JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
EVGENI TANCHEV
2 päivänä toukokuuta 2019 [1]

Asia C-39/18 P

Euroopan komissio
vastaan
NEX International Limited (aiemmin Icap plc,
Icap Management Services Ltd ja

Icap New Zealand Ltd)

Muutoksenhaku – Kilpailu – Kartellit tai muut yhteistoimintajärjestelyt – Jenimääräisten korkojohdannaisten ala – Sakot – Perusteluvelvollisuus

1. Käsiteltävässä valituksessa Euroopan komissio vaatii kumoamaan unionin yleisen tuomioistuimen tuomion Icap plc ym. v. komissio [2] siltä osin, kuin siinä kumottiin jenimääräisten korkojohdannaisten kartelliasiassa (jossa komissio määräsi Icap plc:lle, Icap Management Services Ltd:lle ja Icap New Zealand Ltd:lle ennen näkemättömät lähes 15 miljoonan euron sakot kartellin edesauttamisesta) [3] tehdyn päätöksen 2 artikla, jossa sakot määritettiin. Unionin yleinen tuomioistuin totesi, ettei komissio ollut esittänyt päätöksessään riittäviä perusteluja sakkojen määrien määrittämiseksi sovelletulle menetelmälle, joten se kumosi sakkojen määräämistä koskevan päätöksen osan. Huomautan, että komission menetelmässä ei pelkästään määritetty yhtä kiinteää määrää, vaan se koostui monimutkaisesta viisivaiheisesta arvioinnista sakkojen perusmäärän laskemiseksi.

2. Käsiteltävässä valituksessa komissio väittää, että unionin yleinen tuomioistuin sovelsi virheellisesti sakkojen määräämisen yhteydessä edellytettäviä perusteluja koskevaa unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä. [4]

3. Kuten jäljempänä selitän, käsiteltävä valitus on nähdäkseni ratkaistu pitkälti unionin tuomioistuimen äskettäisessä 16.1.2019 antamassa tuomiossa komissio v. United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23, jäljempänä tuomio UPS) siltä osin, kuin unionin tuomioistuin vahvisti kyseisessä tuomiossa unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisessa tuomiossa omaksuman lähestymistavan.

I Riita-asian tausta ja riidanalainen päätös

4. Valituksenalaisen tuomion 1–21 kohdasta ilmenee, että NEX International Limited (aiemmin Icap plc, Icap Management Services Ltd ja Icap New Zealand Ltd) (jäljempänä NEX) kuuluu yritykseen, joka tarjoaa välityspalveluja puhelinverkkojen ja sähköisten viestintäverkkojen avulla sekä kaupankäynnin jälkeisiä palveluja.

1 Alkuperäinen kieli: englanti.

2 Tuomio 10.11.2017, Icap ym. v. komissio, T-180/15, EU:T:2017:795 (jäljempänä valituksenalainen tuomio).

3 SEUT 101 artiklan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan mukaisesta menettelystä (asia AT.39861 – Jenimääräiset korkojohdannaiset) 4.2.2015 annettu komission päätös C(2015) 432 final (jäljempänä riidanalainen päätös).

4 Etenkin 22.10.2015 annettua tuomiota AC-Treuhand v. komissio, C-194/14 P, EU:C:2015:717, 66–68 kohta.

5. Riidanalaisessa päätöksessä komissio totesi, että NEX oli osallistunut kuuteen SEUT 101 artiklan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan rikkomiseen, jotka koskevat pankkienvälisten viitekorkojen London Interbank Offered Rate (Libor, Lontoossa tarjottu pankkienvälinen korko) ja Tokyo Interbank Offered Rate (Tibor, Tokiossa tarjottu pankkienvälinen korko) manipuloimista jenimääräisten korkojohdannaistuotteiden markkinoilla. Nämä rikkomiset oli aiemmin todettu SEUT 101 artiklan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan mukaisesta menettelystä (asia AT.39861 – Jenimääräiset korkojohdannaiset) 4.12.2013 annetussa komission päätöksessä C(2013) 8602 final, jossa määrättiin lähes 670 miljoonan euron sakot (jäljempänä vuoden 2013 päätös).

6. Komissio aloitti 29.10.2013 rikkomismenettelyn NEXiä vastaan.

7. NEX ilmoitti komissiolle 12.11.2013 aikomuksestaan olla käyttämättä sovintomenettelyä.

8. Komissio teki 4.2.2015 riidanalaisen päätöksen, jossa se määräsi NEXille kuudet sakot, joiden kokonaismäärä oli 14 960 000 euroa, kuuden seuraavan kilpailusääntöjen rikkomisen ”edesauttamisesta”:

– ”UBS:n/RBS:n rikkominen vuodelta 2007” 14.8.–1.11.2007

– ”UBS:n/RBS:n rikkominen vuodelta 2008” 28.8.–3.11.2008

– ”UBS:n/DB:n rikkominen” 22.5.–10.8.2009

– ”Citin/RBS:n rikkominen” 3.3.–22.6.2010

– ”Citin/DB:n rikkominen” 7.4.–7.6.2010

– ”Citin/UBS:n rikkominen” 28.4.–2.6.2010.

9. Valituksenalaisen tuomion 18–21 kohdan sanamuoto on seuraava:

”18. Komissio muistutti aluksi, että asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaisesti määrättävien sakkojen laskennasta annettujen suuntaviivojen (EUVL 2006, C 210, s. 2; jäljempänä vuoden 2006 suuntaviivat) sakon perusmäärä on määritettävä rikkomisen asiayhteyden sekä erityisesti rikkomisen vakavuuden ja keston perusteella ja että kunkin osapuolen roolia on arvioitava yksilöllisesti ottaen huomioon mahdolliset raskauttavat tai lieventävät tekijät (riidanalaisen päätöksen 284 perustelukappale).

19. Komissio huomautti, että vuoden 2006 suuntaviivoissa annetaan vain vähän ohjausta edesauttajien sakon laskentamenetelmän osalta. Komissio otti huomioon sen, että [NEX] toimi välityspalvelujen markkinoilla eikä korkojohdannaistuotteiden markkinoilla, ja katsoi, ettei se voinut korvata jenimääräisten korkojohdannaistuotteiden hintoja välityspalkkioilla määrittääkseen liikevaihdon ja vahvistaakseen sakon määrän, koska tällainen korvaaminen ei heijastaisi rikkomisen vakavuutta ja luonnetta. Se totesi tämän perusteella lähinnä, että oli sovellettava vuoden 2006 suuntaviivojen 37 kohtaa, jonka perusteella on mahdollista poiketa näistä suuntaviivoista sakon perusmäärän määrittämisen osalta (riidanalaisen päätöksen 287 perustelukappale).

20. Komissio otti huomioon kyseessä olevien toimintatapojen vakavuuden ja [NEXin] kuhunkin kuuteen kilpailusääntöjen rikkomiseen osallistumisen keston ja vahvisti kunkin osalta sakon perusmääräksi 1 040 000 euroa UBS:n/RBS:n vuoden 2007 rikkomisen osalta, 1 950 000 euroa UBS:n/RBS:n vuoden 2008 rikkomisen osalta, 8 170 000 euroa UBS:n/DB:n rikkomisen osalta, 1 930 000 euroa Citin/RBS:n rikkomisen osalta, 1 150 000 euroa Citin/DB:n rikkomisen osalta ja 720 000 euroa Citin/UBS:n rikkomisen osalta (riidanalaisen päätöksen 296 perustelukappale).

