

## OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

JÁNA MAZÁKA

przedstawiona w dniu 25 września 2008 r.<sup>1</sup>

1. W ramach niniejszego odwołania Trybunał ma zająć się zarzutem nadużywania pozycji dominującej w formie polityki drapieżnych cen, która należy do kategorii praktyk stosowanych przez przedsiębiorstwa dominujące mających na celu wykluczenie lub „wylimowanie”<sup>2</sup>. Wcześniejsze orzecznictwo Trybunału dotyczące drapieżnych cen obejmuje głównie wyroki w sprawach Akzo<sup>3</sup> i Tetra Pak II<sup>4</sup>.

„rozpatrywanymi usługami”) drapieżnych cen, które nie pozwalały jej na pokrycie kosztów zmiennych do sierpnia 2001 r. ani na pokrycie kosztów łącznych począwszy od sierpnia 2001 r. w ramach planu zmierzającego do zagarnięcia rynku dostępu do Internetu o wysokiej przepustowości podczas kluczowego etapu jej rozwoju<sup>7</sup>. Komisja nakazała jej zaprzestanie tego naruszenia oraz uiszczenie grzywny w wysokości 10,35 mln EUR<sup>8</sup>.

2. U podstaw niniejszego odwołania leży decyzja Komisji z dnia 16 lipca 2003 r.<sup>5</sup>, w której Komisja stwierdziła, iż Wanadoo Interactive SA naruszyła art. 82 WE poprzez pobieranie za świadczone przez siebie usługi eXtense i Wanadoo ADSL<sup>6</sup> (zwane dalej

3. Zaskarżona decyzja została utrzymana w mocy wyrokiem Sądu Pierwszej Instancji (zwanego dalej „Sądem”) z dnia 30 stycznia 2007 r. w sprawie T-340/03<sup>9</sup> (zwanym dalej „zaskarżonym wyrokiem”). W niniejszym odwołaniu France Télécom SA (zwana dalej „FT” lub „wnoszącą odwołanie”), dawniej Wandoo Interactive SA (zwana dalej „WIN”), wnosi o uchylenie zaskarżonego wyroku.

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Drapieżne ceny są niekiedy nazywane „cenami niepokrywającymi kosztów”.

3 — Wyrok Trybunału z dnia 3 lipca 1991 r. w sprawie C-62/86 AKZO przeciwko Komisji, Rec. s. I-3359 (zwany dalej „wyrokiem w sprawie Akzo”).

4 — Wyrok Trybunału z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie C-333/94 P Tetra Pak przeciwko Komisji, Rec. s. I-5951 (zwany dalej „wyrokiem w sprawie Tetra Pak II”).

5 — Decyzja Komisji z dnia 16 lipca 2003 r. dotycząca postępowania na podstawie art. [82 WE] (sprawa COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (zwana dalej „zaskarżoną decyzją”).

6 — Asymmetric Digital Subscriber Line [Asymetryczna Cyfrowa Linia Abonencka].

7 — Artykuł 1 zaskarżonej decyzji.

8 — Artykuły 2 i 4 zaskarżonej decyzji.

9 — Wyrok Sądu z dnia 30 stycznia 2007 r. w sprawie T-340/03 France Télécom przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-107.

## I — Okoliczności powstania sporu

4. Okoliczności faktyczne sporu zostały streszczone przez Sąd Pierwszej Instancji w pkt 1–11 zaskarżonego wyroku:

„1. W związku z rozwojem dostępu do Internetu o wysokiej przepustowości Komisja postanowiła w lipcu 1999 r. [...] przeprowadzić na obszarze [UE] badanie sektorowe<sup>10</sup>) dotyczące w szczególności świadczenia usług związanych z dostępem do pętli lokalnej oraz używaniem pętli lokalnej przez klientów prywatnych. W związku z informacjami uzyskanymi w tym zakresie Komisja postanowiła zbadać szczegółowo ceny usług związanych z dostępem do Internetu o wysokiej przepustowości świadczonych przez [WIN] na rzecz klientów prywatnych we Francji. W tym celu we wrześniu 2001 r. Komisja wszczęła postępowanie z urzędu.

2. W czasie, kiedy toczył się spór, WIN była spółką należącą do grupy France Télécom. Jej kapitał należał w 99,9% do Wanadoo S.A. W okresie, o którym mowa, udział [FT] w kapitale Wanadoo wahał się między 70 i 72,2%. Grupa, którą tworzyła Wanadoo i jej spółki zależne [...], obejmowała całą działalność grupy [FT] związaną z Internetem, jak również wydawanie książek telefonicznych. [...]

10 — Na podstawie uprawnień przyznanych jej na mocy art. 12 ust. 1 rozporządzenia Rady nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r., pierwszego rozporządzenia wprowadzającego w życie art. [81] i [82] traktatu (Dz.U. 13, s. 204).

WIN zajmowała się kwestiami operacyjnymi i technicznymi związanymi z usługami dostępu do Internetu na obszarze Francji, w tym również usługami ADSL [...].

3. W dniu 19 grudnia 2001 r. Komisja skierowała do WIN pierwsze pismo w sprawie przedstawienia zarzutów [...], a w dniu 9 sierpnia 2002 r. uzupełniające pismo w sprawie przedstawienia zarzutów [...], na które WIN odpowiedziała odpowiednio w dniach 4 marca i 23 października 2002 r.

4. W dniu 16 stycznia 2003 r. Komisja wysłała do WIN pismo, które zostało określone jako »pismo w sprawie faktów« [...], zapewniając jej dostęp do akt sprawy, na podstawie których rzezione pismo zostało zredagowane. WIN [...] miała dostęp do akt sprawy w dniach 23 i 27 stycznia 2003 r. Pismem z dnia 26 lutego 2003 r. WIN zwróciła się do Komisji o przekazanie jej wyjaśnień w odniesieniu do wielu aspektów pisma w sprawie faktów. Komisja udzieliła odpowiedzi pismem z dnia 28 lutego 2003 r., tak że WIN przedstawiła odpowiedź na pismo w sprawie faktów w dniu 4 marca 2003 r.

5. [Zaskarżoną decyzją] Komisja stwierdziła, że [WIN naruszyła art. 82 WE<sup>11</sup>], nakazała jej zaniechanie tego naruszenia [...] i nałożyła na nią grzywnę w wysokości 10,35 mln EUR [...].
6. W decyzji rynek właściwy został zdefiniowany jako francuski rynek dostępu do Internetu o wysokiej przepustowości dla klientów prywatnych. Produktami, których dotyczy naruszenie, są usługi dostępu do Internetu o wysokiej przepustowości w oparciu o technologię ADSL (Wanadoo i eXtense).
7. Zgodnie z decyzją w przypadku Wanadoo ADSL abonent musiał płacić w okresie, o którym mowa, miesięczny abonament na rzecz [FT] z tytułu świadczonych usług i najmu modemu ASDL od [FT], jak również abonament na rzecz WIN jako dostawcy dostępu do Internetu. W przypadku usługi eXtense użytkownik nabywał modem i opłacał jedynie miesięczny abonament na rzecz WIN związany z usługą świadczoną przez [FT] oraz z nieograniczonym zryczałtowanym dostępem do Internetu.
8. Po zbadaniu różnych okoliczności, w tym również udziałów w rynku (motywy 211–222 decyzji) i skutków »powiązania« z [FT] (motywy 223–228), Komisja uznała, że WIN zajmowała dominującą pozycję na rynku właściwym. Komisja starała się następnie wykazać, że realizowana przez WIN praktyka polegająca na ustalaniu cen poniżej kosztów stanowiła część zamierzonej drapieżnej strategii zmierzającej do »uzyskania pierwszej pozycji« na rynku [zagarnięcia rynku] i w związku z tym stanowiła nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 WE (motyw 254).
9. Decyzja stanowi, że naruszenie rozpoczęło się w dniu 1 marca 2001 r. i zakończyło się w dniu 15 października 2002 r., kiedy to środki zaradcze przedstawione w marcu 2002 r. przez [FT] weszły w życie. Ceny obowiązujące od marca do sierpnia 2001 r. nie pokryły kosztów zmiennych, a koszty łączne nie zostały pokryte od sierpnia 2001 r. (art. 1 decyzji, zob. pkt 5 powyżej).
10. Decyzja ta została doręczona WIN w dniu 23 lipca 2003 r. [...]
11. W wyniku połączenia, które miało miejsce w dniu 1 września 2004 r., [FT] została następcą prawnym WIN<sup>9</sup>.

11 — Zobacz pkt 2 niniejszej opinii.

## II — Postępowanie przed Sądem Pierwszej Instancji oraz zaskarżony wyrok

5. Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 2 października 2003 r. WIN wniosła skargę o stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji.

6. W zaskarżonym wyroku Sąd oddalił skargę.

7. Na poparcie swojego żądania stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji WIN podniosła cztery zarzuty, powołując się na: i) naruszenie prawa do obrony i istotnych wymogów proceduralnych; ii) brak uzasadnienia; iii) naruszenie zasady indywidualizacji kary; oraz iv) naruszenie art. 82 WE<sup>12</sup>.

8. Przedmiotem niniejszego odwołania jest jedynie druga część zarzutu czwartego (dotyczącego naruszenia art. 82 WE), która odnosi się do kwestii nadużycia<sup>13</sup>. W części tej WIN twierdziła zasadniczo, że Komisja naruszyła art. 82 WE, gdyż nie wykazała w sposób wymagany prawem, że WIN nadużyła swej

pozycji dominującej poprzez pobieranie drapieżnych cen za rozpatrywane usługi w okresie od marca 2001 r. do października 2002 r. (zwanym dalej „spornym okresem”).

9. Twierdzenie to obejmowało dwie grupy zastrzeżeń dotyczące: i) testu pokrycia kosztów oraz ii) zastosowanie przez Komisję testu dotyczącego drapieżnych cen.

10. Po pierwsze, wydaje się, iż strony są zasadniczo zgodne co do następujących kwestii:

— rozpatrywanymi usługami są abonamenty na dostęp do Internetu, a zatem są one świadczone przez pewien okres czasu, natomiast średnia długość abonamentu wynosi 48 miesięcy;

— każdy abonament generuje stały miesięczny przychód;

12 — Na poparcie swojej skargi do Sądu Pierwszej Instancji WIN wniosła tytułem żądania ewentualnego o uchylenie lub obniżenie grzywny, powołując się na: i) naruszenie zasad, zgodnie z którymi sankcje muszą być zindywidualizowane i mieć właściwą podstawę prawną; ii) brak skutków spornego zachowania; iii) błędne ustalenie czasu trwania naruszenia oraz iv) naruszenie zasady proporcjonalności.

13 — Zobacz pkt 122–230 zaskarżonego wyroku.

- struktura kosztów obejmuje z jednej strony „koszty pozyskania abonenta” czy też „koszty zdobycia” takie jak wydatki na reklamę i promocję; „pakiety startowe” dla klientów itd. (należące do kategorii kosztów niestałych, gdyż spółka ponosi je jednorazowo w celu zapewnienia zawarcia umowy abonenckiej z klientem), a z drugiej strony „koszty produkcji” oraz „koszty sieciowe” (należące do kategorii kosztów stałych, gdyż związane są ze świadczeniem usług abonenckich i muszą być ponoszone przez spółkę co miesiąc; mogą być to albo koszty zmienne, takie jak koszty związane z dostępem do sieci FT, które naliczane są na podstawie ilości abonentów, albo koszty stałe, takie jak koszty związane z prowadzeniem spółki).

11. W celu ustalenia pokrycia kosztów Komisja zasadniczo dokonała porównania miesięcznych przychodów z kwotą stałych kosztów miesięcznych oraz częścią kosztów niestałych, które rozłożyła na okres 48 miesięcy, aby obliczyć kwotę przypadającą na miesiąc. W szczególności Komisja obliczyła średnią ustalonych w ten sposób wartości względnych dla czterech następujących po sobie okresów: od dnia 1 stycznia 2001 r. do dnia 31 lipca 2001 r., od dnia 1 sierpnia 2001 r. do dnia 15 października 2001 r., od dnia 15 października 2001 r. do dnia 15 lutego 2002 r.; od dnia 15 lutego 2002 r. do dnia 15 października 2002 r.

*A Zarzuty odnoszące się do testu pokrycia kosztów*

12. Sąd zauważył<sup>14</sup>, że „[s]tosując tę metodę, Komisja uznała, że ceny stosowane przez WIN nie pozwalały jej na pokrycie kosztów zmiennych aż do sierpnia 2001 r. ani też kosztów łącznych od stycznia 2001 r. do października 2002 r. [...], przy czym — mając na względzie stopień pokrycia kosztów zmiennych — brak pokrycia kosztów łącznych do sierpnia 2001 r. nie budzi żadnych wątpliwości”.

