Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MELCHIOR WATHELET
föredraget den 25 juni 2015 [1]

Mål C-373/14 P

Toshiba Corporation
mot

Europeiska kommissionen

”Överklagande — Konkurrensbegränsande samverkan — Marknaden för krafttransformatorer — Muntlig överenskommelse om uppdelning av marknader (’Gentlemen’s Agreement’) — Begreppet konkurrensbegränsning genom syfte — Kriteriet om öppet avståndstagande — Punkt 18 i 2006 års riktlinjer”

1. Toshiba Corporation har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal i mål Toshiba/kommissionen (T-519/09, EU:T:2014:263) (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogillade tribunalen bolagets talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2009) 7601 slutlig av den 7 oktober 2009 om ett förfarande i enlighet med artikel 81 EG (COMP/39.129 – Krafttransformatorer) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

2. Genom detta överklagande ska domstolen på nytt granska begreppet konkurrensbegränsning ”genom syfte”, i den mening som avses i artikel 81.1 EG (nu artikel 101.1 FEUF), och närmare bestämt ange de bedömningskriterier som krävs för att fastställa på vilka villkor ett förfarande kan utgöra en sådan begränsning.

3. Även begreppet ”öppet avståndstagande” och punkt 18 i riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 [2] (nedan kallade 2006 års riktlinjer) står i centrum i förevarande mål.

I – **Tillämpliga bestämmelser**

A – *Unionsrätt*

1. Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

4. I artikel 101.1 FEUF föreskrivs följande

1 — Originalspråk: franska.
2 — EUT C 210, 2006, s. 2.

”Följande är oförenligt med den inre marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den inre marknaden, särskilt sådana som innebär att

a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,

b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,

c) marknader eller inköpskällor delas upp,

d) olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,

e) det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.”

2. 2006 års riktlinjer

5. I punkt 13 i 2006 års riktlinjer föreskrivs följande:

”Kommissionen fastställer grundbeloppet genom att utgå från försäljningsvärdet från de varor eller tjänster som har ett direkt eller indirekt samband med överträdelsen och som företaget sålt i det berörda geografiska området inom EES [Europeiska ekonomiska samarbetsområdet]. Kommissionen utgår i regel från företagets försäljning under det sista kompletta räkenskapsåret då det deltar i överträdelsen …”

6. Punkt 18 i 2006 års riktlinjer avviker dock från denna regel, genom att ange följande:

”Om överträdelsen sträcker sig utanför EES (till exempel världsomfattande karteller) räcker det i vissa fall inte med att fastställa ett företags försäljning inom EES för att ge en korrekt bild av företagets delaktighet i överträdelsen. Det kan framför allt vara fallet vid världsomfattande avtal om uppdelning av marknaden.

I sådana fall kan kommissionen fastställa försäljningsvärdet inom EES och omfattningen av varje företags delaktighet i överträdelsen genom att uppskatta det sammanlagda försäljningsvärdet av de varor eller tjänster överträdelsen avser i det berörda geografiska området (större än EES), fastställa varje deltagande företags andel av försäljningen på denna marknad, och lägga denna andel till varje företags totala försäljning inom EES. Resultatet betraktas som företagets försäljningsvärde när kommissionen fastställer grundbeloppet för böterna.”

7. I punkt 37 i 2006 års riktlinjer anges slutligen att ”[i] riktlinjerna för beräkning av böter beskrivs en allmän metod för att fastställa böter, men kommissionen har rätt att avvika från denna metod eller från de gränser som fastställs i punkt 21 om omständigheterna i ett enskilt ärende kräver det eller om det krävs för att uppnå en tillräckligt avskräckande effekt”.

II – **Bakgrund till tvisten**

8. Det aktuella målet rör sektorn för krafttransformatorer, autotransformatorer och shuntreaktorer med ett spänningsområde på 380 kV och över. En krafttransformator är en viktig elektrisk beståndsdel vars funktion är att minska eller öka spänningen i ett elnät.

9. Toshiba Corporation (nedan kallat Toshiba) är ett japanskt bolag som huvudsakligen är verksamt inom tre verksamhetsområden: digitala produkter, elektriska apparater och komponenter samt infrastruktursystem.

10. Vad beträffar bolagets verksamhet inom den berörda sektorn, ska det göras åtskillnad mellan två faser under den period som kommissionen beaktade vid sin undersökning (från den 9 juni 1999 till den 15 maj 2003, nedan kallad den relevanta perioden). Mellan den 9 juni 1999 och den 30 september 2002 bedrev Toshiba verksamhet genom sitt dotterbolag Power System Co. Från och med den 1 oktober 2002 bedrevs sökandebolagets verksamhet genom TM T&D, ett samriskföretag mellan Toshiba och Mitsubishi Electric i vilket dessa båda företag hade samlat sin produktion av krafttransformatorer.

11. Den 30 september 2008 beslutade kommissionen att inleda ett förfarande avseende marknaden för krafttransformatorer. Meddelandet om invändningar antogs den 20 november 2008. Toshiba besvarade meddelandet den 19 januari 2009. Det muntliga hörandet ägde rum den 17 februari 2009.

12. I det omtvistade beslutet konstaterade kommissionen att Toshiba, under hela den relevanta perioden, hade deltagit i en otillåten samverkan som omfattade hela EES och Japan. Samverkan bestod i en muntlig överenskommelse mellan europeiska och japanska tillverkare av krafttransformatorer, vilken gick ut på att dessa två grupper av tillverkare skulle respektera varandras hemmamarknader genom att avstå från försäljning på dessa marknader (”gentlemen’s agreement”, nedan kallad GA).

13. Kommissionen kvalificerade denna GA som en konkurrensbegränsning genom syfte.

14. I punkterna 165–169 i det omtvistade beslutet prövade kommissionen det argument som hade anförts av vissa företag som omfattades av det aktuella förfarandet, enligt vilket denna samverkan inte hade någon inverkan på konkurrensen, eftersom de japanska och de europeiska tillverkarna inte var konkurrenter på grund av de oöverstigliga hindren för inträde på EES-marknaden. I det avseendet gjorde kommissionen i huvudsak gällande att den koreanska tillverkaren Hyundai nyligen hade tagit sig in på den europeiska marknaden för krafttransformatorer och att de japanska företagen hade haft en betydande försäljning i Förenta staterna. Dessa företag hade inte lyckats visa att hindren för inträde på den amerikanska marknaden skiljde sig markant från hindren för inträde på den europeiska marknaden.

15. Vad rör frågan hur denna GA hade organiserats påpekade kommissionen att varje grupp av tillverkare skulle utse ett företag som fungerade som sekreterare. Kommissionen konstaterade vidare att överenskommelsen om en uppdelning av marknaden kompletterades av en andra överenskommelse om att underrätta sekreteraren för en av grupperna om anbudsinfordringar som rörde den andra gruppens hemmamarknad för vidare uppdelning av dessa.

16. Vidare slog kommissionen fast att under den relevanta perioden hade företagen hållit möten en eller två gånger per år, och mötena hade hållits i Malaga den 9–11 juni 1999, i Singapore den 29 maj 2000, i Barcelona den 29 oktober-1 november 2000, i Lissabon den 29 och den 30 maj 2001, i Tokyo den 18 och den 19 februari 2002, i Wien den 26 och den 27 september 2002 (nedan kallade Wienmötet) och i Zürich den 15 och den 16 maj 2003 (nedan kallat Zürichmötet). Enligt kommissionen syftade dessa möten bland annat till att bekräfta GA.

17. Med beaktande av samtliga dessa omständigheter slog kommissionen fast att Toshiba hade överträtt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet. Kommissionen ålade följaktligen bolaget böter på 13,2 miljoner euro. TM T&D och Mitsubishi Electric omfattades inte av det omtvistade beslutet.

III – **Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen**

18. Toshiba väckte, genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 23 december 2009, talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet och åberopade fyra grunder. Det aktuella överklagandet avser endast tribunalens resonemang för att bemöta tre av de grunder som åberopades vid den.

19. Vad beträffar prövningen av den andra grunden, vilken bland annat avsåg förekomsten av en konkurrensbegränsning, fann tribunalen att kommissionen hade gjort en riktig bedömning när den hade konstaterat att GA skulle kvalificeras som ett förfarande med ett konkurrensbegränsande syfte och att det följaktligen inte var nödvändigt att visa dess konkurrensbegränsande resultat.

20. Vidare analyserade tribunalen Toshibas argument om att GA, trots sin beskaffenhet, inte kunde begränsa konkurrensen på grund av att de japanska tillverkarna inte var konkurrenter till de europeiska företagen på EES-marknaden. I det avseendet påpekade tribunalen att frågan huruvida en samverkan hade till syfte att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen skulle prövas inte bara mot bakgrund av innehållet i överenskommelsen utan även det ekonomiska sammanhang i vilket den ingick. Vidare påpekade tribunalen att med hänsyn till att artikel 101 FEUF inte bara skyddar den faktiska konkurrensen, utan även den potentiella konkurrensen, kunde en sådan överenskommelse som GA begränsa den faktiska eller potentiella konkurrensen, såvida inte det fanns oöverstigliga hinder för inträde på den europeiska marknaden, som uteslöt all konkurrens från de japanska tillverkarnas sida.

21. För att avgöra huruvida inträdeshindren var oöverstigliga i förevarande fall, påpekade tribunalen först att själva förekomsten av GA kunde anses utgöra ett starkt indicium på att det förelåg ett konkurrensförhållande mellan de japanska och de europeiska tillverkarna.

22. Vidare konstaterade tribunalen, med hänvisning till punkterna 91–98 i det omtvistade beslutet, att den japanska tillverkaren Hitachi hade tackat ja till projekt från europeiska kunder. Tribunalen påpekade dessutom att Hitachi, i en skrivelse av den 30 mars 2009 som detta bolag skickade till kommissionen under det administrativa förfarandet (nedan kallad Hitachis skrivelse), hade tagit tillbaka sina påståenden, genom att uppge att det godtog kommissionens slutsatser avseende förekomsten och omfattningen av GA, i enlighet med vad som angavs i meddelandet om invändningar.

23. Beträffande den tredje grunden, vilken avsåg bland annat påståendet att Toshiba hade tagit avstånd från den konkurrensbegränsande samverkan, inledde tribunalen med att erinra om att ett företag som, om än på ett passivt sätt, deltar i möten med konkurrensbegränsande syfte, och som inte öppet tar avstånd från vad som diskuteras vid mötena och som därigenom låter övriga företag förstå att det är part i den överenskommelse som mötena leder fram till, kan anses ha deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan i fråga.

