



## Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO  
MELCHIORA WATHELETA  
przedstawiona w dniu 26 września 2013 r.<sup>1</sup>

### Sprawa C-295/12 P

**Telefónica SA,  
Telefónica de España SAU  
przeciwko**

**Komisji Europejskiej**

Konkurencja — Nadużycie pozycji dominującej — Nożyce cenowe (zaniżanie marż) — Ceny hurtowe wymagane przez Telefónica SA na hiszpańskim rynku szerokopasmowego dostępu do Internetu — Grzywna — Obowiązek uzasadnienia ciążyący na Komisji — Metoda obliczania — Zasada niedyskryminacji — Zasada proporcjonalności — Nieograniczone prawo orzekania Sądu

### Spis treści

I – Okoliczności leżące u podstaw sprawy .....	3
II – Skarga do Sądu i zaskarżony wyrok .....	4
III – Postępowanie przed Trybunałem .....	5
IV – Odwołanie .....	5
A – W przedmiocie wniosku o udostępnienie dosłownego zapisu lub nagrania rozprawy, która odbyła się przed Sądem .....	5
B – W przedmiocie zarzutu niedopuszczalności podniesionego przez Komisję wobec całego odwołania .....	5
C – W przedmiocie odwołania .....	6
1. Zarzuty niedopuszczalne w całości: zarzuty drugi, trzeci, czwarty i piąty .....	6
a) Zarzut drugi .....	6
b) Zarzut trzeci .....	7

<sup>1</sup> — Język oryginału: francuski.

c) Zarzut czwarty .....	7
d) Zarzut piąty .....	7
2. Zarzuty, które powinny być, odpowiednio, odrzucone lub oddalone, ponieważ są w części niedopuszczalne i w części bezzasadne: zarzuty pierwszy, szósty, siódmy i dziewiąty .....	9
a) Zarzuty pierwszy i dziewiąty .....	9
b) Zarzut szósty .....	12
c) Zarzut siódmy .....	14
i) Pierwsza część zarzutu siódmego .....	14
ii) Druga część zarzutu siódmego .....	14
– Pierwsze zastrzeżenie .....	15
– Drugie zastrzeżenie .....	16
3. Zarzut ósmy (ustalenie kwoty grzywny) i zarzut dziesiąty (naruszenie obowiązku wykonania nieograniczonego prawa orzekania w zakresie sankcji) .....	17
i) Pierwsza część zarzutu ósmego (argumenty drugi i trzeci pierwszego zastrzeżenia i drugie zastrzeżenie) .....	17
ii) Argumenty pierwszy i czwarty pierwszego zastrzeżenia, zastrzeżenia trzecie i czwarte pierwszej części oraz pozostała część zarzutu ósmego i zarzut dziesiąty .....	19
– Argumenty stron .....	19
– Analiza .....	21
α) Część pierwsza: prawa i obowiązki Komisji .....	22
β) Część druga: nieograniczone prawo orzekania Sądu .....	25
αα) Teoria dotycząca nieograniczonego prawa orzekania .....	25
ββ) Zastosowanie teorii dotyczącej nieograniczonego prawa orzekania do niniejszej sprawy .....	33
V – Wnioski .....	39

1. Przedmiotem niniejszej sprawy jest odwołanie wniesione przez Telefónica SA (zwaną dalej „Telefóniką”) i Telefónica de España SAU (zwaną dalej „Telefóniką de España”) od wyroku Sądu<sup>2</sup>, w którym Sąd oddalił ich skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji C(2007) 3196 wersja ostateczna<sup>3</sup>, oraz ich żądanie dodatkowe uchylecia grzywny lub obniżenia jej kwoty.

## I – Okoliczności leżące u podstaw sprawy

2. Sąd streścił okoliczności leżące u podstaw sprawy w pkt 3–29 zaskarżonego wyroku w następujący sposób:

„3 W dniu 11 lipca 2003 r. Wanadoo España SL (obecnie France Telecom España SA) (zwaną dalej »France Telecom«) złożyła do Komisji [...] skargę, w której zarzuca, że różnica między cenami hurtowymi, jakie spółki zależne Telefóniki żądały od swoich konkurentów za hurtowe usługi dostępu szerokopasmowego w Hiszpanii, a cenami detalicznymi, jakie stosowały one wobec użytkowników końcowych, była niewystarczająca, aby konkurenci Telefóniki mogli z nią konkurować [...].

[...]

6 W dniu 4 lipca 2007 r. Komisja wydała decyzję będącą przedmiotem skargi w niniejszej sprawie.

7 W pierwszej kolejności w zaskarżonej decyzji Komisja określiła trzy właściwe rynki produktowe, tj. detaliczny rynek dostępu szerokopasmowego i dwa hurtowe rynki dostępu szerokopasmowego [...].

[...]

15 Właściwe rynki geograficzne – hurtowy i detaliczny – obejmują zgodnie z zaskarżoną decyzją terytorium krajowe (Hiszpanii) [...].

16 W drugiej kolejności Komisja uznała, że Telefónica zajmowała pozycję dominującą na obydwu właściwych rynkach hurtowych [...]. W rozważanym okresie Telefónica posiadała bowiem monopol na dostarczanie regionalnego produktu hurtowego i zajmowała ponad 84% rynku krajowego produktu hurtowego [...]. Zgodnie z zaskarżoną decyzją [...] Telefónica zajmowała również pozycję dominującą na rynku detalicznym.

17 W trzeciej kolejności Komisja zbadała, czy Telefónica nadużyła pozycji dominującej na rynkach właściwych [...]. W tym względzie Komisja uznała, że Telefónica naruszyła art. 82 WE, narzucając swym konkurentom niesłuszne ceny w postaci nożyc cenowych między cenami detalicznego dostępu szerokopasmowego na hiszpańskim »masowym rynku konsumenckim« a cenami hurtowego dostępu szerokopasmowego na szczeblu regionalnym i krajowym w okresie od września 2001 r. do grudnia 2006 r. [...].

[...]

2 — Wyrok z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie T-336/07 Telefónica i Telefónica de España przeciwko Komisji, zwany dalej „zaskarżonym wyrokiem”.

3 — Decyzja z dnia 4 lipca 2007 r. dotycząca postępowania na podstawie art. [102 TFUE] (sprawa COMP/38.784 – Wanadoo España/Telefónica, zwana dalej „sporną decyzją”).

- 25 Do celów obliczenia kwoty grzywny Komisja zastosowała w [spornej] decyzji metodę określoną w wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17<sup>[4]</sup> oraz art. 65 ust. 5 traktatu [EWWiS] (Dz.U. 1998, C 9, s. 3, zwanych dalej »wytycznymi z 1998 r.«).
- 26 Po pierwsze, Komisja oceniła wagę i wpływ naruszenia oraz zasięg właściwego rynku geograficznego. Przede wszystkim, co się tyczy wagi naruszenia, Komisja uznała, że chodzi o istotne nadużycie ze strony przedsiębiorstwa posiadającego prawie całkowity monopol, które to nadużycie zgodnie z wytycznymi z 1998 r. należy uznać za »bardzo poważne« [...]. W motywach 744–750 [spornej] decyzji Komisja w szczególności odróżniła niniejszy przypadek od decyzji [...] [Deutsche Telekom]<sup>5</sup>, w której nadużycie popełnione przez Deutsche Telekom, również polegające na zaniżaniu marży [(»margin squeeze«) lub »nożyce cenowe«<sup>6</sup>], nie zostało uznane za »bardzo poważne« w rozumieniu wytycznych z 1998 r. Następnie, w odniesieniu do wpływu naruszenia, Komisja uwzględniła okoliczność, że rynki uznane w [spornej] decyzji za właściwe miały istotną wartość gospodarczą, że odgrywały kluczową rolę w rozwoju społeczeństwa informacyjnego i że nadużycie popełnione przez Telefónikę miało istotny wpływ na rynek detaliczny [...]. Wreszcie, jeśli chodzi o zasięg właściwego rynku geograficznego, Komisja wskazała w szczególności, że hiszpański rynek szerokopasmowy był piątym co do wielkości rynkiem szerokopasmowym w Unii Europejskiej i że, choć przypadki występowania nożyc cenowych siłą rzeczy ograniczały się do jednego państwa członkowskiego, to jednak uniemożliwiały podmiotom gospodarczym z innych państw członkowskich wejście na dynamicznie rozwijający się rynek [...].
- 27 Zgodnie ze [sporną] decyzją kwota wyjściowa grzywny w wysokości 90 000 000 EUR uwzględnia fakt, że waga praktyki stanowiącej nadużycie stała się bardziej oczywista z upływem przedmiotowego okresu, a zwłaszcza po przyjęciu decyzji w sprawie Deutsche Telekom [...]. Do kwoty tej zastosowano mnożnik wynoszący 1,25, aby uwzględnić znaczne możliwości gospodarcze Telefóniki i aby zapewnić nadanie grzywnie wystarczająco odstraszającego charakteru, w wyniku czego kwota wyjściowa grzywny została ustalona na 112 500 000 EUR [...].
- 28 Po drugie, ponieważ naruszenie trwało od września 2001 r. do grudnia 2006 r., tj. pięć lat i cztery miesiące, Komisja podwyższyła kwotę wyjściową o 50%. Podstawowa kwota grzywny została w ten sposób ustalona na 168 750 000 EUR [...].
- 29 Po trzecie, na podstawie dostępnych dowodów Komisja uznała, że w niniejszym przypadku należy przyjąć istnienie pewnych okoliczności łagodzących, ponieważ naruszenie zostało popełnione co najmniej wskutek niedbalstwa. Telefónice przyznano zatem obniżenie kwoty grzywny o 10%, co spowodowało ustalenie grzywny na kwotę 151 875 000 EUR [...].

## II – Skarga do Sądu i zaskarżony wyrok

3. W swoich skargach wniesionych do Sądu Telefónica i Telefónica de España podniosły na poparcie swoich głównych żądań zmierzających do stwierdzenia nieważności spornej decyzji sześć zarzutów dotyczących, odpowiednio, naruszenia prawa do obrony, błędów w ustaleniach faktycznych i naruszenia prawa przy definiowaniu właściwych rynków hurtowych, błędów w ustaleniach faktycznych i naruszenia prawa przy ustalaniu ich dominującej pozycji na rynkach właściwych,

4 — Rozporządzenie Rady EWG z dnia 6 lutego 1962 r., pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. [101 TFUE] i [102 TFUE] (Dz.U. 1962, L 13, s. 204).

5 — Decyzja Komisji 2003/707/WE z dnia 21 maja 2003 r. dotycząca postępowania na podstawie art. [102 TFUE] (sprawy COMP/C 1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (Dz.U. L 263, s. 9, zwana dalej »decyzją w sprawie Deutsche Telekom«). Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 14 października 2010 r. w sprawie C-280/08 P Deutsche Telekom przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-9555, a także opinia rzecznika generalnego J. Mazáka w tej sprawie.

6 — W niniejszej opinii będę używać wyłącznie terminu »nożyce cenowe«.

naruszenia prawa przy zastosowaniu art. 102 TFUE w odniesieniu do ich zachowania stanowiącego nadużycie, błędów w ustaleniach faktycznych lub błędów w ocenie okoliczności faktycznych i naruszenia prawa w odniesieniu do ich zachowania stanowiącego nadużycie oraz do jego antykonkurencyjnych skutków oraz wreszcie zastosowania ultra vires art. 102 TFUE i naruszenia zasad pomocniczości, proporcjonalności, pewności prawa, lojalnej współpracy oraz dobrej administracji.

4. Tytułem żądań ewentualnych wnoszące odwołanie podniosły dwa zarzuty mające na celu uchylenie grzywny lub obniżenie jej kwoty dotyczące: (i) błędów w ustaleniach faktycznych, naruszenia prawa oraz naruszenia art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17, art. 23 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003<sup>7</sup> i zasad pewności prawa oraz ochrony uzasadnionych oczekiwań, oraz (ii) błędów w ustaleniach faktycznych, naruszenia prawa i naruszenia zasad proporcjonalności, równego traktowania, indywidualizacji kar oraz obowiązku uzasadnienia przy ustalaniu kwoty grzywny. Sąd oddalił każdy z podniesionych zarzutów oraz skargę w całości.

### III – Postępowanie przed Trybunałem

5. Oprócz wnoszących odwołanie oraz Komisji w pisemnym etapie postępowania przed Trybunałem uczestniczyli trzej interwenienci, którzy przystąpili do sprawy w postępowaniu w pierwszej instancji, tzn. Asociación de usuarios de servicios bancarios (Ausbanc Consumo, zwane dalej „Ausbanc”), France Telecom (składająca skargę do Komisji, która doprowadziła do wszczęcia postępowania w niniejszej sprawie) oraz European Competitive Telecommunications Association (zwana dalej „ECTA”). Na rozprawie, która odbyła się w dniu 16 maja 2013 r. – i która dotyczyła wyłącznie zarzutów siódmego, ósmego i dziesiątego odwołania (dotyczących domniemanego naruszenia prawa przy obliczaniu kwoty grzywny i spoczywającego na Sądzie obowiązku wykonania nieograniczonego prawa orzekania) – wszystkie te strony przedstawiły swoje uwagi.

### IV – Odwołanie

*A – W przedmiocie wniosku o udostępnienie dosłownego zapisu lub nagrania rozprawy, która odbyła się przed Sądem*

6. Wnoszące odwołanie oraz Ausbanc wystąpiły do Trybunału, na podstawie art. 15 TFUE, z wnioskiem o udostępnienie dosłownego zapisu lub nagrania rozprawy, która odbyła się przed Sądem w dniu 23 maja 2011 r. Stoją na stanowisku, że wnioski te powinny zostać oddalone, ponieważ dosłowny zapis lub nagranie rozprawy, która odbyła się przed Sądem, nie stanowią części akt przekazanych Trybunałowi zgodnie z art. 5 ust. 1 Instrukcji dla sekretarza Sądu Pierwszej Instancji.

*B – W przedmiocie zarzutu niedopuszczalności podniesionego przez Komisję wobec całego odwołania*

7. Należy stwierdzić, że: (i) odwołanie, sformułowane w sposób niejasny i nieuporządkowany, jest nadzwyczaj długie – tłumaczenie na język francuski odwołania zawierającego 492 punktów<sup>8</sup> liczy aż 133 strony przy zastosowaniu pojedynczej interlinii – i pełne powtórzeń; obejmuje ono kilka setek zarzutów, części, zastrzeżeń, argumentów i podpunktów argumentów (co stanowi zdaniem Komisji rekord w historii sporów przed sądami Unii); (ii) celem odwołania jest niemalże systematycznie uzyskanie ponownego rozpoznania faktów pod przykrywką twierdzeń, według których Sąd zastosował „błędne kryterium prawne”; (iii) zarzuty są często przedstawione w formie zwykłych twierdzeń

7 – Rozporządzenie Rady z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [101 TFUE] i [102 TFUE] (Dz.U. L 1, s. 1), mające zastosowanie od dnia 1 maja 2004 r.

8 – To jest odwołania do Trybunału (które powinno zawierać wyłącznie argumenty prawne), dłuższego od skargi wniesionej do Sądu! Ponadto znajdują się w nim punkty praktycznie niezrozumiałe takie jak pkt 298, który zawiera zdanie składające się ze 121 słów.

pozbawionych jakiegokolwiek uzasadnienia; (iv) wnoszące odwołanie, po pierwsze, podważają często sporną decyzję, a nie zaskarżony wyrok oraz, po drugie, kiedy zarzuty dotyczą rzeczywiście zaskarżonego wyroku, praktycznie nigdy nie wskazują one konkretnego fragmentu bądź punktu tego wyroku, który stanowi ich zdaniem naruszenie prawa.

8. Te stwierdzenia oraz trudność, a nawet niemożliwość skorzystania przez Komisję z przysługującego jej prawa do obrony skłoniły ją do wysunięcia zarzutu niedopuszczalności, i to w stosunku do całego odwołania. Nawet jeśli patrzę na ten zarzut niedopuszczalności z pewną przychylnością – tym bardziej że liczne części odwołania wydają mi się ewidentnie niedopuszczalne – nie zmienia to faktu, że odwołanie jako takie nie może zostać uznane za niedopuszczalne w całości, ponieważ niektóre jego zarzuty lub argumenty (choć są to igły w stogu siana) spełniają wymogi dopuszczalności. Ponadto te „igły” dotyczą kwestii zasadniczych, w tym takich, które nie były rozstrząsane, a w szczególności ciężącego na Sądzie obowiązku dokonania rzeczywistej kontroli w ramach przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania.

9. Tym samym wydaje mi się, że należy oddalić zarzut niedopuszczalności podniesiony przez Komisję wobec całego odwołania.

### C – W przedmiocie odwołania

#### 1. Zarzuty niedopuszczalne w całości: zarzuty drugi, trzeci, czwarty i piąty

10. Te zarzuty – oparte na domniemanym naruszeniu prawa odpowiednio, przy definiowaniu rynków właściwych, ocenie pozycji dominującej i jej nadużycia oraz wpływu tego nadużycia na konkurencję – wydają mi się niedopuszczalne, ponieważ podważają zasadniczo ustalenia faktyczne zawarte w wyroku Sądu. Ponadto te zarzuty bardzo rzadko wskazują punkty lub części zaskarżonego wyroku, do których się odnoszą, podczas gdy takie wskazanie jest wymagane przez utrwalone orzecznictwo Trybunału, skodyfikowane i potwierdzone art. 169 § 2 i art. 178 § 3 regulaminu postępowania przed Trybunałem.

#### a) Zarzut drugi

11. Wnoszące odwołanie podnoszą (pkt 37 odwołania), że Sąd błędnie odmówił uznania w zakresie żądania głównego, że uwolnienie pętli lokalnej, krajowy produkt hurtowy i regionalny produkt hurtowy stanowiły część tego samego rynku hurtowego, oraz, w zakresie żądań ewentualnych, że hurtowe produkty krajowy i regionalny stanowiły część tego samego rynku hurtowego.

12. Uważam, że zarzut niedopuszczalności podniesiony przez Komisję, ECTA, France Telecom i Ausbanc w stosunku do całego zarzutu drugiego powinien zostać uwzględniony. Po pierwsze, zastrzeżenia podniesione w uzasadnieniu tego zarzutu są niejasne i sformułowane w sposób prawie niezrozumiały. Po drugie, ten zarzut ma na celu w rzeczywistości podważenie faktycznych ustaleń Sądu. Po trzecie, wnoszące odwołanie podnoszą wiele nowych okoliczności, które nie były rozpatrzone w pierwszej instancji, tzn. że Komisja nie zastosowała „testu SSNIP”<sup>9</sup>, że określenie rynków nie jest zgodne z komunikatem w sprawie definicji rynku<sup>10</sup>, że określenie rynku wymaga analizy empirycznej opartej na badaniu rynku lub badaniach ekonometrycznych oraz wreszcie, że test SSNIP powinien być zastosowany w konkretnych ramach czasowych.

9 — SSNIP – small but significant and non-transitory increase in price (niewielka, ale znacząca podwyżka ceny o charakterze nieprzejściowym).

10 — Komunikat Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów [...] prawa konkurencji [Unii] (Dz.U. 1997, C 372, s. 5).

b) Zarzut trzeci

13. Wnoszące odwołanie kwestionują (pkt 93 odwołania) rozumowanie Sądu dotyczące pozycji dominującej, którą zajmują na hurtowych rynkach krajowym i regionalnym.

14. Także tu uważam, że zarzut niedopuszczalności podniesiony przez ECTA, France Telecom oraz Ausbanc powinien zostać uwzględniony, ponieważ zarzut trzeci opiera się na nowych twierdzeniach i ma na celu podważenie ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd, które pozwoliły mu orzec o istnieniu pozycji dominującej. Wnoszące odwołanie, krytykując pkt 149, 150, 162 i 163 zaskarżonego wyroku – jako że Sąd w celu stwierdzenia istnienia pozycji dominującej oparł się wyłącznie na wysokich udziałach w rynku posiadanych przez wnoszące odwołanie i błędnie nie uwzględnił presji konkurencyjnej, której są one poddane na rynku dostępu potencjalnie konkurencyjnym – podważają okoliczności faktyczne ocenione przez Sąd w pkt 157 zaskarżonego wyroku, na podstawie których orzekł on, że właściwy rynek hurtowy nie jest rynkiem potencjalnie konkurencyjnym<sup>11</sup>. Wobec powyższego te argumenty należy uznać za niedopuszczalne.

c) Zarzut czwarty

15. Wnoszące odwołanie twierdzą (pkt 120 odwołania) zasadniczo, że Sąd błędnie stwierdził, iż naruszyły one art. 102 TFUE, chociaż nie zostały spełnione przesłanki wymagane dla stwierdzenia istnienia odmowy świadczenia stanowiącej nadużycie („refusal to deal”), czym naruszył on ich prawo własności oraz zasady proporcjonalności, pewności prawa i legalności.

16. W tym przypadku również uważam, że zarzut niedopuszczalności wobec całego zarzutu czwartego – podniesiony przez Komisję, ECTA, France Telecom i Ausbanc – należy uwzględnić, ponieważ argumenty, na których się opiera: (i) albo nie były przedmiotem debaty w pierwszej instancji (np. argument dotyczący domniemanego naruszenia prawa własności, który zdaje się być centralnym elementem tego zarzutu lub argumenty dotyczące zasad proporcjonalności i pewności prawa); (ii) albo dążą do podważenia ustaleń faktycznych Sądu i zawierają w rzeczywistości żądanie, aby Trybunał dokonał nowej oceny faktów; (iii) albo nie zostały przedstawione w jasny sposób (jak podważenie orzecznictwa w sprawie *TeliaSonera Sverige*<sup>12</sup> bez podania uzasadnienia), albo nie precyzują wystarczająco podważanych punktów zaskarżonego wyroku.

d) Zarzut piąty

17. W tym zarzucie (pkt 149 odwołania) wnoszące odwołanie ograniczają się zasadniczo, po streszczeniu dwóch testów nożyc cenowych zastosowanych przez Komisję, do powtórzenia krytyki podniesionej w tym zakresie w ich skardze wniesionej do Sądu w pierwszej instancji oraz do podważania odpowiedzi Sądu udzielonych w pkt 199–265 zaskarżonego wyroku.