13. W odniesieniu do zarzutu WIN dotyczącego wybranej przez Komisję metody obliczenia stopnia pokrycia kosztów Sąd przypominał tytułem wstępu, że z uwagi na to, że taki wybór wymaga od Komisji dokonania złożonej oceny ekonomicznej, należy uznać, iż dysponuje ona szerokim zakresem uznania. Kontrola sprawowana przez Sąd musi zatem ograniczać się do badania zgodności z przepisami proceduralnymi i dotyczącymi obowiązku uzasadnienia, a także dokładności ustaleń faktycznych oraz tego, czy nie zachodzi oczywisty błąd w ocenie lub nadużycie władzy<sup>15</sup>.

14. Powołując się następnie na wyroki w sprawach Akzo i Tetra PAK II<sup>16</sup>, Sąd zauważył „po

<sup>14</sup> — Zobacz pkt 138 zaskarżonego wyroku.

<sup>15</sup> — Zobacz pkt 129 zaskarżonego wyroku przywołujący w tym względzie wyrok Trybunału z dnia 28 maja 1998 r. w sprawie C-7/95 P Deere przeciwko Komisji, Rec. s. I-3111, pkt 34 oraz przytoczone tam orzecznictwo.

<sup>16</sup> — Wymienione odpowiednio w przypisach 2 i 3.

pierwsze, że ceny niższe od średniej kosztów zmiennych pozwalają domniemywać, iż praktyka cenowa ma charakter eliminacyjny, a po drugie, że ceny niższe od średniej kosztów całkowitych, ale wyższe od średniej kosztów zmiennych powinny zostać uznane za ceny stanowiące nadużycie wtedy, gdy zostały one ustalone w ramach planu zmierzającego do wyeliminowania konkurenta”<sup>17</sup>.

15. Sąd stwierdził, że w niniejszej sprawie Komisja oparła zaskarżoną decyzję na analizie rzeczywistego pokrycia skorygowanych kosztów. Zgodnie z zasadą amortyzacji środków trwałych Komisja rozłożyła koszty pozyskania klientów na okres obejmujący 48 miesięcy. Na tej podstawie Komisja zbadała osobno pokrycie skorygowanych kosztów zmiennych, a także pokrycie skorygowanych kosztów łącznych<sup>18</sup>.

16. Ponadto Sąd odrzucił twierdzenie WIN, jakoby Komisja zastosowała statyczny test pokrycia — nie uwzględniając dostosowania stałych kosztów miesięcznych na przestrzeni czasu — który, zdaniem Sądu, byłby znacznie bardziej niekorzystny dla WIN. Sąd stwierdził, iż Komisja uwzględniła w odniesieniu do każdego okresu rozpatrywanego naruszenia oraz wszystkich abonentów sukcesywne obniżki cen, które miały miejsce podczas spornego okresu. Komisja zbudowała nawet swoją analizę w oparciu o te obniżki<sup>19</sup>.

17. Ponadto Sąd orzekł, że Komisja słusznie uznała, iż dochody uzyskane i koszty poniesione po październiku 2002 r. — a zatem już po fakcie naruszenia — nie mogą być uwzględnione przy ocenie stopnia pokrycia kosztów w rozpatrywanym okresie<sup>20</sup>.

18. Wreszcie Sąd zauważył, że nawet gdyby WIN wykazała, iż metoda, za którą się ona opowiada (to jest metoda zdyskontowanych przepływów gotówkowych), jest pod pewnymi względami właściwa, nie wystarczyłoby to, by dowieść, że metoda zastosowana w niniejszej sprawie przez Komisję jest niezgodna z prawem<sup>21</sup>.

19. Ponadto WIN twierdziła, że Komisja popełniła błąd w zastosowaniu własnej metody obliczeń, w szczególności przy obliczaniu kosztów stałych i zmiennych.

20. W tym względzie Sąd orzekł, że niezależnie od kwestii dopuszczalności tego zarzutu fakt, iż Komisja, korzystając z przyszłego jej uznania, mogła uznać, że stopień pokrycia kosztów zmiennych wynoszący 99,7% nie stanowił naruszenia, nie oznacza, że Komisja musi dojść do podobnego wniosku, w przypadku gdy stopień pokrycia kosztów łącznych wynosi w konkretnym przy-

17 — Zobacz pkt 130 zaskarżonego wyroku.

18 — Zobacz pkt 132 zaskarżonego wyroku.

19 — Zobacz pkt 140–143 zaskarżonego wyroku.

20 — Zobacz pkt 152 zaskarżonego wyroku.

21 — Zobacz pkt 153 zaskarżonego wyroku.

padku 98 lub 99%. Należało zatem odrzucić ten zarzut jako nieistotny dla sprawy<sup>22</sup>.

łyby przyjęte lub dokonane przez przedsiębiorstwa, które nie zajmują pozycji dominującej<sup>23</sup>.

*B Zarzuty odnoszące się do testu dotyczącego drapieżnych cen*

21. Sąd oddalił również zarzuty WIN odnoszące się do testu dotyczącego drapieżnych cen zastosowanego przez Komisję.

22. Po pierwsze, odrzucił argumenty WIN, iż każdy podmiot gospodarczy ma prawo zrównać swoje ceny w dobrej wierze z cenami uprzednio stosowanymi przez konkurenta, nawet jeśli były one niższe od kosztów danego przedsiębiorstwa.

23. Odnotowawszy, że ani praktyka Komisji, ani też orzecznictwo sądów wspólnotowych nie uznały, że prawo przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą do zrównywania cen z cenami konkurentów miało charakter bezwzględny, Sąd zauważył, że na przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą nałożone są określone obowiązki i mogą one zostać pozbawione prawa do przyjmowania zachowań lub dokonywania czynności, które nie stanowią same w sobie nadużycia i które nie byłyby nawet niedopuszczalne, jeśli zosta-

24. Sąd doszedł do wniosku, że „WIN nie może powoływać się na bezwzględne prawo do zrównania cen z cenami jej konkurentów, by usprawiedliwić swoje zachowanie. O ile prawdą jest, że zrównanie cen przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą z cenami konkurentów nie jest samo w sobie niedopuszczalne ani nie stanowi nadużycia, o tyle nie można wykluczyć, że za takie zostanie uznane, jeśli jego celem będzie nie tylko ochrona interesów przedsiębiorstwa, ale również wzmocnienie tej pozycji dominującej i jej nadużywanie”<sup>24</sup>.

25. Po drugie, Sąd postanowił nie uwzględnić zarzutu WIN opartego na braku planu dotyczącego stosowania drapieżnych cen oraz ograniczenia konkurencji.

26. Zdaniem WIN Komisja dopuściła się poważnego naruszenia art. 82 WE, stwierdzając, iż taki plan istniał. Taka strategia polegająca na stosowaniu drapieżnych cen nie mogła być w żaden sposób uznawana za rozsądną w ówczesnych warunkach rynkowych, w szczególności wobec nieznaczących barier wejścia na rynek<sup>25</sup>.

22 — Zobacz pkt 165–169 zaskarżonego wyroku.

23 — Zobacz pkt 186 zaskarżonego wyroku.

24 — Zobacz pkt 187 zaskarżonego wyroku.

25 — Zobacz pkt 188 zaskarżonego wyroku.

27. Odwołując się do orzecznictwa wspólnotowego, Sąd przypomniał, że w przypadku stosowania drapieżnych cen, jeśli ceny są niższe od średniej kosztów całkowitych, istnienie planu wyeliminowania konkurencji musi zostać udowodnione, a zamiar wyeliminowania konkurencji musi zostać ustalony na podstawie poważnych i spójnych wskazówek<sup>26</sup>. Następnie stwierdził, że oświadczenia przytoczone przez Komisję, które znajdują się w dokumentach wewnętrznych spółki, stanowią wskazówkę co do istnienia planu dotyczącego stosowania drapieżnych cen, którą potwierdzają również inne okoliczności. Sąd stwierdził, że WIN w swojej skardze sformułowała jedynie niejasne twierdzenia, co nie pozwoliło mu na wydanie orzeczenia i dlatego je odrzucił. Sąd doszedł do wniosku, że Komisja przedstawiła poważne i spójne wskazówki co do istnienia planu stosowania drapieżnych cen przez cały okres naruszenia<sup>27</sup>.

29. Sąd orzekł, że zgodnie z wyrokami w sprawach Akzo i Tetra Pak II Komisja słusznie wyraziła pogląd, że udowodnienie odzyskania strat nie stanowi warunku wstępnego, od którego zależy stwierdzenie drapieżnych cen. Stosując się do orzecznictwa wspólnotowego, Komisja mogła więc uznać, że ceny niższe od średniej kosztów zmiennych stanowiły nadużycie. W tym przypadku przyjęto domniemanie, że taka praktyka cenowa miała charakter eliminacyjny. W odniesieniu do kosztów łącznych Komisja musiała ponadto przedstawić dowód na to, że realizowana przez WIN praktyka drapieżnych cen stanowiła część planu zmierzającego do „zagarnięcia” rynku. W obu przypadkach nie zachodziła konieczność wykazania, tytułem dowodu dodatkowego, że WIN miała realną szansę odzyskania swoich strat<sup>29</sup>.

### III — Żądania wnoszącej odwołanie

30. FT wnosi do Trybunału o:

28. Po trzecie, WIN podniosła, że odzyskanie strat stanowi element całkowicie odrębny od testu dotyczącego drapieżnych cen oraz że Komisja musi przedstawić na to dowody tegoż. Komisja dopuściła się zatem poważnego błędu co do prawa, twierdząc, że udowodnienie odzyskania strat nie było konieczne. Ponadto WIN podniosła, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie w powiązaniu z błędem co do prawa, uznając, że przedstawiła dowody na to, iż odzyskanie strat jest możliwe<sup>28</sup>.

— uchylenie zaskarżonego wyroku i w konsekwencji:

— skierowanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd lub

26 — Zobacz pkt 195–198 zaskarżonego wyroku.

27 — Zobacz pkt 199–215 zaskarżonego wyroku.

28 — Zobacz pkt 219–223 zaskarżonego wyroku.

29 — Zobacz pkt 224–229 zaskarżonego wyroku.



— wydanie ostatecznego orzeczenia w sprawie i stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji poprzez przychylenie się do żądań przedstawionych przez wnoszącą odwołanie w pierwszej instancji;

— obciążenie Komisji kosztami postępowania.

31. Komisja wnosi do Trybunału o:

— oddalenie odwołania;

— obciążenie wnoszącej odwołanie kosztami postępowania.

#### IV — Odwołanie

32. Wnosząca odwołanie wysuwa siedem zarzutów na poparcie swojego odwołania.

A — *Zarzut pierwszy oparty na braku uzasadnienia*

33. Zarzut pierwszy odwołania składa się z dwóch części. W części pierwszej wnosząca odwołanie twierdzi, że Sąd uchybił ciężącemu na nim obowiązкови uzasadnienia w odniesieniu do wymogu udowodnienia możliwości odzyskania strat.

34. W części drugiej zarzutu pierwszego wnosząca odwołanie twierdzi, że Sąd uchybił ciężącemu na nim obowiązкови uzasadnienia w odniesieniu do prawa do dostosowania się do cen stosowanych przez konkurentów, które Sąd wykluczył bez wyjaśnień.

35. Dla wygody rozpatrzę powyższe części zarzutu w odwrotnej kolejności.

1. Prawo do dostosowania się do cen stosowanych przez konkurentów.

a) Główne argumenty stron

36. *Wnosząca odwołanie* sprzeciwia się temu, iż Sąd jedynie stwierdził w pkt 187 zaskarżo-

nego wyroku, że: „[o] ile prawdą jest, że zrównanie cen przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą z cenami konkurentów nie jest samo w sobie niedopuszczalne ani nie stanowi nadużycia, o tyle *nie można wykluczyć, że za takie zostanie uznane*, jeśli jego celem będzie nie tylko ochrona interesów przedsiębiorstwa, ale również wzmocnienie tej pozycji dominującej i jej nadużywanie” (kursywa pochodzi ode mnie)<sup>30</sup>. Wnosząca odwołanie podnosi, że powyższe stwierdzenie ma charakter czysto hipotetyczny, a Sąd nie określił w żaden sposób, czy w niniejszej sprawie WIN zamierzała umocnić swą pozycję dominującą, czy też jej nadużyć.

