Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
NILS WAHL
20 päivänä joulukuuta 2017[1]

Asia C-525/16

MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA
vastaan
Autoridade da Concorrência

(Ennakkoratkaisupyyntö – Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (kilpailu-, sääntely- ja valvonta-asioiden tuomioistuin, Portugali))

Ennakkoratkaisupyyntö – Määräävä markkina-asema – Kilpailu – Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö – SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohta – Epäedullisen kilpailuaseman käsite – Syrjivä hinnoittelu tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilla – Tekijänoikeuksien lähioikeuksien hallinnointi – Maksutelevisio

1. Voivatko kilpailuviranomaiset tarkastella SEUT 102 artiklan näkökulmasta sitä, että tietty elin soveltaa erilaisia hintoja, ja jos voivat, millaisin edellytyksin? Liittyykö kyseisessä artiklassa tarkoitetun määräävän markkina-aseman väärinkäytön toteamiseen tällaisessa yhteydessä de minimis -raja-arvo?

2. Tämä on esitettyjen kysymysten olennainen sisältö käsiteltävässä ennakkoratkaisupyynnössä, joka koskee tarkemmin sanoen SEUT 102 artiklan toisen kohdan sen c alakohdan tulkintaa, jonka mukaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä voi olla muun muassa ”erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla”.

3. Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa asianosaisina ovat yhtäältä MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA (jäljempänä MEO) ja toisaalta Autoridade da Concorrência (kilpailuviranomainen, Portugali) (jäljempänä AdC) ja joka koskee asian käsittelyn lopettamista koskevaa päätöstä, jonka jälkimmäinen antoi vastaukseksi kanteluun, jonka MEO teki GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantesista (esittävien taiteilijoiden oikeuksien hallinnointiosuuskunta) (jäljempänä GDA), koska tämä oli väitetysti käyttänyt väärin määräävää markkina-asemaansa esittävien taiteilijoiden tekijänoikeuksien lähioikeuksien alalla.

4. Mielestäni asia tarjoaa tilaisuuden täsmentää, että vaikka hintojen eriyttäminen ei erikseen tarkasteltuna ole kilpailun näkökulmasta ongelmallista, määräävän markkina-aseman väärinkäyttö syntyy siitä, että tällainen käyttäytyminen vääristää kilpailua tai vaikuttaa kauppakumppanien kilpailuasemaan. Ei siis voida olettaa, että hintojen eriyttämiset aiheuttaisivat ”epäedullisen kilpailuaseman”, tutkimatta kaikkia nyt käsiteltävän asian seikkoja erityisesti silloin, kun kyseessä on niin sanottu toisen asteen syrjintä.

1 Alkuperäiskieli: ranska.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Unionin oikeus

5. Asetuksen (EY) N:o 1/2003[2] 3 artiklan 1 kohdan viimeisessä virkkeessä säädetään seuraavaa: ”jos jäsenvaltioiden kilpailuviranomaiset tai kansalliset tuomioistuimet soveltavat kansallista kilpailulainsäädäntöä [SEUT 102] artiklassa kiellettyihin väärinkäyttötapauksiin, niiden on myös sovellettava [SEUT 102] artiklaa”.

Portugalin oikeus

6. Uuden kilpailusäännöstön (Novo Regime Juridíco da Concorrência)[3] 11 §:n 1 momentti ja 2 momentin c kohta ovat sisällöltään samat kuin SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohta.

Pääasia, ennakkoratkaisukysymykset sekä asian käsittelyn vaiheet unionin tuomioistuimessa

7. GDA on taiteilijoiden ja esittäjien oikeuksia kollektiivisesti hallinnoiva voittoa tavoittelematon osuuskunta, joka hallinnoi jäsentensä sekä sellaisten vastaavien ulkomaisten järjestöjen, joiden kanssa se on tehnyt edustusta ja/tai vastavuoroisuutta koskevan sopimuksen, jäsenten tekijänoikeuksiin liittyviä lähioikeuksia.

8. Tässä yhteydessä GDA:n pääasiallisena toimialana on lähioikeuksien käyttöön liittyvien korvausten periminen sekä näiden määrien jakaminen haltijoille. Vaikka sillä ei ole lakisääteistä monopoliasemaa, se on nykyään ainoa Portugalissa toimiva taiteilijoiden lähioikeuksia kollektiivisesti hallinnoiva elin.

9. GDA:n jäsenten ja sellaisten vastaavien ulkomaisten elinten jäsenten, joiden kanssa GDA on tehnyt edustusta tai vastavuoroisuutta koskevan sopimuksen, tarjoamia palveluja käyttäviin yrityksiin kuuluvat palveluntarjoajat, jotka tarjoavat kuluttajille televisiosignaalin ja sen sisällön lähettämiseen liittyviä palveluja tietyn suuruista maksua vastaan.

10. Pääasian kantaja MEO on yksi näistä yrityksistä ja GDA:n asiakas.

11. Vuosina 2008–2014 GDA sovelsi näihin palvelutarjoajiin tukkupalveluiden alalla kolmea eri hinnoittelutaulukkoa. Vuosina 2010–2013 GDA sovelsi näitä hinnoittelutaulukkoja samanaikaisesti.

12. Unionin tuomioistuimelle toimitetusta asiakirja-aineistosta käy ilmi, että MEO:hon sovellettu hinnoittelutaulukko oli tulosta 10.4.2012 päivätystä päätöksestä, jonka antoi sovellettavan lainsäädännön mukaisesti välimiesoikeus.[4]

13. MEO:n oikeudellinen edeltäjä PT Comunicações SA kanteli 24.6. ja 22.10.2014 AdC:lle GDA:sta, jonka se väitti mahdollisesti käyttävän väärin määräävää markkina-asemaansa. MEO toi esiin, että kyseinen väärinkäyttö johtui GDA:n käytännöstä periä liian korkeita hintoja esittävien taiteilijoiden lähioikeuksien soveltamisessa ja että se lisäksi sovelsi erilaisia ehtoja MEO:n ja erään toisen asiakkaan, NOS Comunicações SA: n (jäljempänä NOS), välillä.

2 Perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16.12.2002 annettu neuvoston asetus (EYVL 2003, L 1, s. 1).

3 Hyväksytty 8.5.2012 annetulla lailla nro 19/2012 (Lei n.º 19/2012).

4 27.11.1997 annetun säädöksen nro 33/97 (Decreto-Lei n.º 33/97) 7 §:n 3 ja 9 momentin mukaisesti on niin, että jos oikeuksista neuvoteltaessa ei päästä yksimielisyyteen, osapuolet ovat velvollisia turvautumaan välimiesmenettelyyn.

14. AdC aloitti 19.3.2015 tutkinnan, jonka päätteeksi asian käsittely lopetettiin 3.3.2016 annetulla päätöksellä sillä perusteella, että menettelyn kohteeseen liittyvät tosiseikat eivät riittäneet osoittamaan, että kyseessä olisi määräävän markkina-aseman väärinkäyttö.

15. AdC ilmoitti muun muassa, että vaikka GDA:lla olisikin tosiasiallisesti määräävä markkina-asema kyseisillä markkinoilla ja vaikka kyseinen toiminta katsottaisiin samankaltaisiin suorituksiin sovelletuksi erilaiseksi kohteluksi, käyttöön tarjottavaan televisiosignaaliin liittyvien vähittäispalvelujen eri tarjoajiin sovellettujen hinnoittelutaulukkojen ja MEO:lle ja NOS:lle kyseisten tukkupalvelujen alalla aiheutuneiden keskimääräisten kustannusten eriyttämisen perusteella ei voida päätellä, että olisi olemassa kilpailua rajoittava vaikutus, joka johtuisi erityisesti MEO:n kilpailuaseman heikentymisestä.

16. AdC:n mukaan ei voida katsoa, että käyttöön tarjottavaan televisiosignaaliin liittyvien vähittäispalvelujen yksi tarjoaja olisi asetettu muihin nähden epäedulliseen kilpailuasemaan. Tulkinta, jonka mukaan pelkkä määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen harjoittama syrjivä menettely aiheuttaisi suoraan SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdan rikkomisen, olisi etenkin unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön vastainen.

17. MEO nosti asian käsittelyn lopettamista koskevasta AdC:n päätöksestä kanteen, jossa se toi esiin etenkin, että jälkimmäinen oli tulkinnut SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohtaa virheellisesti, koska se tutki, oliko kilpailu merkittävästi ja mitattavasti vääristynyt, sen sijaan, että se olisi arvioinut epäedullista kilpailuasemaa koskevaa perustetta sellaisena kuin sitä on tulkittu unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä.

18. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan AdC:n päätös asian käsittelyn lopettamisesta perustui siihen, että hintaero keskimääräiseen kustannukseen nähden oli siinä määrin vähäinen, että kyseiset hinnat eivät olleet riittäviä vaarantamaan MEO:n kilpailuasemaa ja se kykeni kompensoimaan eron. Lisäksi MEO:n markkinaosuus liittymäasiakkaiden käyttöön tarjottavaan televisiosignaaliin liittyvien vähittäispalvelujen tarjonnassa kasvoi samalla ajanjaksolla. [5]

19. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin huomauttaa, että pääasian oikeudenkäynnissä MEO esitti lukuja, jotka liittyivät sille itselleen sekä NOS:lle aiheutuneisiin kustannuksiin. Kyseiset taulukot koskevat yhtäältä MEO:lle ja NOS:lle aiheutuneita kokonaiskustannuksia sekä kuluttajakohtaisia keskimääräisiä kustannuksia ja toisaalta MEO:n tuloja ja kannattavuutta kyseisellä ajanjaksolla eli vuosina 2010–2013. [6]

20. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan ei ole suljettu pois, että MEO:n kilpailukyky olisi kärsinyt tästä hintojen eriyttämisestä. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee, että tietyt syrjivät menettelyt kauppakumppaneita kohtaan voivat ominaispiirteidensä perusteella aiheuttaa epäedullisen kilpailuaseman. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin arvioi kuitenkin, että unionin tuomioistuin ei ole ottanut selkeästi kantaa ”epäedullisen kilpailuaseman” käsitteeseen SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdan soveltamisessa.

21. Tässä tilanteessa Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (kilpailu-, sääntely- ja valvonta-asioiden tuomioistuin, Portugali) päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Jos seuraamusmenettelyssä osoitetaan todistein tai aihetodistein tosiseikkoja, jotka liittyvät määräävässä asemassa olevan yrityksen mahdolliseen syrjivään hinnoittelukäytäntöön, joka kohdistuu yhteen vähittäispalveluja tarjoavaan yritykseen ja aiheuttaa tälle haittaa kilpailijoihinsa

5 Portugalin kansallisen viestintäviranomaisen (Anacom) (Autoridade Nacional de Comunicações (Anacom)) mukaan MEO:n markkinaosuus kasvoi viiteajanjaksolla eli ajalla 1.1.2010–31.3.2015 alle 25 prosentista yli 40 prosenttiin, kun taas NOS-konsernin markkinaosuus pieneni samalla ajanjaksolla yli 60 prosentista alle 45 prosenttiin.

6 Näitä lukuja ei toistettu ennakkoratkaisupyynnössä, koska ne ovat luottamuksellisia tietoja.

nähden, edellyttääkö tällaisen menettelyn pitäminen SEUT 102 artiklan [toisen kohdan] c alakohdassa tarkoitettuna epäedulliseen kilpailuasemaan asettamisena kyseisen yrityksen kilpailuasemaan ja/tai kilpailukykyyn kohdistuvien vaikutusten vakavuuden, olennaisuuden tai laajuuden arviointia siten, että huomioon otetaan erityisesti yrityksen kyky kompensoida tukkupalveluiden alalla aiheutuneiden kustannusten välinen ero?

2) Jos seuraamusmenettelyssä osoitetaan todistein tai aihetodistein, että määräävässä asemassa olevan yrityksen harjoittaman syrjivän hinnoittelukäytännön vaikutukset vähittäispalveluja tarjoavan yrityksen kustannuksiin, tuloihin ja toiminnan kannattavuuteen ovat vähäiset, onko SEUT 102 artiklan [toisen kohdan] c alakohdan sekä [15.3.2007 annetun] tuomion [British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 146–148 kohta)] ja [9.9.2009 annetun] tuomion [Clearstream v. komissio (T-301/04, EU:T:2009:317)] mukaisen tulkinnan kanssa sopusoinnussa toteamus, ettei asiassa ole viitteitä määräävän aseman väärinkäytöstä tai kielletyistä käytännöistä?

3) Vai onko päinvastoin katsottava, ettei tämän perusteella voida sulkea pois sitä, että menettelyä on pidettävä SEUT 102 artiklan [toisen kohdan] c alakohdassa tarkoitettuna määräävän aseman väärinkäyttönä ja kiellettynä käytäntönä, jolloin vaikutusten vähäisyydellä on merkitystä ainoastaan kilpailusääntöjä rikkoneen yrityksen vastuun ja sille määrättävien seuraamusten kannalta?

4) Onko SEUT 102 artiklan [toisen kohdan] c alakohdan ilmaisua ’epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla’ tulkittava siten, että siinä edellytetään syrjinnästä aiheutuvan edun vastaavan tiettyä prosentuaalista vähimmäisosuutta kyseisen yrityksen kustannusrakenteesta?

5) Onko SEUT 102 artiklan [toisen kohdan] c alakohdan ilmaisua ’epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla’ tulkittava siten, että siinä edellytetään syrjinnästä aiheutuvan edun vastaavan tiettyä vähimmäiseroa kilpailevien yritysten keskimääräisissä kustannuksissa tarkasteltavien tukkupalvelujen alalla?

6) Voidaanko SEUT 102 artiklan [toisen kohdan] c alakohdan ilmaisua ’epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla’ tulkita siten, että siinä edellytetään syrjinnästä aiheutuvan edun olevan tarkasteltavien markkinoiden ja palvelujen alalla taulukoissa 5, 6 ja 7 esitettyjä eroja suurempi, jotta menettelyä voidaan pitää kiellettynä käytäntönä?

7) Jos johonkin kysymyksistä 4–6 vastataan myöntävästi, miten olisi määritettävä tällaisen haitan olennaisuuden vähimmäisraja suhteessa kustannusrakenteeseen tai kilpailevien yritysten keskimääräisiin kustannuksiin tarkasteltavien vähittäispalvelujen alalla?”

8) Kun tällainen vähimmäisraja on määritelty mutta siihen ei ylletä joka vuosi, onko tuomiossa [9.9.2009, Clearstream v. komissio (T-301/04, EU:T:2009:317)] esitettyä olettamaa, jonka mukaan ’vastaavista palveluista maksettujen erilaisten hintojen soveltaminen kauppakumppaniin keskeytyksettä viiden vuoden ajan sellaisen yrityksen taholta, jolla on tosiasiallinen monopoli tuotantoketjun aikaisemman vaiheen markkinoilla, ei ole voinut olla aiheuttamatta kilpailuhaittaa tälle samalle kumppanille’, jätettävä noudattamatta?

22. MEO, GDA, Portugalin ja Espanjan hallitukset sekä Euroopan komissio ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia.

23. 5.10.2017 pidettiin istunto, johon osallistuivat MEO, GDA, Espanjan kuningaskunta sekä komissio.

Yhteenveto unionin tuomioistuimelle esitetyistä huomautuksista

24. Osapuolet, joita asia koskee, arvioivat yleisesti, että ennakkoratkaisukysymykset oli syytä käsitellä yhdessä. Kyseiset osapuolet keskittyivät kysymykseen siitä, voidaanko SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitetun ”epäedullisen kilpailuaseman” toteamiseksi olettaa, että hintojen eriyttäminen voi vääristää kilpailua, vai onko päinvastoin kilpailuviranomaisen tehtävä osoittaa, että epäedulliseen asemaan asetetun yrityksen kilpailukyky heikkeni riidanalaisen toiminnan johdosta. Tässä analyysissä käsitellään yhtäältä huomioon otettavia seikkoja ja toisaalta sitä edellytystä, että kilpailuvaikutuksen (joka on mahdollinen tai todellinen sen mukaan, millainen näkökulma osapuolella on) on oltava merkittävä.

25. ”Epäedullisen kilpailuaseman” käsitteen osalta osapuolet ovat yhtä mieltä siitä, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesti mahdolliset kilpailuvaikutukset on yleisesti arvioitava tapauskohtaisesti ja että ei ole olemassa raja-arvoa tai standardia tällaisen vaikutuksen määrittämiseksi.

26. Näkökulmat eroavat kuitenkin toisistaan siinä, onko konkreettinen kilpailuun kohdistuva haittavaikutus näytettävä toteen, ja jos on, missä määrin, vai onko tällaisen haitan olemassaoloa päinvastoin pidettävä todennäköisenä tapauksessa, jossa määräävässä markkina-asemassa oleva yritys soveltaa eriytettyä hinnoittelua kauppakumppaneihinsa tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilla.

27. Yhtäältä GDA ja Portugalin hallitus katsovat, että on otettava huomioon eriytettyjen hintojen konkreettinen vaikutus MEO:n kilpailukykyyn.

28. Sekä komission esittämästä lähestymistavasta, joka on ilmaistu useissa sen kertomuksissa ja tiedonannoissa vuodesta 2003 alkaen, että unionin tuomioistuimen ja unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä seuraa, että on otettava huomioon määräävän markkina-aseman väitetyn väärinkäytön kilpailua rajoittavat vaikutukset markkinoilla. Jotta hinnoittelukäytäntö määriteltäisiin väärinkäytöksi, kyseessä olevien palveluntarjoajien välisen kilpailun on tosiasiallisesti oltava vääristynyt ja tämän vääristymisen johdosta tietyt palveluntarjoajat joutuvat epäedulliseen kilpailuasemaan. Siten ”pelkkä” syrjivä hinnoittelukäytäntö ei itsessään riitä muodostamaan SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitettua väärinkäyttöä.

29. Toisaalta Espanjan hallitus[7] ja MEO puoltavat sellaista SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdan tulkintaa, jonka mukaan sen seikan, että monopolitilanteessa hallinnointiyhtiö, kuten GDA, suosii yhtä käyttäjää sen kilpailijoihin nähden soveltamalla edullisempia ehtoja samoilla tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilla, riskinä on pitkälti kilpailuhaitan syntyminen tai kilpailun vääristyminen.

