



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

ATHANASIOS RANTOS

9 päivänä joulukuuta 2021¹

Asia C-377/20

Servizio Elettrico Nazionale SpA,

ENEL SpA ja

Enel Energia SpA

vastaan

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

muina osapuolina:

Eni Gas e Luce SpA,

Eni SpA,

Axpo Italia SpA,

Gala SpA,

E.Ja SpA,

Green Network SpA,

Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader - AIGET,

Ass.ne Codici – Centro per i Diritti del Cittadino,

Associazione Energia Libera ja

Metaenergia SpA

(Ennakkoratkaisupyyntö - Consiglio di Stato (ylin hallintotuomioistuin, Italia))

Ennakkoratkaisupyyntö – Kilpailu – Määrävä markkina-asema – Väärinkäyttö – SEUT 102 artikla – Sähkökaupan markkinoiden avaaminen kilpailulle – Kaupallisesti arkaluonteisten tietojen käyttö määräävässä markkina-asetuksessa olevassa konsernissa – Emoyhtiön vastuu tytäryhtiön käyttäytymisestä

I Johdanto

1. Käsiteltävässä ennakkoratkaisupyyntössä esitetään useita SEUT 102 artiklan tulkintaa ja soveltamista koskevia kysymyksiä, jotka koskevat markkinoilta syrjäyttämiseen tähtääviä määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelytapoja.

¹ Alkuperäinen kieli: ranska.

2. Käsiteltävässä asiassa pääasiassa kyseessä olevan menettelyn, joka oli Autorità Garante della Concorrenza e del Mercaton (jäljempänä kilpailuviranomainen)² tutkittavana, taustalla on energiantoimitusmarkkinoiden avaaminen Italiassa, ja se muodostui väitetysti monitahoisesta strategiasta, jota kolme ENEL SpA -konserniin (perinteinen toimija) kuuluva yhtiötä sovelsivat ja jolla pyrittiin lähinnä vaikeuttamaan kilpailijoiden pääsyä vapautetuille markkinoille. Tämä strategia muodostui tarkemmin katsottuna suojeltujen markkinoiden piiriin kuuluneiden asiakkaiden tietojen, jotka ennen markkinoiden vapauttamista olivat näillä markkinoilla toimivan ENEL-konserniin kuuluvan yhtiön Servizio Elettrico Nazionale SpA:n (jäljempänä SEN) käytettävissä, syrjivästä käytöstä. Tavoitteena oli näiden tietojen käyttäminen kaupallisten tarjousten tekemiseksi näiden markkinoiden asiakkaille tämän asiakaskunnan siirtämiseksi ENEL-konsernin sisäisesti SEN:ltä konsernin vapaiden markkinoiden tytäryhtiölle Enel Energia SpA:lle (jäljempänä EE). Näin olisi voitu välttää tämän asiakaskunnan merkittävä siirtyminen kolmansille toimijoille suojeltujen markkinoiden päättyessä.

3. Tässä yhteydessä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää unionin tuomioistuinta täsmentämään seuraavia SEUT 102 artiklassa tarkoitettun väärinkäytön käsitteeseen liittyviä näkökohtia:

- väärinkäytön osatekijät, joiden perusteella voidaan tehdä rajanveto ”normaalina” ja ”vääristyneenä” kilpailuna pidettävien menettelytapojen välillä
- filosofisemmin tarkasteltuna SEUT 102 artiklassa suojellut intressit todisteiden, jotka on otettava huomioon väärinkäytön olemassaolon arvioinnissa, määrittämisessä
- määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten jälkikäteen esittämien todisteiden, jotka osoittavat, että väitetyllä väärinkäytöllä ei ollut tosiasiallisia vaikutuksia ja joilla pyritään riitauttamaan se, saattoiko tämä menettely aiheuttaa kilpailua rajoittavia vaikutuksia, tutkittavaksi ottaminen ja merkitys ja
- kilpailun rajoittamista koskevan aikomuksen merkityksellisyys arvioitaessa sitä, onko menettelyä pidettävä väärinkäyttönä.

4. Vaikka nykyisessä oikeuskäytännössä on vertailukohtia hyödyllisen vastauksen antamiseksi näihin kysymyksiin, käsiteltävään asiaan liittyvät seikkoja, joiden vuoksi sillä on erityistä merkitystä.

5. Aluksi ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on perustellusti kuvaillut pääasiassa kyseessä olevaa menettelyä ”epätyypilliseksi”, koska se ei liity SEUT 102 artiklassa mainittuihin menettelyihin eikä se ole sellainen menettely, jota olisi arvioitu systemaattisesti kansallisessa tai Euroopan komission päätöksentekokäytännössä. Huomautan tältä osin, että unionin tuomioistuimilla on ollut mahdollisuus soveltaa SEUT 102 artiklaa vapautettujen markkinoiden yhteydessä sen takaamiseksi, että uusilla yrityksillä on tasapuolinen pääsy vapaille markkinoille. Nämä asiat koskivat kuitenkin suurimmaksi osaksi menettelytapoja, joita on sovellettu tapauksissa, joissa on ollut kyse perinteisestä toimijasta verkkotoimialoilla, ja joita oli pidettävänä

² AGCM, Italian kilpailuviranomainen.

syRJäyttävinä hinnoittelukäytäntöinä.³ Käsiteltävässä asiassa unionin tuomioistuimella on näin ollen mahdollisuus tarkastella SEUT 102 artiklan soveltamiseen liittyviä laajempia ongelmia vapautetuilla markkinoilla, kun väärinkäyttö perustuu kilpailuetuun, jonka perinteinen toimija on laillisesti ”saanut perintönä” entisen laillisen monopoliasemansa seurauksena, kuten tavaramerkin imagoon, yleiseen tunnettuuteen ja asiakaskuntaan.⁴

6. Unionin tuomioistuimella on seuraavaksi käsiteltävässä asiassa mahdollisuus selkeyttää viimeaikaista oikeuskäytäntöään, joka perustuu tuomioihin TeliaSonera,⁵ Post Danmark I ja II,⁶ Intel,⁷ Generics (UK)⁸ ja Deutsche Telekom II, joissa unionin tuomioistuin oli valmis tarkastelemaan vähemmän muodollisesti menettelyn väärinkäyttöluonnetta vaikutusten arvioinnin perusteella ja ottaen huomioon niin kyseisen menettelyn oikeudelliset piirteet kuin taloudellisen asiayhteyden, johon se kuului. Unionin tuomioistuimella on tarkemmin katsottuna käsiteltävässä asiassa mahdollisuus täsmentää, voidaanko tämän viimeaikaisen syrjäyttäviä hinnoittelukäytäntöjä koskevan oikeuskäytännön mukaisia tiettyjä periaatteita ja erityisesti yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeriä soveltaa pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen muuhun kuin hinnoitteluun liittyvän syrjäyttävän käytännön yhteydessä.

7. Asialla on lopuksi erityistä merkitystä, koska siinä on kyse sellaisesta menettelystä, joka liittyy tietokannan väärinkäyttöön, mikä on nykyisin osoituksena huomattavasta voimasta tietyillä markkinoilla jopa digitaalitaloudessa. Asiassa esitetyt toteamukset voivat siten osoittautua hyödyllisiksi tulevaisuudessa arvioitaessa tietojen käyttöön liittyviä menettelyjä SEUT 102 artiklan kannalta.

II Pääasia, ennakkoratkaisukysymykset ja asian käsittely unionin tuomioistuimessa

8. Käsiteltävä asia liittyy etenevään prosessiin, jossa on kyse sähköenergian toimitusten vähittäismarkkinoiden vapauttamisesta Italiassa.

9. Näiden markkinoiden avaamisessa on ensinnäkin eroteltu toisistaan yhtäältä ”vaatimukset täyttävät” asiakkaat, jotka voivat valita vapailta markkinoilta muun kuin alueellisesti toimivaltaisen jakelijan, ja toisaalta ”sidotut” asiakkaat, jotka ovat yksityishenkilöitä ja pienyrityksiä ja jotka siitä syystä, että ne eivät voi neuvotella energiatuotteista kaikki tosiseikat tuntien tai etuasemassa, ovat voineet hyötyä ”servizio di maggior tutela” -nimisestä sääntelyjärjestelmästä (tehostetun suojan palvelu) eli suojelluista markkinoista, joilla kansallinen alakohtainen sääntelyviranomaisen määrittää myyntiehdot.

³ Ks. tuomio 2.4.2009, France Télécom v. komissio (C-202/07 P, jäljempänä tuomio France Télécom, EU:C:2009:214); tuomio 14.10.2010, Deutsche Telekom v. komissio (C-280/08 P, jäljempänä tuomio Deutsche Telekom I, EU:C:2010:603); tuomio 27.3.2012, Post Danmark (C-209/10, jäljempänä tuomio Post Danmark I, EU:C:2012:172); tuomio 25.3.2021, Deutsche Telekom v. komissio (C-152/19 P, jäljempänä tuomio Deutsche Telekom II, EU:C:2021:238); tuomio 29.3.2012, Telefónica ja Telefónica de España v. komissio (T-336/07, EU:T:2012:172) ja tuomio 17.12.2015, Orange Polska v. komissio (T-486/11, EU:T:2015:1002). Näissä tuomioissa lausutaan usein myös SEUT 106 artiklan 1 kohdan, luettuna yhdessä SEUT 102 artiklan kanssa, rikkomisesta (ks. tuomio 25.3.2015, Slovenská pošta v. komissio (T-556/08, EU:T:2015:189) ja tuomio 15.12.2016, DEI v. komissio (T-169/08 RENV, EU:T:2016:733).

⁴ Esimerkkinä kansallisesta päätöskäytännöstä ks. Ranskan kilpailuviranomaisen Autorité de la concurrence 17.12.2013 antama päätös nro 13-D-20, joka koskee EDF :n käytäntöjä tarjottaessa palveluja aurinkosähkön alalla (286-293 ja 294-296 kohta).

⁵ Tuomio 17.2.2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, jäljempänä tuomio TeliaSonera), EU:C:2011:83).

⁶ Tuomio 6.10.2015, Post Danmark (C-23/14, jäljempänä Post Danmark II, EU:C:2015:651).

⁷ Tuomio 6.9.2017, Intel v. komissio (C-413/14 P, jäljempänä tuomio Intel, EU:C:2017:632).

⁸ Tuomio 30.1.2020, Generics (UK) ym. (C-307/18, jäljempänä tuomio Generics (UK), EU:C:2020:52).

10. ”Sidotut” asiakkaat ovat sittemmin myös yhä enemmän saaneet oikeuden toimia vapailla markkinoilla. Italian lainsäätäjä on katsonut, että lopullinen siirtyminen suojelluilta markkinoilta vapaille markkinoille – joilla nämä asiakkaat voivat vapaasti valita tarpeisiinsa parhaiten sopivan tarjouksen ilman mitään suojelua – tapahtuu tiettyä ajankohtana, josta lähtien ei enää anneta erityistä suojelua hintojen osalta. Useiden viivästymisten jälkeen siirtymisen ajankohdaksi vahvistettiin 1.1.2021 pienten ja keskisuurten yritysten osalta ja 1.1.2022 kotitalouksien osalta.

11. Tässä tilanteessa ENEL:n, joka on vertikaalisesti integroitunut sähköenergian tuotannossa Italiassa monopoliasemassa oleva yhtiö, joka toimii myös sähköenergian jakelun alalla, osalta aloitettiin liiketoiminnan osien erottamista (unbundling) koskeva menettely avoimen ja syrjimättömän pääsyn takaamiseksi tuotannon ja jakelun välttämättömiin infrastruktuureihin. Tässä menettelyssä jakeluprosessin eri vaiheet jaettiin seuraaviin erillisiin yhtiöihin: E-Distribuzione, sähkönjakelun konsessionsaaja, EE, vapailla markkinoilla toimiva sähköntoimittaja, ja SEN, muun muassa tehostetun suojan palvelun toimittaja, jossa E-Distribuzione on sähkönjakelun konsessionsaaja.

12. Käsiteltävä asia sai alkunsa Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader -nimisen järjestön (jäljempänä AIGET, Italian energia-alan tukkukauppioiden ja kauppioiden järjestö) kilpailuviranomaiselle tekemästä valituksesta ja yksittäisten kuluttajien kanteluista, joiden mukaan toimijat, joilla oli arkaluontoisia kaupallisia tietoja hallussaan siitä syystä, että ne kuuluivat ENEL-konserniin, käyttivät näitä tietoja lainvastaisesti hyväkseen. Kilpailuviranomainen aloitti näin ollen 4.5.2017 tutkimuksen ENEL:n, SEN:n ja EE:n osalta sen selvittämiseksi, merkitsikö kyseisten yhtiöiden yhteinen menettely SEUT 102 artiklan rikkomista.

13. Tämän tutkimuksen päätteeksi 20.12.2018 tehdyssä päätöksessä (jäljempänä riidanalainen päätös) kilpailuviranomainen totesi, että SEN ja EE olivat emoyhtiö ENEL:n koordinoimina syyllistyneet SEUT 102 artiklan vastaiseen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön tammikuusta 2012 lähtien toukokuuhun 2017 saakka pienjänniteverkkoon kytkettyjen kotitalousasiakkaiden ja muiden kuin kotitalousasiakkaiden sähköenergian myynnin markkinoilla niillä alueilla, joilla ENEL-konserni harjoitti jakelutoimintaa (jäljempänä kyseessä olevat markkinat). Kilpailuviranomainen määräsi näin ollen edellä mainituille yhtiölle yhteisvastuullisesti maksettavan 93 084 790,50 euron suuruisen sakon.

14. Moitittu menettely liittyi kyseessä olevilta markkinoilta syrjäyttämistä koskevan strategian soveltamiseen asiakkaiden ”siirtämiseksi” SEN:ltä (toimija suojelluilla markkinoilla) EE:lle (toimija vapailla markkinoilla). ENEL-konsernin tavoitteena oli erityisesti estää SEN:n käyttäjien laajamittainen siirtyminen kolmansille toimittajille suojeltujen markkinoiden päättyessä (mikä ei ollut vielä toteutunut), mikä saattoi lakiesityksien yhteydessä vuodesta 2015 lähtien keskustelun kohteena olleen menettelyn vuoksi johtaa näiden käyttäjien siirtymiseen ”huutokaupassa”.

15. Kilpailuviranomaisen käsityksen mukaan SEN oli näin ollen ensinnäkin koonnut ”syrjivän ehdoin” suojeltujen markkinoiden asiakkailta suostumuksia kaupallisten tiedotteiden vastaanottamiseen vapailla markkinoilla siten, että se pysyi ensin asiakkaiden suostumusta erikseen yhtäältä ENEL-konserniin kuuluvien yhtiöiden osalta ja toisaalta kolmansien toimijoiden osalta. Asiakkaat antoivat siten yhtäältä tavallisesti suostumuksensa ENEL-konsernin yhtiöiden osalta, koska näiden asiakkaiden oli tosiasiallisesti annettu ymmärtää tällaisen suostumuksen olevan välttämätön ja tarpeellinen yhteydenpidossa sähköntoimittajan kanssa, mutta toisaalta epäivät yleensä suostumuksensa muiden toimijoiden osalta. SEN olisi näin ollen soveltanut määrällistä rajoitusta henkilötietojen osalta, jotka olivat EE:n kanssa kilpailevien toimijoiden saatavilla vapailla markkinoilla, koska niiden suostumusten, jotka koskivat kaupallisten tarjousten saamista

myös kilpailevilta toimijoilta, osuus oli vain 30 prosenttia kaikista suostumuksista. Suojeltujen markkinoiden asiakkaiden, jotka olivat antaneet suostumuksensa kaupallisten tarjouksien vastaanottamiseen, nimet merkittiin erityisiin luetteloihin (jäljempänä SEN:n luettelot).

16. Syrjäyttämistä koskeva strategia toteutettiin toiseksi siten, että EE käytti SEN:n luetteloita tehdessään kaupallisia tarjouksia suojellulle asiakaskunnalle ("Sempre con te" (Aina kanssasi) -niminen kampanja), jotta asiakaskunta siirtyisi suojelluilta markkinoilta vapaille markkinoille. ENEL siirsi näin ollen SEN:n välityksellä tytäryhtiölleen EE:lle SEN:n luettelot tilanteessa, jossa ne eivät olleet kilpailijoiden saatavilla. Kilpailuviranomaisen mukaan nämä SEN:n luettelot olivat "strateginen voimavara, joka ei ollut toistettavissa" - koska niissä oli tietoja, joita ei ollut muualta saatavissa ja jotka koskivat käyttäjän kuulumista tehostetun suojan palveluun - jonka avulla EE saattoi tehdä tarjouksia, jotka oli suunnattu ainoastaan tähän ryhmään kuuluville asiakkaille. Näiden SEN:n luetteloiden käyttämisellä saattoi näin ollen olla "mahdollinen rajoittava vaikutus", koska niitä käyttämällä EE saattoi rajata kilpailijoiltaan pois huomattavan osan (yli 40 prosenttia) kilpailun alaisesta kysynnästä asiakkaiden osalta, jotka siirtyivät suojelluilta markkinoilta vapaille markkinoille.

17. ENEL-konsernin yhtiöt ovat nostaneet erilliset kanteet riidanalaisesta päätöksestä Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Latiumin alueellinen hallintotuomioistuin, Italia) ensimmäisessä oikeusasteessa.

18. Mainittu tuomioistuin totesi, että kyseessä oli määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, mutta hyväksyi kuitenkin osittain 17.10.2019 antamassaan tuomiossa EE:n ja SEN:n kanteet väitetyin väärinkäytön keston ja sakon laskemisessa käytettyjen perusteiden osalta. Näiden tuomioiden täytäntöönpanon yhteydessä kilpailuviranomainen alensi sakon määrän 27 529 786,46 euroon. Kyseinen tuomioistuin sitä vastoin hylkäsi ENEL:n kanteen kokonaisuudessaan ja vahvisti myös määrätyn seuraamuksen.

19. Nämä kolme yhtiötä ovat tehneet näistä tuomioista ennakkoratkaisupyynnön esittäneeseen tuomioistuimeen Consiglio di Stato (ylin hallintotuomioistuin, Italia) erilliset valitukset, jotka koskevat sakon määräämistä koskevien ratkaisujen kumoamista tai toissijaisesti sakon määrän edelleen alentamista.

20. Valittajat esittivät valitustensa tueksi ensinnäkin lähinnä, ettei niiden menettelyn väärinkäyttöluonteesta eikä varsinkaan sen (mahdollisesta) kyvystä aiheuttaa kilpailunvastainen syrjäyttävä vaikutus ollut esitetty näyttöä.

21. Aluksi asiakkaan henkilötietojen pelkkää lisäämistä etämarkkinoinnissa käytettävään luetteloon tytäryhtiöiden palveluiden tarjoamisen edistämiseksi ei ollut pidettävä väärinkäyttönä, koska se ei merkinnyt mitään sitoutumista tiettyyn toimittajaan eikä estänyt suostumuksensa antanutta asiakasta luovuttamasta tietojaan myös muihin luetteloihin, vastaanottamasta kaupallisia yhteydenottoja tai valitsemasta taikka vaihtamasta toimittajaa milloin tahansa ja myös useammin kuin kerran.

22. Valittajien mukaan SEN:n luetteloiden käyttäminen ei seuraavaksi ollut omiaan mahdollistamaan SEN:n asiakkaiden nopeaa siirtymistä kokonaisuudessaan EE:lle. Maaliskuun 2017 ja toukokuun 2017 välisen aika, jolloin oli kulunut kaksi kuukautta tarjouskampanjan "Sempre con Te" aloittamisesta ja telemarkkinoinnin lopettamisesta (teleselling outbound), EE oli nimittäin saanut SEN:n luetteloita käyttämällä ainoastaan 478 asiakasta eli 0,002 prosenttia tehostetun suojan palvelun käyttäjistä ja 0,001 prosenttia kaikista sähkönkäyttäjistä.

Kilpailuviranomainen ei myöskään ottanut huomioon valittajien esittämää taloudellista näyttöä siitä, ettei kyseinen menettely ollut omiaan aiheuttamaan – ja ettei se ollut aiheuttanut – kilpailua rajoittavia vaikutuksia. EE:n saamat hyvät tulokset tehostetun suojan palvelun piiriin kuuluvien asiakkaiden hankinnassa johtuivat tältä osin kahdesta täysin laillisesta seikasta – jotka tarjosivat vaihtoehtoisen ja vakuuttavamman selityksen kuin kilpailuviranomaisen selitys – eli yhtäältä siitä, että ENEL-konsernin yhtiöt, joihin niiden alueellisesti toimivaltainen jakelija kuului, menestyivät paremmin vapailla markkinoilla, ja toisaalta ENEL-merkin vetovoimasta.

23. SEN:n luettelot eivät myöskään olleet strateginen voimavara, joka ei ollut toistettavissa, ottaen huomioon, että markkinoilla oli saatavilla samanlaisia ”tehostetun suojan palvelun” asiakkaiden luetteloita, jotka olivat täydellisempiä ja edullisempia kuin SEN:n luettelot.

24. ENEL on toiseksi riitauttanut sen, että kilpailuviranomainen on soveltanut sen osalta emoyhtiön vastuuta koskevaa yksinkertaista olettaa. Se toteaa tältä osin, että vuodesta 2014 lähtien ENEL-konsernissa oli toteutettu merkittävä organisaatorakenneuudistus, jossa päätöksentekomenettely hajautettiin. Tässä uudistuksessa organisaatiossa emoyhtiön tehtävänä oli pelkästään eri operatiivisten yhtiöiden välisten synergiaetujen ja parhaiden toimintatapojen edistäminen, eikä sillä enää ollut osaa päätöksenteossa.

25. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin, joka on yhdistänyt nämä kolme kannetta, katsoo, ettei ole mitään epäilyä siitä, että ENEL-konsernilla on määräävä markkina-asema kyseessä olevilla markkinoilla. Väärinkäytön käsitteeseen, erityisesti siltä osin kuin on kyse pääasiassa kyseessä olevan kaltaisesta ”epätavallisesta” väärinkäytöstä, jolla pyritään estämään kilpailevien yritysten kasvu tai tarjonnan monipuolistuminen, liittyy sitä vastoin tulkintaongelmia, koska yhtäältä SEUT 102 artiklassa ei ole sen määrittelemistä koskevia tyhjentäviä parametrejä, ja koska toisaalta perinteinen erottelu aseman hyväksikäyttöön liittyvän väärinkäytön ja syrjäyttävän väärinkäytön välillä ei ole merkityksellinen.

26. Määräävän markkina-aseman väärinkäytön toteamiseksi ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee nimittäin muun muassa, miltä osin on otettava huomioon ENEL-konsernin strategia, jolla, kuten kilpailuviranomaisen saamista asiakirjoista ilmenee, pyrittiin estämään SEN:n asiakkaiden siirtyminen kilpailijoille, tai se, että tämän konsernin menettely on sinänsä laillista, koska SEN:n luettelot oli hankittu laillisesti. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee myös, onko riittävää, että kyseinen menettely on omiaan sulkemaan kilpailijat pois merkityksellisiltä markkinoilta, koska tämä konserni on esittänyt kilpailuviranomaisen tutkimuksen aikana taloudellisen tutkimuksen, jolla pyritään osoittamaan, ettei sen menettelyllä tosiasiasa ollut syrjäyttävää vaikutusta. Konsernin määräävän markkina-aseman väärinkäytön osalta tulee lopuksi esiin kysymys siitä, onko näytettävä toteen, että konserniin kuuluvien eri yhtiöiden toimintaa on aktiivisesti koordinoitu, vai onko tähän konserniin kuulumisen riittävää, jotta jopa sellaisen konserniin kuuluvan yrityksen, joka ei ole käyttänyt väärin asemaansa, on katsottava osallistuneen väärinkäyttöön

27. Tässä tilanteessa Consiglio di Stato, jolla oli epäilyksiä SEUT 102 artiklan tulkinnasta, päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat viisi ennakkoratkaisukysymystä:

- ”1) Voivatko määrävän markkina-aseman väärinkäyttönä pidettävät menettelytavat olla täysin laillisia ja määriteltävissä ’väärinkäytöksiksi’ yksinomaan sen vuoksi, että niillä on (mahdollisesti) rajoittava vaikutus markkina-alallaan, vai onko niiden yhteydessä todettava myös ’normaalista poikkeaviin kilpailumenetelmiin (tai -keinoihin)’ liittyvää erityistä lainvastaisuutta, ja millaisten arviointiperusteiden nojalla voidaan viimeksi mainitussa tapauksessa määrittää ’normaalin’ ja ’vääristyneen’ kilpailun rajat?
- 2) Onko väärinkäytön kiellon tarkoitus edistää kuluttajien asemaa, jonka tapahtuneen (tai mahdollisen) heikkenemisen arvioiminen on tuomioistuimen tehtävä, vai onko kilpailusääntöjen rikkomisen kieltävän säännöksen tehtävä säilyttää markkinoiden kilpailurakenne itsessään ja ehkäistä siten joka tapauksessa yhteiskunnallisesti haitallisina pidettävien taloudellisen vallan keskittymien synty?
- 3) Jos määrävän markkina-aseman väärinkäyttö ilmenee pyrkimyksenä estää jo olemassa olevan kilpailun jatkuminen tai sen kehitys, sallitaanko määrävässä asemassa olevan yrityksen kuitenkin todistaa, ettei menettelytavalla ollut käytännössä moitittavia seurauksia – huolimatta siitä, että se abstraktisti ajatellen oli omiaan rajoittamaan kilpailua – ja jos tähän vastataan myöntävästi, onko SEUT 102 artiklaa tulkittava siten, että kilpailuviranomaisella on epätyypillistä syrjäyttävää väärinkäyttöä tutkiessaan velvollisuus perehtyä yksityiskohtaisesti asianosaisen esittämään taloudelliseen tutkimukseen, jossa tarkastellaan tutkinnan kohteena olevan menettelytavan käytännön mahdollisuuksia syrjäyttää kilpailijat markkinoilta?
- 4) Onko määrävän aseman väärinkäyttöä arvioitava yksinomaan sen perusteella, mitä (vaikka vain mahdollisia) vaikutuksia sillä on markkinoihin, kiinnittämättä huomiota toimijan subjektiiviseen vaikuttimeen, vai onko kilpailun rajoittamisen aikomuksen osoittaminen seikka, jota voidaan käyttää (myös yksinään) arvioitaessa, käyttäkö määrävässä asemassa oleva yritys markkina-asemaansa väärin, vai seuraako tällaisen subjektiivisen seikan osoittamisesta vain se, että todistustaakka siirtyy määrävässä asemassa olevalle yritykselle (jonka on tällöin näytettävä toteen, ettei syrjäyttävää vaikutusta ole ollut)?
- 5) Jos määrävässä markkina-asemassa on useita samaan konserniin kuuluvia yrityksiä, onko konserniin kuulumisen riittävä peruste olettamalle, jonka mukaan myös ne yritykset, jotka eivät ole käyttäneet väärin asemaansa, ovat rikkoneet kilpailusääntöjä, jolloin kilpailuviranomaisen olisi vain osoitettava kollektiivisesti määrävässä markkina-asemassa olevaan konserniin kuuluvien yritysten tietoinen samansuuntainen käyttäytyminen, vaikka se ei olisikaan varsinaista kollusiivista toimintaa, vai onko (kuten kartellikiellon tapauksessa) joka tapauksessa esitettävä ainakin epäsuoraa näyttöä siitä, että määrävässä markkina-asemassa olevan konsernin eri yritysten toimintaa on konkreettisesti koordinoitu ja niillä on välineellinen yhteys, erityisesti emoyhtiön osallisuuden osoittamiseksi?”

28. Pääasian valittajat SEN, EE ja ENEL, vastaajana oleva kilpailuviranomainen, pääasian väliintulijoina olevat AIGET ja Green Network S.p.A, Italian ja Norjan hallitukset sekä Euroopan komissio ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia unionin tuomioistuimelle. SEN, EE ja Norjan hallitus ovat keskittyneet huomautuksissaan ensimmäiseen, toiseen, kolmanteen ja neljänteen kysymykseen ja ENEL on tarkastellut ainoastaan viidettä kysymystä.

29. ENEL:ää lukuun ottamatta kaikki nämä asianosaiset ja muut osapuolet esittivät lisäksi huomautuksia 9.9.2021 pidetyssä istunnossa. Saksan hallitus ja Euroopan vapaakauppajärjestön (EFTA) valvontaviranomainen, jotka eivät esittäneet kirjallisia huomautuksia, ovat myös esittäneet huomautuksensa tässä istunnossa.

III Arviointi

A Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys

30. Ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustele, voidaanko määräävässä markkina-asetuksessa olevan yrityksen soveltamia menettelytapoja, joita pidetään ”täysin laillisina” muualla kuin kilpailuoikeuden alalla, pitää SEUT 102 artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä yksinomaan sen vuoksi, että niillä on (mahdollisesti) rajoittava vaikutus, vai onko tämän menettelyn yhteydessä todettava myös erityinen ”objektiiviseen lainvastaisuuteen” liittyvä osatekijä, joka koskee ”normaalista kilpailusta” poikkeavien keinojen käyttämistä. Jälkimmäisessä tapauksessa unionin tuomioistuinta pyydetään esittämään, millaisten kriteerien nojalla voidaan määrittää konkreettisesti ”normaalin” ja ”vääristyneen” kilpailun rajat.⁹

31. Tässä ennakkoratkaisukysymyksessä on tosiasiaa neljä osaa, jotka liittyvät läheisesti toisiinsa mutta joita käsitellään erikseen yksinkertaisuuden vuoksi siinä järjestyksessä, jossa ne on esitetty:

- ensimmäinen osa koskee sen määrittelemistä, onko menettelyn laillisuudella muiden oikeudenalojen kuin kilpailuoikeuden kannalta merkitystä siltä osin kuin on kyse sen luonnehtimisesta SEUT 102 artiklassa tarkoitetuksi väärinkäytöksi
- toinen osa koskee sen tutkimista, voidaanko menettely todeta väärinkäytöksi yksinomaan sillä perusteella, että sillä on mahdollisesti rajoittavia vaikutuksia
- kolmas osa koskee sen määrittämistä, tuleeko tällaisessa luonnehtimisessa tähän menettelyyn lisäksi liittyä vielä täydentävää lainvastaisuutta eli normaalista poikkeavien kilpailumenetelmien tai -keinojen käyttöä, ja
- neljäs osa koskee menettelytapojen, joita voidaan pitää SEUT 102 artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä, koska ne merkitsevät muiden kuin ”normaaliin kilpailuun” kuuluvien kilpailukeinojen käyttämistä, erottamista menettelytavoista, jotka eivät merkitse tällaista väärinkäyttöä.

1. Ensimmäinen osa

32. Ensimmäisessä osassa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustele, voidaanko SEUT 102 artiklassa tarkoitettuna määräävän markkina-asetuksen väärinkäyttönä pitää menettelytapoja, jotka ovat laillisia muiden oikeudenalojen kuin kilpailuoikeuden näkökulmasta.

⁹ ”Normaalin” kilpailun käsitteeseen liittyvän terminologian selkeyttämisen osalta ks. tämän ratkaisuehdotuksen 53 kohta.

33. Tämä kysymys perustuu ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toteamukseen, jonka mukaan SEN:n luetteloihin liittyvien suostumusten hankintamenettely oli sinänsä kiistattomasti laillinen siviilioikeudellisesti, koska henkilötietojen käsittelyä koskevien erityisten sääntöjen väitety rikkomisen osalta ei ollut tehty mitään valituksia ja koska EE oli hankkinut nämä luettelot markkinahinnalla.

34. Muistutan aluksi, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan SEUT 102 artiklassa tarkoitettu määräävän markkina-aseman väärinkäytön käsite on ”objektiivinen käsite, jolla tarkoitetaan määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen käyttäytymistä, joka estää markkinoilla, joilla juuri tällaisessa asemassa olevan yrityksen olemassaolon vuoksi kilpailuaste on jo heikentynyt, vielä olemassa olevan kilpailuasteen säilymisen tai tämän kilpailun kehittymisen siksi, että tämä yritys käyttää muita keinoja kuin niitä, joita taloudellisten toimijoiden suoritteisiin perustuvassa tavaroiden tai palvelujen normaalissa kilpailussa käytetään”.¹⁰

35. Tästä seuraa, että väärinkäytön käsite perustuu objektiiviseen arviointiin, joka koskee sitä, saatetaanko menettelyllä rajoittaa kilpailua, ilman, että tämän menettelyn muiden oikeudenalojen mukaista oikeudellista luonnehdintaa olisi pidettävä ratkaisevana.

36. Unionin tuomioistuin on näin ollen katsonut, että ”määräävän markkina-aseman väärinkäytön lainvastaisuudella [SEUT 102] artiklan kannalta ei - - ole mitään tekemistä sen kanssa, onko se yhteensoveltuvaa muiden oikeussääntöjen kanssa, ja että määräävän markkina-aseman väärinkäyttö muodostuu useimmissa tapauksissa muiden oikeudenalojen kuin kilpailuoikeuden kannalta laillisesta toiminnasta”.¹¹

37. Jos nimittäin ainoastaan menettelytapoja, joilla rajoitetaan objektiivisesti kilpailua ja jotka ovat oikeudellisesti lainvastaisia, pidettäisiin SEUT 102 artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä, tämä merkitsisi, että pelkästään laillisuutensa vuoksi menettelyä ei voitaisi - vaikka se mahdollisesti vahingoittaa kilpailua - todeta SEUT 102 artiklan vastaiseksi. Tällainen lopputulos merkitsisi kuitenkin sitä, ettei määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä voitaisi käytännössä lähes koskaan todeta, mikä vaarantaisi tämän määräyksen tavoitteen, joka on sellaisen järjestelmän perustaminen, jolla taataan, ettei kilpailu sisämarkkinoilla vääristy. Toisaalta menettelyä, joka ei ole tietyn alan oikeudellisten sääntöjen mukainen, ei välttämättä ole pidettävä määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toteuttamana väärinkäytöksenä, kun se ei ole omiaan vahingoittamaan kilpailua edes potentiaalisesti.¹²

38. Tästä seuraa käsiteltävässä asiassa, että se, että SEN:n luetteloihin liittyvien suostumusten hankkiminen oli laillinen menettely siviilioikeudellisesti, ei sulkenut pois sitä, että menettelyä voitiin pitää SEUT 102 artiklan mukaisena väärinkäyttönä. On kuitenkin ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä tutkia erityisesti henkilötietojen käyttämistä koskevan lainsäädännön kannalta, voitiinko suostumusten hankinnan edellytyksiä pitää ”syrjivinä”, kuten

¹⁰ Tuomio Generics (UK) (148 kohta) ja Deutsche Telekom II (41 kohta). Ks. myös tuomio 13.2.1979, Hoffmann-La Roche v. komissio (85/76, jäljempänä tuomio Hoffmann-La Roche, EU:C:1979:36, 91 kohta); tuomio 3.7.1991, AKZO v. komissio (C-62/86, jäljempänä tuomio AKZO, EU:C:1991:286, 69 kohta); tuomio 6.12.2012, AstraZeneca v. komissio (C-457/10 P, jäljempänä tuomio AstraZeneca, EU:C:2012:770, 74 kohta) ja tuomio Post Danmark II (26 kohta).

¹¹ Tuomio AstraZeneca (132 kohta). Ks. vastaavasti julkisasiamies Mazákin ratkaisuehdotus asiassa AstraZeneca v. komissio (C-457/10 P, EU:C:2012:293, 78 kohta).

¹² Ks. tältä osin Bundeskartellamtin (liittovaltion kilpailuviranomainen, Saksa) 6.2.2019 antama päätös B6-22/15, jossa henkilötietojen suojaamista koskevien sääntöjen vastaista toimintaa pidettiin myös kilpailuoikeuden sääntöjen rikkomisena (asia, joka oli Oberlandesgericht Düsseldorfin (Düsseldorfin alueellinen ylioikeus, Saksa) 22.4.2021 esittämän ennakkoratkaisupyynnön taustalla asiassa C-252/21, Facebook Inc. ym. v. Bundeskartellamt).

kilpailuviranomainen väittää.¹³ Sovellettavia erityisiä oikeudellisia sääntöjä (ja näiden sääntöjen mukaisuutta) voidaan tältä osin pitää merkityksellisenä tosiseikkana menettelyn väärinkäyttöluonnetta koskevassa kokonaisarvioinnissa.¹⁴

2. Toinen osa

39. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee toisessa osassa, voidaanko menettelyä pitää väärinkäyttönä yksinomaan sen vuoksi, että sillä on (mahdollisesti) rajoittava vaikutus markkina-alallaan.

40. Muistutan tältä osin, että edellä esitetty väärinkäytön käsite merkitsee, että SEUT 102 artiklassa tarkoitetaan sellaista menettelyä, jolla estetään markkinoilla olemassa olevan kilpailuasteen säilyminen tai tämän kilpailun kehittyminen.¹⁵ Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan SEUT 102 artiklan nojalla määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on nimittäin erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua sisämarkkinoilla.¹⁶

41. Tarkemmin katsottuna pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen markkinoilta syrjäyttämisen¹⁷ osalta unionin tuomioistuin on katsonut toistuvasti yhtäältä, että käyttäytymisen väärinkäyttöluonne edellyttää, että se on voinut rajoittaa kilpailua ja erityisesti aiheuttaa moitittuja markkinoilta syrjäyttämistä koskevia vaikutuksia,¹⁸ ja että tämä arviointi on tehtävä siten, että kaikki kyseiseen käyttäytymiseen liittyvät merkitykselliset tosiseikat otetaan huomioon.¹⁹ Jotta tällaisen käytännön voidaan toisaalta osoittaa olevan väärinkäyttöä, sen kilpailua rajoittava vaikutus markkinoihin ei saa olla puhtaasti hypoteettinen²⁰ ja sen on näin ollen oltava olemassa, mutta kyseisen vaikutuksen ei välttämättä tarvitse olla konkreettinen, vaan on riittävää osoittaa sellainen mahdollinen kilpailua rajoittava vaikutus, joka on omiaan syrjäyttämään markkinoilta määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kanssa vähintäänkin yhtä tehokkaat kilpailijat.²¹

42. Tästä seuraa, että kykyä aiheuttaa (mahdollisesti) rajoittava vaikutus merkityksellisillä markkinoilla, kuten kilpailunvastainen syrjäyttävä vaikutus, on pidettävä keskeisenä tekijänä menettelyn luonnehtimisessa väärinkäytöksi.

43. On kuitenkin korostettava tältä osin, että syrjäyttävä vaikutus ei välttämättä vahingoita kilpailua eikä siten ole aina ”rajoittava - - markkina-alallaan”, jos käytetään kysymyksen sanamuodon mukaisia ilmaisuja. Yksistään se, että tietyillä menettelyillä voidaan syrjäyttää kilpailija, ei nimittäin heikennä kilpailua markkinoilla eikä a fortiori johda siihen, että näitä

¹³ Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 15 kohta.

¹⁴ Ks. tältä osin tämän ratkaisuehdotuksen 115 kohta.

¹⁵ Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 34 kohta.

¹⁶ Ks. erityisesti tuomio 9.11.1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio* (322/81, jäljempänä *Michelin I*, EU:C:1983:313, 57 kohta); tuomio *Post Danmark I* (23 kohta) ja tuomio *Intel* (135 kohta).

¹⁷ Perinteisesti on tehty ero ”syrjäyttämisen” (eli laittoman pyrkimyksen sulkea kilpailevat yritykset markkinoilta) ja ”aseman hyväksikäytön” (eli suoran vahingon aiheuttamisen kuluttajille esim. kohtuuttomilla hinnoilla) välillä. Ks. tämän erottelun osalta julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomerin ratkaisuehdotus asiassa *Sot. Léloucas kai Sia ym.* (C-468/06-C-478/06, EU:C:2008:180, 74 kohta).

¹⁸ Ks. tuomio *TeliaSonera* (64 kohta); *Intel* (138 kohta) ja *Generics (UK)* (154 kohta).

¹⁹ Ks. tuomio *TeliaSonera* (68 kohta) ja *Generics (UK)* (154 kohta).

²⁰ Tuomio *Post Danmark II* (65 kohta).

²¹ Tuomio *TeliaSonera* (64 ja 66 kohta).

menettelyjä pidetään SEUT 102 artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä. On siten erotettava toisistaan syrjäyttämisen riski ja kilpailunvastaisen syrjäyttämisen riski, koska ainoastaan tämä jälkimmäinen kuuluu SEUT 102 artiklan soveltamisalaan.²²

44. Kuten unionin tuomioistuin on nimittäin todennut tuomiossa Intel, ”SEUT 102 artiklan tavoitteena ei ole estää yritystä hankkimasta omilla ansioillaan määräävää asemaa markkinoilla. Mainitun määräyksen tarkoituksena ei ole myöskään taata, että kilpailijat, jotka ovat vähemmän tehokkaita kuin määräävässä markkina-asetuksessa oleva yritys, pysyvät markkinoilla. - - Näin ollen *kaikki markkinoilta syrjäyttäminen ei välttämättä rajoita kilpailua*. [Ansioiden perustuva kilpailu] voi jo määritelmänsä mukaan johtaa siihen, että *vähemmän tehokkaat ja siis erityisesti hintojen, valikoiman, laadun tai innovaatioiden osalta kuluttajille vähemmän kiinnostavat kilpailijat häviävät markkinoilta tai joutuvat vähäpätöiseen asemaan*”.²³ Yritys voi näin ollen vapaasti osoittaa, että sen käytäntö on objektiivisesti (taloudellisesti) perusteltu, vaikka sillä onkin syrjäyttävä vaikutus, kaikkien asiassa merkityksellisten olosuhteiden perusteella,²⁴ tai että vaikutukset voidaan tasoittaa tai jopa ylittää tehokkuuseduilla, jotka koituvat myös kuluttajan eduksi.²⁵ Tällainen riidanalaisen menettelytavan kilpailulle hyödyllisten ja haitallisten vaikutusten punninta voidaan tehdä vasta sen jälkeen, kun on analysoitu kyseessä olevaan menettelytapaan erottamattomana osana kuuluva kyky syrjäyttää markkinoilta vähintään yhtä tehokkaat kilpailijat.²⁶

45. Unionin tuomioistuimen päättely perustuu näin ollen siihen, että jos kaikkea menettelyä, jolla on (tosiasiallinen tai mahdollinen) syrjäyttävä vaikutus, pidettäisiin automaattisesti kilpailunvastaisena ja siten SEUT 102 artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä, tämä artikla muodostaisi keinon suojella heikompia ja tehottomampia yrityksiä eikä sillä suojeltaisi mitenkään ansiokkaimpia yrityksiä, jotka edistävät markkinoiden kilpailukykyä.

46. Edellä esitetyn arvioinnin perusteella on katsottava, että jotta syrjäyttävän käytännön kaltaista menettelyä pidettäisiin SEUT 102 artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä, sen tulee olla kilpailuvastainen siten, että se on omiaan aiheuttamaan (tosiasiallisen tai mahdollisen) rajoittavan vaikutuksen markkina-alallaan. Tämän menettelyn kilpailunvastaisen luonteen arvioimiseksi on kuitenkin selvitettävä, onko määräävässä markkina-asetuksessa oleva yritys käyttänyt muita kuin ”normaaliin” kilpailuun kuuluvia kilpailukeinoja. Nimenomaan tämä arviointi on kolmannen ja neljännen osan kohteena.

3. Kolmas osa

47. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin esittää kolmannessa osassa metodologisen kysymyksen siitä, onko velvollisuutta osoittaa, että määräävässä markkina-asetuksessa oleva yritys on käyttänyt muita kuin ”normaaliin” kilpailuun kuuluvia kilpailukeinoja, pidettävä ”täydentävänä lainvastaisuutena” kilpailunvastaisen syrjäyttävän vaikutuksen osoittamisessa siten, että ”kilpailun rajoittamiskyky” ja ”muiden kuin normaaliin kilpailuun kuuluvien kilpailukeinojen käyttö” ovat erillisiä vaatimuksia, joiden tulee täytyä väärinkäytön toteamiseksi.

