi kahjustamist, võib kaubaturu struktuur olla juba nii palju muutunud, et varasemat konkurentsile avatud olukorda ei ole võimalik taastada. Konkurentsiamet ei tohiks ootama jääda konkurentsi kahjustavate tagajärgede saabumist, vaid peab reageerima juba siis, kui on oht, et turgu valitseva ettevõtja tegevus võib konkurentsi kahjustada, vältimaks kaubaturu pöördumatuid muutusi.

2.3. Pikaajaline kahjumi tagasiteenimine

Kolmandaks röövelliku hinnakujunduse elemendiks võiks lugeda kahju tagasiteenimist, kuigi ELK praktikas ja õiguskirjanduses esinevad erinevad seisukohad küsimuses, kas kahju tagasiteenimine või selle võimalikkus on üheks eelduseks röövelliku hinnakujunduse tuvastamisel või mitte.

Tõenäoliselt toob turgu valitsev ettevõtja ohvriks kasumist loobumise juhul, kui kaotatud ning saamata jäänud kasumit saab pikemas perspektiivis korvata. Olles surunud konkurendid turult välja ja võtnud teistelt ära tahtmise üldse turule tulla, saab turuvalitseja ainsa müüjana kehtestada röövellikud hinnad. Ettevõtja jaoks on oluline olla kindel selles, et ta suudab pikas perspektiivis oma kahjud pärast röövellike hindade kehtestamist tagasi teenida. Käesoleva töö autor on seisukohal, et kahjude tagasiteenimise võimalikkus on turuvalitseja röövelliku hinnakujunduse aluseks ja üheks oluliseks eesmärgiks. Kui turuvalitseja ei suuda röövelliku hinnakujunduse tagajärjena oma kulusid korvata ja kaotab seeläbi näiteks oma turuosa, ei ole turuvalitseja sellisel hinnakujundusel ka ratsionaalset põhjendust. Küsimus peitub aga selles, kas kahju tagasiteenimine on ka röövelliku hinnakujunduse tuvastamise üheks eelduseks, st kas turgu valitseva ettevõtja vastutusele võtmiseks on vaja tuvastada, et ettevõtja teenis kahjumi hiljem tagasi või kas tal oli selleks reaalne võimalus.

Ameerika Ühendriikide konkurentsioigus näeb röövelliku hinnakujunduse tuvastamisel põhilise elemendina kahjude tagasiteenimist. Hinnakujundus saab olla röövellik ainult juhul, kui on tuvastatud kahjude tagasiteenimine, muu hulgas kahjude tagasiteenimise peab tõendama

hageja.¹²⁷ Euroopa Liidus lähtutakse röövelliku hinnakujunduse tuvastamisel teistsugusest seisukohast.

Nimelt Euroopa Kohtu praktika¹²⁸ ega Komisjoni praktika¹²⁹ ei nõua, et esialgsed kahjud oleksid juba tagasi teenitud hinnapoliitika kuritarvitava olemuse tuvastamiseks. Siseriiklike konkurentsiasutuste tegevus on õigustatud juba olukorras, kus esineb konkurentsi kahjustamise risk, sõltumata kahjude tagasiteenimise perspektiivikusest.¹³⁰ Täpsemalt, ELK välistas kahjude tagasiteenimise tõendamise vajaduse olukorras, kus ettevõtja konkurentide kõrvaldamise tahet võis eeldada, kuna ta oli kehtestanud tema keskmisest muutuvkulust madalamad hinnad. Nimelt peab saama omahinnast madalamate hindade võtmist karistada juba siis, kui on olemas konkurentide kõrvaldamise risk, ning seetõttu ei oleks sellisel juhul kohane nõuda, et täiendavalt tõendataks, et turuvalitsejal on reaalne võimalus oma kahjumi tagasi teenida. Taotletav eesmärk, s.o säilitada moonutamata konkurent, ei lubaks oodata ajani, mil konkurent sellise strateegia tagajärjel tegelikult kõrvaldataksegi.¹³¹ Teisisõnu on EL konkurentsiõiguse eesmärk keelata turuvalitseja selline tegevus, mille eesmärk on kõrvaldada kaubaturult efektiivsed konkurendid, sõltumata sellest, kui hästi või halvasti on turuvalitseja oma kahju tagasiteenimise võimaluse läbi mõelnud. ELK on öelnud, et asjaolu, et turgu valitseval ettevõtjal oli põhjust eeldada, et ta teenib teatud hinnapoliitikat kasutades tekkinud kahjumi tagasi, ei ole vaja eraldi tõendada.¹³² Ka *Turgu valitseva ettevõtja suunistes* viidatakse röövelliku hinnakujunduse elementidena eelkõige loobumist ja konkurentsivastast turulepääsu sulgemist, mainimata kahju tagasiteenimist kui röövelliku hinnakujunduse tuvastamise eeltingimust.¹³³

Kahju tagasiteenimise mis tahes võimaluse puudumisest iseenesest ei piisa, et välistada võimalus, et asjassepuutuv ettevõtja saab oma turgu valitsevat seisundit tugevdada pärast konkurentide turult lahkumist ja et tarbijatele tekitatakse nende valikuvõimaluste piiramisega

¹²⁷ Winkler, K. E. Counterfactual analysis in predation cases. E.C.L.R. 2013, 34(8), lk 410-421. Ballesteros, I. G., Szarka, A. Predatory pricing in the telecoms sector: the ECJ rules on the issue of recouping losses. (2009) 2 *Competition Policy Newsletter*, lk 36. Rosenblatt, H., Armengod, H., Scordamaglia-Tousis, A. *Op cit* (viide nr 63), lk 22.

¹²⁸ *Tetra Pak II 1996* (viide nr 12), para 44.

¹²⁹ *Vt Deutsche Post 2000* (viide nr 73).

¹³⁰ *France Telecom 2007* (viide nr 65), para 333.

¹³¹ *France Telecom 2007* (viide nr 65), para 226, mida ELK kinnitas ka lahendis *France Telecom 2009* (viide nr 37), para 37. *Tetra Pak II 1996* (viide nr 12), para 44.

¹³² *Tetra Pak II 1994* (viide nr 4), para 150.

¹³³ *Turgu valitseva ettevõtja suunistes* (viide nr 7), punkt 63.

kahju. Sellest tulenevalt on ELK asunud seisukohale, et omahinnast madalamate hindadega müügi tuvastamiseks ei pea tõendama kahju tagasiteenimist.¹³⁴

Erinevalt Ameerika Ühendriikide konkurentsiseaduse aluseks olevast lähenemisviisist eeldatakse EÜ artikli 82 (tänapäevane ELTL-i artikkel 102) alla kuuluva kuritarvitamise analüüsis turgu valitseva seisundi olemasolu¹³⁵, millest iseenesest piisab juba selleks, et järeldada kahjumi tagasiteenimise võimalikkust. Kuivõrd ELTL-i artikkel 102 kohaldub ainult turgu valitsevatele ettevõtjatele, siis eeldab selle sätte kohaldamine juba eelnevat põhjalikku turubarjäärade analüüsi. Seega võib reeglina eeldada, et turgu valitseval ettevõtjal on reaalne võimalus oma kahjud tagasi teenida.

Õiguskirjandusest tuleneb aga vastuväide eelnevalt nimetatud seisukohale: turgu valitsev seisund ei pruugi tingimata tähendada seda, et sellist seisundit omaval ettevõtjal on ka võimalik oma kahjum tagasi teenida. Kuigi kahjumi tagasiteenimise võimalikkus tähendab, et turgu valitsevat seisundit omava ettevõtja monopol jääb ka tulevikus alles, on oluline mõista, et kahjumi tekkimise ja tagasiteenimise perioodid ei lange kokku. Asjaolu, et ettevõtjal oli omahinnast madalamate hindadega müügi ajal turgu valitsev seisund, ei tähenda, et tal on tulevikus võimalik teenida oma varasem kahjum tagasi hindade tõstmise teel, sest konkurentsitingimused võivad siis olla hoopis teistsugused. Teiseks on omahinnast madalama hinnaga müüki käsitlevad nõuded praktikas EÜ artikli 82 (tänapäevane ELTL-i artikkel 102) alusel rahuldatud üksnes siis, kui kahjumi tagasiteenimise võimalikkus oli tegelikult tuvastatud või asjaolude põhjal tõenäoline.¹³⁶ Eelnevast tulenevalt on oluline silmas pidada, et turgu valitseva seisundi tuvastamine ei ole sama mis kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse analüüsimine.

Tuginedes *AKZO 1991*¹³⁷ ja *Hoffman-La Roche 1979*¹³⁸ kaasustele, leiab ELK kohtujurist Jan Mazak *France Telecom 2009*¹³⁹ kohtuasjas, et EÜ artikliga 82 (tänapäevane ELTL-i artikkel 102) vastuolus oleva omahinnast madalama hinnaga müügi tuvastamiseks on kahjumi tagasiteenimise võimalikkust vaja tõendada. Kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse analüüsimisel tuleb turu struktuuri hinnata *ex ante* või ettevaatavalt ajale, mil konkurendid on

¹³⁴ *France Telecom 2009* (viide nr 37), para 110-113.

¹³⁵ Vt *Hoffmann-La Roche 1979* (viide nr 13).

¹³⁶ O'Donoghue, R. ja Padilla, A. J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, Hart, 2006, lk 254.

¹³⁷ *AKZO 1991* (viide nr 12).

¹³⁸ *Hoffmann-La Roche 1979* (viide nr 13). Vt ka *Hoffmann-La Roche*, OJ 1976 L223/27, [1976] 2 CMLR D25.

¹³⁹ *France Telecom 2009* (viide nr 37). *Opinion of the Advocate General Jacobs*, para 68-78.

turult välja tõrjutud. Teisisõnu tuleb hinnata kahjumi tagasiteenimise võimalikkust, mida turgu valitsevas seisundis ettevõtja võib õigusega eeldada oma hindade kindlaksmääramise ajal.¹⁴⁰ Kui kahjumit ei ole võimalik tagasi teenida, on tõenäoline, et turgu valitsevas seisundis ettevõtja osaleb konkurentsivõimelistel tingimustel.¹⁴¹ Sellisel juhul, kui kahjumi tagasiteenimine ei ole võimalik, ei tohiks turuvalitseja hinnapoliitika tarbijaid ega nende huve kahjustada ning EÜ artikli 82 (tänapäevane ELTL-i artikkel 102) esmane eesmärk on siiski hoida ära konkurentsi moonutamine ja eelkõige kaitsta tarbijate huve, mitte konkreetsete konkurentide seisundit.¹⁴²

Erialakirjanduses on omakorda vaieldud vastu ELK kohtujuristi arvamusele, viidates, et kuivõrd *AKZO 1991* kaasus ei käsitle otseselt kahjude tagasiteenimist, siis ei saa sellest kohtuotsusest tuletada muud, kui et kahjude tagasiteenimine ei ole vajalik tingimus röövelliku hinnakujunduse tuvastamisel.¹⁴³ Kahjude tagasiteenimise küsimust röövelliku hinnakujunduse tuvastamise osas on esimest korda põhjalikumalt käsitletud *Tetra Pak II 1996* kohtuotsuses, kus on ühemõtteliselt sätestatud, et kõnealuse juhtumi asjaolusid arvestades ei oleks kohane nõuda, et täiendavalt tõendataks, et turgu valitsevas seisundis ettevõtjal oli reaalne võimalus oma kahjumit tagasi teenida.

ELK kohtujurist Mazak aga leidis *France Telekom 2009* kaasuses, kus tuginedes kahju tagasiteenimise küsimuses *Tetra Pak II 1996* tehtud otsusele, et kohus ei oleks pidanud seda seisukohta, mis rajanes üheselt viidatud kohtuasja spetsiifilistel asjaoludel, muutma üldreeglis. ELK ilmne eesmärk täpsustava väljendiga „käsitleva juhtumi asjaolusid arvestades” oli vältida

¹⁴⁰ ELK kohtujurist Jan Mazak leiab, et selline hindamisviis on sarnane analüüsiga, mida Komisjon on teinud koondumiste kontrolli valdkonnas. Vt *Tetra Laval/Sidel*, COMP/M.2416. 13 January 2003, [2004] IP/01/1516.. Case C-12/03 P *Commission v Tetra Laval BV* [2005] ECR I-987, para 42-44.