21. Vahvistaessaan sakon lopullista määrää komissio ei ottanut huomioon mitään raskauttavaa tai lieventävää seikkaa ja tarkisti, että 10 prosentin enimmäismäärä vuotuisesta liikevaihdosta ei ylittynyt (riidanalaisen päätöksen 299 perustelukappale). Riidanalaisen päätöksen määräysosan 2 artiklassa kantajille määrätään näin ollen sakot, joiden lopullinen määrä on sama kuin niiden perusmäärä.”

II Menettely unionin yleisessä tuomioistuimessa ja valituksenalainen tuomio

10. NEX nosti unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 14.4.2015 toimittamallaan kannekirjelmällä kanteen, jossa se vaati kumoamaan riidanalaisen päätöksen ja toissijaisesti alentamaan sakkojen määrää.

11. NEX vetosi kuuteen kanneperusteeseen tukeakseen riidanalaisen päätöksen kumoamista koskevaa vaatimustaan. Neljä ensimmäistä kanneperustetta koskivat riidanalaisen päätöksen 1 artiklan, joka liittyy kyseisten rikkomisten olemassaoloon, laillisuutta. Viides ja kuudes kanneperuste koskevat riidanalaisen päätöksen 2 artiklan, joka liittyy komission kustakin rikkomisesta määräämiin sakkoihin, laillisuutta.

12. Valituksenalaisessa tuomiossa kumottiin riidanalaisen päätöksen 1 artikla osittain ja sen 2 artikla kokonaisuudessaan.

13. Valituksenalaisen tuomion 91 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin hylkäsi ensimmäisen kanneperusteen, jonka mukaan sellaisen kilpailunrajoituksen, jonka tarkoituksena on SEUT 101 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla rajoittaa tai vääristää kilpailua, käsitteen tulkinnassa ja soveltamisessa on tehty virheitä.

14. Valituksenalaisen tuomion 133–144 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin katsoi, että todisteet NEXin osallisuudesta UBS:n/RBS:n rikkomiseen vuodelta 2008 olivat puutteelliset. Valituksenalaisen tuomion 145 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin hyväksyi osittain toisen kanneperusteen, jonka mukaan edesauttamisen käsitettä on sovellettu virheellisesti, ja kumosi riidanalaisen päätöksen 1 artiklan b alakohdan.

15. Kolmannesta kanneperusteesta, jonka mukaan kyseessä olevien rikkomisten kesto on virheellinen, unionin yleinen tuomioistuin totesi valituksenalaisen tuomion 252 kohdassa, että todisteet, joihin komissio vetosi osoittaakseen NEXin neljään jäljellä olevista viidestä rikkomisesta osallistumisen keston, olivat riittämättömiä, ja katsoi, että kolmas kanneperuste on osittain perusteltu. Näin ollen se kumosi riidanalaisen päätöksen 1 artiklan a, d, e ja f alakohdan.

16. Neljännestä kanneperusteesta unionin yleinen tuomioistuin totesi valituksenalaisen tuomion 269 kohdassa, että ”komissio on loukannut [NEXin] syyttömyysolettamaa tehdessään vuoden 2013 päätöksen. On todettava, että tämä syyttömyysolettaman loukkaaminen vuoden 2013 päätöstä tehtäessä ei voi vaikuttaa suoraan riidanalaisen päätöksen laillisuuteen, kun otetaan huomioon näiden päätösten tekemiseen johtaneiden menettelyiden erillisyys ja itsenäisyys”. Valituksenalaisen tuomion 280 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin kuitenkin tuli siihen tulokseen, että neljäs kanneperuste oli hylättävä.

17. Valituksenalaisen tuomion 286–299 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin katsoi, että viides kanneperuste (joka koski sakon suuruuden määrittämistä) oli perusteltu. Valituksenalaisen tuomion 292–299 kohdan sanamuoto on seuraava:

”292. Nyt käsiteltävässä asiassa on ensimmäiseksi todettava, että syyt, joilla komissio päätti poiketa vuoden 2006 suuntaviivoissa esitetystä laskentamenetelmästä niiden 37 kohdan mukaisesti, voidaan päätellä riidanalaisen päätöksen 287 perustelukappaleesta. Ne johtuvat siitä, ettei [NEX] toiminut jenimääräisten korkojohdannaistuotteiden markkinoilla eikä tämän vuoksi myynnin arvon eli saatujen välityspalkkioiden huomioon ottamisella voitu heijastella kyseessä olevien rikkomisten vakavuutta ja luonnetta.

293. Toiseksi on kuitenkin todettava, ettei riidanalaisen päätöksen 287 perustelukappaleessa esitetä täsmennyksiä komission suosimaan vaihtoehtoiseen menetelmään, vaan siinä ainoastaan vakuutetaan yleisesti, että nämä perusmäärät heijastavat [NEXin] kyseessä oleviin rikkomisiin osallistumisen vakavuutta, kestoa ja luonnetta sekä tarvetta taata, että sakoilla on riittävän ehkäisevä vaikutus.

294. Näin laadittuna riidanalaisen päätöksen 287 perustelukappale ei ole sellainen, että kantajat voisivat sen perusteella ymmärtää komission suosiman laskentamenetelmän oikeellisuuden tai että unionin yleinen tuomioistuin voisi valvoa sen laillisuutta. Tämä perustelujen puutteellisuus rasittaa myös riidanalaisen päätöksen 290–296 perustelukappaletta, joissa ei esitetä vähimmäistietoja, joiden perusteella olisi ollut mahdollista ymmärtää ja tarkastaa komission sakkojen suuruutta määrittäessään huomioon ottamien seikkojen merkityksellisyys ja punninta, mikä on edellä 291 kohdassa mainitun oikeuskäytännön vastaista.

295. Asianosaisten kirjelmistä ilmenee, että kysymystä menetelmästä, jota komissio aikoi käyttää laskeakseen sakkojen määrän, käsiteltiin hallinnollisen menettelyn aikana kantajien edustajien kanssa käydyssä keskustelussa. Vaikka edellä 288 kohdassa mainitun oikeuskäytännön mukaan riidanalaisen toimen perustelut on tutkittava ottaen huomioon sen asiayhteys, ei voida katsoa, että tällaisten tunnustelevien ja epävirallisten keskustelujen käyminen voisi vapauttaa komissiota velvollisuudestaan selittää riidanalaisessa päätöksessä menetelmää, jota se käytti määrittäessään sakkojen suuruutta.

296. Vastineen 176 kohdassa komissio tuo esiin sakon perusmäärän laskennassa käytettävän viisivaiheisen menetelmän olemassaolon. Edellä 290 kohdassa mainitun oikeuskäytännön mukaan tällaista unionin yleisessä tuomioistuimessa vireillä olevan menettelyn vaiheessa esitettyä selitystä ei voida ottaa huomioon arvioitaessa sitä, täyttikö komissio perusteluvelvollisuutensa.

297. Edellä esitetyn perusteella on todettava, että riidanalaisen päätöksen perustelut ovat puutteelliset [NEXille] kyseessä olevien rikkomisten vuoksi määrättyjen sakkojen määrittämisen osalta.

298. Viides kanneperuste on näin ollen hyväksyttävä ja riidanalaisen päätöksen 2 artikla on kumottava kokonaisuudessaan ilman, että on tarpeen tutkia tämän kanneperusteen muita väitteitä tai kuudetta kanneperustetta, joka koskee yksinomaan kyseisen artiklan laillisuutta.

