Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MELCHIOR WATHELET
esitatud 25. juunil 2015 [1]

Kohtuasi C-373/14 P

Toshiba Corporation
versus

Euroopa Komisjon

Apellatsioonkaebus — Keelatud kokkulepped — Elektritransformaatorite turg — Suuline turgude jagamise kokkulepe (Gentlemen's agreement) — Eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu mõiste — Avalikult mitteseotuks lugemise kriteerium — 2006. aasta suuniste punkt 18

1. Toshiba Corporation palub käesolevas asjas esitatud apellatsioonkaebusega tühistada Euroopa Liidu Üldkohtu otsuse Toshiba *vs.* komisjon (T-519/09, EU:T:2014:263, edaspidi „vaidlustatud kohtuotsus"), millega Üldkohus jättis rahuldamata hagi, milles ta oli palunud tühistada komisjoni 7. oktoobri 2009. aasta otsus K(2009) 7601 (lõplik) EÜ artiklis 81 sätestatud menetluse kohta (COMP/39.129 – Elektritransformaatorid; edaspidi „vaidlusalune otsus").

2. Euroopa Kohus peab käesolevas kohtuasjas taas kord käsitlema „eesmärgil põhineva" konkurentsipiirangu mõistet EÜ artikli 81 lõike 1 (nüüd ELTL artikli 101 lõige 1) mõttes, ning konkreetsemalt tooma välja need analüüsitavad asjaolud, mis on vajalikud, et määratleda tingimused, mille olemasolul võib teatavat tegevust käsitleda niisuguse piiranguna.

3. Käesolevas menetluses on olulisel kohal ka mõiste „avalikult mitteseotuks lugemine" ja suuniste määruse (EÜ) nr 1/2003 artikli 23 lõike 2 punkti a kohaselt määratavate trahvide arvutamise meetodi kohta (edaspidi „2006. aasta suunised") [2] punkt 18.

1 — Algkeel: prantsuse.

2 — ELT 2006, C 210, lk 2.

I. **Õiguslik raamistik**

A. *Liidu õigus*

1. Euroopa Liidu toimimise leping

4. ELTL artikli 101 lõige 1 sätestab:

„Ühisturuga on kokkusobimatud ja keelatud kõik sellised ettevõtjatevahelised kokkulepped, ettevõtjate ühenduste otsused ja kooskõlastatud tegevus, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust ning mille eesmärgiks või tagajärjeks on takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturu piires, iseäranis need kokkulepped, otsused ja tegevus, millega:

a) otseselt või kaudselt määratakse kindlaks ostu- või müügihinnad või mis tahes muud tehingutingimused;

b) piiratakse või kontrollitakse tootmist, turge, tehnilist arengut või investeeringuid;

c) jagatakse turge või tarneallikaid;

d) rakendatakse võrdväärsete tehingute puhul erinevaid tingimusi, pannes kaubanduspartnerid sellega ebasoodsasse konkurentsiolukorda;

e) seatakse lepingu sõlmimise eeltingimuseks teise poole nõusolek võtta endale lisakohustusi, mis oma laadilt või kaubandustavade kohaselt ei ole seotud sellise lepingu objektiga.”

2. 2006. aasta suunised

5. 2006. aasta suuniste punktis 13 on märgitud:

„Trahvi põhisumma kindlaksmääramisel võetakse aluseks nende kaupade või teenuste väärtus, millega on rikkumine otseselt või kaudselt EMP [Euroopa Majanduspiirkonna] asjaomasel territooriumil seotud. Üldiselt vaatleb komisjon ettevõtja müüki viimasel rikkumises osalemise täisaastal [...]”.

6. Siiski näeb 2006. aasta suuniste punkt 18 ette selle eeskirja suhtes kehtiva erandi:

„Kui rikkumine hõlmab laiemat territooriumi kui [EMP] (näiteks ülemaailmsete kartellide korral), ei pruugi ettevõtjate asjaomaste kaupade või teenuste müüginumbrid EMPs kajastada adekvaatselt iga ettevõtja osakaalu rikkumises. See võib ette tulla eeskätt ülemaailmsete turu jagamise kokkulepete korral.

Sellises olukorras võib komisjon selleks, et üheaegselt oleks näha nii rikkumises osalevate ettevõtjate poolt EMPs teostatud asjaomaste müükide summa ja iga ettevõtja osakaal rikkumises, välja arvutada rikkumise raames asjaomasel territooriumil (laiem kui EMP) müüdud kaupade või osutatud teenuste koguväärtuse, teha kindlaks iga rikkumises osaleva ettevõtja müügiosa ning kohaldada nimetatud müügiosa samade ettevõtjate poolt EMPs teostatud müükide summa suhtes. Tulemust arvestatakse müügiväärtusena trahvi põhisumma kindlaksmääramisel.”

7. 2006. aasta suuniste punktis 37 on märgitud, et „[k]uigi suunistes kirjeldatakse trahvide määramise üldmeetodit, võib konkreetse juhtumi eripäradest või teataval tasemel hoiatava mõju tagamisest tingituna olla õigustatud nimetatud meetodist või punktis 21 sätestatud piiridest loobumine”.

II. **Vaidluse taust**

8. Käesolev kohtuasi puudutab 380 kV ja suurema pingega elektritransformaatoreid, autotransformaatoreid ja põikreaktoreid hõlmavat sektorit. Elektritransformaator on suur elektriseadeldis, mille ülesanne on vähendada või suurendada pinget elektriahelas.

9. Toshiba Corporation (edaspidi „Toshiba") on Jaapani äriühing, kes tegutseb peamiselt kolmes valdkonnas: digitaaltooted, elektriaparaadid ja -seadeldised ning infrastruktuurisüsteemid.

10. Seonduvalt äriühingu tegevusega kõnesolevas sektoris tuleb komisjoni uurimises arvessevõetud ajavahemiku puhul (9. juunist 1999 kuni 15. maini 2003, edaspidi „asjassepuutuv ajavahemik") eristada kahte etappi. Ajavahemikul 9. juunist 1999 kuni 30. septembrini 2002 tegutses Toshiba oma tütarettevõtja Power System Co. kaudu. Alates 1. oktoobrist 2002 tegutses apellant TM T&D vahendusel, mis on Toshiba ja Mitsubishi Electric'u ühisettevõte, millesse mainitud kaks ettevõtjat on koondanud elektritransformaatorite tootmise.

11. Komisjon tegi 30. septembril 2008 otsuse algatada elektritransformaatorite turu osas uurimine. Vastuväiteteatis võeti vastu 20. novembril 2008. Toshiba vastas sellele 19. jaanuaril 2009. Ärakuulamine toimus 17. veebruaril 2009.

12. Komisjon järeldas vaidlusaluses otsuses, et Toshiba osales kogu asjassepuutuva ajavahemiku vältel ebaseaduslikus kartellikokkuleppes, mis hõlmas kogu EMP territooriumi ja Jaapanit. Kartellikokkulepe seisnes Euroopa ja Jaapani elektritransformaatorite tootjate vahel suuliselt sõlmitud kokkuleppes, mille eesmärk oli austada kummagi transformaatoritootjate rühma ettevõtjate koduturge ja hoiduda seal müügitegevusest (edaspidi *gentlemen's agreement*).

13. Komisjon kvalifitseeris mainitud *gentlemen's agreement*'i eesmärgil põhinevaks konkurentsipiiranguks.

14. Ta on vaidlusaluse otsuse punktides 165–169 uurinud teatavate menetlusse kaasatud äriühingute argumente, mille kohaselt see kartellikokkulepe ei mõjuta konkurentsi, kuna Jaapani ja Euroopa tootjad ei ole EMP turule sisenemise ületamatute tõkete tõttu konkurendid. Ta väitis sellega seoses sisuliselt, et hiljuti oli elektritransformaatorite Euroopa turule tulnud Korea tootja Hyundai ja et Jaapani ettevõtjate müüginumbrid USA-s on märkimisväärsed. Need ettevõtjad ei ole aga suutnud tõendada, et USA turule sisenemise tõkked oleksid Euroopa turule sisenemise tõketest väga erinevad.

15. Komisjon on *gentlemen's agreement*'i ülesehituse osas märkinud, et kumbki tootjate rühm pidi nimetama sekretärettevõtja. Ta tõdes samuti, et turu jagamise kokkulepet täiendati kokkuleppega, mille eesmärk oli teavitada sekretärettevõtjat teise rühma territooriumil toimuvatest hankemenetlustest eesmärgiga need ära jagada.

16. Lisaks on komisjon nentinud, et ettevõtjad kohtusid asjassepuutuval ajavahemikul ühe või kaks korda aastas – 9.–11. juunil 1999 Malagas, 29. mail 2000 Singapuris, 29. oktoobrist 1. novembrini 2000 Barcelonas, 29.–30. mail 2001 Lissabonis, 18.–19. veebruaril 2002 Tokyos, 26.–27. septembril 2002 Viinis (edaspidi „Viini kohtumine") ja 15.–16. mail 2003 Zürichis (edaspidi „Zürichi kohtumine"). Komisjon leiab, et kohtumiste eesmärk oli nimelt *gentlemen's agreement*'i kinnitamine.

17. Kõiki eeltoodud kaalutlusi arvestades järeldas komisjon, et Toshiba on rikkunud EÜ artiklit 81 ja EMP lepingu artiklit 53. Seetõttu määras komisjon talle 13,2 miljoni euro suuruse trahvi. TM T&D ja Mitsubishi Electric'ut vaidlusaluses otsuses ei käsitletud.

III. **Menetlus Üldkohtus ja vaidlustatud kohtuotsus**

18. Toshiba esitas 23. detsembril 2009 Üldkohtu kantseleisse saabunud hagiavalduses vaidlusaluse otsuse tühistamisnõude toetuseks neli väidet. Käesolevas apellatsioonimenetluses on käsitlusel üksnes Üldkohtu poolt talle esitatud väidetest kolme kohta esitatud kaalutlused.

19. Üldkohus on seoses teise, konkurentsipiirangu olemasolu käsitleva väite uurimisega leidnud esiteks, et komisjon kvalifitseeris põhjendatult *gentlemen's agreement*'i eesmärgil põhinevaks konkurentsipiiranguks ning et järelikult ei olnud selle konkurentsivastase mõju tõendamine vajalik.

20. Teiseks analüüsis ta Toshiba argumenti, mille kohaselt ei saanud *gentlemen's agreement* vaatamata oma laadile konkurentsi kahjustada, kuna Jaapani tootjad ei ole EMP turul Euroopa ettevõtjate konkurendid. Üldkohus märkis selles osas, et selle uurimisel, kas kartellikokkuleppe eesmärk on konkurentsi takistamine, piiramine või kahjustamine, ei tule lähtuda mitte ainult kokkuleppe sisust, vaid ka selle majanduslikust kontekstist, ning kuna ELTL artikkel 101 ei kaitse mitte üksnes tegelikku konkurentsi, vaid ka potentsiaalset konkurentsi, võis selline kokkulepe nagu *gentlemen agreement* piirata tegelikku või potentsiaalset konkurentsi, välja arvatud juhul, kui esinesid Euroopa turule sisenemise ületamatud tõkked, mis seeläbi välistaksid Jaapani tootjate pakutava igasuguse konkurentsi.

21. Selle kindlakstegemiseks, kas turutõkked olid antud juhul ületamatud, on Üldkohus esmalt osutanud asjaolule, et juba *gentlemen's agreement*'i olemasolu võis käsitada kindla tõendina Jaapani ja Euroopa tootjate vahelise konkurentsi olemasolu kohta.

22. Seejärel on Üldkohus vaidlusaluse otsuse punktidele 91–98 osutades märkinud, et Jaapani tootja Hitachi on täitnud Euroopa klientide tellimusi. Ta märkis lisaks, et Hitachi poolt haldusmenetluses 30. märtsil 2009 komisjonile saadetud kirjas (edaspidi „Hitachi kiri") muutis äriühing oma väiteid, kinnitades, et nõustub komisjoni järeldustega *gentlemen's agreement*'i olemasolu ja rakendusala osas sellistena, nagu need olid vastuväiteteatises välja toodud.

23. Mis puudutab kolmandat väidet, mis käsitleb muu hulgas Toshiba väidetavat teatamist mitteseotusest kartellikokkuleppega, siis meenutas Üldkohus kõigepealt, et kui ettevõtja osaleb konkurentsivastase eesmärgiga kohtumistel, sh isegi juhul kui ta ei tee seda aktiivselt, ja kui ta ei ole avalikult teada andnud, et ta ei loe ennast kohtumistel kokkulepituga seotuks, andes seega teistele ettevõtjatele mõista, et on nende kohtumiste tulemuseks oleva kartellikokkuleppe osaline, siis võib teda käsitada kõnesolevas kartellikokkuleppes osalenuks.