¹⁴¹ Vt selle kohta *Compagnie Maritime Belge Transports 2000* (viide nr 36). *Opinion of the Advocate General Jacobs*, para 136. Kohtujurist Jan Mazak lisab, et kuna kulude ja hindade vahekorra analüüsimine omahinnast madalama hinnaga müüki käsitlevates asjades tekitab paratamatult vaidlusi, millest suuremad puudutavad küsimusi, nagu millised on muutuvkulud ja millised püsikulud, milline on asjakohane periood jne, võib kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse tõendamise nõue väidetavat omahinnast madalama hinnaga müüki käsitlevates asjades põhimõtteliselt vähendada eksimustest tulenevat kahju (eelkõige ekslikult positiivsete tulemuste korral). Mis puudutab lisaks kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse *ex ante* tõendamist kui kasulikku ja juhitavat kontrollimehhanismi, on kohtujurist Mazak seisukohal, et põhimõtteliselt on turu struktuuri põhjal palju lihtsam leida, et kahjumi tagasiteenimine ei ole tõenäoline, kui tuvastada kulused, mis tekivad konkreetsele tootjale. Lisaks võimaldab kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse selline analüüs vältida kohtul tülikat kulude analüüsimist, mitmesuguste raamatupidamisaruannete läbivaatamist ja vaidlemist ekspertidega küsimuse üle, mis on asjaomased kulud.

¹⁴² Case C-7/97 *Oscar Bronner GmbH Co KG v Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG* [1998] ECR I-7791. *Opinion of the Advocate General Jacobs*, para 58.

¹⁴³ Moura e Silva, M. Predatory pricing under article 82 and the recoupment test: do not go gentle into that good night. E.C.L.R. 2009, 30(2), 61-66.

üldsõnalist seisukohta, mille tõttu muutuks kahjumi tagasiteenimise võimalikkuse tõendamine tulevastest omahinnast madalama hinnaga müüki käsitlevates kohtuasjades tarbetuks.¹⁴⁴

Seevastu ELK kohtujurist D. Ruiz-Jarabo Colomer tegi ELK-le ettepaneku¹⁴⁵ mitte sätestada kahjumi tagasiteenimise tõendamist EÜ artikliga 82 (tänapäevase ELTL-i artikkel 102) vastuolus oleva omahinnast madalama hinnaga müügi tuvastamise uueks eeltingimuseks. Põhjuseks tõi ta selle, et kahjumi tagasiteenimine on turgu valitsevas seisundis ettevõtja eesmärk, kuid omahinnast madalama hinnaga müük on juba iseenesest konkurentsi kahjustav, olenemata sellest, kas ettevõtja saavutab selle eesmärgi või mitte. Käesoleva töö autor nõustub selle seisukohaga, et kahju tagasiteenimine on kindlasti röövelliku hinnakujunduse aluseks ja üheks oluliseks eesmärgiks, kuid selle kahju tagasiteenimise tõendamine kuritarvituse tuvastamise eeldusena ei ole mõistlik. Röövellikku hinnakujundust eristab tavapärasest konkurentsis konkurentide turult välja tõrjumise kavatsus, mille saavutamiseks kasutab turuvalitseja tavapärasest konkurentsis tegutsevatest ettevõtjatest erinevaid meetodeid, ning kahjude tagasiteenimise tuvastamine iseenesest ei tõenda turgu valitseva ettevõtja kehtestatud hinnapoliitika ja konkurentide kaubaturult kõrvaldamise vahelist seost.

Röövellik hinnakujundus põhineb eeldusel, et turgu valitsev ettevõtja kannab kahju, kuna toote hind ei kata sellega seotud kulusid. Siiski on tõenäoline, et ettevõtja teenib kahju tagasi hiljem, kui ta on saavutanud turul tugevama seisundi ja loonud röövellike hindadega suuremad takistused uutele turule sisenejatele. ELK on asunud seisukohale, et tekkinud kahjumi hiljem tagasi teenimise võimaluse tõendamine ei ole röövelliku hinnakujunduse tuvastamise vältimatu eeltingimus, kuid lisas samas, et selline tõlgendus ei välista seda, et Komisjon kahjumi hiljem tagasi teenimise võimalust tõendab.¹⁴⁶ Tõlgendus, et kahjude tagasiteenimine ei ole röövelliku hinnakujunduse tuvastamisel vajalik eeltingimus, ei välista loomulikult seda, et Komisjon võib kahju tagasiteenimise võimalust pidada teatud tegevuse kuritarvitava olemuse hindamisel asjassepuutuvaks asjaoluks. Selle abil võib näiteks välistada võimaluse juhul, kui kehtestatud hind on madalam keskmisest muutuvkulust, et esines ka muid majanduslikke põhjuseid peale konkurentide kõrvaldamise, või tuvastada juhul, kui kehtestatud hind on madalam keskmisest

¹⁴⁴ *France Telecom 2009* (viide nr 37). *Opinion of the Advocate General Jacobs*, para 59. *France Telecom 2009* (viide nr 37), para 70.

¹⁴⁵ Vt *Tetra Pak II 1996* (viide nr 12). *Opinion of the Advocate General Jacobs*, para 78.

¹⁴⁶ *TeliaSonera Sverige AB 2011* (viide nr 13). *Opinion of the Advocate General Jacobs*, para 53. *France Telecom 2009* (viide nr 37). *Opinion of the Advocate General Jacobs*.

kogukulust ja kõrgem keskmisest muutuvkulust, et esines konkurentide kõrvaldamise strateegia.¹⁴⁷

Ka erialakirjanduses on välja toodud, et kuigi kahjude tagasiteenimine ei ole röövelliku hinnakujunduse kui kuritarvituse tuvastamise eelduseks, võib see siiski olla asjakohane hindamaks, kas ettevõtja käitumine on kuritarvitava iseloomuga.¹⁴⁸ Kahju tagasiteenimise tuvastamine võib osutada asjakohaseks, hindamaks, kas turgu valitsev ettevõtja tõstab veelgi oma turujõudu röövelliku hinnakujunduse kehtestamise abil, kahjustades sellega pikemas perspektiivis tarbijate huve. Kui tarbija ostab turgu valitsevalt ettevõtjalt soodsalt kestvusteenuse (nt hooldusteenus), mis algselt on soodne, kuid pärast konkurentide väljatõrjumist tõstab teenuse osutaja hinna ülemäära kõrgeks, võib kahjude tagasiteenimise aja hinnang olla väga asjakohane element, hindamaks kas selline hinnakujundus võib olla röövellik.

Praktikas võib kahju tagasiteenimise tõendamine olla väga raske, kuna see võib võtta erinevaid vorme, mida on raske hinnata. Näiteks võivad ettevõtjad tõsta oma hindu ja selle abil tagasi teenida kahju mis tahes muudel kaubaturgudel, välja arvatud sellel, kus röövellikku hinnakujundust rakendati. Sellist käitumist ei ole lihtne avastada. Seega kui kahju tagasiteenimine oleks röövelliku hinnakujunduse tuvastamise üheks eelduseks, ei pruugi enam ükski röövelliku hinnakujunduse kahtlusega kaasus jõuda reaalse kuritarvituse tuvastamiseni.

Kuivõrd Konkurentsiamet ei ole üheski röövellikku hinnakujundust puudutavas otsuses käsitlenud kahjude tagasiteenimise küsimust, siis puudub käesolevast peatükist ELK ja Komisjoni ning Konkurentsiameti seisukohtade võrdlus. Kuna Konkurentsiamet ei ole kordagi puudutanud kahjude tagasiteenimise temaatikat, võib sellest kaudselt järeldada, et Konkurentsiamet ei pea kahjude tagasiteenimist röövelliku hinnakujunduse tuvastamise eelduseks. Selline seisukoht oleks kooskõlas EL konkurentsioiguse praktikaga.

Eelnevale tuginedes on ka käesoleva töö autor seisukohal, et kahjude tagasiteenimine ei ole vajalik eeldus röövelliku hinnakujunduse tuvastamisel. Kahjude tagasiteenimise tuvastamine loob seose alla omahinna müügi ja turuvõimu suurendamise vahel, st võime küsida kõrgemat hinda pärast müüki alla omahinna ja sellest tuleneb suurem võimalus teenida kasumit. Kuid

¹⁴⁷ *France Telecom 2009* (viide nr 37), para 111.

¹⁴⁸ Rosenblatt, H., Armengod, H., Scordamaglia-Tousis, A. *Op cit* (viide nr 63), lk 22. Craig, P., de Burca, G. *Op cit* (viide nr 5), lk 1040.

selline käitumine võib olla ka õiguspärane (näiteks jõuline turule sisenemine, tarbijatele uute toodete tutvustamine, samuti ka olukorras, kus kaubad on tehniliselt vananenud või mittekaubandusliku välimusega ehk praagid). Kuivõrd röövellikku hinnakujundust eristab tavapärasest konkurentsist turgu valitseva ettevõtja konkurentide turult kõrvaldamise kavatsus, kusjuures turuvalitseja kasutab eesmärgi saavutamiseks tavapärasest konkurentsist tegutsevatest ettevõtjatest erinevaid meetodeid, siis kahjude tagasiteenimise tuvastamine iseenesest ei tõenda turuvalitseja käitumise ja konkurentide turult tõrjumise vahelist seost. Käesoleva töö autor on seisukohal, et nii juhul, kui küsitav hind on alla muutuvkulude keskmise, kui ka juhul, kui see on alla kogukulude keskmise, kuid üle muutuvkulude keskmise, ei ole vaja täiendavalt tõendada, et asjassepuutuval ettevõtjal oli reaalne võimalus kahjum tagasi teenida.

III OBJEKTIIVNE ÕIGUSTUS

3.1. Objektiiitse õigustuse liigid

Kui ELTL-i artikkel 101 sisaldab kolmandas lõikes erandite loetelu, millistel juhtudel on artikli esimese lõike järgi ebaseaduslikuks kvalifitseeritud tegevus erandkorras lubatud, siis ELTL-i artiklis 102 sellist erandit sätestatud ei ole. Ka ELK on kinnitanud, et turgu valitseva seisundi kuritarvitamise sättel puuduvad erandid.¹⁴⁹ ELK kohtujurist Jacobs on seisukohal, et EÜ artikli 82 (tänapäev ELTL-i artikkel 102) kohaldamise puhul kuritarvituse ja selle objektiiitse õigustuse eristamisest tulenev kaheetapiline analüüs on kunstlik. Ta märgib, et ainuüksi EÜ artikli 82 (tänapäev ELTL-i artikkel 102) kohaldamisalasse jääva teguviisi nimetamine „kuritarvituseks“ viitab sellele, et on tehtud negatiivne järeldus. Seevastu artikli 81 (tänapäev ELTL-i artikkel 101) sõnakasutus on oluliselt neutraalsem: „konkurentsi takistamine, piiramine või kahjustamine“. Seetõttu ei saa kohtujurist Jacobi arvates teatavaid turgu valitseva ettevõtja teguviise (konkurentsi piirav, kuid objektiiitselt õigustatud praktika) lugeda kuritarvituseks.¹⁵⁰

Siiski ei tähenda ELTL-i artikli 102 küllaltki range sõnastus seda, et turgu valitseval ettevõtjal, kelle tegevus vastab artiklis 102 kirjeldatud turgu valitseva seisundi kuritarvitamisele, ei ole mitte mingit võimalust oma käitumist õigustada. Turuvalitsejal on võimalus põhjendada teatud tegevusi, tuginedes nende objektiiitsele õigustatusele, kusjuures selleks õigustuseks ei ole ettevõtja soov teenida suuremat kasumit. Turgu valitseva ettevõtja konkurentsi piirav, ent mitte kuritarvituslik tegevus peab igal juhul olema proportsionaalne.¹⁵¹ Turuvalitseja võimalus ja õigus oma käitumist objektiiitselt õigustada muudab ELTL-i artikli 102 mõnevõrra paindlikumaks. ELK on aga rõhutanud, et objektiiitse õigustuse mõtteks ei ole luua erandite kataloogi ELTL-i artiklile 102¹⁵².

Selleks, et nimetada turuvalitseja hinnakujundust turgu valitseva seisundi kuritarvitamiseks, on praktiline kasutada kaheastmelist struktuuri, kus kõigepealt tuleb kontrollida turgu valitseva seisundi kuritarvitamise eelduseid ning seejärel kontrollida, kas sellisele käitumisele leidub objektiiivne õigustus, mis välistab turuvalitseja tegevuse EL õigusega vastuolus olevaks

¹⁴⁹ Case 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen* [1989] ECR 803, para 32.

¹⁵⁰ Case C-53/03 *Syfait v GlaxoSmithKline* [2005] ECR I-4609. *Opinion of the Advocate General Jacobs*, para 72.

¹⁵¹ *United Brands 1978* (viide nr 11), para 189-190. *British Airways 2007* (viide nr 98). *Turgu valitseva ettevõtja suunised* (viide nr 7), punkt 28.

¹⁵² *Joined Cases T-191/98, T-212/98, T-213/98, T-213/98 Atlantic Container Line AB and Others v Commission* [2003] ECR II-3275 (edaspidi *Atlantic Container Line 2003*), para 1114-1117. *Compagnie Maritime Belge Transports 1996* (viide nr 114), para 188.

tunnistamise.¹⁵³ Sellest seisukohast lähtudes on ka käesoleva magistritöö autor kasutanud oma töö ülesehituses kaheastmelisest struktuuri, kirjeldades kõigepealt röövelliku hinnakujunduse tuvastamise eelduseid ning seejärel analüüsid võimalikke objektiivseid õigustusi.