24. Vidare medgav visserligen tribunalen att de tillgängliga handlingarna kunde ge upphov till osäkerhet om Toshibas deltagande i GA efter Wienmötet, men den slog fast att dessa handlingar inte kunde visa att Toshiba redan hade tagit avstånd från GA vid detta möte.

25. Eftersom det framgick av dessa handlingar att de företag som deltog i Wienmötet hade bekräftat den otillåtna samverkan och de regler om underrättelse om projekt som avsågs därmed, ansåg tribunalen att det följde därav att parterna till GA, däribland Toshiba, hade velat förlänga denna överenskommelse, i vart fall fram till nästa möte.

26. Beträffande argumenten avseende Toshibas deltagande i samverkan fram till Zürichmötet och påståendet att detta möte inte hade något konkurrensbegränsande syfte, fann tribunalen att dessa argument var verkningslösa, eftersom de inte kunde påverka kommissionens slutsats att Toshiba hade deltagit i GA fram till den 15 maj 2003.

27. Tribunalen konstaterade även att Toshiba inte med framgång kunde göra gällande att det hade upphört att delta i samverkan när TM T&D bildades. Sökandebolaget hade nämligen inte öppet tagit avstånd från den konkurrensbegränsande samverkan och hade inte informerat de övriga parterna om att detta samriskföretag inte skulle delta i denna.

28. Vad beträffar den fjärde grunden, som avsåg beräkningen av böterna, fann tribunalen att kommissionen hade tillämpat den metod som föreskrivs i punkt 18 i 2006 års riktlinjer på ett korrekt sätt och att det följaktligen inte kunde godtas att enbart försäljningen i Japan och i EES skulle beaktas vid beräkningen av böterna. I det avseendet konstaterade tribunalen i huvudsak att kommissionens hänvisning till andelarna på världsmarknaden gjorde det möjligt att beakta den omständigheten att de aktuella företagens globala konkurrenspotential inte hade utnyttjats för att erövra EES-marknaden.

29. Vidare fann tribunalen att kommissionen hade gjort en riktig bedömning när den utgick från antagandet att de japanska tillverkarnas marknadsandelar i EES skulle ha motsvarat de marknadsandelar som de hade på världsmarknaden, om GA inte hade funnits.

30. Vad mer specifikt beträffar frågan huruvida böterna var proportionerliga, fann tribunalen att det inte vore lämpligt att beakta de japanska tillverkarnas faktiska försäljning till EES, eftersom det i förevarande fall skulle innebära att Toshiba belönades för att det iakttog innehållet i GA. Vidare konstaterade tribunalen att en metod som beaktar andelarna på världsmarknaden, i fråga om en överenskommelse om marknadsuppdelning mellan företag som konkurrerar med varandra globalt, säkerställer en mer lämplig beskrivning av företagens förmåga att allvarligt skada andra aktörer på den europeiska marknaden och ger en indikation på deras bidrag till den konkurrensbegränsande samverkans effektivitet i sin helhet eller, tvärtom, den instabilitet som skulle ha rått inom den konkurrensbegränsande samverkan om företagen inte hade deltagit i denna. Slutligen fann tribunalen att ett sådant tillvägagångssätt gjorde det möjligt att beakta eventuella inträdeshinder som kan föreligga inom de olika segmenten på världsmarknaden.

IV – **Parternas yrkanden och förfarandet vid domstolen**

31. Toshiba har yrkat att domstolen ska

— i första hand upphäva den överklagade domen, i den del tribunalen däri ogillade Toshibas yrkande om ogiltigförklaring av artiklarna 1 och 2 i det omtvistade beslutet, och ogiltigförklara nämnda beslut,

— i andra hand återförvisa målet till tribunalen för avgörande i enlighet med domstolens dom vad gäller rättsfrågorna, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna i första instans och i målet om överklagande.

32. Toshiba har åberopat fyra grunder till stöd för sitt överklagande.

33. Toshiba har som första grund anfört att tribunalen tillämpade ett felaktigt rättsligt kriterium när den slog fast att de japanska tillverkarna av krafttransformatorer utgjorde potentiella konkurrenter på EES-marknaden på grund av att hindren för inträde på EES-marknaden inte var oöverstigliga och på grund av själva förekomsten av GA. Enligt Toshiba borde tribunalen ha undersökt om de japanska tillverkarna hade verkliga och konkreta möjligheter att ta sig in på EES-marknaden och om ett sådant inträde kunde ha utgjort en ekonomiskt lönsam strategi. Om det inte förelåg någon potentiell konkurrens mellan de japanska och de europeiska tillverkarna, kunde GA inte strida mot artikel 81 EG och kommissionen saknade behörighet att gå vidare med ärendet. Den överklagade domen ska därför upphävas och det omtvistade beslutet ogiltigförklaras i förhållande till Toshiba.

34. Som andra grund har Toshiba anfört att tribunalen förvrängde innehållet i en skrivelse i vilken en annan part i förfarandet (nämligen Hitachi) uppgav att den inte skulle ifrågasätta kommissionens slutsatser. Kommissionen fann att denna skrivelse ersatte företagets tidigare uttalanden om att det inte hade haft någon försäljning på EES-marknaden. Enligt Toshiba utgör detta en missuppfattning av den bevisning på vilken tribunalen baserade sin slutsats att hindren för inträde på EES-marknaden inte var oöverstigliga.

35. Toshiba har som tredje grund anfört att tribunalen gav en motsägelsefull motivering och tillämpade ett felaktigt kriterium om öppet avståndstagande och därigenom åsidosatte principen om personligt ansvar, genom att slå fast att Toshibas anmärkning om att det inte deltog vid Zürichmötet var ”verkningslös”. Den överklagade domen ska därför upphävas och det omtvistade beslutet ogiltigförklaras i den del det däri fastställs att Toshiba fortsatte att delta i GA fram till maj 2003.

36. Som fjärde grund har Toshiba slutligen anfört att tribunalen gjorde en felaktig tolkning av punkt 18 i 2006 års riktlinjer för beräkning av böter när den använde bolagets globala försäljning som en indikation på dess delaktighet i överträdelsen.

37. Kommissionen har yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta Toshiba att ersätta rättegångskostnaderna i målet.

V – **Bedömning**

A – *Den första grunden: Felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av begreppet konkurrensbegränsning genom syfte*

38. Toshiba har som första grund anfört att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att kvalificera GA som en konkurrensbegränsning genom syfte. För att komma fram till detta konstaterande anser Toshiba att tribunalen borde ha undersökt om ett eventuellt inträde på EES-marknaden utgjorde en ekonomiskt lönsam strategi för de japanska tillverkarna. Tribunalen nöjde sig dock med att konstatera att parterna kunde anses vara potentiella konkurrenter på grund av dels avsaknaden av oöverstigliga hinder för inträde på EES-marknaden, dels själva förekomsten av GA.

39. Denna grund aktualiserar således återigen i huvudsak frågan om definitionen av en konkurrensbegränsning genom syfte och dess processuella följder vad gäller bevisningen.

1. Allmänna och inledande synpunkter på definitionen av en konkurrensbegränsning genom syfte

40. För att omfattas av förbudet i artikel 101.1 EG ska ett avtal, ett beslut av en företagssammanslutning eller ett samordnat förfarande ha ”till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den inre marknaden”.

41. Distinktionen mellan konkurrensbegränsning genom syfte och konkurrensbegränsning genom resultat utgör således en del av fördraget. Denna skillnad är inte ny, utan har stått i centrum för flera mål som orsakat kritik i doktrinen de senaste åren.[3]

42. Ett klargörande av rättspraxis i det avseendet framstår nog som önskvärt.

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

a) Avgörandena i rättspraxis avseende distinktionen mellan konkurrensbegränsning genom syfte och konkurrensbegränsning genom resultat

43. Att villkoret i artikel 101.1 FEUF om att det ska föreligga ett avtal eller ett samordnat förfarande som ”har till syfte eller resultat” att begränsa konkurrensen är alternativt har fastslagits av domstolen sedan mitten av 1960-talet genom dom LTM (56/65, EU:C:1966:38) och har ständigt bekräftats sedan dess. [4]

44. Domstolen angav från första början att den omständigheten att detta villkor inte är kumulativt, utan alternativt, vilket markeras genom konjunktionen ”eller”, medförde att själva syftet med avtalet först måste beaktas med hänsyn till det ekonomiska sammanhang i vilket det skulle tillämpas. [5]

45. Det är nämligen först i andra hand, om en analys av bestämmelserna i det aktuella avtalet leder till slutsatsen att det inte uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen, som avtalets resultat ska prövas. För att avtalet i det fallet ska kunna omfattas av förbudet krävs det att det föreligger omständigheter som visar att konkurrensen faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits. [6]

46. Det är således överflödigt att ta hänsyn till avtalets faktiska resultat när det framgår att syftet med avtalet är att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på den inre marknaden. [7] Med andra ord är det inte nödvändigt att undersöka vad ett avtal har för resultat, om det redan har fastställts att det har ett konkurrensbegränsande syfte. [8]

47. Vid bedömningen av huruvida ett avtal ska anses vara konkurrensbegränsande ska ledning sökas i innehållet i avtalets bestämmelser, de mål som avtalet strävar efter att uppnå och det ekonomiska och juridiska sammanhang i vilket det ingår. [9] Även om parternas avsikt inte är avgörande för bedömningen av huruvida ett samordnat förfarande eller ett avtal är konkurrensbegränsande, finns det inget som hindrar kommissionen eller unionsdomstolen från att beakta denna. [10]

48. Det räcker dessutom att avtalet *kan* inverka negativt på konkurrensen, det vill säga att det, med hänsyn till det juridiska och ekonomiska sammanhang i vilket det ingår, är konkret ägnat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden. [11] Såsom generaladvokaten Wahl framhöll i sitt förslag till avgörande i målet CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958),

4 — Dom Beef Industry Development Society och Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punkt 15), dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 28) och dom GlaxoSmithKline Services m.fl./kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 55).

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

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

7 — Dom Consten och Grundig/kommissionen (56/64 och 58/64, EU:C:1966:41), dom Beef Industry Development Society och Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punkt 16) och dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 29).

8 — Dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 30), dom GlaxoSmithKline Services m.fl./kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 55) och dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 34).

9 — Dom GlaxoSmithKline Services m.fl./kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 58). Se även, avseende ett samordnat förfarande, dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 27).

10 — Dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 27), dom GlaxoSmithKline Services m.fl./kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 58), dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 37) och dom CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 54).

