

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

JÁN MAZÁK

22 päivänä huhtikuuta 2010¹

1. Esillä olevassa valituksessa Deutsche Telekom AG (jäljempänä valittaja) vaatii unionin tuomioistuinta kumoamaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen (nykyisin ja jäljempänä unionin yleinen tuomioistuin) antaman tuomion,² jolla pysytettiin perustamissopimuksen 82 artiklan (josta on tullut SEUT 102 artikla) soveltamista koskeva komission päätös.³ Unionin tuomioistuinta on pyydetty ensimmäistä kertaa käsittelemään hintaruuviin perustuvaa määräävän markkina-aseman väitettä väärinkäyttöä.

I Oikeusriidan tausta

2. Tosiseikat esitetään valituksenalaisen tuomion 1–24 kohdassa. Mainitsen ainoastaan

kaikkein keskeisimmät seikat. Valittaja on Saksassa kiinteää puhelinverkkoa yllä pitävä perinteinen teleyhtiö. Saksan televiestintälain (Telekommunikationsgesetz, jäljempänä TKG) tultua voimaan 1.8.1996 Saksassa vapautuivat sekä infrastruktuurin että telepalvelujen tarjoamiseen liittyvät markkinat. Kukin kantajan telealueverkko koostuu useista loppukäyttäjien tilaajayhteyksistä (fyysiset johdot, jotka yhdistävät tilaajan tiloissa olevan liityntapisteen ristikytkentätelineeseen tai vastaavaan kiinteän yleisen puhelinverkon verkkoelementtiin). On tehtävä ero valittajan kilpailijoilleen tarjoamien paikallisten käyttöoikeuspalvelujen (jäljempänä televerkko-palvelut) ja sen loppukäyttäjilleen tarjoamien alueverkkojen käyttöoikeuspalvelujen (käyttöoikeuspalvelut loppukäyttäjille) välillä. Valittaja veloitettiin kesäkuussa 1997 sallimaan kilpailijoilleen täysin eriytetty tilaajayhteyksien käyttöoikeus. Saksan televiestinnän ja postin sääntelyviranomaisen (Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, jäljempänä RegTP) on ennalta hyväksyttävä valittajan televerkkopalvelumaksut ja tarkistettava, vastaavatko muun muassa valittajan televerkkopalvelumaksut tehokkaasta palveluntarjoamisesta aiheutuvia kuluja ja sisältyykö niihin vähennyksiä, joilla rajoitetaan kilpailijoiden mahdollisuuksia. Valittaja tarjoaa loppukäyttäjille kiinteän verkon tilaajayhteyksiä kahden eri perusvaihtoehdon mukaisina, jotka ovat perinteinen analoginen liittymä ja digitaalinen kapeakaistaliittymä (Integrated Services Digital Network tai ISDN). Nämä molemmat vaihtoehdot voidaan tarjota käyttäen valittajan perinteistä kuparisista parijohdoista rakennettua verkkoa. Lisäksi valittaja tarjoaa loppukäyttäjilleen laajakaistayhteyksiä (Asymmetrical Digital Subscriber Lines

1 – Alkuperäinen kieli: englanti.

2 – Asia T-271/03, Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 10.4.2008 (Kok., s. II-477; jäljempänä valituksenalainen tuomio).

3 – Perustamissopimuksen 82 artiklan soveltamisesta (Asia COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) 21.5.2003 tehty komission päätös 2003/707/EY (EUVL L 263, s. 9; jäljempänä riidanalainen päätös).

tai ADSL), jotka mahdollistavat olemassa oleviin yhteyksiin liitettyjen lisävarusteiden avulla laajakaistapalvelujen, kuten nopeutetun internetyhteyden, tarjoamisen. Valittajan loppukäyttäjiltä analogisista ja ISDN-yhteyksistä perimiä maksuja (jäljempänä loppukäyttäjiltä perittävät maksut tai hinnat) säännellään enimmäishintajärjestelmällä. Valittaja vahvistaa ADSL-yhteyksien osalta loppukäyttäjiltä perimänsä hinnat vapaasti. Niitä voidaan kuitenkin säännellä jälkepäin.

ei ylitä säädettyä korin enimmäishintaindeksiä. Tällä kaudella valittaja alensi kummankin korin osalta loppukäyttäjiltä perittäviä maksuja. Nämä hinnanalennukset koskivat pääsääntöisesti puhelujen hintoja. Loppukäyttäjiltä analogisista yhteyksistä perittävät hinnat pysyivät sitä vastoin muuttumattomina. 1.1.2002 lähtien on ollut voimassa uusi enimmäishintajärjestelmä, jolla otettiin käyttöön uusia koreja. Valittaja ilmoitti 15.1.2002 RegTP:lle aikomuksestaan korottaa sekä analogisten että ISDN-yhteyksiensä kuukausimaksuja. RegTP hyväksyi tämän korotuksen. Valittaja teki 31.10.2002 uuden hakemuksen loppukäyttäjiltä perittävien maksujen korottamiseksi. RegTP hylkäsi osittain tämän hakemuksen. Enimmäishintajärjestelmällä ADSL-maksuja ei säännellä ennalta, mutta niitä voidaan säännellä jälkikäteen. Saatuaan useita kanteluja kilpailijoilta RegTP aloitti 2.2.2001 jälkikäteistutkinnan selvittääkseen, olivatko valittajan ADSL-hinnat saksalaisten kilpailusääntöjen mukaisia. RegTP totesi 25.1.2002, että kyseessä oleva hinnankorotus ei enää antanut aihetta epäillä alihinnoittelua.

3. Yhteyksistä valittajan verkkoon ja puhelusta loppukäyttäjiltä perittävät hinnat vahvistetaan eri palvelujen yhteisvaikutuksen mukaisesti, jolloin yksittäiset palvelut koetaan palvelukoreihin. Liittovaltion posti- ja televiestintäministeriön (Bundesministerium für Post und Telekommunikation, jäljempänä BMPT) tekemän päätöksen ja sen jälkeisen RegTP:n päätöksen mukaisesti valittajan oli alennettava kummankin korin kokonaishintaa kaudella 1.1.2000–31.12.2001. Tämän sitovista hinnanalennussäännöksistä muodostuvan kokonaisuuden puitteissa valittajalla oli mahdollisuus muuttaa kunkin korin yksittäisten osien hintoja saatuaan siihen RegTP:ltä ennakolta luvan. Maksujen muutokset voidaan hyväksyä, jos korin keskihinta

4. Riidanalaisen päätöksen tärkeimmät osat esitetään valituksenalaisen tuomion 34–46 kohdassa, enkä ryhdy toistamaan kaikkia

näitä seikkoja tässä. Vuonna 1999 komissio sai kanteluja, jotka olivat peräisin viideltätoista valittajan kilpailijalta. Niissä kyseenalaistettiin valittajan tariffikäytäntö. Riidanalaisen päätöksen 102 perustelukappaleessa todetaan, että hintaruuvi on kyseessä silloin, kun valittajalle sen televerkkopalvelujen käyttöoikeuksista maksettavat maksut pakottavat kilpailijan veloittamaan loppukäyttäjiltään suurempia maksuja kuin valittaja veloittaa omilta asiakkailtaan. Vaikka kilpailijoiden toiminta on vähintään yhtä tehokasta kuin valittajan toiminta, ne eivät voi toimia voitollisesti. Riidanalaisen päätöksen 103 perustelukappaleessa todetaan, että tällä tavoin kilpailijoita estetään tarjoamasta pelkkien puheluiden lisäksi tilaajaliittymän kautta toimivia käyttöoikeuspalveluja. Lisäksi kilpailijat pakotetaan tasoittamaan käyttöoikeuspalveluista aiheutuvat tappiot korottamalla vastaavasti palveluista perittyjä maksuja samalla tavalla kuin valittaja itsekin tekee. Saksan puhelutariffit ovat viime vuosina kuitenkin laskeneet huomattavasti, joten kilpailijoilla ei usein ole taloudellisesti kannattavaa mahdollisuutta toteuttaa tällaista hintojen yhdistettyä laskentaa. Hintaruuvia laskiessaan komissio ottaa huomioon ainoastaan tilaajayhteyksmaksut sisällyttämättä laskelmaan puheluiden hintoja. Lopputulos on, että valittajan televerkkopalveluista perimien maksujen ja sen loppukäyttäjiltä perimien maksujen erotukset olivat negatiivisia 1.1.1998–31.12.2001 (ensimmäinen kausi). Erotus oli positiivinen 1.1.2002–21.5.2003 (toinen kausi). Koska tämä positiivinen erotus oli kuitenkin riittämätön kattamaan loppukäyttäjille tarjottavien palvelujen tarjoamisesta valittajalle aiheutuvat tuotekohtaiset kustannukset, hintaruuvien väärinkäyttö jatkui myös vuonna 2002. Komissio myöntää, että valittajan televerkkopalvelumaksut ja loppukäyttäjiltä perityt maksut kuuluvat alakohtaisen sääntelyn piiriin. Valittajalla oli kuitenkin riittävä liikkumavara joko kustannusten ja hinnan välisen epäsuhdan supistamiseen tai sen poistamiseen tariffien uudelleenjärjestelyjen avulla sen mukaan, kummasta kaudesta oli kyse. Komissio totesi,

että ensimmäisellä kaudella kyseessä oli vakava ja toisella kaudella vakavaa vähäisempi rikkominen, ja määräsi 12,6 miljoonan euron suuruisen sakon.

II Valituksenalainen tuomio

5. Ensisijaiseen vaatimukseen – joka oli riidanalaisen päätöksen kumoaminen – liittyvä ensimmäinen kanneperuste koski EY 82 artiklan rikkomista. Kanneperusteen ensimmäisen osan osalta viittaa valituksenalaisen tuomion 70–152 kohtaan. Toistan tässä vain kaikkein olennaisimmat seikat. Ensimmäisen kauden osalta unionin yleinen tuomioistuin katsoi komission todenneen asianmukaisesti, että valittajalla oli liikkumavaraa analogisten ja ISDN-liittymiensä käyttöoikeuspalveluja koskevien hinnankorotushakemusten tekemiseksi, kunhan ne olisivat korien kokonaismäärän rajoissa. Unionin yleinen tuomioistuin ei hyväksynyt perustelua, jonka mukaan RegTP:n osallistumisesta ennakolta tariffien vahvistamiseen seuraisi se, ettei valittajaan

enää sovelleta EY 82 artiklaa. Se huomautti, että RegTP ei tutki hakemusten yhteensovel-
 tuvuutta EY 82 artiklan kanssa. Kansalliset
 sääntelyviranomaiset toimivat (kansallisen)
 televiestintälainsäädännön alaisina, jolla voi
 olla tavoitteita, jotka eroavat yhteisön kil-
 pailupolitiikan tavoitteista. Kansallisen vi-
 ranomaisen tekemä päätös ei voi kuitenkaan
 sitoa komissiota. Toisen kauden osalta va-
 littajan liikkumavara ADSL-maksujen ko-
 rottamiseksi oli omiaan pienentämään hin-
 taruuvia yhtäältä televerkkopalveluhintojen
 ja toisaalta kaikkien analogisten, ISDN- ja
 ADSL-käyttöoikeuspalvelujen hintojen välil-
 lä, koska ne televerkkotasolla vastaavat yhtä
 ainoaa palvelua ja ADSL:ää ei voida tarjota
 tilaajille erikseen.

valittajan erityisen tilanteen valossa – sen
 tariffien ja kustannusten perusteella – eikä
 sen senhetkisten tai potentiaalisten kilpaili-
 joiden tilanteen valossa. Lisäksi komissiolla
 oli oikeus todeta, että ainoastaan käyttöoi-
 keuspalveluilla oli merkitystä, jolloin se saattoi
 sulkea pois puheluiden hinnat. Tällainen me-
 netelmä on yhteensoveltuva tariffirakenteen
 uudistamisperiaatteen ja yhtäläisten mahdol-
 lisuuksien kanssa. Ensimmäisen kanneperus-
 teen neljännen osan osalta – jonka mukaan
 hintaruuvi ei vaikuta markkinoihin – viittaa
 valituksenalaisen tuomion 225–245 kohtaan.
 Huomautan erityisesti, että unionin yleinen
 tuomioistuin totesi 237 kohdassa, että koska
 valittajan ”televerkkopalvelut ovat – vält-
 tämättömiä, jotta sen kilpailija voi kilpailla
 [valittajan] kanssa tilaajien käyttöoikeuspal-
 velujen loppupään markkinoilla, hintaruuvi
 estää [nyt esillä olevan asian olosuhteiden
 kaltaisissa olosuhteissa] lähtökohtaisesti kil-
 pailun kehittymisen loppupään markkinoilla”.
 Kilpailijoiden markkinoiden vapauttamisesta
 lähtien saamat heikot markkinaosuudet ti-
 laajien käyttöoikeuspalvelumarkkinoilla ovat
 merkinä esteistä, joita valittajan hinnoittelu-
 käytäntö on aiheuttanut kilpailun kehitty-
 melle näillä markkinoilla.

6. Komission tutkintamenetelmän lainmu-
 kaisuutta koskevan toisen osan osalta viittaa
 valituksenalaisen tuomion 153–213 kohtaan.
 Unionin yleinen tuomioistuin katsoi lähinnä,
 että koska valittajan käyttäytyminen oli sidok-
 sissa televerkkopalveluhintojen ja loppukäyt-
 täjiltä perittyjen hintojen väliseen kohtuutto-
 maan eroon, komissiolla ei ollut velvollisuutta
 osoittaa, että valittajan loppukäyttäjiltä
 perimät hinnat olisivat olleet sellaisinaan
 kohtuuttomia. Lisäksi laskentamenetelmän
 osalta komissio menetteli asianmukaisesti
 tarkastellessaan valittajan hinnoittelukäy-
 täntöön väärinkäyttöluonnetta yksinomaan

7. Kolmannen kanneperusteen osal-
 ta – joka koskee harkintavallan väärin-
 käyttöä ja suhteellisuusperiaatteen ja

oikeusvarmuusperiaatteen sekä luottamuk-sensuojan periaatteen loukkaamista – viittaaan valituksenalaisen tuomion 257–272 kohtaan. Huomautan erityisesti, että unionin yleinen tuomioistuin katsoi, ettei luottamuksensuo- jan periaatetta ollut loukattu, koska RegTP:n päätöksissä ei ollut yhtään viittausta EY 82 artiklaan ja koska päätöksestä ilmenee implisiit- tisesti mutta välttämättömästi, että valittajan hinnoittelukäytännöllä oli kilpailua rajoittava vaikutus, sillä kilpailijoiden täytyi turvautua ristisubventioon. Lisäksi unionin yleinen tuo- mioistuin hylkäsi väitteen siitä, että komis- sio olisi käyttänyt väärin harkintavaltaansa, muistuttaessaan, että vaikka RegTP olisikin rikkonut yhteisön oikeuden normia ja vaikka komissio olisikin voinut sen vuoksi aloittaa jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättä- mistä koskevan menettelyn Saksaa vastaan, tällaiset seikat eivät voi mitenkään vaikuttaa riidanalaisen päätöksen laillisuuteen, varsin- kin, kun EY 82 artikla koskee ainoastaan ta- loudellisia toimijoita eikä jäsenvaltioita.

ensimmäisen kauden osalta komissio saattoi luokitella rikkomisen vakavaksi. Lisäksi ko- missio otti asianmukaisesti huomioon sen, että RegTP osallistui tariffien vahvistamiseen, alentaessaan sakon perusmäärää 10 prosen- tilla. Komissio saattoi myös perustellusti olla määräämättä symbolista sakkoa. Unionin yleinen tuomioistuin hylkäsi edellä esitetyn perusteella kanteen.