24. Edasi, kuigi Üldkohus tunnistas, et kättesaadavate dokumentide põhjal võis tekkida kahtlusi, et Toshiba osales Viini kohtumise järgselt *gentlemen's agreement*'is, märkis ta, et nende dokumentidega ei saa tõendada, et Toshiba oli sellel kohtumisel lugenud ennast *gentlemen's agreement*'iga mitteseotuks.

25. Nimelt, kuna nendest dokumentidest nähtub, et Viini kohtumisel osalenud ettevõtjad toetasid jätkuvalt ebaseaduslikku kartellikokkulepet ja projektidest teavitamise eeskirju, mis olid selles ette nähtud, siis Üldkohtu hinnangul tulenes sellest, et *gentlemen's agreement*'i osapooled, sh Toshiba, soovisid kokkulepet igal juhul kuni järgmise kohtumiseni pikendada.

26. Mis puudutab argumente, mis käsitlevad Toshiba osalemist kartellikokkuleppes kuni Zürichi kohtumiseni ning et väidetavalt ei olnud mainitud kohtumine oma eesmärgilt konkurentsivastane, siis Üldkohtu hinnangul on need tulemusetud, kuna nendega ei saa kahtluse alla seada komisjoni järeldust, et Toshiba osales *gentlemen's agreement*'is kuni 15. maini 2003.

27. Ta konstateeris veel, et Toshiba ei saanud väita, et tema osalemine kartellikokkuleppes lõppes TM T&D loomisega. Nimelt ei ole apellant lugenud ennast kartellikokkuleppega avalikult mitteseotuks ega ole teisi osapooli teavitanud, et mainitud ühisettevõte selles ei osale.

28. Seoses neljanda, trahvisumma arvutamist käsitleva väitega asus Üldkohus seisukohale, et komisjon on rakendanud nõuetekohaselt 2006. aasta suuniste punktis 18 ette nähtud meetodit ning järelikult ei saa nõustuda, et trahvisumma arvutamisel tuleb arvesse võtta ainult Jaapanis ja EMP-s toimunud müüki. Üldkohus järeldas selles osas sisuliselt, et asjaolu, et komisjon on lähtekohaks võtnud ülemaailmsed turuosad, võimaldab arvesse võtta seda, et kõnesolevad ettevõtjad ei ole EMP turule sisenemiseks rakendanud oma üleilmset konkurentsipotentsiaali.

29. Lisaks on komisjon Üldkohtu hinnangul lähtunud õigesti eeldusest, et Jaapani tootjate turuosad EMP-s oleksid *gentlemen's agreement*'i puudumise korral võrdväärsed nende vastavate turuosadega maailmaturul.

30. Mis puudutab konkreetsemalt trahvi proportsionaalset iseloomu, siis märkis Üldkohus, et asjakohane ei ole võtta arvesse Jaapani tootjate tegelikku müüki EMP-s, kuna antud juhul premeeritaks sellega Toshibat *gentlemen's agreement*'is kokkulepitust kinnipidamise eest. Lisaks konstateeris Üldkohus, et meetod, mis võtab ülemaailmselt konkureerivate ettevõtjate vahelise turuosade jaotuse kokkuleppe puhul arvesse ülemaailmseid turuosi, võimaldab kajastada paremini nende ettevõtjate suutlikkust tekitada Euroopa turul muudele ettevõtjatele olulist kahju ning näitab, milline on nende panus kartellikokkuleppe kui terviku tõhususse, või – vastupidi – kui ebastabiilne oleks olnud see kokkulepe, kui nad selles ei oleks osalenud. Lõpuks asus Üldkohus seisukohale, et selline lähenemisviis võimaldas arvesse võtta maailmaturu eri sektorites esineda võivaid turutõkked.

IV. **Poolte nõuded ja menetlus Euroopa Kohtus**

31. Toshiba palub Euroopa Kohtul:

— tühistada vaidlustatud kohtuotsus osas, milles sellega jäeti rahuldamata Toshiba nõue tühistada vaidlusaluse otsuse artiklid 1 ja 2, ning tühistada mainitud otsus;

— teise võimalusena saata asi tagasi Üldkohtusse õigusküsimustes otsuse tegemiseks vastavalt Euroopa Kohtu otsusele;

— mõista esimese astme menetluse ja apellatsioonimenetluse kohtukulud välja komisjonilt.

32. Toshiba esitab apellatsioonkaebuse põhjendamiseks neli väidet.

33. Esimeses väites toob Toshiba esile, et Üldkohus kohaldas vale õiguslikku kriteeriumi, kui järeldas, et Jaapani elektritransformaatorite tootjad on EMP turul potentsiaalsed konkurendid, kuna EMP turule sisenemise tõkked ei ole ületamatud ja kuna on sõlmitud *gentlemen's agreement*. Toshiba väitel oleks Üldkohus pidanud kontrollima, kas Jaapani tootjatel oli tegelik ja konkreetne võimalus siseneda EMP turule ning kas seda turule sisenemist oleks saanud pidada elujõuliseks majandusstrateegiaks. Jaapani ja Euroopa tootjate vahel potentsiaalse konkurentsi puudumisel ei oleks *gentlemen's agreement* saanud rikkuda EÜ artiklit 81 ja komisjonil oleks puudunud pädevus menetluse algatamiseks. Järelikult tuleks vaidlustatud kohtuotsus ja vaidlusalune otsus Toshibat puudutavas osas tühistada.

34. Toshiba väidab teises väites, et Üldkohus moonutas selle kirja sisu, milles üks teine menetlusosaline (st Hitachi) kinnitas, et ta ei vaidlusta komisjoni järeldusi. Komisjon leidis, et kiri asendab ettevõtja varasemaid ütlusi selle kohta, et ta ei ole EMP turul müügiga tegelenud. Toshiba väidab, et Üldkohus on järelduses, et EMP turule sisenemise tõkked ei olnud ületamatud, tuginenud moonutatud tõenditele.

35. Kolmandas väites toob Toshiba esile, et Üldkohus esitas seoses tema Zürichi kohtumisel mitteosalemist puudutava argumendi „tulemusetuks" tunnistamisega vastuolulisi põhjendusi ja kohaldas avalikult mitteseotuks lugemise osas vale kriteeriumi, rikkudes seeläbi isikliku vastutuse põhimõtet. Seetõttu tuleks vaidlustatud kohtuotsus ja vaidlusalune otsus tühistada osas, milles järeldatakse, et Toshiba osales *gentlemen's agreement*'is edasi kuni 2003. aasta maini.

36. Lõpuks väidab Toshiba neljanda väite raames, et Üldkohus tõlgendas 2006. aasta suuniste trahvide arvutamise meetodi kohta punkti 18 vääralt, kui tugines Toshiba rikkumise osakaalu hindamisel tema üleilmsele müügile.

37. Komisjon omalt poolt palub Euroopa Kohtul jätta apellatsioonkaebus rahuldamata ja mõista kohtukulud välja Toshibalt.

V. **Hinnang**

A. *Esimene väide, mis tugineb õigusnormi rikkumisele eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu mõiste kohaldamisel*

38. Toshiba väidab esimeses väites, et Üldkohus on *gentlemen's agreement*'i eesmärgil põhinevaks konkurentsipiiranguks kvalifitseerimisel rikkunud õigusnormi. Toshiba sõnul oleks Üldkohus pidanud enne järelduse tegemist kontrollima, kas Jaapani tootjate jaoks oleks võimalikku EMP turule sisenemist saanud pidada elujõuliseks majandusstrateegiaks. Üldkohus piirdus järeldusega, et ühelt poolt EMP turule sisenemise ületamatute tõkete puudumise ja teiselt poolt juba *gentlemen's agreement*'i olemasolu tõttu saab kokkuleppes osalejaid käsitada potentsiaalsete konkurentidena.

39. See väide tõstatab seega sisuliselt ja taas kord eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu defineerimise ja tõendamisega seonduvate menetluslike tagajärgede küsimuse.

1. Üldised ja sissejuhatavad tähelepanekud eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu definitsiooni osas

40. Selleks et kokkulepe, ettevõtjate ühenduse otsus või kooskõlastatud tegevus kuuluks EÜ artikli 101 lõikes 1 kehtestatud keelu alla, peab niisuguse kokkuleppe, otsuse või tegevuse „eesmärgiks või tagajärjeks olema takistada, piirata või kahjustada konkurentsi siseturu piires".

41. Seega rajaneb eesmärgil ja tagajärjel põhinevate konkurentsipiirangute eristamine otseselt aluslepingul. Kuigi selline vahetegemine ei ole uus nähtus, tuleb siiski nentida, et seda on käsitletud paljudes kohtuasjades, mis on viimastel aastatel ajendanud kriitilisi käsitlusi õiguskirjanduses [3].

42. Seda puudutava kohtupraktika selgitamine on kahtlemata soovitav.

3 — Kohtuotsused Beef Industry Development Society ja Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643); T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:343); GlaxoSmithKline Services jt *vs.* komisjon jt (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610); Football Association Premier League jt (C-403/08 ja C-429/08, EU:C:2011:631); Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649); Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160); Siemens jt *vs.* komisjon (C-239/11 P, C-489/11 P ja C-498/11 P, EU:C:2013:866), ning CB *vs.* komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:2204).

a) Eesmärgil ja tagajärjel põhinevate konkurentsipiirangute eristamise osas kohtupraktikast tulenevad juhised

43. ELTL artikli 101 lõikes 1 osutatud ja „eesmärgilt või tagajärjelt" konkurentsi piirava kokkuleppe või kooskõlastatud tegevuse olemasolu tingimuse alternatiivsust kinnitas Euroopa Kohus kuuekümnendate aastate keskel kohtuotsuses LTM (56/65, EU:C:1966:38) ning seda on kinnitatud edaspidi jätkuvalt [4].

44. Kõigepealt on Euroopa Kohus täpsustanud, et mainitud tingimuse alternatiivse, mitte kumulatiivse laadi tõttu – mida märgib sisesõna „või" – on vaja uurida kokkuleppe enda eesmärki, arvestades selle rakendamise majanduslikku konteksti [5].

45. Nimelt alles teise võimalusena, st juhul, kui asjassepuutuva kokkuleppe punktide analüüsimisel ei ilmne konkurentsi kahjustamine piisavas ulatuses, tuleb uurida kokkuleppe tagajärgi. Kokkuleppe keelatuks tunnistamiseks on nõutav, et esineksid kõik asjaolud, mis tõendavad, et konkurentsi tegelikult takistati, piirati või kahjustati märgatavalt [6].

46. Seega on kokkuleppe konkreetsete tagajärgede arvessevõtmine üleliigne, kui ilmneb, et selle eesmärk on takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturul [7]. Teisiti öelduna – kokkuleppe tagajärgi ei ole vaja uurida, kui on tuvastatud selle konkurentsivastane eesmärk [8].

47. Kokkuleppe laadi hindamisel tuleb lähtuda eelkõige kokkuleppe sisust, eesmärkidest, mida sellega soovitakse saavutada, ning selle majanduslikust ja õiguslikust kontekstist [9]. Lisaks, kuigi poolte tahe ei kujuta endast kooskõlastatud tegevuse või kokkuleppe piirava laadi kindlakstegemiseks vajalikku tunnust, ei takista miski komisjonil või liidu kohtutel seda arvesse võtta [10].

48. Pealegi piisab sellest, et kokkulepe *võib* avaldada konkurentsile negatiivset mõju, teisisõnu et see võib kokkuleppe õiguslikku ja majanduslikku konteksti arvestades konkreetselt takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturul [11]. Nagu kohtujurist Wahl on rõhutanud kohtuasjas CB *vs*. komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:1958) esitatud ettepanekus, „standardsem hindamine, mis on eesmärgipõhise piirangu mõiste kasutamise tulemuseks, eeldab vaidlusaluse kokkuleppe üksikasjalikku ja individuaalset analüüsi, mis peab siiski olema selgelt eristatud süüdistatavate ettevõtjate tegevuse tegelike või võimalike tagajärgede analüüsimisest" [12].

4 — Kohtuotsused Beef Industry Development Society ja Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punkt 15); T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 28), ja GlaxoSmithKline Services jt *vs*. komisjon jt (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 55).