11 — Dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 31) och dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 38).

gäller att även om ”den mer standardiserade bedömning som föranleds av tillämpningen av begreppet konkurrensbegränsande syfte [kräver] en ingående och individuell granskning av det omtvistade avtalet, [ska denna] tydligt … skiljas från granskningen av den faktiska eller potentiella verkan av de ifrågasatta företagens beteende”. [12]

49. Skillnaden mellan ”konkurrensbegränsning genom syfte” och ”konkurrensbegränsning genom resultat” grundar sig nämligen på konstaterandet att vissa former av samverkan mellan företag redan till sin art kan anses vara skadliga för den normala konkurrensen. [13]

50. Det står således ”klart att vissa samordnade beteenden, såsom horisontell prissättning av karteller, kan anses vara förenade med så pass stora risker för en negativ inverkan på, i synnerhet, varor och tjänsters pris, kvantitet eller kvalitet att det inte anses nödvändigt att vad gäller tillämpningen av artikel [101.1 FEUF] visa att de har konkreta effekter på marknaden”. [14] ”Om en analys av en typ av samordnat förfarande mellan företag leder till slutsatsen att det inte uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen, ska däremot det samordnade förfarandets verkningar prövas. För att det samordnade förfarandet ska kunna omfattas av förbudet krävs att det föreligger omständigheter som visar att konkurrensen faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits …”. [15]

51. Att beteckna denna rättspraxis som fast rättspraxis är inte att missbruka uttrycket.

52. I en av de senaste domarna bland dem som tidigare citerats, nämligen domen Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160), lade dock domstolen till flera omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av det ekonomiska och juridiska sammanhanget, vilka kommer att rubba bevisverkan av distinktionen mellan ”konkurrensbegränsning genom syfte” och ”konkurrensbegränsning genom resultat”.

53. Domstolen slog nämligen fast att ”[v]id bedömningen av detta sammanhang ska hänsyn även tas till de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt till strukturen och de faktiska villkoren på den eller de relevanta marknaderna”. [16] Det betyder konkret att den domstol som ansvarar för att bedöma risken för att konkurrensen på den relevanta marknaden upphör eller kraftigt försvagas ”ska … bland annat beakta marknadsstrukturen, förekomsten av alternativa distributionskedjor och deras respektive betydelse samt de berörda företagens marknadsandelar”. [17]

54. Jag instämmer i det avseendet i det konstaterande som generaladvokaten Wahl gjorde i sitt förslag till avgörande i målet CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), enligt vilket denna rättspraxis verkar ”ha försvårat den nödvändiga åtskillnaden mellan granskningen av det konkurrensbegränsande syftet och analysen av den konkurrensbegränsande verkan hos avtal mellan företag”. [18] I likhet med generaladvokaten anser jag att ”skiljelinjen mellan begreppen konkurrensbegränsande syfte respektive konkurrensbegränsande resultat [inte får fördunklas och] … att det tydligare måste avgränsas hur begreppet konkurrensbegränsande syfte ska tillämpas”. [19] Det aktuella överklagandet tycks ge domstolen ett nytt tillfälle att klargöra sin rättspraxis. Jag kommer att återkomma till detta efter att ha redogjort för fördelarna med och behovet av en sådan avgränsning.

12 — Punkt 40. Se även punkt 44.

13 — Dom Beef Industry Development Society och Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punkt 17), dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 29), dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 35), dom CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 50) och dom Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe/kommissionen (C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkt 114).

14 — Dom CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 51).

15 — Ibidem (punkt 52).

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

17 — Ibidem (punkt 48).

18 — Punkt 46.

19 — Punkt 52. Domstolen har enligt min mening inte uttryckligen gjort ett sådant klargörande i domen CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:220).

b) Intresset av en distinktion mellan konkurrensbegränsning genom syfte och konkurrensbegränsning genom resultat

55. Ingen har ifrågasatt att villkoret om att det ska föreligga ett avtal eller ett samordnat förfarande som ”har till syfte eller resultat” att begränsa konkurrensen, vilket följer av lydelsen i artikel 101.1 FEUF, är alternativt.

56. Intresset av denna distinktion är av bevismässig karaktär: när det föreligger en begränsning genom syfte krävs det inte bevis för dess faktiska eller potentiella konkurrensbegränsande resultat för att oförenlighet ska föreligga.[20] Konstaterandet att det föreligger ett konkurrensbegränsande syfte räcker nämligen för en kvalificering som konkurrensbegränsning och följaktligen för att fälla ett företag till ansvar.[21] Om det visas att det planerade avtalet (eller samordnade förfarandet) har ett konkurrensbegränsade syfte kan utredningen avslutas, och överträdelsen är styrkt utan att avtalets (eller det samordnade förfarandets) faktiska eller potentiella inverkan på konkurrensen behöver visas.[22]

57. Enligt vissa är konkurrensbegränsningar genom syfte förenade med en ”presumtion” för rättsstridighet.[23] Användningen av detta uttryck orsakar dock förvirring. Såsom generaladvokaten Kokott mycket bra förklarade saken i sitt förslag till avgörande i målet T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:110), får förbudet mot konkurrensbegränsningar genom syfte inte tolkas ”så, att ett konkurrensbegränsande syfte endast är en slags presumtion för rättsstridighet, vilken emellertid kan motbevisas i det enskilda fallet om det inte kan visas att förhållandena på marknaden har påverkats negativt. En sådan tolkning skulle nämligen leda till en felaktig sammanblandning av de båda fristående kriterierna som föreskrivs i artikel [101.1 FEUF], förbudet mot samverkan med konkurrensbegränsande *syfte* å ena sidan och mot samverkan med konkurrensbegränsande *effekt* å andra sidan.”[24]

58. Fördelarna med denna tudelning är välkända. Sett ur den processuella synvinkel som har förklarats ovan, ska det konstateras att användningen av begreppet konkurrensbegränsande syfte ”utan tvekan *skapar förutsebarhet* och således *rättssäkerhet* för företagen, eftersom det gör dem medvetna om de rättsliga följder (bland annat förbud och sanktionsåtgärder) som vissa beteenden … kan leda till … Vidare har identifieringen av olika fall av samverkan med ett konkurrensbegränsande syfte även *en avskräckande effekt* och bidrar till att förhindra konkurrensbegränsande beteenden. Slutligen har detta begrepp *processekonomiska fördelar*, eftersom det gör det möjligt för de myndigheter som ansvarar för konkurrensfrågor att vid vissa former av samverkan dra slutsatsen att de har en konkurrensbegränsande inverkan, utan att de behöver vidta en granskning av den potentiella eller faktiska verkan på den relevanta marknaden, vilket ofta är ett komplicerat och utdraget arbete.”[25]

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

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

22 — Se, bland annat, Geradin, D., Layne-Farrar, A. och Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nr 3-114, s. 135, samt Whish, R., och Bailey, D., *Competition law*, 7:e uppl., Oxford University Press, 2012, s. 119 och s. 120. Se även Graham, C., ”Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*”, *EL Rev*., 2013 (38), s. 542–551, särskilt 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, nr 4, s. 541–564, särskilt s. 543, Harrison, D., ”The *Allianz Hungária* case. The ECJ’s judgment could have ugly consequences”, *Competition Law Insight*., 2013, volym 12, s. 10–12, särskilt s. 10, Idot, L. och Prieto, C., ”La Cour de justice revient une nouvelle fois sur la notion d’’objet anticoncurrentiel’ ”, *Revue des contrats*, 2013, s. 955–959, särskilt s. 957.

23 — Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bryssel, 2013, nr 8, Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2013, nr 594, Bourgeois, J.H.J., ”On the Internal Morality of EU Competition Law”, i *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bryssel, 2014, s. 347–374, särskilt s. 350, Waelbroeck, D. och Slater, D., ”The scope of object vs effect under article 101 TFEU”, i Bourgeois, J. och Waelbroeck, D. (red.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, s. 131–157, särskilt s. 135 och s. 137. Se även, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Cruz Villalóns förslag till avgörande i målet Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2012:663, punkt 64).

24 — Punkt 45.

25 — Generaladvokaten Wahls förslag till avgörande i målet CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 35, min kursivering). Såsom har påpekats av Geradin, D., Layne-Farrar, A. och Petit, N., ”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. och Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nr 3-118, s. 136). Beträffande denna fördel, se även Nagy, C.I., ”The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?”, *World Competition*, 2013, nr 4, s. 541–564, särskilt s. 545, och Graham, C., ”Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*”, *EL Rev*., 2013 (38), s. 542–551, särskilt s. 547.

59. Såsom generaladvokaten Wahl angav i målet CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 36), kan emellertid dessa fördelar uppnås och vara motiverade endast om begreppet konkurrensbegränsande syfte är klart avgränsat. Jag instämmer i det avseendet i den ståndpunkt som generaladvokaten Kokott framförde i sitt förslag till avgörande i målet T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:110): å ena sidan får begreppet avtal eller samordnat förfarande med konkurrensbegränsande syfte inte tolkas alltför vidsträckt, med hänsyn till de långtgående följder som kan drabba de berörda företagen vid en överträdelse av artikel 101.1 FEUF, men å andra sidan får begreppet inte heller tolkas alltför restriktivt, med risk för att i praktiken urholka det förbud som är förankrat i primärrätten mot konkurrensbegränsningar genom syfte. [26]

60. I det avseendet ska det medges att domen Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160) har uppfattats som att den kan, om inte urholka, så i vart fall göra åtskillnaden mellan konkurrensbegränsning genom syfte och konkurrensbegränsning genom resultat otydlig, [27] samtidigt som det är absolut nödvändigt att ha en tydlig definition av konkurrensbegränsningen genom syfte och de kriterier som krävs för att fastställa denna. [28]

61. Som tidigare påpekats uppgav nämligen EU-domstolen i den domen, till den nationella domstol som hade hänskjutit begäran om förhandsavgörande, att nämnda domstol, vid bedömningen av det ekonomiska och juridiska sammanhanget skulle ”bland annat beakta marknadsstrukturen, förekomsten av alternativa distributionskedjor och deras respektive betydelse samt de berörda företagens marknadsandelar”. [29]

62. Jag tror dock att det är möjligt att förena EU-domstolens fasta praxis, vilken det har erinrats om ovan, med domen Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160).

c) De nödvändiga kriterierna för att fastställa en konkurrensbegränsning ”genom syfte”

63. Som jag påpekade vid bedömningen av relevant rättspraxis, är det inte nödvändigt att undersöka vad ett avtal har för resultat, om det redan har fastställts att det har ett konkurrensbegränsande syfte. [30] Det är däremot följaktligen absolut nödvändigt att fastställa att det aktuella avtalet har ett konkurrensbegränsande syfte.

26 — Generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:110, punkt 44).

