JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
F. G. JACOBS
28 päivänä toukokuuta 1998 *

1. Käsiteltävänä olevassa asiassa Oberlandesgericht Wien on Kartellgerichtina (kilpailuoikeudellista asiaa käsittelevänä tuomioistuimena) kysynyt yhteisöjen tuomioistuimelta, onko se, että sanomalehtikonserni, jolla on merkittävä osuus päivälehtimarkkinoista, kieltäytyy tarjoamasta kotiinkantojärjestelmänsä palveluja kilpailevan lehden kustantajalle, tai tarjoaa näitä palveluja ainoastaan sillä ehdolla, että kilpaileva yritys hankkii konsernilta tiettyjä lisäpalveluja, perustamissopimuksen 86 artiklassa tarkoitettua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä.

Tosiseikat ja kansallisen tuomioistuimen kysymykset

2. Oscar Bronner GmbH & Co. KG (jäljempänä Bronner) on Der Standard -nimisen päivälehden kustantaja. Vuonna 1994 lehdellä oli Itävallan päivälehtimarkkinoilla 3,6 prosentin markkinaosuus levikistä ja noin 6 prosentin markkinaosuus mainostuloista.

3. Pääasian ensimmäinen vastaaja, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG kustantaa päivälehtiä Neue Kronen Zeitung ja Kurier ja huolehtii näiden molempien sanomalehtien jakelusta ja mainostoiminnasta tytäryhtiöidensä, joiden koko osakepääoman se omistaa, eli Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG:n ja Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG:n, jotka ovat pääasiassa toisena ja kolmantena vastaajana, välityksellä. Vuonna 1994 näillä kahdella sanomalehdellä oli yhdessä 46,8 prosentin markkinaosuus kokonaislevikistä ja 42 prosentin markkinaosuus kaikista mainostuloista. Lisäksi niillä oli kotitalouksissa asuvien yli neljätoistavuotiaiden henkilöiden osalta 53,3 prosentin ja kaikkien päivälehtien lukijoiden osalta 71 prosentin kattavuus.

4. Oscar Bronner pyrkii *Kartellgesetz*in (Itävallan kilpailunrajoituslaki) 35 §:n perusteella nostamallaan kanteella siihen, että Mediaprint-konserni (jäljempänä Mediaprint) määrättäisiin lopettamaan määräävän markkina-asemansa väärinkäyttö ja liittämään Bronner kohtuullista korvausta vastaan valtakunnalliseen päivälehtien kotiinkantojärjestelmäänsä. Vaikka Itävallassa onkin muutamia alueellisia tai paikallisia verkostoja, Mediaprintin verkosto on kuitenkin Itävallan ainoa valtakunnallinen verkosto. Bronner väittää, että ainoastaan kotiinkannolla voidaan varmistaa päivälehden saapuminen tilaajalle aamun ensimmäisinä tunteina; jakelu postin välityksellä, joka saapuu yleensä vasta myöhemmin

* Alkuperäinen kieli: englanti.

aamulla, ei vastaa sisällöltään eikä korvaa kotiinkantoa. Lehden tilaajien vähäisen lukumäärän vuoksi Bronnerin ei ole kannattavaa järjestää omaa kotiinkantojärjestelmää. Bronner väittää lisäksi, että Mediaprint on syrjinyt sitä liittämällä kotiinkantojärjestelmäänsä Wirtschaftsblatt-päivälehden, joka ei kuitenkaan ole Mediaprintin kustantama.

5. Mediaprint väittää, että sen kotiinkantojärjestelmän perustaminen edellytti huomattavia hallinnollisia ja taloudellisia investointeja. Määräävästä markkina-asemastaan huolimatta se ei ole velvollinen tukemaan kilpailijoitaan. Sen verkostoon liitetyn Wirtschaftsblattin asema ei ole rinnastettavissa Der Standardin asemaan, koska Wirtschaftsblattin kustantaja on antanut Mediaprintin suoritettavaksi myös *painotyön ja markkinoinnin; kotiinkantojärjestelmään* liittäminen on siten ainoastaan osa palvelukokonaisuudesta. Lisäksi Wirtschaftsblatt ei kilpaile välittömästi Mediaprintin päivälehtien kanssa, koska siitä puuttuvat sellaiset päivälehteen olennaisesti kuuluvat osastot, kuten urheilu, kulttuuri ja televisio. Lisäksi kotiinkantojärjestelmän kapasiteettirajoitukset ylitettäisiin, jos Mediaprintin olisi annettava kotiinkantojärjestelmä Itävallan kaikkien päivälehtien kustantajien käyttöön.

6. Kansallinen tuomioistuin katsoo, että sillä on toimivalta soveltaa yksinomaan kansallisia kilpailusääntöjä, eikä se voi soveltaa välittömästi perustamissopimuksen kilpailusääntöjä. Se päättelee kuitenkin, että jos yrityksen toiminta kuuluu perustamissopimuksen 86 artiklan soveltamisalaan, on kyseessä väistämättä myös samansisältöisessä *Kartellgesetz*in 35 §:ssä tarkoitettu määräävän markkina-aseman väärinkäyttö. Yhteisön oikeuden vastaista toimintaa ei yhteisön oikeuden ensisijaisuuden vuoksi voida hyväksyä myöskään kansallisessa oikeudessa. Ottaen huomioon, että perustamissopimuksen 86 artiklan soveltaminen edellyttää, että väärinkäyttö voi vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, kansallinen tuomioistuin viittaa Bronnerin ilmaisemaan huoleen siitä, että Mediaprintin kieltäytyminen tarjoamasta kotiinkantojärjestelmänsä palveluja syrjäyttäisi Bronnerin päivälehtimarkkinoilta ja uhkaisi sen olemassaoloa. Koska Bronner myös ulkomailla saatavissa olevan kansallisen päivälehden kustantajana osallistuu ulkomaankauppaan, kansallinen tuomioistuin päättelee, että asialla on vaikutuksia jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

7. Kansallinen tuomioistuin on näin ollen pyytänyt yhteisöjen tuomioistuimelta vastausta seuraaviin kysymyksiin:

"1) Onko EY:n perustamissopimuksen 86 artiklaa tulkittava siten, että päivälehtiä kustantava, julkaiseva ja jakeleva yritys, jolla on Itävallan päivälehtimarkkinoilla ylivertainen asema (nimittäin 46,8 prosenttia kokonaislevikistä, 42 prosenttia ilmoitustuloista ja 71 prosentin kattavuus koko päivälehtimarkkinoilla) ja Itävallan ainoa valtakunnallinen kotiinkantojärjestelmä, käyttää väärin määräävää markkina-asemaansa estäen muiden markkinoille pääsyn kieltäytyessään tekemästä toiselle niin ikään Itävallassa päivälehtiä kustantavalle, julkaisevalle ja jakelevalle yritykselle sitovaa tarjousta sen päivälehtien liittämisestä kotiinkantojärjestelmäänsä, kun tämän tarjousta pyytäneen yrityksen ei pienen

levikin ja siten vähäisen tilausmäärän vuoksi ole mahdollista yksin tai yhteistyössä markkinoilla toimivien muiden päivälehtiyritysten kanssa kohtuullisin kustannuksin luoda omaa kotiinkantojärjestelmää ja ylläpitää sitä kannattavasti?

2) Onko silloin kyse EY:n perustamissopimuksen 86 artiklassa tarkoitetusta väärinkäytöstä, kun — ensimmäisessä kysymyksessä jo tarkemmin selostetuissa olosuhteissa — päivälehtien kotiinkantojärjestelmästä vastaava yritys asettaa liikesuhteen kilpailevan tuotteen kustantajan kanssa aloittamisen edellytykseksi sen, että tämä ei käytä vain kotiinkantopalvelua, vaan että se osana kokonaissopimusta käyttää myös muita tarjottuja palveluja (kuten lehtikioskeissa myyntiä tai painopalveluja)?"

8. Bronner, Mediaprint ja komissio, joista jokainen oli edustettuna myös istunnossa, ovat esittäneet kirjalliset huomautukset.

Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottaminen

9. Mediaprint ja komissio väittävät, ettei ennakkoratkaisupyyntöä voida ottaa tutkittavaksi. Niiden mukaan kansallinen tuomioistuin on kilpailuviranomainen, jolla on toimivalta soveltaa yksinomaan kansallista kilpailuoikeutta.

10. Mielestäni on kuitenkin selvää, että Kartellgericht on tuomioistuin ja että se toimii tässä ominaisuudessa pääasiassa. Sillä on siten oltava toimivalta soveltaa 86 artiklaa.

11. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä, joka koskee sitä, onko toimielin perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettu jäsenvaltion tuomioistuin, vahvistetaan, että Kartellgericht on tuomioistuin ja että se toimii tässä ominaisuudessa. Yhteisöjen tuomioistuin on oikeuskäytännössään ottanut huomioon useita seikkoja, kuten toimielimen lakisääteisyyden, pysyvyyden, sen toimivallan pakollisuuden, kontradiktorisen menettelyn noudattamisen asioiden käsittelyssä, sen toimimisen oikeussääntöjen soveltajana ja sen riippumattomuuden. [1] Tämän lisäksi toimielimen on toimittava tuomioistuimen ominaisuudessa. Asia on näin "silloin, kun niissä on

1 — Ks. esim. asia C-54/96, Dorsch Consult, tuomio 17.9.1997 (Kok. 1997, s. I-4961).

vireillä oikeudenkäyntiasia ja kun niissä vireillä olevan menettelyn tarkoituksena on oikeudenkäyntiasian ratkaiseminen tuomioistuimen päätöksellä". [2]

12. Mediaprint ja komissio eivät väitä, etteikö Kartellgericht täyttäisi näitä edellytyksiä. Oberlandesgericht Wien on näet *Kartellgesetz*illä perustettu pysyvä kilpailuoikeudellista asiaa käsittelevä tuomioistuin koko Itävaltaa varten. [3] Sen kokoonpanoon kuuluu tuomari, joka toimii puheenjohtajana, sekä kaksi maallikkojäsentä, [4] joiden ammatillista pätevyyttä koskevat vaatimukset ja riippumattomuus on varmistettu [5] (puheenjohtaja käsittelee yksin välitoimia koskevat asiat). [6] Sen tehtävänä on soveltaa *Kartellgesetz*iä siinä vahvistettuja menettelyjä noudattaen. [7]

13. Vaikka eräät näistä menettelyistä ovatkin enemmän hallinnollisia kuin oikeudellisia (esim. kartellirekisterin pito), pääasian menettely esillä olevassa asiassa on kuitenkin selvästi oikeudellinen. Yksi osapuoli on nostanut kanteen toista osapuolta vastaan *Kartellgesetz*in 35 §:n perusteella, jossa säädetään, että Kartellgericht määrää hakemuksesta yrityksen lopettamaan määräävän aseman väärinkäytön. Kyseisen säännöksen sanamuodosta, etenkin sanoista "hat auf Antrag — — aufzutragen" ("määrää hakemuksesta"), ilmenee selvästi, että säännöksessä perustetaan kanneoikeus, joka ei anna Kartellgerichtille harkintavaltaa sen suhteen, ottaako se kanteen käsiteltäväkseen. Kannetta käsitellessään Kartellgericht soveltaa niitä sääntöjä ja käsitteitä, etenkin määräysvaltaa ja väärinkäyttöä koskevia käsitteitä, joista on säädetty *Kartellgesetz*in 34 ja 35 §:ssä.

