JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
JÁN MAZÁK
2 päivänä syyskuuta 2010[1]

1. Nyt käsiteltävänä olevassa ennakkoratkaisupyynnössä Stockholms tingsrätt (Tukholman alioikeus) (Ruotsi) on esittänyt unionin tuomioistuimelle SEUT 102 artiklan (entisen EY 82 artiklan) tulkinnasta kymmenen kysymystä, jotka koskevat hintaruuviin perustuvaa määräävän markkina-aseman väitettyä väärinkäyttöä.[2] Ennakkoratkaisupyyntö on esitetty oikeudenkäynnissä, jossa asianosaisina ovat ruotsalainen teleoperaattori TeliaSonera Sverige AB (jäljempänä TeliaSonera) ja Konkurrensverket (Ruotsin kilpailuvirasto). Konkurrensverket pyysi 21.12.2004 ennakkoratkaisupyynnön esittänyttä tuomioistuinta määräämään TeliaSoneralle 144 000 000 Ruotsin kruunun (tällä hetkellä noin 15,1 miljoonan euron) suuruisen hallinnollisen sakon Ruotsin kilpailulainsäädännön ja SEUT 102 artiklan rikkomisen takia.

I Tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset

2. Asiassa on kyse teknisestä muutoksesta 1990-luvun lopussa ja 2000-luvun alussa, jolloin monet ruotsalaiset internetpalvelujen loppukäyttäjät siirtyivät käyttämään yleisen puhelinverkon kautta muodostettavan internetyhteyden (valinnaisen yhteyden) sijasta erilaisia laajakaistayhteyksiä (joiden tiedonsiirtonopeus on huomattavasti parempi). Tuolloin yleisimmät laajakaistaliittymät olivat niin kutsuttuja ADSL-liittymiä (Asymmetric Digital Subscriber Line), jotka toimivat kiinteän puhelinverkkoyhteyden välityksellä, ja liittymiä, jotka toimivat kaapelitelevisioverkkoyhteyden tai paikallisverkkoyhteyden (LAN) välityksellä.

3. TeliaSonera, aiemmin Telia AB, oli perinteisesti omistanut metallijohtorakenteisen liityntäverkon, joka ulottui lähes kaikkiin kotitalouksiin Ruotsissa. TeliaSonera on kiinteän puhelinverkon perinteinen operaattori, ja sillä oli aikaisemmin valtion monopoliasema päättää siitä, mitä varusteita sen omassa kiinteässä verkossa saatiin käyttää. TeliaSonera myi laajakaistapalveluja loppukäyttäjien markkinoilla (myyntiketjun loppupään markkinoilla tai vähittäismarkkinoilla), minkä lisäksi se tarjosi muille loppukäyttäjien markkinoilla toimiville operaattoreille (myyntiketjun alkupään markkinoilla

1 – Alkuperäinen kieli: englanti.

2 – Ks. hintaruuvin (margin squeeze) määritelmä jäljempänä 12 kohdasta.

tai tukkumarkkinoilla) käyttöoikeuksia metallijohtorakenteiseen liityntäverkkoonsa (eli siihen osaan puhelinverkkoa, joka yhdistää yksittäisen kotitalouden ja lähimmän paikallisen teleaseman). Tätä käyttöoikeutta tarjottiin kahdessa eri muodossa. TeliaSonera tarjosi niin kutsuttua LLUB-käyttöoikeutta (Local Loop Un-Bundling), jolla operaattorilla oli mahdollisuus saada maksua vastaan täysi tai rinnakkainen käyttöoikeus TeliaSoneran metallijohtorakenteiseen liityntäverkkoon asetuksen (EY) N:o 2887/2000 [3] mukaisesti. Väite määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä ei kuitenkaan koske asetuksen mukaista LLUB-yhteyttä vaan erityistä kiinteän verkon ADSL-jälleenmyyntituotetta (kuten Skanova Bredband ADSL:ää), jota TeliaSonera on tarjonnut kilpailijoilleen.

4. Konkurrensverket väittää, että TeliaSonera on käyttänyt väärin määräävää markkina-asemaansa tukkumarkkinoilla soveltamalla ADSL-jälleenmyyjätuotteiden tukkuhinnan ja kuluttajille tarjoamiensa ADSL-palvelujen vähittäishinnan välillä hintamarginaalia, joka ei riittänyt kattamaan TeliaSoneralle vähittäismyynnistä aiheutuvia lisäkustannuksia. Se osa kannetta, joka koskee menettelyä huhtikuusta 2000 päivämäärään 1.1.2001, käsitellään yksinomaan Ruotsin kilpailuoikeuden perusteella, sillä Konkurrensverket on muotoillut kanteensa ainoastaan Ruotsin kilpailulain (Konkurrenslagen (1993:20)) 19 §:ään tukeutuen. Tätä myöhemmän jakson osalta, tammikuu 2003 mukaan luettuna, sovelletaan sekä kilpailulakia että SEUT 102 artiklaa. Tele2 Sverige Aktiebolag (jäljempänä Tele2) tukee väliintulijana Konkurrensverketin vaatimuksia. [4] Ennakkoratkaisupyynnöstä käy ilmi, että pääasian asianosaiset ovat eri mieltä useista tärkeistä ja mielestäni ratkaisevista tosiseikoista (kuten niiden merkityksellisten markkinoiden määritelmästä, joilla TeliaSoneralla on määräävä asema, tai ylipäätään tällaisen aseman olemassaolosta). Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että kun otetaan huomioon kansalliset menettelysäännöt, on välttämätöntä esittää unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymyksiä jo tässä vaiheessa. Etenkin todisteiden arviointi ja oikeudellinen arviointi on tehtävä pääasiassa yhdessä päätösharkinnan kanssa sen jälkeen, kun pääkäsittely on pidetty.

5. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin katsoo, että vaikka vaikutuksia

3 – Tilaajayhteyksien eriytetystä tarjoamisesta 18.12.2000 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EYVL L 336, s. 4).

4 – Vuonna 2005 Tele2 vaati Ruotsissa TeliaSoneralta noin 240 miljoonaa euroa vahingonkorvausta määräävän markkina-aseman väitetyn hyväksikäytön takia. Asian käsittelyä on lykätty siihen asti, että pääasia ratkaistaan. Ks. asia T 10956-05, Tele2 Sverige AB v. TeliaSonera AB.

jäsenvaltioiden väliseen kauppaa ei ole ollut tai vaikka väärinkäyttö on tapahtunut vain vuoden 2000 huhtikuun ja päivämäärän 1.1.2001 välisenä aikana, asiassa on silti syytä esittää ennakkoratkaisupyyntö. Siksi ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Millä edellytyksin [SEUT 102] artiklan rikkomisen voidaan katsoa perustuvan eroon, joka on niiden hintojen, joita määräävässä markkina-asemassa oleva vertikaalisesti integroitunut yritys soveltaa myydessään ADSL-jälleenmyyntituotteita kilpailijoilleen tukkumarkkinoilla, ja niiden hintojen välillä, joita sama yritys soveltaa loppukäyttäjien markkinoilla?

2) Ovatko vain ne hinnat, joita määräävässä markkina-asemassa oleva yritys soveltaa loppukäyttäjiin nähden, merkityksellisiä ensimmäistä kysymystä ratkaistaessa, vai onko tässä otettava huomioon myös hinnat, joita kilpailevat yritykset soveltavat loppukäyttäjien markkinoilla?

3) Vaikuttaako ensimmäiseen kysymykseen annettavaan vastaukseen se, ettei määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä ole sitä koskevaan sääntelyyn perustuvaa velvollisuutta toimituksiin tukkumarkkinoilla vaan se on omasta aloitteestaan päättänyt toimia tällä tavoin?

4) Onko edellytyksenä sille, että ensimmäisessä kysymyksessä kuvatun kaltaista menettelyä voidaan pitää väärinkäyttönä, se, että menettelyllä on kilpailua rajoittava vaikutus, ja jos näin on, millä tavoin tämä vaikutus on tarkemmin määritettävä?

5) Vaikuttaako ensimmäiseen kysymykseen annettavaan vastaukseen se, kuinka vahva määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen markkinavoima on?

6) Onko edellytyksenä sille, että ensimmäisessä kysymyksessä kuvatun kaltaista menettelyä voidaan pitää väärinkäyttönä, se, että yritys, joka menettelee tällä tavoin, on määräävässä markkina-asemassa sekä tukkumarkkinoilla että loppukäyttäjien markkinoilla?

7) Onko tavaran tai palvelun, jota määräävässä markkina-asemassa oleva yritys myy tukkumarkkinoilla, oltava kilpailijoille välttämätön, jotta ensimmäisessä kysymyksessä kuvatun kaltaista menettelyä voidaan pitää väärinkäyttönä?

8) Vaikuttaako ensimmäiseen kysymykseen annettavaan vastaukseen se, että kyseessä on toimitus uudelle asiakkaalle?

9) Onko edellytyksenä sille, että ensimmäisessä kysymyksessä kuvatun kaltaista menettelyä voidaan pitää väärinkäyttönä, se, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen voidaan odottaa saavan tuloja, joilla se kattaa kärsimänsä tappiot?

10) Vaikuttaako ensimmäiseen kysymykseen annettavaan vastaukseen se, että kysymyksessä on tekninen muutos markkinoilla, joilla investointien tarve on suuri, esimerkiksi siltä kannalta, että markkinoille tulosta aiheutuvat kustannukset ovat kohtuullisia ja että markkinoilletulovaiheessa tuotteita on ehkä myytävä tappiollisesti?"

6. Konkurrensverket, TeliaSonera, Tele2, Suomen ja Puolan hallitukset sekä Euroopan komissio esittivät kirjallisia huomautuksia. Samat osapuolet, Suomen ja Puolan hallituksia lukuun ottamatta, esittivät suullisia huomautuksia 18.3.2010 pidetyssä istunnossa.

II Asian tarkastelu

Ensimmäinen kysymys: Väärinkäyttönä pidettävän markkinaruuvin edellytykset; kolmas kysymys: Puuttuva lakisääteinen velvollisuus toimituksiin ja seitsemäs kysymys: Tuotteen välttämättömyys

7. Kuten edellä 4 kohdassa todetaan, ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin on selventänyt, että kansallisten menettelysääntöjen takia ennakkoratkaisukysymyksissä on keskityttävä yksistään kilpailulain periaatteisiin. Ennakkoratkaisukysymysten luonteen takia myös jäljempänä esitetyt näkökohdat on muotoiltava periaatteellisiksi. Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on selvittää tosiasiat ja soveltaa oikeussääntöjä niihin. Tässä vaiheessa riittää, kun todetaan, että kansallisen tuomioistuimen ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen saadaan täydellinen vastaus muihin yhdeksään ennakkoratkaisukysymykseen annettujen vastausten perusteella. Katson etenkin, kuten selvennän jäljempänä, että ennakkoratkaisupyynnöstä seuraa, että – pääasian ratkaisemisen kannalta – erityisen merkityksellisiä ovat ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys yhdessä kolmannen ja seitsemännen ennakkoratkaisukysymyksen kanssa, ja siksi keskityn näihin kysymyksiin. Tämä on perusteltua varsinkin siitä syystä, että vastaukset muihin kysymyksiin on jo annettu suurelta osin voimassa olevassa Euroopan yhteisöjen (nyt Euroopan unionin) oikeuskäytännössä tai ne voidaan johtaa siitä.

