Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
JÁN MAZÁK
2 päivänä helmikuuta 2012 [1]

Asia C-549/10 P

Tomra Systems ASA,
Tomra Europe AS,
Tomra Systems GmbH,
Tomra Systems BV,
Tomra Leergutsysteme GmbH,
Tomra Systems AB ja
Tomra Butikksystemer AS
vastaan

Euroopan komissio

Valitus — Kilpailu — Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö — Käytettyjen juomapakkausten keräyslaitteiden markkinat — Yksinoikeussopimukset, määräsitoumukset ja uskollisuusalennukset osana strategiaa kilpailijoiden sulkemiseksi pois markkinoilta

1. Käsiteltävässä asiassa valittajat (joista käytetään jäljempänä yhteisesti nimitystä Tomra) vaativat unionin tuomioistuinta kumoamaan asiassa T-155/06, Tomra Systems ym., 9.9.2010 annetun tuomion. [2] Kyseisessä tuomiossa unionin yleinen tuomioistuin hylkäsi Tomran vaatimuksen EY 82 artiklan, josta on tullut SEUT 102 artikla, ja ETA-sopimuksen 54 artiklan mukaisesta menettelystä (asia COMP/E.-1/38-113/Prokent-Tomra) 29.3.2006 tehdyn komission päätöksen K(2006) 734 lopullinen kumoamisesta. [3]

I Riidan tausta

2. Tosiseikat, hallinnollinen menettely ja riidanalainen päätös esitetään yksityiskohtaisesti valituksenalaisen tuomion 1–20 kohdassa. Tiivistettynä Tomra-konserni (johon kuuluvat muun muassa käsiteltävän valituksen tehneet seitsemän yhtiötä) valmistaa käytettyjen juomapakkausten palautusautomaatteja (jäljempänä palautusautomaatit). Automaatit tunnistavat palautetun pakkauksen tiettyjen ominaisuuksien, kuten muodon ja/tai viivakoodin, perusteella ja laskevat asiakkaalle suoritettavan palautuksen määrän. Automaatti tulostaa tavallisesti kuitin, jonka summa palautetaan asiakkaalle liikkeen kassalla. Konserni tarjoaa myös palautusautomaatteihin liittyviä palveluja kaikkialla maailmassa. Vuonna 2005 Tomra-konsernin liikevaihto oli noin 300 miljoonaa euroa ja se työllisti 1 900 henkilöä.

1 — Alkuperäinen kieli: englanti.

2 — Kok., s. II-4361 (jäljempänä valituksenalainen tuomio).

3 — Jäljempänä riidanalainen päätös, jonka tiivistelmä on julkaistu Euroopan unionin virallisessa lehdessä (EUVL 2008, C 219, s. 11).

3. Samoin palautusautomaattien alalla toimivan saksalaisen Prokent AG -nimisen yhtiön tekemän kantelun johdosta komissio osoitti tarkastusten jälkeen väitetiedoksiannon Tomra Systems ASA:lle, Tomra Europe AS:lle ja Tomra-konsernin tytäryhtiöille Euroopan talousalueesta (jäljempänä ETA) tehdyn sopimuksen kuudessa sopimusvaltiossa. Komissio teki 29.3.2006 riidanalaisen päätöksen, jossa se totesi Tomran rikkoneen SEUT 102 artiklaa ja ETA-sopimuksen 54 artiklaa vuosina 1998–2002 toteuttamalla markkinoilta sulkevaa strategiaa palautusautomaattien kansallisilla markkinoilla Alankomaissa, Itävallassa, Norjassa, Ruotsissa ja Saksassa yksinoikeussopimusten asiakaskohtaisten määräsitoumusten ja asiakaskohtaisten takautuvien alennusjärjestelmien muodossa ja sulkemalla kilpailun markkinoilla.

4. Komissio katsoi riidanalaisessa päätöksessä muun muassa, että Tomran markkinaosuudet olivat olleet Euroopassa jatkuvasti yli 70 prosenttia ennen vuotta 1997, että ne olivat ylittäneet 95 prosenttia vuodesta 1997 lähtien ja että Tomran markkinaosuus oli kaikilla merkityksellisillä markkinoilla moninkertainen sen kilpailijoihin verrattuna. Tästä komissio päätteli, että Tomra-konserni oli SEUT 102 artiklassa ja ETA-sopimuksen 54 artiklassa tarkoitettu määräävässä asemassa oleva yritys. Komissio totesi erityisesti, että Tomra oli laatinut strategian, jolla on kilpailunvastainen tarkoitus tai vaikutus ja joka ilmeni sekä sen menettelytavoissa että yhtiön sisäisissä keskusteluissa. Riidanalaisen päätöksen mukaan Tomran tarkoituksena oli säilyttää määräävä asemansa ja markkinaosuutensa keinoilla, joita olivat erityisesti uusien toimijoiden markkinoille pääsyn estäminen, kilpailijoiden pitäminen pieninä rajoittamalla niiden kasvumahdollisuuksia, niiden heikentäminen ja poistaminen markkinoilta joko yritysostolla tai muilla keinoin. Tämä strategia pantiin täytäntöön allekirjoittamalla vuosina 1998–2002 Tomran ja useiden supermarketketjujen välillä 49 sopimusta. Ne olivat yksinoikeussopimuksia, sopimuksia, joissa määrättiin asiakaskohtaisista määrällisistä sitoumuksista, ja sopimuksia, joissa määrättiin asiakaskohtaisista takautuvista alennusjärjestelmistä. Riidanalaisessa päätöksessä täsmennetään, että Tomran väärinkäytöksen vakavuutta arvioitaessa on otettava huomioon se, että se oli tahallisesti pannut kyseiset menettelytavat täytäntöön osana markkinoilta sulkevaa strategiaansa, mutta myös tämän väärinkäytöksen maantieteellinen laajuus. Komissio päätteli, että kyseessä on vakava kilpailusääntöjen rikkominen, ja määräsi valittajille yhteisvastuullisesti 24 miljoonan euron suuruisen sakon.

II Valituksenalainen tuomio

5. Tomra esitti riidanalaisen päätöksen kumoamisvaatimuksensa tueksi kuusi kanneperustetta unionin yleisessä tuomioistuimessa. Niissä väitettiin lähinnä seuraavaa: i) komissio on käyttänyt ilmeisen virheellisiä ja epäluotettavia todisteita sen osoittamiseksi, että konserni oli laatinut strategian kilpailun poistamiseksi ja toteuttanut strategiaa tekemällä asiakkaidensa kanssa 49 sopimusta vuosina 1998–2002, ii) komissio on arvioinut ilmeisen virheellisesti sitä, voitiinko sopimuksilla sulkea kilpailu pois, esittämättä tätä koskevia perusteluja, iii) komissio on arvioinut ilmeisen virheellisesti sitä, poistettiinko sopimuksilla todellisuudessa kilpailu, iv) komissio on tehnyt ilmeisen oikeudellisen virheen katsoessaan, että yksinoikeussopimukset, asiakaskohtaiset määräsitoumukset ja asiakaskohtaiset takautuvat alennukset ovat *sellaisinaan* lainvastaisia SEUT 102 artiklan nojalla v) komissio on tehnyt ilmeisen virheen arvioidessaan, että velvoittamattomat määräsitoumukset voivat olla SEUT 102 artiklan vastaisia ja vi) komissio on loukannut suhteellisuusperiaatetta ja syrjintäkiellon periaatetta määrätessään Tomralle 24 miljoonan euron suuruisen sakon. Unionin yleinen tuomioistuin hylkäsi kaikki kanneperusteet valituksenalaisella tuomiolla.

III Valitus

6. Tomra esittää käsiteltävässä asiassa yhteensä viisi valitusperustetta.[4] Komissio puolestaan katsoo, ettei valitusperusteita voida ottaa tutkittavaksi tai että ne ovat tehottomia tai perusteettomia.

4 — On syytä muistaa, että käsittelen tässä ratkaisuehdotuksessa ainoastaan väitteitä, joita asianosaiset ovat esittäneet ja jotka täyttävät valituksille ja unionin tuomioistuimen harjoittamalle rajoitetulle valvonnalle asetetut tiukat rajoitukset. Ks. SEUT 256 artiklan 1 kohta ja Euroopan unionin tuomioistuimen perussäännön 58 artikla. Ks. myös esim. asia C-136/92 P, komissio v. Brazzelli Lualdi ym., tuomio 1.6.1994 (Kok., s. I-1981, 29 kohta).

A *Ensimmäinen valitusperuste, joka koskee oikeudellista virhettä valvonnassa, jota unionin yleinen tuomioistuin harjoitti arvioidessaan komission toteamusta kilpailunvastaisesta aikomuksesta sulkea markkinat (valituksenalaisen tuomion 33–41 kohta)*

7. Ensimmäisessä valitusperusteessaan Tomra väittää lähinnä, että arvioidessaan sitä, oliko komissio osoittanut kilpailunvastaisen aikomuksen, unionin yleinen tuomioistuin teki oikeudellisen virheen, kun se kieltäytyi ottamasta huomioon todisteita, jotka osoittivat Tomran aikomuksen kilpailla suoritteilla. Tomra toisti unionin yleisessä tuomioistuimessa esittämänsä väitteen, jonka mukaan komissio käytti Tomran sisäistä kirjeenvaihtoa väärin todisteena väitetystä kilpailunvastaisesta aikomuksesta ja strategiasta.

8. Aluksi on huomautettava, että väärinkäytön käsite on objektiivinen käsite.[5] On totta, ettei komissio pitänyt riidanalaisessa päätöksessä aikomusta edellytyksenä sen toteamiselle, että määräävää markkina-asemaa on käytetty väärin käsiteltävässä asiassa. Tomran mukaan riidanalaisen päätöksen 97–105 perustelukappaleesta seuraa, että kilpailunvastainen aikomus oli merkittävä tekijä kilpailunvastaisen strategian toteamisessa ja että tämä toteamus oli ratkaiseva rikkomista koskevan päätelmän kannalta.

9. Tomra viittasi myös riidanalaisen päätöksen 111 perustelukappaleeseen. Kuten komissio huomautti, kyseistä perustelukappaletta edeltää kuitenkin 109 perustelukappaleeseen sisältyvä toteamus, jonka mukaan III.B jaksossa kuvattuja menettelytapoja arvioidaan toisaalla päätöksessä SEUT 102 artiklan nojalla. Riidanalaisen päätöksen IV.B jaksossa muistutettiin perustellusti SEUT 102 artiklan objektiivisesta luonteesta ja todettiin, että Tomran menettelytavat olivat omiaan rajoittamaan kilpailua, arvioimalla Tomran asiakkaidensa kanssa tekemiä sopimuksia eikä sen vaikuttimia. Näin ollen on hylättävä Tomran väite, jonka mukaan sen aikomuksesta esitetyillä toteamuksilla oli ratkaiseva vaikutus rikkomisen toteamiseen.

