Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
JULIANE KOKOTT
21 päivänä toukokuuta 2015 [1]

Asia C-23/14

Post Danmark A/S
vastaan
Konkurrenceråd

(Ennakkoratkaisupyyntö – Sø- og Handelsret (Tanska))

Kilpailu — Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö (EY 82 artikla) — Postipalvelut — Joukkokirjeiden jakelua koskevat Tanskan markkinat — Suoramainontalähetykset — Entisen valtiollisen postiyrityksen monopoliasema merkittävällä osalla markkinoita — Alennusjärjestelmä — Syrjäyttävä vaikutus — Vaikutuksen tuntuvuutta koskevan kynnyksen tai de minimis -kynnyksen puuttuminen — Yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeri (as efficient competitor -testi)

I **Johdanto**

1. Tämä ennakkoratkaisumenettely tarjoaa unionin tuomioistuimelle uudelleen tilaisuuden täsmentää EY 82 artiklan, nykyisen SEUT 102 artiklan, osalta oikeuskäytäntöään, joka koskee määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten alennusjärjestelmien väärinkäytön luonteisuutta ja sai alkunsa yli 40 vuotta sitten. [2]

2. Käsiteltävässä asiassa on kyse siitä, onko tanskalainen yritys Post Danmark A/S käyttänyt määräävää markkina-asemaansa väärin vuosina 2007 ja 2008 Tanskan joukkokirjeiden jakelun markkinoilla. Tässä yhteydessä on tarkasteltava lähinnä sitä, syyllistyikö Post Danmark kilpailijoiden markkinoilta syrjäyttämiseen perustuvaan väärinkäyttöön, kun se myönsi suoramainontalähetysten jakelussa enintään 16 prosentin alennuksia, mikäli sen asiakkaat saavuttivat vuoden käsittävän viitejakson aikana tietyt vakioidut volyymi- tai liikevaihtorajat. Kulloinkin sovellettava alennus myönnettiin jälkikäteen, eli se koski kaikkia kyseisen asiakkaan toimeksiannosta koko viitejakson aikana jaettuja suoramainontalähetyksiä.

3. Unionin tuomioistuimen on tässä tapauksessa etenkin selvitettävä, onko alennusjärjestelmien EY 82 artiklassa tarkoitetun kilpailunvastaisuuden arvioimiseksi oikeudellisesti välttämätöntä tehdä hinta–kustannus-analyysi, jossa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen liiketoimintatapoja verrataan yhtä tehokkaan kilpailijan liiketoimintatapoihin (niin kutsuttu as efficient competitor -testi, lyhennettynä AEC-testi). Lisäksi herää kysymys, onko määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen alennusjärjestelmästä seuraavan syrjäyttävän vaikutuksen ylitettävä jonkinlainen tuntuvuuskynnys (de minimis -kynnys), jotta sitä voidaan pitää kilpailunvastaisena.

1 — Alkuperäinen kieli: saksa.

2 — Ks. erityisesti tuomio Suiker Unie ym. v. komissio (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73, EU:C:1975:174); tuomio Hoffmann-La Roche v. komissio (85/76, EU:C:1979:36); tuomio Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio (322/81, EU:C:1983:313); tuomio British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166); tuomio Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:221) ja tuomio Michelin v. komissio (T-203/01, EU:T:2003:250).

4. Näillä kysymyksillä on erityinen merkitys aikana, jona vaatimukset voimakkaammin taloustieteeseen pohjautuvasta lähestymistavasta eurooppalaisessa kilpailuoikeudessa (”more economic approach”) kasvavat. Antaessaan näihin kysymyksiin vastauksia, joilla lienee paljon käsiteltävää asiaa laajempi vaikutus,[3] unionin tuomioistuimen ei mielestäni pitäisi antaa ajan hengen tai ohimenevien muoti-ilmiöiden vaikuttaa kovinkaan paljon itseensä, vaan sen olisi pikemminkin palautettava mieleen ne oikeusperustat, joihin määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto unionin oikeudessa perustuu.

II **Asiaa koskevat oikeussäännöt**

5. Unionin oikeuden asiaa koskevat oikeussäännöt sisältyvät EY 82 artiklaan (nykyisin SEUT 102 artikla). Tanskan oikeuteen sisältyy kilpailulain[4] 11 §:n säännös, joka – nyt merkityksellisin osin – vastaa EY 82 artiklaa ja jota on lain valmisteluasiakirjojen mukaan tulkittava EY 82 artiklan mukaisesti.

III **Tosiseikat ja pääasian oikeudenkäynti**

6. Pääasian oikeudenkäynnin taustalla on Post Danmarkin ja Tanskan kilpailuviranomaisen, Konkurrencerådetin,[5] välinen kiista. Konkurrencerådet totesi 24.6.2009 tekemässään päätöksessä, että Post Danmark on käyttänyt vuosina 2007 ja 2008 väärin määräävää asemaansa Tanskan joukkokirjelähetysten markkinoilla soveltamalla alennusjärjestelmää suoramainontalähetyksiin ja rikkonut näin EY 82 artiklaa ja kilpailulain 11 §:ää. Konkurrencerådet kielsi tästä syystä Post Danmarkia soveltamasta alennusjärjestelmää jatkossa.

7. Riidanalaisena ajanjaksona Post Danmarkin omistajia olivat sekä Tanskan valtio että yksityiset sijoittajat. Post Danmarkilla oli tiettyjä postilähetyksiä, myös suoramainontalähetyksiä, koskeva lakisääteinen yleispalveluvelvoite, ja se oli velvollinen soveltamaan koko Tanskan valtion alueella yhtenäisiä maksuja. Sen vastineena Post Danmarkilla oli kaikkia alle 50 gramman painoisia kirjelähetyksiä koskeva lakisääteinen monopoli. Siten noin 70 prosenttia joukkokirjelähetysten markkinoista kuului Post Danmarkin yksinoikeuden piiriin.

8. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pitää joukkokirjelähetysten markkinoita Tanskassa aineellisesti ja alueellisesti merkityksellisinä markkinoina. Näillä markkinoilla Post Danmarkilla oli kyseisenä ajanjaksona noin 95 prosentin markkinaosuus. Suoramainontalähetykset eli osoitteelliset mainoslähetykset, jotka lähetetään samanaikaisesti suurelle määrälle vastaanottajia, muodostavat kyseisten joukkokirjelähetysten markkinoiden segmentin, jonka osuus kokonaismarkkinoista oli noin 12 prosenttia vuonna 2007 ja 7 prosenttia vuonna 2008. Post Danmarkin monopolin piiriin kuulumattomien suoramainontalähetysten osuus oli vuonna 2007 noin 15 prosenttia ja vuonna 2008 noin 9 prosenttia joukkokirjelähetysten markkinoista.

9. Bring Citymail Danmark A/S, norjalaisen Posten Norge AS -valtionyhtiön tytäryhtiö, oli tarjonnut vuodesta 2007 alkaen Post Danmarkin kilpailijana liikekirjeiden ja myös suoramainontalähetysten jakelua Kööpenhaminassa ja sen ympäristössä ja oli merkityksellä ajanjaksolla Post Danmarkin ainoa vakavasti otettava kilpailija Tanskan joukkokirjeiden markkinoilla. Vuoden 2010 alussa Bring Citymail vetäytyi Tanskan markkinoilta suurten tappioiden vuoksi. Asianosaiset kiistelevät siitä, johtuiko tämä vetäytyminen Post Danmarkin tuolloin suoramainontalähetyksiin soveltamasta alennusjärjestelmästä.

3 — Myös vireillä olevassa valitusmenettelyssä Intel v. komissio (C-413/14 P) muun muassa kysymyksellä AEC-testin oikeudellisesta välttämättömyydestä alennusjärjestelmien yhteydessä on rooli, jota ei pidä väheksyä.

4 — Konkurrencelov.

5 — Kilpailuneuvosto.

10. Post Danmarkin mainittu alennusjärjestelmä on peräisin vuodelta 2003. Alennukset, jotka olivat 6–16 prosenttia tavanomaisista postimaksuista,[6] olivat vakioituja, ja ne myönnettiin kaikille asiakkaille samoin, yleisesti saatavilla olevin ehdoin. Alennukset myönnettiin vuodeksi kerrallaan. Alennusten myöntämisessä otettiin huomioon vuoden käsittävän viiteajanjakson aikana kaikki Post Danmarkin kuljetettavaksi jätetyt lähetykset, jotka käsittivät vähintään 3 000 kirjettä. Alennusjärjestelmässä ei tehty eroa sen mukaan, kuuluivatko lähetykset Post Danmarkin monopolin piiriin tai toimiko asianomaisella jakelualueella jokin sen kilpailija.

11. Ensimmäisen, 6 prosentin alennukseen oikeuttavan alennuskynnyksen saavuttaminen edellytti, että asiakas vuoden käsittävän viiteajanjakson aikana jättää kuljetettavaksi vähintään 30 000 kirjettä tai asiakkaan lähetysten postimaksujen bruttoarvo on vähintään 300 000 Tanskan kruunua (DKK). Post Danmarkin soveltamassa asteikossa oli kahdeksan muuta alennustasoa.[7] Ensimmäisillä seitsemällä alennustasolla alennus nousi aina 1 prosenttiyksikön ja viimeisillä kahdella tasolla 2 prosenttiyksikköä siten, että enimmäisalennus oli 16 prosenttia. Myönnettyjen alennusten porrastaminen vaikutti ennen kaikkea keskisuuriin asiakkaisiin, kun taas suurasiakkaat saivat muutenkin lähetysmääriensä vuoksi yleensä suurimman alennuksen.