14. Kartellgerichtiä on siten epäilemättä pidettävänä tuomioistuimena. Tämä tarkoittaa periaatteessa sitä, että koska perustamissopimuksen 86 artiklalla on välitön oikeusvaikutus, yksityisellä oikeussubjektilla on oltava oikeus vedota kyseiseen artiklaan Kartellgerichtissä. [8] Näin on myös siitä huolimatta, että hänellä saattaa olla oikeus vedota 86 artiklaan perustuviin oikeuksiinsa tavallisissa tuomioistuimissa. Yhteisön oikeuden tehokkuusperiaate edellyttää, että jokaisella tuomioistuimella, jolla on toimivalta ratkaista kanne, joka koskee sellaisia tosiseikkoja, joihin yhteisön sääntö on sovellettavissa, on oltava mahdollisuus soveltaa tätä sääntöä. [9]

15. Komission viittaus yhteisöjen tuomioistuimen asiassa BRT vastaan SABAM 30.1.1974 antamaan tuomioon vastakkaisen näkemyksen tueksi on yllättävä. Kyseisessä asiassa antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin totesi, että edes sellaisia tuomioistuimia, joiden tehtävänä on soveltaa kansallista kilpailulainsäädäntöä tai valvoa hallintoviranomaisten soveltamistoimien laillisuutta, ei ole vapautettu soveltamasta 86 artiklaa silloin, kun siihen vedotaan näissä tuomioistuimissa. [10]

2 — Asia C-111/94, Job Centre, tuomio 19.10.1995 (Kok. 1995, s. I-3361, tuomion 9 kohta).

3 — 88 §.

4 — 89 §:n 1 momentti.

5 — 94 §.

6 — 92 §.

7 — Ks. etenkin 43 §.

8 — Asia 127/73, BRT v. SABAM, tuomio 30.1.1974 (Kok. 1974, s. 51, tuomion 15 kohta; Kok. Ep II, s. 201).

9 — Asia 35/76, Simmenthal, tuomio 15.12.1976 (Kok. 1976, s. 1871).

10 — Tuomion 19 ja 20 kohta.

16. Voidaan kuitenkin väittää, että asiassa BRT vastaan SABAM annettu tuomio ei ratkaise ongelmaa, koska kyseisessä asiassa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin oli siviilituomioistuin, joka käsitteli tavallista siviilikannetta, eikä tuomioistuin, joka olisi nimenomaisesti erikoistunut kilpailuoikeudellisiin asioihin. Komission ja jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisten välisestä yhteistyöstä Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan soveltamisalaan kuuluvien asioiden käsittelyssä antamassaan tiedonannossa [11] komissio tunnustaa, että eräiden jäsenvaltioiden viranomaiset voivat soveltaa yksinomaan kansallisia sääntöjään sillä perusteella, että menettelylliset keinot 85 ja 86 artiklan soveltamiseksi puuttuvat. Ottaen huomioon, että nämä artiklat on suunnattu pikemminkin yrityksille kuin jäsenvaltioille ja että komissiosta on tehty se pääasiallinen viranomainen, joka huolehtii niiden täytäntöönpanosta, on täysin mahdollista ajatella, että jäsenvaltioilla ei ole velvollisuutta antaa kansallisten viranomaistensa (erotukseksi niiden tuomioistuimista) tehtäväksi valvoa näiden määräysten täytäntöönpanoa. On siten mahdollista, että näiden viranomaisten ainoaksi velvollisuudeksi jää soveltaa kansallisia kilpailusääntöjä siten, että ne eivät ole ristiriidassa 85 ja 86 artiklan kanssa.

17. Mikäli tämä näkemys voidaan hyväksyä, on mahdotonta pitää normaalina sitä, että niihin perusteisiin, joiden nojalla kansallinen tuomioistuin voi valvoa näiden viranomaisten päätöksiä, voitaisiin katsoa kuuluvan myös se, että yhteisön oikeuden säännöksiä ei ole sovellettu tai että niitä on sovellettu väärin. On siten mahdollista, että tuomioistuinta voidaan tällaisissa tapauksissa pitää yksinomaan kansallisen kilpailuoikeuden soveltamista käsittelevän toimielimen jatkeena.

18. Tämän kysymyksen käsittelyä ei kuitenkaan ole tässä tarpeen jatkaa. Tällaista ongelmaa ei synny silloin kun, kuten käsiteltävänä olevassa asiassa, jäsenvaltio on omaksunut sellaisen järjestelmän, jossa erityinen kilpailuoikeudellisia asioita käsittelevä toimielin sinällään on tuomioistuin ja asioiden käsittelyssä noudatetaan kontradiktorista menettelyä ja oikeudenkäyntisääntöjä. Tällaisissa olosuhteissa yhteisön oikeuden tehokkuusperiaate ja 86 artiklan välitön oikeusvaikutus edellyttävät, että tuomioistuimen olisi voitava soveltaa 86 artiklaa välittömästi sen käsiteltäväksi saatettuun asiaan, mikä tekisi myös tarpeettomaksi erillisen yhteisön oikeuteen perustuvan kanteen nostamisen toisessa tuomioistuimessa.

19. Käsiteltävänä olevassa asiassa ei ole myöskään tarpeen tarkastella kysymystä siitä, pitäisikö yhteisöjen tuomioistuimen käsitellä perustamissopimuksen 86 artiklaa sen perusteella, että 86 artikla ei sovellu sellaisenaan, vaan sen perusteella, että tällaisesta ratkaisusta voisi olla kansalliselle tuomioistuimelle hyötyä sen soveltaessa kansallista lainsäädäntöään. Tämä kysymys tulisi esiin silloin jos kansallisella tuomioistuimella ei olisi toimivaltaa soveltaa 86 artiklaa; ennakkoratkaisupyyntö on näet esitetty yhteisöjen tuomioistuimelle juuri tällä perusteella.

20. Voidaan kuitenkin harkita sitä, onko yhteisöjen tuomioistuimen tarkoituksenmu-

11 — EYVL 1997, C 313, s. 3.

kaista antaa ratkaisu tältä pohjalta. Kuten komissio on korostanut, Itävallan kilpailusäännökset eivät perustu välittömästi yhteisön kilpailuoikeuteen eikä niissä myöskään viitata siihen. Itävallan lainsäädännössä määräävä asema on määritelty aivan toisella tavalla kuin yhteisön lainsäädännössä. Väärinkäyttö on kielletty ainoastaan silloin, kun Kartellgerich on määrännyt sen lopettamisesta. Tämän lisäksi tiedotusvälineiden alalla määräävään markkina-asemaan sovelletaan erityistoimenpiteitä. Käsiteltävänä oleva asia eroaa näin ollen niistä asioista, joissa kansallinen oikeus ja yhteisön oikeus liittyvät välittömästi toisiinsa, kuten silloin, kun kansallinen lainsäädäntö on yhteisön oikeuden välitöntä täytäntöönpanoa. [12]

21. Voitaisiin kuitenkin väittää, että kilpailuoikeuden alaan liittyy sellaisia erityispiirteitä, joiden pitäisi johtaa yhteisöjen tuomioistuin antamaan ratkaisu ainakin niissä tapauksissa, joissa on todettu olevan vaikutuksia yhteisön sisäiseen kauppaan. Voimassa olevan yhteisön oikeuden mukaan yhteisön kilpailusääntöjä ja kansallisia kilpailusääntöjä sovelletaan rinnakkain 85 ja 86 artiklan soveltamisalaan kuuluvissa asioissa. [13] Siten siitä huolimatta, että kansallisen tuomioistuimen tarkoituksena on soveltaa pääasian oikeudenkäynnissä kansallista lainsäädäntöä, kansallisen tuomioistuimen käsiteltävänä oleva tilanne — ja asiayhteys, jossa kansallinen tuomioistuin on pyytänyt yhteisöjen tuomioistuimelta ratkaisua — on sellainen, johon 86 artikla soveltuu.

12 — Asia C-28/95, Leur-Bloem, tuomio 17.7.1997 (Kok. 1997, s. I-4161) ja asia C-130/95, Giloy, tuomio 17.7.1997 (Kok. 1997, s. I-4291).

13 — Asia 14/68, Walt Wilhelm ym., tuomio 13.2.1969 (Kok. 1969, s. 1; Kok. Ep I, s. 377).

22. Yhteisön oikeuden kansallisen oikeuden erilaiselle soveltamiselle 85 ja 86 artiklan soveltamisalaan kuuluvissa asioissa asettamat rajat eivät ole yksiselitteiset, [14] ja on jopa ehdotettu, ottaen huomioon tällaisten rajojen yhdenmukaiseen määrittelemiseen liittyvät vaikeudet, että jopa rinnakkaisen soveltamisen periaatetta olisi harkittava uudelleen. [15] Käytännössä vaikuttaa siltä, että tällä alalla vallitseva epävarmuus on osittain poistunut komission ja kansallisten kilpailuviranomaisten välisellä tiiviillä yhteistyöllä, jonka merkitystä komissio on korostanut. [16] Näin ollen on ymmärrettävää, että vaikka kansallisella tuomioistuimella olisikin toimivalta soveltaa ainoastaan kansallista lainsäädäntöään, se haluaisi kuitenkin saada, etenkin kun asialla on vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, selvennystä yhteisön oikeuden kannasta tarkoituksenaan päästä, mikäli mahdollista, vastaavaan tulokseen kansallisia sääntöjä soveltamalla. Vaikka kansallisella tuomioistuimella ei olisikaan yhteisön tai kansallisen lainsäädännön perusteella velvollisuutta noudattaa yhteisön tuomioistuimen antamaa tuomiota, viimeksi mainitulla voi kuitenkin tällaisessa tapauksessa olla hyvinkin ratkaiseva merkitys. Tällainen tapaus eroaa täysin siitä tapauksesta, jossa ennakkoratkaisumenettelyyn turvaudutaan pelkästään vertailevan oikeuden harjoituksena. [17]

23. Mikäli tämän kysymyksen osalta olisi näin ollen välttämätöntä tehdä joitakin johtopää-

14 — Ks. asia Walt Wilhelm ym. (mainittu edellä alaviitteessä 13); yhdistetyt asiat 253/78, 1/79, 2/79 ja 3/79, Giry ja Guerlain ym., tuomio 10.7.1980; julkisasiamies Tesauron ratkaisuehdotus asiassa C-266/93, Volkswagen ja VAG Leasing, tuomio 24.10.1995 (Kok. 1995, s. I-3477) ja edellä alaviitteessä 11 mainittu komission tiedonanto, 16—22 kohta.

