Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
PAOLO MENGOZZI
24 päivänä toukokuuta 2011 [1]

Asia C-209/10

Post Danmark A/S
vastaan
Konkurrenceråd

(Højesteretin (Tanska) esittämä ennakkoratkaisupyyntö)

SEUT 102 artikla — Osoitteettomien lähetysten jakelun markkinat Tanskassa — Määräävän aseman väärinkäyttö — Osoitteettomien lähetysten jakelun valikoivat hinnanalennukset — Keskimääräiset kokonaiskustannukset alittavat hinnat — Keskimääräiset lisäkustannukset ylittävät hinnat — Kilpailijan syrjäyttäminen markkinoilta — Tarkoitus — Vaikutus — Syrjivä hinnoittelukäytäntö — Saalistushinnoittelu

I Johdanto

1. Käsiteltävänä oleva Højesteretin (Tanska) esittämä ennakkoratkaisupyyntö koskee EY 82 artiklan (joka vastaa nykyistä SEUT 102 artiklaa) tulkintaa.

2. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee lähinnä, onko postiyritys, käsiteltävässä asiassa Post Danmark A/S (jäljempänä Post Danmark) käyttänyt väärin määräävää asemaansa osoitteettomien lähetysten [2] jakelua koskevilla Tanskan markkinoilla, kun se on soveltanut valikoivasti alhaisia hintoja tehdessään asiakassopimuksia pääasiallisen kilpailijansa eli Forbruger-Kontackin (jäljempänä FK) kolmen tärkeimmän asiakkaan kanssa, vaikka osoitettaisiin, ettei kyseisillä hinnoilla ole ollut tarkoitus syrjäyttää FK:ta markkinoilta.

3. Jos tämä peruste ei yksinään riitä markkinoilta syrjäyttämiseen tähtäävän hintojen väärinkäytön toteamiseksi, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää unionin tuomioistuinta ilmoittamaan, mitä muita merkityksellisiä seikkoja kansallisen tuomioistuimen on otettava huomioon.

4. Ennen kuin tarkastelen näitä kysymyksiä, joihin vastaaminen ei ole helppoa, on palautettava mieleen käsiteltävän ennakkoratkaisupyynnön taustalla olevan pääasian oikeudenkäynnin olennaiset olosuhteet.

1 — Alkuperäinen kieli: ranska.

2 — Ennakkoratkaisupyynnön mukaan osoitteettomilla lähetyksillä tarkoitetaan erityisesti mainoksia, puhelinluetteloita, opaskarttoja sekä paikallis- ja aluelehtiä.

5. Post Danmark ja FK ovat kaksi merkittävintä Tanskan osoitteettomien lähetysten jakelumarkkinoilla toimivaa yritystä. Nämä markkinat on täysin vapautettu, eikä niihin sovelleta postipalveluja koskevaa Tanskan lainsäädäntöä, jolla yhteisön postipalvelujen sisämarkkinoiden kehittämistä ja palvelun laadun parantamista koskevista yhteisistä säännöistä annettu direktiivi 97/67/EY [3] on saatettu osaksi maan lainsäädäntöä.

6. Pääasian tosiseikkojen tapahtuma-aikaan eli vuosina 2003 ja 2004 Post Danmarkilla oli ennakkoratkaisupyynnön mukaan kuitenkin osoitteellisten kirjeiden ja pakettien jakelun yksinoikeus ja yleispalveluvelvollisuus erikseen vahvistettujen enimmäispainojen puitteissa. [4] Yrityksellä oli sen vuoksi koko maan kattava jakeluverkosto, jota samalla käytettiin vapautettuun osoitteettomien lähetysten jakelutoimintaan.

7. FK on tanskalaisen lehtikonsernin tytäryhtiö ja harjoittaa pääasiallisena toimintanaan osoitteettomien lähetysten jakelua. FK oli pääasian tosiseikkojen tapahtuma-aikaan perustanut lähes koko maan kattavan jakeluverkoston lähinnä ostamalla Tanskan osoitteettomien lähetysten jakelumarkkinoiden pienempiä toimijoita.

8. FK:n suurimpia asiakkaita olivat vuoteen 2004 asti kolme supermarketketjua SuperBest, Spar ja Coop.

9. Vuoden 2003 lopulla tehdyillä sopimuksilla näiden kolmen supermarketketjun osoitteettomien lähetysten jakelu siirtyi Post Danmarkille vuoden 2004 alusta lähtien.

10. Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että Post Danmarkin ja FK:n kanssa käytyjen neuvottelujen jälkeen supermarketketju Coopin kanssa tehty sopimus oli vuosittaiselta volyymiltään yli kolmekertainen Post Danmarkin pääasiallisen asiakkaan osoitteettomien lähetysten jakeluvolyymiin verrattuna. Coop jakoi kuhunkin talouteen viisi lähetystä, kun taas yksikään Post Danmarkin siihenastisista asiakkaista ei jakanut enempää kuin yhden lähetyksen kuhunkin talouteen. Kyseessä oli myös Post Danmarkin ensimmäinen sopimus osoitteettomien lähetysten jakelusta perjantaisin ja lauantaisin. Post Danmarkin Coopille tarjoama hinta oli sen muille asiakkailleen tarjoamia hintoja alempi. Coop sai myös hinnaston mukaisista hinnoista suuremman alennuksen kuin muut Post Danmarkin asiakkaat.

11. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ilmoittaa lisäksi, että Post Danmarkille osoitteettomien lähetysten jakelusta aiheutuneet kustannukset ovat vuosien 2003 ja 2004 välisenä aikana pienentyneet 0,13 Tanskan kruunua (DKK) lähetystä kohti ja että Post Danmarkin Coopille tarjoama hinta ei kata yrityksen keskimääräisiä kokonaiskustannuksia vaan ainoastaan sen keskimääräiset lisäkustannukset.

12. FK teki kantelun, jossa se moitti Post Danmarkia siitä, että tämä oli soveltanut saalistushinnoittelua, syrjiviä hintoja ja alennuksia sekä turvautunut asiakasuskollisuutta lisääviin keinoihin ja ristiintukemiseen, ja Konkurrencerådet (kilpailuviranomainen) katsoi valituksen johdosta 29.9.2004 tekemässään päätöksessä, että Post Danmark oli rikkonut EY 82 artiklaa, kun se oli harjoittanut vuosina 2003 ja 2004 ensisijaista hintasyrjintää (primary-line discrimination) soveltamalla kilpailijansa asiakkaisiin eri hinnoittelua kuin omiin asiakkaisiinsa.

13. Konkurrencerådet katsoi lisäksi, että Post Danmark oli käyttänyt väärin määräävää asemaansa ensisijaisen syrjinnän muodossa tarjoamalla FK:n asiakkaille kohdennettuja alennuksia. Tämän lisäksi se katsoi, että Post Danmark oli harjoittanut toissijaista hintasyrjintää (secondary-line discrimination) kohtelemalla samanlaisissa tilanteissa olevia kauppakumppaneitaan eri tavalla.

3 — 15.12.1997 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EYVL 1998, L 15, s. 14). Huomattakoon, että pääasian tosiseikkojen tapahtuma-ajan jälkeen direktiiviä on muutettu merkittävästi direktiivin 97/67 muuttamisesta 20.2.2008 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2008/6/EY (EUVL L 52, s. 3). Tanskan osalta näiden muutosten kansalliseen lainsäädäntöön saattamisen määräajaksi asetettiin 31.12.2010 direktiivin 2008/6 2 artiklan mukaisesti.

4 — On huomattava, että direktiivin 2008/6 7 artiklassa säädetään, että jäsenvaltiot lakkaavat myöntämästä postipalvelujen käyttöönottoa ja tarjontaa koskevia yksin- tai erityisoikeuksia. Yleispalvelu on näin ollen rahoitettava muilla kyseisessä artiklassa luetelluilla tavoilla tai muulla perustamissopimuksen mukaisella tavalla.

14. Moititusta saalistushinnoittelusta Konkurrenceråd totesi sen sijaan, että kyseinen seikka edellytti monimutkaisuutensa vuoksi perusteellisempaa analyysia, joten sitä olisi tarkasteltava Konkurrenceråd:in myöhemmässä päätöksessä. Väitetystä ristiintukemisesta Konkurrenceråd huomautti, ettei asiakirja-aineiston perusteella pystytty päättelemään, että varoja olisi siirretty Post Danmarkin muilta toiminta-aloilta.

15. Konkurrenceråd totesi 24.11.2004 tekemässään päätöksessä, ettei voitu osoittaa, että Post Danmark olisi tarkoituksellisesti pyrkinyt syrjäyttämään kilpailijansa markkinoilta. Näin ollen yritys ei ollut käyttänyt väärin määräävää asemaansa Tanskan osoitteettomien lähetysten jakelumarkkinoilla saalistushinnoittelua soveltamalla.

16. Konkurrenceankenævnet (kilpailuasioiden valituslautakunta) vahvisti 1.7.2005 tekemällään päätöksellä Konkurrenceråd:in 29.9. ja 24.11.2004 tekemät päätökset.

17. Tästä päätöksestä tuli lainvoimainen siltä osin kuin siinä todettiin, että Post Danmark oli harjoittanut EY 82 artiklan vastaista toissijaista hintasyrjintää ja ettei voitu osoittaa, että yritys olisi soveltanut saalistushinnoittelua.

18. Post Danmark valitti Østre Landsret:in (Itä-Tanskan muutoksenhakutuomioistuin) 1.7.2005 tehdystä päätöksestä siltä osin kuin siinä vahvistettiin Konkurrenceråd:in 29.9.2004 tekemä päätös määräävän aseman väärinkäytöstä, joka muodostui supermarketketjuihin SuperBest, Spar ja Coop valikoivasti sovelletuista alhaisista hinnoista (ensisijainen hintasyrjintä).

19. Østre Landsret pysytti 21.12.2007 antamassaan tuomiossa Tanskan kilpailuviranomaisten päätökset siltä osin kuin niissä todettiin, että Post Danmark oli käyttänyt väärin määräävää asemaansa Tanskan osoitteettomien lähetysten jakelumarkkinoilla, kun se oli soveltanut vuosina 2003 ja 2004 omiin asiakkaisiinsa eri hintoja kuin FK:n entisiin asiakkaisiin pystymättä perustelemaan tätä eroa kustannuksiinsa liittyvillä näkökohdilla. Kyseinen tuomioistuin totesi erityisesti, että tämä menettely oli tapahtunut markkinoilla, joilla Post Danmark oli aivan erityisessä asemassa markkinaosuutensa ja ainutlaatuisen rakenteellisen etulyöntiasemansa vuoksi, ja tilanteessa, jossa sen ainoa merkittävä kilpailija FK oli erityisen haavoittuvassa asemassa, sillä se voisi menettää tärkeitä asiakkaitaan.

20. Post Danmark on valittanut tästä tuomiosta Højesteretiin ja väittänyt erityisesti, että valikoivasti alhaisten hintojen, jotka eivät kata keskimääräisiä kokonaiskustannuksia, soveltaminen rikkoo EY 82 artiklaa ainoastaan, jos aikomuksena on kilpailijan syrjäyttäminen markkinoilta.

21. Højesteret on päättänyt näissä olosuhteissa lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat kaksi ennakkoratkaisukysymystä:

”1) Onko EY 82 artiklaa tulkittava siten, että määräävässä asemassa olevan ja lähetysten kuljettamiseen velvollisen postiyrityksen valikoivat hinnanalennukset, joissa hinta määritetään tasolle, joka alittaa postiyrityksen keskimääräiset kokonaiskustannukset mutta ylittää yrityksen keskimääräiset lisäkustannukset, voivat olla markkinoilta syrjäyttämiseen perustuvaa väärinkäyttöä, jos osoitetaan, ettei hintojen asettamisella tälle tasolle ole ollut tarkoitus poistaa kilpailijaa markkinoilta?

2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan siten, että valikoivat hinnanalennukset tuossa kysymyksessä selostetussa tilanteessa voivat joissakin olosuhteissa olla markkinoilta syrjäyttämiseen tähtäävää väärinkäyttöä, mitä olosuhteita kansallisen tuomioistuimen on tällöin otettava huomioon?”