30. Tarkasteltaessa seikkoja, jotka on otettava huomioon määritettäessä, voiko GDA:n pääasiassa harjoittaman kaltainen käyttäytyminen vaikuttaa kilpailua rajoittavasti, MEO tuo esiin, että GDA:lla on monopoliasema ja että televisiopalvelujen tarjoajien on pakko kääntyä GDA:n puoleen saadakseen suojattujen teosten jakeluun tarvittavat lisenssit. GDA:n neuvotteluasema on sen vuoksi vahva. MEO:n mukaan tosiasiallisessa monopoliasemassa olevalla yrityksellä on erityisvastuu varmistaa, että sen kauppakumppaneihin sovelletaan samanlaisia ehtoja. MEO:n mukaan tämä vastuu merkitsee, että GDA on velvollinen perustelemaan käyttäytymisensä, mitä GDA ei ole tehnyt. Lisäksi MEO:n mukaan on tärkeää ottaa huomioon syrjinnän kesto.

7 Espanjan hallitus ilmoittaa, että Espanjan markkina- ja kilpailuviranomainen (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) on järjestelmällisesti katsonut syrjivien hintojen soveltamisen rikkomukseksi siinä tapauksessa, että tekijänoikeuksien ja lähioikeuksien hallinnointielin ei ole pystynyt perustelemaan niitä.

31. Tältä osin Espanjan hallitus korostaa, että nyt käsiteltävien kaltaisissa tapauksissa haitta syntyy etenkin siitä, että hallinnoijien myöntämät lisenssit ovat olennainen seikka kyseessä olevien käyttäjien harjoittaman lopullisten palvelujen tarjoamisen kannalta.

Asian tarkastelu

32. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen muotoilemat ennakkoratkaisukysymykset vaativat nähdäkseni kokonaisvaltaista vastausta, koska ne liittyvät ensisijaisesti kysymykseen siitä, edellyttääkö SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitettu ”epäedullisen kilpailuaseman” käsite sitä, että tutkitaan menettelyn vaikutukset ja/tai eriytetyn hinnoittelun vakavuus suhteessa kohteena olevan yrityksen kilpailuasemaan.

33. Ennen kuin siirryn käsittelemään tätä kysymystä, haluan aivan aluksi esittää tiettyjä pohdintoja, jotka tosin kohdistuvat näkökohtiin, joita ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei tarkkaan ottaen ole käsitellyt, mutta koskevat SEUT 102 artiklan määräysten soveltamista nyt käsiteltävässä asiassa.

34. Tämän jälkeen esitän alustavan selonteon niistä olennaisista näkökohdista, joita on mielestäni noudatettava tarkasteltaessa hintojen eriyttämiskäytäntöä, jonka väitetään merkitsevän määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Tässä yhteydessä ilmoitan, voidaanko niin sanottuun toisen asteen syrjivään hinnoittelukäytäntöön soveltaa SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohtaa ja, jos voidaan, millaisin edellytyksin. Täsmennän ne syyt, joiden perusteella tällaisen käytännön ei voida olettaa olevan luonnostaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, vaan tällaisen käyttäytymisen kilpailuvaikutukset on päinvastoin osoitettava konkreettisesti.

35. Kaikkien näiden näkökohtien perusteella käsittelen lopuksi kysymystä siitä, missä määrin erilaisten ehtojen soveltaminen samankaltaisiin suorituksiin sellaisen yrityksen toimesta, jonka väitetään olevan määräävässä markkina-asemassa, on omiaan aiheuttamaan epäedullisen kilpailuaseman.

Yleisiä huomautuksia SEUT 102 artiklan soveltamisesta nyt käsiteltävään asiaan

36. On korostettava, että käsiteltävä asia koskee erityistä tosiasiallista tilannetta, jota voidaan kuvailla seuraavasti.

37. MEO, Portugalin markkinoilla toimiva televisiopalvelujen tarjoaja, nosti ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa kanteen AdC:n päätöksestä, joka koski sen kantelun käsittelyn lopettamista. Kyseinen kantelu koski GDA:n, tekijänoikeuksien lähioikeuksien hallinnointiosuuskunnan, väitettyä väärinkäyttöä, jossa oli kyse eriytettyjen hinnoittelutaulukkojen soveltamisesta lisenssien hankintaan vuosina 2010–2013.

38. MEO:n kannan mukaan NOS, joka on MEO:n suora kilpailija, hyötyi kyseisellä ajanjaksolla edullisemmista hinnoittelutaulukoista. MEO:n AdC:hen tekemä valitus koski näin ollen väitettyä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, joka syntyi GDA:n harjoittamasta syrjivästä hinnoittelusta tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilla, jotka liittyivät esittävien taiteilijoiden lähioikeuksien kollektiivisiin markkinointipalveluihin.

39. Näin ollen – ja kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toi numerotiedoilla esiin – näyttää siltä, että MEO:n väitetysti kärsimä haitta tekijänoikeuksilla ja lähioikeuksilla suojattujen teosten käytöstä maksettujen määrien osalta ei pienentänyt sen markkinaosuutta. MEO:n markkinaosuus päinvastoin kasvoi vuosina 2010–2013 noin 25 prosentista yli 40 prosenttiin. NOS:n markkinaosuus puolestaan pieneni samalla ajanjaksolla yli 60 prosentista alle 45 prosenttiin.

40. On niin ikään tärkeää tuoda esiin, että kyseinen hintojen vahvistaminen tapahtui sovellettavan kansallisen lainsäädännön mukaisesti välitystuomiolla, koska GDA ei ollut päässyt sopimukseen MEO:n kanssa.

41. Tässä tapauksessa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin näyttää lähteneen oletuksesta, että ainoa ratkaistava kysymys oli se, onko sen päättelemiseksi, että erilaisten hintojen soveltamisesta samankaltaisiin palveluihin seuraa määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, syytä lausua konkreettisesti riidanalaisen käytännön kilpailuvaikutuksista vai voidaanko päinvastoin olettaa, että tällainen käytäntö on SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdan vastainen.

42. Tältä osin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin näyttää katsoneen, että muut SEUT 102 artiklan soveltamisen edellytykset täyttyivät. Se pitää erityisesti todistettuna sitä, että GDA on ensinnäkin määräävässä markkina-asemassa oleva yritys ja että toiseksi se on soveltanut erilaisia ehtoja kauppakumppaniensa ”samankaltaisiin suorituksiin”.

43. Unionin tuomioistuimelle toimitetun asiakirja-aineiston perusteella minusta vaikuttaa kuitenkin siltä, että tässä tapauksessa sekä GDA:n määräävään markkina-asemaan todella merkityksellisillä markkinoilla sekä erilaisten hintojen tosiasialliseen soveltamiseen ”samankaltaisiin suorituksiin” on suhtauduttava varauksin.

44. Tätä koskevien epäilyjen vuoksi esitetyistä ennakkoratkaisukysymyksistä, jotka koskevat ainoastaan SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitetun ”epäedullisen kilpailuaseman” tunnistamista, voi tulla hypoteettisia.

45. Ensinnäkin voidaan mielestäni kysyä, onko GDA:lla tosiasiallisesti määräävä markkina-asema nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä olevien tukkupalvelujen merkityksellisillä markkinoilla.

46. Tältä osin on huomautettu, että GDA on nimenomaisesti kiistänyt olettaman, jonka mukaan sillä olisi määräävä markkina-asema asian kannalta merkityksellisillä markkinoilla, vaikka se onkin tosiasiassa Portugalin ainoa tekijänoikeuden lähioikeuksien hallinnoija.

47. Tältä osin GDA on tuonut esiin, että se ei pysty kohdistamaan kaupallista painetta pääasiallisiin kauppakumppaneihinsa MEO:hon ja NOS:ään. Ensinnäkin kyseiset yritykset muodostavat markkinavoimaltaan huomattavan duopolin. Toiseksi hinnoittelua sääntelee kansallinen lainsäädäntö, jossa osapuolet velvoitetaan turvautumaan välimiesmenettelyyn, jos ne eivät pääse yksimielisyyteen. Lisäksi GDA ei ole vertikaalisesti integroitunut, joten sillä ei ole intressejä tuotantoketjun aikaisemman tai myöhemmän vaiheen markkinoilla. Sille olisi päinvastoin epäedullista, että MEO tulisi suljetuksi markkinoilta tai sen kilpailuasema heikkenisi suhteessa NOS:ään. Tässä tilanteessa määräävää markkina-asemaa, saati sen väärinkäyttöä, ei ole.

48. Muistutan, että GDA on taiteilijoiden oikeuksia kollektiivisesti hallinnoiva voittoa tavoittelematon elin, jonka tavoitteena on sen edustamien henkilöiden ja vastaavien ulkomaisten elinten jäsenten tekijänoikeuksien lähioikeuksien käyttäminen ja hallinnointi. Sen pääasiakkaisiin kuuluvat Portugalin liittymäasiakkaiden käyttöön tarjottavaan televisiosignaaliin liittyvien vähittäispalvelujen tarjoajat, kuten MEO ja NOS, jotka yhdessä muodostivat asian kannalta merkityksellisellä ajanjaksolla duopolin.