III Muutoksenhaku

8. Toissijaisesti valittaja vaati sille määrä- tyn sakon alentamista. Sen esittämän kol- mannen kanneperusteen osalta viittaaan va- lituksenalaisen tuomion 290–300 kohtaan. Unionin yleinen tuomioistuin katsoi lähinnä, ettei valittaja voinut olla tiedostamatta, että RegTP:n lupapäätöksistä huolimatta sillä oli todellinen liikkumavara loppukäyttäjiltä pe- rimensä hintojen vahvistamiseksi ja niiden korottamiseksi sekä näin ollen hintaruuvien vaikutusten pienentämiseksi. Lisäksi valittaja ei voinut myöskään olla tiedostamatta, että tämä hintaruuvi aiheutti vakavia rajoituk- sia kilpailulle. Neljännen ja kuudennen kan- neperusteen osalta viittaaan valituksenalai- sen tuomion 301–321 kohtaan. Erityisesti

9. Valittaja, Vodafone ja komissio sekä Ver- satel, joka ei esittänyt kirjallisia huomau- tuksia, esittivät yhteisöjen tuomioistuimelle suullisia huomautuksia 25.11.2009 pidetyssä istunnossa.

10. Ensimmäiseksi on otettava käsiteltäväksi Vodafonen väite, jonka mukaan ensimmäi- sen valitusperusteen ensimmäistä, toista ja kolmatta osaa samoin kuin toisen valituspe- rusteen ensimmäistä ja toista osaa ei voida tutkia, koska valittaja vain toistaa ensimmäi- sessä oikeusasteessa jo esitetyt perustelut ja pyrkii saamaan ne uudelleen käsiteltäväksi. Riittää kuitenkin, että todetaan, että vakiintu- neen oikeuskäytännön mukaan on niin, että

”jos valittaja – riitauttaa [unionin yleisen tuomioistuimen] tekemän yhteisön oikeuden tulkinnan tai soveltamisen, ensimmäisessä oikeusasteessa tutkittuja oikeuskysymyksiä voidaan käsitellä uudelleen valituksen yhteydessä. Muutoksenhakumenettelyn tarkoitus jäisi nimittäin osaksi toteutumatta, jollei valittaja voisi tällä tavoin perustaa valitustaan perusteisiin ja perusteluihin, jotka on esitetty jo [unionin yleisessä tuomioistuimessa].”⁴ Katson, että nyt esillä olevassa asiassa valittaja ei pyri ainoastaan unionin yleisessä tuomioistuimessa nostetun kanteen uudelleen tutkimiseen, sillä oikeastaan samoihin perusteisiin vedoten valittaja riitauttaa unionin yleisen tuomioistuimen EY 82 artiklasta tekemän tulkinnan ja sen soveltamisen. Näin olleen valittajan valitusperusteet voidaan tutkia.

12. Ensimmäisen kauden osalta valittaja väittää, että unionin yleinen tuomioistuin teki virheen katsoessaan, että vain jos menettelytavan syynä on yksinomaan kansallinen lainsäädäntö, eikä liikkumavaraa hinnankorotushakemusten tekemiseksi ole, rikkomista ei voida lukea valittajan syyksi. Ensimmäisellä väitteellään valittaja väittää lähinnä, että liikkumavaran olemassaolo on kilpailusääntöjen rikkomista merkitsevän toiminnan syyksi lukemisen välttämätön mutta ei riittävä edellytys. Sitä kautta ei vastata kysymykseen, olisiko valittaja voinut tehdä hinnankorotushakemuksia tai olisiko sen myös kuulunut niitä tehdä. Lisäksi RegTP katsoi toistuvasti, ettei hintaruuvi ollut kilpailua rajoittava.

A Ensimmäinen valitusperuste, joka koskee oikeudellisia virheitä siinä sääntelyssä, jota RegTP harjoittaa toimivaltaisena kansallisenä sääntelyviranomaisena

1. Ensimmäisen valitusperusteen ensimmäinen osa, joka koskee kilpailusääntöjen rikkomista merkitsevän toiminnan syyksi lukemista

11. Komissio ja Vodafone väittävät, että ensimmäisen valitusperusteen tämä osa on jätettävä tutkimatta.

13. Kilpailusääntöjen rikkomista merkitsevän toiminnan syyksi lukemisen osalta unionin yleinen tuomioistuin on soveltanut asianmukaisesti merkityksellistä oikeuskäytäntöä. Vaikka RegTP:n voidaan tietyllä tapaa katsoa kannustaneen valittajaa, koska se ei vastustanut valittajan kilpailua vääristävää menettelytapaa, tämä ei kuitenkaan sinänsä poista valittajalta EY 82 artiklan mukaista vastuuta.⁵ Oikeuskäytännön mukaan ”[EY

⁴ – Asia C-131/03 P, Reynolds Tobacco ym. v. komissio, tuomio 12.9.2006 (Kok., s. I-7795, 49–51 kohta oikeuskäytäntöviittauksiin).

⁵ – Ks. yhdistetyt asiat 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73, Suiker Unie ym. v. komissio, tuomio 16.12.1975 (Kok., s. 1663, 36–73 kohta) ja asia C-198/01, CIF, tuomio 9.9.2003 (Kok., s. I-8055, 56 kohta). Ks. myös asia 123/83, BNIC, tuomio 30.1.1985 (Kok., s. 391, 21–23 kohta).

82 artiklaa] voidaan – soveltaa, jos osoitetaan, että kansallisen lainsäädännön mukaan on mahdollista, että yritykset estävät, rajoittavat tai vääristävät kilpailua itsenäisellä menettelyllään”.⁶ Näin ollen jos valittajalla oli liikkumavaraa, sen olisi pitänyt pyytää kansallista sääntelyviranomaista korottamaan loppukäyttäjiltä perittäviä hintoja vääriin käytösluonteisen menettelyn poistamiseksi. Unionin tuomioistuimen suuri jaosto on hiljattain suuren jaoston kokoonpanossaan vahvistanut selkeästi tämän lähestymistavan asiassa Sot. Lélos kai Sia ym. antamassaan tuomiossa.⁷ Valituksenalaisen tuomion 113 kohdassa tähdennetään kuitenkin perustellusti, että kansalliset sääntelyviranomaiset ovat kaikkien valtion elinten tavoin velvollisia noudattamaan EY:n perustamissopimuksen määräyksiä. Kansallisten sääntelyviranomaisten tekemät päätökset eivät voi kuitenkaan estää komissiota ryhtymästä myöhemmässä vaiheessa toimiin ja vaatimasta EY 82 artiklan noudattamista asetuksen N:o 17 tai nykyään asetuksen N:o 1/2003 nojalla.⁸ Unionin tuomioistuin onkin asiassa Masterfoods vastaan HB antamassaan tuomiossa katsonut, ettei kansallisen tuomioistuimen EY 82 artiklan soveltamisesta tekemä päätös voi sitoa komissiota.⁹ Tämän seikan osalta olen lisäksi sitä mieltä, kuten valituksenalaisen tuomion 265 kohdassa todetaan, ettei voida sulkea pois sitä, että nyt esillä olevassa asiassa myös Saksan viranomaiset ovat rikkoneet yhteisön oikeutta. Se, että ne pidättyivät toimista, ei kuitenkaan toteen näytettynäkään poista sitä liikkumavaraa, joka valittajalla oli hintaruuvien pienentämiseksi. Se, että komissio voi nostaa asianomaista jäsenvaltiota vastaan jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä

koskevan kanteen, täydentää komission edellä mainittuja toimivaltuuksia mutta ei korvaa niitä.

14. Valittaja katsoo myös, että nyt esillä olevassa asiassa kansallisen sääntelyviranomaisen vastuu ylittää säännellyn yrityksen erityisvastuun, joka rajoittuu vain velvollisuuteen toimittaa kaikki tiedot kansalliselle sääntelyviranomaiselle täydellisinä ja oikein, ja rajoittaa tätä vastuuta. Valittaja huomauttaa ensinnäkin, että nyt esillä olevassa asiassa maksuihin sovellettiin sääntelyä, jolla oli tarkoitus luoda kilpailulle avoin televiestintäala.¹⁰ Lisäksi kilpailun vapauttamisdirektiivi 90/388/EY¹¹ perustuu kilpailuoikeuteen, erityisesti EY 86 artiklan 3 kohtaan. Tästä seuraa, että RegTP:n oli noudatettava yhteisön kilpailuoikeutta. TKG:n 27 §:n 3 momentin mukaan nimittäin RegTP:n on taattava maksujen yhteensopeluvuus ”muiden

6 – Ks. yhdistetyt asiat C-359/95 P ja C-379/95 P, komissio ja Ranska v. Ladbroke Racing, tuomio 11.11.1997 (Kok., I-6265, 33 ja 34 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

7 – Yhdistetyt asiat C-468/06–C-478/06, tuomio 16.9.2008 (Kok., s. I-7139, 62 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

8 – 6.2.1962 annettu neuvoston asetus (ETY) N:o 17, [EY 81] ja [EY 82] artiklan ensimmäinen täytäntöönpanoasetus (EYVL 1962, 13, s. 204) ja [EY] 81 ja [EY] 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16.12.2002 annettu neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003 (EYVL 2003, L 1, s. 1).

9 – Asia C-344/98, tuomio 14.12.2000 (Kok., s. I-11369, 48 kohta).

10 – Tilaaajayhteyksien eriytetystä tarjoamisesta 18.12.2000 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EY) N:o 2887/2000 (EYVL L 336, s. 4).

11 – Kilpailusta telepalvelumarkkinoilla 28.6.1990 annettu komission direktiivi 90/388/ETY (EYVL L 192, s. 10).

oikeusnormien kanssa” eli muun muassa EY 82 artiklan kanssa. Lisäksi EY 10 artiklasta seuraa, että RegTP:n on jäsenvaltion elimenä pidättäydyttävä kaikista toimenpiteistä, jotka voivat vaarantaa perustamissopimuksen tavoitteiden saavuttamisen.

15. Väitetyn vastuun siirtymisen osalta on muistettava, että kilpailuoikeuden kannalta olennaista on yrityksen objektiivinen käyttäytyminen.¹² Tavallisesti yritys on vastuussa käyttäytymisestään. Tämän vuoksi unionin yleinen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 85 ja 86 kohdassa katsonut asianmukaisesti, että oikeuskäytännössä on vahvistettu, että tähän periaatteeseen voidaan tehdä poikkeukset vain tiukoin edellytyksin. Joka tapauksessa sillä, että yritys toimi vilpittömässä mielessä, ei pitäisi tässä asiassa olla merkitystä. Nimittäin kuten aluksi totesin, pelkästään se seikka, että jäsenvaltio on saattanut kannustaa kilpailunvastaiseen käyttäytymiseen, ei muuta sitä, että rikkomisen luetaan siitä huolimatta yrityksen syyksi. Lisäksi vaikka valittaja on sinänsä oikeassa väittäessään, että valituksenalaisen tuomion 86–89 kohdassa mainitun oikeuskäytännön mukaan kyseessä olevilla kansallisilla säännöksillä oli tarkoitus rajoittaa tai estää kilpailua ja nykyisellä sääntelykehyksellä on pikemminkin tarkoitus avata televiestintäala kilpailulle direktiivin 90/388 ja asetuksen

N:o 2887/2000 mukaisesti, on silti todettava, että kyseessä olevalla sääntelykehyksellä täydennetään perustamissopimuksen kilpailua koskevia määräyksiä ja että sillä pitäisi taata kilpailuolosuhteet varmemmin kuin ne olisi mahdollista taata pelkästään EY 81 ja EY 82 artiklan nojalla.¹³ Tältä osin komissio on oikein tähdentänyt, että yhteisön lainsäätäjä on ilmaissut selkeästi tahtonsa suojella erityisesti kilpailua kyseisillä markkinoilla toteuttamalla lisätoimenpiteitä. Tästä seuraa, että EY 81 ja EY 82 artiklaa on pidettävä vähimmäisedellytyksinä. Erityisesti valittajan edellä esitetyn ensimmäisen väitteen ja kauden 1.1.1998–31.12.2001 osalta riittää, että todetaan, että riidanalaisen päätöksen 1 artiklan mukaan rikkomisen ei johdu valittajan tapauksessa siitä, ettei se esittänyt RegTP:lle hakemuksia, vaan pikemminkin EY 82 artiklan kanssa yhteensoyveltumattomasta hintapolitiikasta. Nämä hakemukset olivat välttämätön toimenpide, mutta ne olivat vain muodollinen toimenpide olemassa olevan liikkumavaran käyttämiseksi. Tältä osin unionin yleinen tuomioistuin vahvisti perustellusti valituksenalaisen tuomion 125–131 kohdassa komission lähestymistavan asiaan.

16. Toiseksi valittaja väittää, ettei Bundesgerichtshof (liittovaltion tuomioistuin, Saksa)

12 – Ks. asia 85/76, Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomio 13.2.1979 (Kok., s. 461, Kok. Ep. IV, s. 341, 91 kohta). Ks. myös asia 6/72, Europemballage ja Continental Can v. komissio, tuomio 21.2.1973 (Kok., s. 215, Kok. Ep. II, s. 89, 29 kohta).

13 – Asetuksen N:o 2887/2000 osalta tältä osin ks. asia C-55/06, Arcor, tuomio 24.4.2008 (Kok., s. I-2931, 59–64 kohta).

10.2.2004 antamassaan tuomiossa ottanut huomioon sitä, että valittajan vastuu maksujensa muutoshakemusten esittämisestä tarkoittaa, että valittajan on korvattava EY 82 artiklan nojalla tekemänsä arviointi kansallisen sääntelyviranomaisen tekemällä arvioinnilla. Sen sijaan kyseinen tuomioistuin vahvisti sen, että vastuu markkinarakenteen säilyttämisestä kuuluu kansalliselle sääntelyviranomaiselle.