18. W rzeczywistości – i bardzo często bez dokładnego wskazania punktów zaskarżonego wyroku, które podważają – wnoszące odwołanie starają się uzyskać nową ocenę faktów i dowodów, w zakresie których Sąd już się wypowiedział, a takie żądanie jest ewidentnie niedopuszczalne na etapie odwołania, z zastrzeżeniem przeinaczenia dowodów, którego wnoszące odwołanie nie wykazują.

11 — To znaczy rynek, na którym klienci i konkurenci Telefóniki mogli powielić jej sieć, przez co byli w stanie wywierać na nią rzeczywistą presję konkurencyjną niezależnie od swoich udziałów w rynku.

12 — Wyrok z dnia 17 lutego 2011 r. w sprawie C-52/09, Zb.Orz. s. I-527.

19. Podaję poniżej kilka przykładów:

- wnoszące odwołanie utrzymują, że operatorzy alternatywni wykorzystywali optymalną kombinację produktów hurtowych. W tym zakresie podważają one ustalenie faktyczne Sądu przedstawione w pkt 130, 195 i 280 zaskarżonego wyroku, według którego wykorzystanie kombinacji produktów hurtowych nie potwierdziło się;
- wnoszące odwołanie (pkt 162 odwołania) krytykują zapewne pkt 207 zaskarżonego wyroku, twierdząc, że Sąd przeinaczył fakty, stwierdzając, że rzeczywiste wykorzystanie pętli lokalnej rozpoczęło się dopiero pod koniec 2004 r. Zdaniem wnoszących odwołanie, z jednej strony, Sąd powinien był rozróżnić dwa okresy do przeprowadzenia analizy – przed i po tej dacie – oraz, z drugiej strony, konkurenci rzeczywiście korzystali z pętli lokalnej przed 2004 r. Ten argument nie wskazuje jednak żadnego konkretnego elementu akt sprawy, który zostałby przeinaczony przez Sąd. W każdym razie z akt sprawy wynika, że wnoszące odwołanie nie podniosły w pierwszej instancji, iż nowy okres rozpoczął się od 2004 r.;
- wnoszące odwołanie (pkt 167 odwołania) krytykują zapewne pkt 217 zaskarżonego wyroku, twierdząc, że Sąd błędnie założył – z naruszeniem domniemania niewinności – że wydłużenie okresu referencyjnego spowodowałoby niemożliwe do przyjęcia zakłócenia, ignorując mechanizmy naprawcze zaproponowane przez wnoszące odwołanie. Wystarczy zauważyć w tym względzie, że Sąd ograniczył się do streszczenia argumentu wnoszących odwołanie, bez wyrażania własnej oceny. W każdym razie argument dotyczący domniemania niewinności został podniesiony po raz pierwszy przez wnoszące odwołanie w ramach odwołania;
- wnoszące odwołanie (pkt 178 i nast. odwołania) twierdzą również, że Sąd dopuścił się wielokrotnie naruszenia prawa przy badaniu w pkt 233–264 zaskarżonego wyroku metody analizy „okres po okresie”, przeprowadzonej przez Komisję w spornej decyzji. Te argumenty wydają mi się niedopuszczalne, ponieważ wnoszące odwołanie nie podważyły co do zasady przed Sądem zastosowania metody analizy „okres po okresie”, ale wyłącznie jej przeprowadzenie przez Komisję;
- wnoszące odwołanie podnoszą (pkt 181 odwołania) również, że Sąd dopuścił się wielokrotnego naruszenia prawa przy badaniu w pkt 234–244 zaskarżonego wyroku kosztów zatrudnienia w dziale handlowym. Stoją na stanowisku, że Sąd błędnie zastosował test „równie skutecznego konkurenta”, ponieważ nie uwzględnił możliwości, że równie skuteczny konkurent może podzlecać wykonywanie swoich usług handlowych. Ten argument jest niedopuszczalny, ponieważ powoduje, że odwołanie wykracza poza granice debaty w pierwszej instancji poprzez wysunięcie nowych twierdzeń i domaga się, aby Trybunał dokonał ponownej oceny faktów;
- wnoszące odwołanie (pkt 183 odwołania) krytykują zapewne pkt 244 wyroku, podnosząc, że Sąd błędnie nie uwzględnił szacunków kosztów zawartych w zestawieniach wskaźników wnoszących odwołanie, nie wykonał nieograniczonego prawa orzekania, przyjął metodę długoterminowych średnich kosztów przyrostowych (Long Run Average Incremental Cost – LRAIC) i zastosował rzeczywiste koszty przypisane w pełni rachunkowo w celu ustalenia kosztów krańcowych sprzedaży. Te argumenty również należy oddalić, ponieważ dążą one do tego, aby Trybunał zmienił ustalenia faktyczne zawarte w pkt 237–244 zaskarżonego wyroku;
- argumenty wnoszących odwołanie dotyczące badania średniego czasu ich relacji z abonentami i odnoszące się do pkt 245–251 zaskarżonego wyroku są niedopuszczalne, ponieważ oparte zostały na nowych twierdzeniach;
- podważając (pkt 188 odwołania) zapewne pkt 256 i 257 zaskarżonego wyroku, w których ich zdaniem Sąd błędnie odrzucił średni ważony koszt kapitału (Weighted Average Cost of Capital – WACC), który zaproponowały, oraz pkt 259–264 zaskarżonego wyroku, w których Sąd dopuścił się



naruszenia prawa przy badaniu rzekomego dwukrotnego zaksięgowania szeregu pozycji kosztowych, wnoszące odwołanie podważają ocenę dowodów dokonaną przez Sąd (który oparł swoje przekonanie na ogólnym badaniu treści akt sprawy oraz debacie pomiędzy stronami);

- wnoszące odwołanie stoją również na stanowisku (pkt 218 odwołania), że Sąd powinien był stwierdzić, iż w niniejszej sprawie różnica między ceną hurtową niezbędnych elementów składowych a ceną detaliczną jest dodatnia, przez co powinien był wymagać wykazania konkretnych skutków lub szczególnie wiarygodnego dowodu prawdopodobnych skutków zachowania wnoszących odwołanie. Ten argument – ponieważ został podniesiony po raz pierwszy w odwołaniu – jest niedopuszczalny.

20. Wnoszące odwołanie podnoszą następnie trzy argumenty (pkt 220, 227, 231 odwołania) dotyczące zapewne pkt 274–276 zaskarżonego wyroku, jako że ich zdaniem Sąd błędnie orzekł, że prawdopodobne skutki zachowania wnoszących odwołanie zostały ustalone, podczas gdy: (a) Komisja powinna była zbadać, czy rentowność operatorów alternatywnych równie skutecznych jak wnoszące odwołanie rzeczywiście została ograniczona wskutek stosowanych przez nie praktyk cenowych; (b) Komisja powinna była przeanalizować relacje pomiędzy cenami hurtowymi i cenami detalicznymi na rynku, aby ustalić, czy nożyce cenowe rzeczywiście ograniczyły zdolność operatorów alternatywnych do ustalania cen detalicznych, oraz (c) Komisja powinna była przeanalizować relacje pomiędzy cenami hurtowymi, przepływami pieniężnymi operatorów i poziomem ich inwestycji, aby ustalić, czy nożyce cenowe rzeczywiście ograniczyły zdolności inwestycyjne operatorów alternatywnych. Te trzy argumenty wydają mi się niedopuszczalne, ponieważ nie zostały podniesione w pierwszej instancji i ich celem jest rozpoczęcie dyskusji na temat „konkretnych skutków” zachowania wnoszących odwołanie w ramach odwołania. W skardze wniesionej w pierwszej instancji w pkt 191–199 podniesiono wyłącznie kwestię „możliwych skutków” i podważono sporną decyzję w zakresie, w jakim założyła ona takie skutki jako konieczną konsekwencję wyników testu nożyc cenowych. Ponadto celem tych argumentów jest również podważenie oceny faktów dokonanej przez Sąd w pkt 275 i 276 zaskarżonego wyroku.

21. Z powyższego wynika, że zarzuty drugi, trzeci, czwarty i piąty powinny zostać uznane za niedopuszczalne.

2. Zarzuty, które powinny być, odpowiednio, odrzucone lub oddalone, ponieważ są w części niedopuszczalne i w części bezzasadne: zarzuty pierwszy, szósty, siódmy i dziewiąty

a) Zarzuty pierwszy i dziewiąty

22. Te dwa zarzuty pokrywają się do tego stopnia, że w przedstawieniu zarzutu dziewiątego wnoszące odwołanie powtarzają dosłownie część argumentacji przedstawionej w ich zarzucie pierwszym. Tym samym te dwa zarzuty należy zbadać łącznie. W pierwszej kolejności argumenty wnoszących odwołanie (pkt 12 odwołania) dotyczą nieproporcjonalnego czasu trwania postępowania przed Sądem, trwającego od dnia 1 października 2007 r. do dnia 29 marca 2012 r., co narusza ich podstawowe prawo do skutecznej ochrony sądowej w rozsądnym terminie, gwarantowane przez art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”) i art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (zwanej dalej „EKPC”). Wnoszące odwołanie podnoszą tytułem żądania głównego (pkt 14 odwołania), że nieproporcjonalny czas trwania postępowania uzasadnia uchylene zaskarżonego wyroku ze względu na jego wpływ na rozstrzygnięcie sporu w zakresie, w jakim uniemożliwił im wniesienie odwołania lub dostosowanie ich argumentów na piśmie przed wydaniem przez Trybunał ww. wyroku w sprawie TeliaSonera Sverige. Niezależnie od faktu, że nie podzielałam stanowiska wnoszących odwołanie w zakresie tego związku przyczynowo-skutkowego, podnoszę, że w każdym razie zajęły one wyraźne stanowisko w zakresie wykładni, jaką należy nadać ww. wyrokowi w sprawie TeliaSonera Sverige na rozprawie przed Sądem, która miała miejsce wiele miesięcy po ogłoszeniu tegoż wyroku.

23. Następnie wnoszące odwołanie twierdzą (pkt 15 odwołania) tytułem ewentualnym, że w każdym razie należy przyznać im obniżenie kwoty grzywny zgodnie z orzecznictwem w sprawie Baustahlgewebe przeciwko Komisji<sup>13</sup>.

24. Podobnie jak Komisja, ECTA, France Telecom i Ausbanc uważam, że czas trwania postępowania przed Sądem – nieco poniżej 4 lat i 6 miesięcy – nie jest okresem nierozsądnym w tej sprawie<sup>14</sup> ze względu, między innymi, na następujące okoliczności: (i) złożony pod względem technicznym charakter sprawy (zdaniem Trybunału<sup>15</sup>, „złożoność sprawy może zostać uwzględniona, by usprawiedliwić zbyt długi prima facie termin”); (ii) na sporną decyzję wniesione zostały dwie skargi – jedna przez wnoszące odwołanie, a druga przez Królestwo Hiszpanii, które zostały równolegle rozpoznane przez Sąd, co spowodowało wydłużenie postępowania; (iii) wnoszące odwołanie złożyły – już na etapie postępowania w pierwszej instancji – niezwykle długą skargę, znacznie wykraczającą ponad maksymalną ilość stron zalecaną w Praktycznych instrukcjach dla stron w postępowaniach przed Sądem. Musiało nastąpić usunięcie braków tej skargi, co wydłużyło czas trwania pisemnego etapu postępowania i mimo usunięcia braków skarga, która liczyła prawie 140 stron oraz liczne i obszerne załączniki, pozostała zbyt obszerna i przekraczała znacznie długość przewidzianą we wspomnianych praktycznych instrukcjach. Następnie wnoszące odwołanie przedstawiły replikę liczącą 112 stron oraz 25 załączników, w których przedstawiły one ponadto nowe twierdzenia; (iv) w trakcie postępowania do sprawy przystąpiło wielu interwenientów, co spowodowało wydłużenie pisemnego etapu postępowania aż do początku 2009 r.; oraz to, że (v) wnoszące odwołanie złożyły wreszcie liczne wnioski o zachowanie poufności w stosunku do interwenientów, które w większości zostały oddalone, ale które również przyczyniły się do wydłużenia postępowania, obligując Sąd do przedstawienia różnych dokumentów w wersjach, z których wykreślono pewne informacje.

25. W drugiej kolejności wnoszące odwołanie kwestionują (pkt 19 odwołania) pkt 62 i 63 zaskarżonego wyroku, w których Sąd orzekł, że załączniki do skargi i do repliki zostaną wzięte przez Sąd pod rozwagę tylko w takim zakresie, w jakim wspierają lub uzupełniają argumenty wyraźnie powołane przez skarżące w treści pism oraz pkt 231, 250 i 262 zaskarżonego wyroku, w których Sąd uznał za niedopuszczalne, zgodnie z powyższą zasadą, niektóre argumenty poparte przez załączniki i odnoszące się do obliczenia wartości końcowej, średniego czasu relacji z abonamentami i dwukrotnego zaksięgowania szeregu pozycji kosztowych.

26. Te argumenty wydają mi się ewidentnie niedopuszczalne w całości, ponieważ nie wyjaśniają, w jaki sposób ewentualne uchybienie proceduralne naruszyło ich interesy lub ich prawo do obrony. Ponadto, po pierwsze, argument, według którego Sąd powinien był oddalić zarzut niedopuszczalności, ponieważ został on podniesiony przez Komisję dopiero w duplice, a nie w odpowiedzi na skargę, jest bezzasadny, ponieważ formalna prawidłowość pism procesowych stanowi kwestię prawa bezwzględnie obowiązującego, która może zostać podniesiona z urzędu przez sąd niezależnie od zachowania strony pozwanej, która może z tego samego powodu podnieść ją na każdym etapie postępowania. Po drugie, argument, którym wnoszące odwołanie kwestionują pkt 62 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd nie może wymagać, aby skarga zawierała wszystkie obliczenia ekonomiczne służące za podstawę jej argumentów – również jest bezzasadny. Zgodnie z orzecznictwem Sąd ograniczył się w pkt 58 zaskarżonego wyroku do wymogu, aby „istotne okoliczności” faktyczne i prawne wynikały „przynajmniej zwięźle, ale w sposób spójny i zrozumiały, z treści samej skargi”.

13 — Wyrok z dnia 17 grudnia 1998 r. w sprawie C-185/95 P, Rec. s. I-8417, pkt 141.

14 — Chciałbym zauważyć, że kwestie zasadnicze związane z długością postępowania przed Sądem zostaną ponownie rozstrzygnięte przez wielką izbę Trybunału w sprawie C-50/12 Kendrion przeciwko Komisji (zawisłej przed Trybunałem, opinia rzecznika generalnego E. Sharpston została przedstawiona w dniu 30 maja 2013 r.), tzn. między innymi zakres zastosowania ww. wyroku w sprawie Baustahlgewebe przeciwko Komisji (w którym Trybunał obniżył grzywnę ze względu na zbyt długi czas trwania postępowania przed Sądem) w świetle wyroku z dnia 16 lipca 2009 r. w sprawie C-385/07 P Der GrünePunkt - Duales System Deutschland przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-6155 (w przypadku której żadna grzywna nie została nałożona i w której Trybunał poinformował wnoszącą odwołanie, że może wnieść skargę o odszkodowanie do Sądu).

15 — Wyrok z dnia 25 stycznia 2007 r. w sprawach połączonych C-403/04 P i C-405/04 P Sumitomo Metal Industries i Nippon Steel przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-729, pkt 116, 117 i przytoczone tam orzecznictwo.

27. W trzeciej kolejności wnoszące odwołanie kwestionują (pkt 24 odwołania) pkt 182 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd przeinaczył fakty i naruszył prawo do obrony, orzekając, że nie powołały się one na brak niezbędnego charakteru produktów hurtowych w ramach oceny skutków ich zachowania. Przede wszystkim twierdzą, że przywołały ten charakter w swojej skardze w pierwszej instancji (pkt 106, 108), w swojej replice (pkt 216) oraz na rozprawie, zarówno w zarzucie dotyczącym zastosowania art. 102 TFUE ogólnie, jak i w ramach oceny skutków. Zdaniem wnoszących odwołanie argumentacja dotycząca braku niezbędnego charakteru produktów hurtowych stanowi rozszerzenie zarzutu nieważności już sformułowanego w skardze. Podobnie jak Komisja i France Telecom uważam, że ten argument jest chybiony. Wystarczy bowiem stwierdzić, że wywody Sądu, przedstawione w szczególności w pkt 268–272, 274–281 i 389–410 zaskarżonego wyroku, nie opierają się na tym, czy sporny element składowy ma niezbędny charakter czy też nie.

28. Pomocniczo wnoszące odwołanie dodają (pkt 28 odwołania), że art. 48 § 2 regulaminu postępowania przed Sądem przyznaje im w każdym przypadku prawo podniesienia nowego zarzutu opierającego się na okoliczności prawnej lub faktycznej, która została ujawniona w trakcie postępowania, co wynika z ww. wyroku w sprawie *TeliaSonera Sverige*, jako że Trybunał wyjaśnił w nim kryteria mające zastosowanie do oceny skutków nożyc cenowych. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, mającym zastosowanie *mutatis mutandis* do orzeczenia wydanego w trybie prejudycjalnym, wyrok oddalający skargę nie uzasadnia przedstawienia nowych zarzutów<sup>16</sup>.

29. W czwartej kolejności wnoszące odwołanie (pkt 33 odwołania) uważają, że Sąd naruszył ich prawo do obrony i domniemanie niewinności. Przede wszystkim uważają, że Sąd naruszył domniemanie niewinności, orzekając, że okoliczności, na których oparła się Komisja w spornej decyzji, ale które nie zostały wymienione w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, mogą pozostać nieuwzględnione wyłącznie wtedy, gdy skarżące wykażą, że wynik spornej decyzji byłby odmienny. Zdaniem wnoszących odwołanie przyjęte przez Sąd kryterium dowodu nie jest zgodne z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (zwanego dalej „ETPC”).

30. Moim zdaniem powyższy argument należy uznać za niedopuszczalny, ponieważ, z jednej strony, nie wskazuje on w sposób wystarczająco dokładny punktów zaskarżonego wyroku mających zawierać naruszenie prawa, o którego usunięcie wnoszą, a z drugiej strony, w pkt 86–109 zaskarżonego wyroku, które szczegółowo analizują tę kwestię, przeprowadzono ocenę faktów, od której odwołanie nie przysługuje. Dodam, że pkt 78 zaskarżonego wyroku wydaje się być tylko obiter dictum rozumowania opartego na innych decydujących rozważaniach, przedstawionych w pkt 79 i nast., niepodważanych przez wnoszące odwołanie. Wreszcie ten argument jest pozbawiony podstaw, ponieważ, po pierwsze, kryterium zastosowane przez Sąd w zaskarżonym wyroku wynika z utrwalonego orzecznictwa Trybunału<sup>17</sup>, które jest całkowicie zgodne z orzecznictwem ETPC. Nieprzekazanie dokumentu stanowi bowiem naruszenie prawa do obrony wyłącznie w przypadku, w którym Komisja oparła się na tym dokumencie, aby poprzeć swój zarzut i jeśli ten zarzut jest udowodniony wyłącznie przez ten dokument<sup>18</sup>. Jeśli wiele środków dowodowych popiera szczególnie wnioski lub zarzut, brak jednego z tych środków dowodowych nie wystarcza do wykluczenia wniosku lub zarzutu, jeśli pozostałe środki dowodowe je popierają. Ponadto Komisja nie oparła się na żadnej nowej okoliczności w celu ustalenia odpowiedzialności wnoszących odwołanie, jak potwierdzają to pkt 103 i 107 zaskarżonego wyroku.

16 — Wyrok Trybunału potwierdzający ważność aktu instytucji Unii nie może być traktowany jako okoliczność pozwalająca na podniesienie nowego zarzutu, jako że potwierdza on tylko sytuację prawną znaną skarżącym w chwili wniesienia ich skargi (zob. wyrok z dnia 1 kwietnia 1982 r. w sprawie 11/81 *Dürbeck* przeciwko Komisji, Rec. s. 1251, pkt 17).

17 — Zobacz wyroki: z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P *Aalborg Portland i in.* przeciwko Komisji, Rec. s. I-123, pkt 71–73 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 3 września 2009 r. w sprawach połączonych C-322/07 P, C-327/07 P i C-338/07 P *Papierfabrik August Koehler i in.* przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-7191, pkt 104.

18 — Komisja wyjaśniła w swoich pismach przed Sądem (pkt 15 odpowiedzi na skargę), że twierdzenia Telefóniki są ewidentnie chybione, ponieważ wszystkie punkty, co do których Telefónica twierdziła, że nie miała okazji się wypowiedzieć, stanowiły niewiążącą część uzasadnienia.

31. Pomocniczo wnoszące odwołanie twierdzą (pkt 36 odwołania), że wykazały, iż wynik spornej decyzji mógłby być odmienny, gdyby nowe środki dowodowe zostały wykluczone. Stoją na stanowisku, że Sąd, ignorując te argumenty, przeinaczył fakty, popełnił oczywisty błąd w ocenie i naruszył prawo w zakresie kryteriów oceny dowodów, a ponadto naruszył obowiązek uzasadnienia. Ten zarzut wydaje mi się niedopuszczalny, ponieważ opiera się na lakonicznych i ogólnych twierdzeniach, i zarazem bezpodstawny, jako że Sąd rzeczywiście zbadał w pkt 88–109 zaskarżonego wyroku podnoszony nowy charakter niektórych środków dowodowych i wpływ podnoszonego braku dostępu do tych środków dowodowych. Ponadto – podobnie jak France Telecom – uważam, że okoliczności wymienione przez wnoszące odwołanie zostały ujęte w decyzji wyłącznie w celu odparcia argumentacji przedstawionej przez nie w ich odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów oraz że Sąd uznał, iż Komisja nie oparła się na spornych dokumentach, aby uzasadnić swój zarzut dotyczący istnienia naruszenia (zob. pkt 103 zaskarżonego wyroku).

