

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

JÁNA MAZÁKA

przedstawiona w dniu 22 kwietnia 2010 r.¹

1. W niniejszym odwołaniu Deutsche Telekom AG („wnosząca odwołanie”) wnosi o uchylenie wyroku Sądu Pierwszej Instancji (obecnie „Sądu Unii Europejskiej”)², utrzymującego w mocy decyzję Komisji dotyczącą postępowania na podstawie art. 82 WE (obecnie art. 102 TFUE)³. Jest to pierwszy przypadek, kiedy Trybunał został powołany do wydania rozstrzygnięcia w sprawie rzekomego nadużycia pozycji dominującej mającego postać efektu nożyc cenowych.

I — Stan faktyczny leżący u podstaw sporu

2. Stan faktyczny sporu został przedstawiony w pkt 1–24 zaskarżonego wyroku. Ogranicz

się tutaj do najważniejszych kwestii. Spółka wnosząca odwołanie jest historycznym operatorem w sektorze telekomunikacji w Niemczech, gdzie obsługuje sieć telefonii stacjonarnej. Rynek dostaw infrastruktury telefonicznej i usług telefonicznych w Niemczech został zliberalizowany w dniu 1 sierpnia 1996 r., chwili wejścia w życie niemieckiej ustawy telekomunikacyjnej (zwanej dalej „TKG”). Każda sieć lokalna wnoszącej odwołanie składa się z szeregu „lokalnych pętli abonenckich” (obwodów fizycznych, które łączą punkt kończący sieci w pomieszczeniach abonenta z rozdzielnikiem głównym lub każdą inną równoważną instalacją publicznej stacjonarnej sieci telefonicznej). Należy odróżnić usługi lokalnej sieci dostępu, które wnosząca odwołanie oferuje swoim konkurentom („usługi pośrednie”) od tych, które oferuje ona swoim abonentom („usługi dostępu dla abonentów”). Wnosząca odwołanie miała od czerwca 1997 r. oferować swoim konkurentom w pełni uwolniony dostęp do pętli lokalnych. Ceny określone przez wnoszącą odwołanie za dostęp hurtowy muszą być zatwierdzane z góry przez niemiecki organ regulacyjny w zakresie telekomunikacji i poczty (zwany dalej „RegTP”), który bada, czy opłaty za usługi pośrednie proponowane przez wnoszącą odwołanie są, między innymi, oparte na kosztach wydajnego świadczenia usług i czy nie zawierają zniżek szkodzących możliwościom konkurentów. Co do dostępu detalicznego dla abonentów, wnosząca odwołanie oferuje dwa główne jego warianty: tradycyjne łącze analogowe i cyfrowe łącze wąskopasmowe (Integrated Services Digital Network, w skrócie ISDN). Obie te usługi mogą być świadczone poprzez należącą do wnoszącej odwołanie historyczną

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie T-271/03 Deutsche Telekom przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-477 (zwany dalej „zaskarżonym wyrokiem”).

3 — Decyzja Komisji 2003/707/WE z dnia 21 maja 2003 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 82 WE (sprawa COM/P/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG) (Dz.U. 2003 L 263, s. 9) (zwana dalej „sporną decyzją”).

sieć miedzianych przewodów dwużyłowych. Wnosząca odwołanie oferuje użytkownikom końcowym także dostęp szerokopasmowy (Asymmetrical Digital Subscriber Line, w skrócie ADSL) i w tym celu musiała zmodernizować istniejące sieci tak, aby móc oferować usługi szerokopasmowe, czyli szybszy dostęp do Internetu. Opłaty pobierane przez wnoszącą odwołanie za dostęp detaliczny („opłaty detaliczne” lub „ceny detaliczne”) do linii analogowych i ISDN są regulowane systemem pułapów cenowych. Wnosząca odwołanie ustala swoje ceny detaliczne za ADSL według własnego uznania, ale mogą być one rewidowane a posteriori.

wnosząca odwołanie zmniejszyła ceny detaliczne w obu koszykach; obniżki te zasadniczo dotyczyły cen za rozmowy telefoniczne. Z kolei ceny detaliczne za linie analogowe pozostały niezmienione. Nowy system pułapów cenowych, w ramach którego wprowadzone zostały nowe koszyki, wszedł w życie z dniem 1 stycznia 2002 r. W dniu 15 stycznia 2002 r. wnosząca odwołanie poinformowała RegTP, że proponuje podwyższenie swoich cen abonentów miesięcznych za linie analogowe i ISDN. Podwyżka została zatwierdzona. W dniu 31 października 2002 r. wnosząca odwołanie złożyła kolejny wniosek o podwyżkę pobieranych przez nią opłat detalicznych. Wniosek ten został częściowo odrzucony. Opłaty za ADSL nie są ustalane z góry na podstawie systemu pułapów cenowych, ale mogą być regulowane a posteriori. Wskutek otrzymania szeregu skarg od konkurentów w dniu 2 lutego 2001 r. RegTP, działając na podstawie niemieckich przepisów o ochronie konkurencji, wszczął badanie ex post stosowanych przez wnoszącą odwołanie cen. W dniu 25 stycznia 2002 r. organ ten stwierdził, że przedmiotowa podwyżka cen już nie uzasadnia podejrzenia o „dumping cenowy”.

3. Ceny detaliczne za połączenie z siecią wnoszącej odwołanie i za rozmowy telefoniczne są określane razem dla bloków usług obejmujących różnego rodzaju usługi pogrupowane w „koszyki”. Zgodnie z decyzjami wydanymi przez Federalne Ministerstwo Poczty i Telekomunikacji (zwane dalej „BMPT”), a następnie – przez RegTP, wnosząca odwołanie musiała obniżyć ceny łączne dla każdego z dwóch koszyków w okresie od dnia 1 stycznia 2000 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. W ramach tych wiążących obniżek cen, wnosząca odwołanie mogła zmieniać ceny dla poszczególnych składników każdego koszyka po uprzednim uzyskaniu zgody RegTP. Zmiany cen były zatwierdzane, jeśli średnia cena koszyka nie przekraczała wyznaczonego wskaźnika pułapu cenowego. W okresie tym

4. Co do spornej decyzji, jej najważniejsze części zostały zawarte w pkt 34–46 zaskarżonego wyroku, zatem nie będę ich powtarzał. Zasadniczo w 1999 r. Komisja otrzymała

skargi od 15 konkurentów wnoszącej odwołanie, którzy kwestionowali ustalone przez tą ostatnią ceny. Komisja w motywie 102 spornej decyzji przede wszystkim stwierdza, że efekt nożyc cenowych występuje wtedy, gdy opłaty należne wnoszącej odwołanie z tytułu usług pośrednich są tak wygórowane, iż jej konkurenci są zmuszeni do pobierania opłat wyższych od tych pobieranych przez wnoszącą odwołanie od swoich użytkowników końcowych. Nawet jeśli konkurenci są równie efektywni jak spółka wnosząca odwołanie, nie mogą wypracować zysku. W motywie 103 spornej decyzji Komisja dalej stwierdza, że w ten sposób konkurenci pozbawieni są możliwości oferowania, oprócz usług rozmów telefonicznych, dostępu poprzez pętlę lokalną. W braku takiej możliwości zmuszeni są do pokrycia swoich strat na usługach dostępu z wyższego dochodu z rozmów telefonicznych, tak jak to czyni sama wnosząca odwołanie. Jednakże w ostatnich latach ceny za rozmowy w Niemczech znacznie spadły, dlatego konkurenci często nie mają realnej możliwości pokrywania strat wynikających ze stosowania jednej ceny zyskami wypracowanymi za pomocą stosowania innej. W celu obliczenia efektu nożyc cenowych Komisja bierze pod uwagę tylko opłaty za dostęp do sieci lokalnej, z wyłączeniem cen rozmów telefonicznych. Wniosek, jaki należało wyciągnąć, jest taki, że w okresie między dniem 1 stycznia 1998 r. a dniem 31 grudnia 2001 r. (zwanym dalej „okresem pierwszym”) nie było ujemnej różnicy pomiędzy cenami usług pośrednich a cenami detalicznymi ustalanyymi przez wnoszącą odwołanie. Różnica ta była dodatnia w okresie od dnia 1 stycznia 2002 r. do dnia 21 maja 2003 r. (zwanym dalej „okresem drugim”). Jednakże ze względu na to, że dodatnia różnica nie mogła całkowicie pokryć ponoszonych przez wnoszącą odwołanie specyficznych kosztów związanych ze świadczeniem usług detalicznych, również w 2002 r. wystąpił efekt nożyc cenowych o charakterze nadużycia. Komisja uznaje, że ceny za usługi pośrednie i detaliczne wnoszącej odwołanie podlegają regulacji sektorowej.

Niemniej jednak wnosząca odwołanie miała wystarczający zakres swobody decydowania, aby zrestrukturyzować swoje ceny w taki sposób, aby w zależności od okresu albo ograniczyć, albo wyeliminować efekt nożyc cenowych. Komisja uznała to za poważne naruszenie w przypadku pierwszego okresu oraz naruszenie mniejszej wagi w przypadku okresu drugiego i nałożyła grzywnę w wysokości 12,6 mln EUR.

II — Zaskarżony wyrok

5. Podniesiony w ramach żądania głównego – stwierdzenia nieważności spornej decyzji – pierwszy zarzut dotyczył naruszenia art. 82 traktatu WE. W zakresie dotyczącym jego pierwszej części powołałam się na pkt 70–152 zaskarżonego wyroku. Powtórzę tutaj tylko najważniejsze kwestie. W odniesieniu do pierwszego okresu, Sąd podtrzymał zdanie Komisji, która stwierdziła, że wnosząca odwołanie miała zakres swobody pozwalający jej na złożenie wniosku o podwyżkę cen jej usługi dostępu w zakresie usług analogowych i ISDN, jeśli nieprzekraczane były zbiorcze pułapy cenowe dla koszyków. Sąd nie przyjął argumentu, że z powodu przeprowadzonej ex ante przez RegTP kontroli wnosząca odwołanie nie była już objęta zakresem stosowania art. 82 WE. Sąd zauważył, że RegTP

nie badał zgodności składanych doń wniosków z art. 82 WE. Krajowe organy regulacyjne działają na podstawie (krajowego) prawa telekomunikacyjnego, które może mieć cele odmienne niż cele wspólnotowej polityki ochrony konkurencji. W każdym razie Komisja nie może być związana decyzją wydaną przez organ krajowy. Co do okresu drugiego, zakres możliwości podwyższania cen za ADSL umożliwił ograniczenie efektu nożyc cenowych między cenami za usługi pośrednie z jednej strony, a cenami detalicznymi dla całego asortymentu usług dostępu – analogowych, ISDN i ADSL – z drugiej strony, ponieważ usługi te połączone są na poziomie usług pośrednich w jedno świadczenie i ADSL nie może być oferowany użytkownikom końcowym w oderwaniu od pozostałych usług.

nią opłat i ponoszonych kosztów – a nie na podstawie sytuacji jej rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów, była działaniem prawidłowym. Ponadto Komisja była uprawniona do stwierdzenia, że znaczenie dla tego obliczenia miały tylko usługi dostępu i dlatego mogła wykluczyć opłaty za rozmowy telefoniczne. Metoda taka jest zgodna z zasadą równoważenia taryf i z równością szans. Co się tyczy czwartej części pierwszego zarzutu – w ramach której wnosząca odwołanie utrzymywała, że efekt nożyc cenowych nie miał wpływu na rynek – powołuję się na pkt 225–245 zaskarżonego wyroku. W szczególności w pkt 237 Sąd stwierdził, że ze względu na to, iż „usługi pośrednie [świadczone przez wnoszącą odwołanie] są [...] niezbędne do umożliwienia jej konkurentom konkurowania [z nią] na rynku podrzędnym [wtórnym] usług dostępu dla abonentów, efekt nożyc cenowych [w okolicznościach niniejszej sprawy] zakłóci co do zasady rozwój konkurencji na rynkach podrzędnych [wtórnych]”. Niewielkie rozmiary udziałów rynkowych zdobytych przez konkurentów w rynku dostępu detalicznego od momentu liberalizacji rynku są dowodem utrudnień rozwoju konkurencji na tych rynkach powodowanych przez stosowaną przez wnoszącą odwołanie praktykę cenową.

6. Co się tyczy drugiej części, dotyczącej legalności metodologii Komisji, powołuję się na pkt 153–213 zaskarżonego wyroku. Zasadniczo Sąd uznał, że ze względu na to, iż zachowanie wnoszącej odwołanie było związane z niesłusznym charakterem różnicy między cenami za usługi pośrednie i cenami detalicznymi, Komisja nie musiała wykazywać, że stosowane przez wnoszącą odwołanie ceny detaliczne jako takie stanowią nadużycie. Następnie, w zakresie dotyczącym obliczeń, dokonana przez Komisję analiza bezprawnego charakteru praktyk cenowych stosowanych przez wnoszącą odwołanie na podstawie jej konkretnej sytuacji – pobieranych przez

7. Co do trzeciego zarzutu – w ramach którego wnosząca odwołanie podniosła nadużycie władzy i naruszenie zasad proporcjonalności, pewności prawa i ochrony

uzasadnionych oczekiwań – powołuję się na pkt 257–272 zaskarżonego wyroku. W szczególności Sąd stwierdził, iż zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań nie została naruszona, ponieważ decyzje RegTP nie powołują się w żaden sposób na art. 82 WE i ponieważ wynika z tego w sposób dorozumiany, ale jednoznacznie, że stosowane przez wnoszącą odwołanie praktyki cenowe mają skutek antykonkurencyjny, gdyż jej konkurenci musieli posiłkować się subsydiowaniem krzyżowym. Ponadto Sąd odrzucił zarzut, jakoby Komisja dopuściła się nadużycia władzy, przypominając, że nawet jeśli RegTP naruszył przepis wspólnotowy i nawet jeśli Komisja mogłaby wszcząć przeciwko Niemcom postępowanie z tytułu uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, możliwość taka nie wpływa na legalność spornej decyzji, zwłaszcza z tego względu, że art. 82 WE dotyczy tylko podmiotów gospodarczych, a nie państw członkowskich.

