JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

JÁN MAZÁK

25 päivänä syyskuuta 2008 [1]

1. Nyt käsiteltävänä olevassa valituksessa yhteisöjen tuomioistuinta pyydetään tarkastelemaan väitettä määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä saalistushinnoittelun muodossa, joka kuuluu määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten käytäntöihin kilpailijoiden syrjäyttämiseksi. [2] Yhteisöjen tuomioistuimen aiempi oikeuskäytäntö saalistushinnoittelun alalta muodostuu lähinnä asioista AKZO [3] ja Tetra Pak II. [4]

2. Nyt käsiteltävänä olevan valituksen lähtökohtana on 16.7.2003 tehty komission päätös, [5] jossa komissio katsoi, että Wanadoo Interactive SA oli rikkonut EY 82 artiklaa soveltamalla eXtense- ja Wanadoo ADSL [6] -palveluihinsa (jäljempänä kyseiset palvelut) saalistushintoja, jotka eivät kattaneet sen muuttuvia kustannuksia elokuuhun 2001 saakka ja sen kokonaiskustannuksia elokuusta 2001 lähtien sellaisen suunnitelman yhteydessä, jolla pyrittiin hallitsemaan nopeiden internetyhteyksien markkinoita niiden tärkeässä kehitysvaiheessa. [7] Komissio määräsi yrityksen lopettamaan tämän kilpailusääntöjen rikkomisen ja määräsi tälle 10 350 000 euron sakon. [8]

3. Riidanalainen päätös pysytettiin asiassa T-340/03 30.1.2007 annetussa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomiossa [9]. (jäljempänä valituksenalainen tuomio). Nyt käsiteltävänä olevassa valituksessa France Télécom SA (jäljempänä FT tai valittaja), aiemmin Wanadoo Interactive SA (jäljempänä WIN), vaatii yhteisöjen tuomioistuinta kumoamaan valituksenalaisen tuomion.

1 – Alkuperäinen kieli: englanti.
2 – Saalistushinnoittelusta käytetään toisinaan myös ilmaisua ”kustannukset alittavien hintojen soveltaminen”.
3 – Asia C-62/86, AKZO v. komissio, tuomio 3.7.1991 (Kok. 1991, s. I-3359, Kok. Ep. XI, s. I-261) (jäljempänä asia AKZO).
4 – Asia C-333/94 P, Tetra Pak v. komissio, tuomio 14.11.1996 (Kok. 1996, s. I-5951) (jäljempänä asia Tetra Pak II).
5 – [EY 82] artiklan mukaisesta menettelystä (asia COMP/38.233 – Wanadoo Interactive) 16.7.2003 tehty komission päätös (jäljempänä riidanalainen päätös).
6 – Epäsymmetrinen digitaalinen tilaajayhteys.
7 – Riidanalaisen päätöksen 1 artikla.
8 – Riidanalaisen päätöksen 2 ja 4 artikla.
9 – Asia France Télécom v. komissio (Kok. 2007, s. II-107).

I Asian tausta

4. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin esitti asian tosiseikat tiivistäen valituksenalaisen tuomion 1–11 kohdassa seuraavasti:

”1 Nopeiden Internet-yhteyksien kehittyessä komissio päätti heinäkuussa 1999 aloittaa [EU:ssa] alakohtaisen tutkimuksen, joka koski muun muassa tilaajayhteyksien käyttöön liittyvien palveluiden tarjoamista ja koteihin ulottuvien tilaajayhteyksien käyttöä – –.[10] Tässä yhteydessä komissio ryhtyi keräämiensä tietojen johdosta tarkastelemaan yksityiskohtaisesti [WIN:n] Ranskassa asuville yksityisasiakkaille tarjoamien nopeiden Internet-yhteyksien hintaehtoja. Syyskuussa 2001 komissio aloitti viran puolesta tätä koskevan menettelyn.

2 Riita-asian tapahtumien ajankohtana WIN oli France Télécom -konserniin kuuluva yhtiö. Wanadoo SA omisti 99,9 prosenttia sen osakepääomasta. [FT:n] omistama osuus Wanadoon pääomasta vaihteli riita-asian tapahtumien ajanjakson aikana 70 ja 72,2 prosentin välillä. Wanadoon ja sen tytäryhtiöiden muodostama konserni – – vastasi kaikista [FT:n] Internetiin liittyvistä toiminnoista sekä puhelinluetteloiden kustantamiseen liittyvistä toiminnoista. WIN oli – – vastuussa Ranskan alueella tarjottaviin Internet-yhteyspalveluihin liittyvästä toiminnasta ja tekniikasta, ADSL-palvelut – – mukaan lukien.

3 Komissio osoitti WIN:lle 19.12.2001 ensimmäisen väitetiedoksiannon – – ja 9.8.2002 täydentävän väitetiedoksiannon – –, joihin WIN vastasi [4.3.2002] ja 23.10.2002.

4 Komissio osoitti WIN:lle 16.1.2003 ’tosiseikkoja koskevaksi kirjeeksi’ määritellyn kirjeen – – ja myönsi tälle mahdollisuuden tutustua tämän kirjeen laatimisessa käytettyyn asiakirja-aineistoon. WIN tutustui asiakirja-aineistoon 23.1. ja 27.1.2003. WIN pyysi komissiota 26.2.2003 päivätyllä kirjeellä toimittamaan sille selvennyksiä usean tosiseikkoja koskevaan kirjeeseen sisältyvän seikan osalta. Komissio vastasi 28.2.2003 päivätyllä kirjeellä, ja WIN esitti 4.3.2003 muistion vastauksena tosiseikkoja koskevaan kirjeeseen.

10 – Sille 6.2.1962 annetun neuvoston asetuksen N:o 17 (perustamissopimuksen [81] ja [82] artiklan ensimmäinen täytäntöönpanoasetus) (EYVL 1962, 13, s. 204) 12 artiklan 1 kohdassa myönnetyn toimivallan nojalla.

5 Komissio totesi [riidanalaisella päätöksellä], että [WIN oli rikkonut EY 82 artiklaa] [11] – – määräsi WIN:n lopettamaan tämän kilpailusääntöjen rikkomisen – – ja määräsi tälle 10 350 000 euron sakon – –.

6 Päätöksessä määritellään merkitykselliset markkinat Ranskan yksityisasiakkaille tarjottavien nopeiden Internet-yhteyksien markkinoiksi. Tuotteet, joita kilpailusääntöjen rikkominen koskee, ovat ADSL-teknologian avulla tarjottavat nopeat internetyhteyspalvelut (Wanadoo ADSL ja eXtense).

7 Päätöksessä todetaan, että Wanadoo ADSL -palvelun tilaajan oli riita-asian tapahtumien ajankohtana maksettava joka kuukausi [FT:lle] maksu palvelun tarjoamisesta, [FT:lle] vuokra siltä vuokratusta ADSL-modeemista ja WIN:lle maksu, koska se tarjosi Internet-yhteyden. eXtense-palvelun käyttäjä osti modeemin ja maksoi WIN:lle vain yhden kuukausimaksun, joka kattoi [FT:n] tarjoaman palvelun ja rajattoman Internet-yhteyden.

8 Eri seikkoja, kuten markkinaosuuksia (päätöksen 211–222 perustelukappale) ja [FT:hen] ”nojautumisen” vaikutuksia (päätöksen 223–228 perustelukappale) tutkittuaan komissio päätteli, että WIN:llä on määräävä markkina-asema merkityksellisillä markkinoilla. Tämän jälkeen komissio osoitti, että WIN:n hinnoittelukäytäntö, joka alitti sen todelliset kustannukset, oli osa tahallista saalistusstrategiaa, jolla pyrittiin ”hallitsemaan” markkinoita, ja että tämä hinnoittelukäytäntö on näin ollen EY 82 artiklassa tarkoitettua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä (päätöksen 254 perustelukappale).

9 Päätöksen mukaan kilpailusääntöjen rikkominen alkoi 1.3.2001 ja päättyi 15.10.2002, jolloin [FT:n] maaliskuussa 2002 esittelemät korjaustoimenpiteet tulivat voimaan. Hinnoittelulla ei katettu muuttuvia kustannuksia vuoden 2001 maaliskuusta elokuuhun eikä kokonaiskustannuksia elokuusta 2001 alkaen (päätöksen 1 artikla, ks. edellä 5 kohta).

10 Tämä päätös annettiin WIN:lle tiedoksi 23.7.2003 – –.

11 WIN:n oikeudet siirtyivät [FT:lle] 1.9.2004 tapahtuneen sulautumisen johdosta.”

11 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 2 kohta.

II Oikeudenkäynti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa ja valituksenalainen tuomio

5. WIN nosti kanteen riidanalaisen päätöksen kumoamiseksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 2.10.2003 jättämällään kannekirjelmällä.

6. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi kanteen valituksenalaisella tuomiolla.

7. Riidanalaisen päätöksen kumoamista koskevan vaatimuksensa tueksi WIN oli esittänyt neljä oikeudellista perustetta, jotka koskivat a) puolustautumisoikeuksien loukkaamista ja olennaisten menettelymääräysten rikkomista, b) perustelujen esittämättä jättämistä, c) seuraamusten yksilökohtaisuuden periaatteen loukkaamista ja d) EY 82 artiklan virheellistä soveltamista. [12]

8. Nyt käsiteltävänä oleva valitus koskee ainoastaan (EY 82 artiklan virheelliseen soveltamiseen liittyvän) neljännen oikeudellisen perusteen toista osaa, jonka aiheena on väärinkäyttö. [13] Kyseisessä osassa WIN lähinnä esitti, että komissio oli soveltanut virheellisesti EY 82 artiklaa jättäessään osoittamatta oikeudellisesti riittävällä tavalla, että WIN oli käyttänyt määräävää markkina-asemaansa väärin soveltamalla kyseisiin palveluihin saalistushintoja maaliskuusta 2001 lokakuuhun 2002 (jäljempänä kyseessä oleva ajanjakso).

9. Määräävän markkina-aseman väärinkäytön osoittamiseksi esitettiin kahdenlaisia väitteitä, jotka koskivat a) kustannusten kattamisten arviointia ja b) komission soveltamaa menetelmää saalistushinnoittelun määrittämiseksi.

10. Ensinnäkin näyttää siltä, että asianosaiset ovat pääosin samaa mieltä seuraavista seikoista:

– kyseiset palvelut ovat internetyhteyspalvelujen tilauksia, minkä vuoksi niitä tarjotaan tietyn ajanjakson ajan; tilauksen keskimääräinen kesto on 48 kuukautta;

– jokainen tilaus tuottaa toistuvan kuukausitulon;

12 – WIN esitti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa nostamansa kanteen tueksi myös toissijaisia vaatimuksia, jotka koskevat sakon kumoamista tai sen määrän alentamista. Näiden vaatimusten tueksi se vetosi siihen, että a) seuraamusten yksilökohtaisuuden ja laillisuuden periaatteita oli loukattu, b) kyseessä olevilla käytännöillä ei ollut minkäänlaisia vaikutuksia, c) kilpailusääntöjen rikkomisen kesto oli vahvistettu virheellisesti ja d) suhteellisuusperiaatetta oli loukattu.

13 – Ks. valituksenalaisen tuomion 122–230 kohta.

– kustannukset muodostuvat yhtäältä ”tilaajien hankinnasta aiheutuvista kustannuksista” tai ”markkinoiden valloitukseen liittyvistä kustannuksista”, kuten mainonta- ja myynninedistämiskuluista, asiakkaiden aloituspakkauksista jne. (jotka kuuluvat ei-toistuviin kustannuksiin, sillä yrityksen tarvitsee vastata niistä vain kerran varmistaakseen tilaussopimuksen tekemisen asiakkaan kanssa), ja toisaalta ”tuotantokustannuksista” ja ”verkkokustannuksista” (jotka kuuluvat toistuviin kustannuksiin, koska ne liittyvät tilauspalvelun tarjoamiseen ja yrityksen on vastattava niistä kuukausittain; ne voivat olla joko muuttuvia kustannuksia, kuten FT:n verkkoon pääsyyn liittyviä kustannuksia, joista FT veloittaa tilaajamäärän perusteella, tai kiinteitä kustannuksia, kuten yrityksen liiketoimintaan liittyviä kustannuksia).

11. Määritelläkseen kustannusten kattamisen asteen komissio lähinnä vertasi kuukausituloja toistuviin kuukausikustannuksiin ja osaan ei-toistuvista kustannuksista, jotka se jakoi 48 kuukaudelle ja sai näin selville yhtä kuukautta vastaavan osuuden. Erityisesti on syytä mainita, että komissio laski tulojen ja kustannusten välisen keskimääräisen suhteen neljältä peräkkäiseltä ajanjaksolta: 1.1.2001–31.7.2001, 1.8.2001–15.10.2001, 15.10.2001–15.2.2002 ja 15.2.2002–15.10.2002.