Kui kohus tuvastab, et turgu valitseva ettevõtja tegevusel on konkurentsivastased tagajärjed, on oluline silmas pidada, et turgu valitsev ettevõtja võib õigustada oma käitumist, mis jääb tõenäoliselt ELTL-i artikli 102 keelu kohaldamisalasse.¹⁵⁴ Nimelt võib turuvalitseja tõendada kas seda, et tema tegevus on objektiivselt vajalik¹⁵⁵, või seda, et selle tegevusega kaasnevat konkurentide väljatõrjuvat mõju võivad tasakaalustada või isegi ületada tõhususest tulenevad eelised, millest võidab ka tarbija¹⁵⁶. Seega tuleb EÜ artiklit 82 (tänapäev ELTL-i artikkel 102) tõlgendada nii, et turuvalitseja kohaldatud madalate hindade poliitikat ei saa pidada kuritarvitavaks väljatõrjumiseks ainult põhjusel, et hind, mille see ettevõtja kehtestas, on madalam kui asjassepuutuva tegevusega seostatav keskmine kogukulu, kuid suurem kui selle tegevusega seotud keskmine täiendkulu. Selleks, et niisugustel asjaoludel hinnata konkurentsivastase mõju olemasolu, tuleb uurida, kas selline hinnapoliitika põhjustab ilma objektiivse õigustusega konkurentide tegeliku või potentsiaalse väljatõrjumise, kahjustades konkurentide ja seega tarbijate huve.¹⁵⁷ Kui võrd turgu valitseval ettevõtjal on õigus kaitsta oma ärihuve, kui neid rünnatakse¹⁵⁸, siis on turuvalitsejale antud võimalus põhjendada, miks esmapilgul turgu valitseva seisundi kuritarvitamisena käsitletav tegevus on objektiivselt õigustatud. Oluline on siinjuures mõista, et objektiivse õigustuse eesmärgiks ei ole näidata, et turuvalitseja tegevus peaks olema lubatud, sest see toob kaasa negatiivset mõju üles kaaluvaid eeliseid, vaid et turuvalitsejal on õigus end rünnaku korral mõistlikult kaitsta ja seetõttu pole tegemist oma seisundi kuritarvitamisega.¹⁵⁹

Atlantic Container Line 2003 kaasuses õigustas Atlantic Container Line oma tegevust sellega, et kuritarvitusega kaasnesid kuritarvitust tasakaalustavad eelised. ELK aga välistas negatiivsete

¹⁵³ Matjus, M. *Op cit* (viide nr 40), lk 57.

¹⁵⁴ *Post Danmark 2012* (viide nr 50), para 40. Vt selle kohta eelkõige *United Brands 1978* (viide nr 11), para 184. *Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission* [1995] ECR I-0743, para 54 ja 55. *TeliaSonera Sverige AB 2011* (viide nr 13), para 31 ja 75.

¹⁵⁵ Vt *Case 311/84 Télémarketing (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB)* [1985] ECR 03261, para 27.

¹⁵⁶ *British Airways 2007* (viide nr 98), para 86. *TeliaSonera Sverige AB 2011* (viide nr 13), para 76.

¹⁵⁷ *Post Danmark 2012* (viide nr 50), para 44.

¹⁵⁸ *Compagnie Maritime Belge Transports 1996* (viide nr 114), para 146.

¹⁵⁹ Matjus, M. *Op cit* (viide nr 40), lk 57-58.

konkurentsimeetrite õigustamise tõhususe kasvuga.¹⁶⁰ Selline seisukoht on vastuolus varasema ELK lahendiga *Irish Sugar 1999*, kus ELK kinnitas, et turuvalitseja esmapilgul konkurentsivastase tegevusena näivat tegevust võib õigustada majanduslik tõhusus ja kasu tarbijatele.¹⁶¹ Sellest võib järeldada, et tarbija kasu puhul on tegemist negatiivset mõju tasakaalustava asjaoluga. Ka *Turgu valitseva ettevõtja suunistest* tuleneb, et turgu valitsev ettevõtja võib tõendada oma tegevuse objektiivset vajalikkust või seda, et tema tegevus toob kaasa tõhususe märkimisväärse kasvu, mis kaalub üles kõik konkurentsivastased mõjud tarbijatele.¹⁶²

ELK on *Microsoft Corp* otsuses selgitanud, et objektiivse õigustuse tõendamiskoormis lasub turgu valitseval ettevõtjal. Konkurentsiasutuse ülesandeks on näidata, et turuvalitseja esitatud argumendid ja tõendid ei ole piisavaks õigustuseks konkurentsi piiravale käitumisele.¹⁶³ *Turgu valitseva ettevõtja suuniste* kohaselt on turuvalitseja ülesanne esitada kõik vajalikud tõendid näitamaks, et asjaomane tegevus on objektiivselt õigustatud. Seejärel annab Komisjon lõpliku hinnangu, kas uuritav tegevus on objektiivselt vajalik ning, arvestades võimalike ilmsete konkurentsivastaste mõjude ja võimaliku ulatuslikuma ja põhjendatud tõhususe kasvu võrdlust, võib tuua kaasa kahju tarbijatele.¹⁶⁴ Turgu valitseval ettevõtjal tuleb tõendada, et asjassepuutuvast tegevusest tuleneda võib tõhususe kasv neutraliseerib konkurentile tekkiva tõenäolise kahjuliku mõju ja tarbijate huvid puudutatud turul, et tõhususe kasvu sai või võib saada realiseerida tänu sellele tegevusele, et see tegevus on nimetatud kasvu saavutamiseks mõõdapääsmatu ja et see ei kõrvalda tõhusat konkurentsi olemasoleva või potentsiaalse konkurentsi kõigi või peaaegu kõigi olemasolevate allikate väljatõrjumisega.¹⁶⁵

Turgu valitsev ettevõtja võib tõendada, et tema hinnakujundustegevus, millel võib olla väljatõrjuv mõju, on majanduslikult õigustatud.¹⁶⁶ Majandusliku õigustatuse hindamise osas tuleb kindlaks teha, kas sellise tegevuse konkurentile kahjulikku väljatõrjuvat mõju võivad tasakaalustada või isegi ületada tõhususest tulenevad eelised, millest võidab samuti tarbija. Kui selle tegevuse väljatõrjuv mõju ei ole seotud eelistega turule ja tarbijatele või kui see mõju

¹⁶⁰ Trans-Atlantic Conference Agreement, OJ 1999 L 095, [1999] 4 CMLR 1415. *Atlantic Container Line 2003* (viide nr 152).

¹⁶¹ *Irish Sugar 1999* (viide nr 114), para 188.

¹⁶² *Turgu valitseva ettevõtja suunistes* (viide nr 7), punkt 28.

¹⁶³ Case T-201/04 *Microsoft Corp v Commission* [2007] ECR II-03601, para 688.

¹⁶⁴ *Turgu valitseva ettevõtja suunistes* (viide nr 7), punkt 31.

¹⁶⁵ *Post Danmark 2012* (viide nr 50), para 42.

¹⁶⁶ *British Airways 2007* (viide nr 98), para 69.

ületab seda, mis on vajalik niisuguste eeliste saavutamiseks, tuleb seda tegevust käsitleda kuritarvituseks.¹⁶⁷ Isegi kui ilmnevad tõhususest tulenevad eelised, on ikkagi vaja tõendada, et väljatõrjuvat mõju omav tegevus kaalub üle võimaliku negatiivse mõju konkurentsile ja tarbijate heaolule. Lisaks tuleb näidata, et röövellik hinnakujundus on kõige vähem piiravam meede tõhususe kasvu saavutamiseks.

Konkurentsiamet on *LHV-Seesam Varahalduse 2006* otsuses¹⁶⁸ asunud seisukohale, et uurimise all oleva ettevõtja eesmärgiks ei olnud konkurentide turult väljatõrjumine ega konkurentsi kahjustamine ning et „muud majanduslikud argumendid“ põhjendasid turuvalitseja tegevust. Konkurentsiamet tõdes, et turgu valitseva ettevõtja poolt sellise tegevuse praktiseerimist, mida eelkõige praktiseerivad turgu valitseva ettevõtja konkurendid ja millel puudub põhjuslik seos turgu valitseva seisundiga, ei saa lugeda turgu valitseva seisundi kuritarvitamiseks. Konkurentsiamet lisas, et turuvalitsejal on õigus reageerida oma konkurentide tegevusele konkurentsiseaduse kooskõlas oleval viisil. Kahjuks ei nähtu otsusest aga, millistel argumentidel põhines Konkurentsiameti järeldus, et turuvalitseja poolt rakendatud meetmed olid pelgalt vastureaktsioon teiste turuosaliste hinnapoliitikale. Positiivne on aga see, et kõnealuselt otsusest nähtub, et Konkurentsiamet on avatud võimalustele kaaluda objektiivseid õigustusi ja tunnistab selgelt turgu valitsevate ettevõtjate õigust osaleda tõhusas konkurentsisis.

EÜ artikli 82 (tänapäev ELTL-i artikkel 102) arutlusdokumendi kohaselt võib turuvalitseja kehtestada omahinnast madalamad hinnad, kui need on osa lühiajalisest ajutisest kampaaniast, tutvustamiseks uut toodet, ning kampaania ulatus ja kestus on niivõrd lühikesed, et puudub konkurentide väljatõrjuv efekt.¹⁶⁹ Ehkki ELK ei ole aktsepteerinud enamikku talle esitatud objektiivsetest õigustustest, peab ELK siiski põhjendatuks uue toote turuletoomisega seotud allahindlust. ELK on kaudselt tunnustanud toodet tutvustavat allahindlust (*introductory rebate*). Lahendis *Hoffmann-La Roche 1797* lükkas ELK tagasi ettevõtja allahindluste süsteemi põhjendades, et muu hulgas ei saanud tegemist olla tutvustava allahindlusega.¹⁷⁰

Ka Konkurentsiamet on viidanud *Telset 2004*¹⁷¹ ettekirjutuses, et turgu valitsevale ettevõtjale on lubatud teatavate sooduskampaaniate korral müüa toodet või teenust alla omahinna. Selline

¹⁶⁷ *Ibid*, para 86.

¹⁶⁸ Konkurentsiameti otsus *LHV-Seesam Varahaldus 2006* (viide nr 109), lk 11.

¹⁶⁹ *DG Competition Discussion Paper* (viide nr 15), para 110.

¹⁷⁰ *Hoffmann-La Roche 1979* (viide nr 13), para 96.

¹⁷¹ Konkurentsiameti ettekirjutus *Telset 2004* (viide nr 12), lk 8.

sooduskampaania on lubatud tingimusel, et see kestab lühiajaliselt. Kõnealusel kaasuses leidis Konkurentsiamet, et kaabellevi kaubaturule sisenenud STV poolt kaabelleviteenuse müümine alla omahinna juba poolteist aastat peale turule tulekut ei ole käsitletav enam sooduskampaaniana. Konkurentsiamet lisas, et üldlevinud praktika kohaselt tehakse selliseid kampaaniad turule sisenemisel maksimaalselt pool aastat. Sama seisukohta on Konkurentsiamet kinnitanud ka *Neste Eesti 2005* otsuses, kus leidis, et lühiajaliste reklaami (müügi-) kampaaniate korraldamine, mille puhul kauba lõpphind langeb alla omahinna, on lubatud ka turgu valitsevat seisundit omavatele ettevõtjatele. Keelatud on sellised kaupade omahinnast odavamalt müügid, mille puhul kahjustatakse konkurente ja põhjustatakse pöördumatuid muutusi turul.¹⁷²

Seevastu ei luba ELK turuvalitsejal õigustada oma tegevust vastava liikmesriigi seadusandluse või poliitikaga, mis on vastuolus EL-i õigusega. Kaasustes *Aéroports de Paris*¹⁷³ ning *Corsica Ferries*¹⁷⁴ püüdsid infrastruktuuriettevõtjad enda teguviisi õigustada asjaoluga, et nende käitumine on kooskõlas kohaliku siseriikliku õigusega. Kaasuses *Irish Sugar* õigustas ettevõtja kodumaiste ettevõtjate soosimist riigi poliitikaga.¹⁷⁵ ELK lükkas nimetatud argumendid tagasi, sest siseriiklik õigus ei saa minna mööda EL-i õigusest, mille ülimuslikkust siseriikliku õiguse suhtes on ELK tunnustanud lahendis *Costa v ENEL*¹⁷⁶. ELK kohtujurist Mazak viitas *Deutsche Telekom AG 2010* otsuse juures, et kuivõrd reeglina ettevõtja vastutab oma tegevuse eest, siis on Euroopa Kohtu praktikas lubatud erandeid sellest põhimõttest ainult väga rangetel tingimustel. Igal juhul ei tohiks ettevõtja tegutsemise heauskus selles osas oluline olla. Pelgalt asjaolu, et liikmesriik võib soodustada konkurentsivastast tegevust, ei tohiks välistada rikkumise süüks panemist ettevõtjale.¹⁷⁷

Kui turgu valitseva ettevõtja esmapilgul kuritarvituse näivale tegevusele on olemas objektiivne õigustus ning vastav käitumine on proportsionaalne, võib ettevõtja pääseda vastutusest ELTL-i artikli 102 alusel. Tuleb aga rõhutada, et seni on turgu valitseva seisundi kuritarvituse objektiivse õigustamise võimalus olnud pigem teoreetiline. Olgugi, et ELK on

¹⁷² Konkurentsiameti otsus *Neste Eesti 2005* (viide nr 12), lk 16.