17. On kuitenkin riittävää todeta, kuten komissio on unionin yleisen tuomioistuimen edellä mainitusta tuomiosta tekemän tulkinnan osalta asianmukaisesti todennut, että valittaja ei väittänyt, että todistusaineisto oli otettu huomioon vääristyneellä tavalla, ja että joka tapauksessa Bundesgerichtshof on todennut, että kyseessä voi olla väärinkäyttö, vaikka RegTP tutkii maksut ennakolta.

18. Kolmanneksi valittaja väittää valituksenalaisen tuomion 120 kohdan osalta, että asiassa Masterfoods vastaan HB annettua tuomiota ei voida soveltaa nyt esillä olevaan asiaan. Ensinnäkin nyt esillä olevassa asiassa kyse on vain kilpailusääntöjen rikkomista merkitsevän toiminnan syyksi lukemisesta eikä siitä, sitooko RegTP:n asiasta tekemä arviointi komissiota. Toiseksi kansallisella

sääntelyviranomaisella on itsenäinen tehtävä televiestintäalan kilpailujärjestelmässä.

19. Olen jälleen sitä mieltä, etteivät valittajan esittämät väitteet edistä sen asiaa. Kuten edellä on todettu, kansallisen elimen päätös ei välttämättä sido komissiota, ja tämän elimen antama lupa ei voi estää komissiota toteamasta EY 82 artiklan vastaista väärinkäyttöä pelkästään sillä perusteella, että väitetään, että tekoa ei voida lukea jonkun syyksi. Komissio on nimittäin toimivaltainen suoraan perustamissopimuksen sekä asetuksen N:o 17 ja nykyään asetuksen N:o 1/2003 perusteella. Kuten myös edellä mainitsin, kyseessä olevalla sääntelykehyksellä täydennetään kilpailuoikeudellisia määräyksiä, ja näiden kahdenlaisten sääntöjen on katsottava täydentävän toisiaan.¹⁴ Lisäksi, kuten komissio on oikein todennut, primaarioikeudessa

14 – Ks. kilpailusääntöjen soveltamisesta telealan liittymäsopeuksiin – puitteet, asian kannalta merkitykselliset markkinat ja periaatteet – 22.8.1998 annetun komission tiedonannon (jäljempänä liittymäsopeuksia koskeva tiedonanto) (EYVL C 265, s. 2) 22 kohta: "[Tele]alalla toimivien yritysten on syytä muistaa, että [EY:n] kilpailusääntöjen noudattaminen ei vapauta niitä velvoitteesta noudattaa ONP:hen liittyviä velvoitteita ja päinvastoin." (Kursivointi tässä.) Ks. myös 60 kohta: "[EY 82 artiklaa] sovelletaan tavanomaiseen tapaan – – käytäntöihin, jotka kansallinen sääntelyviranomainen on hyväksynyt tai joihin se on antanut luvan." Ks. yleisellä tasolla de Stree, A., *On the edge of antitrust: the relationship between competition law and sector regulation in European electronic communications*, EUI, Firenze, lokakuu 2006; Larouche, P., *Contrasting legal solutions and the comparability of EU and US experiences*, TILEC Discussion Paper (keskusteluasiakirja), marraskuu 2006; Monti, G., "Managing the intersection of utilities regulation and EC competition law", *Competition Law Review*, nide 4, 2, heinäkuu 2008 ja Klotz, R. teoksessa Koenig, Ch., Bartosch, A., Braun, J.-D. ja Romes, M. (toim.), *EC competition and telecommunications law*, 2. painos, Wolters Kluwer, 2009, s. 108 ja sitä seuraavat sivut.

EY 83 artiklalla ja EY 85 artiklalla vahvistettua toimivaltajakoa ei voida EY 82 artiklan soveltamisen osalta kyseenalaistaa EY 86 artiklan 3 kohtaan perustuvalla direktiivillä. Tämän lisäksi komissio on markkina-analyysiä ja huomattavan markkinavoiman arvioimista varten antamissaan ohjeissa¹⁵ sittemmin todennut selvästi – mikä koski olennaisilta osin itse asiassa jo edellistä oikeudellista kehystä (ks. edellä alaviitteessä 14 mainittu liittymäsopimuksia koskeva tiedonanto) –, että käytännössä samanaikaisesti voi olla meneillään rinnakkaisia ennakkosääntelyyn ja kilpailuoikeuteen perustuvia menettelyjä ja että kilpailuviranomaiset voivat laatia omia markkina-analyysyjään ja määrätä toimenpiteitä kansallisten sääntelyviranomaisten soveltamien alakohtaisten toimien rinnalla.

20. Neljänneksi valittaja on sitä mieltä, että oikeusvarmuuden periaate edellyttää, että sääntelyn kohteena olevan määräävässä asemassa olevan yrityksen on voitava luottaa kyseisen sääntelyn asianmukaisuuteen. Jos kansallisen sääntelyviranomaisen toimet eivät ole yhteensopivia EY 82 artiklan kanssa, komission olisi ryhdyttävä toimiin jäsenvaltiota

vastaan eikä määräävässä asemassa olevaa yritystä vastaan.

21. Mielestäni unionin yleinen tuomioistuin katsoi asianmukaisesti, että vaikka RegTP oli kaikkien valtiollisten elinten tavoin velvollinen noudattamaan EY:n perustamissopimuksen määräyksiä, se oli tosiseikkojen tapahtuma-aikaan televiestintäalan alakohdaisesta sääntelystä vastuussa oleva Saksan viranomainen eikä kyseessä olevan jäsenvaltion kilpailuviranomainen. Pidän tältä osin varsin osuvana komission perusteluissaan esittämää kahden rajoituksen analogiaa. Sääntely on yksi rajoitus; sitä noudatetaan, jos valittaja täyttää sääntelyn puitteissa annetut säännökset, ja tältä osin päätösvalta on RegTP:llä. EY 82 artikla on toinen rajoitus, ja – siitä riippumatta, että RegTP:n on noudatettava EY:n perustamissopimuksen määräyksiä – toimivaltaisen kilpailuviranomaisen, joka on tässä tapauksessa komissio, kuuluu tarvittaessa päättää, onko tätä jälkimmäistä rajoitusta noudatettu vai ei. Lisäksi valittaja ei voinut olla tietämätön siitä, että televiestintäsääntelyn ja EY 82 artiklan soveltaminen ovat erillisiä välineitä, vaikka niillä kummallakin pyritään viime kädessä edistämään kilpailua. Valittaja on ymmärtänyt näiden kahden välineen erottamisen väärin vedotessaan liittymäsopimuksia koskevan komission tiedonannon 61 kohtaan ja väittäessään, että jos komissio katsoo, että kansallisen sääntelyviranomaisen toteuttamat toimenpiteet eivät ole EY 82 artiklan mukaisia, sen olisi nostettava jäsenyysveloitteiden noudattamatta jättämistä koskeva kanne jäsenvaltiota vastaan. Komissio voi kyllä tällä tavoin pyrkiä korjaamaan jäsenvaltioiden sääntelyn puitteissa

15 – Komission ohjeet markkina-analyysiä ja huomattavan markkinavoiman arvioimista varten sähköisen viestinnän verkkoja ja palveluja koskevassa yhteisön sääntelyjärjestelmässä (EYVL 2002, C 165, s. 6), s. 6–31 ja erityisesti 31 kohta.

tekemät virheet, toisin sanoen puuttua sääntelykehysten riittämättömyyden soveltamiseen. Nyt esillä olevassa asiassa ei ole tarkoituksena kuitenkaan selvittää, onko RegTP todellakin tehnyt tällaisen virheen vai ei. Kuten komissio on perustellusti todennut, EY 82 artiklan soveltamisen valvonta ei siirry komissiolta kansalliselle sääntelyviranomaiselle.

asianmukaisuutta, jonka mukaan hintaruuvia ei ollut. Kuten nimittäin valituksenalaisen tuomion 116 kohdassa todetaan, RegTP ei soveltanut tätä käsitettä pelkästään puhelumaksumiin vaan sovelsi sitä myös loppukäyttäjille tarjottavien erityyppisten käyttöoikeuspalvelujen ryhmittelyyn eli menettelyyn, jonka unionin yleisen tuomioistuimen täytyi katsoa tarkoittavan ristisubventiota.

22. Valittajan toisen väitteen mukaisesti valituksenalaisen tuomion 111–119 kohdassa esitetyt näkökohdat – jotka koskevat RegTP:n hintaruuvitutkimuksia – ovat merkityksellisiä tai niissä on oikeudellisia virheitä. RegTP on koko ajan kieltänyt kilpailua rajoittavan hintaruuvien olemassaolon. Valittaja väittää ensinnäkin, että syyksi lukemisen kannalta ei ole merkityksellistä, että unionin yleinen tuomioistuin ei ole samaa mieltä RegTP:n kanssa. Tämä ajattelutapa johtaa lainvastaiseen kehäpäätelmään: koska unionin yleinen tuomioistuin tuli eri tulokseen kuin RegTP oli aiemmin tullut, valittajalla ei ollut oikeutta vedota RegTP:n tutkinnan tulokseen. Tuohon aikaan ei ollut olemassa tätä asiaa koskevaa yhteisön oikeuskäytäntöä tai komission päätöskäytäntöä. Lisäksi ristisubvention käsite, jota RegTP käyttää 29.4.2003 tekemässään päätöksessä, ei antanut valittajalle perustetta epäillä RegTP:n sen toteamuksen

23. Komissio on mielestäni perustellusti huomauttanut, että unionin yleisen tuomioistuimen toteamus siitä, ettei RegTP tarkastellut EY 82 artiklaa, on tosiseikkaa koskeva toteamus, jota ei voida kyseenalaistaa tässä muutoksenhaussa. Olen joka tapauksessa samaa mieltä siitä, mitä unionin yleinen tuomioistuin toteaa valituksenalaisen tuomion 114–268 kohdassa, eli on merkityksellistä, ettei yhteenkään valittajan mainitsemaan RegTP:n päätökseen sisälly viittausta EY 82 artiklaan. Näin ollen on selvää, että RegTP sovelsi kansallista oikeutta eikä yhteisön kilpailuoikeutta. Kuten komissio on huomauttanut, RegTP:n hintaruuvista esittämät toteamukset eivät koskeneet alaa, jolla valittajalla oli todistetusti liikkumavaraa, eli tilaajilta perittävien käyttöoikeushintojen muuttamista. Unionin yleinen tuomioistuin totesi mielestäni oikein, että RegTP ei tarkastellut kyseessä olevien

maksujen yhteensoveltuvuutta EY 82 artiklan kanssa tai että se – ainakin – sovelsi tätä artiklaa virheellisesti. Tästä seuraa, että unionin yleinen tuomioistuin katsoi perustellusti, ettei RegTP tarkastellut EY 82 artiklaa. Toiseksi valittajan ei pitäisi moittia unionin yleistä tuomioistuinta kehäpäätelmästä. Valittaja olisi voinut päätellä RegTP:n päätöksen perusteella, ettei tämän toiminta korvannut tai tehnyt tarpeettomaksi komission EY 82 artiklan osalta tekemää arviointia. RegTP:n tutkimus ja komission tutkimus eivät poikkea toisistaan pelkän tuloksensa perusteella; on merkille pantavaa, että niissä on käytetty myös eri arviointiperustetta. Ristisubvention käsitteen osalta katson, ettei unionin yleinen tuomioistuin antanut sille suhteetonta painoarvoa. Itse asiassa sekä RegTP että valituksenalaisen tuomion 116 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin olivat selvästi sitä mieltä, että kyseessä oli ”käyttöoikeusmaksujen ja puhelumaksujen väli[nen] ristisubventio” eikä erityyppisten käyttöoikeuspalvelujen kokoaminen yhteen.

24. Toiseksi valittaja katsoo, että myös unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 111–114 kohdassa noudattama päättely – jonka mukaan RegTP:n ei tarvinnut tutkia maksujen yhteensoveltuvuutta EY 82 artiklan kanssa – on oikeudellisesti virheellinen niistä samoista valittajan esittämistä syistä, joita on käsitelty edellä 14 kohdassa. Tällä kysymyksellä tai sillä, viittasiko RegTP nimenomaisesti EY 82 artiklaan, ei

ole juurikaan merkitystä. Merkitystä on sillä seikalla, että RegTP toimi sääntelykehikössä, jolla pyritään alan avaamiseen kilpailulle ja yhteisön kilpailuoikeuden soveltamiseen siihen, ja sillä, että RegTP tutki kilpailua rajoittavan hintaruuvien olemassaolon ja totesi, ettei sitä ollut.

25. Edellä esitetty väite on virheellinen. Tältä osin on riittävää huomauttaa, että RegTP sovelsi televiestintälainsäädäntöä mutta ei kilpailuoikeutta. Unionin yleinen tuomioistuin katsoi perustellusti valituksenalaisen tuomion 113 kohdassa, että kansalliset sääntelyviranomaiset toimivat sellaisen kansallisen lainsäädännön alaisina, jolla voi olla tavoitteita, jotka televiestintäpolitiikkaan kuuluvina eroavat yhteisön kilpailupolitiikan tavoitteista (ks. liittymäsopimuksia koskeva tiedonanto, 13 kohta).

26. Valittaja väittää kolmannella väitteellään, että toisin kuin valituksenalaisen tuomion 109 ja 110 kohdassa todetaan, sillä, että sen loppukäyttäjiltä analogisista liittymistä perimät maksut perustuivat liittovaltion viestintäministeriön myöntämään lupaan, ei ole merkitystä syyksi lukemisen kannalta. Merkitystä on vain sillä, että RegTP tutki käytetyksi

väitetyn kilpailua rajoittavan hintaruuvin ja totesi, ettei sille ollut perusteita.

kilpailijoita ei voida liittää kaksien markkinoiden välisen ristisubvention mahdollisuuteen.

27. Kuten valituksenalaisen tuomion 109 ja 110 kohdasta ilmenee, valittaja ei kuitenkaan väitä, että liittovaltion viestintäministeriö olisi tutkinut näiden maksujen yhteensoveltuvuuden EY 82 artiklan kanssa. Itse asiassa, kuten komissio on tähdentänyt, analogisista liittymistä perittyjen maksujen ja televerkkopalvelumaksujen välistä eroa ei ollut vielä tuolloin mahdollista tutkia, koska televerkkopalvelumaksut hyväksyttiin vasta myöhemmin, väliaikaisesti maaliskuussa 1998 ja lopullisesti helmikuussa 1999.