22. Euroopan unionin tuomioistuimen perussäännön 23 artiklan mukaisia kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet Post Danmark, FK, Tanskan, Italian ja Tšekin hallitukset sekä Euroopan komissio. Näitä osapuolia ja EFTAn valvontaviranomaista kuultiin myös 1.3.2011 pidetyssä istunnossa.

II Asian tarkastelu

A *Alustavat huomautukset*

23. Kun tarkastellaan erityisesti istunnossa ilmenneitä Post Danmarkin pyrkimyksiä kyseenalaistaa unionin tuomioistuimessa tietyt ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tekemät arvioinnit, mielestäni on tärkeä muistaa, että EY 234 artiklassa tarkoitetussa menettelyssä, joka perustuu kansallisten tuomioistuimien ja unionin tuomioistuimen tehtävien selkeään jakoon, oikeusriidan tosiseikaston arvioiminen kuuluu kansallisen tuomioistuimen toimivaltaan. [5]

24. Pääasiassa on ensinnäkin kiistatonta, että merkitykselliset markkinat ovat Tanskan osoitteettomien lähetysten jakelumarkkinat. Toisin kuin Post Danmark väitti unionin tuomioistuimessa esittämissään huomautuksissa, pääasian asiakirja-aineistosta ei ilmene, että ensisijaisesti Tanskan kilpailuviranomaiset tai toissijaisesti kansalliset tuomioistuimet, mukaan luettuna ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin, olisivat todenneet, että nämä markkinat jakautuisivat kahteen segmenttiin eli viikkojakelun segmenttiin ja sunnuntaijakelun tai yleisemmin viikonloppujakelun segmenttiin.

25. Vaikuttaa näin ollen siltä, ettei ole tarpeen tarkastella Post Danmarkin näkemyksiä siitä, että riidanalaisen hinnottelukäytännön tarkoituksena olisi ainoastaan tai pääsääntöisesti ollut laajentaa osoitteettomien julkaisujen jakelun tarjontaa viikonloppujakelun segmentille, josta suurin osa oli tähän saakka ollut FK:n hallussa.

26. Yhtä lailla kiistatonta on se, että Post Danmarkilla on EY 82 artiklassa tarkoitettu määräävä asema markkinoilla, sellaisina kuin kansalliset viranomaiset ja tuomioistuimet ne ovat rajanneet. Myös ennakkoratkaisupyyntö perustuu nimenomaisesti tähän.

27. Ennakkoratkaisupyynnön mukaan Post Danmarkin määräävä asema käy ilmi sen markkina-aseman kattavasta analyysista. Tämä analyysi perustuu kuitenkin lähinnä kyseisen yrityksen noin 50 prosentin suuruisiin markkinaosuuksiin niiden arvossa mitattuna [6] ja sen erityistilanteeseen, joka johtuu sen koko maan kattavasta jakeluverkosta, jota yritys pystyy ylläpitämään sille yleispalveluvelvollisuutena kuuluvan postinjakeluvelvollisuuden vuoksi ilman osoitteettomien lähetysten jakelutoimintaa.

28. Vaikka pääasian asiakirja-aineistosta ei käy ilmi, että näiden markkinaosuuksien suhteellista merkitystä olisi tutkittu vertaamalla niitä FK:n markkinaosuuksiin [7] ja tiettyjen asiakkaiden mahdolliseen ostovoimaan, tästä huolimatta on niin, että kansallisten tuomioistuinten ja unionin tuomioistuimen toimivaltajaon mukaisesti unionin tuomioistuimen tehtävänä ei ole tarkastella uudelleen yhtä tai useampaa näkökohtaa analyysissa, jonka perusteella Tanskan viranomaiset ja tuomioistuimet ovat todenneet, että Post Danmarkilla oli tosiasiassa määräävä asema osoitteettomien lähetysten jakelun kansallisilla markkinoilla, vaikka Post Danmark pyysikin huomautuksissaan unionin tuomioistuinta tekemään näin.

29. Tämän jälkeen on vielä rajattava unionin tuomioistuimelle esitettyjen ennakkoratkaisukysymysten kohde.

30. Tästä on täsmennettävä, ettei unionin tuomioistuimelle ole esitetty kysymystä saalistushinnoitteluun perustuvasta EY 82 artiklassa tarkoitetusta määräävän aseman väärinkäytöstä.

5 — Ks. erityisesti asia C-450/06, Varec, tuomio 14.2.2008 (Kok., s. I-581, 23 kohta) ja asia C-49/07, MOTOE, tuomio 1.7.2008 (Kok., s. I-4863, 30 kohta).

6 — Tanskan kilpailuviranomaisten käyttämästä ja ennakkoratkaisupyynnössä esitetystä taulukosta ilmenee, että Post Danmarkin markkinaosuudet niiden arvossa mitattuna pienenivät vuosien 2001 ja 2002 47 prosentista 44 prosenttiin vuonna 2003 ja kasvoivat jälleen 55 prosenttiin vuonna 2004.

7 — Ennakkoratkaisupyynnön mukaan FK:n markkinaosuudet olivat 15–25 prosenttia vuonna 2001, 23–35 prosenttia vuonna 2002, 35–45 prosenttia vuonna 2003 ja 25–35 prosenttia vuonna 2004.

31. Kuten pääasian asiakirja-aineistosta ilmenee, Tanskan kilpailuviranomaiset eivät nimittäin ole pystyneet osoittamaan, että olemassa olisi ollut asiassa Akzo vastaan komissio annetun tuomion [8] 72 kohdassa tarkoitettu suunnitelma, jonka tarkoituksena on syrjäyttää kilpailija, eikä FK ole riitauttanut tätä arviointia kansallisissa tuomioistuimissa.

32. Edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio annetun tuomion 70–72 kohdassa tarkoitetun saalistushinnoittelun toteamiseksi olisi nimittäin ollut välttämätöntä osoittaa, että Post Danmark toteutti tällaista strategiaa, sillä kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin huomauttaa, ainakin hinnat, joita Post Danmark sovelsi Coopiin, yhteen FK:n kolmesta asiakkaasta, olivat määräävässä asemassa olevan yrityksen keskimääräisiä lisäkustannuksia suuremmat mutta sen keskimääräisiä kokonaiskustannuksia pienemmät. [9]

33. Se, että kansallinen tuomioistuin pitää ennakkoratkaisupyynnössään Post Danmarkin lisäkustannuksia pääasiassa huomioon otettavina merkityksellisinä kustannuksina edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio annetussa tuomiossa tarkoitettujen muuttuvien kustannusten sijasta, selittyy asiakirja-aineiston mukaan sillä, että samassa yrityksessä harjoitetaan samanaikaisesti yhtäältä sille varattua toimintaa ja varaamatonta toimintaa, joihin kumpaankin liittyy yleispalveluvelvoite, ja toisaalta täysin kaupallista toimintaa, joka tapahtuu osoitteettomien lähetysten jakelun vapautetuilla markkinoilla.

34. Hintojen vertaaminen määräävässä asemassa olevan yrityksen, jolla on yleisten taloudellisten tarkoitusten mukainen tehtävä (julkinen palvelu tai yleispalvelu), muuttuviin kustannuksiin ei nimittäin riitä. Tämä voisi yhtäältä johtaa tappioiden yliarviointiin, sillä yrityksellä olevaan yleisten taloudellisten tarkoitusten mukaiseen tehtävään liittyy sen kilpailijoiden kustannuksia korkeammat kustannukset sen toiminnan osalta, jota yritys harjoittaa kilpailulle avoimilla markkinoilla. Jos perusteena käytettäisiin ainoastaan määräävässä asemassa olevan yrityksen muuttuvia kustannuksia, se voisi toisaalta johtaa myös yrityksen kustannusten aliarviointiin, jos sen kiinteät kustannukset (esim. verkon käyttöön liittyvät kustannukset) ovat korkeat ja muuttuvat kustannukset alhaiset. [10]

35. Tällaisessa tilanteessa on asianmukaista ottaa huomioon toinen kustannusperuste eli lisäkustannukset, joissa huomioidaan tietyn kilpailulle avoimilla markkinoilla harjoitetun toiminnan kiinteät ja muuttuvat kustannukset.

36. Kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin huomauttaa, pääasiassa lisäkustannusperusteen käyttö perustuu EY 82 artiklan soveltamisesta 20.3.2001 tehtyyn komission päätökseen, joka koskee Deutsche Postin hinnoittelukäytäntöjä postimyyntiyrityksille tarjottavien pakettipalvelujen markkinoilla Saksassa [11] ja liittyy suhteellisen samankaltaiseen tilanteeseen. [12]

37. Komissio katsoi mainitussa päätöksessä erityisesti, että Deutsche Post oli käyttänyt väärin määräävää asemaansa tarjoamalla kyseessä olleita palveluja lisäkustannukset alittavaan hintaan ja soveltamalla näin saalistushinnoittelua, ja se määritteli lisäkustannukset siten, että niitä syntyy pelkästään tietyn palvelun tarjoamisesta, ne riippuvat määrästä ja jäävät pois kyseisestä palvelusta luovuttaessa, mikä tarkoittaa, että

8 — Asia C-62/86, AKZO v. komissio, tuomio 3.7.1991 (Kok., s. I-3359, Kok. Ep. XI, s. I-261). Tuomion tämän kohdan mukaan keskimääräisiä kokonaiskustannuksia, joihin kuuluvat sekä kiinteät että muuttuvat kustannukset, alhaisempien, mutta keskimääräisiä muuttuvia kustannuksia (jotka muuttuvat valmistetun määrän mukaisesti) korkeampien hintojen on katsottava merkitsevän väärinkäyttöä, jos ne on määritetty osana sellaista suunnitelmaa, jonka tarkoituksena on kilpailijan syrjäyttäminen. Tämä näkemys on vahvistettu asiassa C-333/94 P, Tetra Pak v. komissio, tuomio 14.11.1996 (Kok., s. I-5951, 41 kohta) ja asia C-202/07 P, France Télécom v. komissio, tuomio 2.4.2009 (Kok., s. I-2369, 109 kohta).

9 — Yhteisöjen tuomioistuimen em. asiassa Akzo v. komissio annetun tuomion 70–72 kohdassa tekemän päättelyn mukaisesti on niin, että jos sovelletut hinnat olisivat olleet keskimääräisiä lisäkustannuksia alhaisemmat, markkinoilta syrjäyttämisen strategian olemassaoloa ei enää olisi ollut tarpeen osoittaa, sillä nämä hinnat olisi sellaisenaan katsottu saalistushinnoitteluksi.

10 — Ks. vastaavasti erityisesti Mouy, N., ”Coûts incrémentaux: Retour sur les avantages concurrentiels du secteur public. Les spécificités des approches communautaire et française: un point de vue d’un régulateur”, *Concurrences*, 2-2005, nro 1476, s. 13.

11 — EYVL L 125, s. 27; jäljempänä Deutsche Post -päätös.

12 — Ks. myös vastaavasti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tästä päätöksestä tekemä arviointi asiassa T-340/03, France Télécom v. komissio, 30.1.2007 annetun tuomion 249 kohdassa (Kok., s. II-107). Tästä päätöksestä yhteisöjen tuomioistuimeen tehty valitus (edellä alaviitteessä 8 mainittu asia C-202/07 P, France Télécom v. komissio) ei koskenut kyseistä seikkaa.

lisäkustannuksiin eivät sisälly yhteiset kiinteät kustannukset, jotka eivät riipu yhden ainoan palvelun tarjoamisesta.[13] Tästä päätöksestä, jota Tanskan kilpailuviranomaiset ovat selvästi tässä yhteydessä noudattaneet pääasiassa, johtuu myös, että tiettyyn palveluun liittyviä kustannuksia ei pidä rasittaa yhteisillä kiinteillä kustannuksilla, joita aiheutuu yleispalveluvelvoitteeseen kuuluvan jakeluverkon ylläpidosta. Keskimääräiset lisäkustannukset käsittävät siis ainoastaan palvelun tarjoamisesta kilpailulle avoimilla markkinoilla aiheutuvien kiinteiden ja muuttuvien kustannusten keskiarvon.[14]

38. Deutsche Post -päätöksen tavoin myös pääasiassa lisäkustannusten keskiarvo, samalla tavoin kuin edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio annetun tuomion 71 ja 72 kohdassa tarkoitettu muuttuvien kustannusten keskiarvo, muodostaa siis alarajan, jota alemmat määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnat katsotaan saalistushinnoitteluksi.

