Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MELCHIOR WATHELET
25 päivänä kesäkuuta 2015 [1]

Asia C-373/14 P

Toshiba Corporation
vastaan

Euroopan komissio

Muutoksenhaku — Kartellit tai muut yhteistoimintajärjestelyt — Tehomuuntajien markkinat — Suullinen sopimus markkinoiden jakamisesta (”herrasmiessopimus”) — Tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen käsite — Julkista irtisanoutumista koskeva arviointiperuste — Vuoden 2006 suuntaviivojen 18 kohta

1. Toshiba Corporation vaatii valituksellaan kumoamaan Euroopan unionin yleisen tuomioistuimen tuomion Toshiba v. komissio (T-519/09, EU:T:2014:263, jäljempänä valituksenalainen tuomio), jolla tämä hylkäsi Toshiba Corporationin kanteen, jolla vaadittiin EY 81 artiklan mukaisesta menettelystä 7.10.2009 tehdyn komission päätöksen K(2009) 7601 lopullinen kumoamista (asia COM/39.129 – tehomuuntajat; jäljempänä riidanalainen päätös).

2. Tässä muutoksenhaussa unionin tuomioistuin joutuu jälleen tutkimaan EY 81 artiklan 1 kohdassa (josta on tullut SEUT 101 artiklan 1 kohta) tarkoitettua tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen käsitettä ja tarkemmin sanottuna ilmoittamaan, minkä arviointiperusteiden perusteella voidaan vahvistaa ne edellytykset, joiden täyttyessä tietty menettelytapa saattaa olla tällainen rajoitus.

3. Keskeisessä asemassa tässä käsittelyssä ovat myös julkisen irtisanoutumisen käsite ja asetuksen (EY) N:o 1/2003 23 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaisesti määrättävien sakkojen laskennasta annettujen suuntaviivojen [2] (jäljempänä vuoden 2006 suuntaviivat) 18 kohta.

1 — Alkuperäinen kieli: ranska.

2 — EUVL 2006, C 210, s. 2.

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Unionin lainsäädäntö*

1. Sopimus Euroopan unionin toiminnasta

4. SEUT 101 artiklan 1 kohdassa määrätään seuraavaa:

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

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

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

c) joilla jaetaan markkinoita tai hankintalähteitä;

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

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

2. Vuoden 2006 suuntaviivat

5. Vuoden 2006 suuntaviivojen 13 kohdassa määrätään seuraavaa:

”Määrittääkseen sakon perusmäärän komissio käyttää sellaisten rikkomiseen suoraan tai epäsuorasti liittyvien tavaroiden tai palveluiden myyntiarvoa, jotka yritys on myynyt Euroopan talousalueen (ETA) alueella sijaitsevalla asian kannalta merkityksellisellä maantieteellisellä alueella. Komissio käyttää yleensä lähtökohtana yrityksen myyntiä sen ajanjakson viimeisenä täytenä vuotena, jona yritys osallistui rikkomiseen – –.”

6. Vuoden 2006 suuntaviivojen 18 kohdassa poiketaan kuitenkin tästä säännöstä ja todetaan seuraavaa:

”Kun rikkomisen kannalta merkityksellinen maantieteellinen alue ulottuu [ETA:n] ulkopuolelle (esimerkiksi maailmanlaajuisten kartellien tapauksessa), on mahdollista, että yrityksen myyntiluvut ETA:n alueelta eivät anna riittävän täsmällistä kuvaa kunkin yrityksen osuudesta rikkomisessa. Tilanne voi olla tämä erityisesti silloin, kun markkinoiden jakamisesta on tehty maailmanlaajuisia sopimuksia.

Jotta myyntiluvuissa tällaisissa olosuhteissa otettaisiin huomioon sekä kyseisen myynnin kokonaislaajuus ETA-alueella että kunkin yrityksen suhteellinen osuus rikkomisessa, komissio voi arvioida rikkomiseen liittyvien tavaroiden tai palveluiden myynnin kokonaisarvon kyseisellä maantieteellisellä alueella (joka on laajempi kuin ETA), määrittää kunkin rikkomiseen osallistuvan yrityksen osuuden myynnistä kyseisillä markkinoilla ja soveltaa kyseistä osuutta näiden yritysten kokonaismyyntiin ETA:n alueella. Tulosta käytetään myyntiarvona sakon perusmäärän määrityksessä.”

7. Vuoden 2006 suuntaviivojen 37 kohdassa täsmennetään vielä, että ”[v]aikka näissä suuntaviivoissa esitellään yleiset sakon laskentamenetelmät, erityistapauksissa voi olla kuhunkin asiaan liittyvien erityispiirteiden vuoksi tai pelotevaikutuksen aikaansaamiseksi perusteltua, että komissio poikkeaa näistä menetelmistä tai 21 kohdassa vahvistetuista raja-arvoista”.

II Asian tausta

8. Nyt käsiteltävä asia koskee tehomuuntajia, säästömuuntajia ja rinnakkaisreaktoreita, joiden jännitealue on vähintään 380 kV. Tehomuuntaja on sähkölaite, jonka tehtävänä on alentaa tai lisätä virtapiirin jännitettä.

9. Toshiba Corporation (jäljempänä Toshiba) on japanilainen yhtiö, joka toimii kolmella toimialalla: digitaaliset tuotteet, elektroniset laitteet ja komponentit sekä infrastruktuurijärjestelmät.

10. Kyseessä olevalla toimialalla toteutetuissa Toshiban toimissa on erotettava kaksi vaihetta sinä ajanjaksona, jonka komissio on ottanut tutkinnassaan huomioon (9.6.1999–15.5.2003; jäljempänä ”merkityksellinen ajanjakso”). 9.6.1999–30.9.2002 Toshiba toimi tytäryhtiönsä Power System Co:n välityksellä. 1.10.2002 lähtien valittajan toimintaa harjoitettiin TM T&D:n välityksellä; kyseinen yritys on Toshiban ja Mitsubishi Electricin yhteisyritys, johon molemmat yhtiöt olivat koonneet tehomuuntajiensa tuotannon.

11. Komissio päätti 30.9.2008 aloittaa tehomuuntajien markkinoita koskevan menettelyn. Väitetiedoksianto annettiin 20.11.2008. Toshiba vastasi siihen 19.1.2009. Suullinen kuuleminen pidettiin 17.2.2009.

12. Komissio totesi riidanalaisessa päätöksessä, että Toshiba oli ollut koko merkityksellisen ajanjakson ajan osapuolena laittomassa kartellissa, joka kattoi koko ETA:n alueen ja Japanin. Kartelli muodostui tehomuuntajien eurooppalaisten valmistajien ja japanilaisten valmistajien välillä tehdystä suullisesta sopimuksesta, jonka tarkoituksena oli, että molemmat valmistajaryhmät kunnioittavat toistensa kotimarkkinoita ja pidättäytyvät myymisestä niillä (jäljempänä herrasmiessopimus).

13. Komissio katsoi, että tämä herrasmiessopimus on tarkoitukseen perustuva kilpailunrajoitus.

14. Riidanalaisen päätöksen 165–169 perustelukappaleessa komissio tutki tiettyjen kyseisen menettelyn kohteena olevien yritysten väitteen siitä, että kartelli ei vaikuttanut kilpailuun, koska japanilaiset ja eurooppalaiset valmistajat eivät kilpaile keskenään ETA-alueen markkinoille pääsyn ylitsepääsemättömien esteiden vuoksi. Komissio väitti tässä yhteydessä pääasiallisesti, että korealainen valmistaja Hyundai oli päässyt hiljattain tehomuuntajien eurooppalaisille markkinoille ja että japanilaisilla yrityksillä oli ollut merkittävää myyntiä Yhdysvalloissa. Kyseiset yritykset eivät olleet kuitenkaan onnistuneet näyttämään toteen, että amerikkalaisille markkinoille pääsyn esteet erosivat suuresti eurooppalaisille markkinoille pääsyn esteistä.

15. Herrasmiessopimuksen organisoinnista komissio totesi, että kunkin valmistajaryhmän oli pitänyt nimetä sihteerinä toimiva yritys. Komissio totesi myös, että markkinoiden jakamista koskevaa sopimusta oli täydennetty toisella sopimuksella, jonka tarkoituksena oli, että toisen ryhmän alueelta peräisin olevista tarjouspyynnöistä ilmoitettiin toisen ryhmän sihteerille niiden uudelleen jakamista varten.

16. Komissio totesi lisäksi, että yritykset olivat kokoontuneet merkityksellisen ajanjakson aikana 1–2 kertaa vuodessa, ja kokouksia oli järjestetty Malagassa 9.–11.6.1999, Singaporessa 29.5.2000, Barcelonassa 29.10–1.11.2000, Lissabonissa 29. ja 30.5.2001, Tokiossa 18. ja 19.2.2002, Wienissä 26. ja 27.9.2002 (jäljempänä Wienin kokous) sekä Zürichissä 15. ja 16.5.2003 (jäljempänä Zürichin kokous). Komission mukaan kokousten tarkoituksena oli ollut muun muassa herrasmiessopimuksen vahvistaminen.

17. Kaikkien näiden seikkojen perusteella komissio totesi, että Toshiba oli rikkonut EY 81 artiklaa ja ETA-sopimuksen 53 artiklaa. Näin ollen se määräsi Toshiballe yhteensä 13,2 miljoonan euron suuruisen sakon. Riidanalainen päätös ei koskenut TM T&D:tä eikä Mitsubishi Electriciä.

III Oikeudenkäynti unionin yleisessä tuomioistuimessa ja valituksenalainen tuomio

18. Toshiba nosti unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 23.12.2009 toimittamallaan kannekirjelmällä kanteen, jolla riidanalaisen päätöksen kumoamista vaadittiin vetoamalla neljään kanneperusteeseen. Nyt käsiteltävä valitus koskee ainoastaan unionin yleisen tuomioistuimen päätelmiä, jotka se esitti vastauksena kolmeen sille esitettyyn kanneperusteeseen.

19. Tutkiessaan toista kanneperustetta, joka koski erityisesti kilpailunrajoituksen olemassaoloa, unionin yleinen tuomioistuin katsoi ensinnäkin, että komissio oli perustellusti pitänyt herrasmiessopimusta menettelytapana, jonka tarkoituksena on rajoittaa kilpailua, ja että näin ollen sen kilpailunvastaisia vaikutuksia ei ollut tarpeen osoittaa.

20. Tämän jälkeen unionin yleinen tuomioistuin tarkasteli Toshiban perustelua, jonka mukaan herrasmiessopimuksella ei voida sen luonteesta huolimatta rajoittaa kilpailua sillä perusteella, että japanilaiset valmistajat eivät kilpailleet eurooppalaisten yritysten kanssa ETA-alueen markkinoilla. Unionin yleinen tuomioistuin totesi tältä osin, että kysymys siitä, onko kartellin tarkoituksena estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua, on tutkittava paitsi sopimuksen sisällön perusteella myös sen taloudellisen asiayhteyden perusteella, ja että koska SEUT 101 artikla suojelee tosiasiallisen kilpailun ohella potentiaalista kilpailua, herrasmiessopimuksen kaltaisella sopimuksella voidaan rajoittaa sekä tosiasiallista että potentiaalista kilpailua, ellei eurooppalaisille markkinoille pääsylle ole ylitsepääsemättömiä esteitä, jotka sulkevat pois kaiken japanilaisten valmistajien taholta tulevan kilpailun.

21. Määrittääkseen, olivatko markkinoille pääsyn esteet kyseisessä asiassa ylitsepääsemättömiä, unionin yleinen tuomioistuin totesi aluksi, että jo herrasmiessopimuksen olemassaoloa voidaan pitää voimakkaana osoituksena japanilaisten ja eurooppalaisten valmistajien välisestä kilpailusuhteesta.

22. Tämän jälkeen unionin yleinen tuomioistuin totesi riidanalaisen päätöksen 91–98 perustelukappaleeseen viitaten, että japanilainen valmistaja Hitachi oli hyväksynyt eurooppalaisilta asiakkailta peräisin olevia hankkeita. Se huomautti lisäksi, että 30.3.2009 päivätyssä kirjeessä, jonka Hitachi lähetti komissiolle hallinnollisen menettelyn aikana (jäljempänä Hitachin kirje), Hitachi korjasi toteamuksiaan ilmoittamalla hyväksyvänsä komission päätelmät herrasmiessopimuksen olemassaolosta ja merkityksestä sellaisina kuin ne oli esitetty väitetiedoksiannossa.

23. Kolmannesta kanneperusteesta, joka koski muun muassa Toshiban väitettyä irtisanoutumista kartellista, unionin yleinen tuomioistuin muistutti aluksi, että jos yritys osallistuu vaikka vain passiivisestikin kilpailunvastaisessa tarkoituksessa pidettäviin kokouksiin eikä esitä julkisesti eriävää kantaansa kokouksissa sovitusta vaan saattaa muut yritykset siihen käsitykseen, että se osallistuu näiden kokousten seurauksena syntyvään kartelliin, yrityksen voidaan katsoa osallistuneen kyseiseen kartelliin.