28. Toisen kauden osalta valittaja pitää virheellisenä oletusta, että oli olemassa sen syyksi luettava kohtuuton hintaruuvi. Ensimmäisellä väitteellään valittaja katsoo, että valituksenalainen tuomio on virheellinen, koska edellisen kauden tavoin hintaruuvi ei ole RegTP:n päätösten vuoksi sen syyksi luettava. Toisella väitteellään valittaja väittää, että valituksenalaisen tuomioon sisältyy ristiriita rikkomisen syyksi lukemisen arvioinnin ja hintaruuvilaskelmien välillä. Jälkimmäinen nimittäin edellyttää ristisubventiota kaksien markkinoiden välillä, mutta hintaruuvia laskettaessa ei otettu huomioon kilpailijoiden puhelupalveluista saamia tuloja, koska

29. Mielestäni unionin yleinen tuomioistuin ei ole toiminut ristiriitaisesti. Laajakaista- ja kapeakaistamarkkinoiden välinen erottelu pätee nimittäin vain loppukäyttäjämarkkinoihin. Toisaalta televerkkopalvelumarkkinoiden osalta kiinteän telealueverkon tilaajayhteyksille on olemassa vain yhdet markkinat. On merkille pantavaa, ettei valittaja ole arvostellut valituksenalaisen tuomion 148–150 kohtaa, ja katson, että näihin kohtiin sisältyvät unionin yleisen tuomioistuimen toteamukset ovat asianmukaisia. Tältä osin on nimittäin merkityksellistä, että valittaja ei kiistänyt ensimmäisessä oikeusasteessa merkityksellisten markkinoiden määritelmää. Kuten valituksenalaisen tuomion 139 kohdasta ilmenee, valittaja ei ollut kiistänyt sitä, että ennen vuotta 2002 sillä oli riittävästi liikkumavaraa hintaruuvin lopettamiseksi. Jos valittaja olisi käyttänyt tätä liikkumavaraa, hintaruuvia ei olisi ollut myöskään kaudella 2002–2003. Nimittäin sen jälkeen, kun vuodesta 2002 alettiin soveltaa uutta sääntelyä, jolla loppukäyttäjiltä perittäviin maksuihin voitiin tehdä lisäkorotus, jolloin hintaruuvi saattoi pienentyä (ks. valituksenalaisen tuomion 141 ja 142 kohta), hintaruuvia, joka olisi päättynyt jo vuonna 2001, ei olisi missään tapauksessa pitänyt palauttaa vuoden 2002 sääntelyllä. Olen komission kanssa samaa mieltä siitä, että ensimmäisen kauden aikaisella väärinkäytöllään valittaja pohjusti toisen kauden aikaista väärinkäyttöään. Valituksenalaisen tuomion 135 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin esittää tämän toteamuksen vuoteen

2002 ulottuvan kauden osalta, ja toisen kauden osalta unionin yleisen tuomionistumien toteamus noudattaa tätä samaa logiikkaa.

30. Kolmannella väitteellään valittaja väittää, että on tehty oikeudellinen virhe, koska hintaruuvien pienentämistä on pidetty mahdollisena. Valituksenalaisen tuomion 149 kohtaan sisältyvä toteamus on asianmukainen mutta vailla merkitystä. Oletamus, jonka mukaan ”ADSL-maksujen rajoitettu korottaminen olisi johtanut keskimääräistä korkeampaan loppukäyttäjätariffiin yhdistettyjen kapeakaistaja laajakaistakäyttöoikeuspalvelujen osalta”, on kuitenkin oikeudellisesti virheellinen, koska tosiseikat eivät tue sitä. Kysymystä siitä, olisivatko kapeakaistaliittymän tilaajat laajakaistaliittymän hinnankorotusten vuoksi jättäneet siirtymättä laajakaistaliittymään, ja jos olisivat, niin missä määrin, ei tarkasteltu. Se, että laajakaistaliittymän hintoja olisi korotettu, olisi johtanut liikevaihdon pienenemiseen.

31. Kuten olen edellä todennut, valittaja ei ole tältä osin kiistänyt markkinoiden erottamista. Kuten valittaja on myöntänyt valituksessaan, laajakaistamarkkinat kasvoivat huomattavasti kyseisenä ajanjaksona (ks. riidanalaisen päätöksen 27 perustelukappale), eikä valittaja ole tältä osin vedonnut siihen, että todisteita olisi otettu huomioon vääristyneellä tavalla. Kuten komissio on huomauttanut, analogisten yhteyksien ja ISDN-yhteyksien alalla vallinneella hintaruuvilla valittaja varmistui, että sillä oli asiakkaita myös ADSL-yhteyksien alalla. Tästä seuraa, että ADSL-maksujen korottaminen olisi joka tapauksessa johtanut

kilpailun lisääntymiseen ja hintaruuvien pienentymiseen. Olen lisäksi komission kanssa samaa mieltä siitä, ettei valittaja ole kiistänyt toteamusta (ks. riidanalaisen päätöksen 77 perustelukappale ja sitä seuraavat kappaleet), jonka mukaan suurin osa loppukäyttäjistä, joilla on liiketoiminnallisista syistä laajakaistaliittymä, ei vaihda hinnankorotuksen vuoksi laajakaistaliittymää kapeakaistaiseen liittymään. Vaikka korkeammat hinnat (hintajousto) olisivat näin ollen rajoittaneet uusien asiakkaiden määrän kasvua, hintaruuvi olisi pienentynyt. Tämän takia katson, ettei unionin yleinen tuomioistuin tehnyt oikeudellista virhettä vahvistaessaan komission toteamuksen, jonka mukaan hintaruuvia olisi voitu pienentää ADSL-maksujen korottamisella. Edellä esitetystä seuraa, että valittajan ensimmäisen valitusperusteen ensimmäinen osa on perusteeton.

2. Ensimmäisen valitusperusteen toinen osa, joka koskee luottamuksensuojan periaatetta

32. Komissio ja Vodafone vaativat, että ensimmäisen valitusperusteen tämä osa olisi jätettävä tutkimatta.

33. Valittaja väittää, että unionin yleinen tuomioistuin sovelsi luottamuksensuojan periaatetta virheellisesti. RegTP oli herättänyt päätöksillään valittajassa perustellun luottamuksen maksujensa lainmukaisuudesta. Tältä osin sillä seikalla, sisältyikö näihin päätöksiin viittaus EY 82 artiklaan, ei ole merkitystä edellä 24 kohdassa esitetyistä syistä. Toisen väitteen mukaan ja toisin kuin unionin yleinen tuomioistuin katsoi valituksenalaisen tuomion 267 ja 268 kohdassa, RegTP:n toteamuksesta, joka koski mahdollisuutta ristisubventioon puhelumaksujen avulla, tai ilmauksen ”ristisubventio” käyttämisestä ei voida johtaa sitä, että valittajan hinnoittelukäytännöllä oli kilpailua rajoittava vaikutus. Tuolloin ei ollut olemassa tätä asiaa koskevaa komission päätöstä tai yhteisön tuomioistuinten tuomiota. Näin ollen valittajalla oli oikeus luottaa RegTP:n päätöksiin.

olettamuksen, että RegTP:n arvioinnin pitäisi sitoa komissiota, mikä ei pidä paikkaansa, kuten olemme edellä todenneet. RegTP:n päätösten olisi pitänyt itse asiassa herättää epäilyksiä siitä, että valittajan maksujen rakenteeseen saattoi liittyä ongelmia – erityisesti kun otetaan huomioon valituksenalaisen tuomion 188–191 kohdassa mainittu aikaisempi oikeuskäytäntö (ja komission päätöskäytäntö), josta ilmenee, että määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoittelukäytännön väärinkäyttöluonne määritetään ottamalla huomioon sen oma tilanne. Kuten lisäksi Vodafone on asianmukaisesti huomauttanut, valittaja oli tietoinen siitä, että vuosina 1998 ja 1999 viisitoista valittajan kilpailijaa esittivät komissiolle kanteluja valittajan maksujen rakenteesta ja komissio alkoi tutkia näitä seikkoja EY 82 artiklan nojalla.

34. Ensimmäisen valitusperusteen ensimmäisen osan yhteydessä esitetyistä näkökohdista seuraa kuitenkin, että koska RegTP:n toteamukset eivät rajoita komission arviointia, ne eivät voi herättää valittajassa perusteltua luottamusta siitä, että komissio olisi samaa mieltä RegTP:n kanssa. Tämä riittää sinänsä sulkemaan pois luottamuksensuojan periaatteen loukkaamisen, ja väitteet, jotka valittaja esittää valituksenalaisen tuomion 267–269 kohtaa vastaan, eivät voi menestyä. Olen joka tapauksessa komission kanssa samaa mieltä siitä, että arvostellessaan valituksenalaisen tuomion 267 ja 268 kohtaa valittaja esittää implisiittisesti myös sellaisen

35. Kolmannella väitteellään valittaja väittää, että sillä, että unionin yleinen tuomioistuin viittaa Bundesgerichtshofin 10.2.2004 antamaan tuomioon, ei ole merkitystä. Tämä tuomio annettiin kyseessä olevan kauden jälkeen, eikä sillä ole ratkaisevaa merkitystä sen kannalta, oliko valittajalla oikeus luottaa RegTP:n kyseessä olevalla kaudella tekemien päätösten asianmukaisuuteen. Oberlandesgericht Düsseldorfin (Düsseldorfin korkeampi alueellinen tuomioistuin) 16.1.2002 antamasta tuomiosta valittaja olisi pikemminkin voinut päätellä, että se saattoi perustellusti

luottaa RegTP:n päätöksiin ja että EY 82 artiklan mukainen väärinkäyttö oli pois suljettu.

ensimmäisen valitusperusteen toinen osa on hylättävä.

36. Toisin kuin valittaja antaa väitteillään ymmärtää, valituksenalaista tuomiota tulkitsemalla voidaan havaita, että unionin yleinen tuomioistuin ei pitänyt Bundesgerichtshofin tuomiota perustellun luottamuksen perustana, vaan pyrki vain ilmoittamaan, että Bundesgerichtshof oli päättänyt samaan lopputulokseen kuin unionin yleinen tuomioistuin. Oberlandesgericht Düsseldorfin antaman tuomion osalta olen samaa mieltä Vodafonen kanssa siitä, että tuomio annettiin joka tapauksessa useita vuosia kyseessä olevan kauden alkamisen jälkeen. Tämän takia se voisi olla merkityksellinen korkeintaan 16.1.2002 alkaneen kauden osalta. Voidaan nimittäin väittää, kuten Vodafone on huomauttanut, että valittajalla ei tosiasiaassa ollut sellaista luottamuksensuojaa, joka olisi edellyttänyt suojelua.¹⁶ Ensimmäisen valitusperusteen ensimmäisen osan yhteydessä esitetyistä näkökohdista seuraa, että valittajan olisi pitänyt määräävässä markkina-asemassa olevana yrityksenä tarkistaa oma-aloitteisesti, oliko sen käyttäytyminen sopusoinnussa EY 82 artiklan kanssa. On myös merkityksellistä, että tuolloin vielä voimassa olleen asetuksen N:o 17 nojalla sen oli itse asiassa mahdollista saada komissiolta puuttumattomuustodistus maksujensa rakennetta varten. Kaikista edellä esitetyistä näkökohdista seuraa, että

3. Ensimmäisen valitusperusteen kolmas osa, joka koskee sitä, oliko rikkominen tahallista vai tuottamuksellista

37. Komissio ja Vodafone väittävät, että ensimmäisen valitusperusteen tämä osa on jätettävä tutkimatta.

38. Valittajan ensimmäisen väitteen mukaan valituksenalaisen tuomion 284–289 kohta ei täytä EY 253 artiklan vaatimuksia, sillä tuomioissa katsotaan virheellisesti, että riidanalainen päätös on riittävästi perusteltu tahallisuuden tai tuottamuksen osalta. Ei ole oikeudellisesta näkökulmasta riittävää, että komissio on riidanalaisen päätöksen toisessa viittauskappaleessa viitannut asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohtaan sakon määräämisen oikeudellisena perustana. Viittauskappale ei ole osa päätöksen perusteluja, eikä siinä missään tapauksessa esitetä syitä, joiden vuoksi komissio katsoi, että rikkominen oli tahallista tai tuottamuksellista. Toiseksi komission tosiseikoista esittämä arviointi, johon valituksenalaisen tuomion 287 kohdassa

16 – Ks. asia C-24/95, Alcan Deutschland, tuomio 20.3.1997 (Kok., s. I-1591, 25 ja 31 kohta).

viitataan, ei riitä perusteeksi väitteelle, jonka mukaan EY 82 artiklan rikkominen oli tahallista tai tuottamuksellista. Näillä arvioinneilla ei ole yhteyttä kysymykseen, joka koskee subjektiivista toiminnan syyksi lukemista, sellaisena kuin se on vahvistettuna oikeuskäytännössä.

39. Ensinnäkin oikeuskäytännön mukaan yritys on tietoinen käyttäytymisensä kilpailua rajoittavasta luonteesta, kun se "tun[tee] tosiseikat, joita käytet[ään] sekä määräävän markkina-aseman toteamisessa että – [siinä, että komissio toteaa arvioinnissaan tätä asemaa käytetyn väärin]".¹⁷ Näin ollen riittää, kun todetaan, että koska tietoisuus kilpailusääntöjen rikkomisesta ei ole ratkaiseva asia, kyse voi olla tahallisuudesta, vaikka yritys ei

olisikaan tietoinen komission näistä säännöistä tekemästä tulkinnasta. Valittajan alakohtaista sääntelyä koskevalla väitteellä voi olla tältä osin merkitystä korkeintaan sen kannalta, tiesikö valittaja, että sen toiminta oli lainvastaista. Tällä ei ole kuitenkaan vaikutusta sen käyttäytymisen tahallisuuteen. Kuten komissio on todennut myös asianmukaisesti, näissä olosuhteissa ensimmäisen valitusperusteen tämä osa menettää tehokkuutensa, koska valittaja täytti ilmiselvästi asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohdassa säädetyt subjektiiviset edellytykset, mitä seikkaa valittaja ei ole kiistänyt. Komissio on myöntänyt, että riidanalaiseen päätökseen ei sisälly täsmällisiä selvityksiä siltä osin, onko rikkomiseen syyllistytty tahallaan tai ainakin tuottamuksesta. Olen kuitenkin samaa mieltä siitä, että koska perusteluvollisuus riippuu kunkin asian erityisistä olosuhteista, unionin yleisellä tuomioistuimella oli oikeus päätellä, että EY 253 artiklan vaatimukset täytyivät nyt esillä olevassa asiassa. Tältä osin voidaan tähdentää, että ne merkitykselliset kriteerit, jotka liittyvät tahallisuuden ja tuottamuksellisuuden käsitteisiin, ovat kiistattomia, sillä ne ovat osa vakiintunutta oikeuskäytäntöä.¹⁸ Kuten valituksenalaisen tuomion 286 kohdassa perustellusti todetaan, riidanalaisessa päätöksessä viitataan asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohtaan, ja tämä olisi tulkittava siten, että komission mukaan rikkomiseen on syyllistytty tahallaan tai ainakin vähintään tuottamuksesta. Lisäksi, kuten unionin yleinen tuomioistuin on perustellusti todennut valituksenalaisen tuomion 287 kohdassa, komissio on kuvannut riidanalaisessa päätöksessä yksityiskohtaisesti rikkomisen olosuhteet tai ainakin syyt, joiden vuoksi komissio piti valittajan hinnoittelukäytäntöjä väärinkäyttönä, ja syyt, joiden vuoksi valittajaa oli pidettävä sovelletusta sääntelystä huolimatta vastuussa toiminnasta. Näin ollen on hylättävä väite, jonka mukaan unionin yleinen tuomioistuin

17 – Ks. asia 322/81, NBIM v. komissio, tuomio 9.11.1983 (Kok., s. 3461, Kok. Ep. VII, s. 339, 107 kohta, ns. Michelin I -tapaus) ja yhdistetyt asiat 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 ja 110/82, IAZ International Belgium ym. v. komissio, tuomio 8.11.1983 (Kok., s. 3369, 45 kohta). Ks. myös yhdistetyt asiat T-259/02–T-264/02 ja T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich ym. v. komissio, tuomio 14.12.2006 (Kok., s. II-5169, 206 kohta).