39. Kun noudatetaan näiden edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio annetun tuomion kohtien logiikkaa Deutsche Post -päätöksen valossa, myös lisäkustannusten keskiarvon ylittävä mutta kokonaiskustannusten keskiarvon alittava hinta luokiteltaisiin saalistushinnoitteluksi, jos se on vahvistettu suunnitelmassa, jonka tarkoituksena on syrjäyttää kilpailija markkinoilta.

40. Kuten edellä jo totesin, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin täsmentää kuitenkin, etteivät Tanskan kilpailuviranomaiset pystyneet osoittamaan tällaisen suunnitelman olemassaoloa. Käsiteltävän ennakkoratkaisupyynnön kohteena ei siis ole Post Danmarkin mahdollinen saalistuksenluonteinen toiminta.

41. Edellä esitetyn perusteella saadaan kuitenkin parempi käsitys ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämistä kysymyksistä. Se tiedustelee tosiasiassa, voidaanko Post Danmarkin kaltaisen määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailijan markkinoilta syrjäyttämiseen tai poissulkemiseen tähtäävä väärinkäyttö todeta sillä perusteella, että yritys alentaa hintojaan valikoivasti muttei kuitenkaan saalistavasti, ja jos väärinkäyttö voidaan todeta, millä edellytyksillä niin voidaan tehdä.

42. Tämän täsmennyksen tehtyäni esitän vielä kaksi täydentävää huomautusta.

43. Ensinnäkin ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämät kysymykset eivät koske määräävän aseman väärinkäyttöä, joka ilmenisi sellaisena Post Danmarkin asiakkaiden välisenä hintasyrjintänä, joka vaikuttaa markkinoihin tai kyseessä olevien asiakkaiden markkinoihin (toissijainen hintasyrjintä eli secondary-line discrimination).

44. Ennakkoratkaisupyynnöstä ja pääasian asiakirja-aineistosta ilmenee nimittäin, että Post Danmark ei ole riitauttanut kansallisissa tuomioistuimissa Tanskan kilpailuviranomaisten toteamusta, jonka mukaan yritys sovelsi erilaista hinnoittelua EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitettuihin samankaltaisessa tilanteessa oleviin kauppakumppaneihin.

45. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin keskittyy ainoastaan Post Danmarkin valikoivaan hinnanalennukseen, joka olisi johtanut, tai jos Tanskan kilpailuviranomaiset eivät olisi puuttuneet asiaan, olisi voinut johtaa FK:n syrjäyttämiseen tai sulkemiseen pois Tanskan osoitteettomien lähetysten jakelumarkkinoilta (ensisijainen hintasyrjintä eli primary-line discrimination).

13 — Edellä alaviitteessä 11 mainittu päätös (6 ja 9 kohta ja alaviite 7). Lisäksi on huomattava, että asiassa T-60/05, Ufex ym. v. komissio, tuomio 12.9.2007 (Kok., s. II-3397, 161 kohta), komissio huomautti, että voidakseen näyttää toteen Ranskan postilaitoksen määräävän markkina-aseman väärinkäytön pikakuriirimarkkinoilla, sen piti selvittää, olivatko yrityksen kyseisillä markkinoilla toimivalle tytäryhtiölleen suorittamista infrastruktuuripalveluista perimät maksut vähintään yhtä suuria kuin näiden palvelujen tarjoamiseen liittyvät lisäkustannukset, eli määrittää kustannukset, jotka liittyvät ainoastaan tietyn palvelun tarjoamiseen ja joita ei ole enää olemassa siitä hetkestä lähtien, kun mainittua palvelua ei tarjota. Vaikka direktiivin 67/97 14 artiklassa ei varsinaisesti mainita käsitettä ”lisäkustannukset”, siinä pyritään varmistamaan juuri tämä edellyttämällä, että jäsenvaltiot velvoittavat yleispostipalvelun tarjoajat ottamaan käyttöön kustannuslaskentamenetelmän, jossa kustannukset kohdistetaan tiettyyn palveluun tai tuotteeseen ja jossa yleiskustannukset kohdistetaan kyseisessä säännöksessä esitetyllä tavalla.

14 — Deutsche Post -päätöksen 9 ja 10 kohta.

46. Mielestäni Tanskan viranomaiset ja tuomioistuimet ovat erottaneet toissijaisen ja ensisijaisen hintasyrjinnän toisistaan asianmukaisesti ja osassa oikeuskirjallisuutta edellytetyllä tavalla.[15] Vaikka EY 82 artiklaan sisältyvä luettelo väärinkäytöksistä ei kata kaikkia artiklassa kiellettyjä määräävän aseman väärinkäytön muotoja,[16] tehdyllä erottelulla voidaan mielestäni kuitenkin selkeyttää kahdenlaisten syrjivien hinnoittelukäytäntöjen välistä yhteyttä, nimittäin EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohtaan kuuluvien syrjivien hinnoittelukäytäntöjen, joiden kilpailunvastaiset vaikutukset kohdistuvat kauppakumppaneiden markkinoihin ”epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla” – mikä vastaa ns. toissijaista hintasyrjintää –, sillä kauppakumppanit eivät lähtökohtaisesti voi olla määräävää asemaansa väärinkäyttävän yrityksen kilpailijoita, ja EY 82 artiklan toisen kohdan b alakohdassa tarkoitettujen syrjivien hinnoittelukäytäntöjen, joiden vaikutukset kohdistuvat markkinoihin, joilla määräävässä asemassa oleva yritys ja sen kilpailijat toimivat, ja joista on kyse esimerkiksi kuluttajien vahingoksi koituvaan tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittamiseen liittyvissä tilanteissa ja jotka johtavat mainittujen kilpailijoiden syrjäyttämiseen tai poissulkemiseen markkinoilta.

47. Kun toiseksi ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin mainitsee ensimmäisessä ennakkoratkaisukysymyksessään hintojen valikoivan alentamisen tasolle, joka sijoittuu määräävässä asemassa olevalle yritykselle aiheutuneiden lisäkustannusten keskiarvon ja kokonaiskustannusten keskiarvon välimaastoon, se rajaa kysymyksen koskemaan Post Danmarkin Coopiin soveltamaa hinnoittelukäytäntöä eikä näin ollen ota huomioon hinnoittelukäytäntöä, jota Post Danmark sovelsi muihin FK:n asiakkaisiin eli Spariin ja SuperBestiin, jotka nekin mainitaan ennakkoratkaisupyynnössä ja joille Post Danmark tarjosi kokonaiskustannustensa keskiarvoa *korkeampia* hintoja, mitä ei ole kiistetty.

48. Muihin asiakkaisiin sovelletun hinnoittelukäytännön huomiotta jättämistä on vaikea tulkita. Yhtäältä se voisi tarkoittaa, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on jo lausunut väitteestä, jonka mukaan Post Danmarkin Spariin ja SuperBestiin soveltamat hinnat saattoivat johtaa FK:n syrjäyttämiseen markkinoilta, ja hylännyt sen. Toisenlaisen tulkinnan mukaan se voisi tarkoittaa pelkästään sitä, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on katsonut, että kunhan se saa vastauksen kysymykseensä, joka koskee EY 82 artiklan tulkintaa Post Danmarkin Coopille tarjoamien hintojen yhteydessä, se pystyy itse päättelemään unionin tuomioistuimen antaman vastauksen perusteella, onko Post Danmarkin Spariin ja SuperBestiin soveltama hinnoittelukäytäntö lainmukainen.

49. Jotta ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle voitaisiin antaa hyödyllinen vastaus, mielestäni ei joka tapauksessa voida jättää huomiotta Post Danmarkin Spariin ja SuperBestiin soveltamaa hinnoittelukäytäntöä tarkasteltaessa kysymystä siitä, voidaanko määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailijan syrjäyttämiseen tai poissulkemiseen tähtäävä väärinkäyttö todeta sillä perusteella, että yritys alentaa hintojaan valikoivasti muttei kuitenkaan saalistavasti, ja jos väärinkäyttö voidaan todeta, millä edellytyksillä niin voidaan tehdä.

B *Valikoiva hinnanalennus ja syrjäyttävä vaikutus*

50. Unionin tuomioistuimelle huomautuksia jättäneet osapuolet ovat erimielisiä edellisessä kohdassa mainitusta kysymyksestä.

15 — Ks. mm. Temple Lang, J. ja O'Donoghue, R., ”Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC”, *Fordham International Law Journal*, nro 83, 2002, s. 86; Geradin, D. ja Petit, N., ”Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?”, *Journal of Competition Law and Economics*, nro 3, 2006, s. 487 ja seuraavat sivut.

16 — Ks. erityisesti vastaavasti asia 6/72, Europemballage ja Continental Can v. komissio, tuomio 21.2.1973 (Kok., s. 215, Kok. Ep. II, s. 89, 26 kohta); yhdistetyt asiat C-395/96 P ja C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, tuomio 16.3.2000 (Kok., s. I-1365, 112 kohta); asia C-95/04 P, British Airways v. komissio, tuomio 15.3.2007 (Kok., s. I-2331, 57 kohta); asia C-280/08 P, Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 14.10.2010 (Kok., s. I-9555, 173 kohta) ja asia C-52/09, TeliaSonera, tuomio 17.2.2011 (Kok., s. I-527, 26 kohta).

51. Post Danmark ja Tšekin hallitus katsovat lähinnä, että kilpailijan syrjäyttämiseen tähtäävä hinnoittelukäytäntö voidaan todeta ainoastaan, jos hinta on asetettu vastaavaa kustannusluokkaa alemmalle tasolle. Käsiteltävässä asiassa keskimääräisiä lisäkustannuksia korkeampi hinta voisi johtaa kilpailijan syrjäyttämiseen ainoastaan, jos hinta on vahvistettu strategiassa, jolla kyseinen kilpailija pyritään syrjäyttämään markkinoilta ja jonka olemassaolo voi Tšekin hallituksen mukaan käydä ilmi taloudellisesta analyysista, kun taas Post Danmarkin mielestä se voi ilmetä ainoastaan tai pääsääntöisesti seikoista, jotka osoittavat subjektiivisen aikomuksen syrjäyttää kilpailija markkinoilta. Siltä osin kuin pääasian asiakirja-aineiston perusteella ei voida osoittaa, että Post Danmark olisi noudattanut tällaista strategiaa, kyseessä ei siis voi olla EY 82 artiklassa tarkoitettu määräävän aseman väärinkäyttö.

52. Sen sijaan FK, Tanskan ja Italian hallitukset, EFTAn valvontaviranomainen sekä jossain määrin myös komissio – erityisesti istunnossa kannastaan esittämiensä selvennysten perusteella – puoltavat vastakkaista kantaa. Ne väittävät pääpiirteittäin, että *kustannuksista huolimatta* määräävässä asemassa olevan yrityksen valikoiva hinnoittelukäytäntö, jota se soveltaa ainoan tosiasiallisen kilpailijansa asiakkaille, johtaa tai voi erittäin todennäköisesti johtaa kilpailijan syrjäyttämiseen markkinoilta, jos tällaista hinnoittelukäytäntöä ei ole perusteltu taloudellisilla syillä, erityisesti mittakaavaeduilla. Tämä on niiden mukaan tilanne pääasiassa.

53. Osapuolten välillä on keskusteltu lähinnä siitä, miten olisi tulkittava useita unionin tuomioistuimen ja unionin yleisen tuomioistuimen tuomioita, joissa ne ovat tutkineet määräävässä asemassa olevien yritysten valikoivia hinnoittelukäytäntöjä. Niiden mukaan nämä tuomiot vahvistavat osittain unionin tuomioistuimeen jätetyissä huomautuksissa esitetyn kannan.