²² Ks. tältä osin komission tiedonanto ”Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa [EY] 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen” (EUVL 2009, C 45, s. 7, jäljempänä ohjeet), 19 kohta.

²³ Tuomio Intel (133 ja 134 kohta, kursivointi tässä). Ks. vastaavasti tuomio Post Danmark I (21-23 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

²⁴ Ks. tuomio TeliaSonera (75 ja 76 kohta) ja tuomio Intel (140 kohta).

²⁵ Ks. tuomio 15.3.2007, British Airways v. komissio (C-95/04 P, jäljempänä British Airways, EU:C:2007:166, 86 kohta); tuomio Post Danmark I (40 ja 41 kohta) ja tuomio Intel (140 kohta).

²⁶ Tuomio Intel (140 kohta).

48. Totean tältä osin, että pääasian asianosaisten, hallitusten ja komission näkemykset eroavat toisistaan.²⁷ Mielestäni kuitenkin sen osoittamista, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys on käyttänyt ”normaalista” kilpailusta poikkeavia kilpailukeinoja, ei ole pidettävä edellytyksenä, jota olisi tarkasteltava erillään menettelyn kilpailua rajoittavasta vaikutuksesta.

49. Kuten tämän ratkaisuehdotuksen 44 kohdasta ilmenee, yrityksen menettelyn arvioinnilla on nimittäin keskeinen asema vaikutusten luonnehtimisessa kilpailunvastaisiksi. Näitä kahta seikkaa on näin ollen tarkasteltava yhdessä ja samassa arvioinnissa. Tarkemmin katsottuna tarkasteltaessa sitä, rajoittaako syrjäyttävä vaikutus (tosiasiallisesti tai mahdollisesti) kilpailua, on tutkittava myös sitä, kuuluvatko keinot ”normaaliin” kilpailuun. Jotta voidaan todeta, kuuluvatko keinot normaaliin kilpailuun, on tarkasteltava myös sitä, saattavatko menettelytavat aiheuttaa syrjäyttävän vaikutuksen eli johtaa (tosiasialliseen tai mahdolliseen) syrjäyttävään vaikutukseen näillä markkinoilla. Menettelyn luonnehtimista ”kilpailunvastaiseksi” ei tulisi nimittäin tarkastella erillään tämän menettelyn vaikutuksista. Kyseiset kaksi edellytystä liittyvät siten erottamattomasti toisiinsa, ja niitä on arvioitava siten, että kaikki kyseiseen menettelyyn liittyvät merkitykselliset tosiseikat otetaan huomioon.²⁸

50. Tästä voidaan päätellä, että menettelytavan kyky aiheuttaa kilpailunvastainen vaikutus ja normaaliin kilpailuun kuulumattomien keinojen käyttö ovat edellytyksiä, joita on tarkasteltava samassa arvioinnissa, jossa ratkaistaan, onko tätä menettelytapaa pidettävä väärinkäyttönä.

51. Käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisupyynnössä esitetystä tosiseikoista ilmenee, että kilpailuviranomainen katsoo, että ENEL-konsernin kyseisellä menettelyllä on kilpailua rajoittava vaikutus, koska valittajien soveltamalla strategialla pyrittiin lähinnä estämään EE:n kilpailijoiden pääsy vapaille markkinoille tai vaikeuttamaan sitä. Edellä esitetyn arvioinnin mukaisesti ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä on tutkia, oliko väitetysti tämän strategian mukainen menettely omiaan ainakin mahdollisesti johtamaan EE:n kilpailijoiden syrjäyttämiseen markkinoilta, arvioida, oliko tämä syrjäyttävä vaikutus omiaan vahingoittamaan kilpailua, ja todeta, kuuluiko tämä menettely ”normaaliin” kilpailuun vai ei.

4. Neljäs osa

52. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää neljännessä osassa unionin tuomioistuinta lähinnä tekemään rajanvedon ”normaaliin” kilpailuun kuuluvien ja kuulumattomien menettelyjen välillä. Tämän kysymyksen ytimenä on näin ollen se, mikä on SEUT 102 artiklassa tarkoitettua väärinkäyttöä, ja sillä pyritään määrittämään, onko pääasiassa kyseessä oleva menettely tällaista väärinkäyttöä.

53. Aluksi on täsmennettävä, että viitattaessa ”normaaliin kilpailuun” ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin käyttää unionin tuomioistuimen toistuvasti käyttämää ilmaisua.²⁹ Huomautan kuitenkin, että adjektiivia ”normaali” on tulkittava samassa merkityksessä kuin tämän kilpailun

²⁷ SEN, EE ja komissio esittävät huomautuksissaan, että tähän kysymykseen olisi vastattava siten, että (mahdollinen) rajoittava vaikutus ei ole sinänsä riittävää menettelytavan luonnehtimiseksi SEUT 102 artiklassa tarkoitetuksi väärinkäytöksi ja että edellytetään täydentävää lainvastaisuutta, joka perustuu muiden kuin normaaliin ansioihin perustuvaan kilpailuun kuuluvien keinojen käyttöön. Kilpailuviranomainen, AIGET, Green Network sekä Italian ja Norjan hallitukset ovat sitä vastoin yhtä mieltä siitä, että määräävän markkina-aseman väärinkäytön käsite ei edellytä näyttöä erityisestä lainvastaisuudesta tämän yrityksen menettelyn tosiasiallisen tai mahdollisen rajoittavan vaikutuksen lisäksi.

²⁸ Ks. vastaavasti tuomio *Post Danmark II* (29 kohta) ja *Generics (UK)* (151 ja 154 kohta).

²⁹ Tuomio *Hoffmann-La Roche* (91 kohta) ja tuomio *Deutsche Telekom II* (41 kohta).

kuvaamiseksi käytettyjä muita ilmaisuja, kuten ”vilpitön kilpailu”,³⁰ ”tehokkuuteen perustuva kilpailu”³¹ ja ”ansioihin perustuva kilpailu”,³² jota ehdotan käytettäväksi jäljempänä.³³ Nämä lukuisat ilmaiset osoittavat, että väärinkäytön määrittäminen on objektiivisesti ongelmallista. Sellaisten normien muotoilu, joiden avulla voidaan erottaa selvästi menettelyt, jotka ovat kilpailun kannalta moitittavia ja siten väärinkäyttöä, ei nimittäin ole ilmeistä eikä intuitiivista. Tämä monimuotoisuus liittyy väistämättä objektiiviseen vaikeuteen erottaa etukäteen menettely, joka kuuluu ankaraan mutta lailliseen kilpailuun, kilpailunvastaisesta menettelystä.³⁴

54. Unionin lainsäätäjät on epäilemättä tietoisena tästä vaikeudesta sisällyttänyt SEUT 102 artiklaan väärinkäytönä pidettävien menettelytapojen ohjeellisen luettelon, jossa ei luetella kaikkia unionin oikeudessa kiellettyjä määräävän markkina-aseman väärinkäyttömuotoja,³⁵ jotta tämän artiklan soveltamista voidaan mukauttaa erilaisten kaupallisten menettelyjen osalta ajan myötä. Pääasiassa kyseessä olevan kaltainen menettelytapa, jota ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on kuvannut ”epätyyppilliseksi” ja joka ei liity tiettyyn SEUT 102 artiklassa lueteltuun menettelytapaan, voi sekin näin ollen puolestaan merkitä väärinkäyttöä. Siltä osin kuin arviointi tehdään menettelyn kilpailuvaikutusten - eikä sen muodon - perusteella, kilpailuviranomaisen on arvioitava tiukasti kaikkia merkityksellisiä tosiseikkoja nojautumatta oletuksiin,³⁶ jolloin ”tyypillistä” tai ”epätyyppillistä” luonnetta ei ole pidettävä ratkaisevana.

55. Ansioihin perustuvan kilpailun käsite, joka ei liity tietynlaiseen menettelytapaan, on siten abstrakti eikä sitä ei voida määrittää siten, että sen perusteella voitaisiin etukäteen määrittää, onko tietty menettely tällaista kilpailua vai ei. Unionin tuomioistuin on nimittäin sulkenut pois käsitteen, jonka mukaan tietty menettelytapa merkitsisi ”väärinkäyttöä itsessään” (per se), eli jo luonnostaan väärinkäyttöä merkitsevien käytäntöjen olemassaolon niiden kilpailunvastaisesta vaikutuksesta riippumatta.³⁷ Ansioihin perustuvan kilpailun käsite ilmentää näin ollen talousihannetta, jonka taustalla on unionin kilpailuoikeuden nykyinen suuntaus, joka puoltaa menettelytavan kilpailunvastaisten vaikutusten tarkastelua (effects-based approach) niiden muodon sijasta (form-based approach).³⁸

³⁰ Ks. tuomio 14 .2.1978, United Brands ja United Brands Contineental v. komissio (27/76, jäljempänä tuomio United Brands, EU:C:1978:22, 189 kohta) ja tuomio 1.4.1993, BPB Industries ja British Gypsum v. komissio (T-65/89, EU:T:1993:31, 94 kohta).

³¹ Tuomio 1.4.1993, BPB Industries ja British Gypsum v. komissio (T-65/89, EU:T:1993:31, 113 kohta) ja tuomio 7.10.1999, Irish Sugar v. komissio (T-228/97, EU:T:1999:246, 111 kohta).

³² Ilmaisu, jota unionin tuomioistuin käytti alun perin tuomiossa AKZO (70 kohta). Ks. äskettäin tuomio Deutsche Telekom I (83, 176 ja 177 kohta) ja tuomio Intel (135 ja 136 kohta).

³³ ”Normaali” kilpailu on termi, joka voi aiheuttaa sekaannusta, koska tavallisesti laillisina pidettävillä tavanomaisilla ja hyvien tapojen mukaisilla menettelytavoilla, jotka voidaan katsoa ”normaaleiksi”, voidaan kuitenkin rikkoa SEUT 102 artiklaa, jos ne toteutetaan määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toimesta tällä viimeksi mainitulla olevan ”erityisen velvollisuuden” vuoksi (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 58 ja 59 kohta).

³⁴ Esimerkiksi alhaisten hintojen soveltaminen, jos nämä hinnat ovat riittävän alhaisia, on omiaan sulkemaan pois kilpailijan mutta olisi kilpailun tavoitteiden mukaista, koska se hyödyttää kuluttajia. Hinta voi kuitenkin olla niin alhainen, että sitä on pidettävä saalistushintana ja siten mahdollisesti kuluttajan kannalta haitallisena pitkällä ajanjaksolla kilpailijan tultua pois suljetuksi.

³⁵ Tuomio Continental Can (26 kohta), tuomio Deutsche Telekom I (173 kohta) ja tuomio TeliaSonera (26 kohta).

³⁶ Tietojeni mukaan ainoastaan yhdenlaisen menettelyn eli yksinomaisten uskollisuuslennusten tai toisin sanottuna hyvitysten, joiden myöntäminen edellyttää sitä, että asiakas – riippumatta ostopensa rahallisesta arvosta – hankkii kaikki tarvitsemansa tuotteet tai huomattavan osan niistä kyseiseltä määräävässä asemassa olevalta yritykseltä, osalta on olemassa kilpailun rajoittamista koskeva yksinkertainen oletama, joka johtaa todistustaakan kääntymiseen (ks. tuomio Intel, 137 kohta).

³⁷ Ks. vastaavasti tuomio AstraZeneca (106 kohta).

³⁸ Vaikutuksiin perustuvan lähestymistavan (effects-based approach) soveltamista koskevan yleiskatsauksen osalta kilpailuoikeudessa ks. Bourgeois, J. ja Waelbroeck, D., *Ten years of effects-based approach in EU competition law: state of play and perspectives*, Bruylant, 2013 ja Ibáñez Colomo, P., *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, Journal of Competition Law & Economics, osa 17, nro 2, 2021, s. 309-363.

56. Tästä seuraa, että kysymys siitä, kuuluuko tiettyyn syrjäyttävään käytäntöön keinoja, jotka ovat ansioihin perustuvan kilpailun mukaisia, liittyy tiukasti tämän käytännön tosiseikkoihin sekä oikeudelliseen ja taloudelliseen asiayhteyteen. Määräävässä asemassa olevalle yritykselle kuuluvan erityisen velvollisuuden aineellista soveltamisalaa on nimittäin tarkasteltava ottaen huomioon kunkin yksittäistapauksen erityiset olosuhteet.³⁹

57. Vaikka ansioihin perustuvan kilpailun käsite on luonteeltaan abstrakti, unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä voidaan yksilöidä yhteisiä tekijöitä. Ellei pääasiassa kyseessä olevan menettelyn arvioinnista, joka on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä, muuta johdu, katson, että seuraavat seikat voivat olla hyödyksi.

58. Totean ensinnäkin, että ”ansioihin perustuvaa kilpailua” on tulkittava läheisesti periaatteen, joka on niin ikään vahvistettu unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ja jonka mukaan määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on ”erityinen velvollisuus” olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua sisämarkkinoilla,⁴⁰ mukaisesti. Tämä erityinen velvollisuus ei kuitenkaan voi viedä tällaisessa määräävässä asemassa olevalta yritykseltä oikeutta suojella kaupallisia intressejään.⁴¹ Viittauksella ”muihin kuin ansioihin perustuvaan kilpailuun kuuluviin keinoihin” täsmennetään tältä osin tämän määräävässä asemassa olevalle yritykselle kuuluvan ”erityisen velvollisuuden” sisältöä ja määritetään sallittu toimintamarginaali.

59. Tästä ”erityisestä velvollisuudesta” seuraa loogisesti, että yritykselle, joka ei ole määräävässä markkina-asemassa, sallittua menettelyä voidaan pitää väärinkäyttönä, kun sen toteuttaa määräävässä markkina-asemassa oleva yritys, sen vaikutuksen vuoksi, joka kyseisen määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelyllä on merkityksellisillä markkinoilla. Yleisesti noudatettu menettelytapa tai tuotteiden tuotantoa ja jakelua normaalisti parantavat liiketoimet, joilla on kilpailua tervehdyttävä vaikutus, voivat nimittäin rajoittaa tätä kilpailua, kun niitä toteuttaa yritys, jolla on määräävä asema.⁴²

60. Korostan tältä osin käsiteltävässä asiassa, että ”erityinen velvollisuus” koskee kaikkia määräävässä asemassa olevia yrityksiä, mukaan luettuina ENEL:n kaltaiset perinteiset toimijat, jotka olivat aiemmin monopoliasemassa, tai SEN:n kaltaiset toimijat, jotka hoitavat julkisen palvelun velvoitteita. Kuten unionin tuomioistuin on nimittäin todennut, ”yrityksen määräävän aseman toteaminen ei sellaisenaan ole kyseisen yrityksen kannalta syytös, vaan se merkitsee ainoastaan, että kyseisellä yrityksellä on erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua yhteismarkkinoilla, *riippumatta siitä, mihin tämä asema perustuu*”.⁴³ Markkinoiden vapauttamisen yhteydessä ENEL-konserni kuuluu näin ollen SEUT 102 artiklan ja varsinkin ”erityisen velvollisuuden” soveltamisalaan samoin kuin muut yritykset.

61. Kuten tämän ratkaisuehdotuksen 55 kohdasta toiseksi ilmenee, määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelyn muotoa tai tyyppiä ei sinänsä ole pidettävä ratkaisevana. Merkitystä on sillä, voiko kyseinen menettely johtaa kilpailun rajoittumiseen tai onko se omiaan vaikuttamaan sillä

³⁹ Tuomio 14.11.1996, Tetra Pak v. komissio (C-333/94 P, EU:C:1996:436, 24 kohta) ja tuomio 16.3.2000, Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio (C-395/96 P ja C-396/96 P, EU:C:2000:132, 114 kohta).

⁴⁰ Tuomio Michelin I (57 kohta); tuomio Post Danmark I (21-23 kohta) ja tuomio Intel (135 kohta).

⁴¹ Tuomio United Brands (189 kohta).

⁴² Ks. vastaavasti tuomio 30.9.2003, Atlantic Container Line ym. v. komissio (T-191/98 ja T-212/98-T-214/98, EU:T:2003:245, 1124 ja 1460 kohta) ja tuomio 23.10.2003, Van den Bergh Foods v. komissio (T-65/98, EU:T:2003:281, 159 kohta).

⁴³ Tuomio Michelin I (57 kohta, kursivointi tässä).

tavoin.⁴⁴ Menettelyä, joka poikkeaa selvästi tavanomaisista käytännöistä markkinoilla, voidaan kuitenkin pitää merkityksellisenä tosiseikkana väärinkäytön arvioinnissa (esimerkiksi samalla tavoin kuin aikomuksen olemassaoloa koskevaa näyttöä⁴⁵).

62. Huomautan kolmanneksi – pyrkimättä tyhjentyvyyteen – että menettelylle, joka ei kuulu ansioihin perustuvan kilpailun käsitteen alaan, on yleensä ominaista se, ettei se perustu ilmeisiin taloudellisiin⁴⁶ tai objektiivisiin⁴⁷ syihin. Ansioihin perustuvaan kilpailuun kuuluvina pidetään esimerkiksi käytäntöjä, joilla alennetaan määrävässä asemassa olevan yrityksen kustannuksia parantamalla tehokkuutta toisella tavalla tai joista seuraa kuluttajien valinnanmahdollisuuksien lisääntyminen tuomalla markkinoille uusia tuotteita taikka lisäämällä jo tarjolla olevien tuotteiden määrää tai parantamalla niiden laatua. Jos menettelylle ei sitä vastoin ole mitään muita perusteita kuin kilpailijan vahingoittaminen, se ei välttämättä kuulu ansioihin perustuvaan kilpailuun.⁴⁸

63. Huomautan neljänneksi, että sovellettaessa SEUT 102 artiklaa syrjäyttävien käytäntöjen yhteydessä ansioihin perustuva kilpailu merkitsee yleisesti kilpailutilannetta, jossa kuluttajat hyötyvät kilpailusta, sillä sen myötä hinnat alenevat, laatu paranee ja saatavilla on laajempi valikoima uusia tai parannettuja tuotteita ja palveluja.⁴⁹

64. Käsiteltävässä asiassa energiamarkkinoiden vapauttamisen varsinaisena tarkoituksena on kuitenkin avata nämä markkinat kilpailulle, jotta kuluttajat nimenomaan hyötyvät kilpailusta, olipa kysymys palvelujen hintojen tasosta tai palvelujen laadusta taikka laajemmasta valikoimasta. Tällaisessa prosessissa aikaisemman toimijan toiminta ei saa olla sellaista, että sillä estetään tai vaikeutetaan kilpailijoiden pääsyä markkinoille, sillä kilpailijoiden on voitava toimia yhdenvertaisesti vapailla markkinoilla. Unionin tuomioistuimien on nimittäin todennut, että vääristymätön kilpailu voidaan taata ainoastaan varmistamalla yhtäläiset mahdollisuudet eri taloudellisten toimijoiden välillä.⁵⁰

65. Tässä yhteydessä tulee esiin kysymys siitä, voiko ENEL-konserni, joka oli monopoliasemassa asiakaskunnan osalta suojelluilla markkinoilla, laillisesti pyrkiä säilyttämään tämän asiakaskunnan samassa konsernissa huolimatta näiden markkinoiden vapauttamisprosessista. Mielestäni tähän kysymykseen täytyy vastata myöntävästi.

66. Kuten edellä tämän ratkaisuehdotuksen 44 kohdassa on nimittäin todettu, SEUT 102 artiklan tarkoituksena ei mitenkään ole estää yritystä hankkimasta tai säilyttämästä ansioihin perustuvalla kilpailulla määrävää markkina-asemaa markkinoilla. Tästä seuraa, että myös perinteisten toimijoiden on tullessaan vapaan kilpailun piiriin voitava pyrkiä voittojensa optimointiin varsinkin säilyttämällä asiakaskuntansa. Asiakaskunnan saavuttaminen on nimittäin olennainen osa normaalia kilpailua. ENEL-konserni oli näin ollen täysin oikeutettu tai sen jopa oletettiin soveltavan käytäntöjä, joilla pyritään parantamaan sen tuotteita ja palveluita, jotta se pysyisi kilpailukykyisenä ja säilyttäisi asiakaskuntansa. Mielestäni vaikuttaisi siten olevan täysin normaalin kilpailun mukaista, että ENEL:n kaltainen määrävässä asemassa oleva yritys pyrkii

⁴⁴ Tuomio 19.4.2012, Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, jäljempänä tuomio Tomra, EU:C:2012:221, 68 kohta.).

⁴⁵ Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 128 kohta.

⁴⁶ Tuomio TeliaSonera (88 kohta) ja tuomio AKZO (71 kohta).

⁴⁷ Ks. vastaavasti tuomio AstraZeneca (130 kohta).

⁴⁸ Tuomio 18.11.2020, Lietuvos geležinkeliai v. komissio (T-814/17, EU:T:2020:545, 292-299 kohta.)

⁴⁹ Ks. tältä osin ohjeet, 5 kohta.

⁵⁰ Tuomio Deutsche Telekom I (230 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Tämä on syy sille, miksi perinteisen toimijan pilkkomismenettelyssä on olennaista erottaa tiukasti monopoliin liittyvät toiminnot ja vapaisiin markkinoihin liittyvät toiminnot, ja tällaisen erottelun on oltava oikeudellinen, aineellinen, kirjanpidollinen, rahoituksellinen ja kaupallinen.

säilyttämään asiakaskuntansa myös markkinoiden vapauttamisen yhteydessä. Asiakaskunnan säilyttämiseen tähtäävän strategian soveltamista ei näin ollen voida sellaisenaan pitää SEUT 102 artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä.

