Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
NILS WAHL
27 päivänä maaliskuuta 2014 [1]

Asia C-67/13 P

Groupement des cartes bancaires (CB)
vastaan

Euroopan komissio

Muutoksenhaku — Kartellit tai muut yhteistoimintajärjestelyt — Ranskan pankkikorttimarkkinat — Groupement des Cartes Bancaires (CB) — Uusiin tulokkaisiin sovellettavat tariffitoimenpiteet — Liittymismaksu ja niin sanotut ”MERFA” -mekanismi ja ”nukkuvien herätys” -mekanismi — Tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen olemassaolo — Määräysten antamisvalta — Suhteellisuusperiaatteen ja oikeusvarmuuden periaatteen kunnioittaminen

1. Groupement des cartes bancaires (CB) (jäljempänä yhtymä) vaatii käsiteltävällä valituksellaan unionin tuomioistuinta kumoamaan Euroopan unionin yleisen tuomioistuimen asiassa CB vastaan komissio 29.11.2012 antaman tuomion,[2] jossa unionin yleinen tuomioistuin hylkäsi yhtymän nostaman kanteen, jossa vaadittiin kumoamaan [EY 81] artiklan soveltamismenettelystä 17.10.2007 tehty komission päätös K(2007) 5060 lopullinen (asia COMP/D1/38606 – Groupement des cartes bancaires ”CB”) (jäljempänä riidanalainen päätös).

2. Nyt käsiteltävässä asiassa unionin tuomioistuinta pyydetään lähinnä tutkimaan, voiko unionin yleinen tuomioistuin todeta ilman oikeudellista virhettä, että kyseisten toimenpiteiden tarkoituksena oli kilpailun rajoittaminen EY 81 artiklan 1 kohdassa (josta on tullut SEUT 101 artiklan 1 kohta) tarkoitetulla tavalla, kun unionin yleinen tuomioistuin ei tutkinut käsiteltävässä tapauksessa kilpailuun kohdistuvia vaikutuksia, toisin kuin Euroopan komissio, joka totesi riidanalaisessa päätöksessä perusteellisen arvioinnin päätteeksi, että kyseisillä toimenpiteillä on tällaisen tarkoituksen lisäksi kilpailunvastaisia vaikutuksia.[3]

1 — Alkuperäinen kieli: ranska.

2 — Asia T-491/07, jäljempänä valituksenalainen tuomio.

3 — Ks. riidanalaisen päätöksen 252–358 kohta.

3. Unionin tuomioistuimen on vastattava erityisesti kysymykseen siitä, oliko unionin yleisen tuomioistuimen perusteltua tulkita ja mahdollisesti myös soveltaa tarkoitukseen perustuvan rajoituksen käsitettä laajasti. Tämä tärkeä kysymys ei ole tietenkään mikään uusi, mutta se tulee nyt esille aivan erityisillä maksukorttien markkinoilla, joiden kaksitahoista luonnetta [4] ja erityispiirteitä unionin tuomioistuin ei ole toistaiseksi [5] tarkastellut. Unionin tuomioistuimelle tarjoutuu käsiteltävässä asiassa tilaisuus selventää jokseenkin ristiriitaista oikeuskäytäntöään, joka koskee EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua tarkoitukseen perustuvan rajoituksen käsitettä.

I **Asian käsittelyn aiemmat vaiheet**

4. Asian käsittelyn aiemmat vaiheet, sellaisena kuin ne käyvät ilmi valituksenalaisesta tuomiosta, voidaan tiivistää seuraavasti.

5. Valittaja on Ranskan merkittävimpien pankkilaitosten Ranskan oikeuden mukaan vuonna 1984 perustama taloudellinen etuyhtymä. Yhtymä perustettiin, jotta sen jäsenten myöntämillä pankkikorteilla (jäljempänä CB-kortit) tehdyissä maksutapahtumissa ja käteisnostoissa käytettävien järjestelmien yhteentoimivuus voitiin varmistaa. Yhteentoimivuus ilmenee käytännössä siten, että yhtymän jäsenen myöntämällä CB-kortilla voidaan maksaa kaikkien CB-järjestelmään kuuluvien kauppiaiden perimät maksut jonkin toisen jäsenen välityksellä ja/tai sillä voidaan nostaa käteistä kaikkien muiden jäsenten käyttämiltä käteisautomaateilta. Yhtymällä oli 148 jäsentä 29.6.2007, ja sen jäsenet ovat joko niin sanottuja ”johtajapankkeja” tai johonkin johtajapankkiin kytköksissä olevia pankkilaitoksia. Yhtymän perustamissopimuksen perusteella BNP Paribas, BPCE, entinen Caisse nationale des caisses d’épargne et de prévoyance (CNCEP), ja Société générale (jäljempänä SG) ovat 11 johtajapankin joukossa.

6. Yhtymä ilmoitti komissiolle 10.12.2002 asetuksen N:o 17 [6] nojalla erilaisista uusista säännöistä, jotka oli tarkoitettu CB-järjestelmälle ja jotka muodostuivat erityisesti [7] seuraavista kolmesta hinnoittelutoimenpiteestä:

— Niin sanottu ”MERFA”-mekanismi [8], jonka tavoitteena oli yhteenliittymän mukaan lähinnä kannustaa niitä jäseniä, jotka olivat pikemminkin pankkikortin myöntäjiä kuin korttitapahtumien vastaanottajia, kehittämään korttitapahtumien vastaanottotoimintaansa ja toisaalta ottaa taloudellisesti huomioon niiden jäsenten ponnistelu, joilla korttitapahtumien vastaanottotoimintaa oli huomattavasti enemmän korttien myöntämistoimintaan verrattuna. Tätä varten laaditussa laskentakaavassa verrattiin jäsenen osuutta kaikesta CB-järjestelmässä tapahtuvasta korttien vastaanottotoiminnasta (mitataan SIREN-tunnisteiden [9] ja käteisautomaattien määrän perusteella) osuuteen, joka samalla jäsenellä oli kyseisessä järjestelmässä tapahtuvasta kaikesta korttien myöntämistoiminnasta. Kun näiden kahden osuuden välinen suhde oli alle 0,5, sovellettiin MERFA-mekanismia. MERFA-mekanismin kautta perityt määrät oli jaettava niiden yhtymän jäsenten välillä, joiden ei tarvinnut maksaa samalla perusteella mitään, suhteessa niiden osuuteen maksutapahtumien vastaanottotoiminnasta. Jäsenillä oli oikeus käyttää näin saamansa summat vapaasti.

4 — Kaksitahoiset markkinat voidaan määritellä markkinoiksi, joilla toteutuneiden liiketoimien määrä riippuu jäsenten maksamien hintojen yleisen tason lisäksi niiden rakenteesta (Rochet, J.-C. ja Tirole, J., ”Two-sided markets: a progress report”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 37, nro 3, 2006, s. 645–667).

5 — On kuitenkin todettava, että parhaillaan unionin tuomioistuimessa vireillä olevassa asiassa C-382/12 P, MasterCard ym. v. komissio (ks. julkisasiamies Mengozzin 30.1.2014 esittämä ratkaisuehdotus) tarkastellaan MasterCardin hallinnoiman niin kutsutun avoimen maksukorttijärjestelmän yhteydessä tehtyjä tiettyjä päätöksiä. Vaikuttaa siltä, että kyseisessä asiassa esiin tulevat oikeudelliset kysymykset ovat erilaisia kuin käsiteltävässä asiassa, ja lisäksi siinä on kyse hyvin toisenlaisista toimenpiteistä, joilla on otettu käyttöön monenväliset toimitusmaksut.

6 — 6.2.1962 annettu asetus N:o 17 [EY 81] ja [EY 82] artiklan ensimmäinen täytäntöönpanoasetus (EYVL 13, s. 204).

7 — Toimenpiteiden kuvauksesta käy ilmi, että hinnoittelutoimenpiteiden ohella ilmoitetut toimenpiteet koskivat yhtymään kuuluvien jäsenten äänioikeuden laskentatavan muuttamista.

8 — Korttitapahtumien vastaanottotoimintaa sääntelevä mekanismi.

9 — Yrityshakemiston tunnistusjärjestelmä.

— Yhtymään liittymisestä perittävän maksun uudistukseen sisältyivät liittymisen yhteydessä perittävän 50 000 euron suuruisen kiinteän summan lisäksi kustakin liittymistä seuraavien kolmen vuoden aikana myönnetystä ja voimassa olevasta CB-kortista perittävä maksu sekä mahdollisesti niiltä jäseniltä perittävä lisämaksu, joiden liittymistä seuraavan kuudennen vuoden aikana tai sen päättyessä varastossa olevien CB-korttien lukumäärä oli yli kolminkertainen verrattuna liittymistä seuraavan kolmannen vuoden päättyessä varastossa olleiden CB-korttien lukumäärään.

— Niin sanottu ”nukkuvien herätys” -mekanismi, jossa ennen uusien hinnoittelutoimenpiteiden voimaantuloa vain vähän tai ei lainkaan asianomaista toimintaa harjoittaneilta jäseniltä perittiin myönnettyjen CB-korttien määrän perusteella maksu, kun kyseisen jäsenen osuus kaikesta CB-järjestelmän korttien myöntämistoiminnasta vuosina 2003, 2004 ja 2005 oli yli kolme kertaa suurempi kuin niiden osuus koko CB-järjestelmän CB-kortteihin liittyvästä toiminnasta tilikausilla 2000, 2001 tai 2002.

7. Komissio antoi 6.7.2004 ensimmäisen yhtymälle ja yhdeksälle tarkastusten kohteeksi otetulle johtajapankille osoitetun väitetiedoksiannon, jossa näitä moitittiin sellaisen ”salaisen kilpailunvastaisen sopimuksen” tekemisestä, jonka ”yleisenä tarkoituksena oli rajoittaa kilpailua sopimuksen osapuolina olevien pankkien välillä ja jarruttaa yhteistuumin uusien tulokkaiden (erityisesti suurten vähittäiskauppojen, verkkopankkien ja ulkomaisten pankkien) kilpailua [CB-korttien] myöntämisen markkinoilla”. Komissio katsoi, että ”ilmoituksen tarkoituksena oli peitellä kilpailunvastaisen sopimuksen todellista sisältöä”. Se aikoi poistaa ilmoitukselta kaikki vaikutukset ja määrätä väitetiedoksiannon vastaanottajille sakon. Yhtymä vastasi väitetiedoksiantoon 8.11.2004, ja suullinen kuuleminen pidettiin 16. ja 17.12.2004.

8. Komissio antoi 17.7.2006 toisen väitetiedoksiannon, joka oli suunnattu yksinomaan yhtymälle. Siinä ilmoitettiin, että ensimmäinen väitetiedoksianto oli katsottava peruutetuksi. Toinen väitetiedoksianto koski yritysten yhtymän päätöstä ottaa käyttöön joukko hinnoittelutoimenpiteitä, joilla oli kilpailunvastainen tarkoitus tai vaikutus. Yhtymä vastasi toiseen väitetiedoksiantoon 19.10.2006, ja suullinen kuuleminen pidettiin 13.11.2006.

9. Yhtymä esitti 20.7.2007 asetuksen (EY) N:o 1/2003[10] 9 artiklan nojalla sitoumuksia koskevan ehdotuksen, jonka komission kilpailun pääosaston pääjohtaja katsoi esitetyn myöhässä ja olevan epätyydyttävä.

10. Tämän jälkeen komissio teki riidanalaisen päätöksen, jossa komissio katsoi yhtymän rikkoneen EY 81 artiklaa. Päätöksessä todetaan erityisesti seuraavaa:

— Merkityksellisiksi markkinoiksi määritetään maksukorttien myöntämisen markkinat Ranskassa.

— Kyseiset toimenpiteet muodostavat yritysten yhteenliittymän päätöksen.

— Toimenpiteillä on kilpailunvastainen tarkoitus. Tämä tarkoitus käy ilmi toimenpiteissä sovellettavista laskentakaavoista ja on ristiriidassa ilmoituksessa esitettyjen toimenpiteiden tavoitteiden kanssa. Yhtäältä toimenpiteet eivät sovellu korttitapahtumien vastaanottotoiminnan edistämiseen, vaan johtavat lopulta siihen, että niiden kohteena oleville jäsenille syntyy lisäkustannuksia tai niillä rajoitetaan niiden jäsenten harjoittamaa korttien myöntämistoimintaa, jotka joutuisivat muussa tapauksessa kyseisten toimenpiteiden kohteeksi. Toisaalta korttitapahtumien vastaanottotoiminnan edistämistä MERFA-mekanismin avulla vastaan puhuu pankkien välisten toimituspalkkioiden väitetty tehtävä sekä täydentävän liittymismaksun tai ”nukkuvien herätykseksi” kutsutun maksun väitetty tehtävä. Kilpailunvastainen tarkoitus vastaa

10 — [EY 81] ja [EY 82] artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16.12.2002 annettu neuvoston asetus (EYVL 2003 L 1, s.1).

kyseisten toimenpiteiden todellisia tavoitteita, jotka johtajapankit ovat tuoneet toimenpiteiden valmistelun aikana esiin ja joita ovat halu hillitä uusien tulokkaiden kilpailua ja rangaista uusia tulokkaita, halu säilyttää johtajapankkien tulot ja halu rajoittaa CB-korttien hintojen laskua.

— Kyseisillä toimenpiteillä on myös kilpailua rajoittava vaikutus. Ne ovat erityisesti niiden soveltamisaikana (1.1.2003–8.6.2004) johtaneet siihen, että uudet tulokkaat ovat vähentäneet suunnitelmiaan myöntää CB-kortteja ja ehkäisty sekä johtajapankkien että uusien jäsenten myöntämien CB-korttien hintojen laskemista.

— Kyseisiä toimenpiteitä ei voida pitää EY 81 artiklan 1 kohdan soveltamisalan ulkopuolelle jäävinä liitännäisrajoituksina; ja

— EY 81 artiklan 3 kohdan soveltamisedellytykset eivät täyty. Kyseisiä toimenpiteitä ja erityisesti korttitapahtumien vastaanottotehtävän ja korttien myöntämistehtävän tasapainottamiseen käytettyä MERFA-mekanismia koskevia perusteluja ei nimittäin voida hyväksyä, sillä korttien myöntämistoiminnan osuus suhteessa viitteenä olevaan korttitapahtumien vastaanottotoimintaan perustuu johtajapankkien osuuteen eikä CB-järjestelmän kannalta ihanteelliseen tasapainoon.

11. Komissio totesi tämän perusteella, ettei EY 81 artiklan 3 kohtaa voida soveltaa kyseisiin toimenpiteisiin ja että yhtymän tekemä kyseisiä toimenpiteitä koskeva päätös oli vastoin EY 81 artiklan 1 kohdan määräyksiä ja EY 81 artiklan 2 kohdan perusteella mitätön, joten komissiolla oli perusteet määrätä yhtymä peruuttamaan kyseiset toimenpiteet ja pidättymään jatkossa kaikista sopimuksista, yritysten yhteenliittymän päätöksistä tai yhteisistä käytännöistä, joilla on samankaltainen tarkoitus tai vaikutus.

12. Riidanalaisessa päätöksessä säädetään seuraavaa:

”1 artikla

Hinnoittelutoimenpiteet, jotka [yhtymä] hyväksyi 8 päivänä ja 29 päivänä marraskuuta 2002 tehdyillä [johtokunnan] päätöksillä, joita olivat [MERFA], korttikohtainen liittymismaksu, täydentävä liittymismaksu ja [nukkuvien herätykseksi kutsuttu maksu] ja joita sovellettiin niihin yhtymän jäseniin, jotka eivät olleet harjoittaneet merkittävää CB-toimintaa liittymisensä jälkeen, ovat vastoin [EY] 81 artiklaa.