32. W świetle powyższego zarzuty pierwszy i dziewiąty są w części niedopuszczalne i w części bezzasadne i powinny zatem zostać, odpowiednio, odrzucone lub oddalone.

b) Zarzut szósty

33. W pierwszej części tego zarzutu wnoszące odwołanie podnoszą (pkt 242 odwołania), że Sąd dopuścił się wielokrotnie naruszenia prawa przy badaniu w pkt 287–295 zaskarżonego wyroku domniemanego naruszenia zakazu działania ultra vires przez Komisję. Po pierwsze, twierdzą, że Sąd potwierdził błędną wykładnię orzecznictwa w sprawie Bronner<sup>19</sup>, uznając, że Komisja była uprawniona do uregulowania ex post warunków cenowych, którym podporządkowane jest korzystanie z infrastruktury niemającej niezbędnego charakteru. Jak słusznie podkreśliły to France Telecom i ECTA, ta argumentacja jest ewidentnie bezzasadna, ponieważ oznacza, iż art. 102 TFUE nie ma zastosowania, jeśli nie są spełnione przesłanki określone w ww. wyroku w sprawie Bronner.

34. Po drugie, wnoszące odwołanie kwestionują (pkt 249 odwołania) zapewne pkt 289 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd przeinaczył ich twierdzenia. Nie podniosły one bowiem, iż prawo konkurencji nie stosuje się do „rynków instrumentalnych”, ale raczej, iż nie stosuje się ono do obowiązku dostępu narzuconego przez krajowego regulatora. Należy stwierdzić w tym względzie, że wnoszące odwołanie nie wskazują elementów ich pism, które miałyby zostać przeinaczone, ani błędów w analizie, które miały doprowadzić Sąd do tego przeinaczenia. Ponadto wnoszące odwołanie wyraźnie oświadczyły w pierwszej instancji, że prawo konkurencji nie może mieć zastosowania do „rynków instrumentalnych” (pkt 241 ich repliki). W każdym razie to zastrzeżenie jest nieistotne dla sprawy, ponieważ wnoszące odwołanie nie podważają zgodności z prawem odpowiedzi Sądu.

35. Po trzecie, wnoszące odwołanie kwestionują (pkt 251 odwołania) zapewne pkt 290 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd nie podważył użycia pojęcia „drabina inwestycyjna”, które z uwagi na swój „regulacyjny” charakter doprowadziły Komisję do nieuwzględnienia możliwości wykorzystania kombinacji produktów. To zastrzeżenie wydaje mi się ewidentnie niedopuszczalne, ponieważ nie dotyczy żadnego błędnego zastosowania prawa i nie podważa żadnej z uwag poczynionych przez Sąd w pkt 290 zaskarżonego wyroku.

36. Po czwarte, wnoszące odwołanie krytykują (pkt 253 odwołania) zapewne pkt 293 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd przeinaczył ich twierdzenia, ponieważ nie podważały one zastosowania art. 102 TFUE do rynku telekomunikacji, ale krytykowały jego zastosowanie przez Komisję w celach reglamentacyjnych. Ten argument jest niedopuszczalny, ponieważ wnoszące odwołanie nie wskazują

19 — Wyrok z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97, Rec. s. I-7791.

elementów swoich pism, które miałyby zostać przeinaczone ani błędów w analizie, które miałyby doprowadzić Sąd do tego przeinaczenia. W każdym razie w moim przekonaniu Sąd nie przeinaczył twierdzeń wnoszących odwołanie, które rzeczywiście utrzymywały, że nie ma nadużycia pozycji dominującej, gdyż cele prawa telekomunikacyjnego są odmienne od celów prawa konkurencji.

37. Po piąte, wnoszące odwołanie krytykują (pkt 254 odwołania) zapewne pkt 294 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd przeinaczył fakty, stwierdzając, że tylko środki przyjęte w 2006 r. zostały zgłoszone Komisji, podczas gdy z jednej strony Królestwo Hiszpanii przyjęło nowe ramy regulacyjne w 2003 r. za pośrednictwem Ley General de Telecomunicaciones (telekomunikacyjnej ustawy ramowej nr 32/2003 z dnia 3 listopada 2003 r.), zaś z drugiej strony Komisja wykonała kontrolę za pośrednictwem sprawozdań z wdrożenia, które publikuje od 1997 r. Jak słusznie podkreśliły Komisja, ECTA i France Telecom, Sąd nie przeinaczył żadnego faktu, ponieważ żaden środek nie został zgłoszony Komisji przed 2006 r., czego wnoszące odwołanie nie podważają. Fakt, że władze hiszpańskie działały już przed 2006 r. w ramach prawa Unii, jest zasadniczo nieistotny, ponieważ argument wnoszących odwołanie polegał na twierdzeniu, że Komisja powinna była skorzystać ze swoich uprawnień w ramach nowych ram regulacyjnych (pkt 291 zaskarżonego wyroku), ale że Sąd zaznaczył, iż te nie mogły być wykorzystane przed zgłoszeniem środków w 2006 r. (pkt 294 zaskarżonego wyroku).

38. W drugiej części omawianego zarzutu wnoszące odwołanie twierdzą (pkt 255 odwołania), że Sąd wielokrotnie dopuścił się naruszenia prawa w badaniu przeprowadzonym w pkt 296–308 zaskarżonego wyroku. Primo, krytykują (pkt 259 odwołania) zapewne pkt 306 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd naruszył zasadę proporcjonalności, powstrzymując się od zbadania, czy sporna decyzja była właściwa i konieczna w świetle zgodnych z prawem celów realizowanych również przez krajowy organ regulacyjny [Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (hiszpańską komisję ds. rynku telekomunikacyjnego), zwaną dalej „CMT”]. Podnoszą również naruszenie prawa do obrony, jako że Sąd miał je zmuszać do wykazania, że działanie Komisji było sprzeczne z zasadą proporcjonalności, podczas gdy to Komisja powinna była udowodnić, że jej działanie było zgodne z tą zasadą. Podzielał stanowisko Komisji i ECTA, że ten argument jest niedopuszczalny, ponieważ nie został podniesiony przed Sądem.

39. Secundo, wnoszące odwołanie kwestionują (pkt 261 odwołania) zapewne pkt 306 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd naruszył zasadę pewności prawa, przyjmując, że zachowanie zgodne z ramami regulacyjnymi może stanowić naruszenie art. 102 TFUE. Ten argument również jest niedopuszczalny, ponieważ przed Sądem wnoszące odwołanie ograniczyły się do powołania na naruszenie zasady pewności prawa, które miało wynikać z faktu niezbadania przez Komisję zachowania CMT.

40. Tertio, wnoszące odwołanie kwestionują (pkt 264 odwołania) pkt 299–304 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd ewidentnie przeinaczył ich twierdzenia dotyczące zasady pomocniczości i zignorował, że cele realizowane przez prawo konkurencji i przez ramy regulacyjne telekomunikacji są tożsame. Ten argument wydaje mi się niedopuszczalny, ponieważ wnoszące odwołanie nie wskazują twierdzeń, które miały zostać przeinaczone przez Sąd.

41. W trzeciej części omawianego zarzutu wnoszące odwołanie kwestionują (pkt 267 odwołania) przeprowadzone przez Sąd badanie domniemanego naruszenia przez Komisję zasad lojalnej współpracy i dobrej administracji. Mówiąc dokładniej, krytykują one pkt 313 i 314 zaskarżonego wyroku, podnosząc, iż Sąd przeinaczył ich twierdzenia, ponieważ nie zarzuciły one Komisji, że nie skonsultowała się z CMT w związku z pismem w sprawie przedstawienia zarzutów, ale że nie działała na podstawie wszystkich okoliczności faktycznych koniecznych do wyrobienia sobie opinii oraz że nie współpracowała w odpowiedni sposób z CMT na podstawie działalności tego organu oraz jej wpływu na realizację celów określonych w ramach regulacyjnych. Tym samym Sąd niesłusznie nie dokonał oceny, czy w ramach wykonania spoczywającego na niej obowiązku współpracy i dobrej administracji Komisja przeanalizowała motyw i przedyskutowała z CMT cel jej działania oraz jej metodę obliczania

nożyc cenowych (tzn. test, który zastosowała CMT). Ten argument wydaje mi się ewidentnie niedopuszczalny, ponieważ wnoszące odwołanie nie wskazują fragmentów, które miały zostać przeinaczone, ani błędów w analizie, które miały zostać popełnione. Ponadto ten argument jest oczywiście bezpodstawny, jako że Sąd ustalił – czego wnoszące odwołanie nie podważyły, po pierwsze, że CMT rzeczywiście została włączona w postępowanie administracyjne oraz, po drugie, że właściwe przepisy rozporządzenia nr 1/2003 nie nakładają na Komisję obowiązku konsultowania się z krajowymi organami regulacyjnymi.

42. Z całości powyższych rozważań moim zdaniem wynika, że zarzut szósty jest albo niedopuszczalny, albo bezzasadny i powinien zostać, odpowiednio, odrzucony lub oddalony.

c) Zarzut siódmy

i) Pierwsza część zarzutu siódmego

43. Wnoszące odwołanie podnoszą (pkt 274 odwołania), że w ramach badania kwalifikacji naruszenia jako stanowiącego „istotne nadużycie” w pkt 353–369 zaskarżonego wyroku Sąd naruszył zasady pewności prawa i legalności kar, gwarantowane w art. 7 EKPC i w art. 49 karty. Podkreślają, że zgodnie z wyrokiem w sprawach połączonych *Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji*<sup>20</sup> zasady te mogą sprzeciwiać się zastosowaniu ze skutkiem wstecznym nowej wykładni orzeczniczej normy określającej znamiona naruszenia, której wynik nie mógł być rozsądnie przewidziany w momencie popełnienia naruszenia, w szczególności w świetle wykładni tej normy obowiązującej wówczas w orzecznictwie.

44. W swoim pierwszym zastrzeżeniu (pkt 281 odwołania), zatytułowanym „Istnienie wyraźnych i przewidywalnych precedensów”, wnoszące odwołanie ograniczają się do streszczenia pkt 357–368 zaskarżonego wyroku. W swoim drugim zastrzeżeniu (pkt 284 odwołania) krytykują pkt 357 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd pozostawił kwestię celowości nałożenia grzywny uznaniu Komisji, przez co naruszył ciężący na nim obowiązek wykonywania nieograniczonego prawa orzekania, ustanowiony w art. 6 EKPC i w art. 229 WE (obecnie art. 261 TFUE), oraz zasady legalności i pewności prawa, ustanowione w art. 7 EKPC. W trzecim zastrzeżeniu (pkt 286 odwołania) krytykują one zapewne pkt 356–362 zaskarżonego wyroku, podnosząc, iż Sąd błędnie doszedł do wniosku, że zastosowanie art. 102 TFUE do ich zachowania było oparte na wyraźnych i przewidywalnych precedensach. W czwartym zastrzeżeniu (pkt 302 odwołania) wnoszące odwołanie kwestionują zapewne pkt 363–369 zaskarżonego wyroku, podnosząc, iż Sąd błędnie uznał, że metodologia przyjęta przez Komisję w celu stwierdzenia istnienia nożyc cenowych była rozsądnie oparta na wyraźnych i przewidywalnych precedensach.

45. Cała pierwsza część omawianego zarzutu wydaje mi się niedopuszczalna, ponieważ wnoszące odwołanie nie podniosły w pierwszej instancji kwestii istnienia wyraźnych precedensów, aby podważyć zasadę nałożenia grzywny, ale wyłącznie w odniesieniu do kwoty grzywny i istnienia „istotnego nadużycia”.

ii) Druga część zarzutu siódmego

46. Wnoszące odwołanie podnoszą (pkt 310 odwołania), że Sąd dopuścił się wielu naruszeń prawa w trakcie badania w pkt 319–352 zaskarżonego wyroku kwalifikacji ich zachowania jako „naruszenia popełnionego umyślnie lub wskutek niedbalstwa” w rozumieniu art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003.

20 — Wyrok z dnia 28 czerwca 2005 r. w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, Zb.Orz. s. I-5425.

– Pierwsze zastrzeżenie

47. Argument pierwszy: wnoszące odwołanie kwestionują zapewne pkt 322–326 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd błędnie uznał, iż były one w stanie przewidzieć definicję rynku przyjętą przez Komisję w spornej decyzji. Wystarczy stwierdzić, podobnie jak Komisja, że Sąd zastosował klasyczne kryteria definicji rynków oparte na zastępowalności, których nie można uznać za „nieprzewidywalne”. Ponadto rzekoma nieprzewidywalność rozróżnienia pomiędzy hurtowymi rynkami regionalnym i krajowym jest nieistotna dla sprawy, ponieważ na oba te rynki miały wpływ pozycja dominująca i nożyce cenowe wprowadzone przez wnoszące odwołanie.

48. Mówiąc dokładniej, wnoszące odwołanie kwestionują (pkt 317 odwołania) zapewne pkt 323 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd orzekł z naruszeniem orzecznictwa ETPC w zakresie przewidywalności, że wnoszące odwołanie powinny były zasięgnąć fachowej porady, nie sprawdzając, czy to rzeczywiście zrobiły, i domniemując, że porady te byłyby zbieżne z podejściem Komisji. Należy stwierdzić w tym względzie, że orzecznictwo nigdy nie przywiązywało żadnej wagi do faktu, czy przedsiębiorstwo zasięgnęło porady czy też tego nie uczyniło, co oznacza, że przedsiębiorstwa pozostają bezkarne, jeśli z porady prawnej nie korzystają.

49. Następnie wnoszące odwołanie kwestionują (pkt 319 odwołania) zapewne pkt 326 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd naruszył kryterium prawne przewidywalności definicji rynku i w konsekwencji kryterium przewidywalności skutków ich zachowania, nie uwzględniając kontekstu i niektórych okoliczności przedstawionych przez wnoszące odwołanie, takich jak fakt, że znane precedensy określały jednolity rynek; fakt, że niektórzy operatorzy używali kombinacji elementów składowych; fakt, że hurtowe rynki krajowy lub regionalny nie istniały w innych państwach członkowskich; fakt, że dyrektywa 2002/21/WE<sup>21</sup> definiuje jeden jedyny rynek obejmujący infrastrukturę krajową i regionalną, lub fakt, że sama CMT potwierdziła to stanowisko w swojej decyzji z dnia 6 kwietnia 2006 r. Te twierdzenia wydają mi się niedopuszczalne, ponieważ o ile różne wspomniane wyżej okoliczności są wymienione w odwołaniu, o tyle nie zostały one podniesione w pierwszej instancji w celu obalenia przewidywalności skutków zachowania wnoszących odwołanie (ani w pkt 297–301 skargi, ani w pkt 271–275 repliki w pierwszej instancji).

50. Wreszcie wnoszące odwołanie kwestionują (pkt 323 odwołania) zapewne pkt 326 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd błędnie orzekł, iż nie mogły nie wiedzieć, że zajmują pozycję dominującą na rynkach właściwych. To twierdzenie oparte jest na błędnym założeniu, że wnoszące odwołanie powinny były rozsądnie przewidzieć definicję rynku przyjętą przez Komisję. Ponadto wnoszące odwołanie stoją na stanowisku, że Sąd zastosował błędne kryterium prawne, dokonując analizy merytorycznej, zamiast zastosować kryterium przewidywalności. Te twierdzenia są niedopuszczalne, ponieważ w pierwszej instancji ani w pkt 297–301 skargi, ani w pkt 272–275 repliki wnoszące odwołanie nie wyraziły żadnej wątpliwości co do okoliczności, że posiadane przez nie udziały w rynku mogły rozsądnie wskazywać na pozycję dominującą.

51. Argument drugi: wnoszące odwołanie kwestionują zapewne pkt 338–341 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd błędnie orzekł, iż były w stanie przewidzieć, że ich polityka cenowa mogła stanowić zachowanie antykonkurencyjne.

52. Przede wszystkim krytykują (pkt 330 odwołania) zapewne pkt 339 i 340 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd zastosował błędne kryterium prawne, przeprowadzając analizę co do istoty sprawy mającą na celu ustalenie, czy Komisja mogła zgodnie z prawem interweniować ex post, zamiast przeprowadzić analizę przewidywalności, w celu ustalenia, czy taka interwencja była rozsądnie przewidywalna, chociaż wnoszące odwołanie były zobowiązane do zapewnienia dostępu oraz podlegały dogłębnej kontroli przez CMT. W moim przekonaniu jest absolutnie oczywiste i tym samym

21 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. L 108, s. 33).

„przewidywalne”, że istnienie uregulowań oraz pewnego nadzoru ze strony sektorowych organów krajowych nie chroni przed zastosowaniem traktatów (jak zostało to podkreślone w pkt 340 zaskarżonego wyroku). Ponadto w ww. wyroku w sprawie Deutsche Telekom (pkt 119, 124, 127) Trybunał orzekł, że uregulowania sektorowe mogą być właściwe dla dokonania oceny, czy przedsiębiorstwo wiedziało, że jego zachowanie ma charakter bezprawny, ale nie dla ustalenia działania umyślnego lub niedbalstwa ze strony tego przedsiębiorstwa, bowiem taka przesłanka zostaje spełniona w przypadku, w którym przedsiębiorstwo nie może nie wiedzieć, że jego zachowanie ma charakter antykonkurencyjny, niezależnie od tego, czy jest świadome czy też nie, że narusza reguły konkurencji ustalone w traktacie.

53. Następnie wnoszące odwołanie kwestionują zapewne pierwszą część pkt 341 zaskarżonego wyroku dotyczącą regionalnego produktu hurtowego, podnosząc, że Sąd przeinaczył fakty, przyjmując, iż wnoszące odwołanie nie podważały, że CMT zbadała istnienie nożyc cenowych nie na podstawie rzeczywistych kosztów historycznych wnoszących odwołanie, lecz na podstawie szacunków ex ante. Wnoszące odwołanie twierdzą tym samym, że podniosły w swojej skardze w pierwszej instancji (pkt 320), iż CMT nie chciała wykorzystała rachunkowości ich kosztów rzeczywistych, lecz wolała zlecić przedsiębiorstwu konsultingowemu ARCOME opracowanie modelu opartego na kosztach hipotetycznego „rozsądnie skutecznego” konkurenta, a nie na kosztach „równie skutecznego” konkurenta. Tym samym Sąd niesłusznie nie uwzględnił faktu, że wnoszące odwołanie mogły w sposób uzasadniony domniemywać, że analiza przeprowadzona przez CMT powinna być dokładniejsza aniżeli analiza oparta na ich własnych kosztach. Ponadto Sąd ewidentnie przeinaczył fakty, nie biorąc pod rozwagę okoliczności, że sporne ceny były kontrolowane ex post. Chciałbym zauważyć, że wnoszące odwołanie nie podważają ustaleń faktycznych, według których CMT nie dokonała analizy ewentualnych nożyc cenowych na podstawie rzeczywistych danych historycznych. Ponadto twierdzenia, jakoby CMT zastosowała kryterium „rozsądnie skutecznego” konkurenta, nie tylko nie są poparte dowodami, ale są także oczywiście niedopuszczalne, ponieważ wnoszące odwołanie nie podniosły ich w ogóle w pierwszej instancji, podczas gdy w motywie 733 spornej decyzji jest mowa o tym, że metoda zastosowana przez CMT jest metodą „równie skutecznego” operatora. Wreszcie te twierdzenia są w każdym razie nieistotne i chybione, ponieważ – jak wskazano w pkt 302 zaskarżonego wyroku – CMT wielokrotnie oświadczyła, że nie dysponuje pewnymi informacjami niezbędnymi do zbadania nożyc cenowych, w związku z czym wnoszące odwołanie nie mogły spodziewać się, że kontrola CMT oparta na szacunkach ex ante ochroni je przed zastosowaniem prawa konkurencji ex post, które opiera się na danych rzeczywistych i historycznych. Wreszcie Sąd nie pominął w swoich rozważaniach rzeczony kontroli ex post, ale po prostu uznał, że ta kontrola nie podważa jego wniosków (pkt 303, 340, 347, 348 zaskarżonego wyroku).

54. Wreszcie wnoszące odwołanie kwestionują (pkt 334 odwołania) zapewne drugą część pkt 341 zaskarżonego wyroku dotyczącą krajowego produktu hurtowego, podnosząc, że Sąd przeinaczył fakty, nie uwzględniając, z jednej strony, ich twierdzenia, że ich infrastruktury krajowe stanowią część szerszego rynku obejmującego pętlę lokalną oraz co najmniej dostęp regionalny, który podlegał uregulowaniom dostępu ex ante ze strony CMT, zaś z drugiej strony, że podlegały one kontroli ex post ze strony CMT. Wystarczy podnieść w tym zakresie, że istnienie lub brak kontroli przez CMT stanowi kwestię faktyczną i że wnioski Sądu są jasne w tym względzie. W każdym razie argumenty wnoszących odwołanie są chybione, ponieważ sama okoliczność, że istnieje potencjalna kontrola ex post, nie może wykluczyć zastosowania prawa konkurencji.

– Drugie zastrzeżenie

55. W tym zastrzeżeniu (pkt 338 odwołania) wnoszące odwołanie kwestionują zapewne pkt 343–352 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd błędnie orzekł, iż brak interwencji ze strony Komisji i działania CMT nie mogły uzasadniać powstania u wnoszących odwołanie uzasadnionych oczekiwań, że ich praktyki cenowe są zgodne z art. 102 TFUE. Te argumenty wydają mi się niedopuszczalne, ponieważ stanowią zwykłą krytykę pod adresem niezależnej oceny faktów dokonanej przez Sąd.



56. W świetle powyższego uważam, że zarzut siódmy należy, odpowiednio, odrzucić lub oddalić, ponieważ jest on w części niedopuszczalny i w części bezzasadny.