67. Tässä yhteydessä näyttäisi mielestäni siltä, että tietojen kerääminen asiakassuhteiden hoidon yhteydessä on lähtökohtaisesti täysin ”normaalia” hyödyntämistä tavanomaisessa kilpailussa. Tällaisen hyödyntämisen yhteydessä ENEL:llä on kuitenkin määräävän asemansa vuoksi ”erityinen velvollisuus” käyttää ansioihin perustuvaan kilpailuun perustuvia kilpailumenetelmiä, joista ei seuraa markkinoiden jakautumista. ENEL ei saa näin ollen toteuttaa sellaisia käytäntöjä, joilla on monopoliasemaan perustuvien etujen johdosta markkinoilta syrjäyttävä vaikutus suhteessa sen uusiin kilpailijoihin, jotka ovat vähintäänkin yhtä tehokkaita kuin se itse.⁵¹

68. Tältä osin on mielestäni arvioitava viidenneksi kilpailijoiden mahdollisuuksia matkia määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelyä. Tällä arvioinnilla on merkitystä tarkasteltaessa sitä, kuuluuko kyseinen menettelytapa ansioihin perustuvaan kilpailuun, ja näin ollen sitä, onko se luonteeltaan kilpailua rajoittava.

69. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä mielestäni nimittäin vahvistetaan, että määräävässä asemassa olevan yrityksen syrjäyttäviä käytäntöjä, jotka ovat yhtä tehokkaiden kilpailijoiden toistettavissa, ei lähtökohtaisesti ole pidettävä käytäntöinä, jotka voivat aiheuttaa kilpailuvastaisen syrjäyttävän vaikutuksen, ja ne kuuluvat siten ansioihin perustuvaan kilpailuun.⁵²

70. Yhtäältä syrjäyttävien hinnoittelukäytäntöjen – kuten uskonnollisuusalennusten, valikoivista hinnoista tai saalistushinnoista muodostuvien hinnoittelukäytäntöjen ja hintaruuvien⁵³ – osalta tällaista toistettavuutta arvioidaan pääsääntöisesti, vaikkakaan ei välttämättä, ”yhtä tehokasta kilpailijaa” koskevan arviointiperusteen nojalla.⁵⁴ Tätä arviointiperustetta koskevat erityisedellytykset riippuvat kyseisen menettelytavan luonteesta, mutta yhteisenä tekijänä on tarkastelu, joka koskee sitä, onko hinnoittelukäytäntö taloudellisesti kannattava määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailijalle käyttäen vertailukohtana lähtökohtaisesti ja ensisijaisesti määräävässä asemassa olevan yrityksen hintojen ja kustannusten suhdetta.⁵⁵ Tämä arviointiperuste koskee toisin sanoen sen yksilöimistä, onko tämä menettely yhtä tehokkaan kilpailijan toistettavissa asettamalla määräävässä asemassa oleva yritys yhtä tehokkaan kilpailijan asemaan sen arvioimiseksi, kohdistuisiko siihen kyseisen menettelytavan johdosta syrjäyttävä

⁵¹ Tuomio Intel (136 kohta).

⁵² Tämä sääntö ei ole kuitenkaan ehdoton, koska on olemassa tilanteita, joissa yhtäältä menettely, jota yhtä tehokas kilpailija ei voi toistaa, kuuluu kuitenkin ansioihin perustuvaan kilpailuun (ks. esim. kieltäytyminen toimittamasta olennaisia tuotantopanoksia asiakkaalle, joka ei voi maksaa asianmukaista korvausta, tai tutkimukseen ja kehitystyöhön liittyvä toiminta, jonka nojalla yritys voi patentoida ja hyödyntää ainutlaatuisia keksintöjä, joka ei ole toistettavissa). Toisaalta tietyissä erityistapauksissa menettely, joka on yhtä tehokkaan kilpailijan toistettavissa, ei välttämättä kuulu ansioihin perustuvaan kilpailuun (ks. esim. väärin ilmoitusten antaminen viranomaisille (tuomio AstraZeneca (18 kohta)).

⁵³ Tuomio Post Danmark II (55 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

⁵⁴ Ks. tältä osin ohjeet, 23-27 kohta. Unionin tuomioistuin on katsonut, ettei ole oikeudellista velvoitetta nojautua systemaattisesti yhtä tehokkaan kilpailijan kriteeriin, jotta käytäntöä voitaisiin pitää väärinkäyttöluonteisena, vaan että tämä kriteeri on yksi näistä välineistä. Tämän kriteerin soveltamisella ei nimittäin olisi merkitystä, kun markkinoiden rakenne on sellainen, että yhtä tehokkaan kilpailijan ilmaantuminen on käytännössä mahdotonta, kuten yhtäältä tapauksessa, jossa laillisen monopolin haltijalla on erittäin suuri markkinaosuus, ja toisaalta tapauksessa, jossa markkinoille pääsyä suojataan merkittävillä esteillä (tuomio Post Danmark II (57-61 kohta)).

⁵⁵ Tuomio Post Danmark II (53 kohta). Kilpailijoiden kustannuksilla ja hinnoilla samoilla markkinoilla voi olla merkitystä, kun tosiseikat huomioon ottaen määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen hintoja ei voida käyttää vertailukohteena muun muassa silloin, kun määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kustannusrakennetta ei voida selvittää objektiivisista syistä (tuomio TeliaSonera (45 kohta)).

vaikutus. Tällainen arviointiperuste on myös oikeusvarmuuden yleisen periaatteen mukainen, sillä määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi etukäteen arvioida menettelyn laillisuuden omien kustannustensa perusteella.⁵⁶

71. Siltä osin kuin on toisaalta kyse muuhun kuin hinnoitteluun liittyvistä syrjäyttävistä käytännöistä – kuten esimerkiksi toimituksesta kieltäytymisestä – oikeuskäytännössä vahvistetaan toisintamisen kriteerin merkityksellisyys, koska määräävässä asemassa olevan yrityksen päätöstä varata oma jakeluverkostonsa itselleen ei ole pidettävä SEUT 102 artiklan vastaisena toimituksesta kieltäytymisenä, kun kilpailijan on mahdollista luoda toinen vastaavanlainen jakeluverkosto. Väärinkäytöstä ei toisin sanoen ole kyse silloin, kun tuotantopanos, jonka toimittamisesta määräävässä asemassa oleva yritys on kieltäytynyt, on yhtä tehokkaiden kilpailijoiden toistettavissa, koska ne voivat ostaa nämä tuotantopanakset muilta toimittajilta tai kehittää ne itse.⁵⁷ Samoin kytkeytyksen ja yhdistettyjen tarjousten (tying and mixed bundling) osalta tuotteen toisintamisella on erityistä merkitystä ratkaistaessa, onko kyse mahdollisesta tai tosiasiallisesta kilpailunvastaisesta syrjäyttämisestä.⁵⁸

72. Pääasiassa kyseessä olevassa menettelyssä ei käsiteltävässä asiassa ole kilpailuviranomaisen mukaan kyse hinnoittelukäytännöstä vaan laittomasta monitahoisesta strategiasta, jolle on ominaista tietojen, jotka olivat ENEL-konsernin käytettävissä sen aikaisemman lakisääteisen monopoliaseman johdosta, hyväksikäyttö. Näyttäisi näin ollen siltä, että tämä menettelytapa ei liity syrjäyttävän hinnoittelun teoriaan ja että lakisääteisen monopoliaseman vuoksi kilpailijoilla ei objektiivisesti ollut mahdollisuutta toisintaa valittajien soveltamaa strategiaa ennen markkinoiden vapauttamista. Tästä seuraa, ettei yhtä tehokasta kilpailijaa koskeva arviointiperuste selvästikään ole asianmukaisin kriteeri arvioitaessa sitä, voivatko yhtä tehokkaat kilpailijat matkia määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelyä.

73. Yhtä tehokasta kilpailijaa koskevan arviointiperusteen - jolla pyritään lähinnä arvioimaan, onko määräävässä asemassa oleva yritys voinut ennakoita käytettävissään olevien tietojen perusteella, olisiko kilpailija voinut tästä menettelystä huolimatta toimia taloudellisesti kannattavalla tavalla ja pysyä kilpailukykyisenä markkinoilla - taustalla oleva logiikka on mielestäni kuitenkin yhä merkityksellinen. Tämän arvioinnin mukaiseen logiikkaan perustuvalla arviointiperusteella pyritään selvittämään, olisivatko kilpailijat, niiden tietojen perusteella, jotka määräävässä asemassa olevalla yrityksellä oli oletettavasti käytettävissään, voineet saada haltuunsa taloudellisesti kannattavalla tavalla luettelot, jotka olivat yhtä hyödyllisiä kuin SEN:n luettelot. Tämä lähestymistapa vastaa myös merkitystä, joka toisintamista koskevalla kriteerillä on muuhun kuin hinnoitteluun liittyvien syrjäyttävien käytäntöjen yhteydessä.

74. Katson näin ollen, että se, ettei kilpailijoilla ollut objektiivisesti mahdollisuutta toisintaa täsmälleen samaa ENEL:n strategiaa, ei ole esteenä sille, että tarkastellaan yhtä tehokkaiden kilpailijoiden tosiasiallisia mahdollisuuksia toisintaa määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelytapoja taloudellisesti kohtuullisilla edellytyksillä ja hyväksyttävässä ajassa esimerkiksi käyttämällä luetteloita, jotka olivat riidattomasti saatavilla markkinoilla ja jotka sisälsivät samankaltaisia tietoja kuin SEN:n luettelot. Tässä tarkastelussa voidaan nähdäkseni todeta, saattoiko ENEL-konsernin menettely mahdollisesti aiheuttaa kilpailunvastaisia syrjäyttäviä vaikutuksia vai ei ja oliko se näin ollen ansioihin perustuvan kilpailun mukainen.

⁵⁶ Tuomio TeliaSonera (42-44 kohta).

⁵⁷ Tuomio 26.11.1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, 44 ja 45 kohta).

⁵⁸ Ks. ohjeet, 54 ja 61 kohta.

75. Tällaisessa tarkastelussa, jonka tekeminen on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä, seuraavilla seikoilla on erityistä merkitystä.

76. On arvioitava ensinnäkin pienellä viipeellä SEN:n luetteloiden merkitystä kilpailun näkökulmasta. Huomautan tältä osin, että asiakaskuntaa koskevien tietojen saamisesta on erityistä etua markkinoiden vapauttamisprosessissa niin abstraktilla tasolla, koska niiden avulla saadaan parempi tuntemus näistä markkinoista, kuin konkreettisella tasolla, koska niiden avulla tämä asiakaskunta voidaan tavoittaa ja sille voidaan esittää tarjouksia ennen muita toimittajia. Näiden tietojen merkitystä on kuitenkin hieman lievennettävä, koska ei pidä unohtaa sitä, että mahdollisuus ottaa yhteyttä asiakkaaseen tarvittaessa tarjouksen tekemiseksi ei välttämättä merkitse tämän asiakaskunnan asiakkuuden varmistamista, koska yhtäältä kyseinen asiakaskunta ei välttämättä hyväksy tällaisia tarjouksia⁵⁹ ja toisaalta mikään ei ole esteenä sille, että asiakkaat hyväksyvät myöhemmin muiden toimittajien tarjouksia, etenkin, jos ensimmäinen tarjous ei ole näitä asiakkaita tietyn ajan sitova. Muistutan kuitenkin, että kilpailunvastaisilla vaikutuksilla tulee olla syy-yhteys kyseiseen menettelytapaan, koska ne täytyy voida lukea määräävässä asemassa olevan yrityksen syyksi eivätkä ne saa olla luonteeltaan pelkästään hypoteettisia.⁶⁰

77. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on toiseksi väistämättä selvitettävä, oliko SEN:n luettelot tosiasiallisesti annettu syrjivällä tavalla kilpailijoiden käytettäväksi sekä käytännön tasolla että hinnoittelun osalta, mikä merkitsisi lähinnä EE:tä suosivaa käytäntöä. Tässä samassa yhteydessä on mielestäni merkityksellistä tarkastella sitä, pysyikö SEN suostumusta syrjimättömästi ja avoimesti siltä osin kuin oli kyse siitä, mitä konkreettisia seurauksia tällä oli erityisesti olemassa olevan toimitussuhteen säilymisen osalta ja siltä osin kuin oli kyse mahdollisuuksista vastaanottaa toimitusta koskevia tarjouksia EE:n kilpailijoilta. Tällaisen syrjinnän paljastuminen voisi tukea kilpailuviranomaisen kantaa, jonka mukaan ENEL:n käyttäytyminen ei ollut ansioihin perustuvan kilpailun mukaista, koska eri taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisia mahdollisuuksia ei varmistettu.⁶¹

78. Katson kolmanneksi, että menettelyn syrjäyttävän luonteen arvioinnista riippumatta ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tarkasteltava myös sitä, olivatko SEN:n luettelot toisinnettavissa. Vaikka EE:n kilpailijat eivät voineet varmastikaan toisintaa näiden luetteloiden täsmällistä sisältöä, koska nämä luettelot oli kerätty SEN:n yleisen palvelun tehtävän yhteydessä, asiakirja-aineistosta ilmenee, että samankaltaisia tietoja sisältäviä luetteloita oli myös saatavilla Italian markkinoilla ja useat yritykset keskittyivät ammattimaisesti telemarkkinoinnissa käytettävien luetteloiden laatimiseen. Jos ilmenee, että vaihtoehtoisia luetteloita oli saatavilla, EE:n kilpailijat olisivat kuitenkin tosiasiallisesti voineet tehdä tällaisten luetteloiden avulla energiantoimitusta koskevia tarjouksia kohdennetusti suojeltujen markkinoiden asiakkaille. Katson, että tällaisessa tapauksessa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on vertailtava vaihtoehtoisia luetteloita SEN:n luetteluihin niiden saatavuuden, hinnan, sisällön ja maantieteellisen kattavuuden osalta arvioidakseen, olisiko kilpailija, huolimatta huomattavasti ENEL-konsernia pienemmästä taloudellisesta koostaan, voinut tosiasiallisesti tällaisia luetteloita käyttämällä kilpailla tehokkaasti taloudellisesti kannattavalla tavalla EE:n kanssa samasta kilpailun piiriin kuuluvasta suojeltujen markkinoiden asiakaskunnasta.

⁵⁹ Käsiteltävässä asiassa EE oli nimittäin saanut SEN:n luetteloita käyttämällä ainoastaan 0,002 prosenttia suojeltujen markkinoiden asiakkaista (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 22 kohta).

⁶⁰ Tuomio Post Danmark II (47 ja 65 kohta) ja tämän ratkaisuehdotuksen 41 kohta.

⁶¹ Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 64 kohta.

79. Jos ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo, että nämä vaihtoehtoiset luettelot antoivat samat mahdollisuudet kuin SEN:n luettelot, olettaen, että ENEL:llä täytyi olla näiden vaihtoehtoisten luetteloiden olemassaolo ja sisältö tiedossaan, näyttäisi mielestäni siltä, että voidaan katsoa, että mahdollinen riski, joka liittyi syrjäyttämiseen merkityksellisiltä markkinoilta, ei olisikaan johtunut ENEL:n toiminnasta vaan sen kilpailijoiden, jotka eivät ryhtyneet kilpailemaan tämän suojeltujen markkinoiden asiakaskunnan saamisesta, laiminlyönneistä. ENEL-konsernilla ei toisin sanoen olisi ollut SEN:n luetteloiden perusteella kilpailuviranomaisen toteamaa merkittävää kilpailuetua, koska ne olivat toisinnettavissa. Tällaisessa tapauksessa ei voitaisi osoittaa, että kyseisellä menettelyllä saatettiin rajoittaa kilpailua, joten pääasiassa kyseessä oleva menettely kuuluisi ansioihin perustuvaan kilpailuun.

80. Jos ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen arvioinnista ilmenee sitä vastoin, että näistä vaihtoehtoisista luetteloista saatava kaupallinen hyöty oli vähäisempi ja että ainoastaan SEN:n luettelot mahdollistivat esimerkiksi sen, että voitiin välittömästi yksilöidä, kuuluiko asiakas suojelluille markkinoille, vastuu (mahdollisesta) syrjäyttävästä vaikutuksesta kuuluisi lähtökohtaisesti ENEL:lle, joka - jos katsotaan, että se toimi syrjivästi eikä avoimesti - olisi tosiasiallisesti toiminut tavalla, joka ei kuulu ansioihin perustuvaan kilpailuun. On muistettava lisäksi, että se, että kilpailijat voivat rajoittaa ENEL:n menettelyn vaikutuksia ja kiertää ne käyttämällä vaihtoehtoisia luetteloita, ei sulje pois sitä, että ottaen huomioon ENEL:n markkinavoima kyseisellä menettelyllä saattoi olla kilpailunvastaisia vaikutuksia. Se, että vaihtoehtoisia luetteloita oli olemassa, on toisin sanoen varmasti merkityksellistä mutta ei sinänsä ratkaisevaa.

81. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että ensimmäiseen kysymykseen vastataan, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen menettelytapaa, riippumatta sen laillisuudesta muiden oikeudenalojen kuin kilpailuoikeuden kannalta, ei voida pitää SEUT 102 artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä yksinomaan sen vuoksi, että se saattoi aiheuttaa syrjäyttävän vaikutuksen merkityksellisillä markkinoilla, koska tällaista menettelytapaa ei voida rinnastaa vaikutukseltaan kilpailunrajoitukseen, jollei ole osoitettu, että tämä yritys on käyttänyt muita kuin ansioihin perustuvaan kilpailuun kuuluvia keinoja. Syrjäyttävä käytäntö, jonka kilpailijat voivat toisintaa taloudellisesti kannattavalla tavalla, ei ole lähtökohtaisesti sellainen menettelytapa, joka voi johtaa kilpailunvastaiseen markkinoilta syrjäyttämiseen, ja se kuuluu siten ansioihin perustuvaan kilpailuun.

B Toinen ennakkoratkaisukysymys

82. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää toisella kysymyksellään unionin tuomioistuinta täsmentämään lähinnä, onko SEUT 102 artiklan tarkoituksena suojella kuluttajia vai markkinoiden kilpailurakennetta ja annetun vastauksen perusteella määrittämään, mitä näyttöä on esitettävä, jotta käytäntö voidaan katsoa väärinkäytön luonteiseksi syrjäyttämiseksi.

1. Tutkittavaksi ottaminen

83. AIGET katsoo, ettei tätä kysymystä voida ottaa tutkittavaksi kahdella perusteella. Vastaus ilmenee yhtäältä selvästi unionin tuomioistuimen vakiintuneesta oikeuskäytännöstä. Tämä kysymys ei toisaalta ole merkityksellinen asian ratkaisemiseksi, koska kyseisellä menettelyllä oli vaikutusta sekä markkinoiden rakenteeseen eli kilpaileviin toimittajiin että kuluttajiin eli suojeltujen markkinoiden asiakkaisiin, jotka eivät voineet tehdä valintoja tarjottujen palveluiden välillä vapailla markkinoilla.

84. Nämä väitteet – edellyttäen, että unionin tuomioistuin päättää nimenomaisesti tutkia ne, vaikka tämän toisen ennakkoratkaisukysymyksen tutkimatta jättämistä ei ole muodollisesti pyydetty – on mielestäni hylättävä.

85. On yhtäältä muistettava, että vaikka jokin oikeuskysymys olisikin ratkaistu oikeuskäytännössä, kansallisilla tuomioistuimilla on nimittäin edelleen täysi vapaus saattaa asia unionin tuomioistuimen ratkaistavaksi, jos ne pitävät sitä tarkoituksenmukaisena.⁶² Siitä, että unionin tuomioistuin on jo aikaisemmin tulkinnut SEUT 102 artiklaa, ei siten voi sellaisenaan seurata käsiteltävässä asiassa esitettyjen kysymysten tutkimatta jättämistä. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa lisäksi, ettei vastaus ole ilmeinen, koska komissio, jonka mukaan SEUT 102 artiklan tarkoituksena on kuluttajien hyvinvoinnin edistäminen,⁶³ ja unionin tuomioistuin, jonka mukaan tämän artiklan tarkoituksena on kilpailurakenteen säilyttäminen riippumatta kuluttajille aiheutuvasta haitasta,⁶⁴ ovat esittäneet erilaisia tulkintoja.

86. Kysymysten merkityksellisyyden osalta on toisaalta palautettava mieleen, että yksinomaan kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on harkita, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi ja onko kysymyksillä merkitystä asian kannalta.⁶⁵ Käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on kuitenkin perustellut toisen kysymyksen tarpeellisuutta toteamalla lähinnä, että tähän kysymykseen annettava vastaus määrittää esitettävän näytön kohteen.⁶⁶ Tämä kysymys liittyy näin ollen mielestäni suoraan pääasian kohteeseen eikä se ole hypoteettinen.

2. Asiakysymys

87. Toisessa ennakkoratkaisukysymyksessä on kaksi osaa:

- ensimmäisessä osassa on tarkoitus määrittää SEUT 102 artiklassa suojattu intressi ja esitetään kaksi mahdollista vaihtoehtoista tavoitetta eli kuluttajien suojelun edistäminen tai markkinoiden kilpailurakenteen säilyttäminen ja
- toisessa osassa pyritään tekemään johtopäätöksiä siitä, mitä näiden kahden SEUT 102 artiklan tavoitteen yhteensovittamisesta seuraa näytön osalta.

a) Ensimmäinen osa

88. Ennen ensimmäisen osan asiakysymysten tarkastelua on esitettävä eräitä alustavia huomautuksia.

89. On todettava aluksi, että käsiteltävässä asiassa kysymys on syrjäyttämisestä, jolla pyritään muun muassa sulkemaan kilpailijat pois merkityksellisiltä markkinoilta, eikä hyväksikäytöstä, kuten muun muassa SEUT 102 artiklan a alakohdassa tarkoitettujen kohtuuttomien osto- tai

⁶² Tuomio 3.3.2020, Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139, 34 kohta).

⁶³ Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa tältä osin ohjeisiin, 19 kohta.