54. Ennen näiden tuomioiden tarkastelua on palautettava mieleen, että oikeuskäytännön mukaan on niin, että kun EY 82 artiklassa kielletään määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, jos se on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, kyseisessä artiklassa tarkoitetaan käyttäytymistä, joka vaikuttaa rakenteeseen markkinoilla, joilla juuri tällaisen määräävästä asemastaan johtuvassa taloudellisessa valta-asemassa olevan yrityksen olemassaolon vuoksi kilpailuaste on jo heikentynyt, ja joka estää markkinoilla vielä olemassa olevan kilpailuasteen säilymisen tai tämän kilpailun kehittymisen sen vuoksi, että tämä yritys käyttää muita keinoja kuin niitä, joita taloudellisten toimijoiden suoritteisiin perustuvassa tavaroiden tai palvelujen tavallisessa kilpailussa käytetään. [17]

55. Koska EY 82 artiklassa ei tarkoiteta vain sellaisia käytäntöjä, jotka ovat omiaan aiheuttamaan välitöntä vahinkoa kuluttajille, vaan myös käytäntöjä, jotka aiheuttavat vahinkoa kuluttajille vahingoittamalla toimivia kilpailurakenteita, määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on näin ollen erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua yhteismarkkinoilla. [18]

56. Tältä kannalta katsoen on niin, että vaikka määräävän aseman väärinkäytön kieltämisen perusteena voi luonnollisesti olla pyrkimys varmistaa kuluttajien välitön hyvinvointi, sen perusteena on myös tarve suojella tai ylläpitää markkinoiden kilpailurakennetta, sillä tämän päämäärän tavoittelun oletetaan jollain tapaa hyödyttävän kuluttajia.

17 — Ks. vastaavasti asia 85/76, Hoffman-La Roche v. komissio, tuomio 13.2.1979 (Kok., s. 461, Kok. Ep. IV, s. 341, 91 kohta); asia 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio, tuomio 9.11.1983 (Kok., s. 3461, Kok. Ep. VII, s. 339, 70 kohta); edellä alaviitteessä 8 mainittu asia AKZO v. komissio, tuomion 69 kohta; edellä alaviitteessä 16 mainittu asia British Airways v. komissio, tuomion 66 kohta; edellä alaviitteessä 8 mainittu asia France Télécom v. komissio, tuomion 104 kohta ja edellä alaviitteessä 16 mainitut asiat Deutsche Telekom v. komissio, tuomion 174 kohta ja TeliaSonera, tuomion 27 kohta.

18 — Ks. erityisesti edellä alaviitteessä 8 mainittu asia France Télécom v. komissio, tuomion 105 kohta ja edellä alaviitteessä 16 mainittu Deutsche Telekom v. komissio, tuomion 176 kohta sekä vastaavasti edellä alaviitteessä 16 mainittu asia TeliaSonera, tuomion 24 kohta.

57. Unionin tuomioistuin on todennut määräävässä asemassa olevalle yritykselle hinnoittelun alalla kuuluvasta erityisestä velvollisuudesta, että kaikkea hintakilpailua ei voida pitää laillisena;[19] tämä toteamus tarkoittaa kuitenkin, että hintakilpailu on yleensä sallittua ja poikkeuksia lukuun ottamatta jopa suositeltavaa. Hintakilpailusta on nimittäin yleistä hyötyä, eikä sitä lähtökohtaisesti voida kieltää tietyillä markkinoilla määräävässä asemassa olevilta yrityksiltä.

58. Tästä huolimatta sen selvittämiseksi, onko tietyillä markkinoilla määräävässä asemassa oleva yritys käyttänyt EY 82 artiklassa tarkoitetulla tavalla väärin tätä asemaansa soveltaessaan hinnoittelukäytäntöjään, on arvioitava olosuhteita kokonaisuudessaan ja tutkittava, pyritäänkö tällä hinnoittelukäytännöllä estämään kilpailijoiden pääsy markkinoille tai vahvistamaan määräävää markkina-asemaa vääristyneellä kilpailulla.[20]

59. Kuten jotkin osapuolet huomauttivat, oikeuskäytännössä unionin tuomioistuimet ovat useissa asioissa todenneet, että yhden tai useamman määräävässä asemassa olevan yrityksen tekemä valikoiva hinnanalennus rikkoo EY 82 artiklassa tarkoitettua kieltoa.

60. Ensimmäisen kerran tämä on todettu edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio.

61. Kuten jo edellä mainittiin, hinnoittelukäytäntöihin, joista komissio moitti Akzoa orgaanisia peroksideja koskevilla yhteisön markkinoilla,[21] kuuluivat Akzon yhden kilpailijansa (ECS) asiakaskunnalle myöntämien epätavallisen alhaisten hintojen (saalistushinnoittelu) soveltaminen, jota tarkastellaan mainitun tuomion 98–109 kohdassa, mutta myös saman kilpailijan asiakkaille valikoivasti tarjotut hinnat, jotka olivat huomattavasti alemmat kuin Akzon omaan asiakaskuntaansa soveltamat hinnat[22] ja joita tarkasteltiin tuomion 110–121 kohdassa.

62. Yhteisöjen tuomioistuin vahvisti ensiksi komission toteamuksen siitä, että Akzolla oli määräävä asema kyseessä olevilla markkinoilla sen noin 50 prosentin markkinaosuuden ja muiden tekijöiden perusteella,[23] minkä jälkeen se tutki ECS:n asiakkaille eli ns. ”suurille riippumattomille” tehtyjen hintatarjouksien valikoivuutta ja totesi aivan aluksi, ettei Akzo ollut kiistänyt asettaneensa erilaisia hintoja samankokoisille ostajille eikä myöskään ollut esittänyt väitteitä osoittaakseen, että nämä erot johtuivat myytyjen tuotteiden laadusta tai erityisistä valmistuskustannuksista.[24] Tämän jälkeen yhteisöjen tuomioistuin totesi, että Akzon omille asiakkailleen osoittamat hinnat olivat korkeampia kuin sen kokonaiskustannusten keskiarvo, kun taas sen ECS:n asiakkaille tarjoamat hinnat olivat alempia kuin kyseinen keskiarvo.[25] Tuomion 115 kohdassa yhteisöjen tuomioistuin päätteli, että Akzo saattoi siten ainakin osittain tasoittaa tappiot, jotka johtuivat myynnistä ECS:n asiakkaille, voitoilla, jotka se sai asiakaskuntaansa kuuluville suurille riippumattomille suorittamastaan myynnistä, mikä osoittaa, ettei Akzon tarkoitus ollut harjoittaa edullisiin hintoihin perustuvaa yleistä hintapolitiikkaa vaan omaksua sellainen menettelytapa, joka vahingoittaa sen kilpailijaa. Yhteisöjen tuomioistuin vahvisti tältä osin komission päätöksen, jossa todettiin, että Akzo oli käyttänyt väärin määräävää asemaansa.

63. Tarkastelun tässä vaiheessa esitän edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio annetun tuomion kyseisistä kohdista ainoastaan seuraavat kaksi huomautusta.

19 — Ks. erityisesti edellä alaviitteessä 8 mainittu asia Akzo v. komissio, tuomion 70 kohta.

20 — Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio, tuomion 73 kohta ja edellä alaviitteessä 16 mainitut asiat Deutsche Telekom, tuomion 175 kohta ja TeliaSonera, tuomion 28 kohta.

21 — ETY:n perustamissopimuksen 86 artiklan soveltamisesta 14.12.1985 tehty komission päätös 85/609/ETY (IV/30.698 – ECS/AKZO Chemie; EYVL L 374, s. 1).

22 — Edellä alaviitteessä 8 mainittu asia Akzo v. komissio, tuomion 9 ja 111 kohta.

23 — Idem, tuomion 59–61 kohta. On huomattava, että tutkittuaan yksityiskohtaisesti komission päätöksen aiheellisuuden julkisasiamies Lenz päätteli sen sijaan, ettei komissio ollut osoittanut, että Akzolla oli määräävä asema kyseessä olevilla markkinoilla (ks. 19.4.1989 esitetty ratkaisuehdotus edellä alaviitteessä 8 mainitussa asiassa Akzo v. komissio, ratkaisuehdotuksen 62–124 kohta).

24 — Edellä alaviitteessä 8 mainittu asia Akzo v. komissio, tuomion 113 kohta.

25 — Idem, tuomion 114 kohta.

64. Yhteisöjen tuomioistuin vahvisti ensinnäkin väärinkäytön, joka johtui Akzon tekemien hintatarjouksien valikoivuudesta suhteessa määräävässä asemassa olevan yrityksen vertailukustannuksiin eli kokonaiskustannusten keskiarvoon.

65. Tämä peruste on suhteellisen ankara määräävässä asemassa olevan yrityksen kannalta. Ottamalla vertailukohteeksi yrityksen keskimääräiset kokonaiskustannukset, jotka sisältävät siis sekä kiinteät että muuttuvat kustannukset, yhteisöjen tuomioistuin pitää nimittäin valikoivuutta lainvastaisena, vaikka yhden ylimääräisen yksikön myynti määräävässä asemassa olevan yrityksen omille asiakkaille kattaa tuotetun yksikön muuttuvat kustannukset ja ainakin osan tähän yksikköön liittyvistä kiinteistä kustannuksista. Vaikka tässä yhteydessä on ymmärrettävää, että erilaisen hinnoittelukäytännön soveltaminen määräävässä asemassa olevan yrityksen asiakkaisiin ja kilpailijan asiakkaisiin, joille on tehty edullisia hintatarjouksia, voi tosiasiassa olla syrjintää, joka asettaa toiset asiakkaat EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitettuun epäedulliseen kilpailuasemaan (toissijainen hintasyrjintä), yhtä varmaa ei ole, että erikseen tarkasteltuna tämä käytäntö voisi johtaa kilpailijan syrjäyttämiseen ainakaan yhtä tehokkaasti, sillä kilpailija voisi vastaavasti viedä määräävässä asemassa olevalta yritykseltä sen perinteiset asiakkaat, jotka ovat joutuneet syrjivän kohtelun uhreiksi, tai osan niistä, ellei määräävässä asemassa oleva yritys ole asettanut näille asiakkaille erityisiä ehtoja, joilla se sitoo ne itseensä liian tiukasti.

66. Vaikka yhteisöjen tuomioistuin ei ottanut tätä seikkaa esille edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio antamansa tuomion merkityksellisissä kohdissa, on kuitenkin huomattava, että yhtäältä Akzon tekemät valikoivat hintatarjoukset liittyivät kyseisen yrityksen väärinkäytösten sarjaan, johon kuului myös saalistushinnoittelu, ja että toisaalta yhteisöjen tuomioistuin päätteli Akzon harjoittamasta valikoivasta hinnoittelukäytännöstä, ettei sillä ollut markkinoilta syrjäyttävää vaikutusta vaan että Akzolla oli ainoastaan aikomus syrjäyttää kilpailija. Kun edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio annettua tuomiota tarkastellaan yleisessä asiayhteydessään, sen 113–115 kohdasta on pääteltävissä ajatus, että Akzon tekemän hinnanalennuksen valikoivuuden tutkiminen osoitti, että kyseisellä yrityksellä oli olemassa syrjäyttämiseen tähtäävä suunnitelma tai strategia.

67. Toiseksi yhteisöjen tuomioistuin suhtautui edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio antamassaan tuomiossa erittäin jyrkästi määräävässä asemassa olevan yrityksen valikoivaan hinnanalennukseen, mikä selittyy sillä, että toisin kuin yleinen edullinen hinnoittelukäytäntö tällainen käytäntö koituu kyseisen yrityksen oman asiakaskunnan vahingoksi eikä sillä ole taloudellisia perusteita. Yhteisöjen tuomioistuin vaikutti toisin sanoen katsovan, ettei tällaisen valikoivan hinnoittelukäytännön tarkoituksena ole varmistaa, että asiakkaat ja ainakin epäsuorasti kuluttajat hyötyvät edullisista hinnoista (mistä sen sijaan on yleensä kyse yleisessä edullisessa hinnoittelukäytännössä ja yleisessä saalistushinnoittelussakin ainakin lyhyellä aikavälillä), vaan ainoastaan viedä määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailijoilta joitakin asiakkaita, mistä eivät hyödy sen paremmin kuluttajat kuin markkinoiden kilpailurakennekaan.