37. Komisja podnosi, że przed Sądem wnosząca odwołanie powoływała się jedynie na „wyjątek zrównania cen” lub na „bezwzględne prawo do zrównania cen” dostępne wszystkim przedsiębiorstwom, czy to zajmującym pozycję dominującą, czy też nie, nawet jeśli ceny konkurentów oznaczają, że przyjmuje ono ceny niższe od kosztów własnych. Zatem Komisja twierdzi, że Sąd miał rację, wykluczając istnienie takiego prawa bezwzględnego.

## b) Ocena

38. W pkt 176–182 zaskarżonego wyroku Sąd zajął się kwestią, czy WIN miała prawo dostosować swoje ceny do cen stosowanych przez konkurentów. Sąd uznał, że nie jest

30 — Zobacz pkt 187 zaskarżonego wyroku.

możliwe stwierdzenie, że przedsiębiorstwu zajmującemu pozycję dominującą przysługuje bezwzględne prawo do zrównania jego cen z cenami stosowanymi przez konkurentów. Stanowisko to zostało uznane przez Komisję w jej wcześniejszej praktyce oraz w istotnym dla tej kwestii orzecznictwie.

39. Wniosek ten wydaje mi się prawidłowy.

40. Jednakże w pkt 185 zaskarżonego wyroku Sąd odniósł się w sposób ogólny do utrwalonego orzecznictwa, które stanowi, że „o ile fakt posiadania przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej nie może go pozbawić prawa do ochrony swoich własnych interesów handlowych, gdy są one zagrożone, i o ile należy mu przyznać w rozsądnym zakresie możliwość podejmowania działań, które to przedsiębiorstwo uznaje za właściwe, by chronić rzeczzone interesy, o tyle nie można zaakceptować takich zachowań, jeżeli ich rzeczywistym celem jest wzmocnienie pozycji dominującej i jej nadużywanie”<sup>31</sup>.

41. Następnie w pkt 186 zaskarżonego wyroku Sąd przypomniał swoje własne

31 — Przytoczone są tam wyrok Trybunału z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 United Brands przeciwko Komisji, Rec. s. 207, pkt 189 oraz wyrok Sądu z dnia 1 kwietnia 1993 r. w sprawie T-65/89 BPB Industries i British Gypsum przeciwko Komisji, Rec. s. II-389, pkt 117 i z dnia 8 października 1996 r. w sprawach połączonych od T-24/93 do T-26/93 i T-28/93 Compagnie maritime belge transports i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-1201, pkt 146.

orzecznictwo, w którym stwierdził, że z charakteru zobowiązań nałożonych na mocy art. 82 WE wynika, że w określonych okolicznościach przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą mogą zostać pozbawione prawa do przyjmowania zachowań lub dokonywania czynności, które nie stanowią same w sobie nadużycia i które nie byłyby nawet niedopuszczalne, jeśli zostałyby przyjęte lub dokonane przez przedsiębiorstwa, które nie zajmują pozycji dominującej<sup>32</sup>.

42. Sąd doszedł do wniosku, że „WIN nie może powoływać się na bezwzględne prawo do zrównania cen z cenami jej konkurentów, by usprawiedliwić swoje zachowanie. O ile prawdą jest, że zrównanie cen przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą z cenami konkurentów nie jest samo w sobie niedopuszczalne ani nie stanowi nadużycia, o tyle nie można wykluczyć, że za takie zostanie uznane, jeśli jego celem będzie nie tylko ochrona interesów przedsiębiorstwa, ale również wzmocnienie tej pozycji dominującej”<sup>33</sup>.

43. Wydaje się, że Sąd zajął się w sposób ogólny prawem przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą do zrównania jego cen z cenami konkurentów, jednakże bez zastosowania go do okoliczności faktycznych konkretnej, zawisłej przed nim sprawy.

32 — Przytoczony jest tam wyrok Sądu z dnia 17 lipca 1998 r. w sprawie T-111/96 ITT Promedia przeciwko Komisji, Rec. s. II-2937, pkt 139.

33 — Zobacz pkt 187 zaskarżonego wyroku.

44. Innymi słowy, Sąd nie dokonał szczegółowej analizy tego, czy WIN dostosowała swoje ceny w celu umocnienia i nadużywania swej pozycji dominującej. Moim zdaniem Sądowi zupełnie nie udało się rozpatrzyć tej kwestii w niniejszej sprawie.

45. W tym względzie konieczne jest zbadanie, czy Sąd spełnił ciężący na nim formalny obowiązek uzasadnienia nałożony przez art. 36 statutu Trybunału Sprawiedliwości, mający zastosowanie do Sądu na mocy art. 53 akapit pierwszy tegoż statutu. Artykuł 36 stanowi, że orzeczenia zawierają uzasadnienie<sup>34</sup>.

46. Rzecznik generalny P. Léger zauważył w opinii w sprawie Acerinox, że „[n]ależy uznać, że uzasadnienie wyroku powinno przedstawiać w sposób jasny i jednoznaczny rozumowanie Sądu, pozwalając zainteresowanym na poznanie powodów wydanego orzeczenia, a Trybunałowi na dokonanie jego kontroli sądowej”<sup>35</sup>.

34 — Zobacz w przedmiocie odpowiednich przepisów statutu Trybunału Sprawiedliwości EWWiS wyrok Trybunału z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-197/99 P Belgia przeciwko Komisji, Rec. s. I-8461, pkt 63.

35 — Opinia rzecznika generalnego P. Légera przedstawiona w dniu 28 października 2004 r. w sprawie C-57/02 P Compañía española para la fabricación de aceros inoxidables SA (Acerinox) przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-6689, pkt 32, w której przytoczono w tym względzie: wyroki Trybunału z dnia 14 maja 1998 r. w sprawie C-259/96 P Rada przeciwko De Nil i Impens, Rec. s. I-2915, pkt 32–34 i z dnia 17 maja 2001 r. w sprawie C-449/98 P IECC przeciwko Komisji, Rec. s. I-3875, pkt 70 oraz postanowienia: z dnia 19 lipca 1995 r. w sprawie C-149/95 P(R) Komisja przeciwko Atlantic Container Line i in., Rec. s. I-2165, pkt 58, z dnia 14 października 1996 r. w sprawie C-268/96 P(R) SCK i FNK przeciwko Komisji, Rec. s. I-4971, pkt 52 oraz z dnia 25 czerwca 1998 r. w sprawie C-159/98 P(R) Antyle Niderlandzkie przeciwko Radzie, Rec. s. I-4147, pkt 70. Zobacz również ww. wyrok w sprawie Acerinox, pkt 36.

47. Choć Komisja podnosiła w swoich uwagach przed Sądem, że przedsiębiorstwu zajmującemu pozycję dominującą nie powinno zezwolić się na zrównanie jego cen, w przypadku gdy koszty rozpatrywanej usługi nie byłyby pokrywane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą<sup>36</sup>, oczywiście jest, że odpowiedź Sądu w tej kwestii jest nieco bardziej subtelna. Ze sformułowania zawartego w pkt 187 zaskarżonego wyroku wynika bowiem, że Sąd próbował pozostawić otwarte drzwi dla „obrony opartej na prawie do zrównania się z konkurentami” w przyszłych sprawach, w których przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą stosuje ceny poniżej kosztów.

48. Nawiązując do linii orzecznictwa zapoczątkowanej wyrokiem w sprawie *United Brands*<sup>37</sup> oraz orzecznictwa dotyczącego szczególnych obowiązków nałożonych na przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą, w odpowiedzi na pytanie zadane sobie samemu w pkt 184 zaskarżonego wyroku Sąd przyjął sformułowanie odnośnie do tego, co stanowi dopuszczalne zrównanie z cenami stosowanymi przez konkurentów, które jest nieco odmienne od testu postulowanego przez Komisję i zastosowanego w zaskarżonej decyzji, tak jak opisano w pkt 176 i 183 zaskarżonego wyroku.

49. Sąd powinien był zatem ocenić, czy to (nowe) sformułowanie ma zastosowanie do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, czego w sposób oczywisty nie uczynił.

36 — Można by łatwo doszukać się błędu w tym argumente, gdyż Komisja nie określa, jakie koszty (zmienne czy łączne itd.) ma na myśli.

37 — Zobacz ww. w przypisie 31 wyroki w sprawach: *United Brands* przeciwko Komisji, pkt 189; *BPB Industries i British Gypsum* przeciwko Komisji, pkt 117 i *Compagnie maritime belge transports i in.* przeciwko Komisji, pkt 146.

50. Natomiast zgadzam się z argumentem wnoszącej odwołanie, że stwierdzenie Sądu zawarte w pkt 187 zaskarżonego wyroku<sup>38</sup> ma charakter czysto hipotetyczny i na pierwszy rzut oka wydaje się niekompletne. W związku z tym nie mogę przyjąć argumentu Komisji, iż stwierdzenie to zostało „uzupełnione” (i/lub nowe sformułowanie opisujące to, co stanowi dopuszczalne zrównanie, zostało zastosowane do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy) w pkt 199–218 zaskarżonego wyroku, w których Sąd orzekł, że Komisja ustaliła okoliczności niezbędne do udowodnienia stosowania drapieżnych cen poniżej średnich kosztów łącznych. Po pierwsze, argument ten został wysunięty zbyt późno w postępowaniu, aby mógł być dopuszczalny, to znaczy Komisja podniosła go dopiero na rozprawie ustnej, wobec czego stanowił on nowy argument w stosunku do uwag na piśmie. Ponadto moim zdaniem argument ten opiera się na punktach zaskarżonego wyroku, które nie odnoszą się do pkt 187.

51. Wreszcie uważam brak uzasadnienia ze strony Sądu oraz braki w jego argumentacji — jak zauważono powyżej — za znacznie poważniejsze, gdyż wydawałoby się, iż jest to pierwszy przypadek, w którym kwestia podnoszonego w obronie prawa do zrównania cen została bezpośrednio poruszona przez sądy wspólnotowe w takiej sytuacji, jaka miała miejsce w niniejszej sprawie.

38 — W punkcie tym jest zasadniczo mowa o tym, że zrównanie cen może zostać uznane za niedopuszczalne, w przypadku gdy ma na celu nie tylko ochronę interesów przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, ale również wzmocnienie tej pozycji dominującej oraz jej nadużywanie.

52. Wynika z tego, że Sąd uchybił ciężącemu na nim obowiązкови uzasadnienia, a ponadto popełnił błąd co do prawa.

w niniejszej sprawie, gdyż Tetra Pak II zajmowała tzw. nadzwyczajną pozycję dominującą na dojrzałym rynku. Wreszcie w orzecznictwie wspólnotowym nigdy nie stwierdzono, że zbędne jest udowodnienie możliwości odzyskania strat.

53. Wobec tego należy uwzględnić drugą część pierwszego zarzutu odwołania.

55. W duplice *Komisja* nawiązuje do swojej odpowiedzi na siódmy zarzut odwołania oraz zasadniczo podnosi, że orzecznictwo wspólnotowe nie zawiera żadnych wskazań co do tego, że wymagane jest udowodnienie możliwości odzyskania strat. Pomocniczo Komisja twierdzi, że w zaskarżonej decyzji faktycznie została zbadana bardzo szczegółowo kwestia, czy odzyskanie strat w niniejszej sprawie było prawdopodobne, i w wyniku tego badania został w niej wyciągnięty wniosek, iż tak było.

2. Udowodnienie (możliwości) odzyskania strat

a) Główne argumenty stron

b) Ocena

54. *Wnosząca odwołanie* zasadniczo utrzymuje, że w sprawie Tetra Pak II Trybunał orzekł, iż w *okolicznościach tej szczególnej sprawy* nie było właściwe wymaganie, tytułem dowodu dodatkowego, iż przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą miało realną szansę odzyskania swych strat<sup>39</sup>. W zaskarżonym wyroku Sąd postanowił przekształcić to stwierdzenie w zasadę generalną, lecz nie podał przyczyn takiego postępowania. Wnosząca odwołanie dodaje, że okoliczności w sprawie Tetra Pak II były całkowicie odmienne od okoliczności występujących

56. W pkt 226 zaskarżonego wyroku Sąd zacytował pkt 44 wyroku w sprawie Tetra Pak II, zgodnie z którym „[w] okolicznościach niniejszej sprawy niewskazane jest ponadto wymaganie wykazania, tytułem dowodu dodatkowego, że Tetra Pak miała realną szansę odzyskania swoich strat. Możliwość nałożenia kary w przypadku praktyki drapieżnych cen musi bowiem istnieć już w chwili, gdy pojawia się ryzyko wyeliminowania konkurentów. Takie ryzyko zostało stwierdzone w niniejszej sprawie przez Sąd w pkt 151 i 191 [...] wyroku [w sprawie Tetra Pak II]. Zamierzony cel, jakim jest ochrona niezakłóconej konkurencji, nie pozwala czekać, aż taka strategia doprowadzi do

<sup>39</sup> — Wymieniony wyżej w przypisie 4 wyrok w sprawie Tetra Pak II, pkt 44.

rzeczywistego wyeliminowania konkurentów”. Następnie Sąd orzekł w pkt 227 i 228 zaskarżonego wyroku, że „[...] Komisja mogła więc uznać, że ceny niższe od średniej kosztów zmiennych stanowiły nadużycie. W [takim] przypadku domniemywa się, że taka praktyka cenowa ma charakter eliminacyjny [...]. W odniesieniu do kosztów łącznych Komisja musiała ponadto przedstawić dowód na to, że realizowana przez WIN praktyka drapieżnych cen stanowiła część planu zmierzającego do »uzyskania pozycji dominującej« na rynku [zagarnięcia rynku]. W obu przypadkach nie zachodziła konieczność wykazania — tytułem dowodu dodatkowego — że WIN miała realną szansę odzyskania swoich strat. [...] Tak więc Komisja słusznie uznała, że udowodnienie odzyskania strat nie stanowiło warunku wstępnego, od którego zależało stwierdzenie praktyki drapieżnych cen”<sup>40</sup>.