8. Oikeuskäytännössä on vahvistettu, että "määräävän markkina-aseman väärinkäytön käsite on objektiivinen käsite, joka tarkoittaa määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymistä, joka on omiaan vaikuttamaan sellaisten markkinoiden rakenteeseen, joilla juuri kyseessä olevan yrityksen olemassaolon vuoksi kilpailuaste on jo heikentynyt, ja joka estää markkinoilla vielä olemassa olevan kilpailuasteen säilymisen ja tämän kilpailun

kehittymisen sen vuoksi, että tämä yritys käyttää muita kuin niitä keinoja, joita taloudellisten toimijoiden suoritteisiin perustuvassa tuotteiden tai palvelujen tavallisessa kilpailussa käytetään”. [5]

9. Lisäksi ”yrityksen määräävän aseman toteaminen ei sellaisenaan ole kyseisen yrityksen kannalta moitittavaa, vaan se merkitsee ainoastaan, että kyseisellä yrityksellä on erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua yhteismarkkinoilla, riippumatta siitä, mihin tämä asema perustuu”. [6] Kyseisen erityisen velvollisuuden aineellista soveltamisalaa on tarkasteltava ottaen huomioon kunkin yksittäistapauksen erityiset olosuhteet. [7] Sellainen menettely, jota ei normaalien kilpailuedellytysten vallitessa kiellettäisi, saattaa merkitä väärinkäyttöä, kun siihen ryhtyy määräävässä markkina-asemassa oleva yritys. [8] Esimerkiksi määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on oikeus suojella kaupallisia intressejään silloin, kun niitä uhataan, ja toteuttaa niiden suojaamiseksi aiheellisiksi katsomiaan toimenpiteitä. [9] Se saa käyttää normaalin tuoteja palvelukilpailun keinoja suoritekilpailun muodossa; SEUT 102 artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä ja siten kiellettyinä on kuitenkin pidettävä liiketoimia, jotka poikkeavat normaalista toiminnasta markkinoilla ja jotka ovat omiaan heikentämään kilpailua. [10] Kaikkea hintakilpailua ei suinkaan voida pitää laillisena. [11] Unionin oikeuskäytännössä määräävässä asemassa oleville yrityksille annetaan lähtökohtaisesti mahdollisuus osoittaa, että niiden menettelylle on objektiivinen peruste. [12]

10. Hintaruuvia koskevan kysymyksen osalta komissio, Konkurrensverket ja Tele2 katsovat, että kyse on periaatteessa hintaruuvista, jos myyntiketjun alkupään markkinoilla toimiva määräävässä asemassa oleva yritys toimii myös myyntiketjun loppupään markkinoilla ja soveltaa kyseisillä markkinoilla sellaisia hintoja, että loppupään ja alkupään

5 – Ks. asia 85/76, Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomio 13.2.1979 (Kok., s. 461, Kok. Ep. IV, s. 341, 91 kohta) ja asia C-62/86, AKZO v. komissio, tuomio 3.7.1991 (Kok., s. I-3359, Kok. Ep. XI, s. I-261, 69 kohta).

6 – Ks. asia 322/81, Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. komissio, tuomio 9.11.1983 (Kok., s. 3461, Kok. Ep. VII, s. 339, 57 kohta, ns. Michelin I -tapaus) ja yhdistetyt asiat C-395/96 P ja C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, tuomio 16.3.2000 (Kok., s. I-1365, 37 kohta).

7 – Asia C-333/94 P, Tetra Pak v. komissio, tuomio 14.11.1996 (Kok., s. I-5951, 24 kohta, ns. Tetra Pak II -tapaus).

8 – Edellä alaviitteessä 6 mainitut yhdistetyt asiat Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, tuomion 131 kohta.

9 – Asia 27/76, United Brands v. komissio, tuomio 14.2.1978 (Kok., s. 207, Kok. Ep. IV, s. 9, 189 kohta).

10 – Ks. tältä osin myös edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomion 91 ja 123 kohta; edellä alaviitteessä 6 mainittu Michelin I -tapaus, tuomion 70 kohta; asia 31/80, L'Oréal v. De Nieuwe AMCK, tuomio 11.12.1980 (Kok., s. 3775, 27 kohta); edellä alaviitteessä 5 mainittu asia AKZO v. komissio, tuomion 69 ja 70 kohta ja julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus asiassa C-95/04 P, British Airways v. komissio, tuomio 15.3.2007 (Kok., s. I-2331, ratkaisuehdotuksen 24 kohta).

11 – Ks. mm. asia C-202/07 P, France Télécom v. komissio, tuomio 2.4.2009 (Kok., s. I-2369, 106 kohta).

12 – Ks. mm. edellä alaviitteessä 9 mainittu asia United Brands v. komissio, tuomion 184 kohta; asia 311/84, CBEM (Télémarketing), tuomio 3.10.1985 (Kok., s. 3261, 27 kohta) ja edellä alaviitteessä 10 mainittu asia British Airways v. komissio, ratkaisuehdotuksen 69 ja 86 kohta.

markkinoiden hintojen ero ei ole riittävä kattamaan määräävässä asemassa olevan yrityksen loppupään markkinoiden tuotteiden myynnistä aiheutuvia lisäkustannuksia.

11. Mielestäni TeliaSonera on oikeassa väittäessään, että kyse on väärinkäytöksi katsottavasta hintaruuvista vain, jos määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on lakisääteinen velvollisuus toimittaa kyseinen tuotantopanos tai jos kyseinen tuotantopanos on välttämätön. Jos määräävässä asemassa olevan yrityksen tuotantopanos ei ole välttämätön, esimerkiksi jos korvaavia tuotteita on saatavilla, kyse ei voi olla väärinkäytöksi katsottavasta hintaruuvista, sillä kilpailijoiden ei tarvitse hankkia tuotetta määräävässä asemassa olevan yrityksen hintaan tai lainkaan. [13]

12. Kun otetaan huomioon ratkaisuehdotukseni ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomio asiassa Deutsche Telekom vastaan komissio, [14] on selvää, että kyse on hintaruuvista, jos määräävässä asemassa olevan yrityksen perimien loppukäyttäjähintojen ja sen kilpailijoiltaan vastaavista tuotteista perimien tukkuhintojen välinen ero on negatiivinen tai riittämätön kattamaan määräävässä asemassa olevalle yritykselle sen omien loppukäyttäjätuotteiden myynnistä myyntiketjun loppupäässä syntyvät tuotekohtaiset kustannukset. Tällainen väärinkäytöksi katsottava käyttäytyminen perustuu hintaeron epäoikeudenmukaiseen luonteeseen ja siihen, että määräävässä asemassa olevan yrityksen tukkutuotteet ovat kilpailijoille välttämättömiä, jotta ne voivat kilpailla määräävässä asemassa olevan yrityksen kanssa käyttöoikeuspalvelujen loppupään markkinoilla. Tällainen määräävässä asemassa olevan yrityksen tukku- ja loppukäyttäjähintojen välinen hintaruuvi on mielestäni omiaan estämään kilpailun kasvun myyntiketjun loppupään markkinoilla.

13. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin toteaa, että se on ottanut huomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen

13 – Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin viittaa tältä osin artikkeliin Geradin, D., ja O'Donoghue, R., "The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector", *Journal of Competition Law and Economics 1(2)*, 2005, 355-425, s. 358 ja sitä seuraavat sivut.

14 – Asia C-280/08 P (Kok., s. I-0000, ratkaisuehdotuksen 44, 46 ja 64 kohta) ja asia T-271/03, Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 10.4.2008 (Kok., s. II-477, 166, 167 ja 237 kohta). Viimeksi mainitussa tuomiossa yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin vahvisti komission Deutsche Telekomia vastaan tekemän päätöksen, joka koski hintaruuviin perustuvaa määräävän aseman väärinkäyttöä ([SEUT 102] artiklan mukaisesta menettelystä 21.5.2003 tehty komission päätös 2003/707/EY (asia COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (EUVL L 263, s. 9)).

tuomion asiassa Deutsche Telekom vastaan komissio. Totesin 22.4.2010 esittämässäni ratkaisuehdotuksessa Deutsche Telekomin kyseisestä tuomiosta tekemästä valituksesta, että unionin tuomioistuimen olisi hylättävä valitus ja vahvistettava ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen (nyt unionin yleisen tuomioistuimen) tuomio. Unionin tuomioistuimen tuomiota odotetaan parhaillaan.[15] Kuten ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin nyt käsiteltävässä asiassa on todennut, pääasiassa kyseessä oleva tilanne poikkeaa useilta aineellisilta näkökohdilta asiasta Deutsche Telekom vastaan komissio. On todettava erityisesti, että toisin kuin Deutsche Telekomilla, TeliaSoneralla ei ollut lakisääteistä velvollisuutta tarjota ADSL-jälleenmyyjätuotteita (jäljempänä kyseessä olevat tuotteet). TeliaSoneran lakisääteinen velvollisuus koski LLUB-käyttöoikeutta, josta ei ole kyse nyt käsiteltävänä olevassa asiassa. Lisäksi, kuten ilmenee ennakkoratkaisupyynnöstä, kyseessä olevien tuotteiden hintoihin ei kohdistunut Ruotsin sääntelyviranomaisen hintasääntelyä tukkumarkkinoilla tai loppukäyttäjien markkinoilla.

14. Oikeuskäytännön mukaan ”kyseessä on – – väärinkäyttö, mikäli yritys, jolla on määräävä asema tietyillä markkinoilla, varaa itselleen tai saman konsernin yhtiölle ilman objektiivista tarvetta liitännäisen toiminnon, jota jokin muu yritys olisi saattanut hoitaa osana toimintaansa läheisillä mutta erillisillä markkinoilla [esimerkiksi myyntiketjun loppupään markkinoilla], jolloin sillä oli mahdollisuus poistaa kaikki kilpailu kyseisen yrityksen taholta”.[16]

15. Tarkasteltaessa määräävän aseman väärinkäyttöä toimittamisesta kieltäytymisen muodossa on todettava, että asiassa Bronner[17] annetusta tuomiosta seuraa, että tällaiseksi väärinkäytöksi voidaan katsoa se, että (myyntiketjun alkupään markkinoilla) määräävässä asemassa oleva yritys kieltäytyy toimittamasta lähimarkkinoilla tai loppupään markkinoilla toimivalle kilpailevalle yritykselle tuotteita, jotka ovat välttämättömiä tämän yrityksen toiminnalle, edellyttäen, että i) kieltäytyminen on omiaan sulkemaan pois kaiken kilpailun markkinoilla tuotetta tarvitsevan yrityksen osalta, ii) kieltäytymistä ei voida perustella objektiivisin perustein ja iii) tuote on välttämätön kilpailevan yrityksen toiminnalle siinä mielessä, että vaihtoehtoinen ratkaisu ei ole realistisesti mahdollinen.

16. Mielestäni yksi erityinen toimittamisesta kieltäytymisen muoto on väärinkäytöksi katsottava hintaruuvi (ns. ”tulkinnallinen” tai

15 – Edellä alaviitteessä 14 mainitut asia T-271/03 ja asia C-280/08 P.

16 – Ks. edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Télémarketing, tuomion 27 kohta.