15 — Waltz, Robert: Rethinking *Walt Wilhelm*, or the Supremacy of Community Competition Law over National Law, 1996, *ELRev*, osa 21, s. 449.

16 — Ks. yleisesti edellä alaviitteessä 11 mainittu komission tiedonanto.

17 — Ks. asia C-346/93, Kleinwort Benson, tuomio 28.3.1995 (Kok. 1995, s. I-615).

töksiä, ensin olisi päästävä olemassa olevien vastakkaisten näkemysten osalta yksimielisyyteen. Mielestäni edellä esitetty pohdinta on kuitenkin hypoteettista, koska on selvää, että sellaista kannetta, josta on kyse pääasian oikeudenkäynnissä, ratkaisevan kansallisen tuomioistuimen on voitava, kuten edellä on jo todettu, välittömästi soveltaa 86 artiklaa. Se, että tähän määräykseen ei ole vedottu kansallisessa tuomioistuimessa pääasiaa koskevan oikeudenkäynnin aikana, ei aseta kyseenalaiseksi yhteisön tuomioistuimelle kuuluvaa toimivaltaa ratkaista sille esitetty ennakkoratkaisupyyntö. Kansallinen tuomioistuin on pyytänyt siltä ratkaisua 86 artiklan osalta, ja on mahdollista, että se joutuu soveltamaan sitä sen jälkeen, kun sen tähän liittyvä toimivalta on todettu.

24. Mediaprint ja komissio ovat myös väittäneet, että esitettyjä kysymyksiä ei voitaisi ottaa tutkittavaksi sillä perusteella, että, toisin kuin kansallinen tuomioistuin on katsonut, edellytys vaikutuksesta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ei ole täyttynyt. Päätelmä, jonka mukaan Der Standard syrjäytettäisiin markkinoilta, ei tunnu todennäköiseltä, ja, mikäli sitä olisikin pidettävä oikeana, mahdollinen vaikutus kauppaan olisi tuskin tuntuva ottaen huomioon ulkomaille myytävien irtonumeroiden vähäinen lukumäärä.

25. Kansallinen tuomioistuin on kuitenkin ensisijaisesti katsonut, että edellytys vaikutuksesta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan on täyttynyt, ja esittänyt kysymyksensä tähän perustuen. Tämä riittää sen toteamiseksi, että esitetyt kysymykset voidaan ottaa tutkittavaksi. Perustelu, jonka Mediaprint on esittänyt huomautuksissaan ja jonka mukaan Standardin ulkomaille myydyt irtonumerot muodostavat ainoastaan pienen osan kokonaismyynnistä, voisi, mikäli se näytetään toteen, asettaa kyseenalaiseksi kansallisen tuomioistuimen tekemän päätelmän, mutta tämä ei riitä vielä siihen, että yhteisöjen tuomioistuin voisi todeta, että kansallisen tuomioistuimen esittämillä kysymyksillä ei ole ilmeisesti mitään yhteyttä kansallisen tuomioistuimen käsiteltäväksi saatetun asian kanssa.

26. Tämän lisäksi, kuten komissiokin on todennut, kansallisen tuomioistuimen näkemyksen tueksi voidaan esittää toinenkin perustelu. Jos Mediaprintin kieltäytyminen tarjoamasta verkostonsa palveluja vaikeuttaisi Itävallan markkinoille pääsyä, se saattaisi johtaa siihen, että kyseisiltä markkinoilta suljettaisiin pois kilpailu sellaisten toisista jäsenvaltioista lähtöisin olevien kustantajien osalta, jotka haluaisivat kustantaa tai myydä lehtiä Itävallassa, mikä olisi siten omiaan häiritsemään kaupan kehittymistä yhteisössä. Komission väitettä siitä, että tällainen vaikutus on hyvin epätodennäköinen, kun otetaan huomioon muut käytettävissä olevat jakelukeinot, on pidettävä aineellisena kysymyksenä. Mikäli se, että Mediaprint kieltäytyy tarjoamasta jakelujärjestelmänsä palveluja, katsotaan väärinkäytöksi sillä perusteella, että sillä on vaikutuksia Itävallan päivälehtimarkkinoihin, myös edellä esitetyn tarkastelun perusteella voidaan sanoa, että sillä on mahdollisesti vaikutuksia myös jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

27. Mielestäni ennakkoratkaisupyyntö voidaan näin ollen ottaa tutkittavaksi.

Ensimmäinen kysymys

28. Jotta voitaisiin todeta, onko yritys käyttänyt 86 artiklan vastaisesti väärin määräävää markkina-asemaansa, on ensiksi syytä määritellä relevantit markkinat, toiseksi, onko kyseinen yritys määräävässä markkina-asemassa näillä markkinoilla ja lopuksi, mikäli tähän on vastattava myönteisesti, onko yrityksen käyttäytymistä pidettävä tämän määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä.

Relevantit markkinat

29. Kansallisen tuomioistuimen esittämissä kysymyksissä näytetään lähtevän siitä, että relevantteina markkinoina on pidettävä päivälehtimarkkinoita, kun asiaan vaikuttavana tosiseikkana huomioon otetaan Mediaprintin erittäin kehittynyt jakeluverkosto tarkasteltaessa sitä, onko se määräävässä markkina-asemassa näillä markkinoilla. Kuten Bronner ja komissio ovat ehdottaneet, minusta näyttää kuitenkin siltä, että käsiteltävänä olevassa asiassa relevantteja markkinoita ei ole tarkoituksenmukaista rajata sanomalehtimarkkinoihin sellaisenaan vaan jakelumarkkinoihin tai osaan jakelumarkkinoista. Yritys voi olla määräävässä markkina-asemassa tuotemarkkinoilla ilman, että se kuitenkaan valvoisi jakelua tai päinvastoin. Väitettynä väärinkäyttönä on se, että Mediaprint kieltäytyy tarjoamasta jakelujärjestelmänsä palveluita tai asettaa näiden palvelujen tarjoamisen edellytykseksi kohtuuttomia ehtoja. Ennakkoratkaisupyynnössä on näin ollen kysymys siitä, että Mediaprintin on väitetty käyttäneen sanomalehtien jakeluun liittyvää taloudellista valtaansa väärin tarkoituksenaan poistaa kilpailu liitännäisiltä sanomalehtimarkkinoilta.

30. Mediaprintin valtakunnallisen verkoston lisäksi Itävallassa näyttää olevan muutamia paikallisia tai alueellisia verkostoja; lisäksi jakeluun on muitakin keinoja, kuten jakelu postin välityksellä, kaupat, lehtikioskit, myyntiautomaatit jne. Näin ollen on syytä selvittää, muodostuvatko relevantit markkinat a) päivälehtien jakelusta yleensä, b) päivälehtien alueellisesta ja valtakunnallisesta kotiinkannosta vai c) päivälehtien valtakunnallisesta kotiinkannosta. Tämän osalta oleellisena kysymyksenä on pidettävä sitä, miltä osin valtakunnalliset kotiinkantojärjestelmät ovat korvattavissa alueellisilla tai paikallisilla jakelupalveluilla tai muilla jakelukeinoilla. Valtakunnalliset kotiinkantojärjestelmät muodostavat erilliset markkinat, jos ne voidaan korvata ainoastaan rajallisesti muilla jakelukeinoilla. Erityistä merkitystä on annettava sille, missä määrin kotiinkantojärjestelmään liittyy sellaisia erityisiä ominaispiirteitä, jotka vaikuttavat kuluttajien valintoihin, sekä sille, kuinka paljon palvelun ja muiden jakelukeinojen kysynnän välillä on joustavuutta. [18]

31. Tämän kysymyksen tarkastelemista ei kuitenkaan ole tässä aihetta jatkaa. Kuten jäljem-

18 — Ks. asia 27/76, United Brands v. komissio, tuomio 14.2.1978 (Kok. 1978, s. 207, tuomion 22—35 kohta). Ks. vastaavasti komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta (EYVL 1997, C 372, s. 5).

pänä tulen osoittamaan, vaikka relevantit markkinat määriteltäisiinkin kaikkein suppeimmalla tavalla, toisin sanoen relevantit markkinat muodostuisivat valtakunnallisesta kotiinkantojärjestelmästä, sitä, että Mediaprint kieltäytyy tarjoamasta verkostonsa palveluja, ei voida pitää 86 artiklan vastaisena väärinkäyttönä.

Määräävä markkina-asema

32. Asiaa perinteisesti tarkasteltaessa olisi seuraavaksi määriteltävä, onko Mediaprint määräävässä asemassa relevanteilla markkinoilla. Asiassa United Brands vastaan komissio antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin määritteli määräävän aseman siten, että se "koskee yrityksen taloudellista valtaa, jonka ansiosta sillä on mahdollisuus estää tosiasiallisen kilpailun säilyminen relevanteilla markkinoilla ja joka antaa sille mahdollisuuden toimia riippumattomasti suhteessa kilpailijoihinsa, asiakkaisiinsa sekä myös tuotteensa kuluttajiin". [19] Lopputulos voi siten vaihdella sen mukaan, miten kansallinen tuomioistuin määrittelee relevantit markkinat. Erilaisten vaihtoehtojen käsitteleminen ei kuitenkaan tässä kohdin ole välttämätöntä, sillä, kuten myöhemmin käy ilmi, määräysvaltaan liittyvää kysymystä on tässä asiayhteydessä syytä tarkastella yhdessä väärinkäyttöön liittyvän kysymyksen kanssa.

19 — Tuomion 65 kohta.

Väärinkäyttö

33. Kansallisen tuomioistuimen esittämään ensimmäiseen kysymykseen liittyvä pääasiallinen ongelma koskee sitä, onko Mediaprintin asemassa oleva yritys käyttänyt väärin määräävää markkina-asemaansa kieltäytyessään tarjoamasta kilpailijalle kansallisen kotiinkantojärjestelmänsä palveluja. Viitaten olennaisten toimintaedellytysten (essential facilities) nimellä tunnettuun oppiin Bronner katsoo, että Mediaprint on velvollinen tarjoamaan järjestelmänsä palveluja, koska kyse on tehokkaaseen kilpailuun päivälehtimarkkinoilla liittyvästä ennakkoedellytyksestä.

