



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MELCHIOR WATHELET
26 päivänä syyskuuta 2013¹

Asia C-295/12 P

**Telefónica SA ja
Telefónica de España SAU
vastaan**

Euroopan komissio

Kilpailu — Määrävän markkina-aseman väärinkäyttö — Hintaruuvi (marginaalien puristaminen) — Telefónica SA:n tukkuhinnat Espanjan laajakaistayhteyksien markkinoilla — Sakko — Komission perusteluvollisuus — Laskentamenetelmä — Syrjintäkiellon periaate — Suhteellisuusperiaate — Unionin yleisen tuomioistuimen täysi harkintavalta

Sisällys

I Asian tausta	3
II Menettely unionin yleisessä tuomioistuimessa ja valituksenalainen tuomio	4
III Oikeudenkäynti unionin tuomioistuimessa	5
IV Valitus	5
A Vaatimus saada tutustua unionin yleisessä tuomioistuimessa pidetyn istunnon litterointiin tai tallenteeseen	5
B Komission valituksesta kokonaisuudessaan esittämä oikeudenkäyntiväite	5
C Valitus	6
1. Kokonaisuudessaan tutkimatta jätettävät valitusperusteet: toinen, kolmas, neljäs ja viides peruste	6
a) Toinen valitusperuste	6
b) Kolmas valitusperuste	6

¹ — Alkuperäinen kieli: ranska.

c) Neljäs valitusperuste	7
d) Viides valitusperuste	7
2. Valitusperusteet, jotka on hylättävä osaksi siksi, että niiden tutkittavaksi ottamisen edellytykset puuttuvat, ja osaksi perusteettomina: ensimmäinen, kuudes ja yhdeksäs valitusperuste	9
a) Ensimmäinen ja yhdeksäs valitusperuste	9
b) Kuudes valitusperuste	12
c) Seitsemäs valitusperuste	14
i) Seitsemännen valitusperusteen ensimmäinen osa	14
ii) Seitsemännen valitusperusteen toinen osa	15
– Ensimmäinen väite	15
– Toinen väite	17
3. Kahdeksas valitusperuste (sakon määrän laskeminen) ja kymmenes valitusperuste (täyden tuomiovallan käyttämistä koskevan velvollisuuden laiminlyönti seuraamusten osalta)	17
i) Kahdeksannen valitusperusteen ensimmäinen osa (ensimmäisen väitteen toinen ja kolmas perustelu ja toinen väite)	17
ii) Kahdeksannen valitusperusteen ensimmäisen väitteen ensimmäinen ja neljäs perustelu, kolmas ja neljäs väite sekä kahdeksannen valitusperusteen muut osat sekä kymmenes valitusperuste	19
– Asianosaisten lausumat	19
– Asian tarkastelu	22
α) Ensimmäinen osa: komission oikeudet ja velvollisuudet	22
β) Toinen osa: unionin yleisen tuomioistuimen tōysi harkintavalta	25
αα) Tōyttō harkintavaltaa koskeva teoria	25
ββ) Tōyttā harkintavaltaa koskevan teorian soveltaminen käsiteltävään asiaan	33
V Ratkaisuehdotus	39

1. Käsiteltävä asia koskee Telefónica SA:n (jäljempänä Telefónica) ja Telefónica de España SAU:n (jäljempänä Telefónica de España) tekemää valitusta unionin yleisen tuomioistuimen tuomiosta,² jossa tämä hylkäsi niiden kanteen, jolla ne vaativat kumoamaan komission päätöksen K(2007) 3196 lopullinen,³ ja niiden toissijaisen vaatimuksen sakon määrän kumoamisesta tai alentamisesta.

I Asian tausta

2. Unionin yleinen tuomioistuin esittää yhteenvedon asian taustasta valituksenalaisen tuomion 3–29 kohdassa seuraavasti:

”3 Wanadoo España SL (josta on tullut France Telecom España SA) teki 11.7.2003 – – komissiolle kantelun, jossa se väitti, ettei Telefónican tytäryhtiöiden kilpailijoiltaan laajakaistayhteyksien tukkutarjonnasta Espanjassa perimien hintojen ja niiden loppukäyttäjiin soveltamien vähittäishintojen välinen marginaali ollut riittävä siihen, että Telefónican kilpailijat voisivat kilpailla sen kanssa – –.

--

6 Komissio teki 4.7.2007 riidanalaisen päätöksen, jota käsiteltävänä oleva kanne koskee.

7 Komissio yksilöi riidanalaisen päätöksen ensimmäisessä osassa kolmet kyseessä olevien tuotteiden markkinat eli laajakaistayhteyksien vähittäismarkkinat ja kahdet laajakaistayhteyksien tukkumarkkinat – –.

--

15 Riidanalaisen päätöksen mukaan merkitykselliset maantieteelliset tukku- ja vähittäismarkkinat olivat valtakunnanlaajuiset (Espanjan alue) – –.

16 Riidanalaisen päätöksen toisessa osassa komissio totesi, että Telefónicalla oli määräävä markkina-asema molemmilla kyseessä olevilla tukkumarkkinoilla – –. Niinpä Telefónicalla oli tarkastelujakson aikana alueellisen tukkutuotteen toimitusmonopoli ja yli 84 prosentin markkinaosuus valtakunnallisen tukkutuotteen markkinoilla – –. Riidanalaisen päätöksen – – mukaan Telefónicalla oli määräävä markkina-asema myös vähittäismarkkinoilla.

17 Riidanalaisen päätöksen kolmannessa osassa komissio tutki, oliko Telefónica väärinkäyttänyt määräävää markkina-asemaansa kyseisillä markkinoilla – –. Komissio katsoi, että Telefónica oli rikkonut EY 82 artiklaa, koska se oli soveltanut kilpailijoihinsa epäoikeudenmukaisia hintoja Espanjan 'suuren yleisön' markkinoilla sovellettavan vähittäistason laajakaistayhteyksien hinnan ja alueellisella ja valtakunnallisella tasolla sovellettavan tukkutason laajakaistayhteyksien hinnan välisen hintaruuvien muodossa syyskuun 2001 ja joulukuun 2006 välisenä aikana – –.

--

25 Komissio käytti riidanalaisessa päätöksessä sakon määrän laskennassa asetuksen N:o 17^[4] 15 artiklan 2 kohdan ja EHTY:n perustamissopimuksen 65 artiklan 5 kohdan mukaisesti määrättävien sakkojen laskennassa sovellettavissa suuntaviivoissa (EYVL 1998, C 9, s. 3; jäljempänä vuoden 1998 suuntaviivat) esitettyä menetelmää.

2 – Asia T-336/07, Telefónica ja Telefónica de España v. komissio, tuomio 29.3.2012 (jäljempänä valituksenalainen tuomio).

3 – [SEUT 102] artiklan mukaisesta menettelystä (Asia COMP/38.784 – Wanadoo España/Telefónica) 4.7.2007 tehty komission päätös (jäljempänä riidanalainen päätös).

4 – 6.2.1962 annettu neuvoston asetus ([SEUT 101] ja [SEUT 102] artiklan ensimmäinen täytäntöönpanoasetus) (EYVL 1962, 13, s. 204).

- 26 Ensiksi komissio arvioi kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuutta ja vaikutuksia sekä merkityksellisten maantieteellisten markkinoiden kokoa. Se totesi kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuudesta, että kyse oli käytännössä monopoli-asemassa olevan yrityksen selvästä tällaisen aseman väärinkäytöstä, minkä vuoksi sitä on pidettävä vuoden 1998 suuntaviivojen valossa 'hyvin vakavana' –. Riidanalaisen päätöksen 744–750 perustelukappaleessa komissio erottaa toisistaan esillä olevan asian ja [Deutsche Telekom -pätöksen⁵], jossa Deutsche Telekomin väärinkäyttöä, joka myös koski marginaalien puristamista [(margin squeeze) tai hintaruuvia⁶], ei pidetty vuoden 1998 suuntaviivoissa tarkoitettulla tavalla 'hyvin vakavana'. Todetun kilpailusääntöjen rikkomisen vaikutusten arvioinnin yhteydessä komissio otti huomioon merkityksellisten markkinoiden huomattavan taloudellisen arvon, niiden ratkaisevan roolin tietoyhteiskunnan luomisessa ja Telefónican väärinkäytön merkittävät vaikutukset vähittäismarkkinoilla –. Merkityksellisten maantieteellisten markkinoiden koosta komissio totesi muun muassa, että Espanjan laajakaistamarkkinat olivat Euroopan unionin viidenneksi suurimmat kansalliset laajakaistamarkkinat ja että vaikka hintaruuvitapaukset rajoittuivat väistämättä yhden ainoan jäsenvaltion alueelle, ne estivät muista jäsenvaltioista peräisin olevien operaattoreiden pääsyn nopeasti kasvaville markkinoille –.
- 27 Riidanalaisen päätöksen mukaan sakon laskentapohja, 90 000 000 euroa, ilmentää sitä, että väärinkäyttöä merkitsevä menettely täsmentyi tarkastellun jakson kuluessa ja täsmällisemmin sanottuna Deutsche Telekom -pätöksen tekemisen jälkeen –. Sakon laskentapohjaan sovellettiin kerrointa 1,25 Telefónican huomattavan taloudellisen kapasiteetin huomioon ottamiseksi ja sakon riittävän estävän vaikutuksen varmistamiseksi, jolloin laskentapohjaksi saatiin 112 500 000 euroa –.
- 28 Toiseksi koska kilpailusääntöjen rikkominen oli jatkunut syyskuusta 2001 joulukuuhun 2006 eli viisi vuotta ja neljä kuukautta, komissio korotti sakon laskentapohjaa 50 prosentilla. Sakon perusmääräksi tuli näin ollen 168 750 000 euroa –.
- 29 Kolmanneksi komissio katsoi käytettävissä olevien todisteiden perusteella, että esillä olevassa asiassa voitiin todeta tiettyjä lieventäviä olosuhteita, koska kilpailusääntöjen rikkominen oli ollut tuottamuksellista. Telefónicalle myönnettiin niiden perusteella 10 prosentin alennus sakon määrästä, jolloin sakon määräksi saatiin 151 875 000 euroa –.”

II Menettely unionin yleisessä tuomioistuimessa ja valituksenalainen tuomio

3. Unionin yleisessä tuomioistuimessa nostamassaan kanteessa Telefónica ja Telefónica de España vetosivat riidanalaisen päätöksen kumoamisesta esittämiensä ensisijaisten vaatimusten tueksi kuuteen kanneperusteeseen, joista ensimmäisen mukaan puolustautumisoikeuksia oli loukattu; toisen mukaan merkityksellisiä tukumarkkinoita määriteltäessä oli tehty tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä; kolmannen mukaan valittajien määräävää asemaa merkityksellisillä markkinoilla todettaessa oli tehty tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä; neljännen mukaan SEUT 102 artiklaa valittajien väärinkäyttöä merkitsevään toimintaan sovellettaessa oli tehty oikeudellisia virheitä; viidennen mukaan valittajien väärinkäyttöä merkitsevän toiminnan ja sen kilpailua rajoittavan vaikutuksen arvioinnin yhteydessä oli tehty tosiseikkoja koskevia virheitä ja/tai tosiseikkojen arviointivirheitä ja oikeudellisia virheitä; ja kuudennen mukaan SEUT 102 artiklaa oli sovellettu ultra vires sekä toissijaisuusperiaatetta, suhteellisuusperiaatetta, oikeusvarmuuden periaatetta, vilpittömän yhteistyön periaatetta ja hyvän hallinnon periaatetta oli loukattu.

5 — [SEUT 102] artiklan soveltamisesta (Asia COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) 21.5.2003 tehty komission päätös 2003/707/EY (EUVL L 263, s. 9; jäljempänä Deutsche Telekom -pätös). Ks. tästä asia C-280/08 P, Deutsche Telekom v. komissio, tuomio 14.10.2010 (Kok., s. I-9555) sekä julkisasiamies Mazákin samassa asiassa 22.4.2010 esittämä ratkaisuehdotus.

6 — Käytän tässä ratkaisuehdotuksessa termiä hintaruuvi.

4. Toissijaisesti valittajat esittivät kaksi kanneperustetta, jotka koskivat sakon kumoamista tai sen määrän alentamista ja joiden mukaan i) oli tehty tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä, rikottu asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohtaa ja asetuksen (EY) N:o 1/2003⁷ 23 artiklan 2 kohtaa ja loukattu oikeusvarmuuden ja luottamuksensuojan periaatetta, ja ii) sakon määrää määritettäessä oli tehty tosiseikkoja koskevia virheitä ja oikeudellisia virheitä, loukattu suhteellisuusperiaatetta, yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja rangaistusten yksilöllisyyttä koskevaa periaatetta sekä laiminlyöty perusteluvollisuus. Unionin yleinen tuomioistuin hylkäsi kaikki kanneperusteet ja kanteen kokonaisuudessaan.

III Oikeudenkäynti unionin tuomioistuimessa

5. Valittajien ja komission lisäksi unionin tuomioistuimessa käytyyn kirjalliseen käsittelyyn osallistuivat unionin yleisessä tuomioistuimessa väliintulijoina olleet kolme osapuolta eli Asociación de usuarios de servicios bancarios (Ausbanc Consumo, jäljempänä Ausbanc), France Telecom (käsittävän asian vireille pannut kantelija) ja European Competitive Telecommunications Association (jäljempänä ECTA). Kaikki kyseiset osapuolet esittivät huomautuksensa 16.5.2013 pidetyssä istunnossa, jossa käsiteltiin ainoastaan valituksen seitsemättä, kahdeksatta ja kymmenettä perustetta (jotka koskivat sakon määrää määritettäessä väitetysti tehtyjä oikeudellisia virheitä ja unionin yleisen tuomioistuimen veltvollisuutta käyttä täyttä harkintavaltaa).

IV Valitus

A Vaatimus saada tutustua unionin yleisessä tuomioistuimessa pidetyn istunnon litterointiin tai tallenteeseen

6. Valittajat ja Ausbanc ovat vaatineet unionin tuomioistuinta antamaan niille SEUT 15 artiklan mukaisen mahdollisuuden tutustua unionin yleisessä tuomioistuimessa 23.5.2011 pidetyn istunnon litterointiin tai tallenteeseen. Mielestäni kyseiset vaatimukset on hylättävä, sillä unionin yleisessä tuomioistuimessa 23.5.2011 pidetyn istunnon litterointi tai tallenne eivät sisälly unionin yleisen tuomioistuimen kirjaajan ohjeiden 5 artiklan 1 kohdan nojalla unionin tuomioistuimelle toimitettavaan asiakirjavihkoon.

B Komission valituksesta kokonaisuudessaan esittämä oikeudenkäyntiväite

7. On todettava seuraavaa: i) valitus, joka on muotoiltu sekavasti, on erittäin pitkä – 492 kohtaa⁸ sisältävän tekstin ranskankielisen käännöksen pituus on jopa 133 sivua ykkösrivivälillä –, siinä on paljon toistoa ja se käsittää useita satoja valitusperusteita, perusteiden osia, väitteitä, perusteluja ja perustelujen osia (komission mukaan eniten koko unionin oikeudenkäyntihistoriassa); ii) valituksessa pyritään lähes järjestelmällisesti siihen, että tosiseikat tutkittaisiin uudelleen, väittämällä, että unionin yleinen tuomioistuin olisi soveltanut ”virheellistä oikeudellista arviointiperustetta”; iii) valitusperusteet on esitetty usein pelkkinä väittäminä, joita ei ole perusteltu lainkaan, ja iv) valittajat yhtäältä moittivat usein riidanalaista päätöstä valituksenalaisen tuomion sijasta ja toisaalta, kun niiden esittämä kritiikki tosiasiaa kohdistuu valituksenalaiseen tuomioon, ne eivät käytännössä koskaan yksilöi tuomion niitä kohtia, joissa oikeudellisia virheitä on väitetysti tehty.

7 — [SEUT 101] ja [SEUT 102] artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16.12.2002 annettu neuvoston asetus (EYVL 2003, L 1, s. 1), jota on sovellettu 1.5.2004 alkaen.

8 — Eli unionin tuomioistuimessa tehty valitus (jonka pitäisi sisältää ainoastaan oikeudellisia seikkoja) on pidempi kuin unionin yleisessä tuomioistuimessa nostettu, menettelysääntöjen ja -ohjeiden mukaiseksi saatettu kanne. Valituksessa on lisäksi joitakin lähes käsittämättömiä kohtia, kuten 298 kohta, joka sisältää 121 sanan lauseen.

8. Komissio perustaa valituksesta kokonaisuudessaan esittämänsä oikeudenkäyntiväitteen näihin seikkoihin ja siihen, että komission on vaikeaa, ellei jopa mahdotonta, käyttää puolustautumisoikeuksiaan. Vaikka tunnenkin sympatiaa tätä oikeudenkäyntiväitettä kohtaan ja vaikka valituksen useilta kohdilta vaikuttavat selvästi puuttuvan tutkittavaksi ottamisen edellytykset, valitusta ei kuitenkaan voida jättää sellaisenaan tutkimatta kokonaisuudessaan, sillä jotkin sen perusteet ja väitteet täyttävät tutkittavaksi ottamisen edellytykset – vaikka niitä joutuukin etsimään suurennuslasin kanssa. Nämä muutamit perusteet ja väitteet herättävät lisäksi periaatteellisia kysymyksiä, joista osaa ei ole vielä missään yhteydessä käsitelty ja jotka liittyvät unionin yleisen tuomioistuimen velvollisuuteen käyttää täyttä harkintavaltaa.

9. Komission valituksesta kokonaisuudessaan esittämä oikeudenkäyntiväite on näin ollen mielestäni hylättävä.

C Valitus

1. Kokonaisuudessaan tutkimatta jätettävät valitusperusteet: toinen, kolmas, neljäs ja viides peruste

10. Nämä valitusperusteet, jotka koskevat merkityksellisten markkinoiden määrittelyssä sekä määrävän markkina-aseman, määrävän aseman väärinkäytön ja sen kilpailuun kohdistuvien vaikutusten arvioimisessa väitetysti tehtyjä oikeudellisia virheitä, on mielestäni jätettävä tutkimatta, sillä niissä kiistetään unionin yleisen tuomioistuimen tuomiossaan tekemät tosiseikkojen arvioinnit. Tämän lisäksi perusteissa mainitaan vain harvoin niiden kohteena olevat valituksenalaisen tuomion kohdat tai jaksot, vaikka unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön, joka on kodifioitu ja vahvistettu unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 169 artiklan 2 kohdassa ja 178 artiklan 3 kohdassa, mukaan valituksenalaiset kohdat on täsmennettävä.

a) Toinen valitusperuste

11. Valittajat väittävät (valituskirjelmän 37 kohta), että unionin yleinen tuomioistuin teki virheen kieltäytyessään hyväksymästä ensisijaista väitettä siitä, että tilaajayhteyksien eriytetty tarjonta, valtakunnallinen tukkuotuote ja alueellinen tukkuotuote kuuluivat samoihin tukkumarkkinoihin, ja toissijaista väitettä siitä, että valtakunnallinen tukkuotuote ja alueellinen tukkuotuote kuuluivat samoihin tukkumarkkinoihin.

12. Mielestäni komission, ECTA:n, France Telecomin ja AUSBANCIN toisesta valitusperusteesta kokonaisuudessaan esittämä oikeudenkäyntiväite on hyväksyttävä. Valitusperusteen tueksi esitetyt väitteet ovat ensinnäkin vaikeaselkoisia ja muotoiltu siten, että niitä on lähes mahdotonta ymmärtää. Toiseksi sen tarkoituksena on tosiasiaa kiistää unionin yleisen tuomioistuimen tosiseikoista tekemät arvioinnit. Kolmanneksi valittajat vetoavat useisiin uusiin seikkoihin, joita ei ole käsitelty ensimmäisessä oikeusasteessa ja joiden mukaan komissio ei soveltanut SSNIP-hintatestiä,⁹ markkinoiden määritelmä ei noudattanut markkinoiden määritelmästä annettua tiedonantoa,¹⁰ markkinoiden määrittely edellytti empiiristä analyysia, joka perustuu markkinatestiin ja/tai ekonometriseen tutkimukseen, ja SSNIP-hintatestiä oli sovellettava konkreettiseen ajanjaksoon.

b) Kolmas valitusperuste

13. Valittajat moittivat (valituskirjelmän 93 kohta) päätelmää, jonka unionin yleinen tuomioistuin teki niiden määrävästä asemasta valtakunnallisilla ja alueellisilla tukkumarkkinoilla.

9 — SSNIP tarkoittaa pientä mutta tuntuva hintojen pysyvää korotusta (small but significant and non-transitory increase in price).

10 — Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä [unionin] kilpailuoikeuden kannalta (EYVL 1997, C 372, s. 5).

14. Mielestäni ECTA:n, France Telecomin ja Ausbancin kolmannesta valitusperusteesta esittämä oikeudenkäyntiväite on sekin hyväksyttävä, sillä peruste perustuu uusiin väitteisiin, ja sen tarkoituksena on riitauttaa unionin yleisen tuomioistuimen tosiseikoista tekemä arviointi, jonka perusteella tämä päätteli määräävän markkina-aseman olemassaolon. Valittajat moittivat valituksenalaisen tuomion 149, 150, 162 ja 163 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on käyttänyt perustana ainoastaan valittajien suuria markkinaosuuksia todetessaan määräävän aseman olemassaolon ja tehnyt virheen jättäessään ottamatta huomioon erittäin kilpailuilla markkinoilla valittajiin kohdistuvat kilpailupaineet, ja kiistävät näin unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 157 kohdassa tekemän tosiseikkoja koskevan arvioinnin, jonka perusteella tämä päätteli, etteivät kyseiset markkinat olleet kilpailleet.¹¹ Näin ollen nämä väitteet on jätettävä tutkimatta.

c) Neljäs valitusperuste

15. Valittajat väittävät (valituskirjelmän 120 kohta) lähinnä, että unionin yleinen tuomioistuin totesi virheellisesti niiden rikkoneen SEUT 102 artiklaa, vaikka toimituksista kieltäytymisen (refusal to deal) tunnusmerkit eivät olleet olemassa, ja että se loukkasi näin valittajien omaisuudensuojaa sekä suhteellisuusperiaatetta, oikeusvarmuuden periaatetta ja laillisuusperiaatetta.

16. Komission, ECTA:n, France Telecomin ja Ausbancin neljännestä valitusperusteesta kokonaisuudessaan esittämä oikeudenkäyntiväite on nähdäkseni sekin hyväksyttävä, koska i) valitusperusteen taustalla olevia väitteitä ei ole käsitelty ensimmäisessä oikeusasteessa (esimerkiksi omaisuudensuojan loukkaamista koskeva väite, joka vaikuttaa muodostavan valitusperusteen ytimen, tai suhteellisuusperiaatetta ja oikeusvarmuuden periaatetta koskevat väitteet), ii) väitteillä pyritään riitauttamaan unionin yleisen tuomioistuimen tosiseikkoja koskevat arvioinnit ja vaaditaan tosiasiaa unionin tuomioistuinta arvioimaan tosiseikat uudelleen tai iii) väitteitä ei ole esitetty selkeästi (kuten asiassa TeliaSonera Sverige annetun oikeuskäytännön¹² riitautus perusteluja esittämättä) tai niissä ei täsmennetä riittävästi valituksenalaisen tuomion viitattuja kohtia.

d) Viides valitusperuste

17. Valittajat esittävät ensiksi yhteenvedon komission soveltamista kahdesta hintaruuvien arviointimenetelmästä, minkä jälkeen ne lähinnä ainoastaan toistavat (valituskirjelmän 149 kohta) moitteet, jotka ne esittivät samasta aiheesta unionin yleiselle tuomioistuimelle toimittamassaan kannekirjelmässä, ja kiistävät tämän valituksenalaisen tuomion 199–265 kohdassa esittämät vastaukset.

18. Valittajat vaativat tosiasiaa, että unionin yleisessä tuomioistuimessa arvioidut tosiseikat ja näyttö arvioidaan uudelleen – ja usein täsmentämättä niitä valituksenalaisen tuomion kohtia, joita ne moittivat –, mutta tällaista vaatimusta ei selvästikään voida ottaa tutkittavaksi valitusvaiheessa, ellei näyttöä ole otettu huomioon vääristyneellä tavalla, mitä valittajat eivät kuitenkaan ole osoittaneet.

19. Annan seuraavassa muutaman esimerkin:

— Valittajat väittävät, että vaihtoehtoiset operaattorit ovat käyttäneet tukkutuotteiden optimaalista yhdistelmää. Näin ne kyseenalaistavat unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 130, 195 ja 280 kohdassa esittämän tosiseikkoja koskevan toteamuksen, jonka mukaan ei ole käynyt ilmi, että tukkutuotteiden yhdistelmää olisi käytetty.