W szczególności Komisja miała prawo do uznania naruszenia, które wystąpiło w pierwszym okresie, za poważne. Ponadto Komisja słusznie uwzględniła interwencję RegTP, obniżając podstawową kwotę grzywny o 10%. Wreszcie Komisja słusznie zdecydowała, aby nie nakładać grzywny w symbolicznej kwocie. W świetle powyższego, Sąd oddalił skargę.

III — Odwołanie

8. Tytułem żądania ewentualnego wnosząca odwołanie wniosła o obniżenie kwoty nałożonej grzywny. Co do jej trzeciego zarzutu, odsyłam do punktów 290–300 zaskarżonego wyroku. Zasadniczo Sąd stwierdził, iż wnosząca odwołanie musiała wiedzieć, że pomimo faktu wydawania decyzji zatwierdzających przez RegTP, miała ona rzeczywistą swobodę ustalania i podnoszenia swoich cen detalicznych i redukowania w ten sposób efektu nożyc cenowych. Ponadto wnosząca odwołanie nie mogła nie wiedzieć, że efekt nożyc cenowych powoduje poważne ograniczenia konkurencji. Co do zarzutu czwartego i szóstego, odsyłam do pkt 301–321 zaskarżonego wyroku.

9. W dniu 25 listopada 2009 r. Trybunał wysłuchał ustnych wyjaśnień wnoszącej odwołanie, Vodafone i Komisji, jak również Versatel, która to spółka nie przedstawiła uwag na piśmie.

10. Przede wszystkim należy przytoczyć tutaj argument Vodafone, że części pierwsza, druga i trzecia pierwszego zarzutu odwołania oraz części pierwsza i druga drugiego zarzutu odwołania są niedopuszczalne, ponieważ wnosząca odwołanie tylko powieliła w nich argumenty uprzednio podniesione w pierwszej instancji i obecnie domaga się ponownego zbadania tych argumentów. Należy jednak podkreślić, że zgodnie z orzecnictwem „w sytuacji gdy wnoszący odwołanie

kwestionuje interpretację lub zastosowanie przez Sąd prawa wspólnotowego, okoliczności prawne rozpatrywane w pierwszej instancji mogą ponownie stanowić przedmiot sporu w ramach odwołania. Gdyby bowiem wnoszący odwołanie nie mógł oprzeć odwołania na zarzutach i argumentach podniesionych przed Sądem, postępowanie odwoławcze pozbawione byłoby częściowo sensu⁴. Zakładam, że w niniejszej sprawie wnosząca odwołanie nie tyle żąda ponownego rozpatrzenia skargi złożonej do Sądu, co raczej, za pomocą zasadniczo takich samych argumentów, wnosząca odwołanie kwestionuje dokonaną przez Sąd wykładnię i zastosowanie przezeń art. 82 WE. Zatem podnoszone przez wnoszącą odwołanie zarzuty odwołania są dopuszczalne.

12. Co się tyczy okresu pierwszego, wnosząca odwołanie podnosi, iż Sąd popełnił błąd, orzekając, że naruszenie może nie być jej przypisane tylko wówczas, gdy jej zachowanie miało za podstawę wyłącznie prawo krajowe oraz w braku możliwości wnoszenia o możliwość stosowania wyższych opłat. W swoim pierwszym zarzucie wnosząca odwołanie zasadniczo twierdzi, że istnienie zakresu swobodnego działania jest koniecznym, lecz niewystarczającym warunkiem możliwości przypisania jej naruszenia. Z twierdzenia tego nie jest możliwe wywnioskowanie, jakiej odpowiedzi udzielić należy na pytanie, czy wnosząca odwołanie mogła wnosić o możliwość stosowania wyższych cen, czy też powinna była to zrobić. Ponadto RegTP wielokrotnie twierdził, że efekt nożyc cenowych nie ma skutku ograniczającego konkurencję.

A — Zarzut pierwszy, dotyczący naruszeń prawa związanych z regulacją dokonywaną przez RegTP jako właściwy krajowy organ regulacyjny

1. Część pierwsza zarzutu pierwszego dotycząca możliwości przypisania naruszenia

11. Komisja i Vodafone twierdzą, że ta część zarzutu pierwszego powinna zostać oddalona.

13. Co do możliwości przypisania naruszenia, Sąd słusznie zastosował odpowiednie orzecznictwo. Chociaż fakt, że RegTP nie sprzeciwił się stanowiącemu nadużycie zachowaniu wnoszącej odwołanie, mógł być uznany za postawę w pewien sposób zachęcającą ją do takiego zachowania, nadal jednak, sam w sobie i z siebie, nie uwalnia wnoszącej odwołanie z odpowiedzialności na podstawie art. 82 WE⁵. Zgodnie

4 — Wyrok z dnia 12 września 2006 r. w sprawie C-131/03 P Reynolds Tobacco i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-7795, pkt 49–51, oraz przytoczone tam orzecznictwo.

5 — Zobacz wyrok z dnia 16 grudnia 1975 r. w sprawach połączonych od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73 Suiker Unie i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 1663, pkt 36–73 oraz wyrok z dnia 9 września 2003 r. w sprawie C-198/01 CIE, Rec. s. I-8055, pkt 56. Zobacz również wyrok z dnia 30 stycznia 1985 r. w sprawie 123/83 Clair, Rec. s. 391, pkt 21–23.

z orzecznictwem „[art. 82 WE] może mieć zastosowanie [...], jeżeli stwierdzono, że uregulowania krajowe stwarzają możliwość zapobieżenia, ograniczenia czy zakłócenia konkurencji w wyniku autonomicznego działania przedsiębiorstw”⁶. Dlatego jeżeli wnosząca odwołanie miała zakres swobody działania, powinna była wnieść do krajowego organu regulacyjnego o danie jej możliwości podwyżki swoich cen detalicznych, aby w ten sposób zakończyć działanie o charakterze nadużycia. Podejście to potwierdziła ostatnio wyraźnie Wielka Izba Trybunału w wyroku w sprawie *Sot. Lélou kai Sia i in.*⁷. W pkt 113 zaskarżonego wyroku Sąd słusznie wskazał, że krajowe organy regulacyjne są zobowiązane, tak jak wszystkie organy państwa, do przestrzegania postanowień traktatu WE. Jednakże decyzje podjęte przez krajowe organy regulacyjne nie mogą unie możliwiać późniejszych działań Komisji na późniejszym etapie i wymagania przez nią przestrzegania art. 82 WE na podstawie rozporządzenia nr 17 czy, obecnie, rozporządzenia nr 1/2003⁸. W wyroku w sprawie *Masterfoods przeciwko HB* Trybunał co do zasady stwierdził, że zgodnie z art. 82 WE Komisja nie może być związana decyzją podjętą przez organ krajowy⁹. W tym względzie, jak zauważono w pkt 265 zaskarżonego wyroku, również uważam, że nie jest wykluczone, iż w niniejszej sprawie organy niemieckie także naruszyły prawo wspólnotowe. Jednak brak działania z ich strony, jeśli zostałyby dowiedzione, pozostaje bez wpływu na zakres swobodnego działania, w ramach którego

wnosząca odwołanie mogła ograniczyć efekt nożyc cenowych. Możliwość wszczęcia przeciwko danemu państwu członkowskiemu postępowania z tytułu uchybienia jego zobowiązaniom uzupełnia powyższe kompetencje Komisji, ale ich nie zastępuje.

14. Z kolei według wnoszącej odwołanie, w niniejszej sprawie odpowiedzialność krajowych organów regulacyjnych przeważa nad szczególną odpowiedzialnością regulowanego przedsiębiorstwa i ogranicza ją tylko do obowiązku przekazania wszystkich informacji krajowemu organowi regulacyjnemu w sposób prawidłowy i pełny. Wnosząca odwołanie zauważa, po pierwsze, że w niniejszej sprawie ceny podlegały regulacji mającej na celu stworzenie sektora telekomunikacyjnego otwartego na konkurencję¹⁰. Ponadto dyrektywa „liberalizacyjna” 90/388¹¹ opiera się na prawie konkurencji, w szczególności na art. 86 ust. 3 WE. Oznacza to, że RegTP miał obowiązek przestrzegania wspólnotowego prawa ochrony konkurencji. Zgodnie z § 27 ust. 3 TKG RegTP ma zapewnić zgodność opłat „z [...] innymi przepisami prawa”, w tym

6 — Zobacz wyrok z dnia 11 listopada 1997 r. w sprawach połączonych C-359/95 P i C-379/95 P Komisja i Republika Francuska przeciwko Ladbroke Racing, Rec. s. I-6265, pkt 33 i 34 oraz cytowane orzecznictwo.

7 — Wyrok z dnia 16 września 2008 r. w sprawach połączonych od C-468/06 do C-478/06, Zb.Orz. s. I-7139, pkt 62 i nast.

8 — Odpowiednio rozporządzenie Rady (EWG) nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r., pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. [81 WE] i art. [82 WE] traktatu (Dz.U. L 13, s. 204–211); oraz rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [81 WE] i art. [82 WE] traktatu (Dz.U. L 1, s. 1–25).

9 — Wyrok z dnia 14 grudnia 2000 r. w sprawie C-344/98, Rec. s. I-11369, pkt 48.

10 — Rozporządzenie (WE) nr 2887/2000 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2000 r. w sprawie uwolnienia dostępu do pętli lokalnej (Dz.U. L 336, s. 4–8).

11 — Dyrektywa Komisji 90/388/EWG z dnia 28 czerwca 1990 r. w sprawie konkurencji na rynkach sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. L 192, s. 10).

z art. 82 WE. Ponadto z art. 10 WE wynika, że RegTP, jako organ państwa członkowskiego, musi powstrzymać się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrozić urzeczywistnieniu celów traktatu.

15. Co się tyczy rzekomego przeniesienia odpowiedzialności, należy mieć na uwadze, że dla celów prawa konkurencji znaczenie ma obiektywne zachowanie przedsiębiorstwa¹². W normalnych warunkach powinna istnieć możliwość przypisania przedsiębiorstwu tego zachowania. Dlatego też Sąd słusznie stwierdził w pkt 85 i 86 zaskarżonego wyroku, że orzecznictwo Trybunału dopuszcza wyjątki od tej zasady tylko w ściśle określonych warunkach. W każdym razie fakt, że przedsiębiorstwo działało w *dobrej wierze* nie może w tym względzie odgrywać żadnej roli. Jak bowiem stwierdziłem na początku, fakt, że państwo członkowskie może zachęcać do praktyk antykonkurencyjnych, nie zmienia faktu, iż to przedsiębiorstwu zostanie przypisane naruszenie. Ponadto, pomimo iż argument wnoszącej odwołanie, zgodnie z którym w orzecznictwie przytoczonym w pkt 86–89 zaskarżonego wyroku rozpatrywane przepisy krajowe miały na celu ograniczenie lub uniemożliwienie konkurencji, a obecne ramy regulacyjne mają raczej na celu otwarcie sektora telekomunikacyjnego na konkurencję, zgodnie z dyrektywą 90/388 i rozporządzeniem nr 2887/2000, sam w sobie jest prawidłowy,

nadal faktem jest, że rozpatrywane ramy regulacyjne uzupełniają traktatowe reguły konkurencji i powinny zapewnić konkurencyjny kontekst w zakresie, w jakim same art. 81 WE i 82 WE nie mogą tego zapewnić z taką samą skutecznością¹³. Komisja słusznie wskazała w tym względzie, że ustawodawca wspólnotowy jasno wyraził swą wolę ochrony konkurencji, w szczególności na tym rynku, wprowadzając dodatkowe środki. Dlatego art. 81 WE i 82 WE należy uznać za postanowienia ustanawiające zespół minimalnych kryteriów. W szczególności, biorąc pod uwagę powyższy pierwszy zarzut wnoszącej odwołanie dotyczący okresu od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r., wystarczy wskazać, że zgodnie z art. 1 spornej decyzji naruszenie przez wnoszącą odwołanie reguły konkurencji nie nastąpiło na skutek niezłożenia przez nią wniosków do RegTP, ale raczej na skutek prowadzenia przez nią polityki cenowej niezgodnej z art. 82 WE. Wnioski te były krokiem koniecznym, lecz tylko formalnym, aby wykorzystać przysługujący jej zakres swobody decydowania. W związku z tym Sąd miał słuszność, potwierdzając w pkt 125–131 zaskarżonego wyroku słuszność podejścia Komisji w tej kwestii.

16. Po drugie, wnosząca odwołanie podnosi, iż Bundesgerichtshof (niemiecki Trybunał Federalny) nie uznał w swoim wyroku z dnia

12 — Zobacz wyrok z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76 Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, Rec. s. 461, pkt 91. Zobacz również wyrok z dnia 21 lutego 1973 r. w sprawie 6/72 Europemballage i Continental Can przeciwko Komisji, Rec. s. 215, pkt 29.

13 — W tym aspekcie, co do rozporządzenia nr 2887/2000, zob. wyrok z dnia 24 kwietnia 2008 r. w sprawie C-55/06 Arcor, Zb.Orz. s. I-2931, pkt 59–64.

10 lutego 2004 r., że odpowiedzialność wnoszącej odwołanie za złożenie wniosków dotyczących regulacji jej cen pociąga za sobą konieczność zastąpienia oceną dokonaną przez ten sąd na podstawie art. 82 WE oceny dokonanej przez krajowy organ regulacyjny. Zamiast tego, Bundesgerichtshof potwierdził, że odpowiedzialność za utrzymanie struktury rynku należy do krajowego organu regulacyjnego.