49. Tätä taustaa vasten ilmenee, että GDA on suurelta osin riippuvainen korvauksista, joita se perii näille kahdelle yritykselle tarjoamistaan palveluista.

50. Lisäksi on niin, kuten asiakirja-aineistosta ilmenee ja kuten AdC päätöksessään totesi, että on viitteitä siitä, että liittymäasiakkaiden käyttöön tarjottavan televisiosignaalin tarjoajilla on jonkin verran neuvotteluvoimaa, joka voi toimia vastapainona GDA:n neuvotteluvoimalle. Näitä viitteitä, joita MEO ei asiakirja-aineistosta saamani käsityksen mukaan ole kiistänyt[8], ovat etenkin viestit, joita GDA ja liittymäasiakkaiden käyttöön tarjottavaan televisiosignaaliin liittyvien vähittäispalvelujen tarjoajat ovat vaihtaneet sen hinnoittelutaulukon määrittämiseksi, jota GDA soveltaisi niihin 1.1.2014 alkaen kyseessä olevissa tukkupalveluissa.

51. Vaikka GDA onkin nykyisellään Portugalin ainoa esittävien taiteilijoiden oikeuksia kollektiivisesti hallinnoiva elin, tämä seikka ei merkitse, että se olisi tosiasiallisesti määräävässä markkina-asemassa, koska sillä ei ole markkinavoimaa, jonka avulla se pystyisi toimimaan kauppakumppaneistaan riippumatta.

52. On kuitenkin kiistatonta, että SEUT 102 artiklan tarkoituksena on valvoa yrityksellä olevaa markkinavoimaa. Jotta yrityksellä todettaisiin olevan määräävä markkina-asema, ei ole riittävää viitata sen markkinaosuuteen tietyillä markkinoilla, vaan on viitattava myös taloudelliseen valtaan, joka sillä on asemansa perusteella.

53. Näin ollen määräävä markkina-asema määritellään taloudelliseksi valta-asemaksi, joka tarjoaa yhdelle tai useammalle yritykselle mahdollisuuden toimia huomattavan itsenäisesti kilpailijoitaan, asiakkaitaan ja lopulta myös kuluttajia kohtaan[9]. Tämä tilanne syntyy tavallisesti, jos yritys tai yritysryhmä vastaa suuresta osasta tarjontaa tietyillä markkinoilla ja jos muut arvioinnissa huomioon otetut tekijät (kuten mm. markkinoille tulon esteet ja asiakkaiden mahdollisuudet reagoida asiaan) osoittavat samaan suuntaan.[10]

54. Lisäksi voidaan kysyä, mitä hyötyä kilpailun näkökulmasta GDA:lle syntyisi siitä, että se perisi syrjiviä hintoja syrjäyttääkseen yhden asiakkaansa markkinoilta tai heikentääkseen sen kilpailuasemaa. Koska sillä ei ole omaa intressiä puolustautua tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilla, joilla MEO ja NOS toimivat, sen ainoana intressinä näyttää olevan tulojensa edistäminen vahvistamalla hinnat, jotka neuvotellaan yksilöllisesti ja kahdenvälisesti kyseisten palveluntarjoajien kanssa.

55. Jos jokin taho tässä tapauksessa hyötyy kilpailullisesti tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilla mahdollisesti harjoitetusta syrjinnästä, niin se saattaa olla se toimija, joka on oletetusti maksanut alhaisempia hintoja, eli tässä tapauksessa NOS. Sitä vastoin minun on vaikea nähdä, miten tällainen eriyttäminen voi välittömästi tai välillisesti hyödyttää GDA:ta. Palaan jälkimmäiseen näkökohtaan tarkemmin jäljempänä.

56. Toiseksi pohdin edellä esitettyjen toteamusten mukaisesti, onko käsiteltävässä asiassa todella kyse SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitetusta ”samankaltaisten suoritusten” tarjoamisesta ”erilaisin ehdoin” – ja siis ”syrjinnästä” pikemminkin kuin objektiivisesta ”eriyttämisestä” – MEO:lle ja NOS:lle tarjottujen lähioikeuksien osalta.

8 Ks. kansalliseen asiakirja-aineistoon toimitetut ja AdC:n päätöksessä mainitut asiakirjat.

9 Yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi tämän määritelmän hyvin varhain (ks. tuomio 14.2.1978, United Brands ja United Brands Continentaal v. komissio, 27/76, EU:C:1978:22, 65 kohta ja tuomio 13.2.1979, Hoffmann-La Roche v. komissio, 85/76, EU:C:1979:36, 38 kohta). Siitä on jatkuvasti muistutettu oikeuskäytännössä, etenkin viimeaikaisessa (ks. mm. tuomio 14.10.2010, Deutsche Telekom v. komissio, C-280/08 P, EU:C:2010:603, 170 kohta ja tuomio 17.2.2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, 23 ja 79 kohta).

10 Ks. merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta annettu komission tiedonanto 97/C 372/03 (EYVL 1997, C 372, s. 5).

57. Kuten oikeuskäytännöstä ilmenee, liiketoimien samankaltaisuus on määritettävä ottamalla huomioon kaikki markkinoilla vallitsevat ehdot.[11] Näihin ehtoihin kuuluu etenkin ajallinen näkökohta siltä osin kuin tietyn palvelun tarjoamiselle määritetty hinta saattaa vaihdella ajan mittaan, kun otetaan huomioon markkinaolosuhteet ja hinnan määrittämisessä käytetyt perusteet. Toisin sanoen se seikka, että palveluja suoritetaan eri ajankohtina, voi merkitä, että liiketoimet eivät ole samankaltaisia.[12]

58. Lisäksi unionin tuomioistuimelle esitetyistä seikoista ilmenee, että hintojen ja muiden GDA:n markkinoimiin lähioikeuksiin liittyvien sopimusehtojen määrittelyä sääntelee laki, jossa osapuolet velvoitetaan turvautumaan välimiesmenettelyyn, jos ne eivät pääse yksimielisyyteen. Tällaisessa tilanteessa, kuten MEO:lta perityissä hinnoissa, GDA soveltaa vain välitystuomiossa vahvistettuja hintoja. Nähdäkseni GDA:n yhtäältä MEO:hon ja toisaalta NOS:ään soveltamat hinnat on siis vahvistettu lähtökohtaisesti erilaisissa oloissa.

59. Lopuksi on ilmeistä, että pääasialle ovat ominaisia erinäiset SEUT 102 artiklan soveltamiseen liittyvät epävarmuustekijät, jotka ylittävät pelkän kysymyksen ”epäedullisen kilpailuaseman” tunnistamisesta. Näyttää etenkin hyvin arveluttavalta, että yritykselle langetettaisiin seuraamus sen väitetyn määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä sen vuoksi, että se on eriyttänyt tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilla toimiviin kauppakumppaneihin soveltamansa hinnat, vaikka se ei itse toimi kyseisillä markkinoilla ja vaikka se hyötyy välittömästi kyseisten kumppaniensa välisestä kilpailusta. Nämä epävarmuustekijät perustelevat sitäkin vahvemmin sen, että riidanalaisia hintojen eriyttämiskäytäntöjä tutkittaessa on noudatettava varovaisuutta.

Hintojen eriyttämiskäytäntö merkitsee markkina-aseman väärinkäyttöä vain, jos se aiheuttaa epäedullisen kilpailuaseman, mikä edellyttää kyseisen käytännön vaikutusten konkreettista tutkimista kaikkien asian kannalta merkityksellisten seikkojen valossa

60. Vaikka oletettaisiinkin – mikä ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tarkistettava –, että nyt käsiteltävän asian tosiseikoista pääteltäisiin yhtäältä, että GDA:lla on määräävä markkina-asema kyseisillä tukkumarkkinoilla, ja toisaalta, että riidanalainen käyttäytyminen on katsottava samankaltaisten suoritusten erilaiseksi kohteluksi, vaikuttaa siltä, että kilpailuviranomaisen on välttämätöntä osoittaa, että tietyt kauppakumppanit joutuvat tämän vääristymisen vuoksi *epäedulliseen kilpailuasemaan*. Tällaisen epäedullisen aseman olemassaoloa ei voida missään tapauksessa olettaa, vaan se edellyttää kaikissa tapauksissa ja etenkin niin sanotun toisen asteen hintasyrjinnän yhteydessä, että riidanalaisten käytäntöjen vaikutukset tutkitaan ottaen huomioon kaikki esillä olevan asian seikat.

11 Ks. mm. tuomio 9.9.2009, Clearstream v. komissio (T-301/04, EU:T:2009:317, 169–190 kohta) ja tuomio 7.10.1999, Irish Sugar v. komissio (T-228/97, EU:T:1999:246, 64 kohta).

12 Ks. tältä osin mm. O’Donoghue, R., ja Padilla, J., *The Law and Economics of article 102 TFEU*, 2. painos, Hart Publishing, Oxford, 2013, s. 795; Geradin, D., ja Petit, N., ”Price discrimination under EC competition law”, *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket, 2005, s. 23 (www.konkurrensverket.se/en/research/seminars/the-pros-and-cons/price-discrimination).