27 — Beträffande domen Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160): ”Domstolens motivering tycks medföra att distinktionen mellan de två beteckningarna *blir otydlig*. Alltför mycket subtilitet riskerar att inverka menligt inte bara på företagens förståelse, utan även på konkurrensmyndigheternas och de nationella domstolarnas beslutspraxis. *En sådan utvidgning av begreppet konkurrensbegränsning genom syfte orsakar förvirring*. Det skulle kunna leda till att det faktiskt försvinner, vilket skulle vara en seger för det synsätt som grundar sig på resultatet” (Prieto, C. och Bosco, D., *Droit européen de la concurrence.) Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Bryssel, 2013, nr 582; min kursivering); ”the Court of Justice seems [to] 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, särskilt s. 542, *Abstract*; min kursivering); ”the Court of Justice’s judgment in *Allianz Hungária* would seem to *blur* this distinction” (Nagy, C.I., ”The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?”, *World Competition*, 2013, nr 4, s. 541–564, särskilt s. 547; min kursivering).

28 — Se, för ett liknande resonemang, Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bryssel, 2013, nr 66: ”Since the effect category can be deduced from the object one, *it is crucial* to have a clear definition of what is anticompetitive by object” (min kursivering).

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

30 — Dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 30), dom GlaxoSmithKline Services m.fl./kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 55) och dom Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 34).

64. Vid bedömningen av huruvida ett avtal ska anses vara konkurrensbegränsande är parternas avsikt inte avgörande, men kan i förekommande fall beaktas. [31] Ledning ska däremot sökas i innehållet i avtalets bestämmelser, de mål som avtalet strävar efter att uppnå och det ekonomiska och juridiska sammanhang i vilket det ingår. [32]

65. Även om det konkurrensbegränsande resultatet inte behöver visas i samband med en konkurrensbegränsning genom syfte, ska likväl den aktuella konkurrensbegränsningen uppenbart vara sådan att den har en minsta inverkan på marknaden. [33]

66. Med andra ord, för att använda det uttryck som generaladvokaten Wahl använde i sitt förslag till avgörande i målet CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 41), kan en granskning av huruvida ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte inte göras *utan att beakta* det ekonomiska och juridiska sammanhang i vilket parterna ingått avtalet. [34]

67. Det ekonomiska och juridiska sammanhanget är avsett att hjälpa den myndighet som ansvarar för att undersöka den påstådda konkurrensbegränsningen genom syfte att *förstå* avtalets ekonomiska funktion och verkliga innebörd. [35]

68. Att beakta det ekonomiska och juridiska sammanhanget innebär således, såsom generaladvokaten Kokott förklarade i sitt förslag till avgörande i målet T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:110, punkt 46), att det omtvistade avtalet måste endast *konkret* vara ägnat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden.

69. Det ska nämligen hållas i minnet att de fördelar i form av förutsebarhet och lättnad av bevisbördan som kan uppnås genom fastställande av att ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte skulle ”äventyras om fastställandet ytterst bidr[og] till en avancerad granskning av det ifrågavarande avtalets konsekvenser för konkurrensen som går långt utöver en ingående granskning av avtalet”. [36]

70. Ett ytligt tillvägagångssätt kan dock endast vara motiverat vid beteenden – och här återger jag på nytt ett av generaladvokaten Wahls uttryck – som medför *en inneboende risk för särskilt skadliga verkningar*, [37] det vill säga begränsningar som har en viss inneboende grad av skadlighet. [38]

31 — Dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 27), dom GlaxoSmithKline Services m.fl./kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 58), dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 37), och dom CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 54).

32 — Dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 27, angående ett samordnat förfarande) och dom GlaxoSmithKline Services m.fl./kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 58).

33 — ”... [T]he 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., och Bailey, D., *Competition law*, 7:e uppl., Oxford University Press, 2012, s. 120). Se även, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Mazáks förslag till avgörande i målet Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:113): ”Vissa avtalsformer kan utifrån tidigare erfarenhet vid första påseendet uppfattas som överträdelser genom syfte. Detta befriar emellertid inte kommissionen eller en nationell konkurrensmyndighet från skyldigheten att göra en individuell prövning av ett avtal. Jag anser att en sådan prövning kan vara summarisk i vissa fall, till exempel när det föreligger klara uppgifter som tyder på en horisontell kartell som söker att kontrollera produktionen för att hålla uppe priser, men man kan inte helt och hållet underlåta att göra en prövning” (punkt 27).

34 — För att illustrera sitt uttalande använder generaladvokaten Wahl ett talande exempel genom att hänvisa till ”en överträdelse som mot bakgrund av tidigare erfarenheter kan antas leda till en av de allvarligaste konkurrensbegränsningarna, det vill säga ett horisontellt prisavtal avseende en given vara. Även om det står klart att en sådan samverkan i allmänhet har en mycket skadlig inverkan på konkurrensen, gäller detta inte till exempel i det fallet [när] de aktuella företagen endast innehar en obetydlig andel av den berörda marknaden” (generaladvokaten Wahls förslag till avgörande i målet CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 42)). Se även, för ett liknande resonemang, Waelbroeck, D. och Slater, D., ”The scope of object vs effect under article 101 TFEU”, i Bourgeois, J. och Waelbroeck, D. (red.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, s. 131–157, särskilt s. 135 och 146.

35 — Se, för ett liknande resonemang, Nagy, C.I., ”The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?”, *World Competition*, 2013, nr 4, s. 541–564, särskilt s. 558.

36 — Generaladvokaten Wahls förslag till avgörande i målet CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 60).

37 — Generaladvokaten Wahls förslag till avgörande i målet CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 55).

38 — Ibidem (punkt 58).

71. Detta tillvägagångssätt överensstämmer dessutom med domstolens praxis, enligt vilken ”det viktigaste kriteriet för att avgöra huruvida en samordning mellan företag innebär en sådan konkurrensbegränsning ’genom syfte’ är om det kan fastställas att en sådan samordning i sig själv uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen”. [39]

72. Konkret anser jag att den samlade erfarenheten sedan mer än 60 år tillbaka gör att det numera kan anses att de fall som avses i artikel 101.1 FEUF uppfyller kravet på inneboende skadlighet.

73. Att uppfatta uppräkningen i denna bestämmelse som ”*själva kärnan*” i konkurrensbegränsningar genom syfte [40] tillgodoser det dubbla krav som följer av domstolens praxis och som kräver, å ena sidan, att de avtalstyper som nämns i artikel 101.1 FEUF inte utgör en uttömmande uppräkning av förbjudna former av samverkan, [41] samtidigt som det, å andra sidan, preciseras att begreppet konkurrensbegränsning genom syfte inte får tolkas extensivt. [42]

74. Vad beträffar de avtal som uttryckligen avses i artikel 101.1 FEUF, finns det nämligen inte någon anledning att avvika från domstolens fasta praxis, enligt vilken den omständigheten att det finns en trovärdig alternativ förklaring till det klandrade uppträdandet (i förevarande fall avsaknaden av allt kommersiellt intresse) inte ska medföra att det ställs hårdare krav på bevisningen. [43] Vad däremot gäller andra avtalstyper, som är atypiska eller komplexa, kan det förvisso inte uteslutas att de har ett syfte som kan hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen, men för att förbjuda dessa avtal krävs det en mer grundlig bedömning av det ekonomiska och juridiska sammanhang i vilket de ingår, dock utan att denna bedömning går så långt som en utredning av avtalets resultat.

75. De nyligen avkunnade domarna Siemens m.fl./kommissionen (C-239/11 P, C-489/11 P och C-498/11 P, EU:C:2013:866) och Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160) är inte motstridiga och kan ingå i den ram som jag föreslår.

76. I den förstnämnda av dessa domar skulle domstolen bland annat granska tribunalens tillämpning av principerna för bevisbördan och bevisföringen i fråga om konkurrensbegränsningar genom syfte. Dess avgörande är således helt relevant för den frågeställning som här är aktuell. Domstolen slog inte bara fast att ”avtal som syftar till uppdelning av marknader har ett syfte som är konkurrensbegränsande i sig och *ingår i en kategori avtal som uttryckligen är förbjudna enligt artikel 101.1 FEUF*” [44] utan den drog även slutsatsen att ”[e]tt sådant syfte inte [kunde] rättfärdigas genom en bedömning av det ekonomiska sammanhang i vilket det aktuella konkurrensbegränsande uppträdandet ingår”. [45]

77. I den andra av dessa domar skulle domstolen däremot ta ställning till en situation som jag skulle beteckna som atypisk – och som under alla omständigheter inte hörde till de kategorier som avses i artikel 101.1 FEUF. Detta särdrag förklarar varför domstolen gjorde två förtydliganden avseende bedömningen av det ekonomiska och juridiska sammanhanget.

39 — Dom CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 57).

40 — Det är på sätt och vis själva tanken med ”syfte-facket” som förespråkas av vissa författare.

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

42 — Dom CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 58). Den strikta tolkningen av konkurrensbegränsningar genom syfte utgör en naturlig följd av den ”presumtion” för rättsstridighet som de medför: ”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. och Slater, D., ”The scope of object vs effect under article 101 TFEU”, i Bourgeois, J. och Waelbroeck, D. (red.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, s. 131–157, särskilt s. 156).

43 — Dom Sumitomo Metal Industries och Nippon Steel/kommissionen (C-403/04 P och C-405/04 P, EU:C:2007:52, punkt 45).

44 — Dom Siemens m.fl./kommissionen (C-239/11 P, C-489/11 P och C-498/11 P, EU:C:2013:866, punkt 218). Min kursivering.

45 — Idem.

78. Domstolen angav först att vid bedömningen av detta sammanhang skulle ”hänsyn … tas till de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt till strukturen och de faktiska villkoren på den eller de relevanta marknaderna”. [46]

79. Domstolen tillade därefter, till den nationella domstol som hade hänskjutit begäran om förhandsavgörande, att nämnda domstol, vid bedömningen av risken för att konkurrensen upphör eller kraftigt försvagas, skulle beakta marknadsstrukturen, men även ”förekomsten av alternativa distributionskedjor och deras respektive betydelse samt de berörda företagens marknadsandelar”. [47]

80. Jag anser att uppställandet av dessa ytterligare kriterier, vilka närmar sig bedömningen av resultatet av ett avtal eller en samverkan, endast kan förklaras av de särskilda faktiska omständigheter som gav upphov till begäran om förhandsavgörande och av domstolens önskan att ge den hänskjutande domstolen ett så fullständigt svar som möjligt.