⁶⁴ Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin mainitsee tältä osin tuomion British Airways (66 ja 106 kohta), tuomion France Télécom (104-107 kohta) ja tuomion 6.10.2009, GlaxoSmithKline Services ym. v. komissio ym. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, jäljempänä tuomio GSK, EU:C:2009:610, 63 kohta).

⁶⁵ Ks. vastaavasti tuomio 23.1.2018, F. Hoffmann-La Roche ym. (C-179/16, EU:C:2018:25, 44 ja 45 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

⁶⁶ Ks. tarkemmin tämän ratkaisuehdotuksen 102 kohta.

myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen määräämisestä.⁶⁷ Nämä viimeksi mainitut käytännöt ovat suoraan haitallisia kuluttajien hyvinvoinnin kannalta (esimerkiksi liian korkeat hinnat), mutta ne eivät lähtökohtaisesti muuta markkinoiden rakenteita.⁶⁸

90. On muistettava seuraavaksi, että SEUT 102 artikla ilmentää SEUT 3 artiklan 1 kohdan b alakohdassa ilmaistua unionin toiminnalle asetettua yleistä tavoitetta eli sisämarkkinoiden toimintaa varten tarvittavien kilpailusääntöjen vahvistamista.⁶⁹ Tästä tavoitteesta muistutetaan sisämarkkinoista ja kilpailusta tehdyssä pöytäkirjassa (N:o 27), joka on EU-sopimuksen ja EUT-sopimuksen liitteenä ja joka SEU 51 artiklan nojalla on erottamaton osa tätä sopimusta.

91. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mainitsemat kaksi tavoitetta, jotka koskevat kuluttajien ja markkinoiden kilpailurakenteen suojaamista, kuuluvat tähän asiayhteyteen.

92. Unionin tuomioistuin on todennut ensimmäisen tavoitteen osalta, että SEUT 102 artikla kuuluu niihin kilpailusääntöihin, joiden nimenomaisena tarkoituksena on estää kilpailun vääristyminen yleisen edun, yksittäisten yritysten ja kuluttajien kustannuksella, ja niillä edistetään näin ollen hyvinvointia unionissa.⁷⁰ Kuluttajien hyvinvointi kuuluu näin ollen epäilyksettä tässä määräyksessä tarkoitettuihin tavoitteisiin. Unionin tuomioistuin on nimittäin nimenomaisesti tunnustanut EUT-sopimuksen tavoitteen suojella kuluttajaa vääristymättömällä kilpailulla.⁷¹ Kuluttajien intressit on lisäksi konkreettisesti mainittu nimenomaisesti SEUT 102 artiklan b alakohdassa sellaisten käytäntöjen yhteydessä, joihin syrjäyttämisen luonteinen väärinkäyttö liittyy, eli siltä osin kuin kyseessä on ”tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen *kuluttajien vahingoksi*” (kursivointi tässä).

93. Toisen tavoitteen osalta on muistutettava, että unionin tuomioistuimen ensimmäisissä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevissa tuomioissa todettiin selvästi, että SEUT 102 artiklan ytimenä on vaikutus ”markkinoiden rakenteeseen”. Esimerkiksi tuomiossa Hoffmann-La Roche unionin tuomioistuin totesi, että väärinkäyttö ”tarkoittaa määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymistä, joka on omiaan vaikuttamaan sellaisten markkinoiden rakenteeseen, joilla - - kilpailuaste on jo heikentynyt - -”.⁷² Viittauksen ”markkinoiden rakenteeseen”, johon on epäilyksettä vaikuttanut tämän aikakauden ordoliberaali ajattelu, ymmärrettiin alun perin olevan ”taloudellisen vapauden” takeena. Tällä markkinoiden rakenteen suojaamisen tavoitteella voitaisiin tältä osin tarkoittaa myös näillä markkinoilla olevien ”kilpailijoiden suojaamisen” tavoitetta. Sittemmin vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee kuitenkin, että SEUT 102 artiklassa ei tarkoiteta – tai ei pikemminkään enää tarkoiteta – absoluuttisesti määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kilpailijoiden suojaamista. Komission tarkistettua kilpailupolitiikkaa väärinkäytön alalla vuonna 2005⁷³ unionin tuomioistuin on sittemmin nimittäin tunnustanut, että SEUT 102 tavoitteena ei ole estää yritystä hankkimasta omilla ansioillaan määräävää asemaa markkinoilla ja että sen tarkoituksena ei ole myöskään taata, että kilpailijat, jotka ovat vähemmän tehokkaita kuin määräävässä

⁶⁷ Ks. ohjeet, 7 kohta, ja tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 16.

⁶⁸ Ks. vastaavasti tuomio 21.2.1973, Europemballage ja Continental Can v. komissio (6/72, jäljempänä tuomio Continental Can EU:C:1973:22, 26 kohta). Poissulkeva väärinkäyttö ja väärinkäyttö kysynnän kannalta voivat kuitenkin olla päällekkäisiä, koska kaikki syrjäyttävät strategiat ovat lopulta omiaan johtamaan väärinkäyttöön (ks. tältä osin Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, 3. painos, LGDJ, 2020, 1000-1002 kohta).

⁶⁹ Ks. vastaavasti tuomio Continental Can (26 kohta), tuomio Hoffmann-La Roche (38 kohta), tuomio France Télécom (103 kohta) ja tuomio Deutsche Telekom I (170 kohta).

⁷⁰ Ks. vastaavasti tuomio TeliaSonera (22 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

⁷¹ Tuomio 16.9.2008, Sot. Lélou kai Sia ym. (C-468/06-C-478/06, EU:C:2008:504, 68 kohta) ja tuomio Deutsche Telekom I (180 kohta).

⁷² Tuomio Hoffmann-La Roche (91 kohta, kursivointi tässä), joka on toistettu useita kertoja oikeuskäytännössä (ks. erityisesti alaviite 9).

⁷³ Ks. ”komission kilpailun pääosaston keskusteluasiakirja EY 82 artiklan soveltamisesta poissulkevaan väärinkäyttöön”, joulukuu 2005.

markkina-asemassa oleva yritys, pysyvät markkinoilla.⁷⁴ Tämä lähestymistapa on vahvistettu tuomioissa Intel, jossa unionin tuomioistuin totesi, että ”[*ansioihin perustuva kilpailu*] voi jo määritelmänsä mukaan johtaa siihen, että vähemmän tehokkaat - - kilpailijat häviävät markkinoilta tai joutuvat vähäpätöiseen asemaan”.⁷⁵ Näkemys, jonka mukaan SEUT 102 artiklassa ei ensisijaisesti tarkoiteta (vähemmän tehokkaiden) kilpailijoiden suojaamista, mihin myös komissio yhtyy,⁷⁶ vaikuttaisi sittemmin tulleen osaksi unionin kilpailuoikeuden säännöstöä.

94. Näiden huomautusten valossa on arvioitava näiden kahden tavoitteen välistä yhteyttä ja erityisesti sitä, voidaanko kilpailurakenteen säilyttämistä pitää itsenäisenä tavoitteena ja näin ollen vaihtoehtona kuluttajien hyvinvoinnin suojaamiselle, kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on esittänyt.

95. Tähän kysymykseen on mielestäni vastattava kieltävästi.

96. Totean ensinnäkin, että unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan SEUT 102 artikla, samoin kuin SEUT 101 artikla,⁷⁷ ei koske yksinomaan toimintaa, joka on omiaan aiheuttamaan välitöntä haittaa kuluttajille, vaan myös sellaista toimintaa, joka aiheuttaa kuluttajille välillistä haittaa vahingoittamalla tosiasiallisia kilpailurakenteita.⁷⁸ Unionin tuomioistuin on näin ollen mielestäni luonut erottamattoman yhteyden näiden kahden tavoitteen välille. Tehokkaan kilpailurakenteen säilyttäminen liittyy nimittäin erottamattomasti lopullisena päämääränä olevaan kuluttajien hyvinvoinnin lisäämiseen.⁷⁹ Näillä säännöillä, joilla pyritään varmistamaan se, ettei kilpailu vääristy sisämarkkinoilla, tavoitellaan tältä osin lopulta kuluttajan hyvinvoinnin lisäämistä. Ei ole näin ollen loogisesti syytä suojella kilpailua in abstracto, jos ei ole olemassa mitään (tosiasiallista tai mahdollista) riskiä kuluttajille aiheutuvasta haitasta.

97. Muistutan toiseksi, että unionin tuomioistuimen äskettäisen oikeuskäytännön mukaan kuluttajille aiheutuva haitta on välttämätön edellytys SEUT 102 artiklan täytäntöönpanemiseksi. Unionin tuomioistuimen suuri jaosto on nimittäin muistuttanut tuomioissa Post Danmark I, että tässä artiklassa tarkoitetaan määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymistä, ”joka *kuluttajien vahingoksi* estää markkinoilla vielä olemassa olevan kilpailuasteen säilymisen tai tämän kilpailun kehittymisen sen vuoksi, että kyseinen yritys käyttää muita keinoja kuin niitä, joita talouden toimijoiden suoritteisiin perustuvassa normaalissa kilpailussa käytetään”.⁸⁰ Tuomioissa Intel unionin tuomioistuin on jälleen suuressa jaostossa vahvistanut vastaavasti tämän lähestymistavan ja korostanut kuluttajien suojaamiseen liittyvää välttämätöntä edellytystä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevien sääntöjen soveltamisessa. Se on muistuttanut nimittäin, että ”[*ansioihin perustuva*] kilpailu voi - - johtaa siihen, että vähemmän tehokkaat ja *siis erityisesti hintojen, valikoiman, laadun tai innovaatioiden osalta kuluttajille*

⁷⁴ Ks. vastaavasti tuomio Deutsche Telekom I (177 kohta), tuomio TeliaSonera (31-33, 39, 40, 43, 63, 64, 70 ja 73 kohta) ja tuomio Post Danmark I (21 kohta).

⁷⁵ Tuomio Intel (134 kohta, kursivointi tässä).

⁷⁶ Ks. ohjeet, 6 ja 23 kohta.

⁷⁷ Ks. vastaavasti tuomio Continental Can (25 kohta) ja tuomio GSK (63 kohta).

⁷⁸ Ks. vastaavasti tuomio Continental Can (26 kohta); tuomio Hoffmann-La Roche (jossa mainitaan välitön ja välillinen vahinko, 125 kohta); tuomio British Airways (106 ja 107 kohta); tuomio France Télécom (105 kohta); tuomio Deutsche Telekom I (176 kohta); tuomio TeliaSonera (24 kohta) ja Post Danmark I (20 kohta).

⁷⁹ Ks. vastaavasti julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus T-Mobile Netherlands ym. (C-8/08, EU:C:2009:110, 71 kohta) ja tuomio 7.6.2006, Österreichische Postsparkasse und Bank für Arbeit und Wirtschaft v. komissio (T-213/01 ja T-214/01, EU:T:2006:151, 115 kohta). Ks. vastaavasti tuomio 14.12.2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich ym. v. komissio (T-259/02-T-264/02 ja T-271/02, EU:T:2006:396, 99 kohta), jossa todettiin SEUT 101 artiklan osalta, että tämä lopullinen tavoite ilmenee erityisesti SEUT 101 artiklan 3 kohdan sanamuodosta.

⁸⁰ Tuomio Post Danmark I (24 kohta, kursivointi tässä).

vähemmän kiinnostavat kilpailijat häviävät markkinoilta tai joutuvat vähäpätöiseen asemaan”.⁸¹ Päättelen tästä, että kuluttajien hyvinvointi on lopullinen tavoite, jonka perusteella kilpailuoikeutta voidaan soveltaa syrjäyttämiseen.

98. Kuluttajien suojaamisen keskeinen asema ilmenee kolmanneksi myös siitä, että koska SEUT 102 artiklassa ei määrätä samanlaisista poikkeuksista kuin SEUT 101 artiklan 3 kohdassa, unionin tuomioistuin on todennut, että tehokkuusedut voivat myös neutralisoida väärinkäytön haitalliset vaikutukset, jos edut siirtyvät kuluttajille. Määräävässä asemassa oleva yritys voi nimittäin esittää perusteluja toimilleen, jotka saattavat kuulua SEUT 102 artiklassa määrätyn kiellon piiriin, osoittamalla erityisesti, että ”syrjäyttävä vaikutus voidaan tasoittaa tai jopa poistaa tehokkuuseduilla, jotka koituvat *myös kuluttajan eduksi*”.⁸²

99. ”Kuluttajien hyvinvoinnin” suojaamista koskeva etuasema vaikuttaa neljänneksi olevan yhdenmukainen komission päätöksentekokäytännön kanssa, jonka mukaan kuluttajansuoja on johtojatoksena kaikelle SEUT 102 artiklan⁸³ ja yleisesti kilpailuoikeuden soveltamiselle.⁸⁴

100. Tämän näiden kahden tavoitteen yhteensovittamista koskevan arvioinnin perusteella katson, että syrjäyttävän väärinkäytön osalta SEUT 102 artiklan tarkoituksena on lopulta edistää kuluttajien asemaa erityisesti suojelemalla markkinoiden kilpailurakennetta. Tätä suojelua voidaan näin ollen tosiasiallisesti pitää SEUT 102 artiklassa tarkoitettuna tavoitteena, ei kuitenkaan itsenäisesti vaan ainoastaan silloin, kun se konkreettisesti tapauksessa on osa kuluttajien (välitöntä tai välillistä) suojaamista koskevaa lopullista tavoitetta. Nämä kaksi tavoitetta, joita ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin vaikuttaisi pitävän toisilleen vastakkaisina, eivät näin ollen tosiasiallisesti ole sellaisia.

b) Toinen osa

101. Toisen ennakkoratkaisukysymyksen toisessa osassa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee unionin tuomioistuimelta lähinnä, mitä näiden kahden tavoitteen yhteensovittaminen merkitsee näytön osalta.

102. Kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on päätellyt, jos SEUT 102 artiklassa suojattuna intressinä on kuluttajien hyvinvoinnin edistäminen, tuomioistuimen (ja a fortiori kilpailuviranomaisten) olisi jollain tavalla tarkasteltava kyseisestä menettelystä aiheutuva hyvinvoinnin vähentymistä (tai sen vähentymisen riskiä), vertailemalla esimerkiksi kuluttajien asemaa ennen tätä menettelyä ja sen jälkeen. Jos suojattuna intressinä on sitä vastoin markkinoiden kilpailurakenteen säilyttäminen, tuomioistuimen ei pitäisi tutkia sitä, aiheutuuko määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelystä haittaa kuluttajille, vaan yksinkertaisesti ainoastaan sitä, onko menettely omiaan vaikuttamaan rakenteeseen, monimuotoisuuteen, laatuun tai innovaatioihin.

⁸¹ Tuomio Intel (134 kohta, kursivointi tässä).

⁸² Tuomio Post Danmark I (40 ja 41 kohta, kursivointi tässä) ja tuomio Intel (140 kohta).

⁸³ Ks. ohjeet, 5 ja 6 kohta.

⁸⁴ Ks. komission tiedonanto - Suuntaviivat perustamissopimuksen [101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta] (EYVL 2004, C 101, s. 97), 13 kohta ja komission tiedonanto - Suuntaviivat ei-horisontaalisten sulautumien arvioinnista yrityskeskittymien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen nojalla (EUVL 2008, C 265, s. 6), 16 kohta. Ks. komission jäsenen N. Kroesin puhe, 15.9.2005, jonka otsikkona on ”European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices”, Euroopan kuluttajien ja kilpailun päivänä (European Consumer and Competition Day).

103. En voi yhtyä tähän ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen päättelyyn, koska kuten edellä on esitetty, nämä kaksi tavoitetta eivät ole toisilleen vastakkaisia.

104. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee tältä osin, että koska SEUT 102 artikla ei koske ainoastaan menettelytapoja, jotka ovat omiaan aiheuttamaan kuluttajille välitöntä vahinkoa, vaan myös menettelytapoja, jotka aiheuttavat kuluttajille vahinkoa vaikuttamalla haitallisesti tehokkaan kilpailun rakenteeseen, kilpailuviranomaisen tai tarvittaessa tuomioistuimen ei tule tutkia, onko kyseinen käyttäytyminen tosiasiallisesti aiheuttanut ”vahinkoa kuluttajille” SEUT 102 artiklan b alakohdassa tarkoitetulla tavalla, vaan sen on tutkittava, onko kyseisellä käyttäytymisellä tosiasiallisesti ollut rajoittava vaikutus kilpailuun.⁸⁵ Menettelyn mahdollinen vahingoittava vaikutus otetaan nimittäin yleensä huomioon määrävään markkina-aseman väärinkäytön osoittamiseksi ilman, että olisi tarpeen osoittaa, että sillä on konkreettinen vaikutus erityisesti kuluttajien osalta.⁸⁶

105. Vaikka kilpailuviranomaisen ja käsiteltävässä asiassa kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida syrjäyttävän käytännön haitallisia vaikutuksia ja erityisesti sitä, onko tämä käytäntö omiaan vahingoittamaan markkinoiden rakennetta ja näin ollen myös kuluttajien asemaa, on mielestäni tarpeen esittää seuraavat täsmennykset.

106. Koska suojelun lopullisena kohteena on ensinnäkin kuluttajien hyvinvointi eikä markkinoiden tietyn rakenteen suojaaminen sellaisenaan, näyttö rajoittavasta vaikutuksesta markkinoiden rakenteeseen on riittävä väärinkäytön toteamiseksi ainoastaan silloin, kun tämä rajoitus on omiaan vaikuttamaan välittömästi tai välillisesti kuluttajien asemaan. Vaikka markkinoiden kilpailurakenteeseen kohdistuvaa vaikutusta voidaan pitää asianmukaisena (välillisenä) indikaattorina siitä, miten syrjäyttävä käytäntö voi vaikuttaa kuluttajien asemaan,⁸⁷ asia ei kuitenkaan aina ole näin. Määrävässä markkina-asemassa olevan yrityksen menettelyä ei nimittäin ole pidettävä SEUT 102 artiklan mukaisena väärinkäyttönä, kun se ei, riippumatta markkinoiden rakenteelle aiheutuneesta vahingosta, ole omiaan myös aiheuttamaan tosiasiallisesti tai mahdollisesti vahinkoa kyseisille kuluttajille. Mielestäni on näin ollen puutteellista tulkita unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä siten, että siinä todettaisiin pelkästään, että syrjäyttävän käytännön osoittamiseksi väärinkäytöksi on riittävää todeta, että kyseinen käytäntö on omiaan vaikuttamaan markkinoiden rakenteeseen. Markkinoiden kilpailurakenteeseen kohdistuva haitallinen vaikutus ei nimittäin välttämättä ja automaattisesti merkitse kuluttajien hyvinvoinnin mahdollista heikentymistä. Vaikka tällainen vahinko-olettama on olemassa kartellien osalta, asia ei ole näin määrävään markkina-aseman väärinkäytön osalta.⁸⁸ Kuten esimerkiksi tämän ratkaisuehdotuksen 44 kohdassa on todettu, kun kilpailijan syrjäyttäminen muuttaa markkinoiden rakennetta, tämä ei välttämättä merkitse sitä, että tämä menettely on kilpailuvastaista ja omiaan aiheuttamaan vahinkoa kuluttajille.

⁸⁵ Tuomio *British Airways* (106 ja 107 kohta). Tietyn tyyppisen väärinkäytön osalta näyttö välittömän vahingon aiheutumisesta kuluttajille kuuluu kuitenkin väärinkäyttöluonteen arviointiin. Unionin tuomioistuin on katsonut näin ollen, että ”jotta tekijänoikeuden haltijayrityksen kieltäytymistä antamasta oikeutta tietyn toiminnan harjoittamisessa välttämättömään tuotteeseen tai palveluun voitaisiin pitää väärinkäyttönä, riittää, että kolme kumulatiivista edellytystä täyttyy, eli että tällä kieltäytymisellä estetään uuden tuotteen, *jolle olisi potentiaalista kulutuskysyntää*, pääsy markkinoille, että siihen ei ole perusteltuja syitä ja että sillä estetään kaikki kilpailu johdannaisilla markkinoilla” (ks. tuomio 6.4.1995, *RTE ja ITP v. komissio (Magill)* (C 241/91 P ja C 242/91 P, EU:C:1995:98), sellaisena kuin se on esitetty yhteenvetona tuomiossa 29.4.2004, *IMS Health (C-418/01, EU:C:2004:257, 32-38 kohta, kursivointi tässä).*

⁸⁶ Ks. tuomio 10.7.2014, *Telefónica ja Telefónica de España v. komissio (C-295/12 P, jäljempänä tuomio Telefónica, EU:C:2014:2062, 124 kohta).*

⁸⁷ Ks. julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus *British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2006:133, 68 kohta).*

⁸⁸ Totean tältä osin, että tietyistä säännöistä, joita sovelletaan jäsenvaltioiden ja Euroopan unionin kilpailuoikeuden säännösten rikkomisen johdosta kansallisen lainsäädännön nojalla nostettuihin vahingonkorvauskanteisiin, 26.11.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/104/EU (EUVL 2014, L 349, s. 1) 17 artiklan 2 kohdassa säädetään, että ainoastaan silloin, kun kyse on kartellista, rikkomisen oletetaan aiheuttavan vahinkoa.