Hintasyrjintäkäytäntö ei itsessään ole ongelmallinen kilpailuoikeuden näkökulmasta

61. Yleisesti on tärkeää muistaa, että syrjintä, mukaan lukien syrjintä hinnoittelussa, ei itsessään ole ongelmallista kilpailuoikeuden näkökulmasta. Syynä on se, että hintasyrjintä ei aina vahingoita kilpailua. On päinvastoin niin, kuten etenkin (turhat) viralliset yritykset tarkistaa vuoden 1936 Robinson-Patman Actiin sisältyvää tällaisen syrjinnän kieltävää säännöstä Yhdysvalloissa osoittavat,[13] että pelkkä hintasyrjinnän kieltäminen voi osoittautua haitalliseksi talouden tehokkuuden ja kuluttajan hyvinvoinnin kannalta.

62. On näet kiistatonta, että syrjintäkäytäntö ja etenkin hintojen eriyttämiskäytäntö tuottaa kilpailun näkökulmasta kaksijakoisia vaikutuksia. Tällaisen käytännön seurauksena voi olla talouden tehokkuuden ja siten kuluttajien hyvinvoinnin vahvistuminen; näitä tavoitteita ei mielestäni pidä kadottaa näkyvistä kilpailusääntöjä sovellettaessa, ja ne ovat joka tapauksessa erillään tasapuolisuusnäkökohdista. Kuten unionin tuomioistuin on toistuvasti katsonut, kilpailusääntöjen tarkoituksena on suojata kilpailua eikä kilpailijoita.[14]

63. Riippumatta siitä, tarkastellaanko asiaa kartelleja vai määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevan oikeuden näkökulmasta, hintasyrjintäkäytännöistä pitäisi olla mahdollista määrätä seuraamuksia vain sillä edellytyksellä, että niillä on tosiasiallisesti tai potentiaalisesti kilpailua rajoittava vaikutus. Tällaisen vaikutuksen tunnistamista ei pidä sekoittaa siihen välittömään haittaan, jota kokevat tai josta kärsivät ne toimijat, jotka joutuvat maksamaan korkeimmat hinnat tavaran tai palvelun hankinnasta. Näin ollen se seikka, että yritys on joutunut maksamaan tavaran tai palvelun hankinnasta korkeamman hinnan kuin yksi tai useampi kilpaileva yritys, voidaan määritellä haitaksi, mutta tämä ei välttämättä aiheuta ”epäedullista kilpailuasemaa”.

64. Vaikka näin ollen oletettaisiin, että yritys on joutunut maksamaan korkeampia hintoja kuin muihin yrityksiin sovelletut hinnat ja että sitä on siten syrjitty (tai se katsoo tulleensa syrjityksi), kyseinen säännös voi kattaa tämän menettelyn vain, jos osoitetaan, että se on omiaan rajoittamaan kilpailua ja vaikuttamaan kielteisesti kuluttajien hyvinvointiin.

65. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevassa oikeudessa hintasyrjintäkäytäntö mahdollistaa etenkin sen, että tällaisessa markkina-asemassa oleva yritys voi tarjota tavaroitaan ja palveluitaan suuremmalle kuluttajajoukolle, kuten kuluttajille, joilla on vähemmän ostovoimaa. Vastaavasti määräävässäkin markkina-asemassa olevan yrityksen asiakkaalla on periaatteessa kannustin myydä enemmän, jotta se saisi ”kanta-asiakasalennuksen”, ja tämä tilanne rohkaisee sitä laskemaan vuorostaan omia hintojaan ja pienentämään siis katettaan, mikä viime kädessä heijastuu myönteisesti kuluttajiin. Tässä yhteydessä on korostettava, että toimijoiden kyky käyttää neuvotteluvoimaansa parempien hintaehtojen saavuttamiseksi ja kustannustensa pienentämiseksi on tärkeä kilpailutekijä[15]. Loppujen lopuksi hintojen eriyttäminen voi olla tärkeä kilpailua edistävä tekijä.

13 Ks. mm. US Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007, IV.a luku: ”The Robinson-Patman Act”, saatavilla osoitteessa http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. Vuonna 2007 US Antitrust Modernization Commission (Yhdysvaltain kartellilainsäädännön ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevan lainsäädännön ajanmukaistamista käsittelevä lautakunta) ehdotti niin ikään menestyksettä, että kyseistä säännöstä tarkistettaisiin. Ks. myös tuoreempi analyysi artikkelissa Kirkwood, J. B., ”Reforming the Robinson-Patman Act to Serve Consumers and Control Powerful Buyers”, The Antitrust Bulletin, nide 60, nro 4, 2015, s. 358–383.

14 Ks. vastaavasti alennuskäytäntöjen osalta ratkaisuehdotukseni Intel Corporation v. komissio (C-413/14 P, EU:C:2016:788, 41 kohta).

15 Näin ollen velvoite, joka jollekin taholle asetettaisiin kaikkien kauppakumppanien kohtelemiseksi samalla tavoin, on omiaan tuottamaan kilpailua rajoittavia tuloksia (ks. Bulmash, H., ”An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations”, Journal of Competition Law & Economics, nide 8, nro 2, 2012, s. 361–397).

66. Erityisesti siitä kysymyksestä, voiko hintasyrjintä, jota yritys kohdistaa ”kauppakumppaneihinsa”, jotka ovat useimmiten sen tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilla toimivia asiakkaita, merkitä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, muistutan, että SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa nimenomaisesti kielletään määräävässä markkina-asemassa olevia yrityksiä soveltamasta erilaisia ehtoja tällaisten kumppanien samankaltaisiin suorituksiin ”kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla”.

67. Toisin kuin pintapuolisessa tarkastelussa voitaisiin olettaa, SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa ei velvoiteta monopoliasemassa tai määräävässä markkina-asemassa olevia toimijoita soveltamaan kauppakumppaneihinsa yhtenäisiä hintoja.

68. Jo kyseisen määräyksen sanamuodostakin ilmenee, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kauppakumppaneitaan kohtaan harjoittama hintasyrjintä voi kuulua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevan kiellon soveltamisalaan *vain ja ainoastaan silloin, jos kyseisten kumppanien välillä harjoitettava kilpailu vääristyy* tämän syrjinnän vuoksi.

69. Loppujen lopuksi kyseisen määräyksen tinkimätön soveltaminen edellyttää ensinnäkin sen toteamista, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kauppakumppanien välillä on kilpailusuhde, ja toisaalta sen toteen näyttämistä, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen käyttäytyminen on konkreettisesti omiaan vääristämään asianomaisten yritysten välistä kilpailua.[16] Käsittelen tätä yksityiskohtaisemmin jäljempänä.

Toisen asteen hintasyrjintä voi kuulua SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdan soveltamisalaan vain, jos se on tutkittu kaikkien käsiteltävän asian seikkojen perusteella

70. Sekä kilpailuviranomaisten päätöksenteossa että unionin tuomioistuimen viimeaikaisessa oikeuskäytännössä[17] on vähitellen vakiintunut näkemys, että tarkasteltaessa yrityksen käyttäytymistä SEUT 102 artiklan valossa ei voida olettaa, että kilpailua olisi rajoitettu. Tällaisen rajoituksen olemassaolon päättelemiseksi on kaikissa tapauksissa syytä tutkia riidanalaisen toimenpiteen todelliset tai potentiaaliset vaikutukset kaikkien käsiteltävän asian seikkojen perusteella.

71. Kun kyseessä on hintasyrjintäkäytäntö, toteutettava tarkastelu eroaa olennaisesti sen mukaan, onko kyseessä niin sanottu ensimmäisen asteen vai toisen asteen syrjintä.

72. *Ensimmäisen asteen syrjinnällä* tarkoitetaan pääpiirteissään syrjintää, joka kohdistuu määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kilpailijoihin. Sillä tarkoitetaan useimmiten hintasyrjintäkäytäntöjä, joiden tarkoituksena on houkutella tiettyjä kilpailevien toimijoiden asiakkaita, kuten saalistushinnoittelua, eriytettyjä alennuksia tai hintaruuvia. Yleisemmin se koskee kaikkia hintakäytäntöjä, joiden tarkoituksena on sulkea määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kanssa samoilla markkinoilla ja samalla (vertikaalisella) tasolla läsnä olevia toimijoita markkinoilta tai heikentää niiden kilpailuasemaa.

73. Kilpailuviranomaiset ja tuomioistuimet saavat yleensä käsiteltäväkseen juuri ensimmäisen asteen hintasyrjintäkäytäntöjä, koska niillä voi olla välittömiä markkinoilta sulkevia vaikutuksia.