81. I det målet var det nämligen fråga om en grupp av avtal varigenom försäkringsbolag som tillhandahöll trafikförsäkringar bilateralt överenskom med bilåterförsäljare som tillhandahöll service och reparationer eller med sammanslutningar av sådana återförsäljare, gällande den timersättning som försäkringsbolaget skulle utge vid reparationer av fordon som var försäkrade genom bolaget, och enligt vilka timersättningen bland annat berodde på det antal och den procentandel försäkringar som återförsäljaren hade sålt som mellanhand för försäkringsbolaget. [48]

82. Dessa återförsäljare var således knutna till försäkringsbolagen i dubbelt hänseende. De både reparerade försäkrade fordon för försäkringsbolagens räkning när skador uppstått och fungerade som mellanhänder för dessa bolag genom att, i egenskap av fullmaktshavare för deras egna försäkringsmäklare eller anknutna mäklare, förmedla trafikförsäkringar till sina kunder vid köp eller reparation av fordon.

83. Sedda för sig var således de enskilda avtalen inte i sig skadliga för den normala konkurrensen på den relevanta marknaden (marknaden för reparation av skadade fordon och marknaden för förmedling av trafikförsäkringar). Vid en gemensam helhetsbedömning av avtalen kunde det emellertid inte uteslutas att de hade en sådan inverkan.

84. De särskilda bedömningskriterier som uppställs i punkt 48 i domen Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160) – nämligen beaktandet av förekomsten av alternativa distributionskedjor och deras respektive betydelse samt de berörda företagens marknadsandelar – är således specifika för det målet och kan inte göras allmänt tillämpliga, för att inte medföra en förväxling mellan begränsningar genom syfte och begränsningar genom resultat.

85. Rättspraxis efter denna dom bekräftar att domen Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160) utgör ett specifikt och enstaka fall.

86. Domstolen fortsatte nämligen att erinra om att frågan huruvida ett avtal mellan företag eller ett beslut av en företagssammanslutning var tillräckligt skadligt för konkurrensen skulle prövas i förhållande till innehållet i avtalets eller beslutets bestämmelser, de mål som eftersträvas med avtalet eller beslutet samt det ekonomiska och juridiska sammanhang som avtalet eller beslutet ingår i. Även om domstolen, med avseende på bedömningen av detta sammanhang, numera tycks återge vissa av de

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

47 — Ibidem (punkt 48).

48 — Detta särdrag förklaras av den omständigheten att de ungerska återförsäljarna har möjlighet att agera som mellanhänder eller mäklare som förmedlar trafikförsäkringar åt sina kunder vid köp eller reparation av fordon.

faktorer som angavs för första gången i domen Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160) genom att hänvisa till de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt till strukturen och de faktiska villkoren på den eller de relevanta marknaderna,[49] har den inte lagt till de ingående kriterier som var specifika för det enskilda fall som låg till grund för nämnda dom.

d) Ett försök till sammanfattning vid bedömningen av de fall då det föreligger en konkurrensbegränsning genom syfte

87. Efter dessa allmänna och inledande synpunkter på definitionen av en konkurrensbegränsning genom syfte, kan jag urskilja två fall.

88. Principen är identisk i båda fallen: frågan huruvida ett avtal mellan företag (eller ett beslut av en företagssammanslutning) redan till sin art är tillräckligt skadligt för konkurrensen för att anses utgöra en konkurrensbegränsning ”genom syfte” i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF ska prövas i förhållande till innehållet i avtalets (eller beslutets) bestämmelser, avtalets (eller beslutets) syfte, det vill säga de mål som eftersträvas med avtalet (eller beslutet) samt det ekonomiska och juridiska sammanhang som avtalet (eller beslutet) ingår i. Denna princip är, med nödvändiga ändringar, även tillämplig på samordnade förfaranden.

89. Om slutsatsen av denna bedömning är jakande och avtalet, beslutet av en företagssammanslutning eller det samordnade förfarandet hör till en kategori som uttryckligen anges i artikel 101.1 FEUF, blir bedömningen av det ekonomiska och juridiska sammanhanget av sekundär betydelse.

90. Om det däremot framgår av denna bedömning att avtalet, beslutet av en företagssammanslutning eller det samordnade förfarandet inte hör till ett av de fall som avses i artikel 101.1 FEUF eller uppvisar kännetecken som gör att avtalet, beslutet eller det samordnade förfarandet är atypiskt eller komplext, ska bedömningen av det ekonomiska och juridiska sammanhanget vara mer ingående.

91. I det sistnämnda fallet kan de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt strukturen och de faktiska villkoren på den eller de relevanta marknaderna beaktas vid bedömningen av det ekonomiska och juridiska sammanhanget och, i undantagsfall, de ytterligare särdrag som omnämns i punkt 48 i domen Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160). Även om parternas avsikt inte är avgörande för bedömningen av huruvida ett avtal, ett beslut av en företagssammanslutning eller ett samordnat förfarande är konkurrensbegränsande, finns det inget som hindrar att den beaktas.[50]

2. Bedömningen av huruvida det föreligger en konkurrensbegränsning genom syfte i förevarande fall

92. Toshiba har som första grund anfört att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att slå fast att ”en sådan överenskommelse som GA, vilken syftar till att skydda de europeiska tillverkarna på deras hemmamarknad från faktisk eller potentiell konkurrens från japanska tillverkare, kan begränsa konkurrensen, såvida det inte finns oöverstigliga hinder för inträde på den europeiska marknaden som utesluter all potentiell konkurrens från de japanska tillverkarnas sida”.[51]

49 — Det rör sig om de kriterier som angavs i punkt 36 i domen Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 36) och som sedan dess har återgetts i dom CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 53) och dom Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe/kommissionen (C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkt 117). Se även generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i de förenade målen Fresh Del Monte Produce/kommissionen och kommissionen/Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P och C-294/13 P, EU:C:2014:2439, punkt 209) och generaladvokaten Wahls förslag till avgörande i målet ING Pensii (C-172/14, EU:C:2015:272, punkt 41).

50 — Dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, punkt 27), dom GlaxoSmithKline Services m.fl./kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 58), dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 37) och dom CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 54).

51 — Punkt 230 i den överklagade domen.

93. Enligt Toshiba borde tribunalen ha undersökt om det fanns verkliga och konkreta möjligheter för de japanska tillverkarna att träda in på marknaden och om ett sådant inträde utgjorde en ekonomiskt lönsam strategi. Tribunalen gjorde en felaktig bedömning när den nöjde sig med att undersöka huruvida inträdeshindren var oöverstigliga och drog slutsatsen att ”kommissionen kunde således begränsa sig till att visa att hindren för inträde på den europeiska marknaden inte var oöverstigliga”. [52]

94. Vidare gjorde tribunalen sig även skyldig till felaktig rättstillämpning genom att stödja sig på förekomsten av GA för att visa att det förelåg ett konkurrensförhållande mellan de japanska och de europeiska tillverkarna, när den slog fast att ”själva förekomsten av GA utgör ett starkt indicium på att det föreligger ett konkurrensförhållande mellan de japanska och de europeiska tillverkarna”. [53]

95. Toshiba kritiserar således i huvudsak tribunalens svar på det argument som anfördes vid den, enligt vilket kommissionen inte hade gjort en detaljerad ekonomisk analys av situationen.

96. I det avseendet ska det konstateras att tribunalen, före de kritiserade punkterna, slog fast

— att artikel 81.1 EG förbjuder samverkan som har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen och att det följaktligen inte var nödvändigt att visa det konkreta resultatet av en samverkan när denna har till syfte att begränsa konkurrensen (punkt 227 i den överklagade domen), och

— att kommissionen hade gjort ”en riktig bedömning när den slog fast att GA, i egenskap av en överenskommelse om en uppdelning av marknaden, skulle kvalificeras som en konkurrensbegränsning genom syfte” (punkt 228 i den överklagade domen) och följaktligen att ”den [hade] gjort en riktig bedömning när den konstaterade … att den inte var skyldig att visa att överenskommelsen hade haft ett konkurrensbegränsande resultat” (punkt 228 i den överklagade domen).

97. Denna analys står enligt min mening helt i överensstämmelse med det synsätt som jag har redogjort för ovan.

98. Eftersom GA är en bekräftelse på en informell samverkan, enligt vilken de europeiska och de japanska tillverkarna kom överens om att avstå från försäljning på de två gruppernas respektive hemmamarknad, är kvalificeringen av denna som en konkurrensbegränsning genom syfte förenlig med den allmänna uppfattningen om denna typ av avtal eller samverkan. [54]

99. I enlighet med bevisverkan och omfattningen av den kontroll som är knuten till fastställandet av en konkurrensbegränsning genom syfte, gjorde tribunalen följaktligen en riktig bedömning när den slog fast att ”en sådan överenskommelse som GA, vilken syftar till att skydda de europeiska tillverkarna på deras hemmamarknad från faktisk eller potentiell konkurrens från japanska tillverkare, kan begränsa konkurrensen, såvida det inte finns oöverstigliga hinder för inträde på den europeiska marknaden som utesluter all potentiell konkurrens från de japanska tillverkarnas sida, [och att] kommissionen kunde således begränsa sig till att visa att hindren för inträde på den europeiska marknaden inte var oöverstigliga”, [55] vilket kommissionen gjorde genom att framhålla att en japansk tillverkare hade tagit sig in på denna marknad.

52 — Idem.

53 — Punkt 231 i den överklagade domen.

54 — Artikel 101.1 c FEUF avser uttryckligen beslut eller förfaranden som innebär att ”marknader eller inköpskällor delas upp”. Se även Geradin, D., Layne-Farrar, A. och Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nr 3-114, s. 135, Whish, R., och Bailey, D., *Competition law*, 7.e uppl., Oxford University Press, 2012, s. 122, Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bryssel, 2013, nr 68, Bourgeois, J.H.J., ”On the Internal Morality of EU Competition Law”, i *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bryssel, 2014, s. 347–374, särskilt s. 351, och Harrison, D., ”The *Allianz Hungária* case. The ECJ’s judgment could have ugly consequences”, *Competition Law Insight*, 2013, volym 12, s. 10–12, särskilt s. 10.

55 — Punkt 230 i den överklagade domen.

100. Tribunalen gjorde sig inte heller skyldig till felaktig rättstillämpning när den slog fast att GA utgjorde ett ”starkt indicium på att det förel[åg] ett konkurrensförhållande mellan de japanska och de europeiska tillverkarna” [56] och för övrigt att hindren för inträde på den europeiska marknaden inte var oöverstigliga. GA utgör nämligen som sådan en del av det relevanta ekonomiska och juridiska sammanhanget.

101. Att kräva av tribunalen att den undersöker ”om det fanns verkliga och konkreta möjligheter för de japanska tillverkarna att träda in på marknaden och om ett sådant inträde utgjorde en ekonomiskt lönsam strategi”, såsom Toshiba har anfört till stöd för sin första grund, skulle leda till att det ställs hårdare krav på bevisningen. Ett sådant krav är dock inte förenligt med domstolens praxis [57] och den ram som jag har föreslagit i mina allmänna och inledande synpunkter.