5 — Kohtuotsused LTM (56/65, EU:C:1966:38); Beef Industry Development Society ja Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punkt 15); T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 28); GlaxoSmithKline Services jt *vs*. komisjon jt (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 55) ja Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 33).

6 — Kohtuotsused LTM (56/65, EU:C:1966:38); Beef Industry Development Society ja Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punkt 15); T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 28); GlaxoSmithKline Services jt *vs*. komisjon jt (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 55), ja Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 34).

7 — Kohtuotsused Consten ja Grundig *vs*. komisjon (56/64 ja 58/64, EU:C:1966:41); Beef Industry Development Society ja Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punkt 16) ja T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 29).

8 — Kohtuotsused T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 30); GlaxoSmithKline Services jt *vs*. komisjon jt (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 55), ning Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 34).

9 — Kohtuotsus GlaxoSmithKline Services jt *vs*. komisjon jt (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 58). Vt kooskõlastatud tegevuse kohta ka kohtuotsus T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 27).

10 — Kohtuotsused T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 27); GlaxoSmithKline Services jt *vs*. komisjon jt (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 58); Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 37), ja CB *vs*. komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 54).

11 — Kohtuotsused T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 31) ja Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 38).

12 — Punkt 40. Vt ka punkt 44.

49. Nimelt on vahe tegemine „eesmärgil põhinevatel rikkumistel" ja „tagajärjel põhinevatel rikkumistel" seotud asjaoluga, et teatud ettevõtjate vahelise koostöö vorme võib juba olemuse poolest lugeda konkurentsi nõuetekohast toimimist kahjustavaks [13].

50. Seega on „välja kujunenud, et teatud salajasi tegevusi, nagu näiteks hindade horisontaalne kindlaksmääramine kartelli poolt, võib pidada selliseks, millel võib olla niivõrd negatiivne mõju eelkõige kaupade ja teenuste hinnale, kogusele või kvaliteedile, et [ELTL artikli 101 lõike 1] kohaldamisel võib pidada tarbetuks tõendada, et neil on turule tegelik mõju" [14]. Seevastu, „[k]ui teatud tüüpi ettevõtjatevahelise kooskõlastatud tegevuse sisu analüüs ei viita siiski konkurentsi kahjustamisele piisavas ulatuses, tuleb [...] uurida selle tegevuse tagajärgi ning selle keelatuks tunnistamiseks peavad esinema kõik asjaolud, mis tõendavad, et konkurentsi tegelikult märgatavalt takistati, piirati või kahjustati" [15].

51. Seda kohtupraktikat tuleb kahtlemata pidada väljakujunenuks.

52. Siiski on Euroopa Kohus eespool viidatud kohtuotsustest ühes viimase aja otsuses – kohtuotsuses Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160) – nimetanud veel hulga asjaolusid, mida tuleb majandusliku ja õigusliku konteksti hindamisel arvesse võtta, ning mis muudavad ebaselgemaks „eesmärgil põhinevatel" ja „tagajärjel põhinevatel" piirangutel vahetegemise tõendamise seisukohalt.

53. Nimelt on Euroopa Kohus otsustanud, et „[s]elle konteksti hindamisel tuleb samuti arvesse võtta asjassepuutuvate kaupade või teenuste laadi ning asjaomase turu või asjaomaste turgude tegelikku toimimist ja struktuuri" [16]. See tähendab konkreetselt, et kohus, kelle ülesanne on hinnata konkurentsi kõrvaldamise või olulise nõrgendamise ohtu asjassepuutuval turul, „peab [...] eelkõige arvesse võtma selle turu struktuuri, alternatiivsete turustuskanalite olemasolu ning nende vastavat olulisust, samuti asjaomaste äriühingute turuvõimu" [17].

54. Jagan selles osas seisukohta, mille kohtujurist Wahl on esitanud kohtuasjas CB *vs.* komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:1958) esitatud ettepanekus, st et teatud kohtupraktika suunad tunduvad olevat „muu[tnud] keeruliseks vahe tegemise, mis on vajalik ettevõtjate vaheliste kokkulepete konkurentsivastase eesmärgi uurimise ja konkurentsialaste tagajärgede analüüsi vahel" [18]. Leian sarnaselt temaga, et „eesmärgil ja tagajärjel põhinevate piirangute vaheli[ne] piir[...] [ei tohi] hägustu[da] [ja et] selle mõiste kasutamine peab olema selgemalt piiritletud" [19]. Leian, et käesolev kohtuasi annab Euroopa Kohtule uue võimaluse oma kohtupraktikasse selgust tuua; pöördun selle juurde tagasi, kui olen esile toonud niisuguse piiritlemise eelised ja vajaduse.

b) Eesmärgil põhinevate ja tagajärjel põhinevate piirangute eristamise mõte

55. Ei ole vaidlustatud, et ELTL artikli 101 lõike 1 sõnastusest nähtuv tingimus, mis seondub „eesmärgilt või tagajärjelt" konkurentsi piirava kokkuleppe või kooskõlastatud tegevusega, on laadilt alternatiivne.

13 — Kohtuotsused Beef Industry Development Society ja Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punkt 17); T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 29); Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 35); CB *vs.* komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 50), ning Dole Food ja Dole Fresh Fruit Europe *vs.* komisjon (C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkt 114).

14 — Kohtuotsus CB *vs.* komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 51).

15 — *Ibidem* (punkt 52).

16 — Kohtuotsus Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 36).

17 — *Ibidem* (punkt 48).

18 — Punkt 46.

19 — Punkt 52. Kohtuotsuses CB *vs.* komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:2204) ei tundu Euroopa Kohus olevat seda otseselt selgitanud.

56. Sellise vahetegemise mõte on seotud tõendamisega: eesmärgil põhineva piirangu korral ei ole kokkusobimatuks tunnistamise jaoks vaja tõendada tegelikke või võimalikke konkurentsivastaseid tagajärgi [20]. Nimelt on konkurentsivastase eesmärgi tuvastamine piisav, et järeldada konkurentsipiirangu olemasolu ja seega teha seda konstateeriv otsus [21]. Kui kokkuleppe (või kooskõlastatud tegevuse) konkurentsivastane eesmärk on tõendatud, võib uurimise lõpetada, kuna rikkumine on tõendatud, ilma et tuleks tõendada selle kokkuleppe (või kooskõlastatud tegevuse) tegelikku või võimalikku mõju konkurentsile [22].

57. On seisukohti, et eesmärgil põhineva piirangu korral kehtib õigusvastasuse „eeldus" [23]. Siiski toob selle mõiste kasutamine kaasa segadust. Nagu kohtujurist Kokott on kohtuasjas T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:110) väga hästi selgitanud, ei või eesmärgil põhinevate konkurentsipiirangute keeldu tõlgendada „nii, et konkurentsivastase eesmärgi alusel saab üksnes eeldada õigusvastasust, mida saab aga ümber lükata, kui konkreetsel üksikjuhul ei ole tuvastatavad negatiivsed tagajärjed turu toimimisele. Taoline tõlgendus võib nimelt viia nende kahe [ELTL] artikli [101] lõikes 1 kõrvuti eksisteerivate alternatiivsete tingimuste, ühelt poolt konkurentsivastase *eesmärgiga* koostöö keelu ja teiselt poolt konkurentsivastase *tagajärjega* koostöö keelu, lubamatu segunemiseni" [24].

58. Sellise kahestumise eelised on teada. Kui vaadata eespool kirjeldatud menetluslikust aspektist, siis konkurentsivastase eesmärgi mõistele tuginemine „*tekitab* [...] ettevõtjate jaoks kahtlemata *ootuspärasust*, ja seega *õiguskindlust*, kuna see võimaldab neil teada nende teatud tegevuse [...] õiguslikke tagajärgi (eelkõige keeldude ja karistuste osas), ning oma tegevust sellest tulenevalt kohandada. Nõnda on konkurentsi piirava eesmärgiga kokkulepete tuvastamisel ka *hoiatav mõju* ja see aitab kaasa konkurentsivastase tegevuse vältimisele. Viimaks *kaasneb* sellega *menetlusökonoomia*, sest see võimaldab konkurentsiga tegelevatel ametiasutustel teatud salajase koostöö vormide esinemisel järeldada, et sellel on konkurentsivastane mõju, ilma et need ametiasutused peaksid viima läbi sageli keerukat ja aeganõudvat uurimist sellise koostöö võimalike ja tegelike tagajärgede kohta asjaomasel turul" [25].

59. Sellegipoolest, nagu kohtujurist Wahl kohtuasjas CB *vs.* komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 36) märkis, esinevad need eelised – ja need on õigustatud – ainult juhul, kui eesmärgil põhineva piirangu mõiste on selgelt piiritletud. Nimelt, toetan selles osas kohtujurist Kokott'i kohtuasjas T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:110) esitatud ettepanekus väljendatud seisukohta: ühest küljest ei tohi konkurentsivastast eesmärki omava kokkuleppe või kooskõlastatud

20 — Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Pariis, 2013, nr 574.

21 — Prieto, C. ja Bosco, D., *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Brüssel, 2013, nr 566.

22 — Vt eelkõige Geradin, D., Layne-Farrar, A. ja Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nr 3-114, lk 135 ning Whish, R. ja Bailey, D., *Competition law*, 7. trükk, Oxford University Press, 2012, lk 119 ja 120. Vt ka Graham, C., „Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*", *EL Rev.*, 2013 (38), lk 542–551, eelkõige lk 543; Nagy, C. I., „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?", *World Competition*, 2013, nr 4, lk 541–564, eelkõige lk 543; Harrison, D., „The *Allianz Hungária* case. The ECJ's judgment could have ugly consequences", *Competition Law Insight.*, 2013, nr 12, lk 10–12, eelkõige lk 10; Idot, L. ja Prieto, C., „La Cour de justice revient une nouvelle fois sur la notion d''objet anticoncurrentiel'", *Revue des contrats*, 2013, lk 955–959, eelkõige lk 957.

23 — Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Brüssel, 2013, nr 8; Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2013, nr 594; Bourgeois, J.H.J., „On the Internal Morality of EU Competition Law", teoses *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Brüssel, 2014, lk 347–374, eelkõige lk 350; Waelbroeck, D. ja Slater, D., „The scope of object vs effect under article 101 TFEU", teoses Bourgeois, J. ja Waelbroeck, D. (koostajad.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, lk 131–157, eelkõige lk 135 ja 137. Vt selle kohta ka kohtujurist Cruz Villalón'i ettepanek kohtuasjas Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2012:663, punkt 64).

24 — Punkt 45.

25 — Kohtujurist Wahl'i ettepanek kohtuasjas CB *vs.* komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 35, kohtujuristi kursiiv). Nagu Geradin, D., Layne-Farrar, A. ja Petit, N. märgivad: „In a nutshell, it imposes a light evidentiary burden on the competition authority, which does not need to assess the effects of the agreement under scrutiny" (Geradin, D., Layne-Farrar, A. ja Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nr 3-118, lk 136). Selle eelise kohta vt ka Nagy, C. I., „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?", *World Competition*, 2013, nr 4, lk 541–564, eelkõige lk 545, ja Graham, C., „Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*", *EL Rev.*, 2013 (38), lk 542–551, eelkõige lk 547.

tegevuse mõistet tõlgendada liiga laialt, arvestades tõsiseid tagajärgi, mis võivad oodata asjaomaseid ettevõtjaid ELTL artikli 101 lõike 1 rikkumisel, kuid teisest küljest ei tohi seda mõistet tõlgendada ka liiga kitsalt, kuna see võib praktikas kaasa tuua esmasest õigusest tuleneva eesmärgil põhinevate rikkumiste keelu kadumise [26].

60. Selles osas tuleb tunnistada, et kohtuotsust Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160) on mõistetud nii, et selles toodud järeldustega kui mitte ei kaotatud, siis vähemalt hägustati eesmärgil ja tagajärjel põhinevate piirangute vahetegemist [27], samas kui eesmärgil põhineva piirangu ja selle kindlakstegemiseks vajalike kriteeriumide selge määratlus on ülioluline [28].

61. Nimelt, nagu eelnevalt märgitud, osutas Euroopa Kohus selles kohtuotsuses eelotsusetaotluse esitanud kohtu kohustusele võtta majandusliku ja õigusliku konteksti hindamisel arvesse „selle turu struktuuri, alternatiivsete turustuskanalite olemasolu ning nende vastavat olulisust, samuti asjaomaste äriühingute turuvõimu" [29].