A *Kustannusten kattamisten arviointia koskevat väitteet*

12. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi,[14] että ”tätä menetelmää soveltaessaan komissio katsoi, että WIN ei voinut soveltamillaan hinnoilla kattaa muuttuvia kustannuksiaan elokuuhun 2001 asti eikä kokonaiskustannuksiaan tammikuusta 2001 lokakuuhun 2002 – – ja että oli selvää, että kokonaiskustannukset jäivät kattamatta elokuuhun asti, kun otetaan huomioon muuttuvien kustannusten kattamisen aste”.

13. Tarkastellessaan WIN:n väitettä komission valitsemasta kustannusten kattamisen asteen laskemismenetelmästä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin muistutti alustavasti, että siltä osin kuin tämän menetelmän valinta merkitsi komission osalta monitahoista taloudellista arviointia, sille oli myönnettävä laaja harkintavalta. Tuomioistuimen valvonta kohdistui siis ainoastaan siihen, että menettelyä ja perusteluvelvollisuutta koskevia sääntöjä oli noudatettu, että tosiseikat pitivät asiallisesti paikkansa, että näitä tosiseikkoja ei ollut arvioitu ilmeisen virheellisesti ja että harkintavaltaa ei ollut käytetty väärin.[15]

14. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin viittasi asioihin AKZO ja Tetra Pak II[16] ja huomautti, että ”kun hinnat alittavat muuttuvien kustannusten keskiarvon, voidaan olettaa, että hinnoittelukäytäntöön liittyy syrjäytystarkoitus; tästä oikeuskäytännöstä johtuu myös, että kokonaiskustannusten

14 – Ks. valituksenalaisen tuomion 138 kohta.

15 – Ks. 129 kohta, jossa tältä osin viitataan asiaan C-7/95 P, John Deere v. komissio, tuomio 28.5.1998 (Kok. 1998, s. I-3111, 34 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

16 – Mainittu edellä alaviitteissä 2 ja 3.

keskiarvon alittavia mutta muuttuvien kustannusten keskiarvon ylittäviä hintoja on pidettävä väärinkäyttönä, kun ne on vahvistettu sellaisen suunnitelman yhteydessä, jonka tarkoitus on kilpailijan syrjäyttäminen”. [17]

15. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi, että komission riidanalainen päätös perustui arvioon oikaistujen kustannusten todellisesta kattamisesta. Käyttöomaisuuden hankintamenojen poistojen tekemisen periaatteen mukaisesti komissio oli jakanut asiakkaiden hankkimisesta aiheutuneet kustannukset 48 kuukaudelle. Tämän perusteella se oli arvioinut erikseen oikaistujen muuttuvien kustannusten kattamista ja oikaistujen kokonaiskustannusten kattamista. [18]

16. Lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi WIN:n väitteen, jonka mukaan komissio olisi käyttänyt staattista kustannusten kattamisen menetelmää ottamatta huomioon toistuvien kuukausikustannusten mukautumista ajan myötä eli menetelmää, joka olisi ollut WIN:lle paljon epäedullisempi. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi, että komissio oli sisällyttänyt jokaiseen tarkastelun kohteena olleeseen kilpailusääntöjen rikkomisen ajanjaksoon kaikkien tilaajien osalta kyseessä olevan ajanjakson aikana toteutuneet peräkkäiset hinnanlaskut. Se katsoi komission jopa jäsennelleen arvionsa näiden hinnanlaskujen mukaan. [19]

17. Lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi komission katsoneen aivan oikein, että lokakuun 2002 – ja siten kilpailusääntöjen rikkomisen – jälkeisillä tuloilla ja kustannuksilla ei saanut olla merkitystä arvioitaessa kustannusten kattamisen astetta tarkastelun kohteena olleen jakson aikana. [20]

18. Lopuksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi, että vaikka WIN olisi osoittanut, että sen kannattama menetelmä (ts. diskontattujen kassavirtojen menetelmä) oli tietyiltä osin soveltuva, tämä ei riittäisi osoittamaan, että komission käyttämä menetelmä oli lainvastainen. [21]

19. WIN:n mukaan komissio oli tehnyt virheitä oman laskentamenetelmänsä soveltamisessa, muun muassa kiinteiden ja muuttuvien kustannusten laskemisessa.

20. Tältä osin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi – kyseisen kanneperusteen tutkittavaksi ottamisesta riippumatta –, että se seikka, että komissio oli voinut harkintavaltaansa käyttäen todeta, että se, että muuttuvista kustannuksista katettiin 99,7 prosenttia, ei merkinnyt kilpailusääntöjen rikkomista, ei velvoittanut komissiota tekemään samaa toteamusta kokonaiskustannusten osalta, kun niistä katettiin tapauksen

17 – Ks. valituksenalaisen tuomion 130 kohta.
18 – Ks. 132 kohta.
19 – Ks. 140–143 kohta.
20 – Ks. 152 kohta.
21 – Ks. 153 kohta.

mukaan 98 tai 99 prosenttia. Näin ollen tämä kanneperuste oli hylättävä tehottomana. [22]

B *Saalistushinnoittelun arviointitapaa koskevat väitteet*

21. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi myös WIN:n väitteet, jotka koskivat komission tapaa arvioida saalistushinnoittelua.

22. Ensinnäkin se hylkäsi WIN:n väitteet, joiden mukaan toimijalla oli oikeus mukauttaa hintansa vilpittömin mielin kilpailijan aikaisempiin hintoihin, vaikka kilpailijoiden hinnat olisivat asianomaisen yrityksen kustannuksia alemmat.

23. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ensinnäkin totesi, että komission päätöskäytännössä ja yhteisöjen tuomioistuinten oikeuskäytännössä ei ole tunnustettu, että määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä olisi ehdoton oikeus mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin, ja huomautti sitten, että määräävässä markkina-asemassa oleville yrityksille on asetettu erityisiä velvollisuuksia ja että niillä ei erityisissä olosuhteissa ole oikeutta toimia sellaisella tavalla tai toteuttaa sellaisia toimia, jotka itsessään eivät ole väärinkäyttöä ja jotka eivät olisi tuomittavia, jos niitä toteuttaisi yritys, joka ei ole määräävässä markkina-asemassa. [23]

24. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päätteli, että ”perustellakseen toimintaansa WIN ei voi vedota ehdottomaan oikeuteen mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin. Vaikka pitääkin paikkansa, että se, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys mukauttaa hintansa kilpailijoidensa hintoihin, ei sellaisenaan ole väärinkäyttöä tai ole tuomittavaa, ei voida poissulkea sitä, että hintoihin mukautuminen on väärinkäyttöä tai että se on tuomittavaa, kun sen tarkoitus ei ole vain yrityksen omien etujen suojaaminen vaan tämän määräävän markkina-aseman vahvistaminen ja sen väärinkäyttö”. [24]

25. Toiseksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päätti, että WIN:n väitettä saalistusta ja kilpailun vähentämistä koskevan suunnitelman puuttumisesta ei voida hyväksyä.

26. WIN:n mukaan komissio oli soveltanut EY 82 artiklaa vakavalla tavalla virheellisesti päätellessään, että tällainen suunnitelma oli ollut olemassa. Se katsoi, että tällaista saalistusstrategiaa ei voitu missään tapauksessa pitää järjellisenä tuolloin vallinneissa markkinaolosuhteissa, kun otettiin huomioon erityisesti se, että markkinoille pääsylle ei ollut juurikaan esteitä. [25]

22 – Ks. 165–169 kohta.
23 – Ks. 186 kohta.
24 – Ks. 187 kohta.
25 – Ks. 188 kohta.

27. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin viittasi yhteisöjen tuomioistuinten oikeuskäytäntöön ja muistutti saalistushinnoittelun osalta, että jos hinnat ovat keskimääräisiä kokonaiskustannuksia alempia, on esitettävä näyttöä kilpailun poistamiseen tähtäävästä suunnitelmasta ja osoitettava aikomus poistaa kilpailu luotettavien ja yhtäpitävien seikkojen avulla. [26] Sitten se totesi, että komission mainitsemat, yhtiön sisäisissä asiakirjoissa esitetyt toteamukset viittasivat saalistussuunnitelmaan, mitä muut seikat vahvistivat. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi, että WIN oli kannekirjelmässään esittänyt ainoastaan epämääräisiä toteamuksia, joiden perusteella ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei voinut antaa asiassa ratkaisua, minkä vuoksi se hylkäsi ne. Se päätteli, että komissio oli esittänyt luotettavia ja yhtäpitäviä seikkoja siitä, että saalistussuunnitelma oli olemassa koko kilpailusääntöjen rikkomisen ajan. [27]

28. Kolmanneksi WIN esitti, että tappioiden takaisin saaminen oli erillinen osa saalistushinnoittelun arviointia ja että komission oli esitettävä siitä näyttöä. Komissio oli siis sen mukaan tehnyt vakavan oikeudellisen virheen katsoessaan, ettei ollut tarpeellista osoittaa, että tappiot saadaan takaisin. Lisäksi WIN katsoi, että komissio oli tehnyt ilmeisen arviointivirheen ja lisäksi oikeudellisen virheen katsoessaan, että se oli esittänyt näyttöä mahdollisuudesta saada tappiot takaisin. [28]

29. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi asioissa AKZO ja Tetra Pak II annettujen tuomioiden mukaisesti, että komissio oli katsonut aivan oikein, että tappioiden takaisin saamisen osoittaminen ei ollut ennakkoedellytys saalistushinnoittelun toteamiselle. Komission oli mahdollista todeta yhteisöjen tuomioistuinten oikeuskäytännön mukaisesti, että keskimääräisiä muuttuvia kustannuksia alemmat hinnat ovat väärinkäyttöä. Tässä tapauksessa tällaisen hinnoittelukäytännön oletettiin olevan syrjäyttävä. Kokonaiskustannusten osalta komission oli lisäksi esitettävä näyttö siitä, että WIN:n saalistushinnoittelukäytäntö oli osa suunnitelmaa, jolla pyrittiin ”hallitsemaan” markkinoita. Kummassakaan tapauksessa ei ollut tarpeellista osoittaa, että WIN:llä oli todellinen mahdollisuus saada tappionsa takaisin. [29]

III Asianosaisten vaatimukset

30. FT vaatii, että yhteisöjen tuomioistuin

– kumoaa valituksenalaisen tuomion ja tämän seurauksena

– joko palauttaa asian ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen uudelleen ratkaistavaksi

26 – Ks. 195–198 kohta.
27 – Ks. 199–215 kohta.
28 – Ks. 219–223 kohta.
29 – Ks. 224–229 kohta.

– tai ratkaisee asian lopullisesti valittajan ensimmäisessä oikeusasteessa esittämien vaatimusten mukaisesti kumoamalla riidanalaisen päätöksen

– velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

31. Komissio vaatii, että yhteisöjen tuomioistuin

– hylkää valituksen

– velvoittaa valittajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

IV Valitus

32. Valittaja esittää valituksensa tueksi seitsemän valitusperustetta.

A *Ensimmäinen valitusperuste, joka koskee perustelujen esittämättä jättämistä*

33. Ensimmäinen valitusperuste muodostuu kahdesta väitteestä. Ensinnäkin valittaja väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin laiminlöi velvollisuutensa esittää riittävät perustelut käsitellessään tappioiden takaisinsaamismahdollisuutta, josta on esitettävä näyttöä.

34. Toiseksi valittaja väittää ensimmäisessä valitusperusteessaan, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin laiminlöi perusteluvelvollisuutensa siltä osin kuin kyse on oikeudesta mukauttaa hinnat kilpailijoiden hintoihin, kun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin perustelematta kiisti sanotun oikeuden.

35. Tarkoituksenmukaisuussyistä käsittelen edellä mainittuja väitteitä käänteisessä järjestyksessä.

1. Oikeus mukauttaa hinnat kilpailijoiden hintoihin

a) Asianosaisten pääasialliset lausumat

36. Valittaja vastustaa sitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ainoastaan totesi

valituksenalaisen tuomion 187 kohdassa, että ”vaikka pitääkin paikkansa, että se, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys mukauttaa hintansa kilpailijoidensa hintoihin, ei sellaisenaan ole väärinkäyttöä tai ole tuomittavaa, *ei voida poissulkea sitä, että hintoihin mukautuminen on väärinkäyttöä tai että se on tuomittavaa*, kun sen tarkoitus ei ole vain yrityksen omien etujen suojaaminen vaan tämän määräävän markkina-aseman vahvistaminen ja sen väärinkäyttö” (kursivointi tässä). [30] Valittaja katsoo, että edellä oleva toteamus on täysin hypoteettinen ja että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei millään tavalla täsmentänyt, oliko WIN esillä olevassa asiassa aikonut vahvistaa tai käyttää väärin määräävää markkina-asemaansa.