68. Kuten edellä korostin, vaikka yhteisöjen tuomioistuimen edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio annetussa tuomiossa noudattama näkemys määräävässä asemassa olevan yrityksen valikoivasti alhaisista hintatarjouksista perustuu kyseisen yrityksen kustannuksia koskevaan perusteeseen, unionin tuomioistuimet eivät ole noudattaneet tätä perustetta myöhemmissä tuomioissaan.

69. Näin on yhdistetyissä asioissa Compagnie maritime belge transports ym. vastaan komissio [26] ja asiassa Irish Sugar vastaan komissio. [27] [28]

70. Näistä asioista ensimmäisessä komissio moitti Cewal-linjakonferenssia, jonka jäseniin kuului erityisesti Compagnie maritime belge transports ja jolla oli hallussaan yli 90 prosenttia merkityksellisistä markkinaosuuksista, rahtimaksujensa muuttamisesta poiketen voimassa olevista maksutaulukoista, jotta saavutettaisiin samat tai alemmat hinnat kuin pääasiallisella riippumattomalla kilpailijalla (G & C) niiden alusten osalta, jotka lähtevät satamasta samana päivänä tai lähipäivinä (menettelytapa on nimeltään hintataistelualukset), vastoin ETY 86 artiklaa. [29]

71. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin vahvisti komission analyysin.

72. Se muistutti ensiksi, etteivät kantajina olleet yritykset kiistäneet hintataistelualuksiksi kutsutun menettelytavan – joka oli erotettava saalistushinnoittelusta – seuraavia kolmea tunnusmerkkiä: a) niiden konferenssin jäsenten alusten nimittäminen hintataistelualuksiksi, joiden satamasta lähtö oli lähimpänä G & C:n alusten lähtöä, vaikka aikataulua ei muutettu, b) yhdessä vahvistetut hintataisteluhinnat, jotka poikkesivat Cewalin jäsenten tavanomaisista hinnoista ja jotka vahvistettiin samoiksi tai alemmiksi kuin G & C:n ilmoittamat hinnat ja c) tästä aiheutuva tulonmenetys, joka jäi Cewalin jäsenten vastuulle. [30]

73. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tarkasteli seuraavaksi kantajien väitteitä, joilla kiistettiin määräävän aseman väärinkäyttö, ja totesi asiakirja-aineiston perusteella, että komissio oli näyttänyt riittävällä tavalla toteen, että menettelytavan tarkoituksena oli syrjäyttää Cewalin ainoa kilpailija merkityksellisiltä markkinoilta. [31] Näissä olosuhteissa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi, että koska menettelytavan tarkoituksena oli syrjäyttää ainoa kilpailija markkinoilta, kantajat eivät voineet perustellusti väittää, että ne olivat ainoastaan vastanneet kilpailijan aloittamaan hintasotaan ja asiakkaidensa odotuksiin. Vaikka nämä seikat olisi osoitettu todeksi, niiden perusteella Cewalin jäsenten vastatoimenpiteitä ei ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen mukaan olisi kuitenkaan voitu pitää asianmukaisina ja suhteellisuusperiaatteen mukaisina. [32]

26 — Yhdistetyt asiat T-24/93-T-26/93 ja T-28/93, Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, tuomio 8.10.1996 (Kok., s. II-1201) ja edellä alaviitteessä 16 mainitut yhdistetyt asiat Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio.

27 — Asia T-228/97, Irish Sugar v. komissio, tuomio 7.10.1999 (Kok., s. II-2969) ja asia C-497/99 P, Irish Sugar v. komissio, tuomio 10.7.2001 (Kok., s. I-5333).

28 — Lisäksi on huomattava, ettei komissio noudattanut kustannuksiin perustuvaa näkemystä ETY:n perussopimuksen 86 artiklan soveltamisesta 22.12.1987 tehdyssä päätöksessä 88/138/ETY (IV/30.787 ja 31.488 – Eurfix – Bauco/Hilti; EYVL L 65, s. 19). Mainitussa asiassa oli kyse useista Hiltin, jolla oli hallussaan noin 70–80 prosenttia naulapistoolien markkinoista, toteuttamista syrjivistä ja valikoivista käytännöistä, joilla se pyrki vaikuttamaan asiakkaisiinsa, jotta nämä eivät ostaisi Hiltin kilpailijoilta sen valmistamissa naulapistooleissa käytettäviä nauloja. Komission väärinkäyttönä pitämiin käytäntöihin kuuluivat alennukset, joita oli myönnetty tietyille Hiltin kilpailijoiden, jotka valmistivat Hiltin naulapistooleihin sopivia nauloja, tärkeimmille asiakkaille mutta joita yritys ei ollut tarjonnut omille asiakkailleen, jotka ostivat siltä samanlaisia tai samankaltaisia tavaramääriä. Komissio katsoi päätöksessään, etteivät nämä erityistarjoukset olleet vastaisku kilpailijoiden toimille vaan että ne kuuluivat yrityksen olemassa olevaan politiikkaan, jolla se pyrki rajoittamaan kilpailijoiden pääsyä sen omiin laitteisiin sopivien naulojen markkinoille (päätöksen 80 kohta). Se lisäsi, että ”käsiteltävässä asiassa väärinkäyttöä ei ollut se, että hinnat olivat kustannuksia alhaisemmat (kustannusten määrittelytavasta riippumatta – –) vaan se, että Hilti saattoi määräävän asemansa ansiosta tarjota kilpailijoidensa asiakkaille erityisiä syrjiviä hintoja haitatakseen kilpailijoidensa toimintaa samalla, kun se sovelsi samankokoisiin omiin asiakkaisiinsa korkeampia hintoja” (päätöksen 81 kohta). Tästä päätöksestä nostamassaan kumoamiskanteessa (asia T-30/89, Hilti v. komissio, tuomio 12.12.1991 Kok., s. II-1439) Hilti yhtäältä esitti erittäin yleisiä perusteluja, jotka eivät kohdistuneet mitenkään erityisesti valikoiviin hinnanalennuksiin ja jotka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi tuomionsa 100 kohdassa, ja toisaalta myönsi syyllistyneensä tiettyihin moitittuihin käytäntöihin, minkä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ainoastaan pani merkille (ks. saman tuomion 101 kohta). Yhteisöjen tuomioistuimeen tehty valitus (asia C-53/92 P, Hilti v. komissio, tuomio 2.3.1994, Kok., s. I-667) ei puolestaan koskenut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomionsa näissä kohdissa tekemää arviointia.

29 — ETY:n perustamissopimuksen 85 artiklan (IV/32.448 ja IV/32.450: Cewal, Cowak, Ukwal) ja ETY:n perustamissopimuksen 86 artiklan (IV.32.448 ja IV/32.450) soveltamisesta 22.12.1992 tehty komission päätös 93/82/ETY (EYVL L 34, s. 20).

30 — Edellä alaviitteessä 26 mainitut yhdistetyt asiat Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, tuomion 139 ja 141 kohta.

31 — Idem, tuomion 147 kohta.

32 — Idem, tuomion 148 kohta.

74. Tämän jälkeen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi kantajien väitteen siitä, että G & C:n markkinaosuuden kasvamisen vuoksi moititulla menettelytavalla ei ollut vaikutusta ja vastaavasti määräävää asemaa ei ollut käytetty väärin. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi tästä, että kun yksi tai useampi määräävässä markkina-asemassa oleva yritys panee todellisuudessa toimeen menettelytavan, jonka tarkoituksena on kilpailijan syrjäyttäminen, se, että toivottua tulosta ei ole saavutettu, ei riitä sen toteamiseksi, että kyse ei olisi perustamissopimuksen 86 artiklassa tarkoitetusta määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä, ja lisäsi, että ”päinvastoin kuin kantajat väittävät, se, että [G & C:n] markkinaosuus on kasvanut, ei tarkoita sitä, ettei menettelytavalla olisi ollut vaikutusta, koska jos menettelytapaa ei olisi ollut, [G & C:n] markkinaosuus olisi voinut kasvaa vielä enemmän.” [33]

75. Kantajat valittivat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomiosta yhteisöjen tuomioistuimeen, joka kumosi tuomion siltä osin kuin se koski kantajille määrättyjä sakkoja. [34]

76. Sen sijaan yhteisöjen tuomioistuin vahvisti, vaikkakin varovaisesti, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arvioinnin määräävän aseman väärinkäytöstä.

77. Yhteisöjen tuomioistuin muistutti yhtäältä, että määräävässä asemassa olevalle yritykselle kuuluvan erityisen velvollisuuden aineellista soveltamisalaa on tarkasteltava ottaen huomioon kunkin yksittäistapauksen erityiset olosuhteet, jotka osoittavat kilpailun heikentyneen, ja toisaalta, että meriliikennemarkkinat ovat erittäin pitkälle erikoistunut ala, jonka erityispiirteisiin kuuluu unionin oikeuden nojalla linjakonferenssien oikeus vahvistaa hintoja, [35] minkä jälkeen se totesi, että ”kun määräävässä asemassa oleva linjakonferenssi alentaa valikoivasti hintoja mukauttaakseen ne keskitetysti kilpailijan hintoihin, sille aiheutuu tästä kahdenlaista hyötyä. Ensinnäkin se poistaa pääasiallisen ja jopa ainoan kilpailukeinon, joka kilpailevalla yrityksellä on. Toiseksi se voi edelleen periä käyttäjiltä korkeampia hintoja sellaisista palveluista, joita tämä kilpailu ei uhkaa.” [36]

78. Yhteisöjen tuomioistuin lisäsi tuomionsa 118–120 kohdassa seuraavaa:”118. Nyt esillä olevassa asiassa ei ole tarpeen ottaa yleisesti kantaa niihin olosuhteisiin, joissa linjakonferenssi voi lainmukaisesti yksittäistapauksessa soveltaa ilmoittamaansa maksutaulukkoa alempia hintoja reagoidakseen alhaisempia hintoja tarjoavan kilpailijan menettelyyn – –.

119. Riittää kun todetaan, että nyt esillä olevassa asiassa on kyse sellaisen linjakonferenssin käyttäytymisestä, jolla on yli 90 prosentin osuus kyseisistä markkinoista ja vain yksi kilpailija. Valittajat eivät sitä paitsi ole tosissaan kiistäneet, vaan ovat jopa istunnossa myöntäneet, että moititulla käyttäytymisellä pyrittiin syrjäyttämään G & C markkinoilta.

120. On siis syytä katsoa, ettei ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ole tehnyt oikeudellista virhettä todetessaan, että komission esittämät väitteet, joiden mukaan ’hintataistelualusten’ käyttäminen G & C:tä vastaan oli määräävän aseman väärinkäyttöä, olivat perusteltuja. Lisäksi on syytä todeta, ettei tässä asiassa ole kyse siitä, että määräävän aseman väärinkäyttö olisi määritelty uudelleen.”

79. Edellä mainituista asioista toisessa eli asiassa Irish Sugar vastaan komissio oli kyse tämän yrityksen useista menettelytavoista, joiden komissio katsoi merkitsevän väärinkäyttöä, Irlannissa vähittäismyyntiin tarkoitetun sokerin markkinoilla, joista yrityksen hallussa oli yli 88 prosenttia. [37] Komissio moitti Irish Sugaria erityisesti siitä, että se oli myöntänyt ilman objektiivisia taloudellisia perusteluja

33 — Idem, tuomion 149 kohta.

34 — Ks. edellä alaviitteessä 16 mainitut yhdistetyt asiat Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, tuomion 146 ja 147 kohta ja tuomiolauselman 1 kohta.

35 — Idem, tuomion 114–116 kohta.

36 — Idem, tuomion 117 kohta.