2 artikla

Yhtymän on lopetettava välittömästi 1 artiklassa tarkoitettu kilpailusääntöjen rikkominen peruuttamalla mainitussa artiklassa tarkoitetut ilmoitetut hinnoittelutoimenpiteet, jos niitä ei ole vielä peruutettu.

Yhtymän on pidättäydyttävä jatkossa kaikista toimenpiteistä tai menettelyistä, joilla on sama tai samankaltainen tarkoitus tai vaikutus.”

II **Asian käsittely unionin yleisessä tuomioistuimessa ja valituksenalainen tuomio**

13. Valittaja nosti 27.12.2007 unionin yleisessä tuomioistuimessa kanteen, jossa vaadittiin riidanalaisen päätöksen kumoamista. BNP Paribas, BPCE ja SG olivat väliintulijoita ja tukivat valittajaa.

14. Valittaja, jota väliintulijat tukivat, vetosi kanteensa tueksi kuuteen kanneperusteeseen. Ensimmäinen kanneperuste perustui kyseisten toimenpiteiden ja markkinoiden arviointimenetelmien virheellisyydestä johtuvaan EY 81 artiklan rikkomiseen, yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamiseen ja perustelujen puuttumiseen. Toinen kanneperuste perustui oikeudellisista virheistä, tosiseikkoja koskevista virheistä ja kyseisten toimenpiteiden tarkoituksen tutkimisessa tapahtuneesta

arviointivirheestä johtuvaan EY 81 artiklan 1 kohdan rikkomiseen. Kolmas kanneperuste perustui oikeudellisiin virheisiin, tosiseikkoja koskeviin virheisiin ja kyseisten toimenpiteiden vaikutusten tutkimisessa tapahtuneeseen arviointivirheeseen. Toissijaisesti esitetty neljäs kanneperuste perustui oikeudellisista virheistä, tosiseikkoja koskeviin virheistä ja mainitun määräyksen sovellettavuutta kyseisiin toimenpiteisiin koskevassa tarkastelussa tapahtuneesta arviointivirheestä johtuvaan EY 81 artiklan 3 kohdan rikkomiseen. Viides kanneperuste perustui hyvän hallintotavan periaatteen loukkaamiseen. Kuudes kanneperuste perustui suhteellisuusperiaatteen ja oikeusvarmuuden periaatteen loukkaamiseen.

15. Hylättyään kaikki kanneperusteet unionin yleinen tuomioistuin hylkäsi kanteen kokonaisuudessaan, määräsi yhtymän vastaamaan omista oikeudenkäyntikulut sekä komission oikeudenkäyntikuluista ja BNP Paribas'n, BPCE:n ja SG:n vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluistaan.

III **Asianosaisten vaatimukset ja asian käsittely unionin tuomioistuimessa**

16. Valittaja vaatii valituksessaan, että unionin tuomioistuin

— kumoaa valituksenalaisen tuomion;

— palauttaa asian unionin yleiseen tuomioistuimeen uudelleen ratkaistavaksi, ellei unionin tuomioistuin katso, että sillä on riittävät tiedot riidanalaisen päätöksen kumoamiseksi; ja

— velvoittaa komission korvaamaan unionin yleisessä tuomioistuimessa ja unionin tuomioistuimessa aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.

17. BNP Paribas, BPCE ja SG esittivät vastineet valittajan tueksi.

18. Komissio vaatii, että valitus hylätään ja valittaja velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

19. Asianosaiset ja väliintulijat esittivät huomautuksensa kirjallisesti ja suullisesti 22.1.2014 pidetyssä istunnossa.

IV **Valitusperusteiden arviointi**

20. Valittaja esittää valituksensa tueksi kolme valitusperustetta. Ensimmäinen valitusperuste perustuu käsitteen ”tarkoitukseen perustuva kilpailun rajoitus” soveltamisessa tapahtuneisiin oikeudellisiin virheisiin. Toinen valitusperuste perustuu käsitteen ”vaikutukseen perustuva kilpailun rajoitus” soveltamisessa tapahtuneisiin oikeudellisiin virheisiin. Kolmas valitusperuste perustuu puolestaan suhteellisuusperiaatteen ja oikeusvarmuuden periaatteen loukkaamiseen.

21. Valittaja esittää aluksi, ettei unionin yleinen tuomioistuin ole selvästikään ottanut kaikkia olennaisia seikkoja huomioon tosiseikkojen kuvauksessa (valituksenalaisen tuomion 1–48 kohta), mikä osoittaa, ettei se ole missään vaiheessa poikennut komission kannasta eikä harjoittanut unionin tuomioistuimen edellyttämää oikeudellisia seikkoja ja tosiseikkoja koskevaa perinpohjaista valvontaa.[11] Nämä seikat liittyvät yhtäältä siihen, että komissio vaihtoi täysin kantaansa tutkinnan aikana,[12] mikä selittyy niillä perustavanlaatuisilla arviointivirheillä, joita komissio ei ole tuonut esille, ja toisaalta siihen, että

11 — Ks. asia C-272/09 P, KME Germany ym. v. komissio, tuomio 8.12.2011 (Kok., s. I-12789, 102 kohta).

12 — Yhteenliittymä korostaa, ettei komissio poikennut millään tavalla 6.7.2004 päivätyssä ensimmäisessä väitetiedoksiannossa esittämistään toteamuksista. Komission oli kuitenkin 16.–17.12.2004 pidetyn istunnon jälkeen pakko peruuttaa kyseinen väitetiedoksianto, koska sille ei ollut mitään vakavasti otettavia perusteita.

16.5.2012 pidetyssä unionin yleisen tuomioistuimen istunnossa käydyt keskustelut tarkoitukseen perustuvan rajoituksen käsitteestä erityisesti sen suhteen, miten käsitettä olisi pitänyt tulkita asiassa Beef Industry Development Society ja Barry Brothers annetun tuomion [13] perusteella, oli jätetty ottamatta huomioon.

22. Vaikuttaa siltä, että näitä alkuhuomautuksia, jotka muodostavat taustan nyt käsiteltävässä asiassa esiin tuleville kysymyksille, ei ole aiheellista arvioida siltä kannalta, että niissä olisi tarkoitus esittää valittajan muodollisesti esittämien valitusperusteiden lisäksi yksi tai useampi muu valitusperuste.

23. Nämä kolme muodollisesti esitettyä valitusperustetta on siis tutkittava peräkkäin, ja tarkastelussa on syytä painottaa ensimmäistä valitusperustetta, jolla on mielestäni keskeinen sija keskustelussa ja joka on lisäksi erityisen kiinnostava.

A *Ensimmäinen valitusperuste, joka perustuu tarkoitukseen perustuvan rajoituksen käsitteen soveltamisessa tapahtuneisiin oikeudellisiin virheisiin*

24. Valittaja, jota BNP Parisbas, BPCE ja SG tukevat, väittää unionin yleisen tuomioistuimen tehneen useita oikeudellisia virheitä EY 81 artiklan 1 kohdan soveltamisessa. Valittaja korostaa, että unionin yleisen tuomioistuimen omaksuma lähestymistapa muodostaa vakavan ennakkotapauksen, koska unionin yleinen tuomioistuin kieltää sellaisenaan kaikki toimijan toiselta toimijalta laskuttamat hinnat. Yhtymä väittää erityisesti, ettei unionin yleinen tuomioistuin ole ottanut huomioon, ettei tarkoitukseen perustuvan rajoituksen käsitettä voida tulkita liian laajasti, eikä arviointitapaa, jota unionin tuomioistuin yleensä noudattaa tällaisen rajoituksen yksilöimisessä.

25. Ennen kaikkien niiden väitteiden tutkimista, jotka esitettiin unionin yleisen tuomioistuimen valitsemaa kyseisten toimenpiteiden arviointitapaa vastaan, on mielestäni välttämätöntä esittää muutamia toissijaisia huomautuksia lähestymistavasta, joka on nähdäkseni valittava tutkittaessa, onko kyseessä EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu tarkoitukseen perustuva kilpailun rajoitus.

1. Yleisiä huomautuksia EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta kilpailunvastaisen tarkoituksen käsitteestä

26. Kaikilla salaisten käytäntöjen kieltämiseen ja niistä rankaisemiseen tarkoitetuilla järjestelmillä pyritään kiistatta puuttumaan menettelyihin, joilla rajoitetaan kilpailua. [14]

27. Kilpailua rajoittavien menettelyjen määrittämisessä käytetään yleensä kahta menetelmää.

28. Ensimmäinen menetelmä on luonteeltaan tapauskohtainen, ja siinä tutkitaan yritysten menettelyjen todellisia ja mahdollisia kilpailunvastaisia vaikutuksia seikkaperäisesti ja perusteellisesti. Tällaisen lähestymistavan merkittävänä etuna on, että se kohdistuu ainoastaan niihin käytäntöihin, joilla on selkeästi kilpailua rajoittava vaikutus, mutta se edellyttää huomattavasti resursseja eikä ole prosessiekonomian periaatteen mukainen. Näin ollen se saattaa lopulta estää kilpailunvastaisten menettelyiden yleisen havaitsemisen.

29. Näiden ongelmien vuoksi on laadittu toinen lähestymistapa, joka on osittain vähemmän yksilöllinen ja jossa tutkitaan niin ikään menettelyjä, joita pidetään yleisesti taloudellisessa analyysissä haitallisina kilpailulle.

13 — Asia C-209/07, Beef Industry Development Society ja Barry Brothers, tuomio 20.11.2008 (Kok., s. I-8637).

14 — On täsmennettävä, että termin ”rajoitus” on ymmärrettävä tarkoittavan myös niitä tapauksia, joissa kilpailu estyy tai vääristyy. Tässä rajoituksella tarkoitetaan sekä yritysten vapaaseen toimintaan markkinoilla kohdistuvia rajoituksia (restraint of trade) että markkinoiden toimintaan ja rakenteeseen kohdistuvia rajoituksia (restriction of competition).

30. Tällaisessa järjestelmässä toisistaan ei eroteta aineelliselta kannalta yritysten niitä menettelyjä, jotka katsotaan yksilöllisen tarkastelun perusteella rajoittavan kilpailua, ja niitä menettelyjä, jotka todetaan kilpailua rajoittaviksi vakiomuotoista lähestymistapaa soveltamalla – menettelyt ovat kiellettyjä molemmissa tapauksissa. Ero perustuu ennen kaikkea prosessuaalisiin seikkoihin, jotka liittyvät sääntöjenvastaisista menettelyistä seuraavien kilpailunvastaisten vaikutusten osoittamiseen.

31. Asian havainnollistamiseksi mainittakoon, että Yhdysvaltain kilpailulainsäädännössä tietyt menettelyt katsotaan rikkomuksiksi per se. Tällaisiin menettelyihin syyllistyneet yritykset eivät voi vastustaa kilpailua rajoittavaksi yhteistoimintajärjestelyksi katsomista kilpailusääntöjen rikkomista koskevien syytteiden nostamisesta vastaavan viranomaisen edessä eivätkä tuomioistuimessa esittämällä näyttöä siitä, että kyseisillä menettelyillä on vain vähän haitallisia vaikutuksia tai niillä on jopa hyödyllisiä vaikutuksia kilpailuun.

32. EY 81 artiklan 1 kohdassa olevalla maininnalla yhteistoimintajärjestelyistä, joiden ”tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua yhteismarkkinoilla”, on vastaavia seurauksia, vaikka ne eivät ole täysin identtiset.

33. Ensinnäkin kun osoitetaan, että yritysten menettelyillä on kilpailunvastainen tarkoitus, nämä menettelyt ovat lähtökohtaisesti kiellettyjä, ilman että niiden vaikutuksia tarvitsee tutkia.

34. Toiseksi vaikka kilpailua edistävien vaikutusten ja kilpailunvastaisten vaikutusten vertaaminen on mahdollista EY 81 artiklan 3 kohdan soveltamisen yhteydessä, kilpailunvastaisen tarkoituksen käsitteeseen vetoamisesta aiheutuu joka tapauksessa tiettyä etua, sillä se yksinkertaistaa yritysten tiettyjen käytäntöjen rajoittavan vaikutuksen osoittamista.

35. Ensinnäkin se parantaa eittämättä ennustettavuutta ja sitä kautta oikeusvarmuutta yritysten kannalta, sillä sen ansiosta yritykset saavat tietoonsa oikeudelliset seuraukset (kiellot ja rangaistukset), joita niiden tietyistä toimista, kuten hintoja koskevien sopimusten tekemisestä, aiheutuu, ja ne voivat muuttaa menettelyään tämän mukaisesti. Näin ollen kilpailua rajoittavien yhteistoimintajärjestelyjen määrittämisellä on tarkoituksensa perusteella myös varoittava vaikutus ja sillä voidaan ehkäistä kilpailunvastaisia menettelyjä. Lisäksi se edistää prosessiekonomiaa, sillä sen avulla kilpailuasioista vastaavat viranomaiset voivat todeta tietynlaisen salaisen yhteistyön kilpailunvastaisen vaikutuksen ilman, että niiden tarvitsee tehdä usein monimutkaiseksi ja pitkälliseksi muodostuvaa tutkimusta yhteistyön mahdollisista tai todellisista vaikutuksista kyseisillä markkinoilla.

36. Nämä edut tulevat kuitenkin esille ainoastaan silloin, jos tarkoitukseen perustuvan rajoituksen käsitteeseen vetoaminen on tarkkaan rajattu, sillä muussa tapauksessa saatetaan päätyä tarkastelemaan menettelyjä, joiden haitallista vaikutusta kilpailuun ei ole osoitettu selkeästi.

37. Näitä huomautuksia tukevia konkreettisia seikkoja löytyy unionin tuomioistuimen vakiintuneesta oikeuskäytännöstä.

38. Ensinnäkin kuten unionin tuomioistuin on todennut jo varhain asiassa LTM [15] antamassaan tuomiossa ja muistuttanut sittemmin useaan otteeseen, [16] että EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu edellytys – sopimus, jonka tarkoituksena tai vaikutuksena on kilpailun rajoittaminen – on vaihtoehtoinen, mikä osoitetaan konjunktiolla ”tai”, minkä johdosta ensin on välttämätöntä tarkastella sopimuksen varsinaista tarkoitusta siinä taloudellisessa asiayhteydessä, jossa sopimusta on sovellettava. Unionin tuomioistuin on täsmentänyt tältä osin, että jos ”tämän sopimuksen *määräysten* tarkastelusta ei ilmene *riittävää vahingollisuutta*” (kursivointi tässä) kilpailulle, on tutkittava sopimuksen vaikutuksia, ja jotta kielto koskisi sopimusta, on edellytettävä niiden eri seikkojen olemassaoloa, jotka

15 — Asia 56/65, LTM, tuomio 30.6.1966 (Kok., s. 337, Kok. ep. I, s. 251).