17 – Asia C-7/97, tuomio 26.11.1998 (Kok., s. I-7791, 40–46 kohta) ja julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus, 56–69 kohta.

implisiittinen toimittamisesta kieltäytyminen), jolloin määräävässä asemassa oleva yritys ei kieltäydy kokonaan toimittamasta olennaisia tai välttämättömiä tuotantopanoksia vaan toimittaa ne kilpailijoilleen loppupään markkinoilla sellaiseen hintaan, että kyseisten kilpailevien yritysten on mahdotonta kilpailla tehokkaasti loppupään markkinoilla.[18] Unionin oikeuskäytännössä on vahvistettu, että väärinkäytöksi katsottavan toimituksesta kieltäytymisen seurauksena kilpailu häviää loppupään markkinoilta, ja mielestäni sama huolenaihe liittyy hintaruuveihin. Hintaruuvin aiheuttama kilpailuhaitta ei ole erillinen ja suurempi kuin tukkumarkkinoilla tapahtuvasta toimitusvelvollisuuden rikkomisesta koituva haitta. Katson, että määräävässä asemassa olevan yrityksen määrääminen toimitusvelvolliseksi ei eroa tilanteesta, jossa yritys velvoitetaan toimittamaan tuote tiettyyn tukku- tai loppukäyttäjähintaan (hintaruuvi). Siksi sellaisen hinnan periminen (hintaruuvi), joka estää yhtä tehokasta kilpailijaa kilpailemasta loppupään markkinoilla, merkitsee käytännössä samaa kuin toimituksesta kieltäytyminen, mikä viittaa siihen, että tapauksiin on sovellettava samaa arviointikehystä ja että samat yleiset huolenaiheet, jotka koskevat määräävässä asemassa olevan yrityksen investointien kannustimia, on otettava huomioon.[19] Konkurrensverket väittää pääasiassa, että kyseessä on väärinkäytöksi katsottava hintaruuvi pelkästään tukku- ja loppukäyttäjähintojen välisen riittämättömän eron vuoksi, tuotantopanoksen välttämättömyydestä riippumatta. Mielestäni tämä näkemys on väärä ja riittämätön. Mielestäni komission SEUT 102 artiklan nojalla tekemistä televiestintäalan hintaruuveja koskevista kahdesta päätöksestä asioissa Deutsche Telekom ja Telefónica[20] voidaan päätellä, että hintaruuveihin ja toimituksesta kieltäytymiseen sovelletaan samoja perusteita. Viimeksi mainitussa asiassa komissio torjui asiassa Bronner sovellettujen ehtojen soveltamisen perinteisen operaattorin käyttäytymisen lainmukaisuuden arvioinnissa ”asian erityisten olosuhteiden takia, sillä ne ovat olennaisesti erilaiset kuin asiassa [Bronner]” (Telefónicalla oli lakisääteinen velvollisuus toimittaa tuotteita, ja sen ex ante kannustimet investoida infrastruktuuriin eivät olleet uhattuina, sillä sen infrastruktuurin väitettiin olevan pitkälti sellaisten investointien tulosta, jotka tehtiin, kun se hyötyi erityisistä oikeuksista tai yksinoikeuksista, jotka suojelivat sitä kilpailulta), mutta

18 – Ks. analogisesti Yhdistyneen kuningaskunnan Court of Appealin (England & Wales) tuomio asiassa Albion (Dwr Cymru Cyfyngedig ja Albion Water Limited v. Water Services Regulation Authority, 2008, EWCA Civ 536, 36 kohta ja sitä seuraavat kohdat), jolla vahvistettiin Yhdistyneen kuningaskunnan Competition Appeal Tribunalin (CAT) tuomiot asiassa Albion Water Ltd v. Water Services Regulation Authority (Dwr Cymru/Shotton Paper, 2006, CAT 23, ks. 861 kohta ja sitä seuraavat kohdat ja, 2006, CAT 36).

19 – Mielestäni tässä asiassa pätevät samat perustelut kuin julkisasiamies Jacobs on esittänyt ratkaisuehdotuksessaan asiassa Bronner (57 kohta): ”–– jos kilpailupolitiikalla perustellaan puuttumista määräävässä asemassa olevan yrityksen sopimusvapauteen, se edellyttää usein vastakkaisten näkökohtien huolellista tasapainottamista. Se, että yrityksen sallitaan varata omaan käyttöönsä kehittämänsä välineet liiketoimintansa harjoittamiseksi, yleensä edistää kilpailua pitkällä aikavälillä ja on kuluttajien edun mukaista. Esimerkiksi, jos tuotanto-, hankinta- ja jakeluvälineistöön annetaan liian helposti käyttöoikeus, kilpailijalla ei olisi halua kehittää kilpailevaa välineistöä. Vaikka kilpailu lisääntyisi lyhyellä aikavälillä, pitkällä aikavälillä se vähenisi. Lisäksi määräävässä asemassa olevan yrityksen halukkuus investoida tehokkaisiin välineisiin vähenisi, jos sen kilpailijat voisivat pyynnöstä jakaa edut. Yksistään se, että varaamalla välineen omaan käyttöön määräävässä asemassa oleva yritys saa kilpailuedun kilpailijaansa nähden, ei riitä perusteluksi välineen käyttöoikeudelle.”

20 – [SEUT 102] artiklan mukaisesta menettelystä 4.7.2007 tehty päätös 2007/3196/EY (asia COMP/38.784 – Wanadoo España v. Telefónica, 299 kohta ja sitä seuraavat kohdat) (kaksi kyseiseen päätökseen liittyvää kannetta on vireillä unionin yleisessä tuomioistuimessa: asia T-336/07, Telefónica ja Telefónica de España v. komissio ja asia T-398/07, Espanja v. komissio).

tarkasteli kuitenkin asiaa koskevia tosiasioita käyttämällä Bronner-tyyppistä arviointia. On tärkeää korostaa, että molemmissa komission päätöksissä todettiin, että toimivaltainen kansallinen sääntelyviranomainen oli jo määrännyt velvollisuudesta toimittaa kilpailijoille tuotteita – toisin sanoen antaa niille oikeus käyttää perinteisen toimijan verkkoa. Lisäksi komissio katsoi molemmissa päätöksissä, ettei perinteisen operaattorin verkoille ollut saatavana asianmukaisia vaihtoehtoja.

17. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin viittaa hiljattain julkaistuun tiedonantoon ”Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista”,[21] jossa se toteaa yhteisessä kohdassa ”Toimittamisen epääminen ja hintaruuvi” muun muassa, että ”sen sijaan, että määräävässä asemassa oleva yritys epää toimittamisen, se voi veloittaa myyntiketjun alkupään markkinoilla tuotteesta hinnan, joka verrattuna sen myyntiketjun loppupään markkinoilla veloittamaan hintaan ei anna edes yhtä tehokkaalle kilpailijalle mahdollisuutta käydä kauppaa kannattavasti ja kestävällä pohjalla myyntiketjun loppupään markkinoilla [’hintaruuvi’[22]] –– Komissio katsoo näiden menettelytapojen kuuluvan ensisijaisten täytäntöönpanotavoitteiden piiriin, jos kaikki seuraavat edellytykset täyttyvät: [i)] epääminen liittyy tuotteeseen –– joka on objektiivisesti välttämätön, jotta yritys voisi kilpailla tehokkaasti myyntiketjun loppupään markkinoilla, [ii)] epääminen johtaa todennäköisesti tehokkaan kilpailun loppumiseen

21 – Ks. Komission tiedonanto – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa [SEUT 102] artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02) (EUVL 2009, C 45, s. 7, 75 kohta ja sitä seuraavat kohdat). Asiakirjassa vahvistetaan täytäntöönpanoa koskevat ensisijaiset tavoitteet, jotka ohjaavat komission toimintaa sen soveltaessa SEUT 102 artiklaa määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen, ja sen tarkoituksena on selkeyttää yleistä analyysikehystä, jota komissio käyttää päättäessään, olisiko sen jatkettava erilaisiin markkinoiden sulkemismuotoihin liittyvien tapausten tarkastelua, sekä parantaa sen ennustettavuutta; lisäksi tarkoituksena on auttaa yrityksiä arvioimaan paremmin, onko todennäköistä, että komissio puuttuu tiettyyn menettelyyn SEUT 102 artiklan nojalla. Oikeuskäytännön mukaan komissio voi antaa itselleen harkintavaltansa käyttämistä koskevia toimintaohjeita suuntaviivojen kaltaisten toimien muodossa, jos nämä toimet sisältävät ohjeellisia sääntöjä kyseisen toimielimen toimintaa varten eivätkä ole perustamissopimuksen määräysten vastaisia. Tästä seuraa, että vaikka säännöt, joilla määritetään lähestymistapa, jota komissio aikoo noudattaa, palvelevat avoimuuden, ennustettavuuden ja oikeusvarmuuden toteutumista komission toiminnassa, ne eivät voi sitoa unionin tuomioistuinta. Ne antavat kuitenkin hyödyllisiä viitteitä. Ks. asia C-310/99, Italia v. komissio, tuomio 7.3.2002 (Kok., s. I-2289, 52 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

22 – Komissio tulkitsee toimittamisesta kieltäytymisen käsitettä laajasti päätöksentekokäytännössään. Komissio on todennut asiassa Deutsche Post, että ”palvelun suorittamisesta kieltäytyminen kattaa suoran kieltäytymisen lisäksi myös tilanteet, joissa määräävässä asemassa olevat yritykset asettavat palvelun suorittamiselle objektiivisesti tarkasteltuna kohtuuttomat ehdot”. Se kutsuu tällaista käyttäytymistä ”tulkinnalliseksi kieltäytymiseksi” ([SEUT 102] artiklan mukaisesta menettelystä 25.7.2001 tehty komission päätös 2001/892/EY (COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – Ulkomaanpostin pysäyttäminen) (EYVL L 331, s. 40, johdanto-osan 141 perustelukappale)).

myyntiketjun loppupään markkinoilta ja [iii)] epääminen aiheuttaa todennäköisesti haittaa kuluttajille". Kuitenkin "tietyissä tapauksissa voi olla selvää, että toimittamista koskevan velvoitteen määräämisellä ei selvästikään voi olla etukäteen eikä jälkikäteen kielteisiä vaikutuksia tuotantopanoksen omistajan ja/tai muiden toimijoiden kannustimiin investoida ja innovoida myyntiketjun alkupäässä. Komissio katsoo, että tilanne on erityisen todennäköisesti tällainen silloin, kun [unionin] lainsäädännön mukaisella sääntelyllä jo määrätään toimittamista koskeva velvoite määräävässä asemassa olevalle yritykselle ja kun tällaisen sääntelyn perustana olevista näkökohdista käy selvästi ilmi, että toimittamista koskevaa velvoitetta määrätessään viranomainen on jo suorittanut tarpeellisen kannustimien arvioinnin. Näin voi olla myös silloin, kun määräävässä asemassa olevan yrityksen myyntiketjun alkupään markkina-asema on syntynyt erityis- tai yksinoikeuksien suojassa tai sitä on rahoitettu valtion varoin. Tällaisissa erityistapauksissa komissiolla ei ole mitään syytä poiketa yleisestä täytäntöönpanolinjastaan, ja se voi osoittaa myös tarkastelematta [tämän kohdan alussa] tarkoitetun kolmen edellytyksen täyttymistä, että kilpailunvastainen markkinoiden sulkeminen on todennäköinen".