102. Överklagandet kan följaktligen inte bifallas såvitt avser den första grunden.

B – *Den andra grunden: Missuppfattning av den bevisning på vilken tribunalen baserade sin slutsats att hindren för inträde på EES-marknaden inte var oöverstigliga*

103. För att visa att de eventuella hindren för inträde på den europeiska marknaden inte var oöverstigliga, grundade sig tribunalen inte bara på själva förekomsten av GA, utan även på den omständigheten att ett av de japanska företag som deltog i denna överenskommelse hade tackat ja till projekt från kunder i Europa.

104. Toshiba hävdade tvärtom att företaget Hitachi hade uppgett, i sitt svar på begäran om upplysningar av den 28 februari 2008 och under det muntliga hörandet, att det inte hade sålt krafttransformatorer i unionen eller EES under åren 2001–2003. Inför detta påstående slog tribunalen fast att ”det i detta sammanhang sk[ulle] erinras om att Hitachi senare, i sin skrivelse av den 30 mars 2009, [ha]de tagit tillbaka dessa påståenden och [ha]de uppgett att det godtog kommissionens slutsatser avseende förekomsten och omfattningen av GA, såsom angavs i meddelandet om invändningar”. [58]

105. Toshiba anser att tribunalen därigenom förvanskade innehållet i Hitachis skrivelse och gjorde en tolkning av denna som bygger på en missuppfattning.

106. Enligt fast rättspraxis följer det av artikel 256 FEUF och artikel 58 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol att överklagandet är begränsat till rättsfrågor och att tribunalen är ensam behörig att fastställa de faktiska omständigheterna och att bedöma dessa, utom då det av handlingarna i målet framgår att de fastställda omständigheterna är materiellt oriktiga. Bedömningen av de faktiska omständigheterna utgör med andra ord inte, med undantag för då tribunalen har missuppfattat bevisningen, en rättsfråga som ska prövas av domstolen. [59]

107. Det krävs att en sådan missuppfattning av de faktiska omständigheterna på ett uppenbart sätt framgår av handlingarna i målet utan att det behöver företas en ny bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen. [60]

56 — Punkt 231 i den överklagade domen.

57 — Dom Sumitomo Metal Industries och Nippon Steel/kommissionen (C-403/04 P och C-405/04 P, EU:C:2007:52, punkt 45).

58 — Punkt 233 i den överklagade domen.

59 — Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom Wunenburger/kommissionen (C-362/05 P, EU:C:2007:322, punkt 66), dom YKK m.fl./kommissionen (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, punkt 44) och dom Marktgemeinde Straßwalchen m.fl. (C-531/13, EU:C:2015:79, punkt 38).

60 — Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom Wunenburger/kommissionen (C-362/05 P, EU:C:2007:322, punkt 67), dom YKK m.fl./kommissionen (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, punkt 44) och dom Marktgemeinde Straßwalchen m.fl. (C-531/13, EU:C:2015:79, punkt 39).

108. Det framgår dock inte vid en granskning av Hitachis skrivelse att tribunalen skulle ha missuppfattat de faktiska uppgifterna. Det anges nämligen uttryckligen däri att Hitachi godtar de slutsatser rörande förekomsten och omfattningen av GA som angavs i meddelandet om invändningar. Det framgår av Toshibas eget svar på meddelandet om invändningar att frågan om Hitachi hade tackat ja till tre avtal på den europeiska marknaden redan hade åberopats av kommissionen i meddelandet om invändningar. [61]

109. Tribunalen kunde således konstatera i punkterna 232–234 i den överklagade domen, utan att missuppfatta de faktiska uppgifterna i Hitachis skrivelse, att nämnda företag, efter sitt svar på kommissionens begäran om upplysningar av den 28 februari 2008 och vid det muntliga hörandet, hade tagit tillbaka sina påståenden och hade uppgett att det godtog kommissionens slutsatser avseende förekomsten och omfattningen av GA, såsom angavs i meddelandet om invändningar.

110. Jag vill även påpeka att den andra grund som Toshiba har åberopat till stöd för sitt överklagande endast avser punkt 233 i den överklagade domen. I den punkt som omedelbart föregår nämnda punkt har dock tribunalen redan angett att kommissionens hänvisning, i det angripna beslutet, till att Hitachi tackade ja till tre europeiska projekt ”visar att inträdeshindren inte var oöverstigliga för en japansk tillverkare”. Varken denna punkt eller de punkter i vilka tribunalen analyserar frågan (och vilka tribunalen hänvisar till i slutet av punkt 233 i sin dom) [62] har dock kritiserats av Toshiba i samband med överklagandet.

111. Denna avsaknad av kritik från Toshibas sida motsäger att det eventuellt har skett en missuppfattning av de faktiska omständigheterna, eftersom det, såsom angetts ovan, krävs att en sådan missuppfattning på ett uppenbart sätt framgår av handlingarna i målet utan att det behöver företas en ny bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen.

112. Följaktligen ska slutsatsen dras att det vid granskningen av Hitachis skrivelse inte har framkommit att tribunalen på ett uppenbart sätt missuppfattade de faktiska uppgifterna i denna skrivelse.

C – *Den tredje grunden, avseende varaktigheten av Toshibas deltagande i överträdelsen: Motsägelsefull motivering och missuppfattning av bevisningen, felaktig tillämpning av kriteriet om öppet avståndstagande och åsidosättande av principen om personligt ansvar*

113. Den tredje grund som Toshiba har anfört avser varaktigheten av dess deltagande i GA. Denna grund består av tre delar. För det första har det gjorts gällande att tribunalens dom innehåller en motsägelsefull motivering i förhållande till de faktiska konstaterandena och den tidigare fastställda bevisningen, vilket medför att bevisningen har missuppfattats. För det andra tillämpade tribunalen kriteriet om öppet avståndstagande på ett felaktigt sätt. För det tredje åsidosatte tribunalen principen om personligt ansvar genom att slå fast att Toshibas anmärkning om att det inte deltog vid Zürichmötet var ”verkningslös”. Den andra och den tredje delgrunden avser i själva verket samma resonemang av tribunalen och jag ska pröva dem gemensamt.

1. Motsägelsefull motivering och missuppfattning av bevisningen

114. Enligt Toshiba motsade tribunalen sig själv genom att, å ena sidan, i punkt 208 i den överklagade domen konstatera att Toshiba ”hade uteslutit att det skulle delta i framtida möten” och genom att, å andra sidan, slå fast att det ”förelåg osäkerhet om sökandebolagets framtida deltagande i GA” (punkt 209 i den överklagade domen) och att dess deltagande var avhängigt av TM T&D:s deltagande (punkt 211 i den överklagade domen).

61 — Se punkterna 83–88 i Toshibas svar på meddelandet om invändningar, bilaga A.03.24a till överklagandet.

62 — Det vill säga punkterna 59–62 i den överklagade domen.

115. Toshibas påståenden grundar sig säkert på en ofullständig läsning av den överklagade domen och de handlingar som åberopades till stöd för den domen.

116. Vad tribunalen konstaterade i punkt 208 i sin dom var nämligen att det, på grund av bildandet av samriskföretaget TM T&D, ännu inte hade beslutats om Toshibas deltagande i framtida möten. Av vissa handlingar drog tribunalen slutsatsen att Toshiba visserligen hade uteslutit att det skulle delta i dessa individuellt, men att de övriga deltagarna klart hade uppgett att det, utan Toshiba, inte längre fanns något intresse av att bibehålla GA.

117. Det var helt logiskt att tribunalen, efter att i punkt 210 i den överklagade domen ha påpekat att det inte av någon handling gick att dra slutsatsen att Toshiba hade tagit avstånd från GA under Wienmötet, fortsatte genom att i punkt 211 i domen konstatera ”att det framgår även av de handlingar som sökandebolaget har åberopat att efter dess tillkännagivande om att det ännu inte hade beslutats om TM T&D:s deltagande i framtida möten och att dess eget deltagande var avhängigt därav, bekräftade de företag som deltog vid detta möte trots allt GA och de regler om underrättelse om projekt som omfattades av denna samverkan”.

118. I motsats till vad Toshiba har hävdat, bekräftar var och en av de åberopade handlingarna osäkerheten vad beträffar dels Toshibas deltagande vid nästa möte, dels dess fortsatta deltagande i GA, antingen individuellt eller genom TM T&D.

119. Enligt den promemoria från Wienmötet som upprättades av Okamoto (Fuji), hade det ännu inte beslutats huruvida Toshiba skulle delta vid mötena efter upprättandet av samriskföretaget. I en parentes görs visserligen tillägget att ”[m]an förväntar sig inte ett halvdant beslut såsom att fortsätta som [Toshiba]”, men denna mening åtföljs omedelbart av uppgiften ”Ja eller Nej”. Förutom att denna uppgift är av underordnad betydelse, vilket framgår av användningen av parenteser, visar tillägget av alternativet ”ja eller nej” obestridligen att det rör sig om ett första intryck som ännu inte hade blivit föremål för ett beslut. [63]

120. I motsats till vad Toshiba har hävdat, görs det i den förklarande anmärkning som bifogades Fujis redogörelse till kommissionen med avseende på förmånlig behandling inte bara gällande att ”möjligheten att Toshiba närvarar vid mötena efter bildandet av TM T&D (medan Mitsubishi inte närvarar vid dessa) har tillbakavisats av Toshiba”, utan det anges även däri att ”eftersom Mitsubishi inte längre deltar i dessa möten, måste ett beslut fattas avseende huruvida TM T&D får delta i nämnda möten”. [64]

121. Slutligen är det inte korrekt att hävda att protokollet från Wienmötet inte är tydligt, då det i detta entydigt anges att ”det relativt snart ska beslutas” om Toshibas framtida deltagande vid de kommande mötena och det anges även att de framtida mötena endast skulle ha någon mening om detta deltagande fortsätter. Denna punkt i protokollet avslutas dessutom med påståendet att denna fråga kommer att vara huvudpunkten vid nästa möte. [65] I avvaktan på detta bekräftas GA. [66]

63 — Originalhandlingen på engelska har följande lydelse: ”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.)” (Fujis interna promemoria avseende Wienmötet upprättad av Okamoto, bilaga A.14 till överklagandet).

64 — Originalhandlingen på engelska har följande lydelse: ”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”. (Fujis redogörelse till kommissionen med avseende på förmånlig behandling, bilaga A.16 till överklagandet).

65 — Originalhandlingen på engelska har följande lydelse: ”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.” (protokoll från Wienmötet, Siemens/Hitachi, bilaga A.15 till överklagandet).