299. Koska lisäksi riidanalaisen päätöksen 2 artikla kumotaan kokonaisuudessaan, ei ole tarpeen tutkia kantajien toissijaisesti esittämiä muutosvaatimuksia.”

III Valitus

A Yhteenveto asianosaisten lausumista

18. Komissio väittää, että viidettä kanneperustetta koskevia unionin yleisen tuomioistuimen perusteluja rasittavat vakavat oikeudelliset virheet, jotka – jos ne hyväksyttäisiin – vaarantaisivat komission kyvyn vahvistaa sakkojen asianmukaisen määrän estävän vaikutuksen aikaansaamiseksi.

19. Ensinnäkin komissio väittää, että unionin yleinen tuomioistuin jätti mainitsematta asiaa koskevan oikeuskäytännön sovellettavat periaatteet. Se ei maininnut 22.10.2015 annettua tuomiota AC-Treuhand v. komissio (C-194/14 P, EU:C:2015:717, 66–68 kohta) (jäljempänä tuomio AC-Treuhand), vaikka se on johtava tuomio perusteluista, jotka on esitettävä määrättäessä sakkoa edesauttajalle.

20. Unionin yleinen tuomioistuin ei myöskään viitannut 28.1.2016 annettuun tuomioon Quimitécnica.com ja de Mello v. komissio (C-415/14 P, ei julkaistu, EU:C:2016:58, 53 kohta). Kyseisestä tuomiosta ilmenee, että komission toimien perusteluja on arvioitava ottaen huomioon kyseisen toimen asiayhteys, ennen kyseisen toimen toteuttamista ja sen jälkeen käyty kirjeen- ja näkemystenvaihto mukaan lukien. Käsiteltävässä asiassa komissio antoi NEXille tiettyjä sakkojen laskentaan liittyviä tietoja hallinnollisen menettelyn aikana ja sen jälkeen.

21. Toiseksi komissio väittää, että vaikka valituksenalaisessa tuomiossa (287–291 kohta) palautetaan mieleen osa sakkojen osalta esitettäviä perusteluja koskevasta oikeuskäytännöstä, siinä ei tulkita tai sovelleta tätä oikeuskäytäntöä oikein.

22. Riidanalaisen päätöksen 287 perustelukappaleessa komissio toteaa nimenomaisesti, että NEXille määrättyjen sakkojen perusmäärät heijastavat NEXin kyseessä oleviin rikkomisiin osallistumisen vakavuutta, kestoa ja luonnetta sekä tarvetta taata, että sakoilla on riittävän ehkäisevä vaikutus. Nämä tekijät ovat riittäviä komission päätösten perustelemiseksi,[5] joten laskukaavoja ei ollut välttämätöntä esittää.

23. Samalla kun unionin yleinen tuomioistuin palautti valituksenalaisen tuomion 291 kohdassa mieleen oikeuskäytännön, jonka mukaan komissiolla ei ole velvollisuutta esittää sakkojen laskentatavasta yksityiskohtaisempaa selvitystä tai numeromääräisiä tietoja, unionin yleinen tuomioistuin katsoi, että käsiteltävässä asiassa komissio ei ollut toimittanut yksityiskohtia käytetystä menetelmästä. Komission mukaan tämä perustelu on ristiriitainen.

24. Valituksenalaisen tuomion 291 kohdassa mainittua Chalkor-oikeuskäytäntöä, jonka mukaan komission on selitettävä perusmäärän osalta huomioon ottamistaan seikoista tekemänsä punninnat ja arvioinnit, ei voida tulkita siten, että komission on esitettävä sakkojen laskentatapaan liittyvät numeromääräiset tiedot ja sisäiset laskelmansa yksityiskohtaisesti. Juuri näin unionin yleinen tuomioistuin kuitenkin teki, jolloin se teki oikeudellisen virheen.

25. Komission mukaan riidanalaisen päätöksen samankaltaisuus lämpöstabilisaattoreita koskevassa asiassa tehdyn päätöksen (747–750 perustelukappale) kanssa on erityisen silmiinpistävä.[6] Kyseisestä päätöksestä annettiin tuomio AC-Treuhand (C-194/14 P, EU:C:2015:717), jossa unionin tuomioistuin piti perusteluja riittävinä.

5 Komissio vetoaa 16.11.2000 annettuun tuomioon Sarrió v. komissio (C-291/98 P, EU:C:2000:631, 78 kohta); 2.10.2003 annettuun tuomioon Aristrain v. komissio (C-196/99 P, EU:C:2003:529, 56 kohta) ja 22.10.2015 annettuun tuomioon AC-Treuhand v. komissio (C-194/14 P, EU:C:2015:717, 68 kohta).

6 EY 81 artiklan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan mukaisesta menettelystä (asia COMP.38589 – Lämpöstabilisaattorit) 11.11.2009 tehty komission päätös K(2009) 8682 lopullinen.

26. Kun tarkastellaan valituksenalaisen tuomion 295 ja 296 kohtaa, komission mukaan seikat, joihin unionin yleinen tuomioistuin on tukeutunut, eivät riitä tukemaan toteamusta, jonka mukaan perustelut ovat puutteelliset sakkojen määrittämisen osalta. Unionin yleinen tuomioistuin muistuttaa kyseisissä tuomion kohdissa, että kysymystä menetelmästä sakkojen määrän laskemiseen käsiteltiin hallinnollisen menettelyn aikana NEXin kanssa käydyssä keskustelussa ja unionin yleisen tuomioistuimen menettelyn aikana (komissio toi vastineessaan etenkin esiin sakon perusmäärän laskennassa käytettävän viisivaiheisen menetelmän olemassaolon). Komission mukaan unionin yleinen tuomioistuin teki virheen katsoessaan, ettei näillä seikoilla voitu korjata kyseessä olevien perustelujen puutteellisuutta. Tällainen arviointi on oikeuskäytännön vastainen.[7]

27. Syynä siihen, miksi komissio ylitti perusteluvelvollisuutensa ja antoi tiettyjä sakkojen laskentatapaansa liittyviä seikkoja NEXille (vastineensa 176 kohdassa), on se, että NEX väitti, että sitä oli kohdeltu eri tavalla kuin yritystä R.P. Martin, jolle oli osoitettu vuoden 2013 päätös samassa jenimääräisten korkojohdannaisten asiassa ja joka komission mukaan oli myös edesauttanut tiettyjä kartelleja, jotka kuuluivat kyseisen asian alaan.

28. Vastauskirjelmässään komissio selittää sakkojen laskennassa käytettyä menetelmää. Lähtökohtana oli, että samat tekijät rikkomisten vakavuuden arvioimiseksi otettiin huomioon kaikkien asianomaisten yritysten osalta. R.P. Martinin ja NEXin välillä oli kuitenkin objektiivisia eroja, joiden täytyi näkyä näille edesauttajille määrättävissä sakoissa. R.P. Martinille myönnettiin 25 prosentin alennus sakoista yhteistyön perusteella, kun taas NEX ei hakenut yhteistyötä koskevan tiedonannon soveltamista; R.P. Martin sai 10 prosentin alennuksen sovittelun perusteella; R.P. Martinin maailmanlaajuinen liikevaihto vuonna 2012 oli 82 miljoonaa euroa verrattuna 1 656 miljoonaan euroon (NEXin maailmanlaajuinen liikevaihto vuonna 2013); R.P. Martinin osallistuminen rikkomiseen kesti noin kuukauden ja NEXin yli kaksi kuukautta.