18. Katson, että asiassa Bronner (ks. edellä 14–16 kohta) annetusta tuomiosta, ratkaisuehdotuksestani ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomiosta alaviitteessä 14 mainitussa asiassa Deutsche Telekom vastaan komissio, komission päätöksentekokäytännöstä ja komission ensisijaisia täytäntöönpanotavoitteita koskevista ohjeista voidaan johtaa, että tapauksissa, joissa ei ole määrätty lakisääteisestä toimitusvelvollisuudesta, kuten nyt tarkasteltavassa asiassa, määräävässä asemassa oleva yritys, joka syyllistyy hintaruuviin hinnoittelujärjestelynsä avulla, käyttää väärin määräävää asemaansa, jos kyseinen tuotantopanos on välttämätön kilpailijalle, jotta se voi kilpailla yrityksen kanssa myyntiketjun loppupään markkinoilla. [23] Tällaiset järjestelyt ovat mielestäni yksi toimituksen epäämisen muoto. [24]

19. Näkemystäni tukee myös Cour de cassationin (Ranskan kassaatiotuomioistuin) hiljattain SEUT 102 artiklan ja kansallisen

23 – Ks. esim. Bouckaert, J. ja Verboven, F., *Price Squeezes in a Regulatory Environment*, CEPR, Discussion Paper Series: "[hintaruuvissa] oletetaan, että perinteisellä operaattorilla on myyntiketjun alkupäässä olennaisen tuotantopanoksen monopoli. Käytännössä perinteisellä operaattorilla ei välttämättä ole näin suurta markkinavoimaa myyntiketjun alkupäässä. Yleensä perinteinen operaattori omistaa kuparijohtimet, mutta vaihtoehtoisia verkkoja, kuten kaapeliverkkoja tai langattomia verkkoja, on saatavilla. Toisin sanoen perinteisen operaattorin olennainen toiminto ei ole ehdoton. Myyntiketjun loppupään kilpailijat voivat siten ohittaa perinteisen operaattorin verkon ja harkita käyttöoikeuksien hankkimista vaihtoehtoisilta palveluntarjoajilta tai omaan verkkoon investoimista."

24 – Vrt. Renda, A. ym., "Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty: Comments on the European Commission's Guidance Paper", *Final Report of a Centre for European Policy Studies (CEPS) Task Force*, 10.9.2009.

kilpailulainsäädännön nojalla antama tuomio,[25] joka koskee hintaruuvia ja jossa se toteaa yksiselitteisesti, että hintaruuvilla on kilpailun vastaisia vaikutuksia, jos mahdollinen kilpailija, joka on yhtä tehokas kuin määräävässä asemassa oleva vertikaalisesti integroitunut yritys, voi päästä myyntiketjun loppupään markkinoille ainoastaan kärsimällä tappioita. Mainitun tuomioistuimen mukaan menettelytavalla voi olla kilpailua rajoittavia vaikutuksia, jos määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailijoilleen tarjoamat tuotteet ovat *välttämättömiä*, jotta ne voivat kilpailla sen kanssa myyntiketjun loppupään markkinoilla.

20. Edellä esitetyt näkökohdat ovat erityisen merkityksellisiä tässä asiassa, sillä ennakkoratkaisupyynnössä todetaan, että saatavilla oli muutamia vaihtoehtoisia teknologioita laajakaistan tarjoamiseksi loppukäyttäjille. Tämä selittää sen, miksi ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin katsoi tarpeelliseksi esittää erikseen seitsemännen ennakkoratkaisukysymyksen. Korostan erityisesti sitä seikkaa, että ennakkoratkaisupyynnön mukaan vaihtoehtoisia teknologioita oli saatavilla ja TeliaSoneran kilpailijoilla (yhdessä tai erikseen) ja/tai kolmansilla osapuolilla oli mahdollisuus tuottaa vastaava verkko,[26] mikä viittaa siihen, että oikeuskäytännön mukaan kyseiset tuotteet eivät ehkä ole olleet välttämättömiä tuotantopanoksia. Konkurrensverket on todennut tältä osin huomautuksissaan, että TeliaSoneran kilpailijoilla on ollut pitkällä aikavälillä edellytykset rakentaa oma infrastruktuuri tai ostaa muunlainen käyttöoikeus. On kuitenkin yksinomaan ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen tehtävä päättää pääasiassa kyseessä olevien olosuhteiden perusteella, onko asia näin, ja soveltaa tosiseikkoihin asiaa koskevaa oikeuskäytäntöä.[27]

21. Siksi katson, että jos määräävässä asemassa olevalla yrityksellä ei ole unionin oikeuden mukaista lakisääteistä velvollisuutta

25 – Tuomio Cass. Com. 3.3.2009 asiassa SFR ja France Télécom, nro 08-14.435 ja 08-14.464, joka liittyy Ranskan kilpailuviraston 14.10.2004 tekemään päätökseen nro 04-D-48. Ks. myös 28.7.2009 tehty päätös nro 09-D-24 asiassa Outremer Telecom, Mobius/France Telecom, jossa väitettiin, että France Telecom oli käyttänyt väärin määräävää asemaansa kyseisillä tukkumarkkinoilla (paikallisverkko, internetissä tapahtuva tiedon keruu) soveltamalla kilpailijoihinsa hintaruuvia ja tarjoamalla näille heikennettyjä palveluja. Kilpailuvirasto katsoi, että hintaruuvilla oli kilpailua rajoittavia vaikutuksia, sillä kyseessä olevat tukkupalvelut olivat välttämättömiä vaihtoehtoisille televiestintäoperaattoreille, kuten Mobiusille.

26 – Ks. tässä yhteydessä edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Bronner, tuomion 41 kohta ja sitä seuraavat kohdat, mm. "vaikka muut tavat olisivatkin vähemmän edullisia".

27 – Ks. asia T-5/97, Industrie des poudres sphériques v. komissio (IPS), tuomio 30.11.2000 (Kok., s. II-3755, 57 kohta). Yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi, että IPS:llä oli PEM:n lisäksi vaihtoehtoisia hankintalähteitä. Vrt. esim. Yhdistyneen kuningaskunnan Office of Telecommunicationsin (Oftel) päätös, jossa hintaruuvia koskeva väite hylättiin, sillä vähittäismarkkinoilla oli käytössä kilpailevia vaihtoehtoisia teknologioita. Asia Investigation by the Director General of Telecommunications into the BT Surf Together and BT Talk & Surf Together Pricing Packages, 4.5.2001. Sittemmin Ofcom (Office of Communications) on korvannut Oftelin viestintäalan sääntelystä vastaavana viranomaisena.

tarjota tuotantopanosta, joka ei ole välttämätön, määräävässä asemassa olevaa yritystä ei pitäisi lähtökohtaisesti syyttää väärinkäytöksi katsottavasta hintaruuvista. Jos hintaruuvit kiellettäisiin yksistään abstraktin hintalaskennan perusteella ja jos tuotantopanoksen välttämättömyyttä markkinakilpailulle ei arvioida lainkaan, [28] määräävässä asemassa olevien yritysten investointihalukkuus vähenisi ja/tai ne todennäköisesti nostaisivat loppukäyttäjähintojaan, jotta niitä ei syytettäisi hintaruuvista. Jos määräävässä asemassa oleva yritys on voinut laillisesti kieltäytyä tarjoamasta kyseessä olevia tuotteita, sitä ei pitäisi moittia siitä, että se tarjoaa kyseisiä tuotteita sellaisilla ehdoilla, joita sen kilpailijat voivat pitää epäsuotuisina. On epätodennäköistä, että tällaisessa tapauksessa riittämättömäksi väitetyllä marginaalilla voisi olla kilpailua rajoittavia vaikutuksia. [29]

22. Tarkastelen seuraavaksi komission väitettä siitä, että voimassa olevan oikeuskäytännön mukaan kyseessä ei ole enää toimituksesta kieltäytyminen (vaan kaupallinen ehto, jonka nojalla käyttöoikeus annetaan), jos tuotantopanokseen annetaan vapaaehtoisesti käyttöoikeus. Komissio toteaa, että yhteisöjen tuomioistuin on katsonut asiassa Unilever Bestfoods vastaan komissio [30] esitetyn vastaavanlaisen väitteen osalta, että ”HB:n väite, joka koskee edellä mainitussa asiassa Bronner annetussa tuomiossa mainittujen oikeudellisten periaatteiden virheellistä soveltamista, on selvästi perusteeton siltä osin kuin riidanalaisessa päätöksessä ei missään tapauksessa velvoiteta HB:tä luovuttamaan omaisuuttaan tai tekemään sopimuksia henkilöiden kanssa, joita tämä yhtiö ei ole valinnut sopimuskumppaneikseen, kuten [ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on todennut [31]]. –– Erona edellä mainitussa asiassa Bronner annettuun tuomioon liittyviin tosiseikkoihin, pakastesäilyttimet eivät ole omaisuutta, jota HB säilyttää omaa käyttöään varten, vaan ne on annettu vapaaehtoisesti riippumattomien

28 – Toisin sanoen yksinomaan määräävän yrityksen tukku- ja loppukäyttäjähintojen riittämättömän marginaalin perusteella. Joka tapauksessa, kuten edellä esitetystä arvioinnistani seuraa, tällainen muodollinen lähestymistapa on torjuttu nimenomaisesti sekä edellä alaviitteessä 14 mainitussa asiassa C-280/08 P, Deutsche Telekom v. komissio, esittämässäni ratkaisuehdotuksessa että yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kyseisessä asiassa (edellä alaviitteessä 14 mainitussa asiassa T-271/03) antamassa tuomiossa. On tärkeää korostaa, että kyseisessä asiassa oli riidatonta, että Deutsche Telekomilla oli lakisääteinen toimitusvelvollisuus ja että Deutsche Telekomin tukkupalvelut olivat välttämättömiä kilpailijalle, jotta se voi kilpailla yrityksen kanssa myyntiketjun loppupään markkinoilla. Toisin kuin aiemmissa hintaruuvitapauksissa, joissa tukkutuote on pitänyt muuntaa toiseksi tuotteeksi myyntiketjun loppupään markkinoilla, asiassa Deutsche Telekom v. komissio itsenäiset operaattorit tarvitsivat käyttöoikeuden Deutsche Telekomin verkkoon voidakseen kilpailla loppukäyttäjien markkinoilla. Nämä seikat osoittavat, että kyseisessä tapauksessa oli pohjimmiltaan kyse toimituksesta kieltäytymisestä.

29 – Kuten olen todennut jäljempänä 31 ja 32 kohdassa, tällaista kilpailua rajoittavaa toimintaa ei kuitenkaan voida sulkea pois ennakolta ja kyseessä oleva hintapolitiikka voi olla yksi määräävän markkina-aseman väärinkäytön muoto.

30 – Asia C-552/03 P, määräys 28.9.2006 (Kok., s. I-9091, 137 kohta). Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd oli aiemmin Van den Bergh Foods Ltd ja sitä ennen HB Ice Cream Ltd (HB).

31 – T-65/98, Van den Bergh Foods v. komissio, tuomio 23.10.2003 (Kok., s. II-4653, 161 kohta).

yritysten käyttöön, jotka maksavat niiden käyttämisestä. Siten HB:n väite siitä, että kyseisessä päätöksessä asetetaan sille velvollisuus, joka on ainakin yhtä sitova kuin se, jota sovelletaan olennaisen toimintaedellytyksen omistajaan, on selvästi perusteeton".