66 — Originalhandlingen på engelska har följande lydelse, under avsnitt ”3. GA and Inhouse business”: ”Confirmation on rules: GA enquiries via Secs” (protokoll från Wienmötet, Siemens/Hitachi, bilaga A.15 till överklagandet).

122. Följaktligen ska slutsatsen dras att det vid granskningen av de handlingar som tribunalen grundade sig på inte har framkommit att tribunalen på ett uppenbart sätt missuppfattade de faktiska uppgifterna i dessa handlingar eller att de medförde en motsägelse i dess resonemang.

2. Felaktig tillämpning av kriteriet om öppet avståndstagande och åsidosättande av principen om personligt ansvar

123. Enligt Toshiba tillämpade tribunalen kriteriet om öppet avståndstagande på ett felaktigt sätt, då den i punkt 218 i den överklagade domen underkände bolagets argument att det inte hade deltagit vid Zürichmötet efter bildandet av TM T&D genom att beteckna argumentet som verkningslöst. Med andra ord anser Toshiba, med hänvisning till punkterna 213 och 220 i den överklagade domen, att tribunalen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att slå fast att Toshibas frånvaro vid Zürichmötet inte hade någon betydelse för bedömningen av kriteriet om öppet avståndstagande, då tribunalen tidigare hade dragit slutsatsen av de handlingar som Toshiba hade åberopat att det rådde osäkerhet om dess framtida deltagande i samverkan.

124. Även om kriteriet om öppet avståndstagande regelbundet åberopas av de företag som beskylls för ett konkurrensbegränsande beteende, ska det konstateras att kriteriet knappast har utvecklats i domstolens praxis[67] och har väckt föga intresse i doktrinen. Domen Comap/kommissionen (C-290/11 P, EU:C:2012:271) är enligt min mening lämplig för att avgränsa detta kriterium.

125. I den domen slog nämligen domstolen fast att begreppen öppet avståndstagande och fortlöpande konkurrensbegränsande beteende ”avser faktiska omständigheter, vilka i det enskilda fallet ska fastställas av den domstol som avgör saken, på grundval av en bedömning av ’ett antal sammanträffanden och indicier’ som har lagts fram för den och ’en helhetsbedömning av samtliga bevis och relevanta indicier’”.[68] Det följer av denna definition att ”[o]m bevisupptagningen har skett på ett riktigt sätt och de allmänna rättsprinciper och de processuella regler som är tillämpliga i fråga om bevisbördan och bevisföringen har iakttagits, är det tribunalen ensam som ska bedöma vilket värde som uppgifterna i målet ska tillmätas. Denna bedömning utgör således inte, med undantag för de fall då bevisningen har missuppfattats, en rättsfråga som ska prövas av domstolen.”[69]

126. Detta synsätt, vilket överensstämmer med synsättet i tidigare rättspraxis,[70] har bekräftats i dom Quinn Barlo m.fl./kommissionen (C-70/12 P, EU:C:2013:351, punkterna 28–30).

127. I allmänhet åberopas öppet avståndstagande av ett företag som har deltagit i ett möte utan att ha för avsikt att delta i det avtal eller den samverkan som diskuterades under mötet. Domstolens praxis avseende detta fall, vilken kan betecknas som fast praxis trots det begränsade antalet domar som har tagit ställning till frågan, kan sammanfattas på följande sätt: ”[f]ör att bevisa att ett företag har deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan, räcker [det] att visa att det berörda företaget deltog i möten där överenskommelser av konkurrensbegränsande art ingicks, utan att … företaget öppet tog avstånd från dessa överenskommelser. När deltagandet i dessa möten är bevisat åvilar det företaget att anföra omständigheter som visar att det deltog i mötena utan någon som helst konkurrensfientlig inställning

67 — Se, bland annat, dom Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6), dom Dansk Rørindustri m.fl./kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, EU:C:2005:408), dom Archer Daniels Midland/kommissionen (C-510/06 P, EU:C:2009:166), dom Comap/kommissionen (C-290/11 P, EU:C:2012:271), dom Quinn Barlo m.fl./kommissionen (C-70/12 P, EU:C:2013:351) och beslut Adriatica di Navigazione/kommissionen (C-111/04 P, EU:C:2006:105). Det går att hitta spår av tanken på ett kriterium om öppet avståndstagande i dom kommissionen/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356), eftersom kommissionen hävdade i det målet att det ”åvilar den person som påstår sig ha *tagit avstånd* från de överenskomna åtgärderna att anföra klar bevisning *därför*” (punkt 95). Min kursivering.

68 — Punkt 71.

69 — Idem.

70 — Se, för ett liknande resonemang, även dom Comap/kommissionen (C-290/11 P, EU:C:2012:271, punkterna 76–78), dom Archer Daniels Midland/kommissionen (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punkt 132) och beslut Adriatica di Navigazione/kommissionen (C-111/04 P, EU:C:2006:105, punkterna 50 och 54).

genom att styrka att företaget hade förklarat för sina konkurrenter att det deltog i sammanträdena med en annan inställning än dessa ...”.[71] Domstolen har i det avseendet tillagt att ”[d]et som är avgörande för bedömningen av huruvida det berörda företaget har velat ta avstånd från den rättsstridiga överenskommelsen är … att de övriga deltagarna i en konkurrensbegränsande samverkan har förstått nämnda företags avsikt”.[72]

128. I förevarande fall har Toshiba, genom den tredje grundens andra och tredje del, i huvudsak gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att slå fast att Toshiba kunde anses ha deltagit i GA till och med Zürichmötet, trots det som bolaget hade uppgett under Wienmötet i september 2002 för att ta avstånd från denna överenskommelse, men även det faktum att Toshiba inte hade deltagit, i vart fall inte individuellt, vid Zürichmötet i maj 2003 och den omständigheten att kommissionen inte hade inkluderat samriskföretaget TM T&D bland mottagarna av det omtvistade beslutet.

129. De faktiska omständigheterna i förevarande fall är visserligen något annorlunda än dem som var i fråga i de domar som jag nyss har citerat. I detta fall har nämligen Toshiba hävdat att det öppet tog avstånd under Wienmötet genom att tillkännage att det inte skulle delta, i vart fall inte individuellt, i de kommande mötena på grund av att ett samriskföretag hade bildats med Mitsubishi (vars deltagande det ännu inte hade beslutats om), och att allt detta bekräftades av dess frånvaro vid Zürichmötet.

130. Även i detta specifika fall anser jag dock att frågan huruvida Toshiba kunde anses vara part till GA under perioden från Wienmötet till Zürichmötet alltjämt utgör en faktisk bedömning som inte omfattas av domstolens behörighet, utom då bevisningen har missuppfattats.[73] Den grund som har åberopats av Toshiba ”innebär slutligen ett ifrågasättande av tribunalens bedömning av de faktiska omständigheterna och den bevisning som lagts fram vid den, avseende avsaknaden av öppet avståndstagande från sökandebolagets sida”.[74]

131. I motsats till målet Total marketing services/kommissionen (C-634/13 P, pågående), är det nämligen i förevarande fall inte fråga om en situation där det inte finns ens en tillstymmelse till bevisning för att det berörda företaget fortsatte att delta i den omtvistade samverkan efter ett visst datum. Tvärtom, för att återge den distinktion som generaladvokaten Wahl gjorde i sitt förslag till avgörande i samma mål,[75] är det här faktiskt fråga om en situation där avsaknaden av ett uttryckligt avståndstagande gör det möjligt att på grundval av konkreta indicier presumera att ett företag som har deltagit i möten som har haft ett konkurrensbegränsande syfte har deltagit i en samverkan som omfattas av förbudet i artikel 101.1 FEUF.

132. Även om Toshiba, såsom bolaget inledningsvis har uppgett i punkt 25 i överklagandet, redan hade hävdat i samband med sitt försvar vid tribunalen att det inte fanns några bevis för att det hade fortsatt att delta efter Wienmötet och att de övriga medlemmarna i GA klart hade förstått, på grundval av olika uppgifter, att bolaget öppet hade tagit avstånd från denna överenskommelse, är det likväl så att det

71 — Dom Archer Daniels Midland/kommissionen (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punkt 119), vilken hänvisar till dom Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkt 81).

72 — Dom Archer Daniels Midland/kommissionen (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punkt 120).

73 — ”Fastställandet av en överträdelses varaktighet utgör en bevisfråga och omfattas därför inte av domstolens prövning i ett mål om överklagande, utom då tribunalen har missuppfattat bevisningen. Detta gäller särskilt vid tillämpningen av ’begreppen öppet avståndstagande och fortlöpande konkurrensbegränsande beteende …’” (Bernardeau, L. och Christienne, J.-Ph., *Les amendes en droit de la concurrence – Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l’Union*, Larcier, coll. Europe(s), 2013, nr II.1314).

74 — Dom Quinn Barlo m.fl./kommissionen (C-70/12 P, EU:C:2013:351, punkt 28).

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

ankommer på Toshiba, eftersom det hade deltagit vid de olika sammankomsterna, däribland Wienmötet, att i enlighet med ovannämnda rättspraxis styrka att det öppet hade tagit avstånd från GA [76] och att de övriga deltagarna i den konkurrensbegränsande samverkan faktiskt förstod dess avsikt. [77]

133. I det sammanhanget prövade tribunalen den bevisning som Toshiba hade lagt fram vid den för det syftet, närmare bestämt protokollet från Wienmötet, Fujis interna promemoria avseende detta möte och Fujis förklarande anmärkning avseende detta möte, vilken bifogades dess redogörelse med avseende på förmånlig behandling. [78]

134. Toshiba har dock inte bestritt tribunalens bedömning i det avseendet, [79] med undantag av punkterna 209 och 211 i den överklagade domen och då inom ramen för den tredje grundens första del. I det avseendet har jag kommit fram till slutsatsen att det vid granskningen av de handlingar som tribunalen grundade sig på inte har framkommit att tribunalen på ett uppenbart sätt missuppfattade de faktiska uppgifterna i dessa handlingar eller att de medförde en motsägelse i dess resonemang.

135. Dessa handlingar visar tvärtom att det rådde osäkerhet om Toshibas framtida deltagande i de kommande mötena och att GA bekräftades i avvaktan på detta beslut.

136. Överklagandet kan följaktligen inte prövas såvitt avser den tredje grundens andra del, eftersom den syftar till att ifrågasätta tribunalens bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen och då denna bevisning inte har missuppfattats.

137. Vad beträffar den tredje grundens tredje del, anser jag att tribunalen inte gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning då den slog fast att Toshibas anmärkningar, avseende kommissionens tolkning av den funktion som R hade fyllt vid Zürichmötet och avseende att Zürichmötet inte var konkurrensbegränsande, var verkningslösa.