¹⁷³ *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*, OJ 1998 L230/10, [1998] 5 CMLR 611. Case T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929, para 166.

¹⁷⁴ Case C-18/93 *Corsica Ferries* [1994] ECR I-1783, para 36.

¹⁷⁵ *Irish Sugar*, OJ 1997 L258/1, [1997] 5 CMLR 666 (edaspidi *Irish Sugar 1997*), para 20, 70-72, 97. *Irish Sugar 1999* (viide nr 114), para 127. Case C-497/99P *Irish Sugar v Commission* [2001] ECR I-5333.

¹⁷⁶ Case 6/64 *Flaminio Costa v E.N.E.L.* [1964] ECR 585.

¹⁷⁷ *Deutsche Telekom AG 2010* (viide nr 13). *Opinion of the Advocate General Jacobs*, para 15.

kasutanud mitmetes kohtuasjades¹⁷⁸ sõnu „objektiivne õigustatus“ ja „proportsionaalsus“, ei ole ELK üheski röövelliku hinnakujunduse kaasuses tunnistanud turuvalitseja tegevust õiguspäraseks just objektiivse õigustatuse kriteeriumitest lähtuvalt. Ehkki ELK ei ole aktsepteerinud enamikku talle esitatud objektiivsetest õigustustest, peab ELK siiski põhjendatuks uue toote turuletoomisega seotud allahindlust. Ka Konkurentsiamet on asunud seisukohale, et turgu valitsevale ettevõtjale on lubatud teatavate sooduskampaaniate korral müüa toodet või teenust alla omahinna. Selline sooduskampaania on lubatud tingimusel, et see kestab lühiajaliselt. Konkurentsiamet ei ole küll otseselt sisustanud mõistet „lühiajaliselt“, kuid on viidanud, et teenuse müümine alla omahinna kestvusega poolteist aastat peale turule tulekut ei ole käsitletav sooduskampaaniana.

3.2. Hinnakujundus vastavalt konkurentide hindadele

Käesolev peatükk analüüsib põhjalikumalt hinnakujundust vastavalt konkurentide hindadele kui ühte põhilisemat turgu valitsevate ettevõtjate argumenti röövelliku hinnakujunduse õigustamisel. Röövelliku hinnakujunduse puhul põhjendavad turuvalitsejad tihti tavapärasest madalamate hindade kehtestamist asjaoluga, et antud hindade kehtestamise eesmärgiks on konkureerimine konkurentide sarnaste hindadega. Erialakirjanduse kohaselt võiks selline argument olla asjakohane olukorras, kus madalamaid hindasid ei ole kehtestatud valikuliselt, vaid kõigile ettevõtja klientidele¹⁷⁹. ELK ja Komisjon on seevastu esitanud mõnevõrra erinevaid seisukohti küsimuses, kas turuvalitseja kehtestatud madalad hinnad on õigustatud konkurentide sarnaste hindadega konkureerimisega ehk nn hinnasõjaga.

ELK asus *Tetra Pak II 1994* kaasuses seisukohale, et turgu valitseval ettevõtjal on lubatud konkureerida konkurenti hinnaga, kui see on vajalik objektiivsetel kaalutlustel, nagu ostja maksevõime (*solvency*). Sellisel juhul ei ole turuvalitseja hinnakujundus röövellik.¹⁸⁰ Seevastu *Compagnie Maritime Belge Transports 1996* kaasuses ei pidanud ELK sobivaks laevafirmade ühenduse põhjendust, mille kohaselt algatas hinnasõja nende konkurent ja hinnasõjale vastamine oli kooskõlas klientide ootustega. ELK asus seisukohale, et kuivõrd laevafirmade ühenduse tegevuse eesmärgiks oli tema ainukese konkurenti turult kõrvaldamine, siis ei saa pidada mõistlikuks ega proportsionaalseks ühenduse kehtestatud madalaid hindu, isegi kui need

¹⁷⁸ Vt nt *United Brands 1978* (viide nr 11), *Michelin II 2003* (viide nr 112), *Case C-53/92P Hilti v Commission* [1994] ECR I-667 jne.

¹⁷⁹ Hagström, M., Rüütel, R. *Op cit* (viide nr 18), lk 111.

¹⁸⁰ *Tetra Pak II 1994* (viide nr 4), para 221.

on vastureaktsiooniks konkurendi hindadele.¹⁸¹ Lahendites *Michelin II 2003*, *Irish Sugar 1999* ja *Deutsche Bahn 1997* on ELK rõhutanud, et turuvalitseja võib konkurendi vastu võidelda üksnes kvaliteedi ja toote omaduste poolest.¹⁸²

AKZO 1991 kohtuotsusest ilmneb, et turgu valitsev ettevõtja võib oma endiste klientide tagasisaamiseks langetada hinna täpselt võrdsele tasemele agressiivse konkurendi hinnaga.¹⁸³ On iseenesest positiivne, et ELK aktsepteerib turuvalitseja õigust teatud tingimustel valikulist allahindlust anda, sest nii on tagatud turuvalitseja õigus konkureerida teiste turuosalistega võrdsetel tingimustel. Erialakirjanduses on aga välja toodud mitmed problemaatilised aspektid valikulise allahindluse tegemisel. Esiteks küsimus sellest, kuidas jälgida pidevalt konkurendi hindu. Teiseks, kuidas saada teada, millised kliendid on konkurent sihtmärgiks valinud. Ning kolmandaks, võrdne hind kliendisuhete säilitamiseks ei ole sugugi sama tõhus meede kui madalam hind, mis siiski pole röövellik.¹⁸⁴ Käesoleva töö autor nõustub erialakirjanduses väljendatud seisukohaga, lisades, et ELK annab turgu valitsevale ettevõtjale justkui õiguse juhendada oma hinnakujundusel konkurentide hindadest, kaitsmaks oma positsiooni turul, kuid tegelikkuses on tegemist turuvalitseja jaoks ebatõhusa meetmega. Kui turuvalitseja juhendab oma hinnakujundusel konkurentide hindadest ning pakub konkurendist omakorda madalamat hinda, siis on selline teguviis seadusevastane. Seega on turuvalitsejal lubatud hoida konkurendiga täpselt sama hinda ning loota, et konkurent ei alanda hinda röövelliku hinnakujunduse tasemele. Oma positsiooni kaitsmiseks ei ole hinna konkurendi hinnaga samal tasemel hoidmine sugugi tõhus meede.

France Telecom 2007 kaasuses leidis turuvalitseja WIN, et ettevõtjal on absoluutne õigus heas usus juhendada mõne oma konkurendi varem kohaldatud hinnast, kui see hind on madalam esimesena nimetatud ettevõtja kuludest. WIN tugines oma argumentides Komisjoni otsusele¹⁸⁵, kus Komisjon selgesõnaliselt lubab turgu valitseval ettevõtjal kehtestada hinnad, mis jäävad alla omahinna, eesmärgiga viia heas usus oma hinnad kooskõlla konkurentide varem kehtestatud hindadega. ELK selgitas *AKZO 1986* kohtuotsuse tagamaid¹⁸⁶, kus turuvalitsejal

¹⁸¹ *Compagnie Maritime Belge Transports 1996* (viide nr 114), para 148.

¹⁸² *Michelin II 2003* (viide nr 112), para 97. *Irish Sugar 1999* (viide nr 114), para 111. Case T-229/94 *Deutsche Bahn v Commission* [1997] ECR II-1689, para 78. Vt ka *Michelin II 2002* (viide nr 112). *Irish Sugar 1997* (viide nr 175). HOV SVZ/MCN. OJ 1994 L 104, [1994].

¹⁸³ *AKZO 1991* (viide nr 12), para 102, 156.

¹⁸⁴ Matjus, M. *Op cit* (viide nr 40), lk 62.

¹⁸⁵ *AKZO 1986* (viide nr 12).

¹⁸⁶ *France Telecom 2007* (viide nr 65), para 179.

lubati langetada oma endiste klientide tagasisaamiseks hinda täpselt võrdsele tasemele agressiivse konkurendi hinnaga. ELK selgitas, et Komisjon ei lubanud AKZO-le üleüldist konkurentide hindandest juhendumist, vaid ainult ühe konkreetse tarnija hindadest juhendumist teatud konkreetse kliendi osas. Lisaks ei sisaldunud konkurendi hindadest juhendumise õigust, mida Komisjon lubas vaid väga täpsel tingimustel, samas asjas tehtud lõplikus otsuses.

Komisjon on *Wanadoo Interactive 2005*¹⁸⁷ kaasuses põhjalikult selgitanud, miks igale turgu valitsevale ettevõtjale ei laiene õigus juhendada heas usus konkurentide hindadest. Nimelt, uutele turule sisenejatele või ettevõtjatele, kellel ei ole turgu valitsevat seisundit, on lubatud teatud kindlaks perioodiks soodsaid hindu kehtestada. Nende ainus eesmärk on tõmmata tarbijate tähelepanu toote kui sellise olemasolule palju veenvamal viisil, kui seda on reklaam, ning nendel pakkumistel ei ole negatiivset mõju turule. Seevastu turgu valitseva ettevõtja juhendumine tema turgu valitsevat seisundit mitteomava konkurendi soodushindadest ei ole õigustatud, kui selle tagajärjel ei suuda turgu valitsevas seisundis ettevõtja katta oma asjakohase teenuse või kauba kulusid. Käesoleva töö autor on seisukohal, et tegemist on liiga range seisukohaga. Kui konkurentidel on võimalus turule sisenedes kehtestada röövellikud hinnad, siis turgu valitseval ettevõtjal ei ole ELK seisukoha kohaselt õigus sellisele hinnakujundusele reageerida. *Compagnie Maritime Belge Transports 1996* kaasuses püüdis turuvalitseja oma käitumist õigustada vajadusega kaitsta oma ärihuve ning reageerida konkurendi rünnakule, kuid ELK ei aktsepteerinud seda.¹⁸⁸

Seega ei saa kinnitada, et turgu valitsevas seisundis oleva ettevõtja õigus juhendada oma konkurentide hindadest on absoluutne ja et seda õigust on sellisena tunnustatud Komisjoni otsustuspraktikas või kohtupraktikas, eriti olukorras, kus see õigus lubaks omahindadest madalamate hindade kehtestamist, mis on ELTL-i kohaselt keelatud. Kuigi turgu valitsev seisund ei saa sellises seisundis ettevõtjat jätta ilma õigusest kaitsta oma ärihuvisid, kui neid peaks ohustatama, ja kuigi talle tuleb mõistlikus ulatuses anda õigus võtta meetmeid, mis tema hinnangul on nende õiguste kaitsmiseks kohased, ei saa seda tegevust lubada siis, kui selle tegelik eesmärk on ettevõtja turgu valitsevat seisundit tugevdada ja seda kuritarvitada.¹⁸⁹ Ehkki ELK väidab oma lahendites järjekindlalt, et ka turgu valitseval ettevõtjal on õigus oma ärihuve ründamise korral kaitsta, on käesoleva töö autor sarnaselt erialakirjanduses esitatud

¹⁸⁷ *Wanadoo interactive 2005* (viide nr 12), para 315.

¹⁸⁸ *Compagnie Maritime Belge Transports 1996* (viide nr 114), para 148.

¹⁸⁹ *France Telecom 2007* (viide nr 65), para 182 ja 185. *United Brands 1978* (viide nr 11), para 189. *Case T-65/89 BPB Industries Plc and British Gypsum Limited v Commission* [1993] ECR II-389 (edaspidi *BPB Industries Plc and British Gypsum Limited 1993*), para 117. *Compagnie Maritime Belge Transports 1996* (viide nr 114), para 146.

arvamusele¹⁹⁰ seisukohal, et nimetatud õigus on vaid deklaratiivne. Turgu valitseval ettevõtjal on keelatud juhendada konkurentide hindadest, kui turuvalitseja hinnad ei kata asjakohase kauba või teenuse kulusid, sõltumata turuvalitseja õigusest kaitsta oma rünnatavaid ärihuvisid.