3. Zarzut ósmy (ustalenie kwoty grzywny) i zarzut dziesiąty (naruszenie obowiązku wykonania nieograniczonego prawa orzekania w zakresie sankcji)

57. Dokonam najpierw analizy – aby zaproponować ich oddalenie – argumentów drugiego i trzeciego pierwszego zastrzeżenia i drugiego zastrzeżenia pierwszej części tego zarzutu ósmego. Następnie przeprowadzę analizę argumentów pierwszego i czwartego pierwszego zastrzeżenia i pozostałych zastrzeżeń zarzutu ósmego oraz zarzutu dziesiątego, które w ten czy inny sposób wiążą się z kwestią ustalenia, czy Sąd faktycznie skorzystał z przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania w odniesieniu do ustalenia kwoty grzywny.

i) Pierwsza część zarzutu ósmego (argumenty drugi i trzeci pierwszego zastrzeżenia i drugie zastrzeżenie)

58. W drugim argumencie pierwszego zastrzeżenia wnoszące odwołanie (pkt 371 odwołania) krytykują zapewne pkt 384 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd błędnie przyjął, że znajdowały się w sytuacji prawie całkowitego monopolu, ignorując w ten sposób pewne istotne charakterystyczne cechy rynku, takie jak możliwość powielania produktów hurtowych, okoliczność, że rynek ten był rynkiem potencjalnie konkurencyjnym, rygorystyczne uregulowania, którym one podlegały, oraz pośrednią presję konkurencyjną. Argument ten jest niedopuszczalny, ponieważ jedynym jego celem jest podważenie oceny faktów dokonanej przez Sąd.

59. Następnie w trzecim argumencie pierwszego zastrzeżenia wnoszące odwołanie (pkt 374 odwołania) krytykują zapewne pkt 385 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd niesłusznie orzekł, iż metoda obliczeń nożyc cenowych wynika z wcześniejszej praktyki decyzyjnej Komisji, podczas gdy wspomniana metoda obejmuje liczne nowe elementy takie jak, między innymi, obecność niekoniecznych elementów składowych lub rynku rozwijającego się.

60. Wnoszące odwołanie powtarzają argument, że kara nie była przewidywalna, ponieważ w ich przypadku chodziło o jeden nieistotny element składowy<sup>22</sup> (in casu „lokalną sieć dostępu Telefóniki”), i odsyłają wielokrotnie do wyroku w sprawie Bronner<sup>23</sup>, do okoliczności, że precedensy dotyczyły wyłącznie „istotnych elementów składowych”, oraz do wyroku w sprawie *Industrie des poudres sphériques przeciwko Komisji*<sup>24</sup> (aby uzasadnić, że kwestia, czy cena powinna być wygórowana czy drapieżna, nie wymaga wyraźnej odpowiedzi). Co się tyczy wyroku w sprawie Bronner, stwierdzam, że w tej sprawie kwestia, czy skarżąca była zobligowana do dostarczenia produktu, nie pojawiła się, ponieważ taki obowiązek już istniał. Ponadto twierdzenie, że wszystkie precedensy odwoływały się do istotnych elementów składowych, jest jednoznacznie błędne. Na przykład Telefónica pomija decyzję w sprawie *National Carbonising* dotyczącą nadużycia polegającego na tym, co obecnie nazywane jest „nożycami cenowymi”<sup>25</sup>. W sprawie *Napier Brown*<sup>26</sup> Komisja stwierdziła nadużycie pozycji dominującej w formie nożyc cenowych w sytuacji, w której dostępne były alternatywy dla produktu z rynku wyższego szczebla. Innymi słowy, w tej sprawie Komisja nie wymagała, aby element składowy był

22 — Punkty 276, 289, 293, 295, 330, 336, 366, 371, 374, 482 odwołania.

23 — Punkty 276, 288, 289, 295, 298 odwołania.

24 — Zobacz pkt 295 i 482 odwołania oraz wyrok Sądu z dnia 30 listopada 2000 r. w sprawie T-5/97, Rec. s. II-3755.

25 — Decyzja, w której Komisja przyjęła środki zabezpieczające i wyjaśniła, jakie warunki muszą być spełnione, aby to zachowanie zostało uznane za stanowiące nadużycie [decyzja Komisji 76/185/EWWIS z dnia 29 października 1975 r. w sprawie środków zabezpieczających dotyczących *National Coal Board, National Smokeless Fuels Limited i National Carbonizing Company Limited* (Dz.U. 1976, L 35, s. 6)].

26 — Zobacz decyzja Komisji 88/518/EWG z dnia 18 lipca 1988 r. dotycząca postępowania na podstawie art. [102 TFUE] (IV/30.178 – *Napier Brown – British Sugar*) (Dz.U. L 284, s. 41, motyw 66).

niezbędny<sup>27</sup>. Komunikat o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym<sup>28</sup>, w którym problem ten został poruszony już w 1998 r., również nie wymaga istnienia istotnego elementu składowego bądź ceny wygórowanej lub drapieżnej. W rzeczywistości w przypadku kwestii, która pojawiła się przed Sądem, chodziło o ustalenie, czy istniały precedensy, które wymagały, aby element składowy był istotny, a nie przeciwnie.

61. Ponadto argument wysunięty przez wnoszące odwołanie w pierwszej instancji (pkt 341 odwołania), według którego „nieistotny” charakter elementu składowego w jej przypadku nie był oczywisty, jest nawet chybiony, ponieważ Komisja w żadnym razie nie stwierdziła „istotnego” charakteru tego elementu składowego, jako że ta cecha nie stanowi przesłanki rozumowania, które stosuje w celu ustalenia istnienia nadużycia. Co się tyczy ww. wyroku w sprawie *Industrie des poudres sphériques* przeciwko Komisji, wystarczy podnieść, że wnoszące odwołanie kładą po prostu nacisk na okoliczność, że ich wykładnia wyroku jest właściwa, nie wdając się w rzeczywistości w dyskusję na temat wykładni, jakiej dokonują wspólnie Komisja i Sąd.

62. Co się tyczy argumentu wnoszących odwołanie dotyczącego nowych elementów wykorzystanych przez Komisję i których Sąd miał nie uwzględnić, wystarczy stwierdzić jego niedopuszczalność, ponieważ w pierwszej instancji został on podniesiony wyłącznie w celu uzyskania obniżenia grzywny, a nie w celu podważenia okoliczności, że Komisja mogła ją nałożyć. Ponadto, co się tyczy w szczególności argumentu dotyczącego rynków rozwijających się, decyzje w sprawie *Wanadoo Interactive*<sup>29</sup> i w sprawie *Deutsche Telekom* również dotyczyły szybko rozwijających się rynków, w związku z czym było jasne, że ta okoliczność sama w sobie nie wystarczała do wykluczenia istnienia nadużycia.

63. Wreszcie w drugim zastrzeżeniu wnoszące odwołanie kwestionują zapewne pkt 377–407 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd dopuścił się wielokrotnie naruszenia prawa w swojej ocenie konkretnych skutków spornego nadużycia, a w szczególności (w każdym razie tak się wydaje): (i) pkt 394–398 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd dopuścił się naruszenia prawa w swojej ocenie ewolucji posiadanego przez nie udziału w rynku na rynku detalicznym (pkt 380 odwołania); (ii) pkt 399 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd przeinaczył fakty, gdyż sama Komisja przyznała w spornej decyzji, że dwóch operatorów uzyskało udział w rynku wynoszący powyżej 1% (*Wanadoo España* i *Ya.com*) (pkt 385 odwołania); (iii) pkt 401 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd błędnie orzekł, iż większe tempo wzrostu wnoszących odwołanie na rynku hurtowym jest konkretnym wskaźnikiem wykluczenia ich konkurentów (pkt 390 odwołania); (iv) pkt 407 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd błędnie przyjął, że Komisja mogła słusznie uznać, że wysoki poziom cen detalicznych w Hiszpanii stanowi wiarygodną wskazówkę konkretnego wpływu ich zachowania na rynek hiszpański, chociaż Komisja nie ustaliła związku przyczynowego pomiędzy spornym nadużyciem i wysokim poziomem cen detalicznych (pkt 393 odwołania); oraz (v) pkt 409 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd błędnie przyjął, że Komisja mogła słusznie uznać, że słaby stopień penetracji dostępu szerokopasmowego w Hiszpanii stanowi wiarygodną wskazówkę konkretnego wpływu ich zachowania na rynek hiszpański, nie uwzględniając innych czynników wskazanych przez wnoszące odwołanie, które ich zdaniem tłumaczyły ten słaby stopień penetracji (pkt 399 odwołania).

27 — Można zauważyć, że zgodnie z ww. wyrokiem w sprawie *TeliaSonera Sverige*, pkt 69, niezbędny charakter produktu może być właściwy w ramach oceny skutków zaniżania marży. Zobacz także opinia rzecznika generalnego J. Mazáka w tej sprawie.

28 — Dz.U. 1998, C 265, s. 2, pkt 117–119.

29 — Decyzja Komisji z dnia 16 lipca 2003 r. dotycząca postępowania na podstawie art. [102 TFUE] (sprawa COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*, zwana dalej „decyzją w sprawie *Wanadoo Interactive*”). W tym względzie zob. wyrok z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie C-202/07 P *France Télécom* przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-2369; opinia rzecznika generalnego J. Mazáka w tej sprawie. Jednakże, jak rzecznik ten zauważył w swojej opinii (pkt 57) w ww. sprawie *TeliaSonera Sverige*, „choć dynamiczne lub szybko rozwijające się rynki nie są wyłączone spoza zakresu zastosowania art. 102 TFUE, to jednak faktem pozostaje, że gdy tylko jest to uzasadnione, Komisja [powinna] interweniować na takich rynkach w sposób szczególnie ostrożny, zmieniając swe standardowe podejście, jak zrobiono to z powodzeniem w sprawie *Wanadoo [Interactive]*”.

64. Uważam, że należy uwzględnić zarzut niedopuszczalności podniesiony przez Komisję i France Telecom względem tego drugiego zastrzeżenia w całości. W istocie zastrzeżenie to opiera się na twierdzeniach, które nie zostały podniesione w pierwszej instancji, i wymaga od Trybunału ponownego zbadania okoliczności faktycznych. W każdym razie Sąd zastosował właściwe kryterium, tzn. istnienie „konkretn[y]ch, wiarygodn[y]ch i wystarczając[y]ch wskazów[ek] pozwalając[y]ch ocenić, jaki rzeczywisty wpływ na konkurencję na rynku mogło mieć naruszenie” (pkt 390 zaskarżonego wyroku), a wnoszące odwołanie ograniczają się do podważenia wystarczającego charakteru wskazówek, nie powołując się przy tym na jakiegokolwiek przeinaczenie.

ii) Argumenty pierwszy i czwarty pierwszego zastrzeżenia, zastrzeżenia trzecie i czwarte pierwszej części oraz pozostała część zarzutu ósmego i zarzut dziesiąty

65. Przedstawię argumenty stron, a następnie dokonam ich streszczenia, aby wyodrębnić zasadnicze pytanie zadane Trybunałowi w rozpatrywanym odwołaniu.

– Argumenty stron

66. W pierwszym argumencie pierwszego zastrzeżenia (pkt 362 odwołania) wnoszące odwołanie kwestionują zapewne pkt 382–387 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd dopuścił się naruszenia prawa w kwalifikacji charakteru naruszenia w świetle wytycznych z 1998 r. w sprawie metody ustalania grzywien. W szczególności Sąd uznał, że stwierdzenie nienaruszenia zasady pewności prawa pociąga za sobą konieczność istnienia „istotnego nadużycia”. Zdaniem wnoszących odwołanie ich rozumowanie dotyczące zasady pewności prawa miało na celu wykazanie, że nie były one w stanie przewidzieć, że ich zachowanie było niezgodne z prawem, zaś rozumowanie dotyczące istotnego nadużycia miało na celu ustalenie, że nie chodziło o oczywiste naruszenie lub „clear-cut” w świetle wytycznych z 1998 r. Wnoszące odwołanie dodają, że mogły żywić uzasadnione wątpliwości co do tego, że ich zachowanie stanowiło nadużycie.

67. Komisja utrzymuje zasadniczo, że Sąd rozpatrzył kwestię istnienia „istotnego nadużycia”, odpowiadając w sposób niezwykle szczegółowy w pkt 353–369 zaskarżonego wyroku na każdy z argumentów podniesionych w pierwszej instancji, aby stwierdzić, że precedensy były wystarczająco wyraźne.

68. W czwartym argumencie pierwszego zastrzeżenia wnoszące odwołanie (pkt 375 odwołania) krytykują inter alia pkt 386 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd błędnie odmówił zakwalifikowania naruszenia jako „poważne” zamiast „bardzo poważne” w odniesieniu do okresu przed opublikowaniem decyzji w sprawie Deutsche Telekom.

69. Komisja twierdzi, iż należy czytać zaskarżony wyrok w całości oraz że Sąd doszedł do wniosku, iż naruszenie było „bardzo poważne”, niezależnie od decyzji w sprawie Deutsche Telekom.

70. W trzecim zastrzeżeniu wnoszące odwołanie (pkt 409 odwołania) krytykują zapewne pkt 412 i 413 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd naruszył zasadę niedyskryminacji, orzekając, że praktyka decyzyjna Komisji nie stanowi ram prawnych dla grzywien w dziedzinie konkurencji, nawet jeśli istnieją bardzo podobne precedensy takie jak w ich przypadku decyzje w sprawie Wanadoo Interactive i w sprawie Deutsche Telekom.

71. Zdaniem Komisji powyższe zastrzeżenie nie wskazuje na żadne naruszenie prawa, ponieważ żaden przepis prawny nie uniemożliwia zakwalifikowania naruszenia, którego zasięg jest ograniczony do jednego państwa członkowskiego, jako „bardzo poważnego”. Odsyła ona zresztą do pkt 413 zaskarżonego wyroku, w którym Sąd podkreślił znaczące różnice w porównaniu z wcześniejszymi sprawami, które nigdy nie zostały podważone przez wnoszące odwołanie.

72. W czwartym zastrzeżeniu wnoszące odwołanie (pkt 414 odwołania) krytykują zapewne pkt 415–420 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd nie uwzględnił zmiennego natężenia wagi naruszenia w okresie jego trwania.

73. Komisja twierdzi zasadniczo, że w motywach 750 i 760 spornej decyzji przyznała, iż w pewnych okresach naruszenie było „mniej poważne”, co świadczy o tym, że zmienne natężenie wagi naruszenia zostało uwzględnione przy obliczaniu kwoty grzywny. Komisja podkreśla również, że podział na dwa odrębne okresy nie wchodzi w rachubę, ponieważ Sąd uznał, że naruszenie jest bardzo poważne w obu okresach.

74. W drugiej części zarzutu ósmego wnoszące odwołanie powołują się na naruszenie zasad proporcjonalności, równego traktowania i indywidualizacji kar. W pierwszym zastrzeżeniu wnoszące odwołanie (pkt 424 odwołania) krytykują zapewne pkt 424–427 zaskarżonego wyroku, twierdząc, że Sąd orzekł z naruszeniem zasady niedyskryminacji, iż praktyka decyzyjna Komisji nie może służyć za ramy prawne dla grzywien w dziedzinie konkurencji.

75. Komisja przypomina, że w pierwszej instancji wykazała różnice istniejące pomiędzy niniejszą sprawą a sprawami przytoczonymi przez wnoszące odwołanie, oraz dodaje, że jest uprawniona do podwyższenia poziomu grzywien, w szczególności gdy poprzedni poziom nie okazał się odstrasżający. W konsekwencji okoliczność, że kwota podstawowa jest dużo wyższa od kwoty grzywny nałożonej w decyzjach w sprawie Wanadoo Interactive lub w sprawie Deutsche Telekom, nie jest istotna dla oceny zgodności z prawem kwoty podstawowej w niniejszej sprawie.

76. W drugim zastrzeżeniu wnoszące odwołanie (pkt 428 odwołania) krytykują zapewne pkt 428–432 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd, nie wykonując nieograniczonego prawa orzekania w celu sprawdzenia proporcjonalności sankcji i tym samym z naruszeniem zasady proporcjonalności, zasłonił się po prostu zakresem uznania przysługującym Komisji przy ustalaniu kwoty grzywien.

77. Komisja zauważa zasadniczo, że Sąd nie tylko powołał się na zakres uznania Komisji, ale rzeczywiście sprawdził w pkt 432 zaskarżonego wyroku, czy grzywna jest nieproporcjonalna.

78. W trzecim zastrzeżeniu wnoszące odwołanie (pkt 432 odwołania) krytykują zapewne pkt 433 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd nie wykonał nieograniczonego prawa orzekania, aby sprawdzić, czy zasadzie odstrasżającego skutku grzywny niesłusznie przyznano pierwszeństwo przed zasadą indywidualizacji kary.

79. Komisja przyznaje, że nie dostrzega błędnego zastosowania prawa podnoszonego przez wnoszące odwołanie. Podkreśla, po pierwsze, że żadna zasada prawna nie stanowi, iż „skutek indywidualny” musi mieć pierwszeństwo przed „ogólnym skutkiem odstrasżającym”, oraz po drugie, że w spornej decyzji wyjaśniła w sposób niezwykle szczegółowy powód, dla którego grzywna była dostosowana do okoliczności danej sprawy.

80. Wreszcie w czwartym zastrzeżeniu wnoszące odwołanie (pkt 435 odwołania) krytykują zapewne pkt 434 i 435 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd naruszył obowiązek uzasadnienia, orzekając, że Komisja nie była zobowiązana do uzasadnienia w sposób szczególnie staranny swojej decyzji o nałożeniu grzywny znacząco wyższej niż w decyzjach w sprawie Wanadoo Interactive i w sprawie Deutsche Telekom.

81. Komisja podnosi zasadniczo, że w zakresie, w jakim wnoszące odwołanie zarzucają Sądowi, że sprawdził, iż dane „znajdują się” w spornej decyzji, czwarte zastrzeżenie nie ujawnia żadnego naruszenia prawa, ponieważ w ramach uzasadnienia należy sprawdzić, czy Komisja przedstawia wystarczające motywy, a nie czy przedstawia dowody na poparcie swoich motywów.

82. W trzeciej części zarzutu ósmego wnoszące odwołanie (pkt 439, 440 odwołania) utrzymują, że Sąd dopuścił się naruszenia prawa przy badaniu w pkt 437–443 zaskarżonego wyroku podwyższenia podstawowej kwoty grzywny w celach odstraszenia.

83. Komisja i France Telecom zauważają przede wszystkim, że pkt 437–443 zaskarżonego wyroku obalają dokładnie argumenty podniesione przez wnoszące odwołanie. Następnie Komisja podkreśla, że sądy Unii potwierdziły legalność praktyki polegającej na podwyższeniu kwoty grzywny nałożonej na duże przedsiębiorstwa, jak chociażby w wyrokach w sprawie Showa Denko przeciwko Komisji i w sprawie Lafarge przeciwko Komisji<sup>30</sup>. Wreszcie Komisja dodaje, że podwyższenie o 25% jest dużo niższe od tradycyjnie stosowanego przez Komisję.

84. W czwartej części zarzutu ósmego, która formalnie jest zawarta w trzeciej części odwołania, wnoszące odwołanie (pkt 445 odwołania) twierdzą zasadniczo, że Sąd dopuścił się naruszenia prawa przy badaniu w pkt 444–452 zaskarżonego wyroku kwalifikacji ich zachowania jako „naruszenia długotrwałego”.

85. W odniesieniu do końca naruszenia Komisja podkreśla, że żaden element akt sprawy przedstawiony przez wnoszące odwołanie nie wskazuje na zmiany cen w okresie od czerwca do grudnia 2006 r.

86. W piątej części zarzutu ósmego, która formalnie jest zawarta w trzeciej części odwołania, wnoszące odwołanie (pkt 453 odwołania) twierdzą zasadniczo, że Sąd dopuścił się naruszenia prawa przy badaniu w pkt 453–461 zaskarżonego wyroku obniżenia kwoty grzywny z tytułu okoliczności łagodzących.

87. W kwestii niedbalstwa Komisja podnosi, że Sąd starannie ocenił ten aspekt w pkt 458 zaskarżonego wyroku, który należy czytać w świetle całego zaskarżonego wyroku. Jeśli chodzi o nowy charakter sprawy, Komisja stoi na stanowisku, że Sąd miał prawo w pkt 461 zaskarżonego wyroku odesłać do pkt 356–368 tegoż wyroku, ponieważ dokonał już w nich oceny wagi naruszenia oraz że okoliczność łagodząca również przyczynia się do dokonania oceny tej wagi.

88. W dziesiątym zarzucie wnoszące odwołanie (pkt 474 odwołania) twierdzą, że Sąd naruszył art. 229 WE (obecnie art. 261 TFUE), naruszając ciężący na nim obowiązek wykonania nieograniczonego prawa orzekania w zakresie sankcji.

89. Komisja utrzymuje, że każde z twierdzeń sformułowanych w zarzucie dziesiątym zostało szczegółowo obalone w udzielonych przez nią odpowiedziach na pozostałe zarzuty.

– Analiza

90. Jak można stwierdzić, czytając argumenty stron, zastrzeżenia pierwsze (jego argumenty pierwszy i czwarty), trzecie i czwarte pierwszej części zarzutu ósmego, zastrzeżenia pierwsze, drugie, trzecie i czwarte drugiej części zarzutu ósmego, oraz jego części trzecia, czwarta i piąta oraz wreszcie zarzut dziesiąty pokrywają się znacznie. Wszystkie argumenty wnoszących odwołanie odnoszące się do obliczenia grzywny dotyczą bowiem zasadniczo wykonywania przez Sąd przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania, przestrzegania zasad proporcjonalności, niedyskryminacji i indywidualizacji kar. Przeanalizuję zatem dalej kwestię, czy w zaskarżonym wyroku Sąd rzeczywiście wykonał nieograniczone prawo orzekania, tak jak jest do tego zobowiązany lub czy też zadowolili się niesłusznie zasłonieniem za zakresem uznania Komisji.