107. On todettava toiseksi, että siinä, missä määrin muutokset vaikuttavat kuluttajien hyvinvointiin, on objektiivinen vaikeus. Tältä osin on muistettava aluksi, että kuluttajien käsitteeseen sisältyvät kilpailuoikeudessa kaikki tuotteiden väliportaana kuluttajat ja loppukuluttajat. Kun väliportaana käyttäjät ovat kuitenkin määräävässä asemassa olevan yrityksen todellisia tai mahdollisia kilpailijoita, arvioinnissa keskitytään vaikutuksiin, joita menettelytavalla on tuotantoketjun loppupäässä oleviin asiakkaisiin.⁸⁹ Huomautan seuraavaksi, että itse kuluttajien hyvinvoinnin käsite sisältää luonnostaan subjektiivisen osatekijän, koska tätä hyvinvointia ei voida arvioida pelkästään hinnan osalta vaan kyseisestä tuotteesta tai palvelusta riippuen myös valikoiman, laadun tai innovaatioiden osalta.⁹⁰ Lopuksi SEUT 102 artiklassa tarkoitetaan käytäntöjä, joiden markkinavaikutukset eivät välttämättä ilmene. Kilpailunvastaisten vaikutusten arviointi nimittäin voi, kuten kolmannen kysymyksen yhteydessä selvitetään, olla luonteeltaan myös prospektiivinen. Jos näin ollen vaaditaan – kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on ehdottanut – konkreettisen näytön esittämistä kuluttajien hyvinvoinnin vähentymisestä ajan kuluessa, tämä olisi vastoin tämän artiklan logiikkaa ja esteenä sen tehokkuudelle. Näytön taso, jota edellytetään kuluttajiin kohdistuvien vaikutusten osalta, nimittäin vaihtelee ajallisesti väärinkäytön tyyppin ja toiminnan ajankohdan mukaan.⁹¹

108. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa toiseen kysymykseen, että SEUT 102 artiklaa on tulkittava siten, että siinä kielletään paitsi syrjäyttävät käytännöt, jotka voivat aiheuttaa kuluttajille välitöntä vahinkoa – mikä muodostaa tämän artiklan lopullisen tavoitteen –, myös menettelytavat, jotka voivat aiheuttaa heille välillistä vahinkoa siksi, että ne vaikuttavat markkinoiden rakenteeseen. Kilpailuviranomaisten tehtävänä on osoittaa, että tällainen syrjäyttävä käytäntö aiheuttaa vahinkoa tehokkaan kilpailun rakenteelle, ja tutkia samalla, onko se myös omiaan aiheuttamaan tosiasiallista tai mahdollista vahinkoa näille kuluttajille.

C Kolmas ennakkoratkaisukysymys

109. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee kolmannella kysymyksellään lähinnä, onko SEUT 102 artiklan rikkomisen toteen näyttämiseksi pidettävä merkityksellisenä näyttöä, jonka määräävässä markkina-asemassa oleva yritys on esittänyt ja joka osoittaa, että siitä huolimatta, että menettelyllä saattoi abstraktisti olla rajoittavia vaikutuksia, sillä ei kuitenkaan tosiasiasa ollut tällaisia vaikutuksia, ja jos tähän vastataan myöntävästi, onko kilpailuviranomaisen tutkittava tämän yrityksen esittämät todisteet, jotka koskevat sitä, voiko tämä menettely käytännössä aiheuttaa kyseisiä vaikutuksia.

110. Muistutan ensinnäkin, että SEUT 102 artiklan rikkomisen toteen näyttämiseksi ei ole tarpeen osoittaa, että kyseisellä menettelyllä on tosiasiallisesti ollut kilpailunvastaisia vaikutuksia konkreettisessa tapauksessa, vaan on riittävää osoittaa, että se on voinut aiheuttaa tällaisia vaikutuksia.⁹² Kilpailuviranomaisen on ainoastaan osoitettava, että moitittu menettely voi mahdollisesti aiheuttaa vahinkoa, riippumatta siitä, onko kilpailunvastaisia vaikutuksia

⁸⁹ Ks. ohjeet, 19 kohta ja alaviite 15.

⁹⁰ Ks. erityisesti tuomio Intel (134 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja ohjeet, 6 kohta.

⁹¹ Esimerkiksi saalistushinnoittelussa kustannuksia alhaisempien hintojen asettaminen suosii selkeästi kuluttajia (varsinkin lyhyellä aikavälillä) ainakin siihen asti, kun tappiot peritään takaisin korkeammilla hinnoilla myöhemmässä vaiheessa. Saalistushinnoittelua voidaan kuitenkin pitää SEUT 102 artiklan vastaisena ilman todisteita tappioiden takaisinperimisestä, koska se voi johtaa siihen, että kilpailijat häviävät markkinoilta tai joutuvat vähäpätöiseen asemaan, mikä muuttaa kilpailun rakennetta siten, että kuluttajille voi aiheutua vahinkoa (ks. tuomio France Télécom (110-112 kohta).

⁹² Ks. vastaavasti tuomio British Airways (106 ja 107 kohta) ja tuomio Telefónica (124 kohta). Ks. myös tämän ratkaisuehdotuksen 41 ja 104 kohta.

konkreettisesti aiheutunut. Olisi nimittäin vastoin tämän määräyksen, joka on luonteeltaan myös ennalta estävä ja ennakoiva, sisäistä logiikkaa, että jouduttaisiin odottamaan kilpailunvastaisten vaikutusten aiheutumista markkinoilla, jotta väärinkäyttö voitaisiin laillisesti todeta.

111. Eräät esimerkit unionin tuomioistuimen äskettäisestä oikeuskäytännöstä voivat tältä osin olla ohjeena.

112. Tuomiossa TeliaSonera unionin tuomioistuin totesi nimenomaisesti, että ”hinnoittelukäytäntöä ei näet voida jättää katsomatta SEUT 102 artiklassa tarkoitetuksi väärinkäytöksi sen perusteella, ettei toivottuun tulokseen eli kilpailijoiden syrjäyttämiseen loppujen lopuksi päästä”.⁹³ Unionin tuomioistuin on vastaavasti katsonut tuomiossa Tomra, että ”määräävän aseman väärinkäytön todistamiseksi riittää, että osoitetaan, että yrityksen määräävän aseman väärinkäyttö voi johtaa kilpailun rajoittumiseen tai että se on omiaan vaikuttamaan sillä tavoin”.⁹⁴ Unionin tuomioistuin on todennut saman logiikan mukaisesti hinnanalennusjärjestelmään liittyvän menettelytavan osalta tuomiossa Post Danmark II, että arvioitaessa hinnanalennusjärjestelmän kykyä rajoittaa kilpailua pyritään ”selvittämään se, seuraako määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintatavoista se, että kilpailijat tosiasiallisesti tai todennäköisesti syrjäytyvät markkinoilta kilpailun haitaksi ja tämän seurauksena vastoin kuluttajien etua”.⁹⁵ Tältä osin ”vaikutuksen tuntuu koskevan kynnyksen (de minimis) vahvistaminen [ei] ole tarpeen määräävän aseman väärinkäytön toteamiseksi. Kyseessä oleva kilpailua rajoittava käytäntö voi näet jo luonteensa vuoksi rajoittaa kilpailua tuntuvasti - -” ja että näin ollen ”jotta - - määräävässä asemassa olevan yrityksen soveltaman alennusjärjestelmän kilpailua rajoittava vaikutus kuuluu [SEUT 102 artiklan] soveltamisalaan, vaikutuksen on oltava todennäköinen, eikä ole tarpeen osoittaa, että se on vakava tai merkittävä.”⁹⁶ Unionin tuomioistuin on näin ollen tuomiossa Intel viitannut nimenomaisesti siihen, että on tarpeen arvioida sitä, ”[saattoivatko] alennukset] rajoittaa kilpailua”, ja luetellut eräitä seikkoja, jotka ovat merkityksellisiä tässä arvioinnissa.⁹⁷ Lopuksi äskettäisessä tuomiossa Generics (UK) unionin tuomioistuin on muistuttanut, että ”käyttäytymisen väärinkäyttölunne edellyttää, että menettelytapa on voinut rajoittaa kilpailua ja erityisesti aiheuttaa moitittuja markkinoilta syrjäyttämistä koskevia vaikutuksia”.⁹⁸

113. Vaikka oikeuskäytännössä on välillä käytetty eri ilmaisuja – ottaen huomioon, että termeillä ”voida” (capacité) ja ”todennäköisyys” (probabilité) on asiallisesti sama merkitys⁹⁹ – tämän oikeuskäytännön nojalla voidaan vahvistaa, ettei kilpailuviranomaisen tarvitse osoittaa, että kilpailunvastaisia vaikutuksia on tosiasiallisesti aiheutunut, jotta menettelyä voidaan pitää väärinkäyttönä.

114. Tältä osin yrityksen jälkikäteen esittämä näyttö sen osoittamiseksi, että kilpailua rajoittavia vaikutuksia ei ole aiheutunut, kuten muun muassa taloudelliset tutkimukset, ei voi johtaa vastuuvapauteen tai siihen, että todistustaakka siirtyisi kilpailuviranomaiselle siten, että sen olisi osoitettava, että moititusta käyttäytymisestä on konkreettisesti aiheutunut vahinkoa,¹⁰⁰

⁹³ Tuomio TeliaSonera (65 kohta). Ks. vastaavasti tuomio Deutsche Telekom I (254 kohta) ja tuomio 30.1.2020, České dráhy v. komissio (C-538/18 P ja C-539/18 P, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa, EU:C:2020:53, 70 kohta).

⁹⁴ Tuomio Tomra (68 kohta, kursivointi tässä).

⁹⁵ Tuomio Post Danmark II, 69 kohta, kursivointi tässä.

⁹⁶ Tuomio Post Danmark II, 73 ja 74 kohta, kursivointi tässä.

⁹⁷ Tuomio Intel (138 ja 139 kohta, kursivointi tässä).

⁹⁸ Tuomio Generics (UK) (154 kohta, kursivointi tässä).

⁹⁹ Julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus Intel Corporation v. komissio (C-413/14 P, EU:C:2016:788, 115 kohta).

¹⁰⁰ Ks. vastaavasti julkisasiamies Mazákin ratkaisuehdotus AstraZeneca v. komissio (C-457/10 P, EU:C:2012:293, 64 kohta).

silloinkaan, kun väärinkäytön tapahtumisesta on kulunut pitkä aika.¹⁰¹ Toimien kilpailua rajoittavaa luonnetta on lisäksi pääsääntöisesti arvioitava ajankohtana, jolloin kyseiset toimet toteutettiin,¹⁰² mikä on myös oikeusvarmuuden yleisen periaatteen mukaista, koska määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen on pystyttävä arvioimaan oman menettelynsä laillisuutta olemassa olevien seikkojen perusteella.¹⁰³

115. Tässä samassa oikeuskäytännössä vahvistetaan kuitenkin toiseksi velvollisuus ottaa huomioon kaikki asian kannalta merkitykselliset seikat arvioitaessa sitä, *voiko* menettely tosiasiallisesti aiheuttaa väitettyjä kilpailunvastaaisia vaikutuksia, riippumatta siitä, aiheutuuko näitä vaikutuksia todellisuudessa myöhemmin vai ei.

116. Mielestäni näyttäisi ensinnäkin olevan tältä osin riidatonta, että menettelylliseltä kannalta kilpailuviranomaisen on otettava huomioon jälkikäteinen näyttö kilpailunvastaisten vaikutusten puuttumisesta varsinkin, jos tällaiset todisteet koskevat menettelyä, joka on päättynyt paljon ennen väärinkäytön toteavan päätöksen tekemistä. Unionin tuomioistuin on nimittäin selittänyt tuomiossa Intel, että kun määräävässä asemassa oleva yritys väittää hallinnollisessa menettelyssä, ettei sen toiminta *saattanut* rajoittaa kilpailua, ja kun yritys esittää näyttöä tämän väitteen tueksi, komissio on velvollinen analysoimaan tiettyjä seikkoja sen arvioimiseksi, *voidaanko* kyseisellä käyttäytymisellä syrjäyttää vähintään yhtä tehokkaat kilpailijat markkinoilta.¹⁰⁴ Analyysi, joka koskee kykyä syrjäyttää markkinoilta, on lisäksi merkityksellinen myös silloin, kun arvioidaan sitä, voidaanko käyttäytyminen oikeuttaa objektiivisesti tai voidaanko se tasoittaa tai jopa ylittää tehokkuuseduilla.¹⁰⁵ Tässä yhteydessä taloudellinen näyttö, jolla osoitetaan riidanalaisen käyttäytymisen päätyttyä syrjäyttävän vaikutuksen puuttuminen, on sallittua, kun määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii osoittamaan kilpailun rajoittamiskyvyn puuttumisen. Lisäksi tietyn käytännön kilpailunvastainen vaikutus ei voi olla luonteeltaan pelkästään hypoteettinen,¹⁰⁶ ja todisteet, joilla kilpailun rajoittamiskyky riidautetaan, voivat olla tukena tällaiselle hypoteettiselle luonteelle. Koska kilpailunvastaisten syrjäyttävien vaikutusten osalta todistustaakkaa kuuluu näin ollen menettelylliseltä kannalta kilpailuviranomaiselle, katson, että näiden viranomaisten velvollisuutena on ottaa huolellisesti huomioon määräävässä asemassa olevan yrityksen jälkikäteenkin esittämät todisteet arvioidessaan väärinkäytön olemassaoloa.

117. Tämän tyyppisen näytön, joka koskee väärinkäytön olemassaoloa, todistusarvon osalta on tärkeää huomata, että menettelystä aiheutuvien rajoittavien vaikutusten toteutumatta jääminen voi tosiasiasa johtua useista syistä. Ei voida kuitenkaan suoralta kädeltä sulkea pois sitä, että tällaisten vaikutusten puuttuminen johtuu siitä, ettei kyseinen menettely edes luonteeltaan voinut rajoittaa kilpailua. Kilpailuviranomaisen on tältä osin asiayhteydestä riippuen otettava huomioon tämän tyyppiset todisteet mahdollisina seikkoina, jotka tukevat tällaisen kilpailun rajoittamiskyvyn puuttumista.

¹⁰¹ Ks. vastaavasti tuomio 29.3.2012, Telefónica ja Telefónica de España v. komissio (T-336/07, EU:T:2012:172, 272 kohta).

¹⁰² Ks. vastaavasti tuomio AstraZeneca (110 kohta).

¹⁰³ KS. vastaavasti tuomio TeliaSonera (44 kohta).

¹⁰⁴ Tuomio Intel (138 ja 139 kohta).

¹⁰⁵ Tuomio Intel, 140 kohta.

¹⁰⁶ Tuomio Post Danmark II (65 kohta) ja tämän ratkaisuehdotuksen 41 kohta.

118. Huomautan tältä osin, ettei unionin tuomioistuin ole todennut oikeuskäytännössään, mitä intensiteettiä edellytetään kilpailua syrjäyttävän vaikutuksen todennäköisyyden osalta eli toisin sanoen syrjäyttämiskyvyn sisällön osalta.¹⁰⁷ Tämä riippuu selvästi kunkin tapauksen oikeudellisesta, taloudellisesta ja tosiasiallisesta asiayhteydestä, mutta katson, että tällaisen kyvyn tulee perustua konkreettisiin seikkoihin, kuten riittävään keston ja kattavuuteen merkityksillä markkinoilla.

119. Tässä yhteydessä merkitys, joka annetaan todisteille, joilla osoitetaan jälkikäteen rajoittavien vaikutusten puuttuminen, riippuu siitä, perustuuko abstrakti kilpailun rajoittamiskyky syrjäyttämisen riskiin, jolla on todellisia tai mahdollisia vaikutuksia, koska todellisten kilpailuvaikutusten puuttuminen on vähemmän merkityksellistä mahdollisten vaikutusten tapauksessa. Todellisten markkinavaikutusten puuttuminen voi sitä vastoin olla merkityksellinen seikka, vaikka syrjäyttämistä koskeva teoria perustuisi mahdolliseen riskiin, kun menettelytapa on ollut käytössä kauan ja, kuten käsiteltävässä asiassa, siitä luovutaan kauan ennen kilpailuviranomaisten tutkimusta. Ohjeiden mukaan nimittäin ”jos menettelytapa on ollut käytössä riittävän kauan, määräävässä asemassa olevan yrityksen ja sen kilpailijoiden toiminnan tulos markkinoilla voi tarjota välittömän todisteen kilpailunvastaisesta markkinoiden sulkemisesta”.¹⁰⁸ Mielestäni sitä vastoin todellisten vaikutusten puuttuessa voidaan katsoa, ettei käytäntö ollut omiaan edes teoriassa aiheuttamaan vahinkoa kilpailijoille, jolloin vahingon aiheutumista koskeva teoria osoittautuu täysin hypoteettiseksi. Asia olisi näin silloin, kun osoitetaan, ettei tällaisten todellisten vaikutusten puuttuminen olisi voinut johtua muista jälkikäteisistä tekijöistä, jotka eivät liity kyseiseen menettelyyn.

120. Tyhjentävyyden vuoksi muistutan lopuksi, että vaikutusten puuttuminen voi olla merkityksellistä myös arvioitaessa rikkomisen vakavuutta, mikä voi lieventää huomattavasti väärinkäyttöön syyllistyneelle yritykselle määrättävien seuraamusten määrää.

121. Edellä esitettyjen toteamusten perusteella ehdotan, että kolmanteen kysymykseen vastataan, että SEUT 102 artiklaa on tulkittava siten, että määräävän markkina-aseman väärinkäytön toteamiseksi kilpailuviranomaisen on osoitettava kaikkien merkityksellisten tosiseikkojen perusteella ja ottaen huomioon erityisesti määräävässä asemassa olevan yrityksen esittämät todisteet, että tämän yrityksen menettely saattoi rajoittaa kilpailua, ja arvioitava tarvittaessa tältä osin myös todisteita, joiden mukaan kyseisestä menettelystä ei aiheutunut kilpailunvastaisia vaikutuksia merkityksellisillä markkinoilla.

D Neljäs ennakkoratkaisukysymys

122. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee neljännellä kysymyksellään lähinnä, onko määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailun rajoittamisen aikomusta pidettävä merkityksellisenä arvioitaessa sitä, onko menettelyä pidettävä väärinkäyttönä.

¹⁰⁷ Julkisasiamies Wahl on käsitellyt tätä kysymystä ratkaisuehdotuksessaan Intel Corporation v. komissio (C-413/14 P, EU:C:2016:788, 117 ja 118 kohta). Siinä todetaan, että arvioimalla, pystytäänkö moititulla toiminnalla rajoittamaan kilpailua, pyritään selvittämään, onko sillä *todennäköisesti* kilpailunvastainen syrjäyttämisaikutus. Tästä syystä vaikutuksen todennäköisyyden on oltava *merkittävästi suurempi kuin pelkkä mahdollisuus* siitä, että tietty menettelytapa saattaa rajoittaa kilpailua. Sitä vastoin se, että syrjäyttämisaikutus vaikuttaa pikemminkin todennäköiseltä kuin epätodennäköiseltä, ei yksinkertaisesti riitä. Ks. kuitenkin tältä osin julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:343, 82 kohta).

¹⁰⁸ Ks. ohjeet, 20 kohta. Huomautan kuitenkin, että tässä asiakirjassa ainoastaan rajoitetaan komission lähestymistapaa siltä osin kuin kysymys on tapauksista, joita se aikoo käsitellä ensisijaisesti, ja että komission hallinnollinen käytäntö ei sido kansallisia kilpailuviranomaisia eikä tuomioistuimia.

1. Tutkittavaksi ottaminen

123. Green Network on esittänyt epäilyksiä siitä, onko tämä ennakkoratkaisukysymys otettava tutkittavaksi. Vaikka se ei ole nimenomaisesti vaatinut, että tämä kysymys on jätettävä tutkimatta, se on todennut, että koska kilpailuviranomainen on tosiasiasa analysoinut väärinkäytön tahallisuutta, tähän kysymykseen ei ole tarpeen vastata. Vastaus ilmenee lisäksi epäilyksettä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä.

124. Nämä väitteet on mielestäni hylättävä niistä syistä, jotka on jo esitetty tämän ratkaisuehdotuksen 85 ja 86 kohdassa. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin nimittäin perustelee kysymyksen tarpeellisuutta toteamalla lähinnä, että oikeuskäytäntö ei ole selkeää ja voi aiheuttaa sekaannusta.¹⁰⁹ Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee lisäksi, että kysymyksellä on suora yhteys pääasian oikeudenkäynnin kohteeseen ja ettei se ole hypoteettinen, koska käsiteltävässä asiassa kilpailuviranomainen on vastaanottanut tutkimukseen liittyviä asiakirjoja, joilla pyritään osoittamaan, että kyseessä oli ENEL-ryhmän strateginen tahto ehkäistä asiakkaiden lähtemistä ja houkutella nämä asiakkaat siirtymään vapaille markkinoille EE:n asiakkaina.

2. Asiakysymys

125. Neljännessä ennakkoratkaisukysymyksessä on kaksi osaa:

126. ensimmäisessä osassa pyritään määrittämään, onko SEUT 102 artiklaa tulkittava siten, että menettelyä on pidettävä väärinkäyttönä yksinomaan siitä syystä, että sillä on (mahdollisia) rajoittavia vaikutuksia, vai voidaanko kilpailun rajoittamisen aikomusta käyttää (myös yksistään) kriteerinä tässä arvioinnissa, ja

127. toisessa osassa tiedustellaan, onko kilpailun rajoittamisen aikomusta koskevia todisteita pidettävä riittävinä, jotta kyseisellä menettelyllä katsotaan olevan riidanalaisia kilpailunvastaisia vaikutuksia, vai johtavatko nämä todisteet ainoastaan todistustaakan siirtymiseen määräävässä asemassa olevalle yritykselle, jonka olisi osoitettava tässä vaiheessa, ettei syrjäyttävää vaikutusta ole aiheutunut.

a) Ensimmäinen osa

128. Tässä ensimmäisessä osassa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee ensinnäkin lähinnä, onko todisteita, jotka koskevat määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen aikomusta syrjäyttää kilpailija markkinoilta, pidettävä välttämättömänä tai riittävänä näyttönä arvioitaessa väärinkäytön olemassaoloa.

129. Muistutan tältä osin, että unionin tuomioistuin on todennut useaan kertaan, että SEUT 102 artiklan vastaisen määräävän markkina-aseman väärinkäytön käsite on objektiivinen käsite,¹¹⁰ joka ei riipu tuottamuksesta,¹¹¹ ja ettei sen soveltamiseksi ole minkäänlaista velvollisuutta osoittaa tällaisen määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailunvastaisen

¹⁰⁹ Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa tältä osin tuomioon 30.9.2003, Michelin v. komissio (T-203/01, EU:T:2003:250, 241 kohta) ja tuomioon 30.1.2007, France Télécom v. komissio (T-340/03, EU:T:2007:22, 195 kohta).