34. Kyseisen opin mukaan yritys, joka on määräävässä asemassa sellaisen toimintaedellytyksen tarjonnassa, joka on olennainen tuotteiden tai palveluiden tarjonnalle toisilla markkinoilla, käyttää väärin määräävää markkina-asemaansa silloin, kun se kieltäytyy antamasta tätä toimintaedellytystä muiden käyttöön ilman, että se olisi objektiivisesti perusteltua. Tietyissä tapauksissa määräävässä markkina-asemassa oleva yritys ei siten ole ainoastaan velvollinen pidättäytymään kaikesta kilpailua rajoittavasta toiminnasta, vaan sen on myös aktiivisesti edistettävä kilpailua antamalla mahdollisten kilpailijoidensa käyttöön sellaiset toimintaedellytykset, jotka se on itse kehittänyt.

Asiaa koskeva oikeuskäytäntö ja käytäntö

35. Yhteisöjen tuomioistuin ei ole oikeuskäytännössään vielä viitannut olennaisia toimintaedellytyksiä koskevaan oppiin. Se on kuitenkin ratkaissut muutamia asioita, joissa oli kyse tuotteiden tai palvelujen toimittamisesta kieltäytymisestä. Kahdessa varhaisessa asiassa yhteisöjen tuomioistuin on selvästi osoittanut, että kieltäytyminen toimittamasta olemassa olevalle asiakkaalle voi olla väärinkäyttöä. Yhdistetyissä asioissa Commercial Solvents vastaan komissio 6.3.1974 antamassaan tuomiossa [20] yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että yritys, jolla oli määräävä markkina-asema raaka-aineiden tuotannossa, ei voinut kieltäytyä toimittamasta raaka-aineita olemassa olevalle asiakkaalleen, joka tuotti näiden raaka-aineiden johdannaistuotteita, pelkästään sillä perusteella, että se oli päättänyt itse aloittaa johdannaistuotteiden tuottamisen ja halusi poistaa vanhan asiakkaansa markkinoilta.

36. Vastaavasti asiassa United Brands vastaan komissio [21] yritys (UBC), joka oli määräävässä markkina-asemassa Chiquita-tavaramerkillä jälleenmyymiensä banaanien tuotannossa, keskeytti toimitukset tanskalaiselle kypsyttäjäjälleenmyyjälle sen jälkeen, kun viimeksi mainittu alkoi UBC:n kanssa erimielisyyksiin jouduttuaan mainostaa kilpailijan banaaneita ja kiinnittää vähemmän huomiota UBC:n banaanien kypsyttämiseen. Yhteisöjen tuomioistuin totesi, että

"yritys, joka on määräävässä asemassa jonkin tuotteen jälleenmyynnissä ja joka hyötyy tunnetun ja kuluttajien arvostaman tavaramerkin suomasta etuudesta, ei voi keskeyttää toimituksiaan tavanomaista kauppatapaa noudattavalle asiakkaalle silloin, kun tämän asiakkaan tilaukset eivät mitenkään ole epätavanomaisia". [22]

37. Asioissa CBEM [23] ja GB-Inno-BM [24] antamissaan tuomioissa yhteisöjen tuomioistuin vahvisti periaatteen, jonka mukaan "yritys, jolla on määräävä asema tietyillä markkinoilla ja joka varaa itselleen ilman objektiivista tarvetta lisätehtävän, jonka kolmas yritys voisi hoitaa osana omia tehtäviään erillisillä, mutta läheisillä markkinoilla, käyttää väärin 86 artiklassa tarkoitettua määräävää asemaa, jolla on mahdollista poistaa kaikki kilpailu yrityksen osalta". [25] Asiassa CBEM televisiotoimintaa harjoittava yritys käytti väärin määräävää markkina-asemaansa televisiointimarkkinoilla vaatiessaan mainostajia käyttämään samaan konserniin kuuluvan telemarkkinointiin erikoistuneen yrityksen palveluja. Kahden palvelun kytkeminen toisiinsa merkitsi kieltäytymistä tarjoamasta aseman palveluja muille telemarkkinointiyrityksille poistaen siten kaiken kilpailun liitännäisiltä markkinoilta samaan konserniin kuuluvan yrityksen hyväksi.

20 — Yhdistetyt asiat 6/73 ja 7/73, Commercial Solvents v. komissio, tuomio 6.3.1974 (Kok. 1974, s. 223; Kok. Ep II, s. 229).

21 — Mainittu edellä alaviitteessä 18.

22 — Tuomion 182 kohta.

23 — Asia 311/84, CBEM, tuomio 3.10.1985 (Kok. 1985, s. 3261).

24 — Asia C-18/88, GB-Inno-BM, tuomio 13.12.1991 (Kok. 1991, s. I-5941).

25 — Asiassa GB-Inno-BM annettu tuomio, tuomion 18 kohta.

38. Viitaten asiassa CBEM antamaansa tuomioon yhteisöjen tuomioistuin katsoi asiassa GB-Inno-BM antamassaan tuomiossa, että yritys, jolla on monopoliasema televerkon perustamista ja hoitamista koskevilla markkinoilla rikkoo 86 artiklaa varatessaan itselleen ilman objektiivista tarvetta erilliset, mutta läheiset markkinat, tässä tapauksessa verkkoon liitettävien laitteiden maahantuonnin, kaupan pitämisen, verkkoon liittämisen, käyttöönoton ja huollon, poistaen näin kaiken kilpailun muiden yritysten osalta.

39. Lopuksi on todettava, että yhteisöjen tuomioistuin on kahdessa muussa asiassa tarkastellut kysymystä siitä, voidaanko toimituksista kieltäytymistä pitää väärinkäyttönä silloin, kun asiaan ei liity mitään muita seikkoja, kuten toimitusten lopettaminen olemassa olevalta asiakkaalta tai toisiinsa liittymättömien suoritusten kytkeminen yhteen. Asiassa Volvo antamassaan tuomiossa [26] yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä ei ole se, että autonvalmistaja, jolla on mallioikeus autojensa korin osiin, kieltäytyy myöntämästä käyttölupaa muille siten, että nämä voisivat toimittaa vaihto-osia, jotka ovat välttämättömiä autojen korjaamiseksi. Yhteisöjen tuomioistuin totesi seuraavaa:

"On myös korostettava, että suojatun mallioikeuden haltijan oikeus estää kolmansia tuottamasta ja myymästä tai maahantuomasta ilman tämän lupaa tuotteita, joihin tämä malli sisältyy, muodostaa kyseisen yksinoikeuden keskeisen sisällön. Tästä on seurauksena, että mallioikeuden haltijalle asetettu velvollisuus myöntää, jopa kohtuullista tekijänpalkkiota vastaan, muille käyttölupa sellaisten tuotteiden tuottamiseen, joihin tämä malli sisältyy, johtaisi mallioikeuden haltijan yksinoikeuden merkityksen menettämiseen, ja että kieltäytymistä tällaisen käyttöluvan myöntämisestä ei voida sinällään pitää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä.

On kuitenkin korostettava, että auton korin osien mallioikeuden haltija voi kuitenkin käyttää yksinoikeuttaan siten, että se on 86 artiklan vastaista, mikäli määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen käyttäytymiseen liittyy väärinkäyttöä, kuten mielivaltainen kieltäytyminen toimittamasta varaosia itsenäisille korjaamoille, varaosien hintojen asettaminen kohtuuttomaksi tai päätös olla enää tuottamatta varaosia tiettyä mallia varten, vaikka useita tämän mallisia autoja on vielä liikenteessä, sillä edellytyksellä, että tällainen käyttäytyminen voi vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan". [27]

40. Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin myöhemmin yhdistetyissä asioissa RTE ja ITP vastaan komissio antamassaan tuomiossa [28] vahvistanut yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen omaksuman näkemyksen, jonka mukaan televisioyhtiöt käyttivät väärin määräävää markkina-asemaansa

26 — Asia 238/87, Volvo, tuomio 5.10.1988 (Kok. 1988, s. 6211).

27 — Tuomion 8 ja 9 kohta. Ks. myös asia 53/87, CICRA ja Maxicar, tuomio 5.10.1988 (Kok. 1988, s. 6039).

28 — Yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P, RTE ja ITP v. komissio, tuomio 6.4.1995 (Kok. 1995, s. I-743); jäljempänä asia Magill.

vedotessaan kansalliseen ohjelmaluetteloa koskevaan tekijänoikeuteensa tarkoituksenaan estää kolmatta osapuolta julkaisemasta viikoittaista televisio-ohjelmalehteä, joka olisi kilpaillut ainoastaan jokaisen televisioyhtiön omia ohjelmia käsittelevien ohjelmalehtien kanssa. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi seuraavaa:

"Kantajat — jotka ovat olleet tosiasiassa ainoat lähteet ohjelmien suunnittelussa laadittujen sellaisten perustietojen saamiseksi, jotka ovat olleet välttämättömiä viikoittaisen ohjelmalehden julkaisemiseksi — eivät ole antaneet television katsojille muuta mahdollisuutta saada tietoja tulevan viikon ohjelmista kuin ostaa jokaista televisiokanavaa käsittelevät erilliset ohjelmalehdet ja saada näistä tarpeelliset tiedot ohjelmien vertailemiseksi.

Kun kantajat ovat kieltäytyneet antamasta perustietoja vetoamalla kansallisiin tekijänoikeussäännöksiin, ne ovat estäneet uuden tuotteen eli kattavan viikoittaisen televisio-ohjelmalehden syntymisen, eivätkä kantajat ole tarjonneet itse tällaista ohjelmalehteä, ja tällaiselle tuotteelle on ollut mahdollista kulutuskysyntää, ja siksi kieltäytymistä on pidettävä perustamissopimuksen 86 artiklan toisen kohdan b alakohdan mukaisena väärinkäyttönä". [29]

41. Yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tarkasteli asiassa Magill annettua tuomiota asiassa Tiercé Landbroke SA vastaan komissio antamaansa tuomioon. [30] Kyseisessä asiassa komissio oli hylännyt kantajan tekemän valituksen, joka koski sitä, että yritykset, joilla oli oikeus Ranskan hevoskilpailujen televisiokuvaan ja ääniselostukseen, samoin kuin yritys, jolla oli yksinoikeus tämän televisiokuvan markkinointiin Saksassa ja Itävallassa, olivat kieltäytyneet luovuttamasta kantajalle oikeutta välittää edelleen kuvia ja ääniselostuksia kantajan Belgiassa sijaitseville vedonlyöntitoimistoille. Vahvistaen komission tekemän päätöksen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi ensin, että komissio oli määritellyt oikein relevantit tuotemarkkinat siten, että ne muodostuivat hevoskilpailujen äänen ja kuvan edelleenlähettämisestä yleensä, ja maantieteelliset markkinat siten, että ne muodostuivat Belgian markkinoista. Siirryttyään seuraavaksi käsittelemään kysymystä väärinkäytöstä yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin huomautti, että yritykset eivät toistaiseksi olleet myöntäneet yhtäkään lisenssiä Belgian markkinoille; näin ollen sitä, että ne olivat kieltäytyneet myöntämästä lisenssiä kantajalle, ei voitu pitää Belgian markkinoilla toimivien toimijoiden syrjintänä. Koska maantieteellinen markkina-alue jakautui erillisiin markkinoihin, kieltäytymisen ei voitu myöskään katsoa aiheuttavan markkinoiden jakautumista.

42. Yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi lopulta, että tällaisten tosiseikkojen puuttuessa kieltäytymistä myöntämästä lisenssiä ei voitu pitää asiassa Magill annetun tuomion mukaisena väärinkäyttönä. Toisin kuin Magill-tapauksessa, jossa kieltäytyminen myöntämästä kantajalle lisenssiä esti tämän pääsyn yleisten televisiolehtien markkinoille, kyseisessä asiassa kantaja ei ainoas-

29 — Tuomion 53 ja 54 kohta.

30 — Asia T-504/93, Tiercé Ladbroke v. komissio, tuomio 12.6.1997 (Kok. 1997, s. II-923); muutoksenhaku vireillä.

taan toiminut vedonlyöntimarkkinoilla vaan hallitsi suurinta osaa näistä markkinoista, joilla relevanttia tuotetta eli ääni- ja kuvalähetystä tarjottiin kuluttajille, kun taas immateriaalioikeuksien haltijat eivät toimineet näillä markkinoilla. Siinäkään tapauksessa, että kilpailuja järjestävien yhtiöiden oma toiminta Belgian markkinoilla ei olisi ollut tässä asiassa ratkaiseva seikka, 86 artiklaa ei olisi voitu soveltaa:

"Kantajaan kohdistettu kieltäytyminen voisi kuulua 86 artiklan mukaisen kiellon alaan ainoastaan, jos kyseessä olisi tuote tai palvelu, joka on välttämätön kyseisen toiminnan harjoittamisen kannalta, koska mitään tosiasiallisesti tai mahdollisesti korvaavaa tuotetta tai palvelua ei ole, tai joka on uusi tuote, jonka markkinoille pääsyä vaikeutetaan, vaikka sillä olisi erityistä, jatkuvaa ja säännöllistä kulutuskysyntää — — ". [31]

43. Edellä mainittujen tuomioiden perusteella on selvää, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys käyttää väärin markkina-asemaansa silloin, kun se perusteettomasti lopettaa tavaroiden tai palvelujen toimittamisen olemassa olevalle asiakkaalle tai kun se poistaa kilpailun liitännäisiltä markkinoilta kytkemällä erillisiä tavaroita tai palveluja toisiinsa. Vaikuttaa kuitenkin myös siltä, että kieltäytyminen käyttöluvan myöntämisestä voi sinällään olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä silloin, kun tällainen kieltäytyminen estää sellaisen uuden tuotteen pääsyn lähimarkkinoille, joka kilpailisi näillä markkinoilla määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen oman tuotteen kanssa.

44. Kieltäytymistä koskevia tapauksia, joita komissio on tutkinut 85 ja 86 artiklan mukaan, on pitkä sarja. Esimerkkeinä voidaan mainita IBM:n päätös kytkeä tietokoneiden myynti perusmuistin ja perusohjelmistojen myyntiin sekä kieltäytyminen toimittamasta tiettyjä ohjelmistoja käytettäväksi muiden kuin IBM:n tietokoneiden kanssa, [32] kieltäytyminen toimittamasta valmisfilmiä ilman takeita siitä, missä filmi tultaisiin jälleenmyymään, [33] kieltäytyminen toimittamasta teolliseen käyttöön tarkoitettua sokeria puhdistetun sokerin tuottajalle laskemalla vähittäismyyntiin tarkoitetun sokerin ja teolliseen käyttöön tarkoitetun sokerin välistä hinnaneroa siten, että vähittäismyyntiin tarkoitetun sokerin itsenäisen tuottajan voittomarginaali oli riittämätön, [34] lentoyhtiön kieltäytyminen päästämästä kilpailevaa lentoyhtiötä tietokonepohjaiseen varausjärjestelmäänsä painostaen siten toista lentoyhtiötä nostamaan hintojaan tai vetäytymään reitiltä, [35] kieltäytyminen yhteisestä varausjärjestelmästä, toisin sanoen kieltäytyminen välittämästä lentolippuja toisen yhtiön lukuun kun toinen yhtiö oli aloittanut kilpailevalla reitillä lentämisen, [36] jakelu- ja myyntisopimuksiin liittyvät ehdot, jotka

31 — Tuomion 131 kohta.

32 — Asia 60/81, IBM v. komissio, tuomio 11.11.1981 (Kok. 1981, s. 2639).

33 — Asia Polaroid v. SSI, *Kolmastoista kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus*, 1984, s. 99.

34 — ETY:n perustamissopimuksen 86 artiklan soveltamismenettelystä 18 päivänä heinäkuuta 1988 tehty komission päätös 88/518/ETY (IV/30.178 — Napier Brown — British Sugar) (EYVL L 284, s. 41).

35 — ETY:n perustamissopimuksen 86 artiklan soveltamismenettelystä 4 päivänä marraskuuta 1988 tehty komission päätös 88/589/ETY (IV/32.318 — London European — SABENA) (EYVL L 317, s. 47).

36 — ETY:n perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan soveltamismenettelystä 26 päivänä helmikuuta 1992 tehty komission päätös 92/213/ETY (IV/33.544 — British Midland v. Aer Lingus) (EYVL L 96, s. 34), ja Lufthansa v. Air Europe, *Kahdeskymmenes kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus*, 1991, s. 98.

estivät tavarataloja ottamasta varastoon muiden tuottajien tavaramerkillä varustettuja mausteita,[37] kuten myös rajoitukset, jotka koskivat sellaisiin maanalaisiin putkijohtoihin liittämistä, joita käytettiin lentokoneiden tankkaamiseen lentokentällä.[38] Tämän lisäksi komissio on asettanut poikkeusluvan saamisen edellytykseksi sen, että tietyt toimintaedellytykset, kuten lentoliikenteen tietokonepohjainen varausjärjestelmä[39] ja lentoasemien lähtö- ja saapumisajat,[40] luovutetaan muiden käyttöön syrjimättömin perustein.

45. Jotkut lainoppineet ovat katsoneet, että yhteisöjen tuomioistuin on asioissa CBEM ja varsinkin Magill antamissaan tuomioissa vahvistanut olennaisia toimintaedellytyksiä koskevan opin, johon komissio on yhä useammin vedonnut omissa päätöksissään. Koska kyseisen opin perustana on Yhdysvaltojen kilpailunrajoituslainsäädäntö, lienee hyödyllistä selostaa lyhyesti Yhdysvaltojen asianomaisen lainsäädännön sisältöä.

46. Yhdysvaltojen lainsäädännön mukaan sopimusvapautta tai vapautta olla tekemättä sopimusta pidetään yhtenä kaupankäynnin vapauden perustavanlaisena piirteenä. Yhdysvaltain kilpailunrajoituslain, joka sisältyy vuoden 1890 *Sherman Act*in 2 osaan, olennaisena tarkoituksena on suojata kilpailua pikemminkin kieltämällä monopoliaseman hankkiminen tai säilyttäminen kuin sääntelemällä määräävässä markkina-asemassa olevan yhtiön toimia. Yhdysvaltojen tuomioistuimet ovat kuitenkin katsoneet, että sopimuspakko syntyy silloin, kun olennaisia toimintaedellytyksiä koskeva oppi on sovellettavissa tai kun yritys kilpailua rajoittaviin keinoihin turvautuen käyttää monopolivaltaansa markkinoilla saavuttaakseen määräysvallan toisesta yrityksestä (leveraging) tai kun sopimuksenteosta kieltäytymisen tarkoituksena on poistaa kilpailu ja perustaa monopoli. Monopoliasemassa olevalla yrityksellä on oikeus kieltäytyä tekemästä sopimusta silloin, kun sen tarkoituksena on yksinomaan valita yrityksen asiakkaat tai parantaa tehokkuutta. Monopoliasemassa oleva yritys ei voi kieltäytyä tekemästä sopimusta silloin, kun se johtaisi kilpailun rajoittumiseen ja korkeampiin hintoihin tai kun se jollakin toisella tavalla johtaisi palvelujen tai tavaroiden laadun heikentymiseen suhteessa kuluttajalle asetettuun hintaan.

47. Yhdysvaltojen olennaisia toimintaedellytyksiä koskeva oppi edellyttää nykyään monopoliasemassa olevalta yritykseltä sitä, että sen on tehtävä sopimus kilpailijansa kanssa silloin kun seuraavat viisi edellytystä ovat täyttyneet.[41] Ensiksi olennaisen toimintaedelly-

37 — ETY:n perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamismenettelystä 21 päivänä joulukuuta 1977 tehty komission päätös 78/172/ETY (IV/29.418: mausteet) (EYVL 1978, L 53, s. 20).

38 — Asia Disma, *Kahdenneskymmeneskolmas kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus*, 1994, s. 153.

39 — Perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan soveltamisesta lentoliikenteen tietokonepohjaisia paikanvarausjärjestelmiä koskeviin yritysten välisten sopimusten ryhmiin 22 päivänä joulukuuta 1993 annettu komission asetus (EY) N:o 3652/93 (EYVL L 333, s. 37).

40 — Perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan soveltamisesta aikataulujen yhteistä suunnittelua ja yhteensovittamista, yhteisen lentoliikenteen harjoittamista, neuvotteluja säännöllisen lentoliikenteen matkustaja- ja rahtimaksuista sekä lähtö- ja saapumisaikojen jakamista lentoasemilla koskevien sopimusten, päätösten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin 25 päivänä kesäkuuta 1993 annettu komission asetus (ETY) N:o 1617/93 (EYVL L 155, s. 18) ja lähtö- ja saapumisaikojen jakamista yhteisön lentoasemilla koskevista yhteisistä säännöksistä 18 päivänä tammikuuta 1993 annettu neuvoston asetus (ETY) 95/93 (EYVL L 14, s. 1).