37. Komissio katsoo, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa valittaja vetosi ainoastaan ”mukauttamista koskevaan poikkeukseen” tai ”perustavanlaatuiseen mukauttamisoikeuteen”, joka koskee kaikkia yrityksiä, olivatpa ne määräävässä markkina-asemassa tai eivät, silloinkin kun kilpailijoiden hinnat merkitsevät sitä, että yritys omaksuu hinnoittelukäytännön, joka alittaa sen todelliset kustannukset. Tämän vuoksi komissio katsoo ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toimineen oikein sulkiessaan pois tällaisen ehdottoman oikeuden olemassaolon.

Arviointi

38. Valituksenalaisen tuomion 176–182 kohdassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tarkasteli WIN:n oikeutta mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi, että ei voitu todeta, että määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on ehdoton oikeus mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin. Tämä kanta oli tunnustettu komission päätöskäytännössä ja oikeuskäytännössä.

39. Mielestäni tämä päätelmä on oikea.

40. Valituksenalaisen tuomion 186 kohdassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kuitenkin viittasi yleisluonteisesti vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan on niin, että vaikka määräävässä markkina-asemassa olevalta yritykseltä ei voida kyseisen aseman perusteella evätä oikeutta suojella liiketoiminnallisia intressejään silloin, kun niitä uhataan, ja vaikka tällaiselle yritykselle on kohtuullisessa määrin myönnettävä mahdollisuus toteuttaa kyseisten intressien suojaamiseksi aiheelliseksi katsomiaan toimenpiteitä, tällaista käyttäytymistä ei kuitenkaan voida hyväksyä silloin, kun sen nimenomaisena tarkoituksena on tämän määräävän aseman vahvistaminen ja sen väärinkäyttö. [31]

41. Valituksenalaisen tuomion 186 kohdassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin muistutti omasta oikeuskäytännöstään, jonka mukaan EY 82 artiklasta johtuvien velvoitteiden luonteesta seuraa, että määräävässä markkina-asemassa olevilla yrityksillä ei

30 – Ks. valituksenalaisen tuomion 187 kohta.

31 – Vrt. asia 27/76, United Brands v. komissio, tuomio 14.2.1978 (Kok. 1978, s. 207, Kok. Ep. IV, s. 9, 189 kohta); asia T-65/89, BPB Industries ja British Gypsum v. komissio, tuomio 1.4.1993 (Kok. 1993, s. II-389, Kok. Ep. XIV, s. II-1, 117 kohta) ja yhdistetyt asiat T-24/93–T-26/93 ja T-28/93, Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, tuomio 8.10.1996 (Kok. 1996, s. II-1201, 146 kohta).

erityisissä olosuhteissa ole oikeutta toimia sellaisella tavalla tai toteuttaa sellaisia toimia, jotka itsessään eivät ole väärinkäyttöä ja jotka eivät olisi tuomittavia, jos niitä toteuttaisi yritys, joka ei ole määräävässä markkina-asemassa. [32]

42. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi lopuksi seuraavaa: ”Perustellakseen toimintaansa WIN ei voi vedota ehdottomaan oikeuteen mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin. Vaikka pitääkin paikkansa, että se, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys mukauttaa hintansa kilpailijoidensa hintoihin, ei sellaisenaan ole väärinkäyttöä tai ole tuomittavaa, ei voida poissulkea sitä, että hintoihin mukautuminen on väärinkäyttöä tai että se on tuomittavaa, kun sen tarkoitus ei ole vain yrityksen omien etujen suojaaminen vaan tämän määräävän markkina-aseman vahvistaminen ja sen väärinkäyttö.” [33]

43. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin näyttää tarkastelleen määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen oikeutta mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin yleisluonteisesti soveltamatta sitä kuitenkaan sen käsiteltävänä olleen nimenomaisen asian tosiseikkoihin.

44. Toisin sanoen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei nimenomaisesti tutkinut, mukauttiko WIN hintansa vahvistaakseen tai käyttääkseen väärin määräävää markkina-asemaansa vai ei. Mielestäni ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin jätti kokonaan tutkimatta tämän kysymyksen esillä olevassa asiassa.

45. Tältä osin on tutkittava, täyttikö ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 36 artiklassa asetetun perusteluja koskevan muotovaatimuksen, jota sovelletaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen kyseisen perussäännön 53 artiklan ensimmäisen kohdan nojalla. Perussäännön 36 artiklan mukaan tuomiot on perusteltava. [34]

46. Julkisasiamies Léger esitti asiassa Acerinox antamassaan ratkaisuehdotuksessa seuraavaa: ”Voidaan katsoa, että tuomion perusteluista on selkeästi ja yksiselitteisesti ilmettävä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen päättely siten, että asianosaisille selviävät päätöksen syyt ja että yhteisöjen tuomioistuin voi tutkia päätöksen laillisuuden.” [35]

32 – Vrt. asia T-111/96, ITT Promedia v. komissio, tuomio 17.7.1998 (Kok. 1998, s. II-2937, 139 kohta).

33 – Ks. valituksenalaisen tuomion 187 kohta.

34 – Ks. EHTY:n tuomioistuimen perussäännön vastaavien määräysten osalta asia C-197/99 P, Belgia v. komissio, tuomio 11.9.2003 (Kok. 2003, s. I-8461, 63 kohta).

35 – Asia C-57/02 P, Compañía española para la fabricación de aceros inoxidables SA (Acerinox) v. komissio, tuomio 14.7.2005 (Kok. 2005, s. I-6689), ratkaisuehdotuksen 32 kohta, jossa tältä osin viitattiin seuraaviin tuomioihin: asia C-259/96 P, neuvosto v. De Nil ja Impens, tuomio 14.5.1998 (Kok. 1998, s. I-2915, 32–34 kohta); asia C-449/98 P, IECC v. komissio, tuomio 17.5.2001 (Kok. 2001, s. I-3875, 70 kohta) sekä seuraaviin määräyksiin: asia C-149/95 P(R), komissio v. Atlantic Container Line ym., määräys 19.7.1995 (Kok. 1995, s. I-2165, 58 kohta); asia C-268/96 P(R), SCK ja FNK v. komissio, määräys 14.10.1996 (Kok. 1996, s. I-4971, 52 kohta) ja asia C-159/98 P(R), Gouvernement des Antilles néerlandaises v. neuvosto, määräys 25.6.1998 (Kok. 1998, s. I-4147, 70 kohta). Ks. myös em. asia Acerinox, tuomion 36 kohta.

47. Komissio esitti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa, että määräävässä markkina-asemassa olevalta yritykseltä on kiellettävä mahdollisuus mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin, kun tämä merkitsee, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys ei kata kyseessä olevan palvelun kustannuksia, [36] mutta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen vastaus tähän kysymykseen on selvästikin jossain määrin varovaisempi. Valituksenalaisen tuomion 187 kohdan perusteella näyttäisi tosiasiallisesti siltä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin pyrki jättämään avoimeksi mahdollisuuden käyttää kilpailuun vastaamista perusteluna tulevissa asioissa silloin, kun määräävässä markkina-asemassa oleva yritys harjoittaa kustannuksiaan alempaa hinnoittelua.

48. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin viittasi asiaan United Brands vastaan komissio liittyvään oikeuskäytäntöön [37] ja määräävässä markkina-asemassa oleville yrityksille asetettuja erityisiä velvollisuuksia koskevaan oikeuskäytäntöön, minkä jälkeen se vastatessaan omaan kysymykseensä valituksenalaisen tuomion 184 kohdassa täsmensi, mikä on sallittavaa mukautumista kilpailijoiden hintoihin; tämän täsmennyksen sanamuoto poikkeaa hieman komission edellyttämästä ja riidanalaisessa päätöksessä soveltamasta testistä, kuten valituksenalaisen tuomion 176 ja 183 kohdasta käy ilmi.

49. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olisi tämän vuoksi pitänyt arvioida, soveltuiko tämä (uusi) sanamuoto esillä olevan asian tosiseikkoihin, mitä se selvästikään ei tehnyt.

50. Sen sijaan yhdyn valittajan väitteeseen, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamus valituksenalaisen tuomion 187 kohdassa [38] on täysin hypoteettinen ja vaikuttaa ensi näkemältä puutteelliselta. Tässä yhteydessä en voi hyväksyä komission toteamusta, jonka mukaan kyseinen toteamus olisi ”aukoton” (ja/tai uusi sanamuoto, jolla kuvataan sitä, mikä on sallittavaa mukautumista kilpailijoiden hintoihin, soveltuisi esillä olevan asian tosiseikkoihin) valituksenalaisen tuomion 199–218 kohdan valossa, kun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi niissä, että komissio oli esittänyt tarvittavan näytön keskimääräisiä kokonaiskustannuksia alemmista saalistushinnoista. Ensinnäkin tämä väittämä esitettiin menettelyn liian myöhäisessä vaiheessa, jotta se olisi voitu ottaa tutkittavaksi, toisin sanoen komissio otti sen esille ainoastaan suullisessa käsittelyssä ja esitti sen kirjallisen käsittelyn jälkeen uutena seikkana. Lisäksi katson, että tämä väittämä perustuu valituksenalaisen tuomion sellaisiin kohtiin, jotka eivät liity 187 kohtaan.

51. Lisäksi katson, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen perustelujen puutteellisuus ja sen esittämän päättelyn puutteet – joita kuvailin edellä – ovat sitäkin vakavampia, koska vaikuttaa siltä, että tämä on ensimmäinen asia, jossa yhteisön tuomioistuimet tarkastelevat mukauttamiseen vetoamista perusteluna esillä olevan asian kaltaisessa tilanteessa.

36 – Tätä väittämää on helppo pitää virheellisenä, koska komissio ei täsmennä, mitä kustannuksia (muuttuvia, kokonais- jne.) se tarkoittaa.

37 – Ks. edellä alaviitteessä 31 mainittu asia United Brands v. komissio, tuomion 189 kohta; edellä alaviitteessä 31 mainittu asia BPB Industries ja British Gypsum v. komissio, tuomion 117 kohta ja edellä alaviitteessä 31 mainitut yhdistetyt asiat Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, tuomion 146 kohta.

38 – Mainitussa kohdassa lähinnä todetaan, että hintojen mukauttaminen on tuomittavaa, kun sen tarkoitus ei ole vain määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen omien etujen suojaaminen vaan tämän määräävän markkina-aseman vahvistaminen ja sen väärinkäyttö.

52. Näin ollen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on laiminlyönyt perusteluvelvollisuutensa ja lisäksi tehnyt oikeudellisen virheen.

53. Ensimmäisen valitusperusteen toinen väite on siis hyväksyttävä.

2. Näyttö (mahdollisesta) tappioiden takaisin saamisesta

Asianosaisten lausumat

54. Valittaja esittää lähinnä, että asiassa Tetra Pak II yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että *tähän nimenomaiseen tapaukseen liittyvissä olosuhteissa* ei ollut tarkoituksenmukaista vaatia lisänäyttönä sen osoittamista, että määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä oli todellinen mahdollisuus saada tappionsa takaisin.[39] Valituksenalaisessa tuomiossa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päätti tehdä tästä toteamuksesta yleisen säännön mutta ei esittänyt tälle perusteluja. Valittaja lisää, että asian Tetra Pak II olosuhteet erosivat täysin esillä olevan asian olosuhteista, koska Tetra Pakilla oli niin sanottu ylivoimaisen määräävä asema kypsillä markkinoilla. Lisäksi yhteisöjen tuomioistuinten oikeuskäytännössä ei ole koskaan todettu, että ei ole tarpeen esittää näyttöä mahdollisuudesta saada tappiot takaisin.

55. Komissio viittaa vastauksessaan seitsemättä valitusperustetta koskevaan vastaukseensa ja katsoo, että yhteisöjen tuomioistuinten oikeuskäytännöstä ei käy ilmi, että olisi tarpeen esittää näyttöä tappioiden takaisin saamisesta. Toissijaisesti komissio katsoo, että riidanalaisessa päätöksessä tosiasiallisesti tarkasteltiin hyvin yksityiskohtaisesti sitä, oliko tappioiden takaisin saaminen todennäköistä esillä olevassa asiassa, ja pääteltiin, että se oli todennäköistä.