12. Alennusjärjestelmää sovellettiin käytännössä siten, että hinta määritettiin kullekin asiakkaalle jokaisen viiteajanjakson alussa toistaiseksi sen määrän perusteella, jonka asiakas todennäköisesti lähettäisi asianomaisen vuoden aikana. Viiteajanjakson päätteeksi kaikkia hintoja mukautettiin – taannehtivasti – asiakkaan vuoden aikana tosiasiallisesti lähettämien kirjeiden määrän perusteella. Tämä saattoi johtaa siihen, että asiakas oli velvollinen maksamaan Post Danmarkille hyvitystä, jos sen tosiasiallinen lähetysmäärä jäi arvioitua pienemmäksi ja sille oli siten vuoden alussa laskettu ja myönnetty liian suuri alennus.

13. Konkurrenceråd piti edellä kuvatun alennusjärjestelmän soveltamista määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä. Konkurrenceråd:in mukaan alennusten myöntämistavalla asiakkaat sitoutettiin Post Danmarkiin ja joukkokirjelähetysten markkinat suljettiin näin nykyisten ja mahdollisten kilpailijoiden vahingoksi ilman, että tämän vastapainona olisi ollut kuluttajia hyödyttäviä tehokkuusetuja, jotka olisivat voineet hyvittää kilpailua rajoittavia vaikutuksia.

14. Arviointinsa yhteydessä Konkurrenceråd ei tehnyt hinta–kustannus-analyysia AEC-testin avulla. Konkurrenceråd:in mukaan AEC-testi ei sovellu arviointiperusteeksi, koska erityisolosuhteiden vuoksi Tanskan postimarkkinoilla ei ylipäätään voi olla yhtä tehokasta kilpailijaa. Perustellakseen toteamustaan määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä kilpailuviranomainen tukeutui pikemminkin Post Danmarkilla merkityksellisillä markkinoilla olevaan erityisasemaan, joka tekee siitä välttämättömän kauppakumppanin. Konkurrenceråd viittasi lisäksi muun muassa markkinoille pääsyn esteisiin ja alennusjärjestelmän konkreettiseen muotoon, etenkin sen taannehtivaan luonteeseen vuoden käsittävän viiteajanjakson osalta, enintään 16 prosenttia käsittävän alennuksen suuruuteen ja tutkimukseen, jossa selvitettiin asiakkaiden tosiasiallista asemaa alennusten porrastamisen yhteydessä.

15. Konkurrenceankenævnet[8] pysytti 10.5.2010 antamallaan ratkaisulla Konkurrenceråd:in päätöksen. Post Danmark nosti ratkaisusta 1.7.2010 kanteen tanskalaisessa Sø- og Handelsretissä,[9] joka on ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin. Bring Citymail Danmark hyväksyttiin pääasian oikeudenkäynnissä väliintulijaksi tukemaan Konkurrenceråd:in vaatimuksia.

6 — Post Danmarkin toimittamien tietojen mukaan keskimääräinen alennus oli 10,6 prosenttia.

7 — Muut alennuskynnykset olivat 75 000, 150 000, 300 000, 500 000, 750 000, 1 000 000, 1 500 000 ja 2 000 000 lähetystä tai postimaksujen bruttoarvo vähintään 750 000, 1 500 000, 3 000 000, 5 000 000, 7 500 000, 10 000 000, 15 000 000 ja 20 000 000 DKK.

8 — Kilpailuvalituslautakunta.

9 — Meri- ja kauppatuomioistuin.

IV **Ennakkoratkaisupyyntö ja oikeudenkäyntimenettely unionin tuomioistuimessa**

16. Sø- og Handelsret on esittänyt 8.1.2014 tekemällään välipäätöksellä, joka saapui unionin tuomioistuimeen 16.1.2014, seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Mitä suuntaviivoja on sovellettava ratkaistaessa, rikkooko määräävässä asemassa olevan yrityksen soveltama alennusjärjestelmä, johon kuuluu vakioitu volyymiraja ja jolla on ennakkoratkaisupyynnössä mainitut ominaispiirteet, EY 82 artiklassa määrättyä määräävän markkina-aseman väärinkäytön kieltoa?

Unionin tuomioistuinta pyydetään vastauksessaan selventämään, mikä merkitys arvioinnissa on sillä, onko alennusjärjestelmän volyymirajat vahvistettu siten, että alennusjärjestelmää sovelletaan valtaosaan markkinoilla olevista asiakkaista.

Unionin tuomioistuinta pyydetään vastauksessaan selventämään lisäksi, mikä merkitys – jos mitään – määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoilla ja kustannuksilla (ns. yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeri (as efficient competitor test)) on arvioitaessa tällaista alennusjärjestelmää EY 82 artiklan perusteella.

Samalla tuomioistuinta pyydetään selventämään, mikä merkitys tässä yhteydessä on markkinoiden ominaispiirteillä ja siis voiko markkinoiden ominaispiirteiden perusteella olla perusteltua, että markkinat sulkeva vaikutus osoitetaan muilla tutkimuksilla ja analyyseillä kuin ns. yhtä tehokkaan kilpailijan kriteerillä (ks. EY 82 artiklan soveltamista koskevan komission tiedonannon 24 kohta).

2) Kuinka todennäköinen ja vakava alennusjärjestelmän, jolla on ennakkoratkaisupyynnössä mainitun kaltaiset ominaispiirteet, kilpailua rajoittavan vaikutuksen on oltava, jotta EY 82 artikla tulee sovellettavaksi?

3) Kun otetaan huomioon ensimmäiseen ja toiseen ennakkoratkaisukysymykseen annetut vastaukset: Mitä erityisiä olosuhteita kansallisen tuomioistuimen on ennakkoratkaisupyynnössä kuvattujen kaltaisissa olosuhteissa (markkinoiden ja alennusjärjestelmän ominaispiirteet) otettava huomioon arvioidessaan, onko alennusjärjestelmällä konkreettisesti sellainen markkinat sulkeva vaikutus, joka merkitsee EY 82 artiklan soveltamisalaan kuuluvaa väärinkäyttöä, tai voiko sillä olla tällainen vaikutus?

Edellytetäänkö tässä yhteydessä, että markkinat sulkeva vaikutus on merkittävä?”

17. Ennakkoratkaisumenettelyssä unionin tuomioistuimessa kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet Post Danmarkin ja Bring Citymailin ohella Tanskan kuningaskunta, Saksan liittotasavalta, Euroopan komissio ja EFTAn valvontaviranomainen. Saksaa lukuun ottamatta samat asianosaiset ja muut osapuolet osallistuivat 26.3.2015 pidettyyn suulliseen käsittelyyn.

V **Arviointi**

18. Kattavalla kysymysluettelollaan Sø- og Handelsret tiedustelee lähinnä, mitä arviointiperusteita tai ”suuntaviivoja” EY 82 artiklan yhteydessä on käytettävä arvioitaessa määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten alennusjärjestelmiä. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee erityisesti, onko AEC-testin tekeminen oikeudellisesti välttämätöntä määräävän markkina-aseman väärinkäytön toteamiseksi ja sovelletaanko alennusjärjestelmästä mahdollisesti aiheutuvaa syrjäyttävää vaikutusta arvioitaessa tuntuvuuskynnystä (de minimis -kynnys).

19. Nämä kysymykset liittyvät Post Danmarkin alennusjärjestelmään, jolla oli muun muassa seuraavat ominaispiirteet:

— Alennusjärjestelmä perustui vakioituihin ja yleisesti sovellettaviin ehtoihin, sisälsi yhdeksän alennustasoa alennusten vaihdellessa 6 prosentista 16 prosenttiin, koski vuoden käsittävää viiteajanjaksoa ja oli luonteeltaan taannehtiva.

— Alennusjärjestelmää sovellettiin markkinoilla, joilla Post Danmarkilla oli 95 prosentin markkinaosuus ja yli 70 prosenttia jaettavista kirjeistä kuului sen lakisääteisen monopolin piiriin. Markkinoille pääsylle oli suuria esteitä, Post Danmarkilla oli rakenteellisia etuja, ja markkinoilla toimi Post Danmarkin lisäksi ajoittain ja ainoastaan suppealla maantieteellisellä alueella selkeästi pienempi kilpailija eli Bring Citymail.

20. Ennakkoratkaisupyyntöön vastattaessa on otettava perustaksi määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto, sellaisena kuin siitä määrättiin ennen Lissabonin sopimuksen voimaantuloa, koska pääasian kohteena on alennusjärjestelmän soveltaminen vuosina 2007 ja 2008 ja myös Tanskan kilpailuviranomaisen riidanalainen päätös tehtiin kesäkuussa 2009 eli ennen mainitun sopimuksen voimaantuloa. Seuraavaksi EY 82 artiklasta esitettäviä näkemyksiä voidaan tosin ongelmitta soveltaa samansisältöiseen SEUT 102 artiklaan.

21. Koska yksittäisissä ennakkoratkaisukysymyksissä on osittain huomattavia päällekkäisyyksiä, on suotavaa vastata niihin muutetussa järjestyksessä ja tarkastella tässä yhteydessä perättäin ennakkoratkaisupyyntöpäätöksessä esille tuotuja eri oikeudellisia ongelmia.