41 — Ks. MCI Communications v. AT & T, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), 464 US 891 (1983).

tyksen on oltava monopolin hallussa. Toimintaedellytystä on pidettävä olennaisena silloin, kun kilpaileminen markkinoilla sellaisen yrityksen kanssa, jonka hallussa toimintaedellytys on, edellyttää tämän toimintaedellytyksen käyttöön saamista. Olennaisina toimintaedellytyksinä on pidetty esimerkiksi seuraavia järjestelyjä: St Louisin kaupunkiin johtavat rautatiesillat; [42] paikallinen televerkko; [43] paikallinen sähköverkko. [44] Toiseksi kilpailija ei voi käytännössä tai kohtuudella saada aikaan samanlaista olennaista toimintaedellytystä. Ei riitä, että se on hankalaa tai kallista, mutta toisaalta ei myöskään edellytetä sitä, että sen olisi oltava täysin mahdotonta. [45] Kolmanneksi kilpailijaa estetään saamasta käyttöönsä kyseinen järjestely. Tähän edellytykseen näyttää kuuluvan kieltäytyminen sopimuksenteosta kohtuullisin ehdoin. [46] Neljänneksi toimintaedellytyksen on oltava sellainen, että se voidaan antaa muiden käyttöön. Viidenneksi mitkään perustellut kaupalliset syyt eivät saa estää järjestelyn antamista muiden käyttöön. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys, jolla on hallussaan olennainen toimintaedellytys, voi perustella sitä, että se kieltäytyy sopimuksenteosta, perusteltuihin teknisiin tai kaupallisiin syihin vedoten. [47] Sopimuksenteosta voi vastaavasti kieltäytyä myös tehokkuussyihin vedoten. [48]

48. Komissio on ensimmäistä kertaa nimenomaisesti vedonnut olennaisia toimintaedellytyksiä koskevaan oppiin kahdessa Holyheadin satamaan liittyviä välitoimia koskevassa päätöksessään, toisin sanoen päätöksissä B & I Line plc vastaan Sealink Harbours Ltd ja Sealink Stena Ltd, [49] sekä Sea Containers vastaan Stena Sealink. [50] Jälkimmäisessä tapauksessa komissio totesi, että estäessään mahdollista kilpailijaansa lastauspalveluiden markkinoilla pääsemästä Holyheadin satamaan kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin Sealink oli sataman hoitajana käyttänyt väärin määräävää asemaansa satamapalveluiden markkinoilla. Toistaen ja laajentaen ensimmäiseen päätökseensä sisältyneitä kannanottojaan komissio totesi kyseisessä päätöksessään seuraavaa:

"Yritys, joka on määräävässä markkina-asemassa olennaisen toimintaedellytyksen käyttöön antamisen osalta, joka käyttää itse tätä toimintaedellytystä (toisin sanoen sellaista järjestelyä tai infrastuktuuria, jota ilman kilpailijat eivät voi tarjota palvelujaan asiakkailleen) ja joka kieltäytyy ilman, että se olisi objektiivisesti perusteltua, antamasta tätä järjestelyä muiden yritysten käyttöön tai antaa sen niiden käyttöön ainoastaan ehdoilla, jotka ovat vähemmän edulliset kuin ehdot, joilla se harjoittaa omia palvelujaan, rikkoo 86 artiklaa, jos kyseisessä artiklassa määrätyt muut edellytykset ovat täyttyneet. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys ei voi harjoittaa syrjintää suosimalla omia liitännäisillä markkinoilla harjoittamiansa toimintoja. Olennaisten toimintaedellytysten haltija, joka käyttää valtaansa markkinoilla suojatakseen

42 — United States v. Terminal Railroad Association of St Louis, 224 US 383 (1912).

43 — MCI Communications v. AT & T, mainittu edellä alaviitteessä 41.

44 — Otter Tail Power Co. v. United States, 410 US 366 (1973).

45 — Ks. esim. Fishman v. Estate of Wirtz, 807 F.2d 520 (7th Cir. 1986).

46 — Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co., 273 US 359 (1927).

47 — Ks. esim. Byars v. Bluff City News Co., 609 F.2d 843 (6th Cir. 1979).

48 — Bork, R. H.: The Antitrust Paradox, 1978 (uusittu painos 1993), s. 346; Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 427 US 585 (1985).

49 — 11 päivänä kesäkuuta 1992 tehty komission päätös, 1992, 5 *CMLR*, s. 255.

50 — EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan soveltamismenettelystä 21 päivänä joulukuuta 1993 tehty komission päätös 94/19/ETY (IV/34.689 — Sea Containers v. Stena Sealink — välitoimet) (EYVL 1994, L 15, s. 8).

tai vahvistaakseen asemaansa toisilla liitännäisillä markkinoilla, etenkin kieltäytymällä antamasta järjestelyä kilpailijan käyttöön tai antamalla järjestelyn kilpailijan käyttöön ehdoilla, jotka ovat vähemmän edulliset kuin ehdot, joita se soveltaa omiin palveluihinsa, ja asettaa siten kilpailijansa epäedulliseen kilpailuasemaan, rikkoo 86 artiklaa". [51]

49. Komissio perusteli oikeudellista arviointiaan yhteisöjen tuomioistuimen asioissa Commercial Solvents, [52] CBEM, [53] GB-Inno-BM, [54] ERT [55] sekä yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiassa Magill [56] antamilla tuomioilla. Tämän jälkeen se lisäsi seuraavaa: "Tätä periaatetta sovelletaan silloin kun kilpailija, jonka tarkoituksena on saada olennainen toimintaedellytys omaan käyttöönsä, on uusi tulokas relevanteilla markkinoilla". [57]

50. Näin ollen on selvää, että komission mukaan kieltäytyminen antamasta olennaista toimintaedellytystä kilpailijan käyttöön voi sinällään olla väärinkäyttöä myös silloin, kun asiaan ei liity muita sellaisia seikkoja, kuten toimitusten kytkeminen, toisen itsenäisen kilpailijan syrjintä, toimitusten lakkauttaminen olemassa olevalle asiakkaalle tai kilpailijan tarkoituksellinen vahingoittaminen (vaikka onkin huomattava, että suurimpaan osaan komission käsittelemistä tapauksista liittyi enemmän tai vähemmän tällaisia lisätekijöitä). Olennaisena toimintaedellytyksenä voi olla tuote, kuten raaka-aine, tai palvelu, joka voi myös käsittää pääsyn johonkin paikkaan, kuten satamaan tai lentokentälle, tai jakeluverkostoon, kuten televiestintäverkkoon. Useissa tapauksissa yhteys on vertikaalinen siinä mielessä, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys varaa tuotteen tai palvelun sellaista toimintaa varten, jota se harjoittaa itse tuotantoprosessin toisessa vaiheessa, tai harjoittaa syrjintää tällaisen tuotteen tai palvelun hyväksi ja näillä markkinoilla toimivien kilpailijoiden vahingoksi. Yhteys voi kuitenkin myös olla horisontaalinen siinä mielessä, että myynti kytketään liitännäisiin mutta erillisiin tuotteisiin tai palveluihin.

51. Tarkastellessaan sitä, onko toimintaedellytys olennainen, komissio pyrkii arvioimaan haitan ulottuvuutta ja sitä, onko haitta pysyvä vai pelkästään tilapäinen. Eräs lainoppinut on määritellyt sovellettavan kokeen siten, että sen tarkoituksena on selvittää "onko järjestelyn käyttöön antamisesta kieltäytymisen seurauksena oleva haitta sellainen, että sen voidaan olettaa kohtuudella tekevän kilpailevan toiminnan kyseessä olevilla markkinoilla joko mahdottomaksi tai pysyvästi, vakavasti ja väistämättä taloudellisesti kannattamattomaksi". [58] Sovellettava koe on objektiivinen koe, joka koskee kilpailijoita yleensä. Siten yksittäinen kilpailija ei voisi vedota siihen, että se on erityisen haavoittuva.

51 — Päätöksen 66 kohta. Suomennettu yhteisöjen tuomioistuimessa, koska EYVL:ssä ei ole julkaistu suomenkielistä tekstiä.

52 — Mainittu edellä alaviitteessä 20.

53 — Mainittu edellä alaviitteessä 23.

54 — Mainittu edellä alaviitteessä 25.

55 — Asia C-260/89, ERT, tuomio 18.6.1991 (Kok. 1991, s. I-2925).

56 — Asia T-69/89, RTE v. komissio, tuomio 10.7.1991 (Kok. 1991, s. II-485).

57 — Komission päätöksen 94/19/ETY 67 kohta.

58 — Temple Lang, J.: "Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors, and access to essential facilities", *Fordham International Law Journal*, osa 18, 1994, s. 245—284 ja 285.

52. Vaikuttaa siten siltä, että komission toimituksista kieltäytymistä koskevista asioista muodostamassa käytännössä käsitteellä olennaiset toimintaedellytykset on huomattava merkitys.

53. Jäsenvaltioiden lainsäädännöissä sopimusvapautta pidetään yleensä kaupankäynnin vapauden olennaisena piirteenä. Eräiden jäsenvaltioiden kilpailusäännöissä säädetään kuitenkin nimenomaisesti siitä, että määräävän aseman väärinkäyttöä voi olla se, että yritys kieltäytyy perusteettomasti sopimuksenteosta. Tämä on tilanne Espanjassa, [59] Suomessa, [60] Ranskassa, [61] Kreikassa [62] ja Portugalissa. [63] Etenkin olennaisten toimintaedellytysten osalta voidaan huomauttaa, että muutamissa jäsenvaltioissa on annettu erityisiä säännöksiä, joiden mukaan olennaisten toimintaedellytysten haltijana olevalla yrityksellä ei ole oikeutta perusteettomasti kieltäytyä tekemästä sellaista sopimusta, joka koskee näiden toimintaedellytysten käyttöön antamista. Tämä on tilanne Suomessa puhelinverkon, [64] sähköverkon [65] ja postipalvelujen [66] osalta ja Itävallassa rautatieverkoston, [67] energian tuotannon ja jakelun [68] sekä raitiovaunu- ja linja-autopalvelujen [69] osalta. Muissa jäsenvaltioissa olennaisten toimintaedellytysten käsite on alkanut kehittyä yleisempien periaatteiden pohjalta siten, että yritykset, joiden hallussa tällaiset toimintaedellytykset ovat, eivät voi perusteettomasti kieltäytyä antamasta niitä muiden käyttöön. Tanskassa ennen uuden lain voimaan tuloa [70] tätä käsitettä oli sovellettu Elseneurin satamaan ja Sjaellandin sähköverkkoon. [71] Ranskassa olennaisten toimintaedellytysten käsitettä on sovellettu helikopterikenttään. [72] Espanjalaisessa asiassa, jossa oikeudenkäynnin kohteena oli tupakkatoimitusten saaminen, [73] viitattiin lukuisia kertoja olennaisia toimintaedellytyksiä koskevaan oppiin, sellaisena kuin se on ilmaistu komission asiassa Sea Containers vastaan Stena Sealink tekemässä päätöksessä. [74]

Ongelman arviointi

54. Tätä taustaa vastaan siirryn tarkastelemaan kansallisen tuomioistuimen esittämään ensimmäiseen kysymykseen liittyvää ongelmaa. Voidaan huomata, että vaikka yksi Bronnerin esittämistä väitteistä koskeekin sitä, että kieltäytyessään päästämästä Bronneria mukaan omaan kotiinjakeluverkostoonsa Mediaprint on syrjinyt sitä suhteessa toiseen kustantajaan, kansallisen tuomioistuimen esittämä kysymys ei kuitenkaan koske tätä asiaa. Kansallinen tuomioistuin haluaa ensimmäi-

59 — 17.7.1989 annetun kilpailulain nro 16/1989 6 §, Defensa de la Competencia (Boletín Oficial del Estado, nro 170, 18.7.1989); asia 350/94, 3C Comunications España v. Telefónica de España (Teléfonos en Aeropuertos), Tribunal de la Defensa de la Competencian 1.2.1995 antama päätös.

