JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
NIAL FENNELLY
29 päivänä lokakuuta 1998 *

Sisällys

I Johdanto I-1373

II Asiaa koskevat oikeussäännöt ja asiaan liittyvät tosiseikat I-1373

A Riidanalainen päätös I-1373

B Vuoden 1986 asetus I-1376

III Valitusta koskeva yleiskatsaus I-1378

IV Yhteisen määräävän aseman toteaminen I-1378

A Johdanto I-1378

B Valittajien väitteet ja niiden perustelut I-1379

C Yhteisen määräävän aseman luonne I-1380

D Perustelujen riittävyys I-1386

E Ratkaisuehdotus I-1390

V Määräävän aseman väärinkäyttö, johon Cewalin on katsottu syyllistyneen I-1390

A Ogefremiin liittyvä määräävän aseman väärinkäyttö I-1390

i) Tausta I-1390

ii) Yhteenveto valitusvaiheessa esitetyistä huomautuksista I-1393

iii) Valittajien valitusperusteiden arviointi I-1394

a) Oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin I-1394

b) Hallintotoimen toteuttamiskehotusta koskeva valitusperuste I-1394

— Johdanto I-1394

— Valtion toimenpiteitä koskevan opin merkitys asiassa I-1395

— Ogefrem-sopimuksen todellinen luonne I-1399

c) Valituksenalaisen tuomion ristiriitaisuus I-1401

d) Ogefremin käyttäytymisen lainmukaisuus 86 artiklan mukaan I-1401

B Hintataistelualusten käyttö I-1401

i) Johdanto I-1401

ii) Menettelyä koskevat valitusperusteet I-1402

a) Tausta I-1402

* Alkuperäinen kieli: englanti.

b) Valituksenalainen tuomio I-1405

c) Tässä valituksessa esitetyt väitteet ja perustelut I-1405

d) Asian arviointi I-1406

iii) Onko moitittu käyttäytyminen määräävän aseman väärinkäyttöä? I-1409

a) Asiaan liittyvät ongelmat I-1409

b) Asian arviointi I-1411

— Määräävän aseman väärinkäytön monenkeskisyys I-1411

— Syrjäyttämistarkoitus I-1412

— Konferenssin maksutaulukosta poikkeaminen I-1413

— Tulonmenetysten jakaminen I-1413

— Saalistushinnoittelua koskeva oikeuskäytäntö I-1414

— Onko hintataistelualusten käyttäminen määräävän aseman väärinkäyttöä? I-1417

C Sataprosenttista lojaliteettia edellyttävistä sopimuksista määrääminen I-1421

i) Johdanto I-1421

ii) Sisältö I-1422

iii) Valitusperusteen ensimmäinen osa: vuoden 1986 asetuksen virheellinen tulkinta — lojaliteetista "määrääminen" I-1423

a) Ensimmäinen toissijainen väite — fob-myynti I-1424

b) Toinen toissijainen väite — mustat listat I-1425

iv) Valitusperusteen toinen osa: Komissio ei voi määrätä sakkoa, ennen kuin se peruuttaa poikkeuksen I-1428

VI Sakot I-1431

A Johdanto I-1431

B Yhteisöjen tuomioistuimen harkintavalta I-1431

C Valitusperusteet I-1432

D Asian arviointi I-1433

i) Oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan oikeuden loukkaaminen I-1433

ii) Muut väitteet I-1437

iii) Korkokanta I-1438

E Yhteenveto ratkaisuehdotuksista I-1439

VII Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus I-1440

VIII Oikeudenkäyntikulut I-1440

IX Ratkaisuehdotus I-1441

I Johdanto

1. Tämän valituksen johdosta yhteisöjen tuomioistuimella on ensimmäistä kertaa mahdollisuus tarkastella kilpailua koskevien perustamissopimuksen artiklojen soveltamista linjakonferensseihin kuuluviin varustamoihin. Asia koskee Zairen ja tiettyjen Pohjois-Euroopan satamien välillä liikennöivien Central and West African Conference -linjakonferenssin (jäljempänä Cewal) jäsenten harjoittamaa yhteisen määräävän aseman väärinkäyttöä. Valittajat kiistävät, että komission toteama määräävä asema olisi yhteinen. Valittajat ovat vedonneet puolustuksekseen myös seikkoihin, jotka liittyvät valtion toimen toteuttamiskehotukseen, menettelyihin, joita on noudatettava kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta meriliikennealalla annettujen, asiassa sovellettavien säännösten mukaan, ja EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan soveltamiseen "hintataisteluaaluksina" tunnettuun hinnoittelukäyttäytymiseen. Valittajat esittävät myös useita oikeudenkäyntiväitteitä, jotka koskevat komission ja yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asian käsittelyssä noudattamaa menettelyä.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt ja asiaan liittyvät tosiseikat

A *Riidanalainen päätös*

2. Perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan yksityiskohtaisesta soveltamisesta meriliikenteeseen 22 päivänä joulukuuta 1986 annetun neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4056/86 [1] (jäljempänä vuoden 1986 asetus) 1 artiklan 3 kohdan b alakohdan mukaan linjakonferenssilla tarkoitetaan "kahden tai useamman aluksia käyttävän ja määritellyllä maantieteellisellä alueella tietyllä reitillä tai tietyillä reiteillä kansainvälisiä linjaliikennepalveluja tarjoavien varustamojen ryhmää, jolla on jonkinlainen sopimus tai järjestely siitä, että varustamot toimivat yhdenmukaisin tai yhteisin kuljetusmaksuin ja noudattavat muita varustamopalvelujen tarjoamisesta sovittuja ehtoja".

3. Nyt käsiteltävänä oleva valitus koskee ETY:n perustamissopimuksen 85 artiklan (IV/32.448 ja IV/32.450: Cewal, Cowac ja Ukwal) ja ETY:n perustamissopimuksen 86 artiklan (IV/32.448 ja IV/32.450: Cewal) soveltamisesta 23 päivänä joulukuuta 1992 tehtyä komission päätöstä 93/82/ETY [2] (jäljempänä päätös). Päätös on tehty vuoden 1986 asetuksen nojalla. Päätöksessä komissio kuvailee Cewalia linjakonferenssiksi, jonka jäsenet tarjoavat "aikatauluun perustuvia merikuljetuksia Zairen [3] ja Angolan satamien sekä Pohjanmeren satamien välillä (Yhdistyneen kuningaskunnan satamia lukuun ottamatta)". [4] Komissio ryhtyi vuoden 1987 heinäkuussa saamiensa kanteluiden perusteella tutkimaan erinäisiä väitteitä, joiden mukaan Cewalin ja muiden Euroopan ja Länsi- ja Keski-Afrikan välillä liikennöivien linjakonferenssien jäsenet käyttäytyivät kilpailua rajoittavalla tavalla. Komissio totesi päätöksessään kolmen linjakonferenssin rikkoneen 85 artiklaa ja Cewal-

1 — EYVL L 378, s. 4.

2 — EYVL L 34, s. 20.

3 — Josta on sittemmin tullut Kongon demokraattinen tasavalta.

4 — Päätöksen johdanto-osan ensimmäinen perustelukappale. Päätöksen johdanto-osassa on kaikkiaan 119 perustelukappaletta, joita yksinkertaisuuden vuoksi kutsutaan jäljempänä päätöksen kohdiksi.

konferenssin jäsenten käyttäneen väärin yhteistä määräävää asemaansa 86 artiklan vastaisesti. Neljälle Cewal-konferenssin jäsenelle (Compagnie Maritime Belgelle, Dafra-Linesille, Deutsche Afrika-Linienille ja Nedlloyd Lijnenille) määrättiin sakkoja, joista suurin (9,6 miljoonaa ecua, joka vastasi 95:tä prosenttia sakkojen yhteismäärästä) määrättiin Compagnie Maritime Belgelle (jäljempänä CMB).

4. Nämä neljä Cewal-konferenssin jäsentä (jäljempänä kantajat, kun on kysymys ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa käydystä oikeudenkäynnistä) nostivat EY:n perustamissopimuksen 173 artiklan nojalla päätöksestä kumoamiskanteen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin alensi kyseessä olleiden neljän sakon määrää kymmenellä prosentilla [5] mutta muutoin hylkäsi kanteet 8.10.1996 antamassaan tuomiossa [6] (jäljempänä valituksenalainen tuomio). Vaikka kanteissa oli vaadittu ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta kumoamaan komission päätelmät, joiden mukaan sekä perustamissopimuksen 85 artiklaa että 86 artiklaa on rikottu, CMB:n ja Dafra-Linesin (jäljempänä Dafra) nyt yhteisöjen tuomioistuimelle tekemät valitukset koskevat ainoastaan niitä valituksenalaisen tuomion osia, joissa on pysytetty ne komission päätelmät, jotka koskevat 86 artiklan vastaista määräävän aseman väärinkäyttöä ja joihin komission näiden väärinkäyttöjen osalta määräämät sakot pääasiassa perustuvat. [7]

5. Yhdistyneiden kansakuntien kauppa- ja kehityskonferenssissa vuonna 1974 linjakonferensseille vahvistettujen käyttäytymissääntöjen (jäljempänä UNCTADin säännöt) mukaan rahtien jakamisessa linjakonferenssien kesken noudatetaan 40:40:20-sääntöä (jäljempänä UNCTADin 40:40:20-sääntö), jonka mukaan meriyhteyden molemmin puolin sijaitsevien maiden kansalliset varustamot saavat kumpikin 40 prosenttia konferenssin kuljetettavaksi kuuluvasta rahdista ja loput 20 prosenttia jaetaan konferenssiin kuuluville muiden maiden varustamoille. Kuten jäljempänä tarkastellaan yksityiskohtaisemmin, tietyt Afrikan valtiot vaativat, että UNCTADin sääntöjä on sovellettava kaikkeen rahtiin eikä pelkästään konferenssille kuuluvaan rahtiin. Pohjois-Euroopan ja Zairen välisten meriyhteyksien osalta rahdin jakaminen UNCTADin sääntöjen mukaisesti toteutettiin 1980-luvun puolivälissä ja loppupuolella useilla eri toimenpiteillä, joista nyt käsiteltävänä olevien valitusten kannalta tärkein on Office Zaïrois de Gestion du Fret Maritimen (Zairen merirahdista vastaava virasto; jäljempänä Ogefrem) ja Cewalin välillä vuonna 1985 tehty yhteistyösopimus (jäljempänä Ogefrem-sopimus). Ogefrem-sopimuksen 1 artiklan ensimmäisen kappaleen mukaan Cewalin ja Ogefremin oli valvottava, että "Cewalin jäseninä olevat varustamot saavat kuljetettavakseen kaikki tämän linjakonferenssin toimialaan kuuluvat tavarakuljetukset", kun taas toisen kappaleen mukaan poikkeuksia voitiin sallia ainoastaan "molempien osapuolten nimenomaisella suostumuksella". Näistä määräyksistä huolimatta Ogefrem päätti vuonna 1986 yksipuolisesti myöntää kilpailevalle varustamojen yhteenliittymälle Grimaldi & Cobelfretille (jäljempänä G&C) noin kaksi prosenttia Zairesta ja Zaireen kuljetettavasta rahdista; tämä osuus näyttää kasvaneen seuraavina vuo-

5 — CMB:n sakkoa alennettiin 960 000 eculla, Dafra-Linesin ja Deutsche Afrika-Linienin sakkoja 20 000 eculla sekä Nedlloyd Lijnenin sakkoa 10 000 eculla.

6 — Ks. yhdistetyt asiat T-24/93, T-25/93, T-26/93 ja T-28/93, Compagnie Maritime Belge Transports ym. v. komissio, tuomio 8.10.1996 (Kok. 1996, s. II-1201).

7 — Kaikilla viittauksilla 85 ja 86 artiklaan tarkoitetaan jäljempänä Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklaa.

sina mutta ei niin paljon, että se olisi vaikuttanut Cewalin määräävään asemaan. [8]

6. CMB:n ja Dafran (jäljempänä valittajat paitsi edellä 4 kohdassa todetuin tavoin kantajat, asiayhteyden niin edellyttäessä) tekemissä valituksissa on kysymys ainoastaan 86 artiklaa koskevista komission toteamuksista ja sen määräämistä sakoista. [9] Komissio on todennut, että "kaikki Cewalin jäsenten liikennöimät reitit muodostavat erityiset markkinat". [10] Komissio on viitannut myös Cewalin Ogefrem-sopimuksesta saamiin etuihin, sen laajaan reittiverkostoon, sen laivojen kapasiteettiin ja sen tarjoamien kuljetusten tiheyteen sekä kokemukseen, joka sille on kertynyt sen toimittua markkinoilla useita vuosikymmeniä. Komissio katsoi, että Cewalin jäsenillä oli yhteisesti erittäin huomattava määräävä asema markkinoilla sekä niiden suuren markkinaosuuden vuoksi että muista syistä.

7. Komissio katsoi, että "Cewal on käyttänyt väärin määräävää asemaansa kolmella eri tavalla — — pyrkiäkseen syrjäyttämään pääasiallisen kilpailijansa (G&C:n)". [11] Päätöksen 2 artiklan mukaan Cewal on käyttänyt väärin määräävää asemaansa seuraavilla tavoilla:

— "noudattamalla [Ogefrem-sopimusta] ja vaatimalla toistuvasti ja usein eri tavoin sen ehdotonta soveltamista"

— "muuttamalla rahdin hintaa poiketen voimassa olevista maksutaulukoista, jotta saavutettaisiin samat tai alemmat hinnat kuin pääasiallisella riippumattomalla kilpailijalla niiden rahtien osalta, jotka lähtevät satamasta samana päivänä tai lähipäivinä (menettelytapa on nimeltään 'hintataistelualukset', fighting ships)"

— "suorittamalla sataprosenttista lojaalisuutta (mukaan lukien fob-ehdoin [free on board] [12] myytävät tavarat) edellyttäviä järjestelyjä, mitkä ovat pidemmälle menevä toimenpide kuin mistä [vuoden 1986 asetuksen] 5 artiklan

8 — Komissio on liikesalaisuuksien salassa pitämistä koskevan säännöksen eli vuoden 1986 asetuksen 24 artiklan 2 kohdan mukaisesti jättänyt päätöksen julkaistun version (mainittu edellä alaviitteessä 2) 14 kohdassa julkaisematta numerotiedot, jotka koskevat Cewalin ilmoittamaa markkinaosuutta vuosina 1989 ja 1991. Valittajat ovat valituksessaan kuitenkin itse viitanneet pois jätettyihin tietoihin kiistämättä niitä.

9 — On kuitenkin huomattava, että komissio on katsonut päätöksen 1 artiklassa, että kolmen linjakonferenssin eli Cewalin, Cowacin ja Ukwalin tekemät sopimukset markkinoiden jakamisesta Länsi-Afrikan ja Pohjois-Euroopan välisillä reiteillä, joilla kullakin konferenssilla oli oma reittiverkosto, olivat perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan vastaisia, eivätkä tällaiset sopimukset voineet kuulua sen enempää perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohtaan kuin vuoden 1986 asetuksen 3 artiklaan perustuvan poikkeuksen soveltamisalaan.

10 — Päätöksen 56 kohta.

11 — Päätöksen 62 kohta.

12 — Jos tavara myydään fob-ehdoin, myyjä vastaa ainoastaan tavaran laivaan lastaamisesta aiheutuvista kuluista.

2 kohdassa säädetään, ja pitämällä 'mustia listoja' niistä rahdinantajista, jotka eivät ole lojaaleja". [13]

Komissio on 3 artiklan toisessa kohdassa velvoittanut Cewalin jäsenet "lopettamaan 2 artiklassa todetut rikkomiset" ja 5 artiklassa kehottanut saattamaan lojaliteettijärjestelyt "[vuoden 1986 asetuksen] 5 artiklan 2 kohdan mukaisiksi". Päätöksen 6 artiklassa on määrätty sakot, joihin on viitattu jo edellä (ks. 3 kohta).

B *Vuoden 1986 asetus*

8. Neuvoston asetusta N:o 17 [14] ei sovelleta liikenteeseen. Tämän vuoksi vuoden 1986 asetuksessa on säädetty "perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan yksityiskohtaisesta soveltamisesta meriliikenteeseen". [15] Asetuksen 16. perustelukappaleen mukaan asetuksessa säädetään "niistä menettelyistä, siitä toimivallasta tehdä päätöksiä ja niistä seuraamusmaksuista, jotka ovat tarpeen sen varmistamiseksi, että 85 artiklan 1 kohdassa ja 86 artiklassa tarkoitettuja kieltoja sekä 85 artiklan 3 kohdan soveltamisen edellytyksiä noudatetaan".

9. Vuoden 1986 asetuksen 3 artiklassa säädetään "[p]oikkeu[ksesta], joka koskee varustamoiden sopimuksia aikatauluun perustuvista meriliikennepalveluista" (jäljempänä poikkeus) ja jonka sanamuoto on seuraava:

"Perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu kielto ei, jollei tämän asetuksen 4 artiklassa säädetystä ehdosta muuta johdu, koske yhden tai useamman linjakonferenssin jäsenten tai joidenkin jäsenten sellaisia sopimuksia, päätöksiä tai yhdenmukaistettuja menettelytapoja, joiden tarkoituksena on kuljetusmaksujen ja -ehtojen vahvistaminen ja mahdollisesti yksi tai useampi seuraavista:

a) kuljetusaikataulujen, lähtöjen tai satamassa käyntien yhteensovittaminen;

b) lähtö- tai satamassakäyntikerroista päättäminen;

c) lähtöjen tai satamassakäyntien yhteensovittaminen tai jakaminen konferenssin jäsenten kesken;

d) kunkin jäsenen tarjoaman kuljetuskaluston määrittely;

e) lastin tai tulojen jakaminen jäsenten kesken."

13 — Tällä tarkoitetaan luetteloa rahdinantajista, jotka vaikka vain satunnaisesti ovat käyttäneet G&C:n tarjoamaa vaihtoehtoista palvelua; ks. erityisesti päätöksen 29 kohta ja sen toinen alaviite.

14 — 6 päivänä helmikuuta 1962 annettu neuvoston asetus N:o 17 (perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan ensimmäinen täytäntöönpanoasetus) (EYVL L 13, 21.2.1962, s. 204).

15 — Asetuksen 1 artiklan 1 kohta.

Asetuksen 4 artiklassa poikkeuksen soveltaminen asetetaan nimenomaisesti riippumaan sitä "ehdosta", että sopimus tai muu tämän poikkeuksen soveltamisalaan kuuluva käyttäytyminen "ei aiheuta haittaa tietyille satamille, kuljetusten käyttäjille tai varustamoille yhteismarkkinoilla asettamalla alueella, jota sopimus — — koskee, samojen tavaroiden kuljetuksessa käytettäväksi kuljetusmaksuja ja -ehtoja, jotka ovat erilaiset lähtö- tai määrämaan taikka lastaus- tai purkusataman mukaan, mutta jotka eivät ole taloudellisesti perusteltavissa". Jos tätä ehtoa ei noudateta, sopimus tai siitä erotettavissa oleva määräys, joka on tämän ehdon vastainen, "on perustamissopimuksen 85 artiklan 2 kohdan nojalla mitätön".

10. Vuoden 1986 asetuksen 5 artiklassa asetetaan toisaalta eräitä "velvoitteita", jotka on täytettävä, jotta poikkeusta voitaisiin soveltaa. Asetuksen 5 artiklan 2 kohdassa säädetään "lojaliteettijärjestelyjen" osalta, että konferenssin varustamojäsenet "saavat toteuttaa ja noudattaa kuljetusten käyttäjien kanssa lojaliteettijärjestelyjä, joiden muodoista ja ehdoista konferenssi ja kuljetusten käyttäjien järjestöt neuvottelevat". Tällaisten lojaliteettijärjestelyjen on kuitenkin täytettävä erinäisiä edellytyksiä, muun muassa se 5 artiklan 2 kohdan b alakohdan i alakohdassa asetettu edellytys, että "sataprosenttisia lojaliteettijärjestelyjä voidaan tarjota, mutta niistä ei voida määrätä yksipuolisesti". Asetuksen 5 artiklan 4 kohdassa, jonka otsikko on Maksutaulukoista tiedottaminen, säädetään, että konferenssin maksutaulukko on "pyynnöstä annettava kuljetusten käyttäjille kohtuullista maksua vastaan" tai sen "on oltava saatavilla [siihen] tutustumista varten varustamojen ja näiden edustajien toimistoissa".

11. Vuoden 1986 asetuksen 7 artikla koskee niitä vaikutuksia, joita aiheutuu rikottaessa "velvoitetta, joka 5 artiklan mukaan liittyy 3 artiklassa säädettyyn poikkeukseen". Asetuksen 7 artiklan 1 kohdassa annetaan komissiolle toimivalta vuoden 1986 asetuksen II jaksossa säädettyjen menettelysäännösten mukaisesti

"— antaa asianomaisille henkilöille osoitettuja suosituksia;

— jos nämä henkilöt eivät noudata suosituksia, rikkomuksen vakavuuden mukaan tehdä päätö[s], jolla joko kielletään heitä toteuttamasta joitakin toimia tai vaaditaan heitä suorittamaan jotkin toimet taikka jolla sekä peruutetaan heille ryhmäpoikkeusasetuksesta aiheutuva etu että myönnetään heille 11 artiklan 4 kohdan nojalla yksittäispoikkeus taikka jolla peruutetaan heille ryhmäpoikkeuksesta aiheutuva etu".

12. Vuoden 1986 asetuksen 8 artiklan otsikko on Perustamissopimuksen 86 artiklan kanssa ristiriitaiset vaikutukset. Asetuksen 8 artiklan 1 kohdan mukaan "[p]erustamissopimuksen 86 artiklassa tarkoitettu määräävän aseman väärinkäyttö on kiellettyä ilman, että siitä täytyy etukäteen tehdä päätöstä". Asetuksen 8 artiklan 2 kohta koskee sellaisia erityisiä tapauksia, joissa komissio toteaa, että "konferensseilla, joille 3 artiklassa tarkoitetusta poikkeuksesta aiheutuu etua, — — kuitenkin on perustamissopimuksen

86 artiklan kanssa ristiriitaisia vaikutuksia". Tällöin komissio "voi peruuttaa ryhmäpoikkeuksesta aiheutuva[n] edun ja ryhtyä —— kaikkiin tarvittaviin toimenpiteisiin perustamissopimuksen 86 artiklan rikkomisen lopettamiseksi".

III Valitusta koskeva yleiskatsaus

13. Valitus on rajattu niin, että siinä riitautetaan ensinnäkin toteamus, jonka mukaan se määräävä asema, joka Cewalin jäsenillä on katsottu olevan, on yhteinen, ja toiseksi kaikki ne kolme toteamusta, jotka koskevat tämän aseman väärinkäyttöä, sekä kolmanneksi sakot. Valittajat vaativat, että niille määrättyjä sakkoja on alennettava ja ne väittävät, että komissio on sakkoja määrätessään noudattanut rikosoikeudellista menettelyä ja siinä on tässä tapauksessa rikottu ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen (jäljempänä Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus) 6 artiklan 3 kappaletta ja 7 artiklan 1 kappaletta. Valittajat väittävät lisäksi, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on rikkonut Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen 7 artiklan 1 kappaletta, koska se on muotoillut uudestaan eräät päätöksessä kuvaillut kilpailusääntöjen rikkomiset.

14. Komissio vaatii väliintulija G&C:n tukemana, että valitus on hylättävä kokonaisuudessaan. Koska G&C vaatii tämän lisäksi, että eräät valituksen osat on jätettävä tutkimatta, katson, että sen väliintulo on yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 93 artiklan 5 kohdan a alakohdan perusteella jätettävä tältä osin tutkimatta, koska se ylittää komission vaatimukset.

IV Yhteisen määräävän aseman toteaminen

A *Johdanto*

15. Komissio on katsonut, että Cewalin jäsenillä on yhdessä ollut "86 artiklassa tarkoitettu määräävä asema niillä reittiryhmillä, joilla [Cewal] liikennöi Pohjois-Euroopan ja Zairen välillä" (päätöksen 61 kohta). Vaikka sanojen yhdessä ja yhteinen välillä ei tässä yhteydessä mielestäni ole mitään merkittävää eroa, käytän viimeksi mainittua sanaa, jota yhteisöjen tuomioistuin on yleisemmin käyttänyt. Nyt käsiteltävänä olevassa valituksessa ei ole kysymys sen enempää relevanttien markkinoiden määritelmästä kuin markkinaosuuksia koskevista toteamuksista. Valittajat riitauttavat ainoastaan toteamuksen, jonka mukaan niiden markkina-asema on yhteinen.

B *Valittajien väitteet ja niiden perustelut*

16. Valittajien mukaan toisistaan riippumattomilla yrityksillä voi olla yhteinen määräävä asema vain, jos seuraavat kolme edellytystä täyttyvät:

— kyseisten yritysten välisten taloudellisten yhteyksien on oltava riittävät

— yhteyksien on oltava sellaisia, että kyseiset yritykset hyväksyvät yhteisen toimintatavan markkinoilla

— yrityksillä on yhteisesti oltava sellainen taloudellinen valta, joka mahdollistaa sen, että ne voivat estää toimivan kilpailun säilyttämisen markkinoilla.

Valittajat väittävät lisäksi, että taloudellisia yhteyksiä, joita niiden välillä väitetään olevan, ei voida näyttää toteen vetoamalla seikkoihin, jotka merkitsevät 85 artiklan rikkomista.

17. Valittajat väittävät varsinaisesti, että

— päätös ja valituksenalainen tuomio perustuvat virheellisesti Cewalin jäsenten yhdenmukaistettuun käyttäytymiseen, joka kuuluu 85 artiklan soveltamisalaan mutta jota ei voida sellaisenaan "kierrättää" perusteeksi päätelmälle, jonka mukaan Cewalin jäsenillä on 86 artiklan mukainen yhteinen määräävä asema

— päätöksessä ei ole riittävästi perusteltu, miksi 86 artiklaa sovelletaan Cewalin jäseniin yhteisesti, ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on lainvastaisesti täydentänyt komission puutteellisia perusteluja.

18. Valittajat moittivat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta siitä, ettei se ole ottanut kantaa ensin mainittuun seikkaan. Pitää paikkansa, että vaikka valituksenalaisessa tuomiossa (54 kohta) on mainittu valittajien väite, jonka mukaan komissio on "ainoastaan 'kierrättänyt' 85 artiklan rikkomisen tunnusmerkit täyttäviä tosiseikkoja voidakseen määrätä seuraamuksen 86 artiklan perusteella, koska muutoin niihin olisi voitu soveltaa poikkeusta asetuksen N:o 4056/86 perusteella", tuomiossa ei ole nimenomaisesti käsitelty tätä väitettä yhteistä määräävää asemaa koskevan arvioinnin yhteydessä (59—68 kohta). On syytä muistuttaa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on kuitenkin käsitellyt valittajien pääväitettä, jonka mukaan "yhteisen määräävän markkina-aseman käsitteellä tarkoitetaan

vain tapauksia, joissa yritykset käyttävät yhdessä väärin *niillä kullakin olevaa* määräävää asemaa" (60 kohta; kursivointi tässä), ja perustellusti hylännyt sen. Tätä toteamusta ei ole riitautettu valituksessa.

C *Yhteisen määräävän aseman luonne*

19. Ainoa valituksessa tältä osin esiin tuotu asiakysymys koskee sitä, onko 86 artiklassa tarkoitetun yhteisen määräävän aseman toteen näyttämiseksi sallittua vedota sellaiseen käyttäytymiseen, joka on yhdenmukaistettua tai vilpillistä ja sen vuoksi kielletty 85 artiklassa (ellei se kuulu poikkeuksen soveltamisalaan). Valittajat väittävät, että komissio ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ovat oikeuskäytännön vastaisesti ainoastaan "kierrättäneet" tietyt Cewalin jäsenten väliset sopimukset tai yhdenmukaistetut menettelytavat, vaikka yhteisen määräävän aseman toteamiseen vaadittavien taloudellisten yhteyksien pitäisi olla "toisenluonteisia". Komissio puolestaan väittää, että yritysten samaa käyttäytymistä voidaan pääsääntöisesti pitää sekä 85 artiklassa tarkoitettuna yhdenmukaistettuna menettelytapana että 86 artiklan vastaisena määräävän aseman väärinkäyttönä. Tässä vaiheessa ei kuitenkaan ole varsinaisesti kysymys määräävän aseman väärinkäytöstä vaan siitä, onko yrityksillä yhteinen määräävä asema.

20. Niin sanottuun "kierrätykseen" liittyvää ongelmaa ei voida ratkaista tarkastelematta yhteisen eli yrityksillä yhdessä olevan määräävän aseman luonnetta, sellaisena kuin se on vähitellen muotoutunut oikeuskäytännössä. Tässä yhteydessä nousee esiin kysymys 85 ja 86 artiklan välisestä erosta ja siitä, missä määrin niillä "pyritään samaan tavoitteeseen eri tasoilla, eli tehokkaan kilpailun säilyttämiseen yhteismarkkinoilla", kuten yhteisön tuomioistuin on todennut. [16]

21. Perustamissopimuksen 85 artikla koskee taloudellisesti toisistaan riippumattomien yritysten yhdenmukaistettua tai keskinäisesti sovittua käyttäytymistä, ja tätä artiklaa on mahdollista soveltaa kaikkiin markkinoihin eli myös niihin, joilla vallitsevat normaalit kilpailuolosuhteet. Perustamissopimuksen 86 artikla sitä vastoin koskee ainoastaan sellaisia markkinoita, joilla kilpailuolosuhteet ovat epänormaalit sen vuoksi, että yhdellä tai useammalla yrityksellä on määräävä asema. Toiminta, joka 86 artiklassa kielletään nimikkeellä "väärinkäyttö", on pääasiallisesti yksipuolista. [17]

22. Näillä artikloilla, joilla kummallakin on välitön oikeusvaikutus, [18] pyritään samaan tavoitteeseen eli "ta[kaamaan], ettei kilpailu sisämarkkinoilla vääristy", [19]

16 — Asia 6/72, Europemballage ja Continental Can v. komissio, tuomio 21.2.1973 (Kok. 1973, s. 215, 25 kohta; Kok. Ep. II, s. 89).

17 — Asia 85/76, Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomio 13.2.1979 (Kok. 1979, s. 461, 39 kohta; Kok. Ep. IV, s. 341).

18 — Yhteisöjen tuomioistuin on jo vuonna 1974 katsonut ensimmäisessä asiassa 127/73, BRT, 30.1.1974 antamassaan tuomiossa (Kok. 1974, s. 51, 16 kohta; Kok. Ep. II, s. 201), että "[k]oska 85 artiklan 1 kohdan ja 86 artiklan kiellot luonteensa vuoksi voivat tuottaa välittömiä oikeusvaikutuksia yksityisten oikeussubjektien välisissä suhteissa, kyseisillä artikloilla perustetaan välittömästi yksityisten oikeussubjektien hyväksi oikeuksia, joita kansallisten tuomioistuinten on suojeltava".

19 — EY:n perustamissopimuksen 3 artiklan g alakohta.

eikä niitä ole eristetty toisistaan täydellisesti. Yhteisöjen tuomioistuin on asiassa Ahmed Saeed Flugreisen ja Silver Line Reisebüro antamassaan tuomiossa [20] todennut, että "ei voida sulkea pois sitä, että 85 ja 86 artiklaa sovelletaan samanaikaisesti". Yhteisöjen tuomioistuin on näin ollen katsonut, että kun määräävässä asemassa oleva lentoyhtiö oli taloudellisten realiteettien perusteella sellaisessa asemassa, että se oli pystynyt sopimuksessa määräämään muiden yritysten soveltamista tariffeista, sekä 86 artiklaa että 85 artiklaa voitiin soveltaa ainakin siten, että 85 artiklassa kiellettyyn sopimukseen osallistuminen saattoi samanaikaisesti olla 86 artiklan vastaista määräävän aseman väärinkäyttöä.