24. Sen jälkeen unionin yleinen tuomioistuin myönsi, että käytettävissä olevat asiakirjat olivat omiaan herättämään epäilyjä Toshiban osallistumisesta herrasmiessopimukseen Wienin kokouksen jälkeen, ja katsoi, ettei samojen asiakirjojen perusteella voida osoittaa, että Toshiba oli irtisanoutunut herrasmiessopimuksesta jo kyseisen kokouksen aikana.

25. Kyseisistä asiakirjoista kävi nimittäin ilmi, että Wienin kokoukseen osallistuneet yritykset olivat vahvistaneet laittoman kartellin ja siinä määrätyt hankkeiden ilmoittamissäännöt, mikä tarkoitti unionin yleisen tuomioistuimen mielestä sitä, että Toshiba ja muut herrasmiessopimuksen osapuolet olivat halunneet pidentää sopimuksen voimassaoloa joka tapauksessa seuraavaan kokoukseen saakka.

26. Unionin yleinen tuomioistuin piti tehottomina perusteluja, joiden mukaan Toshiba oli osallistunut kartelliin Zürichin kokoukseen saakka eikä kyseisellä kokouksella ollut kilpailunvastaista tarkoitusta, koska niillä ei kyetä horjuttamaan komission päätelmää, jonka mukaan Toshiba oli osallistunut herrasmiessopimukseen 15.5.2003 saakka.

27. Unionin yleinen tuomioistuin totesi lisäksi, ettei Toshiba voi väittää lakanneensa osallistumasta kartelliin TM T&D:n perustamishetkellä. Se nimittäin katsoi, ettei valittaja ollut irtisanoutunut julkisesti kartellista eikä ilmoittanut muille osapuolille, ettei kyseinen yhteisyritys osallistu siihen.

28. Sakon laskentaa koskevasta neljännestä kanneperusteesta unionin yleinen tuomioistuin katsoi, että komissio oli soveltanut moitteettomasti vuoden 2006 suuntaviivojen 18 kohdassa määrättyjä menetelmiä, minkä vuoksi ei ollut hyväksyttävää, että sakon laskennassa olisi otettu huomioon ainoastaan myynti Japanissa ja ETA-alueella. Unionin yleinen tuomioistuin totesi tältä osin pääasiallisesti, että komission mainitsemat maailmanlaajuiset markkinaosuudet tarjoavat mahdollisuuden ottaa huomioon, että kyseessä olevat yritykset eivät olleet hyödyntäneet maailmanlaajuista kilpailupotentiaaliaan päästäkseen ETA-alueen markkinoille.

29. Unionin yleinen tuomioistuin katsoi lisäksi komission käyttäneen perustellusti lähtökohtana olettamaa siitä, että ilman herrasmiessopimusta japanilaisten valmistajien markkinaosuudet ETA-alueella olisivat vastanneet niiden markkinaosuuksia maailmanmarkkinoilla.

30. Unionin yleinen tuomioistuin ei pitänyt riittävänä, että sakon oikeasuhteisuuden osalta otetaan huomioon japanilaisten valmistajien tosiasiallinen myynti ETA-alueella, koska se tarkoitti, että Toshiba olisi saanut kyseisessä asiassa korvausta herrasmiessopimuksen noudattamisesta. Unionin yleinen tuomioistuin totesi lisäksi, että maailmanmarkkinaosuuksien huomioon ottaminen maailmanlaajuisesti kilpailevien yritysten välisen markkinajakosopimuksen tutkintamenetelmissä antaa havainnollisemman kuvan kyseisten yritysten kyvystä aiheuttaa vakavaa vahinkoa eurooppalaisten markkinoiden muille toimijoille ja tuo esiin kyseisten yritysten myötävaikutuksen kartellin tehokkuuteen kokonaisuutena tarkastellen tai vastaavasti epävakauteen, joka kartellissa olisi vallinnut, jolleivät ne olisi osallistuneet siihen. Unionin yleinen tuomioistuin katsoi lopuksi, että tällaisen lähestymistavan avulla voidaan ottaa huomioon markkinoille pääsyn mahdolliset esteet, joita maailmanmarkkinoiden eri segmenteillä saattaa esiintyä.

IV Asianosaisten vaatimukset ja oikeudenkäyntimenettely unionin tuomioistuimessa

31. Toshiba vaatii, että unionin tuomioistuin

— kumoaa valituksenalaisen tuomion, siltä osin kuin siinä hylättiin Toshiban vaatimus riidanalaisen päätöksen 1 ja 2 artiklan kumoamisesta, ja kumoaa kyseisen päätöksen

— toissijaisesti palauttaa asian unionin yleiseen tuomioistuimeen ratkaistavaksi oikeudellisten kysymysten osalta unionin tuomioistuimen tuomion mukaisesti ja

— velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut ensimmäisessä oikeusasteessa ja muutoksenhaussa.

32. Toshiba vetoaa valituksensa tueksi neljään valitusperusteeseen.

33. Toshiba väittää ensimmäisessä valitusperusteessa, että unionin yleinen tuomioistuin on soveltanut virheellistä oikeudellista arviointiperustetta katsoessaan, että japanilaiset tehomuuntajien valmistajat olivat potentiaalisia kilpailijoita ETA-alueen markkinoilla sillä perusteella, etteivät esteet ETA-alueen markkinoille pääsylle olleet ylitsepääsemättömiä ja että oli olemassa herrasmiessopimus. Toshiban mielestä unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt selvittää, oliko japanilaisilla valmistajilla todelliset ja konkreettiset mahdollisuudet päästä ETA-alueen markkinoille ja olisiko tällainen markkinoille tulo voinut olla taloudellisesti elinkelpoinen strategia. Toshiban mielestä japanilaisten ja eurooppalaisten valmistajien välillä ei ollut potentiaalista kilpailua, joten kyseinen herrasmiessopimus ei voinut olla EY 81 artiklan vastainen eikä komissiolla ollut toimivaltaa ryhtyä asiassa toimenpiteisiin. Toshiban mielestä valituksenalainen tuomio ja riidanalainen päätös on näin ollen kumottava Toshibaa koskevilta osin.

34. Toisessa valitusperusteessaan Toshiba väittää, että unionin yleinen tuomioistuin on ottanut vääristyneellä tavalla huomioon sen kirjeen sisällön, jossa menettelyssä muuna osapuolena oleva osapuoli (eli Hitachi) totesi, ettei se kiistä komission päätelmiä. Komission mielestä tämä kirje syrjäytti kyseisen yrityksen aiemmat lausunnot, joiden mukaan sillä ei ollut ollut lainkaan myyntiä ETA-alueen markkinoilla. Toshiban mielestä unionin yleinen tuomioistuin on ottanut kuitenkin vääristyneellä tavalla huomioon selvitysaineiston, johon se tukeutuu todetakseen, etteivät esteet ETA-alueen markkinoille pääsylle olleet ylitsepääsemättömiä.

35. Kolmannessa valitusperusteessaan Toshiba väittää, että unionin yleinen tuomioistuin on esittänyt ristiriitaiset perustelut, soveltanut virheellistä oikeudellista arviointiperustetta ja loukannut yksilöllisen vastuun periaatetta katsoessaan ”tehottomaksi” Toshiban väitteen siitä, ettei se ollut osallistunut Zürichin kokoukseen. Toshiban mielestä valituksenalainen tuomio ja riidanalainen päätös on tämän vuoksi kumottava siltä osin kuin niissä todetaan, että Toshiba jatkoi osallistumistaan herrasmiessopimukseen toukokuuhun 2003 saakka.

36. Neljännessä valitusperusteessaan Toshiba väittää, että unionin yleinen tuomioistuin on tulkinnut virheellisesti sakkojen laskentaa koskevien vuoden 2006 suuntaviivojen 18 kohtaa, kun se on tukeutunut Toshiban maailmanlaajuisiin myynteihin havainnollistaakseen tämän osuutta rikkomisesta.

37. Komissio puolestaan vaatii, että unionin tuomioistuin hylkää valituksen ja velvoittaa Toshiban korvaamaan tässä oikeusasteessa aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.

V Asian arviointi

A *Ensimmäinen valitusperuste, jonka mukaan tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen käsitteen soveltamisessa on tehty oikeudellisia virheitä*

38. Ensimmäisessä valitusperusteessaan Toshiba väittää, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen luonnehtiessaan herrasmiessopimuksen tarkoitukseen perustuvaksi kilpailunrajoitukseksi. Toshiban mielestä unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt selvittää, oliko mahdollinen tulo ETA-alueen markkinoille japanilaisille valmistajille taloudellisesti elinkelpoinen strategia. Unionin yleinen tuomioistuin kuitenkin vain totesi, että osapuolia voidaan pitää potentiaalisina kilpailijoina sen vuoksi, että ETA-alueen markkinoille tulolle ei ollut ylitsepääsemättömiä esteitä ja toisaalta siksi, että herrasmiessopimus oli olemassa.

39. Tämä valitusperuste herättää siis lähinnä jälleen kysymyksen tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen määritelmästä ja toteennäyttöä koskevista prosessuaalisista seurauksista.

1. Yleiset ja alustavat huomautukset tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen määritelmästä

40. Voidakseen kuulua SEUT 101 artiklan 1 kohdassa esitetyn kiellon soveltamisalaan sopimuksen, yritysten yhteenliittymän päätöksen tai yritysten yhdenmukaistetun menettelytavan on oltava sellainen, että sen ”tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua sisämarkkinoilla tai [siitä] seuraa, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy sisämarkkinoilla”.

41. Tarkoitukseen ja vaikutukseen perustuva kilpailunrajoitus on siis erotettu toisistaan jo perussopimuksessa. Ero ei ole uusi, vaan se on ollut keskipisteenä useissa riita-asioissa, joista on esitetty viime vuosina kriittisiä huomioita oikeuskirjallisuudessa. [3]

42. Oikeuskäytäntöä onkin hyvä selkeyttää tältä osin.

a) Tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen ja vaikutukseen perustuvan kilpailunrajoituksen erottelua koskeva aiempi oikeuskäytäntö

43. Oikeuskäytännössä on katsottu jo 1960-luvun puolivälistä eli tuomiosta LTM (56/65, EU:C:1966:38) lähtien ja vahvistettu sittemmin useaan otteeseen, että SEUT 101 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu edellytys – sopimus tai yhdenmukaistettu menettelytapa, jonka tarkoituksena tai vaikutuksena on kilpailun rajoittaminen – on vaihtoehtoinen. [4]

44. Oikeuskäytännössä on alun alkaen täsmennetty, että mainittu edellytys ei ole kumulatiivinen vaan vaihtoehtoinen, mikä ilmenee konjunktiosta ”tai” ja johtaa siihen, että ensiksi on tarkasteltava sopimuksen tarkoitusta ottaen huomioon se taloudellinen asiayhteys, jossa sitä on sovellettava. [5]

45. Sopimuksen vaikutuksia olisi nimittäin tutkittava vain siinä toissijaisessa tilanteessa, että sopimuslausekkeiden tarkastelusta ei ilmene riittävää vahingollisuutta kilpailulle. Jotta kielto koskisi tällöin sopimusta, on edellytettävä niiden eri seikkojen olemassaoloa, jotka osoittavat, että kilpailu on tosiasiallisesti estynyt, rajoittunut tai vääristynyt tuntuvasti. [6]

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

4 — Tuomio Beef Industry Development Society ja Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, 15 kohta); tuomio T-Mobile Netherlands ym. (C-8/08, EU:C:2009:343, 28 kohta) ja tuomio GlaxoSmithKline Services ym. v. komissio ym. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, 55 kohta).

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

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

46. Sopimuksen konkreettisia vaikutuksia ei tarvitse ottaa huomioon, jos ilmenee, että sen tarkoituksena on kilpailun estäminen, rajoittaminen tai vääristäminen sisämarkkinoilla.[7] Toisin sanoen sopimuksen vaikutuksia ei ole tarpeen tutkia, kun on osoitettu, että sen tarkoitus on kilpailunvastainen.[8]

47. Tämän luonteen arvioimiseksi on tarkasteltava erityisesti sopimuksen lausekkeiden sisältöä, sen tavoitteita sekä sen taloudellista ja oikeudellista asiayhteyttä.[9] Lisäksi on huomattava, että vaikka osapuolten aikomuksia ei ole tarpeen ottaa huomioon sen määrittämisessä, onko yhdenmukaistetun menettelytavan tai sopimuksen tarkoitus kilpailua rajoittava vai ei, mikään ei estä komissiota tai unionin tuomioistuimia ottamasta niitä huomioon.[10]

48. Lisäksi on riittävää, että sopimus *on omiaan* vaikuttamaan kielteisesti kilpailuun, eli sen on toisin sanoen oltava oikeudellisen ja taloudellisen asiayhteytensä perusteella konkreettisesti omiaan estämään kilpailu yhteismarkkinoilla tai rajoittamaan tai vääristämään sitä.[11] Julkisasiamies Wahl korostaakin ratkaisuehdotuksessaan CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), että vaikka ”vakio[muotoinen] arviointi, johon tarkoitukseen perustuvan rajoituksen käsitteeseen vetoaminen perustuu, edellyttää riidanalaisen sopimuksen seikkaperäistä ja yksilöllistä tutkimista, [tämä] on erotettava kuitenkin selkeästi asianomaisten yritysten menettelyjen tosiasiallisten tai mahdollisten vaikutusten tutkinnasta”.[12]

49. Erottelu ”tarkoitukseen perustuvien rajoitusten” ja ”vaikutukseen perustuvien rajoitusten” välillä perustuu nimittäin toteamukseen, että yritysten välisten tiettyjen yhteistoimintamuotojen voidaan jo luonteensa puolesta katsoa haittaavan kilpailun normaalia toimintaa.[13]

50. On siis ”vakiintuneesti katsottu, että tietyn kollusiivisen [menettelyn], kuten sen, että kartellit vahvistavat hintoja horisontaalisesti, voidaan katsoa niin todennäköisesti johtavan haitallisiin vaikutuksiin erityisesti hintojen, tuotteiden ja palvelujen määrien tai laadun kannalta, että voidaan katsoa, että [SEUT 101 artiklan 1 kohdan] soveltamiseksi ei ole tarpeen osoittaa, että kyseisellä [menettelyllä] on konkreettisia vaikutuksia markkinoilla”.[14] Sitä vastoin ”jos yritysten toiminnan yhteensovittamisen tyypin analyysista ei kuitenkaan ilmene riittävää vahingollisuutta kilpailulle, on – – tutkittava sen vaikutuksia, ja jotta se voidaan kieltää, on edellytettävä niiden eri seikkojen olemassaoloa, jotka osoittavat, että kilpailu on tosiasiallisesti estynyt, rajoittunut tai vääristynyt tuntuvasti”.[15]

51. Edellä esitetyn oikeuskäytännön luonnehtiminen vakiintuneeksi ei liene väärin.

7 — Tuomio Consten ja Grundig v. komissio (56/64 ja 58/64, EU:C:1966:41); tuomio Beef Industry Development Society ja Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, 16 kohta) ja tuomio T-Mobile Netherlands ym. (C-8/08, EU:C:2009:343, 29 kohta).