74. *Toisen asteen syrjintä*, jota SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa pääasiallisesti tarkoitetaan, koskee syrjintää, joka vaikuttaa ”kauppakumppaneihin” yrityksen tuotantoketjun aikaisemman tai myöhemmän vaiheen markkinoilla. Se tarkoittaa etenkin tapauksia, joissa määräävässä markkina-asemassa oleva yritys päättää soveltaa erilaisia hintoja asiakkaisiinsa eli tahoihin, jotka eivät ole välittömässä kilpailusuhteessa siihen. Kyseisellä määräyksellä pyritään kieltämään se, että

16 Ks. vastaavasti julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2006:133, 104 ja 105 kohta).

17 Ks. mm. tuomio 6.9.2017, Intel v. komissio (C-413/14 P, EU:C:2017:632, 133–147 kohta).

määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen liiketaloudellisella käyttäytymisellä vääristettäisiin kilpailua tuotantoketjun aikaisemman tai myöhemmän vaiheen markkinoilla eli kyseisen yrityksen tavarantoimittajien tai asiakkaiden välillä. Mainittu yritys ei saa suosia sopimuskumppaneitaan eikä asettaa niitä epäedulliseen asemaan niiden välisessä kilpailussa. [18]

75. Jälkimmäisen tyyppisessä syrjinnässä markkinoilta sulkeva ja kilpailuprosessia rajoittava vaikutus ei aina ilmene selvästi. On päinvastoin niin, että tuotantoketjun aikaisemmassa vaiheessa toimiva yritys hyötyy periaatteessa täysimittaisesti myöhemmän vaiheen markkinoilla vallitsevasta kilpailusta.

76. Kuten oikeuskirjallisuudessa on useasti tuotu esiin tarkasteltaessa SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitettua, nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaista hintasyrjintää, on mielestäni ensinnäkin erotettava toisistaan yritykset, jotka ovat vertikaalisesti integroituneita ja joiden edun mukaista on siis syrjäyttää kilpailijat tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilta, ja yritykset, joilla ei ole tällaista intressiä.

77. Jos määräävässä markkina-asemassa oleva yritys on vertikaalisesti integroitunut, se, että tällainen yritys soveltaa syrjiviä hintoja tuotantoketjun aikaisemman tai myöhemmän vaiheen markkinoilla, on todellisuudessa lähempänä ensimmäisen asteen syrjintää, joka vaikuttaa välillisesti kyseisen yrityksen kilpailijoihin. Tällaisen syrjinnän vaikutuksena voi olla määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kilpailijoiden heikentäminen tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilla.

78. Tuomion Deutsche Bahn v. komissio [19] taustalla oleva asia on hyvä esimerkki siitä kilpailua rajoittavasta vaikutuksesta, joka vertikaalisesti integroituneen yrityksen harjoittamalla yhtäaikaisella ensimmäisen ja toisen asteen hinnoittelusyrjinnällä voi olla. Soveltamalla erilaisia hintoja niin sanotuilla länsireiteillä toimivien konttikuljettajien samankaltaisiin suorituksiin, jotka koskivat rautatieinfrastruktuurien käyttöä, Deutsche Bahn AG oli väistämättä asettanut muut kauppakumppaninsa *itseensä ja tytäryhtiöönsä nähden epäedulliseen kilpailuasemaan*. [20]

79. Jos sitä vastoin määräävässä markkina-asemassa oleva yritys ei ole vertikaalisesti integroitunut eikä kyse ole julkisten elinten menettelyistä, joiden enemmän tai vähemmän välittömänä vaikutuksena on markkinoiden maantieteellinen eristäminen tai syrjintä kansallisuuden perusteella, [21] voidaan kysyä, mitä hyötyä kyseiselle yritykselle on syrjinnästä, jolla pyritään saattamaan yksi sen kauppakumppani epäedulliseen asemaan tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilla. Tällaiselle yritykselle on näet merkittävää etua siitä, että jälkimmäiset markkinat ovat hyvin kilpaillut, jotta se pystyy pitämään yllä neuvotteluvoimaansa kyseessä olevien tavaroiden tai palvelujen myyjänä. Pääasian kaltaisessa tapauksessa, jossa määräävässä markkina-asemassa oleva yritys ei kilpaile asiakkaidensa kanssa tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilla, ei ole helppo yksilöidä syitä, jotka saisivat kyseisen yrityksen soveltamaan syrjiviä hintoja, lukuun ottamatta sen asiakkaiden välitöntä hyödyntämistä. Ei siis vaikuta kovin järkevältä, että se vähentäisi kauppakumppaniensa välistä kilpailupainetta tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilla.

80. Epäilemättä juuri tämän vuoksi pääasian kaltaiset asiat, joissa on kyse ”puhtaasta” *toisen asteen syrjinnästä* eli tilanteista, joissa määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä (joka ei ole vertikaalisesti integroitunut) ei pintapuolisesti tarkasteltaessa ole lainkaan intressiä sulkea kumppaneitaan pois tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilta, ovat äärimmäisen harvinaisia. [22]

18 Ks. tuomio 15.3.2007, British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 143 kohta).

19 Tuomio 21.10.1997 (T-229/94, EU:T:1997:155), joka vahvistettiin määräyksellä 27.4.1999, Deutsche Bahn v. komissio (C-436/97 P, EU:C:1999:205).

20 Tuomio 21.10.1997, Deutsche Bahn v. komissio (T-229/94, EU:T:1997:155, 93 kohta).

21 Ks. vastaavasti tuomio 29.3.2001, Portugali v. komissio (C-163/99, EU:C:2001:189, 46 ja 66 kohta) ja tuomio 17.5.1994, Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195, 43–45 kohta).

22 Ks. alaviitteessä 21 mainitut asiat. Ks. myös tuomio 11.12.2008, Kanal 5 ja TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

81. Lisäksi on pakko todeta, että tarkasteltaessa unionin tuomioistuimen käsiteltäväksi saatettuja asioita SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdan soveltamiseen liittyvät näkökohdat on esitetty erityisen lyhytsanaisesti eikä niiden perusteella voida missään tapauksessa määrittää selviä tulkintalinjoja kyseisessä määräyksessä tarkoitetun ”epäedullisen kilpailuaseman” tunnistamiseksi.

82. Tuomio Kanal 5 ja TV 4,[23] joka koskee viime kädessä nyt käsiteltävään asiaan verrattavaa tilannetta, on tältä osin mainitsemisen arvoinen. Kyseisen asian kohteena oli riita, jossa asianosaisina olivat yhtäältä Kanal 5 Ltd ja TV 4 AB ja toisaalta Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa (järjestö, joka Ruotsissa hallinnoi kollektiivisesti musiikin tekijänoikeuksia) ja joka koski korvausmallia, jota jälkimmäinen sovelsi tekijänoikeudella suojattujen musiikkiteosten lähettämiseen televisiossa.

83. Kun unionin tuomioistuinta pyydettiin määrittämään, merkitseekö se seikka, että tekijänoikeusjärjestö laskee korvauksen oikeudesta käyttää tekijänoikeudella suojattuja musiikkiteoksia televisiolähetyksissä eri tavalla sen mukaan, onko kyse kaupallisista televisioyhtiöistä vai julkisen palvelun yhtiöistä, EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdan (josta on tullut SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohta) rikkomista, se ei sinänsä lausunut tämän hintasyrjinnän ja tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilla mahdollisesti ilmenevän epäedullisen kilpailuaseman välisestä yhteydestä. Se muistutti kuitenkin, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen asia oli toteuttaa erinäisiä tarkistuksia kyseisen määräyksen soveltamiseksi.

84. Tältä osin on niin ikään tuotava esiin, että komission ja unionin tuomioistuinten valitsema lähestymistapa merkitsee usein kyseisen määräyksen soveltamista ensimmäisen asteen syrjintätilanteeseen eli tilanteeseen, jossa ei ole käynyt ilmi, että olisi olemassa ”epäedullinen kilpailuasema”, minkä perusteella oikeuskirjallisuudessa onkin esitetty joitakin arvosteluja, joissa puolletaan kyseisen määräyksen sanamuodosta nimenomaisesti ilmenevien edellytysten tinkimättömämpää soveltamista[24]. Eräät kommentoijat vaativat tiukempaa lähestymistapaa SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitettuun hintasyrjintään tai kannattavat tässä yhteydessä kaikkien asian kannalta merkityksellisten seikkojen tutkimista tapauskohtaisesti.[25]

85. Kun unionin tuomioistuinta lisäksi pyydettiin täsmentämään kyseisessä määräyksessä tarkoitetun epäedullisen kilpailuaseman toteamista koskevien vaatimusten soveltamisalaa asiassa British Airways v. komissio,[26] joka on viitekohtana tarkasteltaessa hintasyrjintäkäytäntöjä SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdan näkökulmasta, se korosti seuraavaa: ”[SEUT 102] artiklan toisen kohdan c alakohdan soveltamisedellytysten täyttymisen kannalta on tärkeää todeta, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen käyttäytyminen markkinoilla on syrjivää, ja tämän lisäksi myös, että sillä pyritään vääristämään tätä kilpailusuhdetta eli heikentämään osan kyseisen yrityksen kauppakumppaneista kilpailuasemaa toisiin nähden”.

86. Vaikka siis onkin niin, kuten unionin tuomioistuin on täsmentänyt, että mikään ei ole esteenä sille, että sellaisten kauppakumppaneiden, joiden kanssa ei ole kilpailusuhdetta, syrjintä voitaisiin katsoa väärinkäytöksi, on vielä osoitettava, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen menettely on kyseessä olevaan tapaukseen liittyvissä olosuhteissa omiaan johtamaan kilpailun vääristymiseen kyseisten kauppakumppaneiden välillä.[27]

23 Tuomio 11.12.2008 (C-52/07, EU:C:2008:703).

24 Ks. mm. Perrot, A., ”Towards an effects-based approach of price discrimination”, edellä mainitussa teoksessa *The Pros and Cons of Price Discrimination*, mm. s. 166 ja seuraavat sivut.