11 — Toisin sanoen sellaiset markkinat, joilla Telefónican asiakkaat ja kilpailijat saattoivat toisintaa Telefónican verkkoa, jolloin ne kykenivät aiheuttamaan tosiasiallista kilpailupainetta markkinaosuuksistaan riippumatta.

12 — Asia C-52/09, TeliaSonera Sverige, tuomio 17.2.2011 (Kok., s. I-527).

- Valittajat moittivat (valituskirjelmän 162 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 207 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on ottanut tosiseikat vääristyneellä tavalla huomioon todetessaan, että tilaajayhteyksien tosiasiallinen käyttäminen oli alkanut vasta vuoden 2004 lopulla. Valittajien mukaan yhtäältä unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt määrittää kaksi analyysijaksoa, mainittua päivämäärää edeltävä ja sen jälkeinen ajanjakso, ja toisaalta kilpailijat olivat käyttäneet tilaajayhteyksiä tosiasiallisesti jo ennen vuotta 2004. Väitteessä ei kuitenkaan yksilöidä mitään asiakirja-aineistoon sisältyvää konkreettista tietoa, jonka unionin yleinen tuomioistuin olisi ottanut vääristyneellä tavalla huomioon. Asiakirja-aineistosta käy joka tapauksessa ilmi, etteivät valittajat vedonneet ensimmäisessä oikeusasteessa siihen, että vuodesta 2004 olisi alkanut uusi ajanjakso.
- Valittajat moittivat (valituskirjelmän 167 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 217 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin oletti virheellisesti, että viiteajanjakson pidentäminen vääristäisi kilpailua tavalla, jota ei voida hyväksyä, kun se ei ottanut huomioon valittajien ehdottamia korjaavia mekanismeja ja loukkasi näin syyttömyysolettamaa. Tästä on riittävää todeta, että unionin yleinen tuomioistuin ainoastaan teki yhteenvedon valittajien väitteistä esittämättä varsinaista arviointia. Valittajat esittävät syyttömyysolettamaa koskevan väitteen joka tapauksessa ensimmäisen kerran vasta valituksen yhteydessä.
- Valittajat väittävät (valituskirjelmän 178 kohta) myös, että unionin yleinen tuomioistuin teki useita oikeudellisia virheitä tutkiessaan valituksenalaisen tuomion 233–264 kohdassa komission riidanalaisessa päätöksessä soveltamaa jaksokohtaista menetelmää. Mielestäni näitä väitteitä ei voida ottaa tutkittavaksi, koska valittajat eivät riitauttaneet unionin yleisessä tuomioistuimessa jaksokohtaisen menetelmän käyttöä koskevaa periaatetta vaan ainoastaan komission tavan soveltaa kyseistä menetelmää.
- Valittajat väittävät (valituskirjelmän 181 kohta) lisäksi, että unionin yleinen tuomioistuin teki useita oikeudellisia virheitä tutkiessaan valituksenalaisen tuomion 234–244 kohdassa myyntihenkilöstöstä aiheutuneita kustannuksia. Ne väittävät, että unionin yleinen tuomioistuin sovelsi virheellisesti ”yhtä tehokkaan kilpailijan” menetelmää, kun se jätti ottamatta huomioon, että yhtä tehokas kilpailija voi teettää kaupalliset palvelunsa alihankintana. Tätä väitettä ei voida ottaa tutkittavaksi, sillä siinä laajennetaan valitusta ensimmäisessä oikeusasteessa käsiteltyä kannetta laajemmalle esittämällä uusia perusteita ja kehoitetaan unionin tuomioistuinta arvioimaan tosiseikat uudelleen.
- Valittajat moittivat (valituskirjelmän 183 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 244 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin teki virheen, kun se ei ottanut huomioon valittajien seurantatauluihin sisältyneitä kustannusarvioita, jätti käyttämättä täyttä harkintavaltaansa, noudatti pitkän aikavälin keskimääräisten lisäkustannusten sääntöä ja käytti markkinoinnin marginaalikustannusten arvioinnissa valittajien kirjanpidon täysimääräisesti kohdennettuja nykykustannuksia. Nämäkin väitteet on hylättävä, sillä niissä kehoitetaan unionin tuomioistuinta tarkastelemaan uudelleen valituksenalaisen tuomion 237–244 kohtaan sisältyvää tosiseikkojen arviointia.
- Valittajien väitteitä, jotka koskevat asiakassuhteiden keskimääräisen keston tutkimista ja valituksenalaisen tuomion 245–251 kohtaa, ei voida ottaa tutkittavaksi, koska ne perustuvat uusiin väitteisiin.
- Valittajat moittivat (valituskirjelmän 188 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 256 ja 257 kohtaa, jossa unionin yleinen tuomioistuin teki virheen, kun se hylkäsi niiden ehdottaman pääomakustannusten painotetun keskiarvon (WACC), sekä sen 259–264 kohtaa, jossa unionin yleinen tuomioistuin teki oikeudellisia virheitä tutkiessaan useiden kustannuserien kaksinkertaista huomiointia kirjanpidossa, ja kyseenalaistavat näin unionin yleisen tuomioistuimen tekemän näytön arvioinnin (tämä perustaa päätelmänsä asiakirja-aineistosta ja osapuolten välisestä keskustelusta ilmenneiden seikkojen kokonaistarkasteluun).

— Valittajat väittävät (valituskirjelmän 218 kohta) myös, että unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt todeta, että tuotannontekijöiden tukkuhintojen ja vähittäishintojen välinen marginaali oli käsiteltävässä asiassa riittävä, minkä perusteella sen olisi pitänyt vaatia näyttöä valittajien menettelyn konkreettisista vaikutuksista tai erittäin vahvaa näyttöä sen todennäköisistä vaikutuksista. Tämä väite on jätettävä tutkimatta, koska se esitetään ensimmäisen kerran valituksessa.

20. Valittajat esittävät tämän jälkeen (valituskirjelmän 220, 227 ja 231 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 274–276 kohdasta kolme väitettä, joiden mukaan unionin yleinen tuomioistuin katsoi virheellisesti, että valittajien menettelyn todennäköiset vaikutukset oli osoitettu, vaikka komission olisi pitänyt a) selvittää, oliko valittajien kanssa yhtä tehokkaiden vaihtoehtoisten operaattoreiden kannattavuus tosiasiallisesti heikentynyt valittajien hinnoittelukäytäntöjen vuoksi, b) analysoida tukkuhintojen ja vähittäishintojen välistä suhdetta markkinoilla todetakseen, oliko hintaruuvi tosiasiallisesti heikentynyt vaihtoehtoisten operaattoreiden mahdollisuuksia vahvistava vähittäishintoja ja c) tarkastella tukkuhintojen, operaattoreiden kassavirtojen ja niiden tekemien investointien välistä suhdetta todetakseen, oliko hintaruuvi tosiasiallisesti heikentynyt vaihtoehtoisten operaattoreiden investointimahdollisuuksia. Mielestäni näitä väitteitä ei voida hyväksyä, koska niitä ei ole esitetty ensimmäisessä oikeusasteessa ja koska niiden tarkoituksena on käynnistää valituksen yhteydessä uusi keskustelu valittajien menettelyn konkreettisista vaikutuksista. Kanteen 191–199 kohdassa käsiteltiin ainoastaan todennäköisiä vaikutuksia ja moitittiin riidanalaista päätöstä siitä, että siinä katsottiin näiden vaikutusten seuraavan väistämättä hintaruuvista. Kyseisten väitteiden tarkoituksena on lisäksi riitauttaa unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 275 ja 276 kohdassa tekemä tosiseikkojen arviointi.

21. Edellä esitetyn perusteella toinen, kolmas, neljäs ja viides valitusperuste on jätettävä tutkimatta.

2. Valitusperusteet, jotka on hylättävä osaksi siksi, että niiden tutkittavaksi ottamisen edellytykset puuttuvat, ja osaksi perusteettomina: ensimmäinen, kuudes ja yhdeksäs valitusperuste

a) Ensimmäinen ja yhdeksäs valitusperuste

22. Nämä kaksi valitusperustetta ovat osittain päällekkäisiä, koska valittajat toistavat yhdeksännen perusteen perusteluissa osan ensimmäisen perusteen perusteluista. Ne on siis tutkittava yhdessä. Ensinnäkin valittajien väitteet (valituskirjelmän 12 kohta) koskevat unionin yleisessä tuomioistuimessa 1.10.2007–29.3.2012 käydyssä menettelyn kohtuutonta kestoja, joka on vastoin Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja) 47 artiklassa sekä Roomassa 4.11.1950 allekirjoitetun ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen (jäljempänä Euroopan ihmisoikeussopimus) 6 artiklassa niille taattua oikeutta tehokkaaseen oikeussuojaan kohtuullisessa ajassa. Valittajat väittävät ensisijaisesti (valituskirjelmän 14 kohta), että menettelyn kohtuuton kesto on peruste valituksenalaisen tuomion kumoamiselle, sillä se on vaikuttanut riita-asian ratkaisuun estämällä valittajia laatimasta valitusta tai mukauttamasta kirjallisia perusteitaan ennen kuin unionin tuomioistuin antoi tuomion edellä mainitussa asiassa *TeliaSonera Sverige*. Vaikka en jaakaan valittajien näkemystä tästä syy-yhteydestä, totean, että ne joka tapauksessa esittivät selvän kantansa edellä mainitussa asiassa *TeliaSonera Sverige* annetun tuomion tulkinnasta unionin yleisen tuomioistuimen istunnossa, joka pidettiin useita kuukausia kyseisen tuomion antamisen jälkeen.

23. Valittajat väittävät toissijaisesti (valituskirjelmän 15 kohta), että niille määrätyn sakon määrää on joka tapauksessa alennettava asiassa *Baustahlgewebe* vastaan komissio¹³ vahvistetun oikeuskäytännön mukaisesti.

13 — Asia C-185/95 P, *Baustahlgewebe v. komissio*, tuomio 17.12.1998 (Kok., s. I-8417, 141 kohta).

24. Katson komission, ECTA:n, France Telecomin ja Ausbancin tavoin, ettei oikeudenkäynnin kesto unionin yleisessä tuomioistuimessa – hieman alle neljä vuotta ja kuusi kuukautta – ollut kohtuuton käsiteltävässä asiassa,¹⁴ kun otetaan huomioon muun muassa seuraavat olosuhteet: i) asiakirja-aineiston tekninen monitahoisuus (unionin tuomioistuimen mukaan¹⁵ ”asian monitahoisuudella voidaan perustella menettelyn ensi näkemältä liian pitkää kesto”); ii) riidanalaisesta päätöksestä nostettiin kaksi kannetta, joista toisen nostivat valittajat ja toisen Espanjan kuningaskunta, ja unionin yleinen tuomioistuin tutki niitä samanaikaisesti, mikä pitkitti menettelyä; iii) valittajat esittivät jo ensimmäisessä oikeusasteessa suhteettoman ja ennennäkemättömän pitkän kirjelmän (kannekirjelmän), jonka sivumäärä ylitti reippaasti unionin yleisessä tuomioistuimessa käytävän menettelyn osapuolille tarkoitetuissa käytännön ohjeissa suositellun pituuden. Kannekirjelmä oli saatettava menettelysääntöjen ja -ohjeiden mukaiseksi, mikä pitkitti kirjallista käsittelyä, ja tästä huolimatta kirjelmä, jossa oli edelleen lähes 140 sivua ja laajalti liitteitä, oli suhteettoman pitkä ja ylitti selvästi kyseisissä käytännön ohjeissa suositellun pituuden. Tämän jälkeen valittajat esittivät 112 sivua pitkän ja 25 liitettä sisältävän vastauskirjelmän, jossa ne esittivät lisäksi uusia väitteitä; iv) menettelyyn on osallistunut useita väliintulijoita, mikä pitkitti kirjallista käsittelyä vuoden 2009 alkuun saakka, ja v) valittajat esittivät kaiken lisäksi useita luottamuksellista käsittelyä suhteessa väliintulijoihin koskevia pyyntöjä, joista suurin osa hylättiin mutta jotka nekin pitkittivät menettelyä, sillä unionin yleinen tuomioistuin joutui laatimaan useista asiakirjoista versiot, joista luottamukselliset tiedot oli poistettu.

25. Toiseksi valittajat moittivat (valituskirjelmän 19 kohta) valituksenalaisen tuomion 62 ja 63 kohtaa, joissa unionin yleinen tuomioistuin päätti, että kannekirjelmän ja vastauskirjelmän liitteet otetaan huomioon ainoastaan siltä osin kuin niillä tuetaan tai täydennetään oikeudellisia perusteita tai perusteluja, joihin valittajat ovat nimenomaisesti vedonneet kirjelmiensä varsinaisessa osassa, sekä valituksenalaisen tuomion 231, 250 ja 262 kohtaa, joissa unionin yleinen tuomioistuin jätti aiemmin mainitsemansa periaatteen nojalla tutkimatta tiettyjä perusteluja, joita on tuettu liitteillä ja jotka koskevat yrityksen tulevan arvon laskemista, asiakassuhteiden keskimääräistä kestoja ja kustannuserien huomioon ottamista kahdesti kirjanpidossa.

26. Näiltä väitteiltä puuttuvat mielestäni selvästi tutkittavaksi ottamisen edellytykset, sillä niissä ei täsmennetä, miten menettelyn mahdollinen sääntöjenvastaisuus on vaikuttanut valittajien intresseihin tai puolustautumisoikeuksiin. Yhtäältä väite siitä, että unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt hylätä oikeudenkäyntiväite siksi, ettei komissio ollut esittänyt sitä vastineessaan vaan vastauskirjelmässään, on perusteeton, sillä oikeudenkäyntiasiakirjojen muodollinen sääntöjenmukaisuus on *ordre public* -kysymys, jonka tuomioistuin voi tutkia viran puolesta vastaajan asennoitumisesta huolimatta, ja vastaaja voi samasta syystä ottaa kysymyksen esiin missä tahansa menettelyn vaiheessa. Toisaalta väite, jossa valittajat moittivat valituksenalaisen tuomion 62 kohtaa siitä, ettei unionin yleinen tuomioistuin voi vaatia, että kannekirjelmä sisältää kaikki perusteiden taustalla olevat taloudelliset laskelmat, on sekin perusteeton. Unionin yleinen tuomioistuin tyytyy nimittäin valituksenalaisen tuomion 58 kohdassa edellyttämään oikeuskäytännön mukaisesti ainoastaan, että ”oleelliset tosiseikat ja oikeudelliset seikat” ilmenevät ”ainakin yhteenvedonmukaisesti mutta silti johdonmukaisesti ja ymmärrettävästi itse kannekirjelmästä”.

14 — Huomautan, että unionin tuomioistuimen suuri jaosto käsittelee jälleen periaatteellisia kysymyksiä, jotka liittyvät oikeudenkäynnin kestoan unionin yleisessä tuomioistuimessa, parhaillaan vireillä olevassa asiassa C-50/02, *Kendrion v. komissio*, jossa julkisasiamies Sharpston esitti ratkaisuehdotuksensa 30.5.2013, ja joihin kuuluu mm. em. asiassa *Baustahlgewebe v. komissio* annetun tuomion ulottuvuus (unionin tuomioistuin alensi mainitussa asiassa sakon määrää, koska menettely oli pitkittynyt kohtuuttomasti unionin yleisessä tuomioistuimessa) suhteessa asiassa C-385/07 P, *Der GrünePunkt - Duales System Deutschland v. komissio*, 16.7.2009 annettuun tuomioon (Kok., s. I-6155; kyseisessä tuomioissa sakkoja ei määrätty ja unionin tuomioistuin ilmoitti valittajalle, että tämä voisi nostaa unionin yleisessä tuomioistuimessa vahingonkorvauskanteen).

15 — Yhdistetyt asiat C-403/04 P ja C-405/04 P, *Sumitomo Metal Industries ja Nippon Steel v. komissio*, tuomio 25.1.2007 (Kok., s. I-729, 116 ja 117 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

27. Kolmanneksi valittajat moittivat (valituskirjelmän 24 kohta) valituksenalaisen tuomion 182 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on ottanut tosiseikat vääristyneellä tavalla huomioon ja loukannut puolustautumisoikeuksia todetessaan, etteivät valittajat olleet niiden menettelyn vaikutusten arvioinnin yhteydessä vedonneet siihen, etteivät tukkutuotteet olleet luonteeltaan välttämättömiä. Valittajat väittivät ensisijaisesti vedonneensa kyseiseen luonteeseen kannekirjelmässään (106 ja 108 kohta), vastauskirjelmässään (216 kohta) ja istunnossa sekä SEUT 102 artiklan yleistä sovellettavuutta koskevan perusteen yhteydessä että vaikutusten arvioinnin yhteydessä. Niiden mukaan perustelu, jonka mukaan tukkutuotteet eivät olleet välttämättömiä tuotteita, laajentaa kannekirjelmässä jo esitettyä kumoamisperustetta. Olen komission ja France Telecomin kanssa samaa mieltä siitä, että valittajien väite on tehoton. On nimittäin riittävää todeta, ettei unionin yleisen tuomioistuimen päättely perustu etenkin valituksenalaisen tuomion 268–272, 274–281 ja 389–410 kohdassa kyseisen tuotannon tekijän mahdolliseen välttämättömyyteen.

28. Toissijaisesti valittajat lisäävät (valituskirjelmän 28 kohta), että unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 48 artiklan 2 kohdassa niille taataan joka tapauksessa oikeus esittää uusi peruste, joka perustuu menettelyn aikana esille tulleisiin tosiseikkoihin tai oikeudellisiin seikkoihin, ja että näin oli myös edellä mainitussa asiassa TeliaSonera Sverige annettussa tuomiossa, jossa unionin tuomioistuin täsmensi hintaruuviin vaikutusten arvioinnissa käytettäviä perusteita. Ennakkoratkaisuun sovellettavin osin sovellettavassa vakiintuneessa oikeuskäytännössä todetaan kuitenkin, ettei kanteen hylkäävä tuomio ole perusteena uusien perusteiden esittämiselle.¹⁶

29. Neljänneksi valittajat katsovat (valituskirjelmän 33 kohta), että unionin yleinen tuomioistuin on loukannut niiden puolustautumisoikeuksia ja syyttömyysolettamaa. Ne katsovat ensisijaisesti, että unionin yleinen tuomioistuin loukkasi syyttömyysolettamaa päättäessään, että seikat, joihin komissio perusti riidanalaisen päätöksensä mutta joita ei mainittu väitetiedoksiannossa, voidaan sulkea pois todisteiden joukosta ainoastaan, jos valittajat osoittavat, että ne olisivat johtaneet toisenlaiseen päätökseen. Valittajien mukaan unionin yleisen tuomioistuimen soveltama todistusperuste on ristiriidassa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa.

30. Mielestäni tämä väite on jätettävä tutkimatta yhtäältä siksi, ettei siinä täsmennetä riittävästi niitä valituksenalaisen tuomion kohtia, joissa on väitetysti tehty oikeudellinen virhe ja joiden kumoamista vaaditaan, ja toisaalta siksi, että valituksenalaisen tuomion 86–109 kohdassa, joissa tätä seikkaa käsitellään yksityiskohtaisesti, esitetään tosiseikkoja koskeva arviointi, josta ei voida valittaa. Lisään, että valituksenalaisen tuomion 78 kohta vaikuttaa olevan pelkkä ylimääräinen huomautus päättelyssä, joka perustuu 79 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa esitettyihin muihin ratkaiseviin näkökohtiin, joita valittajat eivät ole riitauttaneet. Kyseinen väite on lisäksi perusteeton siksi, että unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisessa tuomiossa soveltama peruste johtuu unionin tuomioistuimen vakiintuneesta oikeuskäytännöstä,¹⁷ joka on täysin yhdenmukainen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa. Asiakirjan toimittamatta jättäminen loukkaa nimittäin puolustautumisoikeuksia ainoastaan silloin, kun komissio on esittänyt kyseisen asiakirjan väitteensä tueksi ja kun väitteellä ei ole muuta perustetta kuin tämä asiakirja.¹⁸ Kun päätelmä tai väite perustuu useisiin todisteisiin, yhden todisteen puuttuminen ei riitä kumoamaan kyseistä päätelmää tai väitettä, jos muut todisteet tukevat sitä. Komissio ei myöskään ole käyttänyt uusia perusteita valittajien vastuun toteamisessa, kuten valituksenalaisen tuomion 103 ja 107 kohdasta ilmenee.

16 — Unionin tuomioistuimen tuomiota, jolla vahvistetaan unionin toimielimen toimen pätevyys, ei voida pitää perusteena uuden perusteen esittämiselle, koska sillä ainoastaan vahvistetaan oikeudellinen tilanne, joka oli valittajien tiedossa kanteen nostamisen hetkellä (ks. asia 11/81, Dürbeck v. komissio, tuomio 1.4.1982, Kok., s. 1251, 17 kohta)

17 — Ks. yhdistetyt asiat C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P, Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomio 7.1.2004 (Kok., s. I-123, 71–73 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja yhdistetyt asiat C-322/07 P, C-327/07 P ja C-338/07 P, Papierfabrik August Koehler ym. v. komissio, tuomio 3.9.2009 (Kok., s. I-7191, 104 kohta).

18 — Komissio selitti unionin yleiselle tuomioistuimelle esittämässään vastineissa (vastineen 15 kohta), että Telefonican väitteet olivat ilmeisen tehotomia, koska kaikki ne kohdat, joista Telefónica ei omien sanojensa mukaan ollut saanut mahdollisuutta esittää kantaansa, sisältyivät täydentäviin perusteluihin.

31. Valittajat katsovat toissijaisesti (valituskirjelmän 36 kohta) osoittaneensa, että riidanalainen päätös olisi voinut olla toisenlainen, jos uusia todisteita ei olisi otettu huomioon. Ne väittävät, että unionin yleinen tuomioistuin otti tosiseikat vääristyneellä tavalla huomioon, teki ilmeisen arviointivirheen ja oikeudellisen virheen näytön arviointiperusteiden osalta ja laiminlöi lisäksi perusteluvollisuuden, kun se ei ottanut näitä väitteitä huomioon. Mielestäni tämä väite on jätettävä tutkimatta, koska se perustuu suppeisiin ja yleisiin väittämiin, minkä lisäksi se on perusteeton, sillä unionin yleinen tuomioistuin tutki valituksenalaisen tuomion 88–109 kohdassa, olivatko tietyt todisteet uusia ja mikä vaikutus oli sillä, ettei näihin todisteisiin voitu tutustua. Katson lisäksi France Telecomin tavoin, että valittajien mainitsemat todisteet oli mainittu päätöksessä ainoastaan, jotta voitaisiin hylätä väitteet, joita nämä olivat esittäneet väitetiedoksiantoon antamassaan vastauksessa, ja ettei komissio ollut unionin yleisen tuomioistuimen mielestä tukenut rikkomisen olemassaoloa koskevaa väitettään näillä asiakirjoilla (valituksenalaisen tuomion 103 kohta).

32. Edellä esitetyn perusteella ensimmäiseltä ja yhdeksänneltä valitusperusteelta puuttuvat osaksi tutkittavaksi ottamisen perusteet ja ne ovat osaksi perusteettomia, joten ne on hylättävä.

b) Kuudes valitusperuste

33. Kuudennen valitusperusteen ensimmäisessä osassa valittajat väittävät (valituskirjelmän 242 kohta), että unionin yleinen tuomioistuin teki useita oikeudellisia virheitä tutkiessaan valituksenalaisen tuomion 287–295 kohdassa väitettä siitä, että komissio oli rikkonut toimivallan ylittämisen kieltoa. Ne väittävät ensiksi, että unionin yleinen tuomioistuin vahvisti asiassa Bronner¹⁹ annetusta oikeuskäytännöstä tehdyn virheellisen tulkinnan katsoessaan, että komissiolla oli toimivalta säännellä jälkikäteen hintaehtoja, joita sovelletaan muun kuin välttämättömän infrastruktuurin käyttöön. Kuten France Telecom ja ECTA perustellusti korostivat, tämä väite on kuitenkin ilmeisen perusteeton, koska siinä tosiasiaa väitetään, ettei SEUT 102 artiklaa sovelleta, kun edellä mainitussa asiassa Bronner annetussa tuomiossa asetetut edellytykset eivät täyty.