A *Määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten alennusjärjestelmien arviointiperusteet*

1. Yleistä (ensimmäisen kysymyksen ensimmäinen osa)

22. Ensimmäisen kysymyksen ensimmäisellä osalla ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyrkii selvittämään ne yleiset oikeudelliset vaatimukset, joita EY 82 artiklan mukaisesti sovelletaan määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten alennusjärjestelmien arvioinnissa.

23. Ensi näkemältä saattaa vaikuttaa yllättävältä, että määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten myöntämiä alennuksia, joista niiden asiakkaat saavat kuitenkin hintaetua, on EY 82 artiklan nojalla mahdollisesti pidettävä väärinkäyttönä.

24. On kuitenkin syytä muistaa, että juuri määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen olemassaolon vuoksi kilpailuaste on jo heikentynyt merkityksellisillä markkinoilla.[10] Tästä syystä tällaisella yrityksellä on erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua sisämarkkinoilla, riippumatta siitä, mihin tämä asema perustuu.[11]

10 — Tuomio Hoffmann-La Roche v. komissio (85/76, EU:C:1979:36, 91 kohta); tuomio Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio (322/81, EU:C:1983:313, 70 kohta) ja tuomio Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 17 kohta).

11 — Tuomio Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio (322/81, EU:C:1983:313, 57 kohta); vastaavasti tuomio France Télécom v. komissio (C-202/07 P, EU:C:2009:214, 105 kohta); tuomio Deutsche Telekom v. komissio (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 176 kohta) ja tuomio TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, 24 kohta).

25. Määräävässä markkina-asemassa olevaa yritystä koskevat EY 82 artiklan soveltamisalalla tietyt rajoitukset, jotka eivät koske muita yrityksiä samalla tavoin. Sellainen menettely, jota ei normaalien kilpailunedellytysten vallitessa kiellettäisi, saattaa merkitä väärinkäyttöä, kun siihen ryhtyy määräävässä markkina-asemassa oleva yritys.[12] Erityisesti on niin, ettei kaikkea määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen hintakilpailua voida pitää oikeutettuna.[13]

26. Kuten komissio perustellusti huomauttaa, määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten myöntämien alennusten takana voi toisinaan piillä kilpailunvastaisia käytäntöjä, jotka ainoastaan ensi näkemältä ilmaisevat erityisen edullisen tarjouksen mutta joilla on lähemmin tarkasteltuna vain vähän tekemistä aidosti alhaisten hintojen kanssa ja jotka voivat olla erittäin haitallisia kilpailulle.

27. Määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten alennusjärjestelmiin ei liity väärinkäyttöä koskevaa yleistä olettamaa, joka näiden yritysten olisi kumottava. Tällaisten alennusten tapauksessa yhtäältä oikeutetun laatukilpailun ja toisaalta kilpailunvastaisten liiketoimintatapojen rajaaminen on kuitenkin yleensä arkaluonteinen kysymys, joka edellyttää huolellista tutkintaa.

28. Oikeuskäytännössä[14] myönnetään, että pelkillä alennuksilla, jotka liittyvät yksinomaan suoritettujen hankintojen määrään, ei yleensä katsota olevan kilpailunvastaisia vaikutuksia, joten niitä ei pidetä väärinkäyttönä, vaikka niitä myöntävätkin määräävässä markkina-asemassa olevat yritykset. Jos toimitetun määrän lisäys nimittäin merkitsee alempia kustannuksia tavarantoimittajalle, sillä on oikeus siirtää tämä alennus asiakkaalleen edullisemman hinnan muodossa. EY 82 artiklassa tarkoitettua väärinkäyttöä ovat sitä vastoin yleensä kanta-asiakas- tai tavoitealennukset, joilla määräävässä markkina-asemassa olevat yritykset pyrkivät pitämään omat asiakkaansa edelleen asiakkaina ja houkuttelemaan kilpailijoidensa asiakkaita.

29. EY 82 artiklan mukaan määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen alennusjärjestelmän arvioinnin kannalta ei kuitenkaan ole ratkaisevaa, voidaanko kyseinen järjestelmä luokitella johonkin perinteiseen luokkaan – erityisesti paljous- tai kanta-asiakasalennuksiin. Ratkaisevaa on pikemminkin se, annetaanko alennuksilla etuja, jotka eivät perustu mihinkään oikeuttavaan taloudelliseen suoritukseen, ja poistetaanko niillä näin ostajalta vapaus hankintalähteiden valintaan tai rajoitetaanko niillä tätä vapautta, estetäänkö niillä kilpailijoiden pääsy markkinoille tai lujitetaanko niillä määräävää asemaa vääristyneellä kilpailulla.[15] Lyhyesti sanottuna merkityksellistä on siis se, myöntääkö määräävässä markkina-asemassa oleva yritys alennuksia, joilla voi olla merkityksellisillä markkinoilla *syrjäyttävä vaikutus*, jolle ei ole taloudellista perustetta – nimittäin kustannussäästön siirtäminen asiakkaille.[16] Erityisesti EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdassa kielletään määräävässä markkina-asemassa olevaa yritystä myös myöntämästä syrjiviä alennuksia, joilla sovelletaan erilaisia ehtoja eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin.[17]

12 — Tuomio Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio (C-395/96 P ja C-396/96 P, EU:C:2000:132, 131 kohta).

13 — Tuomio AKZO v. komissio (C-62/86, EU:C:1991:286, 70 kohta); tuomio France Télécom v. komissio (C-202/07 P, EU:C:2009:214, 106 kohta); tuomio Deutsche Telekom v. komissio (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 177 kohta) ja tuomio Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, 25 kohta).

14 — Tuomio Suiker Unie ym. v. komissio (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73, EU:C:1975:174, 518 kohta); tuomio Hoffmann-La Roche v. komissio (85/76, EU:C:1979:36, 89 ja 90 kohta); tuomio Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio (322/81, EU:C:1983:313, 71 kohta); tuomio Portugali v. komissio (C-163/99, EU:C:2001:189, 50 kohta); tuomio Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 70 kohta) ja tuomio Michelin v. komissio (T-203/01, EU:T:2003:250, 56–59 kohta).

15 — Tuomio Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio (322/81, EU:C:1983:313, 73 kohta); tuomio British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 67 kohta); tuomio Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 71 kohta) ja tuomio Michelin v. komissio (T-203/01, EU:T:2003:250, 60 kohta).

16 — Tuomio British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 68 ja 69 kohta).

17 — Tuomio Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio (322/81, EU:C:1983:313, 73 kohta); tuomio British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 67 kohta); tuomio Portugali v. komissio (C-163/99, EU:C:2001:189, 50 kohta) ja tuomio Michelin v. komissio (T-203/01, EU:T:2003:250, 60 kohta).

30. Post Danmarkin soveltaman alennusjärjestelmän syrjivästä luonteesta ei ole käsiteltävässä asiassa viitteitä sen vakioidut ja yleisesti sovellettavat ehdot huomioon ottaen. Pääasiaa käsitelleet kansalliset viranomaiset ovat sen vuoksi perustellusti kiinnittäneet huomiota siihen kysymykseen, voiko Post Danmarkin alennusjärjestelmällä olla taloudellisesti perusteeton syrjäyttävä vaikutus.

31. Sitä, voiko määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen myöntämillä alennuksilla olla tällainen syrjäyttävä vaikutus, on tutkittava arvioimalla kokonaisuudessaan kaikkia yksittäistapauksen merkityksellisiä olosuhteita [18] (ks. tästä jäljempänä 2 ja 3 jaksossa esittämäni toteamukset).

32. Tässä yhteydessä on selvää, ettei määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen halua myydä enemmän sen paremmin kuin sen halua suunnitella paremmin tuotantoa voida pitää taloudellisena perusteena alennusten myöntämiselle, jos alennuksilla voi olla syrjäyttävä vaikutus. [19]

2. Alennusjärjestelmien arvioinnissa huomioon otettavat olosuhteet (kolmannen kysymyksen ensimmäinen osa ja ensimmäisen kysymyksen viimeinen osa)

33. Kolmannen ennakkoratkaisukysymyksen ensimmäinen osa ja ensimmäisen kysymyksen viimeinen osa koskevat sitä, mitä olosuhteita EY 82 artiklan nojalla on otettava konkreettisesti huomioon arvioitaessa määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten alennusjärjestelmien mahdollista syrjäyttävää vaikutusta.

34. Kaikista EY 82 artiklan yhteydessä huomioon otettavista olosuhteista ei luonnollisestikaan voida esittää yleispätevää, tyhjentävää luetteloa, koska jokaisella markkina-alueella ja jokaisella alennusjärjestelmällä voi olla omat erityispiirteensä. Ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle voidaan kuitenkin antaa ennakkoratkaisupyyntöpäätöksessä kuvattujen pääasian tosiseikkojen perusteella joitain hyödyllisiä ohjeita, jotka helpottanevat asian ratkaisemista.

35. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan arvioitaessa alennusjärjestelmää EY 82 artiklan nojalla merkityksellisiä ovat erityisesti alennusten myöntämistä koskevat kriteerit ja yksityiskohdat [20] (ks. tästä jäljempänä a alajakso). Kuten unionin tuomioistuimen käyttämästä ilmaisusta ”erityisesti” voidaan kuitenkin päätellä, merkityksellisiä voivat olla myös muut tekijät, nimittäin merkityksellisten markkinoiden kilpailuolosuhteet ja – niihin läheisesti liittyvä – määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen asema kyseisillä markkinoilla (ks. tästä jäljempänä b alajakso).

a) Alennusten myöntämistä koskevat kriteerit ja yksityiskohdat

36. Kun tarkastellaan ensinnäkin alennusten myöntämistä koskevia kriteerejä ja yksityiskohtia, alennusjärjestelmän väärinkäytön luonteisuutta tukee se, jos järjestelmällä – kuten riidanalaisella Post Danmarkin alennusjärjestelmällä – ei ole puhtaasti asteittaista vaikutusta, niin että jokaisen uuden alennustason saavuttaminen ei johda pelkästään hinnan alennukseen kaikkien tehtyjen lisätilausten osalta vaan sitä sovelletaan taannehtivasti ja siten jälkikäteen alennetaan myös kaikkien viiteajanjakson aikana jo tehtyjen tilausten hintaa. [21]

18 — Tuomio Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio (322/81, EU:C:1983:313, 73 kohta); tuomio British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 67 kohta); tuomio Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 18 ja 71 kohta) ja tuomio Michelin v. komissio (T-203/01, EU:T:2003:250, 60 kohta).

19 — Tuomio Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio (322/81, EU:C:1983:313, 85 kohta).

20 — Tuomio Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio (322/81, EU:C:1983:313, 73 kohta); tuomio British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 67 kohta); tuomio Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 71 kohta) ja tuomio Michelin v. komissio (T-203/01, EU:T:2003:250, 60 kohta).

21 — Vastaavasti tuomio Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio (322/81, EU:C:1983:313, 81 kohta); tuomio British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 73 kohta) ja tuomio Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:221, erityisesti 75 kohta).

37. Tällä tavoin verrattain pienet muutokset – sekä ylös- että alaspäin – määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tuotteista saadussa liikevaihdossa vaikuttavat nimittäin suhteettoman paljon sopimuskumppaneihin.[22] Tällaisella alennusjärjestelmällä on siten yleensä uskollisuuteen sitouttava vaikutus, jota voidaan kuvata myös imuvaikutukseksi. Sen ansiosta määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen on helpompi pitää omat asiakkaansa edelleen asiakkaina ja houkutella kilpailijoidensa asiakkaita ja siten viime kädessä vallata itselleen kilpailun alainen osa kysynnästä merkityksellisillä markkinoilla.[23]

38. Tämä imuvaikutus on luonnollisesti sitä suurempi, mitä suurempia myönnetyt alennukset ovat ja mitä pitempi on se viiteajanjakso, jota jokaisen uuden alennustason saavuttamisen yhteydessä myönnettävät alennukset koskevat. Jos myönnettävät alennukset ovat suhteellisen suuria, kuten käsiteltävässä asiassa 6–16 prosenttia, ja niitä myönnetään jälkikäteen verrattain pitkältä, vuoden käsittävältä viiteajanjaksolta,[24] tämä viittaa voimakkaaseen imuvaikutukseen. Imuvaikutusta voimistaa käsiteltävässä asiassa vielä se, että alennuksia sovellettiin erotuksetta sekä kilpailun alaiseen että sen piiriin kuulumattomattomaan osaan kysynnästä, siis erityisesti Post Danmarkin lakisääteisen monopolin piiriin kuuluviin, enintään 50 gramman painoisiin kirjeisiin.

39. Jos määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen voidaan lisäksi osoittaa toimineen syrjäyttämistarkoituksessa, tämä on painava lisätodiste sen käyttämän alennusjärjestelmän väärinkäytön luonteisuudesta.[25] Tällainen syrjäyttämistarkoitus tai -strategia ei kuitenkaan ole välttämätön edellytys EY 82 artiklan rikkomisen toteamiselle, sillä määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on objektiivinen käsite.[26] Pelkästään se, että käsiteltävässä asiassa Post Danmark vakuuttaa, ettei se ole toiminut syrjäyttämistarkoituksessa, ei siten suinkaan suojaa yritystä EY 82 artiklassa tarkoitetun väärinkäytön toteamiselta.

40. Jos kyseessä on EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitettu eri kauppakumppaneiden syrjintä, määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen myöntämien alennusten väärinkäytön luonteisuus on erityisen ilmeinen. Alennusjärjestelmä voi kuitenkin olla väärinkäytön luonteinen EY 82 artiklassa tarkoitetulla tavalla myös silloin, kun siinä ei ole syrjiviä piirteitä mutta se johtaa kilpailunvastaisiin syrjäyttäviin vaikutuksiin markkinoilla.[27] EFTAn valvontaviranomainen on tässä yhteydessä perustellusti korostanut, ettei merkityksellistä ole niinkään yksilöllisten ja vakioitujen alennusten erottaminen vaan sen tutkiminen, voiko kulloisellakin alennusjärjestelmällä konkreettisesti olla syrjäyttäviä vaikutuksia markkinoilla.

41. Myöskään ”negatiivisten hintojen” eli omakustannushintoja alempien hintojen laskuttaminen asiakkailta *ei* ole edellytys sille, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen takautuvien alennusten järjestelmää voitaisiin pitää väärinkäyttönä.[28] Selvästi suuremman liikevaihtonsa ansiosta määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi nimittäin yleensä kattaa toimintansa kustannukset huomattavien alennusten myöntämisestä huolimatta. Sen myöntämillä alennuksilla voi siten olla syrjäyttävä vaikutus, vaikka sille itselleen ei välttämättä aiheudukaan tappioita.

22 — Tuomio British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 73 kohta).

23 — Tuomio Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 79 kohta).

24 — Viiteajanjakson pituudesta ks. esim. tuomio Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio (322/81, EU:C:1983:313, 81 kohta).

25 — Vastaavasti tuomio Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 20 ja 21 kohta).

26 — Tuomio Hoffmann-La Roche v. komissio (85/76, EU:C:1979:36, 91 kohta); tuomio AKZO v. komissio (C-62/86, EU:C:1991:286, 69 kohta); tuomio TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, 27 kohta) ja tuomio Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 17 ja 23 kohta).

27 — Tuomio Michelin v. komissio (T-203/01, EU:T:2003:250, 65 kohta).

28 — Tuomio Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 73 kohta).

b) Kilpailuolosuhteet merkityksellisillä markkinoilla ja määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen asema kyseisillä markkinoilla

42. Kun tarkastellaan seuraavaksi kilpailuolosuhteita ja määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen asemaa merkityksellisillä markkinoilla, alennusjärjestelmän mahdollinen kilpailunvastainen syrjäyttävä vaikutus on sitä todennäköisempi ja merkittävämpi, mitä vahvempi määräävässä markkina-asemassa oleva yritys on ja mitä heikompi sen nykyisten tai mahdollisten kilpailijoiden asema on kyseisillä markkinoilla. Tässä yhteydessä on otettava huomioon paitsi määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen ja sen kilpailijoiden markkinaosuudet myös tällaisen yrityksen määräävän markkina-aseman alkuperä ja mahdollinen lakisääteinen monopoli, joka sillä on koko markkinoilla tai niiden osalla. [29]

43. Käsiteltävässä asiassa Post Danmarkilla oli perinteisenä valtiollisena postiyhtiönä ennakkoratkaisupyyntöpäätöksen mukaan musertava 95 prosentin markkinaosuus Tanskan joukkokirjeiden markkinoilla, kun taas Bring Citymailin markkinaosuus oli vain noin 5 prosenttia.

44. Näin suuri määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen markkinaosuuden ja sen kilpailijan markkinaosuuden välinen ero on omiaan edistämään syrjäyttävien vaikutusten esiintymistä, koska tässä tilanteessa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kilpailijoiden on erityisen vaikeaa ylittää tarjouksessaan myynnin kokonaismäärään perustuvia alennuksia. [30]

45. Markkinoista 70 prosenttia kuului lisäksi Post Danmarkin lakisääteisen monopolin – siis enintään 50 gramman painoisia kirjeitä koskevan monopolin – piiriin eikä siten ollut alun alkaenkaan vapaata kilpailulle. Bring Citymail, joka oli Post Danmarkin ainoa vakavasti otettava kilpailija, toimi lisäksi kyseisillä markkinoilla ainoastaan suppealla maantieteellisellä alueella, nimittäin Kööpenhaminan suuralueella, kun taas Post Danmarkilla on toimiva maanlaajuinen jakeluverkosto.

46. Kaikki nämä seikat viittaavat siihen, että Post Danmark oli korostuneen markkina-asemansa vuoksi välttämätön kauppakumppani ja että sen soveltamiin alennuksiin liittyi huomattava syrjäyttämismahdollisuus. [31] Tämä vaikutelma vahvistuu, kun tarkastellaan lisäksi joitakin merkityksellisille markkinoille ominaisia rakenteellisia tekijöitä.

47. Kuten edellä jo mainittiin, Tanskan joukkokirjeiden markkinoiden kaltaisille markkinoille on ominaista verkostoon liittyvien palvelujen tarjoaminen. Voidakseen toimia tehokkaasti ja tarjota asiakkaiden odottamia palveluja tällaisilla markkinoilla toimiva palveluntarjoaja tarvitsee mahdollisimman tehokkaan jakeluverkoston. Kolikon kääntöpuolena on, kuten myös ennakkoratkaisupyynnössä todetaan, se, että tällaisille markkinoille ovat talouden näkökulmasta tarkasteltuna ominaisia suuret mittakaavaedut ja markkinoille pääsyn esteet, joiden vuoksi markkinoita hallitsevan yrityksen kilpailijoiden on vaikeampaa vakiinnuttaa asemansa markkinoilla ja kilpailla määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kanssa kilpailun alaisella osalla kysynnästä.