30 — Odpowiednio, wyroki: z dnia 29 czerwca 2006 r. w sprawie C-289/04 P, Zb.Orz. s. I-5859; z dnia 17 czerwca 2010 r. w sprawie C-413/08 P, Zb.Orz. s. I-5361.

α) Część pierwsza: prawa i obowiązki Komisji

91. O ile orzecznictwo wymaga w celu zapewnienia przestrzegania zasad niedyskryminacji i proporcjonalności, aby w ramach tej samej decyzji Komisji ta sama metoda obliczania była stosowana w stosunku do wszystkich uczestników kartelu<sup>31</sup>, o tyle prawdą jest, że Trybunał wielokrotnie orzekł, że „wcześniejsza praktyka decyzyjna Komisji nie stanowi mających zastosowanie ram prawnych dla grzywien w zakresie prawa konkurencji i że decyzje dotyczące innych spraw mają jedynie charakter informacyjny, jeżeli chodzi o istnienie dyskryminacji”<sup>32</sup>.

92. A zatem „fakt, że Komisja wymierzała już w przeszłości grzywny w określonej wysokości za określone rodzaje naruszeń, nie może pozbawić jej możliwości podwyższenia tej wysokości w granicach wyznaczonych w rozporządzeniu Rady (WE) nr 1/2003, jeśli jest to konieczne, aby zapewnić realizację wspólnotowej polityki konkurencji”<sup>33</sup>. Sąd dodał<sup>34</sup>, że „Komisja nie może bowiem być zobowiązana do wymierzania grzywien idealnie odpowiadających grzywnom wymierzonym w innych sprawach”.

93. Trybunał podkreślił bowiem, że „prowadzenie tej polityki wymaga wyposażenia Komisji w możliwość dostosowania poziomu grzywien w zależności od wymogów prowadzonej polityki”<sup>35</sup>, w szczególności jeśli wcześniej stosowane wysokości nie okazały się odstraszać.

94. Ponadto zgodnie z orzecznictwem Trybunału należy dodać, że „waga naruszeń powinna zostać ustalona na podstawie licznych okoliczności, do których należą szczególne okoliczności sprawy, jej kontekst i odstrasżający charakter grzywien, przy czym nie ma [...] wiążącej lub wyczerpującej listy kryteriów, które należy obowiązkowo uwzględnić”<sup>36</sup>.

95. Wskazane jest również przytoczenie orzecznictwa Sądu, który orzekał w tych kwestiach. Sąd słusznie zauważył w wyroku w sprawie Archer Daniels Midland przeciwko Komisji, że „[w] odniesieniu do [...] porównań z innymi decyzjami Komisji wydanymi w dziedzinie grzywien należy zaznaczyć, że decyzje te mogą mieć znaczenie dla przestrzegania zasady równego traktowania jedynie w przypadku wykazania, że *okoliczności w sprawach związanych z tymi decyzjami, takie jak rynki, produkty, państwa, przedsiębiorstwa i właściwe okresy są porównywalne do okoliczności niniejszego przypadku*”<sup>37</sup> (podkreślenie moje).

31 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 16 listopada 2000 r. w sprawie C-291/98 P Sarrió przeciwko Komisji (kartel „Karton”, Rec. s. I-9991, pkt 91–101.

32 — Wyrok z dnia 19 kwietnia 2012 r. w sprawie C-549/10 P Tomra Systems i in. przeciwko Komisji, pkt 104. Zobacz także wyroki: z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-167/04 P JCB Service przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-8935, pkt 205; z dnia 24 września 2009 r. w sprawach połączonych C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P i C-137/07 P Erste Group Bank i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-8681, pkt 233.

33 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Tomra Systems i in., pkt 105; podobnie ww. wyrok w sprawach połączonych Dansk Rørindustri i in., pkt 227.

34 — Zobacz wyrok Sądu z dnia 9 września 2010 r. w sprawie T-155/06 Tomra Systems i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-4361, pkt 314.

35 — Zobacz ww. wyrok Trybunału w sprawie Tomra Systems i in., pkt 106; podobnie wyrok z dnia 7 czerwca 1983 r. w sprawach połączonych od 100/80 do 103/80 Musique Diffusion française i in. przeciwko Komisji, zwany „wyrokiem w sprawie Pioneer”, Rec. s. 1825, pkt 109.

36 — Zobacz ww. wyrok Trybunału w sprawie Tomra Systems i in., pkt 107; a także podobnie wyrok z dnia 17 lipca 1997 r. w sprawie C-219/95 P Ferriere Nord przeciwko Komisji, Rec. s. I-4411, pkt 33.

37 — Wyrok Sądu z dnia 27 września 2006 r. w sprawie T-59/02, Zb.Orz. s. II-3627, pkt 316 i przytoczone tam orzecznictwo. To orzecznictwo zostało potwierdzone w wyroku Sądu z dnia 29 czerwca 2012 r. w sprawie T-360/09 E.ON Ruhrgas i E.ON przeciwko Komisji, pkt 262. Przypominam, że wspomniany wyrok w sprawie Archer Daniels Midland przeciwko Komisji został uchylony przez Trybunał z powodów, które nie są w ogóle związane z tą kwestią (wyrok z dnia 9 lipca 2009 r. w sprawie C-511/06 P Archer Daniels Midland przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-5843).

96. W wyroku w sprawie Tréfilunion przeciwko Komisji (kartel „Siatki spawane”)<sup>38</sup> Sąd uściślił właśnie, że „mimo że pożądanym jest, by przedsiębiorstwa – aby móc zająć stanowisko z pełną znajomością sprawy – mogły poznać szczegółowo według systemu, który Komisja uzna za stosowny, sposób obliczenia nałożonej na nie grzywny, nie będąc zmuszonymi w tym celu wносить do sądu skargi na decyzję Komisji – co byłoby sprzeczne z zasadą dobrej administracji – w niniejszym przypadku z uwagi na przytoczone orzecznictwo, elementy zawarte w decyzji i brak współpracy ze strony skarżącej [...] zarzut dotyczący braku uzasadnienia nie może zostać uwzględniony” (podkreślenie moje).

97. Ponadto, jak Sąd słusznie zauważył w swoim orzecznictwie, „za każdym razem, gdy Komisja postanawia nałożyć grzywny na podstawie prawa konkurencji, jest ona zobowiązana do przestrzegania ogólnych zasad prawa, do których należą zasady równego traktowania i proporcjonalności w wykładni dokonanej przez sądy Unii”<sup>39</sup>.

98. Podsumowując powyższe rozważania, stwierdzam, że obowiązek uzasadnienia Komisji, którego znaczenie zostało raz jeszcze potwierdzone w niedawnym orzecznictwie w sprawie Chalkor przeciwko Komisji i w sprawie KME Germany i in. przeciwko Komisji (kartel „Rynek miedzianych rur przemysłowych/instalacyjnych”) oraz w orzecznictwie ETPC<sup>40</sup>, stanowi kluczowy punkt relewantności porównania spornej decyzji z wcześniejszymi decyzjami Komisji w zakresie nałożenia grzywien przy ocenie przestrzegania zasad niedyskryminacji i proporcjonalności.

99. Przede wszystkim w pkt 73 ww. wyroku w sprawie Sarrió przeciwko Komisji<sup>41</sup> Trybunał orzekł, że „w świetle orzecznictwa wymienionego w pkt 341 i 342 zaskarżonego wyroku<sup>[42]</sup>, istotne wymogi proceduralne, jakim jest obowiązek uzasadnienia, są spełnione, jeśli Komisja wskaże w swojej decyzji elementy oceny, które umożliwiły jej ustalenie wagi i czasu trwania naruszenia. W przypadku braku tych elementów decyzja jest wadliwa z powodu braku uzasadnienia”.

100. Następnie w pkt 76 powyższego wyroku Trybunał dodał, że „[w]prawdzie Komisja nie może poprzez wyłączne i mechaniczne stosowanie wzorów matematycznych pozbawić się przysługującego jej uznania, jednak *ma ona prawo opatrzyć swoją decyzję uzasadnieniem wykraczającym poza wymogi przypomniane w pkt 73 niniejszego wyroku, wskazując między innymi dane liczbowe, którymi kierowała się, w szczególności w odniesieniu do pożądanego skutku odstraszającego, korzystając z przysługującego jej uznania przy ustalaniu grzywien nałożonych na wiele przedsiębiorstw, które z różnym nasileniem uczestniczyły w naruszeniu*” (podkreślenie moje).

101. Wreszcie w pkt 81 wspomnianego wyroku Trybunał orzekł, że „[m]oże istotnie być *pożądane*, aby Komisja skorzystała z tego uprawnienia, by umożliwić przedsiębiorstwom *szczegółowe poznanie sposobu obliczania* grzywny, która zostaje na nie nałożona. Ogólnie rzecz ujmując, może to służyć zapewnieniu przejrzystości działań administracji i *ułatwiać Sądowi wykonywanie nieograniczonego prawa orzekania, które powinno mu umożliwić dokonanie oceny – oprócz zgodności z prawem [spornej] decyzji, adekwatnego charakteru nałożonej grzywny*. Jednakże to uprawnienie [...] nie zmienia zakresu wymagań wynikających z obowiązku uzasadnienia” (podkreślenie moje).

38 — Wyrok Sądu z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawie T-148/89, Rec. s. II-1063, pkt 142.

39 — Zobacz między innymi ww. wyrok Sądu w sprawie Archer Daniels Midland przeciwko Komisji, pkt 315; wyroki Sądu: z dnia 13 lipca 2011 r. w sprawie T-138/07 Schindler Holding i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-4819, pkt 105; z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie T-352/09 Novácke chemické závody przeciwko Komisji, pkt 44.

40 — Wyroki z dnia 8 grudnia 2011 r.: w sprawie C-389/10 P KME Germany i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-13125; w sprawie C-272/09 P KME Germany i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I12789 (zwany dalej „wyrokiem w sprawie KME i in. przeciwko Komisji”); w sprawie C-386/10 P Chalkor przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-13085 (wszystkie trzy zwane dalej razem „wyrokami w sprawach Chalkor i KME”); a także wyrok ETPC z dnia 27 września 2011 r. w sprawie A. Menarini Diagnostics przeciwko Włochom, skarga nr 43509/08.

41 — Dodam, że to orzecznictwo zostało potwierdzone w szczególności w wyrokach: z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C-199/99 P Corus UK przeciwko Komisji, Rec. s. I-11177, pkt 149, 150; z dnia 15 października 2002 r. w sprawach połączonych C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, od C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P Limburgse Vinyl Maatschappij i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-8375, pkt 463, 464.

42 — To znaczy postanowienia z dnia 25 marca 1996 r. w sprawie C-137/95 P SPO i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-1611, pkt 54 oraz wyroku Sądu z dnia 11 grudnia 1996 r. w sprawie T-49/95 Van Meegen Sports przeciwko Komisji, Rec. s. II-1799, pkt 51.

102. Z powyższego orzecznictwa jasno wynika, że podanie przez Komisję sposobu obliczenia grzywny stanowi wyłącznie „pożądane” uprawnienie niewchodzące *sensu stricto* w zakres obowiązku uzasadnienia, który wymaga wyłącznie wskazania elementów oceny, które umożliwiły Komisji ustalenie wagi i czasu trwania naruszenia<sup>43</sup>, w związku z czym należy sobie zadać pytanie, czy oznacza to, że Komisja może jednocześnie nie ujawnić metody obliczenia grzywny i nie wyjaśnić w sposób szczegółowy drastycznego podwyższenia nałożonej kwoty grzywny w stosunku do porównywalnych w dużym stopniu precedensów, i to w świetle ww. wyroków w sprawach Chalkor i KME oraz Menarini, w których uściślono zakres obowiązku nieograniczonego prawa orzekania spoczywającego na Sądzie.

103. Przypominam, że w pkt 60 ww. wyroku w sprawie Chalkor przeciwko Komisji Trybunał uściślił, że „[w]ytyczne, o których Trybunał orzekł, iż stanowią normy postępowania dla pożądanej praktyki administracyjnej, od której administracja nie może odstąpić w konkretnym przypadku bez podania powodów, które byłyby zgodne z zasadą równego traktowania<sup>[44]</sup>, *ograniczają się do opisanie metody badania naruszenia, którą posługuje się Komisja, oraz kryteriów, do uwzględnienia których zobowiązuje się ona w celu ustalenia kwoty grzywny*”.

104. W tym kontekście zgodnie z pkt 61 ww. wyroku w sprawie Chalkor przeciwko Komisji (oraz zgodnie z pkt 128 ww. wyroku w sprawie KME Germany i in. przeciwko Komisji) „*obowiązek uzasadnienia aktów Unii [...] ma szczególne znaczenie. Uzasadnienie decyzji jest obowiązkiem Komisji, w szczególności należy do niej wyjaśnienie wagi i oceny aspektów, które wzięła pod uwagę. [...] Okoliczność, czy akt został uzasadniony, sąd bada z urzędu*” (podkreślenie moje).

105. Przypominam również, że orzecznictwo Trybunału<sup>45</sup> uściśla, „że o ile decyzja Komisji, która pozostaje w zgodzie z utrwaloną praktyką decyzyjną, może zostać uzasadniona w sposób pobieżny, w szczególności poprzez odesłanie do tej praktyki, to w przypadku gdy taka decyzja idzie znacznie dalej niż wcześniejsze decyzje, Komisja musi *dokładnie* przedstawić swój tok rozumowania” (podkreślenie moje). Bez tego dokładnego wytłumaczenia wykonanie nieograniczonego prawa orzekania jest znacznie utrudnione.

106. Stwierdzam wreszcie, że uzasadnienie Komisji wydaje się zdecydowanie bardziej przejrzyste i szczegółowe, w przypadku gdy „proponuje” ona grzywnę lub okresową karę pieniężną [w postępowaniu w sprawie podwójnego uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego (art. 260 ust. 2 TFUE)], niż kiedy sama „decyduje” o grzywnie (w postępowaniu na mocy prawa konkurencji)<sup>46</sup>.

43 — Można podnieść w tym względzie, że wytyczne z 2006 r. stanowią pewien postęp, w zakresie, w jakim wskazują, iż kwota podstawowa jest ustalana w oparciu o wartość sprzedaży. Zobacz komunikat Komisji zatytułowany „Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywnien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003” (Dz.U. 2006, C 210, s. 2, pkt 12–26).

44 — Wyrok z dnia 18 maja 2006 r. w sprawie C-397/03 P Archer Daniels Midland i Archer Daniels Midland Ingredients przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-4429, pkt 91.

45 — Zobacz wyrok z dnia 29 września 2011 r. w sprawie C-521/09 P Elf Aquitaine przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-8947, pkt 155, w którym przytoczono w szczególności wyroki: z dnia 26 listopada 1975 r. w sprawie 73/74 Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 1491, pkt 31; z dnia 11 grudnia 2008 r. w sprawie C-295/07 P Komisja przeciwko Département du Loiret, Zb.Orz. s. I-9363, pkt 44. Zobacz także wyroki: z dnia 14 lutego 1990 r. w sprawie C-350/88 Delacre i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-395, pkt 15; z dnia 8 listopada 2001 r. w sprawie C-228/99 Silos, Rec. s. I-8401, pkt 28; a także podobnie wyrok z dnia 20 listopada 1997 r. w sprawie C-244/95 Moskof, Rec. s. I-6441, pkt 54.

46 — Choć podanie metody obliczenia sankcji nie stanowi problemu dla Komisji w postępowaniach w sprawie podwójnego uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego – przy zachowaniu jednak zakresu uznania przy ustalaniu współczynnika mającego zastosowanie do każdego kryterium – trudno jest obronić odmowę z jej strony przejrzystego działania przy obliczaniu grzywny w przedmiocie karteli (co pozwoliłoby Sądowi wykonywać w pełni przysługujące mu nieograniczone prawo orzekania). Zobacz także G.K. De Bronett, *Ein Vergleich zwischen Kartellgeldbußen gegen Unternehmen und „Pauschalbeträgen” gegen Mitgliedstaaten wegen Verstoß gegen EU-Recht*, ZWeR 2013, s. 38–53. Ponadto samo istnienie wytycznych Komisji wskazuje na to, że jej zakres uznania w żadnym wypadku nie jest nieograniczony. W tym względzie najlepsze wydaje mi podejście stosowane w Stanach Zjednoczonych, jako że „sentencing guidelines” (wytyczne w zakresie skazań) pozwalają przewidzieć wysokość grzywny (i czas trwania kary pozbawienia wolności) z dość dużą dokładnością (zob. Sentencing Reform Act 1984 i US Sentencing Commission Guidelines Manual na [www.ussc.gov](http://www.ussc.gov); a także R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, Oxford, 7<sup>e</sup> éd., 2012, s. 276).



β) Część druga: nieograniczone prawo orzekania Sądu

αα) Teoria dotycząca nieograniczonego prawa orzekania

107. Traktat rzymski z dnia 25 marca 1957 r.<sup>47</sup> przyznał Trybunałowi Sprawiedliwości całkiem szczególne uprawnienie w zakresie sankcji: nieograniczone prawo orzekania. Umożliwia mu ono, w szczególności w zakresie prawa konkurencji, nie tylko uchylanie lub utrzymywanie w mocy grzywny i jej kwoty, ale również podwyższanie lub obniżanie tej kwoty.

108. Jak orzekł Trybunał w pkt 130 ww. wyroku w sprawie KME Germany i in. przeciwko Komisji, „[k]ontroli legalności dopełnia zgodnie z art. 261 TFUE nieograniczone prawo orzekania, które zostało nadane sądom Unii na podstawie art. 17 rozporządzenia nr 17 i utrzymane w mocy przez art. 31 rozporządzenia nr 1/2003. Prawo to, *poza zwykłą kontrolą zgodności sankcji z prawem*, upoważnia sąd do zastąpienia oceny Komisji własną oceną i w konsekwencji uchylecia, zmniejszenia lub podwyższenia nałożonej grzywny lub okresowej kary pieniężnej [<sup>48</sup>]” (podkreślenie moje).

109. Chociaż postanowienia traktatu lub rozporządzeń przyznających to uprawnienie Trybunałowi Sprawiedliwości nie zmieniły się<sup>49</sup>, ogólne zasady prawa Unii, wejście w życie karty (która zgodnie z art. 6 ust. 1 akapit pierwszy TUE ma taką samą moc prawną jak traktaty) i orzecznictwo zarówno ETPC, jak i Trybunału potwierdziły, że w szczególności w zakresie grzywien nałożonych przez Komisję w zakresie konkurencji, nieograniczone prawo orzekania nakłada na Trybunał<sup>50</sup> obowiązek dokonania własnej oceny w tym względzie.

110. W szczególności z ww. wyroku ETPC w sprawie Menarini wynika, że „nieograniczone prawo orzekania” obejmuje uprawnienie do zmiany wydanej decyzji we wszystkich jej aspektach – co do faktów i co do prawa – oraz prawo do rozpatrzenia wszystkich kwestii faktycznych i prawnych mających znaczenie dla sporu zawisłego przed Sądem.

111. W zdaniu odrębnym zgłoszonym w powyższej sprawie sędzia P.S. Pinto de Albuquerque słusznie podnosi, że „[c]o do zasady stosowanie sankcji publicznych wykracza poza tradycyjne funkcje administracji i powinno wchodzić w zakres uprawnień sądu. Gdyby badanie faktycznych warunków zastosowania sankcji publicznej mogło być zastrzeżone dla organu administracyjnego bez późniejszej rygorystycznej kontroli ze strony sądów, zasady te [podziału władzy i legalności sankcji] zostałyby całkowicie zniekształcone” (podkreślenie moje).

112. Podobnie w ww. wyrokach w sprawie Chalkor i w sprawie KME zostało wyraźnie stwierdzone, że nieograniczone prawo orzekania Sądu oznacza, że sprawuje on kontrolę zarówno pod względem prawnym, jak i faktycznym oraz że ma prawo do oceny dowodów, stwierdzenia nieważności spornej decyzji i do zmiany kwoty grzywien<sup>51</sup>.

47 — Zgodnie z jego art. 172 „[r]ozporządzenia uchwalone przez Radę, na mocy postanowień niniejszego traktatu, mogą przyznać Trybunałowi Sprawiedliwości nieograniczone prawo orzekania w odniesieniu do sankcji przewidzianych w tych rozporządzeniach”. Na mocy art. 17 rozporządzenia nr 17 „Trybunał Sprawiedliwości ma nieograniczoną jurysdykcję, w rozumieniu art. 172 traktatu, w odniesieniu do kontroli decyzji Komisji, w których nakładana jest kara pieniężna [grzywna] lub okresowa kara pieniężna; może on nałożyć karę pieniężną [grzywnę] lub okresową karę pieniężną uchylić, obniżyć albo podwyższyć”.

48 — Zobacz także pkt 63 ww. wyroku w sprawie Chalkor przeciwko Komisji; podobnie ww. wyrok w sprawach połączonych Limburgse Vinyl Maatschappij i in. przeciwko Komisji, pkt 692.

49 — Na podstawie art. 261 TFUE „[r]ozporządzenia uchwalone wspólnie przez Parlament Europejski i Radę, i przez Radę, na mocy postanowień traktatów, mogą przyznać Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej nieograniczone prawo orzekania w odniesieniu do kar przewidzianych w tych rozporządzeniach”. Zgodnie z art. 31 rozporządzenia nr 1/2003 „Trybunał Sprawiedliwości ma nieograniczoną jurysdykcję do rozpatrywania odwołań od decyzji, w których Komisja nałożyła grzywnę lub okresową karę pieniężną. Trybunał Sprawiedliwości może uchylić, obniżyć lub podwyższyć nałożoną grzywnę lub okresową karę pieniężną”.

50 — Obecnie na Sąd w ramach skarg wniesionych na decyzje Komisji o nałożeniu grzywny.