34. Toiseksi valittajat moittivat (valituskirjelmän 249 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 289 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on ottanut niiden esittämät väitteet vääristyneellä tavalla huomioon, sillä ne eivät väittäneet, ettei kilpailuoikeutta sovellettaisi ”välineellisinä” pidetyillä markkinoilla, vaan ne ovat väittäneet, että sitä ei sovelleta kansallisen sääntelyviranomaisen asettamaan velvoitteeseen tarjota yhteyksiä. Tästä on todettava, etteivät valittajat yksilöi niitä kirjelmiensä kohtia, jotka unionin yleinen tuomioistuin on ottanut vääristyneellä tavalla huomioon, eivätkä niitä analysointivirheitä, joihin tällainen huomiointi perustui. Valittajat lisäksi väittivät jo ensimmäisessä oikeusasteessa, ettei kilpailuoikeutta voitaisi soveltaa ”välineellisinä” pidetyillä markkinoilla (vastauksen 241 kohta). Tämä väite on joka tapauksessa tehoton, koska valittajat eivät kiistä unionin yleisen tuomioistuimen vastauksen juridista paikkansapitävyyttä.

35. Kolmanneksi valittajat moittivat (valituskirjelmän 251 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 290 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin ei ollut kyseenalaistanut investointiportaiden käsitteen käyttöä, sillä käsite kuului sääntelyn alaan ja johti siihen, että komissio jätti ottamatta huomioon palveluyhdistelmän mahdollisuuden. Mielestäni tämän perusteen tutkittavaksi ottamisen edellytykset selvästi puuttuvat, sillä siinä ei yksilöidä oikeudellista virhettä eikä kyseenalaisteta mitään unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 290 kohdassa esittämää toteamusta.

36. Neljänneksi valittajat moittivat (valituskirjelmän 253 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 293 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on ottanut vääristyneellä tavalla huomioon niiden väitteet, sillä ne eivät kiistäneet SEUT 102 artiklan soveltamista televiestintämarkkinoihin vaan moittivat komissiota siitä, että tämä oli käyttänyt sitä sääntelyllisiin tarkoituksiin. Tämä väite on jätettävä tutkimatta, sillä valittajat eivät yksilöi niitä kirjelmiensä kohtia, jotka unionin yleinen

19 — Asia C-7/97, Bronner, tuomio 26.11.1998 (Kok., s. I-7791).

tuomioistuin on ottanut huomioon vääristyneellä tavalla, eivätkä niitä analysointivirheitä, joista tämä olisi johtunut. Mielestäni unionin yleinen tuomioistuin ei missään tapauksessa ottanut valittajien väitteitä huomioon vääristyneellä tavalla, sillä ne tosiasiaissa väittivät, ettei määräävää markkina-asemaa ollut käytetty väärin siksi, että televiestintäalaa koskevan lainsäädännön tavoitteet eroavat kilpailuoikeuden tavoitteista.

37. Viidenneksi valittajat moittivat (valituskirjelmän 254 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 294 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on ottanut tosiseikat vääristyneellä tavalla huomioon todetessaan, että komissiolle oli ilmoitettu ainoastaan vuonna 2006 toteutetuista toimenpiteistä, vaikka Espanjan kuningaskunta oli sisällyttänyt uuden sääntelykehyksen kansalliseen lainsäädäntöönsä 3.11.2003 annetulla televiestintää koskevalla puitelalla (Ley General de Telecomunicaciones) nro 32/2003 ja vaikka komissio oli harjoittanut valvontaa vuodesta 1997 alkaen julkaisemiensa käyttöönottoraporttien avulla. Kuten komissio, ECTA ja France Telecom perustellusti korostivat, unionin yleinen tuomioistuin ei kuitenkaan ole ottanut tosiseikkoja vääristyneellä tavalla huomioon, sillä komissiolle ei ollut ilmoitettu mistään toimenpiteistä ennen vuotta 2006, mitä valittajat eivät kiistä. Se seikka, että Espanjan viranomaiset toimivat unionin oikeuden mukaisesti jo ennen vuotta 2006, on lähtökohtaisesti merkityksetön, sillä valittajat väittivät ainoastaan, että komission olisi pitänyt käyttää uudessa sääntelykehyksessä sille myönnettyä toimivaltaa (valituksenalaisen tuomion 291 kohta), mutta unionin yleinen tuomioistuin totesi, ettei tätä toimivaltaa voitu käyttää ennen vuonna 2006 tapahtunutta toimenpiteistä ilmoittamista (valituksenalaisen tuomion 294 kohta).

38. Käsiteltävän valitusperusteen toisessa osassa valittajat väittävät (valituskirjelmän 255 kohta), että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt tarkastelussaan useita oikeudellisia virheitä valituksenalaisen tuomion 296–308 kohdassa. Ensiksi ne moittivat (valituskirjelmän 259 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 306 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on loukannut suhteellisuusperiaatetta, kun se ei tutkinut riidanalaisen päätöksen tarkoituksenmukaisuutta ja tarpeellisuutta myös kansallisen sääntelyviranomaisen Comisión del Mercado de las Telecomunicacionesin (Espanjan televiestintämarkkinaviranomainen, jäljempänä CMT) legitiimien tavoitteiden valossa. Ne väittävät myös unionin yleisen tuomioistuimen loukanneen niiden puolustautumisoikeuksia, kun se vaati niitä osoittamaan, että komissio oli menetellyt suhteellisuusperiaatteen vastaisesti, vaikka oli komission tehtävänä osoittaa, että se on menetellyt kyseisen periaatteen mukaisesti. Olen komission ja ECTA:n kanssa samaa mieltä siitä, ettei tätä väitettä voida ottaa tutkittavaksi, koska sitä ei esitetty unionin yleisessä tuomioistuimessa.

39. Toiseksi valittajat moittivat (valituskirjelmän 261 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 306 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on loukannut oikeusvarmuuden periaatetta hyväksyessään, että sääntelyn mukainen menettely voi olla SEUT 102 artiklan rikkomista. Tämäkin väite on jätettävä tutkimatta, sillä valittajat vetosivat unionin yleisessä tuomioistuimessa ainoastaan oikeusvarmuuden periaatteen loukkaamiseen sillä perusteella, ettei komissio ollut tutkinut CMT:n menettelyä.

40. Kolmanneksi valittajat moittivat (valituskirjelmän 264 kohta) valituksenalaisen tuomion 299–304 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on ottanut ilmeisen vääristyneellä tavalla huomioon niiden toissijaisuusperiaatetta koskevat väitteet ja jättänyt ottamatta huomioon, että kilpailuoikeuden ja televiestintää koskevan lainsäädännön tavoitteet ovat täysin samat. Mielestäni tämä väite on jätettävä tutkimatta, sillä valittajat eivät yksilöi, mitkä niiden esittämät väitteet unionin yleinen tuomioistuin on ottanut vääristyneellä tavalla huomioon.

41. Käsiteltävän valitusperusteen kolmannessa osassa valittajat moittivat (valituskirjelmän 267 kohta) unionin yleistä tuomioistuinta tavasta, jolla se on tutkinut vilpittömän yhteistyön ja hyvän hallinnon periaatteiden loukkauksen, johon komissio on väitetysti syyllystynyt. Tarkemmin ottaen ne tarkoittavat valituksenalaisen tuomion 313 ja 314 kohtaa, joissa unionin yleinen tuomioistuin on niiden mukaan ottanut vääristyneellä tavalla huomioon niiden väitteet, sillä ne eivät moittineet komissiota siitä, ettei tämä ollut pyytänyt CMT:ltä väitetiedoksiantoa koskevia huomautuksia, vaan siitä, ettei se ollut

ottanut kaikkia tarvittavia tosiseikkoja huomioon kantaansa muodostaessaan eikä tehnyt riittävää yhteistyötä CMT:n kanssa selvittääkseen toimintansa perusteet ja vaikutukset sääntelytavoitteiden saavuttamiseen. Unionin yleinen tuomioistuin teki siis virheen jättäessään arvioimatta, oliko komissio yhteistyötä ja hyvää hallintotapaa koskevan velvollisuutensa mukaisesti keskustellut CMT:n kanssa tämän toimien syistä ja tavoitteista ja hintaruuvien laskentamenetelmästä (jota CMT sovelsi) ja analysoinut niitä. Mielestäni tämän väitteen tutkittavaksi ottamisen edellytykset selvästi puuttuvat, sillä valittajat eivät yksilöi niitä kohtia, jotka unionin yleinen tuomioistuin on ottanut vääristyneellä tavalla huomioon, eivätkä tehtyjä analysointivirheitä. Väite on myös ilmeisen perusteeton, koska unionin yleinen tuomioistuin on todennut, että CMT oli osallistunut hallinnolliseen menettelyyn ja että asetuksen N:o 1/2003 merkityksellisissä säännöksissä ei säädetä komission velvollisuudesta kuulla kansallisia sääntelyviranomaisia, eivätkä valittajat ole kiistäneet näitä toteamuksia.

42. Edellä esitetyn perusteella kuudennen valitusperusteen tutkittavaksi ottamisen edellytykset puuttuvat tai se on perusteeton, joten se on hylättävä.

c) Seitsemäs valitusperuste

i) Seitsemännen valitusperusteen ensimmäinen osa

43. Valittajat väittävät (valituskirjelmän 274 kohta), että unionin yleinen tuomioistuin loukkasi Euroopan ihmisoikeussopimuksen 7 artiklassa ja perusoikeuskirjan 49 artiklassa taattuina oikeusvarmuuden periaatetta ja laillisuusperiaatetta, kun se katsoi valituksenalaisen tuomion 353–369 kohdassa rikkomisen merkitsevän selvää väärinkäyttöä. Ne korostavat, että yhdistetyissä asioissa Dansk Rørindustri ym. vastaan komissio annetun tuomion²⁰ mukaisesti näiden periaatteiden vastaista voi olla sellaisen säännöksen uuden tulkinnan taannehtiva soveltaminen, jossa teko säädetään rikokseksi ja jonka tulos ei ollut kohtuullisesti ennakoitavissa kilpailusääntöjen rikkomishetkellä, kun otetaan huomioon erityisesti oikeuskäytännössä tuolloin vahvistettu säännöksen tulkinta.

44. Ensimmäisessä väitteessään (valituskirjelmän 281 kohta), jonka otsikkona on ”Selvät ja ennakoitavat aiemmat tapaukset”, valittajat tyytyvät esittämään yhteenvedon valituksenalaisen tuomion 357–368 kohdasta. Toisessa väitteessään (valituskirjelmän 284 kohta), ne moittivat valituksenalaisen tuomion 357 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin luotti komission harkintaan siitä, oliko sakkoa aiheellista määrätä, ja laiminlöi näin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklassa ja EY 229 artiklassa (josta on tullut SEUT 261 artikla) käyttöön otetun velvollisuuden käyttää täyttä harkintavaltaansa sekä loukkasi Euroopan ihmisoikeussopimuksen 7 artiklassa käyttöön otettuja laillisuusperiaatetta ja oikeusvarmuuden periaatetta. Kolmannessa väitteessään (valituskirjelmän 286 kohta) valittajat moittivat ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 356–362 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on virheellisesti todennut, että SEUT 102 artiklan soveltaminen niiden menettelyyn perustui selviin ja ennakoitaviin aiempiin tapauksiin. Neljännessä väitteessään (valituskirjelmän 302 kohta) valittajat moittivat ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 363–369 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on virheellisesti todennut, että menetelmä, jota komissio sovelsi hintaruuvien toteamisessa, perustui kohtuullisessa määrin selviin ja ennakoitaviin aiempiin tapauksiin.

45. Mielestäni koko ensimmäinen osa on jätettävä tutkimatta, sillä valittajat eivät vedonneet ensimmäisessä oikeusasteessa selvien aiempien tapauksien mahdolliseen olemassaoloon riitauttaakseen sakon määräämisperiaatteen vaan ainoastaan riitauttaakseen sakon määrän ja selvän väärinkäytön olemassaolon.

20 — Yhdistetyt asiat C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P ja C-213/02 P, Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomio 28.6.2005 (Kok., s. I-5425).

ii) Seitsemännen valitusperusteen toinen osa

46. Valittajat väittävät (valituskirjelmän 310 kohta), että unionin yleinen tuomioistuin teki useita oikeudellisia virheitä tarkastellessaan valituksenalaisen tuomion 319–352 kohdassa niiden menettelyn luonnehdintaa asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 2 kohdassa tarkoitetuksi ”tahalliseksi tai tuottamukselliseksi rikkomiseksi”.

– Ensimmäinen väite

47. Ensimmäinen argumentti: Valittajat moittivat ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 322–326 kohtaa ja katsovat, että unionin yleinen tuomioistuin on virheellisesti todennut niiden pystyneen ennakoimaan markkinoiden määritelmän, jota komissio käytti riidanalaisessa päätöksessä. On riittävää todeta komission tapaan, että unionin yleinen tuomioistuin sovelsi korvattavuuteen perustuvia perinteisiä markkinoiden määrittelyperusteita, joiden voidaan katsoa olevan ennakoitavissa. Myös väite siitä, ettei alueellisiin ja valtakunnallisiin tukkumarkkinoihin tehtyä jakoa ollut mahdollista ennakoita, on tehoton, sillä valittajien määräävä asema ja niiden käyttöön ottama hintaruuvi vaikuttivat kumpiinkin markkinoihin.

48. Tarkemmin sanottuna valittajat moittivat (valituskirjelmän 317 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 323 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on jättänyt ottamatta huomioon ennakoitavuutta koskevan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön, kun se totesi, että valittajien olisi pitänyt käyttää valistuneita neuvonantajia, muttei selvittänyt, että näin oli tosiasiaa tehty, ja oletti, että neuvot olisivat olleet linjassa komission näkemyksen kanssa. Tästä on todettava, ettei oikeuskäytännössä ole missään vaiheessa pidetty tärkeänä sitä, onko yritys käyttänyt neuvonantajia, mikä tarkoittaa, ettei yrityksiä rangaista, vaikka ne eivät pyytäisi juridisia neuvoja.

49. Tämän jälkeen valittajat moittivat (valituskirjelmän 319 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 326 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin jätti ottamatta huomioon markkinoiden määritelmän ennakoitavuutta koskevan oikeudellisen arviointiperusteen ja sitä kautta myös niiden menettelyn vaikutusten ennakoitavuutta koskevan oikeudellisen arviointiperusteen, kun se ei ottanut huomioon asiayhteyttä ja tiettyjä valittajien esille ottamia olosuhteita, kuten sitä, että yhtenäismarkkinat oli määritelty aiemmissa tapauksissa, tietyt operaattorit käyttivät tuotantotekijöiden yhdistelmää, muissa jäsenvaltioissa ei ollut olemassa valtakunnallisia ja/tai alueellisia tukkumarkkinoita, direktiivissä 2002/21/EY²¹ määritellään yhdet, valtakunnallisen ja alueellisen infrastruktuurin käsittävät markkinat ja CMT itse vahvisti tämän kannan 6.4.2006 tekemässään päätöksessä. Mielestäni nämä väitteet on jätettävä tutkimatta, sillä vaikka valituksessa mainitaan edellä olevat olosuhteet, niihin ei vedottu ensimmäisessä oikeusasteessa valittajien menettelyn vaikutusten ennakoitavuutta koskevan olettamuksen kumoamiseksi (ei kannekirjelmän 297–301 kohdassa eikä ensimmäisessä oikeusasteessa esitetyn vastauskirjelmän 271–275 kohdassa).

50. Valittajat moittivat vielä (valituskirjelmän 323 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 326 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin katsoi virheellisesti, että valittajien täytyi olla tietoisia määräävästä asemastaan merkityksellisillä markkinoilla. Tämä väite perustuu virheelliseen olettamaan siitä, että valittajien olisi pitänyt kohtuudella pystyä ennakoimaan komission käyttämä markkinoiden määritelmä. Valittajat väittävät lisäksi, että unionin yleinen tuomioistuin käytti asiakysymystä tutkiessaan virheellistä oikeudellista arviointiperustetta ennakoitavuuden perusteen sijasta. Nämä väitteet on jätettävä tutkimatta, sillä valittajat eivät esittäneet ensimmäisessä oikeusasteessa lainkaan epäilyjä siitä, että niiden markkinaosuudet saattoivat kohtuudella tarkoittaa määräävää asemaa, sen paremmin kannekirjelmän 297–301 kohdassa kuin vastauskirjelmänsä 272–275 kohdassakaan.

21 — Sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä 7.3.2002 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EYVL L 108, s. 33).

51. Toinen argumentti: Valittajat moittivat ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 338–341 kohtaa ja katsovat, että unionin yleinen tuomioistuin on virheellisesti todennut niiden pystyneen ennakoimaan, että niiden hintapolitiikka saattoi merkitä kilpailunvastaista menettelyä.

52. Aivan aluksi valittajat moittivat (valituskirjelmän 330 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 339 ja 340 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin sovelsi virheellistä oikeudellista arviointiperustetta tutkiessaan asiakysymystä ja määrittäessään, saattoiko komissio toimia jälkikäteen, vaikka sen olisi pitänyt tutkia ennakoitavuutta ja määrittää, olivatko nämä toimet kohtuudella ennakoitavissa, kun otetaan huomioon, että valittajilla oli velvollisuus tarjota yhteyksiä ja että CMT valvoi sen toimia tarkkaan. Mielestäni on täysin selvää ja siten ennakoitavissa, että sääntelyn tai tietyn alan kansallisten viranomaisten toteuttaman valvonnan olemassaolo ei suojele perussopimusten soveltamiselta (kuten valituksenalaisen tuomion 340 kohdassa korostetaan). Edellä mainitussa asiassa Deutsche Telekom vastaan komissio annetussa tuomiossa (119, 124 ja 127 kohta) todettiin, että alakohtainen sääntely voi olla merkityksellistä sen ratkaisemisessa, oliko yritys tietoinen menettelynsä lainvastaisuudesta, muttei sen osoittamisessa, että menettely on ollut tahallista tai tuottamuksellista, sillä tällainen edellytys täyttyy, kun yrityksen olisi pitänyt tietää menettelynsä rajoittavan kilpailua, riippumatta siitä, tiesikö se rikkovansa EUT-sopimuksen kilpailusääntöjä.

53. Tämän jälkeen valittajat moittivat ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 341 kohdan ensimmäistä osaa, joka koskee alueellisia tukku tuotteita, ja väittävät unionin yleisen tuomioistuimen ottaneen tosiseikat vääristyneellä tavalla huomioon, kun se katsoi, etteivät valittajat olleet kiistäneet, ettei CMT ollut arvioinut hintaruuvien olemassaoloa valittajien omien todellisten aiempien kustannusten vaan etukäteisarvioiden perusteella. Valittajat väittävät siis vedonneensa kannekirjelmässään (320 kohta) siihen, ettei CMT halunnut käyttää niiden todellisten kustannusten kirjanpitoa vaan antoi mieluummin Arcome-konsulttiyritykselle tehtäväksi laatia mallin, joka perustuu ”kohtuullisen tehokkaan” hypoteettisen kilpailijan kustannuksiin, ei ”yhtä tehokkaan” kilpailijan kustannuksiin. Unionin yleinen tuomioistuin teki valittajien mukaan virheen jättäessään ottamatta huomioon, että valittajat saattoivat perustellusti olettaa CMT:n arvion olevan tarkempi kuin niiden omiin kustannuksiin perustuva arvio. Unionin yleinen tuomioistuin otti lisäksi valittajien mukaan ilmeisen vääristyneellä tavalla huomioon tosiseikat, kun se jätti ottamatta huomioon, että kyseisiin hintoihin oli sovellettu jälkikäteisvalvontaa. Huomautan, etteivät valittajat riitautu tosiseikkoja koskevaa toteamusta, jonka mukaan CMT ei arvioinut mahdollista hintaruuvien olemassaoloa todellisten aiempien tietojen perusteella. Lisäksi ne väitteet, joiden mukaan CMT olisi soveltanut ”kohtuullisen tehokkaan” kilpailijan arviointiperustetta, ovat paitsi pelkkiä väittämiä, joita ei ole perusteltu mitenkään, niiltä myös puuttuu selvästi tutkittavaksi ottamisen edellytykset, sillä valittajat eivät esittäneet niitä ensimmäisessä oikeusasteessa, ja riidanalaisen päätöksen 733 perustelukappaleessa vahvistettiin, että CMT käytti ”yhtä tehokkaan” kilpailijan menetelmää. Nämä väitteet ovat joka tapauksessa myös merkityksettämiä ja tehottomia, sillä – kuten valituksenalaisen tuomion 302 kohdassa todetaan – CMT ilmoitti useaan otteeseen, ettei sillä ollut käytettävissään tiettyjä tietoja, jotka olivat tarpeen hintaruuvien arvioimiseksi, joten valittajat eivät voineet olettaa, että CMT:n harjoittama valvonta, joka perustui etukäteisarvioihin, suojeleisi niitä kilpailuoikeuden jälkikäteen tapahtuvalta soveltamiselta, jossa perusteena käytetään todellisia aiempia tietoja. Unionin yleinen tuomioistuin ei myöskään jättänyt ottamatta huomioon väitettyä jälkikäteisvalvontaa vaan katsoi ainoastaan, ettei kyseinen valvonta horjuttanut sen päätelmää (valituksenalaisen tuomion 303, 340, 347 ja 348 kohta).

54. Valittajat moittivat vielä (valituskirjelmän 334 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 341 kohdan toista osaa, joka koskee valtakunnallisia tukku tuotteita, ja katsovat unionin yleisen tuomioistuimen ottaneen tosiseikat vääristyneellä tavalla huomioon, kun se jätti ottamatta huomioon valittajien väitteet, joiden mukaan niiden valtakunnallinen infrastruktuuri kuului tilaajayhteydet tai ainakin alueelliset yhteydet kattaviin laajempiin markkinoihin, joihin sovellettiin yhteyksiä koskevaa CMT:n ennakkosääntelyä, ja joiden mukaan CMT sovelsi valittajiin jälkikäteisvalvontaa. Tästä on riittävää todeta, että CMT:n suorittaman valvonnan mahdollinen olemassaolo on tosiasiakysymys ja että unionin yleisen tuomioistuimen päätelmät ovat tältä osin selvät. Valittajien argumentit ovat joka tapauksessa tehottomia, sillä mahdollinen jälkikäteisvalvonta ei voi estää kilpailuoikeuden soveltamista.

– Toinen väite

55. Valittajat moittivat tällä väitteellään (valituskirjelmän 338 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 343–352 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on todennut virheellisesti, että se, ettei komissio toteuttanut toimia, ja CMT:n toimet eivät voineet luoda valittajille perusteltua luottamusta siihen, että niiden hinnoittelukäytännöt olivat SEUT 102 artiklan mukaiset. Näitä väitteitä ei mielestäni voida ottaa tutkittavaksi, sillä ne ovat pelkkiä moitteita, jotka kohdistuivat unionin yleisen tuomioistuimen itsenäiseen tosiseikkojen arviointiin.

56. Edellä esitetyn perusteella seitsemäs valitusperuste on hylättävä kokonaisuudessaan, koska siltä puuttuvat osaksi tutkittavaksi ottamisen perusteet ja koska se on osaksi perusteeton.

3. Kahdeksas valitusperuste (sakon määrän laskeminen) ja kymmenes valitusperuste (täyden tuomiovallan käyttämistä koskevan velvollisuuden laiminlyönti seuraamusten osalta)

57. Tarkastelen aluksi kahdeksannen valitusperusteen ensimmäisen osan ensimmäisen väitteen toista ja kolmatta perustelua sekä sen toista väitettä, jotka kaikki on mielestäni hylättävä. Tämän jälkeen tarkastelen kahdeksannen valitusperusteen ensimmäisen väitteen ensimmäistä ja neljättä perustelua ja sen muita väitteitä sekä kymmenettä valitusperustetta, jotka kaikki sivuavat tavalla tai toisella kysymystä siitä, onko unionin yleinen tuomioistuin käyttänyt oikein täyttä harkintavaltaansa määrittäessään sakon määrän.

i) Kahdeksannen valitusperusteen ensimmäinen osa (ensimmäisen väitteen toinen ja kolmas perustelu ja toinen väite)

58. Valittajat moittivat ensimmäisen väitteen toisessa perustelussa (valituskirjelmän 371 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 384 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt virheen todetessaan niiden olleen käytännössä monopoliasemassa ja jättäessään näin ottamatta huomioon markkinoiden tietyt ominaispiirteet, kuten tukkutuotteiden toisintamismahdollisuuden, kilpailtujen markkinoiden luonteen, markkinoiden tiukan sääntelyn ja epäsuorat kilpailupaineet. Kyseisen väitteen ainoana tavoitteena on kyseenalaistaa unionin yleisen tuomioistuimen tosiseikkojen arviointi, joten sitä ei voida ottaa tutkittavaksi.