23. On syytä todeta, että julkisasiamies Lenz on asiassa Ahmed Saeed Flugreisen ja Silver Line Reisebüro esittämässään ratkaisuehdotuksessa todennut ensin, että pelkästään 86 artiklan sanamuodon perusteella voitaisiin katsoa, että määräävä asema voi olla "useammalla yrityksellä yhdessä", ja katsonut sen jälkeen, että "kartellin jäsenillä tai ETY:n perustamissopimuksen 85 artiklassa tarkoitettuihin yhteisön oikeuden vastaisiin sopimuksiin osallistuvilla voi yhdessä olla määräävä asema". [21] Perustamissopimuksen 86 artiklassa ei kuitenkaan nimenomaisesti tarkoiteta yhden tai useamman yrityksen määräävää asemaa vaan "yhden tai useamman yrityksen määräävän aseman väärinkäyttö[ä]". Tämän vuoksi sen sanamuodolle voidaan tuskin antaa ratkaisevaa merkitystä. [22] Julkisasiamies Lenz ei ilmeisestikään tarkoittanut, että se, että kartellilla on merkittävä markkinaosuus, yksinään merkitsisi, että yrityksillä on yhdessä määräävä asema. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on yhdistetyissä asioissa SIV ym. vastaan komissio antamassaan tuomiossa [23] hylännyt komission asiamiehen istunnossa esittämän väitteen, jonka mukaan riittää, että "85 artiklan rikkomiseen johtaneet tosiseikat pelkästään toistetaan ja niiden perusteella todetaan, että lainvastaisen sopimuksen tai menettelytavan osapuolet yhdessä pitävät hallussaan huomattavaa markkinaosuutta [ja] että niillä jo pelkästään tämän vuoksi on kollektiivinen määräävä asema — — ". [24] Termi "kierrättäminen" sai alkunsa tästä toteamuksesta. Näin ollen on selvää, että toisistaan riippumattomilla yrityksillä ei voida katsoa olevan yhteistä määräävää asemaa vielä sen perusteella, että on olemassa kartellin kaltainen sopimus, eikä tältä osin ole merkitystä sillä, koskeeko sopimus hintojen vahvistamista vai muunlaista vilpillistä markkinakäyttäytymistä. Yhdistetyissä asioissa SIV ym. vastaan komissio annetussa tuomiossa on ensimmäisen kerran nimenomaisesti yritetty selvittää, mitkä ovat toisistaan riippumattomien yritysten yhteisen määräävän aseman tunnusmerkkejä.

24. Asteikon toisessa päässä on yhdenmukaistettu tai yhteensovitettu käyttäytyminen konsernin sisällä. Tällainen emoyhtiön valvonnassa oleva käyttäytyminen ei yleensä kuulu 85 artiklan soveltamisalaan. Eri yksikköjä pidetään pikemminkin yhtenä yrityksenä " — — jos yritykset muodostavat taloudellisen yksikön, jossa tytäryhtiö ei tosiasiallisesti voi määrätä itsenäisesti toiminnastaan markkinoilla ja

20 — Asia 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen ja Silver Line Reisebüro, tuomio 11.4.1989 (Kok. 1989, s. 803, 37 kohta).

21 — Edellisessä alaviitteessä mainittu asia, ratkaisuehdotuksen 27 kohta.

22 — Ks. professori Arnullin pääkirjoitus (1998) julkaisussa *EL Rev.*, kesäkuu 1998, s. 199.

23 — Yhdistetyt asiat T-68/89, T-77/89 ja T-78/89, SIV ym. v. komissio, tuomio 10.3.1992 (Kok. 1992, s. II-1403).

24 — Edellisessä alaviitteessä mainittu asia, tuomion 360 kohta.

jos näiden sopimusten tai menettelytapojen tavoite on yritysten välinen sisäinen tehtävien jako".[25] Tätä eroa ei kuitenkaan ole aina tuotu esiin selvästi. Yhteisöjen tuomioistuin on pitänyt asiassa Bodson antamaansa tuomiota[26] merkittävänä ratkaisuna määräävän aseman osalta, vaikka tuomiossa ei olekaan käytetty tätä ilmaisua. Asiassa Bodson annetun tuomion mukaan pelkästään se, että hautauspalveluja koskevien kunnallisten yksinoikeuksien haltijat kuuluivat samaan konserniin, ei vielä ollut sellainen ratkaiseva tekijä, jonka perusteella olisi voitu katsoa, että kyse oli yhteisestä määräävästä asemasta. Huomioon oli otettava "kyseiseen konserniin kuuluvien yritysten keskinäisen suhteen luonne" ja erityisesti se, noudattivatko ne "samaa, emoyhtiön määräämää markkinastrategiaa".[27]

25. Tuossa kohdassa mainitut kaksi tekijää eli yritysten väliset suhteet ja yhteinen markkinastrategia esiintyvät vakiintuneesti yhteisen määräävän aseman määritelmää koskevassa oikeuskäytännössä. Yhteisöjen tuomioistuin on jo vuonna 1975 yhdistetyissä asioissa Suiker Unie ym. vastaan komissio antamassaan tuomiossa[28] ottanut huomioon eräiden sokerintuottajien ja suurimman Belgian markkinoilla toimivan sokerintuottajan väliset "henkilölliset ja taloudelliset yhteydet" yhdessä sen seikan kanssa, että ensin mainitut olivat noudattaneet suurimman sokerintuottajan "vahvistamaa myyntipolitiikkaa", ja päätellyt sen perusteella, että kaikkien tuottajien markkinaosuudet oli laskettava yhteen sen määrittämiseksi, kuinka vahva suurimman tuottajan määräävä asema oli.

26. Asiassa Almelo ym. annettu tuomio[29] kuitenkin sisältää toistaiseksi kaikkein selvimmän toteamuksen yhteisestä määräävästä asemasta. Yhteisöjen tuomioistuin totesi, että "määräävä asema edellyttää — —, että — — yritykset ovat riittävässä määrin sidoksissa toisiinsa omaksuakseen saman toimintalinjan markkinoilla".[30] Yhteisöjen tuomioistuin on sekä asiassa Centro Servizi Spediporto että yhdistetyissä asioissa DIP ym. antamassaan tuomiossa todennut myös, että keskinäisen kilpailun puuttuminen on ominaista sellaisten yritysten välillä, joilla oletetaan olevan yhteinen määräävä asema.[31] Yhteisöjen tuomioistuin on yhdistetyissä asioissa Ranska ym. vastaan komissio edellä mainittuja tuomioita myöhemmin antamassaan tuomiossa arvioinut, saattoiko keskittymäsuunnitelma johtaa määräävän aseman muodostumiseen maataloudessa käytettävien kaliumsuolapohjaisten tuotteiden markkinoilla yhteisössä.[32] Yhteisöjen tuo-

25 — Asia 15/74, Centrafarm ja De Peijper, tuomio 31.10.1974 (Kok. 1974, s. 1147, 41 kohta; Kok. Ep. II, s. 373). Sillä, että yhteisöjen tuomioistuin on asiassa C-73/95 P, Viho v. komissio, 24.10.1996 antamassaan tuomiossa (Kok. 1996, s. I-5457, 16 kohta) viitannut ainoastaan siihen kysymykseen, voivatko "tytäryhtiöt todella itsenäisesti määritellä toimintalinjansa markkinoilla", se on epäsuorasti hylännyt joidenkin oikeusoppineiden puoltaman näkemyksen, jonka mukaan konsernia voidaan pitää yhtenä yrityksenä vain, jos molemmat edellä mainitussa asiassa Centrafarm ja De Peijper annetun tuomion 41 kohdassa asetetut edellytykset täyttyvät.

26 — Asia 30/87, Bodson, tuomio 4.5.1988 (Kok. 1988, s. 2479).

27 — Edellisessä alaviitteessä mainittu asia, tuomion 20 kohta.

28 — Yhdistetyt asiat 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73, Suiker Unie ym. v. komissio, tuomio 16.12.1975 (Kok. 1975, s. 1663, 377 ja 378 kohta).

29 — Asia C-393/92, Almelo ym., tuomio 27.4.1994 (Kok. 1994, s. I-1477, 41 ja 42 kohta).

30 — Edellisessä alaviitteessä mainittu asia, tuomion 42 kohta. Tätä arviointiperustetta on sovellettu uudelleen asiassa C-96/94, Centro Servizi Spediporto, 5.10.1995 annetussa tuomiossa (Kok. 1995, s. I-2883, 33 kohta) ja yhdistetyissä asioissa C-140/94—C-142/94, DIP ym., 17.10.1995 annetussa tuomiossa (Kok. 1995, s. I-3257, 26 kohta).

31 — Em. asia Centro Servizi Spediporto, tuomion 34 kohta ja em. yhdistetyt asiat DIP ym., tuomion 27 kohta. Kuten totesin yhdistetyissä asioissa DIP ym. esittämässäni ratkaisuehdotuksessa (65 kohta), yhteisöjen tuomioistuimelle ei ollut esitetty mitään sellaista näyttöä, joka olisi osoittanut, että jotkut tai kaikki niistä kauppiaista, joilla oletettiin olevan yhteinen määräävä asema, olisivat "toimi[neet] omilla markkinoillaan kaupallisesti poikkeavalla tavalla, mikä [olisi] mahdollista[nut] niiden toiminnan yksittäisenä taloudellisena yksikkönä suhteessa muihin tavarantoimittajiin, kilpailijoihin tai asiakkaisiin".

32 — Yhdistetyt asiat C-68/94 ja C-30/95, Ranska ym. v. komissio, tuomio 31.3.1998 (Kok. 1998, s. I-1375).

mioistuin käytti arviointiperusteena sitä, "johtaako — — keskittymän toteuttaminen tilanteeseen, jossa keskittymän osapuolet ja yksi tai useampi ulkopuolinen yritys estävät olennaisesti tehokasta kilpailua relevanteilla markkinoilla, kun näillä yrityksillä on yhdessä juuri *keskinäisten siteidensä* vuoksi mahdollisuus omaksua sama toimintalinja markkinoilla ja toimia huomattavassa määrin muista kilpailijoista, asiakkaistaan ja lopulta myös kuluttajista riippumatta". [33] Arviointiperustetta soveltaen yhteisöjen tuomioistuin totesi, että kantajien kritiikki sitä "rakenteellisten siteiden verkosto[a]" [34] kohtaan, jonka oletettiin olevan niiden välillä ja johon komissio oli tukeutunut, oli osittain hyvinkin perusteltua.

27. Katson kuitenkin, että kaikki yhteisöjen tuomioistuimen viimeaikaiset kannanotot tukevat aineellisesti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa SIV ym. vastaan komissio esittämää seuraavaa toteamusta: [35]

"Periaatteessa ei voida sulkea pois sitä, että kahdella tai useammalla riippumattomalla taloudellisella kokonaisuudella olisi joillakin tietyillä erityismarkkinoilla sellaisia taloudellisia yhteyksiä, että niillä olisi näiden yhteyksien vuoksi yhteinen määräävä asema suhteessa muihin toimijoihin kyseisillä markkinoilla."

Edellä lainatussa katkelmassa käytettyä ilmaisua "sellaisia taloudellisia yhteyksiä" pitäisi nyt tulkita ottaen huomioon yhdistetyissä asioissa Ranska ym. vastaan komissio [36] käytetty ilmaisu keskinäiset siteet, joka ei mielestäni millään tavalla poikkea ilmaisusta taloudelliset yhteydet.

28. Valittajat väittävät kuitenkin, ettei tämän arviointiperusteen mukaisten taloudellisten yhteyksien toteen näyttämiseksi ole sallittua tukeutua tosiseikkoihin, jotka samalla täyttävät 85 artiklassa tarkoitettujen sopimusten tai yhdenmukaistettujen menettelytapojen tunnusmerkit. Olen tästä eri mieltä. Mielestäni kaksiportainen arviointiperuste — eli niin kiinteiden taloudellisten yhteyksien olemassaolo, että kysymys on tosiasiassa yhdestä markkinoilla toimivasta yksiköstä — on pohjimmiltaan yksi arviointiperuste, jossa jälkimmäinen tekijä on merkittävin. On osoitettava, että kysymyksessä on yksi määräävä asema eli että useat yritykset toimivat markkinoilla yhtenä yksikkönä ja siis yksipuolisesti. Yritysten välisten suhteiden tai taloudellisten yhteyksien luonnetta ei tarvitse selvittää tyhjentävästi tai niitä ei tarvitse selvittää lainkaan. Kysymys voi olla elinkeinonharjoittajien järjestön laatimista vakiotoimitusehdoista (em. asia Almelo ym.), ristikkäisomistuksesta, yhteisistä johtajista tai jopa perhesuhteista, joilla on taloudellisia seurauksia. Kysymys voi olla myös yhteisen markkinastrategian tai myyntipolitiikan noudattamisesta (em. asia Bodson, em. yhdistetyt asiat Suiker Unie ym. v. komissio). Nämä yhteydet saadaan määritellä ainoastaan niiden

33 — Edellisessä alaviitteessä mainitut yhdistetyt asiat, tuomion 221 kohta (kursivointi tässä). Tuomion julkaisupäivänä julkaistussa englanninkielisessä versiossa edellä kursivoitu kohta oli seuraavassa muodossa: " — — correlative factors which exist between them — — ". Oikeudenkäyntikielellä eli ranskaksi julkaistun version sanamuoto on seuraava: " — — des facteurs de corrélation existant entre elles — — ".

34 — Edellä alaviitteessä 32 mainitut yhdistetyt asiat Ranska ym. v. komissio, tuomion 232 kohta.

35 — Em. yhdistetyt asiat SIV ym. v. komissio, tuomion 358 kohta.

36 — Mainittu edellä alaviitteessä 32.

tuloksen perusteella eli sen perusteella, että syntyy tilanne, jossa ryhmä toisistaan riippumattomia yrityksiä toimii markkinoilla yhtenä yksikkönä.

29. Muistutan vielä, että yhdenmukaistamista koskevan näytön heikkoutta ei voida korjata turvautumalla 86 artiklaan. Olen jo katsonut, että yhdenmukaistettu käyttäytyminen ei yksinään täytä määräävälle asemalle asetettuja vaatimuksia. En kuitenkaan ole sitä mieltä, että joko perustamissopimus tai jokin oikeusperiaate tai logiikan periaate estäisi tällaiseen *näyttöön* tukeutumisen.

30. Edellä mainitussa asiassa Almelo ym. annetun tuomion lähempi tarkastelu näyttää tukevan tätä käsitystä. Alankomaissa toimivat alueelliset sähköenergian jakeluyritykset, joiden keskinäisistä suhteista asiassa oli kysymys, olivat sidoksissa alueellisiin jakeluyrityksiin sellaisten samantyyppisten yksinostosopimusten perusteella, joiden kaikkien katsottiin olevan 85 artiklan vastaisia. Julkisasiamies Darmon kiinnitti huomiota näihin sopimuksiin siltä osin kuin oli kysymys "yhteyksistä, jotka antoivat kyseisille yrityksille mahdollisuuden käyttää määräävää asemaa markkinoilla". [37] Vaikka sekä julkisasiamies että yhteisöjen tuomioistuin pitivät tarkasti huolta siitä, että lopullinen päätöksenteko asiassa jätetään kansalliselle tuomioistuimelle, yhteisöjen tuomioistuin näyttää implisiittisesti hyväksyneen julkisasiamiehen kannan, joka koski tällaisiin sopimuksiin perustuvien taloudellisten yhteyksien merkitystä.

37 — Em. asia Almelo ym., ratkaisuehdotuksen 117 ja 118 kohta.

31. Nyt käsiteltävänä olevassa tapauksessa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on Cewalin jäsenten yhteistä määräävää asemaa koskevan arviointinsa alussa toiminut oikein, kun se on päättänyt soveltaa arviointiperustetta, joka edellyttää, että "kyseiset yritykset ovat riittävässä määrin sidoksissa toisiinsa noudattaakseen samanlaista toimintatapaa markkinoilla" (tuomion 62 kohta). Valituksenalaisessa tuomiossa on seuraavaksi (63—65 kohta) esitetty ne syyt, jotka kokonaisuutena tarkastellun päätöksen valossa saivat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen katsomaan, että Cewalin jäsenten asemaa relevanteilla markkinoilla oli arvioitava yhteisesti (tuomion 66 kohta). Tuomion 63—65 kohdassa todetaan seuraavaa:

"63. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arvioitavaksi tuodussa riidanalaisessa päätöksessä komissio on nimenomaisesti viitannut [vuoden 1986 asetukseen]. [Tämän jälkeen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on lainannut vuoden 1986 asetuksessa olevaa linjakonferenssin määritelmää, joka on esitetty edellä 2 kohdassa.] Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin korostaa, että kantajat, jotka vetoavat useita kertoja [vuoden 1986 asetukseen], eivät ole kiistäneet, että Cewal on siinä tarkoitettu linjakonferenssi.

64. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin korostaa lisäksi, että [vuoden 1986 asetuksen] 8 artiklassa todetaan, että perustamissopimuksen 86 artiklaa voidaan edelleen soveltaa. Ottaen huomioon, että linjaliikenteen harjoittajilla on linjakonferenssin vuoksi läheinen yhteys, ne voivat toteuttaa

yhdessä relevanteilla markkinoilla yhteisiä yksipuolisia järjestelyjä. Tällaiset järjestelyt voivat olla 86 artiklan rikkomista, jos muut tämän määräyksen soveltamisen edellytykset täyttyvät.

65. Ottaen huomioon tässä asiassa riidanalaisessa päätöksessä olevat seikat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että linjaliikenteen harjoittajat ovat muodostaneet yhteisen yksikön eli Cewal-linjakonferenssin. Riidanalaisesta päätöksestä ilmenee, että tämän yksikön puitteissa konferenssin jäsenet kuuluivat useisiin yhteisöihin, kuten Zaïre Pool Committee ja Special Fighting Committee, jotka mainitaan useaan kertaan riidanalaisessa päätöksessä ja erityisesti sen 26, 29, 31 ja 32 kohdassa, ja 74 kohdassa mainittu Zaïre Action Committee. Lisäksi kuten [vuoden 1986 asetuksen] 1 artiklasta ilmenee, tämän yhteistyöelimen tarkoituksena on luonnollisesti yhdenmukaisten kuljetushintojen ja muiden yhteisten kuljetusehtojen määrittäminen sekä niiden noudattaminen, mihin komissio viittaa nimenomaisesti päätöksen 61 kohdassa. Näin ollen Cewal näyttää olevan markkinoilla yksi ja ainoa kokonaisuus. Ilman että olisi tarpeen tässä vaiheessa määritellä riidanalaisessa päätöksessä kuvattuja Cewalin jäsenten järjestelyjä, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että järjestelyistä ilmenee tahto hyväksyä yhdessä yhteinen toimintatapa markkinoilla, jotta yritykset voisivat toimia kukin erikseen niille relevanttien markkinoiden kilpailuolosuhteiden muuttuessa, mitä ne pitävät uhkaavana. Riidanalaisessa päätöksessä yksityiskohtaisesti kuvatut järjestelyt ovat osa maailmanlaajuista toimintasuunnitelmaa, jonka toteuttamiseksi Cewalin jäsenet ovat yhdistäneet voimavaransa."

32. Mielestäni jokainen näissä kohdissa mainittu tekijä *voi* muodostaa taloudellisen yhteyden. On erityisesti todettava, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli oikeassa viitatessaan linjakonferenssin määritelmään, arvioidessaan kokonaisstrategiaa ja Cewalin jäsenten aikomusta ja painottaessaan toistuvasti ja eri tavoin, että kyseessä on yhteinen yksikkö. Jos katsotaan, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimella oli lain mukaan oikeus pitää näitä tekijöitä taloudellisina yhteyksinä, on mielestäni oikein, että sen viimeksi mainittua seikkaa koskevaa päätelmää ei ole riitautettu nyt käsiteltävinä olevissa valituksissa; tällainen päätelmä perustuu ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tosiseikkoja koskevaan arviointiin, eikä sitä voida riitauttaa yhteisöjen tuomioistuimessa, jollei siinä ole tapahtunut sellaista virhettä, jota voidaan pitää tosiseikkojen vääristämisenä.

33. On lisäksi todettava, että valittajien yritys riitauttaa yhteisen määräävän aseman käsite, sellaisena kuin sitä on sovellettu linjakonferensseihin, on jossain määrin epärealistinen. Valittajat ovat toistuvasti väittäneet, että linjakonferensseihin kuuluvilla yhtiöillä yleensä on määräävä asema, ja yrittäneet tällä tavalla perustella sitä, miksi valittajien tarjoamat uskollisuusalennukset eivät olleet määräävän aseman väärinkäyttöä.

34. Valittajien puolesta on lisäksi vaadittu, että valituksenalainen tuomio ja riidanalainen päätös on kumottava siltä osin kuin niissä todetaan, että määräävä asema on olemassa, koska ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tai komissio päätöksessään eivät ole osoittaneet, että Cewalin jäsenet eivät kilpailleet keskenään joidenkin muiden tekijöiden kuin hinnan osalta. On selvää, että tämä peruste, joka on esitetty vasta istunnossa, on jätettävä tutkimatta sekä yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 42 artiklan 2 kohdan että 113 artiklan 2 kohdan perusteella. Vaikka edellä tarkastellusta oikeuskäytännöstä ja erityisesti asiassa Centro Servizi Spediporto ja yhdistetyissä asioissa DIP ym. sekä yhdistetyissä asioissa Ranska ym. vastaan komissio annetuista tuomioista ilmenee selvästi, että määräävälle asemalle on ominaista, että yritykset, joilla oletetaan olevan yhteinen määräävä asema, eivät kilpaile keskenään, nämä yritykset eivät voi vastata komission väitteeseen, jonka mukaan ne ovat omaksuneet hintakilpailun osalta yhden markkinastrategian, pelkästään väittämällä, että niiden välillä oleva muunlainen — esimerkiksi tarjotun palvelun laatua koskeva — kilpailu osoittaa vääräksi toteamuksen, jonka mukaan yrityksillä on yhteisen hinnoittelustrategian nojalla muodostuneisiin yhteyksiin perustuva yhteinen määräävä asema, ainakaan jos vaihtoehtoiset kilpailun muodot ovat niin laajoja ja voimakkaita, että yhteisen hinnoittelupolitiikan perusteella ei kohtuudella voida päätellä yritysten muodostavan yhden markkinoilla toimivan yksikön. Koska yritysten muodostaman ryhmän jäsenillä itsellään on parhaiten käytettävissä ne tiedot, jotka voisivat tukea tällaista väitettä, niiden on esitettävä näyttö, joka osoittaa vääräksi väitteen, jonka mukaan yrityksillä on yhteiseen hinnoittelupolitiikkaan perustuva määräävä asema. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle tai tässä yhteydessä yhteisöjen tuomioistuimelle ei ole esitetty näyttöä, joka osoittaisi, että Cewalin jäsenet kilpailivat aktiivisesti keskenään rahdinantajille tarjotun palvelun laadun osalta.

35. Tämän vuoksi ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin hylkää väitteen, jonka mukaan komissio tai ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisivat mainitessaan seikkoja, jotka voisivat täyttää myös 85 artiklassa tarkoitetun yhdenmukaistetun menettelytavan tunnusmerkit, tukeutuneet näyttöön, jota ei sellaisenaan voida käyttää 86 artiklassa tarkoitetun yhteisen määräävän aseman olemassaolon toteen näyttämisessä. Tästä huolimatta on edelleen tarpeen tutkia sekä päätöksen perustelujen riittävyyttä että väitettä, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on lainvastaisesti täydentänyt päätöksen perusteluja.

D *Perustelujen riittävyys*

36. Valittajat eivät ole ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa nimenomaisesti tuoneet esiin perustelujen riittävyyttä joko siten, että ne olisivat vedonneet EY:n perustamissopimuksen 190 artiklaan, tai jollain muulla tavalla. Valittajat ovat pikemminkin väittäneet, että päätöksessä esitetyt perustelut, jotka todellakin koskevat pelkästään konferenssisopimuksen olemassaoloa, eivät riittäneet perusteeksi yhteistä määräävää asemaa koskevalle toteamukselle. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tämän perusteella katsonut, että kanneperuste koski "perustelujen riittämättömyy[ttä]" (tuomion 59 kohta).

37. Nyt tehdyssä valituksessa valittajat väittävät, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei vastannut valittajien väitteisiin vaan täydensi komission perusteluja eli esitti yhteistä määräävää asemaa koskevalle toteamukselle muita perusteluja kuin ne, joihin komissio oli vedonnut. Erityisesti valittajat moittivat sitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tukeutunut päätökseen kokonaisuutena tarkasteltuna (tuomion 66 kohta), ja sitä, että se on todennut, että "sen lisäksi, että linjaliikenteen harjoittajat ovat tehneet sopimuksia, joilla on perustettu Cewal — —, linjaliikenteen harjoittajien välillä on muita yhteyksiä kuten se, että ne ovat vahvistaneet markkinoilla yhteisen toimintatavan" (tuomion 67 kohta).

38. Komissio väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole tukeutunut mihinkään sellaiseen seikkaan, joka ei sisältyisi päätökseen, ja että ilmaisu "sen lisäksi, että" tarkoittaa, että konferenssia koskevat järjestelyt olivat sellaisia, että Cewalin jäsenten käyttäytymistä oli tarkasteltava yhteisesti; tämän lisäksi komissio väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta ei voida moittia siitä, että se on viitannut päätöksen muihin kohtiin osoittaakseen, että muut komission esiin tuomat tosiseikat tukevat ratkaisua, johon tämä on päätynyt.

39. Ennen asiassa merkityksellisen oikeuskäytännön tarkastelua on syytä kuvailla lyhyesti yhteistä määräävää asemaa koskevien päätöksen kohtien rakennetta. Päätöksen 49—51 kohta koskee sitä, voidaanko 86 artiklaa soveltaa linjakonferensseihin. Päätöksen 49 kohdassa todetaan seuraavaa:

"Asetuksen (ETY) N:o 4056/86 8 artiklassa säädetään siitä mahdollisuudesta, että linjakonferenssi käyttää määräävää asemaansa kilpailusääntöjen vastaisesti. Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on lisäksi käyttänyt linjakonferensseja esimerkkinä sellaisista taloudellisesti toisistaan riippumattomien yksikköjen tekemistä sopimuksista, joihin perustuvat taloudelliset yhteydet ovat sellaisia, että näillä yksiköillä saattaa tästä syystä olla yhteinen määräävä asema suhteessa samoilla markkinoilla toimiviin muihin toimijoihin.[38] Cewalin jäsenten välinen sopimus on tällainen sopimus."

Päätöksen 52 kohdassa (jossa viitataan päätöksen 8—12 artiklaan) todetaan, että linjaliikennepalvelut "muodostavat relevantit palvelujen markkinat". Päätöksen 53—56 kohdassa tarkastellaan maantieteellisiä markkinoita ja katsotaan, että "kaikki reitit, joilla Cewalin jäsenet liikennöivät Zairen ja Pohjois-Euroopan satamien välillä, muodostavat erityiset markkinat". Päätöksen 57—60 kohdassa tarkastellaan Cewalin määräävää asemaa sen markkinaosuus huomioon ottaen. Tämän jälkeen 61 kohdassa todetaan seuraavaa:

"Nämä tekijät huomioon ottaen komissio katsoo, että Cewalilla on perustamissopimuksen 86 artiklassa tarkoitettu

38 — Päätöksessä lainataan em. yhdistetyissä asioissa SIV ym. v. komissio annettua tuomiota.

määräävä asema sillä meriyhteyksien ryhmällä, jota se liikennöi Pohjois-Euroopan ja Zairen välillä. Cewal-linjakonferenssin jäsenillä on yhteinen määräävä markkina-asema, koska niitä sitoo linjakonferenssisopimus, jossa luodaan niiden välille erittäin läheiset taloudelliset yhteydet, mistä todistaa esimerkiksi yhteisen maksutaulukon olemassaolo."

40. Näin ollen ainoastaan 61 kohdassa (ja jossain määrin myös 49 kohdassa) tarkastellaan nimenomaisesti sitä, onko Cewalin määräävä markkina-asema yhteinen eli kuuluuko se sen jäsenille yhdessä, ja 61 kohdassa kysymys ratkaistaan sen perusteella, että Cewalin jäseniä "sitoo linjakonferenssisopimus — — ".

41. Kun tätä päättelyä, joka tukee toteamusta, jonka mukaan yrityksillä on yhteinen määräävä markkina-asema, tarkastellaan erillään, se osoittautuu lyhytsanaiseksi. Siinä ei nimenomaisesti oteta huomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomionsa 67 kohdassa mainitsemia seikkoja eikä siinä väitetä, että Cewalin jäsenet toimivat markkinoilla yhtenä tai yhteisenä yksikkönä. Markkinoiden analyysiä koskevista päätöksen kohdista ilmenee kuitenkin täysin selvästi, että Cewalia pidetään tällaisena yksikkönä, sillä Cewal esimerkiksi voi "toimia itsenäisesti kilpailijoihinsa ja asiakkaisiinsa nähden — — ".[39] Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tämän lisäksi lainaamat kohdat ovat suurimmaksi osaksi peräisin päätöksen myöhemmistä kohdista (63 kohdasta ja sitä seuraavista kohdista), jotka sisältävät väärinkäyttöä koskevat toteamukset.

39 — Päätöksen 60 kohta.

42. On pohdittava, saadaanko toteamusta, jonka mukaan yrityksillä on yhdessä määräävä asema, täydentää viittaamalla aineistoon, jota on samassa päätöksessä käytetty tämän määräävän aseman väärinkäyttöä koskevien toteamusten yhteydessä. Tässä yhteydessä en voi olla toteamatta, että olisi ollut hyödyllisempää, jos komissio olisi käsitellyt taloudellisia yhteyksiä selvemmin katsoessaan, että kyseessä oli yhteinen tai yksi markkinoilla toimiva yksikkö.

43. Vakiintunut toteamus, joka koskee yhteisön toimielinten velvollisuutta tukea päätöksiään esittämällä ne pääasialliset tosiseikat ja oikeudelliset seikat, joihin päätös perustuu, on esitetty asiassa Remia ym. vastaan komissio annetussa tuomiossa[40] ja se kuuluu seuraavasti:

"[V]aikka komission on perustamissopimuksen 190 artiklan nojalla ilmoitettava tosiseikat, joilla se perustelee päätöksensä[,] ja oikeudelliset edellytykset, jotka ovat siihen johtaneet, määräyksessä ei kuitenkaan edellytetä, että komissio esittää kaikki tosiseikat ja oikeusseikat, joita hallinnollisen menettelyn aikana on käsitelty. Kielteisen päätöksen perustelujen on mahdollistettava yhteisöjen tuomioistuimelle sen laillisuuden valvonta ja tarjottava henkilölle, jota asia koskee, tarpeelliset tiedot sen päättelemiseksi, onko päätös asianmukainen."

40 — Asia 42/84, Remia ym. v. komissio, tuomio 11.7.1985 (Kok. 1985, s. 2545, 26 kohta). Ks. myös asiassa C-56/93, Belgia v. komissio, tuomio 29.2.1996, antamassani ratkaisuehdotuksessa esitetty analyysi (Kok. 1996, s. I-723, ratkaisuehdotuksen 107—109 kohta).

44. Katsaus oikeuskäytäntöön osoittaa, että vaikka päätösten perustelujen puutteellisuutta koskevia väitteitä on esitetty usein, niitä on hyväksytty harvoin. [41] Jos väitteet on hyväksytty, perusteluihin kohdistuva arvostelu on usein itse asiassa tarkoittanut, että päätöksessä on katsottu olleen oleellinen virhe. Esimerkkinä tapauksesta, jossa väite on hyväksytty, voidaan mainita yhdistetyt asiat Alankomaat ja Leeuwarder Papierwarenfabriek vastaan komissio, [42] jossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että perustelut olivat erittäin puutteelliset markkinoita koskevan analyysin osalta.