57. Jak już stwierdzono powyżej w odniesieniu do zarzutu dotyczącego prawa do zrównania cen, uzasadnienie, na którym opiera się wyrok Sądu, musi w sposób jasny i jednoznaczny przedstawiać rozumowanie tego sądu, tak aby zainteresowani mogli poznać powody wydanego orzeczenia oraz aby Trybunał mógł dokonać kontroli sądowej<sup>41</sup>.

58. Moim zdaniem, Sąd nie wyjaśnił, dlaczego uznał, że udowodnienie możliwości odzyskania strat nie było konieczne w świetle szczególnych okoliczności danej sprawy.

59. Sąd zacytował wyrok, w którym jednoznacznie stwierdzono, że *w okolicznościach tej konkretnej sprawy* wymaganie udowodnienia, iż przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą miało realną szansę odzyskania swych strat, nie było właściwe. Sądzę, że Sąd nie powinien był tak po prostu przekształcać w zasadę generalną stwierdzenia, które wyraźnie opierało się na szczególnych okolicznościach faktycznych sprawy Tetra Pak II. Postępując w ten sposób bez żadnego wyjaśnienia, Sąd ewidentnie nie spełnił ciężącego na nim obowiązku uzasadnienia.

60. W związku z tym dochodzę do wniosku, że Sąd popełnił podwójny błąd. Po pierwsze, nieprawidłowa interpretacja i nieprawidłowe zastosowanie wyroku w sprawie Tetra Pak II stanowi użycie nieprawidłowej reguły. Po drugie, jak wyjaśniono powyżej, Sąd ewidentnie nie spełnił ciężącego na nim obowiązku uzasadnienia.

61. Mogę dodać, że ponadto Sąd nie udzielił precyzyjnej odpowiedzi na argument podniesiony przez WIN. WIN nie twierdziła, że Komisja musiała udowodnić „rzeczywiste” odzyskanie strat, a raczej podniosła, że Komisja powinna wykazać, iż WIN mogła „zakładać możliwość” odzyskania strat.

62. W zakresie bowiem, w jakim nierozważenie przez Sąd niektórych części argumentacji wnoszącej odwołanie wpływa na wynik postępowania i w ten sposób wpływa nega-

40 — Zobacz pkt 226–228 zaskarżonego wyroku.

41 — Zobacz orzecznictwo przytoczone w przypisie 35.

tywnie na jej interesy, może również stanowić naruszenie prawa do bycia wysłuchanym<sup>42</sup>.

wykazanie możliwości odzyskania strat nie było warunkiem wstępnym do stwierdzenia praktyki drapieżnych cen.

63. W związku z tym należy uwzględnić pierwszą część pierwszego zarzutu odwołania.

## 1. Główne argumenty stron

64. Z powyższych rozważań wynika, że Sąd uchybił ciężącemu na nim obowiązkowi uzasadnienia i popełnił błąd co do prawa, wobec czego zaskarżony wyrok powinien zostać uchylony.

*B — Pierwsza część siódmego zarzutu odwołania oparta na naruszeniu art. 82 WE — odzyskanie strat — możliwość odzyskania strat jako warunek wstępny stwierdzenia praktyki drapieżnych cen*

65. Siódmy zarzut składa się z dwóch części. W pierwszej części, którą zbadam w tym miejscu, wnosząca odwołanie twierdzi, że Sąd naruszył art. 82 WE poprzez uznanie, że

66. *Wnosząca odwołanie* podnosi, że zgodnie z orzecznictwem wspólnotowym wymagane jest udowodnienie możliwości odzyskania strat, bez którego praktyka drapieżnych cen jest nie do pomyślenia, gdyż bez oczekiwania odzyskania strat stosowanie drapieżnych cen nie stanowi racjonalnego zachowania gospodarczego. Wnosząca odwołanie twierdzi, że pogląd ten podziela wiele sądów krajowych oraz krajowych organów ds. konkurencji, jak również znaczna część doktryny.

67. *Komisja* twierdzi, że zgodnie z orzecznictwem wspólnotowym nie jest wymagane odrębne udowodnienie możliwości odzyskania strat. W przeciwieństwie do podejścia amerykańskiego prawa antymonopolowego analiza nadużycia w rozumieniu art. 82 WE

<sup>42</sup> — Wyrok Trybunału z dnia 10 grudnia 1998 r. w sprawie C-221/97 P Schröder i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-8255, pkt 24.

zakłada istnienie pozycji dominującej (zob. wyrok w sprawie Hoffman-La Roche przeciwko Komisji<sup>43</sup>), co samo w sobie wystarcza, aby wywnioskować, iż odzyskanie strat jest możliwe.

## 2. Ocena

68. Po odwołaniu się do wyroku w sprawie Tetra Pak II Sąd dochodzi w pkt 228 zaskarżonego wyroku do wniosku, że Komisja słusznie zajęła stanowisko, iż udowodnienie odzyskania strat nie było warunkiem wstępnym do stwierdzenia praktyki drapieżnych cen.

69. Uważam, że wykładnia orzecznictwa Trybunału dokonana przez Sąd, jak również zresztą przez Komisję, jest niewłaściwa. Moim zdaniem zgodnie z tym orzecznictwem wymagane jest wykazanie możliwości odzyskania strat.

43 — Wyrok z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76 Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, Rec. s. 461.

70. Sądzę, że poprzez zastosowanie dookreślających słów „w okolicznościach niniejszej sprawy” w wyroku w sprawie Tetra Pak II Trybunał wyraźnie zamierzał uniknąć stwierdzenia o charakterze ogólnym<sup>44</sup>, które czyniłoby zbędnym wykazanie możliwości odzyskania strat w późniejszych sprawach dotyczących stosowania drapieżnych cen<sup>45</sup>.

71. Jak zauważył bowiem słusznie rzecznik generalny N. Fennelly w swojej opinii w sprawie Compagnie maritime belge transports i in. przeciwko Komisji<sup>46</sup>, „nie wydaje się, aby Trybunał posunął się tak daleko jak rzecznik generalny D. Ruiz-Jarabo Colomer, który zalecił<sup>[47]</sup> aby Trybunał nie czynił »z możliwości odzyskania strat nowego warunku dla celów stwierdzenia istnienia drapieżnych cen niezgodnych z art. [82 WE]« między innymi z tego powodu, że zdaniem [rzecznika generalnego D. Ruiza-Jaraba Colomera] »odzyskanie strat

44 — W kwestii podobnej wykładni zob. przykładowo R. Whish, *Competition Law*, Butterworths, 4th Edition, 2001, s. 650; A. Jones i B. Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2001, s. 342; V. Korah, *The Paucity of Economic Analysis in the Decision on Competition: Tetra Pak II*, Current Legal Problems, vol. 46, 1993, s. 172; S. Kon i S. Turnbull, *Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's Judgment in the NAAPP Case*, 2003 E.C.L.R. 24(2) 70–86, s. 75.

45 — Jednakże moim zdaniem z pkt 44 wyroku Trybunału w sprawie Tetra Pak II jasno wynika, że wykazanie rzeczywistego odzyskania strat nie jest wymagane. Ze stwierdzenia Trybunału zawartego w tym punkcie wynika, że „[m]ożliwość nałożenia kary w przypadku praktyki drapieżnych cen musi bowiem istnieć już w chwili, gdy pojawia się ryzyko wyeliminowania konkurentów. Takie ryzyko zostało stwierdzone [...] przez Sąd w pkt 151 i 191 [...] wyroku [w sprawie Tetra Pak II]. Zamierzony cel, jakim jest ochrona niezakłóconej konkurencji, nie pozwala czekać, aż taka strategia doprowadzi do rzeczywistego wyeliminowania konkurentów”.

46 — Wyrok Trybunału z dnia 16 marca 2000 r. w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P, Rec. s. I-1365, pkt 129 oraz przypis 84.

47 — Zobacz pkt 78 jego opinii w sprawie Tetra Pak II przywołanej w przypisie 4.



stanowi rezultat, do którego dąży przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, jednakże drapieżne ceny stanowią same w sobie praktykę antykonkurencyjną, bez względu na to, czy osiągną one swój cel».

72. Ponadto używając takich dookreślających słów, Sąd wyraźnie odszedł od kategorycznego stwierdzenia zawartego w wyroku Sądu w sprawie Tetra Pak II, że „nie jest konieczne wykazanie w szczególności sposobu, że dane przedsiębiorstwo mogło rozsądnie liczyć na odzyskanie strat w ten sposób poniesionych”<sup>48</sup>.

73. Moim zdaniem również z wyroków w sprawie AKZO<sup>49</sup> oraz Hoffman-La Roche<sup>50</sup> wynika, że dowód możliwości odzyskania strat wymagany jest w celu stwierdzenia praktykowania drapieżnych cen na podstawie art. 82 WE<sup>51</sup>. Jeśli nie ma możliwości odzys-

kania strat, przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą jest prawdopodobnie nastawione na normalną konkurencję<sup>52</sup>.

74. W takim przypadku, gdy nie ma możliwości odzyskania strat, klienci i ich interesy nie powinni co do zasady odnieść szkód. W tym miejscu mogę zaznaczyć, iż podzielał pogląd rzecznika generalnego F.G. Jacobsa, który w opinii w sprawie Oscar Bronner stwierdził, że „głównym celem art. [82 WE] jest zapobieganie zakłócaniu konkurencji — a w szczególności ochrona interesów konsumentów — a nie ochrona pozycji poszczególnych konkurentów”<sup>53</sup>.

75. Wreszcie skorzystam z tej okazji, aby wskazać, że gwałtownie udowodnienia możliwości

48 — Zobacz wyrok Sądu z dnia 6 października 1994 r. w sprawie T-83/91 Tetra Pak przeciwko Komisji, Rec. s. II-755, pkt 150.

49 — W szczególności pkt 71 wyroku.

50 — W szczególności pkt 91 wyroku.

51 — Moim zdaniem analiza możliwości odzyskania strat wymaga oceny struktury rynku ex ante lub perspektywicznej, gdy doszło już do wykluczenia; chodzi zatem o taką możliwość odzyskania strat, jaka może zostać w sposób rozsądny przewidziana przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą w chwili, gdy ustala ono swe ceny. Wydaje się bowiem, że taka ocena jest podobna do analizy przeprowadzanej przez Komisję w ramach kontroli połączeń. Zobacz wyrok Trybunału z dnia 15 lutego 2005 r. w sprawie C-12/03 P Komisja przeciwko Tetra Laval, Zb.Orz. s. I-987, pkt 42–44. Zobacz również przykładowo, A. Ezrachi, *EC Competition Law*, Hart 2008, s. 140; P. Papandropoulos, Article 82 EC reform, w: *Droit & économie, Concurrences* nr 1–2008; oraz M. de la Mano i B. Durand, *A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82*, Dyrekcja Generalna ds. Konkurencji, Komisja Europejska, Urząd Głównego Ekonomisty, Discussion Paper z dnia 12 grudnia 2005 r., s.3.