17. Jednak dość stwierdzić, jak to Komisja słusznie zauważyła w kwestii dokonanej przez Sąd wykładni powyższego wyroku, że wnosząca odwołanie nie zarzuciła żadnego wypaczenia dowodów oraz że w każdym razie Bundesgerichtshof stwierdził, iż nadużycie może wystąpić nawet wówczas, gdy ceny podlegają uprzedniej weryfikacji przez RegTP.

18. Po trzecie, co do punktu 120 zaskarżonego wyroku, wnosząca odwołanie podnosi, że wyrok w sprawie Masterfoods przeciwko HB nie ma przełożenia na niniejszą sprawę. Po pierwsze, kwestia rozpatrywana tutaj dotyczy tylko możliwości przypisania naruszenia, a nie tego, czy Komisja jest związana oceną merytoryczną dokonaną przez RegTP. Po drugie, krajowe organy

regulacyjne pełnią samodzielną funkcję w ramach systemu ochrony konkurencji w sektorze telekomunikacyjnym.

19. I znów uważam, że argumenty wnoszącej odwołanie nie pomagają jej w obronie stanowiska. Jak stwierdzono powyżej, Komisja nie może być związana decyzją organu krajowego i zgoda takiego organu nie może wyłączać stwierdzenia przez Komisję nadużycia na podstawie art. 82 WE tylko z tytułu rzekomego braku możliwości przypisania naruszenia. Komisja wywodzi bowiem swoje uprawnienia bezpośrednio z traktatu i z rozporządzenia nr 17 oraz, obecnie, z rozporządzenia nr 1/2003. Jak wyżej wspomniałem, rozpatrywane ramy regulacyjne uzupełniają reguły konkurencji i oba te zespoły przepisów należy traktować jako wzajemnie uzupełniające się¹⁴. Ponadto jak słusznie dowodziła Komisja, dyrektywa mająca za podstawę art. 86

14 — Zobacz obwieszczenie Komisji z 22 sierpnia 1998 r. o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym – przepisy ramowe, rynki właściwe i zasady (zwane dalej „komunikatem o dostępie”) (Dz.U. 1998, C 265, s. 2), którego pkt 22 brzmi następująco: przedsiębiorstwa działające w sektorze telekomunikacyjnym powinny mieć świadomość, że stosowanie się do unijnych przepisów dotyczących zachowania konkurencji nie zwalnia ich z obowiązku przestrzegania wymogów wynikających z kontekstu regulacji ONP, i *vice versa* (dodano podkreślenie). Zobacz również pkt 60 tego komunikatu, zgodnie z którym: „[art. 82 WE stosuje się] zazwyczaj do [...] działań, które zostały zaakceptowane przez organ krajowy”. Zobacz ogólnie, A. de Stree, *On the edge of antitrust: the relationship between competition law and sector regulation in European electronic communications*, EUI Florence, October 2006; P. Larouche, *Contrasting legal solutions and the comparability of EU and US experiences*, TILEC Discussion Paper, November 2006; G. Monti, *Managing the intersection of utilities regulation and EC competition law*, *Competition Law Review*, Vol. 4, 2, July 2008, oraz R. Klotz, w: Ch. Koenig, A. Bartosch, J.D. Braun i M. Romes, (red.), *EC competition and telecommunications law*, 2n edition, Wolters Kluwer, 2009, s. 108 i nast.

ust. 3 WE nie może poddawać w wątpliwość, w odniesieniu do stosowania art. 82 WE, podziału kompetencji ustalonego na poziomie prawa pierwotnego w art. 83 WE i 85 WE. Ponadto Komisja w swoich wytycznych w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej¹⁵ jasno stwierdziła – co w istocie już było prawdą w kontekście poprzednich ram prawnych (zob. ww. w przypisie 14 komunikat o dostępie) – że w praktyce nie można wykluczyć istnienia na podstawie regulacji *ex ante* i reguł konkurencji równoległych procedur i że organy ochrony konkurencji mogą przeprowadzać własną analizę rynku i wprowadzać środki zaradcze równoległe do środków sektorowych stosowanych przez krajowe organy regulacyjne.

20. Po czwarte, wnosząca odwołanie uważa, że zasada pewności prawa wymaga, aby dominujące przedsiębiorstwo podlegające regulacji mogło polegać na prawidłowości tej regulacji. Jeśli środki podjęte przez krajowe organy regulacyjne nie są zgodne z art. 82 WE, Komisja powinna wszcząć postępowanie przeciwko państwu członkowskiemu z tytułu uchybienia przezeń jego

zobowiązaniom, a nie postępowanie przeciwko przedsiębiorstwu dominującemu.

21. W mojej ocenie Sąd słusznie stwierdził, że nawet jeśli RegTP, tak jak każdy inny organ państwa, jest zobowiązany do przestrzegania postanowień traktatu WE, organem tym był, w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych sporu, niemiecki organ odpowiedzialny za stosowanie regulacji sektorowych w dziedzinie telekomunikacji, a nie organ ochrony konkurencji tego państwa członkowskiego. Uważam, że analogia dwóch barier zaproponowana przez Komisję jest w tym względzie całkiem trafna. Rozporządzenie stanowi jedną z tych barier; jego przepisy są przestrzegane, jeżeli wnosząca odwołanie czyni im zadość i to do RegTP należy rozstrzygnięcie w tej sprawie. Artykuł 82 WE stanowi drugą barierę i – niezależnie od nałożonego na RegTP obowiązku przestrzegania postanowień traktatu WE – to do kompetencji właściwego organu ochrony konkurencji, w tym przypadku Komisji, należy, w odpowiednim przypadku, rozstrzygnięcie, czy ta druga bariera została uwzględniona, czy nie. Ponadto wnosząca odwołanie nie mogła nie wiedzieć o tym, że rozporządzenie telekomunikacyjne i stosowanie art. 82 WE stanowią oddzielne instrumenty, pomimo tego, że oba mają na celu ochronę konkurencji. Stanowisko wnoszącej odwołanie w przedmiocie rozdzielenia tych dwu instrumentów jest błędne, gdy powołuje się ona na pkt 61 komunikatu Komisji o dostępie i twierdzi, że jeżeli Komisja uważa, iż środki podjęte przez krajowy organ regulacyjny nie są zgodne z art. 82 WE, to ona powinna wszcząć przeciwko państwu członkowskiemu postępowanie z tytułu uchybienia przezeń ciążącym na nim zobowiązaniom. Komisja może bowiem w taki sposób poprawiać błędy państw członkowskich popełnione w ramach regulacyjnych, czyli niedostateczne zastosowanie przez te państwa ram

15 — Wytyczne Komisji w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej zgodnie z ramami regulacyjnymi Wspólnoty dotyczącymi sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. 2002, C 165, s. 6), s. 6–31 [tłumaczenie nieoficjalne] oraz w szczególności ich pkt 31.

regulacyjnych. Jednakże celem niniejszego postępowania nie jest ustalenie, czy RegTP istotnie popełnił taki błąd, czy nie. Jak słusznie stwierdziła Komisja, kontrola przestrzegania art. 82 WE nie została delegowana na krajowy organ regulacyjny w zastępstwie Komisji.

RegTP, iż nie zachodzi efekt nożyc cenowych. Jak bowiem stwierdzono w pkt 116 zaskarżonego wyroku, RegTP zastosował to pojęcie nie tylko w odniesieniu do opłat za rozmowy telefoniczne, ale także w odniesieniu do pogrupowania kilku typów usług dostępu na poziomie abonenta, w odniesieniu do której to metody Sąd musiał uznać, że stanowi ona „subsydiowanie krzyżowe”.

22. W swoim drugim zarzucie wnosząca odwołanie podnosi, że rozstrzygnięcia zawarte w pkt 111–119 zaskarżonego wyroku i dotyczące badania efektu nożyc cenowych przez RegTP są pozbawione znaczenia dla sprawy lub zostały wydane z naruszeniem prawa. RegTP zawsze zaprzeczał istnieniu antykonkurencyjnego efektu nożyc cenowych. Wnosząca odwołanie twierdzi, że, po pierwsze, fakt, iż Sąd nie zgadza się z opinią RegTP ma niewielkie znaczenie dla możliwości przypisania naruszenia. Rozumowanie to prowadzi do sprzecznego z prawem błędnego koła w rozumowaniu: ponieważ Sąd doszedł do innych wniosków niż wnioski wyciągnięte wcześniej przez RegTP, wnosząca odwołanie nie ma prawa polegać na wyniku badania przez RegTP. W owym czasie brak było orzecznictwa czy praktyki decyzyjnej Komisji dotyczącej tej kwestii. Ponadto pojęcie „subsydiowania krzyżowego” użyte przez RegTP w jego decyzji z dnia 29 kwietnia 2003 r. nie dawało wnoszącej odwołanie żadnego powodu do wątplenia w prawidłowość orzeczenia

23. Uważam, że Komisja słusznie wskazała, iż twierdzenie Sądu, z którego wynika, że RegTP nie badał art. 82 WE jest stwierdzeniem stanu faktycznego, które nie może być kwestionowane w tym odwołaniu. W każdym razie zgadzam się z poglądem Sądu wyrażonym w pkt 114 i 268 zaskarżonego wyroku, iż istotne jest, że żadna z decyzji RegTP cytowanych przez wnoszącą odwołanie nie powołuje się na art. 82 WE. Jest więc jasne, że RegTP stosował prawo krajowe, a nie – wspólnotowe prawo konkurencji. Jak wskazała Komisja, twierdzenia RegTP dotyczące efektu nożyc cenowych nie dotyczyły obszaru, gdzie wnosząca odwołanie miała dowiedziony zakres swobody decyzji, to znaczy modyfikacji cen za dostęp dla abonentów. Uważam, iż Sąd słusznie stwierdził, że RegTP nie rozpatrywał zgodności przedmiotowych cen z art. 82 WE lub też co najmniej błędnie zastosował art. 82 WE. Oznacza to, iż

Sąd słusznie stwierdził, że RegTP nie badał art. 82 WE. Wnosząca odwołanie nie powinna czynić Sądowi zarzutów z powodu tautologii. Wnosząca odwołanie mogła wywnioskować z decyzji RegTP, że działanie tego organu ani nie zastąpiło, ani nie przesądziło o wyniku analizy art. 82 WE przeprowadzonej przez Komisję. Analizy prowadzone przez RegTP i Komisję nie tylko doprowadziły do uzyskania różnych wyników, ale też, co ważne, inne jest też zastosowane w nich decydujące kryterium. Co się tyczy pojęcia subsydiowania krzyżowego, uważam, że Sąd nie przyłożył do niego niewspółmiernej wagi. W rzeczywistości zarówno RegTP, jak i Sąd w punkcie 116 zaskarżonego wyroku jasno zajęli stanowisko, że to subsydiowanie krzyżowe „opłat za usługi dostępu i opłat za rozmowy telefoniczne” było głównym zagadnieniem, a nie – sprawa łączenia w grupy kilku rodzajów dostępu.

24. Po drugie, wnosząca odwołanie twierdzi, że rozumowanie Sądu w pkt 111–114 zaskarżonego wyroku, iż RegTP nie musiał badać zgodności cen z prawem, z powodów podanych w jej argumentacji w pkt 14 powyżej. Kwestia ta, czy też zagadnienie, czy RegTP wyraźnie powołał się na art. 82 WE, ma niewielkie znaczenie dla sprawy. Decydujące znaczenie ma natomiast fakt, że RegTP działał w ramach regulacyjnych, których celem jest otwarcie

sektora na konkurencję i spowodowanie, by wspólnotowe prawo konkurencji było w nim stosowane oraz to, że organ ten badał sprawę i orzekł, że nie zachodzi ograniczający konkurencję efekt nożyc cenowych.

25. Powyższy argument jest nieprawidłowy. Należy wskazać w tym względzie, że RegTP stosował prawo telekomunikacyjne, a nie prawo konkurencji. Sąd słusznie podniósł w pkt 113 zaskarżonego wyroku, że krajowe organy regulacyjne działają zgodnie z prawem krajowym, które może mieć cele, które, wpisując się w zakres polityki telekomunikacyjnej, różnią się od celów wspólnotowej polityki konkurencji (zob. komunikat o dostępie, pkt 13).

26. W swoim trzecim zarzucie wnosząca odwołanie podnosi, że wbrew temu, co Sąd stwierdził w pkt 109 i 110 zaskarżonego wyroku, fakt, iż stosowane przez nią ceny detaliczne za dostęp do linii analogowych były oparte na zatwierdzeniu przez BMPT, nie ma znaczenia dla możliwości przypisania naruszenia. Znaczenie ma jedynie to, że RegTP zbadał i uznał za bezzasadny zarzut

dotyczący istnienia rzekomo ograniczającego konkurencję efektu nożyc cenowych.

„subsydiowania krzyżowego” pomiędzy dwoma rynkami.

27. Jednakże, jak wynika z pkt 109 i 110 zaskarżonego wyroku, wnosząca odwołanie nie twierdzi, że BMPT badał zgodność tych cen z art. 82 WE. Jak bowiem wskazała Komisja, różnica pomiędzy cenami za dostęp do linii analogowych a cenami usług pośrednich nie mogłaby wtedy być badana, ponieważ opłaty za usługi pośrednie zostały zatwierdzone dopiero później, to znaczy w marcu 1998 r. – tymczasowo, a w lutym 1999 r. – ostatecznie.