16 — Edellä alaviitteessä 13 mainittu asia Beef Industry Development Society ja Barry Brothers, tuomion 15 kohta.

osoittavat, että kilpailu on tosiasiallisesti estynyt, rajoittunut tai vääristynyt tuntuvasti. Arvioitaessa sitä, onko sopimus EY 81 artiklan 1 kohdan nojalla kielletty, sopimuksen konkreettisten vaikutusten huomioon ottaminen on näin ollen tarpeetonta, kun on ilmeistä, että sopimuksen tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua yhteismarkkinoilla. [17]

39. Toiseksi unionin tuomioistuin on täsmentänyt, että erottelu ”tarkoitukseen perustuvan rikkomisen” ja ”vaikutuksiin perustuvan rikkomisen” välillä liittyy siihen, että tiettyjen yritysten välisten yhteistoimintamuotojen voidaan jo luonteensa puolesta katsoa haittaavan kilpailun normaalia toimintaa. [18] Erilaisia yritysten välisiä yhteistyömuotoja on siis pidetty tarkoitukseen perustuvina kilpailun rajoituksina niiden varsinaisen tarkoituksen perusteella. Tarkoituksensa perusteella kilpailua rajoittaviksi on näin ollen katsottu myös muun horisontaalisen yhteistyön tyyppiset sopimukset kuin EY 81 artiklan 1 kohdan a–e alakohdassa tarkoitetut sopimukset [19] sekä tietyt vertikaaliset sopimukset. [20]

40. Kolmanneksi vakiomallia muistuttava arviointi, johon tarkoitukseen perustuvan rajoituksen käsitteeseen vetoaminen perustuu, edellyttää riidanalaisen sopimuksen seikkaperäistä ja yksilöllistä tutkimista, joka on erotettava kuitenkin selkeästi asianomaisten yritysten menettelyjen tosiasiallisten tai mahdollisten vaikutusten tutkinnasta.

41. Unionin tuomioistuin on täsmentänyt jo tässä yhteydessä varhain, [21] että sopimuksen rajoittavan tarkoituksen tutkimista ei voida tehdä irrallaan siitä taloudellisesta ja oikeudellisesta asiayhteydestä, jonka perusteella osapuolet ovat sopimuksen tehneet. Unionin tuomioistuin on muistuttanut myöhemmin toistuvasti, että sopimuslausekkeita on tarkasteltava asiayhteydessään, [22] minkä taustalla on ajatus siitä, että tutkittaessa menettelyn yhdenmukaisuutta yhteistoimintajärjestelyjä koskevien perussopimuksen määräysten kanssa on vaikeaa puolustaa pelkästään teoreettisia ja abstrakteja näkökohtia. [23]

42. Näkemykseni havainnollistamiseksi mainitsen esimerkkinä rikkomisen, jonka oletetaan saadun kokemuksen perusteella rajoittavan kilpailua mitä vakavimmalla tavalla, eli tietyn tavaran hinnoista tehdyn horisontaalisen sopimuksen. Vaikka on kiistatonta, että tällainen yhteistoimintajärjestely aiheuttaa yleensä paljon vahinkoa kilpailulle, tähän lopputulokseen ei päädytä esimerkiksi siinä tapauksessa, että kyseisillä yrityksillä on hallussaan vain pieni osa kyseisistä markkinoista.

43. Unionin tuomioistuin on vasta asiayhteyden tutkittuaan todennut perustellusti, että vaikka jakelua koskevan sopimuksen voitiin ensi katsomalta ajatella olevan kilpailua rajoittava, ei voitu kuitenkaan ajatella, että sen tarkoituksena olisi ollut sen oman luonteen perusteella rajoittaa merkittävällä tavalla kilpailua. [24]

17 — Ks. edellä alaviitteessä 13 mainittu asia Beef Industry Development Society ja Barry Brothers, tuomion 16 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

18 — Edellä alaviitteessä 13 mainittu asia Beef Industry Development Society ja Barry Brothers, tuomion 18 kohta.

19 — Tällaisen kilpailunvastaisen tarkoituksen on katsottu sisältyvän myös tietojenvaihtoon, jolla sovitetaan yhteen samoilla markkinoilla toimivien kilpailijoiden menettelyä (asia C-08/08, T-Mobile Netherlands ym., tuomio 4.6.2009, Kok., s. I-4529).

20 — Ks. erityisesti yhdistetyt asiat 56/64 ja 58/64, Consten ja Grundig v. komissio, tuomio 13.7.1966 (Kok., s. 429, Kok. Ep. I, s. 275); asia 19/77, Miller International Schallplatten v. komissio, tuomio 1.2.1978 (Kok., s. 131) (jäsenvaltioiden välisen rinnakkaiskaupan kieltämisestä ja alueellisen yksinoikeuden antamisesta tehdyt sopimukset); asia 243/83, Binon, tuomio 3.7.1985 (Kok., s. 2015) (valikoivaa jakelua koskeva järjestelmä, jossa jälleenmyynnin vähimmäishinnat on vahvistettu) ja asia C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, tuomio 13.10.2011 (Kok., s. I-9419) (valikoivaa jakelua koskeva järjestely, jossa kielletään tiettyjen tuotteiden myynti internetissä ilman objektiivista perustetta).

21 — Ks. erityisesti edellä alaviitteessä 20 mainittu asia Consten ja Grundig v. komissio, s. 497.

22 — Ks. erityisesti edellä alaviitteessä 20 mainittu asia Miller International Schallplatten v. komissio, tuomion 7 kohta; yhdistetyt asiat 29/83 ja 30/83, Compagnie royale asturienne des mines ja Rheinzink v. komissio, tuomio 28.3.1984 (Kok., s. 1679, 26 kohta) ja asia C-551/03 P, General Motors v. komissio, tuomio 6.4.2006 (Kok., s. I-3173, 66 kohta).

23 — Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 20 mainittu asia Consten ja Grundig v. komissio, julkisasiamies Roemerin 27.4.1966 esittämä ratkaisuehdotus (s. 525).

24 — Asia C-306/96, Javico, tuomio 28.4.1998 (Kok., s. I-1983, 19–31 kohta).

44. Taloudellisen ja oikeudellisen asiayhteyden huomioon ottaminen kilpailunvastaista tarkoitusta tutkittaessa on erotettava mielestäni selkeästi kilpailunvastaisten vaikutusten osoittamisesta EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun toisen vaihtoehdon mukaisesti, sillä muutoin vaarana on merkityksen muuttuminen, joka voi haitata kyseisen määräyksen asianmukaista tulkintaa, mikä voisi olla vahingollista – palaan tähän jäljempänä. Asiayhteyden huomioon ottaminen kilpailunvastaista tarkoitusta määritettäessä voi ainoastaan vahvistaa tai kumota [25] oletetun yhteistoimintajärjestelyn varsinaisten ehtojen tarkastelun. Sillä ei voida millään tavoin paikata kilpailunvastaisen tarkoituksen tosiasiallisen määrittämisen puuttumista osoittamalla kyseisten toimenpiteiden mahdolliset vaikutukset.

45. Tämän vaihtoehdon kahden eri osan välisistä käsitteellisistä samankaltaisuuksista riippumatta [26] taloudellisen ja oikeudellisen asiayhteyden ottaminen huomioon tarkoitukseen perustuvan rajoituksen määrittämisessä ei toisin sanoen voi johtaa syytettyjen yritysten kannalta epäedulliseen määrittelyyn, jos kyseessä olevan sopimuksen ehdoista ei aiheudu haittaa kilpailulle.

46. Samalla kun pidetään mielessä EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettujen kahden erityyppisen rajoituksen erot, vaikuttaa siltä, että unionin tuomioistuimen ja unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä on seurannut jossain määrin erilaisia, jopa hämmentäviäkin, tulkintoja. Osa oikeuskäytännön tulkintatavoista vaikuttaa nimittäin aiheuttavan pulmia, kun tehdään välttämätön ero yritysten välisten sopimusten kilpailunvastaisen tarkoituksen tarkastelun ja kilpailunvastaisten vaikutusten analysoinnin välillä.

47. Joissakin asioissa asiayhteyden huomioon ottaminen muistuttaa nimittäin asianomaisten toimenpiteiden mahdollisten vaikutusten tosiasiallista tarkastelua.

48. Asiassa GlaxoSmithKline Services vastaan komissio annetussa tuomiossa [27] ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oli otettava kantaa sellaisten sopimusehtojen kilpailunvastaiseen tarkoitukseen, joilla pyrittiin rajoittamaan lääkkeiden rinnakkaiskauppaa, ja se katsoi lähinnä, ettei sopimuksen kilpailunvastaista luonnetta voida päätellä yksinomaan sopimuksen sanamuodon ja asiayhteyden perusteella, vaan sen vaikutukset on välttämättä otettava huomioon. Kyseisen tuomion perusteella kilpailunvastaisen tarkoituksen olemassaolon toteaminen edellyttää joka tapauksessa kilpailuun kohdistuvien konkreettisten vaikutusten toteamista. [28]

49. On legitiimiä pohtia, muistuttaako tämä analyysi, jossa arvioidaan kyseisten sopimusten väistämättömiä seurauksia, enemmän kilpailua rajoittavien vaikutusten tutkimista vai kilpailunvastaisen tarkoituksen tutkimista.

50. Unionin tuomioistuin on todennut sittemmin perustellusti vieläkin selvemmin asiassa Allianz Hungária Biztosító ym. antamassaan tuomiossa, [29] että kahdenvälisten sopimusten, joilla autovakuutusyhtiöt sopivat joko autokorjaamoina toimivien autojen valtuutettujen jälleenmyyjien tai viimeksi mainittuja edustavan yhdistyksen kanssa tuntihinnasta, jonka vakuutusyhtiö maksaa vakuuttamiensa ajoneuvojen korjauksesta, ja joiden mukaan tämä hinta riippuu muun muassa siitä, kuinka monta vakuutussopimusta jälleenmyyjä on tehnyt tämän vakuutusyhtiön puolesta

25 — Esimerkki tällaisesta kumoamisesta, ks. asia C-309/99, Wouters ym., tuomio 19.2.2002 (Kok., s. I-1577, 97 kohta).

26 — Oikeuskirjallisuudessa on korostettu tästä, että tarkoituksen analysointi on yksi vaikutusten analysoinnin sovellus (ks. esimerkiksi Wish, R., 10.2.2012 pidetyn New Frontiers of Antitrust -konferenssin neljännen pyöreän pöydän keskustelun johdanto ”Anticompetitive object vs. anticompetitive effect: does it really matter?”, *Concurrences*, nro 2, 2012, s. 59 ja sitä seuraavat sivut).

27 — Asia T-168/01, GlaxoSmithKline Services v. komissio, tuomio 27.9.2006 (Kok., s. II-2969, 147 kohta).

28 — Vaikka unionin tuomioistuin joutui arvostelemaan asiassa tehdyn valituksen yhteydessä riidanalaisten sopimusten tarkoituksen kilpailunvastaisesta luonteesta tehtyä arviointia, arvostelu kohdistui vain siihen, että unionin yleinen tuomioistuin oli asettanut kilpailunvastaisen tarkoituksen olemassaolon edellytykseksi näytön siitä, että sopimuksesta aiheutuu haittaa loppukuluttajille (ks. yhdistetyt asiat C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services ym. v. komissio, tuomio 6.10.2009, Kok., s. I-9291, 63 ja 64 kohta).

29 — Asia C-32/11, Allianz Hungária Biztosító ym., tuomio 14.3.2013.

vakuutuksenvälittäjänä ja mikä on niiden prosenttiosuus tehdyistä sopimuksista, voidaan katsoa olevan SEUT 101 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuja ”tarkoitukseen perustuvia” kilpailunrajoituksia. Näin on silloin, jos näiden sopimusten sisällön ja tavoitteiden sekä niiden taloudellisen ja oikeudellisen asiayhteyden tapauskohtaisesta ja konkreettisesta tarkastelusta ilmenee, että nämä sopimukset haittaavat jo luonteensa puolesta kilpailun normaalia toimintaa toisella näistä markkinoista. [30]

51. Tässä yhteydessä on jälleen pulmallista erottaa, miten unionin tuomioistuimen suosittelema asiayhteyden tarkastelu, jossa arvioidaan kilpailun loppumisen tai vakavan heikentymisen vaaraa kyseisillä markkinoilla, kun huomioon otetaan erityisesti ”näiden markkinoiden rakenne, vaihtoehtoisten jälleenmyyntikanavien olemassaolo ja niiden vastaava merkitys sekä kyseisten yhtiöiden markkinavoima”, eroaa mahdollisia kilpailua rajoittavia vaikutuksia koskevasta tarkastelusta.

52. Vaikka oikeuskäytäntö on saattanut tietyssä määrin häivyttää rajanvetoa tarkoitukseen ja vaikutukseen perustuvien kilpailunrajoitusten käsitteiden välillä, kyseiseen käsitteeseen vetoaminen on kuitenkin rajattava mielestäni selkeämmin.

53. Jos sopimus tai käytäntö nimittäin katsotaan kilpailua rajoittavaksi varsinaisen tarkoituksensa perusteella, aiheutuu merkittäviä seurauksia, joista ainakin kahta on korostettava.

54. Ensinnäkin kilpailunvastainen tarkoitus määritetään sellaisen formalistisen lähestymistavan perusteella, joka saattaa vaarantaa perussopimuksen kilpailumääräyksillä tavoiteltujen yleisten etujen suojelun. Jos on osoitettu, että sopimuksella on tarkoitus rajoittaa kilpailua, siitä seuraava kielto on laajuudeltaan hyvin yleisluonteinen, eli se voidaan antaa ennalta ehkäisevästi, jolloin vaarannetaan tulevat yhteydenotot, [31] konkreettisesti toteutuneiden vaikutusten arvioinnista riippumatta.

55. Tällainen formalistinen lähestymistapa voidaan näin ollen omaksua vain, jos kyseessä oleviin menettelyihin liittyy väistämättä vaara erityisen vakavista haitallisista vaikutuksista tai jos menettelyistä voidaan päätellä, että kilpailunvastaiset vaikutukset vievät voiton kilpailua edistävistä vaikutuksista. Toisenlaisella ratkaisulla kiellettäisiin se, että taloudellisten toimijoiden tietyistä toimista saattaa aiheutua kilpailun kannalta myönteisiä ulkoisia vaikutuksia. Nähdäkseni ainoastaan siinä tapauksessa, että kokemus osoittaa rajoituksen olevan taloudellisen analyysin mukaisesti aina kielletty, vaikuttaa kohtuulliselta sanktioida se suoraan prosessiekonomian periaatteen mukaisesti. [32]

56. Tarkoituksensa perusteella kilpailua rajoittavaksi tulisi siis katsoa vain sellainen menettely, jonka vahingollinen luonne on saadun kokemuksen tai taloudellisen tutkimuksen perusteella osoitettu ja helposti havaittavissa, muttei sellaisia sopimuksia, jotka asiayhteydessään tarkasteltuina aiheuttavat kaksijakoisia vaikutuksia markkinoihin tai joista aiheutuu rajoittavia liitännäisvaikutuksia, jotka ovat välttämättömiä tavoiteltaessa pääasiallista tarkoitusta, joka ei ole kilpailua rajoittava.

57. Tästä seuraa, että syytettä ajavalta viranomaiselta poistuu tarkasteltavana olevan sopimuksen tai käytännön kilpailunvastaisten vaikutusten osoittamista koskeva todistustaakka. Tarkoituksensa perusteella rajoittavaksi katsottujen menettelyjen hallitsematon laajentaminen on vaarallista, kun huomioon otetaan ne periaatteet, joita olisi lähtökohtaisesti sovellettava kilpailunvastaisen toiminnan osoittamisessa ja todistustaakassa.

30 — Ks. edellä alaviitteessä 29 mainittu asia Allianz Hungária Biztosító ym., tuomion 48 kohta.

31 — Näiden seurauksien merkitystä on korostanut ainakin julkisasiamies Cruz Villalón edellä alaviitteessä 29 mainitussa asiassa Allianz Hungária Biztosító ym. 25.10.2012 esittämässään ratkaisuehdotuksessa (64 kohta).