ELK ütleb paljudes lahendites turuvalitseja ärihuvide kaitse kohta järgmist: “*Samuti, kuigi turgu valitsev seisund ei võta sellise seisundiga ettevõtjalt õigust kaitsta oma ärihuve, kui need on ohus, ning kuigi sellel ettevõtjal on mõistlikkuse piires õigus teostada neid toiminguid, mida peab kohaseks oma huvide kaitsmisel, ei saa niisugust tegevust siiski lubada, kui selle eesmärk on tugevdada turgu valitsevat seisundit ja seda kuritarvitada.*”¹⁹¹ Paraku pole ELK selgitanud, kuidas teha vahet turuvalitseja soovil oma turgu valitsevat seisundit tugevdada ja soovil oma turuosa mitte teistele kaotada. Eelnevast võib jääda mulje, et kui turuvalitseja võetud vastumeetme tulemusel tema turuosa grammi võrragi suureneb, siis on tegemist oma positsiooni tugevdamise ja konkurentsioõiguse rikkumisega.¹⁹² Lahendis *Irish Sugar 1999* asus ettevõtja seisukohale, et turuvalitseja õigus oma turuosa kaitsta on sisutühi, sest kaitse on lubatud vaid nii kaua, kuni see on edutu.¹⁹³ Seega võib üldistatult öelda, et ELK lubab turuvalitsejal kaitsta oma ärihuvisid üksnes meetmetega, mis reaalselt on ebatõhusad oma positsiooni kaitsmiseks. Kui turuvalitseja kasutab oma positsiooni tagamiseks meetmeid, millel on ka reaalne tulemus, on tegemist turgu valitseva seisundi kuritarvitamisega.

Turgu valitseval ettevõtjal on oma seisundist tulenevalt spetsiifilised kohustused ja need kohustused võivad turuvalitsejalt võtta õiguse tegutseda viisil, mis iseenesest ei ole turgu kuritarvitav ega karistatav, kui seda teeks turgu valitseva seisundita ettevõtja. Konkurentsiamet on *Itella SmartPOST 2012* otsuses selgitanud, et olulist turujõudu omav ettevõtja on allutatud KonkS §-s 16 sätestatud turgu valitseva seisundi kuritarvitamise keeldudele ning seetõttu on tema tegevusvabadus märgatavalt piiratum võrreldes ettevõtjaga, kes olulist turujõudu ei oma. Muu hulgas peab turuvalitseja hinnakujundus olema KonkS §-st 16 tulenevalt kooskõlas kulupõhisuse nõuetega. Välistamaks riski, et ettevõtja tegevus võib vastata turujõu

¹⁹⁰ Matjus, M. *Op cit* (viide nr 40), lk 61.

¹⁹¹ *British Airways 2003* (viide 4), para 243. *United Brands 1978* (viide nr 11), para 189. *BPB Industries Plc and British Gypsum Limited 1993* (viide nr 189), para 69. *Compagnie Maritime Belge Transports 1996* (viide nr 114), para 107. *Irish Sugar 1999* (viide nr 114), para 112.

¹⁹² Matjus, M. *Op cit* (viide nr 40), lk 61-62.

¹⁹³ *Irish Sugar 1999* (viide 114), para 176.

kuritarvitamise tunnustele, peaks ta järjepidevalt jälgima oma positsiooni asjaomasel kaubaturul ning vajadusel oma tegevust vastavalt KonkS §-le 16 korrigeerima.¹⁹⁴

ELK on kohtuasjas *ITT Promedia v Commission 1998*¹⁹⁵ leidnud, et EÜ artiklis 82 (tänapäevase ELTL-i artikkel 102) sätestatud kohustuste laadist tuleneb, et teatud konkreetsete tingimuste esinemisel võib turgu valitsevalt ettevõtjalt võtta õiguse tegutseda või teha selliseid toiminguid, mis ei ole iseenesest turgu kuritarvitavad ja mis ei oleks ka karistatavad, kui neid viiks läbi või teeks turgu valitseva seisundita ettevõtja. Turgu valitseva seisundiga ettevõtja juhendumine tema konkurentide hindadest ei ole iseenesest kuritarvitamine või karistatav, kuid ei saa olla välistatud, et see võib olla sellisena käsitletav juhul, kui tegevuse eesmärk ei ole ainult ettevõtja huvide kaitsmine, vaid tema turgu valitseva seisundi tugevdamine ja selle kuritarvitamine.¹⁹⁶ Seega ei saa turuvalitseja oma tegevuse põhjendamisel tugineda absoluutsele konkurentide hindadest juhendumise õigusele, kui see tegevus on käsitletav turgu valitseva seisundi kuritarvitamisena. Kuivõrd turuvalitsejal lasub eriline kohustus mitte kahjustada oma tegevusega tõhusat konkurentsi ühisturul, siis ei ole turuvalitsejal lubatud juhendada konkurentide hindadest, kui ta ei suuda katta oma kauba või teenuse kulusid.

Kuigi ELK küll rõhutab, et turuvalitsejat ei saa jätta ilma õigusest kaitsta oma ärihuvisid, kui neid peaks ohustatama, nähtub eelnevate kohtulahendite pinnalt, et ELK lubab turuvalitsejal kaitsta oma ärihuvisid üksnes meetmetega, mis realselt on ebatõhusad oma positsiooni kaitsmiseks. Turuvalitsejal on lubatud juhendada konkurentide hindadest, hoides hinda konkurenti hinnaga täpselt samal tasemel. Oma positsiooni kaitsmiseks ei ole see aga sugugi tõhus meede. Kui turuvalitseja kasutab oma positsiooni tagamiseks meetmeid, millel on ka reaalne tulemus (nt pakkudes konkurentist omakorda madalamat hinda), on tegemist turgu valitseva seisundi kuritarvitamisega. Seega on ELK lahendites välja toodud turuvalitseja võimalused oma ärihuvide kaitsmiseks pigem deklaratiivsed.

¹⁹⁴ Konkurentsiameti otsus *Itella SmartPOST 2012* (viide nr 41), lk 15.

¹⁹⁵ Case T-111/96 *ITT Promedia v Commission* [1998] ECR II-2937, para 139.

¹⁹⁶ *France Telecom 2007* (viide nr 65), para 186-187.

KOKKUVÕTE

Käesoleva töö eesmärgiks oli avada röövelliku hinnakujunduse kui õigusinstituudi olemus ja võimalikud objektiivsed õigustused Eesti ja EL-i praktikas. Magistritöö sissejuhatuses püstitatud hüpotees, et Eesti konkurentsioiguse praktika kohaselt on röövelliku hinnakujunduse tuvastamise eeldused võrreldes EL-i konkurentsioiguse praktikaga leebemad, st tõendamise standard on madalam, leidis kinnitust. Vastuse said ka kõik sissejuhatuses püstitatud uurimisküsimused. Teostatud analüüsi pinnalt võib järeldada, et Konkurentsiameti praktikas kasutatud meetodid röövellike hindade tuvastamiseks on võrreldes EL-i konkurentsioiguse praktikaga oluliselt leebemad. Konkurentsiamet on korduvalt ilma põhjendamata kasutanud röövellike hindade tuvastamiseks lihtsamat meetodit kui tulude ja kulude analüüs. See võib olla ka põhjuseks, miks Konkurentsiamet on turuvalitseja kehtestatud röövellikud hinnad tuvastanud üksnes üksikutel juhtudel. Töö autor on seisukohal, et Konkurentsiameti ebaselge praktika ja konkreetsete seisukohtade puudumine muudab ettevõtjatele nende õiguspärase tegevuse kujundamise raskeks.

Käesoleva töö esimeses peatükis tegi töö autor ettepaneku, et Konkurentsiamet ja siseriiklikud kohtud võiksid oma praktikas hakata kasutama ebaõiglaselt madalate hindade tähistamiseks ühtset terminit „röövellik hind“. Siiani on Konkurentsiamet ja siseriiklikud kohtud kasutanud ebaõiglaselt madalate hindade kaasustes väga erinevaid termineid. Ühtse termini kasutuselevõtt aitaks vähendada terminoloogilist ebaselgust ja vältida olukorda, kus ei suudeta õigesti vahet teha kuritarvituse liikide (ebaõiglaselt madal ja ebaõiglaselt kõrge hind) vahel. Kuivõrd tegemist on vastandlike kontseptsioonidega ning ebaõiglaselt madala ja ebaõiglaselt kõrge hinna mõju konkurentsile on erinev, on alati oluline vahet teha ebaõiglaselt madala ja ebaõiglaselt kõrge hinna vahel. Terminoloogilise selguse saavutamine viiks õiguspraktika ühe sammu võrra lähemale selgusele ja järjepidevusele.

Röövelliku hinnakujunduse tuvastamise osas püstitas töö autor uurimisküsimuse, kuidas hinnata, kas turuvalitseja hinnad on röövellikud. Komisjon ja ELK on turgu valitseva ettevõtja kehtestatud röövellike hindade tuvastamise osas reeglina analüüsinud, kas ettevõtja kehtestatud hinnad jäävad alla keskmiste muutuvkulude või keskmiste kogukulude. Muutuvkulude näol on tegemist nn miinimumkriteeriumiga, millest madalamad hinnad on automaatselt röövellikud. See nn *AKZO* testi esimene osa on sattunud tugeva kriitika alla ja ka käesoleva töö autor nõustus seisukohaga, et alla omahinna müügi puhul ei saa automaatselt eeldada konkurentsikahjustamise kavatsust. Alla omahinna müük võib normaalse konkurentsitingimuses esineda

näiteks uue ettevõtja jõulisel sisenemisel turule, uute toodete esmasel tutvustamisel tarbijaskonnale või olukorras, kus kaubad on tehniliselt vananenud või mittekaubandusliku väärtusega ehk praagid.

Kui ELK ja Komisjon on üldiselt kasutanud nn *AKZO* testi, siis Konkurentsiamet on kasutanud röövellike hindade tuvastamisel erinevaid meetodid, mis on oluliselt leebemad võrreldes EL-i praktikaga ja varieeruvad kaasusest kaasusesse. Konkurentsiamet ei ole sarnaselt Komisjonile ja ELK-le lähtunud röövellike hindade tuvastamisel ettevõtja keskmistest muutuv- ja kogukuludest, vaid asunud sõltuvalt kaasusest erinevatele seisukohtadele. Konkurentsiameti praktika analüüsist nähtus, et Konkurentsiamet ei ole isegi ühe otsuse raames jäänud kindlale seisukohale, öeldes otsuse sisulises osas, et teenuse hind peab sisaldama mõistlikku kasumit ning otsuse resolutsioonis, et teenuse hinna puhul piisab üksnes hinnast, mis katab vähemalt teenuse osutamiseks vajalikud kulud. Paraku ei ole Konkurentsiamet andnud ka hinnangut, millise ajavahemiku jooksul tehtud kulutused ja mõistlik kasum võetakse arvesse alla omahinna müügi väljaselgitamisel ning kas valitud klientidele võib osutada teenuseid mittekasumlikult. Käesoleva töö autor asus seisukohale, et turuvalitsejal ei ole õigust osutada teenuseid mittekasumlikult, kui selleks ei ole objektiivset põhjendust. On raske näha mingit ärilist põhjust, miks ettevõtja peaks tavaolukorras olema huvitatud mittekasumilike teenuste või kaupade pakkumisest. Konkurentsiamet ei ole üheski otsuses andnud hinnangut, millise perioodi kulud, tulud ja hinnad tuleb röövellike hindade tuvastamisel aluseks võtta. Töö autor leidis, et ettevõtja võimaliku kuritarvitamise tuvastamisel tuleb lähtuda rikkumise perioodi (mitte hilisema perioodi) tuludest, kuludest ja hindadest. Seda põhjusel, et pärast rikkumise perioodi on turuvalitsejal võimalus kehtestada kõrged hinnad, mis tõenäoliselt katavad kauba või teenuse osutamiseks vajalikud kulud ning sisaldavad ka kasumit.

EL-i praktikas on asutud seisukohale, et väga erandlikul juhul, kui ettevõtja kulusid ei ole võimalik välja selgitada, on lubatud kasutada hinnavõrdluse meetodit. Hinnavõrdluse meetodi kasutamist tuleb põhjendada. Konkurentsiamet on mitmes oma otsustes kasutanud hinnavõrdluse meetodit, kuid ei ole põhjendanud nimetatud meetodi valikut. Töö autor leidis, et turgu valitseva seisundi kuritarvitamist ei saa esmajoones hinnata konkurentide hindade võrdluse teel või muude kaudsete meetoditega. Esmatähtis on siiski turuvalitseja kulude analüüs, sest on võimalik, et turgu valitseva ettevõtja ja tema konkurendi hinnad on võrdsed või isegi, et konkurendi hinnad on madalamad turuvalitseja kehtestatud hindadest, kuid sellegipoolest võib turgu valitsev ettevõtja müüa oma teenuseid alla omahinna, kahjustades seega konkurentsi.