48. Arvioitaessa määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten alennusjärjestelmien mahdollisia syrjäyttäviä vaikutuksia merkitystä voi lisäksi olla sillä, miten vaihtelunhaluisia asiakkaat merkityksellisillä markkinoilla ovat ja minkä osan tarpeistaan asiakkaat voivat ylipäätään täyttää kilpailijoiden tarjonnalla menettämättä määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen myöntämiä alennuksia.

29 — Vastaavasti jo tuomio Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, 23 kohdan loppu).

30 — Tuomio Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio (322/81, EU:C:1983:313, 82 kohta); tuomio British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 75 kohta) ja ratkaisuehdotukseni viimeksi mainitussa asiassa (EU:C:2006:133, 52 kohta).

31 — Erityisesti tarpeesta ottaa huomioon määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen asema välttämättömänä kauppakumppanina ks. tuomio Hoffmann-La Roche v. komissio (85/76, EU:C:1979:36, 41 kohta) ja tuomio Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio (C-395/96 P ja C-396/96 P, EU:C:2000:132, 132 kohta).

49. Pääasian oikeudenkäynnissä todettiin tästä, että asianomaisten asiakkaiden olisi ollut mahdollista siirtää kaksi kolmasosaa kilpailulle avoimista kirjelähetyksistä Post Danmarkilta toiselle postipalvelujen tarjoajalle vain, jos ne hyväksyvät sen, että vaihdoksen myötä alennukset pienenevät. Tämä viittaa siihen, että Post Danmarkin alennusjärjestelmän syrjäyttämismahdollisuudet olivat merkittävät.

50. Kaiken kaikkiaan käsiteltävässä asiassa on siten merkityksellisten markkinoiden kilpailuolosuhteet ja määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen asema markkinoilla huomioon ottaen painavia viitteitä siitä, että Post Danmarkin soveltaman kaltaisella alennusjärjestelmällä saattoi olla huomattavia syrjäyttäviä vaikutuksia.

3. Alennusjärjestelmän ulottuvuus (ensimmäisen kysymyksen toinen osa)

51. Ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen toinen osa koskee Post Danmarkin soveltaman kaltaisen alennusjärjestelmän ulottuvuutta. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, mikä merkitys EY 82 artiklan mukaisessa oikeudellisessa arvioinnissa on sillä, että yksittäisten alennustasojen (joista käytetään ennakkoratkaisupyyntöpäätöksessä nimitystä ”volyymirajat”) yhtenäistäminen huomioon ottaen alennusjärjestelmää ei ole räätälöity yksittäisten asiakkaiden mukaan vaan sitä sovelletaan valtaosaan markkinoilla olevista asiakkaista.

52. Kuten unionin tuomioistuin on jo kauan sitten todennut, niiden sopimusten määrä, joihin määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen myöntämiä alennuksia sovelletaan, – ja siten viime kädessä alennusten piiriin kuuluvien asiakkaiden määrä – on merkityksetön näiden alennusten EY 82 artiklan mukaisen oikeudellisen arvioinnin kannalta.[32]

53. Vastaavasti pelkästään se, että alennusjärjestelmä koskee useita tai jopa useimpia markkinoilla olevia asiakkaita ja että järjestelmällä on siten hyvin laaja vaikutus, ei vielä kerro mitään sen EY 82 artiklassa tarkoitetusta väärinkäytön luonteisuudesta.

54. Jos tällainen alennusjärjestelmä on kuitenkin omiaan tuottamaan imuvaikutuksen määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen eduksi, se, että alennusjärjestelmän piiriin kuuluu huomattava osa asiakkaista ja valtaosa kilpailun alaisesta kysynnästä markkinoilla, voi johtaa siihen, että tosiasialliset tai mahdolliset syrjäyttävät vaikutukset ovat merkittävämpiä kuin vaikutukseltaan suppeampien alennusjärjestelmien tapauksessa. Useat asian käsittelyyn osallistuvat ovat syystäkin viitanneet tähän.

4. Välipäätelmä

55. Yhteenvetona voidaan näin ollen todeta seuraavaa:

Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen soveltama alennusjärjestelmä on EY 82 artiklassa tarkoitettua väärinkäyttöä, jos arvioitaessa kokonaisuudessaan kaikkia yksittäistapauksen olosuhteita ilmenee, että alennuksilla voi olla taloudellisesti perusteeton syrjäyttävä vaikutus, minkä yhteydessä on arvioitava erityisesti alennusten myöntämistä koskevia kriteerejä ja yksityiskohtia, kilpailuolosuhteita merkityksellisillä markkinoilla ja määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen asemaa näillä markkinoilla.

32 — Tuomio Suiker Unie ym. v. komissio (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73, EU:C:1975:174, 511 kohta).

B *Yhtä tehokasta kilpailijaa koskevan testin (AEC-testi) merkitys (ensimmäisen kysymyksen kolmas osa)*

56. Ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen kolmas ja viimeinen osa liittyvät erityisesti AEC-testiin. Tällaisessa testissä pyritään hintoja ja kustannuksia vertaamalla [33] päättelemään, voiko yhtä tehokas kilpailija kuin määräävässä markkina-asemassa oleva yritys kilpailla viimeksi mainitun kanssa vai johtaako määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen alennuskäytäntö päinvastoin kilpailunvastaisiin syrjäyttäviin vaikutuksiin merkityksellisillä markkinoilla.

57. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, edellyttääkö alennusjärjestelmään liittyvän määräävän markkina-aseman väärinkäytön toteaminen lain nojalla AEC-testin tekemistä, ja ellei edellytä, mistä muista seikoista kyseisen alennusjärjestelmän väärinkäytön luonteisuus voidaan mahdollisesti päätellä.

58. Näiden osakysymysten tarkastelussa on otettava huomioon komission vuonna 2009 antama tiedonanto, [34] jossa se on kilpailuviranomaisena julkistanut ensisijaiset täytäntöönpanotavoitteensa sovellettaessa EY 82 artiklaa. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa käsiteltävässä asiassa nimenomaisesti mainittuun ensisijaisia täytäntöönpanotavoitteita koskevaan tiedonantoon.

59. Ensisijaisia täytäntöönpanotavoitteita koskevassa tiedonannossaan komissio on ilmoittanut aikovansa puuttua hinnoitteluun perustuvaan markkinoiden sulkemiseen lähtökohtaisesti vain silloin, kun määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen menettelytapa on haitannut tai voi haitata sellaisten kilpailijoiden suunnalta tulevaa kilpailua, joiden katsotaan olevan yhtä tehokkaita (englanniksi: as efficient competitors) kuin määräävässä asemassa oleva yritys. [35] Tämän toteamiseksi komissio on asettanut itselleen velvoitteen soveltaa hinnoitteluun perustuvan markkinoiden sulkemisen yhteydessä pääsääntöisesti AEC-testiä.

60. Komission tällaisella hallintokäytännöllä ei luonnollisestikaan ole sitovaa vaikutusta kansallisiin kilpailuviranomaisiin ja tuomioistuimiin. Tämä ilmenee yhtäältä itse ensisijaisia täytäntöönpanotavoitteita koskevan tiedonannon sanamuodosta, jonka mukaan sen tarkoituksena ei ole ”muodostaa selvitystä sovellettavasta laista”, [36] ja toisaalta komission tällaisia ilmoituksia koskevasta vakiintuneesta oikeuskäytännöstä. [37] Vaikkakaan mikään ei estä kansallisia viranomaisia viittaamasta komission esimerkkiä noudattaen AEC-testiin, oikeudellisesti tarkasteltuna niitä sitovat pelkästään EY 82 artiklasta johtuvat vaatimukset. Näiden vaatimusten määrittely on unionin tuomioistuimen tehtävä.

61. EY 82 artiklasta *ei* nähdäkseni voida johtaa oikeudellista velvoitetta ottaa määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten alennusjärjestelmien väärinkäytön luonteisuuden toteamisen perustaksi aina AEC-testin kaltaista hinta–kustannus-analyysia.

33 — Tässä yhteydessä tarkastellaan määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen keskimääräisiä vältettävissä olevia kustannuksia, sen pitkän aikavälin keskimääräisiä rajakustannuksia ja hintaa, joka määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kilpailijan olisi tarjottava ensiksi mainitun asiakkaille korvatakseen näille määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen myöntämän alennuksen menettäminen.

34 — 24.2.2009 annettu komission tiedonanto ”Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen” (EUVL C 45, s. 7), jäljempänä ensisijaisia täytäntöönpanotavoitteita koskeva tiedonanto.

35 — Ensisijaisia täytäntöönpanotavoitteita koskevan tiedonannon 23 kohta. Tähän liittyen huomautan, että ensisijaisia täytäntöönpanotavoitteita koskevan tiedonannon kyseisen kohdan saksankielinen sanamuoto ”daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen” kuvastaa hyvin vajavaisesti niitä oikeudellisia vaatimuksia, joiden mukaan tosiasiallisia kilpailunvastaisia vaikutuksia ei tarvitse osoittaa (tuomio British Airways v. komissio, C-95/04 P, EU:C:2007:166, 68 kohta ja tuomio Tomra Systems ym. v. komissio, C-549/10 P, EU:C:2012:221, 68 ja 79 kohta). Paremmin yhteensopivalta EY 82 artiklassa (SEUT 102 artiklassa) määritetyn oikeudellisen kehyksen kanssa vaikuttaisi mainitun tiedonannon englanninkielinen (”has already been or is capable of hampering competition”) ja ranskankielinen versio (”ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence”).