138. Tribunalen gjorde en riktig bedömning när den slog fast att dessa anmärkningar – även om de antogs vara befogade – inte kunde påverka kommissionens konstaterande att Toshiba deltog i GA fram till den 15 maj 2003. I punkt 220 i den överklagade domen slog tribunalen fast att ”även om sökandebolaget inte hade deltagit i Zürichmötet och om detta möte inte hade haft ett konkurrensbegränsande syfte, sk[ulle] det anses att sökandebolaget, då det inte öppet hade tagit avstånd, ha[de] deltagit i GA fram till nämnda möte”, genom att stödja sig på redogörelserna i punkterna 205–214 i domen. Punkt 220 omfattas dock inte av överklagandet och dessutom, såsom angetts ovan, framgår det inte av punkterna 205–214 att tribunalen missuppfattade de faktiska omständigheterna och/eller den bevisning som dess bedömning avsåg.

139. Slutligen gjorde tribunalen även en riktig bedömning när den, i punkt 221 i den överklagade domen, slog fast att Toshiba inte med framgång kunde åberopa att det upphörde att delta i GA när samriskföretaget TM T&D bildades den 1 oktober 2002. Vid det datumet hade inte Toshiba öppet tagit avstånd från den aktuella samverkan i den mening som avses i domstolens praxis, eftersom det som är avgörande i det avseendet är att de övriga deltagarna i en konkurrensbegränsande samverkan har förstått det berörda företagets avsikt. [80] Efter Wienmötet, vilket hölls före den 1 oktober 2002, var nämligen de övriga deltagarna ännu inte säkra på huruvida Toshiba och/eller TM T&D skulle delta. Tvärtom hade de övriga deltagarna dels bekräftat GA och de regler om underrättelse om projekt som omfattades därav, dels slagit fast att det inte fanns något intresse av att bibehålla GA om inte Toshiba deltog.

76 — Se, för ett liknande resonemang, dom Comap/kommissionen (C-290/11 P, EU:C:2012:271, punkt 76).

77 — Se, för ett liknande resonemang, dom Archer Daniels Midland/kommissionen (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punkt 120).

78 — Se punkt 207 i den överklagade domen.

79 — Det vill säga punkterna 208–214 i den överklagade domen.

80 — Se, för ett liknande resonemang, dom Archer Daniels Midland/kommissionen (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punkt 120).

140. Överklagandet kan följaktligen delvis inte tas upp till prövning och är delvis ogrundat såvitt avser den tredje grunden.

D – *Den fjärde grunden: Felaktig rättstillämpning vid fastställandet av bötesbeloppet*

141. Toshiba har som fjärde grund gjort gällande att tribunalen tillämpade punkt 18 i 2006 års riktlinjer på ett felaktigt sätt, eftersom tribunalen godkände kommissionens användning av de marknadsandelar som globalt innehas av deltagarna i samverkan för att beräkna de fiktiva försäljningsvärdena i EES.

142. Enligt punkt 18 i 2006 års riktlinjer kan kommissionen, om överträdelsen sträcker sig utanför EES, fastställa försäljningsvärdet inom EES och omfattningen av varje företags delaktighet i överträdelsen genom att uppskatta det sammanlagda försäljningsvärdet av de varor eller tjänster överträdelsen avser i det berörda geografiska området (större än EES), fastställa varje deltagande företags andel av försäljningen på denna marknad, och lägga denna andel till varje företags totala försäljning inom EES.

143. Denna bestämmelse i riktlinjerna har, såvitt jag vet och med undantag av domen ICF/kommissionen (C-467/13 P, EU:C:2014:2274),[81] ännu inte tolkats av domstolen.

144. Eftersom punkt 18 i 2006 års riktlinjer utgör ett undantag från huvudregeln i punkt 13 i samma riktlinjer, kan dock uppgifterna avseende sistnämnda punkt och det sammanhang i vilket den ingår vara till hjälp för att fastställa tillämpningsområdet för punkt 18.

145. I det avseendet är det lämpligt att erinra om att 2006 års riktlinjer antogs för att garantera insyn och objektivitet i de beslut som kommissionen fattar med stöd av artikel 23.2 a i rådets förordning nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG][82].

146. Syftet med denna artikel är bland annat att säkerställa att böterna har en tillräckligt avskräckande verkan, vilket motiverar beaktandet av det berörda företagets ekonomiska styrka.[83]

147. Domstolen har därav dragit slutsatsen att punkt 13 i 2006 års riktlinjer ”syfta[de] till att som utgångspunkt för beräkningen av de böter som ska åläggas ett företag fastställa ett belopp som återspeglar överträdelsens ekonomiska betydelse och företagets [delaktighet] i överträdelsen”.[84]

148. Domstolen anser således att det skulle strida mot det syfte som eftersträvas med punkt 13 i 2006 års riktlinjer att tolka begreppet försäljningsvärde som används i denna punkt ”så att det enbart avser omsättning som hänför sig till sådan försäljning för vilken det är fastställt att den verkligen påverkades av [den aktuella] kartell[en]”.[85]

149. När punkt 18 i 2006 års riktlinjer avviker från avgränsningen av det geografiska område som avses i punkt 13 i nämnda riktlinjer för att utvidga det utöver EES, eftersträvar den samma syfte: att ge en så korrekt bild som möjligt av företagets delaktighet i överträdelsen.

81 — Den fråga som behandlas i den domen skiljer sig dock från den som är aktuell här, eftersom den avser begreppet ”det sammanlagda försäljningsvärdet av de varor eller tjänster överträdelsen avser”, vilket nämns i punkt 18 i 2006 års riktlinjer, och inte begreppet ”det berörda geografiska området (större än EES)” som är i fråga i förevarande mål.

82 — EGT L 1, 2003, s. 1. Se punkt 3 i 2006 års riktlinjer.

83 — Se, för ett liknande resonemang, dom Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe/kommissionen (C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkt 142).

84 — Ibidem (punkt 148).

85 — Se dom Guardian Industries och Guardian Europe/kommissionen (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, punkt 57).

150. Detta syfte motiveras i sig av artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003, vilken syftar till att säkerställa att böterna har en tillräckligt avskräckande verkan, genom att beakta det berörda företagets ekonomiska styrka.

151. En bokstavlig tolkning av punkt 18 i 2006 års riktlinjer, vilken skulle kräva att ”det berörda geografiska området (större än EES)” begränsades till endast de områden som omfattas av den otillåtna samverkan, skulle under dessa omständigheter inte nödvändigtvis beakta det berörda företagets verkliga ekonomiska styrka och skulle följaktligen kunna strida mot ovannämnda avskräckande syfte.

152. Det aktuella fallet är ett tydligt exempel på detta. Om enbart försäljningen i EES och i Japan hade beaktats, skulle åtminstone en japansk medlem i den konkurrensbegränsande samverkan ha undgått böter helt på grund av att det inte hade någon försäljning på den europeiska marknaden.

153. Mer allmänt leder dessutom den restriktiva tolkningen av punkt 18 i 2006 års riktlinjer som Toshiba har gjort gällande, när det är fråga om en överenskommelse om en uppdelning av marknaden, till att iakttagandet av denna överenskommelse belönas. Genom att iaktta överenskommelsen har nämligen företaget inte någon försäljning på den andra partens hemmamarknad och undgår därför böter *de facto* och *de jure*.

154. Tribunalen gjorde således en riktig bedömning, utan att göra sig skyldig till felaktig rättstillämpning, när den i punkt 281 i den överklagade domen slog fast att ”eftersom sökandebolaget deltog i en överenskommelse om uppdelning av marknaden i syfte att begränsa de japanska tillverkarnas tillträde till EES, [gjorde] kommissionen en riktig bedömning när den slog fast att det inte skulle vara lämpligt att tillämpa en metod som grundar sig på dess verkliga försäljning i EES”, och själv konstaterade, i punkt 282 i nämnda dom, att ”med hänsyn till den aktuella överträdelsens art, [var] en metod som beaktar andelarna på världsmarknaden lämplig för att avspegla överträdelsens betydelse”.

155. Även om riktlinjerna i allmänhet uppfattas av domstolen som förhållningsregler som kommissionen inte kan avvika från utan att riskera att sanktionsåtgärder vidtas mot institutionen på grund av att den åsidosatt allmänna rättsprinciper såsom principen om likabehandling eller principen om skydd för berättigade förväntningar,[86] har dock domstolen preciserat att dessa riktlinjer alltjämt utgjorde *vägledande* förhållningsregler för kommissionen för den praxis som ska följas och från vilka kommissionen, i ett enskilt fall, fick avvika under förutsättning att den angav skäl som var förenliga med principen om likabehandling.[87]

156. Denna möjlighet föreskrivs för övrigt uttryckligen i punkt 37 i 2006 års riktlinjer, enligt vilken ”kommissionen har rätt att avvika från denna [allmänna] metod” som anges i riktlinjerna för fastställande av böter ”om omständigheterna i ett enskilt ärende kräver det eller om det krävs för att uppnå en tillräckligt avskräckande effekt”.

157. I det aktuella fallet kan det konstateras att kommissionen inte underlät att i sitt beslut förklara varför det var motiverat att använda den globala försäljningen i stället för försäljningen i de områden som berördes av överträdelsen. Detta ”beror på att företagens försäljning inom EES och i Japan inte ger en korrekt bild av varje företags delaktighet i överträdelsen”[88] och om ”endast försäljningen av krafttransformatorer inom EES och i Japan beaktades, skulle de böter som Fuji åläggs uppgå till noll”.[89]

86 — Se, för ett liknande resonemang, dom Archer Daniels Midland/kommissionen (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punkt 60).

87 — Se, för ett liknande resonemang, dom Quinn Barlo m.fl./kommissionen (C-70/12 P, EU:C:2013:351, punkt 53).

88 — Punkt 229 i det omtvistade beslutet.

89 — Punkt 235 i det omtvistade beslutet.

158. Kommissionen bemödade sig även om att grunda sitt beslut på punkt 37 i 2006 års riktlinjer genom att ange att ”varje annan metod för att beräkna böternas grundbelopp [än den som användes i förevarande fall] skulle ge ett godtyckligt och obalanserat resultat *och skulle inte ha någon avskräckande verkan*”. [90]

159. Överklagandet kan följaktligen inte heller bifallas såvitt avser den fjärde grunden.

VI – **Rättegångskostnader**

160. Enligt artikel 138.1 i domstolens rättegångsregler, som enligt artikel 184.1 i samma rättegångsregler ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Toshiba ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Toshiba har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

VII – **Förslag till avgörande**

161. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska

— ogilla överklagandet, och

— förplikta Toshiba Corporation att ersätta rättegångskostnaderna.

90 — Ibidem (punkt 236). Min kursivering.