62. Leian siiski, et Euroopa Kohtu seda praktikat, millele on viidatud eespool, ja kohtuotsusest Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160) tulenevaid järeldusi on võimalik ühildada.

c) „Eesmärgil põhineva" konkurentsipiirangu kindlakstegemiseks vajalikud kriteeriumid

63. Nagu ma asjassepuutuva kohtupraktika uurimise käigus juba meenutasin, ei ole vaja juhul, kui kokkuleppe konkurentsivastane eesmärk on tuvastatud, analüüsida selle tagajärgi konkurentsile [30]. Seevastu, järelikult on ilmtingimata vajalik teha kindlaks, kas kõnesolev kokkulepe on konkurentsivastase eesmärgiga.

64. Niisuguse olemuse üle otsustamisel ei ole poolte tahe oluline asjaolu, kuid seda võib juhul, kui see on asjakohane, arvesse võtta [31]. Lähtuda tuleb hoopis kokkuleppe sisust, eesmärkidest, mida sellega soovitakse saavutada, ning selle majanduslikust ja õiguslikust kontekstist [32].

26 — Kohtujurist Kokott'i ettepanek kohtuasjas T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:110, punkt 44).

27 — Kohtuotsuse Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160) kohta: „Euroopa Kohtu põhjendused näivad *hägustavat* vahetegemist nende kahe määratluse vahel. Liigne subtiilsus võib lisaks ettevõtjate arusaamisele kahjustada ka konkurentsiasutuste ja liikmesriigi kohtute otsustuspraktika mõistmist. *Eesmärgil põhineva piirangu niisugune laiendamine tekitab segadust*. Selle tulemuseks võib olla selle *de facto* kadumine, mis tähendaks tagajärjel põhineva lähenemisviisi võidukäiku." (Prieto, C. ja Bosco, D., *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelles, 2013, nr 582; kohtujursti kursiiv); „the Court of Justice seems propose a new approach which would *blur* the distinction between agreements with the object and those with the effect of restricting competition" (Graham, C., „Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*", *EL Rev*., 2013 (38), lk 542–551, eelkõige lk 542, *Abstract*; kohtujuristi kursiiv); „the Court of Justice's judgment in *Allianz Hungária* would seem to *blur* this distinction" (Nagy, C. I., „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?", *World Competition*, 2013, nr 4, lk 541–564, eelkõige lk 547; kohtujuristi kursiiv).

28 — Vt selle kohta Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Brüssel, 2013, nr 66: „Since the effect category can be deduced from the object one, *it is crucial* to have a clear definition of what is anticompetitive by object" (kohtujuristi kursiiv).

29 — Kohtuotsus Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 48).

30 — Kohtuotsused T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 30); GlaxoSmithKline Services jt *vs*. komisjon jt (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 55), ning Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 34).

31 — Kohtuotsused T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 27); GlaxoSmithKline Services jt *vs*. komisjon jt (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 58); Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 37), ning CB *vs*. komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 54).

32 — Kohtuotsus T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 27), ning kooskõlastatud tegevuse kohta kohtuotsus GlaxoSmithKline Services jt *vs*. komisjon jt (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 58).

65. Nimelt, kuigi eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu korral ei ole konkurentsivastaseid tagajärgi vaja tõendada, on siiski tõsi, et kõnesolev konkurentsipiirang peab ilmselgelt olema laadilt selline, et turgu minimaalselt mõjutada [33].

66. Teisiti öelduna, kui kasutada kohtujurist Wahl'i poolt kohtuasjas CB *vs*. komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 41) esitatud ettepaneku sõnastust, ei saa selle küsimuse uurimine, kas lepingul oli piirav eesmärk, olla *eraldatud* majanduslikust ja õiguslikust kontekstist, mida arvestades pooled lepingu sõlmisid [34].

67. Majanduslik ja õiguslik kontekst aitab väidetavat eesmärgil põhinevat konkurentsipiirangut uurival ametiasutusel *mõista* kokkuleppe majanduslikku funktsiooni ja tegelikku tähendust [35].

68. Nagu kohtujurist Kokott on selgitanud kohtuasjas T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:110, punkt 46) esitatud ettepanekus, tähendab õigusliku ja majandusliku konteksti arvessevõtmine seda, et vaidlusaluse kokkuleppega peab olema lihtsalt *konkreetselt* võimalik takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturul.

69. Nimelt ei tohi arvestamata jätta, et eesmärgilt konkurentsi piiravate kokkulepete tuvastamisega kaasnev eelis – nende ettenähtavust ja tõendamiskoormise kergenemist silmas pidades – „on kahjustatud, kui see tuvastamine sõltub lõpuks kõnealuse kokkuleppega konkurentsi jaoks tekkivate tagajärgede põhjalikust uurimisest, mis läheb palju kaugemale kokkuleppe üksikasjalikust uurimisest" [36].

70. Siiski saab pealiskaudsem käsitlus olla õigustatud vaid juhul, kui esineb – kordan siin taas kohtujurist Wahl'i sõnastust – *iseäranis tõsine olemuslik kahjulike tagajärgede oht* [37], st piirangud peavad olema oma olemuselt teatud ulatuses kahjustavad [38].

71. Sellist lähenemisviisi kinnitab pealegi Euroopa Kohtu praktika, mille kohaselt „õiguslik kriteerium selle kindlakstegemisel, kas ettevõtjatevaheline kooskõlastamine sisaldab sellist „eesmärgil põhinevat" konkurentsipiirangut, peitub tõdemuses, et selline kooskõlastamine ise hõlmab konkurentsi kahjustamist piisavas ulatuses" [39].

72. Konkreetselt, olen seisukohal, et rohkem kui kuuekümne aasta kogemusele tuginedes on lubatav, kui nüüd ja edaspidi järeldada, et ELTL artikli 101 lõikes 1 nimetatud juhtudel on olemusliku kahjustamise tingimus täidetud.

33 — „[...] the fact that there is no need to prove anti-competitive effects in the case of object restrictions does not mean that there is no quantitative component to object analysis at all. There is a rule that any restriction of competition must be *appreciable*: even a restriction of competition by object could fall outside Article 101(1) if its likely impact on the market is minimal. […] Because of the need to prove appreciability, it is necessary for the Commission to define the relevant market even in a case involving an object restriction" (Whish, R., ja Bailey, D., *Competition law*, 7.trükk, Oxford University Press, 2012, lk 120). Vt selle kohta ka kohtujurist Mazák'i ettepanek kohtuasjas Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:113): „Kuigi teatavas vormis kokkulepped võivad saadud kogemuste põhjal *prima facie* näida eesmärgil põhinevate rikkumistena, ei vabasta see komisjoni ega siseriiklikku konkurentsiasutust kohustusest kokkulepet eraldi hinnata. Olen seisukohal, et teatavatel juhtudel võib sellise hinnangu anda üsnagi lühendatult – näiteks kui on kindlad tõendid horisontaalsest kartellist, mis püüab hindade säilitamiseks toodangut kontrollida –, kuid selle hinnangu andmist ei saa täiesti ära jätta" (punkt 27).

34 — Selle seisukoha illustreerimiseks kasutab kohtujurist Wahl kõnekat näidet, viidates „rikkumisele, mis kogemuste kohaselt põhjustab eeldatavalt ühe kõige tõsisematest konkurentsipiirangutest, st horisontaalkokkulepe teatud kauba hindade kohta. Kuigi on selgelt tuvastatud, et niisugune kokkulepe on üldiselt konkurentsile väga suures ulatuses kahjulik, ei ole sellist järeldust vaja teha näiteks juhul, kui puudutatud ettevõtjatel on asjaomasel turul vaid väga väike turuosa". [kohtujurist Wahl'i ettepanek kohtuasjas CB *vs*. komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 42)]. Vt selle kohta ka Waelbroeck, D. ja Slater, D., „The scope of object vs effect under article 101 TFEU", teoses Bourgeois, J. ja Waelbroeck, D. (koostajad.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, lk 131–157, eelkõige lk 135 ja 146).

35 — Vt selle kohta Nagy, C. I., „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?", *World Competition*, 2013, nr 4, lk 541–564, eelkõige lk 558).

36 — Kohtujurist Wahl'I ettepanek kohtuasjas CB *vs*. komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 60).

37 — Kohtujurist Wahl'i ettepanek kohtuasjas CB *vs*. komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 55).

38 — *Ibidem* (punkt 58).

39 — Kohtuotsus CB *vs*. komisjon C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 57).

73. Mainitud sätte loetelu eesmärgil põhinevate konkurentsipiirangute „põhituumana"[40] käsitamine vastab Euroopa Kohtu praktikast nähtuvale topeltnõudele, st ühelt poolt ei kujuta ELTL artikli 101 lõikes 1 osutatud kokkulepete liigid endast siiski keelatud koostöö ammendavat loetelu[41], ning – täpsustusena – teiselt poolt ei tohi eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu mõistet tõlgendada laialt[42].

74. Nimelt ei tohi ELTL artikli 101 lõikes 1 sõnaselgelt osutatud kokkulepete puhul kalduda kõrvale Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikast, mille kohaselt ei või süükspandava käitumise osas esinev alternatiivne selgitus (st käesoleval juhul – igasuguse ärihuvi puudumine) olla aluseks esitatavatele tõenditele rangemate nõuete esitamisele[43]. Seevastu juhul, kui ei ole välistatud, et muud tüüpi – ebatüüpilistel või kompleksetel – kokkulepetel võib olla konkurentsi takistada, piirata või kahjustada võiv eemärk, on nende keelamise jaoks vajalik vastava majandusliku ja õigusliku konteksti põhjalikum analüüs, mis siiski kokkuleppe tagajärgede uurimiseni ulatuda ei tohiks.

75. Hiljutised kohtuotsused Siemens jt *vs.* komisjon (C-239/11 P, C-489/11 P ja C-498/11 P, EU:C:2013:866) ja Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160) ei ole vastuolulised ning haakuvad minu poolt välja pakutava suunaga.

76. Esimesena nimetatud kohtuotsuses pidi Euroopa Kohus uurima eelkõige seda, kuidas Üldkohus on eesmärgil põhinevate konkurentsipiirangute puhul kohaldanud tõendamiskoormist ja tõendite kogumist puudutavaid põhimõtteid. Seega on tema otsus käesoleval juhul käsitlusel oleva probleemi seisukohast täiesti asjakohane. Euroopa Kohus mitte ainult ei märkinud, et „turujaotuse kohta sõlmitud kokkulepetel on konkurentsi kahjustav eesmärk iseenesest *ja need kuuluvad ELTL artikli 101 lõike 1 kohaselt sõnaselgelt keelatud kokkulepete kategooriasse*"[44], vaid on lisaks järeldanud, et „niisugune eesmärk ei [saanud olla] õigustatud seda majanduslikku konteksti käsitleva analüüsiga, kuhu kõnesolev konkurentsivastane tegevus paigutus"[45].

77. Seevastu teises kohtuotsuses pidi Euroopa Kohus käsitlema olukorda, mida ma nimetaksin ebatüüpiliseks – ning mis igal juhul ei kuulu ühessegi ELTL artikli 101 lõikes 1 nimetatud kategooriasse. Sellest eripärast tulenevalt lisas ta kaks majandusliku ja õigusliku konteksti analüüsi puudutavat täpsustust.

78. Kohus märkis kõigepealt, et selle konteksti hindamisel tuleb „samuti arvesse võtta asjassepuutuvate kaupade või teenuste laadi ning asjaomase turu või asjaomaste turgude tegelikku toimimist ja struktuuri"[46].

79. Seejärel lisas ta eelotsusetaotluse esitanud liikmesriigi kohtu jaoks, et viimati nimetatul tuleb konkurentsi kõrvaldamise või olulise nõrgendamise ohu hindamisel arvesse võtta turu struktuuri, kuid ka „alternatiivsete turustuskanalite olemasolu ning nende vastavat olulisust, samuti asjaomaste äriühingute turuvõimu"[47].

40 — Tegu on teatava nn *object box*'i ideega, mida teatud autorid toetavad.

41 — Kohtuotsus Beef Industry Development Society ja Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punkt 23).

42 — Kohtuotsus CB *vs.* komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 58). Eesmärgil põhinevate piirangute kitsas tõlgendamine on olemuslikult seotud nende õigusvastasuse „eeldusega": „The finding of '*restriction by object*' must be underpinned by strong evidence from past experience and/or consensus on the underlying economic theory. A narrow reading of this provision, limited to cases based on solid empirical and theoretical foundations can potentially justify a reversal of the presumption of innocence" (Waelbroeck, D. ja Slater, D., „The scope of object vs effect under article 101 TFEU", teoses Bourgeois, J. ja Waelbroeck, D. (toim..), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, lk 131–157, eelkõige lk 156).