8 — Tuomio T-Mobile Netherlands ym. (C-8/08, EU:C:2009:343, 30 kohta); tuomio GlaxoSmithKline Services ym. v. komissio ym. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, 55 kohta) ja tuomio Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160, 34 kohta).

9 — Tuomio GlaxoSmithKline Services ym. v. komissio ym. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, 58 kohta). Ks. myös yhdenmukaistetun menettelytavan osalta tuomio T-Mobile Netherlands ym. (C-8/08, EU:C:2009:343, 27 kohta).

10 — Tuomio T-Mobile Netherlands ym. (C-8/08, EU:C:2009:343, 27 kohta); tuomio GlaxoSmithKline Services ym. v. komissio ym. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, 58 kohta); tuomio Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160, 37 kohta) ja tuomio CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, 54 kohta).

11 — Tuomio T-Mobile Netherlands ym. (C-8/08, EU:C:2009:343, 31 kohta) ja tuomio Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160, 38 kohta).

12 — 40 kohta. Ks. myös 44 kohta.

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

14 — Tuomio CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, 51 kohta).

15 — Ibidem (52 kohta).

52. Yhdessä tuoreimmista edellä mainituista tuomioista eli tuomiossa Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160) unionin tuomioistuin on kuitenkin lisännyt useita seikkoja, jotka taloudellisen ja oikeudellisen asiayhteyden arvioinnissa on otettava huomioon ja jotka hämärtävät ilmaisujen ”tarkoitukseen perustuva rajoitus” ja ”vaikutukseen perustuva rajoitus” välisen eron todistuksellista merkitystä.

53. Unionin tuomioistuin nimittäin katsoo, että ”[k]yseistä asiayhteyttä arvioitaessa on myös otettava huomioon sopimuksen kohteena olevien tavaroiden tai palvelujen luonne sekä kyseisten markkinoiden toimintaan ja rakenteeseen liittyvät tosiasialliset olosuhteet”.[16] Tämä tarkoittaa konkreettisesti, että tuomioistuimen, jonka tehtävänä on arvioida kilpailun loppumisen tai vakavan heikentymisen vaaraa kyseisillä markkinoilla, ”on otettava huomioon muun muassa näiden markkinoiden rakenne, vaihtoehtoisten jälleenmyyntikanavien olemassaolo ja niiden vastaava merkitys sekä kyseisten yhtiöiden markkinavoima”.[17]

54. Yhdyn tältä osin julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotuksessaan CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:1958) esittämään toteamukseen, jonka mukaan tällainen oikeuskäytännön tulkintatapa vaikuttaa ”aiheuttavan pulmia, kun tehdään välttämätön ero yritysten välisten sopimusten kilpailunvastaisen tarkoituksen tarkastelun ja kilpailunvastaisten vaikutusten analysoinnin välillä”.[18] Olen hänen laillaan sitä mieltä, että ”rajanve[to] tarkoitukseen ja vaikutukseen perustuvien kilpailunrajoitusten käsitteiden välillä [ei voi olla hämärä ja että] kyseiseen käsitteeseen vetoaminen on – – rajattava – – selkeämmin”.[19] Nyt käsiteltävä valitus tarjoaa mielestäni unionin tuomioistuimelle uuden tilaisuuden selkeyttää oikeuskäytäntöään; palaan tähän asiaan esitettyäni tällaisen rajanvedon edut ja tarpeellisuuden.

b) Tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen ja vaikutukseen perustuvan kilpailunrajoituksen erottelun hyödyllisyys

55. SEUT 101 artiklan 1 kohtaan sisältyvä edellytys siitä, että sopimuksen tai yhdenmukaistetun menettelytavan tarkoituksena tai vaikutuksena on oltava kilpailun rajoittaminen, on epäilemättä vaihtoehtoinen.

56. Tämän erottelu liittyy todisteluun: tarkoitukseen perustuvan rajoituksen tapauksessa rajoituksen todellisia tai potentiaalisia kilpailunvastaisia vaikutuksia ei tarvitse näyttää toteen säännöstenvastaisuutta koskevan mekanismin käynnistämiseksi.[20] Kilpailunvastainen tarkoitus on nimittäin riittävä peruste kilpailunrajoitukseksi määrittelemiselle ja siis sen kieltämiselle.[21] Jos tarkasteltavan sopimuksen (tai yhdenmukaistetun menettelytavan) on näytetysti kilpailunvastainen tarkoitus on osoitettu, tutkinta voidaan lopettaa ja rikkominen on näytetty toteen eikä mainitun sopimuksen (tai yhdenmukaistetun menettelytavan) todellisia tai potentiaalisia vaikutuksia kilpailuun tarvitse osoittaa.[22]

16 — Tuomio Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160, 36 kohta).

17 — Ibidem (48 kohta).

18 — 46 kohta.

19 — 52 kohta. Unionin tuomioistuin ei ole mielestäni esittänyt nimenomaisesti tällaista selkeytystä tuomiossa CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:2204).

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

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

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

57. Joidenkin oikeuskirjailijoiden mielestä tarkoitukseen perustuviin rajoituksiin liittyy ”olettama” niiden lainvastaisuudesta.[23] Kyseisen termin käyttö aiheuttaa kuitenkin hämmennystä. Kuten julkisasiamies Kokott hyvin selittää ratkaisuehdotuksessaan T-Mobile Netherlands ym. (C-8/08, EU:C:2009:110), tarkoitukseen perustuvien kilpailunrajoitusten kieltoa ei pidä tulkita ”siten, että kilpailunvastainen tarkoitus voi aiheuttaa ainoastaan jonkinlaisen lainvastaisuutta koskevan olettaman, joka voidaan kuitenkin kumota, jos kielteisiä vaikutuksia markkinoiden toiminnalle ei voida jossain konkreettisessa yksittäistapauksessa näyttää toteen. Tällainen tulkinta johtaisi näet siihen, että tavalla, joka ei ole hyväksyttävissä, sekoitettaisiin keskenään toisistaan riippumattomat [SEUT 101] artiklan 1 kohdassa vahvistetut vaihtoehdot: yhtäältä kielto, joka koskee yhteistoimintaa, jolla on kilpailunvastainen *tarkoitus*, ja toisaalta kielto, joka koskee yhteistoimintaa, jolla on kilpailunvastainen *vaikutus*”.[24]

58. Tämän kahtiajaon edut ovat hyvin tiedossa. Edellä esitetyltä menettelylliseltä kannalta tulkittuna kilpailunvastaisen tarkoituksen käsitteeseen vetoaminen ”*parantaa* eittämättä *ennustettavuutta* ja sitä kautta *oikeusvarmuutta* yritysten kannalta, sillä sen ansiosta yritykset saavat tietoonsa oikeudelliset seuraukset (kiellot ja rangaistukset), joita niiden tietyistä toimista – – aiheutuu – –. Näin ollen kilpailua rajoittavien [kartellien] määrittämisellä on tarkoituksensa perusteella myös *varoittava vaikutus*, ja sillä voidaan ehkäistä kilpailunvastaisia menettelyjä. Lisäksi se *edistää prosessiekonomiaa*, sillä sen avulla kilpailuasioista vastaavat viranomaiset voivat todeta [tiettyjen yhteistoimintamuotojen] kilpailunvastaisen vaikutuksen ilman, että niiden tarvitsee tehdä usein monimutkaiseksi ja pitkälliseksi muodostuvaa tutkimusta [yhteistoimintamuotojen] mahdollisista tai todellisista vaikutuksista kyseisillä markkinoilla”.[25]

59. Julkisasiamies Wahl on täsmentänyt ratkaisuehdotuksessaan CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, 36 kohta), että nämä edut tulevat kuitenkin esille ja ovat perusteltuja ainoastaan silloin, jos tarkoitukseen perustuvan rajoituksen käsitteeseen vetoaminen on tarkkaan rajattu. Olenkin tältä osin samaa mieltä julkisasiamies Kokottin kanssa, joka katsoo ratkaisuehdotuksessaan T-Mobile Netherlands ym. (C-8/08, EU:C:2009:110) yhtäältä, että sopimuksen tai yhdenmukaistetun menettelytavan kilpailunvastaisen tarkoituksen käsitettä ei pidä tulkita liian laajasti, sillä tämä saattaa aiheuttaa raskaita seurauksia yrityksille niiden rikkoessa SEUT 101 artiklan 1 kohtaa, ja toisaalta, ettei käsitettä pidä tulkita myöskään liian suppeasti, sillä tällöin on vaarana, että primäärioikeudessa vahvistettu tarkoitukseen perustuvien kilpailunrajoitusten kielto käytännössä häviäisi.[26]

23 — Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelles, 2013, nro 8; Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2013, nro 594; Bourgeois, J.H.J., ”On the Internal Morality of EU Competition Law”, *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bruxelles, 2014, s. 347–374, erityisesti s. 350; Waelbroeck, D. ja Slater, D., ”The scope of object vs effect under article 101 TFEU”, Bourgeois, J. ja Waelbroeck, D. (toim.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, s. 131–157, erityisesti s. 135 ja s. 137. Ks. vastaavasti myös julkisasiamies Cruz Villalónin ratkaisuehdotus Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2012:663, 64 kohta).

24 — 45 kohta.

25 — Julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, 35 kohta; kursivointi tässä). Geradin, D., Layne-Farrar, A. ja Petit, N., huomauttavat seuraavaa: ”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, nro 3-118, s. 136). Tästä hyödystä ks. myös Nagy, C. I., ”The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?”, *World Competition*, 2013, nro 4, s. 541–564, erityisesti s. 545 ja Graham, C., ”Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*”, *EL Rev.*, 2013 (38), s. 542–551, erityisesti s. 547.

26 — Julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus T-Mobile Netherlands ym. (C-8/08, EU:C:2009:110, 46 kohta).

60. Tältä osin on todettava, että tuomion Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160) on katsottu voivan vähintäänkin hämärtää tai jopa poistaa tarkoitukseen perustuvan rajoituksen ja vaikutukseen perustuvan rajoituksen välisen eron,[27] vaikka tarkoitukseen perustuva rajoitus ja sen määrittämiseksi tarvittavat kriteerit on ehdottomasti määriteltävä selkeästi.[28]

61. Kuten aiemmin totesin, unionin tuomioistuin täsmentää kyseisessä tuomiossa ennakkoratkaisupyynnön esittäneelle kansalliselle tuomioistuimelle, että taloudellisen ja oikeudellisen asiayhteyden perusteella tämän olisi ”otettava huomioon muun muassa näiden markkinoiden rakenne, vaihtoehtoisten jälleenmyyntikanavien olemassaolo ja niiden vastaava merkitys sekä kyseisten yhtiöiden markkinavoima”.[29]

62. Katson kuitenkin, että edellä esitetty unionin tuomioistuimen vakiintunut oikeuskäytäntö voidaan sovittaa yhteen tuomion Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160) kanssa.

c) Tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen määrittämiseksi tarvittavat kriteerit

63. Kuten asian kannalta merkityksellisen oikeuskäytännön tarkastelussa totesin, sopimuksen vaikutuksia ei ole tarpeen tutkia, kun on osoitettu, että sen tarkoitus on kilpailunvastainen.[30] Tämä tarkoittaa näin ollen, että kyseisen sopimuksen kilpailunvastainen tarkoitus on sitä vastoin ehdottomasti määritettävä.