32 — Komissio vaikuttaa omaksuneen tämän lähestymistavan EY 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta 27.4.2004 antamissaan suuntaviivoissa (EUVL C 101, s. 97). Se toteaa seuraavaa: ”Sopimukset, joiden tarkoituksena on rajoittaa kilpailua, ovat niitä, jotka saattavat luonteensa puolesta rajoittaa kilpailua. Nämä ovat sellaisia sopimuksia, joilla yhteisön kilpailusääntöjen tavoitteiden valossa on niin todennäköisesti kielteinen vaikutus kilpailuun, että 81 artiklan 1 kohdan soveltamiseksi ei ole tarpeellista näyttää toteen mitään tosiasiallisia vaikutuksia markkinoilla. Oletus perustuu kilpailun rajoittamisen *vakavaan luonteeseen ja kokemukseen* siitä, että sopimuksilla, joiden tarkoituksena on rajoittaa kilpailua, on todennäköisesti kielteisiä vaikutuksia markkinoille ja ne vaarantavat yhteisön kilpailusääntöjen tavoitteet.” (Kursivointi tässä.)

58. Näiden seurausten vuoksi tarkoituksensa perusteella rajoittavaksi yhteistoimintajärjestelyksi toteamista on tarpeen rajoittaa, ja sen on viime kädessä koskettava ainoastaan niitä yhteisjärjestelyjä, joilla on väistämättä jonkin verran vahingollista vaikutusta. Tällä käsitteellä tulisi tarkoittaa vain niitä sopimuksia, joiden kielteiset vaikutukset kilpailuun ovat väistämättä, ilman että todellisia tai mahdollisia vaikutuksia tarvitsee arvioida, niin vahingollisia tai vakavia, että nämä vaikutukset ovat hyvin todennäköisiä. Vaikka tarkoituksensa perusteella rajoittavina pidettävien menettelyjen luettelo ei ole tyhjentävä, kannattaa tarkoituksensa perusteella kilpailua rajoittavaksi määrittämiseen suhtautua melko varovasti.

59. Tämä varovaisuus on sitäkin tärkeämpää, kun otetaan huomioon, että unionin tuomioistuimen esittämä arviointitapa velvoittaa sekä komissiota että kilpailusta vastaavia kansallisia viranomaisia, joiden kyvyt ja asiantuntemus eroavat toisistaan.

60. Tarkoituksensa perusteella rajoittavaksi sopimukseksi määrittämiseen liittyvä ennakoitavuus ja todistustaakan helpottaminen tuovat etua, joka vaikuttaa vaarantuvan, jos kyseinen määrittely riippuu lopulta kyseisen sopimuksen kilpailuun kohdistuvien seurausten tutkimisesta, mikä ylittää selvästi sopimuksen seikkaperäisen tutkimisen.

61. Joka tapauksessa on huomautettava, että vaikka unionin tuomioistuin on selvästi laajentanut tarkoituksensa perusteella rajoittavaksi katsottavien menettelyjen soveltamisalaa, se on toistuvasti muistuttanut edellä mainitussa asiassa LTM annetusta tuomiosta lähtien aina edellä mainitussa asiassa Allianz Hungária Biztosító ym. annettuun tuomioon asti, että tarkoituksen tarkastelussa olisi ilmettävä ”riittävä vahingollisuus”.[33]

62. Haluan muistuttaa vielä, ettei tällaisella rajaamisella saada tehtyä tietyistä menettelyistä ”koskemattomia” siten, että ne olisivat EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun kiellon ulottumattomissa. Siinä tapauksessa, ettei ole osoitettu, ettei tietty sopimus voi konkreettisesti – eli kun otetaan huomioon sen tavoitteet sekä siihen liittyvä oikeudellinen ja taloudellinen asiayhteys – estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua markkinoilla, ainoastaan vetoamisesta tarkoitukseen perustuvan rajoituksen käsitteeseen luovutaan. Kilpailun valvonnasta vastaavalla viranomaisella on edelleen mahdollisuus määrätä toimenpide lopetettavaksi sellaisen tutkimuksen perusteella, jossa keskitytään enemmän markkinoihin kohdistuviin todellisiin ja mahdollisiin kilpailunvastaisiin vaikutuksiin.

2. Tarkoitukseen perustuvan rajoituksen olemassaolon arviointi

63. On syytä huomauttaa, että valittaja arvostelee ensimmäisessä valitusperusteessaan yleisesti unionin yleisen tuomioistuimen omaksumaa laajaa näkemystä tarkoitukseen perustuvan rajoituksen käsitteestä. Valittaja kyseenalaistaa tarkemmin sanottuna ne virheet, joita unionin yleinen tuomioistuin on sen mielestä tehnyt tarkastellessaan kyseisten toimenpiteiden sisältöä ja tavoitetta sekä niiden laatimiseen liittyvää asiayhteyttä.

64. Toisin sanoen ensinnäkin on selvitettävä, oliko unionin yleisen tuomioistuimen yleisesti perusteltua katsoa, kuten se teki valituksenalaisen tuomion 124–146 kohdassa, että ”tarkoitukseen perustuvan rikkomisen käsitettä ei ole perusteltua tulkita suppeasti”. Sen jälkeen on selvitettävä edellisestä riippumatta, pystyikö unionin yleinen tuomioistuin vahvistamaan ilman oikeudellista virhettä, että kyseessä on EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu tarkoitukseen perustuva rikkomus.

33 — Kyseisestä edellytyksestä on muistutettu toistuvasti uudemmassa oikeuskäytännössä (ks. edellä alaviitteessä 13 mainittu asia Beef Industry Development Society ja Barry Brothers, tuomion 15 kohta; edellä alaviitteessä 19 mainittu asia T-Mobile Netherlands ym., tuomion 28 kohta; edellä alaviitteessä 28 mainittu asia GlaxoSmithKline Services ym. v. komissio, tuomion 55 kohta ja yhdistetyt asiat C-403/08 ja C-429/08, Football Association Premier League ym., tuomio 4.10.2011 (Kok., s. I-9083, 135 kohta).

a) Onko kilpailunvastaisen tarkoituksen käsitettä tulkittava suppeasti vai laajasti?

65. Oikeuskäytäntö on kaiken kaikkiaan kaksijakoista: yhtäältä pyritään siihen, ettei tarkoitukseen perustuvista rajoituksista määritetä tyhjentävää luetteloa, ja toisaalta korostetaan tarvetta noudattaa EY 81 artiklan 1 kohdan tarkoitusta (*ratio legis*), mikä edellyttää erityisesti, että asianomaiset menettelyt ovat riittävän vahingollisia. On korostettava, ettei oikeuskäytännössä vastata aina selkeästi kysymykseen, onko tarkoitukseen perustuvan rajoituksen käsitettä tulkittava suppeasti vai ei, vaikka osa julkisasiamiehistä on ilmaissut puoltavansa jompaakumpaa lähestymistapaa. [34]

66. Unionin yleinen tuomioistuin vetoaa mielestäni väärin perustein erityisesti edellä mainitussa asiassa Beef Industry Development Society ja Barry Brothers annettuun tuomioon perustellakseen päätelmää, jonka mukaan tarkoitukseen perustuvan rikkomisen käsitettä ei pidä tulkita suppeasti.

67. Unionin tuomioistuin vastaa mainitun tuomion 22 kohdassa Beef Industry Development Society ja Barry Brothers Ltd:n esittämiin väitteisiin ja toteaa, että ”tarkoitukseen perustuvan rikkomisen käsitettä olisi tulkittava rajoittavasti” ja että ”tähän luokkaan kuuluvat ainoastaan sopimukset, joiden tarkoituksena on hintojen horisontaalinen vahvistaminen, tuotannon rajoittaminen tai markkinoiden jakaminen ja joiden kilpailua rajoittavat vaikutukset ovat niin ilmeisiä, etteivät ne edellytä minkäänlaista taloudellista analyysiä”.

68. On kuitenkin tuotava esille, että saman tuomion 23 kohdassa annetussa unionin tuomioistuimen vastauksessa, jonka mukaan ”EY 81 artiklan 1 kohdan a–e alakohdassa mainitut sopimustyypit eivät kuitenkaan muodosta kiellettyjen yhteistoimintamuotojen tyhjentävää luetteloa” ja josta käy selvästi ilmi, ettei kilpailun rajoittamisen käsite rajoitu pelkästään kyseisessä määräyksessä tarkoitettuihin kartellien kaltaisiin räikeimpiin rajoituksiin (”hard core infringements”) eikä sen perusteella voida laatia tyhjentävää luetteloa, ei kuitenkaan välttämättä edellytetä, että tarkoitukseen perustuvan kilpailun rajoituksen käsitteen tulkinnan olisi oltava luonteeltaan suppeaa.

69. Mainitun tuomion sanamuodosta voidaan ottaa esille toinenkin seikka. Unionin tuomioistuin totesi lopulta nimenomaan kyseisten sopimusten varsinaisten ehtojen tutkimisen perusteella, että sopimusten tarkoituksena oli rajoittaa kilpailua.

70. On totta, että edellä mainitussa asiassa Beef Industry Development Society ja Barry Brothers annetun tuomion taustalla olleissa sopimuksissa (jäljempänä BIDS-sopimukset) oli erityisiä piirteitä, sillä niiden tavoitteena oli naudanliha-alan rationalisointi ylituotantoa vähentämällä.

71. Kyseiset sopimukset olivat joka tapauksessa rinnastettavissa EY 81 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettuihin tuotannon rajoittamiseen tähtääviin sopimuksiin. Unionin tuomioistuin totesi BIDS-sopimusten tarkoituksen olevan kilpailunvastainen varsinaisten sopimusehtojen seikkaperäisen tutkimuksen perusteella. Unionin tuomioistuin katsoi erityisesti, että sopimuksiin sisältyi mekanismi, jonka tarkoituksena oli kannustaa kilpailevia yrityksiä poistumaan markkinoilta. Unionin tuomioistuimen tietoon saatettujen seikkojen perusteella BIDS-sopimuksilla oli kaksi päätavoitetta: Kyseessä olevien markkinoiden keskittymisastetta pyrittiin lisäämään yhtäältä vähentämällä merkittävästi jalostuspalveluja tarjoavien yritysten määrää ja toiseksi poistamalla ylimääräistä

34 — On esimerkiksi syytä huomauttaa, että edellä alaviitteessä 29 mainitussa asiassa Allianz Hungária Biztosító esittämässään ratkaisuehdotuksessa julkisasiamies Cruz Villalón asettui suppean tulkinnan kannalle ja totesi, että tarkoitukseen perustuvien kilpailun rajoitusten luokkaa on tulkittava suppeasti ja se on rajattava ainoastaan niihin tapauksiin, jotka ovat jo luonteensa puolesta omiaan aiheuttamaan erityisen vakavia kielteisiä vaikutuksia (ratkaisuehdotuksen 65 kohta). Julkisasiamies Kokott asettui puolestaan edellä alaviitteessä 19 mainitussa asiassa T-Mobile Netherlands ym. esittämässään ratkaisuehdotuksessa kannattamaan hieman laajempaa tulkintaa: ”Yhdenmukaistetun menettelytavan kilpailunvastaisen tarkoituksen käsitettä ei tietenkään pidä tulkita liian laajasti, kun otetaan huomioon raskaat seuraukset, joita asianomaisille yrityksille saattaa aiheutua, jos kyseessä on EY 81 artiklan 1 kohdan rikkominen. 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.” (ratkaisuehdotuksen 44 kohta).

tuotantokapasiteettia lähes 75 prosenttia.[35] BIDS-sopimuksilla pyrittiin siis lähinnä mahdollistamaan se, että useat yritykset voivat panna täytäntöön yhteisen toimintatavan, jonka tarkoituksena on edistää tiettyjen yritysten poistumista markkinoilta ja vähentää tämän avulla ylikapasiteettia, joka vaikuttaa niiden kannattavuuteen estämällä niitä toteuttamasta mittakaavasäästöjä.[36]

72. Unionin tuomioistuin totesi, että ”tällainen sopimustyyppi on selvästi EY:n perustamissopimuksen kilpailua koskeviin määräyksiin sisältyvän sellaisen ajatuksen vastainen, jonka mukaan jokaisen taloudellisen toimijan on määritettävä itsenäisesti toimintatapa, jota se aikoo noudattaa markkinoilla”. Unionin tuomioistuimen mukaan kilpailutilanteessa BIDS-sopimukset tehneillä yrityksillä ei olisi ilman näitä sopimuksia ollut muita keinoja parantaa kannattavuuttaan kuin voimistaa kaupallista kilpailuaan tai toteuttaa keskittymähankkeita. Näiden sopimusten avulla ne saattoivat välttää tällaisen menettelyn ja siirtää yhteisesti vastattaviksi merkittävän osan kustannuksista, jotka olivat tarpeen markkinoiden keskittymisasteen lisäämiseksi, erityisesti maksun avulla, jonka suuruus oli kaksi euroa kunkin markkinoille jäävän yrityksen tuottamaa yksikköä kohti. Unionin tuomioistuin totesi lisäksi, että myös BIDS-sopimusten tavoitteen saavuttamiseksi käytetyt keinot sisältävät rajoituksia, joiden tarkoituksena on kilpailun rajoittaminen.[37]

73. Kyseessä olevat toimenpiteet olivat lopulta niin vahingollisia, että niillä voitiin todeta olevan kilpailunvastainen tarkoitus.

74. Kaikkien näiden seikkojen perusteella on todettava, että mielestäni unionin yleinen tuomioistuin vahvisti valituksenalaisessa tuomiossa väärin perustein, ettei tarkoituksen käsitettä pitäisi tulkita suppeasti.

75. On tutkittava, olisiko unionin yleinen tuomioistuin voinut tästä huolimatta vahvistaa oikeudellista virhettä tekemättä, että riidanalaisilla toimenpiteillä oli kilpailunvastainen tarkoitus.

b) Tarkoitukseen perustuvan rajoituksen olemassaolon toteamiseksi omaksuttava arviointitapa

76. Toissijaisesti on mielestäni tärkeää muistuttaa, että vaikka unionin yleisellä tuomioistuimella on yksinomainen toimivalta yhtäältä selvittää, mitkä ovat tosiseikat – lukuun ottamatta tapausta, jossa sen toteamusten aineellinen epätäsmällisyys johtuu sille toimitetusta aineistosta – ja toisaalta arvioida näitä tosiseikkoja, unionin tuomioistuimella on SEUT 256 artiklan nojalla toimivalta tarkastaa unionin yleisen tuomioistuimen suorittama tosiseikkojen oikeudellinen arviointi ja siitä aiheutuneet oikeudelliset seuraukset. Lukuun ottamatta sitä tapausta, että unionin yleiselle tuomioistuimelle toimitettu selvitysaineisto on otettu huomioon vääristyneellä tavalla, näiden tosiseikkojen arviointi ei sinänsä kuulu unionin tuomioistuimen harjoittaman valvonnan piiriin.[38]

77. Tässä tapauksessa vaikuttaa siltä, että valittaja pyrkii tällä valitusperusteella lähinnä kyseenalaistamaan yhtäältä ne oikeudelliset virheet, jotka hänen mielestään liittyvät kyseisten toimenpiteiden toteamiseen tarkoitukseen perustuvaksi rajoitukseksi, ja toisaalta viittamaan siihen, että unionin yleiselle tuomioistuimelle toimitettu selvitysaineisto olisi otettu huomioon vääristyneellä tavalla. Näitä kysymyksiä ei pitäisi jättää jo ennalta unionin tuomioistuimen harjoittaman valvonnan ulkopuolelle.