36 — Ensisijaisia täytäntöönpanotavoitteita koskevan tiedonannon 3 kohta.

37 — Tuomio Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, 21 kohta) ja tuomio Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, 29 ja 31 kohta).

62. Unionin tuomioistuin on tosin toisinaan vaatinut AEC-testin tekemistä muiden hintakäytäntöjen kuin alennusten yhteydessä korostaessaan, että EY 82 artiklassa kielletään määräävässä markkina-asemassa olevaa yritystä *muun muassa* toteuttamasta sellaisia käytäntöjä, joilla on markkinoilta syrjäyttävä vaikutus *sen sellaisiin kilpailijoihin, jotka ovat vähintäänkin yhtä tehokkaita kuin se itse.* [38]

63. Tästä oikeuskäytännöstä ei kuitenkaan voida päätellä ehdotonta vaatimusta tehdä AEC-testi aina, kun hinnoitteluun perustuvaa markkinoiden sulkemista arvioidaan kilpailuoikeuden näkökulmasta. Oikeuskäytäntö ensinnäkin koskee erityisesti määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten hintakäytäntöjä, kuten alhaisten hintojen käytäntöä (esimerkiksi myynti tuotantokustannukset alittavaan hintaan) tai kustannusten ja hintojen epäsuhdan muodossa ilmenevää hintaruuvia, joilla on jo luonteensa vuoksi läheinen yhteys kyseisten yritysten kustannusrakenteeseen. Unionin tuomioistuimen valitsemasta ilmauksesta ”muun muassa” (ranskaksi: notamment) [39] voidaan toiseksi selvästi havaita, ettei määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä katsota olevan kyse aina vain silloin, kun syrjäyttävä vaikutus kohdistuu vähintäänkin yhtä tehokkaisiin yrityksiin kuin määräävässä markkina-asemassa oleva yritys.

64. Erityisesti määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten alennusjärjestelmien yhteydessä unionin tuomioistuin ei ole toistaiseksi vielä koskaan asettanut hinta–kustannus-analyysin tekemistä edellytykseksi niiden EY 82 artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä pitämiselle. Tällaisista alennusjärjestelmistä unionin tuomioistuin on pikemminkin aivan viime aikoihin saakka todennut, ettei hintojen ja kulujen vertailematta jättäminen merkitse oikeudellista virhettä. [40] Tästä unionin tuomioistuimen on syytä pitää kiinni myös käsiteltävässä asiassa.

65. Teoriassa olisi varmastikin mahdollista asettaa AEC-testin tekeminen hinnoitteluun perustuvan markkinoiden sulkemisen toteamisen yleiseksi edellytykseksi ja velvoittaa siten soveltamaan testiä myös määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten alennusjärjestelmiin. Tällaiseen EY 82 artiklaa koskevan oikeuskäytännön kehittämiseen on kuitenkin syytä suhtautua epäilevästi monistakin syistä.

66. Kalliiden taloudellisten analyysien lisäarvo ei ensinnäkään ole aina kiistaton, ja ne voivat vaatia kilpailuviranomaisilta ja tuomioistuimilta kohtuuttomasti resursseja, joita ei sitten voida käyttää toisaalla kilpailusääntöjen panemiseksi tehokkaasti täytäntöön. Sovellettaviin menetelmiin voi liittyä huomattavia näkemyseroja, kuten Post Danmarkin, Bring Citymailin ja Tanskan hallituksen unionin tuomioistuimessa esittämät toteamukset esimerkiksi osoittavat. [41] Käytettävissä olevat tiedot eivät kuitenkaan ole aina luotettavia [42] ja edellyttävät, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys on valmis todelliseen yhteistyöhön kilpailuviranomaisten ja tuomioistuinten kanssa, mistä ei ole aina takeita, kuten Saksan hallitus on korostanut.

67. Toiseksi on varoitettava siitä virheellisestä käsityksestä, että hinnoitteluun perustuvaa markkinoiden sulkemista koskevat ongelmat voitaisiin saada yksinkertaisesti ja oikeudellisesti varmasti hallintaan pelkästään kyseisten yritysten hinta- ja kustannustekijöihin perustuvan jonkinlaisen matemaattisen kaavan avulla. Kuten edellä on jo todettu: yrityksiä koskevat tiedot mahdollistavat usein moninaiset tulkinnat.

38 — Tuomio Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, 25 kohta); ks. lisäksi tuomio Deutsche Telekom v. komissio (C-280/08 P, EU:C:2010:603, erityisesti 177, 183, 196, 203 ja 254 kohta) ja tuomio TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, erityisesti 67, 73 ja 94 kohta); muun muassa hinta–kustannus-analyysi otetaan perustaksi myös tuomiossa AKZO v. komissio (C-62/86, EU:C:1991:286, erityisesti 71 ja 72 kohta).

39 — Tuomio Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, 25 kohta) ja tuomio Deutsche Telekom v. komissio (C-280/08 P, EU:C:2010:603), 177 kohta, jossa käytetään ilmausta ”muun muassa” ranskankielisestä ilmauksesta ”notamment”.

40 — Tuomio Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 80 kohta; ks. täydentävästi myös 73 kohta).

41 — Myös komissio pitää ensisijaisia täytäntöönpanotavoitteita koskevan tiedonantonsa 25 kohdassa itsestään selvänä, ettei AEC-testin tulos ole aina yksiselitteinen.

42 — Myös komissio korostaa ensisijaisia täytäntöönpanotavoitteita koskevan tiedonantonsa 25 kohdassa AEC-testin edellyttävän, että käytettävissä on riittävän luotettavia tietoja.

68. Väärinkäytön toteaminen EY 82 artiklan perusteella, kuten muissakin yhteyksissä, edellyttää kuitenkin erityisesti aina arviointia, jossa otetaan huomioon kaikki yksittäistapauksen merkitykselliset olosuhteet ja jossa ei voida tyytyä pelkästään tarkastelemaan hinta- ja kustannustekijöitä. Väärinkäytön toteamisen kannalta merkityksellisiä voivat pikemminkin olla myös useat muut tekijät, nimittäin alennusjärjestelmän konkreettinen muoto sekä niiden markkinoiden, joilla määräävässä markkina-asemassa oleva yritys toimii, tietyt ominaispiirteet; ne voivat jopa olla paljon merkittävämpiä kuin hinta–kustannus-analyysi.

69. Kaikkien yksittäistapauksen merkityksellisten olosuhteiden ottaminen huomioon kokonaisuudessaan ja määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen liiketoimintatapojen objektiivisen taloudellisen perusteen mahdollisuuden selvittäminen riittävät varmistamaan, että EY 82 artiklassa tarkoitetun väärinkäytön toteamiselle asetetuissa oikeudellisissa vaatimuksissa ei unohdeta taloudellisia realiteetteja. [43]

70. Jos määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen alennusjärjestelmän väärinkäytön luonteisuus käy ilmi jo arvioitaessa kokonaisuudessaan yksittäistapauksen muita olosuhteita, sellaisina kuin olen niitä edellä tarkastellut, [44] oikeudelliselta kannalta tarkasteltuna AEC-testin kaltaisen hinta–kustannus-analyysin tekeminen ei ole välttämätöntä.

71. EY 82 artiklan nojalla oikeudellista velvoitetta AEC-testin tekemiseen ei voi olla etenkään silloin, jos markkinarakenne huomioon ottaen on poissuljettua, että jokin toinen yritys voi olla yhtä tehokas kuin määräävässä markkina-asemassa oleva yritys. Tämä voi johtua merkityksellisten markkinoiden erityisistä kilpailuolosuhteista (esimerkiksi siitä, että näille markkinoille ovat tunnusomaisia – kuten käsiteltävässä asiassa – suuret markkinoillepääsyn esteet, suuret mittakaavaedut ja/tai verkostoon liittyvät palvelut) tai siitä, että määräävässä asemassa olevan yrityksen kustannustaso johtuu nimenomaan siitä suotuisammasta kilpailu-asemasta, jossa kyseinen yritys on määräävän asemansa johdosta. [45]

72. Tällaisissa tapauksissa ei olisi alun alkaenkaan mielekästä tutkia jonkinlaisen hinta–kustannus-analyysin avulla, onko määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen alennusjärjestelmällä markkinoilta syrjäyttävä vaikutus puhtaasti hypoteettiseen, yhtä tehokkaaseen kilpailijaan nähden. Jos markkinoilla ei nimittäin voi olla yhtä tehokasta kilpailijaa kuin määräävässä markkina-asemassa oleva yritys, myöskään AEC-testistä ei voida luotettavasti päätellä, voiko kyseisillä markkinoilla esiintyä syrjäyttäviä vaikutuksia.