64. Sen arvioimiseksi osapuolten aikomuksia ei ole tarpeen ottaa huomioon, mutta ne voidaan ottaa huomioon tarvittaessa.[31] Sopimuksen lausekkeiden sisältöä, sen tavoitteita sekä sen taloudellista ja oikeudellista asiayhteyttä on sitä vastoin tarkasteltava.[32]

27 — Tuomiosta Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160) on todettu muun muassa seuraavaa: ”[u]nionin tuomioistuimen perustelut vaikuttavat hämärtävän näiden kahden edellytyksen välisen eron. Liian syvälliset pohdinnat saattavat haitata eron tulkintaa yrityksissä mutta myös kilpailuviranomaisten ja kansallisten tuomioistuinten päätöskäytännössä. *Tällainen tarkoitukseen perustuvan rajoituksen laajentaminen aiheuttaa sekaannusta*. Se saattaa johtaa koko rajoituksen katoamiseen, mikä vahvistaisi vaikutuksiin perustuvan lähestymistavan merkitystä.” (vapaa käännös) (Prieto, C. ja Bosco, D., *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelles, 2013, nro 582; kursivointi tässä); ”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), s. 542–551, erityisesti s. 542, *Abstract*; kursivointi tässä); “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, nro 4, s. 541–564, erityisesti s. 547; kursivointi tässä).

28 — Ks. vastaavasti Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelles, 2013, nro 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” (kursivointi tässä).

29 — Tuomio Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160, 48 kohta).

30 — Tuomio T-Mobile Netherlands ym. (C-8/08, EU:C:2009:343, 30 kohta); tuomio GlaxoSmithKline Services ym. v. komissio ym. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, 55 kohta) ja tuomio Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160, 34 kohta).

31 — Tuomio T-Mobile Netherlands ym. (C-8/08, EU:C:2009:343, 27 kohta); tuomio GlaxoSmithKline Services ym. v. komissio ym. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, 58 kohta); tuomio Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160, 37 kohta) ja tuomio CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, 54 kohta).

32 — Tuomio T-Mobile Netherlands ym. (C-8/08, EU:C:2009:343, 27 kohta, joka koskee yhdenmukaistettua menettelytapaa) ja tuomio GlaxoSmithKline Services ym. v. komissio ym. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, 58 kohta).

65. Vaikka kilpailua rajoittavia vaikutuksia ei tarvitse osoittaa tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen yhteydessä, kyseisen kilpailunrajoituksen on oltava kuitenkin omiaan vaikuttamaan markkinoihin minimaalisesti. [33]

66. Julkisasiamies Wahl ilmaisee asian ratkaisuehdotuksessaan CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, 41 kohta) katsomalla, että sopimuksen rajoittavaa tarkoitusta ei voida tutkia *irrallaan* siitä taloudellisesta ja oikeudellisesta asiayhteydestä, jonka perusteella osapuolet ovat sopimuksen tehneet. [34]

67. Taloudellisen ja oikeudellisen asiayhteyden huomioiminen auttaa tarkoitukseen perustuvan rajoituksen tutkimisesta vastaavaa viranomaista *ymmärtämään* sopimuksen taloudellisen tehtävän ja todellisen merkityksen. [35]

68. Julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotuksessaan T-Mobile Netherlands ym. (C-8/08, EU:C:2009:110, 46 kohta) esittämän selityksen mukaan taloudellisen ja oikeudellisen asiayhteyden huomioon ottaminen tarkoittaa siis sitä, että riidanalaisen sopimuksen on oltava vain *konkreettisesti* omiaan johtamaan kilpailun estymiseen, rajoittumiseen tai vääristymiseen yhteismarkkinoilla.

69. Ei nimittäin pidä unohtaa, että tarkoituksensa perusteella rajoittavaksi sopimukseksi määrittämiseen liittyvä ennakoitavuus ja todistustaakan helpottaminen tuovat etua, joka ”vaarantu[isi], jos kyseinen määrittely riippu[isi] lopulta kyseisen sopimuksen kilpailuun kohdistuvien seurausten tutkimisesta, mikä ylittä[isi] selvästi sopimuksen seikkaperäisen tutkimisen”. [36]

70. Pintapuolinen lähestymistapa voi olla kuitenkin perusteltu vain, jos menettelyihin liittyy – käytän jälleen julkisasiamies Wahlin ilmaisua – *väistämättä vaara erityisen vakavista haitallisista vaikutuksista* [37] , eli rajoituksia, joilla on väistämättä jonkin verran vahingollista vaikutusta. [38]

71. Tällainen menettelytapa noudattaa lisäksi unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, jonka mukaan ”keskeinen oikeudellinen kriteeri sen määrittämiseksi, onko yritysten toiminnan yhteensovittaminen mainitunlainen tarkoitukseen perustuva kilpailunrajoitus, on sen toteaminen, että mainitunlainen yhteensovittaminen on itsessään riittävän vahingollista kilpailulle”. [39]

72. Olen vankasti sitä mieltä, että yli kuudenkymmenen vuoden aikana kertynyt kokemus oikeuttaa vastedes katsomaan, että SEUT 101 artiklan 1 kohdassa tarkoitetut tilanteet täyttävät väistämätöntä vahingollista vaikutusta koskevan vaatimuksen.

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*, 7e éd., Oxford University Press, 2012, s. 120). Ks. vastaavasti myös julkisasiamies Mazákin ratkaisuehdotus Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:113): ”vaikka tietyt sopimusmuodot vaikuttaisivat ensi näkemältä ja aiemman kokemuksen perusteella merkitsevän tarkoitukseen perustuvia rikkomisia, tämä ei vapauta komissiota tai kansallista kilpailuviranomaista velvoitteesta arvioida sopimusta yksilöllisesti. Katson, että tällainen arviointi voi olla verrattain suppea tietyissä tapauksissa, esimerkiksi jos on selkeää näyttöä horisontaalisen kartellin pyrkimyksestä valvoa tuotantoa hintatason ylläpitämiseksi, mutta siitä ei voida luopua kokonaan” (27 kohta).

34 — Näkemyksensä havainnollistamiseksi julkisasiamies Wahl käyttää paljon puhuvaa esimerkkiä mainitsemalla ”rikkomisen, jonka oletetaan saadun kokemuksen perusteella rajoittavan kilpailua mitä vakavimmalla tavalla, eli tietyn tavaran hinnoista tehdyn horisontaalisen sopimuksen. Vaikka on kiistatonta, että tällainen yhteistoimintajärjestely aiheuttaa yleensä paljon vahinkoa kilpailulle, tähän lopputulokseen ei päädytä esimerkiksi siinä tapauksessa, että kyseisillä yrityksillä on hallussaan vain pieni osa kyseisistä markkinoista” [julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, 42 kohta)]. Ks. vastaavasti myös Waelbroeck, D. ja Slater, D., ”The scope of object vs effect under article 101 TFEU”, julkaisussa Bourgeois, J. ja Waelbroeck, D. (toim.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, s. 131–157, erityisesti s. 135 ja s. 146.

35 — Ks. vastaavasti Nagy, C. I., ”The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?”, *World Competition*, 2013, nro 4, s. 541–564, erityisesti s. 558.

36 — Julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, 60 kohta).

37 — Julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, 55 kohta).

38 — Ibidem (58 kohta).

39 — Tuomio CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, 57 kohta).

73. Kyseiseen määräykseen sisältyvän luettelon tulkitseminen siten, että se on tarkoitukseen perustuvien kilpailunrajoitusten *”kova ydin”* [40], täyttää unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön perustuvan kahtalaisen vaatimuksen, joka edellyttää yhtäältä, etteivät SEUT 101 artiklan 1 kohdassa tarkoitetut sopimustyypit muodosta tyhjentävää luetteloa kielletyistä yhteistoimintamuodoista, [41] ja toisaalta, että tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen käsitettä ei voida tulkita laajasti. [42]

74. SEUT 101 artiklan 1 kohdassa nimenomaisesti tarkoitettujen sopimusten tapauksessa ei nimittäin pidä poiketa unionin tuomioistuimen vakiintuneesta oikeuskäytännöstä, jonka mukaan sen, että riitautetuille menettelyille on olemassa uskottava vaihtoehtoinen selitys (nyt käsiteltävässä asiassa kaupallisen intressin puuttuminen), ei pidä johtaa esitettävää näyttöä koskeviin tiukempiin vaatimuksiin. [43] Jos ei ole poissuljettua, että myös muunlaisten – epätyypillisten tai monimutkaisten – sopimusten tarkoituksena voi olla kilpailun estäminen, rajoittaminen tai vääristäminen, niiden kieltäminen edellyttää sen sijaan taloudellisen ja oikeudellisen asiayhteyden perusteellisempaa tarkastelua, jonka ei tarvitse kuitenkaan ulottua sopimuksen vaikutusten tutkimiseen.

75. Hiljattain annetut tuomiot Siemens ym. v. komissio (C-239/11 P, C-489/11 P ja C-498/11 P, EU:C:2013:866) ja Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160) eivät ole ristiriidassa tämän kanssa vaan ne voivat sisältyä ehdottamaani näkemykseen.

76. Siemens-tuomiossa unionin tuomioistuinta pyydettiin muun muassa tutkimaan, miten unionin yleinen tuomioistuin sovelsi todistustaakkaa ja todistelua koskevia periaatteita tarkoitukseen perustuvissa kilpailunrajoituksissa. Unionin tuomioistuimen ratkaisu on siis esillä olevan ongelman kannalta täysin merkityksellinen. Unionin tuomioistuin ei katsonut ainoastaan, että ”markkinoiden jakamiseen tähtäävillä sopimuksilla on itsessään kilpailua rajoittava tarkoitus, *ja ne kuuluvat SEUT 101 artiklan 1 kohdassa nimenomaisesti kiellettyyn sopimusryhmään”* [44], vaan se päätteli myös, että ”[t]ällaista tarkoitusta ei voida perustella kyseisen kilpailunvastaisen menettelyn taloudellisen asiayhteyden tarkastelulla”. [45]

77. Allianz-tuomiossa unionin tuomioistuimen käsiteltävänä oli sen sijaan tilanne, jota pidän epätyypillisenä ja joka ei missään tapauksessa kuulu mihinkään SEUT 101 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuun ryhmään. Tapauksen erityisyyden vuoksi unionin tuomioistuin esitti kaksi täsmennystä, jotka koskevat taloudellisen ja oikeudellisen asiayhteyden tarkastelua.

78. Se totesi ensinnäkin, että kyseistä asiayhteyttä arvioitaessa on ”otettava huomioon sopimuksen kohteena olevien tavaroiden tai palvelujen luonne sekä kyseisten markkinoiden toimintaan ja rakenteeseen liittyvät tosiasialliset olosuhteet”. [46]

79. Tämän jälkeen se lisäsi ennakkoratkaisupyynnön esittäneelle kansalliselle tuomioistuimelle, että tämän pitäisi kilpailun loppumisen tai vakavan heikentymisen vaaran arvioimiseksi ottaa huomioon paitsi kyseisten markkinoiden rakenne myös ”vaihtoehtoisten jälleenmyyntikanavien olemassaolo ja niiden vastaava merkitys sekä kyseisten yhtiöiden markkinavoima”. [47]

40 — Tämä vastaa tavallaan tiettyjen kirjailijoiden kannattamaa ”object box” -ajatusta.

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

42 — Tuomio CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, 58 kohta). Tarkoitukseen perustuvien rajoitusten suppea tulkinta sisältyy niiden aiheuttamaan lainvastaisuusolettamaan: ”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”, julkaisussa Bourgeois, J. ja Waelbroeck, D. (toim.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, s. 131–157, erityisesti s. 156).

43 — Tuomio Sumitomo Metal Industries ja Nippon Steel v. komissio (C-403/04 P ja C-405/04 P, EU:C:2007:52, 45 kohta).

44 — Tuomio Siemens ym. v. komissio (C-239/11 P, C-489/11 P ja C-498/11 P, EU:C:2013:866, 218 kohta). Kursivointi tässä.

45 — Idem.

46 — Tuomio Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160, 36 kohta).

47 — Ibidem (48 kohta).

80. Se, että unionin tuomioistuin esitti tällaisia lisäkriteerejä, jotka lähentelevät sopimuksen tai kartellin vaikutusten analyysia, johtuu mielestäni yksinomaan ennakkoratkaisupyynnön taustalla olleista erityisistä tosiseikoista ja siitä, että unionin tuomioistuin halusi antaa ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle mahdollisimman täydellisen vastauksen.

81. Kyseisessä asiassa oli nimittäin kyse useasta sopimuksesta, joiden mukaan autovakuutusyhtiöt sopivat kahdenvälisesti joko autokorjaamoina toimivien autojen valtuutettujen jälleenmyyjien tai viimeksi mainittuja edustavan yhdistyksen kanssa tuntihinnasta, jonka vakuutusyhtiö maksaa vakuuttamiensa ajoneuvojen korjauksesta; sopimusten mukaan tuntihinta riippuu muun muassa siitä, kuinka monta vakuutussopimusta jälleenmyyjä on tehnyt kyseisen vakuutusyhtiön puolesta vakuutuksenvälittäjänä ja mikä on niiden prosenttiosuus kaikista tehdyistä sopimuksista.[48]

82. Näillä jälleenmyyjillä oli siis vakuutusyhtiöihin kaksinkertainen sopimussuhde. Yhtäältä ne korjasivat vakuutetut kolariajoneuvot vakuutusyhtiöiden lukuun, ja toisaalta ne toimivat vakuutusyhtiöiden lukuun välittäjinä tarjoamalla asiakkailleen niiden omien vakuutusmeklareiden tai niihin sidossuhteessa olevien vakuutusmeklareiden toimeksisaajan ominaisuudessa autovakuutuksia ajoneuvojen myynnin tai korjauksen yhteydessä.