59. Ensimmäisen väitteen kolmannella perustelulla valittajat moittivat (valituskirjelmän 374 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 385 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on todennut virheellisesti, että hintaruuvien laskentamenetelmä perustuu komission aiempaan päätöskäytäntöön, vaikka kyseisessä menetelmässä on useita uusia osia, kuten muun kuin välttämättömän tuotannon tekijän tai kehittyvien markkinoiden olemassaolo.

60. Valittajat toistavat näkemyksensä siitä, ettei seuraamus ollut ennakoitavissa, koska niiden tapauksessa oli kyse tuotannon tekijästä (”Telefónican paikallisyhteysverkko”), joka ei ollut välttämätön,²² ja viittaavat toistuvasti edellä mainitussa asiassa Bronner annettuun tuomioon,²³ siihen, että aiemmat tapaukset koskivat yksinomaan välttämättömiä tuotannon tekijöitä, ja myös asiassa Industrie des poudres sphériques vastaan komissio annettuun tuomioon²⁴ (väittääkseen, ettei kysymykseen siitä, oliko hinnan oltava liian korkea tai saalistushinta, ollut tarpeen antaa selkeää vastausta). Totean edellä mainitussa asiassa Bronner annettusta tuomiosta, että käsiteltävässä asiassa ei ollut tarpeen selvittää, sitoiko valittajaa velvollisuus toimittaa tuote, sillä tällainen velvollisuus oli jo ennalta olemassa. Lisäksi on ilmeisen virheellistä väittää, että kaikissa aiemmissa tapauksissa oli kyse

22 — Valituskirjelmän 276, 289, 293, 295, 330, 336, 366, 371, 374 ja 482 kohta.

23 — Valituskirjelmän 276, 288, 289, 295 ja 298 kohta.

24 — Ks. valituskirjelmän 295 ja 482 kohta ja asia T-5/97, Industrie des poudres sphériques v. komissio, tuomio 30.11.2000 (Kok., s. II-3755).

välttämättömistä tuotannon tekijöistä. Telefónica jättää esimerkiksi mainitsematta National Carbonising -päätöksen, joka liittyy väärinkäyttöön, jota nykyisin kutsutaan hintaruuviksi.²⁵ Napier Brown -päätöksessään²⁶ komissio totesi määräävän markkina-aseman väärinkäytön hintaruuvien muodossa, vaikka tuotantoketjun alkupään tuotteelle oli vaihtoehtoja. Toisin sanoen komissio ei mainitussa asiassa edellyttänyt välttämättömyyttä tuotannon tekijää.²⁷ Kilpailusääntöjen soveltamisesta telealan liittämäsopimukseen annettua komission tiedonannossa,²⁸ jossa kyseistä ongelmaa käsiteltiin jo vuonna 1998, ei siinäkään edellytetä välttämättömän tuotannon tekijän tai liian suuren hinnan tai saalistushinnan olemassaoloa. Unionin yleisen tuomioistuimen oli tosiasiallisesti selvitetävä, oliko olemassa aiempia tapauksia, jotka olisivat edellyttäneet välttämättömän tuotannon tekijän olemassaoloa.

61. Tämän lisäksi valittajien ensimmäisessä oikeusasteessa esittämä väite (valituskirjelmän 341 kohta), jonka mukaan niiden tapauksessa ei ollut selvää, ettei tuotannon tekijä ollut välttämätön, on tehoton, sillä komissio ei todennut kyseisen tuotannon tekijän olevan välttämätön, sillä tämä piirre ei ollut taustalla päättelyketjussa, jonka päätteeksi komissio totesi väärinkäytön olemassaolon. Edellä mainitussa asiassa *Industrie des poudres sphériques* vastaan komissio annettua tuomiosta on riittävää todeta, että valittajat ainoastaan väittivät tulkinneensa asiassa annettua tuomiota oikein mutta eivät riittävällä tavalla käsitelleet komission ja unionin yleisen tuomioistuimen siitä yhdessä tekemää tulkintaa.

62. Valittajien väitteestä, jonka mukaan komissio on käyttänyt muita uusia perusteita, jotka unionin yleinen tuomioistuin jätti ottamatta huomioon, on riittävää todeta, että väite on jätettävä tutkimatta, koska se esitettiin ensimmäisessä oikeusasteessa ainoastaan pyrkimyksenä saada sakon määrää alennettua eikä riitauttaa sitä, että komissio saattoi määrätä sakon. Kun tarkastellaan erityisesti väitettä kehittyvistä markkinoista, *Wanadoo Interactive* -päätös²⁹ ja *Deutsche Telekom* -päätös koskivat myös kasvuvaiheessa olevia markkinoita, joten oli selvää, ettei väärinkäyttöä voitu sulkea pois pelkästään tämän seikan perusteella.

63. Toisessa väitteessään valittajat moittivat ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 377–407 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt useita oikeudellisia virheitä arvioidessaan kyseisen väärinkäytön todellisia vaikutuksia, ja tarkemmin ottaen (ja ilmeisesti joka tapauksessa) i) valituksenalaisen tuomion 394–398 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisia virheitä arvioidessaan niiden markkinaosuuden kasvua vähittäismarkkinoilla (valituskirjelmän 380 kohta); ii) valituksenalaisen tuomion 399 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on ottanut tosiseikat väärinymmärryksellä huomioon, sillä komissio itse totesi riidanalaisessa päätöksessä, että kahden operaattorin (*Wanadoo Espanjan* ja *Ya.comin*) markkinaosuus oli yli 1 prosentin (valituskirjelmän 385 kohta); iii) valituksenalaisen tuomion 401 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on todennut virheellisesti, että valittajien muita voimakkaampi kasvu tukkumarkkinoilla oli konkreettinen osoitus kilpailijoiden poissulkemisesta (valituskirjelmän 390 kohta); iv) valituksenalaisen tuomion 407 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on todennut virheellisesti, että komissio saattoi perustellusti katsoa, että vähittäishintojen korkea taso Espanjassa muodosti uskottavan aihetodisteen valittajien menettelyn todellisesta vaikutuksesta Espanjan

25 — Päätös, jossa komissio toteutti turvaamistoimia ja selitti, millä edellytyksin menettelyä voidaan pitää väärinkäyttönä (*National Coal Boardia*, *National Smokeless Fuels Ltd:tä* ja *National Carbonizing Company Ltd:tä* koskevien turvaamistoimien hyväksymisestä 29.10.1975 tehty komission päätös 76/185/EHTY, EYVL 1976, L 35, s.6).

26 — Ks. [SEUT 102] artiklan mukaisesta menettelystä 18.7.1988 tehty komission päätös 88/518/ETY (IV/30.178 – *Napier Brown – British Sugar*) (EYVL L 284, s. 41, 66 perustelukappale).

27 — Voidaan havaita, että em. asiassa *TeliaSonera Sverige* annettua tuomiota (69 kohta) mukaan tuotteen välttämättömyys voi olla merkityksellinen seikka arvioitaessa hintaruuvien vaikutuksia. Ks. myös julkisasiamies *Mazák*in mainitussa asiassa 2.9.2010 esittämä ratkaisuehdotus.

28 — EYVL 1998, C 265, s. 2, 117–119 kohta.

29 — [SEUT 102] artiklan mukaisesta menettelystä (*Asia COMP/38.233 – Wanadoo Interactive*) 16.7.2003 tehty komission päätös (jäljempänä *Wanadoo Interactive* -päätös). Ks. tästä asia C-202/07 P, *France Télécom v. komissio*, tuomio 2.4.2009 (Kok., s. I-2369) sekä julkisasiamies *Mazák*in mainitussa asiassa 25.7.2008 esittämä ratkaisuehdotus. Kuten julkisasiamies *Mazák* totesi em. asiassa *TeliaSonera Sverige* 2.9.2010 esittämässään ratkaisuehdotuksessa (57 kohta), ”vaikka – – dynaamisia tai voimakkaassa kasvuvaiheessa olevia markkinoita ei suljeta pois SEUT 102 artiklan soveltamisalasta, on katsottava, että komission – – on – mikäli se on perusteltua – noudatettava erityistä varovaisuutta puuttuessaan tällaisiin markkinoihin ja mukautettava tarvittaessa tavanomaista menettelytapansa, kuten on tehty menestyksekkäästi asiassa *Wanadoo [Interactive]*”.

markkinoilla, vaikka komissio ei ollut osoittanut syy-yhteyttä kyseisen väärinkäytön ja vähittäishintojen korkean tason välillä (valituskirjelmän 393 kohta); ja v) valituksenalaisen tuomion 409 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on todennut virheellisesti, että komissio saattoi perustellusti katsoa, että laajakaistan alhainen käyttöönottoprosentti Espanjassa muodosti uskottavan aihetodisteen valittajien menettelyn todellisesta vaikutuksesta Espanjan markkinoilla, ja jätti ottamatta huomioon muita valittajien esille ottamia tekijöitä, jotka selittivät alhaisen käyttöönottoprosessin (valituskirjelmän 399 kohta).

64. Mielestäni komission ja France Telecomin tästä toisesta väitteestä kokonaisuudessaan esittämä oikeudenkäyntiväite on hyväksyttävä. Toinen väite perustuu nimittäin perusteisiin, joihin ei vedottu ensimmäisessä oikeusasteessa, ja siinä vaaditaan unionin tuomioistuinta tutkimaan tosiseikat uudelleen. Unionin yleinen tuomioistuin on joka tapauksessa soveltanut riittävää perustetta eli se on edellyttänyt ”konkreettisia, uskottavia ja riittäviä tietoja, joiden perusteella voidaan arvioida, millainen todellinen vaikutus kilpailusääntöjen rikkomisella on saattanut olla kilpailuun” (valituksenalaisen tuomion 390 kohta), ja valittajat kiistävät ainoastaan näiden tietojen riittävyyden vetoamalla kuitenkin siihen, että ne olisi otettu huomioon vääristyneellä tavalla.

ii) Kahdeksannen valitusperusteen ensimmäisen väitteen ensimmäinen ja neljäs perustelu, kolmas ja neljäs väite sekä kahdeksannen valitusperusteen muut osat sekä kymmenes valitusperuste

65. Esittelen ensin asianosaisten lausumat, minkä jälkeen teen niistä yhteenvedon määritelläkseni kysymyksen, joka unionin tuomioistuimen on ensisijaisesti ratkaistava tässä valitusasiassa.

– Asianosaisten lausumat

66. Ensimmäisen väitteen ensimmäisessä perustelussa (valituskirjelmän 362 kohta) valittajat moittivat ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 382–387 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisia virheitä määritellessään rikkomisen luonnetta sakkojen laskennassa sovellettavien vuoden 1998 suuntaviivojen perusteella. Se totesi nimittäin, että toteamus siitä, ettei oikeusvarmuuden periaatetta ollut loukattu, merkitsi välttämättä selvää väärinkäyttöä. Valittajien mukaan niiden oikeusvarmuuden periaatetta koskevan päättelyn tarkoituksena oli osoittaa, etteivät ne pystyneet ennakoimaan, että niiden menettely oli lainvastaista, kun taas niiden selvää väärinkäyttöä koskevan päättelyn tarkoituksena oli osoittaa, ettei kyseessä ollut vuoden 1998 suuntaviivoissa tarkoitettu ilmeinen (clear-cut) väärinkäyttö. Valittajat lisäävät, että ne saattoivat aiheellisesti olla epätietoisia siitä, että niiden menettely oli väärinkäyttöä.

67. Komissio väittää lähinnä, että unionin yleinen tuomioistuin käsitteli kysymystä mahdollisesta selvästä väärinkäytöstä erittäin yksityiskohtaisesti valituksenalaisen tuomion 353–369 kohdassa kunkin ensimmäisessä oikeusasteessa esitetyn väitteen osalta ja totesi, että aiemmat tapaukset olivat riittävän selviä.

68. Ensimmäisen väitteen neljännessä perustelussa valittajat moittivat (valituskirjelmän 375 kohta) muun muassa valituksenalaisen tuomion 386 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt virheen, kun se ei luokitellut Deutsche Telekom -päätöksen julkaisemista edeltävällä ajanjaksolla tapahtunutta rikkomista ”vakavaksi” vaan ”hyvin vakavaksi”.

69. Komissio väittää, että valituksenalaista tuomiota oli tarkasteltava kokonaisuudessaan ja että unionin yleinen tuomioistuin piti rikkomista hyvin vakavana riippumatta Deutsche Telekom -päätöksestä.

70. Kolmannessa väitteessä valittajat moittivat (valituskirjelmän 409 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 412 ja 413 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on loukannut syrjintäkiellon periaatetta todetessaan, ettei komission aiempi päätöskäytäntö ole sakkojen määrittämiseen sovellettava oikeudellinen kehys kilpailuoikeuden alalla, vaikka olemassa oli hyvin samanlaisia aiempia tapauksia, kuten Wanadoo Interactive- ja Deutsche Telekom -päätökset.

71. Komission mukaan kyseisessä väitteessä ei viitata oikeudelliseen virheeseen, sillä missään oikeussäännössä ei todeta, ettei ainoastaan yhden jäsenvaltion alueelle ulottuvaa rikkomista voitaisi pitää hyvin vakavana. Komissio myös mainitsee valituksenalaisen tuomion 413 kohdan, jossa unionin yleinen tuomioistuin on osoittanut, kuinka merkittävästi käsiteltävä asia eroaa aiemmista tapauksista, eivätkä valittajat ole kiistäneet tätä.

72. Neljännellä väitteellä valittajat moittivat (valituskirjelmän 414 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 415–420 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on jättänyt ottamatta huomioon rikkomisen vaihtelevan intensiteetin kilpailusääntöjen rikkomisajanjaksolla.

73. Komissio väittää todenneensa riidanalaisen päätöksen 750 ja 760 kohdassa, että rikkominen oli ”vähemmän vakavaa” tietyillä ajanjaksoilla, mikä osoittaa, että vakavuuden asteen vaihtelevuus on otettu huomioon sakon määrän laskemisessa. Komissio korostaa lisäksi, että jako kahteen erilliseen ajanjaksoon ei ole mahdollista, sillä unionin yleisen tuomioistuimen mielestä rikkominen oli hyvin vakavaa kummallakin ajanjaksolla.

74. Kahdeksannen valitusperusteen toisessa osassa valittajat vetoavat suhteellisuusperiaatteen, yhdenvertaisen kohtelun periaatteen sekä rangaistusten yksilöllisyyttä koskevan periaatteen loukkaamiseen. Ensimmäisessä väitteessä valittajat moittivat (valituskirjelmän 424 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 424–427 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on loukannut syrjintäkiellon periaatetta päättäessään, ettei komission aiempi päätöskäytäntö ole sakkojen määrittämiseen sovellettava oikeudellinen kehys kilpailuoikeuden alalla.

75. Komissio muistuttaa osoittaneensa ensimmäisessä oikeusasteessa erot käsiteltävän asian ja valittajien esille ottamien aiempien asioiden välillä ja lisää, että sillä on valtuudet korottaa sakon määrää etenkin, jos aiempi taso ei ole osoittautunut vaikutukseltaan riittävän ehkäiseväksi. Sillä, että sakon perusmäärä on huomattavasti suurempi kuin Wanadoo Interactive- ja Deutsche Telekom -päätöksissä, ei näin ollen ole merkitystä arvioitaessa sakon perusmäärän laillisuutta käsiteltävässä asiassa.

76. Toisessa väitteessään valittajat moittivat (valituskirjelmän 428 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 428–432 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin ei käyttänyt täyttä harkintavaltaansa todetakseen seuraamuksen oikeasuhteisuuden vaan loukkasi suhteellisuusperiaatetta hyväksymällä komission harkintavallan sakkojen määrän määrittämisessä.

77. Komissio huomauttaa, ettei unionin yleinen tuomioistuin ainoastaan viittaa komission harkintavaltaan vaan selvittää valituksenalaisen tuomion 432 kohdassa, onko sakko suhteeton.

78. Kolmannessa väitteessään valittajat moittivat (valituskirjelmän 432 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 433 kohtaa siitä, ettei unionin yleinen tuomioistuin ole käyttänyt täyttä harkintavaltaansa selvittääkseen, oliko sakon ehkäisevän vaikutuksen periaate asetettu perusteettomasti ensisijaiseksi rangaistusten yksilökohtaista määräämistä koskevaan periaatteeseen verrattuna.

79. Komissio ilmoittaa, ettei se havaitse valittajien väittämää oikeudellista virhettä. Se korostaa yhtäältä, ettei minkään oikeudellisen periaatteen mukaan ole niin, että ”yksittäinen vaikutus” on ensisijainen ”yleiseen varoittavaan vaikutukseen” nähden, ja toisaalta, että riidanalaisessa päätöksessä selitettiin erittäin yksityiskohtaisesti, mistä syystä sakon määrää mukautettiin käsiteltävän asian olosuhteisiin.

80. Neljännessä väitteessään valittajat moittivat (valituskirjelmän 435 kohta) ilmeisesti valituksenalaisen tuomion 434 ja 435 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on laiminlyönyt perusteluvollisuuden katsoessaan, ettei komissio ollut velvollinen perustelemaan huolellisesti päätöstään huomattavasti Wanadoo Interactive- ja Deutsche Telekom -päätöksiä suuremman sakon määräämisestä.

81. Komissio väittää, että siltä osin kuin valittajat moittivat unionin yleistä tuomioistuinta siitä, että se oli tarkistanut, että tiedot ”oli mainittu” riidanalaisessa päätöksessä, neljännessä väitteessä mainittua oikeudellista virhettä ei ole tehty, sillä perustelujen osalta on varmistettava, että komissio on esittänyt riittävät perustelut, mutta ei sitä, että se on esittänyt näyttöä perusteluilleen.

82. Kahdeksannen valitusperusteen kolmannessa osassa valittajat väittävät (valituskirjelmän 439 ja 440 kohta), että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisia virheitä valituksenalaisen tuomion 437–443 kohdassa tarkastellessaan sakon perusmäärän korottamista ehkäisevän vaikutuksen takaamiseksi.

83. Komissio ja France Telecom huomauttavat aluksi, että valittajien esittämät väitteet kumotaan tarkkaan valituksenalaisen tuomion 437–443 kohdassa. Tämän jälkeen komissio korostaa, että unionin tuomioistuimet ovat todenneet lailliseksi käytännön, jossa suurille yrityksille määrätyn sakon määrää korotetaan, kuten tehtiin asioissa Showa Denko vastaan komissio ja Lafarge vastaan komissio annetuissa tuomioissa.³⁰ Komissio lisää, että 25 prosentin korotus on huomattavasti komission perinteisesti määräämiä korotuksia pienempi.

84. Kahdeksannen valitusperusteensa neljännessä osassa, joka sisältyy muodollisesti valituksen kolmanteen osaan, valittajat väittävät (valituskirjelmän 445 kohta), että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisia virheitä valituksenalaisen tuomion 444–452 kohdassa tarkastellessaan valittajien menettelyn luokittelua ”pitkäkestoiseksi rikkomiseksi”.

85. Rikkomisen päättymisestä komissio korostaa, ettei missään valittajien toimittamissa asiakirjoissa mainittu, että hintoja olisi muutettu kesä–joulukuun 2006 välisenä aikana.

86. Kahdeksannen valitusperusteensa viidennessä osassa, joka sisältyy muodollisesti valituksen kolmanteen osaan, valittajat väittävät (valituskirjelmän 453 kohta), että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisia virheitä valituksenalaisen tuomion 453–461 kohdassa tarkastellessaan sakon määrän alentamista lieventävien olosuhteiden nojalla.

87. Huolimattomuudesta komissio väittää, että unionin yleinen tuomioistuin käsittelee tätä seikkaa yksityiskohtaisesti valituksenalaisen tuomion 458 kohdassa, jota on tarkasteltava koko valituksenalaisen tuomion näkökulmasta. Asian uutuudesta komissio katsoo, että unionin yleinen tuomioistuin viittasi perustellusti valituksenalaisen tuomion 461 kohdassa saman tuomion 356–368 kohtaan, jossa se oli jo arvioinut rikkomisen vakavuutta ja arviointiin oli vaikuttanut myös lieventävä olosuhde.

88. Kymmenennessä valitusperusteessaan valittajat väittävät, (valituskirjelmän 474 kohta), että unionin yleinen tuomioistuin rikkoi EY 229 artiklaa (josta on tullut SEUT 261 artikla), kun se laiminlöi velvoitteensa käyttää täyttä harkintavaltaa seuraamusten osalta.

89. Komissio väittää, että se on hylännyt yksityiskohtaisesti jokaisen kymmenennen valitusperusteen väitteen muihin valitusperusteisiin antamissaan vastauksissa.

30 — Asia C-289/04 P, Showa Denko v. komissio, tuomio 29.6.2006 (Kok., s. I-5859) ja asia C-413/08 P, Lafarge v. komissio, tuomio 17.6.2010 (Kok., s. I-5361).

– Asian tarkastelu

90. Kuten osapuolten lausumien perusteella voidaan todeta, kahdeksannen valitusperusteen ensimmäisen osan ensimmäinen väite (sen ensimmäinen ja neljäs perustelu), kolmas ja neljäs väite, sen toisen osan ensimmäinen, toinen, kolmas ja neljäs väite sekä sen kolmas, neljäs ja viides osa sekä kymmenes valitusperuste ovat suurilta osin päällekkäisiä. Kaikki valittajien sakon määrän laskemisesta esittämät väitteet koskevat lähinnä unionin yleisen tuomioistuimen täyden harkintavallan käyttämistä sekä suhteellisuusperiaatteen, syrjintäkiellon periaatteen ja rangaistusten yksilöllisyyttä koskevan periaatteen noudattamista. Arvioin siis jäljempänä sitä, onko unionin yleinen tuomioistuin käyttänyt täyttä harkintavaltansa valituksenalaisessa tuomiossa siten, kuin sen kuuluu, vai onko se virheellisesti ainoastaan hyväksynyt komission harkintavallan.

α) Ensimmäinen osa: komission oikeudet ja velvollisuudet

91. Vaikka oikeuskäytännössä edellytetään, että komissio noudattaa kussakin yksittäisessä päätöksessään syrjintäkiellon periaatetta ja suhteellisuusperiaatetta siten, että se käyttää samaa laskentamenetelmää kunkin kartellin jäsenen tapauksessa,³¹ unionin tuomioistuin on toistuvasti todennut, että ”komission aiempi päätöskäytäntö ei ole sakkojen määrittämiseen sovellettava oikeudellinen kehys kilpailuoikeuden alalla ja että muita asioita koskevat päätökset ovat luonteeltaan vain viitteellisiä syrjinnän osalta”.³²

92. Unionin tuomioistuimen mukaan ”se, että komissio on aikaisemmin soveltanut tietynlaisia sakkoja tietynlaisiin rikkomisiin, ei voi merkitä sitä, etteikö se voisi nostaa tätä sakkojen tasoa, jos tämä on tarpeen unionin kilpailupolitiikan toteuttamisen varmistamiseksi; kilpailupolitiikka määritellään yksinomaan – – neuvoston asetuksessa (EY) N:o 1/2003”.³³ Unionin yleinen tuomioistuin on lisännyt,³⁴ että ”komissio ei näet voi olla velvollinen vahvistamaan sakkoja siten, että ne vastaavat täydellisesti muissa asioissa vahvistettuja sakkoja”.

93. Unionin tuomioistuin on nimittäin korostanut, että ”kyseisen politiikan soveltaminen edellyttää sitä, että komissio voi mukauttaa sakkojen tasoa tämän alan politiikan vaatimuksia vastaavaksi”³⁵ etenkin, kun aiemmin sovelletut sakkojen tasot eivät ole osoittautuneet riittävän ehkäiseviksi.

94. On lisättävä, että unionin tuomioistuin on todennut edelleen, että ”kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuus on määritettävä useiden seikkojen perusteella, joihin kuuluvat erityisesti asiaan liittyvät erityisolosuhteet, asiayhteys ja sakkojen ennalta ehkäisevä vaikutus, mutta niistä perusteista, jotka on välttämättä otettava huomioon, ei kuitenkaan ole vahvistettu sitovaa tai tyhjentävää luetteloa”.³⁶

31 — Ks. erityisesti asia C-291/98 P, Sarrió v. komissio, tuomio 16.11.2000 (Kok., s. I-9991, 91–101 kohta; ns. kartonkikartelli).

32 — Asia C-549/10 P, Tomra Systems ym. v. komissio, tuomio 19.4.2012, 104 kohta. Ks. myös asia C-167/04 P, JCB Service v. komissio, tuomio 21.9.2006 (Kok., s. I-8935, 205 kohta) ja yhdistetyt asiat C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P ja C-137/07 P, Erste Group Bank ym. v. komissio, tuomio 24.9.2009 (Kok., s. I-8681, 233 kohta).