73. Markkinoilla, joilla kilpailu on määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toiminnan vuoksi heikentynyt siinä määrin, etteivät yhtä tehokkaat kilpailijat voi lainkaan vakiinnuttaa asemaansa, myöskään tehokkuudeltaan heikompien kilpailijoiden aiheuttamaa kilpailupainetta ei sitä vastoin voida väheksyä. [46] Kilpailupaineen säilyttäminen kuuluu EY 82 artiklalla tavoiteltuihin keskeisiin päämääriin. On nimittäin estettävä, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen liiketoimintatavat heikentävät entisestään markkinarakennetta ja asiakkaiden valinnanmahdollisuuksia. [47]

74. EY 82 artiklassa kielletään näin ollen tekemästä AEC-testi markkinoilla, joilla markkinarakenne huomioon ottaen on pois suljettua, että jokin toinen yritys voi olla yhtä tehokas kuin määräävässä markkina-asemassa oleva yritys.

43 — Ks. tästä ratkaisuehdotukseni Solvay v. komissio (C-109/10 P, EU:C:2011:256, 80 kohta).

44 — Ks. tästä edellä tämän ratkaisuehdotuksen 33–54 kohta.

45 — Vastaavasti tuomio TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, 45 kohdan loppu).

46 — Vastaavasti myös ensisijaisia täytäntöönpanotavoitteita koskevan tiedonannon 24 kohta; ks. lisäksi tuomio Hoffmann-La Roche v. komissio (85/76, EU:C:1979:36, 123 kohdan loppu).

47 — Tuomio France Télécom v. komissio (C-202/07 P, EU:C:2009:214, 105 kohta); tuomio Deutsche Telekom v. komissio (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 83 ja 176 kohta); tuomio TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, 24 kohta) ja tuomio Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, 20 ja 23 kohta); vastaavasti tuomio British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 66 kohta).

75. Yhteenvetona voidaan näin ollen todeta seuraavaa:

EY 82 artiklassa ei edellytetä, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen soveltaman alennusjärjestelmän väärinkäytön luonteisuus osoitetaan yhtä tehokkaan kilpailijan kriteerin (as efficient competitor -testi) kaltaisen hinta–kustannus-analyysin avulla, sikäli kuin kyseisen alennusjärjestelmän väärinkäytön luonteisuus ilmenee jo arvioitaessa kokonaisuudessaan yksittäistapauksen muita olosuhteita.

Kilpailuasioita käsittelevät viranomaiset ja tuomioistuimet voivat kuitenkin käyttää tällaista hinta–kustannus-analyysia arvioidessaan kokonaisuudessaan yksittäistapauksen kaikkia olosuhteita, ellei markkinarakenne huomioon ottaen ole pois suljettua, että jokin toinen yritys voi olla yhtä tehokas kuin määräävässä markkina-asemassa oleva yritys.

C Kysymys alennusjärjestelmän mahdollisten kilpailua rajoittavien vaikutusten tuntuvuudesta (toinen kysymys ja kolmannen kysymyksen toinen osa)

76. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee lisäksi toisella kysymyksellään, kuinka ”todennäköinen ja vakava” Post Danmarkin kaltaisen määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen alennusjärjestelmän kilpailua rajoittavan vaikutuksen on oltava, jotta EY 82 artikla ”tulee sovellettavaksi”. Samansuuntainen on myös kolmannen kysymyksen toinen osa, jossa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, onko tällaisen alennusjärjestelmän ”markkinat sulkevan vaikutuksen” oltava ”merkittävä”.

77. Tässä yhteydessä ei mielestäni riitä, että ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle vastataan tämän ongelman yhteydessä pelkästään viittaamalla jäsenvaltioiden menettelylliseen autonomiaan näyttökysymyksissä.[48] Kyse on nimittäin *sisällöllisistä* vaatimuksista, jotka on asetettava EY 82 artiklassa tarkoitetun väärinkäytön toteamiselle. Nämä vaatimukset ovat luonteeltaan unionin oikeuden mukaisia, ja niitä on sovellettava yhtenäisesti unionin alueella, jotta kaikille sisämarkkinoilla toimiville yrityksille luodaan mahdollisimman yhtenäiset kilpailuedellytykset (level playing field) kilpailusääntöjen yhteydessä.[49]

78. On syystä tarkastella erikseen molempia ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mainitsemia näkökohtia, toisin sanoen yhtäältä kilpailua rajoittavan vaikutuksen todennäköisyyttä ja toisaalta tämän vaikutuksen vakavuutta.

1. Kilpailua rajoittavan vaikutuksen esiintymisen todennäköisyys

79. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee ensinnäkin, miten todennäköinen määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen alennusjärjestelmän kilpailua rajoittavan vaikutuksen on oltava, jotta kyse on EY 82 artiklassa tarkoitetusta väärinkäytöstä.

48 — Ks. tässä yhteydessä perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16.12.2002 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 1/2003 (EYVL L 1, s. 1) johdanto-osan viides perustelukappale.

49 — Yhtenäisten kilpailuedellytysten käsitteestä ks. esim. ratkaisuehdotukseni Akzo Nobel Chemicals ja Akcros Chemicals v. komissio (C-550/07 P, EU:C:2010:229, 169 kohta); ratkaisuehdotukseni Toshiba Corporation ym. (C-17/10, EU:C:2011:552, 118 kohta) ja ratkaisuehdotukseni KONE ym. (C-557/12, EU:C:2014:45, 29 kohta).

80. Tästä on huomautettava, ettei tällaisesta alennusjärjestelmästä aiheutuva syrjäyttävä vaikutus voi olla luonteeltaan pelkästään hypoteettinen.[50] Toisin sanoen alennusten on oltava paitsi *abstraktisti*, myös *konkreettisesti* omiaan vaikeuttamaan määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kilpailijoiden tuloa markkinoille ja sen sopimuskumppaneiden vapautta valita useista hankintalähteistä tai kauppakumppaneista tai jopa tekemään sen mahdottomaksi.[51]

81. Tätä tarkoitusta varten ei kuitenkaan ole tarpeen tehdä kallista analyysia alennusten todellisista vaikutuksista kilpailuun, toisin sanoen ei tarvitse tutkia, onko syrjäyttävää vaikutusta *tosiasiallisesti* ilmennyt.[52] EY 82 artiklan mukainen kielto käsittää näet myös määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten menettelytavat, joilla on *mahdollinen* kilpailua rajoittava vaikutus.[53] Vaikka Post Danmarkin vakuutus siitä, ettei riidanalainen alennusjärjestelmä ole viime kädessä ollut syynä Bring Citymailin vetäytymiseen Tanskan markkinoilta, pitäisikin siis paikkansa, tämä ei sulje pois EY 82 artiklassa tarkoitetun väärinkäytön toteamista.

82. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on välttämätöntä, mutta myös riittävää, että kyseisillä alennuksilla *voi*[54] olla syrjäyttävä vaikutus. Näin on silloin, jos kaikkien yksittäistapauksen merkityksellisten olosuhteiden kokonaisarvioinnin perusteella syrjäyttävän vaikutuksen esiintyminen vaikuttaa todennäköisemmältä kuin sen puuttuminen.[55]

83. Mielestäni ei ole asianmukaista asettaa arviointiperustetta EY 82 artiklassa kielletyn väärinkäytön osalta tiukemmaksi ja esimerkiksi vaatia, että syrjäyttävän vaikutuksen esiintymisen on oltava ”hyvin todennäköinen” tai ”erityisen todennäköinen” tai jopa oletettavissa ”ilman kohtuullista epäilyä”.

84. Määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on nimittäin erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua sisämarkkinoilla riippumatta siitä, mihin tämä asema perustuu.[56] Tästä velvollisuudesta seuraa tietty velvoite toimia harkitsevasti markkinoilla. Tästä syystä määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen on pidätyttävä *kaikista* liiketoimintakäytännöistä, joissa syrjäyttävä vaikutus on todennäköinen, eikä ainoastaan sellaisista, joissa tällainen vaikutus on ”hyvin todennäköinen” tai ”erityisen todennäköinen” tai oletettavissa ”ilman kohtuullista epäilyä”.

85. Syrjäyttävien vaikutusten esiintymisen todennäköisyyden aste saattaa vaikuttaa mahdollisten seuraamusten ankaruuteen, erityisesti kilpailuviranomaisen määräämiin sakkoihin. Seuraamusten suuruuden on täytettävä aina suhteellisuusperiaatteen mukaiset vaatimukset (Euroopan unionin perusoikeuskirjan 49 artiklan 3 kohta ja asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 3 kohta): mitä suurempi syrjäyttävän vaikutuksen todennäköisyys ja mitä suurempi tämän vaikutuksen laajuus, sitä ankarampi seuraamus. Tällainen seuraamuksiin liittyvä problematiikka ei kuitenkaan ole tämän ennakkoratkaisumenettelyn kohteena.

50 — Vastaavasti tuomio Deutsche Telekom v. komissio (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 254 kohta) ja tuomio TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, 66 ja 67 kohta).

51 — Ks. tästä ratkaisuehdotukseni British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2006:133, 73 kohta).

52 — Tuomio Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 68 ja 79 kohta); vastaavasti tuomio Tetra Pak v. komissio (C-333/94 P, EU:C:1996:436, 44 kohta) ja tuomio Michelin v. komissio (T-203/01, EU:T:2003:250, 239 kohta).

53 — Tuomio TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, 64 kohta); vastaavasti tuomio Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), 44 kohta, jossa käytetään ilmausta ”tosiasiallisesti tai todennäköisesti syrjäytyy”.