52 — Zobacz w tym względzie ww. w przypisie 46 opinia rzecznika generalnego N. Fennelly'ego w sprawie Compagnie maritime belge, pkt 136. Ponadto, jako że analiza cen i kosztów wymagana w sprawach dotyczących praktyki cen drapieżnych jest z racji swej natury kontrowersyjna i sporna (zob. ww. w przypisie 3 wyrok w sprawie AKZO; zob. również: D. Howarth, *Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC*, w: G. Amato i C.D. Ehlermann, *EC Competition Law*, Hart 2007, s. 258–262), choćby w odniesieniu do kwestii, które koszty są zmienne, a które są stałe, jaki okres wchodzi w rachubę itd., wymóg wykazania możliwości odzyskania strat umożliwiałby co do zasady obniżenie kosztów błędów (w szczególności w przypadku błędnego potwierdzenia istnienia praktyki drapieżnych cen) w sprawach, w których zarzucono stosowanie drapieżnych cen. Co więcej, jeśli chodzi o dowód ex ante możliwości odzyskania strat jako przydatnego i możliwego do zastosowania filtra, zgadzam się, że co do zasady „łatwiej jest określić na podstawie struktury rynku, że odzyskanie jest nieprawdopodobne, niż ustalić koszty, jakie ponosi dany producent”. Zobacz sprawa amerykańska A.A. Poultry Farms, Inc przeciwko Rose Acre Farms, Inc 881 F.2d 1396 (7th Cir. 1989), cert denied, 494 U.S. (1990). Taka analiza odzyskania strat „umożliwia sądowi uniknięcie wkroczenia na grząski grunt analizy kosztów, badania różnorodnych danych księgowych oraz sprzecznych ekspertów w kwestii tego, co stanowi właściwe koszty”. Zobacz sprawa australijska Boral (2003) 195 ALR 609, pkt 292.

53 — Opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa przedstawiona w dniu 28 maja 1998 r. w sprawie C-7/97 Oscar Bronner, s. I-7791, pkt 58.

odzyskania strat została podniesiona nie tylko we wspomnianym powyżej orzecznictwie, ale również między innymi przez Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP)<sup>54</sup>, Organizację Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD)<sup>55</sup> oraz Europejską Grupę Regulatorów<sup>56</sup>.

76. W moich uwagach końcowych dotyczących kwestii wykazania możliwości odzyskania strat chciałbym zauważyć, że linia argumentacji Komisji, zgodnie z którą w Europie oraz na podstawie art. 82 WE odzyskanie implikowane jest przez istnienie pozycji dominującej, nie przekonuje mnie, i to choćby dlatego, że stwierdzenie pozycji domi-

nującej jest często oparte na historycznych warunkach rynkowych, podczas gdy — jak wyjaśniłem powyżej — dowód możliwości odzyskania ma z racji swej natury charakter *ex ante* i perspektywiczny, i ocenia strukturę rynku, taką jaka będzie w przyszłości<sup>57</sup>.

77. Z powyższych rozważań wynika, że należy uwzględnić pierwszą część siódmego zarzutu odwołania.

78. Moim zdaniem już z uwagi na powyższe rozważania zaskarżony wyrok powinien zostać uchylony. Ponadto sądzę, że kwestie wykazania możliwości odzyskania strat oraz prawa do zrównania cen mają tak istotne znaczenie dla niniejszej sprawy, że omawiana skarga wymaga ponownego rozpoznania w pierwszej instancji.

54 — „W szczególności zdolność odzyskania strat przez podmiot stosujący drapieżne ceny musi zostać starannie oceniona”, raport EAGCP — grupy renomowanych ekonomistów akademickich doradzających w obrębie Komisji Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji oraz Komisarzowi ds. Konkurencji, *An economic approach to Article 82*, lipiec 2005 r., s. 52, dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf).

55 — „Test możliwości odzyskania strat powinien być rutynowo stosowany w sprawach dotyczących praktykowania drapieżnych cen”, w: OECD, *Predatory Foreclosure*, Dyrekcja ds. Finansów i Przedsiębiorstw, Komitet Konkurencji, DAF/COMP(2005)14, 15 marca 2005 r., s. 8 i nast. dostępny pod adresem: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf>. W celu uzyskania aktualnego ogólnego przeglądu 35 jurysdykcji, zob. *The International Competition Network, Report on Predatory Pricing*, sporządzony przez Unilateral Conduct Working Group, przedstawiony na 7. Dorocznej Konferencji ICN, Kioto, kwiecień 2008 r., dostępny pod adresem: [http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral\\_WG\\_3.pdf](http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral_WG_3.pdf).

56 — Grupa europejskich regulatorów ds. sieci i usług łączności elektronicznej, powołana przez Komisję, stwierdza na s. 36 dokumentu konsultacyjnego z dnia 21 listopada 2003 r. zatytułowanego „Draft joint ERG/EC approach on appropriate remedies in the new regulatory framework” (Projektu wspólnego podejścia GER/WE w sprawie właściwych środków prawnych w nowych ramach regulacyjnych), co następuje: „Praktykowanie drapieżnych cen ma następujące cechy: i) pobierane ceny są niższe od kosztów; ii) konkurencji zostają albo wypchnięci z rynku, albo wykluczeni, oraz iii) przedsiębiorstwo jest w stanie odzyskać swe straty” (kursywa pochodzi ode mnie). Ten dokument jest dostępny pod następującym adresem: [http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330\\_draft\\_joint\\_approach\\_on\\_remedies.pdf](http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330_draft_joint_approach_on_remedies.pdf).

57 — Zobacz: „Jednocześnie należy mieć jednak na względzie, że wykazanie pozycji dominującej nie oznacza koniecznie, że przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą będzie również w stanie odzyskać swoje straty. Choć wykazanie odzyskania strat oznacza, że monopol przedsiębiorstwa dominującego będzie nadal istnieć w przyszłości, istotne jest uwzględnienie, że faza ponoszenia strat nie pokrywa się czasowo z fazą odzyskiwania strat [...]. Okoliczność, iż przedsiębiorstwo zajmowało pozycję dominującą w czasie, gdy sprzedawało ze stratą, nie oznacza, że w przyszłości będzie ono w stanie odzyskać poniesione w przeszłości straty poprzez podwyższenie cen: warunki konkurencji mogą być w przyszłości całkiem inne [...]”. Po drugie, w praktyce zarzuty z tytułu stosowania drapieżnych cen były uwzględniane na podstawie art. 82 WE tylko wtedy, gdy odzyskanie strat było bądź faktycznie stwierdzone, bądź prawdopodobne w świetle okoliczności faktycznych sprawy”, w: R. O’Donoghue i A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, Hart 2006, s. 254. Zobacz również ww. w przypisie 55 OECD, s. 8 i nast.: „Agencje powinny mieć również na uwadze to, że ocena istnienia pozycji dominującej nie jest równoznaczna z analizą odzyskania strat”.

C — *Drugi zarzut odwołania oparty na naruszeniu art. 82 WE — zrównanie cen z cenami konkurentów*

79. W zarzucie drugim wnosząca odwołanie twierdzi, że Sąd naruszył art. 82 WE, odmawiając WIN prawa do zrównania w dobrej wierze jej cen z cenami konkurentów.

#### 1. Główne argumenty stron

80. *Wnosząca odwołanie* twierdzi, że Sąd nie zakwestionował tego, że WIN jedynie zrównała swe ceny z cenami konkurentów. Jednakże Sąd nie wyciągnął z tego żadnych wniosków. Nie podając przyczyn, Sąd ograniczył się do stwierdzenia, że „nie można wykluczyć”, iż takie zrównanie cen zostanie uznane za stanowiące nadużycie lub niedopuszczalne. W związku z tym Sąd nie dochował przesłanek zastosowania art. 82 WE. Prawo do takiego zrównania swoich cen zostało uznane w praktyce decyzyjnej Komisji oraz w orzecznictwie Trybunału, jak również w doktrynie dotyczącej prawa konkurencji oraz w praktyce decyzyjnej

organów francuskich. Ponadto stanowi to dla wnoszącej odwołanie jedyny sposób na zachowanie konkurencyjności na rynku. Wreszcie wnosząca odwołanie podnosi, że zgodnie z linią orzeczniczą przyjętą w wyroku w sprawie *United Brands*<sup>58</sup> Sąd powinien był zbadać, czy reakcja WIN na konkurencję była „rozsądna” i „odpowiednia”, czy też nie.

81. *Komisja* twierdzi, że wnosząca odwołanie nie zarzuca ani błędu co do prawa ze strony Sądu w odniesieniu do zarzutów dotyczących podnoszonego prawa WIN do zrównania jej cen, ani żadnej sprzeczności w rozumowaniu przedstawionym w zaskarżonym wyroku. Co do argumentów dotyczących „rozsądnej” i „odpowiedniej” reakcji, wnosząca odwołanie podnosi je po raz pierwszy w ramach odwołania, zarzucając Komisji, że nie przeprowadziła takiego testu proporcjonalności. W każdym razie wnosząca odwołanie krytykuje tylko jeden punkt zaskarżonego wyroku (pkt 187)<sup>59</sup>. Komisja podnosi, że zakazanie przedsiębiorstwu zajmującemu pozycję dominującą zrównania jego cen, gdy pociąga to za sobą ceny poniżej kosztów, jest całkowicie zgodne z zasadami leżącymi u podstaw art. 82 WE, zgodnie z którym na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą ciąży „szczególna odpowiedzialność”. Pomocniczo Komisja twierdzi, że zaskarżona decyzja opierała się na okolicznościach faktycznych, w których świetle twierdzenie WIN, jakoby dostosowała się jedynie do cen swoich konkurentów, nie było zasadne. Sąd nie musiał orzekać w przedmiocie tych okoliczności faktycznych.

58 — Wymieniony wyżej w przypisie 37.

59 — Zgodnie z którym „nie można wykluczyć, że [zrównanie cen z cenami konkurentów może zostać] uznane [za stanowiące nadużycie i niedopuszczalne], jeśli jego celem będzie [...] wzmocnienie tej pozycji dominującej [przedsiębiorstwa] i jej nadużywanie”.

## 2. Ocena

82. Po pierwsze — jak stwierdziłem w pkt 39 niniejszej opinii — Sąd prawidłowo ustalił w pkt 176–182 zaskarżonego wyroku, iż orzecznictwo wspólnotowe nie przyznaje przedsiębiorstwu zajmującemu pozycję dominującą bezwzględne prawa do zrównania jego cen z cenami konkurentów.

83. W ramach badanego tu zarzutu wnosząca odwołanie nie wskazuje jednak, z jakiego powodu powyższe rozumowanie Sądu jest nieprawidłowe ani nie twierdzi, że Sąd popełnił błąd co do prawa.

84. Niemniej wnosząca odwołanie podnosi — tak jak uczyniła to przed Sądem — że (bezwzględne) prawo jakiegokolwiek podmiotu do zrównania w dobrej wierze jego cen z cenami konkurentów zostało uznane przez samą Komisję w jej wcześniejszych decyzjach oraz w orzecznictwie Trybunału, jak również spotkało się z jednogłośnym poparciem w doktrynie oraz w nauce analizy ekonomicznej.

85. Zgodnie z art. 58 akapit pierwszy statutu Trybunału Sprawiedliwości oraz art. 112 § 1

lit. c) regulaminu odwołanie musi dokładnie wskazywać kwestionowane części wyroku, do którego uchylecia zmierza oraz zawierać argumenty prawne, które uzasadniają w sposób szczegółowy to żądanie. Trybunał niezmiennie zwracał uwagę na to, że wymogu tego nie spełnia odwołanie, które jedynie powtarza lub dosłownie odtwarza zarzuty i argumenty podniesione już przed Sądem<sup>60</sup>.

86. Rzecznik generalny L.A. Geelhoed odwołał się do orzecznictwa istotnego w tym względzie w swojej opinii w sprawie Sumitomo Metal Industries i Nippon Steel przeciwko Komisji<sup>61</sup>: „[w] obecnie utrwalonym i już obszernym orzecznictwie Trybunał wywodził, że podniesione zarzuty muszą odnosić się do rozstrzygnięcia Sądu<sup>62</sup> oraz że w celu uniknięcia stwierdzenia niedopuszczalności odwołania należy w wyraźny sposób wykazać, czy i w jakim zakresie Sąd naruszył prawo<sup>63</sup>]. Z tego wymogu precyzyjności wynika m.in., że niewystarczające jest podniesienie zarzutu nieopartego faktami i dowodami<sup>64</sup>”.

60 — Zobacz ww. w przypisie 42 wyrok w sprawie Schröder i in. przeciwko Komisji, pkt 35. Taka interpretacja odwołania oznaczałaby nic innego jak próbę ponownego rozpatrzenia sprawy, zaś żaden przepis nie przewiduje ponownego rozpoznawania spraw przez Trybunał. Zobacz przykładowo wyrok Trybunału z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie C-499/03 P Biegi Nahrungsmittel i Commonfood przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-1751, pkt 37–38.