33 — Ks. em. asia Tomra Systems ym. v. komissio, tuomion 105 kohta ja vastaavasti em. yhdistetyt asiat Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomion 227 kohta.

34 — Ks. asia T-155/06, Tomra Systems ym. v. komissio, tuomio 9.9.2010 (Kok., s. II-4361, 314 kohta).

35 — Ks. em. asia C-549/10 P, Tomra Systems ym. v. komissio, tuomion 106 kohta ja vastaavasti yhdistetyt asiat 100/80-103/80, Musique Diffusion française ym. v. komissio, tuomio 7.6.1983 (Kok., s. 1825, Kok. Ep. VII, s. 133, 109 kohta; ns. Pioneer-tapaus).

36 — Ks. em. asia C-549/10 P, Tomra Systems ym. v. komissio, tuomion 107 kohta ja vastaavasti asia C-219/95 P, Ferriere Nord v. komissio, tuomio 17.7.1997 (Kok., s. I-4411, 33 kohta).

95. On hyvä lainata myös unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, joka liittyy näihin kysymyksiin. Se totesi perustellusti asiassa Archer Daniels Midland vastaan komissio antamassaan tuomiossa, että ”siltä osin kuin kyse on – – vertailuista muihin komission sakkopäätöksiin, näistä oikeusperiaatteista seuraa, että näillä päätöksillä voi olla merkitystä yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamisen kannalta ainoastaan, jos osoitetaan, että *näihin muihin päätöksiin liittyvien asioiden olosuhteet, kuten markkinat, tuotteet, maat, yritykset ja kyseessä olevat ajankohdat, ovat verrattavissa käsiteltävänä olevan asian olosuhteisiin*”³⁷ (kursivointi tässä).

96. Asiassa Tréfilunion vastaan komissio (ns. betoniteräsverkkojen kartelli) annettussa tuomiossa³⁸ täsmennettiin perustellusti, että ”*vaikka onkin suositeltavaa, jotta yritykset voivat määrittää kantansa tietoisina kaikista seikoista, että ne saavat komission sopivaksi harkitsemalla tavalla yksityiskohtaisesti tietää niille määrättyjen sakkojen laskentatavan ilman, että niiden on tästä syystä nostettava kanne komission päätöstä vastaan – mikä on hyvän hallinnon periaatteen vastaista –* tässä tapauksessa edellä mainittu oikeuskäytäntö, komission päätöksen sisältö ja kantajan yhteistyöhaluttomuus – – huomioon ottaen perustelujen puutetta koskevaa väitettä ei voida hyväksyä” (kursivointi tässä).

97. Kuten unionin yleinen tuomioistuin on perustellusti todennut oikeuskäytännössään, ”aina, kun komissio päättää määrätä sakkoja kilpailuoikeuden perusteella, sen on kuitenkin noudatettava yleisiä oikeusperiaatteita, joihin kuuluvat yhdenvertaisen kohtelun periaate ja suhteellisuusperiaate, sellaisina kuin unionin tuomioistuimet ovat niitä tulkinneet”.³⁹

98. Edellä esitetyn perusteella totean, että komissiolle kuuluvalla perusteluvollisuudella, jonka merkitys on vahvistettu myös äskettäin asiassa Chalkor vastaan komissio ja asiassa KME Germany ym. vastaan komissio (ns. kuparisten teollisuusputkien / vesi- ja viemäriputkien markkinoiden kartelli) annettussa oikeuskäytännössä sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä,⁴⁰ on olennainen merkitys arvioitaessa syrjintäkiellon periaatteen ja suhteellisuusperiaatteen noudattamista sekä riidanalaisen päätöksen vertaamista komission aiemmin sakkojen määräämisestä tekemiin päätöksiin.

99. Ensinnäkin edellä mainitussa asiassa Sarrió vastaan komissio annetun tuomion⁴¹ 73 kohdassa todettiin, että ”kun otetaan huomioon valituksenalaisen tuomion^[42] 341 ja 342 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö, perusteluvollisuudesta johtuvat aineelliset vaatimukset täyttyvät – –, jos komissio ilmoittaa päätöksessään ne arviointiperusteet, joiden avulla se on määrittänyt kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuuden ja keston. Mikäli näitä arviointiperusteita ei ole ilmoitettu, päätöstä rasittaa perustelujen puutteellisuus”.

37 — Asia T-59/02, Archer Daniels Midland v. komissio, tuomio 27.9.2006 (Kok., s. II-3627, 316 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Tämä oikeuskäytäntö vahvistettiin asiassa T-360/09, E.ON Ruhrgas ja E.ON v. komissio, 29.6.2012 annettussa tuomiossa, 262 kohta). Huomautan, että kyseisessä asiassa Archer Daniels Midland v. komissio annettu tuomio kumottiin syistä, jotka eivät liity käsiteltävään seikkaan (asia C-511/06 P, Archer Daniels Midland v. komissio, tuomio 9.7.2009, Kok., s. I-5843).

38 — Asia T-148/89, Tréfilunion v. komissio, tuomio 6.4.1995 (Kok., s. II-1063, 142 kohta).

39 — Ks. mm. em. asia T-59/02, Archer Daniels Midland v. komissio, tuomion 315 kohta; asia T-138/07, Schindler Holding ym. v. komissio, tuomio 13.7.2011 (Kok., s. II-4819, 105 kohta) ja asia T-352/09, Novácke chemické závody v. komissio, tuomio 12.12.2012, 44 kohta).

40 — 8.12.2011 annetut tuomiot asiassa C-389/10 P, KME Germany ym. v. komissio (Kok., s. I-13125), asiassa C-272/09 P, KME Germany ym. v. komissio (Kok., s. I-12789; jäljempänä asiassa KME ym. v. komissio annettu tuomio) ja asiassa C-386/10 P, Chalkor v. komissio (Kok., s. I-13085) (jäljempänä kaikki kolme tuomiota yhdessä Chalkor- ja KME-tuomiot) sekä asia A. Menarini Diagnostics v. Italia, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 27.9.2011 (kanne nro 43509/08).

41 — Lisään, että tämä oikeuskäytäntö on vahvistettu mm. asiassa C-199/99 P, Corus UK v. komissio, tuomio 2.10.2003 (Kok., s. I-11177, 149 ja 150 kohta) ja yhdistetyissä asioissa C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P-C-252/99 P ja C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij ym. v. komissio, tuomio 15.10.2002 (Kok., s. I-8375, 463 ja 464 kohta).

42 — Nimittäin asiassa C-137/95 P, SPO ym. v. komissio, 25.3.1996 annettu määräys (Kok., s. I-1611, 54 kohta) ja asiassa T-49/95, Van Megen Sports v. komissio, 11.12.1996 annettu tuomio (Kok., s. II-1799, 51 kohta).

100. Mainitun tuomion 76 kohdassa lisättiin, että ”komissio ei tietenkään saa viedä itseltään harkintavaltaansa käyttämällä yksinomaan ja mekaanisesti laskentakaavoja. *Se saa kuitenkin sisällyttää päätökseensä perusteluja, jotka ylittävät sen, mitä tämän tuomion 73 kohdassa mainitut vaatimukset edellyttävät, esimerkiksi ilmoittamalla numerotietoja, jotka ovat erityisesti tavoitellun varoittavan vaikutuksen osalta ohjanneet sen harkintavallan käyttöä sen määrätessä sakkoja useille yrityksille, jotka ovat eri lailla aktiivisesti osallistuneet kilpailusääntöjen rikkomiseen*” (kursivointi tässä).

101. Mainitun tuomion 77 kohdassa todettiin edelleen, että ”saattaa nimittäin olla *toivottavaa*, että komissio käyttäisi tätä mahdollisuutta hyväkseen, jotta yritykset saisivat *tietää yksityiskohtaisesti* niille määrätyn sakon *laskentatavan*. Tämä voi yleisemmin edistää hallintotoiminnan avoimuutta ja *helpottaa [unionin yleisen] tuomioistuimen työtä, kun se toimii täyden harkintavaltansa nojalla, jolloin sen on kyettävä arvioimaan [riidanalaisen] päätöksen lainmukaisuuden lisäksi myös määrätyn sakon asianmukaisuutta*. Tämä mahdollisuus ei kuitenkaan muuta perusteluvollisuudesta johtuvien vaatimusten ulottuvuutta – –” (kursivointi tässä).

102. Vaikka mainitusta oikeuskäytännöstä ilmenee selvästi, että komission on ainoastaan toivottavaa ilmoittaa sakon laskentatapa eikä ilmoittaminen tarkkaan ottaen sisälly perusteluvollisuuteen, jota noudattaakseen komission on ainoastaan ilmoitettava ne arviointiperusteet, joiden avulla se on määrittänyt kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuuden ja keston,⁴³ on pohdittava, tarkoittaako tämä sitä, että komissio voi jättää sekä ilmoittamatta sakon laskentamenetelmän että selittämättä yksityiskohtaisesti, miksi on määrätty sakko, joka on aiemmissa erittäin samankaltaisissa tapauksissa määrätty huomattavasti korkeampi, ja tässä on otettava huomioon Chalkor- ja KME-tuomiot ja asiassa Menarini annettu tuomio, joissa täsmennettiin unionin yleiselle tuomioistuimelle kuuluvaa täyttä harkintavaltaa koskevaa velvollisuutta.

103. Muistutan, että unionin tuomioistuin täsmensi nimittäin edellä mainitussa asiassa Chalkor vastaan komissio antamansa tuomion 60 kohdassa, että ”suuntaviivoissa – joissa oikeuskäytännön mukaan vahvistetaan käytäntöjä, joissa ilmaistaan noudatettava käytäntö ja joista komissio voi poiketa yksittäistapauksessa vain, jos se perustelee kyseisen poikkeamisen syillä, jotka ovat sopusoinnussa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa^[44] – *ainoastaan kuvataan komission kilpailusääntöjen rikkomisen tutkinnassa käyttämä menetelmä ja arviointiperusteet, jotka se sitoutuu ottamaan huomioon sakon määrän vahvistamiseksi*”.

104. Edellä mainitussa asiassa Chalkor vastaan komissio annetun tuomion 61 kohdan (sekä edellä mainitussa asiassa KME Germany ym. vastaan komissio annetun tuomion 128 kohdan) sanamuodon mukaan tällaisessa tilanteessa ”*unionin toimielinten toimia koskevalla perusteluvollisuudella on erityisen suuri merkitys* ja komission on perusteltava päätöksensä ja erityisesti selitettävä huomioon ottamistaan seikoista tekemänsä punninnat ja arvioinnit – –. Tuomioistuimen on varmistettava viran puolesta, että päätöksessä on esitetty perustelut” (kursivointi tässä).

105. Muistutan vielä, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä⁴⁵ täsmennetään, että ”vaikka vakiintuneen ratkaisukäytännön mukaisen komission päätöksen perustelut voidaan esittää tiivistäen, esimerkiksi viittaamalla tähän käytäntöön, komission on *nimenomaisesti selostettava* päättelyään, jos sen päätös menee huomattavasti pidemmälle kuin aikaisemmat päätökset” (kursivointi tässä). Ilman tätä selvennystä täyden harkintavallan käyttäminen on huomattavasti vaikeampaa.

43 – Voidaan huomauttaa, että tätä ajatusta on kehitetty edelleen vuoden 2006 suuntaviivoissa, joissa mm. todetaan, että sakon perusmäärä lasketaan myyntiarvon perusteella. Ks. komission tiedonanto ”Suuntaviivat asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaisesti määrättävien sakkojen laskennasta” (EUVL 2006, C 210, s. 2), 12–26 kohta.

44 – Asia C-397/03 P, Archer Daniels Midland ja Archer Daniels Midland Ingredients v. komissio, tuomio 18.5.2006 (Kok., s. I-4429, 91 kohta).

45 – Ks. asia C-521/09 P, Elf Aquitaine v. komissio, tuomio 29.9.2011 (Kok., s. I-8947, 155 kohta), jossa mainitaan mm. asiassa 73/74, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique ym. v. komissio, 26.11.1975 annettu tuomio (Kok., s. 1491, Kok. Ep. II, s. 535, 31 kohta) ja asiassa C-295/07 P, komissio v. Département du Loiret, 11.12.2008 annettu tuomio (Kok., s. I-9363, 44 kohta). Ks. myös asia C-350/88, Delacre ym. v. komissio, tuomio 14.2.1990 (Kok., s. I-395, 15 kohta); asia C-228/99, Silos, tuomio 8.11.2001 (Kok., s. I-8401, 28 kohta) ja vastaavasti asia C-244/95, Moskof, tuomio 20.11.1997 (Kok., s. I-6441, 54 kohta).

106. Totean vielä, että komissio esittää huomattavasti avoimemmat ja yksityiskohtaisemmat perustelut ehdottaessaan sakkoa tai uhkasakkoa (SEUT 260 artiklan 2 kohdassa tarkoitettussa kahden rikkomisen menettelyssä) kuin silloin, kun se päättää itse sakosta (kilpailuoikeuden menettely).⁴⁶

β) Toinen osa: unionin yleisen tuomioistuimen täysi harkintavalta

αα) Täyttä harkintavaltaa koskeva teoria

107. Unionin tuomioistuimelle annettiin jo 25.3.1957 allekirjoitetussa Rooman sopimuksessa⁴⁷ erityinen toimivalta seuraamusten alalla, nimittäin täysi harkintavalta. Sen nojalla unionin tuomioistuin voi kilpailuoikeuden alalla paitsi kumota tai vahvistaa sakon ja sen määrän myös korottaa tai alentaa sitä.

108. Kuten unionin tuomioistuin toteaa edellä mainitussa asiassa KME Germany ym. vastaan komissio antamansa tuomion 130 kohdassa, ”laillisuusvalvontaa täydentää täysi harkintavalta, joka on annettu unionin tuomioistuimille asetuksen N:o 17/17 artiklalla ja nyttemmin asetuksen N:o 1/2003 31 artiklalla SEUT 261 artiklan mukaisesti. Tämän harkintavallan nojalla unionin yleinen tuomioistuin voi täten *paitsi pelkästään tutkia seuraamuksen laillisuuden* myös korvata komission arvioinnin omallaan ja siten poistaa määrätyn sakon tai uhkasakon taikka alentaa tai korottaa sen määrää^[48]” (kursivointi tässä).

109. Unionin tuomioistuimelle tämän toimivallan antavat perustamissopimuksen tai asetusten tekstit eivät ole muuttuneet,⁴⁹ mutta unionin yleiset oikeusperiaatteet, perusoikeuskirjan voimaantulo (perusoikeuskirjalla on SEU 6 artiklan 1 kohdan ensimmäisen alakohdan mukaisesti sama oikeudellinen arvo kuin perussopimuksilla) ja niin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen kuin unionin tuomioistuimenkin oikeuskäytäntö ovat vahvistaneet komission kilpailuoikeuden alalla määräämien sakkojen yhteydessä, että unionin tuomioistuimen täysi harkintavalta velvoittaa sen⁵⁰ tekemään oman arvionsa asiasta.

110. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen edellä mainitussa asiassa Menarini antamasta tuomiosta ilmenee, että ”täysi harkintavalta” tarkoittaa toimivaltaa muuttaa tehtyä päätöstä kaikilta osin niin tosiseikkoja koskevien kysymysten kuin oikeuskysymystenkin osalta sekä toimivaltaa tutkia kaikki unionin yleisen tuomioistuimen käsiteltäväksi saatetussa oikeusriidassa merkitykselliset tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja koskevat kysymykset.

46 — Komissio ilmoittaa auliisti sakon laskentamenetelmän kahden rikkomisen menettelyissä – pitäen kuitenkin itsellään harkintavallan kuhunkin perusteeseen sovellettavan kertoimen määrittämisessä –, minkä vuoksi on vaikea ymmärtää, miksi se kieltäytyy avoimuudesta laskettaessa sakkoja kartellitapauksissa (jolloin unionin yleinen tuomioistuin pystyisi käyttämään täyttä harkintavaltaansa). Ks. myös De Bronett, G.-K., *Ein Vergleich zwischen Kartellgeldbußen gegen Unternehmen und "Pauschalbeträgen" gegen Mitgliedstaaten wegen Verstoß gegen EU-Recht*, ZWeR 2013, s. 38–53. Jo pelkkä komission suuntaviivojen olemassaolo osoittaa, ettei komission harkintavalta ole suinkaan rajaton. Yhdysvalloissa tässä yhteydessä sovellettu menettely on mielestäni paras, sillä siinä sakon määrän suuruus (ja vankeusrangaistuksen kesto) on ennakoitavissa melko tarkkaan rangaistuksia koskevien suuntaviivojen (sentencing guidelines) perusteella (ks. Sentencing Reform Act 1984 ja US Sentencing Commission Guidelines Manual osoitteessa www.ussc.gov, sekä Whish, R. ja Bailey, D., *Competition Law*, Oxford, 7. painos, 2012, s. 276).

47 — Sen 172 artiklan mukaan ”asetuksissa, joita neuvosto tämän sopimuksen nojalla antaa, voidaan antaa [unionin] tuomioistuimelle täysi harkintavalta näissä asetuksissa säädettyjen seuraamusten osalta”. Asetuksen N:o 17/17 artiklan mukaan ”[unionin] tuomioistuimella on perustamissopimuksen 172 artiklassa tarkoitettu täysi harkintavalta tutkiessaan valitukset päätöksistä, joilla komissio on määrännyt sakon tai uhkasakon; se voi poistaa sakon tai uhkasakon taikka alentaa tai korottaa sitä”.

48 — Ks. myös em. asia Chalkor v. komissio, tuomion 63 kohta ja vastaavasti em. yhdistetyt asiat Limburgse Vinyl Maatschappij ym. v. komissio, tuomion 692 kohta.

49 — SEUT 261 artiklan mukaan ”asetuksissa, joita Euroopan parlamentti ja neuvosto yhdessä perussopimusten nojalla antavat taikka joita neuvosto perussopimusten nojalla antaa, voidaan antaa Euroopan unionin tuomioistuimelle täysi harkintavalta näissä asetuksissa säädettyjen seuraamusten osalta”. Asetuksen N:o 1/2003 31 artiklan nojalla ”[unionin] tuomioistuimella on täysi harkintavalta tutkiessaan valitukset päätöksistä, joilla komissio on määrännyt sakon tai uhkasakon. Se voi poistaa sakon tai uhkasakon taikka alentaa tai korottaa sitä”.

50 — Nykyisin velvollisuus on unionin yleisellä tuomioistuimella sen tutkiessa komission sakkopäätöksistä nostettuja kanteita.

111. Tuomari Pinto de Albuquerque esitti mainitussa asiassa eriävän mielipiteensä ja totesi perustellusti, että ”periaatteen tasolla julkisten seuraamusten soveltaminen ei kuulu perinteisiin hallintoviranomaisen tehtäviin vaan sen on oltava tuomioistuimen tehtävä. Jos hallintoelin voisi yksin olla vastuussa sen valvomisesta, että julkisen seuraamuksen soveltamisen tosiasialliset edellytykset täyttyvät, eikä tuomioistuin suorittaisi tiukkaa jälkikäteisvalvontaa, kyseiset vallanjakoa ja seuraamusten lainmukaisuutta koskevat periaatteet vääristyisivät täysin” (kursivointi tässä).

112. Chalkor- ja KME-tuomioissa todettiin niissäkin selvästi, että unionin yleisen tuomioistuimen täysi harkintavalta merkitsee sekä oikeudellisiin seikkoihin että tosiseikkoihin kohdistuvaa valvontaa ja toimivaltaa arvioida todisteita, kumota riidanalainen päätös tai muuttaa sakkojen määrää.⁵¹

113. Kuten julkisasiamies Kokott on todennut,⁵² sen selvittäminen, onko unionin yleinen tuomioistuin tosiasiaa käyttänyt täyttä harkintavaltaansa, nostaa esiin ”aidon oikeudellisen ongelman – –. Kyse on unionin yleiselle tuomioistuimelle esitettyjen syrjintävaihteen tutkimista koskevien oikeudellisten vaatimusten laajuudesta ja erityisesti unionin yleisen tuomioistuimen komissioon niiden vuoksi kohdistaman valvonnan intensiteetistä. Tällöin on kyse asiasta, joka on alati keskustelun kohteena ja johon kiinnitetään nykyään yhä suurempaa huomiota – varsinkin perusoikeuskirjan vuoksi. – – Perusoikeuskirjan 47 artiklassa – – taataan perusoikeus tehokkaiseen oikeussuojakeinoihin, joka on vahvistettu myös unionin oikeuden yleiseksi periaatteeksi.^[53] – – Tämä perusoikeus sisältää muun muassa oikeuden siihen, että viranomaisten päätökset tutkitaan *riippumattomassa* tuomioistuimessa oikeudenmukaisessa oikeudenkäynnissä” (kursivointi tässä).

114. Perusoikeuskirjan 49 artiklan, joka koskee laillisuusperiaatetta ja rikoksista määrättävien rangaistusten oikeasuhteisuuden periaatetta, 3 kohdan mukaisesti unionin tuomioistuinten on taattava, että toteutuu periaate, jonka mukaan ”rangaistus ei saa olla epäsuhteessa rikoksen vakavuuteen”.

115. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on lisäksi todennut, että hallinnollisen seuraamuksen valvonta tarkoittaa sitä, että tuomioistuin tutkii ja analysoi yksityiskohtaisesti, onko seuraamus *asiamukainen* rikkomiseen nähden, ottaen huomion merkitykselliset muuttujat, myös itse seuraamuksen oikeasuhteisuuden, ja tarvittaessa muuttaa seuraamusta (ks. em. asiassa Menarini annetun tuomion 64–66 kohta).

116. Unionin oikeudessa unionin yleisiin oikeusperiaatteisiin kuuluvan (ja perusoikeuskirjassa vahvistetun) suhteellisuusperiaatteen mukaan unionin toimielinten säädöksillä, päätöksillä ja muilla toimenpiteillä ei saa ylittää sitä, mikä on tarpeellista niillä lainmukaisesti tavoiteltujen päämäärien toteuttamiseksi ja tähän soveltuva, eli silloin, kun on mahdollista valita usean tarkoituksenmukaisen toimenpiteen välillä, on valittava vähiten pakottava ja että toimenpiteistä aiheutuvat haitat eivät saa olla liian suuria tavoiteltuihin päämääriin nähden.⁵⁴

117. Kilpailusääntöjen täytäntöönpanomenettelyjen yhteydessä suhteellisuusperiaatteen noudattaminen edellyttää, että tietylle yhtiölle määrätty sakko ei ole suhteeton komission tavoittelemiin päämääriin nähden ja että sen määrä on oikeassa suhteessa rikkomiseen, kun otetaan huomioon muun muassa rikkomisen vakavuus. Tätä tarkoitusta varten unionin yleisen tuomioistuimen on tutkittava kaikki

51 — Ks. em. asia Chalkor v. komissio, tuomion 65 kohta.

52 — Ks. julkisasiamies Kokottin 12.1.2012 esittämä ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-628/10 P ja C-14/11 P, Alliance One International ja Standard Commercial Tobacco v. komissio ja komissio v. Alliance One International ym., tuomio 19.7.2012, ratkaisuehdotuksen 95 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

53 — Ks. asia C-279/09, DEB, tuomio 22.12.2010 (Kok., s. I-13849, 30 ja 31 kohta); asia C-69/10, Samba Diouf, tuomio 28.7.2011 (Kok., s. I-7151, 49 kohta) ja em. asia KME ym. v. komissio, tuomion 92 kohta. Ks. myös asia C-457/09, Chartry, määräys 1.3.2011 (Kok., s. I-819, 25 kohta).

54 — Ks. erityisesti asia C-331/88, Fedesa ym., tuomio 13.11.1990 (Kok., s. I-4023, 13 kohta); yhdistetyt asiat C-133/93, C-300/93 ja C-362/93, Crispoltoni ym., tuomio 5.10.1994 (Kok., s. I-4863, 41 kohta) ja asia C-189/01, Jippes ym., tuomio 12.7.2001 (Kok., s. I-5689, 81 kohta).

merkitykselliset seikat, kuten yrityksen menettely ja sen rooli kilpailua rajoittavan käytännön käyttöön ottamisessa, yrityksen koko, kyseessä olevien tavaroiden arvo tai yrityksen kilpailusääntöjen rikkomisesta saama hyöty, haluttu ehkäisevä tavoite ja tämäntyyppisten rikkomisten Euroopan unionin tavoitteille aiheuttamat vaarat.