Arviointi

56. Valituksenalaisen tuomion 226 kohdassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin siteerasi asiassa Tetra Pak II annetun tuomion 44 kohtaa, jonka mukaan ”tähän tapaukseen liittyvissä olosuhteissa ei ole tarkoituksenmukaista vaatia lisänäyttönä sen osoittamista, että Tetra Pakilla oli todellinen mahdollisuus saada tappionsa takaisin. Saalistushinnoittelu on voitava sanktioida heti, kun on olemassa kilpailijoiden syrjäyttämisen vaara. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valituksenalaisen [asiassa Tetra Pak II annetun] tuomion 151 ja 191 kohdassa todennut, että [kyseisessä] tapauksessa tällainen vaara oli olemassa. Tavoitellun päämäärän eli vääristymättömän kilpailun

39 – Edellä alaviitteessä 3 mainittu asia Tetra Pak II, tuomion 44 kohta.

ylläpitämisen vuoksi ei voida odottaa, että tällainen toimintatapa todella johtaa kilpailijoiden todelliseen syrjäyttämiseen". Valituksenalaisen tuomion 227 ja 228 kohdassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin sitten totesi, että "– – komissio saattoi siis todeta, että keskimääräisiä muuttuvia kustannuksia alhaisemmat hinnat ovat väärinkäyttöä. [Tällaisessa tilanteessa] tällaisen hinnoittelukäytännön oletetaan olevan syrjäyttävä – – Kokonaiskustannusten osalta komission oli lisäksi esitettävä näyttö siitä, että WIN:n saalistushinnoittelukäytäntö oli osa suunnitelmaa, jolla pyrittiin 'hallitsemaan' markkinoita. Kummassakaan tapauksessa ei ollut tarpeellista esittää lisäksi näyttöä siitä, että WIN:llä oli todellinen mahdollisuus saada tappionsa takaisin. – – Näin ollen komissio katsoi aivan oikein, että tappioiden takaisin saamisen osoittaminen ei ollut ennakkoedellytys saalistushinnoittelun toteamiselle". [40]

57. Kuten edellä jo totesin väitteestä, joka koskee oikeutta mukauttaa hintoja, tuomion perusteluista on selkeästi ja yksiselitteisesti ilmettävä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen päättely siten, että asianosaisille selviävät päätöksen syyt ja että yhteisöjen tuomioistuin voi tutkia päätöksen laillisuuden. [41]

58. Mielestäni ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei perustellut, miksi se katsoi, että esillä olevan asian nimenomaisten tosiseikkojen valossa ei ollut tarpeen esittää näyttöä mahdollisuudesta saada tappiot takaisin.

59. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin siteerasi tuomiota, jossa todetaan yksiselitteisesti, että *kyseiseen nimenomaiseen tapaukseen liittyvissä olosuhteissa* ei ollut tarkoituksenmukaista vaatia näyttöä siitä, että määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä oli todellinen mahdollisuus saada tappionsa takaisin. Katson, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ei olisi pitänyt ainoastaan tehdä yleistä sääntöä tästä toteamuksesta, joka selvästikin perustui asian Tetra Pak II nimenomaisiin tosiseikkoihin. Tehdessään näin esittämättä minkäänlaisia perusteluja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on ilmeisellä tavalla laiminlyönyt velvollisuutensa esittää riittävät perustelut.

60. Tämän vuoksi päättelen, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin teki kaksi virhettä. Ensinnäkin se on tulkitessaan ja soveltaessaan asiassa Tetra Pak II annettua tuomiota virheellisesti käyttänyt väärää sääntöä. Toiseksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on ilmeisellä tavalla laiminlyönyt velvollisuutensa esittää riittävät perustelut, kuten edellä totesin.

61. Haluan lisätä tähän, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei myöskään vastannut nimenomaan WIN:n esittämään väittämään. WIN ei ollut väittänyt, että komission velvollisuutena oli osoittaa "tosiasiallinen" tappioiden takaisin saaminen. Pikemminkin se oli todennut, että komission oli osoitettava, että WIN:n oli mahdollista "ennakoida mahdollisuus" saada tappionsa takaisin.

62. Siltä osin kuin se, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin jätti ottamatta huomioon valittajan väittämät tietyiltä osin,

40 – Ks. valituksenalaisen tuomion 226–228 kohta.
41 – Ks. oikeuskäytäntöviittaukset alaviitteessä 35.

vaikuttaa oikeudenkäynnin lopputulokseen ja on siten valittajan etujen vastainen, se voi tosiasiallisesti myös loukata oikeutta tulla kuulluksi. [42]

63. Ensimmäisen valitusperusteen ensimmäinen väite on siis myös hyväksyttävä.

64. Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin laiminlöi perusteluvelvollisuutensa ja teki oikeudellisen virheen, minkä vuoksi valituksenalainen tuomio on kumottava.

B *Seitsemännen valitusperusteen ensimmäinen väite, joka koskee EY 82 artiklan virheellistä soveltamista – tappioiden takaisin saaminen – tappioiden takaisin saamisen mahdollisuus saalistushinnoittelun toteamisen edellytyksenä*

65. Seitsemäs valitusperuste muodostuu kahdesta väitteestä. Ensimmäisessä väitteessään, jota tarkastelen seuraavaksi, valittaja esittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin sovelsi virheellisesti EY 82 artiklaa katsoessaan, että saalistushinnoittelun toteamisen edellytyksenä ei ollut tappioiden takaisinsaamismahdollisuuden osoittaminen.

Asianosaisten pääasialliset lausumat

66. Valittaja väittää, että yhteisöjen tuomioistuinten oikeuskäytännön mukaan on osoitettava mahdollisuus tappioiden takaisin saamiseen, jota ilman saalistus on mahdotonta, koska ilman odotettavissa olevaa tappioiden takaisin saamista saalistushinnoittelu ei ole järkevää taloudellista toimintaa. Valittaja katsoo, että tähän näkemykseen yhtyvät lukuisat kansalliset tuomioistuimet ja kilpailuviranomaiset ja se on hyvin yleinen myös oikeuskirjallisuudessa.

67. Komissio katsoo, että yhteisöjen tuomioistuinten oikeuskäytännössä ei edellytetä erillistä näyttöä mahdollisuudesta saada tappiot takaisin. Toisin kuin Yhdysvaltojen kilpailuoikeudessa, EY 82 artiklassa tarkoitetun väärinkäytön toteaminen edellyttää

42 – Asia C-221/97 P, Schröder ym. v. komissio, tuomio 10.12.1998 (Kok. 1998, s. I-8255, 24 kohta).

määräävän markkina-aseman olemassaoloa (ks. asia Hoffman-La Roche v. komissio [43]), joka on sinänsä riittävä peruste päätellä, että tappiot on mahdollista saada takaisin.

Arviointi

68. Viitattuaan asiassa Tetra Pak II annettuun tuomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päättelee valituksenalaisen tuomion 228 kohdassa komission katsoneen aivan oikein, että tappioiden takaisin saamisen osoittaminen ei ollut ennakkoedellytys saalistushinnoittelun toteamiselle.

69. Katson, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ja myös komission tulkinta yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä on virheellinen. Mielestäni oikeuskäytännössä edellytetään mahdollisuutta saada tappiot takaisin.

70. Katson, että käyttäessään asiassa Tetra Pak II antamassaan tuomiossa täsmentävää ilmaisua ”tähän tapaukseen liittyvissä olosuhteissa” yhteisöjen tuomioistuin selvästikin pyrki olemaan esittämättä yleistä toteamusta, [44] jonka perusteella ei olisi välttämätöntä esittää näyttöä mahdollisuudesta saada tappiot takaisin tulevissa saalistushinnoittelua koskevissa asioissa. [45]

71. Julkisasiamies Fennelly totesikin perustellusti yhdistetyissä asioissa Compagnie maritime belge transports ym. vastaan komissio antamassaan ratkaisuehdotuksessa seuraavaa: [46] ”Yhteisöjen tuomioistuin ei näytä menneen yhtä pitkälle kuin julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomer, joka suositteli,[[47]] että yhteisöjen tuomioistuin ei ’vahvistaisi [EY 82] artiklan vastaisen saalistushinnoittelun olemassaolon uudeksi edellytykseksi sitä, että yrityksen olisi mahdollista saada tappionsa takaisin’, muun muassa siitä syystä, että [julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomerin] käsityksen mukaan ’tappioiden takaisinsaa-

43 – Asia 85/76, Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomio 13.2.1979 (Kok. 1979, s. 461, Kok. Ep. IV, s. 341).

44 – Samankaltainen tulkinta esitetään esim. seuraavissa teoksissa: Whish, R., *Competition Law*, Butterworths, 4. painos, 2001, s. 650; Jones, A. ja Sufrin, B., *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2001, s. 342; Korah, V., ”The Paucity of Economic Analysis in the Decision on Competition: Tetra Pak II”, *Current Legal Problems*, osa 46, 1993, s. 172 ja Kon, S. ja Turnbull, S., ”Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal’s Judgment in the NAPP Case” (2003), *E.C.L.R.* 24(2), s. 70–86, s. 75.

45 – Mielestäni yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Tetra Pak II antaman tuomion 44 kohdan perusteella on kuitenkin selvää, että näyttöä tosiasiallisesta tappioiden takaisin saamisesta ei edellytetä. Tämä käy ilmi mainitussa kohdassa olevasta yhteisöjen tuomioistuimen toteamuksesta: ”Saalistushinnoittelu on voitava sanktioida heti, kun on olemassa kilpailijoiden syrjäyttämisen vaara. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 151 ja 191 kohdassa todennut, että [kyseisessä] tapauksessa tällainen vaara oli olemassa. Tavoitellun päämäärän eli vääristymättömän kilpailun ylläpitämisen vuoksi ei voida odottaa, että tällainen toimintatapa todella johtaa kilpailijoiden todelliseen syrjäyttämiseen.”

46 – Yhdistetyt asiat C-395/96 P ja C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, tuomio 16.3.2000 (Kok. 2000, s. I-1365, ratkaisuehdotuksen 129 kohta ja alaviite 84).

47 – Ks. edellä alaviitteessä 4 mainittu asia Tetra Pak II, ratkaisuehdotuksen 78 kohta.

minen on määräävässä asemassa olevan yrityksen tavoite, mutta saalistushinnoittelu on jo sinänsä kilpailun vastaista riippumatta siitä, saavuttaako se tämän tavoitteen'."

72. Käyttäessään tällaista täsmentävää ilmaisua yhteisöjen tuomioistuin lisäksi selvästi poikkesi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiassa Tetra Pak II antaman tuomion ehdottomasta toteamuksesta, jonka mukaan ei ole "tarpeen osoittaa erityisesti, että yrityksellä oli järkevä syy uskoa saavansa myöhemmin takaisin näin menettämänsä varat". [48]

73. Mielestäni myös asioissa AKZO [49] ja Hoffman-La Roche vastaan komissio [50] annetuista tuomioista seuraa, että näyttö mahdollisuudesta saada tappiot takaisin vaaditaan saalistuksen toteamiseksi EY 82 artiklan nojalla. [51] Ellei tappioita ole mahdollista saada takaisin, määräävässä markkina-asemassa oleva yritys luultavasti harjoittaa normaalia kilpailua. [52]

74. Tällaisessa tapauksessa, jossa tappioita ei ole mahdollista saada takaisin, ei periaatteessa aiheutuisi vahinkoa kuluttajille ja heidän eduilleen. Haluan tässä yhteydessä todeta olevani samaa mieltä kuin julkisasiamies Jacobs, joka asiassa Oscar Bronner antamassaan ratkaisuehdotuksessa totesi, että "tiettyjen kilpailijoiden aseman suojaamisen sijasta [EY 82] artiklan ensisijaisena tavoitteena on kilpailun vääristymisen estäminen ja etenkin kuluttajien etujen suojeleminen". [53]

75. Lisäksi haluan tässä yhteydessä huomauttaa, että edellä mainitun oikeuskäy-

48 – Ks. asia T-83/91, Tetra Pak International v. komissio, tuomio 6.10.1994 (Kok. 1994, s. II-755, Kok. Ep. XVI, s. II-1, 150 kohta).

49 – Erityisesti tuomion 71 kohta.

50 – Erityisesti tuomion 91 kohta.

51 – Mielestäni tappioiden takaisin saamisen mahdollisuuden tarkastelu edellyttää etukäteen tai ennakoivasti tehtävää arviota markkinoiden rakenteesta syrjäytymisen jälkeen, ts. on tarkasteltava tappioiden takaisin saamisen mahdollisuutta siinä määrin kuin määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi sitä kohtuullisesti ennakoida määritellessään hinnoittelukäytäntönsä. Vaikuttaakin siltä, että tämä arviointi muistuttaa selvityksiä, joita komissio tekee yrityskeskittymien valvonnan alalla. Vrt. asia C-12/03 P, komissio v. Tetra Laval, tuomio 15.2.2005 (Kok. 2005, s. I-987, 42–44 kohta. Ks. myös esim. de la Mano, M. ja Durand, B., *A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82*, DG Competition, European Commission, Office of the Chief Economist Discussion Paper, 12.12.2005, s. 3.