43 — Kohtuotsus Sumitomo Metal Industries ja Nippon Steel *vs.* komisjon (C-403/04 P ja C-405/04 P, EU:C:2007:52, punkt 45).

44 — Kohtuotsus Siemens jt *vs.* komisjon (C-239/11 P, C-489/11 P ja C-498/11 P, EU:C:2013:866, punkt 218). Kohtujuristi kursiiv.

45 — *Idem.*

46 — Kohtuotsus Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 36).

47 — *Ibidem* (punkt 48).

80. Leian, et nende lisakriteeriumide väljatoomine, mis viib peaaegu kokkuleppe või kartellikokkuleppe tagajärgede analüüsimiseni, on selgitatav üksnes eelotsusetaotluse aluseks olnud asjaolude spetsiifilisusega ning sellega, et Euroopa Kohus soovis eelotsusetaotluse esitanud kohtule anda võimalikult täieliku vastuse.

81. Nimelt oli selles kohtuasjas tegu rea kokkulepetega, millega sõidukikindlustust pakkuvad kindlustusettevõtjad leppisid kahepoolselt kas automüüjatega, kes tegutsevad ka autoremonditöökodadena, või neid esindava ühendusega kokku kindlustusettevõtja makstavas tunnitasus viimase kindlustatud sõidukite remondi eest, nähes ette, et tasu suurus sõltub muu hulgas nende kindlustuslepingute arvust ja suhtest, mida automüüja turustas vastava äriühingu vahendajana[48].

82. Mainitud automüüjad on kindlustusandjatega seotud kahes tähenduses. Esiteks remondivad automüüjad avarii korral kindlustusandjate poolt kindlustatud sõidukeid ning teiseks tegutsevad nad viimaste vahendajatena, pakkudes oma vastavate kindlustusagentide või kindlustusmaaklerite volitatud esindajatena oma klientidele sõiduki müügi või remontimise korral sõidukikindlustust.

83. Eraldivõetuna seega ükski neist kokkulepetest iseenesest asjassepuutuval turul (st ühelt poolt avarii teinud sõidukite remontimise turul ja teiselt poolt sõidukikindlustuse pakkujate turul) konkurentsi ei kahjustanud. Nende kohta koos ja tervikuna läbi viidud analüüs näitas siiski, et ei ole välistatud, et kokkulepetel selline mõju oli.

84. Seega on kohtuotsuse Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160) punktis 48 välja toodud asjaolud, mida hindamisel tuleb arvestada – nimelt alternatiivsete turustuskanalite olemasolu, nende vastav olulisus ning asjassepuutuvate äriühingute turuvõim – iseloomulikud just sellele kohtuasjale ning neid ei või üldistada, sest see võib tekitada segaduse eesmärgil põhinevate ja tagajärgedel põhinevate piirangute osas.

85. Kohtuotsusest Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160) hilisem kohtupraktika kinnitab selle otsuse spetsiifilist ja eraldiseisvat iseloomu.

86. Nimelt on Euroopa Kohus edaspidi korduvalt meenutanud, et selleks, et hinnata, kas ettevõtjate kokkulepe või ettevõtjate ühenduse otsus on piisavalt kahjustav, tuleb tähelepanu pöörata selle tingimuste sisule, eesmärkidele, mida kokkuleppega soovitakse saavutada, ning majanduslikule ja õiguslikule kontekstile, millesse see kuulub. Ent, kuigi selle konteksti hindamise puhul näib, et Euroopa Kohus on sellest alates hakanud kordama teatavaid faktoreid, mida ta esimest korda nimetas kohtuotsuses Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160), viidates asjassepuutuvate kaupade või teenuste laadile ning asjaomase turu või turgude tegeliku toimimise tingimustele ja struktuurile[49], ei lisa ta enam selle kohtuotsuse aluseks olnud juhtumit iseloomustavaid täpsemaid kriteeriume.

d) Katse teha süntees eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu hüpoteeside hindamisel

87. Eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu määratlust puudutavate üldiste ja sissejuhatavate tähelepanekute lõpuks toon välja kaks hüpoteesi.

48 — Seda eripära selgitab asjaolu, et Ungari automüüjatel on võimalik sõidukite müügi ja remondi juures tegutseda sõidukite kindlustuse vahendajate või pakkujatena oma klientide arvel.

49 — Tegu on kriteeriumidega, mis on välja toodud kohtuotsuse Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 36) punktis 36 ning mida edaspidi on korratud kohtuotsustes CB *vs.* komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 53) ning Dole Food ja Dole Fresh Fruit Europe *vs.* komisjon (C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkt 117). Vt ka kohtujurist Kokott'i ettepanek liidetud kohtuasjades Fresh Del Monte Produce *vs.* komisjon ja komisjon *vs.* Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P ja C-294/13 P, EU:C:2014:2439, punkt 209) ning kohtujurist Wahl'i ettepanek kohtuasjas ING Pensii (C-172/14, EU:C:2015:272, punkt 41).

88. Põhimõte on mõlemal juhul sama: selleks et hinnata, kas ettevõtjatevaheline kokkulepe (või ettevõtjate ühenduse otsus) on oma laadilt piisavalt kahjulik, et pidada seda „eesmärgil põhinevaks" konkurentsipiiranguks EÜ artikli 101 lõike 1 tähenduses, tuleb tähelepanu pöörata selle tingimuste sisule, selle esemele – st eesmärkidele, mida soovitakse saavutada –, ning majanduslikule ja õiguslikule kontekstile, millesse see kuulub. *Mutatis mutandis* kehtib see põhimõte ka kooskõlastatud tegevuse kohta.

89. Kui analüüsi tulemus on positiivne ja kui kokkulepe, ettevõtjate ühenduse otsus või kooskõlastatud tegevus kuulub ELTL artikli 101 lõikes 1 otseselt nimetatud kategooriasse, võib majandusliku ja õigusliku konteksti analüüs olla pinnapealne.

90. Seevastu juhul, kui niisugune analüüs näitab, et kokkulepe, ettevõtjate ühenduse otsus või kooskõlastatud tegevus ei kuulu ühegi ELTL artikli 101 lõikes 1 nimetatud juhtumi alla või osutab tunnustele, mis muudavad kokkuleppe, ettevõtjate ühenduse otsuse või kooskõlastatud tegevuse ebatüüpiliseks või kompleksseks, peab majandusliku ja õigusliku konteksti analüüs olema üksikasjalikum.

91. Viimati nimetatud juhul võidakse majandusliku ja õigusliku konteksti hindamisel arvesse võtta asjassepuutuvate toodete või teenuste laadi ning asjaomase turu või turgude tegeliku toimimise tingimusi ja struktuuri, ning erandlike juhtude korral ka kohtuotsuse Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160) punktis 48 nimetatud lisatunnuseid. Lisaks, kuigi poolte tahe ei ole kokkuleppe, ettevõtjate ühenduse otsuse või kooskõlastatud tegevuse piirava laadi üle otsustamisel oluline asjaolu, ei ole keelatud seda arvesse võtta [50].

2. Hinnangu andmine eesmärgil põhineva piirangu olemasolule käesolevas asjas

92. Toshiba väidab esimese väite raames, et Üldkohus on rikkunud õigusnormi, kui järeldas, et „niisugune kokkulepe nagu *gentlemen's agreement*, mille eesmärk on kaitsta Euroopa tootjaid oma territooriumil Jaapani tootjate poolt pakutava tegeliku või potentsiaalse konkurentsi eest, võib kahjustada konkurentsi, välja arvatud juhul, kui esinevad Euroopa turule sisenemise ületamatud tõkked, mis välistavad Jaapani tootjate igasuguse potentsiaalse konkurentsi" [51].

93. Toshiba väitel oleks Üldkohus pidanud kontrollima, kas Jaapani tootjatel oli tegelik ja konkreetne võimalus turule siseneda ning kas seda turule sisenemist oleks saanud pidada elujõuliseks majandusstrateegiaks. Üldkohus on ekslikult uurinud üksnes seda, kas turutõkked olid ületamatud, ning järeldanud, et „seega võis komisjon õigustatult piirduda tõendamisega, et Euroopa turule sisenemise tõkked ei olnud ületamatud" [52].

94. Lisaks on Üldkohus rikkunud õigusnormi ka seeläbi, et tugines Jaapani tootjate ja Euroopa tootjate vahelise konkurentsi olemasolu tõendamisel *gentlemen's agreement*'i olemasolule, otsustades, et „juba *gentlemen's agreement*'i olemasolu on kindel tõend Jaapani ja Euroopa tootjate vahelise konkurentsi olemasolu kohta" [53].

95. Toshiba kriitika puudutab sisuliselt seega vastust, mille Üldkohus andis talle esitatud argumendile, mille kohaselt ei viinud komisjon läbi olukorra detailset majanduslikku analüüsi.

50 — Kohtuotsused T-Mobile Netherlands jt (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 27); GlaxoSmithKline Services jt *vs.* komisjon jt (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 58); Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 37), ja CB *vs.* komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 54).

51 — Vaidlustatud kohtuotsuse punkt 230.

52 — *Idem.*

53 — Vaidlustatud kohtuotsuse punkt 231.

96. Selles osas tuleb aga märkida, et Üldkohus kinnitas enne kritiseeritavaid punkte:

— esiteks, et EÜ artikli 81 lõike 1 kohaselt on keelatud kartellikokkulepped, mille eesmärk või tagajärg on konkurentsi piirata, ning et seega, kui kartellikokkuleppe eesmärk on piirata konkurentsi, ei ole vaja tõendada selle konkreetseid tagajärgi (vaidlustatud kohtuotsuse punkt 227), ja

— teiseks, et komisjon on järeldanud „õigesti, et kuna *gentlemen's agreement* on kokkulepe turu jagamise kohta, siis tuleb seda käsitada eesmärgil põhineva piiranguna" (vaidlustatud kohtuotsuse punkt 228) ning et järelikult „nentis [komisjon] õigustatult, et tal puudub kohustus tõendada, et [sellel kokkuleppel] olid konkurentsivastased tagajärjed" (vaidlustatud kohtuotsuse punkt 228).

97. See analüüs näib olevat eespool toodud lähenemisviisiga täielikult kooskõlas.

98. Nimelt, kuna *gentlemen' agreement* on käsitatav niisuguse mitteformaalse kartellikokkuleppe kinnitusena, milles Euroopa tootjad ja Jaapani tootjad leppisid kokku müügitegevusest hoidumises teise rühma ettevõtjate vastaval territooriumil, siis selle määratlemine eesmärgil põhineva piiranguna on kooskõlas seda liiki kokkulepete või kartellikokkulepete üldise käsitlusega [54].

99. Järelikult, arvestades eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu tuvastamisega seotud tõendamisaspekti ja sellega seonduva kontrollimise ulatust, on Üldkohus õigesti otsustanud, et „niisugune kokkulepe nagu *gentlemen's agreement*, mille eesmärk on kaitsta Euroopa tootjaid oma territooriumil Jaapani tootjate poolt pakutava tegeliku või potentsiaalse konkurentsi eest, võib kahjustada konkurentsi, välja arvatud juhul, kui esinevad Euroopa turule sisenemise ületamatud tõkked, mis välistavad Jaapani tootjate igasuguse potentsiaalse konkurentsi [ning et] seega võis komisjon õigustatult piirduda tõendamisega, et Euroopa turule sisenemise tõkked ei olnud ületamatud" [55], tõendades seda järeldust viitega ühele Jaapani tootjale, kes sellele turule on sisenenud.

100. Samuti ei ole Üldkohus eksinud, kui järeldas omalt poolt, et *gentlemen's agreement* „on kindel tõend Jaapani ja Euroopa tootjate vahelise konkurentsi olemasolu kohta" [56] ning tõendab samuti, et Euroopa turule sisenemise tõkked ei ole ületamatud. Nimelt on *gentlemen's agreement* iseenesest asjassepuutuva majandusliku ja õigusliku konteksti element.

101. Nõuda Üldkohtult, et ta kontrolliks – nagu Toshiba on esimese väite toetuseks välja toonud –, „kas Jaapani tootjatel oli tegelik ja konkreetne võimalus turule siseneda ning kas seda turule sisenemist oleks saanud pidada elujõuliseks majandusstrateegiaks", tähendaks esitatavatele tõenditele rangemate nõuete esitamist. See nõue oleks vastuolus Euroopa Kohtu praktikaga [57] ning selle raamistikuga, mille ma üldiste ja sissejuhatavate tähelepanekute raames välja tõin.