83. Yksittäin tarkasteltuina sopimukset eivät siis haitanneet kilpailun normaalia toimintaa merkityksellisillä markkinoilla (yhtäältä kolariajoneuvojen korjauksen markkinoilla ja toisaalta autovakuutusten välitystoiminnan markkinoilla). Ei ollut kuitenkaan poissuljettua, että kyseisillä sopimuksilla oli yhdessä ja kokonaisuutena tarkasteltuna tällainen vaikutus.

84. Tuomion Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160) 48 kohdassa esitetyt erityiset arviointiperusteet – eli vaihtoehtoisten jälleenmyyntikanavien olemassaolon, niiden vastaavan merkityksen sekä kyseisten yhtiöiden markkinavoiman huomioon ottaminen – ovat siis kyseiselle asialle ominaisia eikä niitä voida yleistää, koska tämä voi aiheuttaa sekaannusta tarkoitukseen perustuvien rajoitusten ja vaikutukseen perustuvien rajoitusten välille.

85. Tuomion Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160) jälkeisessä oikeuskäytännössä vahvistetaan kyseisen tuomion erityisyys ja yksittäisyys.

86. Unionin tuomioistuin on nimittäin toistuvasti todennut, että sen arvioimiseksi, onko yritysten välinen sopimus tai yritysten yhteenliittymän päätös riittävän vahingollinen, on tarkasteltava sen lausekkeiden sisältöä, sen tavoitteita sekä sen taloudellista ja oikeudellista asiayhteyttä. Vaikka unionin tuomioistuin on sittemmin toistanut tämän asiayhteyden arvioinnin osalta joitakin niistä tekijöistä, jotka esitettiin ensimmäisen kerran tuomiossa Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160), viittaamalla sopimuksen kohteena olevien tavaroiden tai palvelujen luonteeseen sekä kyseisten markkinoiden toimintaan ja rakenteeseen liittyviin tosiasiallisiin olosuhteisiin,[49] se ei ole kuitenkaan enää lisännyt mainitun tuomion taustalla olleelle tapaukselle ominaisia yksityiskohtaisia kriteerejä.

48 — Tämä erityisyys johtuu siitä, että unkarilaiset autojen valtuutetut jälleenmyyjät voivat toimia asiakkaidensa lukuun joko autovakuutusten välittäjinä tai vakuutusmeklareina ajoneuvojen myynnin tai korjauksen yhteydessä.

49 — Kyseessä ovat tuomion Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160) 36 kohdassa esitetyt kriteerit, jotka on sittemmin toistettu tuomiossa CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, 53 kohta) ja tuomiossa Dole Food ja Dole Fresh Fruit Europe v. komissio (C-286/13 P, EU:C:2015:184, 117 kohta). Ks. myös julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus Fresh Del Monte Produce v. komissio ja komissio v. Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P ja C-294/13 P, EU:C:2014:2439, 209 kohta) ja julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus ING Pensii (C-172/14, EU:C:2015:272, 41 kohta).

d) Yritys tehdä yhteenveto tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen arvioinnissa käytetyistä olettamista

87. Tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen määritelmästä esittämieni yleisten ja alustavien huomautusten jälkeen erottelen kaksi olettamaa.

88. Molemmissa tapauksissa sovelletaan samaa periaatetta: sen arvioimiseksi, onko yritysten välinen sopimus (tai yritysten yhteenliittymän päätös) jo luonteensa puolesta riittävän vahingollinen, jotta sitä voidaan pitää SEUT 101 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuna tarkoitukseen perustuvana kilpailunrajoituksena, on tarkasteltava sen sisältämien lausekkeiden sisältöä, sen tarkoitusta eli sen tavoitteita sekä sen taloudellista ja oikeudellista asiayhteyttä. Tämä periaate koskee soveltuvin osin myös yhdenmukaistettuja menettelytapoja.

89. Jos tarkastelussa tullaan myönteiseen tulokseen ja sopimus, yritysten yhteenliittymän päätös tai yhdenmukaistettu menettelytapa kuuluu johonkin SEUT 101 artiklan 1 kohdassa nimenomaisesti tarkoitetuista ryhmistä, taloudellista ja oikeudellista asiayhteyttä voidaan tarkastella toissijaisesti.

90. Jos tarkastelusta käy sen sijaan ilmi, että sopimus, yritysten yhteenliittymän päätös tai yhdenmukaistettu menettelytapa ei kuulu johonkin SEUT 101 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuista tilanteista tai on ominaispiirteiltään epätyypillinen tai monimutkainen, taloudellista ja oikeudellista asiayhteyttä on tarkasteltava perusteellisemmin.

91. Jälkimmäisessä esimerkkitapauksessa taloudellisen ja oikeudellisen asiayhteyden arvioinnissa voidaan ottaa huomioon kohteena olevien tavaroiden tai palvelujen luonne sekä kyseisten markkinoiden toimintaan ja rakenteeseen liittyvät tosiasialliset olosuhteet sekä poikkeustapauksissa tuomion Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160) 48 kohdassa mainitut muut ominaispiirteet. Vaikka osapuolten aikomuksia ei ole tarpeen ottaa huomioon sen määrittämisessä, onko sopimus, yritysten välisen yhteenliittymän päätös tai yhdenmukaistettu menettelytapa kilpailua rajoittava vai ei, niiden huomioon ottaminen ei ole myöskään kiellettyä. [50]

2. Tarkoitukseen perustuvan rajoituksen arviointi nyt käsiteltävässä asiassa

92. Toshiba väittää ensimmäisessä valitusperusteessaan, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen katsoessaan, että herrasmiessopimuksen kaltainen sopimus, jolla pyritään suojelemaan eurooppalaisia valmistajia niiden alueella japanilaisten valmistajien taholta tulevalta todelliselta tai potentiaaliselta kilpailulta, saattaa rajoittaa kilpailua, ellei eurooppalaisille markkinoille tulolle ole ylitsepääsemättömiä esteitä, jotka sulkevat pois kaiken japanilaisten valmistajien taholta tulevan potentiaalisen kilpailun. [51]

93. Toshiban mielestä unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt selvittää, oliko japanilaisilla valmistajilla todelliset ja konkreettiset mahdollisuudet tulla markkinoille ja olisiko tällainen markkinoille tulo taloudellisesti elinkelpoinen strategia. Toshiban mukaan unionin yleinen tuomioistuin teki virheen tyytyessään vain selvittämään, olivatko markkinoille tulon esteet ylitsepääsemättömiä, ja katsoessaan, että komission tarvitsi ainoastaan osoittaa, että eurooppalaisille markkinoille tulon esteet eivät olleet ylitsepääsemättömiä. [52]

50 — Tuomio T-Mobile Netherlands ym. (C-8/08, EU:C:2009:343, 27 kohta); tuomio GlaxoSmithKline Services ym. v. komissio ym. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, 58 kohta); tuomio Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160, 37 kohta) ja tuomio CB v. komissio (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, 54 kohta).

51 — Valituksenalaisen tuomion 230 kohta.

52 — Idem.

94. Unionin yleinen tuomioistuin teki Toshiban mielestä oikeudellisen virheen myös tukeutuessaan japanilaisten valmistajien ja eurooppalaisten valmistajien välillä vallinneen kilpailusuhteen osoittamiseksi herrasmiessopimukseen, kun se katsoi, että herrasmiessopimuksen olemassaolo on itsessään voimakas osoitus japanilaisten ja eurooppalaisten valmistajien välisestä kilpailusuhteesta. [53]

95. Toshiba arvostelee siis pääasiallisesti vastausta, jonka unionin yleinen tuomioistuin antoi sille esitettyyn perusteluun, jonka mukaan komissio ei ollut laatinut tilanteesta yksityiskohtaista taloudellista analyysia.

96. Tältä osin on kuitenkin todettava, että unionin yleinen tuomioistuin totesi ennen arvostelun kohteena olevia kohtia

— yhtäältä, että EY 81 artiklan 1 kohdassa kielletään kartellit, joiden tarkoituksena tai vaikutuksena on kilpailun rajoittaminen ja että sen vuoksi kartellin konkreettisia vaikutuksia ei ollut tarpeen osoittaa toteen, koska sen tarkoituksena on rajoittaa kilpailua (valituksenalaisen tuomion 227 kohta), ja

— toisaalta, että komissio oli todennut perustellusti, että koska herrasmiessopimus koski markkinoiden jakamista, se oli määritettävä tarkoitukseen perustuvaksi rajoitukseksi (valituksenalaisen tuomion 228 kohta), ja että näin ollen komissio oli todennut perustellusti – –, ettei sen velvollisuutena ollut osoittaa, että sopimuksella oli ollut kilpailunvastaisia vaikutuksia (valituksenalaisen tuomion 228 kohta).

97. Tämä analyysi on mielestäni täysin edellä esittämäni lähestymistavan mukainen.

98. Koska herrasmiessopimuksessa konkretisoituu vapaamuotoinen kartelli, jonka mukaan eurooppalaiset valmistajat ja japanilaiset valmistajat olivat sopineet pidättäytyvänsä suorittamasta myyntejä toistensa alueilla, sen luonnehtiminen tarkoitukseen perustuvaksi rajoitukseksi on tämäntyyppisen sopimuksen tai kartellin yleisen käsitteen mukainen. [54]

99. Tarkoitukseen perustuvan rajoituksen tunnistamiseen liittyvien todistuksellisten seurausten ja laajan valvonnan mukaisesti unionin yleinen tuomioistuin katsoi perustellusti, että herrasmiessopimuksen kaltainen sopimus, jolla pyritään suojelemaan eurooppalaisia valmistajia niiden alueella japanilaisten valmistajien taholta tulevalta todelliselta tai potentiaaliselta kilpailulta, saattaa rajoittaa kilpailua, ellei eurooppalaisille markkinoille tulolle ole ylitsepääsemättömiä esteitä, jotka sulkevat pois kaiken japanilaisten valmistajien taholta tulevan potentiaalisen kilpailun, ja että komission tarvitsi ainoastaan osoittaa, että eurooppalaisille markkinoille tulon esteet eivät olleet ylitsepääsemättömiä; [55] komissio tekikin näin tuomalla esiin tapauksen, jossa japanilainen valmistaja oli tullut kyseisille markkinoille.

100. Unionin yleinen tuomioistuin ei tehnyt oikeudellista virhettä myöskään katsoessaan, että herrasmiessopimuksen olemassaolo on itsessään voimakas osoitus japanilaisten ja eurooppalaisten valmistajien välisestä kilpailusuhteesta [56], eikä katsoessaan, että eurooppalaisille markkinoille tulon esteet eivät olleet ylitsepääsemättömiä. Herrasmiessopimus on sopimuksena osa asian kannalta merkityksellistä taloudellista ja oikeudellista asiayhteyttä.

53 — Valituksenalaisen tuomion 231 kohta.

54 — 101 artiklan 1 kohdan c alakohta koskee nimenomaisesti päätöksiä tai menettelytapoja, joissa ”jaetaan markkinoita tai hankintalähteitä”. Ks. myös Geradin, D., Layne-Farrar, A. ja Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nro 3-114, s. 135 ja Whish, R., ja Bailey, D., *Competition law*, 7e éd., Oxford University Press, 2012, s. 122; Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelles, 2013, nro 68; Bourgeois, J.H.J., ”On the Internal Morality of EU Competition Law”, julkaisussa *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bruxelles, 2014, s. 347–374, erityisesti s. 351; Harrison, D., ”The *Allianz Hungária* case. The ECJ’s judgment could have ugly consequences”, *Competition Law Insight*., 2013, vol. 12, s. 10–12, erityisesti s. 10.

55 — Valituksenalaisen tuomion 230 kohta.

56 — Valituksenalaisen tuomion 231 kohta.

101. Se, että unionin yleistä tuomioistuinta vaadittaisiin tutkimaan, oliko japanilaisilla valmistajilla todelliset ja konkreettiset mahdollisuudet tulla markkinoille ja olisiko tällainen markkinoille tulo taloudellisesti elinkelpoinen strategia, kuten Toshiba ensimmäisen valitusperusteensa tueksi väittää, johtaisi siihen, että esitettävälle näytölle asetettaisiin tiukemmat vaatimukset. Tällainen vaatimus olisi kuitenkin unionin oikeuskäytännön [57] sekä omissa yleisissä ja alustavissa huomioissani esittämäni näkemyksen vastaista.

102. Ensimmäinen valitusperuste on näin ollen todettava perusteettomaksi.

B *Toinen valitusperuste, jonka mukaan unionin yleinen tuomioistuin on ottanut vääristyneellä tavalla huomioon selvitysaineiston, johon se on tukeutunut todetakseen, etteivät esteet ETA-alueen markkinoille pääsylle olleet ylitsepääsemättömiä*

103. Osoittaakseen, että eurooppalaisille markkinoille pääsyn mahdolliset esteet eivät olleet ylitsepääsemättömiä, unionin yleinen tuomioistuin tukeutui paitsi herrasmiessopimuksen olemassaoloon myös siihen, että yksi japanilaisista yrityksistä oli osallistunut sopimukseen ja oli hyväksynyt Euroopassa sijaitsevilta asiakkailta peräisin olevia hankkeita.