¹¹⁰ Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 34 kohta.

¹¹¹ Ks. tuomio Continental Can (29 kohta) ja tuomio 9.9.2009, Clearstream v. komissio (T-301/04, EU:T:2009:317, 141 kohta).

aikomuksen olemassaoloa.¹¹² Tästä seuraa, poikkeuksellisia tapauksia lukuun ottamatta,¹¹³ että määräävässä asemassa olevan yrityksen subjektiivinen aikomus ei kuulu väärinkäytön tunnusmerkkeihin, joten kilpailuviranomaisen ei tarvitse osoittaa sitä tällaisen väärinkäytön toteamiseksi.

130. Unionin tuomioistuin on kuitenkin todennut, että tällaisen aikomuksen osoittaminen, vaikka se ei yksinään riitä, on kuitenkin tosiseikka, joka voidaan ottaa huomioon ratkaistaessa, onko määräävää asemaa käytetty väärin. Unionin tuomioistuin on nimittäin katsonut, että komission on määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintaa tutkiessaan ja määräävän aseman mahdollisen väärinkäytön tunnistamiseksi arvioitava tällaista toimintaa koskevat olosuhteet kokonaisuudessaan ja että tähän kuuluu myös kaupallisen strategian arvioiminen. Tässä yhteydessä on normaalia ottaa esille subjektiiviset tekijät eli kyseisen kaupallisen strategian syyt. Näin ollen unionin tuomioistuimen mukaan mahdollisen kilpailunvastaisen aikomuksen olemassaolo on vain yksi lukuisista tosiseikoista, jotka voidaan ottaa huomioon ratkaistaessa, onko määräävää asemaa käytetty väärin.¹¹⁴

131. Tällainen kilpailunvastainen aikomus, jos se on selvä ja näytetty toteen, voi tosiasiaassa osoittautua merkitykselliseksi määräävän aseman väärinkäytön toteamiseksi. Komissio on nimittäin todennut, että ”välittömät todisteet markkinoiden sulkemiseen tähtäävästä strategiasta” ovat tekijöitä, jotka otetaan yleisesti huomioon arvioitaessa, voiko väitetty määräävän aseman väärinkäyttö todennäköisesti johtaa kilpailunvastaiseen markkinoiden sulkemiseen, mutta myös ”tulkit[taessa] määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelytapaa”. Tällaiset todisteet voivat koostua ”määräävässä asemassa olevan yrityksen saalistushinnoittelun selvästi osoittavista asiakirjoista; tällaisia voivat olla yksityiskohtainen suunnitelma myydä tappiolla kilpailijan sulkemiseksi pois, markkinoille tulon estämiseksi tai markkinoiden syntyminen ehkäisemiseksi, tai todisteet konkreettisesta saalistushinnoittelun uhasta”.¹¹⁵

132. Useimmissa tapauksissa syrjäyttävä väärinkäyttö ei tosiasiaassa perustu määräävässä asemassa olevan yrityksen erityiseen subjektiiviseen aikomukseen rajoittaa kilpailua vaan kyseisen menettelyn taloudelliseen logiikkaan, sellaisena kuin se seuraa objektiivisesti tämän menettelyn ominaispiirteistä ja sen asiayhteydestä. Tällaisen menettelyn kilpailunvastainen logiikka voidaan esimerkiksi päätellä siitä, että ”mitään muita objektiivisia taloudellisia perusteluja ei ole”.¹¹⁶ Jos

¹¹² Tuomio Tomra (21 kohta)

¹¹³ Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen aikomusta sulkea kilpailija pois markkinoilta voidaan poikkeuksellisesti pitää tarpeellisenä todisteena väärinkäytön olemassaolosta. Näin on yhtäältä tietyissä tilanteissa, joissa on kyse saalistushinnoittelumenetelmästä, kun myyntihinnat ovat kokonaiskustannusten, joihin kuuluvat sekä kiinteät että muuttuvat kustannukset, keskiarvoa alhaisempia mutta muuttuvien kustannusten keskiarvoa korkeampia, ja joissa unionin tuomioistuin on katsonut, että näitä hintoja on pidettävä väärinkäyttönä, ”jos ne on vahvistettu osana kilpailijan syrjäyttämiseen tähtäävää suunnitelmaa” (ks. tuomio AKZO, 72 kohta), tuomio Tetra Pak v. komissio (41 kohta), ja tuomio France Télécom (109 kohta), ja toisaalta riitojen yhteydessä, joissa oli kyse haitantekotarkoituksesta ja joissa komissio oli niiden tilanteiden määrittämiseksi, joissa tällaisella kanteella on väärinkäytön luonne, asettanut kaksi kumulatiivista kriteeriä, joista toinen koski sitä, että kannetta on pidettävä ”osana suunnitelmaa, jonka tarkoituksena on kilpailun eliminoiminen” (ks. tuomio 17.7.1998, ITT Promedia v. komissio (T-111/96, EU:T:1998:183, 55 kohta)). Edes näissä poikkeustapauksissa subjektiiviset seikat eivät kuitenkaan yksin riitä osoittamaan menettelyn lainvastaisuutta.

¹¹⁴ Tuomio Tomra (18 ja 19 kohta) ja tuomio Generics (UK) (162 ja 164 kohta).

¹¹⁵ Ks. ohjeet, 20 kohta.

¹¹⁶ Tuomio TeliaSonera (88 kohta). Ks. tältä osin tämän ratkaisuehdotuksen 62 kohta.

tällaista logiikkaa ei kuitenkaan ole, subjektiiviset todisteet voivat osoittautua erityisen hyödyllisiksi. Tällaisia todisteita on nimittäin käytetty sekä hinnoittelukäytäntöjen¹¹⁷ että muuhun kuin hinnoitteluun liittyvien käytäntöjen osalta.¹¹⁸

133. Siltä osin kuin on siis kyseessä yksi lukuisista tosiseikoista, jotka voidaan ottaa huomioon arvioitaessa väärinkäyttöä, on yksin kilpailuviranomaisen tehtävänä arvioida markkinoiden sulkemiseen tähtäävän strategian osalta esitettyjen välittömien todisteiden näyttöarvoa. Seuraavat seikat vaikuttavat mielestäni tältä osin merkityksellisiltä.

134. Jotta näitä todisteita voitaisiin ensinnäkin pitää merkityksellisenä tai edes epäsuorana näyttönä syrjäyttävän väärinkäytön olemassaolon osalta, syrjäyttämistä koskevan aikomuksen täytyy merkitä myös sitä, että kilpailijat pystyttäisiin syrjäyttämään markkinoilta.¹¹⁹ Aikomuksen arviointi ei voi siten täydentää vaikutusten arviointia. Unionin tuomioistuin on tältä osin todennut nimenomaisesti, että kun määräävässä asemassa oleva yritys väittää, ettei sen toiminta saattanut rajoittaa kilpailua, komissio on ”myös velvollinen arvioimaan, *onko mahdollisesti olemassa strategia*, jolla vähintään yhtä tehokkaat kilpailijat pyritään syrjäyttämään markkinoilta”.¹²⁰

135. Tällaiset todisteet voivat toiseksi sisältää tärkeitä tietoja kyseisen menettelyn luonteesta ja näin ollen siitä, saatetaanko sillä rajoittaa kilpailua. Tällaisia tietoja voivat esimerkiksi olla todisteet, jotka osoittavat, että määräävässä asemassa oleva yritys selvästi odotti, että sen menettelyllä olisi kilpailunvastainen vaikutus, oman arviointinsa tai kyseisiä markkinoita koskevan tuntemuksensa perusteella, koska tämän tyyppiset tiedot ovat merkityksellisiä ottaen huomioon määräävässä asemassa olevan yrityksen niiden markkinoiden rakennetta, joilla se toimii, koskeva tuntemus. Jos tämä yritys siten todistettavasti soveltaa strategiaa, jolla pyritään kilpailijoiden syrjäyttämiseen markkinoilta tai siihen, että ne joutuvat vähäpätöiseen asemaan, tästä voidaan loogisesti päätellä, että tämä menettely on omiaan aiheuttamaan tällaisia vaikutuksia.

136. Aikomusta koskevan todisteen näyttöarvo riippuu kolmanneksi tosiseikoista. Johtoon kuuluvien ylempien toimihenkilöiden – jotka käyttävät ratkaisevaa päätösvaltaa yrityksen menettelytapojen osalta – tekemät tai virallisten esittelyiden yhteydessä esitetyt syrjäyttämistä koskevat toteamukset ovat merkityksellisempiä kuin spontaanit toteamukset.¹²¹ Muistutan tältä osin, että kilpailun varsinaisena tarkoituksena on rohkaista yrityksiä ylittämään toisensa. Kilpailijoita koskevat tai niitä väheksyvät toteamukset ovat näin ollen yleisiä ansioihin perustuvan kilpailun yhteydessä, ja niitä on pidettävä merkityksellisinä ainoastaan silloin, kun ne ovat osa syrjäyttämiseen tähtäävää strategiaa. Mielestäni on lopuksi ilmeistä, että tällaisten todisteiden tulee liittyä samaan ajankohtaan kuin kyseinen menettelytapa.

¹¹⁷ Kuten saalistushinnoittelukäytännöt (ks. tuomio AKZO, 72 kohta), lojaliteettialennukset (ks. tuomio 16.3.2000, Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio (C-395/96 P ja C-396/96 P, EU:C:2000:132) ja yksinoikeussopimukset (ks. tuomio Tomra, 19 ja 21 kohta).

¹¹⁸ Varsinkin, kun määräävässä asemassa oleva yritys on pannut haitantekotarkoituksessa vireille oikeudenkäyntejä kansallisissa tuomioistuimissa (ks. tuomio 17.7.1998, ITT Promedia v. komissio (T-111/96, EU:T:1998:183, 55 kohta) tai erehdyttänyt kansallisia viranomaisia geneeristen tuotteiden valmistajien sulkemiseksi pois markkinoilta (ks. tuomio 1.7.2010, AstraZeneca v. komissio (T-321/05, EU:T:2010:266, 359 kohta) ja kun on kyse niin kutsutuista ”pay for delay”-tapauksista (ks. tuomio Generics (UK), 161 kohta).

¹¹⁹ Ks. vastaavasti julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus Intel Corporation v. komissio (C-413/14 P, EU:C:2016:788, 128 kohta).

¹²⁰ Tuomio Intel (139 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Kursivointi tässä.

¹²¹ Ks. vastaavasti tuomio 30.1.2007, France Télécom v. komissio (T-340/03, EU:T:2007:22, 202 kohta).

137. Neljänneksi todisteiden, joilla voidaan osoittaa, että määrävässä asemassa olevalla yrityksellä ei ollut aikomusta syrjäyttää kilpailijoitaan, olemassaolo voi myös olla merkityksellistä sakon määrää laskettaessa ja lieventävänä asianhaarana erityisesti selvitettyä sitä, onko kilpailusääntöjen rikkominen ollut tahallista vai tuottamuksellista.¹²²

b) b) Toinen osa

138. Tässä toisessa osassa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedusteleo lähinnä, merkitseekö syrjäyttämistä koskevan aikomuksen osoittaminen sitä, että todistustaakka menettelyn kilpailunvastaisesta syrjäyttävästä vaikutuksesta siirtyy määrävässä asemassa olevalle yritykselle.

139. Mielestäni on tältä osin loogista katsoa, että subjektiivisella aikomuksella rajoittaa kilpailua ei pitäisi olla tällaisia seurauksia, koska tällainen todiste, jota pidetään pelkkänä tosiseikkana, ei sellaisenaan riitä osoittamaan, että tämä menettely oli SEUT 102 artiklan vastaista.¹²³ Tämä toteamus ei näin ollen olisi perusteena tällaista menettelyä koskevalle kumottavissa olevalle olettamalle, koska tämä lähestymistapa ei vaikuttaisi SEUT 102 artiklassa tarkoitettua väärinkäytön käsitteen objektiivisen luonteen mukaiselta. Tämän tyyppisen laillisen olettamana perusteella väärinkäytön olemassaolo voitaisiin nimittäin todeta pelkästään määrävässä asemassa olevan yrityksen aikomuksen nojalla, mikä olisi vastoin unionin tuomioistuimen edellä mainittua vakiintunutta oikeuskäytäntöä.

140. Mielestäni olisi kuitenkin loogista, että jos kilpailuviranomaiset voivat käyttää tämän tyyppisiä todisteita väärinkäytön olemassaolon tukemiseksi, kyseisten yritysten täytyy myös puolestaan pystyä käyttämään sisäisiä asiakirjojaan osoittaakseen syrjäyttämistä koskevan aikomuksen puuttumisen.¹²⁴ Tällaisen luonteeltaan negatiivisen näytön esittäminen on kuitenkin luonnollisesti vaikeaa ja, vaikka aikomuksen puuttuminen olisi näytetty toteen, se ei voi sellaisenaan osoittaa sitä, ettei väärinkäyttöä olisi tapahtunut.¹²⁵

141. Edellä esitettyjen toteamusten perusteella ehdotan, että neljänteen kysymykseen vastataan siten, että jotta määrävässä asemassa olevan yrityksen syrjäyttävää menettelytapaa voidaan pitää väärinkäyttönä, ei ole tarpeen osoittaa, että sen subjektiivisena aikomuksena oli syrjäyttää kilpailijansa. Tämä aikomus voidaan kuitenkin ottaa huomioon tosiseikkana erityisesti todettaessa, että tämä menettely saattoi rajoittaa kilpailua. Oletettua syrjäyttävän aikomuksen toteen näyttäminen ei johda menettelyn väärinkäyttöluonnetta koskevan todistustaakan siirtymiseen.

¹²² Tuomio Tomra (12 kohta). Ks. vastaavasti suuntaviivat asetuksen (EY) N:o 1/2003 23 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaisesti määrättävien sakkojen laskennasta (EUVL 2006, C 210, s. 2, 27 ja 29 kohta).

¹²³ Ks. vastaavasti julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus Intel Corporation v. komissio (C-413/14 P, EU:C:2016:788, 128 kohta).

¹²⁴ Ks. vastaavasti julkisasiamies Mazákin ratkaisuehdotus Tomra Systems ym. v. komissio (C-549/10 P, EU:C:2012:55, 10 kohta).

¹²⁵ Ks. vastaavasti tuomio Tomra (22 kohta).

E Viides ennakkoratkaisukysymys

142. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee viidennellä kysymyksellään lähinnä, onko kuuluminen samaan konserniin, joka on suoraan osallistunut väärinkäyttöön, riittävää emoyhtiön, joka omistaa kokonaan nämä yhtiöt, vastuun toteamiseksi, tarvitsematta esittää todisteita siitä, onko emoyhtiö osallistunut väärinkäyttöön, tai ainakaan siitä, onko konserniin kuuluvien eri yhtiöiden toimintaa aktiivisesti koordinoitu.¹²⁶

1. Tutkittavaksi ottaminen

143. Kilpailuviranomainen ja AIGET ovat esittäneet epäilyksiä tämän kysymyksen, joka koskee emoyhtiön vastuuta koskevan olettaman¹²⁷ soveltamisen edellytyksiä, tutkittavaksi ottamisen osalta sen vuoksi, että sillä ei ole merkitystä pääasian ratkaisemisen kannalta, koska kilpailuviranomainen ei nojautunut ENEL:n vastuun perusteena olettamaan, joka johtuu täydestä määräysvallasta SEN:ssä ja EE:ssä, vaan siihen, että se oli suoraan osallisena väärinkäytöksi katsottuun toimintaan. Kilpailuviranomaisen tutkimuksessa oli nimittäin selvinnyt konsernin sellaisen strategian – josta ENEL oli siten myös vastuussa – olemassaolo, jolla pyrittiin mahdollisimman monen asiakkaan siirtämiseen toimijalta suojelluilla markkinoilla (SEN) toimijalle vapailla markkinoilla (EE).

144. ENEL toteaa sitä vastoin, että kilpailuviranomainen katsoi riidanalaisessa päätöksessään, että ENEL oli yhteisvastuussa rikkomisesta sekä siitä syystä, että se oli aktiivisesti osallisena väärinkäyttöä merkitsevään strategiaan, että ratkaisevan vaikutusvallan käyttämistä koskevan olettaman perusteella. Konsernissa toteutetun organisaatorakennemuutoksen vuoksi ENEL oli tältä osin näyttänyt riittävällä tavalla toteen, ettei sillä enää ollut määräysvaltaa tytäryhtiöidensä päätöksenteossa, ja oli näin ollen kumonnut ratkaisevan vaikutusvallan käyttämistä koskevan olettaman.

145. Koska ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toteamusten mukaan tämän olettaman soveltamisen edellytyksistä on käyty keskustelua tässä tuomioistuimessa ja koska on joka tapauksessa yksinomaan kansallisen tuomioistuimen tehtävänä kunkin asian erityispiirteiden perusteella harkita, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi ja onko sen unionin tuomioistuimelle esittämällä kysymyksillä merkitystä asian kannalta, katson, että unionin tuomioistuimen olisi ratkaistava tämä kysymys.¹²⁸

146. Mielestäni ratkaisevan vaikutusvallan käyttämistä koskevan olettaman soveltamisedellytyksillä voi lisäksi olla merkitystä pääasian ratkaisemisen kannalta. ENEL on nimittäin väittänyt ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa, että kilpailuviranomainen oli todennut, että se oli aktiivisesti osallistunut moitittuun menettelyyn, ottamatta huomioon asiakirjoja, jotka se oli esittänyt perustellakseen, että se oli luopunut päätösvallastaan konsernin rakenneuudistuksen jälkeen. Jos ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kuitenkin toteaa, että

¹²⁶ Huomautan, että kysymys, sellaisena kuin se on esitetty, koskee kaikkia yhtiöitä, jotka kuuluvat samaan konserniin, riippumatta määräysvallasta niihin yhtiöihin, jotka ovat osallistuneet väärinkäyttöön. Koska pääasiassa tämä kysymys tulee esiin ainoastaan emoyhtiön vastuun osalta, ehdotan, että tämä kysymys muotoillaan uudelleen siten, että se koskee sääntöjä, jotka koskevat emoyhtiön – joka omistaa, kuten käsiteltävässä asiassa, kokonaan rikkomiseen syyllistyneet tytäryhtiöt – vastuuta.

¹²⁷ Tämän olettaman mukaan emoyhtiö, joka omistaa kokonaan tytäryhtiönsä, jotka ovat rikkoneet kilpailusääntöjä, käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa näiden tytäryhtiöiden toiminnan osalta ja on vastuussa tästä rikkomisesta samoin kuin tytäryhtiönsä (jäljempänä ratkaisevaa vaikutusvaltaa koskeva olettama, ks. jäljempänä 149 kohta).

¹²⁸ Ks. tuomio 4.3.2020, Schenker (C-655/18, EU:C:2020:157, 22 kohta).

nämä todisteet ovat vakuuttavia, sen olisi lausuttava myös tämän oletaman soveltamisesta. On näin ollen tarpeen tarkastella sitä, onko tämä oletama sovellettavissa yksin sillä perusteella, että yritys kuuluu konserniin. Kysymys ei siten ole hypoteettinen.¹²⁹

2. Asiakysymys

147. Viidennen kysymyksen asiakysymykseen vastaamiseksi on tarkasteltava kilpailuoikeuden vakiintuneita käsitteitä, kuten yrityksen ja ratkaisevan vaikutusvallan käyttämistä koskevan oletaman käsitteitä, jotka ovat perusteena logiikalle, joka koskee kilpailuoikeuden sääntöjen rikkomista koskevan vastuun kohdentamista.¹³⁰

148. Muistutan aluksi, että perussopimusten laatijoiden valitsema ratkaisu on ollut käyttäen yrityksen käsitettä yksilöittäessä kilpailuoikeuden sääntöjen rikkomisen tekijää.¹³¹ Kyseisellä unionin oikeuden itsenäisellä käsitteellä tarkoitetaan yksikköä, joka muodostuu taloudellista toimintaa harjoittavista henkilöistä, aineellisista ja aineettomista tekijöistä, riippumatta oikeudellisesta muodosta tai rahoitustavasta. Tällä käsitteellä on siten katsottava tarkoitettavan taloudellista kokonaisuutta kyseessä olevan kilpailua rajoittavan käytännön tarkoituksen kannalta, vaikka oikeudellisesti kyseisen taloudellisen kokonaisuuden muodostaisikin useampi kuin yksi luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö.¹³²

149. Tästä valinnasta seuraa yhtäältä, että kun tällainen taloudellinen yksikkö rikkoo kilpailusääntöjä, se vastaa yksilöllisen vastuun periaatteen mukaisesti kyseisestä rikkomisesta, ja toisaalta, että oikeushenkilö voi tietyin edellytyksin joutua henkilökohtaisesti ja yhteisvastuullisesti vastuuseen samaan taloudelliseen yksikköön kuuluvan toisen oikeushenkilön kilpailunvastaisesta menettelystä.¹³³

150. Tästä seuraa, että emoyhtiön voidaan katsoa olevan vastuussa tytäryhtiön menettelystä erityisesti silloin, kun tämä tytäryhtiö ei päästä itsenäisesti markkinakäyttäytymisestään vaan noudattaa olennaisilta osin emoyhtiön sille antamia ohjeita, kun otetaan erityisesti huomioon näiden kahden oikeudellisen yksikön väliset taloudelliset, organisatoriset ja oikeudelliset siteet.¹³⁴ Koska tällaisessa tapauksessa emo- ja tytäryhtiö kuuluvat samaan taloudelliseen kokonaisuuteen ja muodostavat näin ollen yhden ainoan yrityksen, sakkojen määräämistä koskeva päätös voidaan nimittäin osoittaa emoyhtiölle ilman, että olisi osoitettava emoyhtiön itse osallistuneen rikkomiseen.¹³⁵

151. Unionin tuomioistuimen vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee tältä osin, että pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa erityistapauksessa, jossa emoyhtiö omistaa (suoraan tai välillisesti) kokonaan unionin kilpailuoikeuden sääntöjä rikkoneen tytäryhtiönsä, yhtäältä

¹²⁹ Ks. tältä osin riidanalaisen päätöksen 260 ja 261 kohta. Tämän päätöksen julkinen (italiankielinen) versio on saatavilla kilpailuviranomaisen internetsivustolla.