102. Neil asjaoludel tuleb järeldada, et esimene väide ei ole põhjendatud.

54 — Artikli 101 lõike 1 punktis c on sõnaselgelt nimetatud otsuseid või tegevust, millega „jagatakse turge või tarneallikaid". Vt ka Geradin, D., Layne-Farrar, A. ja Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nr 3-114, lk 135, ning Whish, R., ja Bailey, D., *Competition law*, 7. trükk, Oxford University Press, 2012, lk 122; Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Brüssel, 2013, nr 68; Bourgeois, J. H. J., „On the Internal Morality of EU Competition Law", teoses *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Brüssel, 2014, lk 347–374, eelkõige lk 351; Harrison, D., „The *Allianz Hungária* case. The ECJ's judgment could have ugly consequences", *Competition Law Insight.*, 2013, nr 12, lk 10–12, eelkõige lk 10).

55 — Vaidlustatud kohtuotsuse punkt 230.

56 — Vaidlustatud kohtuotsuse punkt 231.

57 — Kohtuotsus Sumitomo Metal Industries ja Nippon Steel *vs.* komisjon (C-403/04 P ja C-405/04 P, EU:C:2007:52, punkt 45).

B. *Teine väide, mis tugineb nende tõendite moonutatusele, mille põhjal Üldkohus järeldas, et EMP turule sisenemise tõkked ei olnud ületamatud*

103. Üldkohus võttis selle tõendamisel, et Euroopa turule sisenemise võimalikud tõkked ei olnud ületamatud, lisaks *gentlemen's agreement*'i olemasolule aluseks ka asjaolu, et üks selles osalev Jaapani ettevõtja oli täitnud Euroopas asuvate klientide tellimusi.

104. Toshiba väitis – vastupidi –, et ettevõtja Hitachi väitis vastuses 28. veebruari 2008. aasta teabenõudele ja ärakuulamisel, et ta ei ole ajavahemikul 2001–2003 liidus ega EMP-s elektritransformaatoreid müünud. Üldkohus järeldas seda kinnitust arvestades, et „sellega seoses tuleb meenutada, et Hitachi muutis hiljem, oma 30. märtsi 2009. aasta kirjas neid väiteid ja andis teada, et nõustub komisjoni järeldustega *gentlemen's agreement*'i olemasolu ja rakendusala osas sellistena, nagu need olid vastuväiteteatises välja toodud" [58].

105. Toshiba leiab, et Üldkohus on seda tehes Hitachi kirja sisu moonutanud ja seda valesti tõlgendanud.

106. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleneb EÜ artiklist 256 ja Euroopa Liidu Kohtu põhikirja artikli 58 esimesest lõigust, et apellatsioonkaebus peab piirduma õigusküsimustega ning et järelikult on ainult Üldkohus pädev faktilisi asjaolusid tuvastama ja neile hinnangut andma, välja arvatud juhul, kui tema poolt tuvastatu sisuline ebatäpsus tuleneb talle esitatud toimiku materjalidest. Teisiti öelduna – kuni ei ole tegemist Üldkohtule esitatud tõendite moonutamisega, ei kujuta faktiliste asjaolude hindamine endast Euroopa Kohtu kontrollile alluvat õigusküsimust [59].

107. Väidetav faktiliste asjaolude moonutamine peab olema toimiku materjalidest tulenevalt ilmne, ilma et fakte ja tõendeid oleks vaja uuesti hinnata [60].

108. Hitachi kirja uurimisest ei nähtu, et Üldkohus oleks faktilisi asjaolusid moonutanud. Nimelt on selles sõnaselgelt märgitud, et Hitachi nõustub komisjoni järeldustega *gentlemen's agreement*'i olemasolu ja rakendusala osas sellistena, nagu need olid vastuväiteteatises välja toodud. Toshiba enda vastusest vastuväiteteatisele nähtub, et komisjon oli juba mainitud vastuväiteteatises osutanud sellele, et Hitachi oli Euroopa turul sõlminud kolm lepingut [61].

109. Seega sai Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 232–234 konstateerida, ilma et oleks Hitachi kirjas toodud faktilisi asjaolusid moonutanud, et pärast vastamist komisjoni 28. veebruari 2008. aasta teabenõudele ja ärakuulamisel muutis Hitachi oma väiteid ja andis teada, et nõustub komisjoni järeldustega *gentlemen's agreement*'i olemasolu ja rakendusala osas sellistena, nagu need olid vastuväiteteatises välja toodud.

110. Märgin lisaks, et Toshiba teine apellatsioonkaebuse toetuseks esitatud väide käsitleb üksnes vaidlustatud kohtuotsuse punkti 233. Kuid sellele vahetult eelnevas punktis on Üldkohus juba kinnitanud, et vaidlusaluses otsuses toodud komisjoni viide, et Hitachi on Euroopa turul sõlminud kolm lepingut, „tõendab, et turutõkked ei olnud Jaapani tootjate jaoks ületamatud". Toshiba ei ole apellatsioonkaebuses kritiseerinud ei seda punkti ega neid punkte, kus Üldkohus vastavat küsimus analüüsib (ja millele Üldkohus on viidanud kohtuotsuse punkti 233 lõpus) [62].

58 — Vaidlustatud kohtuotsuse punkt 233.

59 — Vt selle kohta eelkõige kohtuotsused Wunenburger *vs.* komisjon (C-362/05 P, EU:C:2007:322, punkt 66); YKK jt *vs.* komisjon (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, punkt 44), ja Marktgemeinde Straßwalchen jt (C-531/13, EU:C:2015:79, punkt 38).

60 — Vt selle kohta eelkõige kohtuotsused Wunenburger *vs.* komisjon (C-362/05 P, EU:C:2007:322, punkt 67); YKK jt *vs.* komisjon (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, punkt 44), ja Marktgemeinde Straßwalchen jt (C-531/13, EU:C:2015:79, punkt 39).

61 — Vt Toshiba vastus vastuväiteteatisele, apellatsioonkaebuse lisa A.03.24, punktid 83–88.

62 — St vaidlustatud kohtuotsuse punktid 59–62.

111. Niisugune Toshiba poolse kriitika puudumine kummutab faktiliste asjaolude moonutamise võimalikkuse, kuna – meenutagem – see peab nähtuma toimikumaterjalidest ilmselgelt, ilma et fakte ja tõendeid oleks vaja uuesti hinnata.

112. Seega tuleb järeldada, et Hitachi kirja uurimisest ei nähtu, et Üldkohus oleks selles esitatud faktilisi asjaolusid ilmselgelt moonutanud.

C. *Kolmas väide, mis käsitleb Toshiba rikkumises osalemise kestust ning tugineb põhjenduste vastuolulisusele, tõendite moonutamisele, avalikult mitteseotuks lugemise ebaõigele kohaldamisele ja isikliku vastutuse põhimõtte rikkumisele*

113. Toshiba kolmas väide puudutab tema *gentlemen's agreement*'is osalemise kestust. See väide koosneb kolmest osast. Esiteks on Üldkohtu põhjendused tuvastatud faktilisi asjaolusid ja varem kogutud tõendeid puudutavas osas vastuolulised, mis toob kaasa nende moonutamise. Teiseks on Üldkohus kohaldanud avalikult mitteseotuks lugemise kriteeriumi ebaõigelt. Kolmandaks rikkus ta isikliku vastutuse põhimõtet, kui järeldas, et Toshiba väide 2003. aasta Zürichi kohtumisel mitteosalemise kohta on „tulemusetu". Teine ja kolmas osa puudutavad tegelikult samu Üldkohtu kaalutlusi ning ma uurin neid koos.

1. Vastuolulised põhjendused ja tõendite moonutamine

114. Toshiba väitel on Üldkohus teinud vastuolulise järelduse, kui konstateeris esiteks vaidlustatud kohtuotsuse punktis 208, et „ta välistas tulevastel kohtumistel osalemise", ja teiseks otsustas, et „seoses [apellandi] edaspidise osalemisega *gentlemen's agreement*'is esineb kahtlusi" (vaidlustatud kohtuotsuse punkt 209) ning et tema osalemine sõltus TM T&D osalemisest (vaidlustatud kohtuotsuse punkt 211).

115. Need Toshiba väited kajastavad ilmselgelt ainult osalist arusaama vaidlustatud kohtuotsusest ja selle toetuseks esitatud dokumentidest.

116. Nimelt on Üldkohus kohtuotsuse punktis 208 nentinud, et Toshiba osalemise edasistel kohtumistel on otsustamata põhjusel, mis seondub ühisettevõtte TM T&D loomisega. Üldkohus teeb teatavate dokumentide alusel järelduse, et Toshiba oli küll välistanud, et ta ise seal osaleb, kuid teised kokkuleppe osalised olid selgelt öelnud, et ilma temata ei ole *gentlemen's agreement*'i jätkumisel mõtet.

117. Üldkohus toob pärast vaidlustatud kohtuotsuse punktis 210 esitatud järeldust, et ükski dokument ei võimalda järeldada, et Toshiba oleks Viini kohtumisel ennast *gentlemen's agreement*'iga mitteseotuks tunnistanud, väga loogiliselt selle otsuse punktis 211 välja, et „[apellandi] esitatud dokumentidest nähtub lisaks, et pärast seda, kui ta teatas, et TM T&D osalemine tulevastel kohtumistel ei ole veel otsustatud ning tema enda osalemine sõltub sellest, sellel kohtumisel osalenud ettevõtjad ikkagi kinnitasid *gentlemen's agreement*'i olemasolu ja vastava kokkuleppe rakendusalasse jäävatest projektidest teavitamise eeskirju".

118. Erinevalt Toshiba väidetest kinnitavad kõik asjassepuutuvad dokumendid seda ebakindlust, mis puudutab ühest küljest Toshiba osalemist järgmisel kohtumisel ja teisest küljest tema jätkuvat osalemist *gentlemen's agreement*'is kas isiklikult või TM T&D vahendusel.

119. Esiteks, hr Okamoto (Fuji) koostatud Viini kohtumise memo kohaselt ei olnud Toshiba osalemine ühisettevõtte loomisele järgnevatel kohtumistel veel otsustatud. Kuigi sulgudes oli lisatud „ei saa olla vahepealset otsust, [Toshiba] kas jätkab või mitte", järgnes sellele vahetult märge „Jah või ei". Lisaks selle ülestähenduse aksessuaarsele laadile, mida näitab sulgude kasutamine, näitab kahe võimaluse –

„jah või ei" – lisamine vaieldamatult, et tegu on esialgse ideega, mille osas ei ole otsusele jõutud [63].

120. Edasi, vastupidi Toshiba väidetule ei ole Fuji poolt komisjonile esitatud leebema kohtlemise taotlusele lisatud tõlgendavas märkuses mainitud üksnes seda, et „Toshiba eitas võimalust, et ta osaleb kohtumistel pärast TM T&D loomist (samas kui Mitsubishi neil ei osale)", vaid selles on ka märgitud, et „kuna Mitsubishi nendel kohtumistel enam ei osale, tuleb otsustada, kas TM T&D-l on lubatud seal osaleda" [64].

121. Lõpuks ei ole õige väita, et Viini kohtumise protokoll ei ole selge, arvestades et selles on ühemõtteliselt öeldud, et Toshiba edasine osalemine järgmistel kohtumistel „otsustatakse suhteliselt kiiresti" ja et tulevastel kohtumistel on mõtet vaid juhul, kui ta jätkab. Protokollipunkti lõpetuseks on lisaks märgitud, et see küsimus on järgmise kohtumise põhiküsimus [65]. Senini kinnitatakse *gentlemen's agreement*'i jätkumist [66].

122. Niisiis tuleb järeldada, et Üldkohtu poolt aluseks võetud dokumentide uurimisest ei nähtu, et Üldkohus oleks nendes toodud faktilisi asjaolusid ilmselgelt moonutanud ja et ta oleks sellega seoses esitanud vastuolulisi põhjendusi.

2. Avalikult mitteseotuks lugemise kriteeriumi ebaõige kohaldamine ja isikliku vastutuse põhimõtte rikkumine

123. Toshiba väitel kohaldas Üldkohus avalikult mitteseotuks lugemise kriteeriumi ebaõigelt, kui lükkas vaidlustatud kohtuotsuse punktis 218 tagasi tema argumendi, et pärast TM T&D loomist ta Zürichi kohtumisel ei osalenud, ning tunnistas selle tulemusetuks. Teisiti öelduna leiab Toshiba vaidlustatud kohtuotsuse punktidele 213–220 viidates, et Üldkohus on rikkunud õigusnormi, kui asus seisukohale, et avalikult mitteseotuks lugemise kriteeriumi hindamisel on Toshiba puudumine Zürichi kohtumiselt väheoluline, arvestades et tema viidatud dokumentidest oli eelnevalt järeldatud, et on kahtlusi seoses tema tulevase osalusega kartellikokkuleppes.