118. Toisin sanoen unionin yleisen tuomioistuimen on käytettävä *täysimääräisesti* täyttä harkintavaltaansa arvioidessaan sakon määrän oikeasuhteisuutta.⁵⁵

119. Syrjintäkiellon periaate ”edellyttää, että toisiinsa rinnastettavia tilanteita ei kohdella eri tavalla eikä erilaisia tilanteita kohdella samalla tavalla, ellei tällaista kohtelua voida objektiivisesti perustella”.⁵⁶

120. Tämä tarkoittaa kahta asiaa. Ensinnäkin unionin yleinen tuomioistuin voi komission perustelujen ansiosta valvoa sakon oikeasuhteisuutta ja syrjimättömyyttä. Kuten unionin tuomioistuin on todennut, ”vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan EY 253 artiklassa [josta on tullut SEUT 296 artikla] edellytettyjen perustelujen on oltava kyseessä olevan toimenpiteen luonteen mukaisia ja niistä on selkeästi ja yksiselitteisesti ilmettävä toimenpiteen tehneen toimielimen päättely siten, että niille, joita toimenpide koskee, selviävät sen syyt ja että *toimivaltainen tuomioistuin voi tutkia toimenpiteen laillisuuden*”⁵⁷ (kursivointi tässä) ja käsiteltävässä asiassa käyttää täyttä harkintavaltaansa.

121. Tämä puolestaan edellyttää, että unionin yleisen tuomioistuimen arvioinnin on oltava riittävän itsenäinen komission arvioon verrattuna siten, ettei unionin yleinen tuomioistuin voi pelkästään luottaa komission – suhteellisen abstraktisti, kuten käsiteltävässä asiassa vaikuttaa olevan sakon perusmäärän kohdalla – vahvistamaan sakon määrään tai katsoa, että komission tekemät laskelmat tai sakon määrää määrittäessään huomioon ottamat näkökohdat sitovat sitä.⁵⁸

122. Kuten asiassa Volkswagen vastaan komissio annetussa tuomiossa⁵⁹ (josta tehty valitus hylättiin) perustellusti todettiin, ”kun [unionin yleinen] tuomioistuin käyttää tätä koskevaa toimivaltaansa, *sen itsensä tehtävänä on arvioida käsiteltävään asiaan liittyviä seikkoja sakon suuruuden määrittämiseksi*” (kursivointi tässä). Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin piti mainitussa asiassa antamassaan tuomiossa – kaikkien seikkojen ja näkemysten perusteella sekä täyttä harkintavaltaansa käyttäen – perusteltuna alentaa sakon määrää 102 000 000 ecusta 90 000 000 euroon.

55 — Yhdyn tässä julkisasiamies Botin 21.6.2012 esittämään ratkaisuehdotukseen asiassa C-89/11 P, E.ON Energie v. komissio, tuomio 22.11.2012, ratkaisuehdotuksen 103–131 kohta, jossa hän viittaa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön (asia Schmutzer v. Itävalta, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 23.11.1995, A-sarja, nro 328-A; asia Valico S.R.L. v. Italia, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 10.1.2001, Recueil des arrêts et décisions 2006-III ja em. asia Menarini). Vaikka julkisasiamies Bot ehdotti ratkaisuehdotuksessaan unionin yleisen tuomioistuimen tuomion kumoamista siksi, ettei tämä ollut käyttänyt täyttä harkintavaltaansa tutkiessaan E.ON Energielle määrätyn sakon oikeasuhteisuutta, ja asian palauttamista unionin yleiseen tuomioistuimeen, jotta se lausuisi kyseisen sakon oikeasuhteisuudesta, unionin tuomioistuin kuitenkin hylkäsi valituksen. Unionin tuomioistuimen mainitusta tuomiosta voidaan silti todeta, ettei unionin tuomioistuin ollut eri mieltä julkisasiamies Botin kanssa periaateista, vaan se osoitti kyseisessä asiassa, että unionin yleinen tuomioistuin oli käyttänyt täyttä harkintavaltaansa ja oli voinut todeta sakon oikeasuhteiseksi tekemättä tässä yhteydessä oikeudellista virhettä. Koska komissio olisi voinut määrätä E.ON Energielle sakon, joka vastaa 10:tä prosenttia sen vuosittaisesta liikevaihdosta, jos se olisi pystynyt osoittamaan kilpailunvastaisten menettelyjen olemassaolon, unionin yleinen tuomioistuin katsoi, että sinetin murtamisesta määrättyä 38 miljoonan euron sakkoa, joka vastasi 0,14:tä prosenttia E.ON Energien vuosittaisesta liikevaihdosta, ei voitu pitää suhteettomana verrattuna tarpeeseen varmistaa seuraamuksen ehkäisevä vaikutus.

56 — Asia C-227/04 P, Lindorfer v. neuvosto, tuomio 11.9.2007 (Kok., s. I-6767, 63 kohta).

57 — Em. asia Elf Aquitaine v. komissio, tuomion 147 kohta.

58 — Ks. vastaavasti asia C-338/00 P, Volkswagen v. komissio, tuomio 18.9.2003 (Kok., s. I-9189).

59 — Asia T-62/98, Volkswagen v. komissio, tuomio 6.7.2000 (Kok., s. II-2707, 347 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio mainitaan edellisessä alaviitteessä.

123. Kuten julkisasiamies Mengozzi on perustellusti todennut,⁶⁰ ”tilanteita, joissa unionin tuomioistuimet voivat käyttää täyttä harkintavaltaansa, ei voida määritellä komission suuntaviivoissa, sillä ne ovat komission sisäistä organisointia koskeva toimi” ja pelkkä soft law -toimi,⁶¹ kun taas unionin yleinen tuomioistuin, kuten julkisasiamies Bot on todennut,⁶² tosiasiaa ”tyytyä liian usein tutkimaan ainoastaan sitä, onko komissio soveltanut asianmukaisesti itse suuntaviivoissaan vahvistamaansa menetelmää, vaikka sakon määrän määrittäminen ei yleensä edellytä monitahoisten taloudellisten kysymysten arviointia, joka kuuluu ainoastaan komissiolle ja johon voidaan soveltaa rajattua tuomioistuinvalvontaa”.

124. Tässä ratkaisuehdotuksessa suositeltua menetelmää vastaan esitetään usein väite siitä, ettei unionin yleisen tuomioistuimen pidä tai se ei voi sekaantua sakon määrän määrittämiseen eikä sitä kautta kilpailupolitiikkaan, joka kuuluu komission yksinomaiseen vastuualaan. En yhdy tähän päättelyyn, sillä unionin yleinen tuomioistuin antaa ratkaisunsa ainoastaan yksittäistapauksissa. Komissio säilyttää siis toimivaltansa yleisen politiikan määrittämisessä ja soveltamisessa muissa asioissa.

125. Päättelen edellä esitetystä ja etenkin edellä mainituissa asioissa Chalkor vastaan komissio annetun tuomion 62 kohdasta ja KME Germany ym. vastaan komissio annetun tuomion 129 kohdasta, ettei unionin yleinen tuomioistuin voi valvontansa yhteydessä luopua *oikeudellisia seikkoja ja tosiseikkoja koskevasta perinpohjaisesta valvonnasta tai olla vaatimatta komissiota selittämään sakkokäytäntönsä muuttamista tietyssä asiassa*, komissiolle kuuluvan harkintavallan tai ainoastaan sellaisen ilmeisen arviointivirheen perusteella, jonka komissio on väitetysti tehnyt valitessaan seikkoja, jotka on otettava huomioon sovellettaessa vuoden 1998 suuntaviivoissa mainittuja arviointiperusteita, tai arvioidessaan niitä.

126. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan on joka tapauksessa niin, että vaikka unionin yleinen tuomioistuin voi tarvittaessa viitata ”komission ’harkintavaltaan’, ’huomattavaan harkintavaltaan’ tai ’laajaan harkintavaltaan’ [mitä sen ei mielestäni pitäisi enää tehdä], tällaiset maininnat *eivät [estä] sitä harjoittamasta velvollisuutensa mukaisesti täysimääräistä ja kokonaisvaltaista valvontaa sekä oikeuskysymysten että tosiseikkoja koskevien kysymysten osalta*”⁶³ (kursivointi tässä).

60 — Ks. Mengozzi, P., ”La compétence de pleine juridiction du juge communautaire”, *Liber Amicorum en l’honneur de Bo Vesterdorf*, Bruylant, Bruxelles, 2007, s. 219–236.

61 — Ks. vastaavasti myös Nehl, H. P., ”Kontrolle kartellrechtlicher Sanktionsentscheidungen der Kommission durch die Unionsgerichte”, teoksessa Immenga, U. ja Körber, T. (toim.), *Die Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung*, Nomos, 2012, s. 139 ja 140 (”die mit dieser Neuorientierung einhergehende Rückbesinnung des Gerichtshofs auf das ’hard law’ anstelle des ’soft law’ zum Zweck der gerichtlichen Kontrolle der Ausübung des Ermessens der Kommission bei der Geldbußenbemessung ist sehr zu begrüßen”).

62 — Ks. julkisasiamies Botin artikkeli ”La protection des droits et des garanties fondamentales en droit de la concurrence” teoksessa *De Rome à Lisbonne: mélanges en l’honneur de Paolo Mengozzi*, Bruylant, 2013, s. 175–192.

63 — Em. asia KME Germany ym. v. komissio, tuomion 136 kohta. Em. asiassa KME ym. v. komissio annetun tuomion 94 kohdassa täsmennetään samoin laillisuusvalvonnasta ja monitahoisista taloudellisista arvioinneista, että ”laillisuusvalvonnasta unionin tuomioistuin on todennut, että vaikka komissiolle on harkintavaltaa taloudellisissa asioissa aloilla, joilla on tehtävä monitahoisia taloudellisia arviointeja, *se ei tarkoita sitä, että unionin yleisen tuomioistuimen on pidättäydyttävä valvomasta sitä, miten komissio on tulkinnut taloudellisia seikkoja*. Unionin yleisen tuomioistuimen on paitsi tutkittava erityisesti esitettyjen todisteiden aineellinen paikkansapitävyys, luotettavuus ja johdonmukaisuus myös tarkistettava, *ovatko nämä todisteet kaikki ne merkitykselliset seikat, jotka on otettava huomioon monitahoisen tilanteen arvioinnissa, ja voivatko kyseiset todisteet tukea päätelmiä, jotka niistä on tehty* – –” (kursivointi tässä). Myös EFTAn tuomioistuin on todennut asiassa E-15/10, Posten Norge, 18.4.2012 antamassaan tuomiossa (100 ja 101 kohta), että ”it must be recalled that Article 6(1) ECHR requires that subsequent control of a criminal sanction imposed by an administrative body must be undertaken by a judicial body that has full jurisdiction. Thus, the Court must be able to quash in all respects, on questions of fact and of law, the challenged decision (see, for comparison, European Court of Human Rights Janosevic v. Sweden, no 34619/97, § 81, Reports of Judgments and Decisions 2002-VII, and [Menarini, précité], § 59). Therefore, when imposing fines for infringement of the competition rules, [EFTA Surveillance Authority (ESA)] cannot be regarded to have *any margin of discretion in the assessment of complex economic matters* which goes beyond the leeway that necessarily flows from the limitations inherent in the system of legality review – – Furthermore – – in a case which is covered by the guarantees of the criminal head of Article 6 ECHR, the question whether the evidence is capable of substantiating the conclusions drawn from it by the competition authority must be answered having regard to the presumption of innocence. Thus, although the Court may not replace ESA’s assessment by its own and, accordingly, it does not affect the legality of ESA’s assessment if the Court merely disagrees with the weighing of individual factors in a complex assessment of economic evidence, *the Court must nonetheless be convinced that the conclusions drawn by ESA are supported by the facts*” (kursivointi tässä).

127. Edellä mainitussa asiassa Chalkor vastaan komissio antamansa tuomion 78 kohdassa unionin tuomioistuin totesi, että ”unionin yleinen tuomioistuin ei – – pitäytynyt pelkässä suuntaviivojen noudattamista koskevassa valvonnassa vaan tutki valituksenalaisen tuomion 145 kohdassa itse, oliko seuraamus asianmukainen”.

128. Se myös muistutti asiassa SCA Holding vastaan komissio antamassaan tuomiossa,⁶⁴ että ”[unionin yleisellä] tuomioistuimella on *toimivalta* EY:n perustamissopimuksen 172 artiklassa [josta on tullut SEUT 261 artikla] ja asetuksen N:o 17/17 artiklassa [nytemmin asetuksen N:o 1/2003 31 artikla] sille annetun täyden harkintavallan nojalla *arvioida, onko sakkojen suuruus asianmukainen. Tämä arviointi saattaa edellyttää sellaisten lisätietojen esittämistä ja huomioon ottamista, joita perustamissopimuksen 190 artiklassa [josta on tullut SEUT 296 artikla] asetettu perusteluvelvollisuus ei sinänsä edellytä mainitsemaan päätöksessä*” (kursivointi tässä).

129. Unionin yleisen tuomioistuimen on siis *itse* arvioitava sakon asianmukaisuus ja oikeasuhteisuus ja todettava *itse*, että komissio on todellakin ottanut huomioon kaikki sakon määrän laskennassa merkitykselliset seikat, mikä tarkoittaa, että unionin yleisen tuomioistuimen on pystyttävä myös tarkastelemaan uudelleen kantajien sille esittämiä tosiseikkoja ja olosuhteita.⁶⁵

130. Unionin yleinen tuomioistuin on jo tietyissä asioissa esittänyt tämänsuuntaisia päätelmiä.

131. Asiassa Romana Tabacchi antamassaan tuomiossa⁶⁶ (josta ei valitettu unionin tuomioistuimeen) unionin yleinen tuomioistuin totesi perustellusti, että ”unionin yleiselle tuomioistuimelle asetuksen N:o 1/2003 31 artiklassa EY 229 artiklan [josta on tullut SEUT 261 artikla] mukaisesti annettu täysi harkintavalta, joka merkitsee enemmän kuin pelkkää laillisuusvalvontaa, jota harjoitettaessa voidaan vain hylätä kumoamiskanne tai kumota kanteen kohteena oleva toimi, tarkoittaa sitä, että tämä tuomioistuin voi korvata komission arvioinnin omalla arvioinnillaan ja siis muuttaa riidanalaista toimea jopa silloin, kun sitä ei kumota, ja myös ottaa huomioon kaikki tosiseikat muuttaakseen esimerkiksi sakon määrää silloin, kun sen käsiteltäväksi saatetaan kysymys sakon määrästä. – – kun unionin yleinen tuomioistuin vahvistaa sakon määrän, kyseessä ei ole mikään täsmällinen aritmeettinen laskutoimitus. *Unionin yleinen tuomioistuin ei myöskään ole sidottu komission laskutoimituksiin eikä suuntaviivoihin* silloin, kun se käyttää täyttä harkintavaltaansa – –, *vaan sen on suoritettava oma arviointinsa ottaen huomioon kaikki asiaan liittyvät seikat*” (kursivointi tässä).

132. Unionin yleinen tuomioistuin päätteli kyseisen tuomion 283–285 kohdassa, että ”näissä olosuhteissa unionin yleinen tuomioistuin katsoo, että komission 20.10.2005 määräämä 2,05 miljoonan euron sakko riittää jo sellaisenaan aiheuttamaan kantajan joutumisen selvitystilaan ja poistumisen markkinoilta, mikä näyttää myös olevan omiaan aiheuttamaan merkittäviä heijastusvaikutuksia, joihin kantaja viittaa viidennessä kanneperusteessaan. – – Edellä esitetyn perusteella unionin yleinen tuomioistuin katsoo, että kun otetaan huomioon erityisesti edellä todettujen virheiden yhteisvaikutus ja kantajan heikko taloudellinen kapasiteetti, kantajalle määrättävän sakon lopulliseksi määräksi on kohtuullista määrittää 1 miljoona euroa. Tämän suuruisella sakolla kantajaa voidaan rangaista tehokkaasti sen lainvastaisesta käyttäytymisestä riittävän varoittavalla tavalla seuraamuksen olematta liian vähäinen. *Kokonaisuutena arvioituna* tätä suurempi sakko olisi suhteeton kantajan syyksi luettuun rikkomiseen nähden. – – Nyt käsiteltävässä asiassa 1 miljoonan euron sakko on siis *perusteltu seuraamus* kantajan syyksi luetusta käyttäytymisestä” (kursivointi tässä).⁶⁷

64 — Asia C-297/98 P, SCA Holding v. komissio, tuomio 16.11.2000 (Kok., s. I-10101, 55 kohta).

65 — Tätä edellä mainittujen Chalkor- ja KME-tuomioiden ja asiassa Menarini annetun tuomion tulkintaa tukee myös mm. Wesseling, R. ja van der Woude, M., ”The lawfulness and acceptability of enforcement of European cartel law”, *World Competition*, nide 35, nro 4 (2012), s. 573–598.

66 — Asia T-11/06, Romana Tabacchi v. komissio, tuomio 5.10.2011 (Kok., s. II-6681, 265 ja 266 kohta). Ks. vastaavasti em. yhdistetyt asiat Limburgse Vinyl Maatschappij ym. v. komissio, tuomion 692 kohta; asia C-3/06 P, Groupe Danone v. komissio, tuomio 8.2.2007 (Kok., s. I-1331, 61 kohta) ja asia C-534/07 P, Prym ja Prym Consumer v. komissio, tuomio 3.9.2009 (Kok., s. I-7415, 86 kohta).

67 — Ks. myös asia T-59/99, Ventouris v. komissio, tuomio 11.12.2003 (Kok., s. II-5257) ja yhdistetyt asiat T-236/01, T-239/01, T-244/01-T-246/01, T-251/01 ja T-252/01, Tokai Carbon ym. v. komissio, tuomio 29.4.2004 (Kok., s. II-1181).

133. Edellä mainitussa asiassa Groupe Danone vastaan komissio (ns. Belgian olutmarkkinoiden kartelli) antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin hylkäsi valitusperusteen, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli väitetysti rikkonut ne ultra petita -sääntöä, kun se muutti lieventävien olosuhteiden vuoksi sovelletun korjauskertoimen soveltamistapaa, vaikka tähän liittyviä vaatimuksia ei ollut esitetty, pelkästään sillä perusteella, että koska kysymys sakon määrästä oli saatettu sen käsiteltäväksi, sillä oli oikeus EY 299 artiklan (josta on tullut SEUT 261 artikla) ja asetuksen N:o 17, joka on korvattu asetuksella N:o 1/2003, mukaisesti poistaa komission määräämä sakko taikka alentaa tai korottaa sen määrää.⁶⁸

134. Kuten julkisasiamies Mengozzi perustellusti korosti,⁶⁹ tämä arviointi on helppo ymmärtää, jos katsotaan, että täyden harkintavallan tehtävä on toimia yrityksillä olevana ylimääräisenä takeena siitä, että yrityksille määrätyn sakon määrää valvoo mahdollisimman tehokkaasti riippumaton ja puolueeton tuomioistuin. Unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on jo vahvistettu tämä unionin yleisen tuomioistuimen täyden harkintavallan tulkinta ”ylimääräisiksi takeiksi”, kun siinä on sakkojen määräämisen yhteydessä määritelty yritysten puolustautumisoikeuksien laajuus komissioon nähden.⁷⁰

135. Olen samaa mieltä julkisasiamies Mengozzin kanssa myös, kun hän toteaa edellä mainitussa asiassa komissio vastaan Tomkins antamassaan ratkaisuehdotuksessa, että tämä tulkinta voi tarkoittaa vain sitä, että yritykset, jotka ovat täysin tietoisia komission määräämän sakon tarkasta määrästä, voivat riitauttamalla tämän määrän unionin yleisessä tuomioistuimessa kritisoida komission kyseisen määrän laskentatavan laillisuutta ja tarkoituksenmukaisuutta ja siten yrittää kaikin käytettävissä olevin puolustautumiskeinoin laillisuusvalvontaan erottamattomasti liittyvistä rajoitteista riippumatta vaikuttaa kyseisen tuomioistuimen näkemykseen siitä, mikä on sakon asianmukainen määrä.⁷¹ Kuten julkisasiamies perustellusti lisää, jotta tämä ylimääräisen takeen tehtävä toimisi tehokkaasti, unionin yleisellä tuomioistuimella on kuitenkin oltava toimivalta⁷² ottaa huomioon *kaikki* tosiseikat, mukaan luettuina esimerkiksi sen käsiteltävänä olevan riidanalaisen päätöksen jälkeiset tosiseikat,⁷³ mikä ei laillisuusvalvontaan erottamattomasti liittyvien rajoitteiden vuoksi periaatteessa olisi mahdollista.⁷⁴

136. Mainitsen myös asiassa Siemens Österreich ym. vastaan komissio (ns. kaasueristeisten kojeistojen kartelli) annetun tuomion,⁷⁵ jossa unionin yleinen tuomioistuin tukeutui periaatteeseen, jonka mukaan rangaistukset ja seuraamukset on määrättävä yksilökohtaisesti, ja totesi, että ”tähän liittyen on todettava, että toisin kuin komissio väittää – –, se ei voi määrittää vapaasti yhteisvastuullisesti maksettavia määriä. – – periaatteesta, jonka mukaan rangaistukset ja seuraamukset on määrättävä yksilöllisesti, seuraa, että jokaisen yhtiön on voitava päätellä päätöksestä, jolla se määrätään maksamaan sakko yhteisvastuullisesti yhden tai useamman muun yhtiön kanssa, mikä on sen vastattavaksi kuuluva osuus suhteessa kanssavelallisiinsa sen jälkeen, kun komissio on saanut suorituksen. Tätä varten komission on muun muassa täsmennettävä ajanjaksot, joiden osalta kyseessä

68 — Ks. em. asia Groupe Danone v. komissio, tuomion 56 ja 61–63 kohta.

69 — Ks. julkisasiamies Mengozzin 19.7.2012 esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-286/11 P, komissio v. Tomkins, tuomio 22.1.2013, ratkaisuehdotuksen 40 kohta. Ks. myös em. Mengozzi, P., ”La compétence de pleine juridiction du juge communautaire”, s. 227.

70 — Ks. em. yhdistetyt asiat Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomion 445 kohta. Ks. myös mm. asia T-83/91, Tetra Pak v. komissio, tuomio 6.10.1994 (Kok., s. II-755, Kok. Ep. XVI, s. II-1, 235 kohta) ja asia T-23/99, LR AF 1998 v. komissio, tuomio 20.3.2002 (Kok., s. II-1705, 200 kohta).

71 — Julkisasiamies Mengozzi muistuttaa perustellusti (ratkaisuehdotuksensa alaviitteessä 20), että oikeuskäytännössä on toistuvasti katsottu, että kun unionin yleinen tuomioistuin valvoo komission määräämiä sakkoja, sen tarkoituksena on tutkia, onko määrätty määrä asianmukainen, kun otetaan huomioon sen käsiteltäväksi saatetun asian olosuhteet. Ks. tästä mm. 16.11.2000 annetut tuomiot asiassa C-279/98 P, Cascades v. komissio (Kok., s. I-9693, 42 ja 48 kohta) ja asiassa C-283/98 P, Mo och Domsjö v. komissio (Kok., s. I-9855, 42 ja 48 kohta).

72 — Tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 66 mainitun unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesti.

73 — Ks. tästä yhdistetyt asiat 6/73 ja 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano ja Commercial Solvents v. komissio, tuomio 6.3.1974 (Kok., s. 223, Kok. Ep. II, s. 229, 51 ja 52 kohta); em. asia Baustahlgewebe v. komissio, tuomion 141 kohta; em. yhdistetyt asiat Tokai Carbon ym. v. komissio, tuomion 274 kohta ja asia T-241/01, Scandinavian Airlines System v. komissio, tuomio 18.7.2005 (Kok., s. II-2917, 227 kohta).

74 — Julkisasiamies Mengozzi lisää, että tästä syystä on myös helppo ymmärtää, miksi esimerkiksi asiassa 8/83, Officine Bertoli v. komissio, tuomio 28.3.1984 (Kok., s. 1649, 29 kohta) katsottiin, että tietyt juuri kyseiseen asiaan liittyvät olosuhteet oikeuttivat sakon määrän alentamisen kohtuullisuuden vuoksi, vaikka kantajan sakon määrän alentamispyyntönsä tueksi esittämää perustetta ei voitu hyväksyä.