10. On kuitenkin totta, etteivät aikomusta koskevat todisteet ole täysin merkityksettömiä siltä osin kuin ne voivat tosiasiassa olla merkityksellisiä arvioitaessa määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymistä, mikä edellyttää käyttäytymisen taloudellisten perustelujen, strategisten näkökohtien ja todennäköisten vaikutusten ymmärtämistä. Kuten unionin yleinen tuomioistuin perustellusti totesi valituksenalaisen tuomion 35 kohdassa, tällainen asiakirja-aineisto voi osoittaa, oliko kilpailun poissulkeminen harkittua vai antaako se päinvastoin erilaisen selityksen tutkituille menettelytavoille. Todisteet antavat komissiolle mahdollisuuden asettaa menettelytavat asiayhteyteensä. Esimerkiksi jos komissio (tai kansallinen kilpailuviranomainen) katsoo asiakirja-aineistoon sisältyvien todisteiden perusteella, että yritys laati hyvitys- tai alennusjärjestelmät (myös) asiakkaiden hyödyksi – jos se vaikkapa odotti saavansa näin tehokkuushyötyjä –, kyseisten viranomaisten pitäisi tämän seikan perusteella tutkia asiaa perinpohjaisemmin.

11. Unionin tuomioistuimen käytettävissä olevista asiakirjoista ilmenee, ettei Tomra pystynyt tai ollut halukas selittämään menettelytapojaan viittaamalla niiden mahdollisiin taloudellisiin perusteluihin,[6] ja unionin yleinen tuomioistuin totesi nähdäkseni perustellusti valituksenalaisen tuomion 36 kohdassa, että komission oli keskityttävä tutkinnassa ensisijaisesti kilpailunvastaiseen käyttäytymiseen. Joka tapauksessa on syytä huomauttaa, että komissio tutki oma-aloitteisesti, ilmeneekö Tomran sisäisistä asiakirjoista kyseisille menettelytavoille kilpailua edistävää vai pikemminkin kilpailun pois sulkevaa selitystä. Vaikka valituskirjelmässä viitataan valituksenalaisen tuomion 36 kohtaan, siinä ei yksilöidä sellaisia todisteita Tomran aikomuksesta kilpailla suoritteilla, joita unionin yleinen tuomioistuin ei olisi ottanut huomioon, kuten on väitetty, eikä täsmennetä, miten tällaiset mahdolliset todisteet voisivat mitätöidä arvioinnin kilpailun poissulkemiseen tähtäävistä Tomran menettelytavoista.

5 — Ks. asia 85/76, Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomio 13.2.1979 (Kok., s. 461, Kok. Ep. IV, s. 341, 91 kohta).

6 — Ks. riidanalaisen päätöksen 349–357 perustelukappale (mittakaavaetuja koskevista Tomran väitteistä), luettuna yhdessä valituksenalaisen tuomion 224 kohdan kanssa.

12. Olen myös samaa mieltä komission kanssa siitä, että se, että valituksenalaisessa tuomiossa tunnustettiin että oli olemassa todisteita Tomran aikomuksesta käyttää muita (sallittuja) kilpailukeinoja, tarkoittaa sitä, että Tomra pyrkii nyt itse asiassa kyseenalaistamaan todisteiden merkityksellisyyttä ja todistusvoimaisuutta koskevan unionin yleisen tuomioistuimen arvioinnin, jota ei voida riitauttaa valituksessa.[7] Tomra näyttää toistavan ensimmäisessä oikeusasteessa esittämänsä perustelut ja korostavan sitä, ettei se yhdy unionin yleisen tuomioistuimen tosiseikkojen arviointiin. Valituksenalaisen tuomion 35 kohdassa todetaan kuitenkin perustellusti, että ”komission riidanalaisessa päätöksessä tekemät päätelmät eivät ole missään vaiheessa perustuneet ainoastaan joihinkin tiettyihin [Tomran] asiakirjoihin erikseen vaan eri todisteiden kokonaisuuteen”.

13. Tomra moittii lisäksi erityisesti valituksenalaisen tuomion 36 kohtaan sisältyvää unionin yleisen tuomioistuimen toteamusta, jonka mukaan riidanalaisessa päätöksessä ”ei salata” asiakirjoja, jotka osoittavat Tomran aikoneen myös käyttää sallittuja keinoja mukautua kilpailuun. Riittää, kun todetaan, ettei kyseinen toteamus valituksenalaisessa tuomiossa koske *merkityksellisiä* todisteita. Katson sen sijaan komission tavoin, että unionin yleinen tuomioistuin selkeästi halusi tuoda esille, että riidanalaisessa päätöksessä viitattiin todisteisiin, jotka liittyivät *muihin*, sallittuihin kilpailukeinoihin – vaikkei näillä todisteilla ollut merkitystä riidanalaisen päätöksen kohteena olleen määräävän aseman väärinkäytön selittämisessä.

14. Edellä esitetyn perusteella katson, ettei unionin yleinen tuomioistuin tehnyt oikeudellista virhettä valvonnassa, jota se harjoitti arvioidessaan komission toteamusta kilpailunvastaisesta aikomuksesta sulkea markkinat. Ensimmäinen valitusperuste on näin ollen hylättävä perusteettomana.

B *Toinen valitusperuste, joka koskee oikeudellista virhettä ja riittävien perustelujen puuttumista siltä osin kuin on kyse siitä kokonaiskysynnän osuudesta, joka sopimusten oli katettava, jotta niitä voitiin pitää väärinkäyttönä (valituksenalaisen tuomion 238–246 kohta)*

15. Unionin yleisessä tuomioistuimessa Tomra väitti, ettei komissio ole tutkinut, oliko palautusautomaattien markkinoiden voitettavissa oleva osa[8] riittävän merkittävä, jotta yhtä tehokkaat kilpailijat olisivat kyenneet pysymään markkinoilla.[9] Nyt Tomra väittää lähinnä, että unionin yleinen tuomioistuin teki oikeudellisen virheen eikä esittänyt riittäviä perusteluja todetessaan, että väitetyt yksinoikeussopimukset kattoivat riittävän suuren osuuden kokonaiskysynnästä voidakseen rajoittaa kilpailua. Tomra väittää erityisesti, että perustellessaan merkityksellistä kaupallista kysyntää koskevan väitteen hylkäämistä unionin yleinen tuomioistuin käytti etupäässä sellaisia ilmaisuja kuin ”olennainen”, ”kaikkea muuta kuin vähäinen” ja ”erittäin suuri”. Tomran mukaan unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt edellyttää yksiselitteistä menetelmää sen toteamiseksi, voidaanko yksinoikeussopimuksilla sulkea pois kilpailu markkinoilla, nimittäin laskemalla vähimmäistaso, jota kannattava toiminta kyseisillä markkinoilla edellyttää.

16. Huomautettakoon aluksi, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan SEUT 296 artiklassa (aiempi EY-sopimuksen 253 artikla) edellytettyjen perustelujen on oltava kyseessä olevan toimenpiteen luonteen mukaisia.[10] Näin ollen on tutkittava, oliko unionin yleinen tuomioistuin oikeutettu käyttämään tässä yhteydessä sellaisia ilmaisuja kuin ”olennainen” vai onko Tomra oikeassa väittäessään, että valituksenalaisen tuomion perustelut ovat puutteelliset siltä osin kuin niissä ei todeta nimenomaisesti, mitä ”olennainen” tarkoittaa (esimerkiksi määrällisesti) käsiteltävässä asiassa.

7 — Ks. esim. asia C-551/03 P, General Motors v. komissio, tuomio 6.4.2006 (Kok., s. I-3173, 52–54 kohta). Valituksessa ei myöskään väitetä, että unionin yleinen tuomioistuin olisi ottanut todisteet huomioon vääristyneellä tavalla.

8 — Sen kysynnän osuus, jota Tomran menettelytavat eivät sitoneet.

9 — Ks. erityisesti unionin yleiseen tuomioistuimeen toimitetun kannekirjelmän 90–95 kohta ja ensimmäisessä oikeusasteessa esitetyn vastauskirjelmän 38–45 kohta.

10 — Ks. esim. asia C-266/05 P, Sison v. neuvosto, tuomio 1.2.2007 (Kok., s. I-1233, 80 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

17. Valituskirjelmän 20 kohdassa Tomra väittää, että unionin yleinen tuomioistuin teki oikeudellisen virheen katsoessaan valituksenalaisen tuomion 241 kohdassa, että ”kilpailijoiden pitäisi kyetä kilpailemaan suoritteilla koko markkinoilla eikä vain niiden jollakin osalla”. Kuten komissio huomautti, esittäessään tämän moitteen Tomra vaatii unionin tuomioistuinta kumoamaan asiassa Hoffmann-La Roche vastaan komissio [11] ratkaistun seikan, mitä ei voida komission mukaan hyväksyä. Mainitussa asiassa antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin hylkäsi väitteen ”huomattavasta vaikutuksesta” tai SEUT 102 artiklaan perustuvasta vähimmäiskynnyksestä ja totesi, että ”kun kyseessä on määräävässä asemassa olevan yrityksen toiminta markkinoilla, joiden kilpailurakenne on tästä syystä jo heikentynyt, kaikki kilpailurakenteen lisärajoitukset [SEUT 102] artiklan soveltamisalalla voivat olla määräävän aseman väärinkäyttöä”.

18. Yhteisöjen tuomioistuin yhtyi tältä osin julkisasiamies Reischliin (s. 593), joka oli erottanut EY 85 ja EY 86 artiklan (nykyisin SEUT 101 ja SEUT 102 artikla) ja todennut, että ”merkittävyyteen [ranskaksi sensibilité] perustuvaa teoriaa on laajennettu koskemaan [101] artiklaa, toisin sanoen alaa, jolla jo lähtökohtaisesti olemassa olevaa tehokasta kilpailua on rajoitettu sopimuksilla ja vastaavilla järjestelyillä. Toisaalta tilanteissa, joihin [102] artiklaa sovelletaan, kilpailu on käytännössä estetty, koska määräävässä asemassa olevaan yritykseen ei kohdistu tehokasta kilpailua. Käsiteltävässä asiassa ei itse asiassa näytä mahdolliselta jättää huomiotta tällaisen yrityksen menettelytapa, jota on [102] artiklan kriteerien perusteella pidettävä määräävän aseman väärinkäyttönä, siitä syystä, ettei sillä ole tuntuvia vaikutuksia kilpailun edellytyksiin. Vaikka katsottaisiinkin, että on perusteltua jättää väärinkäyttö huomiotta tai ainakin rankaisematta aina kun kyseessä ovat niin sanoakseni ainoastaan ’quantités négligeables’, on kuitenkin syytä epäillä vahvasti, kuuluuko käsiteltävä asia tähän luokkaan.”