29. Jos unionin tuomioistuin päättää antaa ratkaisun sakoista, komission mukaan yksinkertainen menetelmä, jolla valituksenalaisessa tuomiossa tehty riidanalaisen päätöksen osittainen kumoaminen näkyisi sakkojen määrässä, olisi alentaa NEXille alun perin määrättyjä sakkoja määräsuhteessa (pro rata). Tämä voitaisiin tehdä esimerkiksi ilmaisemalla kunkin rikkomisen uusi kesto päivinä ja jakamalla tämä alkuperäisellä kestolla päivinä.

30. NEX puolestaan puolustaa valituksenalaista tuomiota ja väittää lähinnä, että valituksessa nousee esille seuraava perustava kysymys: voiko komissio vedota erityisiin ja monitahoisiin menetelmiin ja tekijöihin, samalla kun se uskottelee, ettei tällaisia menetelmiä tai tekijöitä ole olemassa ja että sakkojen määrittämisessä käytettiin yksinkertaista kiinteää määrää. Perusteluvelvollisuuden tarkoitus on juuri kannustaa komissiota selittämään päätöksiään ja mahdollistaa sen lähestymistapaan kohdistuva tuomioistuinvalvonta.

31. Ensinnäkin NEX väittää, että komission väitteistä poiketen on selvää, että asiassa AC-Treuhand esitetyt selitykset olivat kattavampia ja tapauskohtaisempia kuin riidanalaisessa päätöksessä esitetyt yleiset ja summittaiset selitykset. Yksinkertaisesti sanottuna riidanalaiseen päätökseen sisältyviä selityksiä voitaisiin käyttää ”sellaisinaan” käytännössä missä tahansa päätöksessä, jossa määrätään sakkoja edesauttajalle, kun taas lämpöstabilaattoreita koskevassa päätöksessä esitettyjä selityksiä olisi mukautettava eri tapausten erityispiirteiden huomioon ottamiseksi. Toiseksi, ja mikä tärkeämpää, NEXin tilanteen taustalla olevat tosiseikat eroavat AC-Treuhandia koskevista tosiseikoista. AC-Treuhandin tapauksessa ei nimittäin ole viitteitä siitä, että komissio olisi käyttänyt erityistä ja yksityiskohtaista menetelmää määrittäessään sakon kiinteän määrän, joka oli 348 000 euroa, ja – laajemmin tarkasteltuna – että se olisi tehnyt jotain muuta kuin sen perusteluissa todettiin. Sen, mitä komissio teki ja mitä se väitti tehneensä, välillä ei siten ole osoitettu olevan ristiriitaa.

7 Tuomio 28.1.2016, Quimitécnica.com ja de Mello v. komissio (C-415/14 P, ei julkaistu, EU:C:2016:58, 53 kohta).

32. Sitä vastoin NEXin tapauksessa komissio nimenomaisesti myönsi unionin yleisen tuomioistuimen menettelyn aikana, että se oli määrittänyt sakkojen määrän käyttämällä yksityiskohtaista menetelmää ja ottamalla huomioon erityisiä tekijöitä, mutta se ei antanut NEXille yksityiskohtaisempia tietoja, kun NEXillä oli mahdollisuus käyttää puolustautumisoikeuksiaan. Komissio vetosi väitetysti useisiin tekijöihin, joita se sitten ei esittänyt perusteluissaan. Jos komissio olisi noudattanut kiinteää määrää koskevaa lähestymistapaa ottaen huomioon päätöksessä esille tuodut perustekijät, se ei olisi voinut määrätä NEXille sakkoa, joka oli 22 kertaa suurempi kuin R.P. Martinille, jota komissio väitti kohdelleensa samalla tavalla kuin NEXiä, määrätty sakko.

33. R.P. Martinin tilanteen NEXin tilanteesta erottavat tekijät, sellaisina kuin komissio vetosi niihin, eivät voi sulkea pois erilaisen kohtelun olemassaoloa. Rikkomisen keston osalta R.P. Martinin todettiin edesauttaneen rikkomista 29.6.2009–10.8.2009, toisin sanoen 43 päivän ajan. NEXin taas todettiin edesauttaneen rikkomista 22.5.2009–10.8.2009, toisin sanoen 81 päivän ajan. Tämän erilaisen keston perusteella voidaan näin ollen olettaa, että R.P. Martinin sakko olisi ollut 716 000 euroa, jos rikkomisen kesto olisi ollut samankaltainen kuin NEXillä. Tämä mahdollistaa komission esittämän neljännen erottavan tekijän huomioon ottamisen.

B Arviointi

1. Alustavat huomautukset

34. Unionin yleinen tuomioistuin katsoi, että rikkomiseen osallistumisen vakavuuden, keston ja luonteen pelkkä mainitseminen ei riitä tilanteessa, jossa komissio poikkeaa omista sakkoja koskevista suuntaviivoistaan.

35. Unionin yleisen tuomioistuimen menettelyn kuluessa komissio paljasti, että se oli itse asiassa käyttänyt monimutkaista menetelmää NEXille määrättävien sakkojen laskennassa. Koska komissio ei ollut julkistanut tätä menetelmää hallintomenettelyn aikana, NEX ei voinut riitauttaa sitä, eikä unionin yleinen tuomioistuin voinut harjoittaa riittävää tuomioistuinvalvontaa.

36. Komission valitus perustuu yhteen ainoaan valitusperusteeseen, jossa se riitauttaa unionin yleisen tuomioistuimen lähestymistavan ja väittää, että tämä lähestymistapa vaarantaisi komission kyvyn vahvistaa sakkojen asianmukaisen määrän (etenkin edesauttajien tapauksessa) estävän vaikutuksen aikaansaamiseksi. Komissio vetoaa etenkin unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisessa tuomiossa ja unionin tuomioistuimen tuomiossa AC-Treuhand (C-194/14 P, EU:C:2015:717) omaksumien lähestymistapojen väitettyyn erilaisuuteen.

37. NEX puolustaa valituksenalaisen tuomion lähestymistapaa ja pyrkii oikeuttamaan sen viittaamalla sen käytännön seurauksiin. Koska se ei ollut tietoinen komission käyttämästä menetelmästä/arviointiperusteista, NEX väittää, että sitä kohdeltiin eri tavalla kuin toista edesauttajaa samassa kartellissa (R.P. Martin). NEX myös selittää, miten pitämällä menetelmänsä ja arviointiperusteensa, joihin se tukeutui, salaisina komissio epäsi NEXiltä mahdollisuuden riitauttaa nämä arviointiperusteet.

38. Ensinnäkin käsiteltävän asian ja sen asian, jossa annettiin tuomio AC-Treuhand (C-194/14 P, EU:C:2015:717), johon komissio vetoaa, välillä on merkittäviä eroja.

39. Jälkimmäisessä asiassa oli ainoastaan yksi ainoa edesauttaja. Komissio, jonka ei tarvinnut ottaa huomioon (edesauttajien välisen) erilaisen kohtelun riskiä, määräsi sille kiinteämääräisen sakon.