35 — Ks. edellä alaviitteessä 13 mainittu asia Beef Industry Development Society ja Barry Brothers, tuomion 31 ja 32 kohta.

36 — Ks. edellä alaviitteessä 13 mainittu asia Beef Industry Development Society ja Barry Brothers, tuomion 33 kohta.

37 — Ks. edellä alaviitteessä 13 mainittu asia Beef Industry Development Society ja Barry Brothers, tuomion 34–36 kohta.

38 — Ks. erityisesti yhdistetyt asiat C-628/10 P ja C-14/11 P, Alliance One International ja Standard Commercial Tobacco v. komissio sekä komissio v. Alliance One International ym., tuomio 19.7.2012, 84 ja 85 kohta.

78. Unionin tuomioistuimen on nimittäin varmistettava, että unionin yleinen tuomioistuin on tarkastanut asianmukaisesti, että komissio on osoittanut riittävällä tavalla kyseisten toimenpiteiden sisällön, tavoitteen ja niihin liittyvän taloudellisen ja oikeudellisen asiayhteyden yksilöllisen ja konkreettisen tarkastelun perusteella, että kyseiset toimenpiteet ovat niin vahingollisia, että niillä voidaan olettaa olevan kielteistä vaikutusta kilpailuun.

79. Tässä yhteydessä on hyvin olennaista viitata aiempiin kokemuksiin. Kokemuksella on ymmärrettävä tarkoitettavan taloudellisesta analyysistä perinteisesti saatuja tietoja, sellaisena kuin kilpailusta vastaavat viranomaiset ovat ne vahvistaneet ja sellaisena kuin ne on soveltuvin osin vahvistettu oikeuskäytännössä.

80. Tässä yhteydessä on todettava, että riidanalaisilla toimenpiteillä on horisontaalinen luonne ja että niiden voitiin ensi näkemältä katsoa muodostavan pikemminkin tarkoitukseen perustuvan kilpailun rajoituksen.

81. Vaikka on kiistatonta, että tiettyihin yritysten välisiin horisontaalisiin sopimuksiin sisältyy kilpailua haittaavia rajoituksia, kuten hintojen vahvistamista tai markkinoiden jakamista,[39] minkä perusteella ne voidaan näin ollen katsoa tarkoituksensa perusteella kilpailua rajoittaviksi, riidanalaisten toimenpiteiden kilpailulle vahingollinen luonne ei käy kuitenkaan ilmi suoralta kädeltä.

82. On kuitenkin tutkittava, onko unionin yleinen tuomioistuin vahvistanut perustellusti tarkoitukseen perustuvan rajoituksen olemassaoloa koskevan komission päätelmän, sillä tämän päätelmän tulee perustua toimenpiteiden koko sisällön arviointiin siten, että samalla otetaan soveltuvin osin huomioon niiden objektiiviset tavoitteet sekä taloudellinen ja oikeudellinen asiayhteys.

83. Tässä mielessä voi vaikuttaa keinotekoiselta jakaa tarkasteltava valitusperuste osiin niiden kolmen olennaisen seikan perusteella, joiden mukaisesti tarkoituksensa perusteella rajoittavan toimenpiteen olemassaolo voidaan todeta.

84. Mielestäni näitä seikkoja on kuitenkin aiheellista tarkastella yksi kerrallaan.

i) Ensimmäinen osa: yhtymän toimenpiteiden sisällön tarkastelu

85. Valittaja, jota BNP Parisbas, BPCE ja SG tukevat monissa seikoissa, väittää unionin yleisen tuomioistuimen tehneen kyseisten toimenpiteiden sisällön arvioinnissa useita oikeudellisia virheitä.

86. Valittaja väittää ensinnäkin, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt virheitä arvioidessaan kyseisten toimenpiteiden varsinaista tarkoitusta. Ensinnäkään unionin yleinen tuomioistuin ei tutkinut riidanalaisten toimenpiteiden vahingollisuutta toimenpiteiden sisällön perusteella, vaan se kiinnitti huomiota yhtymän tiettyjen jäsenten subjektiivisiin aikomuksiin. Unionin yleinen tuomioistuin teki siten valittajan mukaan oikeudellisen virheen valituksenalaisen tuomion 126–132 kohdassa katsoessaan, että kyseisten toimenpiteiden varsinaisista laskentakaavoista käy ilmi näiden toimenpiteiden kilpailunvastainen tarkoitus, joka perustui kyseisille markkinoille saapuvien uusien tulokkaiden kilpailun hillitsemiseen. Lisäksi valittaja katsoo, että unionin yleinen tuomioistuin otti selvitysaineiston huomioon vääristyneellä tavalla todetessaan, että tietyt esteet vaikeuttivat käytännössä huomattavasti uuden jäsenen mahdollisuuksia kehittää korttitapahtumien vastaanottotoimintaan vedotessaan tässä yhteydessä komission toteamuksiin ja sivuuttaessaan vastakkaista tulkintaa puoltavan näytön ilman pätevää selitystä.

39 — Asia C-389/10 P, KME Germany ym. v. komissio, tuomio 8.12.2011, Kok., I-13125, 75 kohta.

87. Toiseksi valittaja väittää, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt virheitä ottamalla valituksenalaisen tuomion 186–256 kohdassa huomioon kyseisten toimenpiteiden toteuttamista edeltäneen tilanteen sellaisena, kuin se kävi ilmi yhtymän tiloissa sekä sen muutamien jäsenten tiloissa toteutettujen tarkastusten yhteydessä takavarikoiduista asiakirjoista.

88. Ensinnäkin unionin yleinen tuomioistuin on ottanut toimenpiteiden tarkoitusta arvioidessaan väärin perustein huomioon kyseisten toimenpiteiden toteuttamista edeltäneet tiettyjen johtajapankkien aikomukset, sillä nämä aikomukset eivät ole varsinaisen yhtymän tahdonilmaus vaan ainoastaan sen muutamien jäsenten tahdonilmaus. Päätös voidaan katsoa yritysten yhteenliittymän päätökseksi sillä perusteella, että se on nimenomaan tekijänsä aito tahdonilmaisu. Tässä tapauksessa päätöksen valmistelun ja tekemisen olosuhteet eivät ole olennaisia, koska ainoastaan ilmoitetut toimenpiteet ilmaisevat yhtymän tarkoituksen täysimääräisesti. Lisäksi unionin yleinen tuomioistuin on ottanut valittajan mukaan huomioon toimenpiteiden syntyhistorian niiden sisällön perusteellisen arvioinnin sijasta.

89. Valittaja katsoo lisäksi, että unionin yleinen tuomioistuin on ottanut selvitysaineiston huomioon vääristyneellä tavalla tehdessään epäasianmukaisia valintoja valmisteluvaiheen aikomuksista, takavarikoiduista asiakirjoista ja uusien jäsenten ilmoituksista. Valittajan mielestä jotkin aineiston osat, joissa osoitetaan erityisesti vapaamatkustajuuden torjumisen tarve ja kilpailuoikeuden noudattamisen varmistaminen, todistavat, että kilpailun rajoituksen olemassaoloa on todella aihetta epäillä, mikä unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt ottaa huomioon. Tällainen vääristyneellä tavalla huomioon ottaminen käy vielä selvemmin ilmi siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on vedonnut samoihin seikkoihin, joita komissio käyttää pitäessään kiinni ensimmäisessä väitetiedoksiannossa esittämistään päätelmistä.

90. Unionin yleinen tuomioistuin totesi valituksenalaisessa tuomiossa lähinnä, että kyseisten toimenpiteiden kilpailunvastainen tarkoitus muodostui siitä, että CB-korttien myöntämisen markkinoille Ranskassa saapuvien uusien tulokkaiden kilpailua pyrittiin hillitsemään.

91. Unionin yleinen tuomioistuin on siis toistanut omasta puolestaan päätelmän, jonka mukaan riidanalaisten toimenpiteiden kilpailunvastainen tarkoitus johtui kyseisiä toimenpiteitä varten määritetyistä laskentakaavoista (ks. valituksenalaisen tuomion 126–133 kohta). Se katsoi myös, että komissio vetosi ainoastaan vahvistamismielessä tarkastusten yhteydessä kerättyihin asiakirjoihin, jotka liittyivät johtajapankkien valmisteluvaiheen aikomuksiin (ks. valituksenalaisen tuomion 123–154 kohta).

92. Kun edellä esitetyn jatkoksi tarkastellaan ensinnäkin riidanalaisissa toimenpiteissä käytettyjä laskentakaavoja, on todettava, että unionin yleinen tuomioistuin on kuitenkin mielestäni jättänyt tarkistamatta, sisältyikö kyseisiin toimenpiteisiin luonteensa puolesta kilpailunvastainen mekanismi.

93. Unionin yleinen tuomioistuin on toki todennut valituksenalaisen tuomion 132 kohdassa, että komissio katsoi kyseisissä toimenpiteissä käytettyjen laskentakaavojen ja korttitapahtumien vastaanottotoiminnan kehittämisen hankaluuden perusteella, että nämä toimenpiteet pakottivat niiden soveltamisalaan kuuluvat yhtymän jäsenet joko rajoittamaan korttien myöntämistoimintaansa tai vastaamaan (korttien myöntämistoimintaan liittyvistä) kustannuksista, joista muiden yhtymän jäsenten, muun muassa johtajapankkien, ei tarvinnut vastata. Unionin yleinen tuomioistuin totesi samoin, että ”nämä laskentakaavat rajoittivat tällä tavoin niiden soveltamisalaan kuuluvien jäsenten mahdollisuutta kilpailla (hinnoilla) korttien myöntämisen markkinoilla niitä jäseniä vastaan, joihin laskentakaavoja ei sovellettu. Komissio on todennut, että kyseisillä toimenpiteillä oli kilpailunvastainen tarkoitus, joka perustui uusien tulokkaiden kilpailun hillitsemiseen (ks. riidanalaisen päätöksen johdanto-osan 212, 213 ja 222 kappale).”

94. Unionin yleinen tuomioistuin on toistanut samoin omasta puolestaan valituksenalaisen tuomion 133 kohdassa komission toteamuksen, jonka mukaan ”MERFA-mekanismilla yhtymän mukaan ollut tehtävä (korttitapahtumien vastaanottotoiminnan kehittämiseen kannustaminen) tehtiin tyhjäksi pankkien välisillä toimituspalkkioilla, jotka kannustivat korttien myöntämiseen (ks. riidanalaisen päätöksen johdanto-osan 226–230 kappale), sekä sillä seikalla, että lisämaksu ja nukkuvien herätykseksi kutsuttu maksu rankaisivat niitä pankkeja, jotka eivät olleet myöntäneet viime aikoina riittävästi kortteja (ks. riidanalaisen päätöksen johdanto-osan 231 ja 232 kappale).”

95. Vaikka näistä toteamuksista käy hyvin selvästi ilmi kyseisten toimenpiteiden sisältö, jossa lähinnä asetetaan tietyille pankeille tiettyjä maksuja ja edistetään korttitapahtumien vastaanottotoimintaa, vaikuttaa siltä, etteivät komissio eikä unionin yleinen tuomioistuin ole osoittaneet, miltä osin nämä toimenpiteet olivat jo sanamuotonsa vuoksi kilpailua rajoittavia. Jos nimittäin tarkastellaan pelkästään ilmoitettujen toimenpiteiden ehtoja sellaisina kuin komissio on ne esittänyt ja unionin yleinen tuomioistuin on niitä tarkastellut, toimenpiteiden tarkoituksena on asettaa yhtymän jäsenille maksuosuus, jolla on tarkoitus rahoittaa CB-maksujärjestelmän toiminnasta aiheutuvat kustannukset. Kuten jäljempänä esitetään (ks. erityisesti jäljempänä 130 ja 131 kohta), tarkoitukseen perustuvana rajoituksena ei voida pitää pelkästään sitä, että tietyt yhtymän jäsenet saattavat joutua kyseisten toimenpiteiden määräämisen vuoksi joko rajoittamaan korttien myöntämistoimintaansa tai vastaamaan (myöntämiseen liittyvistä) kustannuksista, joista muiden yhtymän jäsenten ei tarvitse vastata.

96. Toiseksi huomioon otetun syntyhistorian eli tarkastusten yhteydessä kerätyistä toimenpiteiden valmisteluasiakirjoista ilmi käyvien johtajapankkien aikomusten osalta on todettava, että unionin yleisen tuomioistuimen esittämä päättely kyseenalaistetaan käsiteltävän valituksen yhteydessä monelta kannalta.

97. Ensinnäkin on tutkittava, onko unionin yleinen tuomioistuin tehnyt virheen, kun sen on katsonut johtajapankeilla toimenpiteiden valmisteluvaiheessa olleiden tiettyjen aikomusten olevan koko yhtymän aikomuksia. Toiseksi on arvioitava, miten merkittävänä kyseisiä aikomuksia on pidettävä toimenpiteiden sisältöä arvioitaessa, ja lopuksi on vielä tarkasteltava niiden merkitystä tarkoitukseen perustuvaa rajoitusta määritettäessä.

98. Ensinnäkin kun pohditaan, ilmeneekö johtajapankkien aikomuksista tosiasiallisesti itse yhtymän tahto, voidaan mielestäni varsin vakuuttavasti väittää, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen rinnastaessaan yhtymän tarkoituksen johtajapankkien aikomukseen.

99. Tältä osin huomautan, että unionin yleinen tuomioistuin on todennut ainoastaan, että ”koska johtajapankit ovat toimenpiteet valmistelleen epävirallisen elimen eli [rahapoliittisen komitean] jäseniä, ja koska ne kuuluvat myös toimenpiteet hyväksyneeseen johtokuntaan, johtajapankkien ilmaisema tahto vastaa pääsisällöltään yhtymän tahtoa kyseisten toimenpiteiden hyväksynnän osalta” (valituksenalaisen tuomion 256 kohta). Unionin yleinen tuomioistuin totesi, ettei komissio ole toiminut ristiriitaisesti pitäessään kyseisiä toimenpiteitä yritysten yhteenliittymän päätöksinä ja tunnustaessaan tällä tavoin, että kyseiset toimenpiteet ovat yhtymän tahdonilmaus, ja vedotessaan samalla johtajapankkien aikomuksiin sen vahvistamiseksi, että niiden tarkoituksena oli sulkea uudet tulokkaat markkinoilta (valituksenalaisen tuomion 257 kohta).

100. Vahvistaakseen komission päätelmän, jonka mukaan johtajapankkien aikomuksia voitiin pitää koko yhtymän aikomuksina, unionin yleisen tuomioistuimen olisi kuitenkin pitänyt mielestäni tarkastaa, että tiettyjen johtajapankkien aikomukset todella ilmaisivat aidosti yhtymän tahdon, sillä muussa tapauksessa niitä ei voisi yhdistää nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä olevaan yritysten

yhteenliittymän päätökseen.[40] Tässä yhteydessä on tärkeää korostaa, että rahapoliittinen komitea on epävirallinen elin, jolla ei ole päätösvaltaa, kuten unionin yleinen tuomioistuinkin on todennut valituksenalaisen tuomion 7 kohdassa.

101. Toiseksi kun tarkastellaan sitä, mikä merkitys johtajapankkien aikomusten kautta ilmaistulle tarkoitukselle on annettu kyseisten toimenpiteiden kilpailunvastaisen tarkoituksen määrittämisessä, on huomautettava, että unionin yleisen tuomioistuimen päätelmä, jonka mukaan komissio on ainoastaan vahvistamismielessä vedonnut tarkastusten aikana kerättyihin asiakirjoihin, joihin kyseisten toimenpiteiden valmistelun aikaiset johtajapankkien aikomukset sisältyivät (valituksenalaisen tuomion 134–267 kohta), on kaikkea muuta kuin ilmeinen.