28. Co się tyczy okresu drugiego, wnosząca odwołanie twierdzi, że błędne jest założenie, iż wystąpił dający się jej przypisać i noszący znamiona nadużycia efekt nożyc cenowych. W swoim pierwszym zarzucie wnosząca odwołanie twierdzi, że zaskarżony wyrok jest błędny, podobnie jak w przypadku okresu pierwszego, ze względu na fakty wydania decyzji RegTP, nie można jej przypisać istnienia efektu nożyc cenowych. W swoim drugim zarzucie wnosząca odwołanie podnosi, że zaskarżony wyrok zawiera sprzeczność dotyczącą oceny możliwości przypisania naruszenia, a obliczeniem skali efektu nożyc cenowych. Ten ostatni wymaga bowiem istnienia „subsydiowania krzyżowego” między dwoma rynkami, ale podczas obliczania efektu nożyc cenowych nie uwzględniono dochodów uzyskiwanych przez konkurentów z usług rozmów telefonicznych, ponieważ konkurenci nie mogli skorzystać z możliwości

29. W mojej ocenie Sąd nie postępował w sposób wewnętrznie sprzeczny. Rozdzielenie rynku dostępu szerokopasmowego od rynku dostępu wąskopasmowego ma znaczenie tylko dla rynku detalicznego. Z drugiej strony, w przypadku rynku usług pośrednich, istnieje tylko jeden rynek dla dostępu do lokalnych sieci stacjonarnych. Co ważne, wnosząca odwołanie nie zakwestionowała pkt 148–150 zaskarżonego wyroku i uważam stwierdzenia Sądu zawarte w tych punktach za prawidłowe. W tym względzie istotne jest bowiem, że wnosząca odwołanie nie podważyła w pierwszej instancji definicji rynków właściwych. Jak wynika z pkt 139 zaskarżonego wyroku, wnosząca odwołanie nie zaprzeczała, że przed 2002 r. dysponowała wystarczającym zakresem swobody decyzji, aby położyć kres występowaniu efektu nożyc cenowych. Gdyby wnosząca odwołanie skorzystała z tego zakresu, efekt nożyc cenowych nie wystąpiłby także w okresie od 2002 r. do 2003 r. Ze względu bowiem na nową regulację, obowiązującą od 2002 r. i zezwalającą na dodatkową podwyżkę cen za dostęp detaliczny, a tym samym – na ograniczenie skali efektu nożyc cenowych (zob. pkt 141 i 142 zaskarżonego wyroku), efekt nożyc cenowych, którego występowanie już się zakończyło w 2001 r. w żadnym razie nie powinien być ponownie się pojawić na skutek regulacji w 2002 r. Zgadzam się z Komisją, że na skutek popełnienia nadużycia w pierwszym okresie, wnosząca odwołanie przygotowała grunt pod nadużycie w okresie drugim. Ocena ta wyrażona została w pkt 135 zaskarżonego

wyroku w odniesieniu do okresu trwającego do 2002 r. i ta sama logika stanowi podstawę oceny Sądu dotyczącej okresu drugiego.

30. W swoim trzecim zarzucie wnosząca odwołanie podnosi, że naruszono prawo w zakresie dotyczącym możliwości ograniczenia efektu nożyc cenowych. Twierdzenie zawarte w pkt 149 zaskarżonego wyroku, choć prawidłowe, nie ma zdaniem wnoszącej odwołanie znaczenia. Jednakże założenie, zgodnie z którym „ograniczone podwyższenie cen ADSL doprowadziłoby do wyższej średniej ceny detalicznej za połączone razem usługi dostępu wąskopasmowego i szerokopasmowego” jest błędne pod względem prawnym, gdyż nie ma pokrycia w faktach. Kwestia, czy i w jakim zakresie abonenci łączący wąskopasmowych będą rezygnować ze zmiany na łącze szerokopasmowe z powodu podwyższenia cen za dostęp szerokopasmowy, nie została zbadana. Podwyżka cen za dostęp szerokopasmowy doprowadziła zdaniem wnoszącej odwołanie do zmniejszenia obrotów.

31. W tym zakresie, jak już wyżej wskazałem, wnosząca odwołanie nie kwestionowała rozdzielenia rynków. Jak sama przyznała w swym odwołaniu, rynek usług szerokopasmowych w przedmiotowym okresie znacznie się rozwinął (zob. motyw 27 spornej decyzji) i w tym aspekcie wnosząca odwołanie nie zarzucała wypaczenia dowodów. Jak to podniosła Komisja, dzięki efektowi nożyc cenowych występującemu w sektorze linii analogowych i sektorze ISDN, wnosząca odwołanie

zapewniała sobie także klientów w sektorze ADSL. Wynika z tego, że podwyżka cen za ADSL zawsze prowadziłyby do poprawy sytuacji konkurencyjnej i do ograniczenia efektu nożyc cenowych. Zgadzam się także z Komisją, że wnosząca odwołanie nie podważała twierdzenia (zob. motyw 77 i nast. spornej decyzji), zgodnie z którym abonenci, którzy z powodów zawodowych są uzależnieni od połączenia szerokopasmowego, w większości nie przechodzą, w przypadku podwyżki cen, na łącze jedynie wąskopasmowe. Dlatego, nawet jeśli następował bardziej ograniczony wzrost liczby nowych klientów z powodu wyższych cen (elastyczność cenowa), efekt nożyc cenowych byłby zmniejszony. Dlatego uważam, że Sąd nie naruszył prawa, kiedy potwierdził twierdzenie Komisji, że efekt nożyc cenowych mógł zostać zmniejszony w drodze podwyżki cen za połączenia ADSL. Z powyższego wynika, że pierwsza część pierwszego zarzutu odwołania jest bezzasadna.

2. Część druga pierwszego zarzutu odwołania, dotycząca zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań.

32. Komisja i Vodafone twierdzą, że ta część pierwszego zarzutu odwołania powinna zostać oddalona.

33. Wnosząca odwołanie podnosi, że Sąd w błędny sposób zastosował zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań. Decyzje RegTP spowodowały bowiem powstanie po stronie wnoszącej odwołanie uzasadnione oczekiwanie, że stosowane przez nią ceny były zgodne z prawem. W tym względzie kwestia, czy decyzje te obejmują powołanie się na art. 82 WE nie ma znaczenia z powodów podanych w pkt 24 powyżej. Co się dotyczy drugiego zarzutu, wbrew temu, co stwierdził Sąd w pkt 267 i 268 zaskarżonego wyroku, ani z oświadczeń złożonych przez RegTP w przedmiocie możliwości subsydiowania krzyżowego z cenami za usługi łączności, ani z użycia wyrażenia „subsidiowanie krzyżowe” nie wynika, że praktyki cenowe stosowane przez wnoszącą odwołanie miały skutek antykonkurencyjny. W owym momencie nie wydano jeszcze żadnej decyzji Komisji, ani żadnego wyroku sądów wspólnotowych w tej sprawie. Dlatego wnosząca odwołanie twierdzi, że miała ona podstawy, aby polegać na decyzjach RegTP.

34. Jednakże z rozważań przedstawionych w pierwszej części pierwszego zarzutu odwołania wynika, że ze względu na to, iż oświadczenia RegTP nie przesądzają o wyniku oceny przeprowadzonej przez Komisję, nie mogą uzasadnić powstania po stronie wnoszącej odwołanie oczekiwaniami, iż Komisja będzie sugerować się opinią RegTP. To samo w sobie wystarczy, aby wykluczyć złamanie zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań, a argumenty, jakie wnosząca odwołanie podniosła przeciwko twierdzeniom zawartym w pkt 267–269 zaskarżonego wyroku, nie powinny być skuteczne. W każdym razie zgadzam się z Komisją, że kwestionowanie przez

wnoszącą odwołanie pkt 267 i 268 zaskarżonego wyroku także opiera się w sposób dorożumiany na założeniu, iż Komisja powinna być związana oceną dokonaną przez RegTP, co, jak wyżej zauważyliśmy, nie ma miejsca. Decyzje RegTP powinny bowiem być wywołać podejrzenia możliwości wystąpienia potencjalnych problemów ze strukturą cen – zwłaszcza w świetle wcześniej istniejącego orzecznictwa (oraz praktyki decyzyjnej Komisji) cytowanego w pkt 188–191 zaskarżonego wyroku, stanowiącego, że fakt, czy praktyki cenowe stosowane przez przedsiębiorstwo dominujące mają znamiona naruszenia, jest ustalany poprzez odniesienie do jego własnej sytuacji. Ponadto jak słusznie zauważyła Vodafone, wnosząca odwołanie wiedziała, że w 1998 r. i 1999 r. 15 z jej konkurentów wniosło do Komisji skargi dotyczące struktury cenowej oferty wnoszącej odwołanie, a Komisja rozpoczęła badanie tych faktów zgodnie z art. 82 WE.

35. W swoim trzecim zarzucie wnosząca odwołanie twierdzi, że powołanie się przez Sąd na wyrok Bundesgerichtshof z dnia 10 lutego 2004 r. nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy. Wyrok ten został wydany po rozpatrywanych okresie i nie jest decydujący dla kwestii, czy wnosząca odwołanie miała prawo polegać na prawidłowości decyzji RegTP podjętej w tym okresie. To raczej z wyroku Oberlandesgericht Düsseldorf (Wyższego Sądu Krajowego w Düsseldorfie) z 16 stycznia 2002 r. wnosząca odwołanie mogła wywnioskować, że słusznie opierała się na decyzjach RegTP i że

wszelkie nadużycie wynikające z art. 82 WE było wykluczone.

pierwszego zarzutu odwołania powinna zostać oddalona.

36. Co się tyczy wyroku Bundesgerichtshof, wbrew temu, co sugerują argumenty wnoszącej odwołanie, z brzmienia zaskarżonego wyroku w sposób jasny wynika, że Sąd nie uważał go za podstawę dla uzasadnionych oczekiwań, a tylko starał się wskazać, że Bundesgerichtshof doszedł do takich samych wniosków, co on sam. Co do wyroku wydane-go przez Oberlandesgericht Düsseldorf, zgadzam się z Vodafone, że wyrok był w każdym razie wydany kilka lat po rozpoczęciu rozpatrywanego okresu. Dlatego, co najwyżej, może on mieć znaczenie tylko dla okresu po dniu 16 stycznia 2002 r. Jak bowiem podniosła Vodafone, można twierdzić, że wnosząca odwołanie w rzeczywistości nie miała żadnych uzasadnionych oczekiwań zasługujących na ochronę¹⁶. Z rozważań przedstawionych w części pierwszej pierwszego zarzutu odwołania wynika, że jako przedsiębiorstwo dominujące, wnosząca odwołanie musiała sama sprawdzić, czy jej postępowanie było zgodne z art. 82 WE. Istotne jest także, że na podstawie rozporządzenia nr 17, w owym czasie nadal obowiązującego, wnosząca odwołanie miała faktycznie możliwość domagania się od Komisji atestu negatywnego dla struktury cenowej swojej oferty. Dlatego ze wszystkich powyższych rozważań wynika, że część druga

3. Część trzecia pierwszego zarzutu odwołania dotycząca umyślnego lub wynikającego z niedbalstwa charakteru naruszenia

37. Komisja i Vodafone twierdzą, że ta część zarzutu pierwszego powinna zostać oddalona.

38. Zgodnie z pierwszym zarzutem wnoszącej odwołanie, zaskarżony wyrok w punktach 284–289 nie spełnia wymagań ustanowionych w art. 253 WE ze względu na to, że Sąd błędnie w nim stwierdził, że sporna decyzja jest uzasadniona w sposób wystarczający w odniesieniu do niedbalstwa lub zamiaru. Wnosząca odwołanie podnosi, że z prawnego punktu widzenia nie wystarczy, aby Komisja odesłała w drugim umocowaniu spornej decyzji do art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 jako podstawy prawnej do nałożenia grzywny. Umocowanie nie stanowi części uzasadnienia decyzji. W każdym razie nie podaje powodów, dla których Komisja uznała, że naruszenie zostało popełnione umyślnie lub przez niedbalstwo. Po drugie, ustalenia faktyczne poczynione przez Komisję, do których

16 — Zobacz wyrok z dnia 20 marca 1997 r. w sprawie C-24/95 Alcan Deutschland, Rec. s. I-1591, pkt 25 i 31.

odwołuje się Sąd w pkt 287 zaskarżonego wyroku, nie mają takiego charakteru, aby mogły uzasadniać twierdzenie o naruszeniu art. 82 WE popełnionym umyślnie lub przez niedbalstwo. Nie mają one związku z kwestią subiektywnej możliwości przypisania zachowania rozpatrzoną w orzecznictwie.

39. Przede wszystkim, zgodnie z tym orzecznictwem, przedsiębiorstwo wie o antykonkurencyjnym charakterze swojego postępowania, gdy jest „świadome elementów faktycznych uzasadniających stwierdzenie występowania pozycji dominującej na rynku, jak i oceny [zawartej w stwierdzeniu przez Komisję] nadużycia tej pozycji”¹⁷. Dlatego wystarczy stwierdzić, że ponieważ świadomość naruszania reguł konkurencji nie jest

decydująca, wina umyślna może wystąpić, nawet jeśli przedsiębiorstwo nie zna interpretacji tych reguł przez Komisję. Argument wnoszącej odwołanie dotyczący regulacji sektorowej może w tym względzie odgrywać rolę co najwyżej w odniesieniu do kwestii, czy wnosząca odwołanie wiedziała, że jej działanie było bezprawne. Jednak nie wpływa to na umyślny charakter jej zachowania. Jak to również słusznie wskazała Komisja, w tych okolicznościach ta część zarzutu pierwszego staje się bezskuteczna, ponieważ zachowanie się wnoszącej odwołanie wyraźnie spełniło subiektywne przesłanki określone w art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17, czego w istocie nie podważała. Komisja przyznała, że sporna decyzja nie zawiera dokładnych wyjaśnień co do tego, czy naruszenie zostało popełnione umyślnie lub co najmniej wskutek niedbalstwa. Zgadzam się jednak, że ze względu na to, iż zakres obowiązku uzasadnienia zależy od konkretnych okoliczności danej sprawy, Sąd miał prawo stwierdzić, że wymogi ustanowione w art. 253 WE zostały w niniejszej sprawie spełnione. Pod tym względem można stwierdzić, że odpowiednie kryteria związane z pojęciem zamiaru i niedbalstwa nie budzą żadnych wątpliwości, ponieważ stanowią część utrwalonego orzecznictwa¹⁸. Jak to słusznie zauważył Sąd w pkt 286 zaskarżonego wyroku, sporna decyzja zawiera odesłanie do art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 i należy to rozumieć w ten sposób, że Komisja uznała, że naruszenie zostało popełnione umyślnie lub co najmniej z niedbalstwa. Następnie, jak Sąd słusznie zauważył w pkt 287 zaskarżonego wyroku, Komisja w spornej decyzji opisała szczegółowo okoliczności naruszenia, zwłaszcza przyczyny będące podstawą uznania przez Komisję stosowanych przez wnoszącą odwołanie praktyk cenowych za nadużycie oraz przyczyny uznania wnoszącej odwołanie za odpowiedzialną, pomimo obowiązującej regulacji. Dlatego zarzut, że

17 — Zobacz wyrok z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81 NBIM przeciwko Komisji (Michelin I), Rec. s. 3461, pkt 107 oraz wyrok z dnia 8 listopada 1983 r. w sprawach połączonych od 96/82 do 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 i 110/82 IAZ International Belgium i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 3369, pkt 45. Zobacz również wyrok z dnia 14 grudnia 2006 r. w sprawach połączonych od T-259/02 do T-264/02 i T-271/02 Raiffeisen Zentralbank Österreich i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-5169, pkt 206.