25 Ks. edellisessä alaviitteessä mainittu artikkeli. Ks. myös Geradin, D., ja Petit, N., ”Price Discrimination under EC competition law: The Need for a case-by-case approach”, *Global Competition Law Centre Working Paper* 07/05, s. 45 ja 46.

26 Ks. tuomio 15.3.2007, British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 144 kohta).

27 Ks. tuomio 15.3.2007, British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 145 kohta).

87. Toisin sanoen SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohtaa ei voida tulkita niin, että siinä vaadittaisiin tietyillä markkinoilla määräävässä markkina-asemassa olevaa yritystä tarjoamaan kauppakumppaneilleen yhtenäisiä hintoja kaikissa olosuhteissa riippumatta riidanalaisen menettelyn kilpailuvaikutusten analyysistä.

88. Vaikuttaa siis siltä, että syrjivän hinnoittelukäytännön arvioinnissa on perustavan tärkeää ottaa huomioon ”kaikki käsiteltävän asian seikat”. SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdasta ei voida missään tapauksessa päätellä, että tällaisesta käytännöstä olisi kaikissa tapauksissa seurauksena ”epäedullinen kilpailuasema”.

89. Tuomiosta Clearstream v. komissio,[28] johon ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin nimenomaisesti viittaa kysymystensä sanamuodossa, totean, että yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin pyrki kyseisessä tuomiossa rajaamaan tarkastelunsa sen käsiteltäväksi väitetysti saatettuun asiaan. Kuten kyseisen tuomion 192 kohdasta ilmenee, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin muistutti periaatteesta, jonka mukaan ”[SEUT 102] artiklan toisen kohdan c alakohdan soveltamisedellytysten täyttymisen kannalta on todettava, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen käyttäytyminen markkinoilla on syrjivää, *ja tämän lisäksi myös, että sillä pyritään vääristämään tätä kilpailusuhdetta*” (kursivointi tässä).

90. Joka tapauksessa on niin, että vaikka kyseisestä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomiosta voitaisiinkin päätellä, että tämä vahvisti olettaman, jonka mukaan hintasyrjintä on omiaan aiheuttamaan tällaisen epäedullisen aseman, on syytä huomata, että mainittu ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomio, jota unionin tuomioistuin ei siitä tehdyn valituksen puutteessa ole kuitenkaan vahvistanut, on jossakin määrin vanhentunut.

91. Nähdäkseni kyseinen tuomio koskee ajanjaksoa, jolloin saatettiin vielä kiistellä siitä, millaista lähestymistapaa – (muodolliseen) tarkoitukseen vai vaikutuksiin perustuvaa – tulisi noudattaa tutkittaessa sellaisia yritysten menettelyjä, joiden väitetään merkitsevän määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä.

92. Lisäksi on mielestäni tärkeää täsmentää, että epäedullisen kilpailuaseman olemassaolon osoittaminen on eri asia kuin sen todennäköisyyden arvioiminen, että yrityksen sellainen menettely, joka voi todennäköisesti tuottaa markkinoilta sulkemiseen johtavia vaikutuksia, muodostaisi kilpailunrajoituksen ja että se erityisesti tuottaisi moitittuja markkinoilta sulkemiseen johtavia vaikutuksia[29]. Tämän vaatimuksen tarkoituksena on, että SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdan soveltamiseksi varmistuttaisiin konkreettisesti siitä, että yrityksen kauppakumppaneitaan kohtaan noudattama hintasyrjintäkäytäntö, joka ei itsessään ole ongelmallinen kilpailun näkökulmasta, luo viime kädessä epäedullisen kilpailuaseman.

93. Kuten olen jo aiemmin korostanut,[30] yleisesti on niin, että hintasyrjinnän tutkimiseen SEUT 102 artiklan valossa on vaikea soveltaa kaavamaista ja systemaattista lähestymistapaa. Erityisesti kysymys siitä, voiko tietyillä markkinoilla määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen harjoittama hintasyrjintä vaikuttaa konkreettisesti tuotantoketjun aikaisemman tai myöhemmän vaiheen markkinoilla vallitsevaan kilpailuun, on mitä suurimmassa määrin tapauskohtaisesti arvioitava kysymys ja sen on syytä sellaisena pysyäkin.

28 Tuomio 9.9.2009 (T-301/04, EU:T:2009:317, 194 kohta). Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi, että ”esillä olevassa asiassa vastaavista palveluista maksettujen erilaisten hintojen soveltaminen kauppakumppaniin keskeytyksettä viiden vuoden ajan sellaisen yrityksen taholta, jolla on tosiasiallinen monopoli tuotantoketjun aikaisemman vaiheen markkinoilla, ei ole voinut olla aiheuttamatta kilpailuhaittaa tälle samalle kumppanille”.

29 Ks. tältä osin tuomio 6.9.2017, Intel v. komissio (C-413/14 P, EU:C:2017:632, 138–141 kohta).

30 Ks. mm. ratkaisuehdotukseni Intel Corporation v. komissio (C-413/14 P, EU:C:2016:788, 73 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

Epäedullisen kilpailuaseman olemassaolon toteaminen edellyttää, että mahdollisesti koetun syrjinnän lisäksi osoitetaan konkreettisesti epäedullisen kilpailuaseman olemassaolo

94. Toisin kuin MEO:n kanta nyt esillä olevassa menettelyssä antaa ymmärtää, olen sitä mieltä, että hintasyrjintään ei välttämättä liity SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitettu ”epäedullinen kilpailuasema”.

95. Mielestäni tällainen arvio perustuu sekaannukseen ”epäedullisen kilpailuaseman” olemassaolon arvioinnin ja ”kilpailijoiden välisten haittojen” tai pelkän haitan olemassaolon arvioinnin välillä.

96. Jotta voitaisiin todeta SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitettu ”epäedullinen kilpailuasema”, kyseisellä käytännöllä on hintasyrjinnästä erikseen tarkasteltuna aiheutuvan haitan lisäksi oltava erityinen vaikutus sen yrityksen kilpailuasemaan, jota on väitetysti syrjitty.

97. Toisin sanoen koetun haitan on oltava riittävän merkittävä, jotta sillä on seurauksia syrjinnän kohteena olevan yrityksen kilpailuaseman kannalta. On siis osoitettava, että syrjivät hinnat ovat omiaan vääristämään kauppakumppanien välistä kilpailusuhdetta tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoilla.

98. Tällainen tarkastelumenetelmä edellyttää, että kilpailuviranomainen ottaa huomioon kaikki sen käsiteltäväksi saatettuun tapaukseen liittyvät seikat. Syrjivä hinnoittelukäytäntö asettaa määräävässä markkina-asemassa olevan yhtiön asiakkaat epäedulliseen kilpailuasemaan, jos se on konkreettisesti omiaan vaikuttamaan kielteisesti kilpailuun markkinoilla, joilla sen asiakkaat toimivat. Kilpailun vääristymisen tunnistamiseksi tässä yhteydessä ei siis voida tyytyä arvioimaan syrjivän käytännön vaikutusta tiettyyn kauppakumppaniin.

99. Erityisesti on tutkittava, onko riidanalainen hintasyrjintä omiaan vaikuttamaan kielteisesti epäedulliseen asemaan asetettujen kauppakumppanien kykyyn kohdistaa tehokasta kilpailupainetta suosittuihin kauppakumppaneihin.

100. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ei tosin edellytetä näyttöä siitä, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen menettely olisi aiheuttanut yhden tai useamman kauppakumppanin kilpailuaseman tosiasiallisen, määrällisesti mitattavan heikkenemisen,[31] eikä myöskään sen osoittamista, että kilpailua rajoittava vaikutus markkinoilla, joilla kauppakumppanit kilpailevat keskenään, on ”tuntuva”, sillä vaikutuksen tuntuvuutta koskevan kynnyksen (de minimis) vahvistaminen ei ole tarpeen määräävän markkina-aseman väärinkäytön toteamiseksi.[32]

101. Siitä huolimatta on niin, että ellei SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa selvästi ilmaistuja edellytyksiä jätetä noudattamatta, pelkkää syrjinnästä itsestään johtuvaa ”haittaa” ei saa sekoittaa ”epäedulliseen kilpailuasemaan”, jonka on ilmettävä niillä markkinoilla, joilla määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kauppakumppanit toimivat ja jotka tässä tapauksessa ovat tekijänoikeuden lähioikeuksien tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinat.

102. Tältä osin on nähdäkseni eroteltava toisistaan sellaiset kilpailunvastaiset menettelyt, jotka väistämättömän vahingollisen vaikutuksensa perusteella merkitsevät kilpailun rajoittamista, ja sellaiset, kuten määräävässä markkina-asemassa olevan, vertikaalisesti integroitumattoman yrityksen noudattamat toisen asteen hintojen eriyttämiskäytännöt, joiden konkreettiset vaikutukset on tutkittava perusteellisemmin, jotta voitaisiin päätellä tällaisen rajoituksen olevan olemassa.