102. Kun tarkastellaan pelkästään tarkoitukseen perustuvan kilpailun rajoituksen olemassaolon tutkimiseen varatun osan rakennetta riidanalaisessa päätöksessä,[41] komissio näyttää tuovan ensin esille sen, että itse toimenpiteiden laskentakaava on ristiriidassa ilmoituksessa esitettyihin tavoitteisiin nähden,[42] ja esittävän tämän jälkeen ne syyt, joiden vuoksi kilpailua rajoittava tavoite, sellaisena kuin se käy ilmi itse toimenpiteiden laskentakaavasta, vastaa komission mielestä täydellisesti toimenpiteiden todellisia tavoitteita, jotka on ilmaistu johtajapankkien aikomuksina toimenpiteiden valmisteluvaiheessa.[43] Komissio toteaa samoin, että ”johtajapankkien toimenpiteiden valmisteluvaiheen aikana antamat ilmoitukset vahvistavat MERFA-mekanismin kilpailunvastaisen tarkoituksen”.[44]

103. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että komissio antaa lopulta yhtä paljon painoarvoa mainittujen toimenpiteiden syntyhistorian aikaisille asiakirjoille kuin toimenpiteiden laskentakaavan tutkimiselle.

104. Tämä käy mielestäni melko selvästi ilmi riidanalaisen päätöksen johdanto-osan 193 ja 198 kappaleesta, joissa tehdään yhteenveto lähestymistavasta, jonka perusteella komissio määritti kilpailunvastaisen tarkoituksen, ja vedotaan valmisteleviin asiakirjoihin. Lisäksi ja myös huolimatta siitä, että SG on korostanut tätä seikkaa erityisesti kirjelmissään, laskentakaavojen tutkimiseen varatun osan tarkoituksena on esittää kielteistä näyttöä siitä, etteivät kyseiset toimenpiteet vastanneet ilmoitettua tavoitetta. Kyseisten toimenpiteiden kilpailunvastaista tarkoitusta koskeva myönteinen näyttö perustui suureksi osaksi johtajapankkien laatimista valmistelevista asiakirjoista peräisin oleviin sisällöllisiin seikkoihin.[45]

105. Samoin vaikuttaa siltä, että kyseisten toimenpiteiden sisällön tulkitsemiseksi unionin yleinen tuomioistuin on toistanut ominaan näiden toimenpiteiden laskentakaavoihin liittyvät toteamukset, kun niitä luetaan tarkastusten yhteydessä kerättyjen niiden asiakirjojen valossa, joista johtajapankkien aikomukset kävivät ilmi.[46]

106. Joka tapauksessa kolmanneksi on välttämätöntä määrittää, voidaanko johtajapankkien aikomuksilla katsoa olevan kyseisten toimenpiteiden syntyhistoriaan kuuluvana seikkana merkitystä tarkoitukseen perustuvan rajoituksen olemassaoloa määritettäessä.

107. Katson tästä, että vaikka näiden aikomusten oletettaisiin edustavan tosiasiassa yhtymän tarkoitusta, mikä on mielestäni pois suljettu vaihtoehto (ks. edellä 100 kohta), niitä ei voida katsoa riittäviksi osoittamaan kilpailunvastaisen sopimuksen olemassaoloa eikä etenkään sellaisen sopimuksen olemassaoloa, johon sisältyy tarkoitukseen perustuva kilpailunrajoitus.

40 — Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 25 mainittu asia Wouters ym., tuomion 64 kohta.

41 — Riidanalaisen päätöksen 193–251 kohta.

42 — 10.2.1.1 osa, joka vastaa riidanalaisen päätöksen 199–234 kohtaa.

43 — 10.2.1.2 osa, joka vastaa riidanalaisen päätöksen 235–250 kohtaa.

44 — Riidanalaisen päätöksen 234 kohta.

45 — Ks. myös riidanalaisen päätöksen sisällön esittely valituksenalaisen tuomion 35 ja 36 kohdassa.

46 — Ks. erityisesti valituksenalaisen tuomion 186 kohta.

108. Oikeuskäytännöstä käy kyllä melko selvästi ilmi, että vaikka osapuolten aikomuksia ei ole tarpeen ottaa huomioon määritettäessä, onko kyseisen sopimuksen tarkoitus kilpailua rajoittava vai ei, mikään ei estä kilpailuviranomaisia tai kansallisia ja unionin tuomioistuimia ottamasta niitä huomioon. [47]

109. Osapuolten ilmaiseman aikomuksen huomioon ottamisen mahdollisuutta voidaan nähdäkseni pitää ainoastaan täysin ylimääräisenä tai täydentävänä, eikä sillä voida korvata tutkimuksen kohteena olevien menettelyjen ehtojen ja tavoitteiden seikkaperäistä tarkastelua. Aivan kuin sopimuksen osapuolet eivät voi vedota siihen, ettei niiden aikomuksena ollut rikkoa EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua kieltoa, [48] ei myöskään tällaisen aikomuksen olemassaolon esille tuonnin pitäisi riittää sen toteamiseen, että sopimuksen osapuolten toteuttamien toimenpiteiden tarkoitus on kilpailunvastainen. Osapuolten ilmaiseman tahdon ei pitäisi tulla millään tavalla huomioiduksi silloin, kun on arvioitava – kuten käsiteltävässä asiassa – yritysten menettelyjen kilpailunvastaista merkitystä.

110. Olen nimittäin sitä mieltä, että kilpailunvastaisen tarkoituksen määrittäminen edellyttää aidosti objektiivista ja osapuolten tahdosta riippumatonta tarkastelua. Katson siis, ettei oletetun yhteistoimintajärjestelyn osapuolten mahdollisesti ilmaisemilla aikomuksilla ole, ainakaan sen enempää kuin osapuolten mahdollisesti tavoittelemilla hyväksytyillä tavoitteilla, välitöntä merkitystä tutkittaessa, onko yhteistoimintajärjestelyn tarkoitus kilpailunvastainen yhteistoimintajärjestelyn muodosta riippumatta.

111. Nyt tarkasteltavan valitusperusteen osan yhteydessä valittaja tuo esille, että unionin yleinen tuomioistuin on ottanut sille esitetyn selvitysaineiston vääristyneellä tavalla huomioon. Tämä vääristynyt tapa muodostuu valittajan mukaan siitä, että komissio on valinnut epäasianmukaiset vaihtoehdot johtajapankkien aikomusten joukosta, sekä niistä asiakirjoista, jotka osoittavat, ettei korttitapahtumien vastaanottotoiminta ollut välttämättä hankalaa.

112. Tältä osin riittää, kun muistutetaan, että lähtökohtaisesti ainoastaan unionin yleisen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida, mikä todistusarvo sille esitetylle selvitysaineistolle on annettava. Selvitysaineiston vääristyneellä tavalla huomioon ottaminen merkitsee sitä, että unionin yleinen tuomioistuin on ylittänyt selkeästi selvitysaineiston kohtuullisen arvioinnin rajat, [49] minkä on käytävä selvästi ilmi aineistosta, ilman että kyseistä aineistoa on välttämätöntä arvioida uudelleen. Valittajan, joka väittää unionin yleisen tuomioistuimen ottaneen selvitysaineiston huomioon vääristyneellä tavalla, on ilmoitettava täsmällisesti ne seikat, jotka se katsoo unionin yleisen tuomioistuimen ottaneen huomioon vääristyneellä tavalla, ja näytettävä toteen ne arviointivirheet, joiden takia unionin yleinen tuomioistuin on valittajan mukaan päätynyt niiden ottamiseen huomioon vääristyneellä tavalla. [50]

113. Tässä tapauksessa selvitysaineiston väitetty vääristyneellä tavalla huomioon ottaminen ei käy selvästi ilmi aineistosta. Valittaja ei myöskään yksilöi täsmällisesti niitä asiakirjoja, joista tällainen vääristyneellä tavalla huomioon ottaminen kävi sen mielestä ilmi. Vaikuttaa siltä, että vaikka valittaja vetoaa selvitysaineiston huomioon ottamiseen vääristyneellä tavalla, todellisuudessa se pyrkii väitteillään saamaan selvitysaineiston arvioitua uudelleen, mikä ei kuulu unionin tuomioistuimen toimivaltaan.

114. Kaikkien edellä esitettyjen seikkojen perusteella on todettava, että kun pysyttäydytään itse vain kyseisten toimenpiteiden ehdoissa, sellaisina kuin unionin yleinen tuomioistuin on tuonut ne esille, on vaikeaa käsittää päätelmää, jonka mukaan komissio olisi osoittanut oikeudellisesti riittävällä tavalla kyseisten toimenpiteiden olevan tarkoituksensa perusteella kilpailunvastaisia.

47 — Ks. edellä alaviitteessä 29 mainittu asia Allianz Hungária Biztosító ym., tuomion 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

48 — Ks. erityisesti edellä alaviitteessä 22 mainittu asia General Motors v. komissio, tuomion 77 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

49 — Ks. asia C-260/09 P, Activision Blizzard Germany v. komissio, tuomio 10.2.2011 (Kok., s. I-419, 57 kohta) ja asia C-287/11 P, komissio v. Aalberts Industries ym., tuomio 4.7.2013, 52 kohta.

50 — Ks. vastaavasti 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, 50 kohta).

ii) Toinen osa: toimenpiteiden tavoitteiden tarkastelu

115. Valittaja väittää, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisia virheitä arvioidessaan kyseisten toimenpiteiden tavoitteita. Valittajan mukaan unionin yleinen tuomioistuin on siis toiminut väärin todetessaan, että CB-järjestelmän vapaamatkustajuuden torjunta on hyväksyttävä tavoite, mutta kieltäytyessään kuitenkin arvioimasta tätä tavoitetta EY 81 artiklan 1 kohdan perusteella. Unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt todeta, ettei kyseessä ole tarkoitukseen perustuva kilpailun rajoitus, sillä yhtymän toimenpiteet johtavat lopulta korttitapahtumien vastaanottotoiminnan vilkastumiseen ja edistävät korttitapahtumien vastaanottotoiminnan ja korttien myöntämistoiminnan välistä ihanteellista tasapainoa. Toimenpiteet ovat valittajan mukaan suhteellisuusperiaatteen kannalta asianmukaisia, koska ne ovat CB-järjestelmän kokonaisetua ajavia, koko järjestelmän kattavia tasapainoisia toimenpiteitä ja koska niissä jätetään jokaiselle yhtymän jäsenelle vapaus valita omaan yksilölliseen tilanteeseensa sopiva vaihtoehto.

116. Kuten oikeuskäytännöstä ilmenee, sen määrittämiseksi, kuuluuko sopimus EY 81 artiklan 1 kohdassa esitetyn kiellon soveltamisalaan, on tarkasteltava erityisesti sen objektiivisia tavoitteita.[51]

117. Mielestäni on tärkeää muistaa, että nämä objektiiviset tavoitteet, joiden on käytävä selvästi ilmi kyseisistä toimenpiteistä, eivät sekoitu mitenkään kilpailua rajoittaviin tai rajoittamattomiin subjektiivisiin tarkoituksiin tai kyseisten yritysten mahdollisesti tavoittelemiin hyväksyttäviin päämääriin. On osoitettu, että sopimusta voidaan siis pitää tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavana, vaikka sillä on muitakin hyväksyttäviä päämääriä.[52]

118. Miten yhtymän toteuttamiin hinnoittelutoimenpiteisiin olisi tässä tapauksessa suhtauduttava?

119. Toisin kuin komissio antoi istunnossa ymmärtää, voi olla vaikeaa vahvistaa, että MERFA-mekanismi olisi niin vahingollinen, että se olisi rinnastettavissa hintakartelliin,[53] joka sellaisenaan haittaa kilpailua. Samoin edellä esitetyistä syistä kyseisiä toimenpiteitä, joihin ei sisälly mekanismia, joka olisi tarkoitettu edistämään tiettyjen kilpailijoiden poistumista markkinoilta, on mielestäni vaikeaa verrata merkityksellisten markkinoiden rationalisoimiseksi toteutettuihin toimenpiteisiin, joista oli kyse edellä mainitussa asiassa Beef Industry Development Society ja Barry Brothers.

120. Valituksenalaisesta tuomiosta käy ilmi, että kyseisillä toimenpiteillä oli tarkoitus lähinnä periä maksuja niiltä yhtymän jäseniltä, joilla oli CB-järjestelmään liittymisen aikana ja järjestelmän käyttämisen aikana enemmän CB-korttien myöntämistoimintaa (maksukorttien ja/tai haltijan tekemään käteisnostoon oikeuttavien korttien myöntäminen) kuin korttitapahtumien vastaanottotoimintaa (SIREN-tunnusta käyttävien kauppiaiden liittymistoiminta ja käteisautomaattien hyödyntäminen).

121. Yhtymän mukaan näiden kaikkien toimenpiteiden tarkoituksena oli suojella CB-järjestelmää vapaamatkustajuudelta, jota voisivat harjoittaa lähinnä korttien myöntämistoimintaa harjoittavat pankit, jotka voisivat hyötyä vastikkeetta järjestelmän muiden jäsenten järjestelmään tekemistä investoinneista korttitapahtumien vastaanoton alalla.

51 — Ks. edellä alaviitteessä 13 mainittu asia Beef Industry Development Society ja Barry Brothers, tuomion 21 kohta.

52 — Esimerkiksi lain mukaisia kauppapoliittisia päämääriä (edellä alaviitteessä 22 mainittu asia General Motors v. komissio, tuomion 64 kohta) tai kansanterveyden suojelun ja vaatimustenmukaisuuden valvonnan kustannusten vähentämisen päämääriä (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) sekä alakohtaisen kriisin ratkaisemiseksi toteutettaviin toimenpiteisiin liittyviä päämääriä (edellä alaviitteessä 13 mainittu asia Beef Industry Development Society ja Barry Brothers, tuomion 21 kohta).

53 — Vaikuttaa sitä vastoin siltä, että kyseisten toimenpiteiden rinnastaminen yhteenliittymän ja sen johtajapankkien väliseen kartelliin oli aluksi komission kanta (ks. edellä oleva 7 kohta), josta komissio sittemmin luopui tutkinnan aikana.

122. Vaikka on kiistatonta, kuten myös unionin yleinen tuomioistuin on myöntänyt (ks. erityisesti valituksenalaisen tuomion 76 ja 77 kohta), että vapaamatkustajuuden torjuminen voi olla hyväksyttävä päämäärä, tällaisella seikalla ei ole kuitenkaan suoraan merkitystä määritettäessä EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun tarkoitukseen perustuvan kilpailun rajoituksen olemassaoloa.

123. Näin ollen unionin yleinen tuomioistuin ei ole mielestäni ollut täysin hakoteillä todetessaan, ettei vapaamatkustajuuden torjunnan tavoitetta pidä ottaa yleisesti huomioon tarkasteltaessa toimenpiteitä EY 81 artiklan 1 kohdan perusteella mutta se voidaan ottaa yleisesti huomioon tutkittaessa mahdollisuutta soveltaa poikkeusta EY 81 artiklan 3 kohdan nojalla.

124. Tällaisella päätelmällä on kuitenkin mielestäni merkitystä vasta silloin, kun seikkaperäisen tutkimisen perusteella osoitetaan selkeästi, että riidanalaisilla toimenpiteillä on kilpailunvastainen tarkoitus. Muiden päämäärien tavoittelun sijasta merkityksellisenä voidaan pitää ennen kaikkea sitä seikkaa, että menettelyllä on selvästi kilpailunvastainen tarkoitus.