52 – Ks. tältä osin julkisasiamies Fennellyn ratkaisuehdotus edellä alaviitteessä 46 mainituissa yhdistetyissä asioissa Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, 136 kohta. Koska saalistushinnoittelua koskevissa tapauksissa vaadittu hinnan ja kustannusten välisen suhteen analysointi on väistämättä kiistanalainen (vrt. edellä alaviitteessä 3 mainittu asia AKZO; ks. myös Howarth, D., "Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC", *EC Competition Law*, G. Amato ja C. Ehlermann (toim.), Hart, 2007, s. 258–262) varsinkin tarkasteltaessa sitä, mitkä kustannukset ovat muuttuvia, mitkä kiinteitä, mikä on asian kannalta merkityksellinen ajanjakso jne., tappioiden takaisin saamisen mahdollisuutta koskevan näytön edellyttäminen periaatteessa osaltaan alentaisi virheistä (varsinkin vääristä positiivista tuloksista) aiheutuvia kustannuksia oletettua saalistushinnoittelua koskevissa tapauksissa. Lisäksi olen samaa mieltä tappioiden takaisin saamista koskevan etukäteisnäytön antamisesta hyödyllisenä ja helppokäyttöisenä tarkastuskeinona, että periaatteessa "on paljon helpompi päätellä markkinoiden rakenteen perusteella, että tappioiden takaisin saaminen on epätodennäköistä, kuin todeta tietylle tuottajalle aiheutuvat kustannukset". Ks. yhdysvaltalainen oikeustapaus A. A. Poultry Farms, Inc v. Rose Acre Farms, Inc 881 F.2d 1396, (7th Cir. 1989), lopullinen, 494 U.S. (1990). Lisäksi tällainen tappioiden takaisin saamisen tutkiminen "auttaa tuomioistuinta välttämään joutumisen kustannusanalyysien viidakkoon, eikä sen tarvitse tutkia erinäisiä kirjanpitotietoja ja keskenään kilpailevia asiantuntijalausuntoja siitä, mitkä ovat asian kannalta merkityksellisiä kustannuksia". Ks. australialainen oikeustapaus Boral (2003) 195 ALR 609, 292 kohta.

53 – Asia C-7/97, Oscar Bronner, ratkaisuehdotus 28.5.1998 (Kok. 1998, s. I-7817, 58 kohta).

tännön lisäksi tappioiden takaisin saamisen mahdollisuutta koskevan näytön tärkeyttä ovat tähdentäneet muun muassa kilpailupolitiikkaa käsittelevä taloudellinen neuvoa-antava ryhmä (Economic Advisory Group on Competition Policy, EAGCP), [54] Taloudellisen yhteistyön ja kehityksen järjestö (OECD) [55] ja eurooppalainen sääntelyviranomaisten ryhmä. [56]

76. Lopuksi haluan todeta tappioiden takaisin saamisen mahdollisuutta koskevasta näytöstä, että en ole vakuuttunut komission esittämistä väitteistä, joiden mukaan Euroopassa määräävä markkina-asema ja EY 82 artiklan nojalla määräävä markkina-asema on jo sinänsä osoitus tappioiden takaisin saamisesta, erityisesti siksi, että määräävän markkina-aseman määrittely usein perustuu aiempiin markkinaolosuhteisiin, kun taas tappioiden takaisin saamisen mahdollisuutta koskeva näyttö on – kuten edellä selitin – pohjimmiltaan edeltävä ja ennakoiva: siinä arvioidaan markkinoiden rakennetta sellaisena kuin se on tulevaisuudessa. [57]

77. Seitsemännen valitusperusteen ensimmäinen väite on edellä todetun perusteella hyväksyttävä.

78. Pelkästään edellä esitetyn perusteella katson, että valituksenalainen tuomio on kumottava. Lisäksi katson, että näyttö tappioiden takaisin saamisen mahdollisuudesta ja oikeus mukauttaa hinnat ovat esillä olevan asian kannalta niin keskeisiä seikkoja, että kanne on käsiteltävä uudelleen ensimmäisessä oikeusasteessa.

54 – ”Erityisesti on arvioitava huolellisesti saalistajan kyky saada tappionsa takaisin”, kuten todetaan EAGCP:n (joka on tunnettujen akateemisten taloustieteilijöiden ryhmä, joka antaa neuvoja komission kilpailuasioiden pääosastolle ja kilpailuasioista vastaavalle komission jäsenelle) raportissa ”An economic approach to Article 82”, heinäkuu 2005, s. 52, saatavana WWW-osoitteessa http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf.

55 – ”Tappioiden takaisin saamista koskeva testi on tehtävä aina saalistushinnoittelua koskevissa asioissa”, todetaan OECD:n raportissa ”Predatory Foreclosure”, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP (2005)14, 15.3.2005, s. 8 ja sitä seuraavat sivut, saatavana WWW-osoitteessa http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf. Tuore yleiskatsaus 35 maan tilanteeseen esitetään International Competition Networkin (ICN) alaisen Unilateral Conduct Working Groupin laatimassa raportissa ”Report on Predatory Pricing”, joka esiteltiin ICN:n 7. vuotuisessa konferenssissa Kiotossa huhtikuussa 2008, saatavana WWW-osoitteessa http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral_WG_3.pdf.

56 – Komission perustama sähköisiä viestintäverkkoja ja -palveluja käsittelevä eurooppalainen sääntelyviranomaisten ryhmä toteaa 21.11.2003 laaditun tausta-asiakirjan ”Draft joint ERG/EC approach on appropriate remedies in the new regulatory framework” sivulla 36 seuraavaa: ”Saalistushinnoittelulla on näin ollen seuraavat tuntomerkit: a) yritys harjoittaa kustannuksiaan alhaisempaa hinnoittelua, b) kilpailijat joko suljetaan pois tai syrjäytetään markkinoilta ja c) *yritys voi saada tappionsa takaisin*” (kursivointi tässä). Tämä asiakirja on saatavana WWW-osoitteessa http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330_draft_joint_approach_on_remedies.pdf.

57 – Vrt. seuraava näkemys: ”Samanaikaisesti olisi kuitenkin otettava huomioon, että näyttö määräävästä markkina-asemasta ei välttämättä tarkoita, että määräävässä asemassa oleva yritys pystyy myös saamaan tappionsa takaisin. Vaikka näyttö tappioiden takaisin saamisesta tarkoittaakin, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen monopoliasema säilyy tulevaisuudessa, on tärkeää oivaltaa, että tappiolliset vaiheet ja tappioiden takaisin saamisen vaiheet eivät ole samanaikaisia – – Se, että yritys oli määräävässä asemassa harjoittaessaan kustannuksiaan alhaisempaa hinnoittelua, ei tarkoita, että se pystyy tulevaisuudessa saamaan aiemmat tappiot takaisin nostamalla hintoja: kilpailuolosuhteet voivat olla tulevaisuudessa hyvinkin erilaiset – – Toiseksi saalistushinnoittelua koskevat vaatimukset ovat käytännössä menestyneet EY 82 artiklan nojalla ainoastaan silloin, kun tappioiden takaisin saaminen joko todettiin tosiasiallisesti tai katsottiin tosiseikkojen perusteella todennäköiseksi.” Ks. O’Donoghue, R. ja Padilla, A. J., The Law and Economics of Article 82 EC, Oxford: Hart, 2006, s. 254. Vrt. myös seuraava: ”Viranomaisten on kuitenkin oltava tietoisia siitä, että määräävää markkina-asemaa koskeva testi ei vastaa tappioiden takaisin saamista koskevaa analyysia”, edellä alaviitteessä 55 mainittu OECD:n raportti, s. 8 ja sitä seuraavat sivut.

C *Toinen valitusperuste, joka koskee EY 82 artiklan virheellistä soveltamista – hintojen mukauttaminen kilpailijoiden hintoihin*

79. Valittaja esittää toisessa valitusperusteessaan, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin sovelsi virheellisesti EY 82 artiklaa, kun se epäsi WIN:ltä oikeuden mukauttaa vilpittömin mielin hintansa kilpailijoiden hintoihin.

Asianosaisten pääasialliset lausumat

80. Valittajan mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei kyseenalaistanut sitä, että WIN oli pelkästään mukauttanut hintansa kilpailijoiden hintoihin. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei kuitenkaan tehnyt tästä mitään päätelmiä. Esittämättä perusteluja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tyytyi toteamaan, että ”ei voida poissulkea sitä”, että hintoihin mukautuminen on väärinkäyttöä tai tuomittavaa. Näin ollen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei täyttänyt EY 82 artiklan soveltamisen edellytyksiä. Valittajan mukaan kyseinen oikeus on vahvistettu sekä komission päätöskäytännössä ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä että kilpailuoikeutta koskevassa oikeuskirjallisuudessa ja Ranskan viranomaisten päätöskäytännössä. Lisäksi valittaja esittää, että kyseinen oikeus on sen ainoa keino säilyttää kilpailukykynsä markkinoilla. Lopuksi valittaja toteaa, että asiaan United Brands vastaan komissio liittyvän oikeuskäytännön perusteella [58] ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimella oli velvollisuus tutkia, oliko WIN:n vastaus kilpailuun ”kohtuullinen” ja ”tarkoituksenmukainen”.

81. Komissio katsoo, että valittaja ei väitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi tehnyt oikeudellisen virheen WIN:n väitettyä mukauttamisoikeutta koskevien kanneperusteiden osalta tai että valituksenalaisen tuomion perustelut olisivat ristiriitaisia. Kilpailuun vastaamisen ”kohtuullisuutta” ja ”tarkoituksenmukaisuutta” koskevien väittämien osalta komissio toteaa, että valittaja esitti ne ensimmäisen kerran muutoksenhakuvaiheessa valittaessaan siitä, että komissio ei suorittanut tällaista suhteellisuuden arviointia. Joka tapauksessa valittaja arvostelee yhtä ainoaa valituksenalaisen tuomion kohtaa (187 kohta). [59] Komissio katsoo, että hintojen mukauttamisen kieltäminen määräävässä markkina-asemassa olevalta yritykseltä silloin, kun mukauttamiseen sisältyy kustannuksiaan alhaisempaa hinnoittelua, vastaa täysin EY 82 artiklan perustana olevia periaatteita, joiden mukaan määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on ”erityinen vastuu”. Toissijaisesti komissio katsoo, että riidanalainen päätös tehtiin tosiseikkojen valossa sillä perusteella, että WIN:n väite, jonka mukaan se pelkästään mukautti hintansa kilpailijoiden hintoihin, ei ollut perusteltu. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimella ei ollut velvollisuutta lausua kyseisistä tosiseikoista.

58 – Mainittu edellä alaviitteessä 37.

59 – Mainitun kohdan mukaan ei voida sulkea pois sitä, että hintojen mukauttaminen kilpailijoiden hintoihin ”on väärinkäyttöä tai että se on tuomittavaa, kun sen tarkoitus [on] tämän määräävän markkina-aseman vahvistaminen ja sen väärinkäyttö”.

Arviointi

82. Kuten ensinnäkin totesin edellä tämän ratkaisuehdotuksen 39 kohdassa, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi valituksenalaisen tuomion 176–182 kohdassa paikkansapitävästi, että yhteisöjen tuomioistuinten oikeuskäytännössä ei anneta määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle ehdotonta oikeutta mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin.

83. Tarkasteltavana olevassa valitusperusteessa valittaja ei kuitenkaan ilmaise, mikä tekee edellä mainituista ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen perusteluista virheelliset, eikä valittaja väitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi tehnyt oikeudellisen virheen.

84. Valittaja kuitenkin väittää – samoin kuin se teki ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa – että toimijan (ehdoton) oikeus mukauttaa hintansa vilpittömin mielin kilpailijoiden hintoihin on tunnustettu komission aiemmissa päätöksissä ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä ja että se on hyväksytty yksimielisesti oikeuskirjallisuudessa ja taloudellisissa analyyseissa.

85. Yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 58 artiklan ensimmäisen kohdan ja yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 112 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaan valituskirjelmässä on mainittava täsmällisesti se, miltä osin tuomion kumoamista vaaditaan, sekä ne oikeudelliset perusteet, jotka erityisellä tavalla tukevat tätä vaatimusta. Yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tätä edellytystä ei täytä valitus, jossa vain kerrataan tai toistetaan sanasta sanaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa jo esitetyt oikeudelliset perusteet ja perustelut. [60]

86. Julkisasiamies Geelhoed viittasi oikeuskäytäntöön tältä osin ratkaisuehdotuksessaan asiassa Sumitomo Metal Industries ja Nippon Steel vastaan komissio: [61] ”Yhteisöjen tuomioistuin on katsonut jo laajaksi käyneessä, yksiselitteisessä oikeuskäytännössään, että perusteiden, joihin vedotaan, on koskettava ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomiota[[62]] ja että tutkimatta jättämisen uhalla on mainittava täsmällisesti, miltä osin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomion kumoamista vaaditaan.[[63]] Tästä täsmällisyysvaatimuksesta seuraa muun muassa, että pelkkä valitusperusteen abstrakti esittäminen ei täytä tätä edellytystä.” [64]

60 – Ks. edellä alaviitteessä 42 mainittu asia Schröder ym. v. komissio, tuomion 35 kohta. Valituksen tällainen tulkinta ei johtaisi muuhun kuin yritykseen saada asia uudelleen käsiteltäväksi, ja oikeussääntöjen mukaan yhteisöjen tuomioistuimella ei ole toimivaltaa käsitellä asiaa kokonaan uudelleen. Ks. esim. asia C-499/03 P, Biegi Nahrungsmittel ja Commonfood v. komissio, tuomio 3.3.2005 (Kok. 2005, s. I-1751, 37 ja 38 kohta).