Sissejuhatuses püstitatud uurimisküsimuse, kas röövelliku hinnakujunduse tuvastamiseks on vaja tõendada, et turuvalitseja hinnakujundus on kaasa toonud konkurentide positsioonide nõrgenemise või lausa nende turult väljatõrjumise või peaks Konkurentsiamet reageerima juba konkurentsi kahjustamise ohu korral, osas jõudis töö autor seisukohale, et konkurentsi kahjustava tagajärje esinemine ei saa olla kuritarvitamise tuvastamise eelduseks. ELK on seisukohal, et turgu valitsevas seisundis oleva ettevõtja hinnad, mis on madalamad tema muutuvkuludest, on *per se* ebaõiglased, kuna ainus huvi, mis ettevõtjal selliste hindade võtmiseks võib olla, on konkurentide kõrvaldamine. Seevastu hinnad, mis on madalamad keskmisest kogukulust ja kõrgemad keskmisest muutuvkulust, on ebaõiglased, kui need on kindlaks määratud strateegia raames, mille eesmärk on konkurentide kõrvaldamine. Vastava tegevuse konkreetsete mõjude tõendamine nõutav ei ole; piisab sellest, kui tõendada, et konkurentsivastane mõju on turgu valitseva ettevõtjaga vähemalt sama tõhusate konkurentide turult väljatõrjumise näol võimalik. Kui turgu valitsev ettevõtja viib realselt ellu tegevust, mille eesmärk on konkurendi kõrvaldamine, siis asjaolu, et soovitatavat tulemust ei saavutata, ei saa olla piisav selleks, et turgu valitseva seisundi kuritarvitamise sätted sellele tegevusele enam ei kohalduks.

Konkurentsiamet on mitmetes otsustes asunud seisukohale, et ettevõtja hinnakujunduse näol ei ole tegemist röövelliku hinnakujundusega, kui puuduvad konkurentsi kahjustavad tagajärjed. On tervitatav, et Konkurentsiamet on 2008. aastal osaliselt muutnud oma seisukohta, öeldes, et turgu valitseva ettevõtja poolt ebaõiglaselt madalate hindade kehtestamine KonkS § 16 punkti 1 tähenduses eeldab tagajärje saabumist või vähemalt võimalikku saabumist olukordades, kus teo võimalikud tagajärjed ei ole veel saabunud. Konkurentsiamet küll kõigepealt rõhutab, et kuritarvituse tuvastamine eeldab konkurentsi kahjustava tagajärje saabumist, kuid seejärel laiendab röövelliku hinnakujunduse eeldust ka konkurentsi kahjustamise ohule. Selline seisukoht ühtib paremini ELK ja Komisjoni praktikaga, mille kohaselt ei ole röövelliku hinnakujunduse tuvastamisel oluline, et ettevõtja tegevus oleks kaasa toonud reaalsed konkurentsi kahjustavad tagajärjed. Kui turgu valitsev ettevõtja viib realselt ellu tegevust, mille eesmärk on konkurendi kõrvaldamine, siis asjaolu, et soovitatavat tulemust ei saavutata, ei saa olla piisav selleks, et välistada turgu valitseva seisundi kuritarvitamine. Teostatud analüüsi tulemusel jõudis töö autor seisukohale, et konkurentsi kahjustava tagajärje saabumine röövelliku hinnakujunduse eeldusena oleks ebamõistlikult leebe tingimus. Müük alla omahinna peaks olema keelatud nii juhul, kui sellega kaasneb tegelik konkurentsi kahjustamine, kui ka juhul, kui esineb konkurentsi kahjustamise võimalus. Selline käsitlus võimaldaks ennetada konkurentsi kahjustamist ning soodustab seega vaba konkurentsi. Juhul, kui Konkurentsiamet

reageeriks olukorrale alles pärast konkurentsi kahjustamist, võib kaubaturu struktuur olla juba nii palju muutunud, et varasemat konkurentsile avatud olukorda ei ole võimalik taastada. Konkurentsiamet ei tohiks ootama jääda konkurentsi kahjustavate tagajärgede saabumist, vaid peab reageerima juba konkurentsi kahjustamise ohu korral.

Röövelliku hinnakujunduse eelduste osas püstitatud kolmas uurimisküsimus, kas röövelliku hinnakujunduse tuvastamise eelduseks on kahjude tagasiteenimine või vähemalt võimalus kahjude tagasiteenimiseks, sai analüüsi tulemusel eitava vastuse. Töö autor asus seisukohale, et kahjude tagasiteenimise võimalikkus on turuvalitseja röövelliku hinnakujunduse aluseks ja üheks oluliseks eesmärgiks, aga mitte konkurentsioiguse rikkumise tuvastamise eelduseks. Tõenäoliselt toob turgu valitsev ettevõtja ohvriks kasumist loobumise juhul, kui kaotatud ning saamata jäänud kasumit saab pikemas perspektiivis korvata. Kui turuvalitseja ei suuda röövelliku hinnakujunduse tagajärjena oma kulusid korvata ja kaotab seeläbi näiteks oma turuosa, ei ole turuvalitseja sellisel hinnakujundusel ka ratsionaalset põhjendust. Ameerika Ühendriikide konkurentsioigus näeb röövelliku hinnakujunduse tuvastamisel põhilise elemendina kahjude tagasiteenimist, kuid ELK ega Komisjoni praktika ei nõua, et esialgsed kahjud oleksid juba tagasi teenitud hinnapoliitika kuritarvitava olemuse tuvastamiseks. Siseriiklike konkurentsiasutuste tegevus on õigustatud juba olukorras, kus esineb konkurentsi kahjustamise risk, sõltumata kahjude tagasiteenimise perspektiivikusest. Taotletav eesmärk, s.o säilitada moonutamata konkurents, ei lubaks oodata ajani, mil konkurent sellise strateegia tagajärjel tegelikult kõrvaldataksegi.

Kuigi kahjude tagasiteenimise tuvastamine loob seose alla omahinna müügi ja turuvõimu suurendamise vahel, st võime küsida kõrgemat hinda pärast müüki alla omahinna ja sellest tuleneb suurem võimalus teenida kasumit, ei ole see vajalik eeldus röövelliku hinnakujunduse tuvastamisel. Kahjude tagasiteenimise tuvastamine iseenesest ei tõenda turuvalitseja käitumise ja konkurentide turult tõrjumise vahelist seost. Käesoleva töö autor asus seisukohale, et nii juhul, kui küsitav hind on alla muutuvkulude keskmise, kui ka juhul, kui see on alla kogukulude keskmise, kuid üle muutuvkulude keskmise, ei ole vaja täiendavalt tõendada, et asjassepuutuval ettevõtjal oli reaalne võimalus kahjum tagasi teenida. Konkurentsiamet ei ole üheski röövellikku hinnakujundust puudutavas otsuses käsitlenud kahjude tagasiteenimise küsimust, millest võib kaudselt järeldada, et ka Konkurentsiamet ei pea kahjude tagasiteenimist röövelliku hinnakujunduse tuvastamise eelduseks. Selline seisukoht oleks kooskõlas EL konkurentsioiguse praktikaga. Loomulikult ei saa välistada, et teatud olukordades võib kahju tagasiteenimise võimalus kuritarvitava olemuse hindamisel olla asjassepuutuv. Näiteks

olukorras, kus tarbija ostab turuvalitsejalt soodsalt kestvusteenuse (nt hooldusteenus), mis algselt on soodne, kuid pärast konkurentide väljatõrjumist tõstab teenuse osutaja hinna ülemäära kõrgeks, võib kahjude tagasiteenimise aja hinnang olla väga asjakohane element, hindamaks kas selline hinnakujundus võib olla röövellik.

Objektiivse õigustuse osas püstitati sissejuhatuses uurimisküsimus, kas üldse ja millisel juhul on turuvalitseja kehtestatud madalad hinnad õigustatud. Autor leiab, et seni on turgu valitseva seisundi kuritarvituse objektiivse õigustamise võimalus olnud pigem teoreetiline. Olgugi, et ELK on kasutanud mitmetes kohtuasjades sõnu „objektiivne õigustatus“ ja „proportsionaalsus“, ei ole ELK üheski röövelliku hinnakujunduse kaasuses tunnistanud turuvalitseja tegevust õiguspäraseks just objektiivse õigustuse kriteeriumitest lähtuvalt. Kuigi ELK ei ole aktsepteerinud enamikku talle esitatud objektiivsetest õigustustest, peab ELK siiski põhjendatuks uue toote turuletoomisega seotud allahindlust. Ka Konkurentsiamet on asunud seisukohale, et turgu valitsevale ettevõtjale on lubatud teatavate sooduskampaaniate korral müüa toodet või teenust alla omahinna. Selline sooduskampaania on lubatud tingimusel, et see kestab lühiajaliselt. Konkurentsiamet ei ole küll otseselt sisustanud mõistet „lühiajaliselt“, kuid on viidanud, et teenuse müümine alla omahinna kestvusega poolteist aastat peale turule tulekut ei ole käsitletav sooduskampaaniana. ELK on asunud aga kindlale seisukohale, et turuvalitsejal ei ole lubatud õigustada oma tegevust vastava liikmesriigi seadusandluse või poliitikaga, mis on vastuolus EL-i õigusega, sest siseriiklik õigus ei saa minna mööda EL-i õigusest. Pelgalt asjaolu, et liikmesriik võib soodustada konkurentsivastast tegevust, ei tohiks välistada rikkumise süüks panemist ettevõtjale.

Eraldi peatükis analüüsis autor põhjalikumalt hinnakujundust vastavalt konkurentide hindadele, kuivõrd tegemist on ühe põhilisema turgu valitsevate ettevõtjate argumendiga röövelliku hinnakujunduse õigustamisel. Röövelliku hinnakujunduse õigustamine tavapärasest madalamate hindade kehtestamisega võiks erialakirjanduse kohaselt olla asjakohane olukorras, kus madalamaid hindasid ei ole kehtestatud valikuliselt, vaid kõigile ettevõtja klientidele. Turgu valitseva seisundiga ettevõtja juhendumine tema konkurentide hindadest ei ole iseenesest kuritarvitamine või karistatav, kuid ei saa olla välistatud, et see võib olla sellisena käsitletav juhul, kui tegevuse eesmärk ei ole ainult ettevõtja huvide kaitsmine, vaid tema turgu valitseva seisundi tugevdamine ja selle kuritarvitamine. Kuivõrd turuvalitsejal lasub eriline kohustus mitte kahjustada oma tegevusega tõhusat konkurentsi ühisturul, siis ELK ja Komisjoni praktika kohaselt ei ole turgu valitsevas seisundis oleva ettevõtja õigus juhendada oma konkurentide hindadest absoluutne, eriti olukorras, kus see õigus lubaks omahindadest madalamate hindade

kehtestamist, mis on ELTL-i kohaselt keelatud.

Kuigi ELK küll rõhutab, et turuvalitsejat ei saa jätta ilma õigusest kaitsta oma ärihuvisid, kui neid peaks ohustatama, nähtub eelnevate kohtulahendite pinnalt, et ELK lubab turuvalitsejal kaitsta oma ärihuvisid üksnes meetmetega, mis reaalselt on ebatõhusad oma positsiooni kaitsmiseks. Turuvalitsejal on lubatud juhinduda konkurentide hindadest, hoides hinda konkurendi hinnaga täpselt samal tasemel. Oma positsiooni kaitsmiseks ei ole see aga sugugi tõhus meede. Kui turuvalitseja kasutab oma positsiooni tagamiseks meetmeid, millel on ka reaalne tulemus (nt pakkudes konkurendist omakorda madalamat hinda), on tegemist turgu valitseva seisundi kuritarvitamisega. Käesoleva töö autor asus seisukohale, et tegemist on liiga range hoiakuga. Kui konkurentidel on võimalus turule sisenedes kehtestada röövellikud hinnad, siis turgu valitseval ettevõtjal ei ole ELK seisukoha kohaselt õigus sellisele hinnakujundusele reageerida. Seega on ELK lahendites välja toodud turuvalitseja võimalused oma ärihuvide kaitsmiseks pigem deklaratiivsed.

Käesoleva töö väärtus seisneb röövelliku hinnakujunduse kui õigusinstituudi olemuse avamises läbi selle eelduste ning võimalike objektiivsete õigustuste. Iga röövelliku hinnakujunduse tuvastamise eelduse juures on välja toodud erinevused EL-i ja Eesti konkurentsioiguse praktikas. Analüüsi tulemusel kujundatud seisukohad võiksid olla Konkurentsiametile abiks ühetaolise ja järjepideva röövelliku hinnakujunduse tuvastamise praktika loomisel.

PREDATORY PRICING IN EU AND ESTONIAN COMPETITION LAW

Summary

Abuse of dominant position occurs as a result of the unilateral breach of the competition. A dominant undertaking is bound by the rules set out in Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). The Court of Justice of the European Union (encompassing the European Court of Justice and the General Court, hereinafter: European Courts) has clarified that the possession of a dominant position does not constitute an abuse *per se*, but a dominant undertaking has a special responsibility not to allow its conduct to harm genuine undistorted competition on the European Union (EU) common market.