45. Edellä mainitussa asiassa Remia ym. vastaan komissio annetun tuomion lainauksen toisessa virkkeessä on selitetty, mikä on perustelujen tehtävä. Perusteluilla on oma tarkoituksensa, eikä kysymys ole pelkästä "muotovaatimuksesta". [43] Perusteluvaatimuksella pyritään turvaamaan, että ne, joita päätös koskee, saavat riittävät tiedot niistä tosiseikoista ja oikeudellisista seikoista, joihin riitautettu päätös perustuu, jotta he pystyisivät puolustamaan etujaan, ja että myös yhteisöjen tuomioistuimella olisi riittävät tiedot näistä seikoista. Esimerkiksi edellä mainitussa asiassa Belgia vastaan komissio yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että riidanalaisesta komission päätöksestä pois jätetty tosiseikka oli mainittu sekä samaa asiaa koskeneen aikaisemman komission päätöksen kumoamista koskeneessa yhteisöjen tuomioistuimen tuomiossa ja siihen liittyneessä julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessa että komission tiedonannossa hallinnollisen menettelyn uudelleen aloittamisesta. Tämän perusteella yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että "ne, joita asia koskee, ovat voineet saada tiedon näistä seikoista ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle asiaa koskevat näkökantansa". [44] Yhteisöjen tuomioistuin voi katsoa, että henkilön, jota asia koskee, edut on riittävästi turvattu, jos tällä henkilöllä muutoin on ne tiedot, joihin komissio on tukeutunut, [45] esimerkiksi sen johdosta, että henkilö on osallistunut hallinnolliseen menettelyyn. [46]

46. Vaikka komission päätös ei kestäisi ankaran loogista tarkastelua, kysymys on kuitenkin pohjimmiltaan rehellisyydestä. Valittajat eivät voi todellisuudessa väittää kärsineensä vahinkoa siitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on yhteistä määräävää asemaa koskevan päätelmän hyväksyessään tukeutunut päätöksessä määräävän aseman väärinkäytön osalta

41 — Ks. esim. asia 322/81, Michelin v. komissio, tuomio 9.11.1983 (Kok. 1983, s. 3461, 14 kohta); yhdistetyt asiat 43/82 ja 62/82, VBVB ja VBBB v. komissio, tuomio 17.1.1984 (Kok. 1984, s. 19, 19 kohta); asia 250/84, Eridania ym., tuomio 22.1.1986 (Kok. 1986, s. 117, 17 kohta) ja yhdistetyt asiat 67/85, 68/85 ja 70/85, Van der Kooy ym., tuomio 2.2.1988 (Kok. 1988, s. 219, 71 kohta).

42 — Yhdistetyt asiat 296/82 ja 318/82, Alankomaat ja Leeuwarder Papierwarenfabriek v. komissio, tuomio 13.3.1985 (Kok. 1985, s. 809, 19—26 kohta); ks. erityisesti 24 kohta, jossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi siltä osin kuin oli kysymys vaatimuksesta, jonka mukaan valtion tuen vaikutus jäsenvaltioiden väliseen kauppaan on näytettävä toteen, että komission päätös ei muun muassa "sisäl[tänyt] lainkaan tietoja markkinatilanteesta".

43 — Asia 24/62, Saksa v. komissio, tuomio 4.7.1963 (Kok. 1963, s. 131, 143 kohta).

44 — Edellä alaviitteessä 40 mainittu asia Belgia v. komissio, tuomion 89 kohta. Vastaavasti ks. kyseisessä asiassa esittämäni ratkaisuehdotus, 109 kohta.

45 — Yhdistetyt asiat 275/80 ja 24/81, Krupp v. komissio, tuomio 28.10.1981 (Kok. 1981, s. 2489, erityisesti 13 kohta).

46 — Asia C-50/94, Kreikka v. komissio, tuomio 4.7.1996 (Kok. 1996, s. I-3331, 9 kohta).

esitettyyn aineistoon, kun kaikki kyseessä oleva aineisto ilmenee selvästi päätöksestä ja kun siitä on joka tapauksessa keskusteltu hallinnollisen menettelyn kuluessa. [47]

E *Ratkaisuehdotus*

47. Tämän perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin hylkää valitusperusteen, joka koskee toteamusta, jonka mukaan yrityksillä on yhteinen määräävä asema.

V Määräävän aseman väärinkäyttö, johon Cewalin on katsottu syyllistyneen

48. Seuraavaksi tarkastelen peräkkäin niitä valittajien väitteitä, jotka koskevat määräävän aseman väärinkäyttöä, johon Cewalin jäsenten on väitetty syyllistyneen.

A *Ogefremiin liittyvä määräävän aseman väärinkäyttö*

i) *Tausta*

49. Päätöksen 2 artiklan mukaan komissio on katsonut, että Cewal on kilpailijansa syrjäyttääkseen muun muassa käyttänyt väärin määräävää asemaansa "noudattamalla Ogefremin kanssa tehtyä yhteistyösopimusta ja vaatimalla [48] toistuvasti ja usein eri tavoin sen ehdotonta soveltamista". Tätä toteamusta tulkittaessa on otettava huomioon päätöksen 20—27 sekä 63—72 kohta, joista ilmenee komission katsoneen, että Cewalin käyttäytymisellä Ogefrem-sopimuksen yhteydessä on pyritty estämään kilpailun syntyminen Zairen ja Pohjois-Euroopan välisillä rahdinkuljetusmarkkinoilla tai heikentämään tällaista kilpailua. Ensinnäkin on todettava, että komissio viittaa päätöksen 63 kohdassa periaatteeseen, jonka mukaan määräävässä asemassa olevat yritykset eivät saa käyttäytyä tavalla, joka vaarantaa olemassa olevan kilpailun markkinoilla, joilla niillä on määräävä asema, tai estää uuden kilpailun syntymisen näillä markkinoilla. [49] Toiseksi komissio tuo päätöksen 64 kohdassa esiin myös päätöksen 2 artiklasta ilmenevän käsityksen, että Cewal käytti määräävää asemaansa väärin siten, että se noudatti aktiivisesti Ogefrem-sopimusta ja

47 — Tämän vuoksi nyt käsiteltävänä oleva tapaus ei kuulu myöskään siihen ryhmään, jota julkisasiamies Lenz tarkasteli asiassa C-310/93 P, BPB Industries ja British Gypsum v. komissio esittämässään ratkaisuehdotuksessa (tuomio 6.4.1995, Kok. 1995, s. I-865); yhteisöjen tuomioistuin noudatti julkisasiamiehen muun muassa tältä osin esittämää päättelyä (ks. 11 kohta); kysymys oli tapauksista, joissa perustelut "vahvistettiin" komission yhteisöjen tuomioistuimessa käydyn kirjallisen tai suullisen käsittelyn kuluessa esittämillä "täsmennyksillä". Julkisasiamies totesi, että "[s]eikan 'täsmentäminen' edellyttää selvästi, että tämä seikka *sisältyy* päätökseen ja näin asian laita onkin esillä olevassa tapauksessa" (ratkaisuehdotuksen 24 kohta).

48 — Sana "vaatimalla" ("requesting") on itse asiassa jätetty epähuomiossa pois päätöksen 2 artiklan julkaistusta englanninkielisestä versiosta. Muiden todistusvoimaisten kieliversioiden julkaistuista sanamuodoista ilmenee kuitenkin selvästi, että tämän sanan pitäisi sisältyä englanninkieliseen versioon. On lisäksi todettava, että valittajille tiedoksi annetussa päätöksen englanninkielisessä versiossa (ks. 23.12.1992 päivätty komission asiakirja C(92) 3253 lopullinen), joka oli valittajien ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle esittämien huomautusten liitteenä, oli sana "requesting" 2 artiklassa.

49 — Päätöksessä viitataan tältä osin edellä alaviitteessä 17 mainitussa asiassa Hoffmann-La Roche v. komissio annettuun tuomioon.

vaati toistuvasti Ogefremiä noudattamaan sopimuksen 1 artiklaa, jotta se olisi pystynyt "syrjäyttämään ainoan kilpailijansa kyseisiltä markkinoilta". Huomautettuaan, että Cewalilla jo ollutta määräävää asemaa "vahvistettiin" Ogefrem-sopimuksella (65 kohta), komissio on todennut päätöksen 66 kohdassa, että Cewal oli "jatkuvasti painostanut Ogefremiä varmistaakseen, että tämä noudattaa mainittua sopimusta, ja näin ollen syrjäyttääkseen pääasiallisen kilpailijansa".

50. Komissio on hylännyt Cewalin puolustuksekseen esittämän väitteen, jonka mukaan sen oli pakko noudattaa tällaisia menettelytapoja viranomaisten sille asettamien velvoitteiden vuoksi. Komissio on hylännyt myös Cewalin väitteen, jonka mukaan kanteiden kohteena ollut käyttäytyminen ei kuulunut 86 artiklan soveltamisalaan, koska olisi pitänyt katsoa, että Ogefrem-sopimus sisältää viranomaisen asettamia tai itse asiassa valtion toimenpiteellä asetettuja velvoitteita; komission mukaan sopimus oli "kyseisen toiminnan valvontaa koskeva" konsensuaalisopimus, jonka osapuolet saattoivat irtisanoa "irtisanomisilmoituksella" (päätöksen 70 kohta). Lopuksi komissio korosti, että "voimassa oleva Zairen lainsäädäntö ei velvoita konferenssiin kuuluvia varustamoja ottamaan käyttöön järjestelmiä sen varmistamiseksi, että rahdit kanavoidaan näiden varustamojen laivoille ja riippumattomat varustamot syrjäytetään", ja päätteli, että "tämän sopimuksen tekeminen ja Cewalin muistutukset, että sitä on noudatettava, eivät ole seurausta viranomaisten asettamista velvoitteista" (päätöksen 71 ja 72 kohta).

51. Kantajat ovat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa nostamassaan kanteessa väittäneet, että käyttäytyminen, jota komissio on väittänyt niiden noudattaneen, ei voi olla perustamissopimuksen 86 artiklan rikkomista. Kantajat ovat muun muassa väittäneet, että Ogefrem-sopimus oli toimilupasopimus, jolla Zairen viranomaiset antoivat Cewalille yksinoikeuden, että perustamissopimuksen 86 artikla ei estänyt ryhtymästä toimenpiteisiin sen varmistamiseksi, että tätä yksinoikeutta noudatetaan, ja että pelkkä hallintotoimen toteuttamiskehotus ei voi olla 86 artiklassa tarkoitettua määräävän aseman väärinkäyttöä. Kantajat ovat vastauskirjelmässään lisäksi väittäneet, että päätöksellä on loukattu niiden oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, koska komissio oli väitetiedoksiannossaan alun perin moittinut kantajia myös siitä, että ne olivat käyttäneet väärin määräävää asemaansa siten, että ne olivat hankkineet kyseisen yksinoikeuden tekemällä Ogefrem-sopimuksen; tätä väitettä ei kuitenkaan enää sisällytetty päätökseen.

52. Komissio on ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämässään vastineessa väittänyt, että Ogefrem-sopimus oli täydellisesti kaksipuolinen sopimus eli konsensuaalisopimus, ja korostanut, että ainoa määräävän aseman väärinkäyttö, johon se oli katsonut Cewalin syyllistyneen, muodostui Cewalin vapaaehtoisista pyrkimyksistä pysyttää sille kyseisellä sopimuksella myönnetty yksinoikeus. Komissio on vastauksessaan väittänyt, että kantajien väite, jonka mukaan niiltä on evätty oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, on jätettävä tutkimatta, koska se on ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 48 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu uusi peruste ja koska se lisäksi on

perusteeton, sillä väitetiedoksianto ja päätös eivät asiallisesti poikkea toisistaan, koska kantajien on päätöksessä katsottu syyllistyneen ainoastaan osaan väitetiedoksiannossa mainituista rikkomuksista.

53. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valituksenalaisessa tuomiossa todennut aluksi, että asia koskee määräävän aseman väärinkäyttöä, johon Cewalin jäsenten on väitetty syyllistyneen, ja että "koska kyseessä on ainoastaan Cewalin yksipuolinen toiminta, sen ja Ogefremin välisen sopimuksen täsmällinen luonne ei ole perustamissopimuksen 86 artiklan soveltamisen kannalta ratkaiseva seikka" (tuomion 103 kohta). Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on asiassa Bodson annettuun tuomioon [50] viitaten todennut, että vaikka olisi katsottava, että Ogefrem-sopimuksella on annettu Cewalille toimilupa, se "ei riitä perusteluksi siitä, ettei Cewalin toiminta ole sen aseman väärinkäyttöä". Tämä johtuu siitä, että Ogefrem-sopimuksen kahdesta ensimmäisestä kohdasta ilmeni, että Cewal saattoi sallia poikkeuksia sille sopimuksella annetusta yksinoikeudesta. Vaikka sopimusta oli pidettävä julkisoikeudellisena toimilupana, perustamissopimuksen ja sopimuksen sisällön välillä ei ollut ristiriitaa, koska sopimuksessa oli "varattu mahdollisuus kilpailun avaamiselle", joten Cewalin jäsenet olisivat "voi[neet] muutella [sopimuksen] toimeenpanoa — — siten, että se vastaisi perustamissopimuksen 86 artiklassa asetettuja vaatimuksia" (tuomion 104 kohta).

54. Tämän vuoksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi, että "päätöksessä on perustellusti arvioitu Cewalin tahtoa sopimuksen toimeenpanossa" (tuomion 105 kohta). Huomautettuaan, että toteamusta, jonka mukaan Cewalin jäsenet olivat "kehott[aneet] Ogefremia huolehtimaan siitä, että G ja C syrjäytetään markkinoilta", ei ollut kiistetty, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin siirtyi arvioimaan, miten näitä kehotuksia olisi luonnehdittava. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin viittasi ensinnäkin määräävässä asemassa olevan yrityksen "erityi[seen] velvollisuu[teen] olla toiminnallaan rajoittamatta tehokasta ja vääristymätöntä kilpailua yhteismarkkinoilla", [51] ennen kuin se totesi, että vaikka tällaiset yritykset voivat "kohtuuden rajoissa ryhtyä tarvittaviin toimenpiteisiin [kaupallisten] intressiensä suojaamiseksi", jos "ne ovat uhattuina", [52] ne eivät saa pyrkiä vahvistamaan määräävää asemaansa näillä toimenpiteillä. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin sovelsi näitä periaatteita Cewalin käyttäytymiseen ja katsoi, että "yrityksellä, jolla on määräävä markkina-asema ja yksinoikeus, johon liittyy sen suostumusta edellyttävä poikkeusmahdollisuus, on velvollisuus käyttää sille sopimuksen mukaan kuuluvaa veto-oikeutta kohtuuden rajoissa siten, että muilla on mahdollisuus päästä markkinoille"; ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli käytettävissään olevan tosiasia-aineiston perusteella vakuuttunut, että "Cewalin jäsenet eivät ole menetelleet näin" (tuomion 108 kohta). Näin ollen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi, että "komissio on voinut perustellusti katsoa, että Cewalin jäsenet ovat rikkoneet perustamissopimuksen 86 artiklaa, kun ne ovat osallistuneet aktiivisesti Ogefremin kanssa tehdyn sopimuksen toimeenpanoon ja kun ne ovat toistuvasti vaatineet sopimuksen ehdotonta noudattamista, koska niiden päämääränä oli syrjäyttää markkinoilta riippumaton varustamo, jonka Ogefrem oli päästänyt markkinoille" (tuomion 109 kohta). Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hyl-

50 — Mainittu edellä alaviitteessä 26.

51 — Tuomion 106 kohta, jossa viitataan asiassa T-83/91, Tetra Pak v. komissio, 6.10.1994 annettuun tuomioon (Kok. 1994, s. II-755, 114 kohta).

52 — Tuomion 107 kohta, jossa viitataan asiassa T-65/89, BPB Industries ja British Gypsum v. komissio, 1.4.1993 annettuun tuomioon (Kok. 1993, s. II-389, 69 kohta).

käsi merkityksettömänä kantajien väitteen, jonka mukaan hallituksen kehottaminen toimenpiteisiin ei voi olla määräävän aseman väärinkäyttöä, "koska tällaista menettelyä ei ole tässä asiassa moitittu" (tuomion 110 kohta). Lopuksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi, ettei se voinut ottaa tutkittavaksi kantajien perustetta, joka koski väitetiedoksiannon ja päätöksen eroavaisuutta siltä osin kuin oli kysymys siitä, oliko Ogefrem-sopimuksen tekeminen määräävän aseman väärinkäyttöä, minkä lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi, että kyseinen eroavaisuus ei olisi voinut vaikuttaa kantajien oikeuksiin (tuomion 113 kohta).

ii) *Yhteenveto valitusvaiheessa esitetyistä huomautuksista*

55. Tässä valitusperusteessa on neljä pääkohtaa. Valittajat väittävät ensinnäkin, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on loukannut niiden oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin korvaamalla päätöksessä olevan Ogefremiin liittyneen moitteen täysin uudella moitteella, jonka mukaan valittajat eivät ole käyttäneet veto-oikeuttaan järkevästi. Valittajien mukaan se, että julkista viranomaista vaaditaan toimimaan, ja se, että viranomaisen toimenpidettä vastaan esitetään selvä "veto", eroavat toisistaan perustavanlaatuisella tavalla, sillä veto-oikeus liittyy tilanteeseen, jossa tällaisen oikeuden haltijalla on mahdollisuus estää päätöksenteko. Toiseksi valittajat väittävät, että tällainen väitteen uudelleen muotoilu mahdollisti sekä sen, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin saattoi jättää huomiotta valittajia kohtaan väitetiedoksiannossa alun perin esitetyn ja päätöksessä (vaikkakin eri muodossa) toistetun väitteen kaksitahoisuuden, sekä sen, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin saattoi virheellisesti pitää merkityksettömänä valittajien väitettä, jonka mukaan pelkkä hallituksen kehottaminen toimenpiteiden suorittamiseen ei voi olla määräävän aseman väärinkäyttöä. Kolmanneksi valittajat väittävät, että koska ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut, ettei Cewalin jäseniä ollut syytetty siitä, etteivät ne olleet purkaneet sopimusta, eikä siitä, että ne olivat yllyttäneet hallitusta toimimaan, se ei voinut johdonmukaisuudesta luopumatta todeta, että komissio oli perustellusti voinut katsoa Cewalin jäsenten käyttäneen väärin määräävää asemaansa osallistumalla aktiivisesti sopimuksen täytäntöönpanoon. Neljänneksi valittajat väittävät, että sitä, etteivät ne olleet kieltäytyneet käyttämästä yksinoikeuttaan, ei voida pitää perustamissopimuksen 86 artiklassa tarkoitettuna määräävän aseman väärinkäyttönä.

56. Komissio kiistää, että valittajien oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin olisi millään tavalla loukattu. Komission mielestä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen viittaus "veto-oikeuden käyttämise[en]" on ainoastaan toinen tapa selittää päätöksessä oleva toteamus, jonka mukaan määräävän aseman väärinkäyttö muodostui siitä, että Cewalin jäsenet olivat aktiivisesti yrittäneet varmistaa, että Ogefrem noudattaa Ogefrem-sopimuksen ehtoja. Komission mukaan sen enempää sopimuksen tekeminen kuin Cewalin laiminlyönti purkaa sopimus eivät olleet osa sitä väärinkäyttöä, johon Cewalin jäsenten väitettiin syyllistyneen. Valtion toimenpiteitä koskevalla opilla, johon valittajat ovat tukeutuneet, ei komission mukaan ollut merkitystä, koska — kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on todennut — sopimuksen mukaan Cewalin jäsenten oli sallittua noudattaa yhteisön kilpailusääntöjä, ja Noerr-Pennington-oppi [53] puolestaan oli merkityksetön sen vuoksi, että Cewalia ei ollut moitittu siitä, että se oli kehottanut hallitusta toimimaan.

53 — Kysymyksessä on toinen Yhdysvalloissa kehitetty oppi, jolla suojellaan sellaista tietojen antamista valtion viranomaisille, jolla pelkästään pyritään vaikuttamaan lainsäädäntö- tai toimeenpanovallan käyttöön.

iii) *Valittajien valitusperusteiden arviointi*

a) Oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin

57. Mielestäni valittajat ovat tulkinneet valituksenalaista tuomiota väärin katsoessaan, että siinä on esitetty uusi väite, jonka mukaan valittajat eivät ole käyttäneet veto-oikeuttaan järkevästi. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tuomion 109 kohdassa (jota on lainattu edellä 54 kohdassa) nimenomaisesti hyväksynyt komission keskeiset toteamukset Ogefrem-sopimukseen liittyvän määräävän aseman väärinkäytön osalta. Tätä toteamusta edeltävässä arvioinnissa ja erityisesti tuomion 105 kohdassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on esittänyt yhteenvedon siitä, miten päätöksessä on kuvailtu Cewalin käyttäytymistä Ogefrem-sopimusta täytäntöönpantaessa, ja sen jälkeen muistuttanut niistä kiistattomista periaatteista, jotka rajoittavat määräävässä asemassa olevien yritysten käyttäytymistä.

58. Se, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on viitannut veto-oikeuteen, ei vaikuta kilpailusääntöjen rikkomisen määrittelyyn, sillä tänä rikkomisena on edelleen pidettävä sitä, että Cewal aktiivisesti vaati yksinoikeutensa ehdotonta noudattamista. Vaikkei se sitä nimenomaisesti todennutkaan, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli kuitenkin valmis olettamaan, että Ogefrem-sopimus oli julkisoikeudellinen toimilupa, ja toteamaan tämän olettaman perusteella, että sopimus sisälsi mekanismin, joka mahdollisti perustamissopimuksen ja julkisoikeudellisena toimilupana pidetyn sopimuksen välisten ristiriitojen ratkaisemisen. Viittauksella veto-oikeuteen ei näin ollen kuvailtu kilpailusääntöjen rikkomista, vaan se oli pikemminkin vastaus kantajien väitteeseen, jonka mukaan sen julkisoikeudellisen toimiluvan, joka niille oletetaan annetun, ehdot tavallaan velvoittivat ne tällaiseen käyttäytymiseen.

59. Tämän vuoksi ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin hylkää valittajien ensimmäisen väitteen, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on loukannut valittajien oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin esittämällä väitteen, jonka mukaan valittajat eivät ole käyttäneet veto-oikeuttaan järkevästi.

b) Hallintotoimen toteuttamiskehotusta koskeva valitusperuste

— Johdanto

60. Valitusta ei kuitenkaan voida hylätä vielä sillä perusteella, että valittajien oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ei ole loukattu, sillä valittajat ovat myös väittäneet, että niiden käyttäytymisen määrittely kilpailusääntöjen rikkomiseksi ei ole oikeudellisesti oikein. Kun otetaan huomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen omaksuma kanta, toisen valitusperusteen yhteydessä herää kysymys, oliko oikein, että sopimuksen tarkkaa luonnetta pidettiin merkityksettömänä, ja oliko näin ollen oikein hylätä se vaihtoehto, että käyttäytymisessä, johon Cewalin katsottiin syyllistyneen, olisi ollut

pelkästään kysymys Cewalin yrityksestä vaikuttaa hallitukseen.

61. Kysymys Ogefrem-sopimuksen luonteesta on täysin sivuutettu valituksenalaisessa tuomiossa. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli vakuuttunut, että sopimuksen tarkasta oikeudellisesta luonteesta riippumatta Cewalin jäsenillä oli sen täytäntöönpanon osalta tiettyä harkintavaltaa ja itsenäisyyttä.

62. Vakiintuneen käsityksen mukaan pelkkä määräävässä asemassa olevien yritysten läsnäolo markkinoilla heikentää kilpailua, joten nämä yritykset eivät saa käyttäytyä tavalla, jota ei välttämättä voida pitää moitittavana sellaisten yritysten kohdalla, jotka eivät ole määräävässä asemassa. [54] Tämä pitää paikkansa sitäkin suuremmalla syyllä silloin, kun määräävässä asemassa olevat yritykset ovat lähestulkoon monopoliasemassa, kuten valittajat nyt käsiteltävänä olevassa tapauksessa. [55] Määräävässä asemassa olevalle yritykselle kuuluvan erityisen velvollisuuden aineellista soveltamisalaa on kuitenkin "tarkasteltava ottaen huomioon kunkin yksittäistapauksen erityiset olosuhteet, jotka osoittavat kilpailun heikentyneen". [56]

54 — Edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomion 120 kohta ja edellä alaviitteessä 41 mainittu asia Michelin v. komissio, tuomion 57 kohta.

55 — Edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomion 39 kohta.

56 — Asia C-333/94 P, Tetra Pak v. komissio, tuomio 14.11.1996 (Kok. 1996, s. I-5951, 24 kohta).

— Valtion toimenpiteitä koskevan opin merkitys asiassa

63. Valittajien mukaan niiden käyttäytymistä on pidettävä pelkkänä yrityksenä vaikuttaa Zairen viranomaisiin siltä osin kuin oli kysymys julkisoikeudellisen toimiluvan ehtojen täyttämisestä. Komissio ei ole suullisessa käsittelyssä kiistänyt, että pelkästään sellaista käyttäytymistä, että yhteisön ulkopuolisen valtion hallitusta kehotetaan toimimaan tietyllä tavalla, ei voida pitää määräävän aseman väärinkäyttönä. Komissio on suullisessa käsittelyssä kuitenkin väittänyt, että tässä tapauksessa valittajat olivat sellaisen liikesopimuksen osapuolia, josta seurasi velvoitteita ja etuja molemmille osapuolille ja että vaatimus sopimuksen ehtojen noudattamisesta oli enemmän kuin pelkkää vaikuttamista.

64. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on todennut valituksenalaisen tuomion 110 kohdassa seuraavaa:

"Se seikka, että kantajien mukaan hallituksen kehottaminen toimenpiteisiin ei voi olla kilpailusääntöjen vastaista, on vailla merkitystä, koska tällaista menettelyä ei ole tässä asiassa moitittu."

Mielestäni tätä kysymystä ei voida ratkaista näin yksinkertaisesti. Määräävän

aseman väärinkäyttö, johon Cewalin katsottiin syyllistyneen, muodostui Ogefrem-sopimuksen täytäntöönpanoyrityksistä. Valittajien (eli aiempien kantajien) mukaan näitä yrityksiä ei voida pitää väärinkäyttönä, koska niillä ainoastaan kehotettiin hallitusta toimimaan. Se, ettei komissio ole luonnehtinut näitä yrityksiä tällaiseksi kehottamiseksi, ei voi määrätä niiden todellista luonnetta.

65. Tämän vuoksi ehdotan, että valittajien väitettä, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei käsitellyt kanneperustetta, jonka mukaan Ogefrem-sopimus oli — komission käyttämän epätavallisen ilmaisun mukaan — täydellisesti kaksipuolinen sopimus eli konsensuaalisopimus, tutkitaan siinä määrin kuin se on tarpeellista. Keskeiset toteamukset ovat päätöksen 70—72 kohdassa, joissa todetaan seuraavaa:

"70. Ogefremin ja Cewalin sopimusta, johon on viitattu edellä 24 kohdassa, ei voida pitää sellaisena kansallisena lainsäädäntönä, joka olisi velvoittanut Cewalin jäsenet toimimaan siten kuin ne ovat tehneet. On päinvastoin todettava, että kuten sopimuksen nimi ja sisältö osoittavat, se ei sellaisenaan ole valtion toimenpide, koska se on sopimus, josta seuraa molemmille allekirjoittajille velvoitteita kyseisen liikenteen valvonnan osalta ja joka voidaan irtisanoa irtisanomisilmoituksella. On joka tapauksessa todettava, että Cewal on hyväksynyt sopimuksen ja vaatinut Ogefremiä noudattamaan sen määräyksiä tarkoituksenaan syrjäyttää pääasiallinen kilpailijansa.

71. On lisäksi korostettava sitä, että voimassa olevassa Zairen lainsäädännössä ei velvoiteta konferenssiin kuuluvia varustamoja ottamaan käyttöön järjestelmiä sen varmistamiseksi, että rahti kanavoidaan näiden varustamojen laivoihin ja että ulkopuoliset varustamot syrjäytetään rahteja jaettaessa.

72. Tämän vuoksi on todettava, että Ogefrem-sopimuksen tekeminen ja Cewalin muistutukset, että sitä on noudatettava, eivät johdu viranomaisten asettamista velvoitteista."

66. Valittajat tukeutuvat erityisesti tiettyihin Yhdysvaltojen antitrustioikeuskäytännössä kehitettyihin periaatteisiin. Valittajat myöntävät, että yhteisön oikeudessa ei ole otettu käyttöön tällaisia periaatteita. Tämä osa valittajien väitteistä ja perusteista voidaan hyväksyä vain, jos ne näyttävät toteen, että Ogefrem-sopimus on toimenpide, jolla käytetään Zairen hallituksen suvereenia valtaa.

67. Kantajat ovat väittäneet ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa, että pelkkä

hallintotoimen toteuttamiskehotus ei voi olla määräävän aseman väärinkäyttöä. Kun Yhdysvaltojen tuomioistuimet ovat noudattaneet valtion toimenpiteitä koskevaa oppia yhdistettynä kansainvälisen kohteliaisuuden periaatteeseen, ne ovat katsoneet, että jonkin toisen valtion suvereenin vallan (jopa lainvastainen) kehottaminen tai taivuttelu jää antitrustilainsäädännön soveltamisalan ulkopuolelle.[57] Kun otetaan huomioon Ogefrem-sopimuksen luonteen osalta omaksumani kanta, minun on tarpeetonta käsitellä kyseistä oppia tämän enempää. On tietenkin selvää, että pelkästään se, että jäsenvaltio luo lakiin perustuvan monopolin antamalla yksinoikeuksia, ei ole 86 artiklan vastaista.[58] Tästä seuraa luonnollisestikin, että myös jäsenvaltion taivutteleminen tällaisen monopolin luomiseen jää 86 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle. Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin täsmentänyt myös, että "perustamissopimuksen kilpailusääntöjä ja erityisesti 86 artiklaan sisältyviä sääntöjä sovelletaan näihin yrityksiin".[59] Voidaan olettaa, että näitä periaatteita voidaan laajentaen soveltaa myös silloin, kun ulkovaltojen hallitukset luovat lakiin perustuvia monopoleja. Vuoden 1986 asetuksen 9 artiklalla voi tällöin olla merkitystä ratkaistaessa tilanteita, joissa syntyy ristiriitaa yhteisön kilpailusääntöjen kanssa.

68. Valtion toimenpiteitä koskevaa periaatetta ei kuitenkaan voida soveltaa, jos Ogefrem-sopimus ei ole suvereenin vallan yksipuolinen toimi vaan aineellisesti ja tosiasiallisesti konsensuaalisopimus, kuten komissio on katsonut. Mielestäni tältä osin on merkityksetöntä, että Ogefrem ei ole 85 ja 86 artiklassa tarkoitettu yritys, kuten valittajat ovat epäilemättä aivan oikein todenneet. On ensinnäkin todettava, että se määräävän aseman väärinkäyttö, johon Cewalin on väitetty syyllistyneen, muodostuu siitä, että se on vaatinut sopimuksella myönnetyn yksinoikeuden noudattamista, eikä siitä, että se on tehnyt sopimuksen. Toiseksi on todettava, että 86 artiklaa voidaan soveltaa Cewalin asemassa olevaan yritykseen siitä riippumatta, onko Ogefrem-sopimus 85 artiklassa tarkoitettu sopimus.

69. Edellä olevan huomioon ottaen esitän yhteenvedon valittajien ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa ja yhteisöjen tuomioistuimessa esittämiin erittäin laajoihin kirjelmiin sisältyvistä väitteistä ja perusteluista, jotka koskevat sopimuksen luonnetta valtion toimenpiteenä.

70. Ensinnäkin on todettava, että valittajat antavat suuren merkityksen vuonna 1974 vahvistetuille UNCTADin säännöille, jotka ovat tulleet voimaan vuonna 1983 ja joihin on viitattu edellä 5 kohdassa. Siitä, että jäsenvaltiot ratifioivat nämä säännöt, on säädetty 15.5.1979 annetussa neuvoston asetuksessa (ETY) N:o 954/79.[60] Sääntöjen 2 artiklan mukaan konferenssin lii-

57 — Valittajat ovat viitanneet esimerkiksi asiaan American Banana v. United Fruit Co 213 US 347, 358 (1909) ja Federal Court of Californian asiassa Occidental Petroleum Corp. v. Battes Gas & Oil Co antamaan tuomioon 331 F Supp. 92, 109-13 (C.D. CAL. 1971, joka on vahvistettu täysistunnossa, 461 F.2d1261 (9th CIR) ja johon ei ole myönnetty muutoksenhakulupaa, 409 US 950 (1972).