61 — Opinia rzecznika generalnego L.A. Geelhoeda przedstawiona w dniu 12 września 2006 r. w sprawach połączonych C-403/04 P i C-405/04 P, Zb.Orz. s. I-729.

62 — Zarzuty, które są zasadniczo wymierzone przeciwko działaniu lub zaniechaniu instytucji, są niedopuszczalne. Ponowne wniesienie tych zarzutów oznacza, iż miało miejsce „zwykłe” odwołanie. Zobacz między innymi wyroki Trybunału z dnia 7 maja 1998 r. w sprawie C-401/96 P Somaco przeciwko Komisji, Rec. s. I-2587, pkt 49 oraz z dnia 22 kwietnia 1999 r. w sprawie C-161/97 P Kernkraftwerke Lippe-Ems przeciwko Komisji, Rec. s. I-2057, pkt 76 i 77.

63 — Zobacz między innymi ww. w przypisie 42 wyrok w sprawie Schröder i in. przeciwko Komisji, pkt 35 i 38–42 oraz wyrok Trybunału z dnia 9 września 1999 r. w sprawie C-257/98 P Lucaccioni przeciwko Komisji, Rec. s. I-5251, pkt 61 i 62.

64 — Zobacz wyrok Trybunału z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-51/92 P Hercules przeciwko Komisji, Rec. s. I-4235, pkt 113.

87. Zatem moim zdaniem drugi zarzut odwołania powinien zostać uznany za niedopuszczalny.

88. Jednakże w celu umożliwienia wnoszącej odwołanie skorzystania z reguły, iż wątpliwości należy tłumaczyć na jej korzyść, założmy, że pomimo powyższych wątpliwości co do dopuszczalności badanego tu zarzutu odwołania, zarzut ten powinien być traktowany jako dopuszczalny.

89. Moim zdaniem — wbrew temu, co wnosząca odwołanie zdaje się twierdzić — nie istnieje sprzeczność w obrębie uzasadnienia wyroku, w zakresie w jakim zaskarżony wyrok nie zawiera żadnego stwierdzenia, zgodnie z którym „Sąd nie kwestionuje w świetle okoliczności faktycznych sprawy, że WIN jedynie zrównała swe ceny z cenami swoich konkurentów”.

90. Jak stwierdziłem powyżej w ramach mojej oceny pierwszego zarzutu odwołania, Sąd nie zastosował do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy właściwego orzecznictwa dotyczącego prawa do zrównania cen.

91. W istocie Sąd nie zbadał na podstawie okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, czy WIN faktycznie zrównała w dobrej wierze swoje ceny z cenami swoich konkurentów, czy też nie. Problem polega na tym, że ta kwestia faktyczna stanowi obecnie przedmiot sporu pomiędzy stronami na etapie postępowania odwoławczego.

92. Niemniej jednak odwołania przed Trybunałem są ograniczone do kwestii prawnych, co oznacza, że jedynie Sąd jest właściwy do

dokonywania ustaleń w zakresie okoliczności faktycznych leżących u podstaw postępowania w pierwszej instancji. Ponadto w postępowaniu odwoławczym stronom nie wolno proponować przedstawienia dowodów dotyczących okoliczności faktycznych, które nie zostały ustalone przez Sąd.

93. Moim zdaniem wynika z tego, że drugi zarzut odwołania jest niedopuszczalny w sposób podwójny.

94. W każdym razie zgodnie z wnioskiem, do którego doszedłem w niniejszej opinii, zaskarżony wyrok powinien zostać uchylony i skierowany do ponownego rozpoznania przez Sąd. Umożliwiłoby to Sądowi dokonanie ustaleń w zakresie kwestii faktycznej dotyczącej zrównywania cen przez WIN<sup>65</sup>.

95. Co do zasady, pragnę jednak skorzystać z okazji, aby zwrócić uwagę na to, co w moim odczuciu stanowi istotne zagadnienia w tym względzie. Po pierwsze, chodzi o orzecznictwo, na które Sąd powołał się w pkt 185–186 zaskarżonego wyroku. Po drugie, Sąd stwierdził w wyroku w sprawie Tetra Pak II, że „rzeczywisty zakres szczególnej odpowiedzialności ciężącej na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą powinien być oceniany w świetle szczególnych okoliczności każdej sprawy, które świadczą o osłabieniu konkurencji”<sup>66</sup>. Wobec tego

65 — W sytuacji gdy potrzebne są dodatkowe ustalenia faktyczne lub świeże spojrzenie na poczynione już ustalenia faktyczne, Trybunał kieruje sprawę ponownie do Sądu. Zobacz w tym względzie wyrok Trybunału z dnia 17 grudnia 1992 r. w sprawie C-68/91 P Moritz przeciwko Komisji, Rec. s. I-6849, pkt 41 i 42.

66 — Zobacz ww. w przypisie 4 wyrok w sprawie Tetra Pak II, pkt 24.

kwestia zrównywania cen w sprawie takiej jak niniejsza powinna być rozpatrywana w konkretnym przypadku. Wreszcie po trzecie, moim zdaniem, powinno się dopuścić okoliczności, w których przedsiębiorstwu zajmującemu pozycję dominującą zezwala się wyjątkowo na wykazanie, że stosowana przez nie praktyka cen poniżej średnich kosztów zmiennych jest obiektywnie uzasadniona<sup>67</sup>.

czenia testu dotyczącego drapieżnych cen wymaganego przez Trybunał w wyroku w sprawie AKZO. Metoda zastosowana przez Komisję nie pozwalała na ustalenie, czy abonenci pozyskani przez WIN wytworzyli dla tej spółki zysk czy stratę w okresie obowiązywania ich abonamentu.

D — Trzeci zarzut odwołania oparty na naruszeniu art. 82 WE — wypaczenie testu dotyczącego drapieżnych cen

## 1. Główne argumenty stron

96. W zarzucie trzecim wnosząca odwołanie twierdzi, że Sąd naruszył także art. 82 WE, nie odnosząc się krytycznie wobec metody używanej przez Komisję w celu obliczenia pokrycia kosztów, co doprowadziło do wypa-

97. Jeśli chodzi o *koszty zmienne*, to *wnosząca odwołanie* twierdzi, że w celu uznania cen niższych niż koszty zmienne za stanowiące nadużycie na podstawie art. 82 WE w pkt 71 wyroku w sprawie AKZO wymaga się, aby metoda obliczania pokrycia kosztów wykazywała, że produkty lub usługi zostały sprzedane ze stratą. Zastosowana metoda może być zgodna z art. 82 WE jedynie wtedy, jeśli wykáže, że w przypadku niektórych abonentów abonament wygenerował stratę w okresie 48 miesięcy. Jednakże skoro WIN twierdziła w swojej skardze o stwierdzenie nieważności, że praktycznie przez cały rozpatrywany okres każdy abonent wygenerował zysk dla WIN, Sąd nie mógł bez naruszenia art. 82 WE uniknąć weryfikacji, czy Komisja ustaliła, że przynajmniej niektórzy abonenci spowodowali stratę całkowitą dla WIN. Niemniej jednak Sąd zaaprobował podejście Komisji, które nie dawało pełnego obrazu rentowności każdego abonamentu.

<sup>67</sup> — Zobacz ww. w przypisie 31 opinia rzecznika generalnego N. Fennelly'ego w sprawie *Compagnie maritime belge*, pkt 127. Zobacz ww. w przypisie 48 wyrok Sądu z dnia 6 października 1994 r. w sprawie T-83/91 *Tetra Pak* przeciwko Komisji, pkt 147: „za dopuszczalne może zostać uznane to, że przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą dokonuje sprzedaży ze stratą w niektórych okolicznościach”. Zobacz między innymi Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Oxford, 6th ed., 2008, s. 956–957, rozdział 10.071: „W zakresie w jakim [reguła Akzo] implikuje regułę, w myśl której ceny poniżej średnich kosztów zmiennych [...] muszą być nieodzwrotnie drapieżnymi cenami, wydaje się zbyt surowa. Ceny poniżej [średnich kosztów zmiennych] mogą wspierać konkurencję [...]”, M. Motta, *Competition Policy*, Cambridge University Press 2004 s. 453; J. Faull i A. Nikpay, *The EC law of competition*, Oxford University Press 2007, s. 379, rozdział 4.287; ww. w przypisie 51 A. Ezrachi, s. 136; ww. w przypisie 55 OECD, s. 18: „Sama okoliczność, że przedsiębiorstwo ustala ceny poniżej kosztów, nie musi oznaczać, że podejmowane przez nie działania są szkodliwe dla konkurencji. Istnieją pewne okoliczności, w których takie stosowanie cen jest nie tylko nieszkodliwe, ale i prokonkurencyjne. Agencje powinny zatem badać wnikliwie wszelkie powody, jakie podmioty podejrzewane o stosowanie drapieżnych cen podają na uzasadnienie swoich praktyk cenowych”. Wyżej wymieniony w przypisie 44 R. Whish, s. 649; ww. w przypisie 44 A. Jones i B. Suftrin, s. 339; L. Garzaniti i F. Liberatore, *Recent Developments in the European Commission's Practice in the Communications Sector: Part 2*, (2004) E.C.L.R. 25(4) s. 234–240.

98. Jeśli chodzi o *koszty łączne*, to *wnosząca odwołanie* odsyła do swojego argumentu odnoszącego się do kosztów zmiennych i twierdzi, że Sąd wypaczył test dotyczący drapieżnych cen, nie weryfikując, czy udowodniono, że łączne koszty abonentów nie zostały pokryte. W istocie, nie przedstawiono dowodów na istnienie abonentów, których abonament wygenerował stratę dla WIN w okresie 48 miesięcy.

okresy, które zostały zbadane w zaskarżonej decyzji (obejmujące łącznie około półtora roku), stopa pokrycia musiała być niższa od 100% również przez cały średni okres trwania abonamentu, czyli 48 miesięcy. W tym względzie Komisja twierdzi, że stopa pokrycia poniżej 100% nie może stać się wyższa niż 100% w dłuższym okresie czasu, chyba że w przypadku gdy sytuacja w okresie po naruszeniu pozwoli przedsiębiorstwu wygenerować marże zysku przypadające na abonenta, które w sposób trwały znacznie przewyższają poziom konkurencyjny.

99. *Komisja* odiera te twierdzenia, powołując się po pierwsze na to, że nie tylko metoda zastosowana w niniejszej sprawie to ta sama metoda, która została użyta w przypadkach zakończonych wydaniem wyroków w sprawie AKZO i Tetra Pak II — zgodnie z którą koszty przyjmowane są po prostu w sposób, w jaki pojawiają się w księgach rachunkowych przedsiębiorstwa — ale tym razem Komisja nawet złagodziła tę metodę w sposób korzystny dla wnoszącej odwołanie. Przykładowo Komisja ani nie zastosowała obniżonej stawki, ani nie zaliczyła kosztów alternatywnych do kosztów użytych w obliczeniu.

## 2. Ocena

101. Wnosząca odwołanie nie określa w sposób jasny, które części (to znaczy, które punkty) zaskarżonego wyroku zostają zakwestionowane<sup>68</sup>.

100. Jeśli chodzi o alternatywną metodę obliczania (metodę zdyskontowanych przepływów gotówkowych), Sąd stwierdził, że Komisja nie popełniła oczywistego błędu w ocenie, a niniejsze odwołanie nie zawiera zarzutu, że Sąd popełnił błąd co do prawa w tym względzie. Co do konieczności wzięcia pod uwagę całego 48-miesięcznego okresu obowiązywania abonamentu Komisja podnosi, że skoro stopa pokrycia leżała poniżej 100% przez wszystkie kolejne krótkie

102. W skardze wniesionej do Sądu wnosząca odwołanie podnosi, że Komisja zastosowała statyczny test pokrycia strat, który w istocie sprowadza się do dodania kosztów pozyskania do pomnożonej przez 48 sumy stałych miesięcznych kosztów istniejących w dniu wykupienia abonamentu i porównania tej łącznej kwoty z pomnożoną przez 48 sumą stałych miesięcznych dochodów istniejących w tym samym dniu.

68 — W tym względzie oraz w celu uniknięcia powtórzeń odsyłam do pkt 85 i 86 niniejszej opinii, które mają zastosowanie również w tym miejscu.

103. W zaskarżonym wyroku Sąd orzekł odpowiednio w pkt 140 i 142, że „wbrew twierdzeniom WIN — Komisja nie zastosowała statycznego testu pokrycia” oraz „wbrew twierdzeniom WIN, metoda wcale nie polega na dodaniu kosztów pozyskania do pomnożonej przez 48 sumy stałych miesięcznych kosztów istniejących w dniu wykupienia abonamentu ani na porównaniu tej łącznej kwoty z pomnożoną przez 48 sumą stałych miesięcznych dochodów istniejących w tym samym dniu”<sup>69</sup>.