18 — Zobacz wyrok z dnia 1 lutego 1978 r. w sprawie 19/77 Miller, Rec. s. 131, pkt 18.

Sąd niesłusznie stwierdził, iż sporna decyzja zawiera dostateczne uzasadnienie, powinien zostać oddalony.

do wyciągnięcia odpowiednich wniosków z ogólnego zachowania Komisji w niniejszej sprawie.

40. Zgodnie z zarzutem drugim wnoszącej odwołanie, ocena dokonana w pkt 295–300 zaskarżonego wyroku obarczona jest wadą ze względu na brak należytego uzasadnienia. Ponadto to rozumowanie Sądu zostało oparte na błędnym zastosowaniu pierwszego akapitu art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17. Brak jest subiektywnej możliwości przypisania potencjalnego naruszenia art. 82 WE. W świetle decyzji RegTP i w braku precedensu wspólnotowego, wnosząca odwołanie nie była świadoma przypuszczalnie antykonkurencyjnego charakteru swojego zachowania. Stwierdzenia dotyczące decyzji RegTP, zawarte w pkt 267–269 zaskarżonego wyroku i na które powołano się w pkt 299 tego wyroku, nie potwierdzają wniosku, że wnosząca odwołanie ponosi winę (umyślną). Ocena winy nie zależy od tego, czy przedsiębiorstwo jest świadome, że jego postępowanie narusza art. 82 WE, lecz raczej od świadomości antykonkurencyjnego charakteru jego postępowania. Ponadto ani pojęcie subsydowania krzyżowego stosowane przez RegTP, ani wyrok Bundesgerichtshof nie potwierdzają wniosku, że to wnosząca odwołanie ponosi winę. Wreszcie Sąd nie zbadał zarzutu, że wnosząca odwołanie jest uprawniona

41. W mojej ocenie, w pkt 295 i nast. zaskarżonego wyroku, Sąd spełnił wymóg uzasadnienia, kiedy doszedł do wniosku, że wnosząca odwołanie działała umyślnie, ponieważ była świadoma elementów stanu faktycznego, które miały znaczenie przy ocenie jej sprawy. Argument wnoszącej odwołanie, iż była ona nieświadoma wniosku, że pewne zachowanie nie było, zgodnie z dokonaną oceną prawną, dopuszczalne przez obowiązujące przepisy – jeśli chodzi o pojęcia „antykonkurencyjny” lub „antykonkurencyjny charakter” – jest nie do utrzymania. Dość wskazać, że takie podejście nie jest zgodne z odpowiednimi kryteriami wypracowanymi w ww. w pkt 39 orzecznictwa, zgodnie z którymi dla stwierdzenia nadużycia na podstawie art. 82 WE istotne są okoliczności lub elementy stanu faktycznego je uzasadniające. Ponadto Sąd słusznie przyjął w pkt 298 zaskarżonego wyroku, że argumenty wnoszącej odwołanie dotyczące wszczęcia postępowania przedspornego przeciwko Republice Federalnej Niemiec nie mają znaczenia ze względu na to, iż nie dotyczą wypracowanych przez orzecznictwo kryteriów dotyczących pojęcia winy umyślnej, o którym mowa wyżej. Co się tyczy rzekomej obietnicy Komisji, że ta nie będzie prowadzić sprawy przeciwko wnoszącej odwołanie, ta ostatnia nie przedstawiła żadnego dowodu

na poparcie tej tezy i dlatego Sąd nie miał obowiązku się nią zajmować. Wynika z tego, że część trzecia zarzutu pierwszego również powinna zostać oddalona. Dlatego zarzut pierwszy powinien zostać oddalony w całości jako nieuzasadniony.

ustalonych przez wnoszącą odwołanie. Jednakże sprzeciw wnoszącej odwołanie dotyczył wcześniejszego etapu rozumowania – kwestii dotyczącej stosowności kryterium efektu nożyc cenowych.

B — *Zarzut drugi, dotyczący naruszeń prawa przy stosowaniu art. 82 WE*

1. Część pierwsza zarzutu drugiego, dotycząca znaczenia kryterium efektu nożyc cenowych dla stwierdzenia nadużycia

42. Komisja i Vodafone twierdzą, że ta część zarzutu drugiego powinna zostać oddalona.

43. W pierwszym zarzucie wnosząca odwołanie podnosi brak uzasadnienia ze względu na to, że jej argumenty nie zostały zbadane przez Sąd. Zaskarżony wyrok opiera się jej zdaniem na błędnym kole w rozumowaniu – Sąd zastosował kryterium wybrane przez Komisję do określenia elementów oceny cen

44. Należy zauważyć, że jest to pierwszy przypadek, kiedy taka forma nadużycia została zaskarżona przed Trybunałem Sprawiedliwości¹⁹. Jedynym wcześniejszym orzecznictwem wspólnotowym dotyczącym efektu nożyc cenowych jest rozstrzygnięcie Sądu wydane w sprawie *Industrie des poudres sphériques przeciw Komisji*²⁰. Jednakże sprawa ta dotyczyła raczej nieuwzględnienia skargi przez Komisję, a nie – wydania decyzji stwierdzającej nadużycie

19 — Zobacz także zawiśłą przed Trybunałem sprawę C-52/09 *TeliaSonera Sverige*, w ramach której podniesiono szereg kwestii dotyczących nożyc cenowych. Jednakże podstawowe kwestie oraz okoliczności faktyczne i prawne tych spraw różnią się między sobą pod kilkoma ważnymi względami (np. brak jest interakcji pomiędzy regulacjami telekomunikacyjnymi a prawem konkurencji oraz, w szczególności, brak jest wynikającego z regulacji zobowiązania przedsiębiorstwa *TeliaSonera* do oferowania produktów podstawowych dla ADSL „input products for ADSL”).

20 — Wyrok z dnia 30 listopada 2000 r. w sprawie T-5/97, Rec. s. II-3755 (zwany „wyrokiem w sprawie IPS”). Zobacz orzeczenia krajowe wydane m.in. w następujących sprawach: (Włochy) *Telecom Italia*, A 351, provvedimento n 13752 z dnia 16 listopada 2004 r.; (Francja) *France Télécom/SFR Cegetel/Bouygues*, Decision n 04-D-48 z dnia 14 października 2004 r.; (Dania) *Song Networks A/S/TDC/SDNO-FON* z dnia 27 kwietnia 2004 r.; (Szwecja) *TeliaSonera*, dnr 1135/2004 z dnia 22 grudnia 2004 r.; (Wielka Brytania) *BskyB*, CA98/20/2002, oraz sprawa *NCCN 500*, Ofcom Decision z dnia 1 sierpnia 2008 r. Zobacz także przypisy 26 i 29.

pozycji dominującej. W niniejszej sprawie Trybunał będzie musiał postanowić m.in. w zasadniczej kwestii, czy Sąd miał podstawy, aby stwierdzić, że stosowanie efektu nożyc cenowych stanowi samoistne nadużycie pozycji dominującej, to znaczy jest nim nawet przy braku stanowiącego nadużycie stosowania cen za usługi pośrednie i/lub drapieżnych cen detalicznych? Jak to zostanie pokazane, uważam że Sąd – uznając definicję nożyc cenowych przyjętą przez Komisję w spornej decyzji – mógł stwierdzić, nie naruszając w żaden sposób prawa, iż w niniejszej sprawie efekt nożyc cenowych stanowi samodzielną formę nadużycia. Co do pierwszego zarzutu, dotyczącego braku uzasadnienia, nie zgadzam się z twierdzeniem wnoszącej odwołanie. Uzasadnienie Sądu na ten temat nie ogranicza się do pkt 166–168 zaskarżonego wyroku. Znaczenie mają tutaj także pkt 169–213 ze względu na to, że w punktach tych Sąd zajmował się metodą użytą przez Komisję do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy istnieje efekt nożyc cenowych czy nie, a zatem – czy nastąpiło nadużycie na podstawie art. 82 WE. To wystarczy do stwierdzenia, że Sąd nie naruszył art. 253 WE. Nie uważam również, że Sądowi można zarzucić błędne koło w rozumowaniu. Wprawdzie w pkt 166–168 zaskarżonego wyroku Sąd tylko przyjął stanowisko Komisji. Jednakże, jak słusznie wskazała Vodafone, w pkt 183 i nast. zaskarżonego wyroku Sąd przeprowadził badanie argumentów wnoszącej odwołanie i wyjaśnił, dlaczego uznał za konieczne ich odrzucenie. W szczególności przy analizie metody zastosowanej przez Komisję Sąd także dokonał oceny zagadnienia, czy metoda ta nadaje się do wykazania nadużycia na podstawie art. 82 WE. Dlatego właśnie w pkt 167 zaskarżonego wyroku Sąd, zgadzając się z podejściem Komisji, mógł stwierdzić, że w przypadku tego rodzaju nadużycia istotna jest różnica między cenami, a nie – stanowiące nadużycie ceny per se. W związku z tym w pkt 189–191 zaskarżonego wyroku Sąd powołuje się na odpowiednie precedensy. Zatem w tym zakresie wyraźnie

nie mamy do czynienia z brakiem uzasadnienia zaskarżonego wyroku.

45. W swoim drugim zarzucie wnosząca odwołanie podnosi fakt błędnego zastosowania art. 82 WE: kryterium efektu nożyc cenowych ze swej istoty nie nadaje się jej zdaniem do ustalenia, czy ma miejsce nadużycie, w sytuacji gdy ceny za usługi pośrednie są narzucone przez krajowy organ regulacyjny. Gdy bowiem krajowy organ regulacyjny ustala zawyżone ceny za usługi pośrednie, przedsiębiorstwo, którego działalność jest regulowana, jest zobowiązane do stosowania zawyżonych cen detalicznych w celu zapewnienia odpowiedniej różnicy pomiędzy cenami za usługi pośrednie i cenami za usługi detaliczne. Tutaj wnosząca odwołanie musiała wybrać pomiędzy dwiema formami nadużycia: nożycami cenowymi i nadmiernymi cenami. W ten sposób nie mogła uniknąć popełnienia nadużycia. Przedsiębiorstwo dominujące popełnia nadużycie tylko wówczas, gdy stosowane przez nie ceny detaliczne są, jako takie, nadmiernie niskie.

46. Uważam, że ponieważ Sąd słusznie stwierdził, iż efekt nożyc cenowych jest uzależniony od różnicy pomiędzy dwiema cenami, a nie od ich bezwzględnego poziomu cen per se – oczywiście przy założeniu, że przedsiębiorstwo ma prawo decydowania o zmianie przynajmniej jednej z tych cen – a kryterium efektu nożyc cenowych powinno mieć zastosowanie nawet wówczas, jeżeli obie takie ceny lub jedna z nich podlegają regulacji. Przykład nadmiernych cen usług pośrednich narzuconych przez krajowy organ regulacyjny ma, w mojej ocenie, charakter teoretyczny,

a wnosząca odwołanie nie wyjaśniła, dlaczego miałby on mieć znaczenie dla niniejszej sprawy, zwłaszcza, że ceny usług pośrednich były ustalane na podstawie ich kosztów, co wynika z punktu 8 zaskarżonego wyroku, a wnosząca odwołanie miała możliwość złożenia wniosku o uwzględnienie zmiany w obliczaniu podstawy kosztów. Dlatego zaskarżony wyrok jest zgodny z art. 82 WE, a część pierwsza zarzutu drugiego powinna zostać oddalona jako nieuzasadniona.

2. Część druga zarzutu drugiego dotycząca błędnego obliczenia skali efektu nożyc cenowych

metodologii Komisji Sąd w zaskarżonym wyroku popełnił naruszenie prawa, gdyż oparł się w nim na kryteriach niezgodnych z art. 82 WE. „As-Efficient-Competitor-Test” (kryterium równie skutecznego konkurenta) zostało błędnie zastosowane do stanu faktycznego sprawy, ponieważ wnosząca odwołanie, jako przedsiębiorstwo dominujące, nie podlega tym samym warunkom regulacyjnym, co jej konkurenci. Wnosząca odwołanie musiała przejść abonentów niezależnie od ich ekonomicznej atrakcyjności. Ponadto wymagano od wnoszącej odwołanie świadczenia usług „preselekcji” (wybór operatora na stałe) i „call-by-call” (każdorazowy wybór operatora) [określanych razem jako „(pre-)selekcja”], podczas gdy jej konkurenci nie podlegali takim zobowiązaniom. Zatem kryterium równie skutecznego konkurenta powinno zostać dostosowane. Analiza nie powinna być oparta na strukturze klientów wnoszącej odwołanie.