58 — Ks. mm. asia 311/84, CBEM, tuomio 3.10.1985 (Kok. 1985, s. 3261, 17 kohta) ja asia C-266/96, Corsica Ferries France, tuomio 18.6.1998 (Kok. 1998, s. I-3949, 40 kohta).

59 — Edellisessä alaviitteessä mainittu asia CBEM, tuomion 17 kohta.

60 — Siitä, miten jäsenvaltiot ratifioivat linjakonferenssien käyttäytymissääntöjä koskevan Yhdistyneiden Kansakuntien yleissopimuksen tai liittyvät siihen, 15 päivänä toukokuuta 1979 annettu neuvoston asetus (ETY) N:o 954/79 (EYVL L 121, s. 1).

kennöimän meriyhteyden päissä olevien valtioiden välinen linjakonferenssiliikenne jaetaan 40:40:20-säännön perusteella. Meriyhteyden molemmin puolin sijaitsevien maiden kansalliset varustamot saavat kumpikin 40 prosenttia rahdista ja 20 prosenttia jaetaan konferenssin jäseninä oleville muiden maiden varustamoille. On tunnettua, että OECD:hen kuuluvien allekirjoittajavaltioiden ja eräiden Afrikan valtioiden, muun muassa Zairen, käsitykset siitä, miten UNCTADin sääntöjä oli tulkittava, alkoivat hyvin varhaisessa vaiheessa poiketa toisistaan huomattavasti. Ensin mainittujen valtioiden mukaan sekä sääntöjen selvä sanamuoto että niiden asiayhteys osoittavat, että niitä sovelletaan pelkästään konferenssiliikenteeseen. Jälkimmäiset valtiot ovat väittäneet, että sääntöjä on sovellettava kaikkeen linjaliikenteeseen.

71. Valittajat ovat esittäneet yksityiskohtaisen selvityksen niistä toimenpiteistä, joihin eräät Afrikan valtiot ja erityisesti Zaire ovat ryhtyneet saadakseen muut noudattamaan puoltamaansa tulkintaa ja pystyäkseen näin suojelemaan kansallisia varustamojaan. Zaire perusti vuonna 1980 julkisoikeudellisen toimielimen Ogefremin. Ogefrem aloitti toimintansa vuonna 1983 presidentin asetuksen nro 80-256 nojalla. Ogefremin tehtäviin kuuluu rahdin valvonta ja kuljetusmaksuista neuvotteleminen, kansallisen varustamon Compagnie Maritime Zaïroisen (jäljempänä CMZ) kannattavuuden turvaaminen ja Zairen merenkulkuun liittyvien etujen puolustaminen.

72. Myöhemmän lainsäädäntötoimen eli 17.1.1983 annetun toimeenpanopäätöksen nro 001-83 mukaan UNCTADin 40:40:20-sääntöä sovelletaan kaiken rahdin jakamiseen. Cewal, muut Euroopan meriliikenneintressejä edustavat tahot, jäsenvaltiot ja komissio yrittivät useilla mutta tuloksettomilla toimenpiteillä sekä poliittisesti että muilla tavoilla saada Zairen luopumaan tästä politiikasta tai muuttamaan sitä.

73. Ogefrem asetti vuonna 1984 Cewalille joukon taloudellisia ja hallinnollisia lisävelvoitteita vaatien muun muassa, että kaikkien Cewalin jäsenten oli annettava Ogefremille 10 000 Yhdysvaltain dollarin vakuus ja maksettava provisiota kolme prosenttia kuljetusmaksuista, millä oli tarkoitus turvata CMZ:lle 40 prosentin osuus rahdista.

74. Näissä olosuhteissa Cewal väittää, että se "määrättiin" tekemään Ogefrem-sopimus. Se lainaa sopimuksen ehtoja osoittaakseen erityisesti, että sopimus "on seurausta" muun muassa "asetuksesta nro 80-256", ja väittää, että se ei voinut vastustaa, kun hallitus, jonka politiikalla oli elintärkeä merkitys sen liiketoiminnalle, määräsi sen tekemään sopimuksen, jolla tämä politiikka pantiin täytäntöön.

75. Vaikka komissio ei kiistäkään useimpia edellä mainituista tosiseikoista, se väittää, että Ogefrem-sopimus ei ole valtion mää-

räämä toimenpide vaan sopimus, jossa asetetaan molemminpuolisia velvoitteita ja annetaan vastavuoroisia etuja.

— Ogefrem-sopimuksen todellinen luonne

76. Komissio toteaa ensinnäkin, että valittajat ovat tehneet UNCTADin sääntöjen osalta perustavanlaatuisen loogisen erehdyksen. Komissio huomauttaa, että UNCTADin 40:40:20-säännön soveltaminen kaikkeen linjaliikenteeseen ja konferenssien hoitaman linjaliikenteen osuus ovat kaksi täysin erillistä asiaa, joten sillä, että Afrikan valtioiden kansalliset varustamot käyttävät koko osuutensa markkinoista, ja konferensseille myönnetyillä yksinoikeuksilla ei ole mitään loogista yhteyttä. Toisin sanoen se, että näille varustamoille on taattu 40 prosentin osuus rahdin kokonaismäärästä, ei tarkoita, että loput 60 prosenttia olisi kokonaisuudessa annettava linjakonferensseihin kuuluville varustamoille.

77. Ogefrem-sopimuksen ehtojen osalta komissio viittaa määräykseen, jonka mukaan kumpikin osapuoli voi yksipuolisesti irtisanoa sopimuksen päättymään vuoden kuluttua irtisanomisilmoituksesta, ja määräykseen, jonka mukaan mahdolliset riidat käsitellään välitystuomioistuimessa, sekä siihen seikkaan, että Cewal selvästikin onnistui neuvotteluilla alentamaan provision kolmesta prosentista 0,5 prosenttiin. Lisäksi komissio kiistää, että sopimus olisi julkisoikeudellinen toimilupa. Komission mukaan se edellyttäisi, että laissa olisi säädetty yksinoikeuden myöntämisestä ja siitä, että yksinoikeus myönnetään hallintomenettelyssä.

78. On myönnettävä, että Zairen hallitus useiden muiden Afrikan valtioiden tavoin noudatti politiikkaa, jonka mukaan UNCTADin 40:40:20-sääntöä sovelletaan — tarpeen vaatiessa lainsäädännöllisin toimenpitein — kaikkeen rahtiin eikä pelkästään konferenssiliikenteeseen. Tämän vuoksi Zairen hallitus perusti Ogefremin, jolle annettiin laaja toimivalta säännellä ja valvoa Zaireen saapuvaa ja sieltä lähtevää meriliikennettä. Olen kuitenkin komission tavoin sitä mieltä, että Zairen kanta UNCTADin 40:40:20-sääntöön ei tee perustelluksi sitä, että Cewal yritti estää konferenssien ulkopuolella olevien varustamojen harjoittaman liikenteen mukaan ottamisen. Valittajien tältä osin esittämät väitteet ja perustelut ovat erittäin epäjohdonmukaisia. Niiden mukaan Zairen hallitus oli väärässä yrittäessään soveltaa sääntöä kaikkeen liikenteeseen. Silti ne vaativat yhtä itsepintaisesti, että tätä tulkintaa on noudatettava niiden hyväksi. Valittajat ovat itse asiassa yrittäneet sulkea konferenssien ulkopuolella ovat varustamot pois Zairen markkinoilta.

79. Myöskään ne vaikeudet, joita valittajilla on selvityksensä mukaan ollut asioidessaan Ogefremin kanssa, eivät osoita muuta kuin, että osapuolten neuvotteluasemat olivat erivahvuiset. Kuvailluista lukuisista ongelmista huolimatta Cewal halusi jatkaa liikennöintiä konferenssi-

linjalla, jolla sillä oli oman ilmoituksensa mukaan tosiasiallinen monopoli. Cewal oli jo — tosin vastahakoisesti — suostunut luovuttamaan 40 prosenttia liikenteestä CMZ:lle, joka liittyi Cewal-konferenssiin.

80. Seuraavaksi on tarkasteltava Ogefrem-sopimuksen tekstiä, joka on laadittu ranskaksi. Mielestäni se, että sopimuksen johdanto-osassa viitataan useisiin Zairen lainsäädäntötoimiin, ei riitä tekemään siitä Zairen valtion suvereenia tointa. Siinä viitataan esimerkiksi Keski- ja Länsi-Afrikan valtioiden hallitusten välisen konferenssin päätöslauselmaan, jossa tämän konferenssin jäsenvaltioiden varustamoja kehotetaan ryhtymään yhdenmukaistettuihin toimiin Keski- ja Länsi-Afrikkaan liikennöivien linjakonferenssien kanssa kuljetusmaksujen vakiinnuttamiseksi ja varustamojen yhtiöjärjestysten mukauttamiseksi linjakonferenssien käyttäytymissääntöihin. Myöskään johdanto-osassa oleva viittaus Ogefremin omiin päätavoitteisiin ei rajaa itse sopimuksen luonnetta. Johdanto-osassa selvitetään Ogefremin asemaa ja tavoitteita. Siitä ei ilmene, että "yhteistyösopimus" olisi sisällöltään sellainen valtion toimenpide, joka olisi oikeustoimi, jolla myönnetään oikeus monopoliin.

81. Ogefrem-sopimus on sopimusosaltaan juuri sitä, mitä sen nimi osoittaa, eli sopimus. Ogefrem-sopimuksen 1 artiklassa oleva yksinoikeuslauseke on sopimuksen keskeinen määräys. Kysymys ei ole lainsäädäntö- tai hallintotoimivallan käyttämisestä. Katson komission tavoin, että sopimuksessa ei ole esitetty mitään erityistä perustetta sille, että julkisoikeudellisella toimiluvalla myönnetään oikeus. Oikeus itse asiassa ilmaistaan yksinkertaisesti yhteisenä tai keskinäisenä velvoitteena. Sopimusosan loppuosassa määrätään kummallekin osapuolelle yleisluonteisia velvoitteita, jotka koskevat tilastotietojen keräämistä ja vaihtamista (6 artikla), sovitun prosenttimäärän vähentämistä kuljetusmaksusta maksuksi Ogefremille (7 artikla), kirjanpitoa (8 ja 9 artikla) ja neuvoteltujen kuljetusmaksujen noudattamista (10 artikla). Sopimus oli 11 artiklansa mukaan voimassa vuoden, mutta sen voimassaolo jatkuu ilman eri toimenpiteitä aina vuoden kerrallaan, ellei kumpikaan osapuoli irtisano sitä päättymään vuoden kuluttua irtisanomisilmoituksesta. Lopuksi 12 artiklassa määrätään, että riidat on käsiteltävä kolmijäsenisessä välitystuomioistuimessa, johon kumpikin sopimuspuoli valitsee yhden jäsenen ja nämä valitsevat kolmannen jäsenen.

82. Mielestäni Ogefrem-sopimuksen ehdot tai se oikeudellinen asiayhteys, jota valittajat ovat kuvailleet, taikka ne olosuhteet, joissa se tehtiin, eivät tee siitä suvereenin vallan toimenpidettä, jolla annettaisiin julkisoikeudellinen toimilupa, kuten valittajat ovat väittäneet. Sen vuoksi tämän valituksen yhteydessä on tarpeetonta määrittää, mikä merkitys julkisen vallan toimenpiteitä koskevalle opille olisi annettava yhteisön oikeudessa.

83. Tämän perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin hylkää Ogefrem-sopimusta koskevan valitusperusteen toisen osan.

c) Valituksenalaisen tuomion ristiriitaisuus

84. Valittajien kolmas ja neljäs väite on väistämättä hylättävä, kun otetaan huomioon Ogefrem-sopimuksen osalta omaksumani kanta. Valittajat väittävät, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on perustellut tuomion ristiriitaisesti, koska se on todennut samaan aikaan, että Cewalin ei ole väitetty kehottaneen hallitusta ryhtymään toimenpiteisiin (tuomion 110 kohta) ja että komissio "on voinut perustellusti katsoa, että Cewalin jäsenet ovat rikkoneet perustamissopimuksen 86 artiklaa, kun ne ovat osallistuneet aktiivisesti Ogefremin kanssa tehdyn sopimuksen toimeenpanoon ja kun ne ovat toistuvasti vaatineet sopimuksen ehdotonta noudattamista" (tuomion 109 kohta). Tuomio ei ole ristiriitainen. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole viimeksi mainitussa kohdassa käsitellyt Cewalin kilpailun poistamiseen tähtäävää käyttäytymistä "hallituksen kehottami[sena] toimenpiteisiin" kantajien tarkoittamassa mielessä. Oma analyysini Ogefrem-sopimuksen luonteesta uskoakseni osoittaa, että sopimus ei ollut julkisen vallan toimenpide, jolloin ei ole mitään vaaraa epäjohdonmukaisuudesta.

d) Ogefremin käyttäytymisen lainmukaisuus 86 artiklan mukaan

85. Samalla tavoin on hylättävä myös valittajien neljäs väite, jonka mukaan 86 artiklassa ei kielletä, että yritys, jolle on lainmukaisesti myönnetty lakiin perustuva yksinoikeus, voi vaatia, että tätä yksinoikeutta on noudatettava. Valittajat tukeutuvat yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan "[s]e, että yrityksellä, jolle jäsenvaltio on myöntänyt perustamissopimuksen 90 artiklassa tarkoitetun yksinoikeuden, on monopoli, ei ole 86 artiklan vastaista". [61] Koska kysymys ei ole tällaisesta monopolista, tämä ongelma ei aktualisoidu. Tässä yhteydessä on lisäksi syytä muistuttaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kannasta (104 ja 108 kohta), jonka mukaan Cewalin jäsenillä oli Ogefrem-sopimuksen ehtojen mukaan käytettävissään mekanismi kilpailun avaamiseksi. Cewalin jäsenet päättivät olla käyttämättä tätä mahdollisuutta.

86. Tämän perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin hylkää neljännen väitteen ja näin ollen Ogefrem-sopimuksen yhteydessä todettua määräävän aseman väärinkäyttöä koskevan valitusperusteen kokonaisuudessaan.

B *Hintataistelualusten käyttö*

i) *Johdanto*

87. Hintataistelualuksiin liittyvää kilpailusääntöjen rikkomista koskevaan totea-

61 — Edellä alaviitteessä 58 mainittu asia CBEM, tuomion 17 kohta. Valittajat viittaavat myös asiaan 155/73, Sacchi, tuomio 30.4.1974 (Kok. 1974, s. 409; Kok. Ep. II, s. 271).

mukseen kohdistuva valitus sisältää sekä menettelyyn liittyviä että aineellisia näkökohtia.

88. Menettelyllisiin seikkoihin kohdistuvassa valituksessa on kaksi vaihtoehtoista näkökohtaa. Valittajat väittävät ensinnäkin, että niiden oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on loukattu hallinnollisessa menettelyssä, koska komissio on päätöksessään tehnyt hintataistelualuksiin perustuvaa hinnoittelukäytäntöä koskevan päätelmän, joka poikkeaa väitetiedoksiannossa esitetystä päätelmästä, ja että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen, koska se ei ole hyväksynyt tätä koskevaa kanneperustetta.

89. Komissio väittää, että tätä perustetta ei voida eikä voitu ottaa tutkittavaksi, koska sitä ei ole esitetty ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle alun perin esitetyssä kanteessa vaan vasta kantajien vastauskirjelmässä.

90. Tähän väitteeseen vastatessaan valittajat viittaavat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 48 artiklan 2 kohdan ensimmäisen kappaleen mukaiseen poikkeukseen ja toteavat, että niille oli vasta komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle esittämästä vastineesta selvinnyt, että väitetiedoksianto ja päätös *poikkesivat* toisistaan asiallisesti. Tämä seikka oli näin ollen tullut niiden tietoon vasta oikeudenkäynnin aikana.

91. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on kuitenkin todennut (tuomion 140 kohta), että vastineessa ei ole tuotu esiin mitään uusia seikkoja ja että se on täysin yhdenmukainen päätöksen kanssa.

92. Toissijaisesti valittajat väittävät, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on loukannut niiden oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, koska se on todetessaan, että päätös ja komission vastine eivät poikkea toisistaan, tuonut esiin uuden seikan, joka valittajien mielestä ei sisältynyt väitetiedoksiantoon. Tämän perusteella valittajat katsovat, että niillä oli perusteltu syy esittää väite vasta vastauskirjelmässään.

ii) *Menettelyä koskevat valitusperusteet*

a) Tausta

93. Komissio on väitetiedoksiannon 12 kohdassa kuvaillut vuoden 1988 keväällä alkanutta hintataistelualusten käyttöä, johon Cewalin on väitetty syyllistyneen, siten, että sen tarkoituksena oli riippumattoman yhtiön (eli G&C:n) har-

joittaman kilpailun poistaminen kyseessä olleilta reiteiltä. Tämän käyttäytymisen keskeisiä piirteitä on väitetiedoksiannossa kuvailtu seuraavasti:

— Cewalin sihteeristö ilmoitti Cewalin jäsenille G&C:n seuraavista suunnitelluista lähdöistä

— erityinen Fighting Ship Committee kokoontui suurin piirtein joka toinen kuukausi määrätäkseen sekä konferenssin jäsenten alusten lähtöajoista, joiden piti olla samoja kuin G&C:n alusten lähtöaikojen tai mahdollisimman lähellä näitä, että tarjottavista hintataisteluhinnoista, jotka poikkesivat konferenssin normaaleista hinnoista kyseisten lähtöjen osalta, koska niitä vahvistettaessa otettiin huomioon G&C:n tarjoamat hinnat

— näiden hintojen soveltamisesta aiheutuvat tappiot jaettiin konferenssin jäsenten kesken.

Komissio on väitetiedoksiannon 23 kohdassa viitannut hintataistelualusmenetelmään, jonka mukaan Cewalin alusten lähdöt suunniteltiin tapahtuviksi lähellä G&C:n lähtöjä ja käyttöön otettiin vuorottelujärjestelmä "toimintaan liittyvien tappioiden jakamisen varmistamiseksi",[62] ja väittänyt, että hintataisteluhintoja ei määritetty taloudellisin perustein (eli suhteessa kustannuksiin) vaan yksinomaan siten, että ne olisivat *alempia* kuin G&C:n ilmoittamat hinnat, sekä kuvaillut tätä käyttäytymistä siten, että se oli "*saalistushintojen* vahvistamista, jolla pyritään syrjäyttämään kilpailija markkinoilta".[63]

94. Komissio on päätöksen 73 kohdassa todennut, että Cewal on käyttänyt hintataistelualusmenetelmää syrjäyttääkseen pääasiallisen kilpailijansa kyseiseltä reitiltä. Cewalin noudattama menettelytapa muodostui seuraavista tekijöistä:

" — — niiden Cewalin alusten nimeäminen hintataistelualuksiksi, joiden lähtöpäivät olivat lähimpänä G&C:n alusten lähtöpäiviä, ja erityisten hintataisteluhintojen vahvistaminen näin nimettyjä aluksia varten. Yhdessä vahvistetut hinnat poikkesivat Cewalin tavanomaisista hinnoista, eikä niitä määritetty taloudellisin perustein (eli suhteessa kustannuksiin) vaan yksinomaan siten, että ne olisivat *samoja tai alempia* kuin G&C:n ilmoittamat hinnat, jolloin kaikki Cewalin jäsenet vastasivat *tulonmenetyksestä*, joka aiheutui siitä, että konferenssin hinnaston sijasta sovel-

62 — Alkuperäisessä ranskankielisessä tekstissä käyttäytymistä kuvaillaan seuraavasti: "un partage des pertes liées à l'opération".

63 — Alkuperäisessä ranskankielisessä tekstissä käyttäytymistä kuvaillaan seuraavasti: "fixation des prix prédatoires en vue d'éliminer un concurrent du marché".

lettiin tätä hintojenvahvistamisjärjestelmää. Nämä jäsenet olivat selvästi hyväksyneet sen, että hintataistelualusjärjestelmä periaatteessa todennäköisesti johtaa *tappioihin*, jotka jäävät niiden vastuulle" (kursivointi tässä).

Päätöksen 74 kohdassa viitataan alaa koskevassa kirjallisuudessa yleisimmin käytettyyn hintataistelualusmenetelmän määritelmään, jossa viitataan muun muassa siihen, että hintataistelualusten lähdöt erityisesti suunnitellaan tapahtuviksi samoina päivinä kuin kilpailijan alukset lähtevät. Komissio on kuitenkin todennut, että koska nyt käsiteltävänä olevassa tapauksessa Cewalin aluksilla oli lähtöjä niin tiheästi, Cewalin ei hintataistelualuksia nimetessään tarvinnut muuttaa aikataulun mukaisia lähtöaikoja.

95. Tämän vuoksi päätöksessä ei ole viitattu saalistushinnoitteluun,[64] koska komissio erottaa nyt kyseessä olevan menettelytavan siitä, että vahvistetaan yksipuolisesti "niin alhaisia hintoja, että ne merkitsevät väärinkäyttöä". Tämä toteamus heijastuu myös päätöksen 2 artiklassa olevassa varsinaisessa virallisessa päätelmässä, jonka mukaan Cewal oli "muutta[nut] rahdin hintaa poiketen voimassa olevista maksutaulukoista, jotta saavutettaisiin samat tai alemmat hinnat kuin pääasiallisella riippumattomalla kilpailijalla niiden rahtien osalta, jotka lähtevät satamasta samana päivinä tai lähipäivinä (menettelytapa on nimeltään 'hintataistelualukset', fighting ships) — — ".

64 — Päätöksessä viitataan asiaan C-62/86, AKZO v. komissio, tuomio 3.7.1991 (Kok. 1991, s. I-3359).

96. Kantajat ovat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle esittämässään vastauskirjelmässä alun perin todenneet, että väitetiedoksianto ja päätös eivät poikenneet toisistaan, mutta väittäneet, että se kilpailusääntöjen rikkominen, johon kantajien oli väitetty syyllistyneen, on komission vastineessa määritelty uudelleen, koska hintataistelualusten lähtöjen *suunnitteleminen* on siinä muutettu hintataistelualusten *nimeämiseksi* ja tappiot tulonmenetyksiksi ja koska siinä ei ole tukeuduttu saalistushinnoittelun vakiintuneeseen käsitteeseen. Kantajat esittivät kaksi oikeudellista väitettä oletettujen erojen osalta. Ne väittivät ensinnäkin, että jos päätöksen olisi pitänyt perustua siihen hintataistelualuksia koskevaan määritelmään, jota kantajat pitivät uutena määritelmänä, päätöksen kyseiset osat olisi pitänyt kumota, koska Cewal on tuomittu menettelytavasta, josta sitä ei ollut syytetty väitetiedoksiannossa. Toissijaisesti kantajat väittivät, että jos päätös todella perustui uuteen määritelmään, se olisi silti pitänyt kumota, koska perustamissopimuksen 190 artiklan mukaista perusteluvelvollisuutta on siinä tapauksessa rikottu.

97. Komissio on vastauksessaan vaatinut ensinnäkin, että väitetiedoksiannon ja päätöksen eroa koskeva väite on jätettävä tutkimatta, koska se on (ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 48 artiklan vastaisesti) esitetty vasta vastauskirjelmässä. Lisäksi komissio on todennut, että tiettyjen lähtöaikojen määrääminen niin, että ne vastaavat ulkopuolisen varustamon alusten lähtöaikoja, alempien hintojen periminen tai tappioiden kärsiminen ovat keskeisiä piirteitä sekä hintataistelualuksiin perustuvassa menettelytavassa että sellaisessa käyttäytymisessä, joka on perustamissopimuksen 86 artiklan

vastaista määräävän aseman väärinkäyttöä. Sen osalta, etteivät hintataistelualuksiin perustuva menettelytapa ja asiassa AKZO vastaan komissio annetussa tuomiossa kilpailusääntöjen rikkomisena pidetyt hinnoittelua koskevat menettelytavat vastaa toisiaan, komissio on viitannut päätöksen 80 kohtaan, jossa se on nimenomaisesti tehnyt eron tämän tapauksen ja asiassa AKZO vastaan komissio kyseessä olleen tapauksen välillä.

b) Valituksenalainen tuomio

98. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on analysoinut päätöksen ja komission vastauksen sanamuotoa (tuomion 138—140 kohta) ja katsonut, että komissio "ei ol[lut] luonut hintataistelualusten järjestelmää koskevaa uutta, riidanalaisessa päätöksessä esitetystä poikkeavaa määritelmää, vaan esitetyt seikat [olivat] täysin päätöksen mukaisia". Tämän jälkeen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut, että "[k]oska kantajien perustelun lähtökohta on perusteeton, *molemmat* hintataistelualusten käsitteitä koskevat väitteet on hylättävä" (tuomion 140 kohta; kursivointi tässä).

c) Tässä valituksessa esitetyt väitteet ja perustelut

99. Ensimmäinen yhteisöjen tuomioistuimelle esitetty valitusperuste koskee eroa, jonka väitetään olevan väitetiedoksiannon ja päätöksen välillä. Näin ollen on ensiksi tutkittava, voidaanko tämä valitusperuste ottaa tutkittavaksi.

100. Komissio, jota väliintulija tukee, on valitukseen antamassaan vastineessa todennut, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on selvästi hylännyt kantajien nimenomaisen väitteen, jonka mukaan komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle esittämässä vastineessa käytetty syyksi luetun käyttäytymisen määritelmä poikkeaa päätöksessä käytetystä määritelmästä. Komissio väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin eikä näin ollen myöskään yhteisöjen tuomioistuin voi ottaa tutkittavaksi mitään sellaista väitettä, jonka mukaan päätös ja väitetiedoksianto poikkeavat toisistaan. Komissio väittää, että kun otetaan huomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 48 artiklan 2 kohta, tällaista väitettä ei voitu esittää ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa käydyn oikeudenkäynnin vastausvaiheessa, koska voidaan tuskin väittää, että se ero, jonka väitetään olevan väitetiedoksiannon ja päätöksen välillä, olisi ilmennyt vasta, kun asiaa käsiteltiin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa. Tämän perusteella komissio väittää, että kun otetaan huomioon yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 113 artiklan 2 kohta, jonka mukaan "[v]alituksessa ei voida muuttaa oikeudenkäynnin kohdetta siitä, mikä se oli yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa", väitettä ei voida ottaa tutkittavaksi myöskään yhteisöjen tuomioistuimessa.

101. Valittajat väittävät, että *vasta kun ne lukivat komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämän vastineen, niille selvisi, että komissio oli muut-*

tanut väitetiedoksiannossa alun perin esittämäänsä väitettä omakustannushinnan alittavista kuljetusmaksuista. Jäljempänä selviää, miksi tämä väite on kursivoitu. Valittajat viittaavat ensinnäkin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle alun perin esittämäänsä kanteeseen, jossa ne olivat osoittaakseen, että niille ei ollut aiheutunut tappioita, väittäneet, että komissio oli päätöksessä luopunut väitetiedoksiannon 23 kohdassa esitetystä väitteestä, jonka mukaan Cewalin jäsenille oli aiheutunut tappiota. Valittajat viittaavat myös ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle esittämässään vastauskirjelmässä esiin tuomaansa toissijaiseen perusteeseen, jonka mukaan siinä tapauksessa, että päätöksen olisi tulkittava perustuvan määritelmään, jota valittajat kutsuvat "uudeksi" määritelmäksi, päätös on kyseisiltä osin kumottava, koska siinä todetaan Cewalin jäsenten syyllistyneen menettelytapaan, josta niitä ei ollut syytetty väitetiedoksiannossa. Tämän perusteella valittajat katsovat, että koska ne olivat toissijaisessa perusteessaan väittäneet komission rikkoneen olennaista menettelymääräystä, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olisi pitänyt käsitellä tätä seikkaa omasta aloitteestaan, koska kysymys oli ehdottomasta prosessinedellytyksestä. [65] Valittajien mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei kuitenkaan tutkinut edes sitä, voitiinko peruste ottaa tutkittavaksi.

d) Asian arviointi

102. Ensimmäiseksi on käsiteltävä väitettä, joka koskee sitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on hylännyt kantajien pääasiallinen prosessiväitteen, jonka mukaan komissio on vastineessaan tulkinnut päätöstä uudelleen. Kysymys on lyhyesti todettuna siitä, merkitseekö se, että päätöksessä tukeudutaan tulojen menetykseen, vaikka väitetiedoksiannossa puhutaan tappioista, sellaista poikkeamista, joka on omiaan aiheuttamaan vakavaa vahinkoa valittajien eduille.

103. Mielestäni ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli selvästi oikeassa katsoessaan valituksenalaisen tuomion 141 kohdassa, että päätös perustui tulonmenetyksiin eikä nettotappioihin. Tämä ilmenee päätöksen 73 ja 74 kohdasta, joissa komissio viittaa sekä "tulonmenetyksiin" ja Cewalin jäsenten valmiuteen hyväksyä "tappioiden" mahdollisuus että "'hintataistelualuksista' aiheutuviin taloudellisiin tappioihin". Komissiolla oli perusteltu syy kiistää ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle esittämässään vastineessa, että päätös perustui siihen, että kyseessä olevat hintataisteluhinnat johtivat todellisiin tappioihin.

104. Nyt valittajat kuitenkin kohdistavat väitteensä siihen, että väitetiedoksiannon ja komission vastineen välillä on merkittävä ero; ne väittivät tätä samaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämässään toissijaisessa perusteessa, kun taas niiden alkuperäinen kanta oli, että tällaista eroa ei ollut. Yhdyn komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämässään vastauksessa esittämiin toteamuksiin, jotka se on toistanut yhteisöjen tuomioistuimessa esittämässään vastineessa ja joiden mukaan siinä määrin, kuin kantajat olivat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämässään vastauskirjel-

65 — Valittajat viittaavat muun muassa asiaan C-166/95 P, komissio v. Daffix, tuomio 20.2.1997 (Kok. 1997, s. I-983).

mässä väittäneet, että niiden oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on loukattu väitetiedoksiannon ja vastineen poiketessa toisistaan, tämä peruste oli sellainen "uusi peruste", johon ei ensimmäisen oikeusasteen työjärjestyksen 48 artiklan 2 kohdan mukaan "saa vedota, ellei se perustu kirjallisen käsittelyn aikana esille tulleisiin tosiseikkoihin tai oikeudelliseen perusteeseen". Tästä syystä yhdyn komission kantaan, jonka mukaan perustetta ei voida ottaa tutkittavaksi myöskään yhteisöjen tuomioistuimessa sen työjärjestyksen 113 artiklan 2 kohdan perusteella. Koska ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei huolimatta työjärjestyksensä 48 artiklan 2 kohdan kolmannesta alakohdasta, jonka mukaan "[p]äätös siitä, otetaanko uusi peruste tutkittavaksi, tehdään pääasian ratkaisun yhteydessä", arvioinut, olisiko peruste pitänyt ottaa tutkittavaksi, yhteisöjen tuomioistuimen on mielestäni selitettävä, mistä syystä perustetta ei voida ottaa tutkittavaksi.

105. Olen komission kanssa samaa mieltä myös siitä, että valittajat eivät voi väittää, että se ero, joka niiden mukaan on väitetiedoksiannon ja päätöksen välillä, selvisi niille vasta, kun ne olivat lukeneet komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle esittämän vastineen.

106. Yhteisöjen tuomioistuimen on kuitenkin arvioitava, onko sellaisia "kirjallisen käsittelyn aikana esille tullei[ta] tosiseikko[ja] tai oikeudellis[ia] peruste[ita]", joiden vuoksi valittajilla oli perusteltu syy vedota kyseiseen eroon vasta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämässään vastauskirjelmässä. Mielestäni tällaisia syitä ei ole. Päätöksen 80 kohdasta ilmenee täysin selvästi, että komissio on perustanut päätöksensä sellaiseen kantajien käyttäytymisen oikeudelliseen luonnehdintaan, joka oli erilainen kuin tilanteessa, jota yhteisöjen tuomioistuin tarkasteli edellä mainitussa asiassa AKZO vastaan komissio. Kantajilla oli täysi oikeus riitauttaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle alun perin esittämässään kanteessa tämä päätös ja ne loukkaukset, jotka kohdistuivat oikeuteen, joka koskee asian oikeudenmukaista käsittelyä komissiossa käytävässä hallinnollisessa menettelyssä.