51 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Chalkor przeciwko Komisji, pkt 65.

113. Jak podniosła rzecznik generalna J. Kokott<sup>52</sup>, kwestia, czy Sąd należycie wykonał nieograniczone prawo orzekania, to „autentyczny problem prawny [...]”. Dotyczy on zakresu wymogów prawnych w odniesieniu do zbadania zarzutu dyskryminacji przez Sąd, a w szczególności stopnia szczególowości kontroli, jaką Sąd przejawia w tym względzie wobec Komisji. Chodzi przy tym o kwestię, która coraz częściej jest przedmiotem dyskusji i cieszy się obecnie – w świetle [karty] – rosnącym zainteresowaniem. [...] Artykuł 47 tej karty [...] gwarantuje prawo podstawowe do skutecznej ochrony sądowej, które jest również uznane za ogólną zasadę prawa Unii<sup>53</sup> [...]. To prawo podstawowe obejmuje w szczególności prawo do weryfikacji decyzji organów administracyjnych przez *niezawisły* sąd w ramach rzetelnego procesu sądowego” (podkreślenie moje).

114. Ponadto zgodnie z art. 49 ust. 3 karty dotyczącej zasad legalności oraz proporcjonalności kar do czynów zabronionych pod groźbą kary sąd Unii jest zobowiązany zagwarantować skuteczność zasady, zgodnie z którą „[k]ary nie mogą być nieproporcjonalnie surowe w stosunku do czynu zabronionego pod groźbą kary”.

115. Co więcej, ETPC również orzekł, iż kontrola sankcji administracyjnej zakłada, że sąd bada i szczegółowo analizuje *adekwatność* sankcji w stosunku do popełnionego naruszenia, uwzględniając istotne kryteria, w tym proporcjonalność samej sankcji oraz, jeśli zachodzi taka potrzeba, zastępuje ją (zob. ww. wyrok w sprawie Menarini, pkt 64–66).

116. Podobnie w prawie Unii zasada proporcjonalności, która jest jedną z ogólnych zasad prawa wspólnotowego (potwierdzoną w karcie), wymaga, aby akty instytucji Unii nie przekraczały granic tego, co jest odpowiednie i konieczne dla osiągnięcia uzasadnionych celów przyświecających spornemu uregulowaniu, przy czym w sytuacji gdy istnieje wybór pomiędzy kilkoma odpowiednimi środkami, należy dać pierwszeństwo temu spośród nich, który jest najmniej uciążliwy, a spowodowane niedogodności nie mogą pozostawać w dysproporcji w stosunku do zamierzonych celów<sup>54</sup>.

117. Zastosowanie zasady proporcjonalności w ramach postępowań w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji zakłada, że grzywna nałożona na spółkę nie pozostaje w dysproporcji w stosunku do celów realizowanych przez Komisję, a jej kwota jest proporcjonalna do naruszenia z uwzględnieniem w szczególności jego wagi. W tym celu Sąd jest zobowiązany zbadać wszystkie istotne okoliczności, takie jak zachowanie przedsiębiorstwa i rola, jaką ono odegrało we wprowadzeniu praktyki antykonkurencyjnej, jego wielkość, wartość produktów, których dotyczy dana praktyka lub korzyści, jakie mogło ono uzyskać z popełnionego naruszenia, oraz zamierzony skutek odstraszający i zagrożenia, jakie naruszenia tego typu stwarzają dla celów Unii.

52 — Zobacz opinia przedstawiona w sprawach połączonych C-628/10 P i C-14/11 P Alliance One International i Standard Commercial Tobacco przeciwko Komisji oraz Komisja przeciwko Alliance One International i in. (wyrok z dnia 19 lipca 2012 r.), pkt 95 i nast.

53 — Zobacz wyroki: z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-279/09 DEB, Zb.Orz. s. I-13849, pkt 30, 31; z dnia 28 lipca 2011 r. w sprawie C-69/10 Samba Diouf, Zb.Orz. s. I-7151, pkt 49; ww. wyrok w sprawie KME i in. przeciwko Komisji, pkt 92. Zobacz także postanowienie z dnia 1 marca 2011 r. w sprawie C-457/09 Chartry, Zb.Orz. s. I-819, pkt 25.

54 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-331/88 Fedesa i in., Rec. s. I-4023, pkt 13; z dnia 5 października 1994 r. w sprawach połączonych C-133/93, C-300/93 i C-362/93 Crispoltoni i in., Rec. s. I-4863, pkt 41; z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-189/01 Jippes i in., Rec. s. I-5689, pkt 81.

118. Innymi słowy, Sąd musi *w pełni* wykonać swoje nieograniczone prawo orzekania w ramach oceny proporcjonalności kwoty grzywny<sup>55</sup>.

119. Ponadto zasada niedyskryminacji „wymaga, aby porównywalne sytuacje nie były traktowane w odmienny sposób, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób jednakowy, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione”<sup>56</sup>.

120. Oznacza to dwie rzeczy. Przede wszystkim, że uzasadnienie Komisji musi umożliwić Sądowi dokonanie oceny proporcjonalnego i niedyskryminacyjnego charakteru grzywny. Jak orzekł Trybunał, „uzasadnienie wymagane przez art. 253 WE [obecnie art. 296 TFUE] powinno być dostosowane do charakteru rozpatrywanego aktu i powinno przedstawiać w sposób zrozumiały i jednoznaczny rozumowanie instytucji, która jest autorem aktu, tak aby umożliwić zainteresowanym zapoznanie się z powodami podjęcia środka, a właściwemu sądowi przeprowadzenie kontroli”<sup>57</sup> (podkreślenie moje), a w interesującym nas przypadku, nieograniczonego prawa orzekania.

121. Wymaga to następnie, aby ocena Sądu była w wystarczającym stopniu niezależna od oceny dokonanej przez Komisję, jako że nie może on się wyłącznie oprzeć na kwocie ustalonej przez Komisję – w sposób stosunkowo abstrakcyjny, jak wydaje się być ustalona kwota podstawowa w niniejszej sprawie – ani czuć się związany obliczeniami wykonanymi przez Komisję czy też rozważaniami, które uwzględniła przy ustalaniu kwoty tej grzywny<sup>58</sup>.

122. Jak Sąd słusznie zaznaczył w wyroku w sprawie Volkswagen przeciwko Komisji<sup>59</sup> (w której odwołanie zostało oddalone przez Trybunał), „[d]o Sądu należy bowiem – w ramach wykonywania przez niego uprawnień w tym zakresie – *samodzielne dokonanie oceny okoliczności sprawy w celu ustalenia kwoty grzywny*” (podkreślenie moje). W owym wyroku Sąd w świetle wszystkich okoliczności i rozważań oraz orzekając w ramach wykonywania nieograniczonego prawa orzekania – uznał za uzasadnione zmniejszenie kwoty grzywny z 102 000 000 ECU do 90 000 000 EUR.

123. Jak słusznie zauważył rzecznik generalny P. Mengozzi<sup>60</sup>, „warunki, na jakich sądy [Unii] mogą wykonywać nieograniczone prawo orzekania, nie mogą być ustalone w wytycznych Komisji, które stanowią wewnętrzny akt organizacyjny tej instytucji” i stanowią wyłącznie „soft law”<sup>61</sup>, podczas gdy, jak podniósł rzecznik generalny Y. Bot<sup>62</sup>, w rzeczywistości Sąd „zbyt często ogranicza się do zbadania,

55 — Podzielał w tym miejscu stanowisko rzecznika generalnego Y. Bota wyrażone w pkt 103–131 jego opinii w sprawie C-89/11 P E.ON Energie przeciwko Komisji (wyrok z dnia 22 listopada 2012 r.), gdzie powołuje się on w szczególności na orzecznictwo ETPC (wyroki: z dnia 23 października 1995 r. w sprawie Schmautzer przeciwko Austrii, seria A, nr 328-A; z dnia 10 stycznia 2001 r. w sprawie Valico S.R.L. przeciwko Włochom, *Recueil des arrêts et décisions*, 2006-III; ww. wyrok w sprawie Menarini). Wprawdzie Trybunał – chociaż rzecznik generalny w swojej opinii zaproponował uchylenie wyroku Sądu, jako że nie wykonał on nieograniczonego prawa orzekania w ramach badania proporcjonalności grzywny nałożonej na E.ON Energie, i odesłanie sprawy do Sądu, aby orzekł w przedmiocie proporcjonalności tej grzywny – oddalił odwołanie, jednak czytając ten wyrok Trybunału, można stwierdzić, że Trybunał nie pozostaje w niezgodzie z rzecznikiem generalnym Y. Botem co do zasad, ale wykazał, że – w tej sprawie – Sąd wykonał swoje prawo nieograniczonego orzekania i mógł, nie popełniając przy tym naruszenia prawa, stwierdzić, że grzywna była proporcjonalna. Wiedząc, że Komisja mogłaby nałożyć na E.ON Energie grzywnę w wysokości 10% jej rocznych obrotów, gdyby ustaliła istnienie praktyk antykonkurencyjnych, Sąd orzekł, że grzywna w kwocie 38 mln EUR nałożona za złamanie pieczęci, odpowiadająca 0,14% rocznych obrotów E.ON Energie, nie może zostać uznana za nadmierną w świetle konieczności zagwarantowania skutku odstraszającego tej sankcji.

56 — Wyrok z dnia 11 września 2007 r. w sprawie C-227/04 P Lindorfer przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. I-6767, pkt 63.

57 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Elf Aquitaine przeciwko Komisji, pkt 147.

58 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 18 września 2003 r. w sprawie C-338/00 P Volkswagen przeciwko Komisji, Rec. s. I-9189.

59 — Wyrok Sądu z dnia 6 lipca 2000 r. w sprawie T-62/98 Volkswagen przeciwko Komisji, Rec. s. II-2707, pkt 347 i przytoczone tam orzecznictwo. Wyrok Trybunału został przytoczony w poprzednim przypisie.

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

61 — W tym kontekście zobacz także H.P. Nehl, *Kontrolle kartellrechtlicher Sanktionsentscheidungen der Kommission durch die Unionsgerichte*, w: U. Immenga i T. Körber (wyd.), *Die Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung*, Nomos 2012, s. 139, 140 („[d]ie mit dieser Neuorientierung einhergehende Rückbesinnung des Gerichtshofs auf das »hard law« anstelle des »soft law« zum Zweck der gerichtlichen Kontrolle der Ausübung des Ermessens der Kommission bei der Geldbußenbemessung ist sehr zu begrüßen”).

62 — Zobacz jego artykuł *La protection des droits et des garanties fondamentales en droit de la concurrence*, w: *De Rome à Lisbonne: mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruylant 2013, s. 175–192.

czy Komisja prawidłowo zastosowała metodologię, którą [sama] określiła w swoich wytycznych, [podczas gdy] ustalenie kwoty grzywny nie wymaga normalnie przeprowadzania złożonych analiz ekonomicznych, które powinny być zastrzeżone na rzecz Komisji i podlegać ograniczonej kontroli sądu”.

124. Przeciwko podejściu zalecanemu w niniejszej opinii podnoszony jest często argument, że Sąd powinien lub nie może „ingerować” w ustalanie kwoty grzywny i tym samym w politykę konkurencji, za którą odpowiedzialność ponosi wyłącznie Komisja. Nie podzielam tego rozumowania, gdyż Sąd orzeka wyłącznie w określonej sprawie. Komisja zachowuje więc wszystkie swoje uprawnienia w zakresie ustalania i stosowania ogólnej polityki w innych sprawach.

125. Z powyższego wywodzę, a w szczególności na podstawie pkt 62 ww. wyroku w sprawie Chalkor przeciwko Komisji i pkt 129 ww. wyroku w sprawie KME Germany i in. przeciwko Komisji, że – w moim rozumieniu – Sąd, wykonując kontrolę, nie może opierać się na zakresie uznania, którym dysponuje Komisja, lub na samym oczywistym błędzie w ocenie, jakiego się dopuściła przy wyborze okoliczności uwzględnionych przy zastosowaniu kryteriów określonych w wytycznych z 1998 r. lub przy ocenie tych okoliczności, aby zrezygnować z przeprowadzenia  *pogłębionej kontroli zarówno pod względem prawnym, jak i faktycznym lub wymagania od Komisji wyjaśnienia zmiany jej polityki w zakresie grzywien w konkretnej sprawie.*

126. W każdym razie, jak wynika z orzecznictwa Trybunału – nawet jeśli w danym przypadku Sąd może odnieść się „do »uprawnień dyskrecjonalnych«, »znacznego zakresu uznania« oraz »szerokiego zakresu uznania« Komisji [czego w moim przekonaniu nie powinien uczynić], to jednak wzmianki te [nie mogą] przeszkodzi[ć] Sądowi w dokonaniu pełnej i całkowitej kontroli decyzji pod względem prawnym i faktycznym, do czego jest zobowiązany”<sup>63</sup> (podkreślenie moje).

127. W pkt 78 ww. wyroku w sprawie Chalkor przeciwko Komisji Trybunał orzekł, że „Sąd nie ograniczył się do kontroli zgodności obliczeń z wytycznymi, ale sam zbadał w pkt 145 zaskarżonego wyroku odpowiedniość sankcji”.

128. Trybunał przypomniał również w wyroku w sprawie SCA Holding przeciwko Komisji<sup>64</sup>, że „Sąd jest *uprawniony do dokonania oceny* w ramach nieograniczonego prawa orzekania, które przyznano mu na mocy art. 172 traktatu WE [obecnie art. 261 TFUE] i art. 17 rozporządzenia nr 17 [art. 31 rozporządzenia nr 1/2003], *adekwatności kwoty grzywien. Ocena ta może uzasadniać przedstawienie i uwzględnienie dodatkowych informacji, których wymienienie w decyzji nie jest jako takie wymagane na podstawie obowiązku uzasadnienia* przewidzianego w art. 190 traktatu [obecnie art. 296 TFUE]” (podkreślenie moje).

63 — Zobacz ww. wyrok w sprawie KME Germany i in. przeciwko Komisji, pkt 136. Nawet w odniesieniu do kontroli legalności i złożonych ocen ekonomicznych w pkt 94 ww. wyroku w sprawie KME i in. przeciwko Komisji zostało uściślone, że „[o]dnosząc się do kontroli legalności, Trybunał orzekł, że chociaż w dziedzinach, w których zachodzi potrzeba dokonania złożonych ocen ekonomicznych, Komisja dysponuje pewnym zakresem uznania w sprawach gospodarczych, *nie oznacza to, że sąd Unii powinien powstrzymać się od kontroli dokonanej przez Komisję interpretacji danych o charakterze ekonomicznym.* Sąd Unii winien bowiem w szczególności dokonać kontroli nie tylko materialnej prawdziwości przywołanych dowodów, ich wiarygodności i spójności, *ale zbadać również, czy zebrane dowody stanowią zbiór istotnych danych, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny złożonej sytuacji, oraz czy ich charakter pozwala na poparcie wyciągniętych z nich wniosków [...]*” (podkreślenie moje). Podobnie Trybunał EFTA w swoim wyroku w sprawie Posten Norge (wyrok z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie E-15/10, pkt 100, 101) orzekł, że „it must be recalled that Article 6(1) ECHR requires that subsequent control of a criminal sanction imposed by an administrative body must be undertaken by a judicial body that has full jurisdiction. Thus, the Court must be able to quash in all respects, on questions of fact and of law, the challenged decision (see, for comparison, European Court of Human Rights Janosevic v. Sweden, no 34619/97, § 81, Reports of Judgments and Decisions 2002-VII, and [ww. wyrok w sprawie Menarini], § 59). Therefore, when imposing fines for infringement of the competition rules, [EFTA Surveillance Authority (ESA)] cannot be regarded to have *any margin of discretion in the assessment of complex economic matters* which goes beyond the leeway that necessarily flows from the limitations inherent in the system of legality review [...] Furthermore [...] in a case which is covered by the guarantees of the criminal head of Article 6 ECHR, the question whether the evidence is capable of substantiating the conclusions drawn from it by the competition authority must be answered having regard to the presumption of innocence. Thus, although the Court may not replace ESA’s assessment by its own and, accordingly, it does not affect the legality of ESA’s assessment if the Court merely disagrees with the weighing of individual factors in a complex assessment of economic evidence, *the Court must nonetheless be convinced that the conclusions drawn by ESA are supported by the facts*” (podkreślenie moje).

64 — Wyrok z dnia 16 listopada 2000 r. w sprawie C-297/98 P, Rec. s. I-10101, pkt 55.

129. Sąd powinien więc *sam* ocenić, czy grzywna jest odpowiednia i proporcjonalna oraz jest zobowiązany *sam* ustalić, czy Komisja rzeczywiście uwzględniła wszystkie okoliczności istotne dla obliczenia grzywny, przy czym Sąd powinien również w związku z tym móc odnieść się do faktów i okoliczności podniesionych przed nim przez skarżące<sup>65</sup>.

130. Sąd zresztą przyjął już takie rozumowanie przy okazji niektórych spraw.

131. W wyroku w sprawie Romana Tabacchi<sup>66</sup> (od którego nie zostało wniesione odwołanie do Trybunału) Sąd słusznie przyjął, że „[p]oza zwykłą kontrolą zgodności z prawem sankcji pozwalającą jedynie na oddalenie skargi o stwierdzenie nieważności albo stwierdzenie nieważności zaskarżonego aktu, nieograniczone prawo orzekania przyznane Sądowi na podstawie art. 229 WE [obecnie art. 261 TFUE] w art. 31 rozporządzenia nr 1/2003 uprawnia go do zastąpienia swoją oceną oceny dokonanej przez Komisję, a w konsekwencji do zmiany zaskarżonego aktu, nawet jeżeli nie stwierdza jego nieważności, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności faktycznych, poprzez zmianę w szczególności wysokości nałożonej grzywny, w przypadku gdy kwestia jej wysokości zostaje mu przedłożona do rozważenia. [...] z uwagi na jego charakter ustalenie grzywny przez Sąd nie jest ścisłym działaniem arytmetycznym. Ponadto Sąd nie jest związany obliczeniami Komisji ani jej wytycznymi, kiedy wykonuje nieograniczone prawo orzekania [...], ale powinien przeprowadzić własną ocenę, uwzględniając wszystkie okoliczności danego przypadku” (podkreślenie moje).

132. W pkt 283–285 wspomnianego wyroku Sąd orzekł, że „[b]iorąc pod uwagę te okoliczności, Sąd twierdzi, że grzywna w wysokości 2,05 mln EUR, nałożona przez Komisję w dniu 20 października 2005 r., może jako taka prowadzić do postawienia skarżącej w stan likwidacji i w konsekwencji do jej zniknięcia z rynku, co może mieć dalsze poważne konsekwencje, na które skarżąca powołuje się w ramach zarzutu piątego. [...] W świetle powyższych rozważań, mając między innymi na uwadze łączny skutek wcześniej stwierdzonych nieprawidłowości, a także niską zdolność finansową skarżącej, Sąd stwierdza, że wyrazem słusznej oceny wszystkich okoliczności faktycznych niniejszego przypadku będzie określenie ostatecznej kwoty grzywny nałożonej na skarżącą na 1 mln EUR. Grzywna w takiej wysokości pozwala bowiem skutecznie ukarać bezprawne zachowanie skarżącej w sposób dla niej odczuwalny i wystarczająco odstraszący. Jakakolwiek grzywna wyższa od tej kwoty byłaby nieproporcjonalna w świetle rozpatrywanego w całości naruszenia zarzucanego skarżącej. [...] W niniejszej sprawie grzywna w wysokości 1 mln EUR stanowi *sprawiedliwą sankcję* za zarzucane skarżącej zachowanie” (podkreślenie moje)<sup>67</sup>.

133. W ww. wyroku w sprawie Groupe Danone przeciwko Komisji (kartel „Belgijski rynek piwa”) Trybunał oddalił zarzut odwołania dotyczący domniemanego naruszenia przez Sąd zasady *ne ultra petita* w ramach dokonanej przez Sąd zmiany sposobu zastosowania współczynnika w przypadku okoliczności łagodzących w braku jakichkolwiek żądań w tym zakresie, uzasadniając to po prostu tym, że skoro została mu przedłożona do oceny kwestia wysokości grzywny, w ramach zastosowania art. 229 WE [obecnie art. 261 TFUE] i rozporządzenia Rady nr 17, które zostało zastąpione rozporządzeniem nr 1/2003, Sąd był uprawniony do uchylenia, obniżenia lub podwyższenia kwoty grzywny nałożonej przez Komisję<sup>68</sup>.

65 — Taką interpretację ww. wyroków w sprawie Chalkor i w sprawie KME oraz w sprawie Menarini popierają także między innymi R. Wesseling i M. van der Woude, The lawfulness and acceptability of enforcement of European cartel law, *World Competition*, vol. 35, nr 4 (2012), s. 573–598.

66 — Wyrok Sądu z dnia 5 października 2011 r. w sprawie T-11/06 Romana Tabacchi przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-6681, pkt 265, 266. Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawach połączonych Limbурse Vinyl Maatschappij i in. przeciwko Komisji, pkt 692; wyrok z dnia 8 lutego 2007 r. w sprawie C-3/06 P Groupe Danone przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-1331, pkt 61; a także wyrok z dnia 3 września 2009 r. w sprawie C-534/07 P Prym i Prym Consumer przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-7415, pkt 86.

67 — Zobacz także wyroki: z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie T-59/99 Ventouris przeciwko Komisji, Rec. s. II-5257; z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawach połączonych T-236/01, T-239/01, od T-244/01 do T-246/01, T-251/01 i T-252/01 Tokai Carbon i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-1181.

68 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Groupe Danone przeciwko Komisji, pkt 56, 61–63.