37 — ETY:n perustamissopimuksen 86 artiklan mukaisesta menettelytavasta 14.5.1997 tehty komission päätös 97/624/EY (IV/34.621, 35.059/F-3 – Irish Sugar plc; EYVL L 258, s. 1).

erityisalennuksia tietyille vähittäiskauppiaille, jotka toimivat Irlannin ja Pohjois-Irlannin raja-alueella, vastatakseen Pohjois-Irlannista tuodun tai sen oman Irlantiin jälleentuodun sokerin synnyttämään kilpailuun. Komissio viittasi asiaa ECS/Akzo Chemie koskevaan päätökseensä ja katsoi, että valikoivat rajaseutualennukset olivat määräävän aseman väärinkäyttöä. [38]

80. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oli arvioitava, olivatko tällaiset rajaseutualennukset väärinkäyttöä, ja se totesi aivan aluksi, että Irish Sugarin soveltamat hinnat eivät olleet saalistushintoja siinä mielessä, mitä tällä käsitteellä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitetaan. [39] Tämän jälkeen se huomautti, ettei asiakirjavihkoon otetuista asiakirjoista ilmennyt vain se, että Irish Sugar oli tietoisesti harkittuaan päättänyt myöntää eräille vähittäiskauppiaille valikoivan erityisalennuksen, vaan myös se, että tämä oli aavistanut tällaisen menettelytavan olevan laiton. [40]

81. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi tämän johdosta, että kyseinen menettelytapa oli perustamissopimuksen 86 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitettua määräävän aseman väärinkäyttöä, [41] ja hylkäsi kaikki Irish Sugarin esittämät perustelut, joilla se pyrki osoittamaan menettelytapansa lainmukaisuuden. [42] Se hylkäsi erityisesti Irish Sugarin väitteen siitä, että yrityksen tarkoituksena oli puolustautua Isosta-Britanniasta ja Pohjois-Irlannista alhaisin hinnoin (muttei alle omakustannushinnan) tapahtuvan tuonnin aiheuttamalta kilpailulta, ja totesi, että kuten Irish Sugar oli myöntänyt, sen taloudellinen kyky myöntää alennuksia Pohjois-Irlannin vastaisella rajaseudulla edellytti, että sen hinnat pysyivät vakaina muilla alueilla, mikä merkitsi sen tunnustamista, että Irish Sugar rahoitti nämä alennukset Irlannin koko muulta alueelta kertyneellä myynnillään.

82. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi tästä, että näin menettelemällä Irish Sugar oli estänyt vapaan kilpailun vaikutuksen merkityksellisillä markkinoilla ja vääristänyt rakenteita sekä ostajien että kuluttajien kannalta, sillä nämä eivät nimittäin olleet Pohjois-Irlannin vastaisen rajaseudun ulkopuolella voineet hyötyä hinnanalennuksista, jotka olivat johtuneet sokerin tuonnista Pohjois-Irlannista. [43] Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen mukaan oli nimittäin niin, että tavan, jolla määräävässä asemassa oleva yritys suojelee sellaista kilpailuasemaansa, johon liittyvät kaikki Irish Sugarin riidanalaisten seikkojen tapahtuma-aikaan olleen kilpailuaseman ominaispiirteet, on, jotta se olisi hyväksyttävää, ainakin perustuttava taloudellisiin tehokkuusnäkökohtiin ja siitä on oltava etua kuluttajille, mistä ei ollut kyse tuossa asiassa. [44]

83. Lisäksi on korostettava, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi Irish Sugarin väitteen siitä, että komissio oli tukeutunut kilpailijan markkinoilta syrjäyttämiseen todisteena siitä, että rajaseutualennusten myöntäminen oli väärinkäyttöä. Se huomautti, ettei tämä ollut komission kanta, ja lisäsi, että koska ”rajaseutualennusten myöntämisen tarkoituksena oli pitää kilpailijoiden tarjousten vaikutuspiiriin kuuluvat ostajat edelleen kantajan asiakkaina antamatta kuitenkaan kantajan kaikkien asiakkaiden hyötyä kilpailun vaikutuksesta sen tuotteiden myyntihintoihin, kilpailijan syrjäyttäminen tällaisella menettelytavalla osoittaa sitä suuremmalla syyllä, että menettelytapa on ollut perustamissopimuksen 86 artiklassa tarkoitettua väärinkäyttöä”. [45]

84. Tästä tuomiosta tekemässään valituksessa Irish Sugar riitautti ainoastaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arvioinnin määräävän aseman olemassaolosta. Yhteisöjen tuomioistuin ei siis lausunut yrityksen väärinkäytöksiä koskevista ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamuksista.

38 — Idem, päätöksen 133–135 kohta.
39 — Edellä alaviitteessä 27 mainittu asia T-228/97, Irish Sugar v. komissio, tuomion 182 kohta.
40 — Idem, tuomion 183 kohta.
41 — Idem.
42 — Idem, tuomion 184–192 kohta.
43 — Idem, tuomion 188 kohta.
44 — Idem, tuomion 189 kohta.
45 — Idem, tuomion 191 kohta.

85. Mitä päätelmiä näiden kahden asian perusteella voidaan tehdä?

86. Kuten jo edellä mainitsin, nämä kaksi asiaa kuuluvat ensinnäkin oikeuskäytäntöön, jossa määräävässä asemassa olevan yrityksen valikoiva hintojen alentaminen on todettu EY 82 artiklan vastaiseksi mutta näitä hintoja ei ole tarkasteltu suhteessa yrityksen kustannuksiin, mistä johtuu, ettei hintoja ollut vahvistettu kokonaiskustannusten keskiarvoa alemmiksi.

87. Toiseksi on niin, että vaikka yhteisöjen tuomioistuin päätteli edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio antamassaan tuomiossa Akzon pääasiallisen kilpailijan asiakkaille tarjotuista valikoivista hinnanalennuksista, että Akzon aikomuksena oli syrjäyttää kilpailija markkinoilta, yhteisöjen tuomioistuimet omaksuivat kuitenkin toisenlaisen näkemyksen edellä mainituissa yhdistyneissä asioissa Compagnie maritime belge transport ym. vastaan komissio ja asiassa Irish Sugar vastaan komissio annetuissa tuomioissa. Ne katsoivat nimittäin, että riidanalaisilla hinnoittelukäytännöillä toteutettiin aikomus syrjäyttää kilpailija markkinoilta, ja päättelivät tämän aikomuksen valikoivan hinnoittelukäytännön sijasta kyseisten määräävässä asemassa olevien yritysten sisäisistä asiakirjoista ja muusta asiakirja-aineistosta.

88. Tältä osin on huomattava, että sitä, ettei moitituilla käytännöillä ollut kahdessa viimeksi mainitussa asiassa haluttua vaikutusta eli niillä ei syrjäytetty kilpailijaa markkinoilta, ei pidetty ratkaisevana seikkana, jonka perusteella olisi voitu todeta, ettei kyse ollut määräävän aseman väärinkäytöstä. Tällä arvioinnilla oli erityinen merkitys ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa Compagnie maritime belge transport ym. antamassa tuomiossa, sillä tuomiosta ilmenee, että määräävässä asemassa olevan yrityksen pääasiallisen tai ainoan kilpailijan markkinaosuudet olivat kasvaneet ajanjaksolla, jolloin riidanalaisia hinnoittelukäytäntöjä toteutettiin. [46]

89. Tämä arviointi tuntuu tarkoittavan, että moititut hinnoittelukäytännöt ovat kilpailunvastaisia tarkoitukseltaan mutta eivät vaikutukseltaan. Asiayhteydestään irrallaan tarkasteltuna tämä arviointi voi kuitenkin olla myös ristiriidassa sen näkemyksen kanssa, että määräävässä asemassa olevat yritykset saavat lähtökohtaisesti harjoittaa hintakilpailua. [47]

90. Yhteisöjen tuomioistuinten edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa Compagnie maritime belge transports ym. vastaan komissio 16.3.2000 annetussa tuomiossa ja asiassa Irish Sugar vastaan komissio 10.7.2001 annetussa tuomiossa hyväksytty kanta voi mielestäni selittyä lähinnä tosiseikkoja koskevalla kolmella seikalla, jotka ovat yhteisöjen tuomioistuimen ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomioiden taustalla.

91. Kuten ensinnäkin jo edellä totesin, määräävässä asemassa olevan yrityksen aikomus syrjäyttää kilpailija markkinoilta pääteltiin edellä mainituissa kahdessa asiassa valikoivan hinnoittelukäytännön sijasta muiden seikkojen perusteella. Valikoivan hinnoittelukäytännön katsottiin siten ainoastaan konkretisoivan tämän aikomuksen.

92. Tämän jälkeen on todettava, että kyseisten määräävässä asemassa olevien yritysten taloudellinen valta-asema oli lähellä monopolia, sillä niiden osuudet kyseisistä markkinoista olivat lähes 90 prosenttia. Markkinoille pääsyä vaikeuttivat siis erityiset esteet, sillä olemassa oli erittäin määräävässä asemassa oleva yritys, minkä myös julkisasiamies Fennelly pani merkille edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa Compagnie maritime belge transport ym. vastaan komissio, tuomio 16.3.2000, esittämässään ratkaisuehdotuksessa. [48]

46 — Mainitun tuomion 126 kohdassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin otti esille kantajien väitteen siitä, että C & G:n markkinaosuus oli kyseisenä ajankohtana kasvanut 2 prosentista 25 prosenttiin. Tätä väitettä ei kyseenalaistettu muualla tuomiolauselmassa (ks. erityisesti vastaavasti tuomion 149 kohta).

47 — Ks. vastaavasti tämän ratkaisuehdotuksen 57 kohta.

48 — 29.10.1998 esitetty ratkaisuehdotus (135–137 kohta). Yhteisöjen tuomioistuin on myös tämän jälkeen korostanut em. yhdistetyissä asioissa Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio todettua Cewalin markkinavoiman piirrettä (ks. edellä alaviitteessä 16 mainittu asia TeliaSonera, tuomion 81 kohta).

93. Valikoivat hinnoittelukäytännöt kuuluivat lisäksi useisiin hinnoitteluun ja/tai muuhun kuin hinnoitteluun liittyneisiin väärinkäytöksiin, joiden kasautumisella on myös voinut olla merkitystä.

94. Edellä esitetyn perusteella katson, että edellä mainituissa asiassa Irish Sugar vastaan komissio ja yhdistetyissä asioissa Compagnie maritime belge transports ym. vastaan komissio annetuilla tuomioilla on vain erittäin vähäinen merkitys sen vastauksen kannalta, joka unionin tuomioistuimen on annettava ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle, jo siksi, että pääasiassa on kiistatonta, etteivät Tanskan kilpailuviranomaiset tai tuomioistuimet ole pystyneet osoittamaan markkinoilta syrjäyttämisen aikomusta ja ettei asiakirja-aineistosta käy ilmi, että Post Danmark olisi ollut erittäin määräävässä asemassa. Kun tarkastellaan erityisesti edellä mainitussa asiassa Irish Sugar vastaan komissio annettua tuomiota, johon komissio perusti osan istunnossa esittämistään huomautuksista, on muistettava yhtäältä, että kyseessä oli tilanne, jossa määräävässä asemassa oleva yritys pyrki säilyttämään asiakaskuntansa tarjoamalla valikoivia alennuksia niille jakelijoilleen, jotka olivat muiden sokerintuottajien aiheuttaman kilpailun vaikutuspiirissä, eikä se pääasiassa kyseessä olevalla tavalla pyrkinyt houkuttelemaan pääasiallisen tai ainoan kilpailijansa asiakkaita, ja toisaalta, että moitittujen alennusten tarkoituksena oli rajoittaa lähinnä naapurivaltion markkinoilla operoivien toimijoiden hintapolitiikan vaikutuksia toisilla kansallisilla markkinoilla operoivien toimijoiden hintapolitiikkaan; tällainen käytäntö voi muodostaa yhteismarkkinoiden toteuttamisen esteen, kuten tuomiossa myös todettiin. [49]

95. Mielestäni unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä on tulkittava siten, että kun edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa Compagnie maritime belge transports ym. vastaan komissio 16.3.2000 annetussa tuomiossa ja asiassa Irish Sugar vastaan komissio 10.7.2001 annetussa tuomiossa mainitut suhteellisen poikkeukselliset edellytykset eivät täyty, etenkin kun määräävässä asemassa olevan yrityksen aikomusta syrjäyttää kilpailija tai kilpailijat markkinoilta ei voida päätellä muista seikoista kuin valikoivista hintatarjouksista, valikoivaa hintojen alentamista on tutkittava määräävässä asemassa olevan yrityksen kustannusten perusteella, kuten edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio annetun tuomion 114 ja 115 kohdassa käytetyn arviointiperusteen valossa.