60 — Kilpailunrajoituslain 7 §, 27.5.1992/480.

61 — 1.12.1986 annetun asetuksen nro 86-1243 8 §, Code de Commerce, Dalloz (toim.), 1990— 91, s. 523.

62 — Lain nro 703/1977 2 §:n c kohta.

63 — Lain nro 371/93 3 §:n 4 momentti ja 2 §:n f ja g kohta.

64 — Telemarkkinalain 15 §, 30.4.1997/396.

65 — Sähkömarkkinalain 9 §:n 2 momentti ja 10 §:n 1 momentti, 17.3.1995/386.

66 — Postitoimintalain 4 §:n 2 momentti, 29.10.1993/907.

67 — 1988 annetun *Eisenbahnbeförderungsgesetz*in 3 §, Bundesgesetzblatt; jäljempänä BGBl, 180/1988.

68 — Vuoden 1975 *Elektrizitätswirtschaftsgesetz*in 6 ja 8 §, BGBl 260/1975.

69 — Vuoden 1952 *Kraftfahrlinienverkehrsgesetz*in 8 §:n 2 momentti, BGBl 84/1952.

70 — 10.6.1997 annettu laki nro 384.

71 — Konkurrencerådet Dokumentation 1996-1, s. 60.

72 — Conseil de la concurrencen 3.9.1996 tekemä päätös nro 96-D-51, SARL Héli-Inter Assistance, BOCC, 8.1.1997, s. 3.

73 — Asia 21/97, McLane España v. Tabacalera, Tribunal de la Defensa de la Competencian 26.5.1997 tekemä päätös.

74 — Mainittu edellä ratkaisuehdotuksen 48 kohdassa.

sellä kysymyksellään selvittää, käyttääkö Mediaprintin asemassa oleva yritys väärin määräävää markkina-asemaansa silloin, kun asiaan ei liity sellaisia seikkoja, kuten tuotteiden toimittamisen lopettaminen, myynnin kytkeminen tai syrjintä itsenäisten asiakkaiden välillä, kieltäytyessään päästämästä toista lehtikustantajaa mukaan jakelujärjestelmäänsä, jonka se on kehittänyt omaa sanomalehtitoimintaansa varten.

55. Edellä olevasta pohdinnasta ilmenee selvästi, että kysymys liittyy yleiseen ongelmaan, joka voi nousta esiin useissa eri tilanteissa. Vaikkei kattavien ohjeiden antaminen tähän ongelmaan juuri esillä olevassa tapauksessa olekaan tarkoituksenmukaista, ennen käsiteltävänä olevan asian lähempää tarkastelemista on kuitenkin esitettävä tiettyjä yleisiä huomautuksia.

56. Ensinnäkin on selvää, että vapaus valita omat sopimuskumppaninsa ja määrätä vapaasti omasta omaisuudestaan ovat jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksissä yleisesti tunnustettuja periaatteita, joille joissakin tapauksissa on annettu perustuslaillinen asema. Näiden oikeuksien loukkaaminen on perusteltava huolellisesti.

57. Toiseksi kilpailupolitiikan kannalta katsoen perusteet, joiden nojalla määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen sopimusvapauteen voidaan puuttua, edellyttävät usein vastakkaisten näkemysten huolellista punnitsemista. Pitkällä tähtäimellä on yleensä kilpailua edistävää ja kuluttajien etujen mukaista, että yritykselle annetaan mahdollisuus varata omaan käyttöönsä sellaiset järjestelyt, jotka se on kehittänyt omaa toimintaansa varten. Se, että esimerkiksi tuotanto-, osto- tai jakelujärjestely annettaisiin liian helposti kilpailijan käyttöön, ei kannustaisi kilpailijaa kehittämään kilpailevia järjestelyjä. Vaikka kilpailu lyhyellä tähtäimellä siten kasvaisi, se vähenisi kuitenkin pitkällä tähtäimellä. Lisäksi määräävässä markkina-asemassa olevaa yritystä ei kannustaisi investoimaan tehokkaisiin toimintaedellytyksiin se, että kilpailijat voisivat pyynnöstä päästä jakamaan siitä saatavan hyödyn. Siten pelkästään sillä, että yritys saa kilpailijaansa nähden etua varatessaan järjestelyn omaan käyttöönsä, ei voida perustella tämän järjestelyn käyttöön antamista koskevaa vaatimusta.

58. Kolmanneksi on tätä ongelmaa tarkasteltaessa tärkeää olla unohtamatta, että tiettyjen kilpailijoiden aseman suojaamisen sijasta 86 artiklan ensisijaisena tavoitteena on kilpailun vääristymisen estäminen ja etenkin kuluttajien etujen suojeleminen. Siten esimerkiksi tilanteessa, jossa kilpailija vaatii raaka-aineiden toimittamista voidakseen kilpailla määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen lopputuotteiden kanssa edeltävässä portaassa, ei liene tyydyttävää keskittyä tarkastelemaan yksinomaan määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen edeltävässä portaassa olevaa taloudellista valtaa, ja päätellä, että sen käyttäytymistä siten, että se varaa itselleen edeltävässä portaassa olevat markkinat, olisi automaattisesti pidettävä väärinkäyttönä. Tällainen käyttäytyminen ei vaikuta kielteisesti kuluttajiin, ellei määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen lopputuotetta ole riittävästi suojattu kilpailulta siten, että yrityksellä on tähän perustuva markkinavoima.

59. Huomattakoon, että asiassa Commercial Solvents julkisasiamies Warner, tultuaan samaan lopputulokseen kuin yhteisöjen tuomioistuinkin, tarkasteli asemaa edeltävässä portaassa olevilla markkinoilla:

"Mielestäni kysymystä siitä, voidaanko erityisen valmisteen tuottamiseen tarvittavien raaka-aineiden markkinoita pitää sellaisina markkinoina, jotka on otettava huomioon perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklaa sovellettaessa, ei voida johdonmukaisesti erottaa kysymyksestä siitä, voidaanko myös kyseisen valmisteen markkinoita pitää tällaisina markkinoina. Kuluttaja on loppujen lopuksi kiinnostunut ainoastaan lopputuotteista, ja 86 artiklassa on kyse haitasta, joka voi aiheutua kuluttajalle joko suoraan tai välillisesti". [75]

60. Kyseessä oleva valmiste oli etambutoliniminen tuberkuloosilääke. Asiaan liittyvien tosiseikkojen perusteella julkisasiamies totesi, että komissio oli päätellyt oikein katsoessaan, että etambutolin markkinoita voitiin pitää erillisinä markkinoina, koska etambutolia käytettiin yhdessä muiden tuberkuloosilääkkeiden kanssa ja se pikemminkin täydensi muita tuberkuloosilääkkeitä kuin kilpaili niiden kanssa.

61. Toisaalta on selvää, että kieltäytyminen tarjoamasta järjestelyn palveluja voi jossakin tilanteessa aiheuttaa sen, että kilpailu lakkaa tai vähenee oleellisesti, niin lyhyellä kuin pitkälläkin tähtäimellä, kuluttajien vahingoksi. Tämä on tilanne silloin, kun vähäisessä määrin korvattavissa olevien tuotteiden tai palvelujen kilpaileminen rinnakkaisilla markkinoilla edellyttää järjestelyn käyttöön saamista.

62. Tällaisten vastakkaisten etujen arvioiminen edellyttää erityistä tarkkaavaisuutta silloin kun tuotteita tai palveluja tai järjestelyjä, joiden käyttöön antamista vaaditaan, on pidettävä huomattavan investoinnin tuloksena. Tästä voi olla kyse etenkin tilanteessa, jossa kieltäydytään myöntämästä immateriaalioikeuksiin liittyvää käyttölupaa. Tällaisten yksinoikeuksien myöntämiseen rajoitetuksi ajaksi liittyy jo sinällään vertailua vapaaseen kilpailuun ja toisaalta tutkimukseen ja kehitykseen sekä luovuuteen kannustamiseen liittyvien etujen välillä. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi siten perustellusti, että muiden seikkojen puuttuessa kieltäytyminen käyttöluvan myöntämisestä ei voi sinällään olla väärinkäyttöä. [76]

63. Asiassa Magill [77] annettua tuomiota selittävät mielestäni tähän asiaan liittyneet erityiset olosuhteet, jotka kallistivat vaa'an käyt-

75 — S. 270.

76 — Asiassa Volvo annettu tuomio, mainittu edellä alaviitteessä 26.

77 — Mainittu edellä alaviitteessä 28.

töluvan myöntämistä koskevan velvollisuuden eduksi. Ensinnäkin olemassa olevat tuotteet, toisin sanoen jokaista televisiokanavaa käsittelevät erilliset viikoittaiset ohjelmalehdet, eivät olleet tarkoituksenmukaisia, etenkin kun niitä verrattiin ohjelmalehtiin, joita televisionkatsojilla oli käytössään muissa maissa. Tekijänoikeuteen vetoaminen esti siten sellaisen uuden tuotteen markkinoille syntymisen, jolla oli huomattavaa kulutuskysyntää. Toiseksi ohjelmaluetteloihin liittyvää tekijänoikeuden suojaa voitiin vaikeasti perustella luovan työn palkitsemiseen tai edistämiseen liittyvillä syillä. Kolmanneksi, koska televisio-ohjelmalehtien käyttöikä on suhteellisen lyhyt, tekijänoikeuksiin vetoaminen muodosti pysyvän esteen uuden tuotteen syntymiselle markkinoille. Lisäksi voidaan huomata, että tietyissä tilanteissa immateriaalioikeuksia koskevissa kansallisissa säännöissä sinällään asetetaan rajoituksia pakkoluvan myöntämistä koskevien säännösten perusteella.