18 – Ks. asia 19/77, Miller, tuomio 1.2.1978 (Kok., s. 131, 18 kohta).

olisi päätelty perusteettomasti, että riidanalainen päätös on riittävästi perusteltu.

tehdä asianmukaiset johtopäätökset komission yleisestä käyttäytymisestä nyt esillä olevassa asiassa.

40. Valittajan esittämän toisen väitteen mukaan valituksenalaisen tuomion 295–300 kohtaan sisältyvä arviointi on virheellinen perustelujen puutteellisuuden vuoksi. Lisäksi tämä päättely perustuu asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan virheelliseen soveltamiseen. Asiaa ei ilmene mahdollisesta EY 82 artiklan rikkomisesta seuraavaa subjektiivista syyksi lukemista. RegTP:n päätökset ja yhteisön aiemman ennakkotapauksen puuttuminen huomioon ottaen valittaja ei ollut tietoinen käyttäytymisensä kilpailua rajoittavaksi väitetystä luonteesta. Valituksenalaisen tuomion 267–269 kohtaan sisältyvät RegTP:n päätöksiä koskevat toteamukset, joihin viitataan kyseinen tuomion 299 kohdassa, eivät tue sitä päätelmää, että valittaja olisi syyllistynyt (tahalliseen) rikkomiseen. Rikkomisen arviointi ei riipu siitä, tietääkö yritys käyttäytymisensä olevan EY 82 artiklan vastaista, vaan pikemminkin siitä, tietääkö se käyttäytymisensä olevan luonteeltaan kilpailua rajoittavaa. Myöskään RegTP:n käyttämä risti-subventoinnin käsite tai Bundesgerichtshofin tuomio eivät tue sitä päätelmää, että valittaja syyllistyi rikkomiseen. Lisäksi unionin yleinen tuomioistuin ei ottanut huomioon väitettä, jonka mukaan valittajalla oli oikeus

41. Mielestäni unionin yleinen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 295 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa täyttänyt perusteluja koskevat vaatimukset todetessaan valittajan toimineen tahallisesti, koska tämä oli tietoinen niistä tosiseikoista, jotka olivat merkityksellisiä valittajan asiaa arvioitaessa. Valittajan väite, jonka mukaan se ei ollut tietoinen siitä, että voitaisiin todeta, ettei oikeudellisen arvioinnin perusteella tietty käyttäytyminen ollut sovellettavien sääntöjen nojalla sallittua – kun se viittaa käsitteisiin ”kilpailua rajoittava” tai ”kilpailua rajoittava luonne” –, ei voi menestyä. Riittää, että mainitaan, että tämä lähestymistapa ei vastaa edellä 39 kohdassa mainitussa oikeuskäytännössä vahvistettuja asiaa koskevia edellytyksiä, joiden mukaan merkityksellisiä ovat ne olosuhteet tai tosiseikat, joilla perustellaan EY 82 artiklassa tarkoitetun väärinkäytön toteamista. Lisäksi unionin yleinen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 298 kohdassa katsonut perustellusti, että niillä valittajan väitteillä, jotka koskevat oikeudenkäyntiä edeltävän menettelyn aloittamista Saksan liittotasavaltaa vastaan, ei ole merkitystä, sillä ne eivät liity edellytyksiin, jotka on oikeuskäytännössä vahvistettu edellä mainitun tahallisen rikkomisen käsitteen osalta. Valittaja ei esittänyt todisteita sen väitteensä tueksi, jonka mukaan komissio olisi luvannut, ettei se jatkaisi asian käsittelyä valittajaa vastaan, ja tämän vuoksi unionin yleisen tuomioistuimen ei tarvinnut

käsitellä sitä. Tästä seuraa, että myös ensimmäisen valitusperusteen kolmas osa on hylättävä. Tämän vuoksi ensimmäinen valitusperuste on hylättävä kokonaisuudessaan perusteettomana.

kuin komissio oli soveltanut valittajan perimien maksujen arvioinnissa käytettyjä seikkoja määrittäessään, vaikka valittajan väite liittyi kuitenkin päättelyn aiempaan vaiheeseen eli siihen kysymykseen, oliko komission käyttämä hintaruuvikriteeri asianmukainen.

B Toinen valitusperuste, joka koskee EY 82 artiklan soveltamisessa tehdyksi väitettyjä oikeudellisia virheitä

1. Toisen valitusperusteen ensimmäinen osa, joka koskee hintaruuvikriteerin merkitystä väärinkäytön osoittamiseksi

42. Komissio ja Vodafone vaativat, että valitusperusteen tämä osa on jätettävä tutkimatta.

43. Ensimmäisellä väitteellään valittaja vetoaa perustelujen puuttumiseen, koska unionin yleinen tuomioistuin jätti sen esittämät perustelut tutkimatta. Valituksenalainen tuomio perustuu kehäpäätelmään – unionin yleinen tuomioistuin sovelsi samaa perustetta

44. On huomattava, että tällainen väärinkäyttö on nyt ensimmäisen kerran unionin tuomioistuimen ratkaistavana.¹⁹ Unionin yleisen tuomioistuimen asiassa *Industrie des poudres sphériques* vastaan komissio antama määräys²⁰ on ainoa hintaruuvia koskeva aiempi yhteisön oikeuskäytäntötausa. Tämä asia koski kuitenkin pikemminkin komission tekemää kantelun hylkäämistä kuin määräävän markkina-aseman väärinkäytön toteamista koskevaa päätöstä. Nyt esillä olevassa asiassa unionin tuomioistuimen on otettava kantaa muun muassa siihen periaatteelliseen kysymykseen, katsoiko unionin yleinen tuomioistuin perustellusti, että hintaruuvi muodostaa yksinään

19 – Ks. myös vireillä oleva asia C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, jossa on esitetty useita kysymyksiä, jotka koskevat hintaruuvia. Esitetyt kysymykset sekä toiseikat ja sääntelykehys ovat kuitenkin monessa suhteessa erilaiset (esim. televiestintäalan sääntelyllä ja kilpailuoikeudella ei ole vaikutusta toisiinsa nähden ja erityisesti *TeliaSonera*lla ei ollut sääntelyyn perustuvaa velvoitetta tarjota ADSL-panostuotteita).

20 – Asia T-5/97, määräys 30.11.2000 (Kok., s. II-3755; tunnetaan myös ns. IPS-tapauksena). Ks. mm. seuraavat kansalliset tapaukset: (Italia) *Telecom Italia*, A 351, provvedimento no 13752, 16.11.2004; (Ranska) *France Télécom/SFR Cegetel/Bouygues*, Decision no 04-D-48, 14.10.2004; (Tanska) *Song Networks A/S/TDC/SDNOFON*, 27.4.2004; (Ruotsi) *TeliaSonera*, dnr 1135/2004, 22.12.2004; (Yhdistynyt kuningaskunta) *BSkyB*, CA98/20/2002 ja asia NCCN 500, Ofcom Decision, 1.8.2008. Ks. myös alaviitteet 26 ja 29.

määrävän markkina-aseman väärinkäytön eli myös silloin, kun verkkopalvelumaksut eivät ole kohtuuttomia ja/tai kuluttajahinnat eivät ole saalistushintoja. Kuten jäljempänä huomataan, katson, että unionin yleinen tuomioistuin saattoi – komission riidanalaisessa päätöksessä antaman hintaruuvien määritelmän hyväksyessään – oikeudelliseen virheeseen syylistymättä todeta, että nyt esillä olevassa asiassa hintaruuvi on itse asiassa sellaisenaan yksi väärinkäytön muoto. Totean erityisesti perustelujen puuttumista koskevan ensimmäisen väitteen osalta, että en yhdy valittajan näkökantaan. Unionin yleisen tuomioistuimen perustelut eivät nimittäin tältä osin rajoitu vain valituksenalaisen tuomion 166–168 kohtaan. Myös 169–213 kohta ovat tältä osin merkityksellisiä, sillä näissä kohdissa unionin yleinen tuomioistuin on käsitellyt menetelmää, jolla komissio on vastannut kysymykseen, oliko hintaruuvi ja siten EY 82 artiklassa tarkoitettu väärinkäyttö olemassa. Tämä on riittävää sen toteamiseksi, ettei unionin yleinen tuomioistuin rikkonut EY 253 artiklaa. En myöskään katso, että unionin yleistä tuomioistuinta voidaan syyttää kehäpäätelmästä. Valituksenalaisen tuomion 166–168 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin nimittäin vain maksui komission näkökannan. Kuten Vodafone on valituksenalaisen tuomion 183 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa perustellusti todennut, unionin yleinen tuomioistuin tutki valittajan väitteet ja esitti syyt, joiden perusteella ne oli sen mielestä hylättävä. Komission käyttämää menetelmää tarkastellessaan unionin yleinen tuomioistuin arvioi erityisesti myös sitä, soveltuiko kyseinen menetelmä EY 82 artiklassa tarkoitettua väärinkäytön osoittamiseen. Tämän takia valituksenalaisen tuomion 167 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin saattoi komission lähestymistavan mukaisesti todeta, että tämäntyyppisessä väärinkäytössä tärkeintä on hintojen välinen ero eikä hintojen väärinkäyttöluonne sinänsä. Tältä osin unionin yleinen tuomioistuin viittaa valituksenalaisen tuomion 189–191 kohdassa asiaa koskeviin merkityksellisiin ennakkotapauksiin. Näin ollen

valituksenalaista tuomiota ei ole selvästikään perusteltu tältä osin puutteellisesti.

45. Toisella väitteellään valittaja väittää, että EY 82 artiklaa on sovellettu virheellisesti: hintaruuvikriteeriä ei alun alkaenkaan voida näyttää toteen väärinkäyttönä tilanteessa, jossa kansallinen sääntelyviranomaisen on määrännyt televerkkopalvelumaksut. Jos kansallinen sääntelyviranomaisen nimittäin asettaa televerkkopalvelumaksut liian korkeiksi, sääntelyn kohteena olevan yrityksen on sovellettava loppukäyttäjien kohtuuttomia hintoja varmistaakseen televerkkopalvelumaksujen ja loppukäyttäjiltä perittyjen maksujen välisen riittävän marginaalin. Nyt esillä olevassa tapauksessa valittajan oli valittava kahden erityyppisen väärinkäytön eli hintaruuvien ja kohtuuttoman korkeiden hintojen väliltä. Se ei siten voinut välttää väärinkäyttöön syylistymistä. Määrävässä asemassa oleva yritys syyllistyy väärinkäyttöön vain, jos sen loppukäyttäjiltä perimät maksut ovat sellaisenaan kohtuuttoman alhaisia.

46. Mielestäni sillä perusteella, että unionin yleinen tuomioistuin katsoi perustellusti, että hintaruuvi riippuu kahden hinnan välisestä erosta eikä hintojen absoluuttisesta tasosta sinänsä – tietenkin sillä edellytyksellä, että yrityksellä on liikkumavaraa muuttaa ainakin toista näistä hinnoista –, hintaruuvikriteeriä on voitava soveltaa, vaikka toinen tai kumpikin näistä hinnoista on sääntelyn kohteena. Mielestäni se, että kansallinen sääntelyviranomaisen olisi asettanut

televerkkopalveluhinnat kohtuuttoman korkeiksi, on luonteeltaan teoreettinen esimerkki, eikä valittaja ole esittänyt syitä sille, miksi tämän esimerkin olisi oltava merkityksellinen nyt esillä olevan asian kannalta, varsinkin, kun televerkkopalveluhinnat vahvistettiin valittajalle näistä palveluista aiheutuvien kulojen perusteella, kuten valituksenalaisen tuomion 8 kohdasta ilmenee, ja valittajalla oli mahdollisuus esittää hakemus kustannusperustan laskemisessa tapahtuneen muutoksen huomioon ottamiseksi. Tämän vuoksi valituksenalainen tuomio on EY 82 artiklan mukainen ja toisen valitusperusteen ensimmäinen osa on hylättävä perusteettomana.

oikeudellisia virheitä myös komission soveltaman menetelmän arvioinnin osalta, koska tuomiossa käytetään kriteerejä, jotka eivät ole yhteensopivia EY 82 artiklan kanssa. Asian tosiseikkoihin on sovellettu virheellisesti yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeriä, koska valittajaa eivät määräävässä asemassa olevana yrityksenä koske samat sääntelytehtävät asetetut edellytykset kuin sen kilpailijoita. Valittajan oli hyväksyttävä kaikki tilaajat heidän taloudellisesta houkuttelevuudestaan huolimatta. Lisäksi sen oli tarjottava "ennaltavalintapalveluja" ja "call-by-call"-palveluja (yhdessä ennaltavalintapalvelut), vaikka sen kilpailijoilla ei ollut tällaisia velvoitteita. Tämän takia yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeriä olisi pitänyt mukauttaa. Analyysi ei olisi saanut perustua valittajan asiakasrakenteeseen.