23. Vaikka kyseinen tuomio viittaa siihen, että kilpailulainsäädännössä voidaan tehdä ero yhtäältä sellaisten tilanteiden välillä, joissa määräävässä asemassa oleva yritys kieltäytyy toimittamasta tuotantopanosta, ja toisaalta sellaisten tilanteiden välillä, joissa se tosiasiassa päättää toimittaa tuotantopanoksen, katson, että ainakaan nyt käsiteltävässä asiassa tämä lähestymistapa ei ole oikea. Kuten TeliaSonera väitti suullisessa kuulemisessa, asiassa Unilever Bestfoods vastaan komissio annettua tuomiota ei pitäisi soveltaa nyt käsiteltävään tapaukseen, sillä se koskee selvästi eri tilannetta. Asia Unilever Bestfoods vastaan komissio liittyi pakastesäilyttimien toimittamisessa vähittäiskauppiaille sovellettaviin yksinoikeuslausekkeisiin. Kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi kyseisessä asiassa antamassaan tuomiossa, joka vahvistettiin yhteisöjen tuomioistuimen määräyksellä, asiassa Bronner annettu tuomio ei ollut merkityksellinen kyseisen asian kannalta, sillä komissio ei väittänyt päätöksessään, että HB:n pakastesäilyttimet olisivat olennaisia toimintaedellytyksiä. Kyseisessä asiassa tehdyn päätöksen mukaan ei myöskään ollut välttämätöntä, että HB luovuttaa omaisuuttaan tai tekee sopimuksia henkilöiden kanssa, joita se ei ollut valinnut sopimuspuolikseen. Nyt käsiteltävässä asiassa kyse on kuitenkin hintaruuvista, ja kuten edellä esitetyistä seikoista ja etenkin edellä 16 kohdasta ja sitä seuraavista kohdista seuraa, hintaruuvit ovat verrattavissa toimittamisesta kieltäytymiseen, ja niihin olisi sovellettava samoja perusteita. Hintaruuvi on yksi toimittamisesta kieltäytymisen muoto. Katson, että asiassa Unilever Bestfoods vastaan komissio annetun tuomion muunlainen tulkinta johtaisi nyt käsiteltävässä asiassa siihen, että määräävässä asemassa olevat yritykset velvoitettaisiin tiettyyn hintaan tehtäviin toimituksiin, millä heikennettäisiin voimakkaasti niiden kannustimia investoida infrastruktuuriin, ja tämän seurauksena ne päättäisivät olla investoimatta ja/tai toimittamatta tuotteita lainkaan myyntiketjun loppupään kilpailijoille, jottei niitä syytetä hintaruuvista, vaikka niiden infrastruktuurin/tuotantopanoksen käyttöoikeus ei ole välttämätön toimittamisesta kieltäytymistä koskevan oikeuskäytännön mukaan.

24. Tarkastelen seuraavaksi Konkurrensverketin ja komission esittämää väitettä siitä, että TeliaSoneran tapauksessa kyse on erityistilanteesta, sillä sen myyntiketjun alkupään markkina-aseman väitetään syntyneen

erityis- tai yksinoikeuksien suojassa tai sitä väitetään rahoitetun valtion varoin. [32]

25. Julkisasiamies Poiares Maduro on todennut asiassa KPN Telecom [33] seuraavaa: ”– – määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kieltäytyminen toimituksista voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, jos kysymyksessä on elinkeinoala, jonka sääntely on äskettäin purettu ja jossa yritys on saanut välttämättömät tuotantopanokset johdannaisille markkinoille suoraan tuloksena aikaisemmasta asemastaan lakiin perustuvana monopolina eikä alakohtaisessa lainsäädännössä säännellä kyseisten tuotantopanosten käyttöä. Näissä olosuhteissa, joissa toimittajalla on etu johdannaisilla markkinoilla, jotka se on pystynyt hankkimaan itselleen, koska se oli aikaisemmin suojattu kilpailulta, toimitusvelvollisuuden asettamisesta johtuva investointeja ja innovaatioita mahdollisesti estävä vaikutus on erittäin pieni ja intressi edistää kilpailua on todennäköisesti tärkeämpi. Kuten eräs kommentaattori on huomauttanut, [34] elinkeinoalojen sääntelyn purkaminen tai vapauttaminen ’ei olisi juuri minkään arvoista, jos kysymyksessä olevat yhtiöt, joista useimmilla on määräävä asema omilla aloillaan, voisivat vapaasti täydentää edelleen toimintojaan ja harjoittaa syrjintää omien tuotantoprosessin toisen vaiheen toimintojensa hyväksi.”

26. Vaikka yhdynkin julkisasiamies Poiares Maduron perusteluihin, ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin voi ottaa huomioon pääasian arvioinnissa myös sen seikan, että kyseessä olevat perusluonteiset varallisuusoikeudet vaikuttavat (paitsi kyseisen määräävässä asemassa olevan yrityksen, mahdollisesti myös muiden toimijoiden, kuten käyttöoikeutta pyytävän osapuolen) investointikannustimiin. Kuten lisäksi julkisasiamies Jacobs on todennut asiassa Bronner, varallisuusoikeudet on tunnustettu jäsenvaltioiden oikeusjärjestelmissä, ja joissakin niillä on perustuslaillinen asema. Mielestäni on tärkeää, että asiassa Bronner sekä yhteisöjen tuomioistuin että julkisasiamies valitsivat varovaisen lähestymistavan SEUT 102 artiklassa tarkoitettuun toimittamisesta kieltäytymiseen ja ottivat erityisesti huomioon taustalla olevat poliittiset ja hyvinvointiin liittyvät näkökohdat. [35]

32 – Väite mainitaan myös komission ensisijaisia täytäntöönpanotavoitteita koskevissa ohjeissa, ks. edellä 17 kohta.

33 – Asia C-109/03, tuomio 25.11.2004 (Kok., s. I-11273, ratkaisuehdotuksen 41 kohta). Ks. myös yhdistetyt asiat C-544/03 ja C-545/03, Mobistar ja Belgacom Mobile, tuomio 8.9.2005 (Kok., s. I-7723, 49 kohta) ja yhdistetyt asiat C-327/03 ja C-328/03, ISIS Multimedia ja Firma O2, tuomio 20.10.2005 (Kok., s. I-8877, 45 ja 46 kohta) ja julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomerin ratkaisuehdotus, 55 kohta.

34 – Temple Lang, J., ’Defining legitimate competition: companies’ duties to supply competitors and access to essential facilities’, *Fordham International Law Journal*, osa 18, 1994, s. 437–524, sivulla 483.

35 – Ks. esim. edellä alaviitteessä 17 mainitussa asiassa Bronner annetun tuomion 43 kohta, jossa todetaan, että kyseiseen tuotteeseen nähden jopa vähemmän edullinen vaihtoehto voi olla riittävä, sekä 45 ja 46 kohta, jossa todetaan, että jotta tuotetta voidaan pitää välttämättömänä, ei riitä, että vedotaan siihen, että vaihtoehtoisen järjestelmän perustaminen ei ole taloudellisesti kannattavaa jaettavan lehden pienen levikin vuoksi; on pikemmin näytettävä toteen, ettei ole taloudellisesti kannattavaa perustaa toista kotiinkantojärjestelmää sellaisten päivälehtien jakamiseksi, joilla on vastaavanlainen levikki kuin lehdillä, joita jaetaan määräävässä asemassa olevan yrityksen olemassa olevan järjestelmän kautta.

27. Lisäksi on väitetty, ettei ole selvää, miksi julkisten rahoituslähteiden tapauksessa on sovellettava tiukempaa oikeusnormia. SEUT 102 artiklassa ei tehdä eroa julkisen ja yksityisen rahoituksen välillä, ja mielestäni SEUT 345 artiklassa (aiemmin EY 295 artikla) suljetaan pois syrjintä eri omistusoikeusjärjestelmien perusteella. Käytännössä ei ole aina helppoa todeta yksiselitteisesti, onko rahoituslähde luonteeltaan yksityinen. Entisten valtion monopolien infrastruktuureihin on tehty merkittäviä parannuksia yksityistämisen jälkeen, minkä seurauksena rahoituslähteet ovat nykyään selvästi sekoittuneet. [36] Haluan lisätä, että vertikaalisesti integroituneita yrityksiä voi rasittaa myös vanha infrastruktuuri, joka edellyttää huoltoa, ja usein kyse on taloudenaloista, jotka ovat panostaneet merkittävästi teknologiseen innovointiin, jolloin perinteisen toimijan on innovoitava myös kyetäkseen kilpailemaan. Panen merkille, että nyt käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin on korostanut, että Ruotsissa ei ollut lakisääteistä monopolia Internet-tilaajayhteyspalvelujen alalla 1990- tai 2000-luvulla ja että kilpailu loppukäyttäjistä on käynnistynyt 1990-luvun alussa.

28. Edellä esitetyistä seikoista riippumatta asian erityispiirteet määräävät sen, mikä merkitys on väitteellä, jonka mukaan määräävässä asemassa olevan yrityksen asema on syntynyt erityis- tai yksinoikeuksien suojassa tai sitä on rahoitettu valtion varoin.

29. Edellä esitetystä seuraa siten, että jos määräävässä asemassa olevalle yritykselle ei ole asetettu unionin oikeuden mukaista lakisääteistä velvollisuutta toimittaa kyseessä olevia tuotteita tai jos kyseiset tuotteet eivät ole välttämättömiä, kyseistä yritystä ei pitäisi lähtökohtaisesti syyttää väärinkäytöksi katsottavasta hintaruuvista ainoastaan siitä syystä, että tukku- ja loppukäyttäjähintojen välillä ei ole riittävän suurta eroa.

30. Vaikka unionin tuomioistuin päättäisi, ettei se vaadi, että tuotantopanoksen on oltava välttämätön, vaan soveltaisi myyntiketjun loppupään markkinoille kohdistuvan kilpailua rajoittavan vaikutuksen osalta lievempää edellytystä, katson, että väärinkäytöksi katsottavan hintaruuvin toteaminen ei voi perustua yksistään määräävässä asemassa olevan yrityksen tukku- ja loppukäyttäjähintojen väliseen eroon ilman, että osoitetaan, että sillä on negatiivisia vaikutuksia myyntiketjun

36 – Ks. O'Donoghue, R. ja Padilla, A.J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, Hart, 2006, s. 463 ja sitä seuraavat sivut. Tekijät väittävät, että komissio hylkäsi itse kyseisen väitteen [SEUT 102] artiklan mukaisesta menettelystä 14.1.1998 tekemässään päätöksessä (IV/34.801 FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG) (EYVL L 72, s. 30). Lentoaseman pitäjä väitti, että sen historiallinen lakiin perustuva monopoli asematasopalvelujen tarjoamisen alalla oikeutti toimituksista kieltäytymisen. Komissio päätteli, että monopolin historiallisella luonteella ei ollut merkitystä; merkitystä oli lentoaseman pitäjän markkinatoiminnalla. Voidaan väittää, että komissio ei pidä merkityksellisenä monopolin historiallista perustaa tai syytä, jos toimitusvelvollisuuden aineelliset edellytykset täyttyvät.

loppupään markkinoilla käytävään kilpailuun. SEUT 102 artiklan ensisijaisena tarkoituksena on suojella kilpailua ja turvata kuluttajien edut eikä niinkään suojella tiettyjen kilpailijoiden asemaa. [37]

31. On kuitenkin lisättävä, että määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevaa yleistä oikeuskäytäntöä on joka tapauksessa sovellettava, ja jos TeliaSoneralla on määräävä markkina-asema, on ilmeistä, että sillä on SEUT 102 artiklan mukaan erityinen vastuu huolehtia siitä, että asiaa koskevilla markkinoilla säilyy toimiva ja vääristymätön kilpailu (ks. edellä etenkin 8 ja 9 kohta).