40. Käsiteltävässä asiassa edesauttajia oli kuitenkin kaksi. Komissio väittää (”vakuuttaa unionin tuomioistuimelle”), että se sovelsi yhtä ainoaa menetelmää kummankin edesauttajan sakkojen määrän laskemiseen, mutta kieltäytyy kertomasta mitään yksityiskohtia ja vetoaa pelkästään tuomioon AC-Treuhand (C-194/14 P, EU:C:2015:717).

41. Komission vetoaminen tuomioon AC-Treuhand (C-194/14 P, EU:C:2015:717) ei myöskään vakuuta. Vaikka kyseisessä tuomiossa todetaan, että komissiolla ei ole velvollisuutta esittää sakkojen laskentavasta yksityiskohtaisempaa selvitystä tai *numeromääräisiä* tietoja, tosiasia on, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä myös selvennetään tärkeällä tavalla, että komission on kuitenkin selitettävä sakkojen määräämisen yhteydessä huomioon ottamistaan seikoista tekemänsä punninnat ja arvioinnit (ja tuomioistuimen on varmistettava viran puolesta, että päätöksessä on esitetty perustelut) – näin todetaan etenkin ennakkotapauksena pidettävässä 8.12.2011 annetussa tuomiossa Chalkor v. komissio (C-386/10 P, EU:C:2011:815, 61 kohta).

42. Miten muuten tuomioistuimet voisivat harjoittaa riittävää tuomioistuinvalvontaa ja todentaa komission päätöksessä esitettyjen perustelujen (eikä komission pelkkien ”vakuuttelujen”) perusteella, oliko tietty yritys sakkojen laskemista varten ja komission käyttämissä arviointiperusteissa tarkoitetulla tavalla muihin asianomaisiin yrityksiin rinnastettavassa tilanteessa vai niihin nähden erilaisessa tilanteessa, ja varmistaa, oliko komissio noudattanut yhdenvertaisen kohtelun periaatetta – kuten unionin tuomioistuimen on tehtävä käsiteltävässä asiassa?

43. Tässä suhteessa unionin yleinen tuomioistuin on soveltanut unionin tuomioistuimen Chalkor-oikeuskäytäntöä oikein paitsi valituksenalaisessa tuomiossa (laajennettu toinen jaosto) myös esimerkiksi 13.12.2016 antamassaan tuomiossa Printeos ym. v. komissio (T-95/15, EU:T:2016:722) (laajennettu neljäs jaosto) ja 28.3.2019 antamassaan tuomiossa Pometon v. komissio (T-433/16, EU:T:2019:201) (laajennettu kolmas jaosto). Kun tarkastellaan kahta viimeksi mainittua tuomiota, komissio ei valittanut ensimmäisestä tuomiosta eikä ole vielä valittanut jälkimmäisestä tuomiosta.

44. On syytä muistuttaa, että jo vuonna 1995 unionin yleinen tuomioistuin painotti, että ”onkin suositeltavaa, jotta yritykset voivat määrittää kantansa tietoisina kaikista seikoista, että ne saavat komission sopivaksi harkitsemalla tavalla yksityiskohtaisesti tietää niille määrättyjen sakkojen laskentatavan ilman, että niiden on tästä syystä nostettava kanne komission päätöstä vastaan – mikä on hyvän hallinnon periaatteen vastaista”.[8]

45. Seuraavaksi, kuuluisassa sementtikartelliasiassa[9] unionin yleinen tuomioistuin totesi lisäksi enteellisesti, että ”tämä pätee vielä suuremmalla syyllä silloin, kun komissio on käyttänyt sakkojen laskemiseen yksityiskohtaisia aritmeettisia kaavoja, kuten tässä tapauksessa. Sellaisessa tapauksessa on suotavaa, että asianomaisilla yrityksillä ja tarvittaessa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimella on mahdollisuus tarkastaa, ettei komission käyttämässä menetelmässä ja sen soveltamisen eri vaiheissa ole tapahtunut virheitä ja että ne ovat sopusoinnussa sakkoasioihin sovellettavien säännösten ja periaatteiden, erityisesti yhdenvertaisuusperiaatteen, kanssa”.

46. Vaikka unionin yleinen tuomioistuin piti tuolloin komission jälkikäteen oikeudenkäynnin kuluessa esittämiä perusteluja tyydyttävinä, onko yhä mahdollista olla yhtä mieltä komission kanssa käsiteltävässä asiassa ja hyväksyä tällainen ratkaisu nykyisessä menettelyllisessä asiayhteydessä, jossa puolustautumisoikeudet otetaan paremmin huomioon?

47. Mielestäni ei.[10]

8 Tuomio 6.4.1995, Trefilunion v. komissio (T-148/89, EU:T:1995:68, 142 kohta).

9 Tuomio 15.3.2000, Cimenteries CBR ym. v. komissio (T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 ja T-104/95, EU:T:2000:77, 4735 kohta).

10 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 79 kohta.

48. Kuten jäljempänä selitän, käsiteltävä valitus on nähdäkseni ratkaistu pitkälti äskettäisessä tuomiossa UPS, joka annettiin 16.1.2019.

2. Tuomio UPS

49. Aluksi on tärkeää ottaa vertailukohdaksi tuomio UPS. Istunnossa komissio väitti, ettei kyseinen tuomio ole merkityksellinen, koska se koskee yrityskeskittymää eikä siinä käsitellä sakkojen määräämistä ja puolustautumisoikeuksia. Nämä väitteet eivät kuitenkaan vakuuta.

50. Asiassa UPS komissio ei nimittäin – samoin kuin nyt tarkasteltavassa tilanteessa – julkistanut hallinnollisen menettelyn yhteydessä tiettyä menetelmää, jolla oli tärkeä asema sen päätöksessä (kyseisessä asiassa se oli yrityskeskittymän arvioinnissa käytetty menetelmä).

51. Tuomiossa UPS unionin tuomioistuin huomauttaa, että jos komissio aikoo perustaa päätöksensä ekonometrisiin malleihin, ilmoituksen tekijöille on annettava mahdollisuus esittää huomautuksensa tällaisista malleista.

52. Kyseisten mallien taustalla olevien menettelyllisten perusteiden on oltava mahdollisimman objektiivisia, jotta ne eivät vaikuta kyseisen arvioinnin lopputulokseen suuntaan tai toiseen. Niinpä kyseiset seikat edistävät komission päätösten puolueettomuutta ja laatua, joista riippuu viime kädessä unionin yrityskeskittymien valvontamenettelyn legitimiteetti yleisön ja yritysten silmissä.

53. Kyseisten mallien ja niiden laatimisen taustalla olevien menetelmävalintojen ilmaiseminen on sitäkin välttämättömämpää, koska se edistää menettelyn oikeudenmukaisuutta Euroopan unionin perusoikeuskirjan 41 artiklassa ilmaistun hyvän hallinnon periaatteen mukaisesti.

54. Tuomion UPS mukaan komission on sovitettava kyseinen joutuisuuden vaatimus, joka on luonteenomaista yrityskeskittymien valvontaa koskevalle yleiselle järjestelmälle, yhteen puolustautumisoikeuksien kunnioittamisen kanssa. Puolustautumisoikeuksien kunnioittaminen ei anna komissiolle mahdollisuutta muuttaa väitetiedoksiannon antamisen jälkeen ekonometrisen mallin, johon se aikoo perustaa vastaväitteensä, olennaista sisältöä *ilmoittamatta tällaisesta muuttamisesta asianomaisille yrityksille ja antamatta niille mahdollisuutta esittää huomautuksiaan siitä*.