This Master's thesis focuses on the TFEU Article 102 a) that prohibits directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices. There are two contrasting types of unfair pricing cases: excessive pricing and predatory pricing. Consumer harm is more perceivable if a dominant undertaking charges unfairly high prices compared to the unfairly low prices set by a dominant undertaking. This Master's thesis focuses on the problems associated with the detection of predatory pricing because the unfairly low prices (predatory prices) set by a dominant undertaking are not always so obvious abuse of a dominant position.

Predatory pricing is a complex area of EU competition law. Mainly because it is difficult to distinguish predatory pricing from legitimate competition – there occurs a sale of goods at or below cost in normal competition conditions as well. Each of the discounts set by a dominant undertaking is not a breach of competition law. Although predatory pricing has been prohibited for dominant undertakings for many years, it is still not clear for national competition authorities, courts and entrepreneurs how to distinguish predatory pricing and legitimate competition. The European Commission guidelines on abuse of dominance adopted in 2009 should bring some clarity to the application of TFEU Article 102 a), but unfortunately little attention has been drawn to the issue in the document. Consequently, it is still the task of European Courts and Commission case law to draw the line between lawful business practice and the abuse of its position. The primary source of interpretation of the EU competition law is the European Court of Justice.

The purpose of this Master's thesis is to clarify the nature of predatory pricing as a legal institute and its possible objective justifications in Estonian and EU case law. The starting point of this Master's thesis is the hypothesis that in Estonian competition practice the prerequisites of

detecting predatory pricing are gentler compared to EU competition practice, i.e., the standard of proof is lower. To find confirmation for the hypothesis, this Master's thesis on the one hand considers the possible prerequisites of detecting predatory pricing and on the other hand assesses the possible objective justifications for predatory pricing. The author has set up following questions about detection of predatory pricing: 1) how to assess if the prices set by a dominant undertaking are predatory? 2) is it necessary to prove that the conduct of a dominant undertaking has already led to the weakening of its competitors or even their exclusion from the market, or should the Competition Authority respond already in case of a threat of the distortion of competition for detecting predatory pricing? 3) is recoupment of losses, or at least the opportunity to recoup losses, necessary prerequisite of detecting predatory pricing?. The main question about objective justification is whether and in what circumstances the low prices set by a dominant undertaking are legitimate. In order to understand the importance of detecting the predatory pricing this Master's thesis analyses the impact of predatory pricing to the market participants, including consumers. Initially, it might seem that the low prices and the discounts are beneficial to the consumers, but in the long run the consumers can actually bear significant losses. The author used an analytical and comparative method to gain its purposes. As a result of the research, the following conclusions were drawn.

The first prerequisite of detecting predatory pricing is a short-term withdrawal of profit. In the introduction of this Master's thesis the author set up a question how to assess whether prices set by a dominant undertaking are predatory. European Courts and Commission have mostly analysed whether the prices are set below average variable costs or the average total cost. Variable costs constitute the so-called minimum criterion – prices below average variable costs are presumed predatory. This so-called *AKZO* test has been under severe criticism. Precisely, if a dominant undertaking is selling goods with prices which are below cost, it can't automatically be assumed that the intention is to harm competition. In some cases a dominant undertaking may also provide goods or services at or below cost, for example when a new company forcefully enters into the market, initial presentation of new products to consumers or in a situation where goods are technically obsolete or with non-commercial appearance or defective.

However, the Estonian Competition Authority has used different methods for detecting predatory prices that are much less stringent compared to EU law. The Estonian Competition Authority has not considered company's average variable and total costs for detecting a predatory pricing. Furthermore, it has taken different positions depending on the cases. The Competition Authority's practice analysis showed that the Competition Authority does not even

have a single opinion within one decision. The Competition Authority said in the motivation part of the decision that the price of the service shall include a reasonable profit, and in the resolution that the price of the service has to cover at least the costs which are necessary for providing the service. Unfortunately, the Competition Authority has not made any assessments what has to be taken into account while detecting the predatory pricing - the period within the costs are made and a reasonable profit collected is undetermined. The author of this Master's thesis found that to detect possible abuse the Competition Authority has to analyse revenues, costs and prices of the infringement period. The reason for that is after a period of infringement a dominant undertaking will have an opportunity to set high prices, which likely covers costs necessary for providing goods or services and include also a profit. In Elion 2004 case the company told that they provide unprofitable services for selected clients. Although the Competition Authority did not assess this statement, the author of this Master's thesis affirms that a dominant undertaking does not have a right to provide unprofitable services, unless there is no objective justification for that. It is hard to see any commercial reason why the company should be interested in offering unprofitable goods or services in normal competition conditions.

On the basis of the case law of the European Courts and Commission, in a very exceptional case where it is not possible to identify the costs of a dominant undertaking, it is permissible to use a price comparison method for detecting a predatory pricing. Choice of such a method must be justified. The Estonian Competition Authority used price comparison method in couple of its decisions but did not explain the reasons behind the choice of this method. The author finds that the abuse of a dominant position can't be assessed primarily by the comparison of the prices of competitors or other indirect methods. The cost analysis is essential because it is possible that the prices of a dominant undertaking and prices of its competitors are equal or even the competitor's prices are lower than the prices set by a dominant undertaking, but nevertheless a dominant undertaking may sell its services below cost, thus harming competition.

The second prerequisite of detecting predatory pricing is a distortion of competition. In the introduction of this Master's thesis the author set up a question if it is necessary to prove that the pricing of a dominant undertaking has led competitors to the weakening or even their exclusion from the market, or should the Competition Authority respond already in case of a threat of the distortion of competition for detecting predatory pricing. The author considers that an occurrence of the anticompetitive effect cannot be the prerequisite of an abuse of the dominant position. The European Courts have considered prices which are below its variable

costs *per se* unfair, because the only interest for the dominant undertaking setting the price that way, is the elimination of the competitors. In contrast, the prices which are lower than the average total costs and higher than the average variable costs are abusive if they are determined within the strategy, which aims to eliminate its competitors. It is not required to indicate specific influence on the competition, it is sufficient to prove that there is a real chance to exclude at least as effective competitors as a dominant undertaking out of the market. If the dominant undertaking carries out activities, which aim to eliminate the competitors, then the fact that the desired results are not achieved is not enough to preclude application of the provisions of the abuse of the dominant position.

The Competition Authority has considered in numerous decisions that the pricing of a dominant undertaking does not constitute predatory pricing, if there are no anti-competitive effects. The Competition Authority partially changed its position in 2008, saying that detecting predatory pricing on the basis of Estonian Competition Act § 16 section 1 requires an appearance of anti-competitive effects or at least the potential appearance in situations where the potential anti-competitive effects has not yet arrived. This position conforms to the European Courts and Commission practice which considers that the appearance of an actual anti-competitive effects is not important in detecting a predatory pricing. As a result of the research, the following conclusion was drawn. The author considers that the appearance of anti-competitive effect would be unreasonably lenient prerequisite of detecting predatory pricing. Selling goods and services below costs should not be allowed in case it involves the actual distortion of competition, as well as there is a possibility of harming the competition. Such an approach makes it possible to prevent distortions of competition and is therefore conducive to free competition. If the Competition Authority responds to the situation after the distortions of competition, the trade market structure may have been changed so much that the earlier situation can't be restored. Thus, the Competition Authority should not wait for the arrival of the anti-competitive consequences, but must respond already in case of a threat of the distortion of competition.

The third question set up in the introduction of this Master's thesis, whether recouping losses is a prerequisite for detection of predatory pricing, or at least the opportunity to recoup losses, got a negative answer. As the result of the research, the author found that the possibility of recoupment of losses is an important basis and purpose of the predatory pricing, but not a prerequisite of detecting predatory pricing. Probably a dominant undertaking sacrifices its profit, if there is a change to recoup these losses in a long term. US antitrust law provides

recoupment of losses as a basic element of the detection of the predatory pricing, but the European Courts' nor the Commission's practice require that the initial losses are already recouped. Action of the national competition authorities have already been justified in situations where there is a risk of harm to the competition, regardless of the prospects of recouping the losses. The undistorted competition, which is the aim of detecting a predatory pricing, does not allow waiting until such a strategy leads to the actual elimination of a competitor.

Although the detection of recouping the losses creates a link between below cost selling and increasing the market power, that is to say the ability to ask for a higher price after the below cost selling and earn a greater profit, it is not a necessary prerequisite of detecting a predatory pricing. Detection of recoupment losses does not in itself prove the link between a dominant undertaking's behaviour and the elimination of competitors from the market. The author emphasises it is not necessary for detecting a predatory pricing to ascertain that a dominant undertaking had a realistic chance of recouping its losses. The Competition Authority have not assumed the issue of recoupment of losses in any decisions concerning predatory pricing, which can be inferred that the Competition Authority does not consider recoupment of losses as a prerequisite of the detection of the predatory pricing. Of course, it cannot be excluded that in certain situations the possibility of recouping losses would be relevant in assessing possible abuse of competition. For example, in a situation where the consumer buys maintenance service from a dominant undertaking, which is initially cheap but after the elimination of competitors the dominant undertaking increases the service price excessively high, the recoupment period may be very relevant element in assessing whether such pricing can be predatory.

A dominant undertaking has the right to demonstrate that a seemingly anticompetitive practice is objectively justified. The author of this Master's thesis considers this opportunity rather theoretical. Although the European Courts have used in many cases words "objective justification" and "proportionality", there is not a single predatory pricing case, where the European Courts had declared a dominant undertaking's conduct legitimate on the basis of objective justification. Despite that the European Courts have not accepted most of the objective justifications that have been suggested by dominant undertakings under investigation, the European Courts have approved discounts regarding introduction of a new product. Also, the Competition Authority has considered that the dominant undertaking is permitted for certain promotional campaigns to sell a product or a service below cost. It is allowed when it lasts a short time. The Competition Authority, although not directly interpret the term "short-term",

but it is suggested that a discount, which lasts one and a half years after entering the market, does not constitute as a promotional campaign.

Even though the European Courts have consistently stated in their practice that a dominant undertaking does have the right to protect its business interests when they have been attacked, the author is convinced that the European Courts practice allows only measures which are actually ineffective in protecting dominant undertaking's position. A dominant undertaking is allowed to align competitor's prices, while keeping the price exactly on the same price level. However, it is not at all an effective measure to protect its position. If the dominant undertaking uses the measures, which have the actual outcome for protecting its market position (like providing a lower price than the competitor), it is an abuse of a dominant position. Consequently, the author is convinced that the above mentioned right is a mere declaration.

The hypothesis that in Estonian competition practice the prerequisites of detecting predatory pricing are gentler compared to EU competition practice, that is to say the standard of proof is lower was confirmed. It can be concluded that the methods for detecting predatory pricing used by the Estonian Competition Authority are significantly more elementary in comparison with EU competition law practice. The Competition Authority has repeatedly without an explanation used the easier method compared to *AKZO* test and does not explain its choices. This may be the reason why the Competition Authority has detected predatory pricing only in a few cases. The author believes that the Competition Authority's unclear practice and the lack of specific positions make it difficult for companies to do their business legitimately. In addition, the author proposes the Estonian Competition Authority to use solid term to indicate predatory prices. Terminological clarification would lead the case law one step closer to the clarity and consistency.

The value of this Master's thesis lies in the clarification of predatory pricing as a legal institute through its prerequisites and possible objective justifications. This Master's thesis helps to highlight the differences between Estonian and the EU practice. In practice, this research could be helpful for the Estonian Competition Authority to create uniform and consistent practice for detecting a predatory pricing.

KASUTATUD LÜHENDID

E.C.L.R.	-	European Competition Law Review
ECR	-	European Court Reports
EL	-	Euroopa Liit
ELK	-	Euroopa Liidu Kohus
ELTL	-	Euroopa Liidu Toimimise Leping
EÜ	-	Euroopa Ühenduse asutamisleping
KonkS	-	konkurentsiseadus
koost	-	koostaja
OJ	-	Official Journal of the European Union
RT	-	Riigi Teataja
TFEU	-	Treaty on the Functioning of the European Union

KASUTATUD LAHENDID

EUROOPA LIIT

I Euroopa Kohtu otsused

1. Case 6/64 *Flaminio Costa v E.N.E.L.* [1964] ECR 585.
2. Case 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215.
3. Case 26/75 *General Motors Continental NV v Commission* [1975] ECR 1367.
4. Case 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.
5. Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.
6. Case C-322/81 *Michelin v Commission (Michelin I)* [1983] ECR 3461.
7. Case 311/84 *Télémarketing (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB)* [1985] ECR 03261.
8. Case 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen* [1989] ECR 803.
9. Joined cases C-297/88 and C-197/89 *Massam Dzodzi v Belgian State* [1990] ECR I-03763.
10. Case C-62/86 *AKZO Chemie BV v Commission* [1991] ECR I-3359.
11. Case C-53/92P *Hilti v Commission* [1994] ECR I-667.
12. Case C-18/93 *Corsica Ferries* [1994] ECR I-1783.
13. Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission* [1995] ECR I-0743.
14. Case C-333/94P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-5951.
15. Case C-28/95 *A. Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2* [1997] ECR I-4161.
16. Case C-130/95 *Bernd Giloy v Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost* [1997] ECR I-04291.
17. Joined cases C-359/95 P and C-379/95 P *French Republic v Ladbroke Racing Ltd v Commission* [1997] ECR I-6265.
18. Case C-7/95P *Deree v Commission* [1998] ECR II-3111.
19. Case C-7/97 *Oscar Bronner GmbH Co KG v Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG* [1998] ECR I-7791.
20. Cases C-147 & 148/97 *Deutsche Post v Commission* [2000] ECR I-825.
21. Cases C-395 & 396/96P *Compagnie Maritime Belge Transports v Commission* [2000] ECR I-1365.
22. Case C-1/99 *Kofisa Italia Srl v Ministero delle Finanze* [2001] ECR I- 00207.
23. Case C-497/99P *Irish Sugar v Commission* [2001] ECR I-5333.