32. Edellä olevissa kohdissa esittämistäni arvioista ei kuitenkaan pidä päätellä, ettei määräävässä asemassa olevan vertikaalisesti integroituneen yrityksen hintoja voida katsoa väärinkäytöksi, jollei kyseessä oleva tuotantopanos ole välttämätön tai jollei yrityksellä ole lakisääteistä velvollisuutta toimittaa kyseistä tuotantopanosta. SEUT 102 artiklan a alakohdan mukaan myyntiketjun alkupään markkinoiden hinta saattaa olla kohtuuton. [38] Myyntiketjun loppupään markkinoiden hinnat saattavat olla saalistushintoja. [39] Lisäksi määräävässä asemassa oleva yritys saattaa luoda markkinoille tulon esteitä myyntiketjun loppupään kilpailijoilleen SEUT 102 artiklan b alakohdan vastaisesti. Lisäksi SEUT 102 artiklan c alakohdan mukaan määräävässä asemassa olevan yrityksen toiminta saattaa olla sen kilpailijoita syrjivää sen omien loppupään markkinoiden toimiin nähden. [40] Yksikään mainituista väärinkäytöistä ei edellytä lähtökohtaisesti, että tuote tai palvelu on välttämätön. [41]

37 – Ks. julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus edellä alaviitteessä 17 mainitussa asiassa Bronner, 58 kohta. Korostan, että tuomioistuimet välttävät yleensä suoraa hintahallintaa ja käyttävät asianmukaisempia menetelmiä (ks. tältä osin Court of Appealin (England & Wales) tuomio asiassa Attheraces Ltd v The British Horseracing Board Ltd, 2007, EWCA Civ 38, 119 kohta: kuten asiassa Bronner on todettu, määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevassa lainsäädännössä on kyse kilpailun vääristymisestä ja kuluttajien etujen turvaamisesta kyseisillä markkinoilla. Kyse ei ole lainsäädännöstä, joka on suunnattu sellaisia toimittajia vastaan, jotka saavat ”kohtuutonta voittoa” myymällä tuotteitaan muille tuottajille hintaan, josta ne saavat enemmän kuin kohtuullisen tuoton tuotantokustannuksille, toisin sanoen enemmän kuin minkä tuomioistuin on luonnehtinut ”kilpailukykyiseksi hintatasoksi”. Kyse ei ole myöskään lainsäädännöstä, jonka nojalla kansalliset tuomioistuimet voivat säännellä hintoja määräämällä kohtuullisen hinnan sellaisen ostajan pyynnöstä, joka valittaa, että tuotteen ainoa toimittaja perii siltä liian korkean hinnan olennaisesta toimintaedellytyksestä).

38 – Ks. asia 26/75, General Motors v. komissio, tuomio 13.11.1975 (Kok., s. 1367) ja edellä alaviitteessä 9 mainittu asia United Brands v. komissio.

39 – Ks. viimeksi edellä alaviitteessä 11 mainittu asia C-202/07 P, France Télécom v. komissio ja asiaa koskeva ratkaisuehdotukseni.

40 – Ks. asia C-242/95, GT-Link, tuomio 17.7.1997 (Kok., s. I-4449). Ks. myös [SEUT 102] artiklan mukaisesta menettelystä (IV/34.621, 35.059/F-3 – Irish Sugar plc.) 14.5.1977 tehty komission päätös 97/624/EY (EYVL L 258, s. 1), joka vahvistettiin asiassa T-228/97, Irish Sugar v. komissio, 7.10.1999 annetulla tuomiolla (Kok., s. II-2969) ja asiassa C-497/99 P, Irish Sugar v. komissio, 10.7.2001 annetulla määräyksellä (Kok., s. I-5333), ja [SEUT 102] artiklan mukaisesta menettelystä (IV/30.178 Napier Brown – British Sugar) 18.7.1988 tehty päätös 88/518/ETY (EYVL L 284, s. 41).

41 – Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että edellä alaviitteessä 14 mainittua asiaa Deutsche Telekom v. komissio olisi pitänyt analysoida asianmukaisemmin saalistushinnoittelutapauksena, kun taas edellä alaviitteessä 11 mainittua asiaa France Télécom v. komissio olisi pitänyt tarkastella hintaruuvitapauksena (suullisessa kuulemisessa komissio yhtyi viimeksi mainittuun näkemykseen; se korosti kuitenkin, että se oli päättänyt tarkastella asiaa France Télécom saalistushinnoittelutapauksena, sillä France Télécom ei omistanut sataprosenttisesti myyntiketjun loppupään markkinoiden yksikköä (Wanadoo)). Ks. mm. Ferrari Bravo, L. ja Siciliani, P., ”Exclusionary pricing and consumers harm: the European Commission's practice in the DSL market”, *Journal of Competition Law and Economics*, 3(2), 2007, s. 243–279.

33. Tarkastelen seuraavaksi muita Stockholms tingsrättin esittämiä kysymyksiä edellä esitettyjen seikkojen perusteella. Mielestäni vastaukset näihin kysymyksiin saadaan tai ne voidaan johtaa suurelta osin unionin oikeuskäytännöstä.

Toinen kysymys: Mitkä hinnat on otettava huomioon?

34. Väärinkäytöksi katsottavan hintaruuvin olemassaoloa voidaan arvioida teoriassa vähintään kahden eri kriteerin pohjalta, jotka ovat yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeri, joka perustuu määräävässä asemassa olevan yrityksen omiin kustannuksiin, ja kohtuullisen tehokkaan kilpailijan kriteeri, joka perustuu kilpailijoiden kustannuksiin. [42]

35. TeliaSonera toteaa pääasiallisesti, että muiden yritysten arvioidut kustannukset ja perimät hinnat sekä kaikki muut tiedossa olevat arviot kyseiseltä ajanjaksolta voivat olla merkityksellisiä arvioinnissa.

36. Mielestäni komissio, Konkurrensverket, Suomen ja Puolan hallitukset ja Tele2 ovat oikeassa todetessaan, että yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeri on lähtökohtaisesti kaikkein asianmukaisin kriteeri, sillä kyse on objektiivisesta kriteeristä eikä sillä suojata tehottomia kilpailijoita.

37. Katsoin ratkaisuehdotuksessani asiassa Deutsche Telekom vastaan komissio, jossa molempia kriteerejä tarkasteltiin perusteellisesti, että oikeuskäytännöstä seuraa lähtökohtaisesti, että merkityksellisiä ovat määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnat. [43] Lisäksi kaikki osapuolet, myös TeliaSonera, ovat tunnustaneet, että nyt käsiteltävässä asiassa olisi sovellettava yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeriä. [44] Lisäksi monet ovat sitä mieltä, että yleensäkin yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeri muodostaa asianmukaisen kriteerin. Tästä seuraa, että hintaruuviasioissa lähtökohtaisesti

42 – Ks. ratkaisuehdotukseni asiassa C-280/08 P, Deutsche Telekom v. komissio, ja yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kyseisessä asiassa antama tuomio, joissa esitetään molempia kriteerejä koskeva yksityiskohtaisempi analyysi (molemmat asiat mainittu edellä alaviitteessä 14).

43 – Ibidem, ratkaisuehdotuksen 49 kohta. Tämän on vahvistanut myös Court of Appeal (England & Wales) edellä alaviitteessä 18 mainitussa asiassa Albion (105 kohta) ja Yhdistyneen kuningaskunnan Competition Appeal Tribunal (CAT) asiassa Genzyme Ltd v. Office of Fair Trading, 2004, CAT 4. Ks. hintaruuvista yleisesti myös asia Freeserve.com v. Director General of Telecommunications, 2003, CAT 5.

44 – Edellä alaviitteessä 14 mainitussa asiassa C-280/08 P, Deutsche Telekom v. komissio, antamani ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 26 katsoin, ettei ole mahdotonta, että saattaisi olla tapauksia, joissa kohtuullisen tehokkaan kilpailijan kriteeri voi olla tarkoituksenmukainen toissijaisena kriteerinä tai lisäkriteerinä.

ainoastaan määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnat ovat merkityksellisiä.

Neljäs kysymys: Onko kilpailua rajoittava vaikutus edellytyksenä sille, että hintaruuvia voidaan pitää väärinkäyttönä?

38. Komission, Konkurrensverketin, Puolan ja Suomen hallitusten sekä Tele2:n mukaan unionin oikeuskäytännöstä ilmenee, että konkreettinen kilpailua estävä vaikutus kyseisillä markkinoilla ei ole edellytyksenä sille, että menettelyä voidaan pitää SEUT 102 artiklan mukaisena väärinkäyttönä. Riittää, kun osoitetaan, että määräävän aseman väärinkäyttö on omiaan aiheuttamaan tällaisen vaikutuksen. Toisaalta TeliaSonera viittaa asiaan Hoffmann-La Roche vastaan komissio [45] ja väittää, että väärinkäytön käsite tarkoittaa käyttäytymistä, joka estää kilpailun säilymisen tai kehittymisen.

39. Totesin ratkaisuehdotuksessani asiassa Deutsche Telekom vastaan komissio, [46] että hintaruuviasioissa komission, tai nyt käsiteltävänä olevassa tapauksessa Konkurrensverketin, on osoitettava, että määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoittelukäytännöllä on mahdollisia kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Asiassa Deutsche Telekom vastaan komissio [47] oli selvää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi, että kilpailua rajoittava vaikutus, joka komission oli osoitettava, liittyi niihin mahdollisiin rajoituksiin, joita kantajan hinnoittelukäytäntö olisi voinut aiheuttaa kilpailun kehittymiselle kyseisillä markkinoilla. Vaikka siis ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei vaatinut, että komission on osoitettava tosiasialliset kilpailua rajoittavat vaikutukset, se vaati perustellusti todisteita markkinoille pääsyn esteiden luomisesta ja siten mahdollisista kilpailua rajoittavista vaikutuksista.

40. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi tältä osin kyseisen tuomion 237 kohdassa, että kun otetaan huomioon, että Deutsche Telekomin televerkkopalvelut ovat välttämättömiä, jotta sen kilpailija voi kilpailla sen kanssa käyttöoikeuspalvelujen loppupään markkinoilla, Deutsche Telekomin televerkkopalvelutariffien ja loppukäyttäjiltä perittyjen maksujen välinen hintaruuvi estää lähtökohtaisesti kilpailun kehittymisen loppupään markkinoilla. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin korosti siten mielestäni perustellusti sitä tosiseikkaa, että kyseisessä tapauksessa televerkkopalvelut olivat välttämättömiä ja että ilman kyseisten palvelujen saantia Deutsche Telekomin kilpailijat eivät olisi voineet

45 – Mainittu alaviitteessä 5.

46 – Mainittu alaviitteessä 14, ratkaisuehdotuksen 64 kohta.

47 – Alaviitteessä 14 mainittu asia, tuomion 233–245 kohta.

päästä käyttöoikeuspalvelujen loppupään markkinoille.[48] Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin analysoi kyseisen tuomion 238–245 kohdassa yksityiskohtaisesti Saksan markkinoille kohdistuvia kilpailua rajoittavia vaikutuksia koskevia huomautuksia. Tämä on johdonmukaista unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytännössään, jonka myös unionin tuomioistuin on vahvistanut, omaksuman lähestymistavan kanssa, jonka mukaan arvostelun kohteena olevan väärinkäytön todellista vaikutusta ei tarvitse osoittaa; SEUT 102 artiklan rikkomisen toteen näyttämiseksi riittää, että osoitetaan, että määräävässä asemassa olevan yrityksen väärinkäytöksi katsottava toiminta todennäköisesti rajoittaisi kilpailua tai, toisin sanoen, että toiminta on omiaan vaikuttamaan siten.[49] Mielestäni tästä seuraa selvästi, että komission tai tässä tapauksessa Konkurrensverketin on osoitettava, että nyt kyseessä olevassa erityisessä markkinayhteydessä voi olla kilpailua rajoittavia vaikutuksia.[50] Ei siten riitä, että pelkästään väitetään, että saattaa ilmetä kaukaisia ja abstrakteja kilpailua rajoittavia vaikutuksia.[51]

Viides kysymys: Missä määrin hintaruuvin käsitettä olisi sovellettava määräävän markkina-aseman voimakkuuden mukaan?