107. Mielestäni valittajien väitteet ovat epävakuuttavia ja loogisesti virheellisiä. Puolustautumisoikeuksien loukkaamista koskevat väitteet on esitetty vasta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle esitetyssä vastauskirjelmässä, joten ne on ensi arviolta jätettävä tutkimatta. Valittajat ovat vastanneet tähän, että ne olivat vastineen ja päätöksen välisten eroavaisuuksien vuoksi ymmärtäneet vasta komission vastineen luettuaan niille syyksi luetun kilpailusääntöjen rikkomisen luonteen. Yhdyn ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen käsitykseen, että tällaisia eroja ei ole. Tämän vuoksi valittajat eivät voi enää vedota tällaiseen eroon perustellakseen, miksi peruste on esitetty niin myöhään eli miksi ne ovat vasta vastauskirjelmässään väittäneet, että ero on väitetiedoksiannon ja päätöksen välillä eikä suinkaan päätöksen ja vastineen välillä, kuten ne olivat

aikaisemmin väittäneet. On ilmeistä, ettei tätä perustetta voida ottaa tutkittavaksi.

108. Komission väitteestä, jonka mukaan väitetiedoksiannon ja päätöksen välistä mahdollista eroa koskevaa valittajien väitettä ei voida ottaa tutkittavaksi, valittajat toteavat yhteisöjen tuomioistuimelle esittämässään vastauksessa, että peruste, jonka mukaan niiden oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on perustelujen puutteellisuuden vuoksi loukattu, kuuluu "oikeusjärjestyksen perusteisiin pohjautuvi[in] perustei[siin], jotka yhteisöjen tuomioistuimet voivat ja jotka niiden pitää tutkia viran puolesta". [66] Yhteisöjen tuomioistuin on todennut myös, että "tällaiset perusteet voidaan siis tutkia missä tahansa oikeudenkäynnin vaiheessa" ja että "kantajaa vastaan ei voida vedota siihen, että hän on menettänyt oikeutensa vedota niihin pelkästään sillä perusteella, että hän ei ole esittänyt tällaisia perusteita kanteessaan". [67]

109. Tässä tapauksessa vahinko, jonka valittajat väittävät itselleen aiheutuneen hallinnollisessa menettelyssä, johtuu toisaalta siitä, että päätös ei perustunut siihen, mitä valittajat pitävät väitetiedoksiannossa käytetyn saalistushinnoittelun käsitteen ainoana oikeana oikeudellisena konstruktiona. Parhaimmassa tapauksessa vahinko olisi voinut aiheutua siitä, että valittajat ovat luulleet väitetiedoksiannossa käytetyn ilmaisun saalistushinnoittelu tarkoittavan ainoastaan omakustannushinnan alittavia hintoja ja sen vuoksi keskittyneet tähän asiakirjaan annettavaa vastausta valmistellessaan esittämään ainoastaan sellaisia oikeudellisia väitteitä, jotka perustuvat niiden kantaan, jonka mukaan hintataisteluhinnat eivät alittaneet kustannuksia. Valittajat eivät kuitenkaan ole väittäneet komission tuoneen esiin mitään sellaista uutta, valittajille epäedullista aineistoa, johon ne eivät olisi pystyneet vastaamaan. Kaikki eroavaisuudet, joihin valittajat ovat vedonneet (laivojen nimeäminen lähtöjen suunnittelemisen sijasta, samat tai alemmat hinnat pelkkien alempien hintojen sijasta, tulonmenetykset tappioiden sijasta ja saalistus-sanan poisjättäminen), päinvastoin merkitsevät, että se kilpailusääntöjen rikkomista merkinnyt käyttäytyminen, johon valittajien on väitetty syyllistyneen, on lievempää. Tämän perusteella valittajat ovat väittäneet hallinnollisessa menettelyssä, että niiden ei voida katsoa syyllistyneen kilpailusääntöjen rikkomiseen. Se, että valittajien siitä huolimatta katsottiin rikkoneen kilpailusääntöjä, ei merkinnyt puolustautumisoikeuksien loukkaamista. Valittajat eivät itse asiassa ole näyttäneet toteen, että tämä olisi vahingoittanut niiden mahdollisuuksia esittää pääasiallinen oikeudellinen väitteensä, jonka mukaan niiden käyttäytymistä ei olisi pitänyt pitää kilpailusääntöjen rikkomisena, koska siihen ei liittynyt omakustannushinnan alittavaa hinnoittelua, yksityiskohtaisesti sekä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa että yhteisöjen tuomioistuimessa.

110. Näissä olosuhteissa on katsottava, ettei ole perusteltua, että yhteisöjen tuomioistuin käsittelisi omasta aloitteestaan sitä mahdollista vahinkoa, jonka ilmaisun saalistushinnoittelu käyttö on saattanut aiheuttaa valittajille, kun ne alun perin valmistelivat vastaustaan komission väitetiedoksiantoon.

66 — Ks. edellisessä alaviitteessä mainittu asia komissio v. Daffix, tuomion 24 kohta.

67 — Edellä alaviitteessä 65 mainittu asia komissio v. Daffix, tuomion 25 kohta.

iii) *Onko moitittu käyttäytyminen määräävän aseman väärinkäyttöä?*

a) Asiaan liittyvät ongelmat

111. Valituksenalaisen tuomion mukaan (139 kohta) "komissio on — — todennut, että Cewalin jäsenten harjoittama hintataistelualusten järjestelmä G:n ja C:n markkinoilta syrjäyttämiseksi perustuu seuraaviin kolmeen tunnusmerkkiin: niiden konferenssin jäsenten alusten nimittäminen hintataistelualuksiksi, joiden satamasta lähtö oli lähimpänä G:n ja C:n alusten lähtöä, vaikka aikataulua ei muutettu; yhdessä vahvistetut hintataisteluhinnat, jotka poikkesivat Cewalin jäsenten tavanomaisista hinnoista ja jotka vahvistettiin samoiksi tai alhaisemmiksi kuin G:n ja C:n ilmoittamat hinnat; tästä aiheutuva tulonmenetys, joka jäi Cewalin jäsenten vastuulle".

112. Voidaan väittää, että tämän valituksen yhteydessä esiin tulleista kysymyksistä suurin yleinen merkitys on sillä, onko — kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut — komissio oikeassa katsoessaan, että vaikka Cewalin jäsenten käyttämä hintataistelualusmenetelmä ei johtanut nettotappioihin, se oli siitä huolimatta perustamissopimuksen 86 artiklan vastaista määräävän aseman väärinkäyttöä eikä — kuten valittajat väittävät — määräävässä asemassa olevan yrityksen kohtuullinen reaktio kilpailuun, joka aiheutuu uuden kilpailijan tulosta sen markkinoille. Komission päätös (ks. 72 ja 73 kohta) ei perustu tappioihin vaan tulonmenetyksiin, joita Cewalin jäsenille on aiheutunut moititusta käyttäytymisestä. Valituksen aineellista puolta käsiteltäessä voidaan näin ollen pitää lähtökohtana, että toisin kuin edellä mainitussa asiassa AKZO vastaan komissio, jossa oli kysymys myynnistä alle omakustannushinnan, Cewalin noudattamat hinnat eivät alittaneet kustannuksia mutta merkitsivät "tästä aiheutuva[a] tulonmenetys[tä] konferenssin jäsenille". [68]

113. Valituksenalaisen tuomion asiassa tältä osin merkityksellisissä kohdissa eli 146—148 kohdassa todetaan seuraavaa:

"146 Kuten on jo huomautettu, vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan vaikka määräävän markkina-aseman olemassaolo ei estä yritystä turvaamasta omia kaupallisia etujaan, ja vaikka tällä yrityksellä on oikeus kohtuuden rajoissa ryhtyä toimiin, joiden se katsoo olevan tarpeen etujensa suojaamiseksi, tällaisia toimia ei voida kuitenkaan sallia, jos järjestelyillä pyritään vahvistamaan määräävää markkina-asemaa ja jos asemaa käytetään väärin (erityisesti em. asia BPB Industries ja British Gypsum v. komissio, tuomion 69 kohta). [69]

68 — Ks. ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomion 139 kohta.

69 — Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on viitannut edellä alaviitteessä 52 mainitussa asiassa BPB Industries ja British Gypsum v. komissio antamaansa tuomioon.

147 Tältä osin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että ottaen erityisesti huomioon riidanalaisen päätöksen sivulla 2 olevassa 32 kohdassa mainitut Special Fighting Committeen kokouspöytäkirjat ja erityisesti 18.5.1989 pidetyn kokouksen pöytäkirja, joka koskee riippumattoman varustamon syrjäyttämistä, komissio on näyttänyt riittävällä tavalla toteen, että tämän menettelytavan tarkoituksena on syrjäyttää Cewalin ainoa kilpailija relevanteilta markkinoilta. Lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että vaikka pelkkä Cewalin jäsenten käyttämän menettelytavan nimitys ei riitäkään siihen, että menettelytapaa pidettäisiin 86 artiklan vastaisena, komissio on perustellusti voinut katsoa, että kun kansainvälisen meriliikenteen ammattilaiset käyttävät tällä alalla tunnettua nimitystä ja kun konferenssi on perustanut Special Fighting Committeen, nämä seikat paljastavat aikomuksen panna toimeen menettelytapa, jonka tarkoituksena on muuttaa kilpailuolosuhteita.

148 Koska menettelytavan tarkoituksena oli syrjäyttää ainoa kilpailija markkinoilta, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että kantajat eivät voi perustellusti väittää ainoastaan puolustautuneensa sitä vastaan, että G ja C olivat loukanneet Cewalille lainmukaisesti annettua monopolia ja toimineet Ogefremin niitä kohtaan harjoittaman syrjinnän hyvittämiseksi, sekä vain vastanneet kilpailijan aloittamaan hintasotaan ja asiakkaidensa odotuksiin. Vaikka nämä seikat osoittettaisiinkin todeksi, niiden perusteella Cewalin jäsenten vastatoimenpiteitä ei voida pitää asianmukaisina ja suhteellisuusperiaatteen mukaisina."

114. Valittajat väittävät pääasiallisesti, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen kieltäytyessään tunnustamasta, että määräävässä asemassa oleva yritys saa vastata sen markkinoille tulleen uuden yrityksen harjoittamaan hintakilpailuun laatimalla suunnitelman tämän kilpailijan syrjäyttämiseksi valikoivilla hinnanalennuksilla, kunhan sen tarjoamat hinnat eivät ole määräävän aseman väärinkäyttöä yhteisöjen tuomioistuimen edellä mainitussa asiassa AKZO vastaan komissio antamassa tuomiossa tarkoitetuin tavoin. Valittajien mielestä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on virheellisesti hyväksynyt päätöksen pelkästään sellaisten komission löytämien raskauttavien asiakirjojen perusteella, jotka osoittavat Cewalin jäsenten halunneen syrjäyttää kilpailijansa, mikä ei sellaisenaan rajoita kilpailua.

115. Komission mukaan se hintataisteluaaluksiin perustuva menettelytapa, jota se on todennut valittajien käyttäneen, eroaa "perinteisestä" saalistushinnoittelusta, mitä termiä yhteisöjen tuomioistuin ei itse asiassa ole käyttänyt ja minkä komissio katsoo edellyttävän, että kyseiselle yritykselle aiheutuu tappioita, kuten edellä mainitussa asiassa AKZO vastaan komissio. Komission mukaan määräävässä asemassa oleva yritys, joka poikkeaa julkaistusta hinnastostaan alentamalla hintoja valikoivasti osana strategiaa, jolla pyritään syrjäyttämään kilpailija markkinoilta, ei nimittäin harjoita normaalia kilpailua. Se, että Cewalin tarjoamat hintataisteluhinnat olivat pelkästään reaktio uuden kilpailijan aiheuttamaan hintakilpailuun, ei tee näitä hintoja perustelluiksi, etenkään silloin kun Cewalin kaltainen määräävässä asemassa oleva yritys on käytännössä lähes monopoliasemassa markkinoilla. Komission mukaan normaalia hintakilpailua olisi ollut se, että Cewalin jäsenet olisivat alentaneet julkaistuja konferenssin hintoja kauttaaltaan.

b) Asian arviointi

— Määräävän aseman väärinkäytön monenkeskisyys

116. Komissio on todennut päätöksen 80 kohdassa, että "monenkeskisyys ja tahallisuus osoittavat, että sellainen käyttäytyminen, että vahvistetaan yhdenmukaistettu poikkeuksellinen hinta kilpailijan syrjäyttämiseksi, on määräävän aseman väärinkäyttöä". Yhdenmukaistetulla käyttäytymisellä ei tässä tapauksessa kuitenkaan ole muuta merkitystä kuin se osa, joka sillä on sellaisen yhteisen määräävän aseman aikaansaamisessa, joka mahdollistaa Cewalin yksipuolisen toiminnan. Kyseessä olevan hinnoittelukäyttäytymisen monenkeskisyydellä ei ole merkitystä todettaessa, onko kyseessä määräävän aseman väärinkäyttö. Mielestäni tästä seuraa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on perustellusti jättänyt huomiotta komission päätöksen 80 kohdassa esitetyn toteamuksen.

117. Tähän valitukseen liittyy eräitä kilpailusääntöjen kannalta uusia piirteitä. Tämä on ensimmäinen kerta, kun yhteisöjen tuomioistuinta pyydetään käsittelemään hintataistelualuksiin perustuvaa menettelytapaa ja erityisesti sitä, missä olosuhteissa hinnoittelustrategiaa, jonka ei ole todettu johtaneen omakustannushinnan alittamiseen, voidaan tästä huolimatta pitää määräävän aseman väärinkäyttönä. Viimeksi mainittua ongelmaa tarkasteltaessa on luonnollisesti noudatettava varovaisuutta. Hintakilpailu on keskeinen osa vapaata ja avointa kilpailua, jonka toteuttaminen sisämarkkinoilla on yhteisön politiikan tavoite. Hintakilpailu suosii tehokkaammin toimivia yrityksiä ja on kuluttajien edun mukaista sekä lyhyellä että pitkällä aikavälillä. Paitsi, että määräävässä asemassa olevilla yrityksillä on oikeus harjoittaa hintakilpailua, niitä pitäisi kannustaa siihen. On yleisempää, että niillä on markkinoilla sellainen valta, joka avulla ne pystyvät pitämään hinnat korkeampina kuin kilpailun vallitessa. Tämän vuoksi on syytä tarkastella ensiksi tosiseikkoja, joiden perusteella määräävän aseman väärinkäyttö on todettu, ja toiseksi sitä, miten asiassa merkityksellisiä oikeusperiaatteita on sovellettu.

118. Kyseessä olevien erityisten markkinoiden rakennetta sekä niiden oikeudellisia ja taloudellisia ominaispiirteitä on tutkittava huolellisesti pitäen tietysti samalla mielessä, että kysymys ei ole sen toteamisesta, onko yrityksillä määräävä asema. Kuten komission asiamies on todennut istunnossa, nyt on kysymys linjakonferenssista, jossa yksittäisten varustamojen hinnoittelukäyttäytymiselle on erittäin poikkeuksellisesti myönnetty (neuvoston asetuksella) ryhmäpoikkeus 85 artiklan 1 kohdassa määrätystä kiellosta. Linjakonferensseihin liittyy jo niiden määritelmän mukaisesti tietty määrä varustamoyritysten välillä tapahtuvaa yhdenmukaistamista. Tästä syystä komissio on voinut viitata konferenssin perustamien komiteoiden kokouksiin osoittaakseen, mikä tarkoitus tietyllä käyttäytymismallilla on, tai tulojen yhteen keräämistä koskevaan järjestelyyn osoittaakseen, että hintojen välillä harjoitettiin ristikkäissubventiota. Toisaalta on todettava, että valittajat viittaavat siihen yleisesti hyväksyttyyn vakauttavaan vaikutukseen, jonka linjakonferenssien toiminta kansainvälisessä meriliikenteessä saa aikaan rahdinantajien näkökulmasta, ja tarpeeseen ottaa huomioon ne haitat, joita valittajille

aiheutuu niiden joutuessa kilpailemaan konferenssin ulkopuolella olevien varustamojen kanssa ja joihin kuuluu muun muassa velvollisuus tarjota säännöllistä reittiliikennettä. Näiden seikkojen jälkeen käsittelen hintataistelualuksiin perustuvan menettelytavan osatekijöitä, sellaisina kuin komissio on ne todennut ja sellaisina kuin ne esitetty ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen laatimassa yhteenvedossa. Tosiseikat eivät ole riidanalaisia vaan ainoastaan niiden perusteella tehty oikeudellinen päätelmä.

— Syrjäyttämistarkoitus

119. Keskeinen osa sitä kilpailusääntöjen vastaista käyttäytymistä, johon Cewalin jäsenten on todettu syyllistyneen, on strategia, jonka mukaan alempia hintoja sovelletaan valikoivasti ja kohdennetusti reaktiona G&C:n kilpailussa aiheuttamaan uuteen uhkaan *nimenomaisesti siinä tarkoituksessa, että kyseinen kilpailija saataisiin syrjäytettyä*. Vaikka valittajat arvostelevat sekä päätöstä että valituksenalaista tuomiota siitä, että syrjäyttämistarkoitusta koskeva päätelmä perustuu niissä siihen, miten Cewalin jäsenet ovat kuvailleet käyttäytymistään Cewalin hintataistelualuksiin perustuvan menettelytavan täytäntöönpanoa valvoneen Special Fighting Committeen eri kokouksissa, ne eivät ole yrittäneet kiistää, että niillä oli tarkoitus syrjäyttää kilpailija, kuten on katsottu. Jos ne kiistäisivät tämän tarkoituksen, se olisi ristiriidassa sen vaatimuksen kanssa, että niillä oli oikeus tukeutua Ogefrem-sopimukseen tällaisessa syrjäyttämistarkoituksessa. Sen sijaan valittajat väittävät, että koska kysymys ei ollut saalistushinnoittelusta, sellaisena kuin se on määritelty edellä mainitussa asiassa AKZO vastaan komissio annetussa tuomiossa, tällaisen tarkoituksen ei vielä voida katsoa olevan määräävän aseman väärinkäyttöä, vaan se on kilpailussa pikemminkin normaali reaktio uuden kilpailijan aloittamaan hintasotaan.

120. Valittajat arvostelevat sitä, että valituksenalaisen tuomion 147 kohdassa on päätelty, että 8.5.1989 pidetyn Special Fighting Committeen kokouksen pöytäkirja, johon viitataan päätöksessä ja jossa puhutaan G&C:n "syrjäyttämisestä", yhdistettynä pelkkään — kansainvälisessä meriliikenteessä hyvin tunnetun — hintataistelualus-sanan käyttöön, riittäisi perusteeksi komission toteamukselle, jonka mukaan Cewalin jäsenet aikoivat syrjäyttää G&C:n. Valittajien mukaan väärinkäytön toteaminen voi perustua vain asianmukaiseen tosiasianäyttöön.[70] On kuitenkin todettava, että sen enempää valituksenalainen tuomio kuin sen vireilletuloon johtanut päätös eivät perustu pelkästään kyseisestä käyttämisestä käytettyyn nimitykseen. Kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut, valittajat eivät ole kiistäneet niiden kolmen tunnusmerkin olemassaoloa, joihin komissio on päätöksessä tukeutunut osoittaakseen, että Cewal noudatti hintataistelualuksiin perustuvaa menettelytapaa; kyseiset tunnusmerkit ovat hintataistelualusten nimeäminen, Cewalin normaalit hinnat alittavien hintataisteluhintojen vahvistaminen ja tästä aiheutuvien tulonmenetysten jakaminen. Tästä syystä valittajien väite, joka kohdistuu valituksenalaisen tuomion 147 koh-

70 — Valittajat viittaavat yhdistettyihin asioihin 23/63, 24/63 ja 52/63, Usines Émile Henricot ym. v. EHTY:n korkea viranomainen, tuomio 5.12.1963 (Kok. 1963, s. 439) ja edellä alaviitteessä 28 mainittuihin yhdistettyihin asioihin Suiker Unie ym. v. komissio, tuomion 203, 482 ja 541 kohta.

dassa olevaan toteamukseen, jonka mukaan valittajilla oli "aikomu[s] panna toimeen menettelytapa, jonka tarkoituksena [oli] muuttaa kilpailuolosuhteita", on perusteeton.

— Konferenssin maksutaulukosta poikkeaminen

121. Hinnanalennusten valikoiva toteuttaminen on tärkeä osatekijä todetussa määräävän aseman väärinkäytössä. Yhdistettynä Cewalin aikomukseen syrjäyttää kilpailija hinnanalennusten valikoivuus merkitsi, että alennukset kohdistettiin *ainoastaan* niihin lähtöihin, joiden oli kilpailtava G&C:n lähtöjen kanssa. Todetessaan päätöksen 81 kohdassa, että määräävässä asemassa olevien yritysten "turvautuminen" sellaisiin "menetelmiin, jotka poikkeavat paremmuuteen perustuvaan normaaliin kilpailuun kuuluvista menetelmistä", on määräävän aseman väärinkäyttöä, komissio on kylläkin katsonut, että "[t]ilanne [oli] tämä hintataistelualusten osalta, etenkin kun sen vuoksi, että Cewal oli linjakonferenssi, sen jäsenten oli noudatettava konferenssin maksutaulukoita". Cewal on laiminlyönyt vuoden 1986 asetuksen 5 artiklan 4 kohtaan perustuvan velvollisuutensa varmistaa, että Cewalin maksutaulukko on julkisesti saatavilla. Komissio on tähän viitatessaan kuitenkin ainoastaan tuonut uudelleen esiin määräävän aseman väärinkäyttönä pidetyn menettelytavan keskeisen osan eli sen, että hinnanalennukset olivat valikoivia eivätkä yleisiä. Jos Cewal olisi noudattanut yleistä eikä valikoivaa hinnanalennuspolitiikkaa, menettelytapaa olisi ollut paljon vaikeampi pitää määräävän aseman väärinkäyttönä, edellyttäen, että alennetut hinnat eivät vielä alittaneet omakustannushintoja. Määräävässä asemassa olevan yrityksen suunnitelma tai aikomus olisi tällöin rinnastettu alennettuihin mutta omakustannushinnan ylittäviin hintoihin, eikä erityistä suunnitelmaa tulonmenetyksen jakamiseksi olisi tarvittu. Jollei olisi jotakin lisätekijää, kuten markkinoille pääsyä vaikeuttavia esteitä, ei olisi selvää, että tällaista reaktiota uuden kilpailijan ilmaantumiseen olisi pidettävä jonain muuna kuin paremmuuteen perustuvana kilpailuna.

— Tulonmenetysten jakaminen

122. Valittajat eivät ole missään vaiheessa kiistäneet komission toteamusta, jonka mukaan hintataisteluhinnoista johtuva "tulonmenetys — — jäi Cewalin kaikkien jäsenten vastuulle" (päätöksen 73 kohta), vaan valittajat ovat tyytyneet väittämään, että tällainen yhteinen riskinjako kuuluu poikkeuksen soveltamisalaan. Mikään poikkeus ei tietenkään voi kattaa määräävän aseman väärinkäyttöä merkitsevästä käyttäytymisestä aiheutuvien kustannusten jakamista. Komission mukaan se, että Cewalin jäsenten käyttäytyminen oli määräävän aseman väärinkäyttöä, ei johtunut pelkästään niiden aikomuksesta poistaa G&C:n aiheuttama kilpailullinen uhka vaan erityisesti siitä, että Cewalin jäsenet pystyivät tukemaan "hintataisteluhintoja muista lähdöistä perityillä konferenssin normaaleilla hinnoilla", ja siitä, että tällainen kilpailua rajoittava käyttäytyminen olisi siitä huolimatta, että G&C olisi toiminut yhtä tehokkaasti kuin Cewal, voinut johtaa "sellaisen yrityksen syrjäyttämiseen markkinoilta, joka mahdollisesti toimii yhtä tehokkaasti kuin määräävässä asemassa oleva konferenssi mutta joka ei hei-

kompien taloudellisten resurssiensa vuoksi pysty vastustamaan kilpailua, jota yhdessä linjakonferenssina toimiva voimakas varustamojen ryhmä harjoittaa yhdenmukaistetusti ja käyttäen väärin määräävää asemaansa". [71]

— Saalistushinnoittelua koskeva oikeuskäytäntö

123. Vaikka komissio on yrittänyt selvästi erottaa tämän tapauksen klassisista omakustannushinnan alittavaa saalistushinnoittelua koskevista tapauksista, kuten asiasta AKZO vastaan komissio, on arvioitava, oliko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oikeassa hyväksyessään komission toteamuksen, jonka mukaan hintataistelualuksiin perustuva menettelytapa oli määräävän aseman väärinkäyttöä, vaikka kuljetusmaksut eivät alittaneetkaan omakustannushintaa. Yleisesti käytetyllä saalistushinnoittelu-termillä ei luonnollisestikaan ole mitään erityistä oikeudellista asemaa. Ainoa 86 artiklassa tunnustettu arviointiperuste on se, käytetäänkö määräävää asemaa väärin.

124. Tarkasteltaessa määräävän aseman väärinkäyttöä on lähdettävä yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Hoffmann-La Roche vastaan komissio antamasta tuomiosta, [72] jossa on todettu seuraavaa:

"Väärinkäytön käsite on objektiivinen käsite, joka tarkoittaa määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymistä, joka — — estää markkinoilla vielä olemassa olevan kilpailuasteen säilymisen ja tämän kilpailun kehittymisen — — ".

125. Komissio on asiassa AKZO [73] väittänyt, että 86 artiklan mukaan "kustannukset eivät — — ole ratkaiseva arviointiperuste määriteltäessä sitä, merkitsevätkö määräävässä asemassa olevan yrityksen toteuttamat hinnanalennukset väärinkäyttöä", koska huomioon oli otettava myös "tarve estää tehokkaan kilpailurakenteen vaarantuminen" yhteismarkkinoilla. [74] Hintojen alentaminen saattoi perustua kilpailun rajoittamisen tavoitteeseen "riippumatta siitä, asettaako hyökkäävän hintapolitiikan toteuttaja hintansa kustannustensa ylä- vai alapuolelle, ja riippumatta siitä mitä kustannuksilla tarkoitetaan". [75] Komission käsityksen mukaan "määräävässä asemassa olevan yrityksen kustannusten yksityiskohtaisella erittelyllä" saattoi olla "tärkeä merkitys" ainoastaan silloin, kun ei ollut ilmeistä, että tavoitteena oli kilpailijan syrjäyttäminen. [76]

126. Kuten valittajat korostavat, on merkittävää, että yhteisöjen tuomioistuin ei asiassa AKZO vastaan komissio antamassaan tuomiossa yhtynyt komission käsitykseen. On kuitenkin huomautettava, ettei yhteisöjen tuomioistuin myöskään nimenomaisesti hylännyt tätä käsitystä. Yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa Hoffmann-La Roche vastaan komissio

71 — Ks. päätöksen 82 kohta.

72 — Mainittu edellä alaviitteessä 17, tuomion 91 kohta.

73 — ETY:n perustamissopimuksen 86 artiklan soveltamisesta 14 päivänä joulukuuta 1985 tehty komission päätös 85/609/ETY (IV/30.698 — ECS/AKZO Chemie; EYVL L 374, s. 1).

74 — Ks. päätöksen 85/609/ETY 77 kohta ja em. asia AKZO v. komissio, tuomion 64 kohta.

75 — Ks. päätöksen 85/609/ETY 79 kohta ja em. asia AKZO v. komissio, tuomion 64 kohta.

76 — Ks. päätöksen 85/609/ETY 80 kohta ja em. asia AKZO v. komissio, tuomion 65 kohta.

annettuun tuomioon viitaten, että perustamissopimuksen 86 artiklassa kielletään määräävässä asemassa olevaa yritystä syrjäyttämästä kilpailijaa ja vahvistamasta siten asemaansa muilla kuin suoritusten laatuun perustuvassa kilpailussa käytettävillä keinoilla, joten "kaikkea hintakilpailua ei — — voida pitää laillisena". [77] Seuraavissa kahdessa kohdassa (71 ja 72 kohta) yhteisöjen tuomioistuin toi esiin seuraavat periaatteet, jotka koskevat määräävässä asemassa olevien yritysten *omakustannushinnan alittavaa* hinnoittelua:

"71. Keskimääräisiä muuttuvia kustannuksia (toisin sanoen niitä kustannuksia, jotka vaihtelevat valmistetun määrän mukaan) alhaisempien hintojen, joilla määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii syrjäyttämään kilpailijan, on katsottava merkitsevän väärinkäyttöä. Määräävässä asemassa olevalle yritykselle ei nimittäin ole mitään etua sellaisten hintojen käyttämisestä, paitsi jos sen tarkoituksena on syrjäyttää kilpailijansa voidakseen sitten nostaa hintojaan käyttäen hyväkseen monopoliasemaansa, koska jokainen myynti tuottaa sille kaikkien valmistettuun yksikköön liittyvien kiinteiden kustannusten (toisin sanoen niiden kustannusten, jotka säilyvät muuttumattomina riippumatta valmistetuista määristä), sekä ainakin osittaisesta muuttuvien kustannusten menetyksestä johtuvia tappioita.

72. Lisäksi keskimääräisiä kokonaiskustannuksia, joihin kuuluvat sekä kiinteät että muuttuvat kustannukset, alhaisempien, mutta keskimääräisiä muuttuvia kustannuksia korkeampien hintojen on katsottava merkitsevän väärinkäyttöä, jos ne on määritetty osana sellaista suunnitelmaa, jonka tarkoituksena on kilpailijan syrjäyttäminen. Näillä hinnoilla voidaan nimittäin syrjäyttää markkinoilta yrityksiä, jotka ovat ehkä yhtä tehokkaita kuin määräävässä asemassa oleva yritys, mutta jotka taloudeltaan heikompina eivät selviydy siitä kilpailutilanteesta, johon ne joutuvat."

127. Tämän vuoksi oletetaan, että jos myyntihinta alittaa keskimääräiset muuttuvat kustannukset (tai lyhyen aikavälin marginaalikustannukset), kysymys on määräävän aseman väärinkäytöstä. On yleensä järkevää asettaa myyntihinta tasolle, joka ylittää keskimääräiset muuttuvat kustannukset, koska silloin pääomalle saadaan jotakin tuottoa, jollei markkinoilta ei voida saada korkeampaa hintaa, joten ei yleensä ole järkevää asettaa myyntihintaa alle keskimääräisten muuttuvien kustannusten. Marginaalikustannuksia ei aiheudu, eikä taloudellisella toimijalla yleensä ole intressiä hankkia kustannuksia kärsiäkseen tappioita. Määräävässä asemassa oleva yritys voi kuitenkin kumota tämän olettaman osoittamalla, että tällainen hinnoittelu ei ollut osa suunnitelmaa sen kilpailijan syrjäyttämiseksi.