125. Päinvastaisessa tilanteessa eli jos kyseessä on tarkoitukseen perustuva rajoitus, jota ei ole osoitettu selkeästi – kuten käsiteltävässä asiassa vaikuttaa mielestäni olevan – on siirryttävä tutkimaan kilpailunvastaisia vaikutuksia ja arvioitava siinä yhteydessä asianomaisten toimenpiteiden tarpeellisuutta ja oikeasuhteisuutta niillä tavoiteltuun päämäärään nähden. [54]

126. Minun on kuitenkin vaikea nähdä, miten kyseiset toimenpiteet ovat oikeuskäytännössä edellytetyllä tavalla vahingollisia.

127. Ensinnäkin on kiistatonta, että kyseiset toimenpiteet on toteutettu CB-korttitapahtumien vastaanottotoiminnan vilkastuttamiseksi maksujärjestelmässä, jossa on nähtävissä verkostovaikutusten vuoksi toisiinsa liittyvät kaksi eri puolta. Kuten unionin yleinen tuomioistuin totesi valituksenalaisen tuomion 102 kohdassa, komissio on itse todennut, että korttien myöntämistoiminta ja korttitapahtumien vastaanottotoiminta ovat välttämättömiä sekä toistensa kannalta että yleisesti koko CB-korttien maksujärjestelmän toiminnan kannalta, koska kauppiaat eivät yhtäältä suostuisi liittymään CB-korttien maksujärjestelmään, jos korttien haltijoita olisi liian vähän, ja koska toisaalta kuluttajatkaan eivät haluaisi omistaa korttia, jos sitä ei voisi käyttää riittävän monen kauppiaan kanssa asioitaessa.

128. Riidanalaisilla toimenpiteillä pyrittiin siis perimään maksuja niiltä jäseniltä, jotka hyötyvät suoraan maksujärjestelmään liittymisestä korttien myöntämistoiminnan tasolla niiden investointien ansiosta, joita muut jäsenet ovat tehneet korttitapahtumien vastaanottotoiminnan tasolla. Nämä toimenpiteet ja erityisesti MERFA-mekanismi sisältävät lähinnä maksujen vaatimisen niiltä jäseniltä, joilla ei ole juurikaan korttitapahtumien vastaanottotoimintaa.

129. Maksun periminen verkoston jäseniltä, jotka hyötyvät vastikkeetta toisten jäsenten investoinneista verkoston kehittämiseksi, ei vaikuta minusta sisältävän kilpailunvastaista tarkoitusta.

54 — Ks. asia 161/84, Pronuptia de Paris, tuomio 28.1.1986 (Kok., s. 353, 15–17 kohta) ja asia C-250/92, DLG, tuomio 15.12.1994 (Kok., s. I-5641).

130. Tässä tapauksessa vaaditun maksun määrä tai joidenkin toimijoiden vaikeudet korttitapahtumien vastaanottotoiminnan kehittämisessä voivat toki aiheuttaa sen, että ne toimijat, jotka eivät suorita kyseisten toimenpiteiden mukaisia maksuja, joutuvat poistumaan järjestelmästä. Ellei vedota ”olennaisia toimintaedellytyksiä” koskevaan teoriaan,[55] jota komissio ei ole ottanut käsiteltävässä asiassa missään vaiheessa esille[56] ja jonka soveltaminen vaikuttaa mielestäni joka tapauksessa kyseenalaiselta,[57] asiassa ei vaikuta olevan moitittavaa kilpailun kannalta katsottuna.

131. Joka tapauksessa jos edelleen on mahdollista, että riidanalaisten toimenpiteiden seurauksena tiettyjä yhtymän jäseniä kannustetaan joko rajoittamaan myöntämistoimintaa tai lisäämään korttitapahtumien vastaanottotoimintaa, ja jos viimeksi mainittu vaihtoehto osoittautuu konkreettisesti vaikeaksi ja aiheuttaa näin ollen kyseisten jäsenten poistumisen järjestelmästä, kyseessä on joka tapauksessa kyseisten toimenpiteiden mahdollisten kilpailunvastaisten vaikutusten tutkiminen, ei niiden tarkoituksen tutkiminen. Olen sitä mieltä, että järjestelmästä poistumisen vaikutuksia, jotka johtuvat käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisista hinnoittelutoimenpiteistä, voidaan tutkia vasta kilpailunvastaista vaikutusta tarkasteltaessa.

132. Tunnustan olevani ennen kaikkea hämmentynyt tavasta, jolla sekä komissio että unionin yleinen tuomioistuin tulkitsevat yhtymän toteuttamia riidanalaisia toimenpiteitä, jotka on kohdistettu kaikkiin yhteenliittymän jäseniin, jotka ovat, kuten esiin on tullut, joko johtajapankkeja tai johtajapankkeihin kytköksissä tai sidoksissa olevia jäseniä.[58] Koska hinnoittelutoimenpiteet koskevat välittömästi tai välillisesti kaikkia yhtymän jäseniä, on vaikeaa käsittää, miten toimenpiteet voisivat sisältää luonteeltaan kilpailunvastaisen mekanismin ja missä määrin ne olisi ikään kuin räätälöity johtajapankkien kannalta edullisiksi.[59]

133. Edellä esitetystä seuraa, että kyseisten toimenpiteiden ehtojen tavoin myöskään niiden tavoitteet eivät tue sitä päätelmää, jonka mukaan komissio on todennut käsiteltävässä tapauksessa perustellusti tarkoitukseen perustuvan rajoituksen olemassaolon.

iii) Kolmas osa: toimenpiteiden laadintaan liittyvän asiayhteyden tarkastelu

134. Valittaja väittää, että unionin yleinen tuomioistuin teki useita virheitä arvioidessaan kyseisiin toimenpiteisiin liittyvää asiayhteyttä.

135. Ensinnäkin valittaja moittii unionin yleistä tuomioistuinta siitä, että se otti oikeudellisen asiayhteyden virheellisesti huomioon tulkitsemalla virheellisesti yhtäältä tarkoitukseen perustuviin kilpailun rajoituksiin liittyvää oikeuskäytäntöä ja erityisesti edellä mainitussa asiassa Beef Industry Development Society ja Barry Brothers annettua tuomiota ja toisaalta aiemmassa päätöskäytännössä käsiteltyjä kysymyksiä. Valituksenalainen tuomio sisältää valittajan mukaan tältä osin ristiriitaisia perusteluja, sillä unionin yleinen tuomioistuin vahvistaa kyseisen tuomion 94 ja 99 kohdassa samalla

55 — Muistutan, että kyseisen teorian mukaan resurssin tai rakenteen haltijan on annettava kyseinen resurssi tai rakenne kilpailijoidensa käyttöön, jos se on välttämätön niiden toiminnan harjoittamisen kannalta (ks. vastaavasti asia C-418/01, IMS Health, tuomio 29.4.2004, Kok., s. I-5039).

56 — Ks. valituksenalaisen tuomion 66 ja 224 kohta.

57 — Komissio itse on todennut XXXV kilpailupolitiikkaa koskevassa kertomuksessa 2000 seuraavaa: ”Komissio on myöntänyt, ettei CB-järjestelmässä ole kyse välttämättömästä palvelusta ja ryhmittymä voi tästä syystä päättää, myöntääkö se kilpailijoilleen järjestelmän käyttöoikeuden (edellyttäen, että kilpailijoita ei kohdella syrjivästi).” (kertomuksen 207 kohta).

58 — Ks. valituksenalaisen tuomion 3 kohta, jossa toistetaan riidanalaisen päätöksen johdanto-osan 29 kappale.

59 — Ks. valituksenalaisen tuomion 130 kohta. BNP Parisbas on korostanut sekä vastineessaan että istunnossa, että tarkoitukseen perustuvan rikkomisen toteaminen on tapahtunut nimenomaan sen BNP Paribas’n mielestä virheellisen olettaman perusteella, jonka mukaan kaikki johtajapankit pystyivät välttämään kyseiset toimenpiteet. Sen mielestä unionin yleinen tuomioistuin laiminlöi perusteluvelvollisuutensa vahvistaessaan tämän olettaman.

kertaa, että kahdessa niin sanotussa Visa-päätöksessä [60] tarkastellut käytännöt ovat selvästi erilaisia käsiteltävän asian käytäntöihin verrattuna ja että nämä kaksi päätöstä koskevat ”samankaltaisia tai samoja tilanteita”. Arvioinnissa tapahtui valittajan mukaan virhe myös siinä, että komissio oli itse suostunut keskustelemaan asetuksen 1/2003 9 artiklassa tarkoitetuista mahdollisista sitoumuksista eli toimenpiteistä, joiden ”tarkoituksena on poistaa komission esittämät huolenaiheet” eikä todeta kilpailun rikkomista sellaisenaan.

136. Toiseksi valittaja katsoo, että unionin yleinen tuomioistuin teki oikeudellisia virheitä ottaessaan huomioon taloudellisen asiayhteyden ja erityisesti sivuuttaessaan CB-korttien maksujärjestelmien kaksitahoisen toiminnan.

137. Kolmanneksi valittaja katsoo, että unionin yleinen tuomioistuin teki oikeudellisia virheitä ottaessaan huomioon taloudellisen asiayhteyden ja laiminlyödessään monitahoisten taloudellisten näkökohtien valvonnan. Tässä tapauksessa unionin yleinen tuomioistuin ei tehnyt valittajan mukaan minkäänlaista vähimmäisedellytykset täyttävää objektiivista valvontaa, joka olisi kohdistunut riidanalaiseen päätökseen sisältyviin taloudellisiin näkökohtiin, vaan se tyytyi valituksenalaisen tuomion 320 ja 321 kohdassa ainoastaan hylkäämään muutamat yhtymän esittämät taloustutkimukset sillä perusteella, että ne olivat ristiriidassa muiden tutkimusten kanssa.

138. Nyt käsiteltävän valitusperusteen kahden ensimmäisen osan tarkastelun perusteella on todettava, että kun huomioon otetaan ainoastaan kyseisten toimenpiteiden ja niiden tavoitteen sisältö, ei voida osoittaa, että kyseessä olisi EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu tarkoitukseen perustuva kilpailun rajoitus.

139. Tällaisissa olosuhteissa kyseisten toimenpiteiden laadintaan liittyvästä taloudellisesta ja oikeudellisesta asiayhteydestä todettujen seikkojen [61] ei pitäisi olla luonteeltaan sellaisia, että ne voisivat yksin osoittaa kilpailunvastaisen tarkoituksen olemassaolon. Kuten olen todennut edellä, asiayhteyden tarkastelulla ei voida millään tavoin paikata kilpailunvastaisen tarkoituksen tosiasiallisen määrittämisen puutetta (ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 44 kohta).

140. Täydellisyyden vuoksi on kuitenkin syytä korostaa seuraavaa.

141. Ensinnäkin kun on kyse oikeudellisen asiayhteyden huomioon ottamisesta, saatu kokemus sanan laajassa merkityksessä on yksi peruste, joka on otettava huomioon tarkoitukseen perustuvan rajoituksen olemassaoloa todettaessa, kuten olen edellä todennut (ks. edellä 55 tämän ratkaisuehdotuksen kohta ja sitä seuraavat kohdat).

142. Vaikka saatu kokemus voi kiistatta vahvistaa tietyn tyyppisen yhteistyön olevan väistämättä luonteeltaan kilpailulle haitallista, kun kyse on haitallisista ja/tai ilmeisistä rajoituksista, jotka mitä todennäköisimmin vaikuttavat kilpailuun, en ole kuitenkaan vakuuttunut siitä, että sitä voitaisiin käyttää aina pätevänä perusteluna komission päätöskäytännössä. Se, ettei komissio ole aiemmin katsonut, että tietyn tyyppinen sopimus on varsinaisen tarkoituksensa perusteella kilpailua rajoittava, ei sinänsä estä komissiota toteamasta näin myöhemmin riidanalaisten toimenpiteiden yksilöllisen ja seikkaperäisen tutkimisen perusteella.

60 — EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan mukaisesta menettelystä 9.8.2001 tehty komission päätös 2001/782/EY (Asia COMP/29.373 - Visa International) (EYVL L 293, s. 24; jäljempänä vuonna 2001 tehty Visa-päätös) ja EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan mukaisesta menettelystä 24.7.2002 tehty komission päätös 2002/914/EY (Asia COMP/29.373 - Visa International - monenvälinen toimituspalkkio) (EYVL L 318, s. 17; jäljempänä vuonna 2002 tehty Visa-päätös).

61 — Vaikka valittajan esittämät valitusperusteet voidaan jakaa kolmeen osaan, minusta kolmas osa, jossa arvostellaan unionin yleistä tuomioistuinta monitahoisten taloudellisten näkökohtien valvonnan laiminlyönnistä, voidaan liittää helposti osaan, joka koskee taloudellisen asiayhteyden tarkastelua.

143. Tässä tapauksessa komission aiempien kannanottojen, jotka koskevat maksujärjestelmän yhteydessä tehtyjä sopimuksia – erityisesti niiden, jotka käyvät ilmi vuosina 2001 ja 2002 tehdyistä Visa-päätöksistä – ei pitäisi välttämättä määrätä ennalta sitä, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevat toimenpiteet ovat tarkoituksensa perusteella luonteeltaan kilpailua rajoittavia, vaikka mainituissa päätöksissä oli kyse näiden toimenpiteiden kanssa huomattavan samankaltaisista toimenpiteistä.

144. Joka tapauksessa on syytä tarkastella perusteluita, joiden nojalla voisi olla aiheellista poiketa niistä päätelmistä, joita komission päätöskäytännössä on tähän mennessä esitetty maksujärjestelmien markkinoilla. Unionin yleisen tuomioistuimen olisi erityisesti varmistettava, miten kyseiset toimenpiteet ovat niin vahingollisia, että niiden voidaan arvioida olevan tarkoitukseltaan kilpailunvastaisia, erotuksena samoilla markkinoilla toteutetuista toimenpiteistä, joiden samankaltaisuuden unionin yleinen tuomioistuin on osittain tunnustanut. [62]

145. Tässä tapauksessa ennakkotapauksena voidaan pitää edellä mainitussa asiassa Beef Industry Development Society ja Barry Brothers annettua tuomiota, mutta kuten olen edellä tämän ratkaisuehdotuksen 69–73 kohdassa todennut, käsiteltävä asia eroaa mielestäni selvästi monella tapaa asiasta Beef Industry Development Society ja Barry Brothers.

146. Taloudellisen asiayhteyden huomioon ottamisen osalta on todettava toiseksi, että yhtymä moittii unionin yleistä tuomioistuinta lähinnä siitä, ettei se ole ottanut huomioon CB-järjestelmän ominaispiirteitä eikä etenkään järjestelmän kaksitahoisuutta.

147. Olen tästä sitä mieltä, että vaikka kyseisten toimenpiteiden kilpailunvastainen tarkoitus voitaisiin päätellä niiden ehdoista ja tavoitteista, asiayhteyteen liittyvät seikat ovat omiaan heikentämään tätä päätelmää.

148. Muistutan tässä kohti, ettei komissio voi todeta tarkoitukseen perustuvan rajoituksen olemassaoloa pelkän abstraktin tarkastelun perusteella, etenkään kun rajoituksen luonne ei ole ilmeinen.