19. Olipa asia miten hyvänsä, käsiteltävässä asiassa ei selvästikään voida hyväksyä Tomran pelkkää väitettä, jonka tueksi ei ole esitetty mitään vakuuttavia seikkoja, kun unionin yleinen tuomioistuin on vahvistanut tosiseikkojen perusteella, että Tomran toimesta tapahtunut kilpailijoiden poissulkeminen ylitti huomattavasti minkä tahansa mahdollisen vähimmäiskynnyksen.

20. Unionin yleinen tuomioistuin toimi nähdäkseni valituksenalaisessa tuomiossa juuri niin kuin sen pitikin. Ainoastaan tapauksen olosuhteita tarkastelemalla, kuten komissio on riidanalaisessa päätöksessä tehnyt, voidaan todeta, ovatko määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelytavat omiaan sulkemaan kilpailun pois (käsiteltävässä asiassa riidanalaisessa päätöksessä jopa todetaan, että Tomra ”itse asiassa saikin” aikaan markkinoita vääristävän sulkemisvaikutuksen). Olisi kuitenkin keinotekoista vahvistaa ilman etukäteistarkastelua, mikä on se sidottujen markkinoiden osuus, jonka ylityttyä määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelytavoilla voi olla kilpailijat poissulkeva vaikutus (ks. valituksenalaisen tuomion 242 kohta).

21. Joka tapauksessa on selvää, että Tomran menettelytavat käsittivät ”olennaisen” osuuden markkinoista, ja näin ollen vaikuttaa siltä, että tarkasteltava valitusperuste on puhtaasti teoreettinen. [12] Itse asiassa Tomrakin vaikuttaa hyväksyvän sen, että kyseiset menettelytavat sitoivat keskimäärin noin 39 prosenttia kysynnästä asianomaisina viitenä vuotena ja asianomaisilla viidellä markkina-alueella.

22. Valituksenalaisen tuomion 243 kohdassa ei ole tältä osin moitteen sijaa: kahden viidenneksen osuus kokonaiskysynnästä tutkitun ajanjakson aikana tutkinnan kohteena olevissa maissa on selvästikin merkittävä, eikä sitä missään tapauksessa voida pitää ”vähäisenä”. Unionin yleinen tuomioistuin myös huomautti perustellusti, että Tomran menettelytavat ovat usein johtaneet ”sidotun” kysynnän erittäin

11 — Mainittu edellä alaviitteessä 5, tuomion 123 kohta.

12 — Kuten komissio huomautti, vuonna 1999 kyseisten viiden maan koko kysynnästä oli sidottu yli 55 prosenttia. Kun tarkastellaan yksittäisiä markkina-alueita, se osuus kysynnästä, joka ”ei ollut voitettavissa” tai joka oli ”sidottu”, oli vuosina 1999 ja 2000 80–90 prosenttia Norjassa ja noin 65 prosenttia Alankomaissa (lähes 60 prosenttia vuonna 2001). Näitä tosiseikkoja ei riitautettu unionin yleisessä tuomioistuimessa. Riidanalaisessa päätöksessä todettiin, että niissä maissa, joissa kilpailusääntöjen rikkominen todettiin, ja niinä vuosina, joiden osalta se todettiin, kysynnän lukittu osuus oli aina ”merkittävä” ja että se muodosti joinakin vuosina (yleensä kasvun ”ratkaisevan tärkeinä vuosina”) kaikilla relevanteilla markkinoilla erittäin suuren osuuden (ks. mm. riidanalaisen päätöksen 392, 160, 163, 183, 187, 218, 219 ja 290 perustelukappale).

suureen osuuteen ”ratkaisevan tärkeiden vuosien” aikana, jolloin kysyntä oli suurin ja olisi ollut eniten omiaan johtamaan menestykselliseen uusien yritysten tuloon markkinoille erityisesti vuosina 1999–2000 Itävallassa, vuonna 2001 Alankomaissa ja vuonna 1999 Norjassa.[13] Valituksenalaisen tuomion 245 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin myös totesi aivan oikein, että ”[Tomran] menettelytavoilla sidottiin lopullisen asiakkaan kysyntä eikä vähittäismyyjien kysyntää. Kilpailijat eivät siis voineet turvautua erilaisiin jakelumenetelmiin, jotka olisivat voineet lieventää [Tomran] menettelytapojen vaikutuksia.”

23. Tästä seuraa, että ”olennaisen” kaltaisia ilmaisuja miten tahansa järkevästi tulkittaessa se, että unionin yleinen tuomioistuin käytti näitä ilmaisuja valituksenalaisessa tuomiossa, oli täysin perusteltua tosiseikkojen nojalla.

24. Tomran viimeisestä väitteestä, jonka mukaan komission ja unionin yleisen tuomioistuimen lähestymistapa on ristiriidassa nykyisen taloudellisen ajattelutavan kanssa, on riittävää todeta, ettei tätä väitettä esitetty eikä tutkittu riittävästi ensimmäisessä oikeusasteessa eikä sitä voida näin ollen esittää nyt valituksen yhteydessä.

25. Edellä esitetyn perusteella katson, ettei unionin yleinen tuomioistuin tehnyt oikeudellista virhettä eikä esittänyt puutteellisia perusteluja siltä osin kuin on kyse siitä kokonaiskysynnän osuudesta, joka sopimusten oli katettava, jotta niitä voitiin pitää väärinkäyttönä. Toinen valitusperuste on näin ollen hylättävä perusteettomana.

C Kolmas valitusperuste, joka koskee menettelyvirhettä ja oikeudellista virhettä takautuvia alennuksia tutkittaessa (valituksenalaisen tuomion 258–272 kohta)

26. Tomra väittää lähinnä, että unionin yleinen tuomioistuin teki menettelyvirheen ottaessaan vääristyneellä tavalla huomioon väitteet takautuvista alennuksista. Tomran mukaan unionin yleinen tuomioistuin tulkitsi väärin sen esittämiä väitteitä, kun se totesi Tomran väittävän, että ”negatiiviset hinnat” on yksi niistä seikoista, joihin riidanalaisessa päätöksessä nojaudutaan, eikä näin ollen ottanut tätä väitettä huomioon oikeudellisesti asianmukaisella tavalla. Jos unionin yleinen tuomioistuin olisi omaksunut asianmukaisen lähestymistavan alennusjärjestelmiin, tämä olisi vaikuttanut merkittävästi niiden päätelmien perustaan, joiden mukaan kaikki sopimukset olivat omiaan sulkemaan kilpailijat pois palautusautomaattien markkinoilla. Tomra huomauttaa, että väitteiden asianmukainen arviointi olisi käsittänyt alennusjärjestelmien tutkimisen niiden vaikutuksiin perustuvan lähestymistavan mukaisesti. Tomran mukaan alennusjärjestelmistä, jotka eivät johda kustannuksia alhaisempaan hinnoitteluun, on oletettava, etteivät ne ole omiaan sulkemaan pois kilpailijoita. Unionin yleinen tuomioistuin teki näin ollen Tomran mukaan oikeudellisen virheen, koska se ei luokitellakseen alennukset kilpailua poissulkeviksi, edellyttänyt komission näyttävän toteen, että Tomran soveltamat takautuvat alennukset johtivat kustannuksia alhaisempaan hinnoitteluun.

27. Ensinnäkin on huomattava, että tämä valitusperuste koskee ainoastaan takautuvia alennuksia. Toisin kuin Tomra väittää, sen tueksi esitetyt perustelut eivät missään tapauksessa voi vaikuttaa muista menettelytavoista, erityisesti määräsitoumuksista ja yksinoikeussopimuksista tai tosiasiallisesta yksinoikeudesta, tehtäviin päätelmiin.

28. Komissio huomauttaa perustellusti, että valituksessa lainattua ensimmäisessä oikeusasteessa esitetyn kannekirjelmän kohtaa on arvioitava asiayhteydessään, vaikka siinä viitataankin kustannuksiin hintojen vahvistamisen yhteydessä. On totta, että Tomran nyt valituksessaan lainaamassa kannekirjelmän kohdassa viitataan kustannuksiin yksinoikeushintojen vahvistamisen yhteydessä.

13 — Ks. valituksenalaisen tuomion 244 kohta. Vrt. esim. riidanalaisen päätöksen 163, 219 ja 237 perustelukappale.

Viittaus kustannuksiin [14] on kuitenkin irrallinen [15] ja vaikuttaa pelkästään liitännäiseltä kannekirjelmässä esitettyyn negatiivisia hintoja koskevaan väitteeseen nähden, jossa ehdotetussa testissä negatiiviset hinnat olivat ennakkoedellytys sille, että uskollisuusalennusjärjestelmiä voidaan pitää väärinkäyttönä SEUT 102 artiklan nojalla. [16]

29. Kannekirjelmän 105 kohdan sanamuoto oli seuraava: ”On myös tärkeää huomata, ettei komissio tutkinut Tomran kustannuksia. Vaikka komissio mainitsee päätöksen 165 [perustelukappaleessa] alennusten johtavan ’erittäin alhaisiin hintoihin, mahdollisesti jopa negatiivisiin hintoihin’, se ei tutkinut Tomran kustannuksia selvittääkseen tason, jonka ylityttyä hinnat olisivat poissulkevia hintoja tai saalistushintoja. Päätöksessä käytetyn implisiittisen testin mukaan on niin, että jos Tomran alennukset pakottavat kilpailijan laskuttamaan negatiivisen hinnan, niillä on poissulkeva vaikutus – sillä hinnan on oltava alhaisempi kuin Tomran muuttuva keskimääräinen kustannus. Vaikka komissio viittaa ’erittäin alhaisiin’ hintoihin, Tomra [huomauttaa], ettei päätökseen sisälly todisteita siitä, että alennuksilla on poissulkevia vaikutuksia, jos ne mahdollistavat sen, että kilpailijat laskuttavat positiivisia hintoja tai saavat positiivisia tuloja. Tämä on tärkeää, koska jäljempänä osoitetaan, että lähes kaikissa komission käyttämissä esimerkeissä hinnat eivät voineet olla koskaan negatiivisia ja että kaikissa tapauksissa kilpailijat olisivat kyenneet saamaan positiivisia tuloja myynnistään.”

30. On kuitenkin niin, että lukuun ottamatta edellä lainattua kohtaa kyseisessä kannekirjelmän osassa (102–131 kohta) käsiteltiin sitä, pakottivatko Tomran alennukset kilpailijat laskuttamaan negatiivisia hintoja. Kuten komissio totesi, kannekirjelmässä keskityttiin yksinomaan osoittamaan, että Tomran hinnat edellyttivät ainoastaan harvoin kilpailijan tarjoavan negatiivisia hintoja turvatakseen myyntinsä. [17]

31. Olen näin ollen eri mieltä Tomran vastauksessa esittämästä väitteestä, jonka mukaan se on kyseenalaistanut sen, ettei komissio verrannut ”palautusautomaattien kustannuksia ja hintoja missään vaiheessa, – – erittäin selkeästi kannekirjelmän 102–131 kohdassa”. Kannekirjelmässä käytetään ilmaisua ”positiivisia tuloja” pikemminkin ilmaisun ”positiivinen hinta” synonyymina – toisin sanoen kustannukset jätetään huomiotta ja ovat merkityksettömiä. Vaikuttaa itse asiassa siltä, ettei Tomra pitänyt ensimmäisessä oikeusasteessa esittämässään väitteessä ratkaisevana hinta–kustannus-testiä, jota se nyt väittää asianmukaiseksi.