41. TeliaSonera toteaa, että hintaruuvia voidaan pitää SEUT 102 artiklan mukaisena väärinkäyttönä vain, jos markkinavoima on merkittävä myyntiketjun alkupäässä. Olen samaa mieltä komission, Konkurrensverketin sekä Puolan ja Suomen hallitusten kanssa siitä,

48 – Jos Deutsche Telekomin loppukäyttäjähinnat ovat alhaisempia kuin sen televerkkopalvelujen hinnat tai jos Deutsche Telekomin televerkkopalveluhintojen ja loppukäyttäjähintojen välinen ero on riittämätön, jotta yhtä tehokas toimija kuin se voisi kattaa käyttöoikeuspalvelujen toimittamisesta tilaajille aiheutuvat tuotekohtaiset kustannuksensa, yhtä tehokas potentiaalinen kilpailija kuin Deutsche Telekom voisi päästä tilaajien käyttöoikeuspalvelumarkkinoille vain kärsimällä tappioita.

49 – Edellä alaviitteessä 10 mainittu asia British Airways v. komissio, tuomion 30 kohta, joka liittyy yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomioihin asiassa T-203/01, Michelin v. komissio, tuomio 30.9.2003 (Kok., s. II-4071, 238 ja 239 kohta, ns. Michelin II -tapaus) ja asiassa T-219/99, British Airways v. komissio, tuomio 17.12.2003 (Kok., s. II-5917, 293 kohta). Ks. myös julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomerin ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-468/06–C-478/06, Sot. Lélos kai Sia ym., tuomio 16.9.2008 (Kok., s. I-7139, 50 kohta). Ks. aiheesta julkisasiamies Kokott, *Economic thinking in EU competition law*, Madrid, 29.10.2009.

50 – Tämä lähestymistapa on johdonmukainen edellisessä alaviitteessä mainitussa asiassa Sot. Lélos kai Sia ym. annetun tuomion kanssa, jossa yhteisöjen tuomioistuin näyttää implisiittisesti hylänneen per se -väärinkäytön käsitteen ja tarkastelleen objektiivisia perusteluja tietyssä markkinayhteydessä. Tarkemmin sanottuna tuomioistuin tosin hylkäsi väitteen, jonka mukaan farmaseuttisilla tuotteilla käytävä rinnakkaiskauppa hyödyttää lähinnä rinnakkaiskauppiaita eikä niinkään loppukäyttäjiä, mutta katsoi, että määräävässä asemassa oleva tuottaja voi olla oikeutettu vähentämään lääkkeiden myyntiä tukkukauppiaille hillitäkseen rinnakkaiskauppaa, mikäli vientijäsenvaltion loppuasiakkaiden luonnollinen kysyntä täytetään täysimääräisesti. Hylätessään per se -lähestymistavan yhteisöjen tuomioistuin sen sijaan korosti, että kansallinen säännöstö, joka johtaa rinnakkaiskauppaan, on otettava huomioon arvioitaessa niiden väitteiden sisältöä, jotka liittyvät määräävässä asemassa olevan yrityksen esittämään objektiivisen perusteluun, kun se vähentää myyntiään vientijäsenvaltioihin. Ks. Wahl, N., "Recent case-law on exclusionary behaviour", *16th St. Gallen International Competition Law Forum 2009*, 2010, s. 225–232. Vrt. myös asia CW/00615/05/03, Vodafone/O2/Orange/T-Mobile, Ofcomin päätös, toukokuu 2004 ja BTOpenworldin kuluttajien laajakaistatuotteet, Oftelin päätös, marraskuu 2003.

51 – Vrt. Vickers, J. (tuolloin Yhdistyneen kuningaskunnan Office of Fair Tradingin (OFT) puheenjohtaja), Abuse of Market Power, 31. EARIE-konferenssi Berliinissä 3.9.2004, s. 23, saatavilla OFT:n verkkosivuilla http://www.oft.gov.uk/shared_oft/speeches/spe0304.pdf.

että merkityksellistä on se, että yrityksellä on määräävä asema myyntiketjun alkupään markkinoilla. Unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on tosin vahvistettu, että mitä vahvempi yrityksen määräävä asema markkinoilla on, sitä todennäköisempää on, että menettely, jolla pyritään suojelemaan yrityksen asemaa, johtaa kilpailun rajoittamiseen. [52] Mielestäni määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinavoiman asteen ei pitäisi olla ratkaiseva tekijä väärinkäytön toteamisessa. Määräävän markkina-aseman käsitteeseen kuuluu jo itsessään korkea kynnys, joten markkinavoimaa ei ole välttämätöntä luokitella sen asteen mukaan. Kuten komissio on huomauttanut, ei ole selvää, miten ja missä määrin tällainen luokitus auttaisi asian analysoinnissa. Lopuksi on pidettävä mielessä, että SEUT 102 artiklassa puhutaan selvästi määräävän aseman väärinkäytöstä eikä siinä viitata ylivoimaiseen määräävään asemaan.

42. Ensimmäiseen kysymykseen annettavaan vastaukseen ei siten vaikuta se, kuinka vahva yrityksen määräävä markkinavoima on.

52 – Unionin yleisen tuomioistuimen joidenkin tuomioiden mukaan erot markkinavoimassa voivat olla merkityksellisiä: edellä alaviitteessä 40 mainittu asia T-228/97, Irish Sugar v. komissio, tuomion 186 kohta; yhdistetyt asiat T-24/93, T-25/93, T-26/93 ja T-28/93, Compagnie maritime belge ym. v. komissio, tuomio 8.10.1996 (Kok., s. II-1201) ja asia T-201/04, Microsoft v. komissio, tuomio 17.7.2007 (Kok., s. II-3601). Vrt. myös julkisasiamies Fennellyn ratkaisuehdotus edellä alaviitteessä 6 mainitussa asiassa Compagnie maritime belge ym. v. komissio, 137 kohta.

Kuudes kysymys: Onko yrityksellä oltava määräävä asema sekä tukkumarkkinoilla että loppukäyttäjien markkinoilla?

43. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin viittaa tältä osin asiassa Deutsche Telekom vastaan komissio [53] annetun tuomion 235 kohtaan, jossa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on todennut, että Deutsche Telekomilla oli monopoli loppukäyttäjien markkinoilla vuoteen 1998 asti. Se lisää, että määräävän aseman vaadittua vahvuutta koskeva kysymys on merkityksellinen etenkin, koska asiassa Deutsche Telekom vastaan komissio operaattorilla oli määräävä asema kaikilla merkityksellisillä tuote- ja palvelumarkkinoilla. Pääasiassa ei ole kuitenkaan väitetty, että TeliaSoneralla olisi määräävä asema loppukäyttäjien markkinoilla.

44. TeliaSonera katsoo, että kyseessä olevan toiminnan katsominen väärinkäytöksi edellyttää, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on hyvin voimakas asema loppukäyttäjien markkinoilla. Konkurrensverketin mukaan TeliaSoneran markkinaosuus myyntiketjun loppupään markkinoilla oli noin 50 prosenttia. Ei siten voida sulkea pois sitä, että yrityksellä oli määräävä asema myös kyseisillä markkinoilla.

53 – Mainittu alaviitteessä 14.

45. Kuten komissio, Suomen hallitus ja Tele2 ovat huomauttaneet, asiassa IPS [54] annetusta tuomiosta voidaan johtaa, ettei vaatimuksena ole sen osoittaminen, että hintaruuvia käyttävällä yrityksellä on määräävä asema myös myyntiketjun loppupään markkinoilla. Itse asiassa hintaruuvilla voidaan tavoitella määräävää asemaa kyseisillä markkinoilla.

46. Mielestäni vipuvaikutusta (leveraging) koskevaa oikeuskäytäntöä pitäisi soveltaa lähtökohtaisesti myös hintaruuviasioihin. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi asiassa Tetra Pak II [55] pääasiallisesti, että SEUT 102 artiklaa voidaan soveltaa riippumatta siitä, onko määräävässä asemassa olevan yrityksen laittomalla menettelytavalla kielteisiä vaikutuksia kilpailuun muilla markkinoilla kuin sillä, jossa kyseisellä yrityksellä on määräävä asema. [56]

47. Siksi katson, että määräävä asema sekä tukku- että loppukäyttäjien markkinoilla ei ole sen edellytyksenä, että SEUT 102 artiklaa voidaan soveltaa hintaruuviasioihin. [57]

Kahdeksas kysymys: Vaikuttaako ensimmäiseen kysymykseen annettavaan vastaukseen se, että kyseessä on toimitus uudelle asiakkaalle?

48. Komissio, Konkurrensverket ja Suomen hallitus väittävät, ettei asiakkaan henkilöllisyydellä ole merkitystä hintaruuviasioissa. TeliaSonera toteaa, että unionin tuomioistuin on järjestelmällisesti tehnyt tietyn eron sen osalta, onko kyseessä toimituksen epääminen uudelta asiakkaalta vai toimituksen epääminen vanhalta asiakkaalta, ja siksi tätä samaa eroa olisi sovellettava hintaruuveihin.

54 – Edellä alaviitteessä 27 mainittu asia.

55 – Edellä alaviitteessä 7 mainittu asia. Ks. mm. myös edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Télémarketing.

56 – Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi samassa asiassa, että ”Tetra Pakin ei-aseptisilla markkinoilla käyttämät menettelytavat kuuluvat [SEUT 102] artiklan soveltamisalaan, ilman että on tarpeen osoittaa määräävän markkina-aseman olemassaoloa kyseisillä markkinoilla erikseen tarkasteltuna, koska sen johtava asema ei-aseptisilla markkinoilla, ottaen huomioon myös kyseisten markkinoiden ja aseptisten markkinoiden väliset läheiset yhteydet, mahdollistaa sen, että Tetra Pak voi toimia itsenäisesti suhteessa muihin ei-aseptisten markkinoiden taloudellisiin toimijoihin, minkä perusteella sillä on [SEUT 102] artiklaan perustuva erityinen vastuu tehokkaan ja vääristymättömän kilpailun säilyttämisestä kyseisillä markkinoilla”. Asia T-83/91, Tetra Pak v. komissio, tuomio 6.10.1994 (Kok., s. II-755, 122 kohta, ns. Tetra Pak II -tapaus).

57 – Tämän on vahvistanut Court of Appeal (England & Wales) edellä alaviitteessä 18 mainitussa asiassa Albion, 88 kohta ja Yhdistyneen kuningaskunnan Competition Appeal Tribunal edellä alaviitteessä 43 mainitussa asiassa Genzyme, 534 ja 560 kohta. Puolan hallitus huomautti pääasiallisesti, että komission päätöksissä edellä alaviitteessä 14 mainitussa asiassa Deutsche Telekom; 29.10.1975 tehdyssä päätöksessä 76/185/EHTY, National Carbonising Company (EYVL 1976, L 35, s. 6); edellä alaviitteessä 40 mainitussa asiassa Napier Brown – British Sugar ja asiassa Wanadoo kyseessä olevalla yrityksellä oli määräävä asema sekä alkupään että loppupään markkinoilla.