47. Komisja i Vodafone twierdzą, że ta część drugiego zarzutu powinna zostać oddalona.

48. W pierwszym zarzucie wnosząca odwołanie podnosi, że również w ramach badania

49. Ta część zarzutu drugiego dotyczy kryteriów mających znaczenie dla efektu nożyc cenowych uznawanych za bezprawne na

podstawie art. 82 WE. Jest jasne, że Komisja w spornej decyzji i Sąd w zaskarżonym wyroku nie upominały wnoszącej odwołanie z tytułu poziomu jej cen usług pośrednich, zwłaszcza, iż zostały one narzucone przez krajowy organ regulacyjny (nawet jeśli, co wynika z pkt 93 zaskarżonego wyroku, fakt ten został tylko założony na korzyść wnoszącej odwołanie). Problem polegał bowiem nie na tym, że ceny usług pośrednich były ustalone na zbyt wysokim poziomie, ale raczej na tym, że jej ceny detaliczne były zbyt niskie, efektem czego różnica pomiędzy nimi a cenami usług pośrednich – a zatem marże konkurentów – była albo ujemna, albo niewystarczająca, zależnie od danego okresu²¹. Dlatego, jak wynika z pkt 181 zaskarżonego wyroku, niniejszy argument wnoszącej odwołanie dotyczący kosztów specyficznych odnosi się tylko do okresu drugiego (od 2002 r. do maja 2003 r.), ponieważ w okresie pierwszym różnica pomiędzy ustalonymi przez wnoszącą odwołanie cenami usług pośrednich a cenami detalicznymi była ujemna. Kryterium, które musi być uwzględnione przez Trybunał w tym względzie, jest znaczenie „kryterium równie skutecznego konkurenta”, którego dotyczy pierwszy zarzut wnoszącej odwołanie. Trybunał będzie musiał odpowiedzieć na pytanie, czy w sprawach dotyczących efektu nożyc cenowych należy wziąć pod uwagę raczej własne koszty przedsiębiorstwa dominującego (kryterium równie skutecznego konkurenta) niż koszty jego konkurentów

(kryterium racjonalnie efektywnego konkurenta)²². W 1998 r. Komisja w swym komunikacie o dostępie wyraźnie zasugerowała, że oba kryteria są właściwe. W zakresie dotyczącym pierwszego z nich Komisja stwierdziła: „Zaniżanie cen [występowanie efektu nożyc cenowych] można udowodnić, wykazując, że oddziały niższego rzędu operatora dominującego nie mogły prowadzić zyskowej działalności na podstawie ceny wyższego rzędu stosowanej wobec konkurentów przez operacyjny oddział wyższego rzędu operatora dominującego [przedsiębiorstwo dominujące nie byłoby w stanie prowadzić rentownej działalności na rynku wtórnym, opierając się na cenach, jakie są stosowane na rynku pierwotnym wobec konkurentów] [...]” Co do drugiego kryterium, stwierdziła ona: „W odpowiednich okolicznościach zaniżanie cen można również udowodnić, wykazując, że różnica pomiędzy ceną za dostęp stosowaną wobec konkurentów na rynku niższego rzędu [wtórnym] [...] i ceną, którą operator dominujący stosuje na rynku niższego rzędu [wtórnym], jest niewystarczająca, by w miarę skuteczny usługodawca na rynku niższego rzędu [wtórnym] osiągnął zysk [...]”²³. Jednakże, jak to słusznie przypomniano w zaskarżonym wyroku, Trybunał uznał kryterium równie skutecznego konkurenta za właściwe w kontekście ustalania drapieżnych cen w sprawie AKZO przeciwko Komisji²⁴. W mojej ocenie Sąd miał słusność, twierdząc, że kryterium równie skutecznego konkurenta ma znaczenie nie tylko tam, gdzie nadużycie polega na istnieniu różnicy pomiędzy cenami i kosztami dominującego przedsiębiorstwa, ale też tam, gdzie ta różnica wy-

21 — Zobacz zastrzeżenie będące przedmiotem decyzji 88/518/EWG z 18 lipca 1988 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. [82 WE] (sprawa nr IV/30.178 Napier Brown – British Sugar) (Dz.U. 1988, L 284, s. 41), motywy 65 i 66: „BS [pozostawiła] niedostateczną marżę [...] detalicznemu sprzedawcy cukru, równie skutecznemu jak BS [...] Utrzymywanie przez przedsiębiorstwo [...] marży między ceną pobieraną za surowiec od przedsiębiorstw konkurujących z przedsiębiorstwem dominującym w produkcji produktu pochodnego, a ceną pobieraną za produkt pochodny, która niedostatecznie odzwierciedla własne koszty przetworzenia ponoszone przez przedsiębiorstwo dominujące [...] jest nadużyciem pozycji dominującej”. Zobacz również jej motywy 41.

22 — W ramach tej analizy mogą zostać uwzględnieni albo rzeczywisci, albo tylko abstrakcyjni (potencjalni) konkurenci. Potwierdził to brytyjski sąd apelacyjny ds. konkurencji (Competition Appeal Tribunal – UK CAT) w orzeczeniu *Genzyme (remedy)* [2005] CAT 32, punkt 249, oraz Sąd Apelacyjny w Brukseli w sprawie *TELE2* przeciwko Belgacom z dnia 18 grudnia 2007 r., R.G. 2006/MR/3.

23 — Zobacz Komisja Europejska, *Pricing Issues in Relation to Unbundled Access to the Local Loop*, Komitet ONP, ONP-COM 01-17, 25 czerwca 2001 r., s. 1–17.

24 — Wyrok z dnia 3 lipca 1991 r. w sprawie C-62/86 AKZO przeciwko Komisji, Rec. s. I-3359.

stępuje między cenami za usługi pośrednie i cenami detalicznymi²⁵. Uważam, że ciężko jest coś zarzucić analizie Sądu dokonanej w punktach 186–194 zaskarżonego wyroku, ponieważ z odpowiednich precedensów oraz zasady pewności prawa jasno wynika, iż kryterium równie skutecznego konkurenta jest odpowiednim kryterium w kontekście niniejszej sprawy. Ponadto w znacznej mierze przyjęty jest pogląd, że kryterium równie skutecznego konkurenta stanowi, ogólnie rzecz biorąc, właściwe kryterium²⁶.

50. Co do pierwszego zarzutu, wnosząca odwołanie kwestionuje pkt 188 zaskarżonego wyroku i podnosi, że dla niniejszej sprawy większe znaczenie powinna mieć sytuacja konkurentów niż sytuacja przedsiębiorstwa dominującego. Wnosząca odwołanie twierdzi, że ze względu na to, iż jako przedsiębiorstwo dominujące podlega w niniejszej sprawie

innym warunkom prawnym i materialnym, kryterium równie skutecznego konkurenta powinno być zostać dostosowane do tej sytuacji. W szczególności twierdzi ona, że analiza ta nie powinna opierać się na jej strukturze klientów. Przede wszystkim chciałbym zauważyć, że sama wnosząca odwołanie przyznaje, iż taka analiza generalnie jest przydatna, o ile ogranicza popieranie nieskutecznych konkurentów i zwiększa pewność prawa dla przedsiębiorstw dominujących, ponieważ na podstawie tej analizy mogą one ocenić *ex ante* zgodność z prawem swojej działalności. Dalej, jak słusznie wskazała Komisja, wnosząca odwołanie nie może się bronić, oświadczając, że nie była tak efektywna jak jej konkurenci. Prawo konkurencji nie przewiduje możliwości takiej „obrony opartej na nieefektywności”. Natomiast art. 82 WE ma na celu zapobieganie zachowaniu przedsiębiorstwa dominującego będącemu próbą dławienia konkurencji, w sytuacji gdy to przedsiębiorstwo jest zmuszone do dążenia do eliminowania nieskuteczności. Dlatego nie jestem przekonany, że niniejsza sprawa powinna dawać podstawy do modyfikacji kryteriów, jakie art. 82 WE ustanawia w tym kontekście.

25 — Zobacz w tym kontekście opinię rzecznika generalnego N. Fennelly'ego w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P *Compagnie Maritime Belge Transports* i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-1365, pkt 123–139.

26 — Potwierdzono to w orzeczeniu w sprawie *Genzyme* (No 1016/1/03 [2004] CAT 4) oraz potwierdził to brytyjski Sąd Apelacyjny w sprawie *Albion* (Dwr Cymru Cyfyngedig and Albion Water Limited and Water Services Regulation Authority [2008] EWCA Civ 536), pkt 105. Podnieść zatem należy, że w zaskarżonym wyroku (szczególnie w pkt 188) Sąd nie wykluczył całkowicie, co do zasady, kryterium racjonalnie skutecznego konkurenta i uważam że nie jest do pomyslenia, by mogły istnieć inne sprawy, w których kryterium racjonalnie skutecznego konkurenta może być właściwe jako kryterium dodatkowe i drugorzędne. Co się tyczy potencjalnego złamania zasady pewności prawa, niektórzy komentatorzy sugerują, że powinno ono być oceniane w każdej poszczególnej sprawie z osobna i iż podmioty działające na rynku w długim okresie czasu są często w stanie bardzo dokładnie oszacować koszty nowych uczestników gry rynkowej lub przynajmniej koszty nowego skutecznego uczestnika, zwłaszcza, że mają nieporównanie większą znajomość rynku. Zobacz B. Amory i A. Verheyden, *Comments on the CFI's recent ruling in Deutsche Telekom*, *Global Competition Policy*, May 2008; oraz S. Clerckx, L. De Muyter, *Price squeeze abuse in the EU telecommunications sector*, *Global Competition Policy*, April 2009. Zobacz również: R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart, 2006, s. 191 i 331.

51. W drugim zarzucie wnosząca odwołanie twierdzi, że Sąd naruszył prawo ze względu na to, iż nie uwzględnił cen dodatkowych usług telekomunikacyjnych (rozmów telefonicznych). Taka metoda nie jest jej zdaniem zgodna ani z zasadami ekonomii, ani z praktyką decyzyjną innych właściwych organów w Europie i Stanach Zjednoczonych. Jest ona sprzeczna z rzeczywistością rynkową: ani abonenci, ani operatorzy nie traktują usług

dostępu w odizolowaniu od reszty. Z ekonomicznego punktu widzenia, w analizie efektu nożyc cenowych należy brać pod uwagę wszelkie dochody i koszty związane z usługami pośrednimi. W przypadku przedsiębiorstw oferujących różnego rodzaju produkty, jeżeli ponoszone są koszty świadczenia usług pośrednich, będących podstawą szeregu usług świadczonych abonentom jednocześnie na kilku rynkach, należy dokonać ich agregacji na poziomie wyższym, na którym uwzględnione zostają wszystkie rozpatrywane usługi dla abonentów.

52. Kryterium równie skutecznego konkurenta jest w rzeczywistości właściwe, ponieważ za jego pomocą można wykazać, czy konkurent jest zdolny konkurować z przedsiębiorstwem dominującym w warunkach równości szans. Ponadto jak to słusznie zauważył Sąd w pkt 192 zaskarżonego wyroku, wszelkie inne podejście mogłoby naruszać ogólną zasadę pewności prawa. Jednakże wnosząca odwołanie podnosi, że pomimo istnienia efektu

nożyc cenowych, jej konkurenci byli w stanie konkurować z nią w oparciu o modele biznesowe inne niż jej własny lub przez oferowanie produktów dzięki usługom świadczonym poza przedmiotowym rynkiem. Jak to wynika z pkt 195–199 zaskarżonego wyroku, zastosowanie kryterium równie skutecznego konkurenta wykazało, że konkurenci wnoszącej odwołanie nie mogli ze względów ekonomicznych przyjąć modelu stosowanego konkretnie przez wnoszącą odwołanie na rynku usług dostępu. Wnosząca odwołanie nie może domagać się dostosowania kryterium równie skutecznego konkurenta w niniejszej sprawie tylko dlatego, że jej sytuacja nie jest taka sama, jak sytuacja jej konkurentów. Jest to niemożliwe po prostu dlatego, że przedsiębiorstwo dominujące i jego konkurenci z definicji nie będą w dokładnie takiej samej sytuacji. Co do argumentów dotyczących trudności, wobec jakich stoi wnosząca odwołanie jako byłe przedsiębiorstwo państwowe przechodzące proces transformacji w spółkę handlową i mające inną strukturę niż jej konkurenci, wystarczy wskazać, że jak wcześniej stwierdziłem, prawo konkurencji nie bierze pod uwagę takiego braku efektywności przedsiębiorstw dominujących. Ponadto Komisja zauważyła, że wnosząca odwołanie miała przewagę konkurencyjną raczej dzięki swoim klientom usług analogowych, kiedy chcieli zmodernizować swój abonament dostępu. Co się tyczy argumentu, iż tylko wnosząca odwołanie oferowała usługę każdorazowego wyboru operatora („call-by-call”), Komisja zauważyła, że jest to niezgodne z prawdą, gdyż niektórzy z konkurentów wnoszącej odwołanie także oferowali taką usługę swoim klientom. Zobowiązanie wnoszącej odwołanie do udostępnienia tej usługi wynikało z jej konkretnej pozycji na rynku, a zatem – nie było wyrazem dyskryminacji w porównaniu z jej konkurentami; różne sytuacje traktowane były inaczej. Jak stwierdziłem na początku niniejszej opinii, fakt regulacji nie może wpływać na stosowanie art. 82 WE, o ile wnosząca odwołanie miała wystarczającą swobodę działania w aspektach komercyjnych. Dlatego

wnosząca odwołanie nie może teraz domagać się uzyskania z tytułu regulacji specjalnego statusu.