54 — Tuomio British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 68 kohta) ja tuomio Michelin v. komissio (T-203/01, EU:T:2003:250, 239 kohta).

55 — Vastaavasti tuomio Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), jossa käytetään ilmaisuja ”kilpailulle – – todennäköisesti aiheutuvat haitalliset vaikutukset” (42 kohta) ja ”tosiasiallisesti tai todennäköisesti syrjäytyy” (44 kohta).

56 — Tuomio Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio (322/81, EU:C:1983:313, 57 kohta); vastaavasti tuomio France Télécom v. komissio (C-202/07 P, EU:C:2009:214, 105 kohta); tuomio Deutsche Telekom v. komissio (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 176 kohta) ja tuomio TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, 24 kohta).

2. Odotettavissa olevan kilpailua rajoittavan vaikutuksen vakavuus

86. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee seuraavaksi, miten ”vakava” tai ”merkittävä” alennusjärjestelmän kilpailua rajoittavan vaikutuksen on oltava, jotta se kuuluu EY 82 artiklan väärinkäyttöä koskevan kiellon piiriin.

87. Tällä viitataan viime kädessä problematiikkaan, joka liittyy määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten alennusjärjestelmien mahdollisten kilpailua rajoittavien vaikutusten tuntuvuuteen. On selvitettävä, edellyttääkö väärinkäytön toteaminen EY 82 artiklan nojalla sitä, että alennusjärjestelmän kilpailua rajoittava vaikutus ylittää jonkinlaisen de minimis -kynnyksen.

88. Kuten useat menettelyn osapuolet ovat korostaneet, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tältä osin esittämät epäilyt aiheutunevat vuonna 2012 annetun tuomion Post Danmark käsitteellisestä ongelmasta. Kyseisen tuomion oikeusvoimaisessa tanskankielisessä versiossa käytetään nimittäin ilmaisusta ”syrjäyttävä vaikutus” yllättäen sanamuotoa ”mærkbare virkninger”,[57] joka tarkoittaa ”tuntuvia vaikutuksia”. Samaan tapaan toisaalla samassa tuomiossa käytetään ilmaisua ”eliminerende virkning”,[58] suomennettuna ”[kilpailun] poistava vaikutus”, mikä kuulostaa myös jokseenkin ankaralta.

89. Tuomio laadittiin ja sitä koskevat päätösneuvottelut käytiin ranskan kielellä, ja kyseisen kieliversion tarkastelu osoittaa, että tanskankielisen version sanavalinnassa täytyy olla kyse käännösvirheestä. Ranskankielisessä versiossa käytetään nimittäin yksinkertaisesti sanamuotoa ”effet[s] d’éviction”, suomennettuna ”syrjäyttävä vaikutus”, mikä on sopusoinnussa muun EY 82 artiklaa koskevan oikeuskäytännön kanssa.[59]

90. Edellä esitetty huomioon ottaen vuonna 2012 annettuun tuomioon Post Danmark sisältyviä ilmaisuja ”mærkbare virkninger” ja ”eliminerende virkning” ei pidä ymmärtää väärin siten, että määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten alennusjärjestelmiin sovellettaisiin jonkinlaista tuntuvuuskriteeriä tai de minimis -kynnystä. EY 82 artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä on pikemminkin pidettävä kaikkia määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten alennusjärjestelmiä, joilla voi olla syrjäyttävä vaikutus,[60] eikä ainoastaan sellaisia, joiden vaikutukset kilpailuun ovat tai voivat olla ”vakavia” tai ”merkittäviä”.

91. Koska määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen läsnäolo nimittäin on jo heikentänyt kilpailurakennetta merkityksellisillä markkinoilla, kaikki kilpailurakenteen lisärajoitukset EY 82 artiklan soveltamisalalla voivat olla määräävän aseman väärinkäyttöä.[61]

92. Unionin tuomioistuin on – suunnilleen samoihin aikoihin vuonna 2012 annetun tuomion Post Danmark kanssa – vastaavasti todennut, että sellaisen täsmällisen kynnyksen vahvistaminen, jonka ylittyessä määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen myöntämiä alennuksia on pidettävä väärinkäyttönä, ei ole tarpeen EY 82 artiklan soveltamiseksi.[62] Asiakkailla pitäisi nimittäin olla mahdollisuus hyötyä täysimääräisesti kaikesta mahdollisesta kilpailusta markkinoilla, ja kilpailijoiden pitäisi kyetä kilpailemaan suoritteilla koko markkinoilla eikä vain niiden jollakin osalla. Määräävässä asemassa olevan yrityksen asiana ei myöskään ole määritellä, kuinka monella elinkelpoisella kilpailijalla on lupa kilpailla siitä kysynnän osuudesta, joka on vielä voitettavissa.[63]

57 — Tuomio Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, 25 kohta).

58 — Tuomio Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, 41 kohta; vastaavasti 17, 22, 27, 29 ja 44 kohta).

59 — Ks. tästä edellä tämän ratkaisuehdotuksen 29 kohta.

60 — Ks. tästä vielä edellä tämän ratkaisuehdotuksen 82 kohta.

61 — Tuomio Hoffmann-La Roche v. komissio (85/76, EU:C:1979:36, 123 kohdan loppu).

62 — Tuomio Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 46 ja 48 kohta); vastaavasti jo tuomio Hoffmann-La Roche v. komissio (85/76, EU:C:1979:36, 89 kohta), jossa painotetaan, ettei uskollisuusalennusten väärinkäytön luonteisuus riipu asiakkaiden ostojen ”rahallisesta arvosta, olipa se huomattava tai vähäinen”.

63 — Tuomio Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:221, 42 kohta).

93. De minimis -kynnyksen soveltaminen määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen liiketoimintatapojen syrjäyttävien vaikutusten arvioimiseen vaikuttaa kuitenkin tarpeettomalta myös seuraavista kahdesta syystä: Ensinnäkin on niin, kuten edellä on jo todettu,[64] että mainittujen syrjäyttävien vaikutusten on perustuttava kaikkien yksittäistapauksen merkityksellisten olosuhteiden konkreettiseen tarkasteluun ja oltava todennäköisempiä kuin niiden puuttuminen. Toiseksi EY 82 artiklaan sisältyvä väärinkäyttöä koskeva kielto käsittää joka tapauksessa ainoastaan sellaiset menettelytavat, jotka ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

94. Kumpikin näistä näkökohdista sulkee jo yksinään täysin riittävällä tavalla pois sen, että EY 82 artiklaan sisältyvän väärinkäyttöä koskevan kiellon piiriin voisi kuulua menettelytapoja, joiden kilpailunvastaiset vaikutukset ovat ainoastaan hypoteettisia tai täysin toisarvoisia.

3. Välipäätelmä

95. Yhteenvetona voidaan näin ollen todeta seuraavaa:

Lukuun ottamatta vaatimusta tosiasiallisesta tai mahdollisesta vaikutuksesta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan syrjäyttävän vaikutuksen, jollainen määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen alennusjärjestelmällä voi olla, ei tarvitse ylittää jonkinlaista tuntuvuuskynnystä (de minimis -kynnys), jotta sitä voidaan pitää EY 82 artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä. Riittää, että tällaisen syrjäyttävän vaikutuksen esiintyminen on todennäköisempää kuin sen puuttuminen.

VI **Ratkaisuehdotus**

96. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa tanskalaisen Sø- og Handelsretin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

1) Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen soveltama alennusjärjestelmä on EY 82 artiklassa tarkoitettua väärinkäyttöä, jos arvioitaessa kokonaisuudessaan kaikkia yksittäistapauksen olosuhteita ilmenee, että alennuksilla voi olla taloudellisesti perusteeton syrjäyttävä vaikutus, minkä yhteydessä on arvioitava erityisesti alennusten myöntämistä koskevia kriteerejä ja yksityiskohtia, kilpailuolosuhteita merkityksellisillä markkinoilla ja määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen asemaa näillä markkinoilla.

2) EY 82 artiklassa ei edellytetä, että tällaisen alennusjärjestelmän väärinkäytön luonteisuus osoitetaan yhtä tehokkaan kilpailijan kriteerin (as efficient competitor -testi) kaltaisen hinta–kustannus-analyysin avulla, sikäli kuin kyseisen alennusjärjestelmän väärinkäytön luonteisuus ilmenee jo arvioitaessa kokonaisuudessaan yksittäistapauksen muita olosuhteita.

   Kilpailuasioita käsittelevät viranomaiset ja tuomioistuimet voivat kuitenkin käyttää tällaista hinta–kustannus-analyysia arvioidessaan kokonaisuudessaan yksittäistapauksen kaikkia olosuhteita, ellei markkinarakenne huomioon ottaen ole pois suljettua, että jokin toinen yritys voi olla yhtä tehokas kuin määräävässä markkina-asemassa oleva yritys.

3) Lukuun ottamatta vaatimusta tosiasiallisesta tai mahdollisesta vaikutuksesta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan syrjäyttävän vaikutuksen, jollainen määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen alennusjärjestelmällä voi olla, ei tarvitse ylittää jonkinlaista tuntuvuuskynnystä (de minimis -kynnys), jotta sitä voidaan pitää EY 82 artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä. Riittää, että tällaisen syrjäyttävän vaikutuksen esiintyminen on todennäköisempää kuin sen puuttuminen.

64 — Ks. vielä edellä tämän ratkaisuehdotuksen 31, 68 ja 82–85 kohta.