124. Kuigi ettevõtjad, kellele on tehtud etteheiteid konkurentsivastase tegevuse osas, on järjekindlalt tuginenud avalikult mitteseotuks lugemise kriteeriumile, tuleb siiski märkida, et Euroopa Kohtu praktika ei ole selles osas välja kujunenud [67] ning õiguskirjanduses on seda käsitletud vähe. Selle kontuuride visandamiseks näib asjakohasena kohtuotsus Comap *vs.* komisjon (C-290/11 P, EU:C:2012:271).

63 — Ingliskeelne originaaldokument on sõnastatud järgmiselt: „Whether or not to participate in AC after the establishment of T5/T4 JV is not yet decided. (There would not be a tepid decision such as to continue to attend as T5. Yes or No.)" (hrOkamoto koostatud Fuji ettevõttesisene memo Viini kohtumise kohta, apellatsioonkaebuse lisa A.14).

64 — Ingliskeelne originaaldokument on sõnastatud järgmiselt: „In addition, since Mitsubishi was no longer participating in these meetings […], a decision had to be made whether TM T&D would be allowed to attend the meetings. The possibility of Toshiba attending the meetings after TM T&D had been established (while Mitsubishi does not attend) was denied by Toshiba". (Komisjonile Fuji esitatud leebema kohtlemise taotlus, apellatsioonkaebuse lisa A.16).

65 — Ingliskeelne originaaldokument on sõnastatud järgmiselt: „Future participation of T5 (and maybe T4) in AC mtgs will be decided relatively soon. Depending on that decision, future AC mtgs make only sense, if continuation. In next mtg this item will be main topic." (Viini kohtumise protokoll, Siemens *vs.* Hitachi, apellatsioonkaebuse lisa A.15).

66 — Ingliskeelne originaaldokument on sõnastatud järgmiselt, punktis: „3. GA and Inhouse business": „Confirmation on rules: GA enquiries via Secs" (Viini kohtumise protokoll, Siemens *vs.* Hitachi, apellatsioonkaebuse lisa A.15).

67 — Vt eelkõige kohtuotsused Aalborg Portland jt *vs.* komisjon (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, EU:C:2004:6); Dansk Rørindustri jt *vs.* komisjon (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P ja C-213/02 P, EU:C:2005:408); Archer Daniels Midland *vs.* komisjon (C-510/06 P, EU:C:2009:166); Comap *vs.* komisjon (C-290/11 P, EU:C:2012:271); Quinn Barlo jt *vs.* komisjon (C-70/12 P, EU:C:2013:351), ja kohtumäärus Adriatica di Navigazione *vs.* komisjon (C-111/04 P, EU:C:2006:105). Avalikult mitteseotuks lugemise ideest võib märke leida ka kohtuotsuses komisjon *vs.* Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356), kus komisjon on selle otsuse aluseks olnud vaidluses märkinud, et „isikud, kes väidavad end olevat kokkulepitud tegevusega *mitte seotud*, peavad esitama oma *mitteseotuse* kohta otseseid tõendeid" (punkt 95). Kohtujuristi kursiiv.

125. Euroopa Kohus on selles kohtuotsuses nimelt otsustanud, et avalikult mitteseotuks lugemise mõiste ja konkurentsivastase tegevuse jätkumise mõiste „peegeldavad faktilisi olukordi, mille olemasolu tuvastab asja sisuliselt läbivaatav kohus igal konkreetsel juhul eraldi talle esitatud „teatud hulga kokkulangevuste ja kaudsete tõendite" alusel antud hinnangu põhjal ning pärast seda, kui on „hinnanud asjassepuutuvaid tõendeid ja kaudseid tõendeid nende kogumis""[68]. Sellest määratlusest tuleneb, et „[j]uhul, kui need tõendid on hangitud õiguspäraselt, kui on järgitud tõendamiskoormise ja tõendite hankimise suhtes kohaldatavaid õiguse üldpõhimõtteid ja menetlusnorme, on üksnes Üldkohus pädev hindama iga konkreetse talle esitatud tõendi väärtust. See hinnang, välja arvatud juhul, kui tegemist on tõendite ilmselge moonutamisega, ei ole seega iseenesest õigusküsimus, mida Euroopa Kohus saaks kontrollida"[69].

126. Seda lähenemisviisi, mis on kooskõlas varasema kohtupraktikaga[70], kinnitab kohtuotsus Quinn Barlo jt *vs*. komisjon (C-70/12 P, EU:C:2013:351, punktid 28–30).

127. Üldiselt viitab avalikult mitteseotuks lugemisele ettevõtja, kes osales kohtumisel, ilma et oleks soovinud osaleda sellel arutatud kokkuleppes või kartellikokkuleppes. Seda hüpoteesi käsitlevat Euroopa Kohtu praktikat, mida võib vaatamata seda küsimust puudutavate otsuste vähesusele pidada väljakujunenuks, võib kokku võtta järgmiselt: „ettevõtja kartellikokkuleppes osalemise piisavaks tõendamiseks [piisab] sellest, kui komisjon tõendab, et asjaomane ettevõtja osales koosolekutel, mille käigus konkurentsivastased kokkulepped sõlmiti, olemata sellele selgelt vastu. Kui osalemine sellistel koosolekutel on tõendatud, peab see ettevõtja esitama tõendeid, et ta osales neil kohtumistel ilma mingisuguse konkurentsivastase tagamõtteta, näidates, et ta oli oma konkurentidele teada andnud, et ta osaleb neil kohtumistel teisel eesmärgil kui nemad"[71]. Euroopa Kohus on selle kohta lisanud, et „[n]iisiis on just see asjaolu, kuidas kartellikokkuleppe teised pooled asjaomase ettevõtja tahet mõistavad, määrav, et hinnata, kas viimati nimetatu soovis end õigusvastase kokkuleppega mitteseotuks lugeda"[72].

128. Käesolevas asjas on Toshiba kolmanda väite teises ja kolmandas osas väitnud sisuliselt, et Üldkohus on rikkunud õigusnormi, kui leidis, et teda võis kuni Zürichi kohtumiseni käsitada *gentlemen's agreement*'is osalejana vaatamata sellele, et ta oli 2002. aasta septembris toimunud Viini kohtumisel avaldanud soovi lugeda ennast mitteseotuks, et ta ei osalenud 2003. aasta mais Zürichi kohtumisel – vähemalt mitte isiklikult – ning et komisjon ei nimetanud ühisettevõtet TM T&D ära vaidlusaluse otsuse adressaatide hulgas.

129. Mõistagi on faktiline olukord käesolevas asjas mõnevõrra erinev eespool viidatud otsustes käsitletud olukorrast. Nimelt väidab Toshiba käesoleval juhul, et luges ennast Viini kohtumisel avalikult mitteseotuks sellega, et andis teada, et ei osale Mitsubishiga (kelle osalemine on veel otsustamata) ühisettevõtte loomise tõttu järgmistel kohtumistel – vähemalt mitte isiklikult –, mida kinnitab tema puudumine Zürichi kohtumiselt.

68 — Punkt 71.

69 — *Idem.*

70 — Vt selle kohta lisaks kohtuotsus Comap *vs*. komisjon (C-290/11 P, EU:C:2012:271, punktid 76–78); kohtuotsus Archer Daniels Midland *vs*. komisjon (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punkt 132), ning kohtumäärus Adriatica di Navigazione *vs*. komisjon (C-111/04 P, EU:C:2006:105, punktid 50 ja 54).

71 — Kohtuotsus Archer Daniels Midland *vs*. komisjon (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punkt 119), kus on viidatud kohtuotsusele Aalborg Portland jt *vs*. komisjon (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, EU:C:2004:6, punkt 81).

72 — Kohtuotsus Archer Daniels Midland *vs*. komisjon (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punkt 120).

130. Siiski, kui ka tegu on erijuhuga, olen seisukohal, et küsimus, kas Toshibat võis ajavahemikul Viini kohtumisest Zürichi kohtumiseni käsitada *gentlemen's agreement*'i osapoolena, eeldab faktide hindamist, mis Euroopa Kohtu pädevusse ei kuulu, kui tegu ei ole tõendite moonutamisega [73]. Toshiba esitatud väide „seab lõppastmes kahtluse alla Üldkohtu poolt talle esitatud faktiliste asjaolude ja tõendusmaterjali alusel antud hinnangu, et [apellant] ei ole ennast avalikult mitteseotuks lugenud" [74].

131. Nimelt, erinevalt kohtuasjast Total marketing services *vs.* komisjon (C-634/13 P, mille menetlus on Euroopa Kohtus pooleli) ei ole käesolevas asjas tegu olukorraga, kus puuduvad igasugused tõendid, et kõnesolev ettevõtja oleks teatud kindlat kuupäeva vaidlusaluses kartellikokkuleppes jätkuvalt osalenud. Vastupidi, kui kasutada kohtujurist Wahl'i poolt selles kohtuasjas esitatud ettepaneku sõnastust [75], siis on kindlasti tegu olukorraga, kus avalikult distantseerumata jätmine võimaldab jääda konkreetsetel tõenditel põhineva eelduse juurde, et konkurentsi kahjustavat teemat käsitlevatel koosolekutel osalenud ettevõtja puhul eeldatakse, et ta osales kokkuleppes, mis on ELTL artikli 101 lõikega 1 keelatud.

132. Nimelt, kuigi nagu Toshiba on apellatsioonkaebuse punktis 25 sissejuhatavalt märkinud, osutas ta juba Üldkohtu menetluses enda kaitse raames asjaolule, et ei ole tõendatud, et ta jätkas *gentlemen's agreement*'i osapoolena pärast Viini kohtumist, ning teised selle kokkuleppe osapooled mõistsid eri asjaolude pinnalt selgelt, et ta luges end avalikult selle kokkuleppega mitteseotuks, on samuti tõsi, et kuna ta on osalenud eri kohtumistel, sh Viinis, siis vastavalt eespool viidatud kohtupraktikale peab just tema tõendama, et ta on end *gentlemen's agreement*'iga avalikult mitteseotuks lugenud [76] ning et teised kartellikokkuleppes osalejad mõistsid tema tahet just sellisena [77].

133. Üldkohus uuris sellega seoses Toshiba poolt hindamiseks esitatud tõendeid ning konkreetsemalt Viini kohtumise protokolli, Fuji ettevõttesisest protokolli selle kohtumise kohta ja Fuji leebema kohtlemise taotluse lisana esitatud selgitavat märkust selle kohtumise kohta [78].

134. Ent Toshiba ei ole vaidlustanud hinnangut, mille Üldkohus selles osas andis [79], välja arvatud kolmanda väite esimeses osas esitatu, mis puudutab vaidlustatud kohtuotsuse punkte 209 ja 211. Selles osas jõudsin järeldusele, et Üldkohtu otsuse aluseks olnud dokumentide uurimisest ei nähtunud, et neis esitatud faktilisi asjaolusid oleks ilmselgelt moonutatud ning samuti ei viinud see vastuoludeni tema põhjendustes.

135. Vastupidi, need dokumendid tõendavad kahtlusi, mis puudutavad Toshiba tulevast osalemist järgmistel kohtumistel, ning *gentlemen's agreement*'i kinnitamist seniks, kuni ta otsustab oma osalemise.

136. Järelikult, kuna kolmanda väite teises osas seati kahtluse alla Üldkohtu hinnang faktilistele asjaoludele ja tõenditele ning kuna tõendeid ei ole moonutatud, on kolmanda väite teine osa vastuvõetamatu.

73 — „Kuna rikkumise kestuse kindlakstegemine on faktiküsimus, ei kuulu see Euroopa Kohtu pädevusse apellatsioonimenetluses, kui tegu ei ole Üldkohtule esitatud tõendite moonutamisega. See kehtib eelkõige „avaliku mitteseotuks lugemise mõiste ja konkurentsivastase tegevuse jätkamise mõiste" kohaldamise juhul […]" (Bernardeau, L. ja Christienne, J.-Ph., *Les amendes en droit de la concurrence – Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, Larcier, coll. Europe(s), 2013, nr II.1314).

74 — Kohtuotsus Quinn Barlo jt *vs.* komisjon (C-70/12 P, EU:C:2013:351, punkt 28).