134. Jak słusznie podkreślił rzecznik generalny P. Mengozzi<sup>69</sup>, taka ocena jest zrozumiała, jeżeli funkcję przysługującego Sądowi nieograniczonego prawa orzekania rozumiemy jako dodatkową gwarancję dla przedsiębiorstw polegającą na maksymalnie intensywnej kontroli przez niezawisły i bezstronny sąd wysokości nakładanej na nie grzywny. Taka kwalifikacja nieograniczonego prawa orzekania przysługującego Sądowi jako „dodatkowej gwarancji” została już potwierdzona przez Trybunał w ramach definiowania zakresu prawa do obrony przedsiębiorstw przed Komisją względem nakładania grzywien<sup>70</sup>.

135. Zgadzam się również z rzecznikiem generalnym P. Mengozzim, który w swojej opinii w ww. sprawie Komisja przeciwko Tomkins stoi na stanowisku, że ta kwalifikacja może oznaczać jedynie, że w drodze zakwestionowania wysokości grzywny przed Sądem, z pełną znajomością dokładnej kwoty ustalonej przez Komisję, przedsiębiorstwa mają możliwość zgłoszenia wszelkich uwag krytycznych – zarówno pod względem zgodności z prawem, jak i celowości grzywny – w przedmiocie obliczenia tej kwoty dokonanego przez Komisję, tak aby móc wpływać poprzez wszelkie zarzuty, poza ograniczeniami nierozzerwalnie związanymi z kontrolą zgodności z prawem, na przekonania sądu w odniesieniu do odpowiedniej kwoty grzywny<sup>71</sup>. Jak słusznie dodaje, aby zapewnić skuteczność tej funkcji dodatkowej gwarancji, Sąd powinien być upoważniony<sup>72</sup> do uwzględnienia *wszystkich* okoliczności faktycznych, w tym przykładowo okoliczności, które zaistniały po wydaniu zaskarżonej przed nim decyzji<sup>73</sup>, na co mu zasadniczo nie pozwalają ograniczenia nierozzerwalnie związane z kontrolą zgodności z prawem<sup>74</sup>.

136. Przypomnę również wyrok Sądu w sprawie Siemens Österreich i in. przeciwko Komisji (kartel „Rozdzielnice z izolacją gazową”)<sup>75</sup>, gdzie opierając się na zasadzie indywidualizacji kar i sankcji, Sąd orzekł, „[iż] [w] tym względzie wbrew temu, co twierdzi Komisja [...], należy stwierdzić, że instytucja ta nie może swobodnie określać kwot, które mają zostać zapłacone solidarnie. Z [...] zasady indywidualizacji kar i sankcji wynika bowiem, że każda spółka powinna być w stanie wynioskować z decyzji nakładającej na nią grzywnę, za zapłatę której ponosi odpowiedzialność solidarną wraz z kilkoma innymi spółkami, część grzywny, jaką będzie musiała rozliczyć między pozostałymi dłużnikami solidarnymi po zaspokojeniu roszczeń Komisji. W tym celu Komisja powinna w szczególności wskazać okresy, w trakcie których właściwe spółki są (współ)odpowiedzialne za noszące znamiona naruszenia zachowania przedsiębiorstw, które uczestniczyły w kartelu, a także – w stosownym przypadku – zakres odpowiedzialności rzeconych spółek za takie zachowania [...] Dlatego w niniejszej sprawie Komisja powinna była wziąć pod uwagę zawarte w motywie 468 decyzji [zaskarżonej w tej sprawie] ustalenia co do okresów wspólnej odpowiedzialności poszczególnych

69 — Zobacz jego opinia w sprawie C-286/11 P Komisja przeciwko Tomkins (wyrok z dnia 22 stycznia 2013 r.), pkt 40. Zobacz także P. Mengozzi, *La compétence de pleine juridiction du juge communautaire*, op.cit., s. 227.

70 — Zobacz ww. wyrok w sprawach połączonych Dansk Rørindustri i in., pkt 445. Zobacz także w szczególności wyroki Sądu: z dnia 6 października 1994 r. w sprawie T-83/91 Tetra Pak przeciwko Komisji, Rec. s. II-755, pkt 235; z dnia 20 marca 2002 r. w sprawie T-23/99 LR AF 1998 przeciwko Komisji, Rec. s. II-1705, pkt 200.

71 — Rzecznik generalny P. Mengozzi słusznie przypomina (w przypisie 20 do swojej opinii), że Trybunał wielokrotnie potwierdzał, iż kontrola sprawowana przez Sąd w odniesieniu do grzywien nakładanych przez Komisję ma na celu zbadanie, czy przyjęta wysokość jest odpowiednia w świetle okoliczności zawiśłego przed nim sporu. Zobacz w tym względzie w szczególności wyroki z dnia 16 listopada 2000 r.: w sprawie C-279/98 P Cascades przeciwko Komisji, Rec. s. I-9693, pkt 42, 48; w sprawie C-283/98 P Mo och Domsjö przeciwko Komisji, Rec. s. I-9855, pkt 42, 48.

72 — Zgodnie z orzecznictwem Trybunału wymienionym w przypisie 66 do niniejszej opinii.

73 — Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 6 marca 1974 r. w sprawach połączonych 6/73 i 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano i Commercial Solvents przeciwko Komisji, Rec. s. 223, pkt 51, 52; ww. wyrok w sprawie Baustahlgewebe przeciwko Komisji, pkt 141; a także ww. wyrok Sądu w sprawach połączonych Tokai Carbon i in. przeciwko Komisji, pkt 274; wyrok Sądu z dnia 18 lipca 2005 r. w sprawie T-241/01 Scandinavian Airlines System przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-2917, pkt 227.

74 — Rzecznik generalny P. Mengozzi dodaje, że pozwala to także zrozumieć, dlaczego przykładowo w swoim wyroku z dnia 28 marca 1984 r. w sprawie 8/83 Officine Bertoli przeciwko Komisji, Rec. s. 1649, pkt 29, Trybunał orzekł, że chociaż nie można uwzględnić zarzutu podniesionego przez skarżącą na poparcie jej wniosku o obniżenie kwoty grzywny, pewne szczególne okoliczności tej sprawy uzasadniają obniżenie tej kwoty ze względów słuszności.

75 — Wyrok z dnia 3 marca 2011 r. w sprawach połączonych od T-122/07 do T-124/07, Zb.Orz. s. II-793, zob. w szczególności pkt 153, 154. Od wyroku tego wniesione zostało odwołanie, w przedmiocie którego toczy się obecnie postępowanie przed Trybunałem (sprawy połączone od C-231/11 P do C-233/11 P Komisja przeciwko Siemens Österreich i in.). Opinia rzecznika generalnego P. Mengozziego została przedstawiona w dniu 19 września 2013 r.

spółek wchodzących w skład przedsiębiorstwa VA Tech w celu określenia kwot, jakie spółki te winny zapłacić solidarnie. Kwoty te powinny w największym możliwym zakresie odzwierciedlać wskazaną w tym motywie wagę poszczególnych udziałów w odpowiedzialności ponoszonej wspólnie przez te spółki”.

137. Sąd dokonał następnie szczegółowej analizy decyzji Komisji i skrytykował wybór adresatów grzywny oraz ustalenie kwot, które poszczególne spółki miały zapłacić.

138. W pkt 166 swojego wyroku, bez odwoływania się do jakiegokolwiek zakresu uznania Komisji, Sąd doszedł do wniosku, „że obciążając Reyrolle, SEHV i Magrini odpowiedzialnością solidarną za zapłatę grzywny w kwocie wyraźnie przewyższającej ich wspólną odpowiedzialność, nie obciążając Siemens Österreich i KEG odpowiedzialnością solidarną za zapłatę części grzywny nałożonej na SEHV i Magrini oraz nie obciążając Reyrolle odpowiedzialnością wyłączną za zapłatę części nałożonej na nią grzywny, Komisja naruszyła zasadę indywidualizacji kar i sankcji”.

139. Inny przykład znajduje się w wyroku Sądu w sprawie *Brasserie nationale i in. przeciwko Komisji*<sup>76</sup>, w którym orzekł on, że „Sąd winien jednak sprawować kontrolę proporcjonalności nałożonej grzywny w stosunku do wagi i czasu trwania naruszenia oraz wyważyć wagę naruszenia z okolicznościami, na jakie powołuje się skarżący”.

140. W swoim wyroku w sprawie *Parker Pen przeciwko Komisji*<sup>77</sup>, który zapadł przed wydaniem wytycznych, po przeanalizowaniu zakwestionowanej grzywny Sąd doszedł do wniosku, że „grzywna w wysokości 700 000 ECU nałożona na skarżącą nie jest odpowiednia ze względu w szczególności na niewielkie obroty, których dotyczy naruszenie, i że jest uzasadnione, aby w ramach wykonywania nieograniczonego prawa orzekania Sąd zmniejszył do 400 000 ECU kwotę grzywny nałożonej na Parkera”.

141. W ww. wyroku w sprawie *Ventouris przeciwko Komisji* (kartel „Greckie promy”), od którego nie zostało wniesione odwołanie, Sąd orzekł – tym razem już po wprowadzeniu wytycznych – że zakwestionowaną grzywnę należy zmniejszyć ze względów słuszności i proporcjonalności. Jako że w jednej jedynej decyzji Komisja nałożyła kary za dwa odrębne naruszenia, te dwa względy – słuszności i proporcjonalności – wymagały, aby przedsiębiorstwo, które uczestniczyło tylko w jednym naruszeniu, zostało ukarane łagodniej niż przedsiębiorstwa, które uczestniczyły w obu naruszeniach. Zdaniem Sądu, obliczając grzywny na podstawie jednej tylko kwoty podstawowej przyjętej dla wszystkich przedsiębiorstw, dostosowanej odpowiednio do ich wielkości, ale bez jakiegokolwiek zróżnicowania ze względu na ich udział w jednym naruszeniu lub w obydwu naruszeniach, Komisja nałożyła na przedsiębiorstwo, które zostało uznane za winne uczestnictwa tylko w jednym naruszeniu, grzywnę nieproporcjonalną do wagi popełnionego naruszenia<sup>78</sup>.

76 — Wyrok z dnia 27 lipca 2005 r. w sprawach połączonych od T-49/02 do T-51/02, Zb.Orz. s. II-3033, pkt 170.

77 — Wyrok Sądu z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie T-77/92, Rec. s. II-549, pkt 94, 95.

78 — Zobacz także wyrok Sądu z dnia 16 czerwca 2011 r. w sprawie T-211/08 *Putters International przeciwko Komisji*, Zb.Orz. s. II-3729; wyrok z dnia 7 lipca 1994 r. w sprawie T-43/92 *Dunlop Slazenger przeciwko Komisji*, Rec. s. II-441; ww. wyrok w sprawach połączonych *Tokai Carbon i in. przeciwko Komisji*; wyrok z dnia 16 czerwca 2011 r. w sprawie T-235/07 *Bavaria przeciwko Komisji*, Zb.Orz. s. II-3229, tj. w sprawach, w których Sąd zastąpił ocenę Komisji swoją własną oceną lub przeanalizował odpowiedniość grzywny.

142. Natomiast (i to po wydaniu ww. wyroków w sprawie Chalkor i w sprawie KME oraz w sprawie Menarini!) Sąd orzekł w sprawie Dow Chemical przeciwko Komisji (kartel „Guma chloroprenowa”)<sup>79</sup>, że „w niniejszym przypadku na tym etapie sprawy nie chodzi o to, by Sąd w braku stwierdzenia niezgodności z prawem [spornej] decyzji – co miało miejsce w sprawie BASF i UCB przeciwko Komisji, w której zapadł wyrok<sup>[80]</sup> – przeliczył kwotę grzywny nałożonej na skarżącą, *lecz o dokonanie kontroli zgodności z prawem zastosowania przez Komisję do jej sytuacji wytycznych z 2006 r.*” (podkreślenie moje); to podejście znajdujemy również w zaskarżonym wyroku.

143. Chciałbym zauważyć, że rzeczywista kontrola grzywien przez Sąd w ramach nieograniczonego prawa orzekania jest tym bardziej niezbędna, że kwota grzywien nakładanych przez Komisję bezustannie rośnie. Ograniczę się do podania kilku przykładów, które w żaden sposób nie stanowią wyczerpujących informacji w tym zakresie: w sprawie Microsoft (która została wspomniana przez Komisję na rozprawie) w 2004 r. na Microsoft została nałożona grzywna w wysokości 497 mln EUR, do której doszły: w 2006 r. okresowa kara pieniężna w wysokości 280,5 mln EUR, w 2008 r. okresowa kara pieniężna w wysokości 899 mln EUR oraz w 2013 r. grzywna w wysokości 561 mln EUR<sup>81</sup>. Z kolei na Intel została nałożona grzywna w wysokości 1,06 mld EUR<sup>82</sup>. Grzywna nałożona na Saint Gobain w 2008 r. wynosiła 896 mln EUR (łącznie 1,38 mld EUR za udział w kartelu „Szyby samochodowe”)<sup>83</sup>, grzywna nałożona w 2007 r. na Siemens w wysokości ponad 396 mln EUR (łącznie 750 mln EUR za udział w kartelu „Rozdzielnice z izolacją gazową”)<sup>84</sup>. Grzywny nałożone na producentów wind uczestniczących w kartelu osiągnęły łącznie kwotę prawie jednego miliarda euro<sup>85</sup>. Wreszcie w 2012 r. Komisja nałożyła grzywnę w wysokości 1,47 mld EUR na producentów lamp do ekranów telewizyjnych i komputerowych<sup>86</sup> uczestniczących w dwóch kartelach.

144. W odniesieniu do znaczenia kontroli obliczenia grzywien przez Sąd, za jaką opowiadam się w niniejszej opinii, mógłbym przypomnieć, co rzecznik generalny A. Tizzano powiedział w ww. sprawie Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji<sup>87</sup>, w której zauważył, iż jego analiza przeprowadzona w tej sprawie „wskazuje, że metoda obliczeniowa zastosowana przez Komisję zawiera pewne ryzyko z punktu widzenia słuszności tego systemu [...] Nie wydaje mi się bowiem w pełni zgodna z wymogami indywidualizacji i stopniowania »kary« [...] okoliczność, iż tak jak w niniejszych sprawach, część operacji obliczeniowych ma głównie formalny i abstrakcyjny charakter i tym samym nie wpływa konkretnie na ostateczną kwotę grzywny. Nie można również ignorować faktu, iż z tego samego powodu cel większej przejrzystości, któremu przyświecają wytyczne, może nie zostać całkowicie osiągnięty [...] W dodatku, to zaostrenie [polityki Komisji w zakresie grzywien, która jest bardziej rygorystyczna i spowodowała podwyższenie poziomu grzywien], może przede wszystkim uderzyć w małe i średnie przedsiębiorstwa, jako że opiera się ono na metodzie obliczeniowej bazującej na kwotach ryczałtowych [...]. Zatem wyłaniają się zarysy nowej sytuacji, która jest bardziej problematyczna, niż miało to miejsce, gdy metoda stosowana przez Komisję nie prowadziła co do zasady do przekraczania w trakcie obliczeń limitu 10% całkowitego obrotu, przez co uwzględnienie

79 — Wyrok z dnia 2 lutego 2012 r. w sprawie T-77/08, pkt 148. Obecnie wyrok ten jest przedmiotem postępowania odwoławczego zawisłego przed Trybunałem (zob. sprawa C-179/12 P).

80 — Wyrok z dnia 12 grudnia 2007 r. w sprawach połączonych T-101/05 i T-111/05, Zb.Orz. s. II-4949.

81 — Odpowiednio decyzja Komisji C(2004) 900 z dnia 24 marca 2004 r. dotycząca postępowania na podstawie art. [102 TFUE] (sprawa COMP/C-3/37.792 – Microsoft), decyzja Komisji C(2005) 4420 wersja ostateczna z dnia 12 lipca 2006 r., decyzja Komisji C(2008) 764 wersja ostateczna z dnia 27 lutego 2008 r. ustalająca ostateczną kwotę okresowej kary pieniężnej nałożonej na Microsoft Corp. ww. decyzja „Microsoft” i decyzja Komisji C(2013) 1210 wersja ostateczna z dnia 6 marca 2013 r.

82 — Decyzja Komisji C(2009) 3726 wersja ostateczna z dnia 13 maja 2009 r. w sprawie COMP/C-3/37.990 – Intel.

83 — Decyzja Komisji C(2008) 6815 wersja ostateczna z dnia 12 listopada 2008 r. w sprawie COMP/39.125 – Szyby samochodowe.

84 — Decyzja Komisji C(2006) 6762 wersja ostateczna z dnia 24 stycznia 2007 r. w sprawie COMP/F/38.899 – Rozdzielnice z izolacją gazową.

85 — Decyzja Komisji C(2007) 512 wersja ostateczna z dnia 21 lutego 2007 r. w sprawie COMP/E-1/38.823 – Windy i schody ruchome.

86 — Decyzja Komisji C(2012) 8839 wersja ostateczna z dnia 5 grudnia 2012 r. w sprawie COMP/39.437 – Lampy do ekranów telewizyjnych i komputerowych.

87 — Zobacz jego opinia w tej sprawie, pkt 129–133.



wszystkich okoliczności sprawy w kwocie grzywny stało się łatwiejsze i bardziej bezpośrednie. [...] Należy zatem zadać sobie pytanie, czy zasygnalizowane skutki nowego kierunku polityki dotyczącej grzywien nie powodują, iż wskazana byłaby zmiana *umożliwiająca zapewnienie w każdym przypadku rezultatów zgodnych z ogólnymi wymogami racjonalności i słuszności*” (podkreślenie moje).

145. Ta ostra krytyka ze strony rzecznika generalnego A. Tizzana w powyższej sprawie wskazuje wyraźnie, iż nie jest pożądane czy możliwe, lecz wręcz *konieczne* wykonywanie przez Sąd pełnej<sup>88</sup> i niezawisłej kontroli grzywien nakładanych przez Komisję<sup>89</sup>.

ββ) Zastosowanie teorii dotyczącej nieograniczonego prawa orzekania do niniejszej sprawy

146. Aby ocenić kontrolę grzywny przez Sąd oraz zarzuty wnoszących odwołanie dotyczące naruszenia zasad proporcjonalności, niedyskryminacji, indywidualizacji kar oraz obowiązku uzasadnienia przez Komisję kwoty grzywny, należy powrócić do spornej decyzji.

147. W motywie 756 spornej decyzji Komisja wskazała, że praktyka stanowiąca nadużycie może zostać uznana za bardzo poważne naruszenie, nawet jeśli nie była tak samo poważna przez cały okres trwania naruszenia. W motywie 757 Komisja ograniczyła się do stwierdzenia, że aby odzwierciedlić wagę naruszenia, podstawowa kwota grzywny, która ma być nałożona na skarżące, powinna – „w świetle szczególnych okoliczności sprawy” – zostać ustalona na 90 mln EUR.

148. Wnoszące odwołanie podniosły przed Sądem, że Komisja naruszyła zasady indywidualizacji kar, proporcjonalności i równego traktowania oraz ciążący na niej obowiązek uzasadnienia, ustalając podstawową kwotę grzywny na 90 mln EUR. Po pierwsze, ta podstawowa kwota grzywny nałożonej na Telefónikę na podstawie wagi naruszenia stanowi drugą najwyższą kwotę podstawową grzywny, jaka kiedykolwiek została nałożona za nadużycie pozycji dominującej. Z drugiej strony kwota ta jest, odpowiednio, dziewięć i dziesięć razy wyższa od podstawowej kwoty grzywny nałożonej w 2003 r. na Deutsche Telekom i na Wanadoo Interactive za nadużycie pozycji dominującej w tym samym sektorze, podczas gdy: (i) obie te decyzje, podobnie jak decyzja nakładająca grzywnę na Telefónikę, zostały wydane na podstawie wytycznych z 1998 r., a zatem miały w nich zastosowanie te same zasady obliczania; (ii) sporne zachowania w tych trzech sprawach miały częściowo miejsce w tym samym czasie i miały podobny charakter; (iii) wszystkie trzy sprawy dotyczą rynków dostępu do Internetu we Francji, w Niemczech i w Hiszpanii, które wykazują istotne podobieństwa co do wielkości, znaczenia gospodarczego oraz fazy rozwoju. Oczywiście dysproporcję pomiędzy kwotą podstawową ustaloną dla Telefóniki i kwotami podstawowymi ustalonymi dla Wanadoo Interactive i Deutsche Telekom zwiększa jeszcze okoliczność, że w przypadku Telefóniki kwota podstawowa została podwyższona o 25% w celu zapewnienia skutku odstrasżającego, podczas gdy takie podwyższenie nie zostało zastosowane ani w przypadku Wanadoo Interactive, ani w przypadku Deutsche Telekom pomimo wielkości tych przedsiębiorstw. Uwzględniając skutek odstrasżający, kwota grzywny nałożonej na Telefónikę z uwzględnieniem wagi naruszenia (112,5 mln EUR) jest ostatecznie, odpowiednio, 12,5 razy i 11,25 razy wyższa od grzywien nałożonych odpowiednio na Wanadoo Interactive i na Deutsche Telekom za nadużycie pozycji dominującej o podobnym charakterze, a nawet poważniejszym.

88 — W istocie „dołączenie Sądu do Trybunału i wprowadzenie dwóch instancji miały na celu, po pierwsze, poprawić ochronę sądową podmiotów, w szczególności w przypadku skarg wymagających pogłębionej analizy złożonych faktów oraz, po drugie, utrzymać jakość i skuteczność kontroli sądowej w porządku prawnym [Unii]” (ww. wyrok w sprawie Baustahlgewebe przeciwko Komisji, pkt 41).

89 — Jako przykład pełnego wykonywania nieograniczonego prawa orzekania można podać United Kingdom Competition Appeal Tribunal (CAT), jako że dokonuje on *swojej własnej* oceny kwoty grzywny na podstawie *bardzo wyczerpującego podejścia, które obejmuje sprawę w całości* (zob. w szczególności wyroki: nr 1114/1/1/09 Kier Group plc v OFT [2011] CAT 3, nr 1099/1/2/08 National Grid plc v Gas and Electricity Markets Authority [2009] CAT 14).