75 — Yhdistetyt asiat T-122/07-T-124/07, Siemens Österreich ym. v. komissio, tuomio 3.3.2011 (Kok., s. II-793, 153 ja 154 kohta). Unionin tuomioistuimessa on parhaillaan vireillä valitus tästä asiasta (yhdistetyt asiat C-231/11 P–C-233/11 P, komissio v. Siemens Österreich ym.). Julkisasiamies Mengozzi esitti asiassa ratkaisuehdotuksensa 19.9.2013.

olevat yhtiöt ovat (yhteis)vastuullisia kartelliin osallistuneiden yritysten kilpailusääntöjä rikkovasta menettelystä, ja tarvittaessa mainittujen yhtiöiden näistä menettelyistä kantaman vastuun aste. – – Niinpä komission olisi pitänyt ottaa tässä asiassa huomioon [mainitussa asiassa] riidanalaisen päätöksen 468 perustelukappaleessa esittämänsä toteamukset jaksoista, joiden osalta VA Tech -yritykseen kuuluneet eri yhtiöt ovat yhteisesti vastuussa, voidakseen määrittää näiden yhtiöiden yhteisvastuullisesti maksettavaksi kuuluvat määrät. Näiden määrien on vastattava mahdollisimman hyvin mainittujen yhtiöiden jakamien vastuusuuksien, sellaisina kuin ne on määritelty mainitussa perustelukappaleessa, painoarvoa”.

137. Unionin yleinen tuomioistuin suoritti tämän jälkeen yksityiskohtaisen analyysin komission päätöksestä ja arvosteli sakon adressaattien valintaa ja niille määrättyjen sakkojen määrittämistä.

138. Tuomionsa 166 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin päätteli, viittaamatta lainkaan komission mahdolliseen harkintavaltaan, että ”komissio loukkasi periaatetta, jonka mukaan rangaistukset ja seuraamukset on määrättävä yksilöllisesti, – – koska se piti Reyrollea, SEHV:tä ja Magrinia yhteisvastuullisina sakon, jonka määrä ylittää selvästi niiden yhteisen vastuun, maksamisesta, koska se ei pitänyt Siemens Österreichia ja KEG:tä yhteisvastuullisina osasta SEHV:lle ja Magrinille määrättyä sakkoa ja koska se ei velvoittanut Reyrollea vastaamaan yksin osasta sille määrättyä sakkoa”.

139. Toinen esimerkki on asiassa Brasserie nationale ym. vastaan komissio annettu tuomio,⁷⁶ jossa todettiin, että ”[unionin yleisen] tuomioistuimen on – – valvottava, onko määrätyn sakon määrä oikeassa suhteessa kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuuteen ja kestoon sekä punnittava keskenään kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuutta ja niitä seikkoja, joihin kantaja vetoaa”.

140. Ennen suuntaviivojen laatimista asiassa Parker Pen vastaan komissio annetussa tuomiossa⁷⁷ kyseessä olleen sakon arvioinnin johdosta päätettiin, ”että kantajalle määrätty 700 000 ecun sakko ei ole riittävä, kun otetaan huomioon rikkomiseen liittyvän liikevaihdon vähäisyys, ja että [unionin yleisen] tuomioistuimen on täyttävä harkintavaltaansa käyttäen perusteltua alentaa Parkerille määrätyn sakon määrää 400 000 ecuun”.

141. Suuntaviivojen laatimisen jälkeen edellä mainitussa asiassa Ventouris vastaan komissio (ns. Kreikan lauttaliikenteen kartelli) annetussa tuomiossa, josta ei valitettu, todettiin puolestaan, että kyseessä ollut sakko oli alennettava kohtuus- ja suhteellisuusperiaatteen mukaisesti. Kun komissio oli yhdessä päätöksessä määrännyt seuraamuksen kahdesta erillisestä rikkomisesta, kohtuusperiaate ja suhteellisuusperiaate edellyttivät, että yritys, joka on osallistunut vain yhteen rikkomiseen, tuomitaan lievemmin kuin yhtiöt, jotka ovat osallistuneet kahteen. Kun komissio oli laskenut sakot kaikille yrityksille yhdestä ja samasta perusmäärästä lähtien, jota mukautettiin yritysten koon mukaan mutta tekemättä mitään eroa sen suhteen, osallistuivatko yritykset yhteen vai kahteen rikkomiseen, joista määrättiin seuraamukset, komissio oli ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen mukaan määrännyt yritykselle, jonka oli katsottu olevan vastuussa vain yhteen kartelliin osallistumisesta, sakon, joka oli suhteeton suoritettujen rikkomisen vakavuuteen nähden.⁷⁸

76 — Yhdistetyt asiat T-49/02-T-51/02, Brasserie nationale ym. v. komissio, tuomio 27.7.2005 (Kok., s. II-3033, 170 kohta).

77 — Asia T-77/92, Parker Pen v. komissio, tuomio 14.7.1994 (Kok., s. II-549, 94 ja 95 kohta).

78 — Ks. myös asia T-211/08, Putters International v. komissio, tuomio 16.6.2011 (Kok., s. II-3729); asia T-43/92, Dunlop Slazenger v. komissio, tuomio 7.7.1994 (Kok., s. II-441); em. yhdistetyt asiat Tokai Carbon ym. v. komissio ja asia T-235/07, Bavaria v. komissio, tuomio 16.6.2011 (Kok., s. II-3229), joissa unionin yleinen tuomioistuin korvasi komission arvioinnin omalla arvioinnillaan tai tutki sakon asianmukaisuuden.

142. Sen sijaan unionin yleinen tuomioistuin totesi (Chalkor- ja KME-tuomioiden sekä asiassa Menarini annetun tuomion jälkeen) asiassa Dow Chemical vastaan komissio (ns. kloropreenikumin kartelli) antamassaan tuomiossa,⁷⁹ että ”käsiteltävässä asiassa unionin yleisen tuomioistuimen tehtävänä ei tässä vaiheessa, kun riidanalaista päätöstä ei ole todettu lainvastaiseksi, kuten asiassa BASF ja UCB vastaan komissio^[80] oli tehty, ole laskea uudelleen kantajalle määrätyn sakon määrää *vaan valvoa, että komissio soveltaa vuoden 2006 suuntaviivoja kantajaan asianmukaisesti*” (kursivointi tässä), ja samaa lähestymistapaa on noudatettu valituksenalaisessa tuomiossa.

143. Huomautan, että unionin yleisen tuomioistuimen on yhä tärkeämpää valvoa täyttää harkintavaltaansa käyttäen komission määräämiä sakkoja, sillä niiden määrät nousevat jatkuvasti. Mainitsen esimerkkinä vain muutaman tapauksen: Microsoft-päätöksessä (johon komissio viittasi istunnossa) Microsoftille määrättiin 497 miljoonan euron sakko vuonna 2004, minkä lisäksi sille määrättiin 280,5 miljoonan euron uhkasakko vuonna 2006, 899 miljoonan euron uhkasakko vuonna 2008 ja 561 miljoonan euron sakko vuonna 2013.⁸¹ Intelille puolestaan määrättiin 1,06 miljardin euron sakko.⁸² Saint-Gobainille vuonna 2008 määrätty sakko oli suuruudeltaan 896 miljoonaa euroa (ja autonlasialan kartelliin osallisuudesta yhteensä 1,38 miljardia euroa),⁸³ kun taas Siemensille vuonna 2007 määrätty sakko oli suuruudeltaan yli 396 miljoonaa euroa (ja kaasueristeisten kojeistojen kartelliin osallisuudesta yhteensä 750 miljoonaa euroa).⁸⁴ Hissivalmistajien kartellitapauksessa määrättiin yhteensä lähes miljardin euron sakot.⁸⁵ Vuonna 2012 komissio määräsi 1,47 miljardin euron sakon kahdelle televisioiden ja tietokoneiden näytöissä käytettävien kuvaputkien valmistajien kartellille.⁸⁶

144. Tässä ratkaisuehdotuksessa korostetusta, unionin yleisen tuomioistuimen sakkojen laskentaa koskevan valvonnan merkityksestä voidaan palauttaa mieliin, että julkisasiamies Tizzano huomautti edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa Dansk Rørindustri ym. vastaan komissio esittämässään ratkaisuehdotuksessa,⁸⁷ että kyseessä olleessa asiassa tehty tutkimus ”osoittaa, että komission soveltamaan laskutapaan liittyy tiettyjä järjestelmän oikeudenmukaisuutta koskevia riskejä. – – Se, että nyt käsiteltävien kaltaisissa tapauksissa *osa laskutoimituksista on lähinnä muodollisia ja abstrakteja eivätkä siten käytännössä vaikuta sakon lopulliseen määrään*, ei näet mielestäni täysin vastaa ’rangaistusten’ yksilöllistämistä ja mukauttamista koskevia vaatimuksia – –. Ei voida myöskään jättää huomiotta sitä, että samasta syystä saattaa käydä niin, että suuntaviivoilla tavoiteltu suurempi avoimuus ei täysin toteudu. – – Koska tällainen ankaroittaminen [sakkoja koskeva komission politiikka on ankaroitunut ja johtanut sakkojen tason nousuun] perustuu lisäksi kiinteisiin määriin pohjautuvaan laskutapaan, se saattaa vaikuttaa enemmän pieniin ja keskisuuriin yrityksiin. – – Tilanne on kaiken kaikkiaan uusi ja ongelmallisempi verrattuna vaiheeseen, jonka aikana komission noudattama menetelmä ei lähtökohtaisesti johtanut laskelmassa 10:tä prosenttia kokonaisliikevaihdosta koskevan rajan ylittymiseen, jolloin kaikki tapaukseen liittyvät seikat oli helpompi ottaa välittömästi huomioon sakon määrässä. – – Seuraavaksi on pohdittava, olisiko mainittujen sakkopolitiikan uuden suuntauksen seurausten vuoksi asianmukaista tehdä joitain suunnanmuutoksia, *joilla voidaan varmistaa, että tulokset ovat kaikissa tapauksissa yleisten järkevyyden ja kohtuuden vaatimusten mukaisia*” (kursivointi tässä).

79 — Asia T-77/08, Dow Chemical, tuomio 2.2.2012 (148 kohta). Tuomiosta on parhaillaan vireillä valitus unionin tuomioistuimessa asiassa C-179/12 P.

80 — Yhdistetyt asiat T-101/05-T-111/05, BASF ja UCB v. komissio, tuomio 12.12.2007 (Kok., s. II-4949).

81 — [SEUT 102] artiklan mukaisesta menettelystä 24.3.2004 tehty komission päätös K(2004) 900 (asia COMP/C 3/37.792 – Microsoft); 12.7.2006 tehty komission päätös K(2005) 4420 lopullinen; Microsoft Corporationille em. Microsoft-päätöksellä asetetun uhkasakon lopullisen määrän vahvistamisesta 27.2.2008 tehty komission päätös K(2008) 764 lopullinen ja 6.3.2013 tehty komission päätös K(2013) 1210 lopullinen.

82 — Asiassa COMP/C-3/37.990 – Intel 13.5.2009 tehty komission päätös K(2009) 3726 lopullinen.

83 — Asiassa COMP/39.125 – Autonlasi 12.11.2008 tehty komission päätös K(2008) 6815 lopullinen.

84 — Asiassa COMP/F/38.899 – Kaasueristeiset kojeistot 24.1.2007 tehty komission päätös K(2006) 6762 lopullinen.

85 — Asiassa COMP/E-1/38.823 – Hissit ja liukuportaat 21.2.2007 tehty komission päätös K(2007) 512 lopullinen.

86 — Asiassa COMP/39.437 – Televisioiden ja tietokoneiden näytöissä käytettävät kuvaputket 5.12.2012 tehty komission päätös K(2012) 8839 lopullinen.

87 — Ks. julkisasiamies Tizzanon 8.7.2004 esittämä ratkaisuehdotus em. yhdistetyissä asioissa Dansk Rørindustri ym., 129–133 kohta.

145. Julkisasiamies Tizzanon mainituissa yhdistetyissä asioissa esittämä pureva kritiikki osoittaa selvästi, että unionin yleisen tuomioistuimen ei ole pelkästään toivottavaa tai suositeltavaa valvoa täysimääräisesti⁸⁸ ja riippumattomasti komission sakkoja koskevaa politiikkaa, vaan se on täysin välttämätöntä.⁸⁹

ββ) Täyttä harkintavaltaa koskevan teorian soveltaminen käsiteltävään asiaan

146. Jotta voidaan arvioida unionin yleisen tuomioistuimen harjoittamaa sakkoja koskevaa valvontaa ja valittajien valitusperusteita, jotka liittyvät suhteellisuusperiaatteen, syrjintäkiellon periaatteen ja rangaistusten yksilöllisyyttä koskevan periaatteen loukkaamiseen sekä komission velvollisuuteen perustella sakon määrä, on tarkasteltava jälleen riidanalaista päätöstä.

147. Riidanalaisen päätöksen 756 perustelukappaleessa komissio huomautti, että rikkomista voidaan pitää erityisen vakavana, vaikka se ei ole välttämättä ollut yhtä vakavaa koko rikkomisajanjakson ajan. Sen 757 perustelukappaleessa komissio totesi ainoastaan, että valittajille määrättävän sakon määräksi on vahvistettava 90 miljoonaa euroa, mikä vastaa rikkomisen vakavuutta ”käsiteltävän asian olosuhteissa”.

148. Valittajat väittivät unionin yleisessä tuomioistuimessa, että komissio oli loukannut rangaistusten yksilöllisyyttä koskevaa periaatetta, suhteellisuusperiaatetta ja yhdenvertaisen kohtelun periaatetta sekä laiminlyönyt perusteluvollisuutensa, kun se asetti sakon perusmääräksi 90 miljoonaa euroa. Ensinnäkin tämä Telefónicalle rikkomisen vakavuuden perusteella määrätty sakon perusmäärä oli toiseksi suurin määrävän markkina-aseman väärinkäytöstä koskaan määrätty määrä. Toiseksi kyseinen perusmäärä oli yhdeksän kertaa suurempi kuin Deutsche Telekomille ja kymmenen kertaa suurempi kuin Wanadoo Interactivelle vuonna 2003 määrävän markkina-aseman väärinkäytöstä samalla alalla määrätty sakon perusmäärä, vaikka i) kyseiset kaksi sakkopäätöstä tehtiin Telefónica-päätöksen tavoin vuoden 1998 suuntaviivojen perusteella ja niissä sovellettiin samoja laskentasääntöjä; ii) mainituissa kolmessa asiassa kyseessä olleet menettelyt toteutettiin osittain samanaikaisesti, ja ne olivat luonteeltaan samanlaisia ja iii) kyseiset kolme asiaa liittyvät Ranskan, Saksan ja Espanjan internetyhteyksien markkinoihin, jotka ovat keskenään hyvin samankaltaiset laajuudeltaan, taloudelliselta merkitykseltään ja kasvuvaiheeltaan. Yhtäältä Telefónicalle ja toisaalta Wanadoo Interactivelle ja Deutsche Telekomille määrättyjen sakon perusmäärien ilmeistä epäsuhtaa lisää se, että Telefónican tapauksessa sakon perusmäärää korotettiin 25 prosenttia ehkäisevän vaikutuksen takaamiseksi, mutta tällaista korotusta ei sovellettu Wanadoo Interactiveen tai Deutsche Telekomiin niiden koosta huolimatta. Ehkäisevän vaikutuksen vuoksi Telefónicalle rikkomisen vakavuuden perusteella määrätyn sakon määrä (112,5 miljoonaa euroa) on kaiken kaikkiaan 12,5 kertaa suurempi kuin Wanadoo Interactivelle ja 11,25 kertaa suurempi kuin Deutsche Telekomille samankaltaisesta ellei jopa vakavammasta määrävän markkina-aseman väärinkäytöstä määrätyn sakon määrä.

149. Valittajien mukaan Telefónicalle määrätyn 90 miljoonan euron sakon perusmäärän liiallisuus oli tätäkin ilmeisempi, kun sitä verrattiin asiassa Deutsche Post AG vuonna 2001 määrätyn sakon perusmäärään.⁹⁰ Komissio asetti mainitussa asiassa ainoastaan 12 miljoonan euron sakon perusmäärän, vaikka se totesi, että i) rikkomista oli pidettävä vakavana; ii) unionin tuomioistuin oli ”useita kertoja

88 — “[Unionin yleisen] tuomioistuimen perustamisella [unionin] tuomioistuimen yhteyteen ja kaksiasteisen tuomioistuinjärjestelmän käyttöön ottamisella pyrittiin ensinnäkin parantamaan tuomioistuimen tuomiovaltaan kuuluvien oikeussuojaa erityisesti sellaisten asioiden osalta, jotka edellyttävät monimutkaisten tosiseikkojen perusteellista tarkastelua, ja toiseksi säilyttämään tuomioistuimen harjoittaman valvonnan laatu ja tehokkuus [unionin] oikeusjärjestyksessä –” (em. asia Baustahlgewebe v. komissio, tuomion 41 kohta).

89 — Täyden harkintavallan käytöstä voidaan mainita esimerkkinä United Kingdom Competition Appeal Tribunal (CAT), sillä se arvioi *itse* sakon määrän yksityiskohtaisesti ja tyhjentävästi ja ottaa asian huomioon kokonaisuudessaan (ks. mm. asia Kier Group plc v. OFT, tuomio nro 1114/1/1/09 [2011] CAT 3, ja asia National Grid plc v. Gas and Electricity Markets Authority, tuomio nro 1099/1/2/08 [2009] CAT 14).

90 — [SEUT 102] artiklan mukaisesta menettelystä (Asia COMP/35.141 – Deutsche Post AG) 20.3.2001 tehty komission päätös 2001/354/EY (EYVL L 125, s. 27).

tuominut”määräävässä markkina-asetuksessa olevan yrityksen soveltamat uskollisuusalennukset ja iii) ”[Deutsche Post AG:n] alennus- ja hintapolitiikalla oli huomattavia kielteisiä vaikutuksia kilpailuun”, sillä Deutsche Post AG onnistui säilyttämään markkinaosuutensa postimyyntiyrityksille tarjottavien pakettipalvelujen Saksan markkinoilla pysyvästi 85 prosentin yläpuolella.

150. Seuraavaksi on tarkasteltava unionin yleisen tuomioistuimen kantaa.

151. Kun ensiksi tarkastellaan syrjintäkiellon periaatetta, unionin yleinen tuomioistuin hylkää valituksenalaisen tuomion 424–427 kohdassa (vain neljässä kohdassa) valittajien väitteet todeten ainoastaan, ettei komission aiempi päätöskäytäntö ole sakkojen määrittämisen oikeudellinen kehys kilpailuoikeuden alalla vaan se on luonteeltaan vain viitteellinen.

152. Toiseksi suhteellisuusperiaatteen osalta unionin yleinen tuomioistuin hylkää valituksenalaisen tuomion 428–432 kohdassa (yhteensä viisi kohtaa) valittajien väitteet todeten ainoastaan, että komissiolla on sakkojen määrää vahvistaessaan harkintavaltaa, jotta se voisi ohjata yritysten toimintaa kilpailusääntöjen mukaiseksi. Tosiseikkojen osalta unionin yleinen tuomioistuin toistaa tässä kohtaa komission selitykset rikkomisen luokittelusta hyvin vakavaksi ja ”analysoi” ja päättelee yhdessä kohdassa (432 kohta), ettei 90 miljoonan euron sakon laskentapohja ole suhteeton.

153. Kolmanneksi unionin yleinen tuomioistuin muistuttaa rangaistusten yksilöllisyyttä koskevasta periaatteesta (ainoastaan) valituksenalaisen tuomion 433 kohdassa, että oikeuskäytännössä todetaan, että kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuuden arvioimiseksi sakon määrän määrittämistä varten komission on huolehdittava siitä, että sen toimenpiteellä on rikkomista estävä vaikutus erityisesti sellaisten kilpailusääntöjen rikkomisen muotojen osalta, jotka ovat erityisen haitallisia unionin tavoitteiden toteuttamisen kannalta. Estävän vaikutuksen on oltava samanaikaisesti sekä erityinen että yleinen. Sakko on seuraamus yksilöllisestä kilpailusääntöjen rikkomisesta, minkä lisäksi se kuuluu yleiseen politiikkaan, jonka mukaan yritysten on noudatettava kilpailusääntöjä. Unionin yleinen tuomioistuin päättelee, että riidanalaisesta päätöksestä ilmenee, että käsiteltävässä asiassa sakko laskettiin ottaen huomioon Telefónican oma tilanne. Näin ollen valittajat eivät voi väittää, että sakon yleinen estävä vaikutus olisi ollut ”sakon ensimmäinen ja perimmäinen tavoite”.

154. Lopuksi unionin yleinen tuomioistuin käsittelee väitettä perusteluvollisuuden laiminlyönnistä ja tehokasta oikeussuojaa koskevan oikeuden loukkaamisesta valituksenalaisen tuomion 434 ja 435 kohdassa (siis ainoastaan kahdessa kohdassa) ja hylkää valittajien väitteet todeten ainoastaan, että komissio oli täyttänyt *vähimmäisedellytykset*, sillä se ilmoitti arviointiperusteet, joiden avulla se oli määrittänyt kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuuden ja keston. Unionin yleinen tuomioistuin toistaa vielä kerran, että koska komission aiempi päätöskäytäntö ei ole sakkojen määrittämisen oikeudellinen kehys kilpailuoikeuden alalla, tämä ei ole velvollinen ilmoittamaan syitä, joiden vuoksi valittajille määrätyn sakon perusmäärä oli selvästi suurempi kuin edellä mainituissa Wanadoo Interactive- ja Deutsche Telekom -päätöksissä.

155. Kun tarkastellaan näitä 12 kohtaa (yhteensä 465 kohdasta!),⁹¹ joihin ei myöskään sisälly käytännössä *minkäänlaista* unionin yleisen tuomioistuimen suorittamaa todellista arviointia, mielestäni tämä tuomioistuin ei selvästikään ole syrjintäkiellon periaatteen, suhteellisuusperiaatteen, rangaistusten yksilöllisyyttä koskevan periaatteen ja komission perusteluvollisuuden näkökulmasta käyttänyt täyttä harkintavaltaansa, mihin se on velvoitettu.

156. Syrjintäkiellon periaatteen loukkaamista koskevasta väitteestä unionin yleinen tuomioistuin tyytyy viittaamaan komission aiemmissä päätöksissään määräämien sakkojen määrän viitteellisyyteen ja jättää mainitsematta, että tietyt komission aiemmat päätökset sisälsivät tietoja, jotka olivat arvokkaita käsiteltävässä asiassa. Näin on varsinkin siksi, ettei komissio ilmoittanut (mikä unionin

91 — On totta, että – kuten Shakespeare totesi Hamletissa vuonna 1602 – ”on lyhyys viisauden sielu” (brevity is the soul of wit), mutta täyden harkintavallan käyttö edellyttää muutakin kuin ytimekkyyttä.

tuomioistuimen mukaan olisi ollut toivottavaa ja minun mielestäni välttämätöntä) 90 miljoonan euron sakon perusmäärän laskentamenetelmää eikä perustellut riittävästi sitä, miksi kyseinen perusmäärä erosi muissa hyvin samankaltaisissa päätöksissä, kuten Deutsche Telekom- ja Wanadoo Interactive -päätöksissä, määrätyistä määristä.

157. Unionin yleinen tuomioistuin on jopa unohtanut oman oikeuskäytäntönsä, sillä se totesi edellä mainitussa asiassa Archer Daniels Midland vastaan komissio antamansa tuomion 316 kohdassa (ja vahvisti saman lausuman valituksenalaisen tuomion jälkeen asiassa E.ON Ruhrgas ja E.ON vastaan komissio antamansa tuomion 262 kohdassa), että ”siltä osin kuin kyse on – – vertailuista muihin komission sakkopäätöksiin, näistä oikeusperiaatteista seuraa, että näillä päätöksillä voi olla merkitystä yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamisen kannalta ainoastaan, jos osoitetaan, että *näihin muihin päätöksiin liittyvien asioiden olosuhteet, kuten markkinat, tuotteet, maat, yritykset ja kyseessä olevat ajankohdat, ovat verrattavissa käsiteltävänä olevan asian olosuhteisiin*” (kursivointi tässä). On nimittäin selvää, että vaikka komission aiempi päätöskäytäntö ei lähtökohtaisesti ole sakkojen määrittämisen oikeudellinen kehys kilpailuoikeuden alalla, tähän perusteluun nähden ensisijainen on syrjintäkiellon periaate, jonka mukaan toisiinsa rinnastettavia tilanteita ei kohdella eri tavalla.⁹²

158. Vuoden 1998 suuntaviivoissa⁹³ mainitaan nimittäin ”samasta toiminnasta määrättävän seuraamuksen tasapuolisuuden” periaate, jota sovelletaan etenkin, kun sakon määräämisen taustalla olevat olosuhteet, kuten markkinat, rikkomisen laji, tuotteet, yritykset ja rikkomisajanjaksot, ovat tosiasiasa samankaltaiset, kuten käsiteltävässä asiassa vaikuttaa olevan, ellei muuta osoiteta joko komission unionin yleisen tuomioistuimen pyynnöstä toimittamalla lisätiedoilla tai muuten.