64. Vaikka immateriaalioikeuksien hyväksi käyttäminen yleensä rajoittaa kilpailua ainoastaan tietyn ajan, monopoliasema, joka määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä *on jonkin tuotteen, palvelun tai järjestelyn* osalta, saattaa tietyissä tilanteissa johtaa siihen, että kilpailu rinnakkaisilla markkinoilla poistuu pysyvästi. Kilpailu voidaan varmistaa näin ollen ainoastaan siten, että määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle asetetaan velvollisuus toimittaa tuotetta tai tarjota palvelua tai antaa järjestelynsä käyttöön. Mikäli yritykselle kuitenkin asetetaan tällainen velvollisuus, sille on mielestäni syytä antaa oikeus täyteen hyvitykseen siten, että sillä on mahdollisuus saada kohtuullinen korvaus hankintoihinsa liittyvistä investointikustannuksista ja tehdä sen investoinnit riittävän kannattavaksi niihin liittyneet riskit huomioon ottaen. Jätän avoimeksi kysymyksen *siitä, voisiko joissakin tilanteissa* olla tarkoituksenmukaista antaa yritykselle oikeus säilyttää monopoliasemansa rajoitetun ajan.

65. Minusta vaikuttaa siltä, että tämän kaltaista väliintuloa, olipa sitä sitten pidettävä olennaisia toimintaedellytyksiä koskevan opin sovellutuksena tai perinteisemmin vastauksena kieltäytymiseen toimittaa tuotteita tai tarjota palveluja, ei voida perustella kilpailupolitiikan kannalta katsoen muuten kuin tilanteessa, jossa määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on rinnakkaiset markkinat todella hallussaan. Tästä voi olla kyse myös esimerkiksi silloin kun samanlaisen järjestelyn aikaansaaminen on mahdotonta tai erittäin vaikeaa fyysiset, maantieteelliset tai oikeudelliset esteet huomioon ottaen, tai siksi, että se ei yleiseen järjestykseen liittyvistä syistä ole lainkaan toivottavaa. Ei riitä, että määräysvalta, jota yritys käyttää järjestelyynsä nähden, antaa sille kilpailuetua.

66. En sulje pois sitäkään mahdollisuutta, etteivätkö samanlaisen järjestelyn aikaansaamiseen liittyvät kustannukset sinällään voisi olla markkinoille pääsyn ylivoimainen este. Tällainen tilanne voisi nimittäin syntyä silloin, kun järjestely on perustettu tilanteessa, jossa kilpailua ei ole ollut, esimerkiksi osittain julkisen rahoituksen avulla. Kokeen on kuitenkin mielestäni oltava objektiivinen:

toisin sanoen, jotta kieltäytyminen järjestelyn käyttöön antamisesta voisi olla väärinkäyttöä, kilpailun on oltava erittäin vaikeaa paitsi yritykselle, joka vaatii järjestelyn käyttöön antamista, myös kaikille muillekin yrityksille. Näin ollen mikäli samanlaisen järjestelyn aikaansaamisesta aiheutuvat kustannukset yksinään muodostavat markkinoille pääsyn esteen, niiden on oltava sellaiset, että ne saavat kaikki muutkin harkiten toimivat yritykset luopumaan markkinoille pyrkimisestä. Mielestäni tässä suhteessa on välttämätöntä tarkastella kaikkia asiaan vaikuttavia seikkoja, myös sitä, missä määrin määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen, ottaen huomioon investointeihin kohdistuvien poistojen määrä ja ylläpitokustannukset, on siirrettävä investointi- tai ylläpitokustannuksia rinnakkaisilla markkinoilla veloittamiinsa hintoihin (kun tiedetään, että samanlaisen järjestelyn aikaansaaneella kilpailijalla, jonka on kilpailtava rinnakkaisilla markkinoilla, on huomattavat alkupoistot mutta mahdollisesti alhaiset ylläpitokustannukset).

67. Mielestäni on selvää, että tässä asiassa Mediaprintillä ei voi olla velvollisuutta tarjota Bronnerille valtakunnallisen kotiinkantoverkostonsa palveluja. Vaikka Bronnerilla ei itsellään olisikaan mahdollisuutta hankkia Mediaprintin verkostoa, sillä on kuitenkin käytössään useita vaihtoehtoisia, vaikkakin vähemmän vaivattomia tapoja hoitaa jakelu. Tätä näkemystä tukevat Der Standardin omat väitteet, joiden mukaan "Standard on kasvanut sensaatiomaisesti, kun otetaan huomioon niin uudet tilaukset (15 prosentin kasvu) kuin mainostila (30 prosentin kasvu viime vuoteen nähden)". [78] Tällaiset väitteet eivät näytä soveltuvan yhteen sen näkemyksen kanssa, jonka mukaan Mediaprintin kotiinkantojärjestelmä on Standardille välttämätön sen päivälehtimarkkinoilla kilpailemisen kannalta.

68. Tämän lisäksi on välttämätöntä näyttää toteen, että valtakunnallisen kotiinkantojärjestelmän perustamisen edellyttämät investoinnit estäisivät yritteliästä kustantajaa, joka on vakuuttunut siitä, että markkinoita olisi myös toiselle suurelle päivälehdelle, pääsemästä markkinoille. Kuten Bronner on todennut, valtakunnallisen järjestelmän perustaminen saattaa olla kannattamatonta lehdelle, jolla on pieni levikki. Lyhyellä aikavälillä voidaan siten ennakoida tappioita, jotka edellyttävät tiettyjä investointeja. Kilpailevan valtakunnallisen verkon perustamisen tarkoituksena on kuitenkin mahdollistaa tasavertainen kilpailu Mediaprintin sanomalehtien kanssa ja kasvattaa olennaisesti maantieteellistä kattavuutta ja levikkiä.

69. Bronnerin vaatimusten hyväksyminen tarkoittaisi sitä, että yhteisö ja kansalliset viranomaiset ja tuomioistuimet alkaisivat säännellä yhteisön markkinoita yksityiskohtaisesti, mihin liittyisi hinnoista ja toimitusehdoista määrääminen talouden monilla aloilla. Sääntelyä tässä laajuudessa ei ole ainoastaan mahdoton toteuttaa vaan sitä on pidemmällä aikavälillä pidettävä kilpailua rajoittavana, eikä

78 — Der Standard 28.2.1997, liitetty Mediaprintin vastineeseen.

itse asiassa lainkaan vapaan markkinatalouden kanssa yhteensoveltuvana.

70. Mielestäni ei voida läheskään katsoa, että käsiteltävänä oleva asia kuuluisi siihen tilanteeseen, jossa voitaisiin katsoa tarkoituksenmukaiseksi asettaa määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle velvollisuus tarjota sellaisen järjestelyn palveluja, jonka se on kehittänyt omaa toimintaansa varten.

Toinen kysymys

71. Toisella kysymyksellään kansallinen tuomioistuin pyrkii selvittämään, käyttääkö Mediaprintin asemassa olevan yritys väärin määräävää markkina-asemaansa kytkiessään kotiinkantojärjestelmänsä palvelujen tarjoamisen muiden palvelujen suorittamiseen, kuten lehtikioskeissa myyntiin ja painopalveluihin.

72. Toista kysymystä ei ole nimenomaisesti rajattu koskemaan pelkästään sitä mahdollisuutta, että ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi. Minusta vaikuttaa kuitenkin siltä, että kysymys nousee esiin ainoastaan tässä tilanteessa.

73. On totta, että periaatteessa toinen kysymys voi nousta esiin myös siinä tilanteessa, jossa ensimmäiseen kysymykseen vastataan kieltävästi. Edes silloin kun sitä, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys kieltäytyy tarjoamasta jakelujärjestelmänsä palveluita, ei sinällään voida pitää väärinkäyttönä, kyseinen yritys voi kuitenkin syyllistyä väärinkäyttöön, mikäli se ilman perusteluja kytkee näiden palvelujen tarjoamisen muiden palvelujen toimittamiseen ja pyrkii siten laajentamaan taloudellista valtaansa rinnakkaisilla markkinoilla. Tähän tapaukseen liittyvät olosuhteet huomioon ottaen tällaista kysymystä on pidettävä täysin hypoteettisena. Mediaprint on kieltäytynyt tarjoamasta Bronnerille jakelujärjestelmänsä palveluja olivatpa ehdot minkälaiset tahansa. Mediaprint ei ole suhteessaan Bronneriin yrittänyt kytkeä palvelun tarjoamista muiden palveluiden toimittamiseen.

74. Toisen kysymyksen tarkoituksena on siten pikemminkin selvittää, onko Mediaprintillä silloin, jos kieltäytymistä tarjoamasta valtakunnallisen kotiinkantojärjestelmän palveluja on pidettävä väärinkäyttönä, oikeus tarjotessaan näitä palveluja vaatia Bronneria hankkimaan siltä eräitä muitakin palveluja. Tästä voi olla kyse esimerkiksi silloin, jos voitaisiin osoittaa, että päivälehtiä koskevien tiukkojen määräaikojen vuoksi olisi mahdotonta, että painopalvelusta tai jakelusta huolehtiminen annettaisiin eri yritysten hoidettavaksi. Toisin sanoen kansallinen tuomioistuin haluaa selvittää siinä tapauksessa, että ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi, ne edellytykset, joiden mukaan sen tulisi määrätä palvelun käyttöön antamisesta.

75. Koska ensimmäiseen kysymykseen on mielestäni vastattava kieltävästi, ei toinenkaan kysymys nouse esiin.

Ratkaisuehdotus

76. Katson, että Oberlandesgericht Wienin esittämiin kysymyksiin on syytä vastata seuraavalla tavalla:

EY:n perustamissopimuksen 86 artiklassa tarkoitettua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä ei ole se, että yritys, jolla on erittäin merkittävä osuus jäsenvaltion päivälehtimarkkinoista ja ainoa valtakunnallinen kotiinkantojärjestelmä tilaajia varten, kieltäytyy tarjoamasta kyseisen kotiinkantojärjestelmän palveluja kilpailevan päivälehden kustantajalle.