104. Jednakże poza pozornym zakwestionowaniem w odwołaniu oceny okoliczności faktycznych dokonanej przez Sąd wnosząca odwołanie nie krytykuje Sądu za żaden błąd w ocenie ani za przeinaczenie okoliczności faktycznych, a jedynie powtarza te same argumenty, które podniosła już wcześniej przed Sądem<sup>70</sup>. Co do argumentu dotyczącego metody zdyskontowanych przepływów gotówkowych Sąd orzekł w pkt 153–155 zaskarżonego wyroku, że Komisja nie popełniła błędu co do prawa, nie wybierając tej metody, a wnosząca odwołanie nie podnosi, że Sąd popełnił błąd co do prawa w tym względzie.

105. W związku z tym sądzę, że wystarczy to, aby odrzucić trzeci zarzut odwołania jako

69 — W przedmiocie rozumowania Sądu przemawiającego za tym stwierdzeniem zob. pkt 143–151 zaskarżonego wyroku.

70 — Odwołanie nie może ograniczać się do powtórzenia zarzutów i argumentów, które zostały już przedstawione przed Sądem, bez wysunięcia argumentów mających na celu stwierdzenie, że Sąd popełnił błąd co do prawa. Zobacz postanowienie Trybunału z dnia 5 lutego 1998 r. w sprawie C-30/96 P Abello i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-377, pkt 45.

niedopuszczalny, a w każdym razie bezzasadny.

*E — Czwarty zarzut odwołania oparty na naruszeniu przez Sąd art. 82 WE oraz ciężącego na nim obowiązku uzasadnienia — koszty i przychody po spornym okresie naruszenia*

106. W zarzucie czwartym wnosząca odwołanie podnosi, że stwierdzając, że nie należy uwzględniać kosztów poniesionych i przychodów uzyskanych po okresie zarzucanego naruszenia (to znaczy po dniu 15 października 2002 r.), Sąd naruszył zarówno art. 82 WE, jak i ciężący na nim obowiązek uzasadnienia. Na podstawie tego czasowego ograniczenia kosztów i przychodów podlegających uwzględnieniu Komisja błędnie stwierdziła istnienie naruszenia.

## 1. Główne argumenty stron

107. *Wnosząca odwołanie* twierdzi, że Sąd zaaprobował analizę Komisji, która wykluczyła koszty i przychody po dniu 15 października 2002 r. Sąd nie mógł — nie przecząc przy tym samemu sobie i bez naruszenia art. 82 WE — potwierdzić podejścia Komisji, które z jednej strony wiązało się z wyłączeniem z obliczenia stopy pokrycia przychodów i kosztów po przyjętym okresie naruszenia, ale które mieściły się w okresie 48 miesięcy, a z drugiej strony z uznaniem, że jeśli chodzi



o abonamenty, koszty i przychody zostały zgodnie z prawem rozłożone na 48 miesięcy. Aby spełnić wymogi art. 82 WE, stopa pokrycia powinna zostać obliczona jedynie w odniesieniu do okresu 48 miesięcy.

108. Wnosząca odwołanie podnosi, że potwierdzając stanowisko Komisji, Sąd dopuścił się sprzeczności w swoim uzasadnieniu, gdyż w zaskarżonej decyzji zostało w jasny sposób stwierdzone, że od dnia 15 października 2002 r. warunki konkurencji zostały „przywrócone”<sup>71</sup>, zaś obecnie Komisja przyznała, że nigdy nie uwzględniła przychodów uzyskanych po zarzucanym naruszeniu, ponieważ byłyby one zrealizowane tylko w warunkach osłabionej konkurencji.

109. Zdaniem *Komisji* ten zarzut odwołania stanowi w rzeczywistości jedynie rozszerzenie trzeciego zarzutu odwołania i jest wynikiem pomyłki. Nigdy nie było mowy o zezwoleniu na rozłożenie wszystkich przychodów i kosztów abonamentu na okres 48 miesięcy. Natomiast metoda Komisji, która została zaakceptowana przez Sąd, dopuszczała — zgodnie z zasadą amortyzacji środków trwałych — rozłożenie na określony czas szczególnej kategorii kosztów, a mianowicie zmiennych niestałych kosztów („kosztów podboju” lub „kosztów pozyskania abonentów”) poniesionych na początku abonamentu.

110. Komisja podnosi, że koszty stałe nie powinny być jednak rozkładane w czasie. Zgodnie z zaskarżoną decyzją przedsiębiorstwo nie było w stanie „osiągn[ąć] poziomu pokrycia stałych kosztów (kosztów sieci oraz kosztów produkcji) wystarczającego do tego, by uzyskana marża — po uwzględnieniu kosztów stałych — pokryła w rozsądnym okresie zmienne niestałe koszty poniesione w związku z inwestycją w handlowy rozwój tych produktów”<sup>72</sup> [tłumaczenie nieoficjalne, podobnie jak wszystkie cytaty z tej decyzji poniżej]. Jednakże wszystkie koszty i przychody, które powstały po zarzucanym naruszeniu i do których uwzględnienia w obliczeniu dąży wnosząca odwołanie, są stałe.

111. Następnie Komisja podnosi, że błędne byłoby włączenie do obliczenia prognoz przyszłych dodatnich marż wynikających ze spadków przyszłych kosztów, z których korzystaliby wszyscy konkurenci, ale czemu nie towarzyszyłby spadek cen. Taki wynik mógłby zostać osiągnięty wyłącznie w warunkach osłabionej konkurencji. Komisja zauważa, że w każdym razie ekstrapolacje wnoszącej odwołanie nie prowadziłyby do dodatniej stopy pokrycia kosztów łącznych oraz że nawet gdyby zaakceptowało się przedstawione przez wnoszącą odwołanie prognozy niezwykle wysokich marż zysku przez okres 48 miesięcy, marże takie mogłyby zostać zrealizowane jedynie w warunkach osłabionej konkurencji. Wreszcie Komisja twierdzi, że nawet wyłączając „koszty pozyskania”, bezpośrednie koszty, jakie powstawałyby każdego miesiąca po stronie WIN w przypadku każdego abonenta, byłyby wyższe niż przychody z abonamentu.

71 — Zobacz pkt 386 zaskarżonej decyzji.

72 — Zobacz motyw 76 zaskarżonej decyzji oraz pkt 136 zaskarżonego wyroku.

112. Wreszcie Komisja podnosi, że (błędne) podejście wnoszącej odwołanie polega na przyznaniu, że jej abonenci generują rosnące miesięczne straty przez półtora roku (okres objęty zaskarżoną decyzją), a następnie na założeniu znacznej marży dodatkowo w latach następujących po interwencji Komisji, tak by abonenci mogli okazać się rentowni pod koniec okresu obowiązywania abonamentu.

przewidzianych w art. 82 WE, przeprowadziła w niniejszej sprawie test pokrycia kosztów niezgodny z prawem” oraz że „z orzecznictwa nie wynika, by zastosowanie metody zdyskontowanych przepływów gotówkowych było konieczne w niniejszej sprawie, a [...] WIN nie przedstawiła żadnego argumentu, by dowieść, iż Komisja popełniła w tym względzie oczywisty błąd w ocenie”<sup>73</sup>.

## 2. Ocena

113. Na pierwszy rzut oka wydaje się, że omawiany tu zarzut odwołania stanowi jedynie rozszerzenie poprzedniego zarzutu oraz że wnosząca odwołanie powtarza argument, iż jedynie 48-miesięczny okres pozwoliłby na wyliczenie pokrycia kosztów zgodnie z wymogami art. 82 WE. Przede wszystkim wydaje się, iż badany tu zarzut opiera się na błędnym założeniu, że Sąd uznał, iż „koszty i przychody są rozłożone na 48 miesięcy”. Sąd nie dokonał takiego stwierdzenia w żadnym miejscu zaskarżonego wyroku. Natomiast Sąd potwierdził metodę Komisji polegającą na rozłożeniu jedynie określonej kategorii kosztów, a mianowicie zmiennych niestałych kosztów.

114. W każdym razie przeprowadzona przeze mnie analiza pkt 129–156 zaskarżonego wyroku nie wykazała nic, co mogłoby wpłynąć na ważność podejścia Sądu. Moim zdaniem Sąd nie popełnił błędu co do prawa i prawidłowo zastosował art. 82 WE, orzekając, że „WIN nie wykazała, że Komisja, poprawiając — w sposób korzystny dla WIN — wykorzystane przez nią dane wpisane do ksiąg rachunkowych WIN, tak by uwzględnić szczególny kontekst rynku właściwego, stosując się jednocześnie do wszystkich wymogów dotyczących oceny

115. Wreszcie pragnę przypomnieć, że zgodnie z regulaminem Trybunału przedmiot postępowania przed Sądem nie może ulec zmianie w odwołaniu. Jednakże podniesiony przez wnoszącą odwołanie badany tu zarzut odwołania różni się zdecydowanie od zarzutu podniesionego przed Sądem, w którym wnosząca odwołanie twierdziła, że poprzez odmowę zastosowania metody zdyskontowanych przepływów gotówkowych lub metody wartości bieżącej netto (NPV) (która zdaniem wnoszącej odwołanie stanowiła jedyną odpowiednią metodę), Komisja popełniła błąd co do prawa. Jednakże w odwołaniu wniesionym przez wnoszącą odwołanie do Trybunału nie ma już mowy o tej metodzie.

116. W związku z tym czwarty zarzut odwołania powinien zostać — moim zdaniem — uznany za niedopuszczalny, a w każdym razie za bezzasadny.

73 — Zobacz pkt 154 i 155. Odnośnie do dyskusji na temat podejścia dotyczącego wartości bieżącej netto zob. przykładowo wyrok brytyjski z dnia 15 stycznia 2002 r. w sprawie Napp Pharmaceutical Holdings Ltd przeciwko Director General of Fair Trading, Competition Commission Appeal Tribunal (CAT), Case No. 1001/1/1/01, pkt 260.

F — *Piąty zarzut odwołania oparty na naruszeniu art. 82 WE oraz obowiązku uzasadnienia — cena uznawana za drapieżną, nawet jeśli towarzyszy jej znaczne obniżenie udziału w rynku danego przedsiębiorstwa*

istnienia pozycji dominującej oraz wniosko-  
wania o obniżenie grzywny. Wnosząca odwo-  
łanie wykorzystuje ten argument w celu  
zakwestionowania istnienia nadużycia po raz  
pierwszy w odwołaniu.

117. W piątym zarzucie wnosząca odwołanie  
twierdzi również, że Sąd naruszył art. 82 WE  
oraz ciążący na nim obowiązek uzasadnienia,  
orzekając, że cena może być drapieżna nawet  
wówczas, gdy towarzyszy jej znaczne obni-  
żenie udziału w rynku danego przedsiębior-  
stwa. Takiej ceny nie należy bowiem uznawać  
za mogącą prowadzić do wykluczenia konku-  
rentów.

## 1. Główne argumenty stron

118. *Wnosząca odwołanie* twierdzi, że choć  
Sąd uznał, iż udział WIN w rynku spadł  
od sierpnia 2002 r., to jednak orzekł, że  
zarzucone naruszenie trwało do dnia  
15 października 2002 r. Tymczasem stoso-  
wanie drapieżnych cen zakłada znaczne  
zmniejszenie konkurencji, a zatem nie może  
występować tam, gdzie ma miejsce wzrost  
konkurencji.

119. *Komisja* twierdzi, że w pierwszej  
instancji wnosząca odwołanie podniosła ten  
argument wyłącznie w celu zakwestionowania

120. Co do istoty informacji, którymi dyspo-  
nuje Komisja, wykazują, że udział rynkowy  
WIN podlegał stałemu wzrostowi aż do dnia  
31 sierpnia 2002 r. Spadek udziału rynkowego  
w ciągu ostatniego półtora miesiąca narus-  
zenia mógł być jedynie skutkiem obniżenia  
taryf hurtowych FT za dostęp do sieci, czego  
WIN — w przeciwieństwie do swych konku-  
rentów — postanowiła nie odzwierciedlać  
w swoich cenach, kładąc tym samym kres  
naruszeniu w dniu 15 października 2002 r. Dla  
kompletności wyводу Komisja dodaje, że  
tego rodzaju obniżenie udziału rynkowego  
nie może prowadzić do zakwestionowania  
zgodności z prawem decyzji jako takiej, ale co  
najwyżej może doprowadzić do zakwestiono-  
wania czasu trwania naruszenia. Nie miałyby  
to jednak wpływu na kwotę grzywny, gdyż  
w odwołaniu nie wniesiono o ponowne rozpo-  
znanie w tym zakresie.