159. Unionin yleisen tuomioistuimen olisi käsiteltävässä asiassa pitänyt ainakin vaatia komissiota selittämään yksityiskohtaisesti syyt siihen, miksi se määräsi käsiteltävässä asiassa 90 miljoonan euron sakon laskentapohjan (ja miten se päättyi tähän lukuun), koska i) kyseessä on toiseksi suurin sakko sitten Microsoftille määrätyn sakon (päätös K(2004) 900) ja käsiteltävässä asiassa määrätty sakon laskentapohja oli yli 40 prosenttia korkeampi kuin kolmanneksi korkein laskentapohja (AstraZenecalle määrätty),⁹⁴ vaikka mainituissa kahdessa päätöksessä esimerkiksi kyseessä olleet maantieteelliset markkinat ulottuivat jäsenvaltiota laajemmalle; ii) riidanalainen summa oli 4,5 kertaa suurempi kuin sakkojen laskennasta annetuissa vuoden 1998 suuntaviivoissa hyvin vakavien rikkomisten tapauksessa vahvistettu vähimmäismäärä ja iii) kyseinen summa on kymmenen kertaa suurempi kuin Deutsche Telekom -päätöksessä ja yhdeksän kertaa suurempi kuin Wanadoo Interactive -päätöksessä määrätty sakon perusmäärä, vaikka kyseessä oli samankaltaiset menettelyt, markkinat, tuotteet ja yritykset.

160. Valittajat olivat väittäneet rikkomisen vakavuudesta (vakava tai hyvin vakava) unionin yleisessä tuomioistuimessa seuraavaa: i) määrävän markkina-aseman väärinkäyttö yhden jäsenvaltion alueelle rajoittuvilla maantieteellisillä markkinoilla oli tähän saakka luokiteltu vakavaksi rikkomiseksi ja ii) seikat, joihin komissio vetosi perustellakseen viittaustaan maantieteellisiin markkinoihin (Espanjan markkinoiden koko ja ulkomaisten operaattorien vaikeudet päästä markkinoille), olivat olemassa myös Deutsche Telekom- ja Wanadoo Interactive -päätöksissä, joissa rikkomista ei kuitenkaan ollut luokiteltu hyvin vakavaksi, toisin kuin komissio oli tehnyt valittajien tapauksessa, vaikka rikkominen oli tapahtunut ennen Deutsche Telekom -päätöksen julkaisemista. Tälläkin kertaa unionin yleinen tuomioistuin tyytyy toteamaan, ettei komission aiempi päätöskäytäntö ole sakkojen määrittämisen oikeudellinen kehys kilpailuoikeuden alalla. Jos komissio on kuitenkin luokitellut rikkomisen hyvin vakavaksi markkinoiden koon perusteella, eikö unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt ottaa huomioon, ettei se pitänyt tätä arviointiperustetta riittävänä luokitellakseen laajemmilla markkinoilla (Ranskan ja Saksan markkinat) tapahtuneen rikkomisen hyvin vakavaksi?

92 — Ks. sakon määrän määrittämisestä asia T-13/03, Nintendo v. komissio, tuomio 30.4.2009 (Kok., s. II-975, 170 kohta).

93 — Ks. vuoden 1998 suuntaviivojen 1 osan A kohdan viimeinen kappale.

94 — [SEUT 102] artiklan ja ETA-sopimuksen 54 artiklan mukaisesta menettelystä (Asia COMP/A.37.507/F3 – AstraZeneca) 15.6.2005 tehty komission päätös K(2005) 1757 lopullinen.

161. Jos rikkominen voidaan vuoden 1998 suuntaviivojen mukaan luokitella hyvin vakavaksi sillä perusteella, että kyseessä on selvä (clear-cut) väärinkäyttö, tällaista päätelmää ei voida tehdä viittaamatta ainakin komission aiempaan päätöskäytäntöön. Tosiasiassa vuoden 1998 suuntaviivoissakin viitataan komission aiempaan päätöskäytäntöön, kun niissä selitetään hyvin vakavan rikkomisen käsitettä.⁹⁵ Selväksi väärinkäytöksi luokittelu perustellaan myös riidanalaisessa päätöksessä komission aiemmalla päätöskäytännöllä.⁹⁶ Unionin yleinen tuomioistuin sekoittaa siis keskenään oikeuskäytännön, joka liittyy aiemmissa päätöksissä määrättyjen sakkojen määrän väitettyyn viitteellisyteen, ja vuoden 1998 suuntaviivojen tulkinnan määrittellessään vakavaa vähäisempää, vakavaa ja hyvin vakavaa rikkomista. Suuntaviivoissa nimittäin käytetään selvän väärinkäytön arviointiperustetta määrättäessä seuraamuksia menettelyistä, jotka ovat ilmeisen lainvastaisia, mikä voidaan todeta määrävän markkina-aseman väärinkäytön tapauksessa ainoastaan viittaamalla aiempiin tapauksiin.

162. Olen lisäksi samaa mieltä valittajien esittämän kahdeksannen valitusperusteen ensimmäisen osan neljännestä väitteestä (valituskirjelmän 414 kohta), jossa ne moittivat valituksenalaisen tuomion 415–420 kohtaa siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on jättänyt ottamatta huomioon rikkomisen vaihtelevan intensiteetin kilpailusääntöjen rikkomisajanjaksolla. Tältä osin voidaan moittia unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 418 ja 419 kohdassa esittämiä toteamuksia, joiden mukaan komissio katsoi perustellusti, että rikkominen oli luokiteltava hyvin vakavaksi koko merkitykselliseltä ajanjaksolta ja että vaikka rikkominen luokiteltiin hyvin vakavaksi koko mainitulta ajanjaksolta, komissio oli tosiasiassa ottanut huomioon rikkomisen vaihtelevan intensiteetin sakon laskentapohjan määrittämisessä. Unionin yleinen tuomioistuin on siis laiminlyönyt velvollisuutensa käyttää täyttä harkintavaltaa jättäessään varmistamatta, oliko sakon perusmäärässä *todella* otettu huomioon rikkomisen vakavuuden vaihtelu etenkin Deutsche Telekom -päätöksen julkaisemista edeltävältä ajanjaksolta.

163. Unionin yleinen tuomioistuin on erittäin lyhytsanainen väitetyistä suhteellisuusperiaatteen ja rangaistusten yksilöllisyyttä koskevan periaatteen loukkaamisesta ja viittaa ainoastaan hyvin yleisesti komission harkintavaltaan (valituksenalaisen tuomion 430 kohta), vuoden 1998 suuntaviivoissa tarkoitettuun kiinteään määrään perustuvaan laskutoimitukseen (431 kohta) ja komission velvollisuuteen vahvistaa sakko suhteessa rikkomisen vakavuuden arvioinnissa huomioon otettuihin seikkoihin, joita sen on sovellettava johdonmukaisesti ja objektiivisesti perustellulla tavalla, mutta ei missään vaiheessa selvitä, oliko kyseisiä seikkoja tosiasiassa sovellettu johdonmukaisesti ja objektiivisesti perustellulla tavalla kyseisessä asiassa. Se päättelee valituksenalaisen tuomion 432 kohdassa, että ”kun otetaan huomioon yhtäältä se, että Telefónican väärinkäyttöä on pidettävä selvänä väärinkäyttönä, jota on tapahtunut aiemminkin ja joka vaarantaa televiestintäverkkojen ja -palvelujen sisämarkkinoiden saavuttamisen tavoitteen, ja toisaalta se, että kyseisellä väärinkäytöllä on ollut merkittävä vaikutus Espanjan vähittäismarkkinoilla (riidanalaisen päätöksen 738–757 perustelukappale), 90 miljoonan euron suuruista sakon laskentapohjaa ei voida pitää suhteettomana”.

164. Vaikka unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytännön⁹⁷ mukaan sakko on laskettava ottaen huomioon asianomaisen yrityksen oma tilanne, mikä edellyttää sen *selvittämistä*, *onko kyseisen asian tosiseikkojen suhteen* sakon ehkäisevää vaikutusta koskeva periaate asetettu perusteettomasti ensisijaiseksi rangaistusten yksilöllisyyttä koskevaan periaatteeseen nähden, unionin yleinen tuomioistuin tyytyy valituksenalaisen tuomion 433 kohdassa ainoastaan toteamaan, että sakko ”laskettiin ottaen huomioon Telefónican oma tilanne”.

95 — Ks. vuoden 1998 suuntaviivojen 1 osan A kohta.

96 — ”Kuten edellä A.1 osassa on todettu, Telefónican väärinkäyttö ei ole uutta, mutta se merkitsee sen sijaan selvää väärinkäyttöä, jota on tapahtunut aiemminkin. Erityisesti Deutsche Telekom -päätöksen (julkaistiin lokakuussa 2003) jälkeen EY 82 artiklan soveltamisedellytyksiä erityisen alakohtaisen etukäteissääntelyn kohteena olevaan taloudelliseen toimintaan selvennettiin huomattavasti, ja ne olivat Telefónican tiedossa” (riidanalaisen päätöksen 740 perustelukappale).

97 — Yhdistetyt asiat T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 ja T-136/02, Bolloré ym. v. komissio, tuomio 26.4.2007 (Kok., s. II-947, 528 kohta).

165. Unionin yleinen tuomioistuin päätty kyseiseen päätelmäänsä jättäen täysin huomiotta useat seikat, jotka sen olisi pitänyt ottaa huomioon, ja erityisesti sen, että i) Deutsche Telekom- ja Wanadoo Interactive -päätökset sekä Telefónica-päätös tehtiin kaikki vuoden 1998 suuntaviivojen perusteella eli samoja laskentasääntöjä soveltamalla; ii) kyseisissä kolmessa asiassa tutkitut menettelyt tapahtuivat osittain samanaikaisesti ja ne ovat erittäin samanlaisia:⁹⁸ Wanadoo Interactiven tapauksessa saalistushinnoittelu ja Deutsche Telekomien ja Telefónican tapauksessa hintaruuvi; iii) kyseiset kolme asiaa liittyvät Ranskan, Saksan ja Espanjan internetyhteyksien markkinoihin, jotka ovat keskenään hyvin samanlaiset kooltaan ja taloudelliselta merkitykseltään; iv) kyseisissä kolmessa asiassa yritykset, joille sakkoja määrättiin, ovat perinteisiä televiestintäoperaattoreita (tai Wanadoo Interactiven tapauksessa sellaisen tytäryhtiö), joiden liikevaihdot ovat hyvin samansuuruiset,⁹⁹ ja että v) tietyt seikat saattavat ainakin teoriassa jopa puoltaa pienemmän sakon perusmäärän määräämistä kuin Deutsche Telekom -päätöksessä, jossa a) tukkuhinnat olivat vähittäishintoja suuremmat, minkä vuoksi Deutsche Telekom oli tietoinen hintaruuvien olemassaolosta eikä sen tarvinnut pitää kirjaa kustannuksistaan; b) Saksan sääntelyviranomaisen totesi negatiivisten katteiden olemassaolon; c) kyseessä olleet tuotteet olivat välttämättömiä infrastruktuureja ja d) valittajien mukaan Espanjan sääntely oli Saksan sääntelyä tiukempaa riidanalaisella ajanjaksolla¹⁰⁰ (vaikka komissio kiistääkin viimeksi mainitun seikan).

166. Komissio väitti unionin tuomioistuimessa, että ”unionin yleisen tuomioistuimen tuomionsa 432 kohdassa tekemä päätelmä perustuu ’asiakirjojen tietojen’ ja osapuolten vaatimusten yksityiskohtaiseen tarkasteluun” ja että unionin yleinen tuomioistuin todellakin selvitti, oliko sakko suhteeton. Komission edustaja vastasi unionin tuomioistuimen istunnossa asiakirjojen tiedoista esittämään kysymykseen toteamalla ainoastaan, että hänen mielestään ”asiakirjojen tiedoilla tarkoitettiin osapuolten toimittamia asiakirjoja, todisteita ja tuomioistuinten arviointeja”, ja hän selitti, että 90 miljoonan euron suuruinen sakon perusmäärä edusti keskiarvoa (hänen mukaansa ”eräänlaista mediaania”) vuoden 1998 suuntaviivoissa vahvistetun vähimmäismäärän eli 20 miljoonan euron ja edellä mainitussa Microsoft-päätöksessä määrätyn 185 miljoonan euron perusmäärän välillä. Tätä väitettä ei voida pitää vakuuttavana selityksenä sille, miksi perusmäärä on huomattavan paljon suurempi kuin muissa samankaltaisissa päätöksissä, etenkin kun kyseessä oli toiseksi suurin perusmäärä sitten Microsoft-päätöksessä määrätyn määrän. Vaikka näistä seikoista keskusteltiin unionin yleisen tuomioistuimen istunnossa (kuten komissio väittää), se ei käy ilmi valituksenalaisesta tuomiosta.

167. Kun tarkastellaan sakon perusmäärän korottamista ehkäisevän vaikutuksen aikaansaamiseksi (valituksenalaisen tuomion 437–443 kohta), (minkä johdosta unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt selvittää, oliko perusmäärän huomattavan korotuksen ehkäisevä tavoite perusteltu) unionin yleinen tuomioistuin ainoastaan vahvisti tuomionsa 439 kohdassa komission päättelyn viittaamalla yleisesti riidanalaisen päätöksen perustelukappaleisiin tutkimatta kertoimen 1,25 asianmukaisuutta ja jälleen kerran käyttämättä täyttä harkintavaltansa. Unionin yleinen tuomioistuin ei tässä osassa

98 — Kuten julkisasiamies Mazák totesi em. asiassa TeliaSonera Sverige 2.9.2010 esittämässään ratkaisuehdotuksessa (alaviite 41), ”oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että edellä – – mainittua asiaa Deutsche Telekom v. komissio olisi pitänyt analysoida asianmukaisemmin saalistushinnoittelutapauksena, kun taas edellä – – mainittua asiaa France Télécom v. komissio [em. asia Wanadoo Interactive] olisi pitänyt tarkastella hintaruuvitapauksena (suullisessa kuulemisessa komissio yhtyi viimeksi mainittuun näkemykseen; se korosti kuitenkin, että se oli päättänyt tarkastella asiaa France Télécom saalistushinnoittelutapauksena, sillä France Télécom ei omistanut sataprosenttisesti myyntiketjun loppupään markkinoiden yksikköä (Wanadoo [Interactive]))”.

99 — Valittajien mukaan Telefónica-konsernin liikevaihto oli 52 901 miljoonaa euroa oletetun kilpailusääntöjen rikkomisen viimeisenä vuonna eli vuonna 2006, France Telecom -konsernin 46 630 miljoonaa euroa vuonna 2002 ja Deutsche Telekom -konsernin 55 838 miljoonaa euroa vuonna 2003.

100 — Telefónica väitti vastauskirjelmänsä 284 kohdassa, että Espanjan sääntely oli Saksan sääntelyä tiukempi riidanalaisella ajanjaksolla, kun otetaan huomioon erityisesti se, että i) CMT:n soveltaman retail minus -järjestelmän tavoitteena oli välttää hintaruuvi toisin kuin Saksassa rikkomisajanjaksolla sovelletulla enimmäishintajärjestelmällä, jossa voitiin soveltaa kompensatioita samaan ”koriin” kuuluvien eri tuotteiden välillä, ja että ii) CMT vahvisti vähittäishinnat marraskuuhun 2003 saakka (kun taas Saksan viranomaisen vahvisti vähittäispuolen enimmäishinnat ja muut kuin kiinteät hinnat) ja sen piti näin ollen hyväksyä etukäteen kaikki Telefónican ehdotukset uusien palvelujen ja tarjouksien vähittäishinnoista, ja tässä yhteydessä se varmisti, että tukkuhintojen ja vähittäishintojen välillä oli riittävä kate.

tarkastellut myöskään päätöksen suhdetta Deutsche Telekom- ja Wanadoo Interactive -päätöksiin, joissa sakkoa ei korotettu ehkäisevän vaikutuksen takaamiseksi, ja jätti soveltamatta oikeuskäytäntöä, jonka mukaan perusteluvollisuuden on oltava erityisen laaja, jos ”päätös menee huomattavasti pidemmälle kuin aikaisemmat päätökset” (ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 45).

168. Unionin yleinen tuomioistuin ei myöskään tutkinut asianmukaisesti valituksenalaisen tuomion 441 kohdassa mahdollista syrjintäkiellon periaatteen loukkaamista, joka perustui siihen, että vaikka valittajien liikevaihto oli tosiasiaa verrattavissa Wanadoo Interactiven ja Deutsche Telekomin liikevaihtoon,¹⁰¹ komissio ei pitänyt aiheellisena korottaa viimeksi mainittujen sakkoa ehkäisevän vaikutuksen takaamiseksi. Unionin yleinen tuomioistuin tukeutuu sen sijaan tässäkin kohdassa oikeuskäytäntöön, jonka mukaan aiempi päätöskäytäntö ei ole sakkojen määrittämisen oikeudellinen kehys.

169. Unionin yleinen tuomioistuin teki mielestäni saman virheen tutkiessaan valituksenalaisen tuomion 444–452 kohdassa valittajien menettelyn luokittelua pitkäkestoiseksi rikkomiseksi. Se ei nimittäin erottanut valituksenalaisen tuomion 448–450 kohdassa toisistaan kahta rikkomisajanjaksoa (mikä nähdäkseni oli välttämätöntä), joista ensimmäinen sijoittautui Deutsche Telekom -päätöksen julkaisemista edeltävälle ajanjaksolle ja toinen sen jälkeen, eikä arvioinut rikkomisen vakavuutta kummaltakin ajanjaksolta erikseen. Unionin yleinen tuomioistuin viittasi valituksenalaisen tuomion 356–369 ja 419 kohtaan ja totesi ainoastaan, että ”[sakon laskentapohja] – – jo heijastelee rikkomisen eri voimakkuuksia”. Kuten edellä totesin, ei kuitenkaan ole lainkaan selvää, onko sakon laskentapohjassa todellakin otettu huomioon nämä eri voimakkuudet (ja miten se on tehty). Unionin yleinen tuomioistuin ei missään tapauksessa analysoinut tätä seikkaa. Se ei kuitenkaan kiistä sitä, että komissio arvioi Deutsche Telekom -päätöksessä, että rikkomisen vakavuuden vaihtelu tarkastelun kohteena olleella ajanjaksolla edellytti, että i) ensi näkemältä hyvin vakavaksi luokiteltu rikkominen luokiteltiin uudelleen vakavaksi ja että ii) korotettua sakkoa alennettiin rikkomisen keston perusteella. Unionin yleinen tuomioistuin nimittäin katsoi, että koska Deutsche Telekomilla oli vain vähän päätäntävaltaa hintojensa mukauttamisessa vuodesta 2002 alkaen, rikkominen oli luokiteltava tuosta päivämäärästä lähtien vakavaa vähäisemmäksi ja että sakkoa ei ollut tarpeen korottaa kyseisen päivämäärän jälkeen.¹⁰²

170. Valituksenalaisen tuomion 461 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin viittasi selvien ja ennakoitavien aiempien tapausten olemassaoloon tutkiessaan asian väitettyä uutuutta. Se sovelsi tässä ilmeisen virheellistä arviointiperustetta eli oikeusvarmuuden perustetta ja jätti ottamatta huomioon, että yksi vuoden 1998 suuntaviivoissa määritellyistä lieventävistä olosuhteista on kohtuullinen epäily siitä, että yritys ei ole ollut tietoinen menettelynsä sääntöjenvastaisuudesta. Mielestäni tällainen kohtuullinen epäily on kuitenkin voinut olla olemassa ainakin lokakuuhun 2003 saakka, jolloin Deutsche Telekom -päätös julkaistiin, sillä voi olla, etteivät valittajat olleet tietoisia siitä, missä määrin määräävässä asemassa oleva operaattori saattoi luottaa perustellusti CMT:n toimintaan. Unionin yleinen tuomioistuin toteaa itse valituksenalaisen tuomion 361 kohdassa, että ”kuten komissio totesi riidanalaisen päätöksen 735 perustelukappaleessa, Deutsche Telekom -päätös oli myös aiempi päätös, jossa selvennetään EY 82 artiklan soveltamisedellytyksiä erityisen alakohtaisen etukäteissäätelyn kohteena olevan taloudellisen toiminnan suhteen”.

101 — Unionin yleinen tuomioistuin tyytyy ainoastaan viittaamaan Telefónican taloudelliseen vahvuuteen. Kuten tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 99 huomautetaan, liikevaihdot olivat kuitenkin varsin samansuuruiset. Komission riidanalaisessa päätöksessä mainitsemien lähteiden mukaan Deutsche Telekom ja Telefónica olivat myös markkina-arvoltaan hyvin samankaltaisessa tilanteessa kuin valittajat (ks. riidanalaisen päätöksen alaviitteessä 791 mainitun Telefónican vuosikertomuksen s. 22. Telefónican markkina-arvo oli 74 113 miljoonaa dollaria vuonna 2005 ja 104 722 miljoonaa dollaria vuonna 2006, kun taas Deutsche Telekomin markkina-arvo oli 70 034 miljoonaa dollaria vuonna 2005 ja 80 371 miljoonaa dollaria vuonna 2006).

102 — Deutsche Telekom -päätöksen 206, 207 ja 211 kohta.

171. Ainoa valittajien valituksen tässä osassa esittämä väite, joka ei mielestäni ole perusteltu, liittyy rikkomisen päättymisajankohtaan. Valittajat moittivat (valituskirjelmän 449 kohta) valituksenalaisen tuomion 451 kohtaa väittäessään, että unionin yleinen tuomioistuin näyttää hyväksyneen, että komissio oli osoittanut rikkomisen olemassaolon ainoastaan vuoden 2006 ensimmäisen puoliskon loppuun saakka. Unionin yleinen tuomioistuin on niiden mukaan näin kääntänyt todistustaakan katsoessaan, etteivät valittajat olleet osoittaneet, ettei hintaruuvia ollut sovellettu enää vuoden 2006 toisella puoliskolla, vaikka rikkomisen olemassaolon osoittaminen on komission tehtävä. Unionin yleinen tuomioistuin ei kuitenkaan tehnyt oikeudellista virhettä tässä asiassa, sillä valittajien toimittamista asiakirjoista ei käynyt ilmi, että hintoja olisi muutettu kesä- ja joulukuun 2006 välillä. Todistustaakkaa ei siis ole käännetty, vaan päätös on tehty asiakirjojen tietojen perusteella. Komissio nimittäin osoitti päätöksessään, ettei valtakunnallisia ja alueellisia tukutuotteita ollut muutettu mitenkään 21.12.2006 mennessä ja että vähittäishinnat olivat pysyneet ennallaan syyskuusta 2001 saakka, eivätkä valittajat olleet vedonneet niiden kustannusten muuttumiseen, jotka komissio oli ottanut huomioon (valituksenalaisen tuomion 451 kohta).

172. Edellä esitetystä seuraa, että kahdeksas ja kymmenes valitusperuste on pääosin hyväksyttävä siltä osin kuin niissä väitetään, että unionin yleinen tuomioistuin ei ole käyttänyt täyttä harkintavaltaansa vaan se on tehnyt oikeudellisia virheitä tutkiessaan väitettyä suhteellisuusperiaatteen, yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja rangaistusten yksilöllisyyttä koskevan periaatteen loukkaamista ja perusteluvollisuuden laiminlyöntiä.

173. En väitä, että näitä periaatteita olisi loukattu vaan että unionin yleinen tuomioistuin ei ole asianmukaisesti varmistanut täyttä harkintavaltaansa käyttäen, noudattiko komission sakkopäätös näitä periaatteita.

174. Euroopan unionin tuomioistuimen perussäännön 61 artiklan ensimmäisen kohdan mukaan silloin, kun unionin yleisen tuomioistuimen päätös kumotaan, unionin tuomioistuin voi itse ratkaista asian lopullisesti, jos asia on ratkaisukelpoinen, tai palauttaa asian unionin yleisen tuomioistuimen ratkaistavaksi. Käsiteltävä asia ei ole ratkaisukelpoinen.

V Ratkaisuehdotus

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

- 1) Unionin yleisen tuomioistuimen asiassa T-336/07, Telefónica ja Telefónica de España vastaan komissio 29.3.2012 antama tuomio kumotaan siltä osin kuin unionin yleinen tuomioistuin ei ole käyttänyt täyttä harkintavaltaansa tutkiessaan Euroopan komission Telefónica SA:lle ja Telefónica de España SAU:lle määräämää sakkoa.
- 2) Asia palautetaan Euroopan unionin yleisen tuomioistuimen ratkaistavaksi.
- 3) Oikeudenkäyntikuluista päätetään myöhemmin