49. SEUT 102 artiklan toisen kohdan b alakohdan mukaan määräävän aseman väärinkäyttöä voi olla etenkin tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi. Unionin tuomioistuimen vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee, että se, että yritys, jolla on määräävä markkina-asema tietyn tuotteen markkinoilla, kieltäytyy toimittamasta tilauksia, jotka vanha asiakas sille tekee, merkitsee SEUT 102 artiklassa tarkoitettua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, jos tämä käyttäytyminen on omiaan ilman objektiivista perustelua poistamaan kilpailun kauppakumppanin taholta. [58] Lisäksi oikeuskäytännöstä ilmenee, että kyse voi olla toimituksesta kieltäytymisestä, jos määräävässä asemassa oleva yritys jättää tilaukset toimittamatta uudelle asiakkaalle. [59]

50. Mielestäni voidaan väittää, että toimitusten lopettaminen voimassa olevien järjestelyjen aikana katsotaan todennäköisemmin väärinkäytöksi kuin kieltäytyminen toimittamasta uudelle asiakkaalle. Kuten komissio on korostanut toimituksesta kieltäytymisen osalta, jos määräävässä asemassa oleva yritys on aiemmin tehnyt toimituksia tietylle yritykselle, joka on tehnyt kyseiseen sopimussuhteeseen liittyviä investointeja käyttääkseen myöhemmin evättyä tuotantopanosta, kyseinen yritys kärsii väistämättä tappioita. Lisäksi se seikka, että määräävässä asemassa oleva yritys, joka omistaa tukkutuotteen (olennaisen tuotantopanoksen), on aiemmin katsonut kyseisen tuotteen toimittamisen itselleen edulliseksi, on osoitus siitä, että määräävässä asemassa oleva yritys on saanut riittävän korvauksen tuotantopanoksen toimittamisesta (kyse oli kannattavasta toiminnasta), minkä takia määräävässä asemassa olevan yrityksen on vaikeampi perustella kieltäytymistä yksistään kaupallisista syistä. [60]

51. Siltä osin kuin kysymyksen voidaan ymmärtää viittaavan tilanteeseen, jossa määräävässä asemassa oleva yritys käyttää hintaruuvia vain uusiin asiakkaisiin (loppupään markkinoiden kilpailijoihin) ja soveltaa edullisempia ehtoja vanhoihin asiakkaisiin (loppupään markkinoiden kilpailijoihin), on

58 – Ks. tältä osin yhdistetyt asiat 6/73 ja 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano ja Commercial Solvents v. komissio, tuomio 6.3.1974 (Kok., s. 223, 25 kohta) ja edellä alaviitteessä 9 mainittu asia United Brands v. komissio, tuomion 183 kohta. Ks. myös edellä alaviitteessä 49 mainitut yhdistetyt asiat Sot. Lélos kai Sia ym.

59 – Ks. alaviitteessä 17 mainittu asia Bronner; yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P, RTE ja ITP v. komissio (Magill), tuomio 6.4.1995 (Kok., s. I-743) ja asia C-418/01, IMS Health, tuomio 29.4.2004 (Kok., s. I-5039). Ks. yleiskatsaus oikeuskäytäntöön, julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus asiassa C-53/03, Syfait ym., tuomio 31.5.2005 (Kok., s. I-4609).

60 – Käyttäytymisen objektiivisia perusteluja tarkasteltaessa näissä kahdessa tilanteessa (vanhan asiakkaan toimitusten lopettaminen ja kieltäytyminen toimittamasta uudelle asiakkaalle) voidaan toimia eri tavoin. Faull, J. ja Nikpay, A., *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, s. 357.

välttämätöntä tutkia, rikkooko määräävässä asemassa oleva yritys SEUT 102 artiklan toisen kohdan c alakohtaa.

52. Tästä seuraa, että ensimmäiseen kysymykseen annettavaan vastaukseen voi asian erityisolosuhteiden mukaan vaikuttaa se, jos kyseessä on toimitus uudelle asiakkaalle.

Yhdeksäs kysymys: Edellyttääkö hintaruuvin toteaminen tappioiden kattamisen mahdollisuutta?

53. Kuten totesin ratkaisuehdotuksessani asiassa France Télécom vastaan komissio, katson että tappioiden takaisin saamisen mahdollisuus pitäisi olla edellytyksenä saalistushinnoittelun toteamiselle.[61] Saalistushinnoittelu perustuu siihen lähtökohtaan, että määräävässä asemassa oleva yritys kärsii tappioita, koska perityt hinnat eivät kata sen kustannuksia. On kuitenkin todennäköistä, että yritys kattaa tappionsa myöhemmin, kun se hyödyntää saalistushinnoittelulla aikaan saatuja vahvempaa asemaansa markkinoilla ja korkeampia markkinoille pääsyn esteitä. Hintaruuvi ei sen sijaan edellytä määräävässä asemassa olevalta yritykseltä tällaista taloudellista uhrausta, sillä mitään ”tappioita” ei välttämättä ole katettavana.[62] Hintaruuviasiassa myyntiketjun loppupään markkinoiden hinnat voivat olla korkeat alkupään markkinoiden korkeiden hintojen takia. Hinnat voivat olla korkeat näillä molemmilla markkinoilla, mutta hintaruuville on ominaista alkupään ja loppupään markkinoiden hintojen välinen ero.

54. Tästä seuraa, että edellytyksenä sille, että ensimmäisessä vastauksessa kuvatun kaltaista menettelyä voidaan pitää väärinkäyttönä, ei ole se, että määräävässä asemassa olevan yrityksen voidaan odottaa kattavan kärsimänsä tappiot.

61 – Ks. ratkaisuehdotukseni edellä alaviitteessä 11 mainitussa asiassa C-202/07 P, France Télécom v. komissio. Ks. myös yhteisöjen tuomioistuimen kyseisessä asiassa antama tuomio, jossa se totesi, ettei tappioiden takaisin saamisen mahdollisuuden osoittamista voida pitää välttämättömänä ennakkoedellytyksenä sen toteamiselle, että kyseessä on saalistushinnoittelu. Yhteisöjen tuomioistuin lisäsi kuitenkin, ettei tämä tulkinta sulje pois sitä, että komissio pitää tällaista mahdollisuutta saada tappiot takaisin merkityksellisenä.

62 – TeliaSonera väittää, että niissä hintaruuviasioissa, joissa määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on tappioita katettavana, mahdollisuuden tappioiden kattamiseen olisi kuitenkin oltava merkityksellinen seikka arvioinnissa.

Kymmenes kysymys: Vaikuttaako ensimmäiseen kysymykseen annettavaan vastaukseen se, että kysymyksessä on tekninen muutos markkinoilla, joilla investointien tarve on suuri?

55. Kaikki osapuolet ovat lähtökohtaisesti yhtä mieltä siitä, että asiassa France Télécom vastaan komissio [63] ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on korostanut perustellusti, että mainitussa asiassa kyseessä olivat ”voimakkaassa kasvuvaiheessa olevat markkinat, mutta [että] tämän seikan perusteella ei voida sulkea pois kilpailusääntöjen ja muun muassa [SEUT 102] artiklan soveltamista”.

56. Ennakkoratkaisukysymyksen esittänyt tuomioistuin on huomauttanut, [64] että komissio muutti asian AKZO saalistushinnoittelua koskevaa kriteeriä huomattavasti asiaa Wanadoo koskevassa arviossaan sillä tavoin, että se noudatti teknisesti muuttuneilla markkinoilla kustannusten arvioinnissa suurempaa joustavuutta. On syytä korostaa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ja yhteisöjen tuomioistuin vahvistivat myöhemmin komission päätöksen. [65]

57. Vaikka siis dynaamisia tai voimakkaassa kasvuvaiheessa olevia markkinoita ei suljeta pois SEUT 102 artiklan soveltamisalasta, on katsottava, että komission ja Konkurrensverketin on – mikäli se on perusteltua – noudatettava erityistä varovaisuutta puuttuessaan tällaisiin markkinoihin ja mukautettava tarvittaessa tavanomaista menettelytapaansa, kuten on tehty menestyksekkäästi asiassa Wanadoo.

63 – Asia T-340/03, tuomio 30.1.2007 (Kok., s. II-107); ks. [SEUT 102] artiklan mukaisesta menettelystä (asia COMP/38.233 – Wanadoo Interactive) 16.7.2003 tehty päätös, johdanto-osan 261 ja 262 perustelukappale.

64 – Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin on todennut perustellusti, että tappiot, jotka syntyvät jatkuvasti kehittyvien markkinoiden alkuvaiheessa, voidaan katsoa tavanomaiseksi markkinailmiöksi. Ks. Colley, L. ja Burnside, S., ”Margin squeeze abuse”, *European Competition Journal Special Issue on Article 82*, heinäkuu 2006, s. 185–210.

65 – Ks. edellä alaviitteessä 63 mainittu asia T-340/03, France Télécom v. komissio ja ratkaisuehdotukseni edellä alaviitteessä 11 mainitussa asiassa C-202/07 P, France Télécom v. komissio.

III Ratkaisuehdotus

58. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Stockholms tingsrättin esittämiin kysymyksiin seuraavasti:

– Ensimmäinen, kolmas ja seitsemäs kysymys: Kyse on hintaruuvista, jos määräävässä asemassa olevan yrityksen perimien loppukäyttäjähintojen ja sen kilpailijoiltaan vastaavista tuotteista perimien tukkuhintojen välinen erotus on negatiivinen tai riittämätön kattamaan määräävässä asemassa olevalle yritykselle sen omien loppukäyttäjätuotteiden tarjoamisesta myyntiketjun loppupään markkinoilla aiheutuvat tuotekohtaiset kustannukset.

  Se, että tällainen käyttäytyminen katsotaan väärinkäytöksi, johtuu määräävässä asemassa olevan yrityksen televerkkopalveluhintojen ja sen loppukäyttäjähintojen välisen erotuksen epäoikeudenmukaisesta luonteesta ja siitä, että määräävässä asemassa olevan yrityksen tukkutuotteet ovat välttämättömiä myyntiketjun loppupään markkinoiden kilpailulle.

  On kuitenkin niin, että välttämättömyyttä koskevaa ehtoa ei vaadita, jos määräävällä yrityksellä on unionin oikeuden mukainen lakisääteinen velvollisuus toimittaa tukkutuotteita.

– Toinen kysymys: Väärinkäytöksi katsottavissa hintaruuviasioissa lähtökohtaisesti ainoastaan määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnat ovat merkityksellisiä.

– Neljäs kysymys: Toimivaltaisen kilpailuviranomaisen on osoitettava kyseessä olevassa erityisessä markkinayhteydessä, että määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoittelukäytännöillä voi olla kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Ei riitä, että pelkästään väitetään, että saattaa ilmetä kaukaisia ja abstrakteja kilpailua rajoittavia vaikutuksia.

– Viides kysymys: Ensimmäiseen kysymykseen annettavaan vastaukseen ei lähtökohtaisesti vaikuta se, kuinka vahva yrityksen markkinavoima on.

– Kuudes kysymys: Edellytyksenä sille, että ensimmäiseen kysymykseen annetussa vastauksessa kuvatun kaltaista menettelyä voidaan pitää väärinkäyttönä, ei ole se, että yritys, joka menettelee tällä tavoin, on määräävässä markkina-asemassa sekä tukkumarkkinoilla että loppukäyttäjien markkinoilla.

– Kahdeksas kysymys: Ensimmäiseen kysymykseen annettavaan vastaukseen voi tietyissä olosuhteissa vaikuttaa se, että kyseessä on toimitus uudelle asiakkaalle.

– Yhdeksäs kysymys: Väärinkäytöksi katsottavan hintaruuvin toteamiselle ei ole edellytyksenä se, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen voidaan odottaa myöhemmin kattavan kärsimänsä tappiot, sillä määräävässä asemassa oleva yritys ei välttämättä kärsi tappioita tällaisen menettelyn seurauksena.

– Kymmenes kysymys: SEUT 102 artiklaa sovelletaan tapauksessa, jossa kyseessä on tekninen muutos markkinoilla, joilla investointien tarve on suuri. On kuitenkin niin, että toimivaltaisen kilpailuviranomaisen on noudatettava erityistä varovaisuutta puuttuessaan tällaisiin markkinoihin ja mukautettava tarvittaessa tavanomaista menettelytapaansa.