96. Tällä tulkinnalla voidaan varmistaa oikeuskäytännön johdonmukainen tulkinta. Sillä voidaan myös taata parempi oikeusvarmuus määräävässä asemassa oleville yrityksille, kun ne turvautuvat valikoiviin hintojen alennuksiin. Koska määräävässä asemassa oleva yritys tuntee omat kustannuksensa ja hintansa muttei kilpailijoidensa kustannuksia ja hintoja, se, että kilpailuviranomaiset ja tuomioistuimet ottaisivat huomioon kilpailijan kustannusrakenteen, voisi olla vastoin oikeusvarmuuden periaatetta, sillä määräävässä asemassa oleva yritys ei pystyisi sen vuoksi arvioimaan oman menettelytapansa laillisuutta, erityisiä olosuhteita lukuun ottamatta. [50]

97. Riippumatta siitä, millä alalla määräävässä asemassa oleva yritys toimii, katson tältä osin, että tällainen yritys, joka soveltaa perinteisiin asiakkaisiinsa ja kilpailijansa asiakkaisiin eri hintoja, jotka kuitenkin kaikki ylittävät yrityksen kokonaiskustannusten keskiarvon, ei pysty lähtökohtaisesti yhtä tehokkaasti syrjäyttämään tätä kilpailijaa markkinoilta, vaikka sen hinnoittelukäytäntö onkin valikoiva ja syrjivä.

98. Kilpailija voi nimittäin lähtökohtaisesti aina vastata tällaiseen hintakilpailuun, sillä näillä hinnoilla toteutetut myynnit kattavat muuttuvien ja kiinteiden kustannusten keskiarvon. Myynnit ovat siis kannattavia, eikä kilpailijaa voida lähtökohtaisesti syrjäyttää markkinoilta niiden avulla. Tilanne voisi olla toinen, jos kilpailijan hinnat kaikesta huolimatta ylittäisivät määräävässä asemassa olevan yrityksen kokonaiskustannusten keskiarvon. Tällöin olisi kuitenkin todennäköisesti kyse kilpailijasta, jonka toiminta ei ole yhtä tehokasta kuin määräävässä asemassa olevan yrityksen toiminta. Sen syrjäytyminen markkinoilta olisi siis tavanomainen seuraus laatukilpailusta, johon myös määräävässä asemassa olevien yritysten on voitava osallistua niille kuuluvasta erityisestä velvollisuudesta huolimatta.

49 — Ks. edellä alaviitteessä 27 mainittu asia T-228/97, Irish Sugar v. komissio, tuomion 185 kohta.

50 — Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 16 mainittu asia TeliaSonera, tuomion 44 ja 45 kohta.

99. Määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelytapaa voidaan toki aina pitää EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdan vastaisena siinä mielessä, että se voi heikentää joidenkin määräävässä asemassa olevan yrityksen asiakkaiden kilpailuasemaa (toissijainen hintasyrjintä). Sen ei kuitenkaan pitäisi lähtökohtaisesti johtaa kyseisen yrityksen kilpailijan syrjäyttämiseen markkinoilta.

100. Kun edellä 96–98 kohdassa esitettyä arviointia sovelletaan pääasian tosiseikkoihin, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen olisi mielestäni sen perusteella todettava, että Post Danmarkin Sparille ja SuperBestille – jotka ovat kaksi FK:n kolmesta asiakkaasta, joiden tilanne mainittiin ennakkoratkaisupyynnössä ja osapuolten esittämissä huomautuksissa – tarjoamat hinnat eivät lähtökohtaisesti voi johtaa FK:n syrjäyttämiseen markkinoilta, sillä kuten edellä jo totesin, on kiistatonta, että nämä hinnat ylittivät Post Danmarkin kokonaiskustannusten keskiarvon. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei myöskään ole ilmoittanut unionin tuomioistuimelle FK:n kustannusrakennetta.

101. Vielä on tutkittava, voiko Post Danmarkin kaltainen määräävässä asemassa oleva yritys väärinkäytöksen avulla syrjäyttää kilpailijansa, jos se soveltaa tämän tärkeään asiakkaaseen valikoivaa hinnanalennusta, kun nämä hinnat ylittävät määräävässä asemassa olevan yrityksen lisäkustannusten keskiarvon mutta alittavat sen kokonaiskustannusten keskiarvon.

102. Ensinnäkin pelkästään sen, että kyseisiä hintatarjouksia esitetään ainoastaan yhdelle pääasiallisen tai ainoan kilpailijan asiakkaalle, perusteella ei mielestäni voida todeta, ettei kyse ole määräävän aseman väärinkäytöstä. On nimittäin täysin mahdollista, että tällaisen asiakkaan osuus ostovolyymistä ja markkinoista on merkittävä, kuten pääasiassa vaikuttaa olevan Coopin tapauksessa.

103. Olisi houkuttelevaa laajentaa analogisesti yhteisöjen tuomioistuimen edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio antamansa tuomion 113–115 kohdassa tekemää päättelyä koskemaan pääasiaa, kuten komissiokin ehdotti istunnossa.

104. Tästä seuraisi, että kun määräävässä asemassa oleva yritys tarjoaa kilpailijansa asiakkaalle omien kokonaiskustannustensa keskiarvon alittavia hintoja ja soveltaa samalla perinteisiin asiakkaisiinsa tämän keskiarvon ylittäviä hintoja, se voi ainakin osittain tasoittaa ”tappiot”, joita aiheutuu kilpailijan asiakkaalle tehdyistä myynneistä, perinteisille asiakkailleen tehdyistä myynneistä saamillaan voitoilla, ja tämä menettelytapa olisi kilpailijan markkinoilta syrjäyttämiseen tähtäävä menettelytapa, ellei sille ole taloudellisia perusteita.

105. Pääasiassa tämä päättely johtaisi erittäin todennäköisesti siihen, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on todettava Post Danmarkin käyttäneen väärin määräävää asemaansa osoitteettomien lähetysten jakelun kansallisilla markkinoilla, sillä Tanskan kilpailuviranomaiset ovat todenneet, ettei Post Danmark ole osoittanut Coopille eli yhdelle FK:n pääasiallisista asiakkaista tehdyn valikoivan hintatarjouksen olleen perusteltu mittakaavaeduilla, mitä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei todennut paikkansapitämättömäksi ennakkoratkaisupyynnössään.

106. Vaikkei tämä välttämättä vaikuta toteamukseen siitä, että Post Danmark on käyttänyt väärin määräävää asemaansa, en kuitenkaan voi varauksetta ehdottaa täysin samanlaisen päättelyn noudattamista kuin edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio annetun tuomion 113–115 kohdassa, mitä komissio istunnossa ehdotti.

107. Tällaista päättelyä noudattamalla mielestäni nimittäin vähintäänkin yksinkertaistettaisiin liiaksi ongelmakenttää, joka koskee osittain varatuilla markkinoilla samanaikaisesti toimivan määräävässä asemassa olevan yrityksen tekemiä valikoivia hintatarjouksia sekä näillä markkinoilla, joilla yrityksellä on yleispalvelutehtävä, että kilpailulle täysin avoimilla markkinoilla, joilla yhdelläkään toimijalla ei ole yleispalveluvelvoitetta.

108. Ensinnäkin sitä, että kilpailijan pääasialliselle asiakkaalle tarjotut myyntihinnat ylittävät määräävässä asemassa olevan yrityksen lisäkustannusten keskiarvon, ei mielestäni voida pitää tilanteena, jossa myynneistä aiheutuu ”tappiota”, vaan niitä on pidettävä myynteinä, joista kyseinen yritys ei saa parhaita mahdollisia tuloja. Tällaiset myynnit ovat nimittäin edelleen lähtökohtaisesti kannattavia, sillä niistä saatavat tulot kattavat kustannukset, jotka aiheutuvat tietyn toiminnan eli käsiteltävässä asiassa osoitteettomien lähetysten jakelutoiminnan harjoittamisesta kilpailluilla markkinoilla.

109. Määräävässä asemassa olevan yrityksen mahdollisuus soveltaa tällaista hintatasoa ei mielestäni näin ollen riipu tasoituksesta niiden hintojen välillä, joita sovelletaan kilpailulle avoimilla markkinoilla yrityksen perinteisille asiakkaille suunnattuihin myynteihin, joista se saa parhaat mahdolliset tulot, ja joita sovelletaan samoilla markkinoilla yrityksen kilpailijan pääasialliselle asiakkaalle suunnattuihin myynteihin, joista se ei saa parhaita mahdollisia tuloja. Määräävässä asemassa olevan yrityksen ei lähtökohtaisesti nimittäin tarvitse turvautua tällaiseen tasoitukseen, jotta se voisi säilyttää kilpailijansa asiakkaalle tarjotun hintatason.

110. Markkinoilla, joilla syrjivän hinnoittelukohtelun kohteeksi joutuneita määräävässä asemassa olevan yrityksen perinteisiä asiakkaita eivät sido erityiset rajoitukset, nämä voivat lähtökohtaisesti varsin hyvin siirtyä sellaisen kilpailijan asiakkaiksi, joka tarjoaa heille samoja palveluita alemmalla hinnalla kuin määräävässä asemassa oleva yritys. [51]

111. Toiseksi siltä osin kuin lisäkustannuksissa ei oteta ollenkaan tai riittävästi huomioon yhteisiä kiinteitä kustannuksia, joita määräävässä asemassa olevalle yritykselle aiheutuu toiminnasta kaksilla markkinoilla, eli kiinteitä kustannuksia sen jakeluverkon ylläpidosta, jota määräävässä asemassa oleva yritys käyttää – kuten pääasiassa – sekä yleispalveluvelvoitteen mukaiseen osittain sille varattuun toimintaansa että osoitteettomien lähetysten jakelutoimintaansa, tämä yritys voisi siirtää yleispalvelutehtäväänsä liittyvillä markkinoilla harjoittamansa osittain varatun toiminnan asiakkailleen ne lopulliset kustannukset, jotka aiheutuvat määräävässä asemassa olevan yrityksen osoitteettomien lähetysten jakelutoimintaansa käyttämän jakeluverkon ylläpidosta, vaikka se soveltaisi lisäkustannustensa keskiarvon ylittävää hintaa.

112. Toisin sanoen on hyvin mahdollista, että ottamalla arviointiperusteeksi lisäkustannusten keskiarvon määräävässä asemassa oleva yritys voi soveltaa hieman tätä keskiarvoa korkeampaa hintaa – välttäen näin sen, että hintaa pidetään automaattisesti saalistushinnoitteluna – kohdistamalla niillä markkinoilla, joilla sillä on yleispalvelutehtävä, harjoittamaansa osittain varattuun toimintaan kaikki yhteiset kiinteät kustannukset tai osan niistä, ja tukea näin tällä toiminnallaan kilpailulle avoimilla markkinoilla tarjoamaansa hintaa. Riippumatta siitä, onko tällainen käytäntö valikoiva vai ei, se voisi lopulta johtaa avoimilla markkinoilla toimivien kilpailijoiden eli pääasiassa Tanskan osoitteettomien lähetysten jakelumarkkinoilla toimivien kilpailijoiden, jotka eivät luonnollisesti hyödy samasta ristiintukemisesta, syrjäyttämiseen markkinoilta. [52]

113. Mielestäni siis se, että Post Danmarkin kaltainen määräävässä asemassa oleva yritys soveltaa lisäkustannustensa keskiarvoa korkeampaa valikoivaa hintaa, ei tarkoita sitä, etteikö tällaisen hintatason vaarana voisi olla kyseisen yrityksen kilpailijan syrjäyttäminen markkinoilta – vaikka Post Danmark ja Tšekin hallitus väittivät näin unionin tuomioistuimelle esittämissään huomautuksissa – sillä tätä hintaa voidaan tukea tuloilla, joita määräävässä asemassa oleva yritys saa osaksi sille varatusta toiminnastaan markkinoilla, joilla se toimii täyttääkseen yleispalveluvelvoitteensa.