128. On lisäksi todettava, että vaikka keskimääräiset muuttuvat kustannukset ylittävien (mutta silti keskimääräiset kokonaiskustannukset tai pitkän aikavälin marginaalikustannukset alittavien; asia AKZO v. komissio, tuomion 17 kohta) hintojen ei oleteta olevan saalistushinnoittelua, myös niiden "on katsottava" merkitsevän väärinkäyttöä, jos on näytetty toteen, että ne ovat osa suunnitelmaa kilpailijan syrjäyttämiseksi. Yhteisöjen tuomioistuin on tosiseikat huomioon ottaen katsonut jäljem-

77 — Em. asia AKZO v. komissio, tuomion 70 kohta.

pänä kyseisessä tuomiossa, että koska hintoja alennettiin enemmän kuin oli tarpeen tilausten saamiseksi ja koska hinnanalennuksia sovellettiin valikoivasti ainoastaan kilpailijan asiakkaisiin siten, että tappiolliset myynnit voitiin tasoittaa voitollisilla, oli näytetty toteen, että yrityksellä oli vaadittu tarkoitus.[78] Vaikka määräävässä asemassa olevaa yritystä ei ole kielletty reagoimasta kilpailuun "puolustuskeinona lähentämä[llä] hintoja – edes [kilpailijansa] hintoihin – säilyttääkseen ne asiakkaat, jotka ovat olleet sen omia asiakkaita alusta alkaen",[79] se ei saa yrittää säilyttää valikoivasti tarjotuilla hinnanalennuksilla niitä asiakkaita, jotka se on kaapannut kilpailijoiltaan omakustannushinnan alittavalla hinnoittelulla, ellei se "myön[nä] samaa etua omille asiakkailleen".[80]

129. Asiassa C-333/94 P, Tetra Pak vastaan komissio antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin pysytti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomion, jossa oli sovellettu asiassa AKZO vastaan komissio annetussa tuomiossa kehitettyä lähestymistapaa tilanteeseen, jossa kilpailusääntöjen rikkomisten oli todettu tapahtuneen markkinoilla, joilla Tetra Pak ei ollut määräävässä vaan johtavassa asemassa.[81] Kyseisessä tapauksessa valittaja riitautti — suuressa määrin Yhdysvaltojen Supreme Courtin oikeuskäytäntöön nojautuen[82] — sen, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli kieltäytynyt vaatimasta, että komission on osoitettava, että Tetra Pak olisi " — — voinut realistisesti odottaa saavansa takaisin tällaisesta hinnoittelusta aiheutuvat tappiot".[83] Yhteisöjen tuomioistuin pysytti päätelmän, jonka mukaan valittaja oli harjoittanut omakustannushinnan alittavaa saalistushinnoittelua, mutta katsoi, että "*tähän tapaukseen liittyvissä olosuhteissa* ei ole tarkoituksenmukaista vaatia lisänäyttönä sen osoittamista, että Tetra Pakilla oli todellinen mahdollisuus saada tappionsa takaisin".[84] Tarkastelen jäljempänä (136 kohdassa), mikä on tämän toteamuksen merkitys nyt käsiteltävänä olevan valituksen olosuhteissa.

130. Asiassa AKZO vastaan komissio annetussa tuomiossa ei ole tyhjentävästi määritelty kilpailijan syrjäyttämiseen tähtäävien, määräävän aseman väärinkäyttöä merkitsevien hinnoittelukäytäntöjen lajeja. Yhteisöjen tuomioistuin ei asiassa AKZO vastaan komissio antamassaan tuomiossa sulkenut lopullisesti pois sitä mahdollisuutta, että 86 artiklaa voidaan soveltaa, jos määräävässä asemassa oleva yritys toteuttaa valikoivasti kohdennettuja hinnanalennuksia mutta pysyttää hinnat kokonaiskustannusten yläpuolella. Yhdyn julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomerin asiassa C-333/94 P, Tetra Pak vastaan komissio esittämässään ratkaisuehdotuksessa esiin tuomaan käsitykseen, jonka mukaan yhteisöjen tuomioistuin on asiassa AKZO vastaan komissio antamassaan tuomiossa katsonut, "ettei hintakilpailu aina ollut sallittua, ja määrit[ellyt] tämän jälkeen *kaksi* 86 artiklan vastaista saalistushinnoittelu*tapausta*".[85] Yhteisöjen

78 — Em. asia AKZO v. komissio, tuomion 102 ja 115 kohta.

79 — Em. asia AKZO v. komissio, tuomion 156 kohta.

80 — Em. asia AKZO v. komissio, tuomion 155 kohta.

81 — Edellä alaviitteessä 56 mainittu asia C-333/94 P, Tetra Pak v. komissio.

82 — Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco 509 US 209 (1993).

83 — Edellä alaviitteessä 56 mainittu asia C-333/94 P, Tetra Pak v. komissio, tuomion 39 kohta.

84 — Edellä alaviitteessä 56 mainittu asia C-333/94 P, Tetra Pak v. komissio, tuomion 44 kohta (kursivointi tässä). Yhteisöjen tuomioistuin ei näytä menneen yhtä pitkälle kuin julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomer, joka suositteli (ratkaisuehdotuksen 78 kohdassa), että yhteisöjen tuomioistuin ei "vahvistaisi 86 artiklan vastaisen saalistushinnoittelun olemassaolon uudeksi edellytykseksi [sitä], että yrityksen olisi mahdollista saada tappionsa takaisin", muun muassa siitä syystä, että julkisasiamiehen käsityksen mukaan "[t]appioiden takaisinsaaminen on määräävässä asemassa olevan yrityksen tavoite, mutta saalistushinnoittelu on jo sinänsä kilpailun vastaista riippumatta siitä, saavuttaako se tämän tavoitteen".

85 — Ratkaisuehdotuksen 73 kohta (kursivointi tässä).

tuomioistuin oli ennen asiassa AKZO vastaan komissio antamaansa tuomiota pitänyt esimerkiksi asiassa Ahmed Saeed Flugreisen ja Silver Line Reisebüro antamassaan tuomiossa määräävän aseman väärinkäyttönä sitä, että määräävässä asemassa oleva lentoliikenteen harjoittaja edellyttää muiden samalla reitillä toimivien lentoliikenteen harjoittajien noudattavan "liian korkei[ta] — — tariffe[ja] tai *liian matali[a]* kuljetusmaksu[ja], joiden tarkoituksena on poistaa markkinoilta [hintoja koskevan] sopimuksen ulkopuoliset [kilpailijat]". [86] Arvioitaessa, onko sovellettu kuljetusmaksu liian korkea tai matala, voidaan yhteisöjen tuomioistuimen mukaan ottaa arviointiperusteina huomioon muun muassa seuraavat seikat: "[ovatko hinnat] kohtuullisessa suhteessa lentoliikenteen harjoittajan pitkäaikaisiin kustannuksiin, ottaen huomioon myös kuluttajien tarpeet, tarve varmistaa pääoman riittävä tuotto, kilpailutilanne markkinoilla, mukaan lukien muiden reittiä liikennöivien lentoliikenteen harjoittajien tariffit sekä tarve estää polkumyynti". [87] Komissio on nyt käsiteltävänä olevassa tapauksessa väittänyt nimenomaisesti (ks. erityisesti päätöksen 73 kohta), että Cewalin hintataisteluhintoja ei ollut vahvistettu kustannusten perusteella vaan itse asiassa ainoastaan G&C:n tarjoamien hintojen perusteella. Tämän vuoksi on tutkittava, voidaanko nyt käsiteltävänä olevassa asiassa todella katsoa, että kysymys on määräävän aseman väärinkäytöstä, vaikka myyntihintojen ei siinä ole todettu alittaneen omakustannushintaa ja vaikka valikoivasti alennetut hinnat lisäksi oli (yhtä poikkeusta lukuun ottamatta) asetettu tasolle, joka vastasi kilpailijan hintoja mutta ei alittanut niitä.

— Onko hintataistelualusten käyttäminen määräävän aseman väärinkäyttöä?

131. On selvää, että sitä määräävän aseman väärinkäyttöä, johon valittajien on todettu syyllistyneen, ei ole mainittu 86 artiklan a—d alakohdassa olevassa luettelossa, joka ei ole tyhjentävä. [88] Yhteisöjen tuomioistuin on asiassa Continental Can vastaan komissio antamassaan tuomiossa (jossa oli kysymys kilpailevan yrityksen ostamisesta) vahvistanut, että 86 artiklassa ei ole kielletty ainoastaan niitä menettelytapoja, jotka "aiheutta[vat] kuluttajille [välitöntä] haittaa vahingoittamalla — — tosiasiallisia kilpailurakenteita", vaan myös ne, jotka vahvistavat yrityksen määräävää asemaa "niin paljon, että siten saavutettu määräävyyden aste rajoittaa olennaisesti kilpailua, jolloin ainoastaan sellaiset yritykset voisivat pysyä markkinoilla, jotka toiminnassaan ovat riippuvaisia määräävässä asemassa olevasta yrityksestä". [89] Edellä mainitussa asiassa AKZO vastaan komissio antamassaan tuomiossa (70 kohta) yhteisöjen tuomioistuin totesi, että "kaikkea hintakilpailua ei — — voida pitää laillisena", kun otetaan huomioon määräävässä asemassa olevia yrityksiä koskevat erityiset velvoitteet. Katson kuitenkin, että perustamissopimuksen 3 artiklan g alakohdassa määritellyn tavoitteen, joka koskee sellaisten sisämarkkinoiden luomista, joilla kilpailu ei ole vääristynyttä, toteutuminen saattaisi vaarantua huomattavassa määrin, jos yhteisöjen tuomioistuin pitäisi esimerkiksi keskimääräisten kokonaiskustannusten (tai pitkän aikavälin marginaalikustannusten) kaltaista rajaa absoluuttisena mittana, jota olisi käytettävä arvioitaessa kaikkia hinnoittelukäytäntöjä, jotka saattavat olla määräävän aseman väärinkäyttöä tai joilla saatetaan pyrkiä kilpailijan syrjäyttämiseen. Asiassa C-333/94 P, Tetra Pak vastaan komissio

86 — Edellä alaviitteessä 20 mainittu asia, tuomion 43 kohta (kursivointi tässä).

87 — Edellä alaviitteessä 20 mainittu asia, tuomion 43 kohta. Asiassa Ahmed Saeed Flugreisen ja Silver Line Reisebüro yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin saattoi tukeutua tariffista jäsenvaltioiden välisessä säännöllisessä lentoliikenteessä 14 päivänä joulukuuta 1987 annettuun neuvoston direktiiviin 87/601/ETY (EYVL L 374, s. 12). Kansainvälisten meriliikenteen alalla sovellettavien konferenssihinnastojen osalta ei ole vastaavaa lainsäädäntöä.

88 — Edellä alaviitteessä 16 mainittu asia Europemballage ja Continental Can v. komissio, tuomion 26 kohta.

89 — Edellä alaviitteessä 16 mainittu asia Europemballage ja Continental Can v. komissio, tuomion 26 kohta.

antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuossa tapauksessa omaksuman kannan, jonka mukaan " — — määräävässä asemassa olevalle yritykselle kuuluvan erityisen velvollisuuden aineellista soveltamisalaa on tarkasteltava ottaen huomioon kunkin yksittäistapauksen erityiset olosuhteet, jotka osoittavat kilpailun heikentyneen". [90]

132. Olisin toisaalta valmis hyväksymään, että määräävässä asemassa olevan yrityksen toteuttamien syrjimättömien hinnanalennusten, joihin ei liity myyntiä alle omakustannushinnan, ei yleensä ole katsottava rajoittavan kilpailua. [91] Tällaiset alennukset hyödyttävät kuluttajia, vaikka ne olisivat lyhytaikaisiakin, ja jos määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailijat ovat yhtä tehokkaita tai tehokkaampia kuin se, niiden pitäisi pystyä kilpailemaan samoilla ehdoilla. Yhteisön kilpailuoikeuden ei näin ollen pitäisi tarjota tehottomammin toimiville yrityksille suojaa voimakkaalta kilpailulta siinäkään tapauksessa, että kilpailija on määräävässä asemassa oleva yritys. [92] Tilanne voi kuitenkin olla eri, jos yritys, jolla on monopoliasemaa lähenevä määräävä asema erityisesti markkinoilla, joilla hinnanalennuksia voidaan toteuttaa melko riippumattomasti kustannuksista, alkaa harjoittaa valikoivien hinnanalennusten politiikkaa, ja jos voidaan osoittaa, että sen tarkoituksena on kaiken kilpailun poistaminen. Jos näissä olosuhteissa katsottaisiin, että kaikki omakustannushinnan ylittävä myynti on automaattisesti hyväksyttävää, kyseinen yritys voisi poistaa kaiken kilpailun harjoittamalla valikoivaa hinnoittelupolitiikkaa, joka pidemmällä aikavälillä mahdollistaisi hintojen korottamisen ja joka pelottaisi muita markkinoille tuloa mahdollisesti suunnittelevia yrityksiä, koska ne voisivat joutua saman kohdennetun käsittelyn uhreiksi. [93]

90 — Edellä alaviitteessä 56 mainittu asia C-333/94 P, Tetra Pak. v. komissio, tuomion 24 kohta.

91 — Sen osalta, onko saalistushinnoittelussa myyntihintojen alitettava omakustannushinta, on käyty laajaa tieteellistä keskustelua, jossa esitetyistä mielipiteistä on esitetty yhteenveto artikkelissa Mastromanolis, "Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform", *ECLR*, 1998, s. 211 ja erityisesti s. 216—218. Näin ollen esimerkiksi artikkelissa Areeda ja Turner, "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act", *Harv. L. Rev*, 88, 1975, s. 697, joka nostatti laajan akateemisen keskustelun ja vaikutti oikeuskäytännön kehittymiseen Yhdysvalloissa, on tuotu esiin mielipide, jonka mukaan "[m]yös sellainen kilpailijan syrjäyttäminen, joka on toteutettu perimällä keskimääräisiä kustannuksia vastaavia hintoja, on paremmuuteen perustuvaa kilpailua, sillä vain ne kilpailijat, jotka eivät kestä tehokkuuteen perustuvia hintoja, jäävät markkinoiden ulkopuolelle" (s. 706). Tämä kanta on myöhemmin uudistettu teoksessa Areeda ja Hovenkamp, *Antitrust Law*, osa III, § 748, jonka mukaan "[m]yöskään suuret hinnanalennukset, jotka eivät saavuta saalistushinnoittelun tasoa, eivät lähtökohtaisesti ole lainvastaisia" (s. 462). Tämä kanta on kiistanalainen; ks. erityisesti Scherer, "Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment", *Harv. L. Rev.*, 89, 1976, s. 868, jossa puolustetaan kantaa, jonka mukaan " — — omakustannushinnan ylittäviä hintoja, jotka ovat niin alhaisia, että ne estävät pieniä kilpailijoita laajentumasta markkinoilla ja näin ollen saavuttamasta suurtuotannon etuja", on pidettävä "potentiaalisesti kilpailijan syrjäyttämiseen tähtäävinä" (s. 880—881). Yhdistyneessä kuningaskunnassa Monopolies and Mergers Commission on katsonut, että jos määräävässä asemassa oleva yritys " — — pystyy valikoivilla alennuksilla suhteellisen vähäisin kustannuksin estämään uusien toimijoiden tulon markkinoille ja siitä aiheutuvan hintakilpailun", se on osoitus siitä, miten "asemansa vakiinnuttaneet yritykset voivat käyttää merkittäviä valikoivia alennuksia keinona, jonka avulla ne säilyttävät määräävän asemansa", ja Monopolies and Mergers Commissionin mukaan tällainen käyttäytyminen voi olla yleisen edun vastainen "este markkinoille pääsylle"; ks. *Report of the Monopolies and Mergers Commission on the Supply of Concrete and Roofing Tiles* (1981—1982), H.C., 10.57 kohta.

92 — Teoksessa Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Lontoo, 5. painos, s. 106, varoitetaan käyttämästä kilpailusääntöjä " — — pienten ja keskisuurten yritysten suojelemiseen tehokkaiden tai suurten yritysten kustannuksella".

93 — Ks. mitä artikkelissa Andrews, "Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? — The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach", *ECLR*, 1998, s. 49, on todettu valikoivien hinnanalennusten vaaroista.

133. Eräät markkinat, kuten meriliikennemarkkinat, ovat erityisluonteisia, koska niillä kustannukset voivat olla epäluotettava perusta arvioitaessa määräävässä asemassa olevien yritysten kilpailustrategioiden kohtuullisuutta. On ensinnäkin todettava, että kun laivan on tarkoitus lähteä tiettynä päivänä, alennetulla hinnalla tehdyn tarjouksen johdosta kuljetettavaksi otetun lisäkontin kuljettamisesta aiheutuvat kustannukset voivat lähestyä nollaa, jos kuljetuskapasiteettia on vapaana. [94] Yleisemmin voidaan todeta, että kuljetusmaksut määräytyvät suurelta osin kuljetettavan tuotteen kysynnän hintajouston perusteella eivätkä varustamolle palvelun tarjoamisesta aiheutuvan marginaalikustannuksen perusteella. [95]

134. Keskeinen kysymys nyt käsiteltävänä olevassa asiassa on se, oliko sillä käyttäytymisellä, jolla Cewalin jäsenet reagoivat G&C:n markkinoille tulon aiheuttamaan kilpailulliseen uhkaan, kyseessä olevana aikana sellaisia kielteisiä vaikutuksia kilpailurakenteeseen relevanteilla markkinoilla, että ne merkitsivät määräävän aseman väärinkäyttöä, kun otetaan huomioon Cewalin jäsenten yhteisen markkinavoiman laajuus.

135. On syytä muistuttaa eräistä erityispiirteistä, joita liittyy hintataistelualuksiin perustuvaan menettelytapaan ja sen käyttöön nyt käsiteltävänä olevassa tapauksessa. Cewalilla ei ollut pelkästään määräävää asemaa vaan tosiasiallinen monopoli, kuten se itse toteaa. Menettelytavan käyttöön ottaminen johtui Cewalin perusteettomasta vaatimuksesta saada säilyttää relevanteilla markkinoilla monopoli, jonka se oli yrittänyt panna täytäntöön Ogefremsopimuksella, ja on kiistatonta, että menettelytavalla ei pyritty pelkästään vastaamaan kilpailuun vaan syrjäyttämään kilpailija. Samaan aikaan Cewal pystyi laatimaan suunnitelman, joka koski sellaisten lähtöjen valikoivaa nimeämistä, joilla sovellettiin alennettuja kuljetusmaksuja. Tästä aiheutuva tulonmenetys jaettiin konferenssin jäsenten kesken. Sekä alennusten valikoiva toteuttaminen että Cewalin jäsenten erittäin suuri markkinaosuus mahdollistivat sen, että jäsenet saattoivat levittää ja sisällyttää tulonmenetyksen muihin hintoihin. Kuten komissio on todennut (päätöksen 82 kohta), se, että Cewal pystyi asettamaan hintataistelu-

94 — Artikkelissa Temple Lang, "European Community Antitrust Law: Innovation Markets and High Technology Industries", *Fordham Corporate Law Institute*, 1996, s. 519, on huomautettu, että "jos asiassa AKZO vastaan komissio annetussa tuomiossa kehitettyihin arviointiperusteisiin ei lisätä mitään, määräävässä asemassa olevilla yrityksillä, jotka myyvät tuotteita tai palveluja, joiden muuttuvat kustannukset ovat lähellä nollaa ja joita on melko paljon korkean teknologian alalla, on hyvät mahdollisuudet syrjäyttää kilpailijat markkinoilta toimimalla tavalla, jota yleisesti pidetään saalistushinnoitteluna" (ks. s. 575, alaviite 117). Temple Lang ehdottaa seuraavaa arviointiperustetta: "Toimialoilla, joilla lisätuotannon marginaalikustannus on lähellä nollaa, ehdotetaan käytettäväksi arviointiperusteena sitä, periikö yhtiö tavaroista tai palveluista hinnan, joka kylläkin ylittää niiden nimenomaisten tavaroiden tai palvelujen, joista kyseinen hinta maksetaan, toimittamisesta aiheutuvat keskimääräiset muuttuvat kustannukset mutta joka on silti niin alhainen, että kokonaistuotto kaikista kyseisistä tavaroista tai palveluista alittaisi niiden toimittamisesta aiheutuvat keskimääräiset muuttuvat kustannukset, jos tavaran tai palvelun tuotannosta myytäisiin sama osuus aina samalla hinnalla, vaikka ei olisikaan näytetty toteen, että yritys pyrkii kilpailijan syrjäyttämiseen."

95 — Ks. esim. Rakovsky, "Sea Transport under EEC Competition Law", *Fordham Corp. Law Institute*, 1992, s. 845 ja 847 ja Pirrong, "An Application of Core Theory to the Analysis of Ocean Shipping Markets", *J. Law & Econ.*, 35, 1992, s. 89 ja 107.

hinnat kustannuksia vastaavalle tasolle tai niiden yläpuolelle, saattaa itsessään osoittaa, että tavanomaiset hinnat ylittivät kustannukset huomattavasti tai — kuten itse huomauttaisin — että marginaalikustannus oli joka tapauksessa erittäin alhainen.

136. Tulonmenetyksen yhteydessä haluaisin lyhyesti palata siihen, onko tarpeen näyttää toteen, että tulonmenetys oli tarkoitus saada takaisin tai että se oli mahdollista saada takaisin. Tulonmenetyksen jakaminen on itse asiassa yksi tapa saada tulonmenetys takaisin. Hintataisteluhinnoilla tavoiteltu strateginen päämäärä merkitsee implisiittisesti, että hintoja ei alenneta minkään nyt tai myöhemmin tapahtuvan lähdön osalta, ellei se ole välttämätöntä kilpailuun vastaamiseksi. On lisäksi todettava, että alennukset eivät tietenkään ole perusteltuja enää sen jälkeen, kun kilpailija on saatu syrjäytettyä. Mielestäni tulonmenetysten takaisinsaamista koskeva arviointiperuste täyttyy tässä tapauksessa siinä määrin kuin on tarpeen. Samalla toteaisin, että jokin tämäntyyppinen vaatimus pitäisi sisällyttää siihen arviointiperusteeseen, jonka avulla määritetään, ovatko määräävässä asemassa olevien yritysten matalat hinnat määräävän aseman väärinkäyttöä. Tämä vaatimus on implisiittisesti ilmaistu asiassa AKZO vastaan komissio annetusta tuomiosta edellä esitetyn lainauksen ensimmäisessä kappaleessa (ks. edellä 126 kohta). Se on luontainen osa asiassa Hoffmann-La Roche vastaan komissio annetussa tuomiossa sovellettua arviointiperustetta (ks. edellä 124 kohta). Se, että määräävässä asemassa olevia yrityksiä hillitään niin, etteivät ne yrittäisi estää kilpailun säilyttämistä erityisesti kilpailijoitaan syrjäyttämällä, johtuu siitä, että ne pystyisivät tällöin perimään niin *korkeita* hintoja, että ne merkitsisivät määräävän aseman väärinkäyttöä. Tämä johtaisi jälleen tehottoman monopolin syntymiseen, ja kuluttajien saama hyöty jäisi lyhytaikaiseksi. Jos määräävässä asemassa olevan yrityksen strategiana ei ole pyrkiä tähän päämäärään, yritys luultavasti harjoittaa normaalia kilpailua.

137. Näin ollen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole tehnyt oikeudellista virhettä todetessaan, että Cewalin jäsenten reaktio G&C:n markkinoille tuloon ei ollut "asianmukai[nen] ja suhteellisuusperiaatteen mukai[nen]".[96] Mielestäni 86 artiklaa ei voida tulkita niin, että siinä sallittaisiin monopoliasemassa tai lähestulkoon monopoliasemassa olevien yritysten käyttää niiden ylivoimaisen määräävän aseman niille antamaa erittäin huomattavaa markkinavoimaa joko uuden kilpailijan tai lisäkilpailijan markkinoille ilmaantumisen estämiseksi. Jos yrityksellä tai sellaisten yritysten ryhmällä, joiden käyttäytymistä on arvioitava yhdessä, on monopolia lähenevä ylivoimaisen määräävä asema, kuten Cewalilla nyt käsiteltävänä tapauksessa oli G&C:n tullessa relevanteille markkinoille, tällainen määräävässä asemassa oleva yritys ei saa reagoida markkinoille tulevan uuden yrityksen aggressiiviseenkaan hintakilpailuun harjoittamalla kilpailijan syrjäyttämiseksi politiikkaa, joka perustuu kohdennettuihin ja valikoiviin hinnanalennuksiin, sillä se olisi ristiriidassa sen määräävässä asemassa olevia yrityksiä koskevan hyvin ankaran erityisvelvoitteen kanssa, jonka mukaan ne eivät saa enempää vahingoittaa olemassa olevan heikon kilpailun rakenteita. Vastoin valittajien kantaa katson, että pelkästään se seikka, että näitä hintoja ei ole asetettu tasolle, joka todella alittaa (tai jonka voidaan näyttää alittavan) keskimääräiset kokonaiskustannukset (tai pitkän aikavälin

96 — Tuomion 148 kohta.

marginaalikustannukset), ei tee tällaisen hinnoittelupolitiikan noudattamisesta lainmukaista.

138. Tässä tapauksessa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on mielestäni perustellusti hyväksynyt komission toteamuksen, jonka mukaan Cewalin jäsenet olivat laatineet strategian, jonka ainoana ja yksinomaisena tavoitteena oli niiden ainoan kilpailijan G&C:n syrjäyttäminen. Komissio on näyttänyt toteen, että valittajat yrittivät sillä, että ne sovelsivat G&C:n lähtöjä vastaaviin lähtöihinsä hintataisteluhintoja, jotka vastasivat G&C:n tarjoamia hintoja tai alittivat ne, aiheuttaa mahdollisimman suurta vahinkoa G&C:lle samalla minimoiden tästä aiheutuvat tulonmenetykset tulojen yhteen keräämistä koskevalla järjestelyllä. Mielestäni komissio oli selvästi oikeassa katsoessaan, että vaikka G&C oli varustamona yhtä tehokas kuin Cewalin jäsenet, sen ei voitu odottaa pystyvän "vastustamaan" tällaista "kilpailua, jota yhdessä linjakonferenssina toimiva voimakas varustamojen ryhmä harjoittaa yhdenmukaistetusti ja käyttäen väärin määräävää asemaansa" (päätöksen 82 kohta). Hintataistelualuksiin perustuvalla menettelytavalla toisin sanoen pyrittiin ajamaan G&C pois markkinoilta mahdollisimman vähin kustannuksin Cewalin jäsenille, jolloin Cewalin jäsenet olisivat päässeet siihen lähestulkoon monopoliasemaan, joka niillä oli aikaisemmin ollut, ja näin ollen mahdollistamaan kuljetusmaksujen palauttaminen konferenssin julkaistun maksutaulukon mukaisiksi.

139. Tämän vuoksi ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin hylkää valituksen kokonaisuudessaan siltä osin kuin se koskee sitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on hyväksynyt komission toteamuksen, jonka mukaan Cewalin jäsenten hintataistelualuksiin perustuva käyttäytyminen on määräävän aseman väärinkäyttöä.

C *Sataprosenttista lojaliteettia edellyttävistä sopimuksista määrääminen*

i) *Johdanto*

140. Valitusperusteessa, jolla riitautetaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ratkaisu, jolla on hyväksytty komission toteamukset tämän kolmannen väärinkäyttötyypin osalta, on kaksi osaa. Ensinnäkin valittajat väittävät ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tehneen oikeudellisen virheen, koska se on katsoessaan, että lojaliteettijärjestelyistä oli määrätty, tulkinnut väärin vuoden 1986 asetuksen 5 artiklan 2 kohtaa, jossa säädetään tällaisia järjestelyjä koskevasta poikkeuksesta. Toiseksi valittajat väittävät, että vuoden 1986 asetus ja erityisesti sen 8 artikla estävät komissiota määräämästä sakkoja väärinkäytöstä, ellei poikkeusta ensin peruuteta.

ii) *Sisältö*

141. Ennen kuin näitä valitusperusteita ryhdytään tarkastelemaan yksityiskohtaisemmin, on syytä palauttaa mieleen ne komission päätöksen kohdat, joilla on merkitystä tässä yhteydessä.

142. Päätöksen 2 artiklan mukaan Cewalin jäsenet "ovat käyttäneet väärin yhteistä määräävää asemaansa — — suorittamalla sataprosenttista lojaalisuutta (mukaan lukien fob-ehdoin myytävät tavarat) edellyttäviä järjestelyjä, mitkä ovat pidemmälle menevä toimenpide kuin mistä [vuoden 1986 asetuksen] 5 artiklan 2 kohdassa säädetään, ja pitämällä 'mustia listoja' niistä rahdinantajista, jotka eivät ole lojaaleja". Tästä toteamuksesta on tehtävä kaksi tärkeää yleisluonteista huomautusta. Cewalin jäsenten ei ensinnäkään ole väitetty syyllistyneen kolmeen toisistaan erilliseen väärinkäyttötyyppiin; eri osien eli järjestelyjen "suorittamisen", fob-ehdoin myytävien tavaroiden sisällyttämisen järjestelyihin ja mustien listojen käyttämisen on pikemminkin yhdessä katsottu merkinneen "lojaliteettijärjestelyjen yksipuolista määräämistä" (päätöksen 85 kohta). Toiseksi on mainittava se vielä tärkeämpi seikka, että tämän — samoin kuin kahden muun — väärinkäytön keskeinen piirre on se, että sillä on pyritty "syrjäyttä[mään] pääasialli[nen] riippumat[on] kilpailija[—] kyseisestä linjaliikenteestä" (päätöksen 2 artikla). Tämän päätelmän taustalla olevat tosiseikat ja perustelut löytyvät päätöksen 28, 29 ja 84—88 kohdasta.

143. Päätöksen mukaan rahdinantajat, jotka lähettävät tavaroita Euroopan ja Zairen välisillä reiteillä, pystyivät käyttämään konferenssin ulkopuolisten varustamojen palveluja vain satunnaisesti. Koska rahdinantajilla ei ollut todellista valinnanmahdollisuutta, vaan niiden oli käytettävä Cewalin palveluja useimmissa toimituksissaan, se, että alennukset edellyttivät sataprosenttista lojaliteettia (myös fob-myynnin osalta), merkitsi samaa kuin sopimuksista määrääminen (päätöksen 84—86 kohta). Komissio on myös todennut Cewalin tiukentaneen määrättyjä ehtoja käyttämällä mustia listoja, jotta se pystyisi määräämään rahdinantajille "palvelun tarjontaan tai laatuun liittyviä" seuraamuksia (päätöksen 86 kohta). Komissio on tältä osin tukeutunut Zaïre Pool Committeen pöytäkirjojen otteisiin osoittaakseen, että Cewal käytti mustia listoja osana puolustusstrategiaansa sen varmistamiseksi, että sen ainoan kilpailijan palveluja käyttävät rahdinantajat eivät voineet vaatia lojaliteettisopimusten mukaisia etuja eivätkä luottaa saavansa Cewalilta tavanomaista asianmukaista palvelua (päätöksen 29 kohta). Komissio katsoi Cewalin kokonaiskäyttäytymisen olevan määräävän aseman väärinkäyttöä, minkä vuoksi vaatimus vuoden 1986 asetuksen mukaisen poikkeuksen soveltamisesta ei voinut "estää perustamissopimuksen 86 artiklan soveltamista — — " (päätöksen 87 kohta).

144. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on todennut, että komissio on katsonut tämän väärinkäytön muodostuneen siitä, että Cewal on "vaatinut sataprosenttisten lojaliteettijärjestelyjen tekemistä ja sisällyttänyt niihin myös tavarat, jotka on myyty fob-ehdoin, sekä laatinut epälojaaleista rahdinantajista mustia listoja, joita se on käyttänyt rangaistakseen näitä epälojaalisuudesta".[97] Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on

97 — Tuomion 173 kohta.

komission tavoin katsonut, että "koska Cewalin jäsenet, joilla oli järjestelyjen tekemisen aikaan yli 90 prosentin markkinaosuus, tarjosivat rahdinantajille ainoastaan sataprosenttisia lojaliteettijärjestelyjä, näille ei jäänyt muuta mahdollisuutta alennuksen saamiseksi, eli joko rahdinantaja suostui antamaan kaiken rahdin Cewalin kuljetettavaksi tai se ei saanut lainkaan alennusta, mikä käytännössä tarkoitti sataprosenttisten lojaliteettijärjestelyjen vaatimista". [98] Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on näin ollen katsonut, että Cewalin menettelytavan ei voitu katsoa nauttivan poikkeusta perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamisesta, koska vuoden 1986 asetuksen 5 artiklan 2 kohdan b alakohdan i alakohdan mukaan sataprosenttisia lojaliteettijärjestelyjä voidaan tarjota mutta niistä ei voida määrätä. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on myös hyväksynyt komission toteamuksen, jonka mukaan se, että lojaliteettijärjestelyt kattoivat myös fob-ehdoin myydyt tavarat, johti siihen, että "myyjä sitoutuu lojaalisuusvelvoitteeseen, vaikka sillä ei ole vastuuta tavaran lähettämisestä". [99] Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on vielä todennut, että Cewalilla oli epälojaaleista rahdinantajista musta lista, jota ei ollut "laadittu pelkästään tilastoja varten" ja että tällaisten listojen laatiminen ei ollut sallittua "[vuoden 1986 asetuksen] minkään säännöksen perusteella". [100] Näin ollen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut yhteisöjen tuomioistuimen edellä mainitussa asiassa Hoffmann-La Roche vastaan komissio antamaan tuomioon viitaten, että komissio oli voinut perustellusti päätellä, että "kokonaisuutena tarkastellen tämä menettelytapa rajoitti kuljetusten käyttäjien vapautta ja näin ollen vaikutti Cewalin ainoan kilpailijan kilpailuasemaan markkinoilla". [101]

98 — Tuomion 183 kohta.
99 — Tuomion 184 kohta.
100 — Tuomion 185 kohta.
101 — Tuomion 186 kohta.

iii) *Valitusperusteen ensimmäinen osa: vuoden 1986 asetuksen virheellinen tulkinta — lojaliteetista "määrääminen"*

145. Valittajien tulkinnan mukaan valituksenalaisessa tuomiossa pidetään lojaliteettijärjestelyjä määrättyinä pelkästään sen perusteella, että Cewalilla oli yhteinen määräävä asema, koska siitä, että rahdinantajia olisi uhkailtu tai jollain muulla tavalla painostettu, ei ole näyttöä. Koska konferensseihin kuuluvat varustamot lähes poikkeuksetta ovat määräävässä asemassa, vuoden 1986 asetusta pitäisi valittajien mukaan tulkita niin, että siinä sallitaan sataprosenttista lojaliteettia edellyttävien sopimusten käyttö ja kannustetaan niiden käyttämistä meriliikennealan erityisissä olosuhteissa jopa siinä määrin, että lojaliteettivelvoitteen noudattaminen saadaan vuoden 1986 asetuksen kymmenennen perustelukappaleen mukaan varmistaa määräämällä seuraamuksia, mikä edellyttää rahdinantajia koskevien tietojen vaihtamista, toisin sanoen mustien listojen laatimista. Lisäksi valittajat riitauttavat toteamuksen, jonka mukaan näistä ehdoista on määrätty fob-lähetysten osalta.

146. Mielestäni on hyödytöntä tutkia tämän väitteen yksityiskohtaista sisältöä sen enempää. Käsitykseni mukaan väite perustuu perustavanlaatuiseen virheeseen komission päätöksen ja valituksenalaisen tuomion tulkinnassa. Väitteessä ei oteta huomioon päätöksen kahta ratkaisevan tärkeää piirrettä, joita olen selvittänyt edellä 142 kohdassa. Valittajat yrittävät tarpeettomasti korostaa, että vuoden 1986 asetuksen 5 artiklan 2 kohdan sananmuotoon, tarkoitukseen ja rakenteeseen perus-

tuva tulkinta osoittaa, että sataprosenttiset lojaliteettijärjestelyt ovat sallittuja silloinkin, kun kyseessä on määräävässä asemassa oleva linjakonferenssi; tästä ei nimittäin ole mitään epäilystä. Toteamus, jonka mukaan järjestelyt olivat määrättyjä ja jonka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on hyväksynyt edellä 144 kohdassa lainatussa tuomion kohdassa, ei nimittäin perustunut Cewalin määräävään asemaan, toisin kuin valittajat väittävät. Ratkaiseva tekijä ei ole määräävä asema vaan sataprosenttiseen lojaliteettiin perustuvien alennusten myöntäminen *ilman vaihtoehtoja*, jolloin rahdinantaja menettää koko alennuksen oltuaan kerran epälojaali. Valittajat eivät ole käsitelleet perustelujen tätä näkökohtaa. Se, että valituksenalainen tuomio on ymmärretty tällä tavalla väärin, on riittävä syy lopettaa tämän valitusperusteen ensimmäisen osan tutkiminen, joten valituksenalaisen tuomion virheelliseen tulkintaan perustuva valitusperuste on hylättävä. Tarkastelen kuitenkin valitusperusteen tähän osaan liittyviä kahta toissijaista väitettä.

a) Ensimmäinen toissijainen väite — fob-myynti

147. Ensimmäisessä toissijaisessa väitteessään, jolla valittajat pyrkivät osoittamaan, että lojaliteettijärjestelyistä ei määrätty, ne riitauttavat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamuksen (tuomion 184 kohta), jonka mukaan myyjä sitoutui lojaalisuusvelvoitteeseen, vaikka se ei ollut vastuussa tavaran lähettämisestä. Valittajat väittävät, että silloin kuin tavarat laivataan fob-ehdoin, rahdinantajana ei ole myyjä tai viejä vaan maahantuoja, ja että valittajat eivät olleet ymmärtäneet komission moittineen niitä myös järjestelyjen ulottamisesta fob-myyntiin. Tämä väite on hylättävä useastakin syystä.

148. On ensinnäkin todettava, että toisin kuin valittajat väittävät, fob-ehdoin kuljetettavien tavaroiden sisällyttämistä järjestelyihin ei mainittu päätöksessä vain kerran sen 85 kohdassa vaan kolme kertaa, muun muassa päätöksen päätösosan 2 artiklassa. Valittajien (eli tuolloisten kantajien) on myös täytynyt ymmärtää lauseen "jotka näin ollen jäävät viejien valvonnan ulkopuolelle" tarkoittaneen sitä, että järjestelyjen ulottamisella fob-myyntiin oli tarkoitus estää rahdinantajia saamasta alennusta, jolleivät nämä varmistaneet, että myös maahantuojat olivat lojaaleja konferenssille. Valittajien ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämät väitteet ovat kuitenkin perustuneet siihen, että tällaiset järjestelyt olivat välttämättömiä, eivätkä siihen, ettei järjestelyjä ollut olemassa. Kuten komissio on huomauttanut, tätä väitettä ei näin ollen voida ottaa tutkittavaksi, koska se on esitetty vasta valitusvaiheessa. Toiseksi on todettava, että väitteessä ei oteta huomioon komission päätelmien varsinaista sisältöä, sellaisina kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on hyväksynyt nämä päätelmät. Kysymys ei ole erillisestä määräävän aseman väärinkäytöstä, kuten valittajat väittävät. Se on osa yleistä päätelmää, jonka mukaan lojaliteettijärjestelyistä oli määrätty, ja lisäksi osa toteamusta, jonka mukaan "kokonaisuutena tarkastellen" (valituksenalaisen tuomion 186 kohta) lojaliteettijärjestelyistä määrääminen oli rajoittanut kuljetusten käyttäjien vapautta ja vaikuttanut Cewalin ainoaan kilpailijaan. Kolmanneksi on todettava, että nämä

ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen päätelmät perustuvat siihen vaikutukseen, joka näillä menettelytavoilla on kilpailuun markkinoilla, eivätkä siihen, voidaanko lojaliteettisopimukset jollakin tietyllä tavalla tulkittuina panna oikeudellisesti täytäntöön. Tästä syystä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamus koskee periaatteessa tosiseikkoja eikä oikeudellisia seikkoja, eikä sitä voida riitauttaa tässä valituksessa. Tämän perusteella ehdotan, että väite jätetään tutkimatta.

b) Toinen toissijainen väite — mustat listat

149. Valittajien toisessa toissijaisessa väitteessä riitautetaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamukset, joiden mukaan vuoden 1986 asetuksessa säädetty poikkeus ei voinut koskea Cewalin epälojaaleista rahdinantajista pitämiä mustia listoja.

150. Valittajat väittävät myös, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin jätti huomiotta niiden väitteet, joiden mukaan kaikki lojaliteettisopimuksen tehneet asiakkaat saivat alennuksen, vaikka ne olivat lähettäneet rahtia G&C:n aluksilla. Tämä väite oli vastaus komission kantaan, jonka mukaan mustien listojen voimassapitäminen (päätöksen 88 kohta) oli suoraan ristiriidassa Cewalin väitteen kanssa. Komissio väittää vastineessaan, että kun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 185 kohdassa viitannut Zaïre Pool Committeen pöytäkirjoihin, joiden mukaan "mustien listojen järjestelmää käytettiin", se on todellakin hyväksynyt komission päätöksessään ilmaiseman kannan. Olen samaa mieltä siitä, että valituksenalaista tuomiota on tulkittava tällä tavalla. Olen vakuuttunut siitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ajatellut pelkästään komission päätöksen 88 kohdassa mainittua ristiriitaisuutta vaan myös komission päätöksen 29 kohdassa esitettyä tosiseikkoja koskevaa arviointia, joka perustuu edellä mainittuihin pöytäkirjoihin, joiden mukaan G&C:n palveluja käyttävät rahdinantajat "eivät enää voi vaatia lojaliteettisopimukseen perustuvia etuja" tai "luottaa siihen, että ne saavat Cewalilta normaalia asianmukaista palvelua". Mielestäni tämä näkemys saa tukea valituksenalaisen tuomion 185 kohdan seuraavasta virkkeestä, jossa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut, että mustia listoja ei laadittu "pelkästään tilastoja varten". Tämä on tosiseikkoja koskeva päätelmä. On lisäksi todettava, ettei sillä, myönsikö Cewal lopulta alennuksen kaikille G&C:n palveluja käyttäneille rahdinantajille, ole merkitystä, jos on näytetty toteen, että mustat listat oli otettu käyttöön osana strategiaa, jolla oli tarkoitus saada rahdinantajat olemaan käyttämättä G&C:n palveluja.

151. Valittajat väittävät myös, että tällaisten listojen käyttöä ei voida pitää määräävän aseman väärinkäyttönä. Ne viittaavat vuoden 1986 asetuksen kymmenenteen perustelukappaleeseen, jossa nimenomaisesti sallitaan, että linjakonferenssit voivat määrätä "seuraamuksia käyttäjille, jotka sopimattomin keinoin kiertävät konferenssien niille myöntämien alennusten — — vastineeksi vaadittua lojaliteettivelvoitetta". Valittajien mukaan se, että

rahdinantaja alennuksen saadakseen hyväksyy sataprosenttista lojaliteettia edellyttävän sopimuksen linjakonferenssiin kuuluvan varustamon kanssa mutta samanaikaisesti antaa osan rahdista kuljetettavaksi riippumattomille varustamoille, on tässä säännöksessä tarkoitettu sopimaton keino. Se, että yritetään valvoa, onko sataprosenttista lojaliteettivelvoitetta noudatettu, ei valittajien mielestä ole millään tavalla määräävän aseman väärinkäyttöä. Mielestäni tässä väitteessä jätetään huomiotta ne mustien listojen keskeiset piirteet, jotka on tuotu esiin sekä päätöksessä että valituksenalaisessa tuomiossa. Komissio on päätöksen 86 kohdassa selvästi omaksunut sen kannan, että mustien listojen käyttö "pahensi" niitä konkreettisia vaikutuksia, joita sataprosenttista lojaliteettia koskevalla vaatimuksella oli rahdinantajille, sillä se merkitsi, että "rahdinantajille tosiasiallisesti aiheutui palvelun tarjontaan tai laatuun liittyviä seuraamuksia". Komissio on päätöksen 29 kohtaan liittyvässä alaviitteessä esittänyt, mitä näyttöä on siitä, että mustilla listoilla pyrittiin välittömästi kilpailijan syrjäyttämiseen. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on nimenomaisesti hyväksynyt komission toteamuksen (joka on esitetty tiivistettynä valituksenalaisen tuomion 182 kohdassa) mainiten tuomiossaan jopa kyseisen alaviitteen (185 kohta).

152. Valittajien mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli väärässä todetessaan (valituksenalaisen tuomion 185 kohdassa), että mustien listojen laatimista "ei voida pitää sallittuna [vuoden 1986 asetuksen] minkään säännöksen perusteella". Kuten komissio on perustellusti todennut vastineessaan, epälojaaleja rahdinantajia koskevien listojen laatimisen voidaan enintään katsoa kuuluvan vuoden 1986 asetuksessa sataprosenttisten lojaliteettijärjestelyjen osalta säädetyn poikkeuksen soveltamisalaan, jollei järjestelyillä — kuten kymmenennessä perustelukappaleessa todetaan — "yksipuolisesti rajoiteta käyttäjien vapautta ja siten kilpailua merenkulkuelinkeinossa". Koska yhdyn myös ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen hyväksymään komission käsitykseen, jonka mukaan rahdinantajat todella määrättiin sitoutumaan lojaliteettijärjestelyihin, olen vakuuttunut siitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole tehnyt oikeudellista virhettä katsoessaan, että missään vuoden 1986 asetuksen säännöksessä ei ole säädetty tällaisten listojen laatimista koskevasta poikkeuksesta. Mielestäni niitä vaikutuksia, joita aiheutuu siitä, että linjakonferenssi määräävää asemaansa väärin käyttäen määrää lojaliteettijärjestelyistä, selvästikin voidaan vahvistaa pitämällä mustia listoja epälojaaleista asiakkaista, koska siinä tapauksessa, että tällaisia listoja ei olisi, nämä asiakkaat voisivat tosiasiassa vaikkakaan eivät lainmukaisesti todella hyödyntää mahdollisuutta käyttää riippumattomien varustamojen palveluja ainakin satunnaisesti. Mielestäni tästä seuraa, että komissio ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ovat voineet perustellusti katsoa, että mustien listojen laatimisesta aiheutuvat kokonaisvaikutukset myötävaikuttivat siihen määräävän aseman väärinkäyttöön, joka johtui siitä, että Cewalin jäsenet tosiasiallisesti määräsivät lojaliteettisopimusten tekemisestä.

153. Valittajat ovat vasta yhteisöjen tuomioistuimessa esittämässään vastauksessa

väittäneet, että koska komissio ei ole väitetiedoksiannossa tuonut esiin sitä seikkaa, ovatko mustat listat mahdollisesti helpottaneet muiden kuin taloudellisten seuraamusten määräämistä, komissio on loukannut valittajien oikeutta tulla kuulluksi; tämä väite on yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 42 kohdan 2 artiklan perusteella jätettävä tutkimatta, koska se on selvästi sellainen uusi peruste, joka olisi voitu esittää jo ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa.

154. Ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin pysyttää ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomion siltä osin kuin siinä katsotaan, että sataprosenttisia lojaliteettijärjestelyjä oli vaadittu (tuomion 183 kohta). Katson myös, että komissio ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olivat oikeassa, kun ne ottivat tämän käyttäytymisen huomioon "kokonaisuutena" (tuomion 186 kohta) päätellessään, että käyttäytyminen ei ollut sallittua "85 artiklan nojalla myönnetyn poikkeuksen perusteella" (tuomion 183 kohta).

155. Tässä yhteydessä on tärkeää erottaa toisistaan ne ryhmäpoikkeukseen liittyvän "velvoitteen" yksittäiset rikkomiset, joiden osalta komissio on antanut vuoden 1986 asetuksen 7 artiklan mukaisen suosituksen (päätöksen 5 artikla), jonka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on hyväksynyt ja jota ei ole riitautettu tässä valituksessa.

156. Kuten komissio on todennut päätöksen 2 artiklassa, sataprosenttisista lojaliteettijärjestelyistä määrääminen oli pidemmälle menevä toimenpide kuin mistä vuoden 1986 asetuksen 5 artiklan 2 kohdassa säädetään. Lojaliteettijärjestelyt ovat sallittuja joko välittömästi saatavien alennusten tai myöhemmin saatavien alennusten järjestelmän osana. Vuoden 1986 asetuksen kymmenennestä perustelukappaleesta ilmenee selvästi, että lojaliteettijärjestelyt ovat "salli[ttuja] vain sellaisten sääntöjen mukaisesti, joilla ei yksipuolisesti rajoiteta käyttäjien vapautta ja siten kilpailua merenkulkuelinkeinossa". Koska samassa perustelukappaleessa käsitellään "seuraamuksia käyttäjille, jotka sopimattomin keinoin kiertävät — — vaadittua lojaliteettivelvoitetta", on selvää, että tämä velvoite on vastike "konferenssien niille myöntämi[stä] alennu[ksista], alennet[uista] kuljetusmaksu[uista] tai palkkioi[sta]". On ehdottoman kiellettyä käyttää alennuksia kilpailijoiden syrjäyttämiseksi markkinoilta; tällä syrjäyttämistarkoituksella on keskeinen osa kaikissa niissä kolmessa väärinkäyttötyypissä, jotka komissio on todennut. Tämä tarkoitus ilmenee kaikkein selvimmin päätöksen 29 kohdan toisessa alaviitteessä lainatusta Zaïre Pool Committeen pöytäkirjan otteesta, jonka mukaan " — — puolustusstrategian pitäisi perustua asiakkaiden pelottamiseen siten, että laaditaan musta lista epälojaaleista rahdinantajista ja vastaanottajista, joiden muut pohjoiseen suuntautuvat lähetykset konferenssin aluksilla eivät enää saa normaalia asianmukaista kohtelua". Lojaliteettijärjestelyistä määrääminen ei näin ollen voinut kuulua vuoden 1986 asetuksessa säädetyn poikkeuksen soveltamisalaan.

iv) *Valitusperusteen toinen osa: Komissio ei voi määrätä sakkoa, ennen kuin se peruuttaa poikkeuksen*

157. Valittajat väittävät, että jos niiden lojaliteettijärjestelyt olisivat olleet vuoden 1986 asetuksen 5 artiklan 2 kohdan b alakohdan i alakohdassa tarkoitetulla tavalla "määrättyjä", kyseinen käyttäytyminen olisi ollut pelkästään 3 artiklassa säädettyyn poikkeukseen liittyvän velvoitteen rikkomista. Siinä tapauksessa komission olisi pitänyt noudattaa asetuksen 7 artiklan 1 kohdassa säädettyä menettelyä. Valittajien mukaan komission olisi näin ollen pitänyt peruuttaa 3 artiklassa säädetystä ryhmäpoikkeuksesta aiheutuva etu, ennen kuin se määrää sakkoja. Valittajien mielestä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on jättänyt huomiotta, että "ehdon" noudattamatta jättäminen, joka automaattisesti estää ryhmäpoikkeuksesta aiheutuvan edun soveltamisen, on eri asia kuin "velvoitteen" rikkominen. Valittajien mukaan vuoden 1986 asetuksesta on säädetty perustamissopimuksen 87 artiklan 2 kohdan c alakohdan nojalla sen määrittelemiseksi, mikä on 85 ja 86 artiklan soveltamisala meriliikennealalla, ja asetuksessa on todellakin otettu huomioon kaksi väärinkäyttötyyppiä eli väärinkäyttö, joka aiheutuu sellaisesta käyttäytymisestä, jonka osalta linjakonferenssit nauttivat ryhmäpoikkeuksesta aiheutuvasta edusta, ja muu väärinkäyttö. Ensin mainitun väärinkäyttötyypin osalta vuoden 1986 asetuksessa säädetään, että komission on peruutettava poikkeus, ennen kuin se määrää sakkoja.

158. Komissio huomauttaa, että vuoden 1986 asetuksen 8 artiklan 1 kohdassa kielletään "[p]erustamissopimuksen 86 artiklassa tarkoitettu määräävän aseman väärinkäyttö — — ilman, että siitä täytyy etukäteen tehdä päätöstä". Tästä seuraa, että vuoden 1986 asetuksen 8 artiklan 2 kohtaa on tulkittava niin, että siinä annetaan komissiolle harkintavaltaa sen osalta, mihin toimenpiteisiin se ryhtyy, kun ensi arviolta poikkeuksen soveltamisalaan kuuluvan käyttäytymisen todetaan olevan määräävän aseman väärinkäyttöä.[102] Toissijaisesti komissio toistaa päätöksen 87 kohdassa ilmaistun kannan, jonka mukaan Cewalin jäsenten käyttäytyminen lojaliteettisopimusten yhteydessä kylläkin "kuului [vuoden 1986 asetuksen] 6 artiklassa säädetyn ryhmäpoikkeuksen soveltamisalaan",[103] vaikka eräitä vuoden 1986 asetuksen 5 artiklan 2 kohdassa säädettyjä erinäisiä "velvoitteita" oli rikottu, mutta asetuksella ei voitu "poistaa perustamissopimuksen 86 artiklan sovellettavuutta ryhmäpoikkeuksella sallittuihin sopimuksiin ja menettelytapoihin" niin, että "86 artiklan soveltaminen olisi estynyt". Tämän vuoksi komissio vetoaa vakiintuneeseen ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen vahvistamaan periaatteeseen, jonka mukaan poikkeus ei voi koskea samanaikaisesti 85 ja 86 artiklaa.

159. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on selvästi oikeassa katsoessaan, että vuoden 1986 asetusta ei voida tulkita niin, että siinä olisi myönnetty perustamissopimuksen 86 artiklan tai vuoden 1986 asetuksen 8 artiklan 1 kohdan vastaista käyttäytymistä koskeva poikkeus.

102 — Komission asiamies on tältä osin korostanut istunnossa, että komissio pitää ryhmäpoikkeuksesta aiheutuvan edun peruuttamista "tärkeimpänä vaihtoehtona" ja sakkojen määräämistä lievempänä toimenpiteenä.

103 — Vaikka komissio on viitannut "[vuoden 1986 asetuksen] *6 artiklassa* säädettyyn ryhmäpoikkeukseen" (kursivointi tässä), sekä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle että yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyissä kirjelmissä on oletettu, että asetuksen 3 artiklassa ja 6 artiklassa säädettyjen poikkeusten välille ei ole tehtävä mitään eroa siltä osin kuin on kysymys asetuksen 8 artiklan 2 kohtaan perustuvasta komission toimivallasta.

Yhteisöjen tuomioistuin on asiassa Ahmed Saeed Flugreisen ja Silver Line Reisebüro antamassaan tuomiossa katsonut, että "määräävän aseman väärinkäytön osalta ei voida myöntää minkäänlaista poikkeusta".[104] Kuten komissio on perustellusti todennut vastauksessaan, tämä periaate on äskettäin yksiselitteisesti vahvistettu asiassa BPB Industries ja British Gypsum vastaan komissio annetussa tuomiossa,[105] jossa yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi julkisasiamiehen esittämän käsityksen, jonka mukaan perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohta ei merkitse "samanaikaisesti poikkeusta määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevasta kiellosta"; vaikka Cewalin lojaliteettijärjestelyt kuuluisivat ryhmäpoikkeuksen soveltamisalaan, ne eivät näin ollen olisi suojassa perustamissopimuksen 86 artiklan välittömältä soveltamiselta.[106]

160. Koska valittajien väitteiden mukaan se, että tässä tapauksessa kyseessä oleva poikkeus on myönnetty perustamissopimuksen 87 artiklan 2 kohdan c alakohdan nojalla annetulla neuvoston asetuksella, voi vaikuttaa edellä mainitun periaatteen soveltamiseen, on todettava, että valittajien kanta perustuu väärinkäsitykseen. Vuoden 1986 asetus perustuu sekä perustamissopimuksen 84 artiklan 2 kohtaan että 87 artiklaan. Ensin mainitun määräyksen osalta yhteisöjen tuomioistuin on asiassa komissio vastaan Ranska antamassaan tuomiossa[107] katsonut, että 84 artiklan 2 kohta ei suinkaan estä perustamissopimuksen soveltamista meriliikenteeseen (ja lentoliikenteeseen), vaan sen ainoa vaikutus on, että liikennettä koskevia perustamissopimuksen erityisiä määräyksiä ei automaattisesti sovelleta näihin aloihin ja että "niihin sovelletaan näin ollen samalla tavoin kuin muihinkin liikennemuotoihin perustamissopimuksen yleisiä sääntöjä",[108] joihin tietenkin kuuluvat myös kilpailusäännöt.[109] Yhteisöjen tuomioistuin on asiassa Ahmed Saeed Flugreisen ja Silver Line Reisebüro antamassaan tuomiossa todennut, että vaikka 87 artiklan nojalla ei ole annettu lainkaan asetuksia, "perustamissopimuksen 86 artiklassa määrättyä kieltoa sovelletaan täydellisesti koko lentokuljetusalalla",[110] ja tästä tuomiosta ilmenee selvästi, että 87 artiklalla ja erityisesti sen 2 kohdan c alakohdalla neuvostolle annetulla toimivallalla "täsmentää tarvittaessa 85 ja 86 artiklan määräysten soveltamisala elinkeinoelämän eri aloilla" ei ole tarkoitettu sallia sitä, että neuvosto saisi määritellä 86 artiklan aineellisen soveltamisalan, vaan se, että neuvosto voisi säätää kyseisten kilpailusääntöjen soveltamista koskevista yksityiskohtaisista säännöistä. Mielestäni vuoden 1986 asetusta yksityiskohtaisesti tarkasteltaessa ilmenee selvästi, että neuvosto on pyrkinyt juuri tähän tavoitteeseen.

161. Seuraavaksi tutkin, pitääkö se valittajien väite paikkansa, että komissio ei voinut määrätä sakkoja määräävän aseman

104 — Mainittu edellä alaviitteessä 20, tuomion 32 kohta.

105 — Mainittu edellä alaviitteessä 47.

106 — Ks. julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotuksen 67 kohta; yhteisöjen tuomioistuin on tuomion 11 kohdassa nimenomaisesti hyväksynyt ratkaisuehdotuksessa muun muassa tältä osin esitetyt perustelut. Julkisasiamiehen kanta perustui ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiassa T-51/89, Tetra Pak Rausing v. komissio, 10.7.1990 antaman tuomion 25 kohtaan (Kok. 1990, s. II-309).

107 — Asia 167/73, komissio v. Ranska, tuomio 4.4.1974 (Kok. 1974, s. 359; Kok. Ep. II, s. 259).

108 — Edellä alaviitteessä 107 mainittu asia komissio v. Ranska, tuomion 32 kohta. Yhteisöjen tuomioistuin on myöhemmin vahvistanut tämän kannan yhdistetyissä asioissa 209/84—213/84, Asjes ym., 30.4.1986 antamassaan tuomiossa (Kok. 1986, s. 1425, ks. erityisesti 42 kohta).

109 — Edellisessä alaviitteessä mainitut yhdistetyt asiat Asjes ym., tuomion 45 kohta.

110 — Edellä alaviitteessä 20 mainittu asia Ahmed Saeed Flugreisen ja Silver Line Reisebüro, tuomion 33 kohta.

väärinkäytöstä, ellei se ensin peruuttanut Cewalilla 3 artiklan mukaan olevaa poikkeusta.

162. On muistutettava, että siinä määräävän aseman väärinkäytössä, johon valittajien oli todettu syyllistyneen, oli kysymys sellaisten lojaliteettijärjestelyjen määräämisestä (myös fob-myyntien osalta), joissa ainoa vaihtoehto oli sataprosenttista lojaliteettia edellyttävä alennus ja joiden noudattaminen varmistettiin pitämällä mustia listoja Cewalin *"pääasiallisen riippumattoman kilpailijan [syrjäyttämiseksi]"* (kursivointi tässä).

163. Mielestäni poikkeus 86 artiklan soveltamisesta ei koskenut eikä voinut koskea tätä käyttäytymistä. Sikäli kuin sillä on asiassa merkitystä on vielä todettava, että käyttäytymistä ei voitu pitää pelkkänä asetuksen 5 artiklassa tarkoitetun velvoitteen rikkomisena, joka olisi samaa luokkaa kuin valituksenalaisen tuomion 178 kohdassa tarkoitetut rikkomiset. Ei voida sanojen merkitystä venyttämättä väittää, että kielto määrätä yksipuolisesti sataprosenttisista lojaliteettijärjestelyistä tarkoittaa velvoitetta. Sillä tarkoitetaan sitä, mitä asetuksen 5 artiklan 2 kohdan b alakohdan i kohdassa kielletään.

164. Asetuksen 8 artiklan suora ja selvä sanamuoto ja sen rakenne tarjoavat vastauksen valittajien väitteeseen. Asetuksen 8 artiklan 1 kohdassa on niin selvästi säädetty, että määräävän aseman väärinkäyttö on kiellettyä "ilman, että siitä täytyy etukäteen tehdä päätöstä", että päinvastainen käsitys vaatisi tuekseen sanamuodoltaan erittäin selvän säännöksen. On lisäksi todettava, että tämä selvä sanamuoto on täysin yhdenmukainen 86 artiklan tehokkuutta ja poikkeuksen mahdottomuutta koskevien periaatteiden kanssa.

165. Myöskään vuoden 1986 asetuksen 8 artiklan 2 kohta ei ole millään tavalla ristiriidassa 8 artiklan 1 kohdan kanssa tai rajoita sitä. Sen mukaan "komissio [voi] omasta aloitteestaan taikka jäsenvaltion tai — — luonnollisen henkilön tai oikeushenkilön pyynnöstä" erillisenä toimenpiteenä peruuttaa 3 artiklassa nimenomaisesti myönnetyn poikkeuksen. Vuoden 1986 asetuksen 8 artiklan 2 kohdassa ei aseteta mitään rajoituksia komission toimivallalle määrätä sakkoja erityisesti asetuksen 19 artiklan 2 kohdassa kuvailluissa olosuhteissa. Määräävän aseman väärinkäyttö, johon valittajien on todettu syyllistyneen, on muodostunut siitä, että ne ovat määräävää asemaansa väärin käyttäen *määränneet* sataprosenttista lojaliteettia edellyttävistä sopimuksista, eikä siitä, että ne olisivat käyttäneet hyväkseen 3 artiklassa säädettyä poikkeusta. En näe mitään syytä katsoa, että ensin mainittua käyttäytymistä voitaisiin pitää määräävän aseman väärinkäyttönä vasta poikkeuksen peruuttamisen kaltaisen radikaalin toimenpiteen jälkeen.

166. Ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin hylkää sataprosenttista lojaliteettia edellyttävistä sopimuksista määräämistä koskevan valitusperusteen kokonaisuudessaan.

VI Sakot

A *Johdanto*

167. Valittajat esittävät toissijaisesti eri otsikoiden alla useita valitusperusteita, jotka koskevat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen päätöstä pysyttää valittajille määrätyt sakot suurimmaksi osaksi. Koska ylivoimaisesti suurin sakko oli määrätty CMB:lle (ks. edellä 3 ja 4 kohta), Dafra ei ole esittänyt kaikkia samoja valitusperusteita kuin CMB.

B *Yhteisöjen tuomioistuimen harkintavalta*

168. Valittajat väittävät, että kun yhteisöjen tuomioistuin kumoaa valituksenalaisen tuomion, se voi käyttää sillä perussäännön 54 artiklan ensimmäisen kohdan perusteella olevaa toimivaltaa "ratkaista asia[—] lopullisesti itse, jos asia on ratkaisukelpoinen", ja sen nojalla käyttää sille perustamissopimuksen 172 artiklassa ja vuoden 1986 asetuksen 21 artiklassa annettua täyttä harkintavaltaa kyseisten sakkojen osalta. Vaikka yhteisöjen tuomioistuin ehdotukseni mukaisesti hylkäisi kaikki määräävän aseman väärinkäyttöä koskevat valitusperusteet, mielestäni sen pitäisi kuitenkin erään valitusperusteen johdosta kumota kaikki sakot.