75 — C-634/13, EU:C:2015:208, punkt 56.

76 — Vt selle kohta kohtuotsus Comap *vs.* komisjon (C-290/11 P, EU:C:2012:271, punkt 76).

77 — Vt selle kohta kohtuotsus Archer Daniels Midland *vs.* komisjon (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punkt 120).

78 — Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 207.

79 — St vaidlustatud kohtuotsuse punktides 208–214.

137. Mis puudutab kolmanda väite kolmandat osa, siis leian, et Üldkohus ei ole rikkunud õigusnormi, kui tunnistas tulemusetuks need Toshiba väited, mis käsitlesid seda, kuidas komisjon on tõlgendanud R-i rolli Zürichi kohtumisel, ning mille kohaselt ei olnud Zürichi kohtumine konkurentsivastase eesmärgiga.

138. Üldkohus on järeldanud õigesti, et Toshiba väited – eeldades, et need on põhjendatud – ei ole laadilt sellised, et kummutada komisjoni järeldust, et Toshiba osales *gentlemen's agreement*'is kuni 15. maini 2003. Nimelt on Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 220 esitatud järelduses – „isegi juhul, kui [apellant] ei osalenud Zürichi kohtumisel, ja oletades, et sellel kohtumisel ei olnud konkurentsivastast eesmärki, tuleb asuda seisukohale, et kuna [apellant] ei ole end avalikult mitteseotuks lugenud, oli ta *gentlemen's agreement*'i osapooleks kuni selle kohtumiseni" – tuginenud otsuse punktides 205–214 esitatud mõttekäigule. Kuid lisaks sellele, et kohtuotsuse punkt 220 ei ole apellatsioonkaebuse esemeks, ei nähtu selle punktidest 205–214 – nagu eespool nägime – ka Üldkohtu analüüsitud faktiliste asjaolude ja/või tõendite moonutamist.

139. Samuti on Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 221 õigesti järeldanud, et Toshibal ei olnud võimalik tulemuslikult väita, et tema osalemine *gentlemen's agreement*'is on ühisettevõtte TM T&D asutamisel 1. oktoobril 2002 lõppenud. Selleks kuupäevaks ei olnud ta end lugenud vaidlusaluse kartellikokkuleppega mitteseotuks tähenduses, mis tuleneb Euroopa Kohtu väljakujunenud kohtupraktikast, kuna selles osas on otsustava tähendusega, kuidas mõistavad ettevõtja kavatsust teised kartelliosalised [80]. Nimelt, Viini kohtumise lõpus, mis jäi 1. oktoobrist 2002 varasemasse aega, ei olnud Toshiba ja/või TM T&D osalemise küsimus teistele osalejatele veel selge. Vastupidi, ühelt poolt kinnitasid viimati nimetatud *gentlemen's agreement*'i ja selle rakendusalasse jäävatest projektidest teavitamise eeskirju, leides teisest poolt, et ilma Toshiba osalemiseta ei ole *gentlemen's agreement*'i jätkamisel mõtet.

140. Järelikult on kolmas väide osaliselt vastuvõetamatu ja osaliselt põhjendamatu.

D. *Neljas väide, mis tugineb õigusnormi rikkumisele trahvisumma kindlaksmääramisel*

141. Toshiba väidab neljandas väites, et Üldkohus on kohaldanud 2006. aasta suuniste punkti 18 vääralt, kuna nõustus komisjoni käsitlusega, mille raames ta võttis EMP-le vastava müügi fiktiivse väärtuse arvutamiseks arvesse kartellikokkuleppe osapoolte ülemaailmseid turuosi.

142. Kui rikkumine hõlmab laiemat territooriumi kui EMP, siis võib komisjon vastavalt 2006. aasta suuniste punktile 18 selleks, et üheaegselt oleks näha nii EMP-s teostatud asjaomaste müükide summa kui ka iga ettevõtja osakaal rikkumises, välja arvutada rikkumise raames sellisel territooriumil (laiem kui EMP) müüdud kaupade või osutatud teenuste koguväärtuse, teha kindlaks iga rikkumises osaleva ettevõtja müügiosa ning kohaldada nimetatud müügiosa samade ettevõtjate poolt EMP-s teostatud müükide summa suhtes.

143. Euroopa Kohus ei ole minu teada – välja arvatud kohtuotsuses ICF *vs.* komisjon (C-467/13 P, EU:C:2014:2274) [81] – seda suuniste punkti veel tõlgendanud.

144. Sellegipoolest, kuna 2006. aasta suuniste punkt 18 kujutab endast erandit suuniste punktis 13 toodud põhimõttelise eeskirja suhtes, võivad sellega seotud teave ja kontekst, kuhu see kuulub, olla abiks punkti 18 rakendusala määratlemisel.

80 — Vt selle kohta kohtuotsus Archer Daniels Midland *vs.* komisjon (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punkt 120).

81 — Selles kohtuotsuses käsitletav küsimus erineb siiski sellest, mida vaatlen käesolevas asjas, kuna puudutab 2006. aasta suuniste punktis 18 toodud mõistet „rikkumise raames müüdud kaupade või osutatud teenuste koguväärtus", mitte mõistet „asjassepuutuv territoorium (laiem kui EMP)", mida käesolev asi puudutab.

145. Sellega seoses on kasulik meenutada, et 2006. aasta suunised võeti vastu selleks, et tagada nõukogu 16. detsembri 2002. aasta määruse (EÜ) nr 1/2003 [EÜ)] artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta artikli 23 lõike 2 punktil a põhinevate komisjoni otsuste läbipaistvus ja erapooletus [82].

146. Ent selle sätte eesmärk on tagada trahvi piisavalt hoiatav mõju, mis põhjendab asjassepuutuva ettevõtja majandusliku jõu arvessevõtmist [83].

147. Euroopa Kohus järeldas sellest, et 2006. aasta suuniste punkti 13 „eesmärk on seada ettevõtjale määratud trahvi arvutamisel lähtepunktiks summa, mis kajastaks rikkumise majanduslikku tähtsust ja kõnealuse ettevõtja suhtelist osakaalu rikkumises" [84].

148. Seega on Euroopa Kohus seisukohal, et 2006. aasta suuniste punktiga 13 taotletava eesmärgiga on vastuolus, kui selles kasutatud mõistet „müügiväärtus" käsitataks nii, et „see piirdub vaid sellest müügist saadud käibega, mille puhul on tõendatud, et [kõnesolev] kartellikokkulepe tõesti seda mõjutas" [85].

149. Kuigi 2006. aasta suuniste punkt 18 näeb ette erandi punktis 13 nimetatud geograafilise ala piiritlemisel, laiendades seda EMP-st laiemale territooriumile, on suuniste punktiga 18 taotletav eesmärk sama: kajastada rikkumises osaleva ettevõtja osakaalu võimalikult asjakohaselt.

150. Mainitud eesmärgi põhjendatus tuleneb aga määruse nr 1/2003 artikli 23 lõike 2 punktist a, mille eesmärk on asjassepuutuva ettevõtja majandusliku jõu arvessevõtmisega tagada trahvi piisavalt hoiatav mõju.

151. Neil asjaoludel ei võta 2006. aasta suuniste punkti 18 grammatiline tõlgendus, mille kohaselt piirdub „asjaomane territoorium (laiem kui EMP)" üksnes territooriumiga, kus õigusvastast kartellikokkulepet rakendatakse, tingimata arvesse asjassepuutuva ettevõtja tegelikku majanduslikku jõudu ning võib järelikult olla vastuolus eespool mainitud hoiatava mõju eesmärgiga.

152. Käesolev juhtum illustreerib seda suurepäraselt. Nimelt, kui arvestatud oleks üksnes EMP-s ja Jaapanis toimunud müüki, ei oleks vähemalt ühele kartellikokkuleppe Jaapani tootjast osapoolele saanud Euroopa turul toimunud müügi puudumise tõttu trahvi määrata.

153. Lisaks, üldisemalt viib 2006. aasta suuniste punkti 18 kitsas tõlgendamine, mida Toshiba toetab, turu jagamise kokkuleppe olemasolul selleni, et sellest kokkuleppest kinnipidamist premeeritakse. Nimelt, kui ettevõtja kokkuleppest kinni peab, siis ta teise osapoole territooriumil müüki ei teosta ning pääseb seega trahvist *de facto* ja *de iure*.

154. Seega on Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 281 õigesti ja ilma õigusnorme rikkumata otsustanud, et „kuna [apellant] osales turu jagamise kokkuleppes, mille eesmärk oli piirata Jaapani tootjate sisenemist EMP turule, siis on komisjon õigesti järeldanud, et EMP-s teostatud tegelikku müüki arvestava meetodi kohaldamine ei ole asjakohane", ning asus mainitud kohtuotsuse punktis 282 seisukohale, et „arvestades kõnesoleva rikkumise laadi, on üleilmseid turuosi arvesse võttev meetod asjakohane, et peegeldada rikkumise kaalu".

82 — EÜT 2003, L 1, lk 1; ELT eriväljaanne 08/02, lk 205. Vt 2006. aasta suuniste punkt 3.

83 — Vt selle kohta kohtuotsus Dole Food ja Dole Fresh Fruit Europe *vs.* komisjon (C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkt 142).

84 — *Ibidem* (punkt 148).

85 — Vt kohtuotsus Guardian Industries ja Guardian Europe *vs.* komisjon (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, punkt 57).

155. Lisaks, kuigi üldreeglina käsitleb Euroopa Kohus suuniseid eeskirjana, millest komisjon ei või kõrvale kalduda, kuna kõrvalekaldumine tooks kaasa sanktsiooni õiguse üldpõhimõtete – võrdse kohtlemise põhimõtte ja õiguspärase ootuse kaitse põhimõtte – rikkumise eest[86], on ta samas täpsustanud, et need suunised on komisjoni jaoks käitumisnorm, mis *väljendavad* järgimisele kuuluvat praktikat ja millest komisjon võib konkreetsel juhul kõrvale kalduda tingimusel, et ta esitab võrdse kohtlemise põhimõttega kooskõlas olevaid põhjendusi[87].

156. See võimalus on liiati sõnaselgelt ette nähtud 2006. aasta suuniste punktis 37, mille kohaselt „konkreetse juhtumi eripäradest või teataval tasemel hoiatava mõju tagamisest tingituna [võib komisjon] õigustatu[lt loobuda]" suunistes ette nähtud trahvide määramise üldmeetodist.

157. Seega tuleb asuda seisukohale, et komisjoni otsusest ei puudu selgitused, miks selle asemel, et võtta arvesse müüki territooriumidel, mida rikkumine puudutab, on õigustatud kasutada üleilmseid müügitulemusi. Esiteks on „see tingitud asjaolust, et ettevõtjate müügitulemused EMP-s ja Jaapanis ei kajasta asjakohaselt iga konkreetse ettevõtja osakaalu rikkumises"[88], ja teiseks „kui arvestada tuleks elektritransformaatorite müüki üksnes EMP-s ja Jaapanis, oleks Fuji'le määratav trahv null"[89].

158. Lisaks on komisjon viidanud oma otsuses spetsiaalselt 2006. aasta suuniste punktile 37, täpsustades, et „mis tahes muu trahvi põhisumma arvutamise meetod [kui see, mida käesoleval juhul on rakendatud], annaks meelevaldse ja tasakaalustamatu tulemuse *ega oleks hoiatava mõjuga*"[90].

159. Järelikult on ka neljas väide põhjendamatu.

VI. **Kohtukulud**

160. Vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 138 lõikele 1, mida selle kodukorra artikli 184 lõike 1 alusel kohaldatakse apellatsioonkaebuste suhtes, on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna komisjon on kohtukulude hüvitamist nõudnud ja Toshiba on kohtuvaidluse kaotanud, tuleb kohtukulud mõista välja Toshibalt.

VII. **Ettepanek**

161. Eespool toodud kaalutlusi arvesse võttes teen Euroopa Kohtule ettepaneku teha järgmine otsus:

— jätta apellatsioonkaebus rahuldamata, ja

— mõista kohtukulud välja Toshiba Corporation'ilt.

86 — Vt selle kohta kohtuotsus Archer Daniels Midland *vs.* komisjon (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punkt 60).

87 — Vt selle kohta kohtuotsus Quinn Barlo jt *vs.* komisjon (C-70/12 P, EU:C:2013:351, punkt 53).

88 — Vaidlusaluse otsuse punkt 229.

89 — Vaidlusaluse otsuse punkt 235.

90 — *Ibidem* (punkt 236). Kohtujuristi kursiiv.