61 – Yhdistetyt asiat C-403/04 P ja C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries ja Nippon Steel v. komissio, ratkaisuehdotus 12.9.2006 (Kok. 2007, s. I-729).

62 – Tutkittavaksi ei oteta valitusperusteita, jotka kohdistuvat tosiasiallisesti toimielinten toimintaan tai laiminlyönteihin. Tällaisten perusteiden esittäminen olisi ”tavallinen” valitus. Ks. esim. asia C-401/96 P, Somaco v. komissio, tuomio 7.5.1998 (Kok. 1998, s. I-2587, 49 kohta) ja asia C-161/97 P, Kernkraftwerke Lippe-Ems v. komissio, tuomio 22.4.1999 (Kok. 1999, s. I-2057, 76 ja 77 kohta).

63 – Ks. esim. edellä alaviitteessä 42 mainittu asia Schröder ym. v. komissio, 35 kohta ja 38–42 kohta ja asia C-257/98 P, Lucaccioni v. komissio, tuomio 9.9.1999 (Kok. 1999, s. I-3251, 61 ja 62 kohta).

64 – Ks. asia C-51/92 P, Hercules v. komissio, tuomio 8.7.1999 (Kok. 1999, s. I-4235, 113 kohta).

87. Tämän vuoksi katson, että toinen valitusperuste on jätettävä tutkimatta.

88. Jotta epäselvyystilannetta sovellettaisiin valittajan hyväksi, voitaisiin olettaa, että tarkasteltavana oleva valitusperuste otettaisiin tutkittavaksi huolimatta edellä esitetyistä tutkittavaksi ottamista koskevista epäilyistä.

89. Katson, että – toisin kuin valittaja näyttää väittävän – tuomion perusteluissa ei ole ristiriitaa siltä osin, että valituksenalaiseen tuomioon ei sisälly mitään toteamusta, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei olisi kyseenalaistanut sitä, että WIN oli pelkästään mukauttanut hintansa kilpailijoiden hintoihin.

90. Kuten päättelin edellä arvioidessani ensimmäistä valitusperustetta, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei soveltanut mukauttamisoikeutta koskevaa asian kannalta merkityksellistä oikeuskäytäntöä esillä olevan asian tosiseikkoihin.

91. Itse asiassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei tarkastellut esillä olevan asian tosiseikkojen perusteella, oliko WIN tosiasiallisesti mukauttanut hintansa vilpittömin mielin kilpailijoiden hintoihin. Ongelmana on se, että asianosaiset ovat eri mieltä tosiseikoista nyt muutoksenhakuvaiheessa.

92. Yhteisöjen tuomioistuimelta voidaan hakea muutosta vain oikeuskysymysten osalta, mikä tarkoittaa, että ainoastaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on toimivaltainen määrittämään ensimmäisen oikeusasteen oikeudenkäynnin perustana olevat tosiseikat. Lisäksi asianosaiset eivät muutoksenhakuvaiheessa saa pyytää saada esittää näyttöä sellaisista tosiseikoista, joita ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole määrittänyt.

93. Tämän vuoksi katson, että toinen valitusperuste on jätettävä tutkimatta kahdestakin syystä.

94. Joka tapauksessa – tässä ratkaisuehdotuksessa tekemäni päätelmän mukaisesti – valituksenalainen tuomio on mielestäni kumottava ja palautettava ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen uudelleen käsiteltäväksi. Tällöin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin voi määrittää WIN:n hintojen mukauttamiseen liittyvät tosiseikat. [65]

95. Periaatekysymyksen osalta haluan kuitenkin tässä yhteydessä kiinnittää huomion seikkoihin, joita pidän asian kannalta merkityksellisinä. Ensinnäkin on otettava huomioon oikeuskäytäntö, johon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin nojautuu valituksenalaisen tuomion 185 ja 186 kohdassa. Toiseksi yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa Tetra Pak II antamassaan tuomiossa, että ”määräävässä asemassa olevalle yritykselle kuuluvan erityisen velvollisuuden aineellista soveltamisalaa on tarkasteltava ottaen huomioon kunkin yksittäistapauksen erityiset olosuhteet, jotka osoittavat

65 – Mikäli tarvitaan lisää toteamuksia tosiseikoista tai on tarkasteltava uudelleen jo määritettyjä tosiseikkoja, yhteisöjen tuomioistuin palauttaa asian ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen käsiteltäväksi. Ks. tältä osin asia C-68/91 P, Moritz v. komissio, tuomio 17.12.1992 (Kok. 1992, s. I-6849, 41 ja 42 kohta).

kilpailun heikentyneen”.[66] Tämän vuoksi hintojen mukauttamista esillä olevan kaltaisessa asiassa on tarkasteltava tapauskohtaisesti. Kolmanneksi katson, että on otettava huomioon olosuhteet, joissa määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi poikkeuksellisesti osoittaa, että keskimääräisiä muuttuvia kustannuksia alemmat hinnat ovat objektiivisesti perusteltuja.[67]

D *Kolmas valitusperuste, joka koskee EY 82 artiklan virheellistä soveltamista – saalistustestin käyttäminen vääristyneellä tavalla*

Asianosaisten pääasialliset lausumat

96. Kolmannessa valitusperusteessaan valittaja väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin sovelsi virheellisesti EY 82 artiklaa lisäksi myös sikäli, että se ei löytänyt virhettä komission kustannusten kattamisen laskemisessa käyttämästä menetelmästä, jossa käytettiin yhteisöjen tuomioistuimen asiassa AKZO edellyttämää saalishinnoittelun arviointitapaa vääristyneellä tavalla. Valittajan mukaan komission käyttämää menetelmää soveltamalla ei voitu päätellä, tuottivatko WIN:n hankkimat tilaajat kyseiselle yritykselle voittoa vai tappiota liittymän voimassaoloaikana.

97. Valittaja esittää *muuttuvista kustannuksista*, että jotta muuttuvia kustannuksia alempien hintojen voitaisiin katsoa merkitsevän EY 82 artiklassa tarkoitettua väärinkäyttöä, asiassa AKZO annetun tuomion 71 kohdassa edellytetään, että kustannusten kattamisen laskemisessa käytetyn menetelmän avulla osoitetaan tuotteiden tai palvelujen myynnin olleen tappiollista. Käytetty menetelmä voi olla yhteensopiva EY 82 artiklan kanssa vain, jos sen avulla osoitetaan, että joidenkin tilaajien osalta palvelu tuotti tappiota 48 kuukauden ajan. Koska WIN kuitenkin esitti kumoamiskanteessaan, että käytännössä koko kyseessä olevan ajanjakson ajan jokainen yksittäinen tilaaja tuotti voittoa WIN:lle, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei voinut EY 82 artiklaa virheellisesti soveltamatta välttää sen tarkistamista, oliko komissio todennut, että ainakin jotkin tilaajat olivat tuottaneet kokonaisuutena tappiota WIN:lle. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kuitenkin hyväksyi komission lähestymistavan, jossa ei annettu täyttä kuvaa kunkin tilauksen kannattavuudesta.

66 – Edellä alaviitteessä 4 mainittu asia Tetra Pak II, tuomion 24 kohta.

67 – Ks. julkisasiamies Fennellyn ratkaisuehdotus edellä alaviitteessä 48 mainituissa yhdistetyissä asioissa Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, 127 kohta. Vrt. edellä alaviitteessä 48 mainittu asia Tetra Pak International v. komissio, tuomion 147 kohta: ”tietyissä olosuhteissa voidaan hyväksyä, että määräävässä asemassa oleva yritys harjoittaa tappiollista myyntiä”. Ks. esim. Bellamy & Child, European Community Law of Competition, Oxford, 6. painos, 2008, s. 956 ja 957, 10.071 kohta: ”Siltä osin kuin[Akzo-sääntö] merkitsee sitä, että keskimääräiset muuttuvat kustannukset – – alittavia hintoja on pidettävä saalistushintoina,[sääntöä] on pidettävä liian jäykkänä. On mahdollista, että[keskimääräiset muuttuvat kustannukset] alittavat hinnat edistävät kilpailua – –”; Motta, M., *Competition Policy*, Cambridg University Press, 2004, s. 453; Faull, J. ja Nikpay, A., *The EC Law of competition*, Oxford University Press, 2007, s. 379, 4.287; edellä alaviitteessä 51 mainittu Ezrachi, A., s. 136; edellä alaviitteessä 55 mainittu OECD:n raportti, s. 18: ”Pelkästään se, että yritys harjoittaa kustannuksia alhaisempaa hinnoittelua, ei välttämättä tarkoita, että sen toiminta on haitaksi kilpailulle. Joissakin olosuhteissa tällainen hinnoittelu ei ole ainoastaan suotuisaa vaan se voi tosiasiallisesti edistää kilpailua. Viranomaisten on tutkittava tarkoin kaikki perustelut, joita väitetyt saalistajat esittävät harjoittamalleen hinnoittelulle.”; edellä alaviitteessä 44 mainittu Whish, R., s. 649; edellä alaviitteessä 44 mainittu Jones, A. ja Sufrin, B., s. 339, sekä Garzaniti, L. ja Liberatore, F, ”Recent Developments in the European Commission’s Practice in the Communications Sector: Part 2” (2004), *E.C.L.R.* 25(4) s. 234–240.

98. Valittaja viittaa *kokonaiskustannusten* osalta muuttuvia kustannuksia koskevaan väitteeseensä ja katsoo, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin käytti saalishinnoittelun arviointitapaa vääristyneellä tavalla, kun se ei tarkistanut, oliko osoitettu, että tilaajien kokonaiskustannuksia ei ollut katettu. Itse asiassa mitään näyttöä ei esitetty sellaisten tilaajien olemassaolosta, joiden tilaus olisi tuottanut WIN:lle tappiota 48 kuukauden ajan.

99. Komissio kumoaa edellä mainitut väitteet toteamalla ensinnäkin, että esillä olevassa asiassa sovellettiin samaa menetelmää kuin asioissa AKZO ja Tetra Pak II annetuissa tuomioissa – siten, että kustannukset otetaan huomioon yksinkertaisesti sellaisena kuin ne käyvät ilmi yrityksen kirjanpidosta – minkä lisäksi komissio tällä kertaa jopa höllensi menetelmää valittajalle edullisella tavalla. Komissio ei esimerkiksi soveltanut diskonttauskorkoa eikä sisällyttänyt vaihtoehtoiskustannuksia laskelmassa käytettyihin kustannuksiin.

100. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi vaihtoehtoisesta laskentamenetelmästä (diskontattujen kassavirtojen menetelmä), että komissio ei ollut tehnyt ilmeistä arviointivirhettä, eikä nyt käsiteltävänä olevassa valituksessa väitetä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi tehnyt oikeudellisen virheen tältä osin. Komissio toteaa velvollisuudesta ottaa huomioon tilauksen koko 48 kuukauden pituinen kesto, että koska kustannusten kattamisen aste oli alle 100 prosenttia niinä peräkkäisinä lyhyinä ajanjaksoina, joita riidanalaisessa päätöksessä tarkasteltiin (ja joiden kokonaiskesto oli noin 1,5 vuotta), kattamisen aste on väistämättä alle 100 prosenttia tilauksen koko keskimääräisen keston eli 48 kuukauden ajan. Tältä osin komissio katsoo, että alle 100 prosentin kattamisaste ei voi nousta 100:aa prosenttia suuremmaksi pidemmän ajanjakson aikana lukuun ottamatta tapauksia, joissa tilanne rikkomisen jälkeen antaa yritykselle mahdollisuuden saavuttaa tilaajaa kohti voittomarginaalin, joka on huomattavasti ja pysyvästi kilpailussa määräytyvää tasoa suurempi.

Arviointi

101. Valittaja ei ilmaise selkeästi, mitkä valituksenalaisen tuomion osat (ts. mitkä kohdat) se asettaa kyseenalaisiksi. [68]

102. Yhteisöjen tuomioistuimelle jättämässään valituskirjelmässä valittaja väittää, että komissio sovelsi tappioiden takaisin saamiseen staattista analyysia, joka tarkoittaa, että hankintakustannukset lisättiin 48:lla kerrottuihin toistuviin kuukausittaisiin kustannuksiin, sellaisina kuin ne olivat olemassa tilauspäivänä, ja että tätä määrää verrattiin 48:lla kerrottuihin kuukausituloihin, sellaisina kuin ne olivat kyseisenä päivänä.

68 – Toiston välttämiseksi viittaan tässä yhteydessä tämän ratkaisuehdotuksen 85 ja 86 kohtaan, jotka koskevat myös tätä valitusperustetta.