55. Unionin tuomioistuin katsoi siten tuomiossa UPS, että unionin yleinen tuomioistuin saattoi todeta oikeudellista virhettä tekemättä, että komissio ei voi väittää, ettei sillä ollut velvollisuutta antaa lopullista ekonometrisen analyysin mallia tiedoksi kantajalle ennen riidanalaisen päätöksen antamista.

56. Tältä osin on erityisen tärkeää viitata tuomion UPS 31 kohtaan, jossa unionin tuomioistuin totesi, että ”puolustautumisoikeuksien kunnioittaminen ennen yrityskeskittymien valvonnan alalla annettavaa päätöstä edellyttää – –, että ilmoituksen tekijöille on annettava tilaisuus esittää *asianmukaisesti* näkemyksensä niistä seikoista, joiden perusteella komissio aikoo tehdä päätöksensä” (kursivointi tässä).

57. Kuten jäljempänä nähdään, juuri näin komissio ei kuitenkaan tehnyt sekä asiassa UPS että käsiteltävässä asiassa.

3. Unionin tuomioistuimessa vireillä oleva asia asian UPS muunnelmana

58. Asia UPS koski yrityskeskittymää, ja unionin tuomioistuin huomautti kyseisessä asiassa antamassaan tuomiossa, että ekonometrinen malli, jonka lopullista versiota komissio ei julkistanut, oli *tärkeä osatekijä* komission päätöksen yhteydessä.[11] Samaan tapaan viisivaiheinen arviointi, jota komissio käytti sakkojen määräämiseksi käsiteltävässä asiassa, oli tärkeä, ja se olisi pitänyt julkistaa (toisin sanoen ainakin siltä osin kuin komissio voi selittää asianmukaisesti huomioon ottamistaan seikoista tekemänsä punninnat ja arvioinnit).[12]

59. Kuten unionin tuomioistuin muistutti tuomion UPS 28 kohdassa, ”puolustautumisoikeuksien kunnioittaminen on unionin oikeuden yleinen periaate, jota on sovellettava, kun hallinto aikoo tehdä henkilöä koskevan tälle epäedullisen päätöksen”.

60. Saman yleisen periaatteen perusteella unionin yleinen tuomioistuin kumosi (käsiteltävässä asiassa) riidanalaisen päätöksen tältä osin.

61. Mielenkiinnon vuoksi on syytä tuoda esille, että asiassa UPS komissio väitti, että ekonometrisiin malleihin tehtävät muutokset voidaan rinnastaa sisäisiin asiakirjoihin, joita oikeus tutustua asiakirjoihin ei koske (tuomion UPS 35 kohta).

62. Unionin tuomioistuin hylkäsi tämän väitteen.

63. Käsiteltävässä asiassa komissio jälleen väittää, että sakkojen laskemisessa käytetty menetelmä koostuu pelkästään sisäisestä laskelmasta, jota ei pitäisi julkistaa sen päätösten adressaateille.

64. Tämä väite on mielestäni hylättävä, aivan kuten se hylättiin tuomiossa UPS. Lisäksi, kuten NEX väittää, komission ensimmäisessä oikeusasteessa esittämän vastineen 176 kohdassa annetut tiedot eivät sisällä numeroita tai laskelmia. Kyseisessä kohdassa komissio pelkästään tuo esiin kiinteämääräisen sakon käyttämisen sijasta sakon perusmäärän laskennassa käytettävän monimutkaisen viisivaiheisen menetelmän olemassaolon.

65. Valituksessa väitetään lähinnä, että komissio esitti riittävät perustelut tuomalla esiin ne (melko epämääräiset) tekijät, jotka otettiin huomioon NEXin osallistumisen vakavuuden, keston ja luonteen määrittämiseksi. Komissio väittää, että tämä on linjassa tuomion AC-Treuhand (C-194/14 P, EU:C:2015:717) kanssa. Komissio myös väittää, etteivät sen selitykset valituksenalaisen tuomion 295 kohdassa tarkoitetusta menetelmästä olleet välttämättömiä vaan että näissä selityksissä esitettiin lisäselvennyksiä, jotka olisi otettava vielä huomioon tuomioistuinmenettelyn vaiheessa.

66. Ensinnäkin olen jo selittänyt, että asian AC-Treuhand ja käsiteltävän asian välillä on merkittäviä eroja, ja olen esittänyt syyt sille, miksi kyseisen oikeuskäytännön ei itsessään pitäisi muuttaa käsiteltävässä asiassa tehtävää arviointia (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 38 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

11 Vertailukohdaksi voidaan tietyin osin ottaa myös suuren jaoston 6.9.2017 antama tuomio Intel v. komissio (C-413/14 P, EU:C:2017:632). Kyseisessä asiassa unionin yleinen tuomioistuin vahvisti komission väitteen, jonka mukaan määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen myöntämät uskollisuusalennukset saattoivat niiden luonteen puolesta rajoittaa kilpailua siten, että analyysi käsiteltävän asian kaikista olosuhteista, erityisesti AEC-testi (as efficient competitor test), ei ollut tarpeen. Unionin tuomioistuin kuitenkin huomautti tuomiossaan, että vaikka komissio oli korostanut sitä, että kyseiset alennukset saattoivat niiden luonteen puolesta rajoittaa kilpailua, *se kuitenkin tutki* päätöksessään *asian olosuhteita syvällisesti*, minkä perusteella se päätteli, että yhtä tehokkaan kilpailijan olisi pitänyt soveltaa kestämättömiä hintoja ja että kyseessä olevalla alennuskäytännöllä saattoi siksi olla tällaisen kilpailijan markkinoilta syrjäyttävä vaikutus. *AEC-testillä oli siten todellista merkitystä, kun komissio arvioi* sitä, saattoiko kyseessä olevalla alennuskäytännöllä olla yhtä tehokkaisiin kilpailijoihin kohdistuva syrjäyttämisvaikutus. Unionin tuomioistuin katsoi näin ollen, että unionin yleinen tuomioistuin oli velvollinen tutkimaan kaikki Intelin tämän testin osalta esittämät perustelut, mitä unionin yleinen tuomioistuin ei ollut tehnyt. Unionin tuomioistuin kumosi tästä syystä unionin yleisen tuomioistuimen tuomion, koska tämä ei ollut analysoinut sitä, saattoivatko riidanalaiset alennukset rajoittaa kilpailua.

12 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 74 kohta.

67. Toiseksi komission väitteet on joka tapauksessa hylättävä.

68. Toisin kuin asiassa AC-Treuhand, käsiteltävässä asiassa on nimittäin riidatonta, että komissio ei pelkästään tutkinut yksinkertaisesti NEXin menettelyn ”vakavuutta”, ”luonnetta” ja ”kestoa” päätyäkseen niiden perusteella tiettyyn kiinteämääräiseen sakkoon, vaan sen sijaan komissio käytti sakkojen määrittämiseksi monimutkaista menetelmää, joka itse asiassa piilotettiin väitetiedoksiannossa ja riidanalaisessa päätöksessä esitettyjen epämääräisten ja yleisten viittausten taakse.