2. Toisen valitusperusteen toinen osa, joka koskee hintaruuvien virheellistä laskemista

47. Komissio ja Vodafone vaativat, että toisen valitusperusteen tämä osa olisi jätettävä tutkimatta.

48. Valittaja väittää toisella väitteellään, että valituksenalaisen tuomioon sisältyy

49. Toisen valitusperusteen tämä osa koskee kriteerejä, jotka ovat merkityksellisiä

hintaruuvien katsomiseksi EY 82 artiklan mukaisesti väärinkäytöksi. Tähän mennessä on käynyt selväksi, ettei komissio moittinut riidanalaisessa päätöksessään valittajaa tämän televerkkopalveluhintojen tasosta, kuten ei myöskään unionin yleinen tuomioistuin valituksenalaisessa tuomiossaan, varsinkin kun kyseiset hinnat olivat kansallisen sääntelyviranomaisen asettamia (vaikka, kuten valituksenalaisen tuomion 93 kohdasta ilmenee, kyseessä oli vain valittajan hyväksi tehty oletama). Kyse ei ollut nimittäin siitä, että televerkkopalveluhinnat olisi asetettu liian korkeiksi, vaan pikemminkin siitä, että valittajan loppukäyttäjiltä perimät hinnat olivat liian alhaisia, jolloin näiden hintojen ja televerkkopalveluhintojen erotus – ja siten kilpailijoiden marginaali – oli joko negatiivinen tai riittämättömän kyseessä olevasta kaudesta riippuen.²¹ Näin ollen, kuten valituksenalaisen tuomion 181 kohdasta ilmenee, valittajan tuotekoh- taisten kustannusten osalta esittämä nyt esillä oleva väite koskee ainoastaan toista kautta (2002 – toukokuu 2003), koska ensimmäisellä kaudella valittajan televerkkohintojen ja sen loppukäyttäjiltä perimien hintojen välinen erotus oli negatiivinen. Kriteeri, joka unionin tuomioistuimen on otettava tältä osin huomioon, on valittajan ensimmäisen väitteen kohteena oleva yhtä tehokkaan kilpailijan kriteerin merkityksellisyys. Tuomioistuimen on vastattava kysymykseen, olisiko hintaruuvitapauksissa pääsääntöisesti otettava huomioon pikemminkin määräävässä asemassa olevan yrityksen omat kustannukset (yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeri) kuin sen kilpailijoiden kustannukset (kohtuullisen tehokkaan

kilpailijan kriteeri).²² Komissio ehdotti liittymäsopimuksia koskevassa tiedonannossaan vuonna 1998 nimenomaisesti, että kumpikin kriteeri olisi merkityksellinen. Edellisen kriteerin osalta komissio totesi seuraavaa: ”Hinta[ruuvi] voidaan näyttää toteen osoittamalla, että määräävän yrityksen omat yksiköt tarjontaketjun loppupäässä eivät voisi toimia kannattavasti, jos niiltä perittäisiin sama hinta kuin minkä kyseessä oleva yritys perii kilpailijoiltaan.” Jälkimmäisen kriteerin osalta komissio totesi seuraavaa: ”Hinta[ruuvi] voidaan tietyissä tilanteissa näyttää toteen myös osoittamalla, että kilpailijoilta tarjontaketjun loppupään markkinoilla perityn liittymähinnan – ja verkko-operaattorin tarjontaketjun loppupään markkinoilla perimän hinnan välinen marginaali ei ole riittävän suuri, jotta kohtuullisen tehokas palvelun tarjoaja voi saavuttaa tavanomaisen voiton kyseisillä markkinoilla –.”²³ Kuten valituksenalaisessa tuomiossa asianmukaisesti todetaan, yhteisöjen tuomioistuin piti yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeriä kuitenkin merkityksellisenä saalistushinnoittelun yhteydessä asiassa AKZO vastaan komissio antamassaan tuomiossa.²⁴ Mielestäni unionin yleinen tuomioistuin katsoi perustellusti, että yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeri on merkityksellinen paitsi silloin, kun väärinkäyttö muodostuu määräävässä asemassa olevan yrityksen hintojen ja kustannusten välisestä erotuksesta, myös silloin, kun se muodostuu määräävässä asemassa olevan yrityksen televerkkopalvelujen hintojen ja loppukäyttäjiltä perittävien hintojen

21 – Ks. väitteestä, josta on kyse [EY 82] artiklan mukaisesta menettelystä 18.7.1988 tehdyssä komission päätöksessä 88/518/ETY (asia nro IV/30.178, Napier Brown – British Sugar) (EYVL L 284, s. 41), jonka 65 ja 66 perustelukappaleen mukaan ”BS [jätti] vähittäismyyntiin tarkoitettun sokerin – myyjälle, joka oli yhtä tehokas kuin BS itse – riittämättömän marginaalin –. Se, että määräävässä asemassa oleva yritys soveltaa sen hinnan, jonka se laskuttaa sen kanssa lopputuotemarkkinoilla kilpailevilta yrityksiltä raaka-aineista, ja sen hinnan, jonka se laskuttaa lopputuotteesta, välillä liian pientä marginaalia, jotta se voisi kuvastaa määräävässä asemassa olevan yrityksen omia jalostuskustannuksia –, muodostaa määräävän aseman väärinkäytön –.” Ks. myös 41 perustelukappale.

22 – Tässä kriteerissä voidaan ottaa huomioon joko todellisia tai pelkästään teoreettisia (mahdollisia) kilpailijoita. Tätä kriteeriä ovat puoltaneet Yhdistyneen kuningaskunnan Competition Appeal Tribunal (CAT, kilpailuun liittyviä valituksia käsittelevä muutoksenhakutuomioistuin) asiassa Genzyme (remedy) vuonna 2005 antamassaan tuomiossa CAT 32, 249 kohta ja Cour d’appel de Bruxelles (Brysselin muutoksenhakutuomioistuin) asiassa TELE2 v. Belgacom 18.12.2007 antamassaan tuomiossa, R.G. 2006/MR/3.

23 – Ks. mm. Euroopan komissio, ”Pricing Issues in Relation to Unbundled Access to the Local Loop”, ONP-komitean asiakirja ONPCOM 01-17, 25.6.2001, s. 1–17.

24 – Asia C-62/86, tuomio 3.7.1991 (Kok., s. I-3359, Kok. Ep. XI, s. I-261).

välisestä erotuksesta.²⁵ Mielestäni on siten vaikeaa olla hyväksymättä unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 186–194 kohdassa esittämää arviointia, koska asiaa koskevista ennakkotapauksista ja oikeusvarmuuden periaatteesta seuraa selvästi, että yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeri on nyt esillä olevan asian yhteydessä asianmukainen kriteeri. Lisäksi monet ovat sitä mieltä, että yleensäkin yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeri muodostaa asianmukaisen kriteerin.²⁶

50. Erityisesti ensimmäisen väitteen osalta on todettava, että valittaja arvostelee valituksenalaisen tuomion 188 kohtaa ja väittää, että nyt esillä olevassa asiassa pikemminkin kilpailijoiden tilanne kuin määräävässä asemassa olevan yrityksen tilanne on merkityksellinen. Valittaja väittää, että yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeriä olisi pitänyt mukauttaa sen vuoksi, että nyt esillä olevassa asiassa valittajaan sovelletaan määräävässä asemassa olevana yrityksenä muista poikkeavia

oikeudellisia ja aineellisia edellytyksiä. Valittaja väittää erityisesti, ettei analyysi olisi saanut perustua sen asiakasrakenteeseen. Huomautan ensinnäkin, että valittaja tunnustaa itsekkin, että tämä kriteeri on yleisesti ottaen hyödyllinen, koska se vähentää tehostomien kilpailijoiden painoarvoa ja lisää määräävässä asemassa olevien yritysten oikeusvarmuutta, koska tätä kriteeriä sovellettaessa niillä on edellytykset arvioida – ennalta – oman toimintansa lainmukaisuutta. Lisäksi, kuten komissio on asianmukaisesti todennut, valittaja ei voi puolustautua toteamalla, ettei se ollut yhtä tehokas kuin kilpailijansa. Kilpailuoikeudessa ei ole mahdollista puolustautua vetoamalla tällaiseen ”tehostomusperusteeseen”. Sitä vastoin EY 82 artiklalla on tarkoitus estää määräävässä asemassa olevaa yritystä menettelemästä niin, että se pyrkisi tukahduttamaan kilpailun, kun kyseinen yritys juuri on pakotettu toimimaan näiden tehostomuuspoistamiseksi. Tämän vuoksi en ole vakuuttunut siitä, että nyt esillä oleva asia antaa aihetta muuttaa kriteerejä, jotka on EY 82 artiklassa vahvistettu tätä tilannetta varten.

25 – Ks. tältä osin julkisasiamies Fennellyn ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-395/96 P ja C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports* ym. v. komissio, tuomio 16.3.2000 (Kok., s. I-1365, ratkaisuehdotuksen 123–139 kohta).

26 – Tämän on vahvistanut Yhdistyneen kuningaskunnan Competition Appeal Tribunal vuonna 2004 asiassa nro 1016/1/1/03, *Genzyme, CAT 4* ja Yhdistyneen kuningaskunnan Court of Appeal vuonna 2008 asiassa *Albion (Dwr Cymru Cyfyngedig ja Albion Water Limited ja Water Services Regulation Authority, EWCA Civ 536, 105 kohta)*. Tämän tultua todettua voidaan väittää, että valituksenalaisessa tuomiossa (erityisesti 188 kohta) unionin yleinen tuomioistuin ei sulkenut pois periaatteellisista syistä kokonaan kohtuullisen tehokkaan kilpailijan kriteeriä, ja katson, ettei todellakaan ole mahdollonta, että saattaisi olla muita tapauksia, joissa kyseinen kriteeri voi olla tarkoituksenmukainen toissijaisena kriteerinä tai lisäkriteerinä. Oikeusvarmuuden periaatteen mahdollisen rikkomisen osalta osassa oikeuskirjallisuutta katsotaan, että tätä olisi arvioitava tapauskohtaisesti ja että pitkäaikaisilla, perinteikkäillä toimijoilla on usein hyvät edellytykset arvioida tarkasti uusien tulokkaiden kustannuksia tai ainakin kohtuullisen tehokkaan uuden tulokkaan kustannuksia erityisesti sen vuoksi, että niillä on vertaansa vailla oleva markkinoiden tuntemus. Ks. Amory, B. ja Verheyden, A., ”Comments on the CFI’s recent ruling in Deutsche Telekom”, *Global Competition Policy*, toukokuu 2008 ja Clerckx, S. ja De Muyter, L., ”Price squeeze abuse in the EU telecommunications sector”, *Global Competition Policy*, huhtikuu 2009. Ks. myös O’Donoghue, R. ja Padilla, A. J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, Hart, 2006, s. 191 ja 331.

51. Valittaja väittää toisella väitteellään, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen, koska se ei ole ottanut huomioon muista televiestintäpalveluista (puhelut) perittäviä maksuja. Tällainen huomiotta jättäminen ei ole sopusoinnussa taloudellisen arvioinnin eikä niiden päätöksentekokäytäntöjen kanssa, joita muut viranomaiset Euroopassa ja Yhdysvalloissa käyttävät. Tällainen menetelmä on ristiriidassa markkinoiden todellisuuden kanssa: tilaajat ja operaattorit eivät kumpikaan arvioi

käyttöoikeuspalveluja muista palveluista erillään. Taloudellisesta näkökulmasta tarkasteltuna hintaruuvia koskevassa analyysissä on otettava huomioon kaikki televerkkopalveluihin liittyvät tulot ja kustannukset. Monia tuotteita tarjoavien yritysten tapauksessa silloin, kun osa kustannuksista aiheutuu loppukäyttäjille samaan aikaan useilla eri markkinoilla tarjottavien eri palveluiden perustana olevista televerkkopalveluista, yhteinen analyysi on suoritettava ylemmällä tasolla, jolla otetaan huomioon kaikki tilaajille tarjotut merkitykselliset palvelut.

52. Niinpä yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeri on asianmukainen, koska siitä ilmenee, kykeneekö jokin kilpailija kilpailemaan määrävässä asemassa olevan yrityksen kanssa yhtäläisten mahdollisuuksien pohjalta. Lisäksi, kuten unionin yleinen tuomioistuin on perustellusti valituksenalaisen tuomion 192 kohdassa katsonut, kaikki muut lähestymistavat voisivat johtaa oikeusvarmuuden

pääperiaatteen loukkaamiseen. Valittaja väittää kuitenkin, että sen kilpailijat pystyivät hintaruuvista huolimatta kilpailemaan sen kanssa muiden liiketoimintamallien kuin sen itse noudattaman liiketoimintamallin perusteella tai tarjoamalla tuotteita muiden kuin kyseessä olevilla markkinoilla tarjottujen palvelujen avulla. Kuten valituksenalaisen tuomion 195–199 kohdasta ilmenee, yhtä tehokkaan kilpailijan kriteerin soveltaminen osoitti, etteivät valittajan kilpailijat voineet taloudellisesti omaksua samaa mallia, jota valittaja käytännössä sovelsi käyttöoikeuksien markkinoilla. Valittaja ei voi nyt esillä olevassa asiassa vaatia yhtä tehokkaan kilpailijan kriteerin mukauttamista pelkästään sen vuoksi, ettei se ole samassa tilanteessa kuin sen kilpailijat. Tämä ei ole mahdollista yksinkertaisesti sen takia, että määrävässä asemassa oleva yritys ja sen kilpailijat eivät voi ymmärrettävästi koskaan olla samassa tilanteessa. Niiden väitteiden osalta, jotka koskevat vaikeuksia, joita valittajalla on entisenä valtionyrityksenä kaupalliseksi yritykseksi muuttumisprosessissa kilpailijoistaan poikkeavan asiakasrakenteensa vuoksi, on riittävää huomauttaa, että, kuten olen edellä todennut, kilpailuoikeudessa ei oteta huomioon tällaista määrävässä asemassa olevan yrityksen tehottomuutta. Lisäksi komissio on huomauttanut siitä, että valittajalle koitui pikemminkin kilpailuetua analogisia palveluja käyttävistä asiakkaistaan näiden pyrkiessä parantamaan liittymäänsä. Sen väitteen osalta, jonka mukaan ainoastaan valittaja tarjosi call-by-call-palveluja, komissio on todennut, ettei väite pidä paikkaansa – myös jotkin valittajan kilpailijoista tarjosivat samoja palveluja omille asiakkailleen. Se, että valittajalla oli velvollisuus mahdollistaa tämä palvelu, oli seuraus sen erityisestä asemasta markkinoilla, ja tämän vuoksi sitä ei syrjitty kilpailijoihinsa verrattuna; eri tilanteita kohdeltiin eri tavoin. Kuten totesin tämän ratkaisuehdotuksen alussa, sääntely ei voi vaikuttaa EY 82 artiklan soveltamiseen niin kauan kuin valittajalla oli yritystoiminnassaan riittävästi liikkumavaraa. Näin ollen valittaja ei voi tässä

vaiheessa pyrkii saamaan erityisasemaa sääntelyn perusteella.