51 — Käsiteltävässä asiassa Post Danmark toisti istunnossa erityisesti, että asiakkaalle ei koidu mitään seurauksia siitä, että se irtisanoo ennenaikaisesti osoitteettomien lähetysten jakelusopimuksen, kunhan se ilmoittaa irtisanomisesta kuukautta ennen. Tämä tilanne on siis täysin erilainen kuin em. yhdistetyissä asioissa Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio annetussa tuomiossa (117 kohta), jossa yhteisöjen tuomioistuin korosti erityisesti sitä, että määräävässä asemassa oleva yritys tarjosi alhaisia hintoja kilpailijansa asiakkaille ja saattoi samalla edelleen periä käyttäjiltä korkeampia hintoja sellaisista palveluista, joita tämä kilpailu ei uhannut.

52 — Ks. yleisesti mm. Thouvenin, V., ”Coûts incrémentaux: retour sur les avantages concurrentiels du secteur public. Éléments de définition des coûts incrémentaux dans le contexte d’une stratégie de prédation: point de vue d’un économiste”, *Concurrences*, s. 11.

114. Jotta voidaan selvittää, onko tilanne tämä, mielestäni tältä osin on määritettävä, mitkä ovat määräävässä asemassa olevan yrityksen yleispalveluvelvoitteen mukaisilla markkinoilla tarjoamien palvelujen erilliskustannukset (stand-alone cost) [53] ja selvitettävä, ovatko näistä palveluista saadut tulot erilliskustannuksia suuremmat. Jos tulot ovat suuremmat, olisi todennäköisesti todettava kilpailulle avoimilla markkinoilla toteutettujen myyntien, joihin sovellettu hinta alittaa kokonaiskustannusten keskiarvon, hyväksi tapahtunut ristiintukeminen. Kun otetaan huomioon määräävässä asemassa olevalla yrityksellä oleva erityinen velvollisuus säilyttää markkinoiden kilpailurakenne, tällaisen ristiintukemiseen turvautuminen aiheuttaisi lopulta todellisen vaaran siitä, että kilpailija syrjäytetään markkinoilta, ja mielestäni kilpailuviranomaisten on perusteltua puuttua toimintaan ennakoivasti.

115. Tämän menettelytavan soveltamisen kestosta riippuen mainitun riskin voisi päätellä etenkin siitä, onko kilpailija menettänyt markkinaosuuksiaan.

116. Kuten totesin edellä tämän ratkaisuehdotuksen 14 kohdassa, pääasiassa vaikuttaa kuitenkin siltä, että Tanskan kilpailuviranomaiset eivät ole todenneet, että Post Danmarkin osoitteettomien lähetysten jakelutoiminnan hyväksi olisi sovellettu lainvastaista ristiintukemista. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on kuitenkin varmistettava tämä seikka.

117. Tässä vaiheessa voidaan vielä pohtia, onko hintatarjous, jollaisen Post Danmark on tehnyt eräälle osoitteettomien lähetysten jakelumarkkinoilla toimivan ainoan tai pääasiallisen kilpailijansa tärkeimmälle asiakkaalle, oikeasuhtainen. Tätä kysymystä voidaan tarkastella kahdesta näkökulmasta.

118. Yhtäältä voidaan pohtia, pitäisikö määräävässä asemassa olevan yrityksen pitäytyä soveltamasta valikoivasti keskimääräisiä lisäkustannuksiaan korkeampaa hintaa ja harjoittaa hinnoittelupolitiikkaa, jolla ei syrjitä sen perinteisiä asiakkaita, kun otetaan huomioon yrityksen erityinen velvollisuus markkinoilla. Toisaalta voidaan pohtia, miksi Post Danmarkin kaltainen määräävässä asemassa oleva yritys tekee kilpailijansa asiakkaille erilaisia hintatarjouksia.

119. Ensimmäisestä kysymyksestä katson, että jos määräävässä asemassa oleva yritys velvoitettaisiin soveltamaan perinteisiin asiakkaisiinsa ja kilpailijansa asiakkaisiin samaa hintakohtelua eli pääasiassa keskimääräisiä lisäkustannuksia korkeampaa yhtenäistä hintaa, voitaisiin toki välttää niin sanottu toissijainen hintasyrjintä (secondary-line discrimination) kyseisen yrityksen kauppakumppanien välillä, mutta se ei vaikuttaisi myönteisesti tällaisen yrityksen kilpailijaan kohdistuvan menettelyn mahdolliseen markkinoilta syrjäyttävään vaikutukseen. Vaikka on toki mahdollista, ettei yhtenäistä hinnoittelukäytäntöä voida jatkaa yhtä pitkään kuin valikoivaa hinnoittelukäytäntöä, määräävässä asemassa olevan yrityksen kyseiseen kilpailijan asiakkaaseen soveltama hintataso pysyy muuttumattomana riippumatta siitä, tarjotaanko tätä hintaa valikoivasti vai osana yhtenäistä hinnoittelua.

120. Kun tarkastellaan toista kysymystä, siltä osin kuin kilpailijan asiakkaiden, joille on tehty erilaisia hintatarjouksia, katsotaan olevan toisiinsa rinnastettavissa tilanteissa, en ymmärrä, miksi Post Danmarkin kaltainen määräävässä asemassa oleva yritys mukauttaa juuri näitä tarjouksia siten, että kaksi tarjousta (Sparille ja SuperBestille tehdyt) kattavat kyseisen yrityksen keskimääräiset kokonaiskustannukset, kun taas kolmas tarjous (Coopille tehty) ei niitä kata, vaikka ensimmäisessä yksittäistapauksessa tehdyt tarjoukset, joihin ei liity mitään kilpailijan markkinoilta syrjäyttämisen vaaraa, kuten edellä totesin, ovat kuitenkin kyseisen kilpailijan soveltamia hintoja alemmat. Siten jopa sellainen hintatarjous, joka sijoittuisi Sparille ja SuperBestille tehdyn tarjouksen tasolle, olisi voinut olla riittävän houkutteleva Coopin kaltaisen asiakkaan näkökulmasta, koska se olisi nähtävästi ollut

53 — Ks. vastaavasti erityisesti teokset Faulhaber, G. R., Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises, *American Economic Review*, 1975, nro 5, s. 966 ja Cross-Subsidy Analysis with more than two services, *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, nro 3, s. 441, jossa esitetään seuraava määritelmä: ”the stand-alone cost of any service or group of services of an enterprise is the cost of providing that service (at the existing or ’test’ demand level) or group of services by themselves, without any other service that is provided by the enterprise”. Ks. myös em. Thouvenin, V., s. 11.

FK:n tarjoamia hintoja alempi vaikka sillä ei kuitenkaan olisi ollut edellä korostettua kilpailijan markkinoilta syrjäyttävää vaikutusta. Markkinoilta syrjäyttämisen vaikutuksen aiheutuminen riippuu kuitenkin ennen kaikkea siitä, voiko määräävässä asemassa oleva yritys tukea Coopiin soveltamiaan hintoja osittain varatulla toiminnallaan markkinoilla, joilla sillä on yleispalvelutehtävä.

121. Edellä puoltamani näkemys, jonka mukaan on tutkittava ainakin mahdollista markkinoilta syrjäyttämisen vaikutusta sen sijaan, että tutkittaisiin edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio annetun tuomion tavoin markkinoilta syrjäyttämisen aikomusta, on mielestäni sitäkin tarkoituksenmukaisempi pääasian olosuhteissa. Toisin kuin edellä mainitussa asiassa Akzo vastaan komissio annetun tuomion taustalla olleessa tilanteessa, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen käsiteltävänä ei nimittäin ole saman yrityksen väärinkäytöksien sarjaa, joista usean menettelyn tarkoituksena selvästi olisi kilpailijan syrjäyttäminen markkinoilta, mikä mielestäni voi selittää sen, että yhteisöjen tuomioistuin saattoi Akzon valikoivaa hinnoittelukäytäntöä tutkiessaan ainoastaan päätellä tämän yrityksen aikomuksen vahingoittaa kilpailijaansa.

122. Jos hyväksyttäisiin pikemminkin markkinoilta syrjäyttämisen aikomukseen kuin markkinoilta syrjäyttämisen vaikutukseen perustuva näkemys, olisi katsottava, että kaikenlainen valikoiva hinnoittelukäytäntö on kilpailijan syrjäyttämiseen tähtäävää väärinkäyttöä, kun määräävässä asemassa olevan yrityksen soveltamat hinnat alittavat sen kokonaiskustannusten keskiarvon, paitsi jos mainitulle käytännölle on taloudelliset perusteet. Kuten olen jo edellä korostanut, tällainen olettama ei mielestäni kuitenkaan ole perusteltu sen paremmin taloudellisesti kuin juridisestikaan, eikä se ole tarkoituksenmukainen. Tältä osin sitä ei voida automaattisesti päätellä määräävässä asemassa olevan yrityksen perinteisten asiakkaiden ja kyseisen yrityksen kilpailijan asiakkaan tai asiakkaiden erilaisesta hinnoittelukohtelusta.

123. Edellä esitetyistä syistä katson, että EY 82 artiklaa on tulkittava siten, että määräävän aseman väärinkäyttöä on sellainen määräävässä asemassa olevan yrityksen menettely, jossa se myöntää valikoivan hinnanalennuksen siten, että hinnat ovat kyseisen yrityksen keskimääräisiä lisäkustannuksia korkeammat mutta sen keskimääräisiä kokonaiskustannuksia alemmat, osoitteettomien lähetysten jakelun kansallisilla ja täysin kilpailulle avoimilla markkinoilla toimivan pääasiallisen tai ainoan kilpailijansa tärkeimmälle asiakkaalle, koska valikoiva hintatarjous voi olla tuettu tuloilla, joita määräävässä asemassa oleva yritys saa osittain sille varatusta toiminnastaan postipalvelujen markkinoilla, joilla se toimii yleispalveluvelvoitteensa mukaisesti, ja sen vaikutuksena on kyseisen kilpailijan syrjäyttäminen markkinoilta. Sen selvittämiseksi, onko kyse määräävässä asemassa olevan yrityksen osoitteettomien lähetysten jakelutoiminnan lainvastaisesta ristiintukemisesta, on tutkittava, ovatko tulot, joita määräävässä asemassa oleva yritys saa postipalvelujen markkinoilla, joilla sillä on yleispalveluvelvoite, suorittamistaan palveluista näiden palvelujen erilliskustannuksia suuremmat. Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida, onko asian laita näin pääasiassa.

III Ratkaisuehdotus

124. Edellä esitettyjen seikkojen perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Højesteretin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

EY 82 artiklaa on tulkittava siten, että määräävän aseman väärinkäyttöä on sellainen määräävässä asemassa olevan yrityksen menettely, jossa se myöntää valikoivan hinnanalennuksen siten, että hinnat ovat kyseisen yrityksen keskimääräisiä lisäkustannuksia korkeammat mutta sen keskimääräisiä kokonaiskustannuksia alemmat, osoitteettomien lähetysten jakelun kansallisilla ja täysin kilpailulle avoimilla markkinoilla toimivan pääasiallisen tai ainoan kilpailijansa tärkeimmälle asiakkaalle, koska valikoiva hintatarjous voi olla tuettu tuloilla, joita määräävässä asemassa oleva yritys saa osittain sille varatusta toiminnastaan postipalvelujen markkinoilla, joilla se toimii yleispalveluvelvoitteensa mukaisesti, ja sen vaikutuksena on kyseisen kilpailijan syrjäyttäminen markkinoilta. Sen selvittämiseksi, onko kyse määräävässä asemassa olevan yrityksen osoitteettomien lähetysten jakelutoiminnan lainvastaisesta ristiintukemisesta, on tutkittava, ovatko tulot, joita määräävässä asemassa oleva yritys saa postipalvelujen markkinoilla, joilla sillä on yleispalveluvelvoite, suorittamistaan palveluista näiden palvelujen erilliskustannuksia suuremmat. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tarkistettava, täyttyvätkö nämä edellytykset pääasiassa.