## 2. Ocena

121. Jak słusznie stwierdza Komisja, niniejsze  
odwołanie ogranicza się do dokonanej przez  
Sąd oceny nadużywania pozycji dominującej,

zaś WIN wysunęła argument podnoszonego obniżenia jej udziału rynkowego w pierwszej instancji jedynie w celu zakwestionowania istnienia pozycji dominującej<sup>74</sup> oraz w celu wnioskowania o obniżenie grzywny<sup>75</sup>.

G — *Szósty zarzut odwołania oparty na przeinaczeniu okoliczności faktycznych oraz na naruszeniu art. 82 WE — rzekomy plan stosowania drapieżnych cen*

#### 1. Przeinaczenie okoliczności faktycznych i dowodów

122. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem umożliwienie stronie przedstawienia po raz pierwszy przed Trybunałem zarzutu, który nie został przedstawiony przed Sądem, byłoby bowiem równoznaczne z umożliwieniem jej wniesienia do Trybunału — a jego kompetencje w postępowaniu odwoławczym są ograniczone — sprawy o szerszym zakresie niż sprawa rozpoznawana uprzednio przez Sąd. W postępowaniu odwoławczym kompetencje Trybunału są zatem ograniczone do oceny prawnego rozstrzygnięcia zarzutów, które były rozpatrywane w pierwszej instancji<sup>76</sup>.

124. Szósty zarzut odwołania składa się z dwóch części. W pierwszej części wnosząca odwołanie twierdzi, że jeśli chodzi o rzekomy plan stosowania drapieżnych cen, Sąd przeinaczył okoliczności faktyczne i dowody przedstawione do rozpatrzenia.

#### a) Główne argumenty stron

123. W związku z powyższym zarzut piąty podniesiony przez wnoszącą odwołanie powinien zostać uznany za niedopuszczalny.

125. *Wnosząca odwołanie* twierdzi, że Sąd przeinaczył dowody, na których oparł swą analizę istnienia planu stosowania drapieżnych cen. Opierał się on wyłącznie na dokumentach WIN oraz wywnioskował istnienie planu stosowania drapieżnych cen z pojęć w nich stosowanych takich jak „zagarnięcie” oraz „zagarniać”. Jednakże dokumenty te jedynie odzwierciedlały „stosunkowo ambitne cele handlowe”, by użyć własnych słów Sądu<sup>77</sup>.

74 — Punkt 95 skargi WIN w pierwszej instancji w ramach zarzutu dotyczącego istnienia pozycji dominującej.

75 — Punkt 272 skargi WIN w pierwszej instancji w ramach zarzutu dotyczącego grzywny.

76 — Zobacz wyrok Trybunału z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-68/05 P Koninklijke Coöperatie Cosun przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-10367, pkt 95-98 oraz przytoczone tam orzecznictwo.

77 — To odesłanie odnosi się do pkt 214 zaskarżonego wyroku.

126. Komisja podnosi, że wnosząca odwołanie dąży do ponownego rozpatrzenia w postępowaniu odwoławczym zarzutu, który został odrzucony jako niedopuszczalny przez Sąd, nie kwestionując jednak ustalenia, iż jest on niedopuszczalny. Po drugie, wnosząca odwołanie nie podniosła żadnego argumentu na poparcie rzekomego przeinaczenia i jedynie do Sądu należy ocena wartości, jaką należy przypisać przedłożonym przed nim dowodom. Dla kompletności wyводу Komisja twierdzi, że Sąd nie oparł swej analizy wyłącznie na dokumentach zawierających wyrażenie „zagarnąć”, ale również na wielu innych dokumentach.

#### b) Ocena

127. Wnosząca odwołanie dąży do ponownego rozpatrzenia zarzutu, który został odrzucony przez Sąd w pkt 204 i 205 zaskarżonego wyroku jako niedopuszczalny.

128. Jednakże wnosząca odwołanie nie może podnieść ponownie tego zarzutu w niniejszym odwołaniu. Może ona jedynie zakwestionować na podstawie konkretnych zarzutów stwierdzenie Sądu, w którym uznał on ten zarzut za niedopuszczalny w pierwszej instancji<sup>78</sup>, jak również musi przedstawić odpowiednie argumenty w celu wykazania,

że Sąd popełnił błąd co do prawa<sup>79</sup>. Moim zdaniem wnosząca odwołanie nie zakwestionowała ustalenia Sądu w przedmiocie niedopuszczalności.

129. Badana tu część zarzutu dotyczy kwestii faktycznej i nie przedstawia żadnych przekonujących argumentów na poparcie rzekomego przeinaczenia okoliczności faktycznych.

130. Z art. 225 WE i z art. 58 akapit pierwszy statutu Trybunału Sprawiedliwości wynika, iż Trybunał nie jest właściwy do ustalania okoliczności faktycznych ani też zasadniczo do badania dowodów, które Sąd dopuścił na poparcie tych okoliczności. Jeżeli dowody te uzyskano w prawidłowy sposób przy poszanowaniu ogólnych zasad prawa i wymogów proceduralnych dotyczących ciężaru dowodu i postępowania dowodowego, wyłącznie do Sądu należy ocena, jaką wagę należy przywiązywać do przedstawionych dowodów<sup>80</sup>. Ocena ta nie stanowi więc, z wyłączeniem przypadków przeinaczenia tych dowodów, kwestii prawnej, która jako taka podlega kontroli Trybunału<sup>81</sup>.

78 — Zobacz K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, 2<sup>nd</sup> edition, London 2006, s. 464: „Można to wywnioskować z wyroku w sprawie C-354/92 P Eppe przeciwko Komisji, Rec. s. I-7027, pkt 13”.

79 — Zobacz ww. w przypisie 70 postanowienie w sprawie Abello i in. przeciwko Komisji, pkt 45.

80 — Wyrok Trybunału z dnia 17 grudnia 1998 r. w sprawie C-185/95 P Baustahlgewebe przeciwko Komisji, Rec. s. I-8417, pkt 24.

81 — Wyrok Trybunału z dnia 7 listopada 2002 r. w sprawach połączonych C-24/01 P i C-25/01 P Glencore i Compagnie Continentale przeciwko Komisji, Rec. s. I-10119, pkt 65–69. Takie przeinaczenie musi wynikać w sposób oczywisty z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy bez konieczności dokonywania nowej oceny okoliczności faktycznych i dowodów. Zobacz wyrok Trybunału z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-551/03 P General Motors przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-3173, pkt 51, 52 i 54.

131. Pierwsza część szóstego zarzutu odwołania powinna zostać zatem uznana za niedopuszczalną.

134. *Komisja* twierdzi po pierwsze, że w przypadku nadużycia zamiar stanowi z racji swej natury subiektywny element oraz po drugie, że orzecznictwo wspólnotowe nie wymaga poparcia planu stosowania drapieżnych cen obiektywnymi dowodami takiego rodzaju, jaki sugeruje wnosząca odwołanie.

## 2. Naruszenie art. 82 WE

132. W drugiej części badanego tu zarzutu wnosząca odwołanie twierdzi, że Sąd naruszył art. 82 WE. Artykuł ten stawia wymóg istnienia planu usunięcia konkurentów, który można obiektywnie zidentyfikować; subiektywne postrzeganie pojęcia nadużycia pozycji dominującej nie wystarcza w żadnym wypadku do spełnienia tego wymogu.

### b) Ocena

135. Wystarczy stwierdzić, że tak jak w niektórych poprzednich zarzutach odwołania wydaje się, iż wnosząca odwołanie ucieka się do tych samych argumentów, które podniosła już przed Sądem.

### a) Główne argumenty stron

133. *Wnosząca odwołanie* utrzymuje, że nadużywanie pozycji dominującej stanowi pojęcie o charakterze obiektywnym. Jednakże Sąd oparł swą analizę oraz wnioski na czysto subiektywnych czynnikach, a nie na obiektywnych dowodach takich jak zagrożenia dla konkurentów, stosowanie selektywnych cen wobec klientów konkurentów, dyskryminacja cenowa, przelicytowanie bądź czas trwania, ciągłość oraz rozmiar sprzedaży przynoszącej straty.

136. W związku z tym również druga część szóstego zarzutu odwołania powinna zostać odrzucona jako niedopuszczalna.

137. Jeśli chodzi o plan stosowania drapieżnych cen, moim zdaniem Sąd zastosował tu orzecznictwo w sprawach AKZO i Tetra Pak II w sposób prawidłowy oraz w poszanowaniu wymogów prawa.

138. W związku z powyższym szósty zarzut odwołania powinien zostać odrzucony jako niedopuszczalny, a w każdym razie bezzasadny.

H — *Druga część siódmego zarzutu odwołania oparta na naruszeniu art. 82 WE — odzyskanie strat — udowodnienie przez przedsiębiorstwo niemożności odzyskania strat*

139. W drugiej części siódmego zarzutu odwołania wnosząca odwołanie twierdzi, że Sąd naruszył art. 82 WE poprzez pomylenie dowodu możliwości odzyskania strat przedstawionego przez Komisję z dowodem niemożności odzyskania strat przedstawionego przez zainteresowane przedsiębiorstwo.

## 1. Główne argumenty stron

140. *Wnosząca odwołanie* twierdzi, że sama WIN przedstawiła dowód na to, że odzyskanie strat było niemożliwe. W związku z powyższym Sąd powinien był rozstrzygnąć kwestię, czy Komisja uprawniona była do niewzięcia pod uwagę dowodu niemożności odzyskania strat przedstawionego przez przedsiębiorstwo.

141. *Komisja* utrzymuje, że wnosząca odwołanie nie podniosła w pierwszej instancji zarzutu dotyczącego tego, czy Komisja uprawniona była do niewzięcia pod uwagę takiego dowodu. W każdym razie Komisja twierdzi, że

argument został odrzucony w sposób dorozumiany w pkt 103–121 i 261–267 zaskarżonego wyroku. Wreszcie Komisja twierdzi, że dla kompletności wyводу faktycznie dokonała analizy możliwości odzyskania strat w zaskarżonej decyzji i uznała to za prawdopodobne w rozpatrywanej sprawie.

## 2. Ocena

142. Moim zdaniem wnosząca odwołanie nie podniosła żadnego argumentu przed Sądem, zgodnie z którym odzyskanie strat było niemożliwe, lecz jedynie wskazała na to, że Komisja w swojej zaskarżonej decyzji sama udowodniła niemożność odzyskania strat w drodze twierdzenia, że „warunki konkurencji zostały przywrócone”.

143. Ciążący na Sądzie obowiązek uzasadnienia swoich decyzji nie idzie bowiem tak daleko, aby wymagać od niego szczegółowej odpowiedzi na każdy argument wysunięty przez wnoszącą odwołanie, w szczególności, jeśli argument nie był wystarczająco jasny i precyzyjny i nie był odpowiednio poparty dowodami<sup>82</sup>.

82 — Zobacz wyrok Trybunału z dnia 6 marca 2001 r. w sprawie C-274/99 P Connolly przeciwko Komisji, Rec. s. I-1611, pkt 121 oraz ww. w przypisie 34 wyrok z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-197/99 P Belgia przeciwko Komisji, pkt 81.

144. Sądę, że argumentu, który WIN wysuwała w swojej skardze przed Sądem — zgodnie z którym Komisja zaprzeczyła samej sobie w swej analizie rynku — w celu udowodnienia, że odzyskanie strat nie było możliwe, nie można uznać za wystarczająco jasny i precyzyjny. Argument ten nie jest również równoznaczny z twierdzeniem, że Komisja nie była uprawniona do niewzięcia pod uwagę dowodu niemożności odzyskania strat przedstawionego przez zainteresowane przedsiębiorstwo.

nieunikniony, odrzucony w pkt 103–121 i 261–267 zaskarżonego wyroku.

145. W każdym razie wydaje się, iż dowód taki został w sposób dorozumiany, acz

146. W związku z tym sądę, że druga część siódmego zarzutu odwołania powinna zostać odrzucona jako niedopuszczalna jako nowy argument lub zarzut niepodniesiony przed Sądem, a w każdym razie jako bezzasadna.

## V — Wnioski

147. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał uchylił zaskarżony wyrok.

148. Ponadto uważam za wskazane, aby Trybunał skierował sprawę do ponownego rozpoznania przez Sąd zgodnie z art. 61 akapit pierwszy statutu Trybunału Sprawiedliwości i stwierdził, że rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.