24. Case C-12/03 P *Commission v Tetra Laval BV* [2005] ECR I-987.
25. Case C-53/03 *Syfait v GlaxoSmithKline* [2005] ECR I-4609.
26. Case C-3/04 *Poseidon Chartering BV v Marianne Zeeschip VOF and Others* [2006] ECR I-02505.
27. Case C-552/03 P *Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd v Commission* [2006] ECR I-9091.
28. Case C-95/04P *British Airways v Commission* [2007] ECR I-2331.
29. Case C-202/07 *France Telecom v Commission* [2009] ECR I-2369.
30. Case C-280/08 P *Deutsche Telekom AG v Commission* [2010] ECR I-09555.
31. Case C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB* [2011] ECR I-00527.
32. Case C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrenceradet* [2012] ECR I-0000.

II Üldkohtu otsused

33. Case T-65/89 *BPB Industries and British Gypsum Limited v Commission* [1993] ECR II-389.
34. Case T-83/91 *Tetra Pak v Commission* [1994] ECR II-755.
35. Cases T-24/93 *Compagnie Maritime Belge Transports v Commission* [1996] ECR II-1201.
36. Case T-229/94 *Deutsche Bahn v Commission* [1997] ECR II-1689.
37. Case T-111/96 *ITT Promedia v Commission* [1998] ECR II-2937.
38. Case T-228/97 *Irish Sugar plc v Commission* [1999] ECR II-2969.
39. Case T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929.
40. Joined Cases T-191/98, T-212/98, T-213/98, T-213/98 *Atlantic Container Line AB and Others v Commission* [2003] ECR II-3275.
41. Case T-219/99 *British Airways v Commission* [2003] ECR II-5917.
42. Case T-203/01 *Michelin v Commission (Michelin II)* [2003] ECR II-4071.
43. Case T-340/03 *France Telecom v Commission* [2007] ECR II-107.
44. Case T- 60/05 *UFEX and Others v Commission* [2007] ECR II-3397.
45. Case T-201/04 *Microsoft Corp v Commission* [2007] ECR II-03601.

III Euroopa Komisjoni otsused

46. *Chiquita*, OJ 1976 L95/1, [1976] 1 CMLR D28.
47. *Hoffmann-La Roche*, OJ 1976 L223/27, [1976] 2 CMLR D25.
48. *Michelin I*, OJ 1981 L353/33, [1982] 1 CMLR 643.

49. *ECS/AKZO Chemie*, OJ 1985 L374/1, [1986] 3 CMLR 273.
50. *Tetra Pak II*, OJ 1992 L71/1, [1992] 4 CMLR 551.
51. *HOV SVZ/MCN*, OJ 1994 L 104, [1994].
52. *Irish Sugar*, OJ 1997 L258/1, [1997] 5 CMLR 666.
53. *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*, OJ 1998 L230/10, [1998] 5 CMLR 611.
54. *Trans-Atlantic Conference Agreement*, OJ 1999 L 095, [1999] 4 CMLR 1415.
55. *Michelin II*, OJ 2002 L143/1, [2002] 5 CMLR 388.
56. *Deutsche Post AG*, OJ 2001 L125/27, [2001] 5 CMLR 99.
57. *Tetra Laval/Sidel*, COMP/M.2416. 13 January 2003, [2004] IP/01/1516.
58. *Wanadoo interactive*, COMP/38.233. 16 July 2003, [2005] 5 CMLR 120.
59. *Deutsche Telekom AG*, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579. 21 May 2003, [2004] 4 CMLR 790.

EESTI VABARIIK

I Riigikohtu lahendid

60. Riigikohtu halduskolleegiumi 18.12.2002 otsus nr 3-3-1-66-02 (*Konkurentsiamet v AS Eesti Telefon*). RT III 2003, 2, 17.
61. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 30.03.2006 otsus nr 3-2-1-4-06 (*G Ltd. v G AS*). RT III 2006, 12, 118.
62. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 05.05.2009 otsus nr 3-2-1-29-09 (*AS Latvijas Balzams v OÜ Fontan*).

II Esimese ja teise astme kohtute lahendid

63. Tallinna Ringkonnakohtu 05.04.04. otsus haldusasjas nr 2-3/129/2004 (*Tallinna Sadam v Konkurentsiamet*).

III Konkurentsiameti otsused

64. Konkurentsiameti 07.06.2002 otsus nr 31-L (*Tallinna Sadam 2002*).
65. Konkurentsiameti 28.06.2004 otsus nr 18-L (*Elion 2004*).
66. Konkurentsiameti 02.07.2004 ettekirjutus nr 18 (*Tallinna Lennujaam 2004*).
67. Konkurentsiameti 30.07.2004 ettekirjutus nr 19 (*Telset 2004*).
68. Konkurentsiameti 30.07.2004 ettekirjutus nr 20 (*STV 2004*).
69. Konkurentsiameti 13.05.2005 otsus nr 26-L (*Falck Lääne-Eesti 2005*).
70. Konkurentsiameti 22.06.2005 ettekirjutus nr 3 (*STV 2005*).

71. Konkurentsiameti 27.07.2005 otsus nr 39-L (*Neste Eesti 2005*).
72. Konkurentsiameti 20.11.2006 otsus nr 48-L (*Tallinna Lennujaam 2006*).
73. Konkurentsiameti 18.12.2006 otsus nr 58-L (*LHV-Seesam Varahaldus 2006*).
74. Konkurentsiameti 29.02.2008 määrus väärteoasjas nr 04/05 (*Eesti Raudtee 2008*).
75. Konkurentsiameti 18.09.2009 otsuse nr 8.3-12/09-004 (Elion Ettevõtted AS tunnistamine märkimisväärse turujõuga ettevõtjaks lairiba juurdepääsu turul) lisa 3 „Lairiba juurdepääsu turu hindade analüüs“.
76. Konkurentsiameti 14.12.2012 otsus nr 5.1-5/12-037 (*Itella SmartPOST 2012*).
77. Konkurentsiameti 11.11.2013 otsus nr 8.3-1/13-002 (Elion Ettevõtted AS tunnistamine märkimisväärse turujõuga ettevõtjaks lairiba juurdepääsu turul).

KASUTATUD KIRJANDUS

78. Ballesteros, I. G., Szarka, A. Predatory pricing in the telecoms sector: the ECJ rules on the issue of recouping losses. (2009) 2 *Competition Policy Newsletter*, 35-37.
79. Baumol, W. J. Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test. 39 *J.L. & Econ.* 49, 1996.
80. Bien, F., Krah, M. The ruling of the CJEU in Post Danmark: putting an end to selective price cuts as an abuse under Article 102 TFEU and turning towards a more economic approach. *E.C.L.R.* 2012, 33(10), 482-487.
81. Craig, P., de Burca, G. *EU Law: text, cases and materials*. Oxford : Oxford University Press, 2011.
82. Eichhorn, K. H., Ginter, C. *Euroopa Liidu ja Eesti konkurentsioigus*. Tallinn, Juura, 2007.
83. Frolov, R., Sild, T., Ustav, U. Turgu valitseva seisundi kuritarvitamine. *Juridica*, 2004, 5.
84. Glockner, J. Predatory pricing and recoupment under EC competition law – per se rules, underlying assumptions and the reality: results of an experimental study. *E.C.L.R.* 2010, 31(11), 423-431.
85. Hagström, M., Rüütel, R. *Konkurentsioigus ja praktika*. Tallinn, Äripäev, 2010.
86. Haldma, T., Karu, S. *Kuluarvestuse süsteemi loomine ettevõttes*. Rafiko & AT Audiko, 1999.
87. Kingisepp, M. *Tarbijakaitseõigus Euroopa Liidus ja Eestis*. Tallinn, Tallinna Raamatutrükikoda, 2011.
88. Kinkar, T. Kas madalad hinnad ja allahindlused on alati lubatud? *Majandus24*, 12.05.2013. Internetis kättesaadav eesti keeles: <http://majandus24.postimees.ee/1227662/kas-madalad-hinnad-ja-allahindlused-on-alati-lubatud> (15. jaanuar 2015).
89. Laumets, A. Turgu valitseva ettevõtja kuritarvitava käitumise mõju tarbija majanduskäitumisele. *Magistritöö*. Tallinn, 2013.
90. Lundqvist, B. Post Danmark, now concluded by the Danish Supreme Court: clarification of the selective low pricing abuse and perhaps the embryo of a new test under article 102 TFEU? *E.C.L.R.* 2013, 34(9), 484-489.
91. Matjus, M. *Ebavõrdne hinnakujundus Euroopa Liidu ja Eesti konkurentsioiguses*. *Magistritöö*. Tartu, 2011.
92. Moura e Silva, M. Predatory pricing under article 82 and the recoupment test: do not go gentle into that good night. *E.C.L.R.* 2009, 30(2), 61-66.

93. O'Donoghue, R., Padilla, A. J. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford, Hart, 2006.
94. Põldroos, J. (koost). *Konkurentsiseadus. Kommentaarid. Konkurentsiamet*. Tallinn, TTÜ Kirjastus, 2003.
95. Rosenblatt, H., Armengod, H., Scordamaglia-Tousis, A. Post Denmark: predatory pricing in the European Union. (2013) *The European Antitrust Review*, 21-25.
96. Sama, D. *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: In Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm*. LUISS "Guido Carli" University of Rome, 2012.
97. Sepp, M. *Konkurentsirikkumistega seotud küsimusi Euroopa Liidu konkurentsioiguses*. Magistritöö, Tallinn, 2006.
98. Tamm, E. *Ebaõiglane hind*. *Juridica*, 2007, 4.
99. Tunney, J. The neglected tension between disclosure of information in consumer and competition law contexts. *Journal of Consumer Policy*. 25/2002, lk 329-343.
100. Van Bael, I., Bellis, J.-F. *Competition Law of the European Community*. Forth Edition. Netherlands, Kluwer Law International, 2005.
101. Winkler, K. E. Counterfactual analysis in predation cases. *E.C.L.R.* 2013, 34(8), 410-421.
102. Wyatt, D., Dashwood, A. *Wyatt and Dashwood's European Community Law*. 3th Edition. London, Sweet & Maxwell, 1993.
103. Yu, Q. Software predatory pricing and competition law – assessing below-cost prices. *E.C.L.R.* 2012, 33(9), 413-429.

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

EUROOPA LIIT

I Põhilepingud

104. Euroopa Liidu Toimimise Lepingu konsolideeritud versioon, OJ [2010] C 83/47.

Internetis kättesaadav eesti keeles: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:ET:HTML> (15. jaanuar 2015).

II Teisesed õigusaktid

105. Nõukogu määrus (EÜ) nr 1/2003, 16. detsember 2002, asutamislepingu artiklites 81 ja 82

sätetatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta, OJ [2004] L 24/1. Internetis

kättesaadav eesti keeles: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R0001:ET:HTML> (15. jaanuar 2015).

III Teatised ja suunised

106. Suunised komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta EÜ asutamislepingu artikli 82

kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurentide tõrjuva tegevuse suhtes. Internetis kättesaadav eesti keeles: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009XC0224%2801%29:ET:HTML>

(15. jaanuar 2015).

107. Komisjoni teatis asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses. OJ [1997] C 372/3. Internetis kättesaadav eesti keeles: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ET:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ET:HTML)

(15. jaanuar 2015)

EESTI VABARIIK

108. Konkurentsiseadus. 5. juuni 2001. RT I 2001, 56, 332; RT I, 30.12.2014, 15.

MUUD KASUTATUD ALLIKAD

109.DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Brüssel, 2005. Internetis kättesaadav inglise keeles:
<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (15. jaanuar 2015).

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Merilin Mägi,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Röövellik hinnakujundus Euroopa Liidu ja Eesti konkurentsioiguses“,

mille juhendajad on Mari Matjus ja Carri Ginter,

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
- 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile;
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, **04.05.2015**