32. Kuten komissio huomautti, kannekirjelmässä ensimmäisessä oikeusasteessa keskityttiin lisäksi yksiselitteisesti kysymykseen negatiivisista hinnoista, ja Tomra käsitteli tähän kysymykseen keskittyvää kanneperustetta usean sivun verran.

33. Edellä esitetystä seuraa, ettei unionin yleistä tuomioistuinta voida moittia siitä, ettei se ole tarkastellut väitettä, jota ei esitetty asianmukaisesti kannekirjelmässä. ”Pidemmälle kehitetty väite”, jollaisen Tomra väittää nyt sisältyvän kannekirjelmäänsä, olisi selkeästi edellyttänyt laajoja perusteluja ja sitä tukevaa näyttöä, mutta Tomra esitti ensimmäisessä oikeusasteessa ainoastaan katkelman, jonka on jo osoitettu olevan riittämätön valituksenalaisen tuomion riitauttamiseen.

34. Katson näin ollen, että tämä valitusperuste on jätettävä tutkimatta.

14 — Kuten komissio huomautti, mikään kannekirjelmän lukuisista liitteistä ei tue kyseistä väitettä, huolimatta tällaisen seikan ilmeisistä teknisistä seurauksista. Kannekirjelmän liiteluettelosta ei tosiaankaan ilmene, että Tomra olisi esittänyt mitään todisteita sen väitteensä tueksi, jolle nyt annetaan suuri painoarvo valituksessa.

15 — Toisaalla kannekirjelmässä Tomra viittaa ”positiivisiin tuloihin”. Ainoastaan kannekirjelmän 128 kohdassa todetaan, että yhtä tehokkaan kilpailijan voidaan odottaa saavan saman verran voittoa.

16 — Kannekirjelmässä väitettiin ensisijaisesti, että Tomran alennusjärjestelmät joko eivät edellyttäneet tai edellyttivät ainoastaan harvoin kilpailijan laskuttavan negatiivisia hintoja turvatakseen myyntinsä.

17 — Ks. mm. kannekirjelmän 105, 106, 108, 110, 111, 116, 117, 118, 122, 127 ja 128 kohta.

35. Siltä varalta, että unionin tuomioistuin kuitenkin päättää, että kolmas valitusperuste voidaan ottaa tutkittavaksi, olen samaa mieltä komission kanssa siitä, ettei valituksessa riitauteta unionin yleisen tuomioistuimen toteamusta, jonka mukaan se, joutuuko kilpailija tarjoamaan tuotetta negatiiviseen hintaan (alhaisen hinnan sijasta), ei ollut ratkaiseva sen päätelmän kannalta, että Tomran takautuvat alennusjärjestelmät merkitsivät oikeuskäytännön mukaan määräävän aseman väärinkäyttöä. Unionin yleinen tuomioistuin totesi perustellusti valituksenalaisen tuomion 266 kohdassa, että riidanalaisessa päätöksessä komissio ei kuitenkaan yhtäältä missään tapauksessa väitä, että alennusjärjestelmät olisivat järjestelmällisesti johtaneet negatiivisiin hintoihin, ja toisaalta se ei myöskään väitä, että tämän osoittaminen olisi ennakkoedellytys sille, että näiden alennusjärjestelmien voidaan todeta merkitsevän määräävän aseman väärinkäyttöä. Riidanalaiseen päätökseen ei myöskään sisälly graafista esitystä kunkin kantajien käyttämän hyvitys- ja alennusjärjestelmän osalta. Siinä on kutakin maata kohti vain yksi tai kaksi kaaviota, jotka kuvaavat kantajien alennusjärjestelmien syrjäyttävää vaikutusta.

36. Tomra vetoaa vastauksessaan lisäksi komission tiedonantoon ”Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa [SEUT 102] artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen”[18] ja väittää, että komissio hyväksyy siinä kustannus–hinta-testin käytön.

37. Kyseisellä vuonna 2009 annetulla tiedonannolla ei kuitenkaan voi olla vaikutusta käsiteltävän valituksen arviointiin. Valituksen kannalta on merkityksetöntä, miten komissio aikoo mukauttaa kilpailupolitiikkansa tulevaa täytäntöönpanoa SEUT 102 artiklan osalta. Mahdollisilla uusilla painotuksilla kyseisen artiklan soveltamisessa voi näet olla merkitystä ainoastaan komission tulevien päätösten kannalta, ei sen sijaan jo vuonna 2006 tehdyn päätöksen oikeudellisen arvioinnin kannalta.[19]

38. Takautuvista alennuksista Tomra totesi lisäksi ensimmäisessä oikeusasteessa antamansa vastauksen 46 kohdassa seuraavaa: ”Päätöksessä (165, 186, 224, 225, 235, 236 ja 268 [perustelukappaleessa]) arvioitiin sopimuksia, joihin väitettiin sisältyvän takautuvia alennuksia. Siinä erityisesti arvioitiin yksityiskohtaisesti seitsemää esimerkkisopimusta. Päätöksessä väitettiin, että kyseisillä sopimuksilla on poissulkevia vaikutuksia, koska a) asiakkaat haluavat ostaa ainoastaan ’muutamia’ palautusautomaatteja (165 [perustelukappale]) ja b) kilpailijat pakotettaisiin laskuttamaan ’erittäin alhaisia tai mahdollisesti jopa negatiivisia hintoja’ tästä pienestä laitemäärästä (165 [perustelukappale]).”

39. Toisin sanoen on selvää, että Tomran väite, jonka mukaan komissio totesi perusteettomasti takautuvien alennusten vaikuttavan poissulkevasti, perustui yhteen ainoaan riidanalaisen päätöksen perustelukappaleeseen (nimittäin 165 perustelukappaleeseen).[20]

40. Valituskirjelmän 32 kohdassa Tomra kuitenkin huomauttaa, että valituksenalaisen tuomion 260–263 kohdassa viitataan riidanalaisen päätöksen osaan, johon sisältyy komission oikeudellinen arviointi Tomran alennuksista (314–329 perustelukappale).[21] Tomra pyrkii vähättelemään niiden mainitussa päätöksen osassa arvioitujen seikkojen merkitystä, joiden perusteella komissio katsoi Tomran alennusten olevan SEUT 102 artiklan vastaisia. Tässä yhteydessä riittää kuitenkin, kun todetaan, ettei mainittuja perustelukappaleita riitautettu ensimmäisessä oikeusasteessa. Vaikka

18 — Komission tiedonanto – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa [SEUT 102] artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (EUVL 2009, C 45, s. 7).

19 — Olen tästä samaa mieltä julkisasiamies Kokottin kanssa. Ks. hänen 23.2.2006 esittämänsä ratkaisuehdotus asiassa C-95/04 P, British Airways v. komissio, tuomio 15.3.2007 (Kok., s. I-2331, ratkaisuehdotuksen 28 kohta) ja 14.4.2011 esittämänsä ratkaisuehdotus asiassa C-109/10 P, Solvay v. komissio, tuomio 25.10.2011 (Kok., s. I-10329, ratkaisuehdotuksen 21 kohta).

20 — Kyseinen perustelukappale sisältyy vaikutuksia (”Impact”) käsittelevään riidanalaisen päätöksen osaan (159–166 perustelukappale), joka taas kuuluu Tomran menettelytapoja ”Alankomaissa” käsittelevään jaksoon (134–166 perustelukappale).

21 — Komission mukaan on merkille pantavaa, ettei 314–329 perustelukappaleessa viitata lainkaan negatiivisiin hintoihin. Niissä mainitaan sen sijaan alennusten ”imuvaikutus”, ja kuten 354 perustelukappaleessa mainittiin, alennusjärjestelmän ja Tomran kustannusten välillä ei ollut yhteyttä (alennukset eivät siis perustuneet ”taloudelliseen suoritukseen”).

kyseisissä valituksenalaisen tuomion kohdissa kyseenalaistettiin joitain riidanalaiseen päätökseen sisältyviä tosiseikkoja koskevia toteamuksia, niissä ei kyseenalaistettu sitä, että riidanalaisessa päätöksessä tukeuduttiin asiassa Hoffmann-La Roche vastaan komissio ja asiassa Michelin vastaan komissio annettuihin tuomioihin. [22]

41. Valituksessa esiin tuotu suppea kysymys Tomran kustannuksista ja tehokkaan kilpailijan kustannuksista ei siten voi kyseenalaistaa ensimmäisessä oikeusasteessa esitettyjen väitteiden, jotka koskivat riidanalaisia alennuksia ja niiden mahdollisuuksia heikentää kilpailua, hylkäämistä.

42. Kuten unionin yleinen tuomioistuin aivan oikein totesi valituksenalaisen tuomion 214 kohdassa, ”jotta voitaisiin ratkaista, onko paljousalennusjärjestelmä mahdollisesti väärinkäyttöä, on arvioitava kaikkia olosuhteita, erityisesti alennusten myöntämisperusteita ja -tapaa, ja tutkittava, pyritäänkö alennuksella etuna, joka ei perustu mihinkään sellaiseen taloudelliseen suoritukseen, jonka vuoksi se olisi perusteltu, poistamaan ostajalta mahdollisuus valita hankintalähteensä tai rajoittamaan tätä mahdollisuutta, estämään kilpailijoilta markkinoille pääsy, asettamaan kauppakumppaneille erilaisia ehtoja samankaltaisten suoritusten osalta taikka vahvistamaan määräävää markkina-asemaa vääristyneellä kilpailulla”. [23]

43. Riidanalaisessa päätöksessä tehtiin tällainen arviointi. Siinä ei pelkästään tarkasteltu abstraktilla tasolla sitä, olivatko yksinoikeudet tai alennukset ”luonnostaan” omiaan vaikuttamaan kielteisesti kilpailuun. Siinä pikemminkin osoitettiin, että asianomaisilla menettelytavoilla pyrittiin vaikuttamaan tai ne olivat omiaan vaikuttamaan sillä tavoin kyseisen tapauksen olosuhteissa.