31 Ks. tuomio 15.3.2007, British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 145 kohta).

32 Ks. tuomio 6.10.2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, 73 kohta).

103. Tässä ei ole tarkoitus tehdä rajanvetoa vähäisempien ja muiden kilpailurajoitusten välillä – minkä perusteella voitaisiin vahvistaa de minimis -raja-arvo, jollaiset on periaatteessa suljettu pois SEUT 102 artiklan yhteydessä. Sen sijaan on tarkoitus tunnistaa tosiasiallinen kilpailunrajoitus, joka on selvästi erillään hintasyrjinnästä ja jonka on ilmettävä jälkimmäisen lisäksi.

104. Näin ollen sillä seikalla, että yhdeltä kyseisistä kauppakumppaneista peritään korkeampi hinta, voi olla vaikutusta enintään kyseiselle yritykselle koituviin kustannuksiin ja hyvin teoreettisesti kyseisen yrityksen kannattavuuteen ja voittoon. Tämä ei kuitenkaan merkitse, että riidanalainen hintasyrjintä vaikuttaisi tuotantoketjun myöhemmän vaiheen markkinoiden kilpailun tasoon. Kuten GDA on kirjallisissa huomautuksissaan aivan oikein korostanut, kannattavuus ja kilpailukyky ovat aivan eri asioita.

105. Tästä seuraa mielestäni, että mahdolliset kohtelun erot, jotka eivät vaikuta kilpailuun tai vaikuttavat siihen hyvin vähän, eivät voi merkitä SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitettua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä [33].

106. Epäedullisen kilpailuaseman olemassaolo on todettava tutkimalla riidanalaisen käytännön todellisia tai potentiaalisia vaikutuksia *kaikkien asian kannalta merkityksellisten seikkojen perusteella* suhteessa sekä asianomaisiin liiketoimiin että niiden markkinoiden ominaispiirteisiin, joilla määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kauppakumppanit toimivat.

107. Hintasyrjinnän kilpailua vääristävän tai markkinoilta sulkevan vaikutuksen tutkimiseksi on ensinnäkin kiinnitettävä erityistä huomiota riidanalaisen hintasyrjinnän tosiasialliseen olemassaoloon ja sen suhteelliseen merkitykseen.

108. Toiseksi on kiinnitettävä huomiota myös määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toimittamien tavaroiden tai palvelujen kustannusten suuruuden tutkimiseen suhteessa väitetysti epäedulliseen asemaan asetetulle kumppanille tai kumppaneille aiheutuviin kokonaiskustannuksiin.

109. Mikäli määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen perimä hinta muodostaa merkittävän osuuden epäedulliseen asemaan asetetulle asiakkaalle aiheutuvista kokonaiskustannuksista, hintasyrjinnällä saattaa olla vaikutusta paitsi kyseisen asiakkaan toiminnan kannattavuuteen myös sen kilpailuasemaan. [34]

110. Sitä vastoin tilanteessa, jossa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen perimien hintojen suhteellinen merkitys on mitätön, nämä eivät ole omiaan vaikuttamaan epäedulliseen asemaan asetetun asiakkaan kilpailuasemaan.

111. Nyt käsiteltävään asiaan palataksemme AdC on todennut, että kyseiset kustannukset eivät olleet merkittävät. Kyseisen viranomaisen päätöksen 67 kohdassa mainitaan näet, että MEO:n 23.6.2015 toimittamien tietojen perusteella oli pääteltävä, että aikavälillä 1.1.2010–31.12.2013 MEO:n kyseessä olevan tukkupalvelun puitteissa GDA:lle vuosittain maksamat määrät muodostivat vain vähäisen prosenttiosuuden kustannuksista, jotka MEO:lle aiheutuivat liittymäasiakkaiden käyttöön tarjottavaan televisiosignaaliin liittyvien vähittäispalvelujen tarjonnasta, ja häviävän pienen osuuden MEO:n

33 Ks. vastaavasti ja tällä alalla esiintyvien vastakkaisten lähestymistapojen yhteensovittamiseksi O'Donoghue, R., ja Padilla J., edellä mainitussa teoksessa *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, s. 802 et 803.

34 Ks. etenkin komission päätös Soda-Ash v. Solvay (ETY-sopimuksen 86 artiklan mukaisesta menettelystä (COMP/33.133-C: kalsinoitu sooda – Solvay) (IV/33.133-C: kalsinoitu sooda – Solvay) 19.12.1990 tehty komission päätös 91/299/ETY; EYVL 1991, L 152, s. 21, 64 kohta), jossa oli todettu, että riidanalaisella hintasyrjinnällä oli ollut huomattava vaikutus sen kohteena olleiden yritysten kilpailuasemaan, koska kyseinen tuote saattoi vastata jopa 70:tä prosenttia lasinvalmistuksen raaka-ainekustannuksista. Kyseisen aineen hankintahinta vaikutti siis lasitehtailijoiden kannattavuuteen ja kilpailukykyyn.

kyseisistä vähittäispalveluista saamista tuloista. Koska GDA:n lähioikeuksista perimän hinnan suhteellinen merkitys on AdC:n mukaan mitätön, vaikuttaa epäselvältä, miten GDA:n soveltamien hintojen eriyttäminen olisi merkityksensä perusteella ollut omiaan vaikuttamaan MEO:n kilpailuasemaan ja asettamaan sen siis epäedulliseen kilpailuasemaan.

Loppuhuomautukset kilpailuviranomaisen roolista silloin, kun se saa käsiteltäväkseen kantelun

112. Vaikka viime kädessä on vain ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävä tutkia kaikkien käsiteltävään asiaan liittyvien seikkojen perusteella, millä tavoin riidanalainen hintojen eriyttäminen on aiheuttanut epäedullisen kilpailuaseman, minusta vaikuttaa siis tässä tapauksessa siltä, että AdC ei tehnyt virhettä tutkiessaan, saattoiko MEO:hon ja NOS:ään sovellettujen hintojen eriyttäminen taloudellisesta näkökulmasta vaikuttaa MEO:n kilpailukykyyn suhteessa NOS:ään.

113. Loppuhuomautuksina totean lisäksi, että on nähdäkseni tärkeää muistuttaa, että jos kilpailuviranomaisen käsiteltäväksi saatetaan kantelu, jossa väitetään, että on tapahtunut määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, joka johtuu etenkin nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisesta toisen asteen hintasyrjinnästä, kilpailuviranomaisen tehtävänä on tutkia huolellisesti *kantelun tekijän sen tietoon saattamat tosiseikat ja oikeudelliset seikat*, jotta se voi päättää – periaatteessa kohtuullisen ajan kuluessa –, onko sen aloitettava menettely rikkomisen toteamiseksi, hylättävä kantelu menettelyä aloittamatta tai lopetettava kantelun tutkiminen.[35]

114. Tällaisessa tilanteessa päätös kantelun tutkimisen lopettamisesta on perusteltava viranomaiselle nimenomaisesti toimitettujen seikkojen hylkäämisellä. Viranomaista ei sitä vastoin voida moittia siitä, että se on abstraktilla tasolla ja sellaisten konkreettisten seikkojen puuttuessa, jotka todistaisivat etenkin kilpailunrajoituksen olemassaolon, tunnistanut ne syyt, joiden vuoksi riidanalainen menettely saattaa mahdollisesti merkitä väärinkäyttöä.

Ratkaisuehdotus

115. Kaiken edellä esitetyn huomioon ottaen ehdotan, että Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin vastataan seuraavasti:

Jollei objektiivisia perusteluja ole, se, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys soveltaa tiettyihin lisenssinhaltijoihinsa korkeampia hintoja muilta lisenssinhaltijoilta perittyihin hintoihin verrattuna, merkitsee SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitettua väärinkäyttöä vain ja ainoastaan silloin, jos kyseisellä käytännöllä asetetaan ensin mainitut epäedulliseen kilpailuasemaan suhteessa muihin lisenssinhaltijoihin, joiden kanssa ensin mainitut lisenssinhaltijat kilpailevat.

Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kauppakumppanit joutuvat epäedulliseen kilpailuasemaan SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitetulla tavalla, jos erilaisten ehtojen soveltaminen samankaltaisiin suorituksiin vaikuttaa haitallisesti tiettyjen kyseisten kauppakumppanien kilpailuasemaan suhteessa muihin ja jos se näin ollen vääristää suosittujen ja epäedulliseen asemaan asetettujen kauppakumppanien välistä kilpailua.

Epäedullisen kilpailuaseman olemassaolon toteaminen merkitsee, että asian kannalta merkityksellisillä markkinoilla todetaan asianomaisten osapuolten välisen kilpailun vääristyminen, joka on erillinen pelkästä mahdollisesti todettavasta erilaisesta kohtelusta. Puoltamani tarkastelumenetelmän ei pidä jäädä pelkäksi automaattisen päättelyn muodollisuudeksi, joka perustuu tosiseikkoja koskeviin tai

35 Ks. analogisesti komission tehtävästä tuomio 19.5.2011, Ryanair v. komissio (T-423/07, EU:T:2011:226, 53 kohta).

legaalisiin olettamiin, vaan se edellyttää kaikkien käsiteltävään tapaukseen liittyvien seikkojen konkreettista tutkimista. Huomioon voidaan ottaa etenkin, mutta ei yksinomaan, riidanalaisen hintojen eriyttämisen luonne ja merkitys sekä asianomaisten yritysten kustannusrakenne.