104. Toshiba sen sijaan väitti Hitachi-yrityksen todenneen 28.2.2008 päivättyyn tiedusteluun antamassaan vastauksessa ja istunnossa, ettei se ollut myynyt tehomuuntajia unionissa tai ETA-alueella vuosina 2001–2003. Unionin yleinen tuomioistuin katsoi tästä toteamuksesta, että kyseisessä yhteydessä oli muistettava, että Hitachi korjasi toteamuksiaan myöhemmin 30.3.2009 päivätyssä kirjeessään ja ilmoitti hyväksyvänsä komission päätelmät herrasmiessopimuksen olemassaolosta ja merkityksestä sellaisina kuin ne oli esitetty väitetiedoksiannossa. [58]

105. Toshiba katsoo, että näin toimiessaan unionin yleinen tuomioistuin on ottanut vääristyneellä tavalla huomioon Hitachin kirjeen sisällön ja tulkinnut sitä vääristyneellä tavalla.

106. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan SEUT 256 artiklasta ja Euroopan unionin tuomioistuimen perussäännön 58 artiklan ensimmäisestä kohdasta ilmenee, että muutosta voidaan hakea vain oikeuskysymyksiä koskevilta osin ja että näin ollen ainoastaan unionin yleinen tuomioistuin on toimivaltainen toisaalta määrittämään ratkaisun perustaksi asetettavan tosiseikaston, lukuun ottamatta sellaisia tapauksia, joissa määritetyn tosiseikaston paikkansapitämättömyys käy ilmi unionin yleiselle tuomioistuimelle toimitetusta aineistosta, ja toisaalta arvioimaan tätä tosiseikastoa. Toisin sanoen lukuun ottamatta sitä tapausta, että unionin yleiselle tuomioistuimelle esitetty selvitysaineisto on otettu huomioon vääristyneellä tavalla, tosiseikaston arviointi ei ole sellainen oikeuskysymys, että se sinänsä kuuluisi unionin tuomioistuimen harjoittaman valvonnan piiriin. [59]

107. Väitetyn tosiseikaston huomioon ottamisen vääristyneellä tavalla on ilmettävä aineistosta selvästi ilman, että tosiseikastoa ja selvitysaineistoa on tarpeen arvioida uudelleen. [60]

57 — Tuomio Sumitomo Metal Industries ja Nippon Steel v. komissio (C-403/04 P ja C-405/04 P, EU:C:2007:52, 45 kohta).

58 — Valituksenalaisen tuomion 233 kohta.

59 — Ks. vastaavasti muun muassa tuomio Wunenburger v. komissio (C-362/05 P, EU:C:2007:322, 66 kohta); tuomio YKK ym. v. komissio (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, 44 kohta) ja tuomio Marktgemeinde Straßwalchen ym. (C-531/13, EU:C:2015:79, 38 kohta).

60 — Ks. vastaavasti muun muassa tuomio Wunenburger v. komissio (C-362/05 P, EU:C:2007:322, 67 kohta); tuomio YKK ym. v. komissio (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, 44 kohta) ja tuomio Marktgemeinde Straßwalchen ym. (C-531/13, EU:C:2015:79, 39 kohta).

108. Hitachin kirjeen tarkastelusta ei käy kuitenkaan ilmi, että unionin yleinen tuomioistuin olisi ottanut tosiseikaston huomioon vääristyneellä tavalla. Kirjeessä nimittäin nimenomaisesti todetaan, että Hitachi hyväksyy päätelmät herrasmiessopimuksen olemassaolosta ja merkityksestä sellaisina kuin ne oli esitetty väitetiedoksiannossa. Toshiban oma vastaus väitetiedoksiantoon osoittaa kuitenkin komission vedonneen väitetiedoksiannossa siihen, että Hitachi oli hyväksynyt kolme Euroopan markkinoita koskevaa sopimusta. [61]

109. Näin ollen unionin yleinen tuomioistuin pystyi ottamatta vääristyneellä tavalla huomioon Hitachin kirjeessä olevia tosiseikkoja, toteamaan valituksenalaisen tuomion 232–234 kohdassa, että Hitachi oli komission tiedusteluun 28.2.2008 lähettämänsä vastauksen jälkeen ja istunnossa korjannut toteamuksiaan ja ilmoittanut hyväksyvänsä komission päätelmät herrasmiessopimuksen olemassaolosta ja merkityksestä sellaisina kuin ne oli esitetty väitetiedoksiannossa.

110. Huomautan lisäksi, että toinen valitusperuste, johon Toshiba vetoaa valituksensa tueksi, koskee ainoastaan valituksenalaisen tuomion 233 kohtaa. Unionin yleinen tuomioistuin toteaa kuitenkin kyseistä kohtaa välittömästi edeltävässä kohdassa, että komission riidanalaisessa päätöksessään mainitsemat Hitachin hyväksymät kolme eurooppalaista hanketta osoittavat, että markkinoille tulon esteet eivät olleet japanilaiselle valmistajalle ylitsepääsemättömiä. Toshiba ei arvostele kuitenkaan valituksessaan tätä kohtaa saati muitakaan kohtia, joissa unionin yleinen tuomioistuin kysymystä tarkastelee (ja joihin se viittaa tuomionsa 233 kohdan lopussa). [62]

111. Se, että Toshiba ei arvostele kyseisiä kohtia, on ristiriidassa sen mahdollisuuden kanssa, että tosiseikat olisi otettu vääristyneellä tavalla huomioon, sillä tämän on – kuten muistetaan – ilmettävä aineistosta selvästi ilman, että tosiseikastoa ja selvitysaineistoa on tarpeen arvioida uudelleen.

112. On siis katsottava, ettei Hitachin kirjeen tarkastelusta käy ilmi, että unionin yleinen tuomioistuin olisi ottanut siihen sisältyvät tosiseikat huomioon ilmeisen vääristyneellä tavalla.

C Kolmas valitusperuste, joka koskee Toshiban osallistumisaikaa rikkomiseen ja jossa vedotaan ristiriitaisiin perusteluihin, todisteiden vääristämiseen, julkisen irtisanoutumisen virheelliseen soveltamiseen ja yksilöllisen vastuun periaatteen loukkaamiseen

113. Toshiban esittämä kolmas valitusperuste koskee sen ajan pituutta, jona se osallistui herrasmiessopimukseen. Tämä valitusperuste on jaettu kolmeen osaan. Toshiba väittää ensinnäkin, että unionin yleisen tuomioistuimen tuomion perustelut ovat ristiriitaiset verrattuna tosiseikkoihin ja aiemmin vahvistettuun näyttöön, minkä vuoksi näyttö on otettu vääristyneellä tavalla huomioon. Toiseksi se väittää, että unionin yleinen tuomioistuin on soveltanut virheellisesti julkista irtisanoutumista koskevaa arviointiperustetta. Kolmanneksi se väittää, että unionin yleinen tuomioistuin on loukannut yksilöllisen vastuun periaatetta pitäessään ”tehottomana” Toshiban väitettä siitä, ettei se ollut osallistunut Zürichin kokoukseen. Toinen ja kolmas osa koskevat tosiasiassa unionin yleisen tuomioistuimen samoja näkemyksiä, joten tarkastelen niitä yhdessä.

1. Ristiriitaiset perustelut ja näytön huomioon ottaminen vääristyneellä tavalla

114. Unionin yleinen tuomioistuin on Toshiban mielestä toiminut ristiriitaisesti, kun se yhtäältä totesi valituksenalaisen tuomion 208 kohdassa Toshiban kieltäytyneen osallistumasta tuleviin kokouksiin ja toisaalta katsoi olevan epäilyksiä siitä, että valittaja osallistuu herrasmiessopimukseen tulevaisuudessa (valituksenalaisen tuomion 209 kohta), ja kun se katsoi, että valittajan osallistuminen oli riippuvainen TM T&D:n osallistumisesta (valituksenalaisen tuomion 211 kohta).

61 — Ks. väitetiedoksiantoa koskevan Toshiban vastauksen 83–88 kohta valituksen liitteessä A.03.24a.

62 — Toisin sanoen valituksenalaisen tuomion 59–62 kohta.

115. Nämä Toshiban väitteet johtuvat varmastikin siitä, että se on tutkinut vain osittain valituksenalaista tuomiota ja asiakirjoja, joihin Toshiban tueksi on vedottu.

116. Unionin yleinen tuomioistuin nimittäin toteaa tuomionsa 208 kohdassa, että yhteisyritys TM T&D:n perustamisen vuoksi Toshiban osallistumisesta tuleviin kokouksiin ei ollut tehty vielä päätöstä. Unionin yleinen tuomioistuin päättelee eräiden asiakirjojen perusteella, että Toshiba oli tosin kieltäytynyt osallistumasta kokouksiin, mutta muut osallistujat olivat todenneet selvästi, ettei herrasmiessopimuksen voimassaolon jatkaminen ollut enää mielekästä ilman Toshibaa.

117. Unionin yleinen tuomioistuin toimi täysin loogisesti, kun se huomautti valituksenalaisen tuomion 210 kohdassa, ettei Toshiban voida katsoa irtisanoutuneen herrasmiessopimuksesta Wienin kokouksessa minkään asiakirjan perusteella, ja totesi sitten tuomion 211 kohdassa valittajan esittämistä asiakirjoista ilmenevän myös, että sen ilmoitettua TM T&D:n osallistumisen tuleviin kokouksiin olevan vielä ratkaisematta ja oman osallistumisensa kokouksiin riippuvan TM T&D:n osallistumisesta kokoukseen osallistuneet yritykset vahvistivat kuitenkin herrasmiessopimuksen ja kyseiseen kartelliin kuuluvien hankkeiden ilmoittamissäännöt.

118. Toisin kuin Toshiba väittää, jokainen asiakirja, johon on vedottu, vahvistaa epävarmuuden, joka liittyi siihen, osallistuuko se itse vai TM T&D:n välityksellä yhtäältä seuraavaan kokoukseen ja toisaalta jatkossa herrasmiessopimukseen.

119. Ensiksi on todettava, että Okamoton (Fuji) laatiman Wienin kokousmuistion mukaan Toshiban osallistumisesta yhteisyrityksen perustamisen jälkeisiin kokouksiin ei ollut tehty vielä päätöstä. Vaikka muistiossa todetaan lisäksi sulkeissa, ettei aikomuksena ole tehdä ponnetonta päätöstä, jossa esimerkiksi todettaisiin osallistumisen jatkuvan [Toshibana], välittömästi tämän lauseen jälkeen on merkintä ”kyllä tai ei”. Sen lisäksi, että lause on liitännäinen, mikä käy ilmi sulkeiden käytöstä, vaihtoehdon ”kyllä tai ei” lisääminen osoittaa kiistattomasti, että kyseessä oli vasta ensimmäinen ajatus, josta ei ollut tehty vielä päätöstä. [63]

120. Lisäksi on todettava, että toisin kuin Toshiba väittää, tulkintahuomautuksessa, joka oli liitteenä Fujin komissiolle esittämässä sakoista vapauttamista tai sakkojen lieventämistä koskevassa ilmoituksessa, todetaan paitsi Toshiban kieltäytyneen mahdollisuudesta osallistua kokouksiin TM T&D:n perustamisen jälkeen (koska Mitsubishikaan ei osallistu niihin) myös, että koska Mitsubishi ei enää osallistu näihin kokouksiin, olisi tehtävä päätös siitä, olisiko TM T&D:llä lupa osallistua niihin. [64]

121. Paikkansapitämätön on myös toteamus siitä, ettei Wienin kokouspöytäkirja ole selkeä, vaikka siinä todetaan täysin yksiselitteisesti, että Toshiban osallistumisesta tuleviin kokouksiin päätetään suhteellisen nopeasti, ja täsmennetään vielä, että tulevien kokousten järjestäminen on mielekästä vain, jos osallistuminen jatkuu. Kokouspöytäkirjan kohdan lopussa todetaan lisäksi, että tämä kysymys on seuraavan kokouksen tärkein asiakohta. [65] Sillä välin vahvistettiin itse herrasmiessopimus. [66]

63 — Alkuperäisessä englanninkielisessä asiakirjassa todetaan seuraavaa: ”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.)” (Okamoton laatima Fujin sisäinen muistio Wienin kokouksesta, valituksen liite A.14).

64 — Alkuperäisessä englanninkielisessä asiakirjassa todetaan seuraavaa: ”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.” (Fujin ilmoitus komissiolle sakoista vapauttamista tai niiden lieventämistä koskevassa hakemuksessa, valituksen liite A.16).

65 — Alkuperäisessä englanninkielisessä asiakirjassa todetaan seuraavaa: ”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.” (Wienin kokouspöytäkirja, Siemens/Hitachi, valituksen liite A.15).

66 — Alkuperäisessä englanninkielisessä asiakirjassa todetaan seuraavaa kohdassa ”3. GA and Inhouse business”: ”Confirmation on rules: GA enquiries via Secs” (Wienin kokouspöytäkirja, Siemens/Hitachi, valituksen liite A.15).