44. En voi korostaa tarpeeksi sitä, että tämä on juuri oikea lähestymistapa. Kielteisiin (kilpailunvastaisiin) vaikutuksiin ei selvästikään pitäisi viitata automaattisesti. Tapauskohtaisessa tarkastelussa ei siten pitäisi pelkästään olettaa tällaisten poissulkevien vaikutusten olevan (todennäköisesti) olemassa, vaan niiden olemassaolo olisi arvioitava ja osoitettava. [24]

45. Unionin tuomioistuimen viimeaikaiset tuomiot tukevat edellä esitettyä näkemystä. Asiassa TeliaSonera 17.2.2010 antamansa tuomion [25] 64 kohdassa unionin tuomioistuin totesi, että ”jotta tällaisen käytännön voidaan osoittaa olevan väärinkäyttöä, sillä on oltava kilpailua rajoittava vaikutus markkinoihin mutta kyseisen vaikutuksen ei välttämättä tarvitse olla konkreettinen, vaan on riittävää osoittaa sellainen mahdollinen kilpailua rajoittava vaikutus, joka on omiaan syrjäyttämään markkinoilta määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kanssa vähintäänkin yhtä tehokkaat kilpailijat”. Tätä toteamusta olisi luettava yhdessä asiassa Deutsche Telekom vastaan komissio 14.10.2010 annetun tuomion [26] 254 kohdan kanssa, jossa unionin tuomioistuin katsoi, että ”kun määräävässä markkina-asemassa oleva yritys todellakin toteuttaa hinnoittelukäytännön, joka johtaa sen kanssa vähintäänkin yhtä tehokkaisiin kilpailijoihin kohdistuvaan hintaruuviin, jonka tavoitteena on syrjäyttää nämä asianomaisilta markkinoilta, ei hinnoittelukäytäntöä voida sen perusteella, ettei toivottua tulosta

22 — Riidanalaisen päätöksen 314–329 perustelukappale. Ks. edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Hoffmann-La Roche v. komissio ja asia T-203/01, Michelin v. komissio, tuomio 30.9.2003 (Kok., s. II-4071, ns. Michelin II -tapaus).

23 — Ks. edellä alaviitteessä 22 mainittu ns. Michelin II -tapaus, tuomion 60 kohta.

24 — Ks. esim. asia COMP/39.451 – Velux, jossa komission tutkimus osoitti Veluxin laatineen ehdollisen alennusjärjestelmän, joka ei johtanut kilpailunvastaiseen markkinoiden sulkemiseen eli kilpailijoita ei suljettu markkinoilta tavalla, josta voisi todennäköisesti aiheutua haittaa kuluttajille. Ks. myös Yhdistyneen kuningaskunnan kilpailuviraston (Office of Fair Trading, jäljempänä OFT) kilpailulain 47 §:n nojalla tekemä päätös, joka koski asiassa CA98/20/2002, BSkyB, 29.7.2003 tehtyä päätöstä (170 ja 178–181 kohta), jossa kantajat olivat esittäneet, että millä tahansa määräävässä asemassa olevan yrityksen tarjoamalla alennuksella tai hyvityksellä pyritään rajoittamaan ostajan mahdollisuutta valita hankintalähteensä ja että se on näin ollen prima facie määräävän aseman väärinkäyttöä, jonka on oltava objektiivisesti perusteltua. OFT kuitenkin hylkäsi tämän lähestymistavan. Ks. myös asiassa COMP/C-3/37.990 – Intel 13.5.2009 tehty komission päätös K(2009) 3726 lopullinen, jossa todettiin Intelin syyllistyneen yksittäiseen ja jatkuvaan [SEUT 102] artiklan ja ETA-sopimuksen 54 artiklan rikkomiseen, kun se sovelsi strategiaa, jonka tarkoituksena oli sulkea kilpailijat x86-keskusyksikköjä koskevilta markkinoilta (ks. unionin yleisessä tuomioistuimessa vireillä oleva asia T-286/09, Intel v. komissio).

25 — Asia C-52/09 (Kok., s. I-527). Ks. myös samassa asiassa 2.9.2010 esittämäni ratkaisuehdotus.

26 — Asia C-280/08 P (Kok., s. I-9555). Ks. myös samassa asiassa 22.4.2010 esittämäni ratkaisuehdotus.

loppujen lopuksi saavuteta, jättää katsomatta [SEUT 102] artiklassa tarkoitetuksi väärinkäytöksi. Jos kilpailijoiden kilpailutilanteeseen ei ole kohdistunut mitään vaikutusta, kyseessä olevan kaltaista hinnoittelukäytäntöä ei kuitenkaan voida luonnehtia markkinoilta syrjäyttäväksi käytännöksi, kun kyseinen käytäntö ei ole vaikeuttanut mitenkään kilpailijoiden pääsyä asianomaisille markkinoille."

46. Seuraavaksi on huomautettava, että unionin yleinen tuomioistuin otti aivan oikein valituksenalaisen tuomion 259–272 kohdassa huomioon lukuisia riidanalaisessa päätöksessä esitettyjä näkökohtia. Sen vuoksi unionin yleisen tuomioistuimen ei ollut tarpeen tarkastella hintatasoja sen yksityiskohtaisemmin kuin toteamalla tuomion 267 kohdassa, että "takautuvien alennusten järjestelmä aiheuttaa kuitenkin sen, että viimeisten yksiköiden todellinen hinta on asiakkaalle erittäin alhainen imuvaikutuksen vuoksi". [27] Valituksenalaisessa tuomiossa ei käsitelty tässä yhteydessä tarkemmin sitä, sisälsivätkö riidanalaisen päätöksen kaaviot virheitä (ks. valituksenalaisen tuomion 268 kohta).

47. Komissio on oikeassa todetessaan, että valituksenalaisen tuomion moittiminen negatiivisten hintojen yhteydessä on näin ollen tehotonta, sillä vaikka valituksessa esitetty näkemys olisikin oikea, se ei riittäisi oikeuttamaan sellaisen päätelmän kumoamista, jonka unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt otettuaan huomioon laajempia näkökohtia, [28] joita sinänsä ei ole riitautettu valituksessa. Toisin sanoen, vaikka Tomra onnistuisi osoittamaan, ettei negatiivisten hintojen kysymys ollut perustava sen ensimmäisessä oikeusasteessa esittämien perusteiden kannalta, se ei riitauta valituksessaan unionin yleisen tuomioistuimen toteamusta, jonka mukaan se, täytyisikö kilpailijan tarjota negatiivista hintaa turvatakseen myyntinsä, ei ollut ratkaisevaa sen päätelmän kannalta, että takautuvat alennukset merkitsivät määräävän aseman väärinkäyttöä.

48. Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että kolmas valitusperuste on tehoton.

49. Katson lisäksi, että kolmas valitusperuste olisi joka tapauksessa todettava perusteettomaksi. Valituksenalaisesta tuomiosta ilmenee selvästi, että negatiivisiin hintoihin liittyviä tosiseikkoja koskevia kysymyksiä käsiteltiin laajasti ensimmäisessä oikeusasteessa. Kuten komissio huomautti, Tomra myönsi, että ainakin kahdessa seitsemästä kannekirjelmässä käsitellystä esimerkistä kilpailija joutuisi tarjoamaan negatiivisia hintoja. Komissio esitti negatiivisista hinnoista useita lisäesimerkkejä, joita Tomra ei kiistänyt. [29] Tomra tulkitsi riidanalaista päätöstä väärin olettaessaan, että negatiiviset hinnat olivat ennakkoedellytys sille, että asiakasuskollisuuteen kannustavia hintajärjestelmiä voidaan pitää väärinkäyttönä. Riidanalaisen päätöksen perusteella on selvää, että siinä viitattiin takautuvien alennusjärjestelmien aikaansaamaan "imuvaikutukseen" (ks. edellä alaviite 27).

50. Tomran asianmukaisena pitämä vaihtoehtoinen testi perustuu kustannusten ja hintojen vertailuun, jossa alennuksen kustannukset kohdistuvat yhteen yksikköön tai jakautuvat "useille" yksiköille, jotka kilpailija pystyisi toimittamaan, ja vertailun tulosta pidetään kyseisen yksikön tai yksiköiden "todellisena hintana". Tomran mukaan on katsottava, että takautuvilla alennuksilla, jotka eivät johda kustannuksia alhaisempaan hinnoitteluun (edes yhden yksikön tapauksessa), ei voida sulkea kilpailijoita pois markkinoilta.

51. Tällaista testiä ei kuitenkaan edellytetä oikeuskäytännössä.

27 — Toisin sanoen mitä lähempänä asiakas on sen kynnyksen saavuttamista, joka antaa sille oikeuden saada (tai säilyttää) alennus kaikista aiemmin ostetuista laitteista, sitä kalliimmaksi kilpailijalle tulee myydä laitteita kyseiselle asiakkaalle. Voidakseen kilpailla laitteista ennen kynnyksen ylittymistä, kilpailijan on tarjottava asiakkaalle paljon alhaisempaa hintaa. Alennusjärjestelmät estivät siten markkinoille tuloa tekemällä sen rakenteellisesti vähemmän houkuttelevaksi ja kalliimmaksi kuin se olisi, ellei alennuksia myönnettäisi, eivätkä asiakkaat hyötyneet niistä, koska Tomran oli tämän strategian ansiosta mahdollista säilyttää korkea keskihinta ja monopoliasemasta saatavat tulot.

28 — Ks. erityisesti edellä 41 ja 42 kohta sekä alaviite 23.

29 — Komissio mainitsee esimerkkejä alennuksista, jotka johtavat negatiivisten hintojen tarjoamiseen asiakkaille Rimi Svenska, KB Exonen, Netto, Norgesgruppen, HakonGruppen ja Rema 1000 (ks. ensimmäisessä oikeusasteessa annetun vastauksen 68 ja 69 kohta).

52. Michelin II -tapauksessa annetun tuomion 240 kohdan mukaan ”yhteisöjen tuomioistuin muistutti ensin [kyseisen tuomion [30]] 238 kohdassa mainitusta periaatteesta ja selitti tämän jälkeen, että on otettava huomioon olosuhteet kokonaisuudessaan ja erityisesti alennuksen myöntämistä koskevat kriteerit ja yksityiskohdat sekä tutkittava, annetaanko alennuksella etuja, jotka eivät perustu mihinkään niihin oikeuttavaan taloudelliseen suoritukseen, ja pyritäänkö sillä näin poistamaan ostajalta vapaus hankintalähteiden valintaan tai rajoittamaan tätä vapautta, estämään kilpailijoiden pääsy markkinoille, soveltamaan kauppakumppaneihin erilaisia ehtoja samankaltaisten suoritusten osalta tai lujittamaan määräävää asemaa vääristyneellä kilpailulla”. [31]

53. Kuten komissio perustellusti huomautti, Tomra ei tässä yhteydessä edes väitä, että unionin yleinen tuomioistuin olisi tehnyt oikeudellisen virheen soveltaessaan kyseisiä arviointiperusteita.

54. On joka tapauksessa selvää, että oikeuskäytännön mukaan sen toteaminen, että Tomran menettelytavoilla pyrittiin heikentämään kilpailua markkinoilla tai estämään, viivyttämään tai vaikeuttamaan kilpailun syntymistä tai laajenemista, ei edellytä hintojen ja kustannusten vertailemista. Tällainen arviointi voi kuitenkin olla hyödyllinen arvioitaessa tarkemmin kyseisten menettelytapojen vaikutusten laajuutta. Se voisi esimerkiksi auttaa komissiota määrittämään, tehtiinkö menettelytavoilla markkinoille pääsy ja kilpailun laajeneminen pelkästään vaikeammaksi vai taloudellisesti mahdottomaksi.

55. Unionin yleinen tuomioistuin sovelsi nähdäkseni oikein unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, kun se totesi valituksenalaisen tuomion 289 kohdassa, että ”[SEUT 102] artiklan rikkomisen toteamiseksi ei ole tarpeen osoittaa, että kyseinen väärinkäyttö on vaikuttanut konkreettisesti relevantteihin markkinoihin. Tältä osin riittää, että osoitetaan, että yrityksen määräävän aseman väärinkäytöllä pyritään rajoittamaan kilpailua, tai toisin sanoen, että menettelytapa on omiaan vaikuttamaan sillä tavoin.” [32] On syytä huomauttaa, ettei Tomra riitauta valituksessaan kyseistä toteamusta.

56. Tässä yhteydessä on tärkeää muistuttaa siitä, mitä totesin edellä 42 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa: Käsiteltävässä asiassa riidanalaisessa päätöksessä ei pelkästään tarkasteltu abstraktilla tasolla sitä, olivatko yksinoikeudet tai alennukset ”luonnostaan” omiaan vaikuttamaan kielteisesti kilpailuun. Siinä pikemminkin osoitettiin, että asianomaisilla menettelytavoilla pyrittiin vaikuttamaan tai ne olivat omiaan vaikuttamaan sillä tavoin kyseisen tapauksen olosuhteissa. Tämä on juuri oikea lähestymistapa. Kielteisiin vaikutuksiin ei pitäisi viitata automaattisesti. Tapauskohtaisessa tarkastelussa ei siten pitäisi pelkästään olettaa tällaisten poissulkevien vaikutusten olevan (todennäköisesti) olemassa, vaan niiden olemassaolo olisi arvioitava ja osoitettava.

57. Edellä esitetyn perusteella on katsottava, ettei unionin yleinen tuomioistuin tehnyt menettelyvirhettä tai oikeudellista virhettä tutkiessaan takautuvia alennuksia. Kolmas valitusperuste on näin ollen hylättävä perusteettomana.

30 — ”Väärinkäytön käsite on objektiivinen käsite, joka tarkoittaa määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymistä, joka on omiaan vaikuttamaan sellaisten markkinoiden rakenteeseen, joilla juuri kyseessä olevan yrityksen olemassaolon vuoksi kilpailuaste on jo heikentynyt, ja joka estää markkinoilla vielä olemassa olevan kilpailuasteen säilymisen ja tämän kilpailun kehittymisen sen vuoksi, että tämä yritys käyttää muita kuin niitä keinoja, joita taloudellisten toimijoiden liiketoimiin perustuvassa tuotteiden tai palvelujen tavallisessa kilpailussa käytetään.” (Ks. mm. edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomion 91 kohta).

31 — Kyseisellä tuomiolla (edellä alaviitteessä 22 mainittu Michelin II -tapaus) viitataan asiaan 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. komissio, tuomio 9.11.1983 (Kok., s. 3461, Kok. Ep. VII, s. 339, 73 kohta, ns. Michelin I -tapaus).

32 — Ks. edellä alaviitteessä 22 mainittu Michelin II -tapaus, tuomion 239 kohta ja edellä alaviitteessä 19 mainittu asia British Airways v. komissio, tuomion 293 kohta.

D *Neljäs valitusperuste, joka koskee oikeudellista virhettä ja asianmukaisten perustelujen puuttumista ratkaistaessa sitä, voitiinko sopimuksia, joissa Tomra on nimetty ”ensisijaiseksi, pääasialliseksi tai ensimmäiseksi toimittajaksi”, pitää yksinoikeussopimuksina (valituksenalaisen tuomion 55–67 kohta)*

58. Tomra väittää lähinnä, että unionin yleinen tuomioistuin teki oikeudellisen virheen eikä esittänyt asianmukaisia perusteluja ratkaistessaan, voitiinko sopimuksia, joissa Tomra on nimetty ”ensisijaiseksi, pääasialliseksi tai ensimmäiseksi toimittajaksi”, pitää yksinoikeussopimuksina ja määräävän aseman väärinkäyttönä. Hylättyään Tomran väitteen, jonka mukaan sen olisi otettava arvioinnissaan huomioon se, olivatko sopimukset kansallisen oikeuden mukaan sitovia yksinoikeussopimuksia, unionin yleinen tuomioistuin ei tarkastellut eikä todennut sitä, sisältyikö kaikkiin kyseisiin sopimuksiin kannustimia tehdä hankinnat yksinomaan Tomralta, kuten asiassa Hoffmann-La Roche vastaan komissio annetussa tuomiossa edellytetään. Tomran mukaan unionin yleinen tuomioistuin tukeutui pelkästään Tomran väitettyihin subjektiivisiin aikomuksiin todetessaan, että kaikki kyseiset sopimukset olivat yksinoikeussopimuksia.

59. Valituksenalaisen tuomion 57 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin totesi – i) yleisesti –, että ”komissio on riidanalaisessa päätöksessä luonnehtinut ’ensisijaisen toimittajan’ sopimuksia yksinoikeussopimuksiksi osapuolten aikomuksista käytettävissä olleiden todisteiden perusteella. Nämä todisteet osoittavat, että kyseisillä sopimuksilla pyrittiin yksinoikeuteen ja että ne ymmärrettiin yksinoikeussopimuksiksi riippumatta siitä, olivatko ne kansallisen sopimusoikeuden perusteella täytäntöönpanokelpoisia.” Jäljempänä valituksenalaisessa tuomiossa (58–66 kohdassa) unionin yleinen tuomioistuin totesi lisäksi – ii) erityisesti –, että edellä esitetty pätee kuhunkin sopimukseen.

60. Unionin yleinen tuomioistuin totesi näin ollen selvästi, että kysymys siitä, ymmärsivätkö sopimuspuolet kyseiset sopimukset yksinoikeussitoumukseksi, oli tosiseikkoja koskeva kysymys, joka on ratkaistava käytettävissä olevien todisteiden eikä erilaisia sopimuksia sääntelevän kansallisen lainsäädännön perusteella.

61. Tomra kyseenalaistaa näin ollen valituksenalaiseen tuomioon sisältyvän tosiseikkoja koskevan toteamuksen.[33]

62. Komissio on oikeassa väittäessään, että Tomra olisi voinut kyseenalaistaa unionin yleisen tuomioistuimen toteamuksen oikeudelliset perustelut; se olisi voinut väittää, että yksinoikeutta koskevan sitoumuksen olemassaolosta on päätettävä yksinomaan kansallisen sopimuslainsäädännön perusteella, mikä olikin Tomran kanta ensimmäisessä oikeusasteessa.

63. Tomra ei kuitenkaan esitä tätä näkemystä käsiteltävässä valituksessa. Valituskirjelmän 39 kohdassa näytetään hyväksyttävän se, että unionin yleinen tuomioistuin hylkäsi kyseisen kanneperusteen, mutta tosiasia kuitenkin on, ettei sen hylkäämistä riitauteta valituksessa. On huomautettava, ettei valituksessa riitauteta valituksenalaisen tuomion 223 ja 298 kohdassa esitettyjä vastaavia toteamuksia.

64. Toisin kuin Tomra väittää valituksessaan, unionin yleinen tuomioistuin nähdäkseni ”tarkasteli sitä, oliko sopimuksessa kannustimia tehdä hankinnat yksinomaan toimittajalta”, kun se totesi, että sopimukset ovat yksinoikeussopimuksia. Se tutki yksityiskohtaisesti tähän liittyviä väitteitä ja hylkäsi ne perusteettomina sille esitettyjen todisteiden perusteella valituksenalaisen tuomion 88–197 kohdassa.

65. Oikeuskäytännön mukaan unionin yleisen tuomioistuimen tekemä tosiseikaston arviointi ei ole sellainen oikeuskysymys, joka voidaan riitauttaa valituksessa, lukuun ottamatta sitä tapausta, että ”tuomioistuimelle esitetty selvitys on otettu huomioon vääristyneellä tavalla”.[34]

33 — Toteamuksen, jonka mukaan sopimukset, joissa Tomra nimettiin ”ensisijaiseksi, pääasialliseksi tai ensimmäiseksi toimittajaksi”, merkitsivät yksinoikeussitoumusta.

34 — Ks. esim. asia C-481/01 P (R), NDC Health v. IMS Health ja komissio, määräys 11.4.2002 (Kok., s. I-3401, 88 kohta). Ks. myös yhdistetyt asiat C-65/02 P ja C-73/02 P, ThyssenKrupp v. komissio, tuomio 14.7.2005 (Kok., s. I-6773, 80–87 kohta) ja yhdistetyt asiat C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P, Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomio 7.1.2004 (Kok., s. I-123, 48 ja 49 kohta).

66. Katson näin ollen, että koska Tomra ei osoita eikä edes väitä, että unionin yleinen tuomioistuin on ottanut tosiseikat ja todisteet huomioon vääristyneellä tavalla, tätä neljännen valitusperusteen osaa ei voida ottaa tutkittavaksi.

67. Tomra väittää lisäksi, ettei unionin yleinen tuomioistuin tutkinut, sisältyikö sopimuksiin ”muita kannustimia” tehdä hankinnat yksinomaan siltä. Se huomauttaa, ettei unionin yleinen tuomioistuin tutkinut, oliko kaikissa sopimuksissa objektiivisia kannustimia, jotta niitä kaikkia voitaisiin pitää yksinoikeussopimuksina. Unionin yleisen tuomioistuimen on tarkasteltava sitä, sisältyykö sopimukseen kannustimia tehdä hankinnat yksinomaan toimittajalta, voidakseen päätellä, että kyseessä on yksinoikeussopimus. Tomran mukaan unionin yleinen tuomioistuin teki oikeudellisen virheen, koska se ei arvioinut jokaista sopimusta tällä tavoin.

68. Olen yhtä mieltä komission kanssa siitä, että neljäs valitusperuste kuvastaa merkittävää muutosta Tomran perusteissa.

69. Valituskirjelmän 36 kohdassa Tomra väittää, että unionin yleinen tuomioistuin ”ei tarkastellut eikä todennut sitä, oliko kaikissa kysymyksessä olevissa sopimuksissa kannustimia tehdä hankinnat yksinomaan [Tomralta], sen jälkeen, kun se oli hylännyt [Tomran] väitteen, jonka mukaan sen olisi otettava arvioinnissaan huomioon se, olivatko sopimukset kansallisen oikeuden mukaan sitovia yksinoikeussopimuksia”.

70. Valituksessa itse asiassa myönnetään, että ensimmäisessä oikeusasteessa esitetty kanneperuste hylättiin, mutta siinä ei riitauteta sen hylkäämistä. Vaikuttaa pikemminkin siltä, että kun ensimmäisessä oikeusasteessa esitetty kanneperuste hylättiin, Tomra esittää nyt lähtökohtaisesti täysin erilaisen valitusperusteen, jonka mukaan unionin yleinen tuomioistuin ei tarkastellut sitä, sisältyikö sopimuksiin muita ”kannustimia” tehdä hankinnat yksinomaan Tomralta.

71. Vaikka unionin yleisen tuomioistuimen tehtävänä ei siten ollut tarkastella nyt esitettyä perustetta, se esitetään kuitenkin valitusperusteena tuomiota vastaan. Vaikuttaa siltä, että Tomra on saanut innoituksen tähän muutokseen valituksenalaisessa tuomiossa (59 kohta) lainatuista asiassa Hoffmann-La Roche vastaan komissio annetun tuomion 89 ja 90 kohdasta.

72. Tästä seuraa, että neljäs valitusperuste muodostaa uuden perusteen. Oikeuskäytännöstä ilmenee, että ”jos asianosaisella olisi oikeus esittää ensi kertaa vasta [unionin] tuomioistuimessa perusteita, joihin se ei ole [unionin yleisessä] tuomioistuimessa vedonnut, asianosaisella olisi oikeus laajentaa [unionin] tuomioistuimessa, jonka toimivalta muutoksenhakuasioissa on rajoitettu, kannettaan [unionin yleisessä] tuomioistuimessa käsiteltyyn asiaan nähden. [Unionin tuomioistuin] on valitusasioissa näin ollen toimivaltainen arvioimaan ainoastaan sitä oikeudellista ratkaisua, jonka [unionin yleinen] tuomioistuin on tehnyt sille esitetyistä perusteista.” [35]

73. Edellä esitetyn perusteella neljäs valitusperuste on jätettävä kokonaan tutkimatta.

74. Vaikka unionin tuomioistuin katsoisikin, ettei neljäs valitusperuste ole uusi peruste eikä siinä riitauteta unionin yleisen tuomioistuimen selvitysaineistosta tekemää arviointia, komissio on nähdäkseni onnistunut osoittamaan, että neljäs valitusperuste on perusteeton.

75. Väite, jonka mukaan edellä mainitussa asiassa Hoffmann-La Roche vastaan komissio annetun tuomion 89 ja 90 kohdassa esitetyssä testissä edellytetään, että sopimukseen sisältyy yksinoikeuslausekkeen ohella myös jonkinlainen lisäkannustin, perustuu mainitun tuomion virheelliseen tulkintaan.

35 — Ks. edellä alaviitteessä 4 mainittu asia komissio v. Brazzelli Lualdi ym., tuomion 59 kohta.

76. Kuten valituksenalaisen tuomion 296 kohdassa (jota ei ole riitautettu valituksessa) todetaan, ”tällaiset yksinostositoumukset ovat yhteensoveltumattomia sen tavoitteen kanssa, että kilpailun yhteismarkkinoilla tulisi olla vääristymätöntä, riippumatta siitä, saadaanko sitoumusten vastineena alennuksia tai uskollisuusalennuksia, joiden tarkoituksena on kannustaa ostajaa hankkimaan tarvitsemansa määrät yksinomaisesti kyseiseltä määräävässä asemassa olevalta yritykseltä, koska nämä sitoumukset eivät perustu mainitun haitan tai edun perustelluksi tekevään taloudelliseen vastasuoritukseen, vaan niiden tarkoituksena on poistaa ostajalta mahdollisuus valita hankintalähteensä tai rajoittaa tätä mahdollisuutta sekä estää tuottajien markkinoille pääsy”. [36] Asiassa Hoffmann-La Roche vastaan komissio annetusta tuomiosta ja asiayhteydestä, jossa sitä lainattiin valituksenalaisen tuomion 59 kohdassa, käy selvästi ilmi, että yksinoikeussitoumus muodostaa jo sinänsä kannustimen yksinoikeuteen riippumatta siitä, mikä asema sillä on ja onko se täytäntöönpanokelpoinen kansallisen sopimusoikeuden perusteella.

77. Näin unionin yleinen tuomioistuin totesikin ensin valituksenalaisen tuomion 223 kohdassa yleisesti kaikkien Tomran menettelytapojen yhteydessä ja toiseksi 298 kohdassa erityisesti määräsitoumusten yhteydessä.

78. Valituksenalaisen tuomion 223 kohdan mukaan ”siitä, että supermarketketjut ovat ammattiostajia, jotka kykenivät vertailemaan [Tomran] ja niiden kilpailijoiden palautusautomaatteja ja valitsemaan niiden välillä, on todettava, että [Tomran] käyttäytyminen oli selvästi suunniteltu sellaiseksi, että otettiin käyttöön mekanismeja, jotka houkuttelevat asiakkaita olemaan tekemättä ostoja muilta toimittajilta ja säilyttämään tämän tilanteen”.

79. Valituksenalaisen tuomion 298 kohdan mukaan ”riidanalaisen päätöksen 302 perustelukappaleessa viitatun kaltaiset asiakaskohtaiset määräsitoumukset, jotka *todellisuudessa* sitovat ja/tai kannustavat ostajaa hankkimaan kaikki tarvitsemansa tuotteet tai huomattavan osan niistä määräävässä asemassa olevalta yritykseltä ja jotka eivät perustu mainitun haitan tai edun perustelluksi tekevään taloudellisen suoritukseen, vaan niiden tarkoituksena on poistaa ostajalta mahdollisuus valita hankintalähteensä tai rajoittaa tätä mahdollisuutta sekä estää tuottajien markkinoille pääsy, *samalla kun myönnetään, että ne eivät sido ostajaa muodollisella velvoitteella*, merkitsevät [SEUT 102] artiklassa tarkoitettua määräävän aseman väärinkäyttöä”. [37]

80. Kuten komissio huomautti, Tomra ei ole riitauttanut kyseistä valituksenalaisen tuomion osaa. Tämä neljännen valitusperusteen osa on näin ollen sekä perusteeton että tehoton.

81. Neljäs valitusperuste ei myöskään täytä työjärjestyksen 38 artiklan 1 kohdan c alakohdan vaatimuksia. Tomra viittaa valituksessaan muihin sopimuksiin, joissa se on nimetty ”ensisijaiseksi, pääasialliseksi tai ensimmäiseksi toimittajaksi” ja joita se väittää unionin yleisen tuomioistuimen arvioineen virheellisesti, ainoastaan yhdessä alaviitteessä, jossa pelkästään luetellaan neljä sopimusta niitä sen enempää selittämättä. Tätä ei voida pitää 38 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaisena riittävästi perusteltuna valitusperusteena.

82. Valituskirjelmän 38 kohdassa Tomra myöntää, että valituksenalaisessa tuomiossa mainitaan joitakin sopimuksia, joihin ”sisältyi myös määräsitoumuksia tai progressiivisia takautuvia alennuksia”. Valituskirjelmässä kuitenkin väitetään, ettei näiden harvojen esimerkkien perusteella voida todeta, että kaikkiin sopimuksiin, joissa käytettiin käsitteitä ”ensisijainen”, ”pääasiallinen” tai ”ensimmäinen”, olisi sisältynyt kannustimia tehdä hankinnat yksinomaan Tomralta. Vastauksessaan Tomra väitti, että ”oikeudellinen virhe”, jonka unionin yleinen tuomioistuin teki oli se, että se ”ei soveltanut – – jokaiseen sopimukseen” arviointia, jota se sovelsi joihinkin sopimuksiin valituksenalaisen tuomion 60 kohdassa.

36 — Tässä viitataan edellä alaviitteessä 5 mainittuun asiaan Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomion 90 kohta.

37 — Kursivointi tässä. Kyseisessä kohdassa viitataan asiaan T-65/98, Van den Bergh Foods v. komissio, tuomio 23.10.2003 (Kok., s. II-4653, 84 ja 160 kohta).

83. Valituskirjelmässä kuitenkin luetellaan (alaviitteessä) sopimuksina, joita on Tomran mukaan arvioitu tällä tavoin virheellisesti, ainoastaan neljä sopimusta, joita ei selitetä sen tarkemmin.

84. Komissio huomautti perustellusti, että yksi näistä neljästä sopimuksesta (Royal Ahold) mainitaan itse asiassa valituksenalaisen tuomion 60 kohdassa. Se on näin ollen ilmeisesti yksi niistä ”harvoista esimerkeistä”, joissa Tomra myöntää unionin yleisen tuomioistuimen tutkineen oikein kannustinten olemassaoloa. Kaksi muuta sopimusta (Edeka Baden-Württemberg (2000) ja COOP Schleswig-Holstein (2000)) eivät tosiaan ole sopimuksia, joissa käytetään ilmaisua ”ensisijainen, pääasiallinen tai ensimmäinen toimittaja”. Ne ovat komission mukaan nimenomaisesti yksinoikeussopimuksia. Kun tarkastellaan Edeka Bayern-Sachsen-Thüringen -nimistä asiakasta (Kooperationsverbund Süd) (1998–1999) koskevaa sopimusta, unionin yleiselle tuomioistuimelle esitettyyn selvitysaineistoon sisältyivät sopimusehdot ja sisäisiä asiakirjoja, joissa kuvattiin neuvottelujen tuloksia;[38] Tomra Germanyn sisäisestä sähköpostiviestistä, jossa viitattiin aiempaan suulliseen yhteydenottoon ja kuvattiin neuvottelujen tuloksia, ilmenee selvästi, että sopimus ymmärrettiin yksinoikeussopimukseksi,[39] ja sen lausekkeen merkitys, jossa sallittiin kilpailevien palautusautomaattien ostaminen ainoastaan ”jos ne tarjoavat merkittäviä etuja” tai ”testauskäyttöön” erittäin tiukoin ehdoin.[40]

85. Näin ollen on mielestäni selvää, etteivät Tomran neljännessä valitusperusteessa esittämät väitteet riitä kumoamaan Tomran sopimusten yksinoikeudellisesta luonteesta valituksenalaisessa tuomiossa esitettyjä päätelmiä.

86. Edellä esitetyn perusteella on katsottava, ettei unionin yleinen tuomioistuin tehnyt oikeudellista virhettä eikä esittänyt riittämättömiä perusteluja ratkaistaessa sitä, voitiinko sopimuksia, joissa Tomra on nimetty ”ensisijaiseksi, pääasialliseksi tai ensimmäiseksi toimittajaksi”, pitää yksinoikeussopimuksina. Neljäs valitusperuste on näin ollen hylättävä perusteettomana.

E *Viides valitusperuste, jonka mukaan unionin yleinen tuomioistuin teki oikeudellisen virheen sakon valvonnassa, kun se ei soveltanut asianmukaisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatetta (valituksenalaisen tuomion 310–321 kohta)*

87. Tomra väittää lähinnä, että unionin yleinen tuomioistuin teki oikeudellisen virheen, kun se ei soveltanut asianmukaisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatetta komission määräämän sakon valvonnassa. Kyseinen periaate edellyttää, ettei komissio määrää yritykselle sakkoa, joka on huomattavasti suurempi kuin muille siihen rinnastettavissa olevassa tilanteessa oleville yrityksille määrätty sakko.

88. Komissio väittää, että väitetty rikkomus oli selvä[41] ja tahallinen. Sen mukaan tapaukseen ei liittynyt erityisiä olosuhteita, jotka olisivat oikeuttaneet sakon alentamisen. Komissio lisää, ettei käsiteltävässä asiassa määrätty sakko ole mitenkään epätavallinen tai erityisen ankara.

89. Tomran väite on nähdäkseni oikeudellisesti tarkasteltuna perusteeton.

38 — Tässä viitataan riidanalaisen päätöksen 192–194 perustelukappaleeseen ja alaviitteeseen 415.

39 — ”Es wird einen Exklusivvertrag mit Tomra zu den Bedingungen vom 20.03.98 geben” (Tomran kanssa tehdään yksinoikeussopimus 20.3.1998 sovituin ehdoin). Vastineen liite B.1, komission asiakirja-aineiston s. 6686.

40 — Lausekkeen 4 sanamuoto on seuraava: ”Die Kooperationspartner sowie deren Regiebetriebe haben die Möglichkeit, jeweils einen Testmarkt innerhalb des Zeitraums mit Wettbewerbserzeugnissen auszustatten” (Yhteistyökumppaneilla ja niiden myyntipisteillä on mahdollisuus käyttää kutakin kilpailevaa tuotetta yhdellä testimarkkina-alueella sopimuksen voimassaoloaikana). Kannekirjelmän liite A-21, s. 892.

41 — Tämäntyyppistä rikkomista on käsitelty jo aiemmin useissa ratkaisuissa. Tässä yhteydessä mainittakoon muun muassa seuraavat asiat: yhdistetyt asiat 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73, Suiker Unie ym. v. komissio, tuomio 16.12.1975 (Kok., s. 1663, 517 kohta ja sitä seuraava kohta); edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomion 90 ja 91 kohta; edellä alaviitteessä 31 mainittu Michelin I -tapaus, tuomion 62 ja 63 kohta; asia C-163/99, Portugali v. komissio, tuomio 29.3.2001 (Kok., s. I-2613, 50 ja 51 kohta); edellä alaviitteessä 19 mainittu asia British Airways v. komissio; asia T-30/89, Hilti v. komissio, tuomio 12.12.1991 (Kok., s. II-1439, 101 kohta); asia T-65/89, BPB Industries ja British Gypsum v. komissio, tuomio 1.4.1993 (Kok., s. II-389, Kok. Ep. XIV, s. II-1, 71 ja 120 kohta); asia T-228/97, Irish Sugar v. komissio, tuomio 7.10.1999 (Kok., s. II-2969, 198, 201 ja 213 kohta); edellä alaviitteessä 22 mainittu Michelin II -tapaus, tuomion 53 ja 54 kohta ja edellä alaviitteessä 19 mainittu asia Solvay v. komissio.

90. Valituksessa riitautetaan sakon määrä toistamalla lähinnä joitakin ensimmäisessä oikeusasteessa esitettyjä väitteitä. Katson kuitenkin, että unionin yleinen tuomioistuin sovelsi oikein asiaa koskevaa oikeuskäytäntöä eikä tehnyt tuomiossaan oikeudellista virhettä.

91. Viittaan tässä yhteydessä valituksenalaisen tuomion 310–321 kohdassa mainittuun oikeuskäytäntöön ja esitän seuraavassa ainoastaan joitakin huomautuksia.

92. Oikeuskäytännön [42] mukaan komission aiemmin noudattama päätöskäytäntö ei itsessään ole sakkojen määrittämistä koskeva oikeudellinen kehys kilpailuoikeuden alalla, koska tällainen kehys on määritetty ainoastaan asetuksessa N:o 1/2003. [43] Se, että komissio on aikaisemmin soveltanut tietyntasoisia sakkoja tietynlaisiin rikkomuksiin, ei voi merkitä sitä, etteikö se voisi nostaa tätä sakkojen tasoa asetuksessa N:o 1/2003 ilmoitetuissa rajoissa, jos tämä on tarpeen unionin kilpailupolitiikan toteuttamiseksi. Unionin kilpailusääntöjen tehokas soveltaminen edellyttää päinvastoin sitä, että komissio voi milloin tahansa mukauttaa sakkojen tasoa tämän politiikan tarpeita vastaavaksi. [44] Lisäksi sakot ovat komission kilpailupolitiikan väline, ja komissiolla on oltava harkintavaltaa niiden määrän vahvistamisessa, jotta se voisi ohjata yritysten toimintaa niin, että ne noudattaisivat kilpailusääntöjä. [45]

93. Komissiota ei myöskään voida moittia siitä, ettei se ole määrännyt eri asioissa vakavuudeltaan toisiinsa verrattavissa olevista rikkomuksista sakkoja, jotka vastaavat samaa prosentuaalista osuutta liikevaihdosta. [46]

94. Olen yhtä mieltä komission kanssa siitä, ettei ole hyvää syytä, miksi yhdenvertaisen kohtelun periaatteen yhteydessä tehtävän sakon ankaruuden vertailun pitäisi perustua prosenttiosuuteen maailmanlaajuisesta liikevaihdosta. Sakon ankaruutta voitaisiin arvioida suhteessa sen absoluuttiseen määrään tai muiden suhteellisten parametrien, kuten rikkomiseen liittyneen myynnin tai saatujen voittojen, perusteella. Kokonaisliikevaihdolla ei ole erityistä merkitystä tässä suhteessa. Sakkoja ei lasketa osuutena maailmanlaajuisesta liikevaihdosta.

95. Unionin tuomioistuin on todennut, että ”komissio ei ole määrittäessään sakkojen määrää kulloisenkin rikkomisen vakavuuden ja keston perusteella velvollinen laskemaan sakon määrää kyseessä olevien yritysten liikevaihtoon perustuvien määrien pohjalta”. [47]

96. Asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 2 kohdan mukaan sakko on enintään kymmenen prosenttia yrityksen edellisen tilikauden liikevaihdosta. On selvää, ettei tätä määrättävän sakon ehdotonta enimmäismäärää ylitetty käsiteltävässä asiassa. Sivumennen sanoen vaikuttaa siltä, että useissa viimeaikaisissa tapauksissa kymmenen prosentin enimmäismäärä on itse asiassa ylittynyt: vuosina 1998–2009 peräti 24:lle komission päätösten adressaatille määrättyä sakkoa on alennettu siltä osin kuin sakon lopullinen määrä ylitti kymmenen prosenttia niiden kokonaisliikevaihdosta – noin kymmenelle prosentille adressaateista määrättiin näin ollen itse asiassa sakon ehdoton enimmäismäärä.

42 — Ks. yhdistetyt asiat C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P ja C-213/02 P, Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomio 28.6.2005 (Kok., s. I-5425, 205 kohta). Ks. myös esim. asia T-52/02, SNCZ v. komissio, tuomio 29.11.2005 (Kok., s. II-5005, 77 kohta). Komissio voi vapaasti muuttaa painoarvoa, jonka se antaa eri tekijöille rikkomuksen vakavuutta arvioidessaan: asia T-347/94, Mayr-Melnhof v. komissio, tuomio 14.5.1998 (Kok., s. II-1751, 368 kohta) ja asia T-241/01, Scandinavian Airlines System v. komissio, tuomio 18.7.2005 (Kok., s. II-2917, 132 kohta) (sillä ei ole merkitystä, että komissio on saattanut pitää käsiteltävän kaltaista rikkomusta aiemmin vähemmän vakavana).

43 — [SEUT 101] ja [SEUT 102] artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16.12.2002 annettu neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003 (EYVL 2003, L 1, s. 1).

44 — Yhdistetyt asiat 100/80-103/80, Musique Diffusion française ym. v. komissio, tuomio 7.6.1983 (Kok., s. 1825, Kok. Ep. VII, s. 133, 109 kohta).

45 — Asia T-49/95, Van Megen Sports v. komissio, tuomio 11.12.1996 (Kok., s. II-1799, 53 kohta).

46 — Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 42 mainittu asia SNCZ v. komissio, tuomion 79 kohta ja asia T-67/01, JCB Service v. komissio, tuomio 13.1.2004 (Kok., s. II-49, 187–189 kohta).

47 — Ks. mm. edellä alaviitteessä 42 mainitut yhdistetyt asiat Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomion 255 kohta.

97. Katson näin ollen, ettei unionin yleinen tuomioistuin tehnyt valituksenalaiseen tuomioon sisältyvässä sakon valvonnassa oikeudellista virhettä yhdenvertaisen kohtelun periaatteen yhteydessä ja että se sovelsi oikein oikeuskäytäntöä. Unionin yleinen tuomioistuin katsoi perustellusti, että komissio on käsiteltävässä asiassa sakon vahvistaessaan noudattanut sovellettavien sakon laskentaa koskevien suuntaviivojen mukaisia velvoitteitaan. [48] Näin ollen on hylättävä Tomran väite, jonka mukaan unionin yleinen tuomioistuin saattoi varmistua syrjimättömyydestä ainoastaan arvioimalla komission määräämien sakkojen ”tasoa” riidanalaisen päätöksen tekohetkellä muiden, siihen rinnastettavissa olevien tapausten perusteella.

98. Viides valitusperuste on siten hylättävä.

99. Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että valitus on hylättävä kokonaisuudessaan.

IV Ratkaisuehdotus

100. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin ratkaisee asian seuraavasti:

— Valitus hylätään.

— Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS, Tomra Systems GmbH, Tomra Systems BV, Tomra Leergutsysteme GmbH, Tomra Systems AB ja Tomra Butikksystemer AS vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan, ja ne velvoitetaan korvaamaan komission oikeudenkäyntikulut.

48 — Havainnollisuuden vuoksi todettakoon, että kuten komissio huomautti Tomran väitteistä, joiden mukaan sakko oli 8 prosenttia Tomran liikevaihdosta, vaikuttaa siltä, että sakon lopullinen määrä vastaa noin 7,14:ää prosenttia Tomran liikevaihdosta. Kun otetaan huomioon rikkomisen kesto (viisi vuotta, mitä ei missään vaiheessa kiistetty), sakon määrä oli noin 1,6 prosenttia Tomran yhteenlasketusta liikevaihdosta rikkomisen keston aikana.