69. Kuten unionin yleinen tuomioistuin huomauttaa valituksenalaisen tuomion 296 kohdassa, ”komissio tuo esiin sakon perusmäärän laskennassa käytettävän viisivaiheisen menetelmän olemassaolon” ensimmäisessä oikeusasteessa esittämässään vastineessa, menetelmän, jota se väittää soveltaneensa käsiteltävässä asiassa. Kuten komissio myös myönsi, tästä viisivaiheisesta menetelmästä oli mainittu NEXille lokakuussa 2013 järjestetyssä kokouksessa, jossa pyrittiin pääsemään asiassa sovintoon. Kun NEX sai väitetiedoksiannon kesäkuussa 2014 ja mahdollisuuden käyttää puolustautumisoikeuksiaan, menetelmää, jonka komissio oli esittänyt lokakuussa 2013, ei kuitenkaan selitetty mitenkään. Lisäksi komissio kieltäytyi toistuvasti vahvistamasta tai kiistämästä, käyttikö se tosiasiallisesti kyseistä menetelmää, ja sen sijaan toisti, että se vahvistaisi määrittelemättömän ”kiinteän määrän” ”rikkomisen vakavuuden, keston ja luonteen” perusteella.

70. Kuten edellä nähtiin, vasta tuomioistuinmenettelyssä (toisin sanoen ensimmäisessä oikeusasteessa esittämänsä vastineen 176 kohdassa) komissio viimeinkin myönsi käyttäneensä itse asiassa monimutkaista menetelmää määrittäessään NEXin sakkoja. Vaikka komissio vetosikin tämän myöntäessään siihen, että se ”ei ollut velvollinen” tekemään näin, oikeuskäytäntö viittaa päinvastaiseen.[13]

71. Vaikka NEX aivan oikein myöntää, että komission ei ”tarvitse ilmoittaa sakkojen laskentatapaan liittyviä numerotietoja”,[14] tosiasia on, että komission on silti selitettävä tekijät, joita se käytti määrätessään sakon.

72. Kuten unionin yleinen tuomioistuin perustellusti katsoi valituksenalaisen tuomion 293 kohdassa, komissio ei nimittäin voi yksinkertaisesti ”vakuuttaa yleisesti, että nämä perusmäärät heijastavat [NEXin] kyseessä oleviin rikkomisiin osallistumisen vakavuutta, kestoa ja luonnetta”. Jos tällainen lähestymistapa hyväksyttäisiin, yritykset eivät pystyisi riitauttamaan komission menetelmää, eikä unionin tuomioistuin voisi valvoa sitä.

73. Tältä osin valituksenalaisen tuomion 289 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin palautti mieleen sovellettavan oikeuskäytännön seuraavasti: ”Kun komissio on päättänyt poiketa yleisistä menetelmistä, jotka esitetään vuoden 2006 suuntaviivoissa, joilla se on rajoittanut itse oman harkintavaltansa käyttöä sakkojen määrän vahvistamisessa tukeutumalla – kuten nyt käsiteltävässä asiassa – näiden suuntaviivojen 37 kohtaan, näitä perusteluvaatimuksia on noudatettava sitäkin suuremmalla syyllä – –. Tältä osin – – suuntaviivat ovat käytännesääntöjä, joissa ilmaistaan noudatettava käytäntö ja joista komissio ei voi poiketa yksittäistapauksissa antamatta sellaisia perusteluja, jotka ovat sopusoinnussa erityisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa – –. Näiden perustelujen on oltava sitäkin täsmällisemmät, koska suuntaviivojen 37 kohdassa vain viitataan epämääräisesti ’kuhunkin asiaan liittyviin erityispiirteisiin’ ja niissä jätetään siten komissiolle laaja harkintavalta tehdä – kuten nyt käsiteltävässä asiassa – kyseisten yritysten sakon perusmääriin poikkeuksellinen mukautus. Tällaisessa tapauksessa on erityisen tärkeää, että komissio noudattaa hallinnollisissa menettelyissä unionin oikeusjärjestyksessä annettuja takeita, joihin perusteluvelvollisuus kuuluu – –.”

13 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 77 kohta ja alaviite 16.

14 Tuomio 22.10.2015, AC-Treuhand v. komissio (C-194/14 P, EU:C:2015:717, 68 kohta).

74. Seuraavaksi valituksenalaisen tuomion 291 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin palautti aivan oikein mieleen oikeuskäytännön, jonka mukaan ”komission on päätöksessä, jolla määrätään sakko, esitettävä perustelut erityisesti sakon määrän ja siltä osin käytetyn laskentamenetelmän suhteen – –. Komission on ilmoitettava päätöksessään ne arviointiperusteet, joiden avulla se on määrittänyt kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuuden ja keston, eikä sillä ole velvollisuutta esittää sakkojen laskentavasta yksityiskohtaisempaa selvitystä tai numeromääräisiä tietoja – –. *Komission on kuitenkin selitettävä huomioon ottamistaan seikoista tekemänsä punninnat ja arvioinnit*” (kursivointi tässä).

75. Valituksenalaisen tuomion 292 kohdassa selitetään, miksi komissio päätti käsiteltävässä asiassa poiketa vuoden 2006 suuntaviivoissa esitetystä laskentamenetelmästä niiden 37 kohdan mukaisesti.

76. Valituksenalaisen tuomion 293 kohdassa huomautetaan perustellusti, että ”on kuitenkin todettava, ettei riidanalaisen päätöksen 287 perustelukappaleessa esitetä täsmennyksiä komission suosimaan vaihtoehtoiseen menetelmään, vaan siinä ainoastaan vakuutetaan yleisesti, että nämä perusmäärät heijastavat [NEXin] kyseessä oleviin rikkomisiin osallistumisen vakavuutta, kestoa ja luonnetta sekä tarvetta taata, että sakoilla on riittävän ehkäisevä vaikutus”. Itse asiassa komissio pyrki oikeuttamaan virheellisen lähestymistapansa toistamalla saman yleisen vakuuttelun unionin tuomioistuimen istunnossa.[15]

77. Minun on näin ollen pakko yhtyä unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 294 kohdassa esittämään toteamukseen, jonka mukaan ”näin laadittuna riidanalaisen päätöksen 287 perustelukappale ei ole sellainen, että [NEX voisi] sen perusteella ymmärtää komission suosiman laskentamenetelmän oikeellisuuden tai että unionin yleinen tuomioistuin voisi valvoa sen laillisuutta. Tämä perustelujen puutteellisuus rasittaa myös riidanalaisen päätöksen 290–296 perustelukappaletta, joissa ei esitetä vähimmäistietoja, joiden perusteella olisi ollut mahdollista ymmärtää ja tarkastaa komission sakkojen suuruutta määrittäessään huomioon ottamien seikkojen merkityksellisyys ja punninta, mikä on [valituksenalaisen tuomion] 291 kohdassa mainitun oikeuskäytännön vastaista”.[16]

78. Unionin yleinen tuomioistuin ei myöskään tehnyt oikeudellista virhettä katsoessaan, että vaikka ”riidanalaisen toimen perustelut on tutkittava ottaen huomioon sen asiayhteys, ei voida katsoa, että – – tunnustelevien ja epävirallisten keskustelujen käyminen [NEXin kanssa] voisi vapauttaa komissiota velvollisuudestaan selittää riidanalaisessa päätöksessä menetelmää, jota se käytti määrittäessään sakkojen suuruutta” (valituksenalaisen tuomion 295 kohta).