122. Näin ollen on todettava, että unionin yleisen tuomioistuimen tuomion perustana olevien asiakirjojen tarkastelusta ei käy ilmi, että unionin yleinen tuomioistuin olisi ottanut asiakirjoihin sisältyvät tosiseikat ilmeisen vääristyneellä tavalla huomioon tai että sen päättelystä olisi tullut ristiriitainen.

2. Julkista irtisanoutumista koskevan arviointiperusteen virheellinen soveltaminen ja yksilöllisen vastuun periaatteen loukkaaminen

123. Toshiban mielestä unionin yleinen tuomioistuin on soveltanut virheellisesti julkista irtisanoutumista koskevaa arviointiperustetta, kun se hylkäsi valituksenalaisen tuomion 218 kohdassa Toshiban perustelun, jonka mukaan tämä ei ollut osallistunut Zürichin kokoukseen TM T&D:n perustamisen jälkeen, toteamalla sen tehottomaksi. Toshiba toisin sanoen katsoo valituksenalaisen tuomion 213–220 kohtaan viitaten, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen katsoessaan, ettei Toshiban poissaololla Zürichin kokouksesta ollut merkitystä arvioitaessa julkista irtisanoutumista koskevaa arviointiperustetta, koska unionin yleinen tuomioistuin oli jo aiemmin päätellyt asiakirjoista, joihin Toshiba oli vedonnut, että tämän voidaan epäillä osallistuvan kartelliin tulevaisuudessa.

124. Todettakoon, että vaikka yritykset, joita moititaan kilpailuvastaisesta menettelystä, vetoavat tavallisesti julkista irtisanoutumista koskevaan arviointiperusteeseen, se ei esiinny kuitenkaan laajemmin oikeuskäytännössä,[67] ja se on herättänyt vain vähän kiinnostusta oikeuskirjallisuudessa. Sen hahmottamiseksi on mielestäni hyvä tarkastella tuomiota Comap v. komissio (C-290/11 P, EU:C:2012:271).

125. Unionin tuomioistuin katsoi nimittäin kyseisessä tuomiossa, että julkisen irtisanoutumisen ja kilpailunvastaisen menettelyn jatkuvuuden käsitteet ovat ilmaisu tosiasiallisista tilanteista, joiden olemassaolon pääasiaa käsittelevä tuomioistuin on todennut tapauskohtaisesti tiettyjä sille esitettyjä ”yhteensattumia ja indisioita” koskevan arvioinnin perusteella ja ”kaikkien merkityksellisten todisteiden ja indisioiden kokonaisvaltaisen tarkastelun” johdosta.[68] Tämän määritelmän perusteella voidaan katsoa, että silloin, kun tämä selvitys on saatu asianmukaisesti ja yleisiä oikeusperiaatteita ja todistustaakkaa sekä asian selvittämistä koskevia menettelysääntöjä on noudatettu, ainoastaan unionin yleisen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida sille esitetyn selvityksen näyttöarvoa. Lukuun ottamatta sitä tapausta, että selvitysaineisto on otettu huomioon vääristyneellä tavalla, tämä arviointi ei näin ollen ole sellainen oikeuskysymys, että se sinänsä kuuluisi unionin tuomioistuimen harjoittaman valvonnan piiriin”.[69]

126. Kyseinen lähestymistapa on aiemman oikeuskäytännön mukainen[70] ja vahvistetaan tuomiossa Quinn Barlo ym. v. komissio (C-70/12 P, EU:C:2013:351, 28–30 kohta).

127. Yritys vetoaa julkiseen irtisanoutumiseen yleensä silloin, kun se on osallistunut tiettyyn kokoukseen mutta ei halua osallistua sen aikana käsiteltyyn sopimukseen tai kartelliin. Unionin oikeuskäytäntö tällaisesta olettamasta, jota voidaan luonnehtia vakiintuneeksi, vaikka sitä on käsitelty vain rajoitetussa joukossa tuomioita, voidaan tiivistää seuraavasti: ”riittää, että osoitetaan asianomaisen

67 — Ks. muun muassa tuomio Aalborg Portland ym. v. komissio (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); tuomio Dansk Rørindustri ym. v. komissio (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); tuomio Archer Daniels Midland v. komissio (C-510/06 P, EU:C:2009:166); tuomio Comap v. komissio (C-290/11 P, EU:C:2012:271); tuomio Quinn Barlo ym. v. komissio (C-70/12 P, EU:C:2013:351) ja määräys Adriatica di Navigazione v. komissio (C-111/04 P, EU:C:2006:105). Ajatus julkisesta irtisanoutumisesta on nähtävissä tuomiossa komissio v. Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356), johon johtaneessa asiassa komissio väitti, että ”[n]äin ollen jokaisen, joka väittää *erottuvansa* muista sovittuja toimenpiteitä koskevien johtopäätösten osalta, on esitettävä nimenomaista näyttöä tästä *erottuvuudestaan*” (95 kohta). Kursivointi tässä.

68 — 71 kohta.

69 — Idem.

70 — Ks. vastaavasti lisäksi tuomio Comap v. komissio (C-290/11 P, EU:C:2012:271, 76–78 kohta); tuomio Archer Daniels Midland v. komissio (C-510/06 P, EU:C:2009:166, 132 kohta) ja määräys Adriatica di Navigazione v. komissio (C-111/04 P, EU:C:2006:105, 50 ja 54 kohta).

yrityksen osallistuneen kokouksiin, joiden aikana on tehty kilpailunvastaisia sopimuksia, ilman että se olisi selvästi vastustanut niitä, jotta kyseisen yrityksen osallistuminen [kartelliin] voidaan osoittaa riittävällä tavalla. Jos osallistuminen tällaisiin kokouksiin on toteennäytetty, kyseisen yrityksen on esitettävä selvitystä siitä, että sen osallistumisella kyseisiin kokouksiin ei ollut [kilpailunvastaista] tarkoitusta, osoittamalla ilmoittaneensa kilpailijoilleen, että se osallistui näihin kokouksiin eri tarkoituksessa kuin ne”.[71] Tältä osin unionin tuomioistuin on lisännyt, että ”näin ollen kartellin muiden osapuolten käsitys kyseisen yrityksen aikomuksesta on ratkaiseva, kun arvioidaan sitä, onko viimeksi mainittu päättänyt irtisanoutua laittomasta sopimuksesta”.[72]

128. Nyt käsiteltävässä asiassa Toshiba väittää kolmannen valitusperusteen toisessa ja kolmannessa osassa pääasiallisesti, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen, kun se katsoi, että Toshibaa voitiin pitää herrasmiessopimuksen osapuolena Zürichin kokoukseen saakka huolimatta siitä, mitä se oli sopimuksesta irtisanoutumiseksi ilmoittanut syyskuussa 2002 pidetyssä Wienin kokouksessa; oikeudellinen virhe oli tehty myös siltä osin, että Toshiba ei ollut osallistunut ainakaan omassa ominaisuudessaan Zürichin kokoukseen toukokuussa 2003 ja että komissio ei ollut sisällyttänyt yhteisyritys TM T&D:tä riidanalaisen päätöksen addressaatteihin.

129. Esillä olevassa asiassa tosiseikasto on tosin hieman erilainen kuin edellä mainitsemissani tuomioissa. Nyt käsiteltävässä asiassa Toshiba nimittäin väittää irtisanoutuneensa sopimuksesta julkisesti Wienin kokouksessa ilmoittamalla, ettei se aio osallistua seuraaviin kokouksiin ainakaan omassa ominaisuudessaan, koska se oli perustanut Mitsubishin kanssa yhteisyrityksen (jonka osallistumisesta ei ollut vielä tehty päätöstä), ja tämän vahvisti sen poissaolo Zürichin kokouksesta.

130. Tässäkin erityistilanteessa kuitenkin katson, että kysymys siitä, voitiinko Toshiban katsoa olevan herrasmiessopimuksen osapuoli Wienin kokouksen ja Zürichin kokouksen välisenä aikana, jää tosiseikaston arvioinnin varaan, mikä ei kuulu unionin tuomioistuimen toimivaltaan lukuun ottamatta tilanteita, joissa selvitysaineisto on otettu huomioon vääristyneellä tavalla.[73] Toshiban esittämä valitusperuste tarkoittaa loppujen lopuksi, että ”kyseenalaistetaan unionin yleisen tuomioistuimen arviointi sille esitetyistä tosiseikoista ja selvitysaineistosta, jotka koskevat valittajan julkisen irtisanoutumisen puuttumista”.[74]

131. Toisin kuin asiassa Total marketing services v. komissio (C-634/13 P, vireillä unionin tuomioistuimessa), nyt käsiteltävässä asiassa ei ole kyse tilanteesta, jossa ei ole minkäänlaista todistetta siitä, että kyseinen yritys olisi jatkanut riidanalaiseen kartelliin osallistumista tietyn päivämäärän jälkeen. Päinvastoin: palaan erotteluun, jonka julkisasiamies Wahl teki kyseisessä asiassa esittämässään ratkaisuehdotuksessa,[75] ja totean, että kyse on juuri tilanteesta, jossa julkisen irtisanoutumisen puuttumisen vuoksi voidaan pitää kiinni konkreettisiin viitteisiin perustuvasta olettamasta, jonka mukaan kilpailunvastaisessa tarkoituksessa pidettyihin kokouksiin osallistuneen yrityksen oletetaan osallistuneen kartelliin, johon sovelletaan SEUT 101 artiklan 1 kohdassa määrättyä kieltoa.

132. Toshiba toteaa aluksi valituksen 25 kohdassa väittäneensä unionin yleiselle tuomioistuimelle esittämässään vastineessa, ettei sen osallistumisen jatkumisesta Wienin kokouksen jälkeen ollut näyttöä ja että herrasmiessopimuksen muut osapuolet olivat saaneet erinäisten seikkojen perusteella selvän käsityksen siitä, että Toshiba oli irtisanoutunut julkisesti kyseisestä sopimuksesta; koska se oli

71 — Tuomio Archer Daniels Midland v. komissio (C-510/06 P, EU:C:2009:166, 119 kohta), jossa viitataan tuomioon Aalborg Portland ym. v. komissio (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, 81 kohta).

72 — Tuomio Archer Daniels Midland v. komissio (C-510/06 P, EU:C:2009:166, 120 kohta).

73 — ”Koska rikkomisen keston määrittäminen perustuu tosiseikkoihin, se ei kuulu unionin tuomioistuimen harjoittaman valvonnan piiriin muutoksenhakuvaiheessa lukuun ottamatta tilanteita, joissa unionin yleisen tuomioistuimen käsiteltäväksi saatettu selvitysaineisto on otettu vääristyneellä tavalla huomioon. Tämä pätee muun muassa ’julkisen irtisanoutumisen ja kilpailunvastaisen menettelytavan jatkuvuuden käsitteiden – –’ soveltamiseen.” (vapaa käännös) (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, nro II.1314).

74 — Tuomio Quinn Barlo ym. v. komissio (C-70/12 P, EU:C:2013:351, 28 kohta).

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

osallistunut eri tapaamisiin ja myös Wienin kokoukseen, sen olisi kuitenkin itse pitänyt näyttää edellä esitetyn oikeuskäytännön mukaisesti toteen, että se oli irtisanoutunut julkisesti herrasmiessopimuksesta [76] ja että tällainen oli myös kartellin muiden osapuolten käsitys sen aikomuksesta. [77]

133. Unionin yleinen tuomioistuin tutki tässä yhteydessä selvitysaineiston, jonka Toshiba oli tätä varten toimittanut sen arvioitavaksi, tarkemmin sanoen Wienin kokouspöytäkirjan, Fujin sisäisen muistion mainitusta kokouksesta ja kokousta koskevan Fujin selvityksen, joka on sen sakoista vapauttamista tai niiden lieventämistä koskevan hakemuksen liitteenä. [78]

134. Toshiba ei ole kuitenkaan riitauttanut arviointia, jonka unionin yleinen tuomioistuin on suorittanut tältä osin, [79] lukuun ottamatta valituksenalaisen tuomion 209–211 kohtaa, jonka se riitautti kolmannen valitusperusteen ensimmäisen osan yhteydessä. Oma päätelmäni tästä on, että unionin yleisen tuomioistuimen tuomionsa perustana käyttämien asiakirjojen tarkastelusta ei käy ilmi, että se olisi ottanut asiakirjoihin sisältyvät tosiseikat ilmeisen vääristyneellä tavalla huomioon tai että sen päättelystä olisi tullut ristiriitainen.

135. Kyseiset asiakirjat herättävät päinvastoin epäilyjä Toshiban osallistumisesta seuraaviin kokouksiin ja herrasmiessopimuksen vahvistamisesta tätä päätöstä odoteltaessa.

136. Koska Toshiba pyrkii kyseenalaistamaan tosiseikkoja ja selvitysaineistoa koskevan unionin yleisen tuomioistuimen arvioinnin, ja koska selvitysaineistoa ei ole otettu vääristyneellä tavalla huomioon, kolmannen valitusperusteen toinen osa on näin ollen jätettävä tutkimatta.