¹³⁰ Vastuun kohdentamista koskevista säännöistä muistutetaan mm. tuomiossa 10.9.2009, Akzo Nobel ym. v. komissio (C-97/08 P, EU:C:2009:536) ja tuomiossa 27.4.2017, Akzo Nobel ym. v. komissio (C-516/15 P, EU:C:2017:314).

¹³¹ Tuomio 27.4.2017, Akzo Nobel ym. v. komissio (C-516/15 P, EU:C:2017:314, 46 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

¹³² Tuomio Deutsche Telekom II (72 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

¹³³ Tuomio Deutsche Telekom II (73 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

¹³⁴ Tuomio Deutsche Telekom II (74 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

¹³⁵ Tuomio 15.4.2021, Italmobiliare ym. v. komissio (C-694/19 P, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa, jäljempänä Italmobiliare, EU:C:2021:286, 54 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen); Ks. myös tuomio 14.7.1972, Imperial Chemical Industries v. komissio (48/69, EU:C:1972:70, 140 kohta) ja tuomio Deutsche Telekom II (94 kohta).

kyseinen emoyhtiö voi käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa kyseisen tytäryhtiön menettelyn osalta ja toisaalta on olemassa kumottavissa oleva (yksinkertainen) oletama, jonka mukaan mainittu emoyhtiö tosiasiallisesti käyttää tällaista vaikutusvaltaa, ellei emoyhtiö toisin osoita.¹³⁶

152. Tällainen oletama merkitsee, ellei sitä kumota, että emoyhtiö käyttää tosiasiallisesti ratkaisevaa vaikutusvaltaa tytäryhtiössään, jolloin voidaan katsoa, että emoyhtiö on vastuussa tytäryhtiönsä toiminnasta, tarvitsematta esittää tästä mitään lisänäyttöä.¹³⁷ Emoyhtiö, jonka on todettu olevan vastuussa tytäryhtiönsä kilpailusääntöjen vastaisesta menettelystä, todetaan tällaisessa tapauksessa itse syylliseksi unionin kilpailusääntöjen rikkomiseen, johon sen katsotaan itse syyllistyneen käyttämällä tytäryhtiössään ratkaisevaa vaikutusvaltaa, jonka perusteella se on voinut päättää tytäryhtiönsä menettelystä.¹³⁸

153. Tästä seuraa, että tällaisessa tilanteessa riittää, että kilpailuviranomainen osoittaa emoyhtiön omistavan tytäryhtiön kokonaan, jotta se voi olettaa, että emoyhtiö käyttää tosiasiallisesti ratkaisevaa määräysvaltaa kyseisen tytäryhtiön liiketoimintapolitiikkaan. Tämän perusteella tämä viranomainen voi katsoa, että emoyhtiö on yhteisvastuussa tytäryhtiölleen määrätyn sakon maksamisesta, ainakin, ellei tämä emoyhtiö, jonka asiana on kumota tämä oletama, esitä riittäviä todisteita sen osoittamiseksi, että sen tytäryhtiö toimii itsenäisesti markkinoilla.¹³⁹ Ratkaisevan vaikutusvallan tosiasiallista käyttämistä koskevan oletaman soveltaminen ei näin ollen edellytä lisätodisteiden esittämistä emoyhtiön tosiasiallisesti käyttämästä vaikutusvallasta.¹⁴⁰

154. Edellä esitetyn perusteella kuuluminen konserniin, jonka yhtiöt ovat suoraan osallistuneet väärinkäyttöön, on riittävää emoyhtiön, joka omistaa nämä yhtiöt kokonaan, vastuun toteamiseksi tarvitsematta esittää mitään lisätodisteita, ellei tämä emoyhtiö ole esittänyt riittäviä todisteita siitä, että nämä yhtiöt ovat menelleet itsenäisesti markkinoilla.

155. Käsiteltävässä asiassa on kuitenkin niin, että ENEL omistaa kokonaan tytäryhtiönsä SEN:n ja EE:n. ENEL ei näin ollen kiistä ratkaisevan vaikutusvallan käyttämistä koskevan oletaman soveltamista vaan ainoastaan sen soveltamisen tietyiltä osin.

156. Se väittää ensinnäkin, ettei pelkkä määräysvalta riitä sellaisenaan emoyhtiön vastuuseen saattamiseksi tytäryhtiön menettelyn perusteella edes silloin, kun on kyse täydestä määräysvallasta. Sen mukaan jopa tällaisessa tilanteessa on tarpeen varmistaa, että emoyhtiö on tosiasiallisesti voinut käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa tytäryhtiöissä.

157. Tällaista argumentaatiota ei voida mielestäni hyväksyä. Edellä mainitusta oikeuskäytännöstä ilmenee nimittäin selvästi, että ratkaisevan vaikutusvallan käyttämistä koskeva oletama merkitsee nimenomaan sitä, että ratkaisevan vaikutusvallan tosiasiallinen käyttäminen on katsottava osoitetuksi, tarvitsematta esittää mitään lisänäyttöä. Päinvastainen tulkinta olisi vastoin tämän oletaman – jonka mukaisesti oletetaan, että täysi määräysvalta tytäryhtiöön merkitsee välttämättä (taloudellista) kykyä käyttää tällaista vaikutusvaltaa – tehokasta vaikutusta.¹⁴¹

¹³⁶ Ks. tuomio Italmobiliare (47 ja 55 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

¹³⁷ Tuomio Italmobiliare (55 kohta). Ks. vastaavasti tuomio 16.6.2016, Evonik Degussa ja AlzChem v. komissio (C-155/14 P, EU:C:2016:446, 30 kohta).

¹³⁸ Tuomio Italmobiliare (56 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

¹³⁹ Tuomio Italmobiliare (48 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

¹⁴⁰ Tuomio 27.1.2021, The Goldman Sachs Group v. komissio (C-595/18 P, jäljempänä tuomio Goldman Sachs, EU:C:2021:73, 33 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

¹⁴¹ Ks. tältä osin tuomio 13.9.2013, Total Raffinage Marketing v. komissio (T-566/08, EU:T:2013:423, 501 ja 502 kohta).

Unionin tuomioistuin on nimittäin todennut, että tämän olettaman perusteena ei ole sinänsä se, että emoyhtiö vain omistaa tytäryhtiön kokonaan, vaan se, missä määrin tällaisesta omistuksesta seuraa määräysvaltaa.¹⁴²

158. ENEL väittää toiseksi olettaman kumottavuuden osalta, että jos emoyhtiö esittää todisteet, jotka osoittavat, että tytäryhtiö on toiminut itsenäisesti markkinoilla, kilpailuviranomaisen tehtävänä on perustella asianmukaisesti tästä poikkeava kantansa. Käsiteltävässä asiassa ENEL on kiistänyt sen, että se olisi käyttänyt ratkaisevaa vaikutusvaltaa, koska vuonna 2014 toteutetun organisaatorakenneuudistuksen jälkeen sillä ei enää ollut osaa päätöksentekoon tai operatiivista roolia vaan se pyrki pelkästään eri operatiivisten tytäryhtiöiden välisten synergiaetujen ja parhaiden toimintatapojen edistäminen. Se oli esittänyt tältä osin asiakirjoja, joita kilpailuviranomainen ei kuitenkaan ollut ottanut huomioon tai jotka se oli torjunut esittämättä asianmukaisia perusteluja.

159. Näiden väitteiden osalta on esitettävä kolmenlaisia näkökohtia.

160. Siltä osin kuin on kyse ratkaisevan vaikutusvallan käyttämisestä koskevan olettaman kumoamiseen liittyvästä todistustaakasta, vakiintuneessa oikeuskäytännössä on ensinnäkin todettu, että emoyhtiön on esitettävä kaikki todisteet siitä, ettei tällaista vaikutusvaltaa ole olemassa.¹⁴³ Pelkästään tällaisten todisteiden esittäminen ei kuitenkaan sinänsä riitä kääntämään todistustaakkaa. Ainoastaan kilpailuviranomainen voi nimittäin todeta, onko emoyhtiö kumonnut ratkaisevan vaikutusvallan käyttämisestä koskevan olettaman osoittamalla, että sen tytäryhtiö on itsenäinen. Jos asia on näin, emoyhtiötä ei voida saattaa vastuuseen yksin sillä perusteella, että se omistaa tytäryhtiön kokonaan,¹⁴⁴ ja jos tämä viranomainen päättää katsoa emoyhtiön olevan vastuussa, sen tulee perustella tätä vastuuta ratkaisevaa vaikutusvaltaa koskevilla muilla konkreettisilla seikoilla. Kuten käsiteltävässä asiassa, kilpailuviranomaiset nimittäin usein päättävät esittää tämän olettaman tueksi muita tosiseikkoja.¹⁴⁵

161. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee toiseksi kilpailuviranomaisen perusteluvelvollisuuden osalta, että kilpailusääntöjen soveltamista koskevan päätöksen on sisällettävä riittävät perustelut kunkin adressaatin osalta ja erityisesti sellaisten adressaattien osalta, joiden kyseisen päätöksen mukaan katsotaan olevan vastuussa rikkomisesta. Sellaisen emoyhtiön osalta, jonka katsotaan olevan vastuussa tytäryhtiönsä kilpailusääntöjen rikkomista merkittävästä menettelystä, tällaisen päätöksen tulee näin ollen sisältää seikkaperäinen esittely niistä perusteluista, joiden takia kyseisen yhtiön katsotaan olevan vastuussa rikkomisesta.¹⁴⁶ Jos tällaisessa päätöksessä tukeudutaan yksinomaan ratkaisevan vaikutusvallan käyttämisestä koskevaan olettamaan, kilpailuviranomainen on joka tapauksessa velvollinen – ettei mainittu olettama muodostuisi todellisuudessa sellaiseksi, ettei se ole kumottavissa – ilmoittamaan riittävät syyt siihen, miksi ne tosiseikat ja oikeudelliset seikat, joihin on vedottu, eivät ole riittäneet kumoamaan mainittua olettamaa.¹⁴⁷

¹⁴² Tuomio Goldman Sachs (35 kohta).

¹⁴³ Ks. tuomio 16.6.2016, Evonik Degussa ja AlzChem v. komissio (C-155/14 P, EU:C:2016:446, 32-34 kohta).

¹⁴⁴ Tuomio 28.10.2020, Pirelli & C. v. komissio (C-611/18 P, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa, EU:C:2020:868, 74 kohta).

¹⁴⁵ Ks. vastaavasti tuomio Goldman Sachs (40 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

¹⁴⁶ Ks. vastaavasti tuomio 2.10.2003, Aristrain v. komissio (C-196/99 P, EU:C:2003:529, 93-101 kohta).

¹⁴⁷ Ks. vastaavasti tuomio 29.9.2011, Elf Aquitaine v. komissio (C-521/09 P, EU:C:2011:620, 153 kohta); tuomio 14.9.2017, LG Electronics ja Koninklijke Philips Electronics v. komissio (C-588/15 P ja C-622/15 P, EU:C:2017:679, 87 kohta) ja tuomio 28.10.2020, Pirelli & C. v. komissio (C-611/18 P, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa, EU:C:2020:868, 45 kohta).

162. Tämä kilpailuviranomaisen velvollisuus perustella päätöksensä tältä osin perustuu muun muassa siihen, että ratkaisevan vaikutusvallan käyttämisestä koskeva oletama on kumottavissa. Muistutan nimittäin, että unionin tuomioistuin on todennut, että kyseisen oletaman tarkoituksena on erityisesti rakentaa tasapaino yhtäältä sen merkityksen, joka on annettava tavoitteelle, joka liittyy seuraamusten määräämiseen kilpailusääntöjen vastaisesta toiminnasta ja sen uusiutumisen ehkäisemiseen, ja toisaalta sellaisten vaatimusten välille, jotka seuraavat unionin oikeuden tietyistä yleisistä periaatteista, kuten esimerkiksi syyttömyysolettamaa, seuraamusten yksilökohtaisuutta ja oikeusvarmuutta koskevista periaatteista sekä puolustautumisoikeuksista, mukaan lukien asianosaisten prosessuaalisen yhdenvertaisuuden periaate. Kyseinen oletama on muun muassa tämän takia kumottavissa.¹⁴⁸ Unionin tuomioistuin on lisäksi katsonut, että se, että ratkaisevan vaikutusvallan käyttämisestä koskevan oletaman kumoamiseksi tarvittavan vastanäytön esittäminen on vaikeata, ei nimittäin sellaisenaan merkitse sitä, ettei olettamaa voitaisi tosiasiallisesti kumota ja että se olisi näin ollen syyttömyysolettaman periaatteen vastainen.¹⁴⁹

163. On silti muistettava, että unionin tuomioistuin on katsonut, ettei komissio ole kuitenkaan velvollinen tällaisessa yhteydessä ottamaan kantaa sellaisiin seikkoihin, jotka eivät selvästikään liity aiheeseen tai jotka ovat merkityksettömiä taikka selvästi toissijaisia.¹⁵⁰ Tämä perusteluvelvollisuus ei välttämättä myöskään velvoita esittämään selvitystä, jossa seurattaisiin tyhjentävästi ja kohta kohdalta kaikkia riidan asianosaisten esittämiä päätelmiä. Perustelut voivat siis olla implisiittisiä, kunhan asianosaiset saavat niiden avulla selville syyt, joihin valituksenalainen tuomio perustuu, ja tuomioistuimella on käytettävissään riittävät tiedot, jotta se kykenee harjoittamaan valvontaansa muutoksenhaun yhteydessä.¹⁵¹ Näitä periaatteita voidaan soveltaa analogisesti myös kansallisiin kilpailuviranomaisiin.

164. En halua ennakoida näkemystä, johon ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin lopulta päätyy pääasiassa, mutta muistutan kolmanneksi, että unionin tuomioistuimella on jo ollut tilaisuus täsmentää aluksi, että se, että (täydessä) määräysvallassa olevilla yhtiöillä on ollut tiettyä itsenäisyyttä teollisen toimintansa osalta ja että emoyhtiö on toiminut pelkkänä teknisenä koordinaattorina ja rahoituskoordinaattorina tai antanut kyseisille yhtiöille rahoitustukea ja taloudellista tukea, ei ole sellaisenaan riittävää ratkaisevan määräysvallan käyttämisestä koskevan oletaman kumoamiseksi.¹⁵² Seuraavaksi unionin tuomioistuin on katsonut myös, että sillä, että yhtiö on ”rahoituksellinen holdingyhtiö”, joka ei ole luonteeltaan yritystoimintaa harjoittava yhtiö, ei voi olla vaikutusta tämän oletaman soveltamiseen sen osalta.¹⁵³ Unionin tuomioistuin on lopuksi hylännyt väitteet, joiden mukaan tämän oletaman soveltaminen pelkkään omistamiseen keskittyvään holdingyhtiöön olisi vastoin Roomassa 4.11.1950 allekirjoitetun ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen 14 artiklaa, Euroopan unionin perusoikeuskirjan 17 ja 21 artiklaa sekä SEUT 345 artiklaa siltä osin kuin tämä johtaisi mielivaltaiseen ja perusteettomaan erilaiseen kohteluun eri omaisuusryhmien välillä.¹⁵⁴

¹⁴⁸ Ks. tuomio 8.5.2013, *Eni v. komissio* (C-508/11 P, EU:C:2013:289, 57-59 kohta) ja tuomio *Italmobiliare* (57 kohta).

¹⁴⁹ Tuomio *Italmobiliare* (58 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

¹⁵⁰ Ks. tuomio 29.9.2011, *Elf Aquitaine v. komissio* (C-521/09 P, EU:C:2011:620, 154 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio 28.10.2020, *Pirelli & C. v. komissio* (C-611/18 P, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa, EU:C:2020:868, 46 kohta).

¹⁵¹ Ks. vastaavasti tuomio 26.11.2013, *Groupe Gascogne v. komissio* (C-58/12 P, EU:C:2013:770, 37-39 kohta).

¹⁵² Tuomio 8.5.2013, *Eni v. komissio* (C-508/11 P, EU:C:2013:289, 64 kohta).

¹⁵³ Tuomio *Italmobiliare* (41 kohta).

¹⁵⁴ Tuomio *Italmobiliare* (62 ja 63 kohta).

165. Edellä esitettyjen toteamusten perusteella ehdotan, että viidenteen kysymykseen vastataan siten, että emoyhtiön kuuluminen konserniin - joka muodostuu muun muassa sen kokonaan omistamista tytäryhtiöistä, jotka ovat suoraan osallistuneet SEUT 102 artiklassa tarkoitettuun väärinkäyttöön - on riittävää, jotta voidaan olettaa, että emoyhtiö on käyttänyt ratkaisevaa vaikutusvaltaa näiden tytäryhtiöiden liiketoimintakäytäntöön, joten kilpailuviranomainen voi katsoa tämän emoyhtiön olevan vastuussa tästä menettelystä tarvitsematta esittää näyttöä siitä, että kyseinen emoyhtiö on osallistunut väärinkäyttöön. Tämän kumottavissa olevan olettaman kumoaminen kuuluu emoyhtiölle, jonka on esitettävä todisteita, jotka osoittavat, että tytäryhtiöt ovat menettelleet itsenäisesti markkinoilla. Tällaisessa tilanteessa kilpailuviranomainen on velvollinen ilmoittamaan riittävät syyt siihen, miksi se on katsonut, että nämä seikat eivät ole riittäneet kumoamaan mainittua olettamaa, ellei se katso, että nämä seikat eivät selvästikään liity aiheeseen tai että ne ovat merkityksettömiä taikka selvästi toissijaisia.

F Ratkaisuehdotus

166. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Consiglio di Staton esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

- 1) SEUT 102 artiklaa on tulkittava siten, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen menettelytapaa, riippumatta sen laillisuudesta muiden oikeudenalojen kuin kilpailuoikeuden kannalta, ei voida pitää tässä artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä yksinomaan sen vuoksi, että se saattoi aiheuttaa syrjäyttävän vaikutuksen merkityksellisillä markkinoilla, koska tällaista menettelytapaa ei voida rinnastaa vaikutukseltaan kilpailunrajoitukseen, jollei ole osoitettu, että tämä yritys on käyttänyt muita kuin ansioihin perustuvaan kilpailuun kuuluvia keinoja. Syrjäyttävä käytäntö, jonka kilpailijat voivat toisintaa taloudellisesti kannattavalla tavalla, ei ole lähtökohtaisesti sellainen menettelytapa, joka voi johtaa kilpailunvastaiseen markkinoilta syrjäyttämiseen, ja se kuuluu siten ansioihin perustuvaan kilpailuun.
- 2) SEUT 102 artiklaa on tulkittava siten, että siinä kielletään paitsi syrjäyttävät käytännöt, jotka voivat aiheuttaa kuluttajille välitöntä vahinkoa – mikä muodostaa tämän artiklan lopullisen tavoitteen –, myös menettelytavat, jotka voivat aiheuttaa kuluttajille välillistä vahinkoa siksi, että ne vaikuttavat markkinoiden rakenteeseen ja näin ollen tehokkaan kilpailun säilymiseen. Kilpailuviranomaisten tehtävänä on osoittaa, että tällainen syrjäyttävä käytäntö aiheuttaa vahinkoa tehokkaan kilpailun rakenteelle, ja tutkia samalla, onko se myös omiaan aiheuttamaan tosiasiallista tai mahdollista vahinkoa näille kuluttajille.
- 3) SEUT 102 artiklaa on tulkittava siten, että määräävän markkina-aseman väärinkäytön toteamiseksi kilpailuviranomaisen on osoitettava kaikkien merkityksellisten tosiseikkojen perusteella ja ottaen huomioon erityisesti määräävässä asemassa olevan yrityksen esittämät todisteet, että tämän yrityksen menettely saattoi rajoittaa kilpailua, ja arvioitava tarvittaessa tältä osin myös todisteita, joiden mukaan kyseisestä menettelystä ei aiheutunut kilpailunvastaisia vaikutuksia merkityksellisillä markkinoilla.
- 4) SEUT 102 artiklaa on tulkittava siten, että jotta määräävässä asemassa olevan yrityksen syrjäyttävää menettelytapaa voidaan pitää väärinkäyttönä, ei ole tarpeen osoittaa, että sen subjektiivisena aikomuksena oli syrjäyttää kilpailijansa. Tämä aikomus voidaan kuitenkin ottaa huomioon tosiseikkana erityisesti todettaessa, että tämä menettely saattoi rajoittaa kilpailua. Oletetun syrjäyttävän aikomuksen toteen näyttäminen ei johda kyseisen menettelyn väärinkäyttöluonnetta koskevan todistustaakan siirtymiseen.

- 5) Emoyhtiön kuuluminen konserniin - joka muodostuu muun muassa sen kokonaan omistamista tytäryhtiöistä, jotka ovat suoraan osallistuneet SEUT 102 artiklan mukaiseen väärinkäyttöön - on riittävää, jotta voidaan olettaa, että emoyhtiö on käyttänyt ratkaisevaa vaikutusvaltaa näiden tytäryhtiöiden liiketoimintakäytäntöön, joten kilpailuviranomainen voi katsoa tämän emoyhtiön olevan vastuussa tästä menettelystä tarvitsematta esittää näyttöä siitä, että kyseinen emoyhtiö on osallistunut väärinkäyttöön. Tämän kumottavissa olevan oletaman kumoaminen kuuluu emoyhtiölle, jonka on esitettävä todisteita, jotka osoittavat, että tytäryhtiöt ovat menelleet itsenäisesti markkinoilla. Tällaisessa tilanteessa kilpailuviranomainen on velvollinen ilmoittamaan riittävät syyt siihen, miksi se on katsonut, että nämä seikat eivät ole riittäneet kumoamaan mainittua oletamaa, ellei se katso, että nämä seikat eivät selvästikään liity aiheeseen tai että ne ovat merkityksettömiä taikka selvästi toissijaisia.