53. Valittaja väittää, että unionin yleisen tuomioistuimen hintaruuvista tekemä arviointi on epätäydellinen, koska siinä ei ole otettu huomioon televerkkopalvelujen mahdollistamaa puhelinliikennettä. Kilpailijat pystyvät nimittäin sulkemaan pois operaattoreiden (ennalta)valinnan ja tarjoamaan eriyttämättömiä tilaajayhteyksiä, puhelinliikennettä ja niin edelleen tilaajaliittymän kautta. Tässä tapauksessa kysyntä tilaajien taholta ja operaattoreiden kilpailu kohdistuvat eriyttämättömiin käyttöoikeuksiin ja puhelupalveluihin. Toiseksi valituksenalaisen tuomion 196–202 kohta perustuu useisiin oikeudellisiin virheisiin. Puhelumaksujen merkityksellisyys on riippuvainen siitä periaatteellisesta kysymyksestä, mikä on monia tuotteita tarjoaviin yrityksiin sovellettava oikea menetelmä. Unionin yleinen tuomioistuin ei voi välttää tämän arvioimista vetoamalla valituksenalaisen tuomion 185 kohdassa harjoittamansa valvonnan rajallisuuteen.

54. Ensinnäkin valituksenalaisen tuomion 196 ja 197 kohtaan sisältyvät toteamukset – joiden mukaan tariffirakenteen uudistamisperiaate edellyttää käyttöoikeus- ja

puhelumaksujen erillistä tarkastelua – ovat oikeudellisesti virheellisiä. Valituksenalainen tuomio on ristiriitainen. Unionin yleinen tuomioistuin vetoaa 113 kohdassa syyksi lukemisen osalta siihen, että alakohtaisen sääntelyn tavoitteet voivat poiketa yhteisön kilpailupolitiikan tavoitteista, mutta päätelee kuitenkin tämän jälkeen, että sääntelyperiaatteesta seuraa, että tarvitaan käyttöoikeus- ja puhelumaksujen erillistä tarkastelua, vaikka tilaajat pitävät näitä palveluja yhtenä kokonaisuutena. Tämän jälkeen valituksenalaisen tuomion 161 kohtaan sisältyvät perustelut ovat riittämättömiä, koska niissä ei ilmoiteta, miksi unionin yleisen tuomioistuimen käsitys on oikea, eikä niissä tutkita valittajan esittämiä vastaväitteitä.

55. Olen jälleen komission kanssa samaa mieltä siitä, että tässä tapauksessa ainoastaan sellainen lähestymistapa, joka mahdollistaa kumpienkin markkinoiden tarkastelun erikseen ja televerkkopalvelumarkkinoiden ja loppukäyttäjämekanismien välisen hintaruuvien arvioinnin, on sopusoinnussa EY 82 artiklan kanssa. Valituksenalaisen tuomion 195–207 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin ei nimittäin ole tehnyt oikeudellista virhettä vahvistaessaan komission lähestymistavan. Sen väitteen osalta, joka liittyy hintaruuvia koskevaan kriteeriin monia tuotteita tarjoavan yrityksen tapauksessa, komissio on todennut asianmukaisesti, että valittaja ei ota huomioon sitä seikkaa, että käyttöoikeuspalvelut eivät ole välttämättömiä tulojen hankkimiseksi puheluliikenteellä. Kilpailijoidensa tavoin myös valittajalle oli mahdollista hankkia puhelumarkkinoilla

tuloja call-by-call-puheluiden avulla tilaaja-sopimusten tilanteesta riippumatta. Komissio on esittänyt asianmukaisesti syyt, joiden perusteella valittajan väite, jonka mukaan kaikki kilpailijat deaktivoivat call-by-call-puhelut, on virheellinen; valittaja sekoittaa keskenään syyn ja seurauksen: sen aikaansaama hintaruuvi esti sen kilpailijoita tarjoamasta pelkkiä käyttöoikeuspalveluja ja kattamasta kustannuksiaan. Esimerkit muiden sääntelyviranomaisten päätöksistä, joissa ne ovat päätyneet eri ratkaisuihin, voivat olla kiinnostavia korkeintaan oikeusvertailun näkökulmasta. Ne eivät kuitenkaan muuta EY 82 artiklaa koskevia tavoitteita ja tarkasteluperusteita. Lisäksi valituksenalaisen tuomion 185 kohdassa sisältyvän toteamuksen osalta vaikuttaa siltä, että unionin yleinen tuomioistuin suoritti tästä toteamuksesta huolimatta yksityiskohtaisen arvioinnin komission menetelmän vahvistamiseksi.

56. Tämän lisäksi valittaja pitää toteamusta siitä, että tariffirakenteen uudistamisperiaate sulkee pois televiestintäpalvelut, aineellisesti virheellisenä ja EY 82 artiklan vastaisena. Tämä periaate ei kata EY 82 artiklan soveltamista koskevia kriteerejä. Lisäksi tariffirakenteen uudistamisperiaatetta sovelletaan ainoastaan valittajaan ja sitä koskevaan hintasääntelyyn mutta ei sen kilpailijoihin. Sillä ei saada selville sitä, mitkä ovat jälkimmäisten mahdollisuudet kilpailla. Vaikka televiestintäsääntelyä voidaan käyttää EY 82 artiklan

täytäntöön panemiseksi, kyseinen artikla ei ole väline alakohtaisen sääntelyn täytäntöön panemiseksi.

57. Ei vaikuta siltä, että valituksenalaiseen tuomioon sisältyisi ristiriitaa tariffirakenteen uudistamisperiaatteen osalta. On kiistatonta, että EY 82 artiklan yhteydessä on otettava huomioon kyseessä olevien markkinoiden tilanne ja oikeudellinen kehys. Väite, jonka mukaan valituksenalainen tuomio on tältä osin puutteellisesti perusteltu, ei voi menestyä, koska väite ei ole riittävän täsmällinen. Valittaja ei esitä etenkään mitään syitä sille, miksi se vastustaa tariffirakenteen uudistamisperiaatteen soveltamista. Valituksenalaisen tuomion 196 kohdassa määritetään sääntelykehysten ja EY 82 artiklaa koskevan arvioinnin välinen suhde, kun taas 197 kohdassa viitataan komission perusteluihin. Olen komission kanssa samaa mieltä siitä, että komission direktiivin 96/19/EY²⁷ soveltamisalaan kuuluvalla tariffirakenteen uudistamisella on, toisin kuin valittaja väittää, tarkoitus selkeästi erottaa toisistaan yleispalvelun tarjoaminen ja kilpailuun perustuvien palvelujen tarjoaminen ja tehdä ero kustannusten perusteella. Tämän vuoksi olisi ehkäistävä ristisubventiota. Tästä seuraa kuitenkin se valituksenalaisen tuomion 196 kohdassa perustellusti esitetty

27 – Täydellisen kilpailun toteuttamista televiestintämarkkinoilla pohjustavan direktiivin 90/388/ETY muuttamisesta 13.3.1996 annettu direktiivi (EYVL L 74, s. 13).

toteamus, että liitântämaksut ja puhelumaksut on erotettava toisistaan myös EY 82 artiklaa koskevan tarkastelun yhteydessä. Silmä, sovelletaanko kilpailijoihin tätä koskevaa sääntelyä, ei ole merkitystä, koska direktiivillä 96/19 pyritään nimenomaisesti suojelemaan valittajan kilpailijoita.

mukaan vain valittajan kustannusrakenteella ja maksuilla on merkitystä.

58. Valittaja väittää ensinnäkin, että valituksenalaisen tuomion 199 kohta ei ole riittävästi perusteltu. Unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt tutkia, mitkä palvelut perustuvat televerkkopalveluihin kuuluviin tilaajayhteyksiin. Vasta tämän jälkeen unionin yleinen tuomioistuin olisi voinut ottaa kantaa yhtäläisiin mahdollisuuksiin. Yhtäläiset mahdollisuudet voidaan varmistaa ainoastaan tarkastelemalla kokonaisuutena kaikista tilaajayhteyteen perustuvista palveluista perittäviä kaikkia maksuja ja kustannuksia. Valittaja väittää, että unionin yleinen tuomioistuin on rikkonut loogisen ajattelun sääntöjä, ja viittaa valituksenalaisen tuomion 238 kohtaan. Unionin yleisen tuomioistuimen oletus, jonka mukaan liittymistä ei aiheudu valittajalle kustannuksia, on selvästi virheellinen. Tosi-asiassa sen vuoksi, että maksut, jotka valittaja perii loppukäyttäjiltä heidän liittymistään, ovat alempia kuin sen omat kustannukset, valittajan pitäisi kilpailijoidensa tavoin soveltaa ristisubventiota liitântämaksujen ja puhelumaksujen välillä. Lisäksi valituksenalaisen tuomion 202 kohdan toteamus on ristiriitainen, koska se on suoraan ristiriidassa yhtä tehokkaan kilpailijan kriteerin kanssa, jonka

59. Katson, että valituksenalaisen tuomion 199–201 kohdan toteamukset, joiden mukaan erottaminen on välttämätöntä yhtäläisten mahdollisuuksien takia, ovat asianmukaisia, koska liittymien ja puhelujen kokonaisarviointi pakottaisi valittajan kilpailijat kilpailemaan valittajan kanssa vain tietyn ristisubventointimallin perusteella, mikä lujittaisi valittajan vahvaa asemaa liittymäpalvelujen alalla, kuten komissio on asianmukaisesti todennut. Kuten unionin yleinen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 202 kohdassa katsonut, valittajan ehdottama malli pakottaisi joka tapauksessa sen kilpailijat kattamaan liittymäpalvelujen osalta syntyneet tappiot puheluista perittävillä korkeammilla maksuilla. Tältä osin on tärkeää korostaa, ettei valittaja kiistä markkinoiden määrittelyä siten, että loppukäyttäjien liittymäpalvelut ja puhelumaksut muodostavat kummatkin erilliset markkinansa. Lisäksi puhelupalveluja voidaan tarjota myös liittymäpalveluja käyttämättä. Komissio väittää perustellusti, että väite, jonka mukaan loogisen ajattelun periaatteita on rikottu, ei auta valittajaa. Riidanalaisessa päätöksessä hintaruuvi todettiin pelkästään hintaruuvista loppukäyttäjämarkkinoihin johtuvien vaikutusten perusteella, ja tämän takia komission ei tarvinnut tutkia sitä, olivatko kilpailijoiden toimintaedellytykset puhelu-markkinoilla valittajan toimintaedellytyksiä heikkommat. Mielestäni on riittävää todeta,

että valituksenalaisen tuomion 237 kohtaan sisältyy jo täydellinen vastaus ensimmäisessä oikeusasteessa esitettyihin väitteisiin, mikä riittää vahvistamaan riidanalaisen päätöksen. Tämän vuoksi valituksenalaisen tuomion 238 kohtaan kohdistuvalla arvostelulla ei ole merkitystä. Missään tapauksessa valittaja ei ole osoittanut, että arvostelu olisi perusteltua. Lisäksi unionin yleinen tuomioistuin katsoi yhtä tehokkaan kilpailijan kriteerin perusteella asianmukaisesti – ristiriitaisia toteamuksia esittämättä –, että kilpailijat voivat selviytyä markkinoilla, jos niiden puhelumaksut ovat valittajan maksuja alempia – kunhan kustannukset katetaan korkeammilla yhteysmaksuilla –, jolloin eriyttämättömät palvelut olivat vertailukelpoisia.

61. Olen komission kanssa samaa mieltä siitä, että unionin yleinen tuomioistuin otti kantaa valittajan esittämään tosiasiakysymykseen eikä ratkaissut riita-asiaa todistustaakan perusteella. Valituksenalaisen tuomion 202 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin on todennut, että kyseessä olevan ajanjakson aikana valittaja laski puheluhintojaan merkittävästi. Valittaja ei voi riitauttaa tätä toteamusta, koska se ei ole väittänyt, että tosiseikat olisi otettu huomioon vääristyneesti. Tämän takia toisen valitusperusteen toinen osa on hylättävä.

3. Toisen valitusperusteen kolmas osa, joka koskee hintaruuvien vaikutuksia

62. Komissio ja Vodafone vaativat, että toisen valitusperusteen tämä osa on jätettävä tutkimatta.

60. Lopuksi todettakoon, että unionin yleinen tuomioistuin on valittajan mukaan soveltanut virheellistä oikeudellista arviointiperustetta todistustaakan jakoon, koska se on valituksenalaisen tuomion 201 ja 202 kohdassa vain todennut, että ”on katsottava”, ettei kilpailijoilla ollut taloudellista mahdollisuutta kompensoida puhelinliittymistä aiheutuvia mahdollisia tappioita puheluista saatavilla tuloilla, vaikka valittaja halusi osoittaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa nostamassaan kanteessa, että ristisubventio oli mahdollista toteuttaa.

63. Ensimmäisellä väitteellään valittaja väittää, että koska hintaruuvilaskelma on virheellinen, myös esiintyneeksi väitetyn hintaruuvien vaikutusten arviointiin sisältyy oikeudellisia virheitä. Valituksenalaisen tuomion 234 ja 235 kohdassa hylätään perustellusti komission ajatus siitä, että kilpailua rajoittavan vaikutuksen osoittaminen ei ollut välttämätöntä. Valituksenalaisen tuomion 237 kohtaan sisältyvä arviointi perustuu kuitenkin hintaruuviin, jossa otetaan huomioon

vain yhteysmaksut. Valituksenalaisen tuomion 238 kohdassa viitataan virheelliseen lähtökohtaan, jonka mukaan liittymä- ja puhelupalvelujen ristisubventoinnin osalta kilpailijoihin kohdistuu syrjintää verrattuna valittajaan, jolle ei koidu tappioita liittymien osalta. Toisella väitteellään valittaja väittää, että myös perusteluihin, joilla osoitetaan kilpailua rajoittavan vaikutuksen olemassaolo, sisältyy oikeudellisia virheitä. Valituksenalaisen tuomion 239 kohdassa todetaan vain, että kilpailijoiden markkinaosuudet laajakaista- ja kapeakaistaliittymistä pysyivät alhaisina, ilman että siinä todettaisiin kausaaliyhteyttä näiden markkinaosuuksien ja esiintyneeksi väitetyn hintaruuvien välillä. Lisäksi valituksenalaisen tuomion 240 kohta perustuu riidanalaisen päätöksen 182 perustelukappaleen virheelliseen ymmärtämiseen.