103. Valituksenalaisen tuomion 140 ja 142 kohdassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi, että ”toisin kuin WIN väittää, komissio ei käyttänyt staattista kustannusten kattamistestiä” ja ”toisin kuin WIN väittää, tämä menetelmä ei mitenkään tarkoita sitä, että hankintakustannukset lisätään 48:lla kerrottuihin toistuviin kuukausittaisiin kustannuksiin, sellaisina kuin ne olivat olemassa tilauspäivänä, ja että tätä määrää verrataan 48:lla kerrottuihin kuukausituloihin, sellaisina kuin ne olivat kyseisenä päivänä”. [69]

104. Vaikka valittaja nähtävästi muutoksenhakuvaiheessa riitauttaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen suorittaman tosiseikkojen arvioinnin, se ei kuitenkaan moiti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta mistään arviointivirheestä tai tosiseikkojen vääristelystä tältä osin ja se ainoastaan toistaa perustelut, jotka se esitti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle. [70] Valituksenalaisen tuomion 153–155 kohdassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi diskontattujen kassavirtojen menetelmästä, että komissio ei tehnyt oikeudellista virhettä jättäessään valitsematta tämän menetelmän, ja valittaja ei väitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi tehnyt oikeudellisen virheen tältä osin.

105. Tämän vuoksi katson, että tämä sinänsä on riittävä peruste jättää kolmas valitusperuste tutkimatta ja joka tapauksessa hylätä se perusteettomana.

69 – Ks. valituksenalaisen tuomion 143–151 kohta, jossa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin esittää perustelunsa tälle.

70 – Valituksessa ainoastaan toistetaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esitetyt oikeudelliset perusteet ja perustelut esittämättä perusteluja oikeudellisen virheen toteamiselle. Asia C-30/96 P, Abello ym. v. komissio, tuomio 5.2.1998 (Kok. 1998, s. I-377, 45 kohta).

E *Neljäs valitusperuste, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin sekä sovelsi virheellisesti EY 82 artiklaa että laiminlöi perusteluvelvollisuutensa – kustannukset ja tulot, jotka kohdistuvat kyseessä olevan ajankohdan jälkeiseen ajankohtaan*

106. Valittaja esittää neljännessä valitusperusteessaan, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin sekä sovelsi virheellisesti EY 82 artiklaa että laiminlöi perusteluvelvollisuutensa, kun se arvioi, että niitä kustannuksia ja tuloja, jotka kohdistuvat väitetyn rikkomisen tapahtumisen jälkeiseen (ts. 15.10.2002 jälkeiseen) ajankohtaan, ei ole otettava huomioon. Juuri tästä kustannusten ja tulojen huomioon ottamista koskevasta ajallisesta rajoituksesta nimittäin seurasi se, että komissio virheellisesti totesi, että kilpailusääntöjä oli rikottu.

Asianosaisten pääasialliset lausumat

107. Valittaja moittii sitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hyväksyi komission arvion, jossa ei otettu huomioon 15.10.2002 jälkeisiä kustannuksia ja tuloja. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei voinut – toimimatta ristiriitaisesti ja vastoin EY 82 artiklaa – hyväksyä komission lähestymistapaa, jossa toisaalta kustannusten kattamisen asteen laskemisessa ei otettu huomioon

kustannuksia ja menoja, jotka kohdistuivat väitetyn rikkomisen tapahtumisen jälkeiseen ajankohtaan mutta ajoittuivat 48 kuukauden ajanjaksolle, ja jossa toisaalta tunnustettiin, että tilausten osalta kustannukset ja tulot jaettiin perustellusti 48 kuukaudelle. EY 82 artiklan vaatimusten täyttämiseksi kattamisen aste on valittajan mukaan laskettava ainoastaan 48 kuukauden ajanjaksolta.

108. Valittaja katsoo, että vahvistaessaan komission kannan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toimi ristiriitaisesti sikäli, että riidanalaisessa päätöksessä oli todettu selkeästi, että kilpailuolosuhteet oli ”palautettu” 15.10.2002, [71] ja nyt komissio myönsi, että se ei ollut missään vaiheessa ottanut huomioon tuloja, jotka kohdistuvat väitetyn rikkomisen tapahtumisen jälkeiseen ajankohtaan, koska ne olisivat toteutuneet vasta kilpailun heikennyttyä.

109. Komissio katsoo, että tämä valitusperuste on todellisuudessa vain kolmannen valitusperusteen jatke ja että se on saanut alkunsa sekaannuksesta. Koskaan ei ole ollut kysymys siitä, että sallittaisiin kaikkien tilauksesta aiheutuvien tulojen ja kustannusten jakaminen 48 kuukauden ajanjaksolle. Pikemminkin on niin, että komission menetelmässä, jonka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hyväksyi, sallittiin – käyttöomaisuuden hankintamenojen poistojen tekemisen periaatteen mukaisesti – se, että jaetaan tietylle ajanjaksolle tietyntyyppiset kustannukset, nimittäin tilauksen alkuvaiheessa aiheutuvat ei-toistuvat muuttuvat kustannukset (”markkinoiden valloitukseen liittyvät kustannukset” tai ”tilaajien hankinnasta aiheutuvat kustannukset”).

110. Komissio katsoo, että toistuvia kustannuksia ei kuitenkaan pitäisi jakaa tietylle ajanjaksolle. Riidanalaisen päätöksen mukaan yrityksen ei ollut mahdollista ”saavuttaa toistuvien kustannusten (verkoston kustannukset ja tuotantokustannukset) kattamisen aste[tta], joka on riittävä, jotta näistä toistuvista kustannuksista saatavalla katteella katetaan kohtuullisen ajan kuluessa muuttuvat ei-toistuvat kustannukset, jotka on sijoitettu kyseessä olevien tuotteiden kaupalliseen kehittämiseen”. [72] Kuitenkin kaikki väitetyn rikkomisen tapahtumisen jälkeiseen ajankohtaan kohdistuvat kustannukset ja tulot, jotka valittaja haluaa sisällyttää laskelmaan, ovat toistuvia.

111. Lisäksi komissio katsoo, että olisi väärin sisällyttää laskelmaan ennusteet tulevista positiivisista marginaaleista, jotka perustuvat tulevien kustannusten supistumiseen, joka koskisi kaikkia kilpailijoita mutta jonka seurauksena ei olisi hintojen lasku. Tällaiseen tulokseen voitaisiin komission mukaan päästä ainoastaan kilpailun heikennyttyä. Komissio toteaa, että joka tapauksessa valittajan päätelmät eivät johtaisi positiiviseen kokonaiskustannusten kattamisen asteeseen ja että vaikka hyväksyttäisiin valittajan esittämät ennusteet erittäin suurista voittomarginaaleista 48 kuukauden ajanjaksolla, tällaiset marginaalit toteutuisivat vasta kilpailun heikennyttyä. Lisäksi komissio katsoo, että vaikka ”hankintakustannukset” jätettäisiin pois, kustakin tilaajasta WIN:lle kuukausittain aiheutuvat välittömät kustannukset olisivat suuremmat kuin tilauksesta saatavat tulot.

71 – Ks. riidanalaisen päätöksen 386 perustelukappale.

72 – Ks. riidanalaisen päätöksen 76 perustelukappale ja valituksenalaisen tuomion 136 kohta.

112. Lopuksi komissio katsoo, että valittajan (virheellisessä) lähestymistavassa hyväksytään se, että sen tilaajat tuottavat kasvavia tappioita 1,5 vuoden ajan (riidanalaisen päätöksen kattama aika), mutta oletetaan sitten saavutettavan huomattava voittomarginaali komission toimenpiteen jälkeisinä vuosina siten, että tilaajat alkaisivat tuottaa voittoa liittymän voimassaoloajan loppuun mennessä.

Arviointi

113. Ensi näkemältä vaikuttaa siltä, että tämä valitusperuste on ainoastaan edellisen valitusperusteen jatke ja että valittaja toistaa väitteensä, jonka mukaan ainoastaan 48 kuukauden ajanjakso olisi mahdollistanut kustannusten kattamisen asteen laskemisen EY 82 artiklan vaatimukset täyttävällä tavalla. Ensinnäkin tämä valitusperuste näyttää perustuvan siihen virheelliseen olettamaan, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi tunnustanut, että ”kustannukset ja tulot jaetaan 48 kuukaudelle”. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole todennut tällaista valituksenalaisen tuomion missään kohdassa. Komission menetelmässä sitä vastoin – kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin vahvisti – jaetaan ainoastaan tietyntyyppiset kustannukset, toisin sanoen ei-toistuvat muuttuvat kustannukset.

114. Joka tapauksessa analyysini valituksenalaisen tuomion 129–156 kohdasta ei ole tuonut esille mitään, mikä voisi vaikuttaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen lähestymistavan pätevyyteen. Katson, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei tehnyt oikeudellista virhettä ja sovelsi EY 82 artiklaa oikein, kun se totesi, että ”WIN ei ole osoittanut komission soveltaneen esillä olevassa asiassa lainvastaista kustannusten kattamistestiä, kun komissio on käyttänyt WIN:n kirjanpitoon merkittyjä tietoja korjaamalla niitä WIN:n kannalta edullisella tavalla, jotta merkityksellisten markkinoiden erityinen tilanne otetaan huomioon, ja noudattanut kuitenkin EY 82 artiklassa tarkastelua varten asetettuja vaatimuksia” ja että ”oikeuskäytännöstä ei käy ilmi, että diskontattujen kassavirtojen menetelmän käyttäminen oli esillä olevassa asiassa välttämätöntä, ja – – WIN ei esittänyt yhtäkään perustetta, jolla osoitetaan, että komissio teki tältä osin ilmeisen arviointivirheen”. [73]

115. Lisäksi muistutan siitä, että yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen mukaisesti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen käsiteltävänä olleen asian kohdetta ei saa muuttaa valituksessa. Tarkasteltavana oleva valittajan valitusperuste eroaa kuitenkin huomattavasti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esitetystä kanneperusteesta, jossa valittaja väitti komission tehneen oikeudellisen virheen, kun se kieltäytyi käyttämästä diskontattujen kassavirtojen menetelmää eli nettonykyarvoon perustuvaa menetelmää (joka valittajan mukaan oli ainoa asian kannalta merkityksellinen menetelmä). Yhteisöjen tuomioistuimelle jättämässään valituskirjelmässä valittaja ei kuitenkaan enää mainitse kyseistä menetelmää.

116. Tämän vuoksi katson, että neljäs valitusperuste on jätettävä tutkimatta ja joka tapauksessa hylättävä perusteettomana.

73 – Ks. 154 ja 155 kohta. Nettonykyarvoon perustuvan lähestymistavan osalta ks. esim. Yhdistyneen kuningaskunnan oikeustapaus 1001/1/1/01, Napp Pharmaceutical Holdings Ltd v. Director General of Fair Trading, Competition Commission Appeal Tribunalin (CAT) tuomio 15.1.2002, 260 kohta.

F *Viides valitusperuste, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin sovelsi virheellisesti EY 82 artiklaa ja laiminlöi perusteluvelvollisuutensa – hintojen pitäminen saalistushintoina silloinkin, kun niiden soveltaminen johtaisi huomattavaan markkinaosuuksien menettämiseen*

117. Valittaja väittää viidennessä valitusperusteessaan, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin sovelsi virheellisesti EY 82 artiklaa ja laiminlöi sille kuuluvan perusteluvelvollisuuden myös siltä osin kuin se katsoi, että hintoja voidaan pitää saalistushintoina, vaikka niiden soveltaminen johtaisi huomattavaan markkinaosuuksien menettämiseen. Tällaisia hintoja ei valittajan mukaan voida pitää sellaisina, että ne saattaisivat johtaa kilpailevien yritysten syrjäyttämiseen.

Asianosaisten pääasialliset lausumat

118. Valittaja esittää, että vaikka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tunnusti WIN:n markkinaosuuden supistuneen elokuusta 2002 lähtien, se kuitenkin katsoi väitetyn rikkomisen jatkuneen 15.10.2002 asti. Valittajan mukaan saalistus kuitenkin merkitsee kilpailun huomattavaa vähenemistä eikä se voi ilmetä silloin, kun kilpailu lisääntyy.

119. Komissio katsoo, että ensimmäisessä oikeusasteessa valittaja oli esittänyt kyseisen väitteen ainoastaan kyseenalaistaakseen määräävän markkina-aseman olemassaolon ja vaatiakseen sakon määrän alentamista. Se käyttää väitettä kyseenalaistaakseen väärinkäytön olemassaolon ensimmäisen kerran muutoksenhakuvaiheessa.

120. Mitä aineelliseen kysymykseen tulee, komission käytettävissä olevista tiedoista ilmenee, että WIN:n markkinaosuus kasvoi jatkuvasti 31.8.2002 asti. Sen markkinaosuuden mahdollinen supistuminen rikkomisen viimeisen puolentoista kuukauden aikana saattoi komission mukaan johtua ainoastaan FT:n yhteyspalvelujen tukkuhintojen laskusta, jota WIN – toisin kuin kilpailijansa – päätti olla siirtämättä omiin hintoihinsa, minkä vuoksi rikkominen päättyi 15.10.2002. Täydentävänä huomautuksena komissio lisää, että tällainen markkinaosuuden supistuminen ei asettaisi päätöksen pätevyyttä sinänsä kyseenalaiseksi mutta voisi korkeintaan kyseenalaistaa rikkomisen keston. Tällä ei kuitenkaan olisi vaikutusta sakon määrään, koska valituksessa ei ole pyydetty sen tarkistamista.