79. Unionin yleinen tuomioistuin myös totesi valituksenalaisen tuomion 296 kohdassa perustellusti, että ”[ensimmäisessä oikeusasteessa esittämänsä] vastineen 176 kohdassa komissio tuo esiin sakon perusmäärän laskennassa käytettävän viisivaiheisen menetelmän olemassaolon. – – oikeuskäytännön mukaan tällaista unionin yleisessä tuomioistuimessa vireillä olevan menettelyn vaiheessa esitettyä selitystä ei voida ottaa huomioon arvioitaessa sitä, täyttikö komissio perusteluvelvollisuutensa”.

80. Tältä osin on syytä huomauttaa, että komission väite, jonka mukaan unionin yleisen tuomioistuimen lähestymistapa vaarantaisi sen kyvyn vahvistaa sakkojen asianmukaisen määrän riittävän estävän vaikutuksen aikaansaamiseksi, ei vakuuta.

81. Kuten edellä todettiin, komission on etenkin selitettävä huomioon ottamistaan seikoista tekemänsä punninnat ja arvioinnit, enkä näe, miten tämä veisi komissiolta kyvyn vahvistaa sakkojen asianmukainen määrä ja/tai saavuttaa riittävä estävä vaikutus.

15 Komission toivomassa lopputuloksessa sakkojen laskenta muistuttaisi Coca-Colan kaavaa, jota asianosaiset ja unionin tuomioistuimet voivat nauttia ja ”maistaa” mutta jonka osalta niiltä odotetaan, että ne hyväksyvät kaavan olevan salainen ja yksinkertaisesti uskovan komission ”vakuuttelut” siitä, että sitä on sovellettu oikein ja syrjimättömästi käsiteltävän kaltaisessa asiassa, jossa on olemassa vaara kahden kartellin edesauttajan erilaisesta kohtelusta.

16 Tuomio 27.9.2006, Jungbunzlauer v. komissio (T-43/02, EU:T:2006:270, 91 kohta); tuomio 13.7.2011, Schindler Holding ym. v. komissio (T-138/07, EU:T:2011:362, 243 kohta) ja tuomio 8.12.2011, Chalkor v. komissio (C-386/10 P, EU:C:2011:815, 61 kohta).

82. Tämä on ehdottoman välttämätöntä etenkin käsiteltävän kaltaisessa asiassa, jossa – toisin kuin asiassa AC-Treuhand tarkastellussa tilanteessa – edesauttajia oli kaksi ja on olemassa vaara siitä, että komissio on saattanut loukata yhdenvertaisen kohtelun periaatetta määrätessään sakkoja R.P. Martinille ja NEXille.

83. Istunnossa komissio piti kiinni siitä, ettei käsiteltävässä asiassa esiintynyt syrjintää sakkojen määrän osalta, ”koska se oli soveltanut *samaa* menetelmää sakkojen määräämisessä kumpaankin edesauttajaan”.

84. Sen lisäksi, että unionin tuomioistuimet eivät pysty valvomaan tätä menetelmää, jos se salataan, on syytä huomauttaa, että saman menetelmän soveltaminen kahteen erilaiseen tilanteeseen ei sulje pois syrjivää lopputulosta, etenkin jos menetelmä perustuu syrjiviin perusteisiin. On syytä muistaa, että syrjintä on usein seurausta saman perusteen soveltamisesta tilanteisiin, jotka eivät ole rinnastettavissa toisiinsa. ”Yhdenvertaisen kohtelun periaate” tai ”syrjintäkiellon periaate” ovat nimittäin yksinkertaisesti kaksi nimitystä yhdestä ainoasta unionin oikeuden yleisestä periaatteesta, jonka mukaan toisiinsa rinnastettavia tapauksia ei saa kohdella eri tavalla eikä erilaisia tilanteita samalla tavalla, ellei tällaista eroa voida objektiivisesti perustella.[17]

85. On selvää, että käsiteltävässä asiassa esitettyjen yleisten ja epämääräisten tietojen ja vakuuttelujen perusteella NEX sen enempää kuin unionin yleinen tuomioistuinkaan (ja puolestaan unionin tuomioistuin) eivät pysty arvioimaan joko tätä menetelmää tai kysymystä siitä, loukkasiko komissio yhdenvertaisen kohtelun periaatetta.

86. Tämä on räikeässä ristiriidassa sen kanssa, mitä oikeuskäytännössä todetaan, nimittäin että puolustautumisoikeuksien kunnioittaminen edellyttää, että henkilöille, joille päätös on osoitettu ja joiden etuihin se merkittävästi vaikuttaa, annetaan tilaisuus ilmaista *tehokkaasti* kantansa niistä *seikoista*, joita on käytetty heitä vastaan kyseisen päätöksen perustelemiseksi.[18]

87. Kuten tuomiossa UPS kyseessä ollut ekonometrinen malli, käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltainen menetelmä edesauttajan sakon laskemiseksi muodostaa kiistatta tällaisen tärkeän *seikan*, jolla komissio perustelee päätöksensä.

88. Lisäksi, kuten unionin tuomioistuin totesi tuomiossa UPS, ”kyseisten mallien ja niiden laatimisen taustalla olevien menetelmävalintojen ilmaiseminen on sitäkin välttämättömämpää, koska se edistää – – menettelyn oikeudenmukaisuutta Euroopan unionin perusoikeuskirjan 41 artiklassa ilmaistun hyvän hallinnon periaatteen mukaisesti”.

89. On selvää, että samoja näkökohtia olisi sovellettava käsiteltävässä asiassa sakkojen laskentaan, etenkin asiassa, jossa komissio poikkeaa omista sakkoja koskevista suuntaviivoistaan.

90. Tämä on erityisen tärkeää tällaisissa tilanteissa, koska muutoin edesauttaja olisi viime kädessä huonommassa asemassa kuin varsinainen kartellin jäsen, kun on kyse mahdollisuudesta arvioida komission päätöksen asianmukaisuutta ja saattaa se tuomioistuimen tutkittavaksi. Tämä olisi nimittäin ristiriidassa sen vakiintuneen oikeuskäytännön kanssa,[19] jossa unionin tuomioistuin katsoi, että suuntaviivoissa ”vahvistetaan – – käytännesääntöjä, joissa on ohjeita noudatettavasta käytännöstä ja joista hallinto voi poiketa yksittäistapauksissa vain sellaisin perustein, jotka ovat sopusoinnussa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa”.

17 Ks. mm. tuomio 12.12.2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, 32 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

18 Tuomio 24.10.1996, komissio v. Lisrestal ym. (C-32/95 P, EU:C:1996:402, 21 kohta); tuomio 22.10.2013, Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, 38 kohta) ja tuomio 14.6.2016, Marchiani v. parlamentti (C-566/14 P, EU:C:2016:437, 51 kohta); ks. myös julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus UPS (C-265/17 P, EU:C:2018:628, 38 kohta).

19 Kuten 11.7.2013 annettu tuomio Ziegler v. komissio (C-439/11 P, EU:C:2013:513, 60 kohta).

91. Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että unionin yleinen tuomioistuin ei tehnyt oikeudellista virhettä todetessaan valituksenalaisen tuomion 297 kohdassa, että riidanalaisen päätöksen perustelut ovat puutteelliset NEXille kyseessä olevien rikkomisten vuoksi määrättyjen sakkojen määrittämisen osalta.

92. Näin ollen ainoa valitusperuste on hylättävä perusteettomana, ja valitus on hylättävä kokonaisuudessaan.

IV Ratkaisuehdotus

93. Näistä syistä ehdotan, että unionin tuomioistuin ratkaisee asian seuraavasti:

1) Valitus hylätään.

2) Euroopan komissio velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.