53. Wnosząca odwołanie podnosi, że analiza efektu nożyc cenowych dokonana przez Sąd jest niekompletna ze względu na to, iż Sąd nie uwzględnił usług połączeń, które stały się możliwe dzięki usługom pośrednim. Konkurenci mogą wykluczyć (pre)selekcję operatorów i zaferować pakiet usług dostępu, łączności itp. za pomocą pętli lokalnej. W niniejszym przypadku popyt ze strony abonentów i konkurencja operatorów dotyczy łącznego oferowania usług dostępu i usług łączności. Po drugie, pkt 196–202 zaskarżonego wyroku oparte zostały, zdaniem wnoszącej odwołanie, na kilku naruszeniach prawa. Kwestia, czy ceny usługi łączności mają znaczenie czy nie, zależy od zasadniczej kwestii dotyczącej wyboru właściwej metody, jaką należy zastosować do przedsiębiorstw oferujących różnego rodzaju produkty. Sąd nie może uchylić się od przeprowadzenia tej oceny, powołując się w pkt 185 zaskarżonego wyroku na ograniczony zakres sprawowanej przezeń kontroli.

54. Po pierwsze, zawarte w pkt 196 i 197 zaskarżonego wyroku stwierdzenia, zgodnie z którymi zasada równoważenia taryf wymaga osobnego rozpatrzenia cen dostępu i cen rozmów, stanowią zdaniem wnoszącej

odwołanie naruszenie prawa. Zaskarżony wyrok jest wewnętrznie sprzeczny. W pkt 113 Sąd opiera się, w zakresie dotyczącym możliwości przypisania naruszenia, na fakcie, że cele regulacji sektorowej mogą się różnić od celów wspólnotowej polityki konkurencji, ale następnie wyciąga właśnie z zasady regulacyjnej wniosek, że odrębne rozpatrzenie cen za dostęp i cen za rozmowy jest niezbędne, nawet jeśli abonenci traktują te usługi jako jedną całość. Punkt 161 zaskarżonego wyroku został natomiast niewystarczająco uzasadniony w tym sensie, że Sąd nie podaje przyczyn, dla których jego pogląd jest prawidłowy i nie bada zastrzeżeń podniesionych przez wnoszącą odwołanie.

55. I znów zgadzam się z Komisją, że w niniejszej sprawie tylko podejście pozwalające na odrębne rozpatrzenie dwóch rynków i przeanalizowanie efektu nożyc cenowych pomiędzy rynkiem usług pośrednich a rynkiem detalicznym jest zgodne z art. 82 WE. W pkt 195–207 zaskarżonego wyroku Sąd nie popełnił naruszenia prawa, potwierdzając podejście Komisji. Jeśli chodzi o argument dotyczący analizy efektu nożyc cenowych w przypadku przedsiębiorstwa oferujących różnego rodzaju produkty, Komisja słusznie zauważyła, że wnosząca odwołanie pomija fakt, iż usługi dostępu nie są niezbędne do tego, aby osiągać dochód z usług łączności. Przy usługach każdorazowego wyboru operatora („call-by-call”) wnosząca odwołanie mogła również osiągać dochód na rynku

usług łączności, podobnie jak jej konkurenci, niezależnie od sytuacji dotyczącej umów abonenckich. Komisja słusznie wyjaśniła, dlaczego nieprawidłowe jest twierdzenie wnoszącej odwołanie, że wszyscy konkurenci dezaktywowali usługę „call-by-call”; wnosząca odwołanie myli przyczynę ze skutkiem, efekt nożyc cenowych przez nią wywołany przeszkodził konkurentom w świadczeniu samych usług dostępu i pokrywaniu ich kosztów. Co się tyczy przykładów decyzji innych organów regulacyjnych, które doszły do innych wniosków, może to być interesujące co najwyżej z punktu widzenia prawa porównawczego. Nie zmieniają one jednak celów i kryteriów analizy przeprowadzanej na podstawie art. 82 WE. Zatem w odniesieniu do stwierdzenia zawartego w pkt 185 zaskarżonego wyroku, wydaje się, że wbrew temu stwierdzeniu, Sąd dokonał szczegółowej oceny w celu potwierdzenia metody zastosowanej przez Komisję.

56. Ponadto według wnoszącej odwołanie wniosek, że zasada równoważenia taryf nie obejmuje usług telekomunikacyjnych jest merytorycznie nieprawidłowy i narusza art. 82 WE. Zasada ta nie ustanawia kryteriów stosowania art. 82 WE. Co więcej, zasada równoważenia taryf ma zastosowanie tylko do wnoszącej odwołanie i regulacji jej cen, a nie – do jej konkurentów. Zasada ta nic nie mówi o możliwościach konkurowania. Choć regulacja telekomunikacyjna

może być wykorzystana do implementacji art. 82 WE, to artykuł ten nie jest narzędziem przeznaczonym do implementacji regulacji sektorowej.

57. Co się tyczy zasady równoważenia taryf, nie wydaje się, aby w zaskarżonym wyroku istniała jakaś sprzeczność. Bezspornie art. 82 WE stawia wymóg, aby uwzględnić sytuację i ramy prawne danego rynku. Zarzut braku uzasadnienia zaskarżonego wyroku w tym względzie nie daje się utrzymać o tyle, że nie jest on dostatecznie szczegółowy. W szczególności wnosząca odwołanie nie wyjaśnia, jakie są jej zastrzeżenia dotyczące stosowania zasady równoważenia taryf. Ponadto, pomimo że w pkt 196 zaskarżonego wyroku wykazano istnienie związku pomiędzy ramami regulacyjnymi a oceną na podstawie art. 82 WE, pkt 197 zawiera odesłanie do rozumowania Komisji. Zgadza się z Komisją, że wbrew twierdzeniom wnoszącej odwołanie, równoważenie taryf objęte dyrektywą Komisji 96/19/WE²⁷ ma na celu wyraźne oddzielenie świadczenia usługi powszechnej od świadczenia usług podlegających konkurencji oraz rozróżnienie ich według kosztów. Zatem należałoby zapobiegać subsydiowaniu krzyżowemu. Prowadzi to jednak do słusznie przyjętego w pkt 196 zaskarżonego wyroku wniosku, że musi istnieć rozróżnienie pomiędzy cenami za łącza a cenami za usługi

27 — Dyrektywa Komisji 96/19/WE z dnia 13 marca 1996 r. zmieniająca dyrektywę 90/388/EWG w odniesieniu do wprowadzenia pełnej konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych (Dz.U. 1996, L 74, s. 13).

łączości, nawet w ramach analizy przeprowadzanej na podstawie art. 82 WE. Jest bez znaczenia, czy w tym względzie regulacja ta ma zastosowanie do konkurentów, ponieważ dyrektywa 96/19 ma na celu właśnie ochronę konkurentów wnoszącej odwołanie.

i cen wnoszącej odwołanie ma decydujące znaczenie.

58. Po pierwsze, wnosząca odwołanie podnosi, że pkt 199 zaskarżonego wyroku jest niedostatecznie uzasadniony. Sąd powinien był jej zdaniem zbadać, które usługi są oparte na pętli lokalnej jako usługi pośrednia. Tylko wówczas Sąd mógłby dojść do wniosku o istnieniu równości szans. Do wniosku takiego można dojść tylko na podstawie całościowej analizy wszystkich cen i kosztów wszystkich usług opartych na pętli lokalnej. Wnosząca odwołanie twierdzi, że rozumowanie Sądu zaprzecza prawom logiki i powołuje się w tym względzie na pkt 238 zaskarżonego wyroku. Założenie Sądu, zgodnie z którym wnosząca odwołanie nie ponosi żadnych kosztów związanych z łączami jest ewidentnie błędne. W rzeczywistości, ponieważ ceny detaliczne stosowane przez wnosząca odwołanie są niższe niż koszty własne, wnosząca odwołanie powinna, podobnie jak jej konkurenci, uciec się do subsydiowania krzyżowego pomiędzy cenami usług dostępu i cenami usług łączności. Ponadto stwierdzenie zawarte w pkt 202 zaskarżonego wyroku jest sprzeczne z kryterium równie skutecznego konkurenta, zgodnie z którym tylko struktura kosztów

59. Uważam, że stwierdzenia zawarte w pkt 199–201 zaskarżonego wyroku, zgodnie z którymi równość szans pociąga za sobą konieczność rozdzielenia tych usług, są prawdziwe, ponieważ całościowa ocena łączy i łączności jako jednej całości zmusiłaby konkurentów wnoszącej odwołanie do konkurowania z nią tylko na podstawie konkretnego modelu subsydiowania krzyżowego, który utrwaliłby mocną pozycję wnoszącej odwołanie w zakresie usług połączeniowych, jak to Komisja słusznie podniosła. Jednakże, jak to stwierdził Sąd w pkt 202 zaskarżonego wyroku, model zaproponowany przez wnosząca odwołanie zmusiłby jej konkurentów do rekompensowania strat poniesionych w dziedzinie połączeń wyższymi cenami w dziedzinie łączności. W tym względzie ważne jest podkreślenie, że wnosząca odwołanie nie podważa definicji rynku, zgodnie z którą detaliczne usługi połączenia i opłaty za usługi łączności stanowią oddzielny rynek. Ponadto usługi łączności mogą być także świadczone bez konieczności świadczenia usługi połączenia. Komisja słusznie twierdzi, że twierdzenie, iż zasady logiki zostały naruszone, nie pomaga wnoszącej odwołanie. W spornej decyzji wskazywała ona na istnienie efektu nożyc cenowych tylko z powodu jego wpływu na rynek detaliczny i dlatego nie musiała ona przeprowadzać badania, czy konkurenci mieli gorszą pozycję na rynku usług łączności niż

wnosząca odwołanie. W mojej ocenie wystarczy stwierdzić, że pkt 237 zaskarżonego wyroku już zawiera pełną odpowiedź na te argumenty podniesione w pierwszej instancji, co wystarczy do potwierdzenia spornej decyzji. Dlatego kwestionowanie pkt 238 zaskarżonego wyroku nie ma znaczenia. W każdym razie wnosząca odwołanie nie dowiodła tego, że jej zastrzeżenia są zasadne. Ponadto Sąd słusznie stwierdził, nie popadając w sprzeczność, stosując kryterium równie skutecznego konkurenta, że konkurenci mają szansę na rynku, jeżeli oferują, równocześnie z mającymi pokrywać koszty wyższymi cenami połączeń, ceny za usługi łączności niższe od cen stosowanych przez wnoszącą odwołanie, tak, aby pakiety usług były porównywalne.

61. Zgadzam się z Komisją, że Sąd decydował w kwestii faktycznej podniesionej przez wnoszącą odwołanie i nie rozstrzygnął sporu na podstawie ciężaru dowodu. W pkt 202 zaskarżonego wyroku, Sąd stwierdził, że w przedmiotowym okresie wnosząca odwołanie znacznie obniżyła ceny rozmów telefonicznych. Stwierdzenie to nie może być podważone przez wnoszącą odwołanie, gdyż nie podniosła ona żadnego wypaczenia faktów. Dlatego też część drugą zarzutu drugiego należy oddalić.

3. Część trzecia drugiego zarzutu odwołania dotycząca skutków efektu nożyc cenowych

60. Wreszcie wnosząca odwołanie uważa, że Sąd zastosował błędne kryterium prawne w zakresie dotyczącym podziału ciężaru dowodu ze względu na to, iż w pkt 201 i 202 zaskarżonego wyroku jedynie stwierdził, że „nie można wykluczyć”, iż konkurenci nie mieli możliwości ekonomicznych, aby rekompensować potencjalne straty związane z połączeniami telefonicznymi dochodami z łączności, podczas gdy wnosząca odwołanie chciała wykazać, w swoim wniosku w pierwszej instancji, iż było możliwe dokonanie subsydiowania krzyżowego.

62. Komisja i Vodafone twierdzą, że ta część zarzutu drugiego powinna zostać oddalona.

63. Po pierwsze, wnosząca odwołanie podnosi, że ze względu na to, iż obliczenie efektu nożyc cenowych było błędne, ocena skutków rzekomego efektu nożyc cenowych również pozostała dokonana z naruszeniem prawa. W pkt 234 i 235 zaskarżonego wyroku Sąd słusznie odrzucił ideę Komisji, że nie było konieczności wykazywania wpływu na konkurencję. Jednakże analiza przeprowadzona w pkt 237 zaskarżonego wyroku oparta jest

na efekcie nożyc cenowych, uwzględniającym tylko ceny połączeń. W pkt 238 zaskarżonego wyroku Sąd oparł się na błędnej przesłance, zgodnie z którą, w odniesieniu do subsydowania krzyżowego usług połączenia i usług łączności konkurenci są dyskryminowani w porównaniu z wnoszącą odwołanie, która nie ma strat na poziomie połączeń. W ramach drugiego zarzutu wnosząca odwołanie podnosi, iż, podnosząc argumentację dotyczącą wystąpienia skutków antykonkurencyjnych, popełniono również naruszenie prawa. W pkt 239 zaskarżonego wyroku Sąd jedynie stwierdził, że udział konkurentów w rynku połączeń szerokopasmowych i wąskopasmowych pozostał niewielki, bez podania jakiegokolwiek związku przyczynowego pomiędzy tymi udziałami w rynku i rzekomym efektem nożyc cenowych. Ponadto pkt 240 wyroku opiera się na niezrozumieniu motywu 182 spornej decyzji.