64. Korostan sitä, että valituksenalaisen tuomion 235 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin on todennut perustellusti, että komission on osoitettava, että valittajan hinnoittelukäytännöllä on kilpailua rajoittava vaikutus. Tästä kohdasta käy selvästi ilmi, että se kilpailua rajoittava vaikutus, joka komission on nyt esillä olevassa asiassa osoitettava, liittyy unionin yleisen tuomioistuimen mukaan niihin mahdollisiin rajoituksiin, joita kantajan hinnoittelukäytäntö

on voinut aiheuttaa kilpailun kehittymiselle näillä markkinoilla. Näin ollen vaikka unionin yleinen tuomioistuin ei vaatinut komissiota osoittamaan todellisia kilpailua rajoittavia vaikutuksia, se vaati todisteiden esittämistä markkinoille pääsyn esteiden luomisesta ja siten mahdollisten kilpailua rajoittavien vaikutuksen osoittamista. Tältä osin unionin yleinen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 237 kohdassa todennut, että ottaen huomioon, että valittajan televerkkopalvelut ovat välttämättömiä, jotta sen kilpailija voi kilpailla sen kanssa tilaajien käyttöoikeuspalvelujen loppupään markkinoilla, valittajan televerkkopalvelumaksujen ja loppukäyttäjiltä perittyjen maksujen välinen hintaruuvi estää lähtökohtaisesti kilpailun kehittymisen loppupään markkinoilla. Näin ollen unionin yleinen tuomioistuin korostaa mielestäni asianmukaisesti sitä, että tässä tapauksessa televerkkopalvelut olivat välttämättömiä ja että ilman näiden palvelujen käyttöoikeutta valittajan kilpailijat eivät pysty pääsemään edes loppukäyttäjien palvelujen loppupään markkinoille. Tämä on johdonmukaista unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytännösään – jonka myös unionin tuomioistuin on vahvistanut – omaksuman lähestymistavan kanssa, jonka mukaan edellytetyn vaikutuksen ei ole välttämätöntä liittyä arvostelun kohteena olevan väärinkäytön todelliseen vaikutukseen. EY 82 artiklan rikkomisen toteen näyttämiseksi riittää, että osoitetaan, että määräävässä asemassa olevan yrityksen väärinkäytösluonteisella toiminnalla pyritään rajoittamaan kilpailua, tai toisin sanoen, että toiminta on omiaan vaikuttamaan sillä tavoin.²⁸ Mielestäni tästä seuraa selvästi, että komission on osoitettava, että nyt kyseessä

28 – Asia C-95/04 P, *British Airways v. komissio*, tuomio 15.3.2007 (Kok., s. I-2331, 30 kohta, joka liittyy asiassa T-203/01, *Michelin v. komissio*, 30.9.2003 annettuun tuomioon (Kok., s. II-4071, 238 ja 239 kohta, ns. *Michelin II -tapaus*) ja asiassa T-219/99, *British Airways v. komissio*, 17.12.2003 annettuun tuomioon (Kok., s. II-5917, 293 kohta). Ks. myös julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomerin ratkaisuehdotus edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa *Sot. Lélou kai Sia ym.*, 50 kohta. Ks. tämän aiheen osalta julkisasiamies Kokott, *Economic thinking in EU competition law*, Madrid, 29.10.2003.

olevassa erityisessä markkinayhteydessä voi olla kilpailua rajoittavia vaikutuksia.²⁹ Näin ollen ei riitä, että pelkästään väitetään, että saattaa ilmetä kaukaisia ja abstrakteja kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Edellä esitetystä seuraa, että unionin yleinen tuomioistuin ei ole tehnyt oikeudellista virhettä.

ensimmäisessä oikeusasteessa, eikä väite ole muutenkaan merkityksellinen. Puhelupalvelujen sisällyttämisen osalta valittaja ei ole esittänyt syytä siihen, miksi arvioinnin tässä vaiheessa olisi tarpeen muuttaa hintaruuvien laskemisessa käytettyä lähestymistapaa ja ottaa huomioon puhelupalvelut. Lisäksi todetakaan, ettei väite, joka koskee riidanalaisen päätöksen 182 perustelukappaletta, kohdistu valituksenalaiseen tuomioon. Lisäksi, kuten komissio on todennut, sitä ei voida ottaa tutkittavaksi, koska sitä ei esitetty ensimmäisessä oikeusasteessa, ja se on joka tapauksessa perusteeton, koska hintaruuvi teki siitä riippumatta, mikä sen laajuus oli, nyt esillä olevassa asiassa kilpailijoille taloudellisesti mahdottomaksi tarjota käyttöoikeuspalveluja samaan hintaan kuin valittaja. Näin ollen toisen valitusperusteen kolmas osa on osittain jätettävä tutkimatta ja joka tapauksessa hylättävä perusteettomana. Tästä seuraa, että toinen valitusperuste on hylättävä kokonaisuudessaan.

65. Valittajan ensimmäinen väite, jonka mukaan vaikutusten arviointi on joka tapauksessa virheellinen sen vuoksi, että siinä otetaan huomioon ainoastaan yhteysmaksut, on tehoton. Olen tässä ratkaisuehdotuksessani jo edellä esittänyt syyt, joiden vuoksi nämä väitteet olisi hylättävä. Valittajan toista väitettä, joka koskee kausaaliyhteyttä ja erityisesti perustelua, jonka mukaan televiestinnässä ei ole yllättävää, että operaattorit pääsevät markkinoille vain hitaasti, ei ole esitetty sellaisenaan

C Kolmas valitusperuste, joka koskee sakkojen laskennassa tapahtuneeksi väitettyjä oikeudellisia virheitä

1. Kolmannen valitusperusteen ensimmäinen osa, joka koskee rikkomisen vakavuutta

²⁹ – Tämä lähestymistapa on johdonmukainen edellä alaviit-
teessä 7 mainitussa asiassa Sot. Lélos kai Sia ym. annetun
tuomion kanssa, jossa yhteisöjen tuomioistuin näyttää
implisiittisesti hylänneen pelkän väärinkäytön käsitteen
ja tarkastelleen objektiivisia perusteluja tietyssä markki-
nayhteydessä. Vrt. asia C/W/00615/05/03, Vodafone/O2/
Orange/T-Mobile, Ofcomin päätös, toukokuu 2004 ja
BTOpenworld's consumer broadband products, Oftelin
päätös, marraskuu 2003.

66. Valittaja väittää, että asetuksen
N:o 17 15 artiklan 2 kohtaa on rikottu, koska

komission perustelut ja unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomionsa 306–310 kohdassa esittämät perustelut eivät kumpikaan tue väitettä, jonka mukaan ensimmäisellä kaudella valittaja on syyllistynyt vakavaan rikkomiseen. Unionin yleinen tuomioistuin jätti huomiotta sen seikan, että sakkojen määrän laskennasta annettujen suuntaviivojen 1 kohdan A alakohdan mukaan³⁰ poissulkeminen ainoastaan ”voi” tarkoittaa vakavaa rikkomista. Niinpä se jätti tutkimatta perusteet, joiden mukaan rikkomista ei voitu pitää vakavana.

tehoton, koska rikkomista ei pidetty vakavana vaan vakavaa vähäisempänä. Ajanjakson 1998–2001 osalta komissio väitti perustellusti, että suuntaviivojen 1 kohdan A alakohdan ensimmäisen alakohdan mukaisesti se ei ole velvollinen ottamaan rikkomisen vakavuutta määrittäessään huomioon vähäistä osuutta rikkomiseen (ks. valituksenalaisen tuomion 311 kohta). Komissio on käyttänyt tältä osin mahdollisuutta lieventävän olosuhteen hyväksi lukemiseen, kuten valituksenalaisen tuomion 312 kohdasta ilmenee. Valittaja ei myöskään selvittä, mikä oli juuri sellaista RegTP:n osallistumista hintojen vahvistamiseen, jonka olisi pitänyt johtaa muunkin alennuksen myöntämiseen sakosta. Tämän vuoksi kolmannen valitusperusteen tämä osa on hylättävä.

67. Komissio vaatii, että kolmannen valitusperusteen tämä osa on jätettävä tutkimatta.

2. Kolmannen valitusperusteen toinen osa, joka koskee sitä, ettei lieventäviä olosuhteita ole otettu riittävästi huomioon

68. On riittävää todeta, että 1.1.2002 alkaen ajanjakson osalta valittajan väite on

69. Valittaja väittää, että riidanalaisen päätöksen 212 perustelukappaleessa komissio otti huomioon vain sen, että oli olemassa kansallisen tason alakohtainen sääntely, otamatta kuitenkaan huomioon tämän sääntelyn sisältöä eli sitä, että RegTP oli tutkinut

30 – Suuntaviivat asetuksen N:o 17/15 artiklan 2 kohdan ja EHTY:n perustamissopimuksen 65 artiklan 5 kohdan mukaisesti määrättävien sakkojen laskennassa (EYVL 1998, C 9, s. 3; jäljempänä suuntaviivat).

kilpailua rajoittavan hintaruuvien olemassaoloa ja todennut, ettei sitä ole. Unionin yleinen tuomioistuin teki oikeudellisen virheen, koska se ei arvostellut komissiota siitä, että tämä oli jättänyt huomiotta suuntaviivojen 3 kohdassa tarkoitettua kaksi muuta lieventävää olosuhdetta. RegTP:n päätösten takia valittaja oli vakuuttunut menettelynsä lainmukaisuudesta. Rikkomiseen syyllistyminen oli joka tapauksessa tuottamuksellista.

3. Kolmannen valitusperusteen kolmas osa, joka koskee symbolisen sakon määräämistä

70. Komissio vaatii, että kolmannen valitusperusteen tämä osa on jätettävä tutkimatta.

71. Kuten komissio on todennut, valittaja jättää joka tapauksessa huomiotta, että riidanalaisen päätöksen 212 perustelukappaleen sanamuoto on yleinen ja tukee täysin sille valituksenalaisen tuomion 312 kohdassa annettua tulkintaa. Sitä väitetään, jonka mukaan valittaja syyllistyi pelkkään tuottamukseen, ei esitetty ensimmäisessä oikeusasteessa. Valituksenalaisen tuomion 295–297 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin totesi joka tapauksessa perustellusti, että valittajan menettely vastasi tahallisen rikkomisen määritelmää. Kolmannen valitusperusteen tämä osa on näin ollen osittain jätettävä tutkimatta ja joka tapauksessa hylättävä perusteettomana.

72. Valituksenalaisen tuomion 319 kohdalla rikotaan oikeutta yhdenvertaiseen kohteluun. Valittajalle olisi pitänyt määrätä symbolinen sakko, kuten Deutsche Postia koskevassa päätöksessä.³¹ Valittajan toimintatapa oli Saksan tuomioistuinten oikeuskäytännön ja RegTP:n päätösten mukainen. Sillä, että Oberlandesgerichtin tuomio kumottiin myöhemmin, ei ole merkitystä, koska näin tapahtui sellaisen poikkeamismahdollisuuden perusteella, jota ei voida soveltaa nyt esillä olevaan asiaan, ja valittaja saattoi vasta sen jälkeen, kun tämä tuomio oli kumottu, olettaa, että se saattaisi joutua EY 82 artiklan nojalla vastuuseen. Valittajan tilannetta voidaan verrata tilanteeseen, joka oli Deutsche Postia koskeneen asian perustana. Liittymäsopimuksia koskevaa tiedonantoa voidaan tuskin pitää oikeuskäytännönä. Lisäksi se, että sitoudutaan lopettamaan rikkomisen, ei voi olla symbolisen sakon määräämisen välttämätön edellytys.

31 – EY:n perustamissopimuksen 82 artiklan mukaisesta menettelystä 25.7.2001 tehty komission päätös 2001/892/EY (COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – Ulkomaanpostin pysäyttäminen) (EYVL L 331, s. 40; jäljempänä Deutsche Postia koskeva päätös).

73. Komissio vaatii, että kolmannen valitusperusteen tämä osa on jätettävä tutkimatta.

päätöstään määrätä sakko tavanomaisten sääntöjen mukaan. Komissio otti joka tapauksessa RegTP:n päätökset huomioon lieventävinä olosuhteina. Unionin yleinen tuomioistuin vahvisti 312 ja 313 kohdassa, ettei arviointivirhettä ollut tehty tältä osin. Oberlandesgerichtin antaman tuomion osalta on riittävää huomauttaa, että unionin yleinen tuomioistuin totesi valituksenalaisen tuomion 319 kohdassa asianmukaisesti, että se annettiin ajanjaksona, jonka osalta komissio ei määrännyt sakkoa, joka olisi muutoin ollut tavanomaisissa olosuhteissa asianmukainen. Joka tapauksessa asianmukaista on myös se, ettei Oberlandesgericht käsitellyt millään tavalla kysymystä siitä, mitkä tekijät olisi otettava huomioon hintaruuvia määriteltäessä. Näin ollen kyseisellä tuomiolla ei ole merkitystä symbolisen sakon määräämisen kannalta. Lisäksi kyseinen tuomio on ristiriidassa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa. Se seikka, että Bundesgerichtshof kumosi tuomion, vain vahvistaa sen, mitä valittajan olisi pitänyt tietää. Toiseksi komissio ilmoitti kantansa tiettyihin käytäntöihin tietojenvaihdossaan valittajan kanssa. RegTP:n toteamukset eivät koskeneet EY 82 artiklaa, ja vuonna 1998 komissio joka tapauksessa ilmoitti liittymäsopimuksia koskevassa tiedonannossaan, että yhteisön kilpailuoikeutta voidaan soveltaa samanaikaisesti televiestintälainsäädännön kanssa ja että myös kansallisen sääntelyviranomaisen hyväksymiin käytäntöihin sovelletaan perustamissopimuksen kilpailua koskevia määräyksiä. Lopuksi sanottakoon vielä, että mielestäni riittää, että todetaan, että nyt esillä olevassa asiassa, toisin kuin asiassa Deutsche Post, valittaja ei tehnyt minkäänlaista sitoumusta rikkomisten välttämiseksi tulevaisuudessa. Lisäksi komissio on todennut, että nyt esillä olevassa asiassa valittaja ei helpottanut komission tehtävää kilpailuviranomaisena. Myös kolmannen valitusperusteen tämä osa olisi hylättävä perusteettomana ja näin ollen kolmas valitusperuste olisi hylättävä kokonaisuudessaan. Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että valitus on hylättävä.

74. Komissio on oikeassa väittäessään, ettei valittajan väite ole merkityksellinen. Tämä väite voisi auttaa valittajaa vain, jos kummankin tapauksen tosiseikat ja oikeudelliset seikat olisivat suoraan verrannollisia.³² Valituksenalaisen tuomion 317–320 kohdasta ilmenee, että tämä ei pitänyt paikkaansa, eikä valittaja itse asiassa väittänytkaan, että näihin kohtiin sisältyvät toteamukset olisivat tosiseikoiltaan virheellisiä ja että niissä todettuja eroja ei ollut olemassa. Komissio on oikeassa myös siinä, että symboliset sakot ovat poikkeus ja ettei sitä pitäisi vaatia perustelemaan

32 – Ks. tältä osin asia C-196/99 P, Aristrain v. komissio, tuomio 2.10.2003 (Kok., s. I-11005, 76 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

IV Ratkaisuehdotus

75. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin

- hylkää valituksen
- velvoittaa Deutsche Telekomia vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluistaan sekä korvaamaan komission oikeudenkäyntikulut
- velvoittaa Vodafonin ja Versatelin vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluistaan.