JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

JULIANE KOKOTT

19 päivänä helmikuuta 2009 [1]

I Johdanto

1. Nyt käsiteltävä ennakkoratkaisuasia antaa yhteisöjen tuomioistuimelle tilaisuuden selventää, mitä vaatimuksia on asetettava sille, että voidaan todeta EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu yhdenmukaistettu menettelytapa, jolla on kilpailunvastainen tarkoitus.

2. Asiassa on lähinnä selvitettävä, edellyttääkö kilpailunvastaisen tarkoituksen olemassaolon toteaminen, konkreettisten markkinaolosuhteiden, osallistuvien yritysten markkinakäyttäytymisen ja niiden käyttäytymisestä kilpailulle aiheutuvien vaikutusten tutkimista, ja miten laajalti se sitä edellyttää. Lisäksi on annettava ratkaisu siitä, mitä sääntöjä on johdettavissa yhteisön oikeudesta näyttökysymyksen kannalta, jos EY 81 artiklan rikkomista tulkitaan kansallisessa oikeudenkäynnissä.

3. Näiden kysymysten merkitystä yhteisön kilpailuoikeuden tehokkaalle täytäntöönpanolle ei saa aliarvioida uudessa hajautetussa järjestelmässä, joka otettiin käyttöön kartellioikeudenkäynteihin sovellettavaa lainsäädäntöä koskevan uudistuksen yhteydessä asetuksella (EY) N:o 1/2003. [2] Vastattaessa niihin pitäisi ottaa huomioon vaarat, joita EY:n perustamissopimuksen kilpailusääntöjen heikentämisestä aiheutuisi paitsi Euroopan sisämarkkinoille [3] myös eurooppalaisille kuluttajille.

II Asiaa koskeva lainsäädäntö

A *Yhteisön oikeus*

4. Nyt käsiteltävää asiaa koskeva yhteisön lainsäädäntö sisältyy EY 81 artiklan 1 kohtaan, jonka sanamuoto on seuraava:

1 – Alkuperäinen kieli: saksa.

2 – Perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16.12.2002 annettu neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003 (EYVL 2003, L 1, s. 1).

3 – Näihin vaaroihin on viitannut viimeksi esim. julkisasiamies Geelhoed; vrt. hänen asiassa C-407/04 P, Dalmine v. komissio, 12.9.2006 antamansa ratkaisuehdotus (Kok., s. I-829, 136 ja 137 kohta), johon viitataan myös yhteisöjen tuomioistuimen samassa asiassa 25.1.2007 antamassa tuomiossa (84 kohta).

”Yhteismarkkinoille soveltumattomia ja kiellettyjä ovat sellaiset yritysten väliset sopimukset, yritysten yhteenliittymien päätökset sekä yritysten yhdenmukaistetut menettelytavat, jotka ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua yhteismarkkinoilla tai joista seuraa, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy yhteismarkkinoilla, ja erityisesti sellaiset sopimukset, päätökset ja menettelytavat:

a) joilla suoraan tai välillisesti vahvistetaan osto- tai myyntihintoja taikka muita kauppaehtoja;

b) joilla rajoitetaan tai valvotaan tuotantoa, markkinoita, teknistä kehitystä taikka investointeja;

c) joilla jaetaan markkinoita tai hankintalähteitä;

d) joiden mukaan eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin sovelletaan erilaisia ehtoja kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla;

e) joiden mukaan sopimuksen syntymisen edellytykseksi asetetaan se, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppatavan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen.”

5. Lisäksi on mainittava asetus N:o 1/2003, jonka 2 artiklassa on erityisesti seuraava säännös todistustaakasta:

”Kaikissa perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklan soveltamismenettelyissä kansallisella ja yhteisön tasolla perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdan tai 82 artiklan määräysten rikkomista koskeva todistustaakka kuuluu osapuolelle tai viranomaiselle, joka väittää määräyksiä rikottavan. – –”

6. Mainitsemisen arvoinen on myös asetuksen N:o 1/2003 johdanto-osan viidennen perustelukappaleen viimeinen virke:

”Tämä asetus ei vaikuta todistelunormistoa [saksankielisessä toisinnossa: näyttökynnystä] koskeviin kansallisiin sääntöihin eikä jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisten ja tuomioistuinten velvollisuuksiin varmistua tosiseikoista, joilla on asiassa merkitystä, edellyttäen, että tällaiset säännöt ja velvoitteet ovat yhteensopivat yhteisön oikeutta koskevien yleisten periaatteiden kanssa.”

7. Asetuksen N:o 1/2003 3 artiklassa säädetään EY 81 artiklan ja kansallisen kilpailulainsäädännön välisestä suhteesta seuraavaa:

”1. Jos jäsenvaltioiden kilpailuviranomaiset tai kansalliset tuomioistuimet soveltavat kansallista kilpailulainsäädäntöä perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuihin sopimuksiin, yritysten yhteenliittymien päätöksiin tai yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin, jotka saattavat vaikuttaa kyseisessä säännöksessä tarkoitettuun jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, niiden on myös sovellettava perustamissopimuksen 81 artiklaa mainitunlaisiin sopimuksiin, päätöksiin tai yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin. – –

2. Kansallisen kilpailulainsäädännön soveltaminen ei saa johtaa sellaisten sopimusten, yritysten yhteenliittymien päätösten tai yhdenmukaistettujen menettelytapojen kieltämiseen, jotka saattavat vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, mutta jotka eivät rajoita kilpailua perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla – –

– –”

B *Kansallinen lainsäädäntö*

8. Nyt käsiteltävään asiaan liittyvä Alankomaiden lainsäädännön oikeudellinen sääntely sisältyy kilpailulakiin (Mededingingswet, [4] jäljempänä Mw), sellaisena kuin se on muutettuna 9.12.2004 annetulla lailla [5] ja siinä muodossa kuin se tuli voimaan 1.7.2005.

4 – Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging – Mededingingswet (Stb. 1997, s. 242).

5 – Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan (Stb. 2005, s. 172).

9. Mw:n 1 §:ään sisältyy muun muassa seuraava käsitteiden määrittelyä koskeva säännös:

”Tässä laissa ja siihen perustuvissa määräyksissä tarkoitetaan

– –

h) yritysten yhdenmukaistetuilla menettelytavoilla [EY] 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuja yritysten yhdenmukaistettuja menettelytapoja;

– –”

10. Mw:n 6 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Kiellettyjä ovat yritysten väliset sopimukset, yritysten yhteenliittymien päätökset sekä yritysten yhdenmukaistetut menettelytavat, joiden tarkoituksena on kilpailun estäminen, rajoittaminen tai vääristäminen Alankomaiden markkinoilla tai niiden osassa tai joiden seurauksena kilpailu Alankomaiden markkinoilla tai niiden osassa estyy, rajoittuu tai vääristyy.”

11. Alankomaiden kilpailuviranomaisen, niin sanotun NMa:n [6] hallitus [7] voi määrätä Mw:n 6 §:n 1 momentin rikkomisesta Mw:n 56 §:n 1 momentin a kohdan nojalla rikkomiseen syyllistyneelle luonnolliselle henkilölle tai oikeushenkilölle sakkoa.

III Tosiseikat ja asian käsittelyn vaiheet

Alankomaiden langattomien televiestintäpalvelujen markkinat

12. Vuonna 2001, jolloin pääasian tosiseikat tapahtuivat, Alankomaissa oli oma matkapuhelinverkkonsa seuraavilla viidellä operaattorilla: Ben Nederland BV [8] (markkinaosuus 10,6 prosenttia), KPN (42,1 prosenttia), Dutchtone NV [9] (9,7 prosenttia), Libertel-Vodafone NV (26,1 prosenttia) ja Telfort Mobiel BV [10] (11,4 prosenttia). Kuudennen matkapuhelinverkon rakentaminen ei ollut

6 – Nederlandse Mededingingsautoriteit.
7 – Raad van bestuur.
8 – Jäljempänä Ben.
9 – Jäljempänä Dutchtone.
10 – Jäljempänä Telfort.

mahdollista, sillä lupia ei enää myönnetty. Tällaisten televiestintäpalvelujen markkinoille pääsy oli mahdollista vain tekemällä sopimus yhden tai useamman markkinoilla jo toimivan viiden operaattorin kanssa.

Prepaid-paketit ja Postpaid-sopimukset Alankomaissa

13. Televiestintäpalveluissa erotetaan toisistaan ennalta maksettavat (prepaid) paketit ja jälkikäteen maksettavat (postpaid) liittymät. Ennalta maksettaville paketeille on tyypillistä, että asiakas maksaa palvelun etukäteen; hankkimalla tai lataamalla prepaid-kortin hän hankkii puheminuuttisaldon, jolloin hän voi soittaa puheluita ostettua saldoa vastaavalla summalla. Jälkikäteen laskutettavan liittymän sopimus sen sijaan eroaa tästä siten, että asiakasta laskutetaan jälkikäteen hänen tiettynä ajanjaksona käyttämistään puheminuuteista; tähän lisätään yleensä kiinteä perusmaksu, johon saattaa sisältyä tietty määrä puheminuutteja.

14. Tehtäessä tai pidennettäessä jälkikäteen laskutettavan liittymän sopimusta jälleenmyyjän välityksellä viimeksi mainittu luovuttaa matkapuhelimen ja operaattori SIM-kortin.[11] Tämän lisäksi operaattori maksaa jälleenmyyjälle korvauksen jokaisesta tehdystä matkapuhelinsopimuksesta. Tätä jälleenmyyjälle maksettavaa vakiokorvausta voidaan mahdollisesti korottaa lisäkorvauksilla jälleenmyyjän ja myydyn sopimuksen mukaan.

Tapaaminen 13.6.2001

15. Alankomaiden markkinoilla televiestintäpalveluja tarjoavien operaattorien edustajat tapasivat toisensa 13.6.2001. Tapaamisessa keskusteltiin muun muassa jälkikäteen maksettavien liittymien jälleenmyyjien vakiokorvausten alentamisesta 1.9.2001 tai niihin aikoihin. Kuten ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, tapaamiseen osallistuneet käsittelivät tuolloin luottamuksellisia tietoja.[12]

Pääasian oikeudenkäynti

16. NMa totesi 30.12.2002 tekemällään päätöksellä (jäljempänä alkuperäinen päätös), että Ben, Dutchtone, KPN, O_2 (Telfort) ja Vodafone (aiemmin Libertel-Vodafone) olivat tehneet keskinäisen sopimuksen tai yhdenmukaistaneet menettelytapojaan matkapuhelinten liittymäsopimusten osalta. NMa katsoi, että kyseiset menettely-

11 – SIM-kortti (Subscriber Identity Module) on sirukortti, joka asetetaan matkapuhelimeen ja jonka avulla käyttäjä tunnistetaan verkossa. Korttiin sisältyy ikään kuin käyttäjän liikkuva puhelinliittymä.

12 – Alankomaiden hallitus lisää, että kyseessä oli jälleenmyyjien vakiokorvausten suunnitellun alentamisen laajuus, ajankohta ja yksityiskohdat.

tavat rajoittivat merkittävästi kilpailua ja olivat näin ollen Mw:n 6 §:n 1 kohdassa säädetyn kiellon vastaisia. Tällä perusteella NMa määräsi päätöksellään kyseessä oleville yrityksille sakkoja.

17. Kyseiset viisi yritystä tekivät alkuperäisestä päätöksestä oikaisuvaatimuksen.

18. NMa totesi 27.9.2004 tekemällään oikaisuvaatimusta koskeneella päätöksellä T-Mobilen (aiemmin Ben), KPN:n, Orangen (aiemmin Dutchtone), Vodafonen ja O_2:n (Telfort) oikaisuvaatimuksen osittain perusteluksi ja osittain perusteettomaksi. Se hylkäsi väitteen kilpailunvastaisen sopimuksen olemassaolosta mutta hyväksyi kilpailunvastaisen yhdenmukaistetun menettelytavan olemassaoloa koskeneen väitteen ja totesi, että kyseessä oli Mw:n 6 §:n 1 momentin rikkomisen lisäksi EY 81 artiklan 1 kohdan rikkominen. [13] NMa alensi sakkoja.

19. T-Mobile, KPN, Orange, Vodafone ja Telfort valittivat oikaisuvaatimusta koskeneesta päätöksestä Rechtbank te Rotterdamiin.

20. Rechtbank te Rotterdam kumosi oikaisuvaatimusta koskeneen päätöksen 13.7.2006 antamallaan tuomiolla ja velvoitti NMa:n käsittelemään oikaisuvaatimuksen uudelleen. [14]

21. NMa ja kolme asianomaista yritystä – T-Mobile, KPN ja Orange – valittivat kyseisestä tuomiosta ennakkoratkaisupyynnön esittäneeseen College van Beroep voor het bedrijfsleveniin. [15] Myös Vodafone on edelleen pääasian riidan asianosaisena; riita ei sen sijaan kansallisen tuomioistuimen antamien tietojen mukaan koske enää Orangea.

IV Ennakkoratkaisupyyntö ja asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa

22. College van Beroep voor het bedrijfsleven on lykännyt asian käsittelyä 31.12.2007 tekemällään välipäätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 9.1.2008 ja jossa se esittää seuraavat kolme ennakkoratkaisukysymystä:

”1) Mitä perusteita on noudatettava EY 81 artiklan 1 kohtaa sovellettaessa,

13 – Tämän toteamuksen taustalla on Alankomaiden hallituksen antamien tietojen mukaan asetuksen N:o 1/2003 ja erityisesti sen 3 artiklan 1 kohdan voimaantulo.

14 – Kuten asiakirja-aineistosta ilmenee, Rechtbank te Rotterdam katsoi, että Orangen ja Telfortin osallistumista yhdenmukaistettuun menettelytapaan ei ollut näytetty toteen.

15 – NMa:n valitus koskee Orangen osallistumista yhdenmukaistettuun menettelytapaan. Kansallinen tuomioistuin vahvistaa ennakkoratkaisupyynnössään tältä osin alemman tuomioistuimen käsityksen, jonka mukaan Orangen osallistumista ei ole näytetty toteen.

kun arvioidaan sitä, onko yritysten yhdenmukaistetun menettelytavan tarkoituksena kilpailun estäminen, rajoittaminen tai vääristäminen yhteismarkkinoilla?

2) Onko EY 81 artiklaa tulkittava siten, että kansallisen tuomioistuimen soveltaessa tätä määräystä yhdenmukaistetun menettelytavan ja markkinakäyttäytymisen välinen syy-yhteys on osoitettava ja näyttöä on arvioitava kansallisen oikeuden säännösten perusteella sillä edellytyksellä, että nämä säännökset eivät ole epäedullisempia kuin ne, jotka koskevat samankaltaisia kansalliseen oikeuteen perustuvia vaatimuksia, eivätkä ne aiheuta sitä, että yhteisön oikeusjärjestyksessä vahvistettujen oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa?

3) Onko EY 81 artiklassa olevaa yritysten yhdenmukaistettujen menettelytapojen käsitettä sovellettaessa oletettava, että yhdenmukaistamisen ja markkinakäyttäytymisen välillä on syy-yhteys aina silloinkin, kun yhdenmukaistaminen on kertaluonteista ja yhdenmukaistamiseen osallistuva yritys toimii edelleen markkinoilla, vai onko näin oletettava vain silloin, kun yhdenmukaistamista on tapahtunut pidemmän ajanjakson aikana ja jossain määrin säännöllisesti?”

23. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeudenkäynnissä ovat kirjallisia ja suullisia huomautuksiaan esittäneet T-Mobile, KPN, Vodafone, Alankomaiden hallitus ja Euroopan yhteisöjen komissio. NMa on yhtynyt Alankomaiden hallituksen esittämiin kirjallisiin huomautuksiin.

V Oikeudellinen arviointi

A *Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottaminen*

24. Ennakkoratkaisupyynnön tutkimisedellytyksistä on syytä mainita lyhyesti kaksi näkökohtaa.

25. Kansallinen tuomioistuin pyytää ensinnäkin EY 81 artiklan 1 kohdan tulkintaa, vaikka pääasian oikeudenkäynnissä riitaisessa NMa:n päätöksessä nojaudutaan ensisijaisesti kansalliseen kilpailuoikeuteen (Mw:n 6 §:n 1 momentti).

26. On kuitenkin kiistatonta, että Mw:n 6 §:n 1 momentti perustuu sisällöltään kokonaan EY 81 artiklan 1 kohdan vastaavaan yhteisön

oikeuden määräykseen. Tällaisessa tapauksessa on vakiintuneen oikeuskäytännön mukaista, että selvä yhteisön etu puoltaa yhteisön oikeudesta otettujen oikeussääntöjen ja käsitteiden yhtenäistä tulkintaa. [16]

27. Tämän lisäksi asetuksen N:o 1/2003 3 artiklan 1 kohdassa velvoitetaan NMa soveltamaan yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin, jotka saattavat vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, Mw:n 6 §:n kansallisen säännöksen lisäksi myös EY 81 artiklaa. Tämän mukaisesti NMa nojautui oikaisuvaatimusta koskeneessa päätöksessään Mw:n 6 §:n 1 momentin lisäksi myös EY 81 artiklan 1 kohtaan oikeudellisena perustana. EY 81 artiklan 1 kohdalla ei siis ole nyt käsiteltävässä asiassa merkityksellinen vain välillisesti Mw:n 6 §:n 1 momentin tulkinnan lähtökohtana, vaan se on myös välittömästi pääasian riitaan sovellettava säännös.

28. Tällä perusteella ei ole epäilystäkään siitä, etteikö EY 81 artiklan tulkinnalla sekä yhteisön oikeuden ja kansallisen kilpailusäädännön välisellä suhteella ole merkitystä ennakkoratkaisukysymysten ratkaisemisen kannalta.

29. Vodafone esittää toiseksi, että ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen ei ole tarpeen vastata, koska oikeudellinen tilanne on selvä jo komission julkaisemien tulkintaohjeiden [17] perusteella. Tähän on ensinnäkin huomautettava, että komission tiedonannot eivät ole oikeudellisesti sitovia ja että sen vuoksi ne eivät voi olla etusijalla yhteisöjen tuomioistuimen EY 234 artiklan mukaisessa menettelyssä esittämään tulkintaan nähden. Toiseksi ennakkoratkaisupyyntö olisi tutkittava siinäkin tapauksessa, että oikeustila olisi selvä; kysymykseen tulisi mahdollisesti vastaaminen yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 104 artiklan 3 kohdassa tarkoitetulla määräyksellä.

30. Vodafone väittää lopuksi, että on ilmeistä, että nyt käsiteltävässä asiassa riidanalaisella menettelytavalla ei ole ollut kilpailunvastaista tarkoitusta. Kun otetaan huomioon katkera riita, joka asianosaisilla on sekä pääasian oikeudenkäynnissä että myös yhteisöjen tuomioistuimessa tästä kysymyksestä, tämä näkemys on mielestäni perusteeton.

31. Kaiken kaikkiaan ennakkoratkaisupyyntö on siis tutkittava kaikilta osin.

16 – Vrt. viimeksi asia C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, tuomio 14.12.2006 (Kok., s. I-11987, 19 ja 20 kohta) ja asia C-280/06, ETI ym., tuomio 11.12.2007 (Kok., s. I-10893, 21 ja 26 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

17 – Vodafone viittaa tässä yhteydessä komission tiedonannon ”Suuntaviivat EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta teknologiansiirtosopimuksiin” (EUVL 2004, C 101, s. 97) 21 ja 22 kohtaan.

B *Ennakkoratkaisukysymysten sisällön arviointi*

32. Kansallinen tuomioistuin pyrkii kolmella kysymyksellään kaiken kaikkiaan selvittämään, mitä vaatimuksia asetetaan sille, että voidaan todeta EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu kilpailunvastainen yhdenmukaistettu menettelytapa.

33. Tässä yhteydessä ei ole niinkään kyse yhdenmukaistetun menettelytavan määritelmästä sellaisenaan. Sillä tarkoitetaan vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan sellaista yritysten välisen yhteensovittamisen muotoa, jolla korvataan tietoisesti kilpailun riskit yritysten välisellä käytännön yhteistyöllä, ilman että tehtäisiin varsinaista sopimusta. [18]

34. Nyt käsiteltävän asian keskiössä on pikemminkin yhdenmukaistettujen menettelytapojen kilpailunvastaisuuden arviointi ja siihen liittyvä jaottelu sellaisiin yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin, joiden kilpailunvastaisuus ilmenee vasta *niiden vaikutuksista*, ja sellaisiin yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin, joita on pidettävä jo *tarkoituksensa vuoksi* kilpailunvastaisina. Kansalliselle tuomioistuimelle on näet erityisesti viimeksi mainitun tapausryhmän osalta epäselvää, edellyttääkö kilpailunvastaisen tarkoituksen toteaminen konkreettisten markkinaolosuhteiden, osallistuvien yritysten markkinakäyttäytymisen ja niiden käyttäytymisestä kilpailulle aiheutuvien vaikutusten tutkimista.

1. Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys: Perusteet, joiden mukaan voidaan todeta, että yhdenmukaistetulla menettelytavalla on kilpailua rajoittava tarkoitus

35. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee ensimmäisellä kysymyksellään lähinnä, minkä perusteiden mukaan on arvioitava, onko yhdenmukaistetun menettelytavan *tarkoituksena* kilpailun estäminen, rajoittaminen tai vääristäminen yhteismarkkinoilla.

36. Kuten tunnettua, NMa esittää useita alankomaalaisia televiestintäpalvelujen tarjoajia vastaan väitteen, jonka mukaan ne olisivat vaihtaneet kesäkuussa 2001 järjestetyn tapaamisen yhteydessä luottamuksellisia tietoja ja keskustelleet niistä, mikä on puolestaan johtanut niiden markkinakäyttäytymisen yhdenmukaistamiseen niiden jälleenmyyjilleen maksamien tiettyjen korvausten alentamisen osalta.

18 – Asia 48/69, Imperial Chemical Industries v. komissio (jäljempänä asia ICI v. komissio), tuomio 14.7.1972 (Kok., s. 619, Kok. Ep. II, s. 25, 64 kohta); asia 52/69, Geigy v. komissio, tuomio 14.7.1972 (Kok., s. 787, 26 kohta); 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, 26 kohta); asia 172/80, Züchner, tuomio 14.7.1981 (Kok., s. 2021, Kok. Ep. VI, s. 187, 12 kohta); lisäksi asia C-49/92 P, komissio v. Anic Partecipazioni, tuomio 8.7.1999 (Kok., s. I-4125, 115 kohta) ja asia C-199/92 P, Hüls v. komissio, tuomio 8.7.1999 (Kok., s. I-4287, 158 kohta).

37. Kaiken kilpailijoiden välisen tietojen vaihdon tarkoituksena ei välttämättä ole estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua yhteismarkkinoilla EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla. [19]

38. Sitä, onko kyseessä kilpailunvastainen tarkoitus, on tutkittava pikemminkin asianomaisen yksittäistapauksen olosuhteiden perusteella. Siinä yhteydessä ovat merkityksellisiä samat perusteet kuin arvioitaessa EY 81 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan kuuluvia yritysten välisiä sopimuksia ja yritysten yhteenliittymien päätöksiä. [20] Siten oikeuskäytäntöä, joka on annettu sopimuksista ja päätöksistä, voidaan soveltaa myös yritysten yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin.

39. Lähtökohtana sille, voidaanko kilpailunvastaisen tarkoituksen todeta olevan olemassa, ovat näin ollen yhdenmukaistetun menettelytavan sisältö [21] ja tavoitteet; [22] lisäksi on otettava mahdollisesti huomioon osallistujien subjektiiviset aikomukset, mutta ne eivät ole ratkaisevia. [23] Samoin on otettava huomioon vielä taloudellinen ja oikeudellinen asiayhteys, johon yhdenmukaistettu menettelytapa kuuluu. [24]

40. Nyt käsiteltävän asian kohteena oleva riita liittyy ennen kaikkea alankomaalaisten operaattorien yhdenmukaistetun menettelytavan sisältöön ja taloudelliseen toimintaympäristöön. Yksinkertaisesti ilmaistuna sekä kansallinen tuomioistuin että myös T-Mobile, KPN ja Vodafone esittävät epäilyksensä siitä, voidaanko puhua EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta kilpailunvastaisesta tarkoituksesta, kun otetaan huomioon yhdenmukaistetun menettelytavan kohde ja sen taloudellinen toimintaympäristö.

41. Näiden epäilyksien vuoksi seuraavassa on valotettava lähemmin perusteita, joiden mukaan on arvioitava nyt käsiteltävän asian kohteena olevan yhdenmukaistetun menettelytavan tarkoituksen kilpailunvastaisuutta.

19 – Tällainen tarkoitus hylättiin esimerkiksi asiassa C-238/05, Asnef-Equifax, 23.11.2006 annetussa tuomiossa (Kok., s. I-11125, 46–48 kohta) espanjalaisen luottotietojen vaihtoa koskevan järjestelmän osalta.

20 – Edellä alaviitteessä 18 mainitut asia ICI v. komissio, tuomion 64 ja 65 kohta, komissio v. Anic Partecipazioni, tuomion 112 ja 123 kohta ja asia Hüls v. komissio tuomion 164 kohta.

21 – Asia 56/65, LTM, tuomio 30.6.1966 (Kok., s. 282, 303, Kok. Ep. I, s. 251); yhdistetyt asiat 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 ja 110/82, IAZ International Belgium ym. v. komissio, tuomio 8.11.1983 (Kok., s. 3369, 25 kohta) ja asia C-209/07, Beef Industry Development Society ja Barry Brothers (”BIDS”), tuomio 20.11.2008 (Kok., s. I-8637, 16 kohta).

22 – Edellä alaviitteessä 21 mainittu asia LTM, tuomion s. 303; asia 19/77, Miller v. komissio, tuomio 1.7.1978 (Kok., s. 131, 7 kohta); yhdistetyt asiat 29/83 ja 30/83, CRAM ja Rheinzink v. komissio, tuomio 28.3.1984 (Kok., s. 1679, 26 kohta); asia C-551/03 P, General Motors v. komissio, tuomio 6.4.2006 (Kok., s. I-3173, 66 kohta) ja edellä alaviitteessä 21 mainittu asia BIDS, tuomion 21 kohta.

23 – Edellä alaviitteessä 21 mainitut yhdistetyt asiat IAZ International Belgium ym. v. komissio, tuomion 25 kohta ja alaviitteessä 22 mainittu asia General Motors v. komissio tuomion 77 ja 78 kohta; vastaavasti edellä alaviitteessä 21 mainittu asia BIDS, tuomion 21 kohta.

24 – Edellä alaviitteessä 21 mainitut asia LTM, tuomion s. 303 ja yhdistetyt asiat IAZ International Belgium ym. v. komissio, tuomion 25 kohta; alaviitteessä 22 mainitut yhdistetyt asiat CRAM ja Rheinzink v. komissio, tuomion 26 kohta ja asia General Motors v. komissio, tuomion 66 kohta sekä alaviitteessä 21 mainittu asia BIDS, tuomion 16 kohta; vrt. myös yhdistetyt asiat 56/64 ja 58/64, Consten ja Grundig v. komissio, tuomio 13.6.1966 (Kok., s. 322, 391, Kok. Ep. I, s. 275).

a) Yleisiä huomautuksia kilpailunvastaisen tarkoituksen käsitteestä

42. Aluksi on muistutettava siitä, että kilpailunvastainen tarkoitus ja kilpailunvastainen vaikutus eivät ole EY 81 artiklan 1 kohdassa vahvistetun kiellon päällekkäisiä vaan vaihtoehtoisia edellytyksiä. [25] Toisin ilmaistuna yhdenmukaistetut menettelytavat ovat vaikutuksestaan riippumatta kiellettyjä jo silloin, kun niillä on kilpailunvastainen tarkoitus. [26] Yhdenmukaistetun menettelytavan konkreettisia vaikutuksia ei tarvitse ottaa huomioon, jos ilmenee, että niiden *tarkoituksena* on kilpailun estäminen, rajoittaminen tai vääristäminen yhteismarkkinoilla. [27] Tällainen menettelytapa on näet kielletty silloinkin, kun siitä ei aiheudu kilpailunvastaisia vaikutuksia markkinoille. [28]

43. Menettelytapojen kieltäminen yksinomaan niiden kilpailunvastaisen tarkoituksen vuoksi on perusteltavissa sillä, että tiettyjen yritysten välisten yhteistoimintamuotojen voidaan jo luonteensa puolesta katsoa haittaavan kilpailun normaalia toimintaa. [29] Tällaisten yhteiskunnalle tunnustetusti vahingollisten menettelytapojen kieltäminen edistää jo sellaisenaan (ns. per se -kiellot) oikeusvarmuutta ja mahdollistaa sen, että kaikki markkinaosapuolet voivat suunnata käyttäytymistään vastaavalla tavalla. Tämän lisäksi kilpailuviranomaisten ja tuomioistuinten resursseja kyetään näin säästämään järkevällä tavalla.

44. Yhdenmukaistetun menettelytavan kilpailunvastaisen tarkoituksen käsitettä ei tietenkään pidä tulkita liian laajasti, [30] kun otetaan huomioon raskaat seuraukset, joita asianomaisille yrityksille saattaa aiheutua, jos kyseessä on EY 81 artiklan 1 kohdan rikkominen. [31] Tätä käsitettä ei pidä kuitenkaan tulkita myöskään liian suppeasti, jos halutaan, että primäärioikeuteen perustuvaa ”tarkoituksellisten rikkomisten” kieltoa ei tulkita virheellisesti ja siten ei heikennetä EY 81 artiklan 1 kohdan tehokkuutta. Jo EY 81 artiklan 1 kohdan sanamuodosta

25 – Edellä alaviitteessä 21 mainitut asia LTM, tuomion s. 303 ja sitä seuraava sivu, ja asia BIDS, tuomion 15 kohta; vrt. myös asia C-219/95 P, Ferriere Nord v. komissio, tuomio 17.7.1997 (Kok., s. I-4411, 13–15 kohta).

26 – Edellä alaviitteessä 18 mainitut asia komissio v. Anic Partecipazioni, tuomion 123 kohta ja asia Hüls v. komissio, tuomion 164 kohta sekä asia C-235/92 P, Montecatini v. komissio, tuomio 8.7.1999 (Kok., s. I-4539, 124 kohta).

27 – Vakiintunut oikeuskäytäntö edellä alaviitteessä 24 mainituissa yhdistetyissä asioissa Consten ja Grundig v. komissio annetusta tuomiosta lähtien (s. 390 ja sitä seuraava sivu); vrt. esim. asia 123/83, Clair, tuomio 30.1.1985 (Kok., s. 391, 22 kohta) ja viimeaikaiset yhdistetyt asiat C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C 252/99 P ja C 254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij ym. v. komissio, tuomio 15.10.2002 (Kok., s. I-8375, 491 kohta); 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, 261 kohta); asia C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. komissio. tuomio 21.9.2006 (Kok., s. I-8725, 125 kohta); edellä alaviitteessä 21 mainittu asia BIDS, tuomion 15 kohta ja yhdistetyt asiat C-101/07 P ja C-110/07 P, Coop de France Bétail ja Viande v. komissio, tuomio 18.12.2008 (Kok., s. I-10193, 87 kohta).

28 – Edellä alaviitteessä 18 mainitut asia komissio v. Anic Partecipazioni, tuomion 122 kohta ja asia Hüls v. komissio, tuomion 163 kohta sekä alaviitteessä 26 mainittu asia Montecatini v. komissio, tuomion 123 kohta.

29 – Edellä alaviitteessä 21 mainittu asia BIDS, tuomion 17 kohta.

30 – Vrt. EY 81 artiklan 1 kohdan (aiemmin EY:n perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan) lähtökohtaisesta ”suppeudesta” asia 24/67, Parke, tuomio 29.2.1968 (Kok., s. 85, 112, Kok. Ep. I, s. 327).

31 – Asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaan jokaista osallistuvaa yritystä uhkaa sakko, joka on enintään 10 % edellisen tilikauden liikevaihdosta, jos ne tahallaan tai tuottamuksesta rikkovat EY 81 artiklan määräyksiä (vrt. 5 artiklan 1 kohdan neljäs luetelmakohta kansallisten viranomaisten määräämien seuraamusten osalta). Tästä seuraamuksesta riippumatta yritys voidaan asetuksen N:o 1/2003 7 artiklan 1 kohdan mukaan (5 artiklan 1 kohdan ensimmäinen luetelmakohta) määrätä lopettamaan todettu rikkominen. Tämän lisäksi voidaan mahdollisesti määrätä vahingonkorvauksen suorittamisesta kolmansille osapuolille.

seuraa, että siinä kielletään sekä yhdenmukaistetut menettelytavat, joilla on kilpailunvastainen tarkoitus, että yhdenmukaistetut menettelytavat, joilla on kilpailunvastainen vaikutus. [32]

45. Toisin kuin kansallinen tuomioistuin näyttää ajattelevan, ”tarkoituksellisten rikkomisten” kieltoa ei näin ollen saa tulkita esimerkiksi siten, että kilpailunvastainen tarkoitus voi aiheuttaa ainoastaan jonkinlaisen lainvastaisuutta koskevan olettaman, joka voidaan kuitenkin kumota, jos kielteisiä vaikutuksia markkinoiden toiminnalle ei voida jossain konkreettisessa yksittäistapauksessa näyttää toteen. [33] Tällainen tulkinta johtaisi näet siihen, että tavalla, joka ei ole hyväksyttävissä, sekoitettaisiin keskenään toisistaan riippumattomat EY 81 artiklan 1 kohdassa vahvistetut vaihtoehdot: yhtäältä kielto, joka koskee yhteistoimintaa, jolla on kilpailunvastainen *tarkoitus*, ja toisaalta kielto, joka koskee yhteistoimintaa, jolla on kilpailunvastainen *vaikutus*.

46. Mennään siis liian pitkälle, jos kilpailunvastaisen tarkoituksen toteamista koskeva olettama edellyttää sitä, että todellisuudessa todetaan konkreettisten kilpailunvastaisten vaikutusten olemassaolo tai puuttuminen kussakin yksittäistapauksessa, riippumatta siitä, tarkoitetaanko sillä kilpailijoihin, kuluttajiin tai suureen yleisöön kohdistuvia vaikutuksia. EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua kieltoa varten riittää pikemminkin jo se, että yhdenmukaistettu menettelytapa on aikaisempien kokemusten perusteella omiaan vaikuttamaan kielteisesti kilpailuun. [34] Yhdenmukaistetun menettelytavan on toisin sanoen oltava ainoastaan *konkreettisesti* – eli kun otetaan huomioon siihen liittyvä asianomainen oikeudellinen ja taloudellinen asiayhteys – *omiaan* [35] johtamaan kilpailun estymiseen, rajoittumiseen tai vääristymiseen yhteismarkkinoilla. Sillä, onko tällainen kilpailunvastainen vaikutus todellisuudessa olemassa ja missä määrin se on olemassa, voi enintään olla merkitystä arvioitaessa mahdollisten sakkojen suuruutta ja vahingonkorvausvaatimusten hyväksymistä.

47. Viime kädessä EY 81 artiklan 1 kohdasta johtuva ”tarkoituksellisten kilpailurikkomisten” kielto muistuttaa siis rikosoikeudesta tuttuja *vaarantamisrikoksia*: sille, joka ajaa autoa alkoholin tai huumausaineiden huomattavan vaikutuksen alaisena, määrätään useimmissa oikeusjärjestyksissä rikos- tai järjestysoikeudellisia seuraamuksia täysin riippumatta siitä, vaarantaako hän tosiasiallisesti jonkun tieliikenteessä tai onko hän jopa aiheuttanut onnettomuuden. Vastaavasti yritykset rikkovat Euroopan kilpailuoikeutta ja niille voidaan määrätä sakkoja, jos ne turvautuvat markkinoilla yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin, joilla on kilpailunvastainen tarkoitus; sillä ei ole merkitystä, aiheutuuko jossain konkreettisessa yksittäistapauksessa markkinaosapuolille tai suurelle yleisölle todellisuudessa vahinkoa.

32 – Vastaavasti edellä alaviitteessä 18 mainitut asia komissio v. Anic Partecipazioni, tuomion 125 kohta ja asia Hüls v. komissio, tuomion 166 kohta sekä alaviitteessä 26 mainittu asia Montecatini v. komissio, tuomion 126 kohta.

33 – Kansallinen tuomioistuin ei tosin puhu sanatarkasti olettamaa koskevasta säännöstä mutta korostaa kuitenkin sitä, että on estettävä ”virheelliset yhdenmukaistettuja menettelytapoja koskevat toteamukset”.

34 – Vrt. tästä edellä alaviitteessä 17 mainittujen komission suuntaviivojen 21 kohta.

35 – Vastaavasti – joskin EY 82 artiklan yhteydessä – asiassa C-95/04 P, British Airways v. komissio, 23.2.2006 antamani ratkaisuehdotus (Kok. 2007, s. I-2331, 68–74 kohta).

48. Myöskään ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiassa GlaxoSmithKline Services vastaan komissio antamasta tuomiosta, [36] johon KPN vetoaa, ei seuraa toisin. On myönnettävä, että kyseisen tuomion erittäin moniselitteisesti laaditusta 147 kohdasta on luettavissa, että sopimuksen kilpailunvastaisuutta ei voida päätellä yksinomaan sen sanamuodon ja asiayhteyden perusteella, vaan sen vaikutukset on ”välttämättä” otettava huomioon. Mielestäni tällä on pyritty ainoastaan ilmaisemaan se, että sopimuksen (tai menettelytavan) tarkoitusta ei pidä arvioida abstraktisti vaan konkreettisesti – eli siten, että otetaan huomioon sen kulloinenkin oikeudellinen ja taloudellinen asiayhteys –, missä yhteydessä on otettava huomioon asianomaisten markkinoiden erityispiirteet; asiassa GlaxoSmithKline Services tällainen erityispiirre oli ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen näkemyksen mukaan se, että hinnat oli jätetty suureksi osaksi vapaan tarjonnan ja kysynnän ulkopuolelle sovellettavan lainsäädännön vuoksi ja viranomaiset vahvistivat ne tai valvoivat niitä. Kun tämä tulkinta asetetaan tarkastelun pohjaksi, asiassa GlaxoSmithKline Services vastaan komissio annetun tuomion 147 kohdan ja tämän ratkaisuehdotuksen 46 kohdassa esitetyn välillä ei ole ristiriitaa. Mikäli sen sijaan asiassa GlaxoSmithKline Services vastaan komissio annetun tuomion 147 kohta olisi ymmärrettävä siten, että siinä edellytettäisiin kilpailunvastaisen tarkoituksen toteamista varten joka tapauksessa (”välttämättä”) myös kilpailulle aiheutuvien konkreettisten vaikutusten toteamista, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi tehnyt oikeudellisen virheen.

49. Kuten edellä on jo todettu, kilpailunvastaisen tarkoituksen toteaminen ei näet oikeammin edellytä yhdenmukaistetun menettelytavan konkreettisten vaikutusten tutkimista vaan ainoastaan sitä, että kyseinen menettelytapa on *konkreettisesti omiaan* vaikuttamaan kilpailunvastaisesti.

b) Kilpailunvastainen tarkoitus nyt käsiteltävän kaltaisessa asiassa

50. Nyt käsiteltävässä asiassa todettu yhdenmukaistettu menettelytapa perustuu NMa:n mukaan siihen, että useiden alankomaalaisten televiestintäpalvelujen tarjoajien välillä on vaihdettu tietoja niiden suunnitelmista alentaa tiettyjä jälleenmyyjille maksettavia korvauksia.

51. Tällainen liiketoimintaa koskevien luottamuksellisten tietojen vaihtaminen kilpailijoiden kesken niiden odotettavissa olevasta markkinakäyttäytymisestä on lähtökohtaisesti omiaan vaikuttamaan kilpailunvastaisesti, koska sillä vähennetään kyseessä olevien markkinoiden toimintaan liittyvää epävarmuutta tai poistetaan tämä epävarmuus kokonaan ja tämän seurauksena rajoitetaan osallistuvien yritysten välistä kilpailua. [37] Tässä yhteydessä on merkityksetöntä, oliko tällainen tietojenvaihto yhteydenoton pääasiallinen kohde vai tapahtuuko se ainoastaan sellaisen yhteydenoton yhteydessä (tai varjolla), jolla ei sellaisenaan ollut lainvastaista tarkoitusta. [38]

36 – Asia T-168/01, GlaxoSmithKline Services v. komissio, tuomio 27.9.2006 (Kok., s. II-2969).

37 – Asia C-7/95 P, Deere v. komissio, tuomio 28.5.1998 (Kok., s. I-3111, 88 kohta luettuna yhdessä 90 kohdan kanssa); asia C-194/99 P, Thyssen Stahl v. komissio, tuomio 2.10.2003 (Kok., s. I-10821, 81 kohta) ja edellä alaviitteessä 19 mainittu asia Asnef-Equifax, tuomion 51 ja 62 kohta; vastaavasti jo alaviitteessä 18 mainittu asia ICI v. komissio, tuomion 101, 112 ja 119 kohta.

38 – Vastaavasti edellä alaviitteessä 22 mainittu asia General Motors v. komissio, tuomion 64 kohta ja alaviitteessä 21 mainittu asia BIDS, tuomion 21 kohta.

– Kilpailijoiden välistä tietojenvaihtoa koskeva ongelma itsenäistä kilpailua koskevan lähtökohdan perusteella

52. On katsottava, että taloudellisten toimijoiden itsenäisyys kuuluu toimivan kilpailun perusedellytyksiin. Vastaavasti myös EY:n perustamissopimuksen kilpailusääntöjen taustalla on ajatus, jonka mukaan jokaisen taloudellisen toimijan on päätettävä itsenäisesti, millaista politiikkaa se aikoo harjoittaa yhteismarkkinoilla. Tämän itsenäisyysperiaatteen kanssa ristiriidassa ovat kaikki taloudellisten toimijoiden välittömät tai välilliset yhteydet, joilla yritys vaikuttaa kilpailijoidensa markkinakäyttäytymiseen tai antaa niille tietoa omaa markkinakäyttäytymistään koskevista päätöksistä tai suunnitelmista, jos tällä tavalla saattaa syntyä kilpailun edellytyksiä, jotka eivät vastaa kyseisten markkinoiden tavanomaisia toimintaedellytyksiä. [39]

53. Tämä pätee erityisesti niissä tapauksissa, joissa tietojenvaihto koskee erittäin keskittyneitä oligopolimarkkinoita. [40] Juuri tällainen rakenne näytti vallitsevan Alankomaiden televiestintäpalvelujen markkinoilla vuonna 2001, sillä kuten ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, tuolloin ainoastaan viidellä yrityksellä oli oma matkapuhelinverkko, ja yhdellä niistä – KPN:llä – oli jopa 40 prosentin markkinaosuus, kun puolestaan muiden itsenäisten verkkojen rakentaminen oli mahdotonta, koska toimilupia ei ollut käytettävissä. [41]

54. Tässä yhteydessä on merkityksetöntä, ilmoittaako vain yksi yritys kilpailijoilleen yksipuolisesti tulevasta markkinakäyttäytymisestään vai ilmoittavatko kaikki osallistuvat yritykset toisilleen suunnitelmistaan ja aikomuksistaan. Jo silloin, kun yksi yritys uskaltautuu suojastaan ja antaa kilpailijoilleen luottamuksellisia tietoja tulevasta liikepolitiikastaan, tällä vähennetään epävarmuutta tulevista markkinoiden tapahtumista kaikkien osallistujien osalta ja aiheutetaan kilpailun vähenemistä ja yhteistoimintajärjestelyjä koskeva vaara.

– Välitöntä yhteyttä loppukäyttäjien maksamiin hintoihin ei edellytetä

55. Kansallinen tuomioistuin, KPN ja Vodafone väittävät, että tietojenvaihto ja yhdenmukaistettu menettelytapa koskivat nyt käsiteltävässä asiassa yksinomaan jälleenmyyjäkorvauksia eikä niillä ollut välitöntä vaiku-

39 – Edellä alaviitteessä 18 mainitut yhdistetyt asiat Suiker Unie ym. v. komissio, tuomion 173 ja 174 kohta ja asia Züchner, tuomion 13 ja 14 kohta; alaviitteessä 37 mainittu asia Deere v. komissio, tuomion 86 ja 87 kohta; alaviitteessä 18 mainitut asia komissio v. Anic Partecipazioni, tuomion 116 ja 117 kohta ja asia Hüls v. komissio, tuomion 159 ja 160 kohta sekä alaviitteessä 19 mainittu asia Asnef-Equifax, tuomion 52 ja 53 kohta; vastaavasti edellä alaviitteessä 21 mainittu asia BIDS, tuomion 34 kohta.

40 – Edellä alaviitteessä 37 mainittu asia Deere v. komissio, tuomion 88 kohta luettuna yhdessä 90 kohdan kanssa ja alaviitteessä 19 mainittu asia Asnef-Equifax, tuomion 58 kohta; yhteisöjen tuomioistuin selventää edellä alaviitteessä 37 mainitussa asiassa Thyssen Stahl v. komissio (tuomion 86 ja 87 kohta), että tietojenvaihtojärjestelmä voi olla kilpailusääntöjen vastainen, vaikka kyseessä olevat markkinat *eivät* olisi voimakkaasti keskittyneet oligopolistiset markkinat.

41 – Vrt. tästä edellä tämän ratkaisuehdotuksen 12 kohta.

tusta loppukäyttäjien maksamiin hintoihin. Loppukäyttäjien maksamat hinnat määräytyvät yksinomaan asianomaisen televiestintäpalvelujen tarjoajan ja hänen asiakkaidensa välisessä suhteessa, ilman että jälleenmyyjällä olisi tähän minkäänlaista vaikutusvaltaa.

56. Tämä väite ei ole pitävä. Yhdenmukaistetuilla menettelytavoilla voi olla kilpailunvastainen tarkoitus myös silloin, kun niillä ei ole välitöntä vaikutusta kuluttajiin ja heidän maksamiinsa hintoihin.

57. EY 81 artiklan 1 kohta koskee jo sanamuotonsakin perusteella yleisesti *kilpailun* estämistä, rajoittamista tai vääristämistä yhteismarkkinoilla. EY 81 artiklan 1 kohdan a–e alakohdassa esitettyjen erilaisten sääntöesimerkkien joukossa ei ole myöskään mitään sellaista rajoitusta, että ainoastaan kilpailunvastaiset liiketoiminnan käytännöt, jotka vaikuttavat välittömästi loppukäyttäjään, olisivat kiellettyjä.

58. EY 81 artikla kuuluu pikemminkin yhtenä osana järjestelmään, jolla pyritään suojelemaan sisämarkkinoiden kilpailua vääristymiltä (EY 3 artiklan 1 kohdan g alakohta). Vastaavasti EY 81 artikla, sen enempää kuin muutkaan perustamissopimuksen kilpailusäännöt, ei ole yksinomaan eikä ensisijaisesti tarkoitettu yksittäisten kilpailijoiden tai kuluttajien välittömien intressien suojelemiseen vaan suojelemaan *markkinoiden rakennetta* ja siten *kilpailua sinänsä (instituutiona)*. Tällä tavoin suojellaan tosin välillisesti myös kuluttajia. Mikäli näet kilpailulle sellaisenaan aiheutuu vahinkoa, on pelättävissä, että viime kädessä myös kuluttajille koituu haittaa. [42]

59. Yhdenmukaistetulla menettelytavalla ei siis missään tapauksessa ole kilpailunvastaista tarkoitusta vasta silloin, kun se on omiaan vaikuttamaan *välittömästi* kuluttajiin ja heidän maksamiinsa hintoihin tai – kuten T-Mobile sen ilmaisee – kun sen vaikutuksen kohteena on ”consumer welfare”. Kilpailunvastaisesta tarkoituksesta on pikemminkin katsottava olevan kyse jo silloin, kun yhdenmukaistettu menettelytapa on omiaan estämään, rajoittamaan tai vääristämään *kilpailua* yhteismarkkinoilla. Silloin on nimittäin olemassa indisio siitä, että yhdenmukaistetulla menettelytavalla voi ainakin välillisesti olla myös kielteisiä vaikutuksia kuluttajille.

60. EY 81 artiklan 1 kohtaan sisältyvän kiellon supistaminen koskemaan ainoastaan menettelytapoja, joilla on välitön vaikutus loppukäyttäjähintoihin, heikentäisi suuresti tämän sisämarkkinoinnin kannalta keskeisen määräyksen tehoa.

42 – Vrt. tästä kaiken kaikkiaan edellä alaviitteessä 35 mainitussa asiassa British Airways v. komissio antamani ratkaisuehdotus, 68 kohta.

– Myös tietojen vaihtaminen yksittäisistä kilpailun parametreista riittää

61. Toisin kuin kansallinen tuomioistuin näyttää katsovan, ei ole myöskään välttämätöntä, että menettelytapojen yhdenmukaistaminen koskee kaikkia kilpailun parametreja. Kilpailunvastainen tarkoitus voi olla olemassa jo silloin, kun se koskee vain yksittäisiä kilpailun parametreja, kuten esimerkiksi tässä tapauksessa jälleenmyyjille maksettavia vakiokorvauksia.

62. Mikäli näet yritys alentaa yksipuolisesti korvauksia, joita se antaa jälleenmyyjilleen, tästä seuraa normaalitapauksessa asianomaiselle jälleenmyyjälle pienempi kannustin välittää sopimuksia kyseisen yrityksen ja loppukuluttajien välillä. Tämä saattaa mahdollisesti olla tekijä, joka vaarantaa kyseisen yrityksen markkinaosuuden erityisesti sen vuoksi, että jatkossa riippumattomille jälleenmyyjille [43] saattaa olla houkuttelevampaa välittää loppukäyttäjille enemmän muiden yritysten tuotteita. [44] Yritykset välttyvät tältä – joka tapauksessa normaaleihin kilpailunedellytyksiin kuuluvalta – taloudelliselta riskiltä tai ainakin lieventävät sitä, jos ne eivät alenna korvauksiaan yksipuolisesti vaan, kuten tässä tapauksessa, yhdenmukaistettuna menettelytapana enemmän tai vähemmän samanaikaisesti; ne näet vähentävät sillä epävarmuutta kilpailijoidensa markkinakäyttäytymisestä. Tällä tavalla kyseessä saattaa olla ainakin kilpailun rajoittaminen tai vääristäminen yhteismarkkinoilla. Siten tällaisella menettelytapojen yhdenmukaistamisella on kilpailunvastainen tarkoitus.

63. Tähän on lisättävä nyt käsiteltävässä asiassa, että jälleenmyyjien korvaukset ovat operaattorien kannalta niiden palvelujen ostohinta, joita jälleenmyyjät suorittavat niille välittämällä jälkikäteen maksettavia liittymiä. Kuten komissio on perustellusti korostanut, myös EY 81 artiklan 1 kohdan a alakohdan sääntöesimerkistä ilmenee, että menettelytapojen yhdenmukaistamisella sisäänostohintojen (”ostohinnat”) osalta on yhteisön oikeudessa kielletty kilpailunvastainen tarkoitus.

– Markkinaolosuhteiden vaikutus kilpailijoiden käyttäytymiseen

64. Vodafone esittää vielä, että jälleenmyyjille maksettavia vakiokorvauksia olisi pitänyt joka tapauksessa alentaa tuolloin vallinneiden markkinaolosuhteiden vuoksi. Yritysten samanaikaisen menettelyn taustalla ei voi olla kilpailunvastaista tarkoitusta silloin, kun tämä käyttäytyminen selittyy markkinoiden rakenteella ja markkinoilla vallitsevilla taloudellisilla olosuhteilla.

65. Tämäkään peruste ei vakuuta minua, vaikka Vodafonen arviointi tuolloisista markkinaolosuhteista oletettaisiin oikeaksi.

43 – Alankomaiden hallituksen antamien tietojen mukaan riippumattomat jälleenmyyjät välittivät Alankomaissa vuonna 2001 suurimman osan tehdyistä jälkikäteen maksettavista liittymistä.

44 – Ennakkoratkaisupyynnön mukaan myös nyt käsiteltävässä asiassa jälleenmyyjät päättävät, millä tavalla ja millaisilla myyntiponnistuksilla ne myyvät jälkikäteen maksettavia liittymiä kuluttajille.

66. On myönnettävä, että kilpailijoiden samansuuntaisen menettelyn markkinoilla ei aina välttämättä tarvitse johtua siitä, että kilpailijat olisivat yhdenmukaistaneet menettelytapansa kilpailunvastaisessa tarkoituksessa. [45] Myös yleinen markkinatilanne saattaa johtaa siihen, että kaikki markkinoilla toimivat yritykset tekevät samalla tavalla tiettyjä mukautuksia markkinakäyttäytymiseensä. [46]

67. Kunkin yrityksen suorittaman mukautuksen tarkasta ajankohdasta, laajuudesta ja yksityiskohdista saattaa kuitenkin tästä huolimatta vallita merkittävää epävarmuutta. Tietojenvaihdolla, joka on nimenomaan omiaan poistamaan tämän jäljelle jäävän epävarmuuden markkinaosapuolten väliltä, on kilpailunvastainen tarkoitus. Nimenomaan tällaisesta tietojenvaihdosta on kyse nyt käsiteltävässä asiassa käytettävissä olevien tietojen mukaan, ja siltä osin se poikkeaa lähtökohtaisesti ns. selluloosatapauksesta, jonka Vodafone tuo esiin. [47]

68. Tietojenvaihdon kohteena ei kesäkuun 2001 tapaamisen yhteydessä nimittäin ollut niinkään se, *että* tiettyjä provisioita mukautettaisiin – tämä näyttää olleen ainakin yhden kilpailijan tiedossa jo aikaisemmin –, vaan pikemminkin se, *miten* mukautus kussakin tapauksessa toteutettaisiin, eli minä ajankohtana, missä laajuudessa ja minkä yksityiskohtaisten sääntöjen mukaan suunniteltu jälleenmyyjille maksettavien vakiokorvausten alentaminen kussakin yrityksessä toteutettaisiin.

69. Ei ole mitään syytä katsoa, että kaikki mahdollisuudet toimivaan kilpailuun jälleenmyyjille maksettavien vakiokorvausten mahdollisen alentamisen ajankohdan, laajuuden ja yksityiskohtien osalta olisi vuonna 2001 vallinneessa taloudellisessa asiayhteydessä pois suljettu. [48]

70. EY 81 artikla ei estä taloudellisia toimijoita mukauttamasta käyttäytymistään asianomaisten markkinoiden tilanteen mukaan ja siinä yhteydessä reagoimasta älykkäästi sekä taloudellisten ja oikeudellisten reunaehtojen mahdollisiin muutoksiin että myös mahdollisiin muutoksiin muiden yritysten markkinakäyttäytymisessä. [49] EY 81 artiklassa kielletään kuitenkin tekemästä tällaisia mukautuksia vapaan kilpailun pelisääntöjä noudattamatta, esimerkiksi siten, että kilpailijat yhdenmukaistavat tulevan markkinakäyttäytymisensä ja vetäytyvät tällä tavoin kauemmaksi kilpailupaineesta sekä siihen liittyvistä markkinoiden riskeistä.

45 – Yhdistetyt asiat 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 ja 125/86–129/85, Ahlström Osakeyhtiö ym. v. komissio, ns. selluloosa II -tapaus, tuomio 31.3.1993 (Kok., s. I-1307, Kok. Ep. IX, s. 671, 126 kohta); vastaavasti edellä alaviitteessä 22 mainitut yhdistetyt asiat CRAM ja Rheinzink v. komissio, tuomion 20 kohta luettuna yhdessä 18 kohdan kanssa.

46 – Vastaavasti myös julkisasiamies Mayras edellä alaviitteessä 18 mainitussa asiassa ICI v. komissio 2.5.1972 antamassaan ratkaisuehdotuksessa, johon Vodafone viittaa. Jotta käyttäytymistä voitaisiin pitää ETY:n perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa (josta on tullut EY 81 artiklan 1 kohta) tarkoitettuna yhdenmukaistettuna menettelytapana, on julkisasiamies Mayrasin mielestä välttämätöntä, että tämä menettelytapa ”ei johdu tai ei ainakaan *oletettavasti* johdu markkinoiden rakenteesta ja niillä vallitsevista taloudellisista olosuhteista” (vrt. kyseisen ratkaisuehdotuksen ensimmäisen osan ensimmäisen jakson D kohta; kursivointi myös alkuperäistekstissä).

47 – Edellä alaviitteessä 45 mainittu ns. selluloosa II -tapaus; Vodafone viittaa kyseisen tuomion 85–88 kohtaan sekä 123 ja 124 kohtaan, joihin ei tosin sisälly mitään yhteisöjen tuomioistuimen oikeudellisia toteamuksia.

48 – Vastaavasti yhdistetyt asiat 209/78–215/78 ja 218/78, van Landewyck ym. v. komissio, tuomio 29.10.1980 (Kok., s. 3125, Kok. Ep. V, s. 355, 153 kohta); yhdistetyt asiat 240/82–242/82, 261/82, 262/82, 268/82 ja 269/82, Stichting Sigarettenindustrie ym. v. komissio, tuomio 10.12.1985 (Kok., s. 3831, 24–29 kohta) ja edellä alaviitteessä 26 mainittu asia Montecatini v. komissio, tuomion 127 kohta.

49 – Edellä alaviitteessä 18 mainitut yhdistetyt asiat Suiker Unie ym. v. komissio, tuomion 174 kohta ja asia Züchner, tuomion 14 kohta; alaviitteessä 37 mainittu asia Deere v. komissio, tuomion 87 kohta; alaviitteessä 18 mainitut asia komissio v. Anic Partecipazioni, tuomion 117 kohta ja asia Hüls v. komissio, tuomion 160 kohta ja alaviitteessä 19 mainittu asia Asnef-Equifax, tuomion 53 kohta.

71. Mikäli tällaisiin menettelytapoihin ei haluttaisi soveltaa EY 81 artiklaa, suojattaisiin viime kädessä kilpailijoita kilpailulta ja annettaisiin etusija osallistuvien yritysten intresseille vääristymätöntä kilpailua koskevan yleisen edun (EY 3 artiklan 1 kohdan g alakohta) kustannuksella. Euroopan kilpailulainsäädännön tavoitteena pitää kuitenkin *olla kilpailun eikä kilpailijoiden suojeleminen*, koska siitä koituu välillisesti etua myös kuluttajille ja suurelle yleisölle.

c) Välipäätelmä

72. Välipäätelmänä on siten todettava seuraavaa:

– Yhdenmukaistetulla menettelytavalla on EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu kilpailunvastainen tarkoitus, jos se on sisältönsä ja tavoitteensa sekä oikeudellisen ja taloudellisen asiayhteytensä perusteella konkreettisesti omiaan estämään kilpailun yhteismarkkinoilla tai rajoittamaan tai vääristämään sitä. Tällaisen kilpailun esteen, rajoituksen tai vääristymisen todellisella syntymisellä on siinä yhteydessä yhtä vähän merkitystä kuin menettelytapojen yhtenäistämisen välittömällä yhteydellä loppukuluttajahintoihin.

– Kilpailijoiden väliseen liiketoimia koskevien luottamuksellisten tietojen vaihtamiseen liittyy kilpailunvastainen tarkoitus, jos tietojenvaihto on omiaan poistamaan olemassa olevan epävarmuuden osallistujina olevien yritysten odotettavissa olevasta markkinakäyttäytymisestä ja siten kiertämään vapaan kilpailun pelisäännöt.

2. Toinen ennakkoratkaisukysymys: yhdenmukaistamisen ja markkinakäyttäytymisen välistä syy-yhteyttä koskeva olettama

73. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee toisella kysymyksellään lähinnä sitä, onko yhdenmukaistamisen ja markkinakäyttäytymisen välisen syy-yhteyden toteennäyttämistä koskevat vaatimukset otettava yksinomaan yhteisön oikeudesta vai – sillä edellytyksellä, että tiettyjä yhteisön oikeuden rajoja noudatetaan – kansallisesta lainsäädännöstä.

74. EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulle yhdenmukaistetun menettelytavan käsitteelle asetetaan kolme edellytystä: ensinnäkin osallistujina olevien yritysten keskinäinen yhdenmukaistaminen, toiseksi näiden yritysten yhdenmukaistamista vastaava markkinakäyttäytyminen ja kolmanneksi syy-yhteys yhden-

mukaistamisen ja markkinakäyttäytymisen välillä,[50] ilman että tämän markkinakäyttäytymisen tarvitsisi kuitenkaan näkyä sellaisenaan konkreettisena kilpailunrajoituksena.[51]

75. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan pätee kumottavissa oleva olettama, jonka mukaan yhteistoimintaan osallistuvat ja edelleen markkinoilla toimivat yritykset ottavat markkinakäyttäytymisessään huomioon kilpailijoidensa kanssa vaihdetut tiedot; asianomaisten yritysten tehtävänä on osoittaa tämä olettama vääräksi.[52]

76. College van Beroep voor het bedrijfslevenin esittämän kysymyksen tarkoituksena on selventää, onko myös kansallisten viranomaisten ja tuomioistuinten otettava tämä yhteisön tasolla tehty *syy-yhteyttä koskeva olettama* perustaksi, jos ne soveltavat EY 81 artiklaa.

77. Se, voidaanko yhdenmukaistamisen ja markkinakäyttäytymisen välillä olettaa olevan syy-yhteys ja millä edellytyksillä näin voidaan olettaa, on todistelukysymys. Todistelukysymyksiä pidetään kuitenkin usein aineellisen lainsäädännön ongelmina.[53] Nyt käsiteltävässä asiassa yhdenmukaistetun menettelytavan käsitteestä voidaan kuitenkin sellaisenaan johtaa ainoastaan se, *että* yhdenmukaistamisen täytyy olla osallistuvien yritysten markkinakäyttäytymisen syy. EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu yhdenmukaistetun menettelytavan käsite ei, toisin kuin Alankomaiden hallitus ja komissio katsovat, anna sitä vastoin mitään viitteitä siitä, millä edellytyksillä yhdenmukaistamisen ja markkinakäyttäytymisen välistä syy-yhteyttä voidaan pitää toteennäytettynä.

78. Yhteisöjen tuomioistuimet ovat aina määrittäneet kartellilainsäädäntöön liittyviä komission päätöksiä koskevissa oikeudenkäynneissä nimenomaisen sääntelyn puuttuessa todistelua koskevat kysymykset yleisesti tunnustettujen periaatteiden pohjalta. Periaatteesta ”necessitas probandi incumbit ei qui agit” on viime kädessä johdettava se päätelmä, että komission on esitettävä riittatilanteessa selvitys niistä kilpailusääntöjen rikkomisista, jotka se on katsonut tapahtuneeksi, ja oikeudellisesti riittävä näyttö kilpailusääntöjen rikkomisen muodostavista seikoista.[54] Yhteisöjen tuomioistuin on

50 – Edellä alaviitteessä 18 mainitut asia komissio v. Anic Partecipazioni, tuomion 118 kohta ja asia Hüls v. komissio, tuomion 161 kohta.

51 – Edellä alaviitteessä 18 mainitut asia komissio v. Anic Partecipazioni, tuomion 124 kohta ja asia Hüls v. komissio, tuomion 165 kohta; alaviitteessä 26 mainittu asia Montecatini v. komissio, tuomion 125 kohta ja alaviitteessä 27 mainittu asia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. komissio, tuomion 139 kohta.

52 – Edellä alaviitteessä 18 mainitut asia komissio v. Anic Partecipazioni, tuomion 121 ja 126 kohta ja asia Hüls v. komissio, tuomion 162 ja 167 kohta.

53 – Toisin asiassa C-242/95, GT-Link, tuomio 17.7.1997 (Kok., s. I-4449, 23 kohta luettuna yhdessä 26 kohdan kanssa).

54 – Vakiintunut oikeuskäytäntö, esim. asia C-185/95 P, Baustahlgewebe v. komissio, tuomio 17.12.1998 (Kok., s. I-8417, 58 kohta); edellä alaviitteessä 18 mainitut asia komissio v. Anic Partecipazioni, tuomion 135 kohta ja asia Hüls v. komissio, tuomion 154 kohta; alaviitteessä 26 mainittu asia Montecatini v. komissio, tuomion 179 kohta ja yhdistetyt asiat C-2/01 P ja C-3/01 P, BAI ja komissio v. Bayer, tuomio 6.1.2004 (Kok., s. I-23, 62 kohta).

pitänyt siinä yhteydessä myös indisiotodisteita hyväksyttävinä. [55]

79. Yhteisöjen tuomioistuin on sitä vastoin selventänyt, että kun kansalliset viranomaiset soveltavat EY:n perustamissopimuksen 86 artiklaa (josta on tullut EY 82 artikla) pätee lähtökohtaisesti kansallinen lainsäädäntö [56] myös siltä osin kuin kyseessä on EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan rikkomisen toteennäyttäminen. [57] Ei ole nähtävissä mitään syytä siihen, miksi EY 81 artiklan (aikaisemmin EY:n perustamissopimuksen 85 artikla) osalta pitäisi olla voimassa jotain muuta, [58] riippumatta siitä, luetaanko näyttökysymykset aineelliseen lainsäädäntöön vai prosessioikeuteen kuuluviksi.

80. Asetuksen N:o 1/2003 2 artiklaan sisältyy kyllä nimenomainen *todistustaakkaa* koskeva yhteisön sääntely, joka pätee myös EY 81 ja EY 82 artiklan soveltamista koskevissa kansallisissa oikeudenkäynneissä. Nyt käsiteltävässä asiassa riidanalainen syy-yhteyttä koskeva olettama ei kuitenkaan ole, toisin kuin komissio katsoo, todistustaakkaa tai todistustaakan kääntämistä koskeva kysymys, [59] vaan *näyttökynnystä* koskeva kysymys. [60]

81. Kansallisessa oikeudenkäynnissä edellytetystä näyttökynnyksestä ei edelleenkään säädetä yhteisön oikeudessa. Tämä ilmenee erityisen selvästi, kun asetuksen N:o 1/2003 2 artiklaa tarkastellaan asetuksen johdantoosan valossa. Kuten nimittäin tämä johdantoosan viidennessä perustelukappaleessa selvennetään, kyseinen asetus ei vaikuta näyttökynnystä koskeviin kansallisiin sääntöihin. Yhteisön oikeus ei siten estä kansallisia tuomioistuimia määrittämästä näyttökynnystä EY 81 ja EY 82 artiklan soveltamisen yhteydessä asianomaisen kansallisen lainsäädännön mukaan, myöskin riippumatta siitä, pidetäänkö näyttökynnystä koskevia kysymyksiä aineellisen lainsäädännön vai prosessioikeuden osana.

82. Kun kansallinen tuomioistuin soveltaa todistelunormistoa koskevia kansallisia oikeussääntöjään ja periaatteitaan, sitä tosin

55 – Vrt. mm. edellä alaviitteessä 27 mainitut yhdistetyt asiat Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomion 81 kohta sekä viimeaikaiset yhdistetyt asiat C-403/04 P ja C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries ja Nippon Steel v. komissio, tuomio 25.1.2007 (Kok., s. I-729, 47 kohta) ja edellä alaviitteessä 27 mainitut yhdistetyt asiat Coop de France Bétail ja Viande v. komissio, tuomion 88 kohta.

56 – Edellä alaviitteessä 53 mainittu asia GT-Link, tuomion 23 kohta.

57 – Edellä alaviitteessä 53 mainittu asia GT-Link, tuomion 26 kohta.

58 – Vrt. vastaavasti asia C-60/92, Otto, tuomio 10.11.1993 (Kok., s. I-5683, Kok. Ep. XIV, s. I-443, 14 kohta).

59 – Edellä alaviitteessä 18 mainittu asia Hüls v. komissio, tuomion 155 kohta, ja alaviitteessä 26 mainittu asia Montecatini v. komissio, tuomion 181 kohta.

60 – *Näyttökynnys* tarkoittaa sitä, millä edellytyksillä jotain seikkaa on pidettävä toteen näytettynä. Se on erotettava *todistustaakasta*, joka ei ole nyt käsiteltävässä asiassa riidan kohteena. *Todistustaakka* kohdistuu ensinnäkin siihen, kenen on esitettävä tosiseikat ja mahdollisesti siihen kuuluvat todisteet (*subjektiivinen* tai *muodollinen todistustaakka*, josta käytetään myös nimitystä näyttötaakka) ja toiseksi todistustaakan jaosta ilmenee, kuka kantaa riskin tosiseikkojen selventämättä jäämisestä tai siitä, että väitettä ei näytetä toteen (*objektiivinen* tai *aineellinen todistustaakka*). Vrt. myös seikat, joita olen esittänyt teoksessa Kokott, J., *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*, Berlin/Heidelberg, 1993, s. 12 ja sitä seuraavat sivut.

koskevat tietyt yhteisön oikeuden vähimmäisvaatimukset, jotka ilmenevät ensinnäkin vastaavuusperiaatteesta, toiseksi tehokkuusperiaatteesta ja kolmanneksi yhteisön oikeuden yleisistä oikeusperiaatteista. [61]

83. Todettakoon aluksi *vastaavuusperiaatteesta*, että todistelunormistoa koskevat kansalliset periaatteet eivät saa olla epäedullisempia kuin ne periaatteet, joita sovelletaan vastaavissa kansallisen kilpailuoikeuden mukaisissa oikeudenkäynneissä. Nyt käsiteltävän kaltaisen asian kannalta tämä merkitsee sitä, että kansalliset kilpailuviranomaiset eivät saa asettaa EY 81 artiklan rikkomista koskevan näytön osalta ankarampia näyttövaatimuksia kuin silloin, kun kyseessä on Mw:n 6 §:n rikkomisen toteennäyttäminen. Nyt käsiteltävässä asiassa vastaavuusperiaate ei ilmeisesti aiheuta vaikeuksia.

84. *Tehokkuusperiaatteen* osalta näyttökynnystä koskevilla kansallisilla periaatteilla ei saa tehdä EY:n perustamissopimuksen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta mahdotonta tai liian vaikeaa. Lisäksi kansallisessa oikeudessa on huolehdittava siitä, että yhteisön oikeuden rikkomisista määrätään tehokkaita, oikeasuhteisia ja ennalta ehkäiseviä seuraamuksia. [62]

85. Tässä yhteydessä on otettava huomioon erityisesti se, että EY 81 ja EY 82 artiklan kilpailusääntöjä on sovellettu ajankohdasta 1.5.2004 lähtien [63] hajautetussa järjestelmässä, jossa niiden soveltaminen on annettu merkittävässä määrin kansallisten viranomaisten ja tuomioistuinten tehtäväksi. [64] Siinä yhteydessä on ratkaisevaa, että kilpailusääntöjen yhtenäinen soveltaminen turvataan yhteisössä. Olisi paitsi Euroopan sisämarkkinoilla vallitsevien yritysten yhtenäisten kilpailunedellytysten perustavanlaatuisen tavoitteen myös koko yhteisön kuluttajien intressien yhdenvertaisen suojan vastaista, jos jäsenvaltioiden viranomaiset ja tuomioistuimet poikkeaisivat EY 81 ja EY 82 artiklan kilpailusään-

61 – Vrt. ensinnäkin asetuksen N:o 1/2003 johdanto-osan viidennen perustelukappaleen sanamuoto, jonka mukaan kansallisten oikeussääntöjen ja vaatimusten on oltava yhteisön oikeuden yleisten oikeusperiaatteiden mukaisia; vrt. toiseksi vakiintunut oikeuskäytäntö seuraavista tuomioista lähtien: asia 33/76, Rewe-Zentralfinanz ja Rewe-Zentral, tuomio 16.12.1976 (Kok., s. 1989, Kok. Ep. III, s. 271, 5 kohta); vastaavuusperiaatteen ja tehokkuusperiaatteen huomioon ottamisesta kilpailuoikeudellisissa asioissa erityisesti edellä alaviitteessä 53 mainittu asia GT-Link, tuomion 26 kohta; asia C-453/99, Courage ja Crehan, tuomio 20.9.2001 (Kok., s. I-6297, 29 kohta); yhdistetyt asiat C-295/04–C-298/04, Manfredi ym., tuomio 13.7.2006 (Kok., s. I-6619, 62 ja 71 kohta) ja asia C-421/05, City Motors Groep, tuomio 18.1.2007 (Kok., s. I-653, 34 kohta).

62 – Vakiintunut oikeuskäytäntö seuraavista tuomioista lähtien: asia 68/88, komissio v. Kreikka, tuomio 21.9.1989 (Kok., s. 2965, Kok. Ep. X, s. 167, 23 ja 24 kohta); vrt. esim. yhdistetyt asiat C-387/02, C-391/02 ja C-403/02, Berlusconi ym., tuomio 3.5.2005 (Kok., s. I-3565, 65 kohta) ja asia C-212/04, Adeneler ym., tuomio 4.7.2006 (Kok., s. I-6057, 94 kohta).

63 – Tämä päivämäärä merkitsee siirtymistä asetuksella N:o 1/2003 uudistettuun kartellimenettelyjä koskevaan lainsäädäntöön (vrt. sen 45 artiklan 2 kohta).

64 – Vrt. tältä osin erityisesti asetuksen N:o 1/2003 johdanto-osan 4, 6, 7, 8, 21 ja 22 perustelukappale. Yhteisöjen tuomioistuin oli korostanut jo ennen ajankohtaa 1.5.2004 lojaliteettivelvoitetta, joka sitoo kansallisia tuomioistuimia kilpailuoikeuden alalla (asia C-344/98, Masterfoods ja HB, tuomio 14.12.2000, Kok., s. I-11369, 49 kohta).

töjen soveltamisessa liian paljon toisistaan. Tästä syystä EY 81 ja EY 82 artiklan yhtenäisen soveltamisen tavoite kulkee ikään kuin punaisena lankana asetuksessa N:o 1/2003. [65]

86. Kaikki tämä ei tietenkään merkitse sitä, että jäsenvaltioiden olisi pakko mukauttaa kansallisen oikeuden mukainen näyttökynnys EY 81 artiklan rikkomisen toteamisen yhteydessä kaikkien yksityiskohtien osalta siihen näyttökynnykseen, jota yhteisöjen tuomioistuimet edellyttävät, kun ne tutkivat komission päätösten laillisuutta EY 81 artiklan kannalta. Kuten asetuksen N:o 1/2003 johdanto-osan viides perustelukappale osoittaa, yhteisön lainsäätäjä on ottanut tältä osin tietoisesti huomioon tietyt poikkeamat jäsenvaltioiden käytännössä. [66] Kuten KPN perustellusti korostaa, ne ovat ominaisia lainsäädännön täytäntöönpanon hajautetulle järjestelmälle.

87. Olisi kuitenkin tehokkuusperiaatteen vastaista, jos kansalliset tuomioistuimet asettaisivat kansallisten kilpailuviranomaisten tai yksityisten kantajien [67] EY 81 tai EY 82 artiklan rikkomisesta esittämälle näytölle niin ankaria vaatimuksia, että tällaisen näytön esittäminen olisi suhteettoman vaikeaa tai käytännössä jopa mahdotonta. Kansalliset tuomioistuimet eivät saa etenkään jättää huomiotta näytön esittämisen tyypillisiä erityispiirteitä, kun ne toteavat kilpailusääntöjen rikkomisia.

88. Näihin erityispiirteisiin kuuluu se, että useimmissa tapauksissa kilpailunvastaisen menettelytavan tai sopimuksen olemassaolo on pääteltävä tietyistä yhteensattumista ja indisioista, jotka yhdessä tarkasteltuina voivat muun johdonmukaisen selityksen puuttuessa olla osoitus kilpailusääntöjen rikkomisesta. [68] Näihin kilpailunvastaisiin menettelytapoihin ja sopimuksiin liittyvät toimenpiteet toteutetaan näet yleensä salassa ja niihin liittyvien asiakirjojen määrä pidetään mahdollisimman vähäisenä. [69]

65 – Vrt. erityisesti asetuksen N:o 1/2003 3 artiklan 1 ja 2 kohta. Viitattakoon lisäksi esim. tämän asetuksen 11 ja 16 artiklaan sekä sen johdanto-osan 1, 14, 17, 19, 21 ja 22 perustelukappaleeseen.

66 – Vastaavasti jo tätä aiemmin oikeuskäytännössä; vrt. edellä alaviitteessä 58 mainittu asia Otto, tuomion 14 kohta, viimeinen virke ja alaviitteessä 53 mainittu asia GT-Link, tuomion 23–26 kohta.

67 – Vrt. kilpailuoikeudessa ns. ”private enforcement” erityisesti alaviitteessä 61 mainitut asia Courage ja Grehan ja yhdistetyt asiat Manfredi; yleisesti tehokkuusperiaatteen voimassaolosta siviilioikeudellisten vaateiden täytäntöönpanossa myös asia C-230/01, Penycoed, tuomio 15.1.2004 (Kok., s. I-937, 36 ja 37 kohta).

68 – Vrt. EY 81 artiklan osalta esim. edellä alaviitteessä 27 mainitut yhdistetyt asiat Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomion 57 kohta ja mainittu asia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. komissio, tuomion 94 ja 135 kohta; asia C-113/04 P, Technische Unie v. komissio, tuomio 21.9.2006 (Kok., s. I-8831, 165 kohta) ja alaviitteessä 55 mainitut yhdistetyt asiat Sumitomo Metal Industries ja Nippon Steel v. komissio, tuomion 51 kohta; vrt. EY 82 artiklan osalta esim. yhdistetyt asiat 110/88, 241/88 ja 242/88, Lucazeau ym., tuomio 13.7.1989 (Kok., s. 2811, 25 kohta) ja edellä alaviitteessä 53 mainittu asia GT-Link, tuomion 42 kohta.

69 – Edellä alaviitteessä 27 mainitut yhdistetyt asiat Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomion 55 kohta ja alaviitteessä 55 mainitut yhdistetyt asiat Sumitomo Metal Industries und Nippon Steel v. komissio, tuomion 51 kohta.

89. Kilpailusääntöjen rikkomista koskevan näytön esittämisen erityispiirteisiin kuuluu lisäksi se, että todistustaakan kantavilla viranomaisilla tai yksityisillä täytyy olla mahdollisuus tehdä tiettyjä päätelmiä tyypilliseen tapahtumien kulkuun perustuvien kokemussääntöjen perusteella. Vastapuolen – normaalitapauksessa kilpailusääntöjen rikkomisesta syytetyn yrityksen – tehtävänä on tämän jälkeen osoittaa nämä ensi arviolta tehdyt kokemussääntöihin ja tyypilliseen tapahtumien kulkuun perustuvat päätelmät vääriksi esittämällä pitävää vastanäyttöä, tai muussa tapauksessa nämä päätelmät täyttävät todistustaakan täyttämiselle asetetut vaatimukset. [70] Kyseessä on toisin sanoen näyttötaakkojen vaihtelu, joka edeltää objektiivista todistustaakkaa koskevaa kysymystä. [71]

90. Myös yhteisöjen tuomioistuimen yhdenmukaistettujen menettelytapojen osalta tunnustama yhdenmukaistamisen ja markkinakäyttäytymisen välistä syy-yhteyttä koskeva olettama on vain hyväksytty johtopäätös kokemussääntöihin perustuvasta tyypillisestä tapahtumien kulusta. Jos on nimittäin osoitettu, että kahden tai useamman yrityksen välillä on tapahtunut yhteensovittamista ja nämä yritykset myöhemmin ryhtyivät tätä yhteensovittamista vastaavaan markkinakäyttäytymiseen, tämä viittaa siihen, että yhteisymmärryksen ja markkinakäyttäytymisen välillä katsotaan olevan syy-yhteys, elleivät yritykset esitä markkinakäyttäytymiselleen vastanäytön perusteella muuta pitävää selitystä. [72]

91. Mikäli siis, kuten nyt käsiteltävässä asiassa, kilpailijat käyvät keskusteluja jälleenmyyjilleen maksamiensa korvausten mahdollisesta alentamisesta ja myöhemmin todellisuudessa ryhtyvät tällaisiin alennuksiin enemmän tai vähemmän samanaikaisesti, on muiden uskottavien selitysten puuttuessa kaukaa haettua päätellä, että edellä mainittu tietojenvaihto ei olisi vaikuttanut ainakin osaksi niiden markkinakäyttäytymiseen. [73] Normaalitapauksessa on näet syytä lähteä siitä, että yhteensovittamiseen osallistuvat ja edelleen markkinoilla toimivat yritykset ottavat markkinakäyttäytymisessään huomioon kilpailijoidensa kanssa vaihdetut tiedot. [74]

70 – Vastaavasti edellä alaviitteessä 27 mainitut yhdistetyt asiat Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomion 79 kohta; vastaavasti jo edellä alaviitteessä 68 mainitut yhdistetyt asiat Lucazeau ym., tuomion 25 kohta.

71 – Vrt. tältä osin myös edellä alaviitteessä 27 mainitussa asiassa Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. komissio, 8.12.2005 antamani ratkaisuehdotuksen 73 kohta.

72 – Vastaavasti edellä alaviitteessä 18 mainitut asia komissio v. Anic Partecipazioni, tuomion 121 ja 126 kohta ja asia Hüls v. komissio, tuomion 162 ja 167 kohta; vrt. lisäksi tämän ratkaisuehdotuksen 66 kohta ja alaviitteessä 45 mainittu oikeuskäytäntö.

73 – Vrt. tältä osin myös tämän ratkaisuehdotuksen 64–71 kohta.

74 – Edellä alaviitteessä 18 mainitut asiat komissio v. Anic Partecipazioni, tuomion 121 kohta ja asia Hüls v. komissio, tuomion 162 kohta.

92. Lopuksi on muistutettava siitä, että selvittäessään EY 81 ja EY 82 artiklan rikkomisia ja määrätessään niistä seuraamuksia kansalliset viranomaiset ja tuomioistuimet ovat sidottuja yhteisön oikeuden yleisiin periaatteisiin ja erityisesti yhteisön tasolla tunnustettuihin perusoikeuksiin.[75] Näihin periaatteisiin, jotka ovat sovellettavissa kilpailusääntöjen rikkomisia koskevissa menettelyissä, kuuluu syyttömyysolettama;[76] se kuuluu jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen ja on lisäksi johdettavissa ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn eurooppalaisen yleissopimuksen[77] 6 artiklan 2 kappaleesta, ja se on otettu äskettäin myös Euroopan unionin perusoikeuskirjan[78] 48 artiklan 1 kohtaan.

93. Sitä, että kilpailuasioita koskevassa oikeudenkäynnissä tehdään tiettyjä päätelmiä tyypillisestä tapahtumien kulusta kokemussääntöjen perusteella, ei voida kuitenkaan pitää syyttömyysolettaman loukkaamisena, ja asianomaiset yritykset voivat vapaasti kumota nämä päätelmät.[79] Myös perinteisessä rikosprosessissa tunnustetaan indisiotodisteet ja turvautuminen kokemussääntöihin.

94. Todettakoon yhteenvetona seuraavaa:

Kansallisten tuomioistuinten oikeudenkäynneissä näyttökynnys EY 81 artiklan rikkomisen toteennäyttämisessä perustuu asianomaiseen kansalliseen oikeuteen, missä yhteydessä on otettava huomioon vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteet sekä yhteisön oikeuden yleiset oikeusperiaatteet.

Tehokkuusperiaatteen mukaan EY 81 artiklan rikkomisesta esitettävälle näytölle ei saa asettaa niin ankaria vaatimuksia, että tällaisen näytön esittämisestä tulisi suhteettoman vaikeaa tai käytännössä mahdotonta. Kansal-

75 – Asia C-292/97, Karlsson ym., tuomio 13.4.2000 (Kok., s. I-2737, 37 kohta) ja asia C-303/05, Advocaten voor de Wereld, tuomio 3.5.2007 (Kok., s. I-3633, 45 kohta); vrt. myös Euroopan unionin perusoikeuskirjan 51 artiklan 1 kohta.

76 – Edellä alaviitteessä 18 mainittu asia Hüls v. komissio, tuomion 149 ja 150 kohta ja alaviitteessä 26 mainittu asia Montecatini v. komissio, tuomion 175 ja 176 kohta.

77 – Allekirjoitettu Roomassa 4.11.1950.

78 – Euroopan unionin perusoikeuskirja julistettiin juhlallisesti aluksi 7.12.2000 Nizzassa (EYVL C 364, s. 1) ja myöhemmin vielä toisen kerran 12.12.2007 Strassburgissa (EUVL C 303, s. 1). Sillä ei tosin anneta sellaisenaan vielä mitään primäärioikeuteen verrattavia sitovia yhteisön oikeudessa taattuja perusoikeuksia; vrt. tältä osin myös asia C-540/03, parlamentti v. neuvosto, ns. perheenyhdistämistapaus, tuomio 27.6.2006 (Kok., s. I-5769, 38 kohta) ja kyseisessä asiassa 8.9.2005 antamani ratkaisuehdotuksen 108 kohta; lisäksi asia C-432/05, Unibet, tuomio 13.3.2007 (Kok., s. I-2271, 37 kohta).

79 – Vastaavasti myös edellä alaviitteessä 18 mainittu asia Hüls v. komissio, tuomion 155 kohta ja alaviitteessä 26 mainittu asia Montecatini v. komissio, tuomion 181 kohta, joiden mukaan tällaista menettelytapaa ei ole pidettävä kiellettynä todistustaakan kääntämisenä.

liset tuomioistuimet eivät saa etenkään jättää huomiotta kilpailusääntöjen rikkomisten toteamiselle tyypillisiä erityispiirteitä näytön esittämisen osalta, ja niiden on sallittava kokemussääntöihin turvautuminen tyypillistä tapahtumien kulkua arvioitaessa.

96. Tämän kysymyksen takana on se seikka, että alankomaiset televiestintäpalvelujen tarjoajien edustajat tapasivat nyt käsiteltävässä asiassa vain kerran, kesäkuussa 2001.

Myös kansallisissa tuomioistuimissa on pidettävä lähtökohtana sitä, että yhdenmukaistamiseen osallistuneet ja edelleen markkinoilla toimivat yritykset ottavat huomioon kilpailijoidensa kanssa vaihtamansa tiedot markkinakäyttäytymistään määrittäessään, jollei asianomaisten yritysten esittämästä vastanäytöstä, jonka esittäminen kuuluu niille, muuta johdu.

97. T-Mobile, KPN ja Vodafone katsovat, että syy-yhteyttä koskeva olettama on suppeasti tulkittava poikkeus, jonka pitää koskea ainoastaan yritysten välistä säännöllistä yhteensovittamista, eikä sitä voida laajentaa kertaluonteiseen yhteensovittamiseen.

3. Kolmas ennakkoratkaisukysymys: syy-yhteyttä koskeva olettama tilanteessa, jossa yhteensovittaminen on kertaluonteista

98. En yhdy tähän näkemykseen.

95. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee toisen ennakkoratkaisukysymyksensä lisäksi vielä kolmannella kysymyksellään lähinnä sitä, voidaanko yhteensovittamisen ja markkinakäyttäytymisen välistä syy-yhteyttä koskevaa olettamaa soveltaa ainoastaan sellaiseen yhteensovittamiseen, joka kestää pidemmän aikaa, vai myös sellaiseen yhteensovittamiseen, joka on kertaluonteista, sillä edellytyksellä, että osallistuvat yritykset pysyvät markkinoilla.

99. Tuomioista, joissa yhteisöjen tuomioistuin on tunnustanut syy-yhteyttä koskevan olettaman, ei voida päätellä, että tämä olettama olisi poikkeus pääsäännöstä, eikä myöskään, että sitä sovellettaisiin yksinomaan tapauksiin, joissa yritykset olisivat yhdenmukaistaneet käyttäytymisensä säännöllisesti tai joka tapauksessa useaan kertaan. Yhteisöjen

tuomioistuimen valitseman sanamuodon mukaan syy-yhteyttä koskevaa olettamaa voidaan pikemminkin pitää normaalitapauksena. Olettama näet ”pätee” aivan yleisesti ja sitä koskee vain yksi ainoa rajoitus: se voidaan kumota asianomaisen yrityksen sille kuuluvan näyttövelvollisuuden mukaisesti esittämällä vastanäytöllä. [80]

100. Tähän toteamukseen liittyvä yhteisöjen tuomioistuimen viittaus pidemmän ajanjakson aikana säännöllisesti tapahtuvaan yhdenmukaistamiseen ei ole syy-yhteyttä koskevan olettaman lisärajoitus. Se on päinvastoin ymmärrettävä siten, että syy-yhteyttä koskeva olettama vielä vahvistuu, jos yritykset ovat yhdenmukaistaneet käyttäytymistään säännöllisesti pitkän ajanjakson aikana. Tämän osoittaa jo yhteisöjen tuomioistuimen valitsema sanamuoto ”näin on etenkin siinä tapauksessa, että – –”. [81]

101. En pysty johtamaan syy-yhteyttä koskevan olettaman yleistä rajoitusta myöskään T-Mobilen siteeraamasta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, [82] jossa oli tosiseikaston mukaan kyseessä osallistuminen useisiin kokouksiin, joilla oli kilpailunvastainen tarkoitus.

102. Vaikka julkisasiamies Cosmasilla olisi ollut asiassa Anic Partecipazioni mielessään vähemmän pitkälle menevä syy-yhteyttä koskeva olettama, kun hän erotti toisistaan osallistumisen yhteen ainoaan kokoukseen ja osallistumisen useaan kokoukseen, [83] yhteisöjen tuomioistuin ei ole ainakaan noudattanut hänen näkemystään tältä osin.

103. Lisättäköön vielä, että syy-yhteyttä koskevan olettaman rajoittaminen koskemaan ainoastaan tapauksia, joissa on kyse säännöllisestä yhdenmukaistamisesta pitkän ajanjakson aikana, ei ole myöskään asiallisesti oikein. Ei ole näet mielestäni olemassa mitään yleistä kokemussääntöä, jonka mukaan kertaluonteinen tietojenvaihto kilpailijoiden kesken ei voisi johtaa niiden markkinakäyttäytymisen kilpailunvastaiseen yhdenmukaistamiseen vaan ainoastaan säännölliset yhteydet pidemmän ajanjakson aikana mahdollistaisivat tämän. [84] Vastaavasti myöskään joidenkin osapuolten esiin tuoma syyttömyysolettama ei edellytä sitä, että syy-yhteyttä pitäisi käsitellä eri tavoin kertaluonteisen yhdenmukaistamisen yhteydessä kuin säännöllisen ja pidemmän ajanjakson ajan kestäneen yhdenmukaistamisen yhteydessä.

80 – Edellä alaviitteessä 18 mainitut asia komissio v. Anic Partecipazioni, tuomion 121 kohta, ensimmäinen virke ja asia Hüls v. komissio, tuomion 162 kohta, ensimmäinen virke.

81 – Edellä alaviitteessä 18 mainitut asia komissio v. Anic Partecipazioni, tuomion 121 kohta, toinen virke ja asia Hüls v. komissio, tuomion 162 kohta, toinen virke.

82 – Yhdistetyt asiat T-202/98, T-204/98 ja T-207/98, Tate & Lyle ym. v. komissio, tuomio 12.7.2001 (Kok., s. II-2035, 66 kohta).

83 – Julkisasiamies Cosmasin edellä alaviitteessä 18 mainitussa asiassa komissio v. Anic Partecipazioni, 15.7.1997 antaman ratkaisuehdotuksen 56 kohta.

84 – Oikeuskäytännössä on vastaavasti tunnustettu, että EY 81 artiklan rikkominen voi johtua yksittäisestä toimenpiteestä, useista toimenpiteistä tai jostain jatkuvasta menettelytavasta; vrt. edellä alaviitteessä 18 mainittu asia komissio v. Anic Partecipazioni, tuomion 81 kohta ja alaviitteessä 27 mainitut yhdistetyt asiat Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomion 258 kohta.

104. Kuten Alankomaiden hallitus perustellusti esittää, yhdenmukaistamisen kohteesta ja asianomaisista markkinaolosuhteista riippuu, miten usein, millaisin väliajoin ja missä muodossa kilpailijoiden pitäisi pitää yhteyttä toisiinsa, jotta ne onnistuisivat yhdenmukaistamaan markkinakäyttäytymisensä.

105. Mikäli osallistuvat yritykset perustavat kartellin, jossa on monimutkainen ja harkittu sekä kestäväksi ajateltu yritysten useita markkinakäyttäytymisen osatekijöitä käsittävän yhdenmukaistamisen järjestelmä, säännöllinen pidemmän aikaa kestävä yhteydenpito ei ole välttämätöntä. Mikäli tarkoituksena on sen sijaan, kuten nyt käsiteltävässä asiassa, vain satunnainen yhdenmukaistaminen, jolla pyritään mukauttamaan markkinakäyttäytymistä yhden kerran yhden ainoan kilpailutekijän osalta, myös kertaluonteinen yhteydenotto kilpailijoiden kesken saattaa olla riittävä perusta osallistuvien yritysten ajaman kilpailunvastaisen tavoitteen muuttamiseksi teoiksi ja siten myöhemmän markkinakäyttäytymisen aiheuttajaksi.

106. Yksistään se seikka, että kyseessä oli vain kertaluonteinen yhteydenotto, ei siis merkitse välttämättä sitä, että näyttö on heikko. Ratkaisevaa on pikemminkin yksinomaan se, onko yhteydenotto – vaikka vain yhdessä ainoassa kokouksessa tapahtuva kertaluonteinen tietojenvaihto – antanut osallistuville yrityksille tietyssä yksittäistapauksessa mahdollisuuden todella yhdenmukaistaa markkinakäyttäytymistään ja siten tietoisesti korvata riskialtis kilpailu käytännön yhteistyöllä. Nyt käsiteltävässä asiassa kaikki yhteisöjen tuomioistuimen käytettävissä olevat tiedot viittaavat siihen, että tilanne on tämä, koska jälleenmyyjien vakiokorvauksia alennettiin tosiasiallisesti jo kertaluonteisen yhteydenoton jälkeen.

107. Kilpailijoiden välisten yhteydenottojen lukumäärä ja säännöllisyys voivat kuitenkin olla indisio kilpailusääntöjen rikkomisen kestosta ja vakavuudesta. Ne on otettava huomioon laskettaessa mahdollisen sakon suuruutta, [85] ja niillä saattaa olla merkitystä myös kolmansien osapuolten mahdollisten vahingonkorvausten suuruuden kannalta muun muassa silloin, kun sovellettavan kansallisen oikeusjärjestyksen mukaan on myönnettävä rangaistuksen luonteista vahingonkorvausta. [86]

108. Yhteenvetona todettakoon seuraavaa:

Silloinkin, kun kyseessä on vain kertaluonteinen edelleen markkinoilla toimivien kilpailijoiden välinen yhdenmukaistaminen, voidaan olettaa, että tämä yhdenmukaistaminen on vaikuttanut niiden markkinakäyttäytymiseen, mutta tästä voidaan esittää vastanäyttöä. Tällainen olettama on voimassa erityisesti silloin, kun riidan kohteena on ainoastaan satunnainen yhdenmukaistaminen, joka koskee osallistujien markkinakäyttäytymisen kertaluonteista mukauttamista yhden ainoan kilpailutekijän osalta.

85 – Yhteisön tasolla tämä seuraa nimenomaisesti asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 3 kohdasta.

86 – Vrt. tältä osin edellä alaviitteessä 61 mainitut yhdistetyt asiat Manfredi ym., tuomion 92 kohta.

VI Ratkaisuehdotus

109. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa College van Beroep voor het bedrijfslevenin kysymyksiin seuraavasti:

„1) a) Yhdenmukaistetulla menettelytavalla on EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu kilpailunvastainen tarkoitus, jos se on sisältönsä ja tavoitteensa sekä oikeudellisen ja taloudellisen asiayhteytensä perusteella konkreettisesti omiaan estämään kilpailun yhteismarkkinoilla tai rajoittamaan tai vääristämään sitä. Tällaisen kilpailun esteen, rajoituksen tai vääristymisen todellisella syntymisellä on siinä yhteydessä yhtä vähän merkitystä kuin menettelytapojen yhtenäistämisen välittömällä yhteydellä loppukuluttajahintoihin.

b) Kilpailijoiden väliseen liiketoimia koskevien luottamuksellisten tietojen vaihtamiseen liittyy kilpailunvastainen tarkoitus, jos tietojenvaihto on omiaan poistamaan olemassa olevan epävarmuuden osallistujina olevien yritysten odotettavissa olevasta markkinakäyttäytymisestä ja siten kiertämään vapaan kilpailun pelisäännöt.

2) a) Kansallisten tuomioistuinten oikeudenkäynneissä näyttökynnys EY 81 artiklan rikkomisen toteennäyttämisessä perustuu asianomaiseen kansalliseen oikeuteen, missä yhteydessä on otettava huomioon vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteet sekä yhteisön oikeuden yleiset oikeusperiaatteet.

b) Tehokkuusperiaatteen mukaan EY 81 artiklan rikkomisesta esitettävälle näytölle ei saa asettaa niin ankaria vaatimuksia, että tällaisen näytön esittämisestä tulisi suhteettoman vaikeaa tai käytännössä mahdotonta. Kansalliset tuomioistuimet eivät saa etenkään jättää huomiotta kilpailusääntöjen rikkomisten toteamiselle tyypillisiä erityispiirteitä näytön esittämisen osalta, ja niiden on sallittava kokemussääntöihin turvautuminen tyypillistä tapahtumien kulkua arvioitaessa.

c) Myös kansallisissa tuomioistuimissa on pidettävä lähtökohtana sitä, että yhdenmukaistamiseen osallistuneet ja edelleen markkinoilla toimivat yritykset ottavat huomioon kilpailijoidensa kanssa vaihtamansa tiedot markkinakäyttäytymistään määrittäessään, jollei asianomaisten yritysten esittämästä vastanäytöstä, jonka esittäminen kuuluu niille, muuta johdu.

3) Silloinkin, kun kyseessä on vain kertaluonteinen edelleen markkinoilla toimivien kilpailijoiden välinen yhdenmukaistaminen, voidaan olettaa, että tämä yhdenmukaistaminen on vaikuttanut niiden markkinakäyttäytymiseen, mutta tästä voidaan esittää vastanäyttöä. Tällainen olettama on voimassa erityisesti silloin, kun riidan kohteena on ainoastaan satunnainen yhdenmukaistaminen, joka koskee osallistujien markkinakäyttäytymisen kertaluonteista mukauttamista yhden ainoan kilpailutekijän osalta.“