64. Pragnę zauważyć, iż w pkt 235 zaskarżonego wyroku Sąd słusznie stwierdził, że Komisja musi wykazać, że praktyki cenowe wnoszącej odwołanie mają skutek antykonkurencyjny. Z punktu tego wynika wyraźnie, że Sąd uznał, iż skutek antykonkurencyjny, który Komisja ma obowiązek w niniejszej sprawie wykazać, dotyczy możliwych barier dla rozwoju konkurencji na przedmiotowym rynku, które mogły zostać stworzone na skutek stosowania praktyk cenowych przez wnoszącą

odwołanie. Tak więc, chociaż Sąd nie wymagał, by Komisja wykazała istnienie rzeczywistych skutków antykonkurencyjnych, to wymagał udowodnienia faktu utworzenia barier w wejściu na rynek, a tym samym – wykazania potencjalnych skutków antykonkurencyjnych. W tym zakresie Sąd w pkt 237 zaskarżonego wyroku stwierdził, że, zważywszy, iż usługi pośrednie wnoszącej odwołanie są niezbędne, aby umożliwić konkurentowi podjęcie konkurencji z wnoszącą odwołanie na rynku wtórnym w detalicznych usługach dostępu, efekt nożyc cenowych między cenami wnoszącej odwołanie za usługi pośrednie i detaliczne będzie co do zasady ograniczał wzrost konkurencji na rynkach wtórnych. Zatem Sąd moim zdaniem słusznie podkreślił fakt, że w tej sprawie usługi pośrednie były niezbędne i bez dostępu do tych usług konkurenci wnoszącej odwołanie nawet nie byłiby w stanie wejść na rynek wtórny usług detalicznych. Jest to zgodne z podejściem wypracowanym przez Sąd w swoim orzecznictwie, potwierdzonym przez Trybunał Sprawiedliwości, zgodnie z którym wymagany skutek niekoniecznie wiąże się z rzeczywistym skutkiem zakwestionowanego zachowania stanowiącego nadużycie. W celu stwierdzenia naruszenia art. 82 WE, wystarczy wykazać, że zachowanie przedsiębiorstwa dominującego stanowiące nadużycie zmierza do ograniczenia konkurencji lub, innymi słowy, że zachowanie to może mieć taki skutek²⁸. Moim zdaniem wynika z tego wyraźnie, że Komisja musi wykazać, iż w konkretnym kontekście danego rynku występują potencjalne skutki

28 — Wyrok z dnia 15 marca 2007 r. w sprawie C-95/04 P British Airways przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-2331, pkt 30, dotyczący wyroków Sądu w sprawie T-203/01 Michelin przeciwko Komisji (Michelin II), Zb.Orz. s. II-4071, pkt 238 i 239, oraz wyrok z dnia 17 grudnia 2003 r. w sprawie T-219/99 British Airways przeciwko Komisji, Rec. s. II-5917, pkt 293. Zobacz również ww. w przypisie 7 opinię rzecznika generalnego D. Ruizza-Jaraba Colomera w sprawie Sot. Lélouk kai Sia i in., pkt 50. Na ten temat zob. wykład rzecznika generalnej J. Kokott *Economic thinking in EU competition law*, Madryt, dnia 29 października 2009 r.

antykonkurencyjne²⁹. Zatem samo twierdzenie, że mogą nastąpić jakieś odległe, abstrakcyjne skutki antykonkurencyjne nie wystarczy. Z powyższego wynika, że Sąd nie naruszył prawa.

telefonicznych. Wreszcie co do argumentu dotyczącego motywu 182 spornej decyzji, należy stwierdzić, że nie jest skierowany przeciwko zaskarżonemu wyrokowi. Ponadto jak twierdziła Komisja, jest on niedopuszczalny, ponieważ nie został podniesiony w pierwszej instancji, a w każdym razie jest bezzasadny, ponieważ efekt nożyc cenowych w niniejszej sprawie, niezależnie od jego skali, powoduje, że oferowanie usług dostępu w tej samej cenie jak wnosząca odwołanie jest dla konkurentów ekonomicznie niemożliwe. Dlatego też część trzecia zarzutu drugiego powinna zostać częściowo odrzucona jako niedopuszczalna, a w każdym razie – oddalona jako bezzasadna. Co za tym idzie, nie można uwzględnić zarzutu drugiego jako całości.

65. Co się tyczy pierwszego argumentu wnoszącej odwołanie, zgodnie z którym analiza skutków w każdym razie jest nieprawidłowa, ponieważ uwzględni jedynie ceny połączenia, zarzut ten jest nieskuteczny. Powyżej już wyjaśniłem, dlaczego tą argumentację należy odrzucić. Co do drugiego argumentu wnoszącej odwołanie dotyczącego związku przyczynowego, a w szczególności tej jego części, że w dziedzinie telekomunikacji nie dziwi, że operatorzy penetrują rynek nie inaczej, jak tylko powoli, jako taki nie został przedstawiony w pierwszej instancji, a w każdym razie jest pozbawiony znaczenia dla sprawy. W przedmiocie włączenia usług rozmów telefonicznych, wnosząca odwołanie nie wyjaśniła, z jakiego powodu trzeba zmienić na tym etapie oceny metodę, która posłużyła za podstawę do obliczenia efektu nożyc cenowych i uwzględnić usługi rozmów

C — Zarzut trzeci, dotyczący naruszenia prawa przy obliczaniu grzywien

1. Część pierwsza trzeciego zarzutu odwołania, dotycząca poważnego charakteru naruszenia

²⁹ — Podejście to zbieżne jest z ww. wyrokiem w sprawie *Sot. Lélos kai Sia i in.*, zgodnie z którym wydaje się, że Trybunał w sposób dorozumiany odrzucił pojęcie nadużycia per se i przeszedł do badania obiektywnych przyczyn, biorąc pod uwagę konkretny kontekst rynkowy. Zobacz sprawę *CW/00615/05/03, Vodafone/O2/Orange/T-Mobile*, decyzja Ofcom, maj 2004 r., oraz *BTOpenworld's consumer broadband products*, decyzja Oftel, listopad 2003 r.

66. Wnosząca odwołanie podnosi, że art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 został naruszony o tyle, że ani argumenty Komisji, ani

rozumowanie Sądu zawarte w punktach 306–310 zaskarżonego wyroku nie przemawiają za twierdzeniem, zgodnie z którym w pierwszym okresie wnosząca odwołanie popełniła poważne naruszenie. Sąd pominął fakt, że zgodnie z sekcją 1A wytycznych w sprawie ustalania grzywien³⁰, wyłączenie z rynku tylko „może” stanowić poważne naruszenie. Zatem nie zbadał on argumentów podniesionych przeciwko kwalifikacji naruszenia jako poważnego.

bezskuteczny, ponieważ naruszenie nie było kwalifikowane jako poważne, a jedynie jako naruszenie o małym znaczeniu. Co do okresu od 1998 r. do 2001 r., Komisja słusznie podniosła, że zgodnie z sekcją 1A ust. 1 wytycznych, na etapie ustalania wagi naruszenia nie jest ona zobowiązana do uwzględniania małego przyczynienia się do naruszenia (zob. pkt 311 zaskarżonego wyroku). Możliwość uznania tego faktu za okoliczność łagodzącą została przez Komisję wykorzystana, jak wynika z pkt 312 zaskarżonego wyroku. Ponadto wnosząca odwołanie nie wyjaśnia, jaka konkretnie czynność uczestnictwa RegTP w ustalaniu cen powinna być prowadzić do dodatkowego obniżenia grzywiny. Dlatego również i ta część zarzutu trzeciego powinna zostać odrzucona.

67. Komisja twierdzi, że tę część zarzutu trzeciego należy oddalić.

2. Część druga trzeciego zarzutu odwołania, dotycząca niedostatecznego uwzględnienia okoliczności łączących,

68. Dość wskazać, że w odniesieniu do okresu rozpoczynającego się w dniu 1 stycznia 2002 r. argument wnoszącej odwołanie jest

69. Wnosząca odwołanie twierdzi, że w motywie 212 spornej decyzji Komisja wzięła pod uwagę tylko fakt istnienia regulacji sektorowej na poziomie krajowym, ale nie treść tej regulacji, to znaczy badanie przez RegTP

30 — Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 i art. 65 ust. 5 traktatu EWWiS (Dz.U. C 9, s. 3; zwane dalej „wytycznymi”).

efektu nożyc cenowych i odrzucenie przezeń tezy o jego antykonkurencyjnym charakterze. Sąd naruszył prawo w zakresie, w jakim nie zarzucił Komisji, że pominęła dwie inne okoliczności łagodzące w rozumieniu sekcji B.3 wytycznych. W świetle decyzji RegTP, wnosząca odwołanie była przekonana o legalności swojego zachowania. W każdym razie naruszenie zostało popełnione przez niedbalstwo.

3. Część trzecia trzeciego zarzutu odwołania, dotycząca nałożenia grzywny symbolicznej

70. Komisja twierdzi, że ta część zarzutu trzeciego powinna zostać oddalona.

71. Jak stwierdziła Komisja, wnosząca odwołanie pomija w każdym razie fakt, że motyw 212 spornej decyzji został zredagowany w ogólny sposób i że w pełni potwierdza on wykładnię tej decyzji dokonaną w pkt 312 zaskarżonego wyroku. Co do argumentu, że wnosząca odwołanie działała jedynie przez niedbalstwo, to nie został on podniesiony w pierwszej instancji. W każdym razie, Sąd słusznie stwierdził w pkt 295–297 zaskarżonego wyroku, że zachowanie wnoszącej odwołanie odpowiada definicji umyślnego naruszenia. Ta część zarzutu trzeciego jest zatem częściowo niedopuszczalna, a w każdym razie – bezzasadna.

72. W pkt 319 zaskarżonego wyroku Sąd naruszył prawo do równego traktowania. Na wnoszącą odwołanie powinna zostać nałożona symboliczna grzywna, tak jak w decyzji w sprawie *Deutsche Post*³¹. Wnosząca odwołanie działała w sposób zgodny z orzecznictwem niemieckich sądów i decyzjami RegTP. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że wyrok Oberlandesgericht został później uchylony, ponieważ wynikało to z wystąpienia wyjątku, który nie ma zastosowania w niniejszej sprawie i dopiero po uchyleniu tego wyroku wnosząca odwołanie mogła wychodzić z zasady, że może odpowiadać na podstawie art. 82 WE. Sytuacja wnoszącej odwołanie jest porównywalna do tej, jaka posłużyła za podstawę do wydania wyroku w sprawie *Deutsche Post*. Komunikat o dostępie jest tylko namiastką „precedensu”. Wreszcie warunek zaprzestania naruszenia przez przedsiębiorstwo nie może stanowić warunku koniecznego dla nałożenia grzywny symbolicznej.

31 — Decyzja Komisji 2001/892/WE z dnia 25 lipca 2001 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 82 WE (COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – Przechwylenie przesyłki transgranicznej) (Dz.U. 2001, L 331, s. 40; zwana dalej „decyzją w sprawie *Deutsche Post*”).

73. Komisja twierdzi, że ta część trzeciego zarzutu powinna zostać oddalona.

74. Komisja ma słuszość, twierdząc, że twierdzenie wnoszącej odwołanie nie ma znaczenia dla sprawy. Argument ten przysłużyłby się sprawie wnoszącej odwołanie tylko wtedy, gdyby okoliczności faktyczne i prawne w obu przypadkach były bezpośrednio porównywalne³². Z pkt 317–320 zaskarżonego wyroku wynika, że tak nie było, a wnosząca odwołanie nie twierdziła, że stwierdzenia zawarte w tych punktach mijają się z faktami i że podane w nich różnice nie istniały. Komisja

ma również słuszość, że symboliczne kary są wyjątkiem i nie powinno się wymagać od niej uzasadnienia decyzji o ustaleniu grzywny na normalnych zasadach. W każdym razie, Komisja wzięła pod uwagę decyzje RegTP jako okoliczności łagodzące. Sąd potwierdził w pkt 312 i 313, że w tym zakresie nie wystąpił błąd w ocenie. Jeśli chodzi o wyrok wydany przez Oberlandesgericht, dość wskazać, iż Sąd słusznie uznał w pkt 319 zaskarżonego wyroku, że został on wydany w okresie, w odniesieniu do którego Komisja nie nałożyła grzywny, która w innym przypadku byłaby właściwa w normalnych okolicznościach. W każdym razie jest również prawdą, że Oberlandesgericht w żaden sposób nie rozpatrywał czynników, które należy brać pod uwagę przy ustalaniu efektu nożyc cenowych. Dlatego wyrok ten nie ma znaczenia dla ustalenia symbolicznej grzywny. Wreszcie wyrok ten nie jest zgodny z orzecznictwem Trybunału. Fakt, że został uchylony przez Bundesgerichtshof, potwierdził jedynie to, co wnosząca odwołanie powinna była wiedzieć. Po drugie, Komisja w swoich pismach skierowanych do wnoszącej odwołanie przedstawiła swoje stanowisko w przedmiocie niektórych praktyk. Oświadczenia RegTP nie dotyczyły art. 82 WE, a w każdym razie w 1998 r. Komisja podała do wiadomości w swoim komunikacie o dostępie, że wspólnotowe prawo konkurencji obowiązuje równoległe do prawa telekomunikacyjnego i że nawet praktyki akceptowane przez krajowy organ regulacyjny podlegają traktatowym postanowieniom dotyczącym konkurencji. Uważam wreszcie, że dość wskazać, iż w przeciwieństwie do sprawy Deutsche Post, w niniejszej sprawie wnosząca odwołanie nie złożyła żadnego zobowiązania unikania wszelkich innych naruszeń w przyszłości. Ponadto Komisja dodała, że w niniejszej sprawie wnosząca odwołanie nie ułatwiała jej zadania jako organowi ochrony konkurencji. Ta część zarzutu trzeciego powinna również zostać oddalona jako bezzasadna, zatem w konsekwencji zarzut trzeci należy odrzucić w całości. Z powyższych rozważań wynika, że odwołanie należy oddalić.

32 — W tym zakresie zob. wyrok z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C-196/99 P Aristrain przeciwko Komisji, Rec. s. I-11005, pkt 76 i nast.

IV — Wnioski

75. W świetle powyższego proponuję, aby Trybunał:

- oddalił odwołanie;

- nakazał Deutsche Telekom AG pokrycie kosztów własnych i kosztów poniesionych przez Komisję;

- nakazał Vodafone i Versatel pokrycie poniesionych przez nie kosztów.