149. On mielestäni eri asia ottaa huomioon korttien myöntämistoiminnan ja korttitapahtumien vastaanottotoiminnan välinen vuorovaikutus tarkasteltaessa toimenpiteiden laadintaan liittyvää asiayhteyttä tarkoitukseen perustuvan kilpailun rajoituksen yksilöimiseksi, kuin ottaa huomioon merkityksellisten markkinoiden määritelmä. Tässä ei nimittäin pyritä kyseenalaistamaan väitettä, jonka mukaan korttien myöntämisen ja korttitapahtumien vastaanottamisen markkinat ovat toisistaan erilliset, vaan tutkimaan, onko toimenpiteiden laadintaan liittyvä taloudellinen asiayhteys otettu riittävällä tavalla huomioon.

150. Kuten valittaja on esittänyt unionin yleisessä tuomioistuimessa, CB-järjestelmän moitteeton toiminta edellyttää käsiteltävässä asiassa, että korttien myöntämistoimintaa ja korttitapahtumien vastaanottotoimintaa harjoitetaan tasapainoisella tavalla. Tältä kannalta katsottuna on mahdollista ottaa huomioon kunkin jäsenen osuus järjestelmän kummankin toiminnon kehittämisessä. Yhtymän jäsen, niin entinen jäsen kuin uusikin jäsen, joka harjoittaa lähinnä tai yksinomaan CB-korttien myöntämistoimintaa, hyötyy nimittäin investoinneista, jotka on tehty korttitapahtumien vastaanottotoiminnan kehittämiseksi, sillä viimeksi mainittu on välttämätöntä järjestelmän kestävyyden kannalta.

62 — Näin siitä huolimatta, että valituksenalaisen tuomion 94 kohdan päätelmä, jonka mukaan vuosina 2001 ja 2002 tehdyissä Visa-päätöksissä kyseessä olleiden toimenpiteiden ei voida katsoa olevan tässä tapauksessa verrattavissa, vaikuttaa olevan hienoisessa ristiriidassa saman tuomion 99 kohdan päätelmän kanssa, jonka mukaan perusteluvelvollisuudesta ei voida johtaa, että niiden päätöstään koskevien perustelujen lisäksi, jotka komissio esittää viittaamalla kyseiseen asiaan liittyvään aineistoon, sen tulisi esittää erityisesti ne syyt, joiden vuoksi se päätyy toiseen päätelmään kuin aiemmassa tapauksessa, jossa on kyse samankaltaisista tai samanlaisista tilanteista tai samoista taloudellisista toimijoista.

3. Päätelmä

151. Totean lopuksi, että unionin yleinen tuomioistuin vaikuttaa tehneen oikeudellisen virheen yhtäältä päätyessään tarkoitukseen perustuvan rajoituksen käsitteen laajaan tulkintaan ja toisaalta soveltaessaan tällaista lähestymistapaa tarkastellessaan riidanalaisten toimenpiteiden sisältöä, tavoitteita ja laatimiseen liittyvää asiayhteyttä.

152. Unionin yleinen tuomioistuin ei ole etenkään varmistanut, että komissio pystyi toteamaan perustellusti, kun huomioon otetaan kyseisten toimenpiteiden sisältö, tavoitteet ja laatimiseen liittyvä asiayhteys, että kyseiset toimenpiteet olivat niin haitallisia, että niillä voitiin olettaa olevan kilpailunvastaisia vaikutuksia.

153. Valituksenalaista tuomiota voidaan moittia tämän seikan vuoksi, joten tuomio voitaisiin kumota jo pelkästään tällä perusteella.

154. Unionin yleinen tuomioistuin ei katsonut tarpeelliseksi tutkia, oliko kyseisillä toimenpiteillä kilpailunvastainen vaikutus, joten käsiteltävä asia on palautettava unionin yleiseen tuomioistuimeen.

155. Siltä varalta, ettei unionin tuomioistuin kuitenkaan noudata ratkaisuehdotusta, tarkastelen vielä lyhyesti valittajan esittämiä toista ja kolmatta valitusperustetta.

B *Toinen valitusperuste, jonka mukaan vaikutukseen perustuvan kilpailun rajoituksen käsitteen soveltamisessa on tehty oikeudellinen virhe*

156. Valittaja, jota BNP Paribas tukee, huomauttaa, että valituksenalaisen tuomion 455 kohdasta vain neljässä tarkastellaan kyseisten toimenpiteiden vaikutusta. Sen lisäksi, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen tarkastellessaan vaikutukseen perustuvan kilpailun rajoituksen olemassaoloa, unionin yleinen tuomioistuin ei ole valittajan mukaan vastannut riittävällä tavalla kaikkiin valittajan esittämiin väitteisiin, minkä vuoksi se on rikkonut Euroopan unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 36 artiklan ja 53 artiklan ensimmäisen kohdan säännösten mukaista unionin yleisen tuomioistuimen perusteluvelvollisuutta. Komissio ei ole valittajan mukaan pystynyt osoittamaan etenkään sitä, että kyseiset toimenpiteet olisivat tosiasiallisesti johtaneet uusien tulokkaiden poistumiseen markkinoilta tai rajoittaneet niiden harjoittamaa CB-korttien myöntämistoimintaa.

157. Koska tässä tapauksessa unionin yleinen tuomioistuin nimenomaan ei ole tutkinut sitä, oliko riidanalaisilla toimenpiteillä kilpailunvastaisia vaikutuksia, ja siinä tapauksessa, että olisi todettava – toisin kuin ehdotan – että unionin yleinen tuomioistuin on voinut todeta oikeudellista virhettä tekemättä, että kyseisten toimenpiteiden tarkoituksena oli kilpailun rajoittaminen EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla, kyseinen valitusperuste on todettava tehottomaksi..[63]

158. Edellä esitetyn jatkeena on todettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön[64] mukaan on niin, että kun sopimuksen kilpailuvastainen tarkoitus on osoitettu, kilpailunvastaisten vaikutusten tutkiminen on tarpeetonta.

63 — Tässä yhteydessä unionin tuomioistuin on täsmentänyt erityisesti, että sopimuksen kilpailuvastaista tarkoitusta koskevien argumenttien ensisijainen tutkiminen sen kilpailunvastaista vaikutusta koskevien argumenttien tutkimiseen nähden on sitäkin perustellumpaa, koska jos kyseisen sopimuksen tarkoituksen arvioinnissa osoitetaan olevan oikeudellinen virhe, valitus on hylättävä, koska se liittyy sopimuksen kilpailunvastaista vaikutusta koskeviin valituksenalaisen tuomion perusteluihin (ks. edellä alaviitteessä 28 mainittu asia GlaxoSmithKline Services ym. v. komissio, tuomion 56 kohta).

64 — Ks. edellä alaviitteessä 15 mainittu asia LTM ja edellä alaviitteessä 13 mainittu asia Beef Industry Development Society ja Barry Brothers, tuomion 16 kohta.

159. Unionin yleinen tuomioistuin ei siis tehnyt oikeudellista virhettä todetessaan valituksenalaisen tuomion 269–272 kohdassa oikeudelliseen virheeseen, tosiseikkoihin liittyvään virheeseen ja kyseisten toimenpiteiden vaikutusten tutkimisessa tapahtuneeseen arviointivirheeseen perustuvan kanneperusteen olevan tehoton, koska se oli todennut, että kyseisten toimenpiteiden tarkoituksena oli estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua sisämarkkinoilla EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla.

160. Unionin yleistä tuomioistuinta ei myöskään voida moittia tässä kohtaa perusteluvelvollisuutensa laiminlyönnistä. Unionin yleinen tuomioistuin oli katsonut aiheelliseksi rajoittua käsiteltävässä asiassa tutkimaan kilpailunvastaisen tarkoituksen olemassaoloa, kuten sillä on oikeuskäytännön mukaan mahdollisuus tehdä, joten sen ei tarvinnut esittää syitä sille, miksi riidanalaisilla toimenpiteillä oli lisäksi kilpailunvastaisia vaikutuksia.

161. Unionin tuomioistuimen tehtävänä ei käsiteltävässä asiassa ole myöskään käsitellä kysymystä siitä, voitaisiinko kyseisillä toimenpiteillä katsoa olevan kilpailunvastaisia vaikutuksia niiden mahdollisesta kilpailunvastaisesta tarkoituksesta huolimatta. Ei ole unionin tuomioistuimen tehtävä varmistaa, onko komissio onnistunut osoittamaan, että riidanalaiset toimenpiteet ovat johtaneet uusien jäsenten poistumiseen markkinoilta tai rajoittaneet niiden CB-korttien myöntämiseen liittyviä suunnitelmia. Tämän näkemyksen vahvistaa myös edellä esiin tuomani seikka [65] eli se, että komissio on käyttänyt merkittävän osan riidanalaisesta päätöksestä kyseisten toimenpiteiden vaikutusten tutkimiseen.

162. Olen loppujen lopuksi sitä mieltä, että tämä valitusperuste on joka tapauksessa hylättävä.

C Kolmas valitusperuste, joka perustuu unionin yleisen tuomioistuimen väitettyyn suhteellisuusperiaatteen ja oikeusvarmuuden periaatteen loukkaamiseen, kun se jätti kumoamatta riidanalaisen päätöksen 2 artiklan toiseen kohtaan sisältyneen määräyksen

163. Valittaja, jota BNP Parisbas tukee, väittää, että unionin yleinen tuomioistuin on rikkonut suhteellisuusperiaatetta ja oikeusvarmuuden periaatetta, kun se ei kumonnut riidanalaisen päätöksen 2 artiklan toisessa kohdassa olevaa määräystä, jonka mukaan yhtymän on pidätyttävä jatkossa kaikista toimenpiteistä tai menettelyistä, joilla on sama tai samankaltainen tarkoitus tai vaikutus kuin kyseessä olevilla toimenpiteillä.

164. Valittaja muistuttaa ensinnäkin SEU 5 artiklan 4 kohdassa vahvistetun suhteellisuusperiaatteen osalta, että asetuksen 1/2003 7 artiklan 1 kohdan mukaisesti unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt todeta, ettei komission määräämä velvollisuus ollut välttämätön tavoitteeseensa eli rikkomisen lopettamiseen nähden, koska komissio määräsi riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisessä alakohdassa lopettamaan rikkomisen välittömästi ilmoitetut hinnoittelutoimenpiteet peruuttamalla, vaikka yhtymä oli keskeyttänyt toimenpiteet jo ennen riidanalaisen päätöksen antamista. Unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt todeta, ettei riitautettu määräys ollut oikeasuhteinen, sillä se ulottuu vaikutuksiltaan samankaltaisiin toimenpiteisiin. Määräyksen rajaaminen tiukemmin oli käsiteltävässä tapauksessa sitäkin olennaisempaa, kun kyseisten toimenpiteiden arvioinnissa on ilmennyt merkittäviä näkemyseroja unionin yleisen tuomioistuimen ja yhtymän välillä.

165. Oikeusvarmuuden periaatteen osalta valittaja katsoo, että unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt todeta, että riidanalaiseen päätökseen sisältyy merkittävä epäselvyys annetun määräyksen laajuudesta, mikä aiheuttaa oikeudellista epävarmuutta yhtymälle siltä osin, millaisia toimenpiteitä sillä olisi lupa toteuttaa jatkossa kilpailukykynsä ja kehittymisensä varmistamiseksi. Kyseinen epävarmuus liittyy käsiteltävässä asiassa yhtymältä jatkossa kiellettyjen toimenpiteiden äärimmäisen yleisluonteiseen

65 — Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 2 kohta.

ja epätäsmälliseen määrittelyyn, sillä määrittely voi kattaa kaikki tasapainottavat toimenpiteet, jotka katsotaan jatkossa välttämättömiksi CB-järjestelmän kilpailuaseman vahvistamiseksi tai järjestelmän kehittymisen varmistamiseksi. Yhtymä ei pystyisi näin ollen toteuttamaan toimenpiteitä torjuakseen vapaamatkustajuutta, josta kyseinen järjestelmä kärsii.

166. On huomautettava, että kolmannella valitusperusteellaan valittaja pyrkii arvostelemaan komissiota siitä, ettei tämä ole rajannut riidanalaisen päätöksen 2 artiklan toiseen kohtaan sisältyvän määräyksen laajuutta tiukemmin, mutta valittaja ei kuitenkaan yksilöi tarkemmin unionin yleisen tuomioistuimen tekemää oikeudellista virhettä etenkään suhteessa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella tehtävään tulkintaan.

167. On todettava, että valitusperusteessa näin ollen lähinnä toistetaan unionin yleisessä tuomioistuimessa nostetun kanteen tueksi esitetyn kuudennen kanneperusteen toisen osan [66] perustelut, joten se olisi pelkästään tästä syystä jätettävä tutkimatta.

168. Tämän jälkeen on todettava, että tarkasteltavaan valitusperusteeseen liittyy mielenkiintoinen ongelma, jolla on läheinen yhteys ensimmäisen valitusperusteen tarkasteluun siltä osin, millainen määräysten antamisvalta komissiolla on ja miten unionin yleisen tuomioistuimen olisi valvottava tämän määräysten antamisvallan käyttöä.

169. Vaikka osapuolet toteavat nähdäkseni yksimielisesti suhteellisuusperiaatteen ja oikeusvarmuuden periaatteen sovellettavuuden käsiteltävässä asiassa, tulee nimittäin esiin kysymys siitä, mikä on kyseisten periaatteiden soveltamisala siinä tapauksessa, että komissio on todennut, että kyseessä on EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu tarkoituksensa perusteella rajoittava yhteistoimintajärjestely.

170. Suhteellisuusperiaatteen noudattamisen osalta on todettava, että on tarpeen taata EY 81 artiklan 1 kohdan rikkomisen toteavan päätöksen tehokas vaikutus, joten kun tarkoitukseen perustuvan rajoituksen olemassaolo on osoitettu selkeästi, komissio voi määrätä rikkomiseen syyllistyneet yritykset paitsi keskeyttämään riidanalaisten toimenpiteiden täytäntöönpanon ja poistamaan toimenpiteet myös pidättymään jatkossa tarkoitukseltaan samankaltaisten toimenpiteiden täytäntöönpanosta.

171. Kilpailunvastainen tarkoitus, joka riidanalaisilla toimenpiteillä väitetysti on, olisi lisäksi yksilöitävä ja rajattava selkeästi, mitä ei ole mielestäni tehty, kuten olen maininnut ensimmäisen valitusperusteen tarkastelun yhteydessä.

172. Tämä vaatimus vaikuttaa mielestäni pätevältä myös oikeusvarmuuden periaatteen kannalta tarkasteltuna.

173. Kun riidanalaisten toimenpiteiden kilpailunvastainen tarkoitus on yksilöity ja tunnistettavissa riittävällä tavalla, komissiolla pitää olla oikeus määrätä kyseiset yritykset pidättäytymään samankaltaisesta menettelystä. Tällaisten lähestymistavan pätevyyttä voidaan kritisoida mielestäni pikemminkin siinä tapauksessa, että joko kilpailunvastaista tarkoitusta ei ole määritelty lainkaan tai sitä ei ole määritelty riittävällä tavalla, tai siinä tapauksessa, että yritykset joutuvat määrittämään itse asianomaisen määräyksen laajuuden, kuten käsiteltävässä tapauksessa on.

66 — Ks. valituksenalaisen tuomion 435–452 kohta.

V **Ratkaisuehdotus**

174. Edellä esitettyjen seikkojen perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin ratkaisee asian seuraavasti:

1) Unionin yleisen tuomioistuimen asiassa T-491/07, CB vastaan komissio, 29.11.2012 antama tuomio kumotaan.

2) Asia palautetaan unionin yleiseen tuomioistuimeen.

3) Oikeudenkäyntikuluista päätetään myöhemmin.