169. Valittajien sakkojen osalta esittämien toissijaisten valitusperusteiden osalta on syytä korostaa ensiksi, että se perustamissopimuksen 172 artiklassa tarkoitettu "täysi harkintavalta", joka on vuoden 1986 asetuksen 21 artiklassa myönnetty tämän asetuksen nojalla määrättyjen sakkojen osalta alun perin yhteisöjen tuomioistuimelle, kuuluu nyt ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle. Tämä harkintavalta on annettu ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle EY:n perustamissopimuksen 168 a artiklalla ja Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen perustamisesta 24 päivänä lokakuuta 1988 annetun neuvoston päätöksen 88/591/EHTY, ETY, Euratom [111] 3 artiklan 1 kohdan c alakohdalla. Seuraavaksi on muistutettava, että yhteisöjen tuomioistuimen toimivaltaa tutkia uudelleen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tämän harkintavaltansa nojalla tekemiä toteamuksia on sekä perustamissopimuksen 168 a artiklassa että yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 51 artiklassa selvästi rajoitettu niin, että se koskee pelkästään sellaisia oikeudellisia virheitä, joita ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on mahdollisesti tehnyt hyväksyessään tai kumotessaan komission sakkojen osalta tekemiä päätelmiä. Yhteisöjen tuomioistuin on asiassa Ferriere Nord vastaan komissio antamassaan tuomiossa todennut valitusperusteesta, jonka mukaan sakko oli kyseisessä tapauksessa kohtuuton, että "sen jälkeen kun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on ratkaissut täyden tuomiovaltansa perusteella yhteisön oikeuden rikkomisesta yrityksille määrättyjen sakkojen suuruuden, yhteisöjen tuomioistuimen asiana ei ole korvata kohtuullisuussyistä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen harkintaa omallaan", kun se käsittelee

111 — EYVL L 319, s. 1.

oikeuskysymyksiä. [112] Lisäksi yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että sen harkintavalta rajoittui sen tutkimiseen, "onko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin käsitellyt oikeudellisesti riittävällä tavalla kaikkia kantajan esittämiä väitteitä, joilla pyritään sakon poistamiseen tai pienentämiseen". [113]

170. Jos yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin toteaa, että on tapahtunut oikeudellinen virhe, joka koskee valituksenalaista tuomiota ainoastaan osittain, joudutaan pohtimaan vielä, kuinka laaja ja millainen tämä yhteisöjen tuomioistuimen jäljellä oleva toimivalta on. Perussäännön 54 artiklan ensimmäisessä kohdassa määrätään, että jos yhteisöjen tuomioistuin toteaa muutoksenhaun aiheelliseksi, sen on julistettava ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen päätös mitättömäksi, mutta se voi sen lisäksi "ratkaista asian lopullisesti itse, jos asia on ratkaisukelpoinen". Mielestäni tästä seuraa, että tällaisessa tilanteessa yhteisöjen tuomioistuimella on jälleen se perustamissopimuksen 172 artiklassa tarkoitettu sakkoja koskeva täysi harkintavalta, joka on alun perin myönnetty sille mutta joka on siirretty ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle. On näin ollen todettava, että jos ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen käyttäessään perustamissopimuksen 172 artiklaan perustuvaa harkintavaltaansa, on olennaisen tärkeää, että yhteisöjen tuomioistuimella on sekä prosessiekonomisista syistä että valittajien oikeuksien turvaamiseksi toimivalta käyttää täyttä harkintavaltaa sakkojen osalta, kun se on vakuuttunut, että sen on asianmukaista ratkaista asia itse.

112 — Asia C-219/95 P, Ferriere Nord v. komissio, tuomio 17.7.1997 (Kok. 1997, s. I-4411, 31 kohta).

113 — Sama.

C *Valitusperusteet*

171. Valittajat esittävät yhteisesti seuraavat valitusperusteet:

i) rikkomisia ei luonteensa (tai vakavuutensa) puolesta olisi voitu pitää vakavina tai edes tahallisina

ii) komissio on loukannut valittajien oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin määrätessään sakon valittajille eikä Cewalille

iii) voidaan useilla eri perusteilla väittää, että sakot ovat perustuneet virheelliseen arvioon siitä, missä määrin valittajat osallistuivat liikennöintiin Cewalin reitillä

iv) valittajien komission kanssa tekemää yhteistyötä ei ole otettu huomioon lieventävänä asianhaarana

v) rikkomisten melko lyhyttä kestoa ei ole otettu huomioon asianmukaisesti

vi) moitittu käyttäytyminen ei mahdollistanut suuren markkinaosuuden säilyttämistä, toisin kuin komissio on väittänyt

vii) rikkomisten uudentyyppisyyttä ei ole riittävästi otettu huomioon lieventävänä asianhaarana

viii) myös se lainsäädännöllinen asiayhteys, johon Ogefrem liittyi, olisi pitänyt ottaa huomioon.

CMB väittää lisäksi, että sille määrätty sakko on ennennäkemättömän suuri ja että sakko on määrätty sille epäasianmukaisesti siinä tarkoituksessa, että saavutettaisiin poliittinen tasapaino eräässä toisessa komission päätöksessä eräälle toiselle linjakonferenssiin kuuluvalle varustamolle määrätyn sakon kanssa. Lopuksi valittajat väittävät itse asiassa itsenäisessä valitusperusteessa, että korkokanta (13,25), joka on määrätty päätöksen 7 artiklassa sen varalta, että sakkoja ei makseta kolmen kuukauden kuluessa päätöksen tiedoksiantamisesta, on liian suuri.

D *Asian arviointi*

172. Koska olen komission tavoin sitä mieltä, että useilla niistä väitteistä, joita valittajat ovat esittäneet sakkoja koskevien eri valitusperusteiden yhteydessä, itse asiassa pyritään saamaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tosiseikkojen osalta tekemät toteamukset uudelleen käsiteltäviksi, tai kyseiset väitteet ovat selvästi perusteettomia, en käsittele kaikkia edellä mainittuja kohtia yksityiskohtaisesti.

i) Oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan oikeuden loukkaaminen

173. Valittajien mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen katsoessaan, että komissiolla oli oikeus määrätä sakot valittajille siitä huolimatta, että väitetiedoksiannon mukaan sakko oli tarkoitus määrätä ainoastaan Cewalille eikä sen jäsenille. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomion 232 kohdassa on todettu seuraavaa:

"Toiseksi sakon määrän laskemisesta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että koska konferenssilla ei ole oikeushenkilöllisyyttä, komissio on voinut määrätä sakkoja Cewalin jäsenille konfe-

renssin itsensä sijasta. Tältä osin on korostettava, että väitetiedoksianto oli osoitettu paitsi Cewalille, myös kaikille konferenssin jäsenille. Näin ollen ja kun otetaan huomioon se, ettei Cewalilla ole oikeushenkilöllisyyttä, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että vaikka väitetiedoksiannossa ainoastaan esitettiin se mahdollisuus, että Cewalille voidaan määrätä sakkoja markkina-aseman väärinkäytöstä, kantajien piti ymmärtää, että niille voidaan mahdollisesti määrätä sakkoja konferenssin sijasta."

174. Valittajat väittävät, että jos komissio ei aikonut määrätä sakkoja Cewalille, koska tämä ei ollut oikeushenkilö, sen olisi pitänyt ilmoittaa valittajille, että sakot määrätään niille. Valittajien mukaan tästä laiminlyönnistä on aiheutunut seuraavaa vahinkoa:

— jos sakko olisi määrätty Cewalille, se olisi voinut perustua ainoastaan Cewalin liikevaihtoon eikä sen jäsenten liikevaihtoon; koska Cewalin liikevaihto perustui yksinomaan Zairen reitteihin, se oli pienempi kuin sen jäsenten liikevaihto

— vaikka yksittäiset Cewalin jäsenet olisivat lopulta maksaneet sakon, niiden osuudet olisivat määräytyneet sen mukaisesti, mikä on kunkin jäsenen osuus poolista [114]

— CMB ei tiennyt, että sille määrättäisiin suhteeton osuus sakosta sen johdosta, että se toimi määräävän aseman väärinkäytön yhteydessä erityisen aktiivisesti.

Valittajat katsovat, että komissio ei ole noudattanut väitetiedoksiannolle asetettua perustavanlaatuista vaatimusta, jonka mukaan siinä on annettava niille, joita asia koskee, tieto niitä kohtaan esitetyistä väitteistä ja erityisesti mainittava, keihin määrättävistä sakoista aiheutuva taloudellinen rasitus kohdistuu. [115]

175. Komissio ei väitä, että sakot olisi annettu tiedoksi Cewalin jäsenille, vaan se väittää, että valittajille olisi pitänyt olla selvää, että "kaikkialla väitetiedoksiannossa 'Cewalilla' tarkoitettiin sitä yritysten ryhmää, joka muodosti konferenssin", koska luettelo sen jäsenistä oli väitetiedoksiannon liitteenä. Komissio väittää myös, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on voinut perustellusti katsoa, että ei olisi ollut mitään järkeä määrätä sakkoa Cewalille, koska tämä ei ollut oikeushenkilö. Komission mukaan on "epäuskottavaa", että valittajat olisivat olleet "niin tietämättömiä, että sakkojen määrääminen oli niille yllätys — — ". Lisäksi komissio väittää, että koska oli

114 — CMB on valituksessaan huomauttanut, että sille määrätty sakko ei näin ollen olisi voinut vastata 95:tä prosenttia sakkojen yhteismäärästä.

115 — Valittajat viittaavat muun muassa yhdistettyihin asioihin T-39/92 ja T-40/92, CB ja Europay v. komissio, tuomio 23.2.1994 (Kok. 1994, s. II-49) ja asiaan T-38/92, AWS Benelux v. komissio, tuomio 28.4.1994 (Kok. 1994, s. II-211).

suunniteltu, että sakot niistä 85 artiklan rikkomisista, joita väitetiedoksiannon mukaan oli tapahtunut, määrätään Cewalin jäsenille, Cewalin jäsenille ilmoitettiin, että niille määrättäisiin sakkoja yrityskohtaisesti.

176. Mielestäni ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on ollut väärässä katsoessaan, että komissiolla oli oikeus määrätä sakot Cewalin jäsenille, koska Cewal ei ollut oikeushenkilö ja koska väitetiedoksianto oli osoitettu kullekin sen jäsenistä. Tämä oikeudellinen virhe johtuu siitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on olettanut virheellisesti, että valittajat eivät voineet olla tietämättömiä siitä, että niille voidaan määrätä sakkoja.

177. On kiistatonta, että väitetiedoksiannon jäljennös lähetettiin valittajille, tosin vasta kolme kuukautta myöhemmin kuin Cewalille. Kysymys on kuitenkin varsinaisesti siitä, merkitseekö se, että valittajat lopulta saivat väitetiedoksiannon jäljennöksen sekä saatekirjeen, joka ei sisältänyt mitään lisäinformaatiota väitetiedoksiantoon nähden, että valittajille annettiin asianmukaisesti tiedoksi, että kullekin niistä voidaan määrätä sakko, vaikka väitetiedoksiannon mukaan sakko oli nimenomaisesti tarkoitus määrätä ainoastaan Cewalille, kun otetaan huomioon, mitä seurauksia tästä oli sakkojen määriä laskettaessa.

178. Haluan ensinnäkin todeta, ettei mielestäni ole hyväksyttävää, että komissio tekee oletuksia näin tärkeän seikan osalta. Yhteisöjen tuomioistuin on vakiintuneesti katsonut, että "väitetiedoksiannossa on esitettävä selkeästi kaikki ne olennaiset seikat, joihin komissio menettelyn tässä vaiheessa perustaa näkemyksensä".[116] Väitetiedoksiannon tarjoama keskeinen menettelyllinen tae on "sovell[us] yh[destä] yhteisön oikeuden perusperiaat[tees]ta, joka edellyttää puolustautumisoikeuksien kunnioittamista kaikissa menettelyissä".[117] Vaikka sakot eivät ole luonteeltaan rikosoikeudellisia,[118] niillä on kuitenkin rangaistuksenluonteinen tehtävä. Tämän vuoksi komissiolla on ankara velvollisuus antaa yrityksille selvästi tiedoksi, että niille saatetaan määrätä sakkoja.

179. Toiseksi on muistettava, että vuoden 1986 asetuksen 19 artiklan 2 kohdassa, samoin kuin asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohdassa olevassa vastaavassa säännöksessä, annetaan komissiolle toimivalta määrätä sakkoja sekä yrityksille että "yritysten yhteenliittymille". Cewalin kaltainen linjakonferenssi selvästi on tällainen yhteenliittymä. Samaten on selvää, että kilpailua koskevia perustamissopimuksen määräyksiä voidaan yleensä soveltaa yritysten yhteenliittymiin[119] ja että komission tutkintavaltuudet, mukaan lukien toimivalta määrätä sakkoja, on nimenomaisesti

116 — Yhdistetyt asiat 100/80—103/80, Musique Diffusion française ym. v. komissio, tuomio 7.6.1983 (Kok. 1983, s. 1825, 14 kohta).

117 — Edellisessä alaviitteessä mainittu asia, tuomion 10 kohta.

118 — Ks. tältä osin vuoden 1986 asetuksen 19 artiklan 4 kohta.

119 — Ks. esim. yhdistetyt asiat 96/82—102/82, 104/82, 105/82, 108/82 ja 110/82, IAZ ym. v. komissio, tuomio 8.11.1983 (Kok. 1983, s. 3369, 20 kohta).

ulotettu koskemaan myös yritysten yhteenliittymiä. [120] Komission mukaan eräs niistä syistä, joiden vuoksi se määräsi sakot Cewalin jäsenille, oli se, että Cewal ei ollut oikeushenkilö. Sen enempää komissio kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinkaan eivät ole sanoneet, että sakkoja ei voida määrätä rekisteröimättömille yhteenliittymille, sillä on selvää, että niille voidaan määrätä sakkoja. [121] Kun asiaa tarkastellaan Cewalin jäsenten kannalta, riittää, kun todetaan, ettei niillä ollut mitään syytä olla uskomatta väitetiedoksiantoa, jonka mukaan sakko oli tarkoitus määrätä Cewalille, enkä näe mitään syytä vapauttaa komissiota velvollisuudesta, jota pidän ankarana. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on asiassa AWS Benelux vastaan komissio antamassaan tuomiossa kumonnut sakot, "koska komissio ei sille [hallinnollisen menettelyn aikana] esitetyistä vaatimuksista huolimatta selventänyt kantaansa tapahtuneeksi väitettyä rikkomista koskevan vastuun osalta", [122] vaikka tämä tuomio tosin perustui pikemminkin päätöksen perustelujen puutteellisuuteen kuin puolustautumisoikeuksien loukkaamiseen.

180. Kolmanneksi on todettava, että komission laiminlyönti antaa Cewalin yksittäisille jäsenille tiedoksi, että niille saatetaan määrätä sakkoja, ei ole pelkkä muotovirhe. Erityisesti CMB voi osoittaa, että sille on aiheutunut tästä konkreettista vahinkoa. Valittajat ovat komission sitä kiistämättä huomauttaneet vastauksessaan, että jos Cewalin jäsenten liikevaihtoa kyseisiltä reiteiltä (22 171 miljoonaa ecua vuonna 1991) olisi pidetty viitearvona laskettaessa vuoden 1986 asetuksen 19 artiklan 2 kohdan mukaista sakon enimmäismäärää (10 prosenttia), sakkojen kokonaismäärä olisi ollut huomattavasti alempi. Se ei itse asiassa olisi ollut neljäsosaakaan nyt määrätystä sakosta. Koska komissio aikoi kohdistaa sakot yrityskohtaisen vastuun perusteella, yrityksille olisi vähintäänkin pitänyt antaa tiedoksi, että niille saatetaan määrätä sakkoja Cewaliin nähden erillisinä yksiköinä.

181. Koska komissio on rikkonut perustavanlaatuista vaatimusta, ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin kumoaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomion siltä osin, kuin siinä on hyväksytty komission päätös valittajille määrättyjen

120 — Ks. vuoden 1986 asetuksen 18 artiklan 1 kohta ja esim. yhdistetyt asiat T-213/95 ja T-18/96, SCK ja FNK v. komissio, tuomio 22.10.1997 (Kok. 1997, s. II-1739, 253 ja 254 kohta). Tältä osin ks. myös äskettäin annettu komission tiedonanto, jonka nimi on suuntaviivat asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohdan ja EHTY:n perustamissopimuksen 65 artiklan 5 kohdan mukaisesti määrättävien sakkojen laskennasta (EYVL 1998, C 9, s. 3, erityisesti 5 kohdan c alakohta).

121 — Yhteisöjen tuomioistuin on edellä alaviitteessä 119 mainituissa yhdistetyissä asioissa IAZ ym. v. komissio antamassaan tuomiossa katsonut, että voittoa tavoittelemattomalle yhdistykselle (ANSEAU), johon kuului 31 belgialaista vedenjakeluyritystä ja jonka tehtävänä oli "puolustaa näiden yritysten yhteisiä etuja" (tuomion 3 kohta), voitiin määrätä sakko sen johdosta, että se oli antanut suosituksia sen varmistamiseksi, että siihen kuuluvat yritykset liittävät vesijohtoverkkoon ainoastaan "hyväksyttyjä" pesukoneita. Kyseisessä tapauksessa suurin sakko määrättiin itse asiassa juuri yhteenliittymälle. Asiassa 246/86, Belasco ym. v. komissio, 11.7.1989 annetussa tuomiossa (Kok. 1989, s. 2117) oli kysymys sakoista, jotka oli määrätty belgialaisten kattohuovanvalmistajien yhteenliittymälle Belascolle ja siihen kuuluville seitsemälle yritykselle sen johdosta, että ne olivat panneet täytäntöön hintaluetteloja ja myyntiehtoja koskevan sopimuksen. Belascolle määrättiin 15 000 ecun sakko, joka oli laskettu sen vuotuisen liikevaihdon perusteella (ks. tuomion 65 ja 66 kohta).

122 — Edellä alaviitteessä 115 mainittu asia AWS Benelux v. komissio, tuomion 27 kohta.

sakkojen osalta, ja että se lisäksi kumoaa komission päätöksen näiden sakkojen osalta.

ii) Muut väitteet

182. Edellä olevien lisäksi valittajat ovat esittäneet määrättyjen sakkojen osalta useita valitusperusteita eri otsakkeiden alla. Näissä perusteissa on suurimmaksi osaksi vain toistettu ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esitettyjä väitteitä ja esitetty tosiseikkoja koskevia yksityiskohtaisia väitteitä. Kaikkien näiden valitusperusteiden tyhjentävä käsittely pidentäisi huomattavasti tätä jo entisestäänkin pitkää ratkaisuehdotusta. Koska olen hyväksynyt valittajien toisen otsakkeen alla esittämän väitteen, voin uskoakseni luopua kaikkien muiden valitusperusteiden yksittäisestä tutkimisesta, etenkin kun niitä tarkasteltuani olen vakuuttunut siitä, että ne ovat poikkeuksetta perusteettomia.

183. Mielestäni oikea lähestymistapa on tarkastella valituksenalaisessa tuomiossa havaittavia oikeudellisia virheitä. Muutoin yhteisöjen tuomioistuimen pitäisi soveltaa asiassa Ferriere Nord vastaan komissio annetussa tuomiossa [123] kehitettyä arviointiperustetta. Sen ei tarvitse toistaa kutakin valittajien väitettä koskevaa arviointia yksityiskohtaisesti.

123 — Mainittu edellä alaviitteessä 112.

184. Yhteisöjen tuomioistuimen on varmistuttava siitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on käyttänyt sille perustamissopimuksessa annettua täyttä harkintavaltaa ja tarkastellut riittävästi kaikkia tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja koskevia kysymyksiä, joihin valittajat ovat viitanneet sakot riitauttaessaan. Mielestäni valituksenalaisen tuomion 208—251 kohdasta ilmenee selvästi, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tarkastellut riittävän huolellisesti sakkojen määräämistä, suuruutta ja kohdistamista. Aion käsitellä hyvin lyhyesti ainoastaan kahta seikkaa eli rikkomisen vakavuutta ja uudentyyppisyyttä, joista ensin mainittua on pidetty raskauttavana ja jälkimmäistä lieventävänä asianhaarana sakkoja määrättäessä. Muilta osin väitteet koskevat pääasiallisesti tosiseikkojen arviointiin perustuvaa sakkojen harkinnanvaraista määräämistä (esimerkiksi syrjintää, jonka on väitetty tapahtuneen kohdistettaessa sakkoja Cewalin yksittäisille jäsenille).

185. Valittajat riitauttavat ensinnäkin toteamuksen, jonka mukaan rikkomiset olivat erityisen vakavia. Valituksenalaisessa tuomiossa (231 kohta) tämä väite on perustellusti hylätty sillä perusteella, että "menettelytapoja käytettiin ainoan kilpailijan syrjäyttämiseksi markkinoilta". Valittajat eivät kiistä käyttäytymisensä tahallisuutta, vaan ne vetoavat jälleen kerran siihen, että Ogefremiin kohdistettu painostus, hintataistelualuksiin perustuva menettelytapa ja uskollisuusalennukset eivät olleet määräävän aseman väärinkäyttöä. Mielestäni tämä valitusperuste on perusteeton.

186. Toiseksi valittajat väittävät, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole antanut asianmukaista merkitystä sille, että kaikki määräävän aseman väärinkäytön muodot ovat uudentyyppisiä sillä tavalla, kuin tosiseikkoja koskevien väitteiden

yhteydessä on esitetty kunkin otsakkeen alla. Uudentyyppisyyttä osoittavat erityisesti seuraavat seikat: Ogefremiin liittyvä määräävän aseman väärinkäyttö on ensimmäinen tapaus, jossa väärinkäyttönä on pidetty vieraan valtion hallitukseen kohdistuvaa painostusta; hintataistelualusten käyttöön perustuvaan menettelytapaan liittyvä määräävän aseman väärinkäyttö merkitsee saalistushinnoittelun käsitteen laajentamista; uskollisuusalennusten yhteydessä nousee esiin vuoden 1986 asetuksen tulkintaa koskeva uusi ongelma.

187. Määräävän aseman väärinkäytön uudentyyppisyyden osalta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on perustellusti korostanut sitä, että "markkina-aseman väärinkäytöksi katsottujen menettelytapojen tavoitteessa, joka oli ainoan kilpailijan syrjäyttäminen markkinoilta, ei ole kilpailuoikeuden kannalta mitään uutta" (tuomion 248 kohta). Tätä päätelmää ei ole osoitettu oikeudellisesti virheelliseksi. Mielestäni ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on vahvistettuaan, että sillä on "täysi harkintavalta", vastannut väitteisiin oikeudellisesti riittävällä tavalla. Lisäksi katson, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on perustellusti jättänyt huomiotta sen, ovatko yksittäiset väärinkäyttömuodot uudentyyppisiä, koska niillä selvästi pyrittiin kilpailijan syrjäyttämiseen ja kilpailun rajoittamiseen. [124]

188. Minulla on ollut joitakin epäilyksiä siitä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tämän jälkeen tekemästä päätelmästä (tuomion 248), jonka mukaan yhteisen määräävän aseman käsite ei ole millään tavalla uusi. Komission tasolasitapausta koskeva päätös, [125] johon on viitattu sen osoittamiseksi, että käsite ei ole uusi, julkaistiin vasta paljon sen jälkeen, kun suurinta osaa nyt kyseessä olevista, määräävän aseman väärinkäyttöä merkitsevistä menettelytavoista oli jo käytetty. Kilpailijan syrjäyttämiseen saalistushinnoittelun avulla pyrkivän yritysten ryhmän toiveella tai oletuksella, että yhteisön oikeutta ei sovelleta niihin yhteisesti, ei toisaalta ole juurikaan merkitystä, kun otetaan huomioon määräävän aseman väärinkäyttöä merkitsevän toiminnan ilmeisyys. Tämän perusteella katson, ettei ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ole tehnyt tältä osin oikeudellista virhettä, ja ehdotan, että tämä valitusperuste hylätään.

iii) Korkokanta

189. Valittajat hakevat muutosta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ratkaisuun, jolla on hylätty niiden väite, jonka mukaan komissio on erehtynyt, kun se on päätöksen 7 artiklassa vahvistanut päätöksessä määrättyjen sakkojen maksun myöhästyessä sovellettavan korkokannan siten, että viivästyskorkoa on maksettava "sen korkokannan mukaan, jota Euroopan raha-asiain yhteistyörahasto soveltaa sen

124 — Tämä päätelmä saa tukea ennen kaikka edellä alaviitteessä 56 mainitussa asiassa C-333/94 P, Tetra Pak v. komissio annetusta tuomiosta. Tapaus koski 86 artiklan soveltamista määräävässä asemassa olevan yrityksen harjoittamaan väärinkäyttöön liitännäisillä markkinoilla, joilla se oli johtavassa mutta ei määräävässä asemassa. Tetra Pakin mukaan se, että 86 artiklan soveltaminen tällaisessa tapauksessa oli uutta, oli lieventävä asianhaara. Yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin pysytti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tämän väitteen osalta omaksuman hylkäävän ratkaisun, koska ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ratkaisu oli asianmukaisesti perustunut siihen, että Tetra Pak "ei voinut olla tietämättä, että kyseiset menettelytavat olivat perustamissopimuksen kilpailusääntöjen vastaisia", ja "kyseisestä markkina-aseman väärinkäytöstä johtuvien kilpailun rajoitusten ilmeisyy[teen] ja erityise[en] vakavuu[teen] — — " (asia C-333/94 P, Tetra Pak v. komissio, tuomion 48 kohta).

125 — ETY:n perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan soveltamisesta 7 päivänä joulukuuta 1988 tehty komission päätös 89/93/ETY (IV/31.906, tasolasi) (EYVL 1989, L 33, s. 44).

kuukauden ensimmäisenä arkipäivänä, jolloin tämä päätös on tehty, lisättynä 3,5 prosentilla, eli 13,25 prosentin korkoa". Valittajien mielestä korkokanta on epätavanomaisen korkea. Valittajat ovat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa väittäneet, että kun otetaan huomioon kyseisenä ajankohtana eculle (eli ilmeisesti ecumääräisille talletuksille) saatavissa ollut korko, olisi ollut asianmukaisempaa soveltaa yhteisöjen tuomioistuimen käyttämää korkokantaa. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on todennut (tuomion 250 kohta), että "[k]antajat eivät ole — — esittäneet seikkoja, joiden perusteella voitaisiin näyttää toteen, että komissio olisi tehnyt virheen — — ".

190. En ole vakuuttunut siitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on näin toimiessaan käsitellyt oikeudellisesti riittävällä tavalla valittajien väitteitä siltä osin kuin ne koskevat 3,5 prosenttiyksikön suuruista lisäkorkoa. Komissiolla selvästi on harkintavaltaa asianmukaista korkokantaa vahvistaessaan. Asianmukaisella korkokannalla voidaan varmistaa, etteivät yritykset viivyttele turhaan. Vahvistettu korkokanta ei toisaalta saisi olla niin korkea, että se tosiasiassa pakottaa yritykset maksamaan sakot, vaikka niillä mielestään olisi hyviä oikeudellisia perusteita riitauttaa komission päätöksen pätevyys.[126] Mielestäni komissiolla on oikeus käyttää viivästyskorkoprosenttia vahvistaessaan lähtökohtana korkokantaa, joka ylittää markkinoilla vallitsevan keskimääräisen antolainauskoron, siinä määrin kuin se on tarpeen viivyttelyn estämiseksi. Sitä, että jo ennestään korkeaan korkokantaan mitään selitystä esittämättä lisätään 3,5 prosenttiyksikköä, ei kuitenkaan voida pitää hyväksyttävänä.

191. Katson, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen, kun se on pysyttänyt komission päätöksen tältä osin tutkimatta, oliko komissiolla jokin oikeudellinen tai muu uskottava syy soveltaa tällaista korotusta, joten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomio on kumottava tältä osin.

E *Yhteenveto ratkaisuehdotuksista*

192. Edellä tarkastelluista syistä (173—181 kohta) katson, että CMB:lle ja Dafralle päätöksen 6 artiklassa määrätyt sakot olisi kumottava, koska ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on virheellisesti hylännyt kanneperusteen, jonka mukaan komissio on sakkoja määrätessään loukannut valittajien oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Vaikka ehdotan, että kaikki muut sakkojen osalta esitetyt valitusperusteet hylätään, katson, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen myös hyväksyessään päätöksen 7 artiklassa sakkojen maksun viivästymisen varalta vahvistetun korkokannan suuruuden.

126 — Yhteisöjen tuomioistuin on asiassa 107/82, AEG v. komissio, 25.10.1983 antamassaan tuomiossa (Kok. 1983, s. 3151, 141 kohta) hylännyt kantajan väitteen, "ettei yhteisön oikeudessa ole laillista perustaa viivästyskorkojen maksamiselle", ja katsonut, että tällainen korko on tarpeen, jotta voitaisiin estää "sellaisten ilmeisen perusteettomien kanteiden nostami[nen], joiden ainoana tarkoituksena olisi viivästyttää sakon maksamista". Ks. myös asia T-275/94, CB v. komissio, tuomio 14.7.1995 (Kok. 1995, s. II-2169, 48 ja 49 kohta).

VII Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus

193. Valittajat ovat esittäneet myös kaksi itsenäistä valitusperustetta, joissa ne väittävät, että niitä vastaan esitetyissä "syytöksissä olleet lukuisat epävarmat kohdat ja syytöksiin tehdyt muutokset", joista valittajien mukaan sekä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin että komissio ovat tässä tapauksessa vastuussa, samoin kuin se, että ensin mainittu on perustanut ratkaisunsa sellaisiin määräävän aseman väärinkäytön muotoihin, jotka ovat valittajien mielestä uudentyyppisiä, merkitsevät, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole noudattanut Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 3 kappaleessa ja 7 artiklan 1 kappaleessa tunnustettuja periaatteita. [127]

194. Syistä, jotka on esitetty jo edellä V ja VI jaksossa, joissa on hylätty valittajien väitteet, joiden mukaan niiden oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on loukattu erinäisillä tavoilla, en voi katsoa, että sen enempää komissio (lukuun ottamatta sen laiminlyöntiä antaa tiedoksi aikomuksensa määrätä sakkoja Cewalin jäsenille) kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinkaan olisi loukannut — mielestäni yhtä paljon yhteisön oikeuden yleisperiaatteisiin kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 3 kappaleeseen perustuvaa — velvoitetta, jonka mukaan sille, jota syytetään käyttäytymisestä, joka ei ole rikollista mutta joka saattaa johtaa seuraamusten määräämiseen, on selvästi annettava tieto häneen kohdistettujen syytteiden sisällöstä.

195. Syistä, jotka on mainittu edellä VI jaksossa, jossa on hylätty valittajien eri väitteet, joiden mukaan niiden käyttäytymisen luonnehtiminen määräävän aseman väärinkäytöksi on uutta, minkä vuoksi valittajat eivät voineet ennakoida tällaista ratkaisua, katson, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole loukannut nullum crimen, nulla poena sine lege -periaatetta eikä näin ollen myöskään Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen 7 artiklan 1 kappaletta.

VIII Oikeudenkäyntikulut

196. Koska valittajien kaikki valitusperusteet, jotka koskevat sitä, onko ensimmäinen oikeusasteen tuomioistuin toiminut oikein hyväksyessään komission päätöksen, samoin kuin useimmat sakkoja koskevat valitusperusteet on mielestäni hylättävä, katson, että valittajat ovat tosiasiallisesti hävinneet asian yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 69 ja 122 artiklassa tarkoitetuin tavoin, joten ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin velvoittaa valittajat korvaamaan sekä vastapuolen että väliintulijan oikeudenkäyntikulut.

127 — Siltä osin kuin Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 3 kappaleella on merkitystä tässä asiassa, siinä määrätään, että "[j]okaisella rikoksesta syytetyllä" on "oikeus saada viipymättä — — tieto häneen kohdistettujen syytteiden sisällöstä ja perusteista — —", kun taas 7 artiklan 1 kappaleessa määrätään, että "[k]etään ei ole pidettävä syypäänä rikokseen sellaisen teon tai laiminlyönnin perusteella, joka ei ollut tekohetkellä kansallisen lainsäädännön tai kansainvälisen oikeuden mukaan rikos. — — "

IX Ratkaisuehdotus

197. Edellä esitetyn perusteella ehdotan ensinnäkin, että yhteisöjen tuomioistuin

— kumoaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomion siltä osin kuin siinä vahvistetaan valittajille määrätyt sakot ja niihin liittyvä viivästyskorkokanta

— kumoaa ETY:n perustamissopimuksen 85 artiklan (IV/32.448 ja IV/32.450: Cewal, Cowac ja Ukwal) ja ETY:n perustamissopimuksen 86 artiklan (IV/32.448 ja IV/32.450: Cewal) soveltamisesta 23 päivänä joulukuuta 1992 tehdyn komission päätöksen 93/82/ETY 6 ja 7 artiklan valittajia koskevin osin.

Lisäksi ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin

— hylkää valitukset kokonaisuudessaan

— velvoittaa valittajat korvaamaan vastapuolen sekä väliintulija Grimaldi & Cobelfretin oikeudenkäyntikulut.