137. Kolmannen valitusperusteen kolmannesta osasta katson, ettei unionin yleinen tuomioistuin ole tehnyt oikeudellista virhettä todetessaan tehottomiksi ne Toshiban väitteet, jotka koskevat komission tulkintaa R:n roolista Zürichin kokouksessa ja sitä, että Zürichin kokous ei ollut kilpailunvastainen.

138. Unionin yleinen tuomioistuin on perustellusti katsonut, että vaikka kyseiset väitteet olisivatkin perusteluja, niillä ei voida horjuttaa komission toteamusta, jonka mukaan Toshiba osallistui herrasmiessopimukseen 15.5.2003 saakka. Unionin yleinen tuomioistuin perusti näkemyksensä nimittäin valituksenalaisen tuomion 205–214 kohtaan, vaikka se katsoi valituksenalaisen tuomion 220 kohdassa, että ”siinäkin tapauksessa, ettei kantaja olisi osallistunut Zürichin kokoukseen eikä kokouksella olisi ollut kilpailunvastaista tarkoitusta, kantajan on katsottava osallistuneen herrasmiessopimukseen kyseiseen kokoukseen saakka, koska se ei ollut irtisanoutunut sopimuksesta julkisesti”. Tuomion 220 kohta ei ole kuitenkaan valituksen kohteena eikä, kuten aiemmin totesin, 205–214 kohdasta ilmene, että unionin yleinen tuomioistuin olisi ottanut tosiseikaston ja/tai selvitysaineiston vääristyneellä tavalla huomioon.

139. Unionin yleinen tuomioistuin katsoi lisäksi perustellusti valituksenalaisen tuomion 221 kohdassa, ettei Toshiba voi menestyksellisesti vedota siihen, että se lakkasi osallistumasta herrasmiessopimukseen yhteisyrityksen TM T&D perustamisajankohtana eli 1.10.2002. Se ei ollut tuona ajankohtana irtisanoutunut julkisesti riidanalaisesta kartellista unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitetulla tavalla, jossa ratkaisevaa on kartellin muiden osapuolten käsitys kyseisen yrityksen aikomuksesta. [80] Wienin kokouksen jälkeen ja ennen 1.10.2002 muut osapuolet eivät

76 — Ks. vastaavasti tuomio Comap v. komissio (C-290/11 P, EU:C:2012:271, 76 kohta).

77 — Ks. vastaavasti tuomio Archer Daniels Midland v. komissio (C-510/06 P, EU:C:2009:166, 120 kohta).

78 — Ks. valituksenalaisen tuomion 207 kohta.

79 — Toisin sanoen valituksenalaisen tuomion 208–214 kohta.

80 — Ks. vastaavasti tuomio Archer Daniels Midland v. komissio (C-510/06 P, EU:C:2009:166, 120 kohta).

nimittäin olleet vielä varmoja Toshiban ja/tai TM T&D:n mukanaolosta. Päinvastoin: ne olivat yhtäältä vahvistaneet herrasmiessopimuksen ja siihen kuuluvien hankkeiden ilmoittamissäännöt ja toisaalta katsoneet, ettei herrasmiessopimuksen voimassaolon jatkaminen ollut kuitenkaan mielekästä ilman Toshiban osallistumista.

140. Kolmas valitusperuste on näin ollen jätettävä osittain tutkimatta, ja se on osittain perusteeton.

D *Neljäs valitusperuste, jonka mukaan sakon laskennassa on tehty oikeudellisia virheitä*

141. Neljännellä valitusperusteellaan Toshiba väittää, että unionin yleinen tuomioistuin on soveltanut virheellisesti vuoden 2006 suuntaviivojen 18 kohtaa siltä osin kuin se on hyväksynyt sen, että komissio käytti kartellin osapuolten maailmanmarkkinaosuuksia laskeakseen myynnin fiktiivisen arvon ETA-alueella.

142. Mainitussa vuoden 2006 suuntaviivojen kohdassa todetaan, että jotta myyntiluvuissa tällaisissa olosuhteissa otettaisiin huomioon sekä kyseisen myynnin kokonaislaajuus ETA-alueella että kunkin yrityksen suhteellinen osuus rikkomisessa, komissio voi arvioida rikkomiseen liittyvien tavaroiden tai palveluiden myynnin kokonaisarvon kyseisellä maantieteellisellä alueella (joka on laajempi kuin ETA), määrittää kunkin rikkomiseen osallistuvan yrityksen osuuden myynnistä kyseisillä markkinoilla ja soveltaa kyseistä osuutta näiden yritysten kokonaismyyntiin ETA-alueella.

143. Unionin tuomioistuin ei ole tietääkseni vielä tulkinnut tätä suuntaviivojen määräystä, paitsi tuomiossa ICF v. komissio (C-467/13 P, EU:C:2014:2274) [81].

144. Koska vuoden 2006 suuntaviivojen 18 kohta on poikkeus samojen suuntaviivojen 13 kohdassa esitettyyn sääntöön, 13 kohtaa koskevat tiedot ja sen asiayhteys voivat auttaa määrittelemään 18 kohdan soveltamisalan.

145. Tältä osin on hyvä muistuttaa, että vuoden 2006 suuntaviivat annettiin, jotta voitiin varmistaa, että [EY] 81 ja [EY] 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16.12.2002 annetun neuvoston asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 2 kohdan a alakohdan perusteella tehdyt komission päätökset ovat avoimia ja puolueettomia. [82]

146. Kyseisen artiklan tarkoituksena on muun muassa varmistaa, että sakko on riittävän ehkäisevä, mikä oikeuttaa ottamaan huomioon kyseessä olevan yrityksen koon ja taloudellisen vahvuuden. [83]

147. Unionin tuomioistuin on päätellyt tästä, että vuoden 2006 suuntaviivojen 13 kohdan ”tavoitteena on käyttää yritykselle määrättävän sakon laskentapohjana määrää, joka heijastaa rikkomisen taloudellista merkitystä ja yrityksen suhteellista osuutta siinä”. [84]

148. Unionin tuomioistuin katsookin, että olisi vuoden 2006 suuntaviivojen 13 kohdan tavoitteen vastaista tulkita siinä käytetyn myynnin arvon käsitteellä ”tarkoitettavan ainoastaan liikevaihtoa, joka on saatu pelkästään myynnistä, johon [kyseisen] kartellin on osoitettu tosiasiallisesti vaikuttaneen”. [85]

81 — Kyseisessä tuomiossa käsitelty kysymys eroaa kuitenkin esillä olevassa asiassa käsiteltävästä kysymyksestä, sillä se koski vuoden 2006 suuntaviivojen 18 kohdassa mainittua käsitettä ”rikkomiseen liittyvien tavaroiden tai palveluiden myynnin kokonaisarvo” eikä esillä olevassa asiassa käsiteltävää käsitettä ”maantieteellinen alue” (joka on laajempi kuin ETA).

82 — EUVL 2003, L 1, s. 1. Ks. vuoden 2006 suuntaviivojen 3 kohta.

83 — Ks. vastaavasti tuomio Dole Food ja Dole Fresh Fruit Europe v. komissio (C-286/13 P, EU:C:2015:184, 142 kohta).

84 — Ibidem (148 kohta).

85 — Ks. tuomio Guardian Industries ja Guardian Europe v. komissio (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, 57 kohta).

149. Kun vuoden 2006 suuntaviivojen 18 kohdassa poiketaan samojen suuntaviivojen 13 kohdassa tarkoitetusta maantieteellisen alueen rajoista ja laajennetaan alue ETA:n ulkopuolelle, 18 kohdalla on sama tavoite: antaa mahdollisimman täsmällinen kuva yrityksen osuudesta rikkomisessa.

150. Tämä tavoite on perusteltu asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 2 kohdan a alakohdan nojalla; sen tarkoituksena on varmistaa, että sakko on kyseisen yrityksen taloudellinen vahvuuden kannalta riittävän ehkäisevä.

151. Jos siis tulkittaisiin kirjaimellisesti vuoden 2006 suuntaviivojen 18 kohtaa, jonka tarkoituksena on rajoittaa kyseinen maantieteellinen alue (joka on laajempi kuin ETA) vain laittoman kartellin kohteena oleville alueille, tällöin ei välttämättä otettaisi huomioon kyseessä olevan yrityksen tosiasiallista taloudellista vahvuutta ja voitaisiin siis toimia edellä mainitun ehkäisevän tavoitteen vastaisesti.

152. Nyt käsiteltävä tapaus on tästä erinomainen esimerkki. Jos huomioon olisi otettu ainoastaan myynti ETA-alueella ja Japanissa, ainakin yksi kartellin japanilaisista jäsenistä olisi säästynyt sakoilta kokonaan, koska sillä ei ollut myyntiä eurooppalaisilla markkinoilla.

153. Toshiban kannattaman vuoden 2006 suuntaviivojen 18 kohdan suppean tulkinnan voidaan yleisemminkin katsoa johtavan markkinoiden jakamista koskevan sopimuksen tapauksessa siihen, että kyseisen sopimuksen noudattamisesta palkitaan. Sopimusta noudattavalla yrityksellä ei ole nimittäin mitään myyntiä kumppanin alueella, jolloin se välttyy sakolta de facto ja de jure.

154. Unionin yleinen tuomioistuin toimi siis valituksenalaisen tuomion 281 kohdassa perustellusti ja syyllistymättä oikeudelliseen virheeseen, kun se katsoi, että koska valittaja oli osallistunut markkinoiden jakamista koskevaan sopimukseen, jonka tarkoituksena oli ollut rajoittaa japanilaisten valmistajien pääsyä ETA-alueelle, komissio oli perustellusti katsonut, ettei ollut asianmukaista soveltaa menetelmiä, jotka perustuvat tosiasialliseen myyntiin ETA-alueella; unionin yleinen tuomioistuin toimi perustellusti ja syyllistymättä oikeudelliseen virheeseen myös, kun se katsoi valituksenalaisen tuomion 282 kohdassa, että kyseessä olevan rikkomisen luonteen perusteella menetelmät, joissa otetaan huomioon maailmanmarkkinaosuudet, antoivat asianmukaisen kuvan yritysten osuuksista rikkomisessa.

155. Unionin tuomioistuin tulkitsee suuntaviivoja yleensä siten, että ne ovat käytännesääntö, josta komissio ei voi poiketa, tai muuten sille aiheutuu seuraamuksia yhdenvertaisen kohtelun ja luottamuksensuojan periaatteen sekä muiden yleisten oikeusperiaatteiden loukkaamisen perusteella[86]; unionin tuomioistuin on kuitenkin myös täsmentänyt, että tällaiset suuntaviivat ovat komission osalta *viitteellinen* käytännesääntö, josta komissio voi erityistapauksessa poiketa sillä edellytyksellä, että se ilmoittaa tälle perusteet, jotka ovat sopusoinnussa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa.[87]

156. Tämä mahdollisuus mainitaan lisäksi nimenomaisesti vuoden 2006 suuntaviivojen 37 kohdassa, jonka mukaan ”erityistapauksissa voi olla kuhunkin asiaan liittyvien erityispiirteiden vuoksi tai pelotevaikutuksen aikaansaamiseksi perusteltua, että komissio poikkeaa näistä [sakkojen laskentaa koskevissa suuntaviivoissa esitetyistä yleisistä] menetelmistä”.

86 — Ks. vastaavasti tuomio Archer Daniels Midland v. komissio (C-510/06 P, EU:C:2009:166, 60 kohta).

87 — Ks. vastaavasti tuomio Quinn Barlo ym. v. komissio (C-70/12 P, EU:C:2013:351, 53 kohta).

157. Nyt käsiteltävässä asiassa on kuitenkin todettava, ettei komissio jättänyt selittämättä päätöksessään, minkä vuoksi siinä oli perusteltua käyttää maailmanlaajuista myyntiä eikä myyntiä rikkomisen kohteena olevilla alueilla. Tämä johtui yhtäältä siitä, että ”yritysten myynti ETA-alueella ja Japanissa ei antanut riittävän täsmällistä kuvaa kunkin yrityksen osuudesta rikkomisessa”,[88] ja toisaalta siitä, että ”jos huomioon olisi otettu ainoastaan tehomuuntajien myynti ETA-alueella ja Japanissa, Fujille langetettava sakko olisi ollut nolla”.[89]

158. Komissio tukeutui päätöksessään lisäksi tietoisesti vuoden 2006 suuntaviivojen 37 kohtaan täsmentäessään, että ”muut [kuin nyt käsiteltävässä asiassa käytetyt] sakon perusmäärän laskentamenetelmät johtaisivat mielivaltaiseen tulokseen, joka ei ole tasapuolinen *ja jolla ei olisi ehkäisevää vaikutusta*”.[90]

159. Näin ollen myös neljäs valitusperuste on perusteeton.

VI Oikeudenkäyntikulut

160. Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 138 artiklan 1 kohdan mukaan, jota sovelletaan sen 184 artiklan nojalla valituksen käsittelyyn, asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska komissio on vaatinut Toshiban velvoittamista korvaamaan oikeudenkäyntikulut ja koska tämä on hävinnyt asian, se on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

VII Ratkaisuehdotus

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

— valitus hylätään ja

— Toshiba Corporation velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

88 — Riidanalaisen päätöksen 229 perustelukappale.

89 — Riidanalaisen päätöksen 235 perustelukappale.

90 — Ibidem (236 kohta). Kursivointi tässä.