Arviointi

121. Kuten komissio perustellusti toteaa, nyt käsiteltävänä oleva valitus rajoittuu ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arvioon

määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä ja WIN esitti väitteen markkinaosuutensa supistumisesta ensimmäisessä oikeusasteessa ainoastaan kyseenalaistaakseen määräävän markkina-aseman olemassaolon [74] ja vaatiakseen sakon määrän alentamista. [75]

122. Vakiintuneessa oikeuskäytännössä katsotaan, että jos asianosaisella olisi oikeus esittää ensi kertaa vasta yhteisöjen tuomioistuimessa perusteita, joihin se ei ole ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa vedonnut, asianosaisella olisi oikeus laajentaa yhteisöjen tuomioistuimessa, jonka toimivalta muutoksenhakuasioissa on rajoitettu, kannettaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa käsiteltyyn asiaan nähden. Yhteisöjen tuomioistuin on valitusasioissa näin ollen toimivaltainen arvioimaan ainoastaan sitä oikeudellista ratkaisua, jonka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt sille esitetyistä perusteista. [76]

123. Valittajan viides valitusperuste on tämän vuoksi jätettävä tutkimatta.

74 – WIN:n ensimmäisessä oikeusasteessa esittämän kannekirjelmän 95 kohta, määräävän markkina-aseman olemassaoloa koskeva kanneperuste.

75 – WIN:n ensimmäisessä oikeusasteessa esittämän kannekirjelmän 272 kohta, sakkoa koskeva kanneperuste.

76 – Asia C-68/05 P, Koninklijke Coöperatie Cosun UA v. komissio, tuomio 26.10.2006 (Kok. 2006, s. I-10367, 95–98 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

G *Kuudes valitusperuste, joka koskee tosiseikkojen vääristelyä ja EY 82 artiklan virheellistä soveltamista – väitetty saalistussuunnitelma*

1. Tosiseikkojen ja todisteiden vääristely

124. Kuudes valitusperuste muodostuu kahdesta väitteestä. Ensimmäisessä väitteessään valittaja esittää, että oletetun saalistussuunnitelman osalta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin otti vääristyneellä tavalla huomioon sen harkittavana olleet tosiseikat ja todisteet.

Asianosaisten pääasialliset lausumat

125. Valittaja katsoo, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin vääristeli todisteita, joihin se perusti analyysinsa siitä, oliko saalistussuunnitelma olemassa. Se nojautui yksinomaan WIN:n asiakirjoihin ja päätteli saalistussuunnitelman olevan olemassa niissä käytettyjen termien kuten ”hallitsemisen” ja verbin ”hallita” perusteella. Näistä asiakirjoista kävivät kuitenkin ainoastaan ilmi ”melko kunnianhimoiset liiketoiminnan tavoitteet”, kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin itse on todennut. [77]

77 – Tässä viitataan valituksenalaisen tuomion 214 kohtaan.

126. Komissio katsoo, että valittaja pyrkii muutoksenhakuvaiheessa saamaan uudelleen käsiteltäväksi väitteen, jonka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin jätti tutkimatta, muttei kuitenkaan kyseenalaista tutkimatta jättämistä koskevaa toteamusta. Toiseksi valittaja ei ole esittänyt yhtäkään perustelua, joka tukisi vääristelyä koskevaa väitettä, ja ainoastaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida sille esitetyn selvityksen arvoa todisteina. Täydentävänä huomautuksena komissio katsoo, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei perustanut analyysiaan yksinomaan asiakirjoihin, joihin sisältyi ilmaisu ”hallita”, vaan myös lukuisiin muihin asiakirjoihin.

Arviointi

127. Valittaja pyrkii saamaan uudelleen käsiteltäväksi perusteen, jonka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin jätti tutkimatta valituksenalaisen tuomion 204 ja 205 kohdassa.

128. Nyt käsiteltävänä olevassa valituksessa valittaja ei kuitenkaan voi esittää tätä perustetta uudestaan. Valittaja voi ainoastaan erityisistä syistä väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen päätöstä jättää peruste tutkimatta ensimmäisessä oikeusasteessa ei voida hyväksyä, [78] ja sen on tässä yhteydessä esitettävä perustelut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tekemän oikeudellisen virheen toteamiselle. [79] Mielestäni valittaja ei ole onnistunut kyseenalaistamaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen päätöstä jättää peruste tutkimatta.

129. Nyt käsiteltävänä oleva valitus kohdistuu tosiseikkaa koskevaan kysymykseen, eikä siinä esitetä vakuuttavia perusteita, joka tukisivat tosiseikkojen vääristelyä koskevaa väitettä.

130. EY 225 artiklan ja yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 58 artiklan ensimmäisen kohdan mukaan yhteisöjen tuomioistuimella ei ole toimivaltaa määrittää asian tosiseikastoa eikä lähtökohtaisesti myöskään arvioida sitä selvitystä, johon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on asian tosiseikastoa määrittäessään tukeutunut. Silloin kun tämä selvitys on saatu asianmukaisesti ja asian selvittämistä sekä todistustaakkaa koskevia menettelysääntöjä ja yleisiä oikeusperiaatteita on noudatettu, ainoastaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida sille esitetyn selvityksen arvoa todisteina. [80] Lukuun ottamatta sitä tapausta, että tätä näyttöä on vääristelty, tämä arviointi ei siten ole sellainen oikeuskysymys, että se sellaisenaan kuuluisi yhteisöjen tuomioistuimen harjoittaman valvonnan piiriin. [81]

78 – Ks. Lenaerts, K., Arts, D. ja Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. painos, Lontoo, 2006, s. 464, jonka mukaan tällainen päätelmä voidaan tehdä yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-354/92 P, Eppe v. komissio, 22.12.1993 antaman tuomion perusteella (Kok. 1993, s. I-7027, 13 kohta).

79 – Ks. edellä alaviitteessä 70 mainittu asia Abello ym. v. komissio, tuomion 45 kohta.

80 – Ks. asia C-185/95 P, Baustahlgewebe v. komissio, tuomio 17.12.1998 (Kok. 1998, s. I-8417, 24 kohta).

81 – Yhdistetyt asiat C-24/01 P ja C-25/01 P, Glencore ja Compagnie Continentale v. komissio, tuomio 7.11.2002 (Kok. 2002, s. I-10119, 65–69 kohta). Vääristelyn on käytävä ilmi yhteisöjen tuomioistuimen oikeudenkäyntiasiakirjoista ilman, että on tarpeen arvioida tosiseikat ja todisteet uudestaan. Ks. asia C-551/03 P, General Motors ym. v. komissio, tuomio 6.4.2006 (Kok. 2006 s. I-3173, 51, 52 ja 54 kohta).

131. Kuudennen valitusperusteen ensimmäinen väite on näin ollen jätettävä tutkimatta.

2. EY 82 artiklan virheellinen soveltaminen

132. Toisessa väitteessään valittaja esittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin sovelsi virheellisesti EY 82 artiklaa. Kyseisessä artiklassa edellytetään valittajan mukaan objektiivisesti todettavissa olevaa syrjäyttämissuunnitelmaa eikä puhtaasti subjektiivinen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskeva lähestymistapa missään tapauksessa täytä tätä edellytystä.

Asianosaisten pääasialliset lausumat

133. Valittaja esittää, että määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on objektiivinen käsite. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin perusti analyysinsa ja päätelmänsä pelkästään subjektiivisiin tekijöihin eikä objektiivisiin perusteisiin kuten kilpailijoihin kohdistuviin uhkiin, valikoivaan hinnoitteluun kilpailijoiden asiakkaisiin nähden, hintasyrjintään, korkeampien tarjousten jättämiseen tai tappiollisen myynnin kestoon, johdonmukaisuuteen ja laajuuteen.

134. Komissio katsoo ensinnäkin, että väärinkäytön tahallisuus on väistämättä subjektiivinen tekijä, ja toiseksi, että yhteisöjen tuomioistuinten oikeuskäytännössä ei edellytetä osoitukseksi saalistussuunnitelmasta valittajan esittämien kaltaisia objektiivisia perusteita.

Arviointi

135. On riittävää todeta samoin kuin joidenkin edellä mainittujen valitusperusteiden yhteydessä, että valittaja näyttää turvautuvan perusteluihin, jotka se esitti jo ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa.

136. Näin ollen myös kuudennen valitusperusteen toinen väite on jätettävä tutkimatta.

137. Saalistussuunnitelman osalta katson, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on soveltanut asioihin AKZO ja Tetra Pak II liittyvää oikeuskäytäntöä esillä olevaan asiaan oikein ja oikeudellisesti riittävällä tavalla.

138. Tämän vuoksi kuudes valitusperuste on jätettävä tutkimatta ja joka tapauksessa hylättävä perusteettomana.

H *Seitsemännen valitusperusteen toinen väite, joka koskee EY 82 artiklan virheellistä soveltamista – tappioiden takaisin saaminen – yrityksen esittämät todisteet tappioiden takaisin saamisen mahdottomuudesta*

139. Toiseksi valittaja väittää seitsemännessä valitusperusteessaan, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin sovelsi EY 82 artiklaa virheellisesti siltä osin, kuin se samaisti komission esittämät todisteet, jotka koskivat mahdollisuutta saada tappiot takaisin, asianomaisen yrityksen esittämiin todisteisiin tappioiden takaisin saamisen mahdottomuudesta.

Asianosaisten pääasialliset lausumat

140. Valittaja väittää WIN:n itse esittäneen näytön siitä, että tappioita oli mahdotonta saada takaisin. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olisi valittajan mukaan täytynyt tämän vuoksi ratkaista se, oliko komissiolla oikeus jättää huomiotta yrityksen esittämä näyttö tappioiden takaisin saamisen mahdottomuudesta.

141. Komissio katsoo, että valittaja ei esittänyt ensimmäisessä oikeusasteessa yhtäkään kanneperustetta siitä, oliko komissiolla oikeus jättää tällainen näyttö huomiotta. Joka tapauksessa komissio toteaa, että perustelu on hylätty epäsuorasti valituksenalaisen tuomion 103–121 ja 261–267 kohdassa. Komissio lisää täydentävänä huomautuksena, että se tosiasiallisesti analysoi tappioiden takaisin saamisen mahdollisuutta riidanalaisessa päätöksessä ja piti sitä todennäköisenä esillä olevassa asiassa.

Arviointi

142. Mielestäni valittaja ei esittänyt ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa tappioiden takaisin saamisen mahdottomuudelle muita perusteluja kuin sen, että komissio osoitti riidanalaisessa päätöksessä tappioiden takaisin saamisen mahdottomaksi toteamalla, että ”kilpailuolosuhteet oli palautettu”.

143. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen velvollisuus perustella päätöksensä ei tosiasiallisesti tarkoita, että sen olisi vastattava yksityiskohtaisesti jokaiseen valittajan esittämään väitteeseen varsinkaan silloin, kun väite ei ole riittävän selkeä ja täsmällinen ja kun sen tueksi ei ole esitetty riittäviä todisteita. [82]

82 – Ks. asia C-274/99 P, Connolly v. komissio, tuomio 6.3.2001 (Kok. 2001, s. I-1611, 121 kohta) ja edellä alaviitteessä 34 mainittu asia Belgia v. komissio, tuomion 81 kohta.

144. Katson, että perusteluja, jotka WIN osoittaakseen tappioiden takaisin saamisen mahdottomuuden esitti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle jättämässään kannekirjelmässä ja joiden mukaan komissio oli toiminut ristiriitaisesti tehdessään markkina-analyysin, ei voida pitää riittävän selkeinä ja täsmällisinä. Ne eivät myöskään johtaneet toteamukseen, jonka mukaan komissiolla ei olisi ollut oikeutta jättää huomiotta kyseisen yrityksen esittämää näyttöä tappioiden takaisin saamisen mahdottomuudesta.

145. Joka tapauksessa vaikuttaa siltä, että näyttö on hylätty epäsuorasti mutta välttämättömästi valituksenalaisen tuomion 103–121 ja 261–267 kohdassa.

146. Tämän vuoksi katson, että seitsemännen valitusperusteen toinen väite on jätettävä tutkimatta uutena perusteluna tai perusteena, jota ei ole esitetty ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa, ja joka tapauksessa hylättävä perusteettomana.

V Ratkaisuehdotus

147. Kaiken edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin kumoaa valituksenalaisen tuomion.

Lisäksi pidän asianmukaisena, että yhteisöjen tuomioistuin palauttaa yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 61 artiklan ensimmäisen kohdan mukaisesti asian ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen käsiteltäväksi ja jättää oikeudenkäyntikuluista päättämisen myöhemmäksi.