149. Ponadto zdaniem wnoszących odwołanie nadmierna kwota podstawowa grzywny nałożonej na Telefónikę ustalona na 90 mln EUR jest jeszcze bardziej oczywista, jeśli porównać ją z kwotą ustaloną w 2001 r. w sprawie Deutsche Post AG<sup>90</sup>. W tej sprawie Komisja przyjęła kwotę podstawową tylko w wysokości 12 mln EUR, choć przyznała w szczególności: (i) że naruszenie należy uznać za „poważne”; (ii) że zniżki dla stałych klientów przyznawane przez przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą „były wielokrotnie karane przez Trybunał” oraz (iii) że „polityka zniżek i cen stosowanych przez [Deutsche Post AG] miała bardzo duży negatywny wpływ na konkurencję”, pozwalając [Deutsche Post AG] zachować w niemieckim rynku wysyłki paczek dla sprzedaży wysyłkowej udział wynoszący ponad 85%.

150. Co na to Sąd?

151. Po pierwsze, co się tyczy zasady niedyskryminacji, w pkt 424–427 zaskarżonego wyroku (tylko w czterech punktach) Sąd oddalił argumenty wnoszących odwołanie, stwierdzając po prostu, że wcześniejsza praktyka decyzyjna Komisji nie może stanowić ram prawnych dla grzywien w dziedzinie konkurencji i może mieć jedynie charakter informacyjny.

152. Po drugie, co się tyczy zasady proporcjonalności, w pkt 428–432 zaskarżonego wyroku (w łącznie pięciu punktach) Sąd oddalił argumenty wnoszących odwołanie, ograniczając się do wskazania zasadniczo, że przy ustalaniu kwoty grzywien Komisja dysponuje zakresem uznania, aby skłonić przedsiębiorstwa do przestrzegania reguł konkurencji. W rzeczywistości Sąd powtórzył w tym względzie wyjaśnienia Komisji w zakresie zakwalifikowania naruszenia jako „bardzo poważne” i tylko w jednym punkcie (432), „przeprowadził analizę” i doszedł do wniosku, że kwota wyjściowa w wysokości 90 mln EUR nie jest nieproporcjonalna.

153. Po trzecie, co się tyczy zasady indywidualizacji kar, (jedynie) w pkt 433 zaskarżonego wyroku Sąd przypomniał orzecznictwo, zgodnie z którym, aby ocenić wagę naruszenia w celu określenia kwoty grzywny, Komisja powinna dopilnować, by jej działanie miało charakter odstrasżający, przede wszystkim w przypadku naruszeń szczególnie niekorzystnych dla realizacji celów Unii. Skutek odstrasżający musi mieć zarazem charakter szczególny i ogólny. Zwalczając indywidualne naruszenie, grzywna wpisuje się również w zakres ogólnej polityki przestrzegania przez przedsiębiorstwa reguł konkurencji. Sąd stwierdził, że ze spornej decyzji wynika, iż w niniejszym przypadku została ona obliczona z uwzględnieniem konkretnej sytuacji Telefóniki. Wobec tego skarżące nie mogą utrzymywać, że ogólny skutek odstrasżający grzywny był „pierwszym i jedynym celem grzywny”.

154. Wreszcie, co się tyczy domniemanego naruszenia obowiązku uzasadnienia i skutecznej ochrony sądowej, w pkt 434 i 435 zaskarżonego wyroku (czyli tylko w dwóch punktach) Sąd oddalił argumenty wnoszących odwołanie i stwierdził po prostu, że Komisja nie naruszyła *minimalnych* wymogów w tym zakresie, ponieważ wskazała elementy oceny, które umożliwiły jej ustalenie wagi i czasu trwania naruszenia. Ponadto Sąd powtórzył raz jeszcze, że ponieważ praktyka decyzyjna Komisji nie stanowi ram prawnych dla grzywien w dziedzinie konkurencji, Komisja nie jest zobowiązana wskazać powodów, dla których kwota podstawowa grzywny nałożonej na Telefónikę jest znacząco wyższa od kwoty grzywien nałożonych na Wanadoo Interactive i na Deutsche Telekom.

155. Po lekturze tych 12 punktów (z 465!)<sup>91</sup>, które zresztą nie zawierają praktycznie *żadnej* analizy sensu stricto ze strony Sądu, stoję na stanowisku, że ewidentnie nie dokonał on kontroli w ramach przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania, do której jest on zobowiązany w świetle zasad niedyskryminacji, proporcjonalności, indywidualizacji kar i w świetle obowiązku uzasadnienia przez Komisję kwoty grzywny.

90 — Decyzja Komisji 2001/354/WE z dnia 20 marca 2001 r. dotycząca postępowania na podstawie art. [102 TFUE] (sprawa COMP/35.141 – Deutsche Post AG) (Dz.U. L 125, s. 27).

91 — Prawdą jest, że „zwięzłość jest istotą dowcipu” („brevity is the soul of wit”) (Shakespeare w *Hamlecie*, 1602), ale nieograniczone prawo orzekania wymaga czegoś więcej niż dowcipu!

156. W odniesieniu do zarzucanego naruszenia zasady niedyskryminacji Sąd ograniczył się do odesłania do charakteru informacyjnego kwoty grzywien nałożonych przez Komisję w jej wcześniejszych decyzjach, ale nie wspomniał, że w niniejszym przypadku niektóre wcześniejsze decyzje Komisji zawierają szczególnie cenne wskazówki. Ma to tym bardziej znaczenie, że Komisja nie ujawniła (co zdaniem Trybunału byłoby pożądane, a według mnie jest tutaj konieczne) metody obliczenia kwoty podstawowej w wysokości 90 mln EUR ani nie uzasadniła w wystarczający sposób różnicy pomiędzy tą kwotą a kwotą ustaloną w innych decyzjach w sprawach bardzo podobnych takich jak Deutsche Telekom i Wanadoo Interactive.

157. Sąd zapomniał nawet swoje własne orzecznictwo, ponieważ stwierdził w pkt 316 ww. wyroku w sprawie Archer Daniels Midland przeciwko Komisji (potwierzonego zresztą w pkt 262 ww. wyroku w sprawie E.ON Ruhrgas i E.ON przeciwko Komisji, wydanego już po zaskarżonym wyroku), że „[w] odniesieniu do [...] porównań z innymi decyzjami Komisji wydanymi w dziedzinie grzywien, należy zaznaczyć, że decyzje te mogą mieć znaczenie dla przestrzegania zasady równego traktowania jedynie w przypadku wykazania, że *okoliczności w sprawach związanych z tymi decyzjami, takie jak rynki, produkty, państwa, przedsiębiorstwa i właściwe okresy są porównywalne z okolicznościami niniejszego przypadku*” (podkreślenie moje). Jest bowiem oczywiste, że choć w zasadzie wcześniejsza praktyka decyzyjna Komisji nie może stanowić ram prawnych dla grzywien w zakresie konkurencji, argumentacja ta znajduje swe granice w zasadzie niedyskryminacji, zgodnie z którą sytuacje porównywalne nie mogą być traktowane w odmienny sposób<sup>92</sup>.

158. Zasada „równej grzywny [sankcji] za takie samo postępowanie” jest zresztą sformułowana w wytycznych z 1998 r.<sup>93</sup> i ma ona zastosowanie w szczególności, gdy okoliczności prowadzące do nałożenia grzywny, takie jak rynki właściwe, typ naruszenia, produkty, przedsiębiorstwa lub okres naruszenia są rzeczywiście podobne – a z takim przypadkiem zdaje się mamy tu do czynienia – chyba że na podstawie dodatkowych danych przedstawionych przez Komisję na żądanie Sądu – wykazana zostaje sytuacja przeciwna.

159. W niniejszym przypadku Sąd powinien był co najmniej zażądać, aby Komisja wyjaśniła bardzo wyraźnie, dlaczego w niniejszej sprawie przyjęła kwotę wyjściową w wysokości 90 mln EUR (i w jaki sposób do tej kwoty doszła), zwłaszcza że, (i) chodzi o drugą najwyższą grzywnę po grzywnie nałożonej na Microsoft [decyzja C(2004) 900] i kwota wyjściowa w niniejszej sprawie przekraczała o ponad 40% trzecią najwyższą kwotę wyjściową (kwotę wyjściową grzywny nałożonej na AstraZeneca<sup>94</sup>), podczas gdy w szczególności w tych dwóch ostatnich sprawach właściwy rynek geograficzny wykraczał poza terytorium jednego państwa członkowskiego; (ii) sporna kwota była 4,5 razy wyższa od minimalnej kwoty przewidzianej w wytycznych z 1998 r. w sprawie metody ustalania grzywien w przypadku „bardzo poważnych” naruszeń, oraz (iii) wspomniana kwota jest, odpowiednio, dziesięć i dziewięć razy wyższa od „kwoty podstawowej” grzywny nałożonej na Deutsche Telekom i na Wanadoo Interactive w odniesieniu do podobnych praktyk, rynków, produktów i przedsiębiorstw.

160. W przedmiocie stopnia wagi naruszenia („poważne” lub „bardzo poważne”) wnoszące odwołanie podniosły przed Sądem, że: (i) nadużycia pozycji dominującej popełnione na rynku geograficznym ograniczonym do terytorium jednego państwa członkowskiego były dotychczas kwalifikowane jako poważne oraz że (ii) okoliczności, na które Komisja powołała się w celu uzasadnienia odwołania się do aspektu geograficznego (wielkości rynku hiszpańskiego i trudności zagranicznych operatorów w wejściu na rynek) były również obecne w decyzjach w sprawie Deutsche Telekom i w sprawie Wanadoo Interactive, w których jednak naruszenie nie zostało zakwalifikowane jako „bardzo poważne” w przeciwieństwie do oceny Komisji w przypadku wnoszących odwołanie, i to nawet w odniesieniu do

92 — W odniesieniu do ustalania kwoty grzywny zob. w szczególności wyrok z dnia 30 kwietnia 2009 r. w sprawie T-13/03 Nintendo przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-975, pkt 170.

93 — Zobacz wytyczne z 1998 r., część I A ostatni punkt.

94 — Decyzja Komisji C(2005) 1757 wersja ostateczna z dnia 15 czerwca 2005 r. dotycząca postępowania na podstawie art. [102 TFUE] i art. 54 porozumienia EOG (sprawa COMP/A.37.507/F3 – AstraZeneca).

okresu przed publikacją decyzji w sprawie Deutsche Telekom. Także tu Sąd ograniczył się do stwierdzenia, że praktyka decyzyjna Komisji nie może służyć za ramy prawne grzywien w zakresie konkurencji. Jednakże, jeśli Komisja opiera się na wielkości rynku w celu zakwalifikowania naruszenia jako „bardzo poważne”, czy Sąd nie powinien był uwzględnić faktu, że w przypadku rynków o większym zasięgu (Francja i Niemcy) nie uznała ona tego kryterium za wystarczające, aby zakwalifikować naruszenie jako „bardzo poważne”?

161. Co więcej, jeśli kryterium umożliwiającym uznanie naruszenia za „bardzo poważne” w rozumieniu wytycznych z 1998 r. jest kryterium, czy naruszenie jest jednoznaczne („clear-cut”), niemożliwe jest wyciągnięcie takiego wniosku bez odwołania się co najmniej do praktyki decyzyjnej Komisji. W rzeczywistości wytyczne same odwołują się do praktyki decyzyjnej Komisji, aby wyjaśnić pojęcie „bardzo poważnego” naruszenia<sup>95</sup>. Ponadto sporna decyzja uzasadnia przyjęcie kwalifikacji istotnego nadużycia na podstawie praktyki decyzyjnej Komisji<sup>96</sup>. Sąd pomylił w ten sposób orzecznictwo dotyczące informacyjnego charakteru kwoty grzywien nałożonych we wcześniejszych decyzjach z wykładnią wytycznych z 1998 r. w celu ustalenia, czy naruszenie jest naruszeniem o małym znaczeniu, poważne lub bardzo poważne. Wspomniane wytyczne stosują bowiem kryterium, którym jest kryterium „istotnego nadużycia”, aby ukarać zachowania, których niezgodność z prawem nie budzi żadnych wątpliwości, co w zakresie praktyk stanowiących nadużycie nie może zostać stwierdzone bez odwołania się do precedensów.

162. Ponadto zgadzam się z czwartym zastrzeżeniem pierwszej części zarzutu ósmego wnoszących odwołanie (pkt 414 odwołania), w którym krytykują one pkt 415–420 zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Sąd nie uwzględnił zmiennego natężenia wagi naruszenia w trakcie okresu naruszenia. W tym względzie można krytykować stwierdzenia Sądu wyrażone w pkt 418 i 419 zaskarżonego wyroku, według których Komisja słusznie uznała, że naruszenie powinno zostać zakwalifikowane jako „bardzo poważne” przez cały okres jego trwania oraz że mimo kwalifikacji naruszenia jako „bardzo poważne” przyjętego w odniesieniu do całego okresu jego trwania Komisja rzeczywiście uwzględniła zmienne natężenie naruszenia przy ustalaniu kwoty wyjściowej grzywny. Tym samym Sąd naruszył ciążący na nim obowiązek wykonania nieograniczonego prawa orzekania, ponieważ nie skontrolował, czy kwota podstawowa grzywny *rzeczywiście* uwzględniała zmienną wagę naruszenia w szczególności dla okresu poprzedzającego opublikowanie decyzji w sprawie Deutsche Telekom.

163. W przedmiocie podnoszonego naruszenia zasad proporcjonalności i indywidualizacji kar Sąd był szczególnie zwięzły i odwołał się wyłącznie do bardzo ogólnych przemysłów: do zakresu uznania Komisji (pkt 430 zaskarżonego wyroku), do metody opartej na zasadzie ryczałtu przedstawionej w wytycznych z 1998 r. (pkt 431), do spoczywającego na Komisji obowiązku ustalenia grzywny proporcjonalnie do czynników uwzględnionych w ramach oceny wagi naruszenia i zastosowania tych czynników w sposób spójny i obiektywnie uzasadniony, ale wcale nie skontrolował, czy zastosowanie tych czynników było rzeczywiście spójne i obiektywnie uzasadnione w rozpatrywanej sprawie. W pkt 432 zaskarżonego wyroku Sąd doszedł do wniosku, iż „[w]obec faktu, że, primo, nadużycie popełnione przez Telefónikę należy uznać za istotne nadużycie, dla którego istnieją precedensy i które zagraża celowi, jakim jest utworzenie rynku wewnętrznego dla sieci i usług telekomunikacyjnych, i secundo, nadużycie to miało istotny wpływ na hiszpański rynek detaliczny (motywy 738–757 [spornej] decyzji), nie można uznać, iż kwota wyjściowa grzywny w wysokości 90 mln EUR jest nieproporcjonalna”.

95 — Zobacz wytyczne z 1998 r., część 1 A.

96 — „Jak zostało to ustalone w części A.1 powyżej, naruszenie popełnione przez Telefónikę nie jest nowe, lecz przeciwnie stanowi jednoznaczne nadużycie, dla którego istnieją precedensy. W szczególności, po sprawie Deutsche Telekom (opublikowanej w październiku 2003 r.) przesłanki zastosowania art. 82 do działalności gospodarczej podlegającej szczególnym uregulowaniom sektorowym ex ante były w szerokim zakresie wyjaśnione i znane Telefónice” (motyw 740 spornej decyzji).

164. Mimo że orzecznictwo samego Sądu<sup>97</sup> wymaga, by grzywna została obliczona z uwzględnieniem konkretnej sytuacji zainteresowanego przedsiębiorstwa, co oznacza, że należy *sprawdzić, czy przy stanie faktycznym tej sprawy* zasada odstraszaającego skutku grzywien niesłusznie miała pierwszeństwo przed zasadą indywidualizacji kar, Sąd w pkt 433 zaskarżonego wyroku ograniczył się do po prostu stwierdzenia, że grzywna została „obliczona z uwzględnieniem konkretnej sytuacji Telefóniki”.

165. Sąd doszedł do tych wniosków, nie przykładając żadnej wagi do wielu czynników, które powinny były zwrócić jego uwagę, a w szczególności: (i) że decyzje w sprawie Deutsche Telekom, w sprawie Wanadoo Interactive i w sprawie Telefónica zostały wydane na podstawie wytycznych z 1998 r., tzn. z zastosowaniem tych samych reguł obliczania; (ii) że zachowania badane w tych trzech sprawach miały miejsce częściowo w tym samym czasie i mają (bardzo) podobny charakter<sup>98</sup>: praktykowanie cen drapieżnych w przypadku Wanadoo Interactive i praktykowanie nożyc cenowych w przypadkach Deutsche Telekom i Telefónica; (iii) że wszystkie trzy sprawy dotyczą rynków dostępu do Internetu we Francji, w Niemczech i w Hiszpanii, pomiędzy którymi istnieją znaczące podobieństwa pod względem wielkości i wagi gospodarczej, (iv) że przedsiębiorstwa ukarane w tych trzech sprawach są historycznymi operatorami telekomunikacyjnymi (lub spółka zależna jednego z nich w przypadku Wanadoo Interactive) o bardzo podobnych obrotach<sup>99</sup>, oraz (v) że pewne okoliczności mogłyby przynajmniej teoretycznie nawet przemawiać za przyjęciem niższej kwoty podstawowej w porównaniu z kwotą ustaloną w sprawie Deutsche Telekom, w której: (a) ceny hurtowe były wyższe od jej cen detalicznych, dzięki czemu Deutsche Telekom mogła być świadoma istnienia nożyc cenowych bez konieczności uwzględniania kosztów, (b) niemiecki organ regulacyjny stwierdził istnienie marży ujemnej, (c) właściwe produkty stanowiły istotne struktury, (d) według twierdzeń wnoszących odwołanie w spornym okresie uregulowania hiszpańskie były ostrzejsze od uregulowań niemieckich<sup>100</sup> (nawet jeśli to ostatnie twierdzenie jest podważane przez Komisję).

166. Komisja podniosła przed Trybunałem, „że wniosek, do którego Sąd doszedł w pkt 432, opiera się na *szczegółowym badaniu* »elementów akt sprawy« i twierdzeń stron” oraz że Sąd rzeczywiście sprawdził, czy grzywna jest nieproporcjonalna. W odpowiedzi na pytanie Trybunału zadane na rozprawie i dotyczące tych „elementów akt sprawy” przedstawiciel Komisji po prostu powiedział, że myślał, iż „przez te elementy akt sprawy należy rozumieć dokumenty, środki dowodowe, analizy prawnicze przedstawione przez [strony]”, i wyjaśnił zasadniczo, że kwota podstawowa w wysokości 90 mln EUR mieści się w średniej („w rodzaju mediany” – jak to ujął) pomiędzy punktem wyjściowym ustalonym w wytycznych z 1998 r., tzn. kwotą 20 mln EUR a kwotą podstawową w wysokości 185 mln EUR w ww. sprawie Microsoft. Trudno jest znaleźć w tym argumentie przekonujące wyjaśnienie ogromnego podwyższenia kwoty podstawowej w porównaniu z podobnymi sprawami, i to tym bardziej, iż chodzi o drugą najwyższą kwotę podstawową po kwocie zastosowanej w sprawie Microsoft. Ponadto, nawet jeśli kwestie te były przedmiotem dyskusji na rozprawie przed Sądem (jak utrzymuje Komisja), to nie wynika to jednak z zaskarżonego wyroku.

97 — Wyrok z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawach połączonych T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 i T-136/02 Bolloré i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-947, pkt 528.

98 — Jak stwierdził rzecznik generalny J. Mazák w swojej opinii (przypis 41) w ww. sprawie TeliaSonera Sverige, „[n]iektórzy przedstawiciele doktryny sugerują, że [ww.] sprawę Deutsche Telekom przeciwko Komisji [...] należy raczej analizować jako sprawę dotyczącą zagadnienia cen drapieżnych, zaś sprawę France Télécom przeciwko Komisji (ww. [sprawę Wanadoo Interactive]) należy postrzegać jako sprawę [nożyc cenowych] (na rozprawie Komisja nie zanegowała drugiej z tych tez, wskazując jednak, że postanowiła potraktować sprawę France Télécom jako sprawę dotyczącą cen drapieżnych, ponieważ podmiot funkcjonujący na rynku niższego szczebla (Wanadoo [Interactive]) nie należał w 100% do France Télécom)”.

99 — Zdaniem wnoszących odwołanie w 2006 r., tj. ostatnim roku trwania domniemanego naruszenia, obroty grupy Telefónica wyniosły 52 901 mln EUR, obroty grupy France Telecom w 2002 r. wynosiły 46 630 mln EUR, a obroty Deutsche Telekom wyniosły w 2003 r. 55 838 mln EUR.

100 — W pkt 284 swojej repliki Telefónica kładła nacisk na okoliczność, że w spornym okresie uregulowania hiszpańskie były surowsze od uregulowań niemieckich, zwłaszcza z uwagi na to, że (i) system *retail minus* zastosowany przez CMT miał właśnie na celu zapobieżenie zjawisku nożyc cenowych w przeciwieństwie do systemu maksymalnych cen praktykowanego w Niemczech w trakcie okresu trwania naruszenia, który to system umożliwiał stosowanie kompensat pomiędzy różnymi produktami należącymi do tego samego „koszyka” oraz ze względu na to, że (ii) aż do listopada 2003 r. CMT ustalała ceny detaliczne (podczas gdy niemiecki organ regulacyjny ustalał maksymalne ceny detaliczne, a nie ceny stałe), a następnie musiała zatwierdzać *ex ante* wszystkie inicjatywy dotyczące cen detalicznych Telefóniki stosowanych do nowych usług i promocji, i w tym celu kontrolowała ona istnienie wystarczającej marży pomiędzy cenami hurtowymi i cenami detalicznymi.

167. Co się tyczy podwyższenia kwoty podstawowej grzywny w celu zapewnienia skutku odstrasżającego (pkt 437–443 zaskarżonego wyroku) (co powinno było skłonić Sąd do zastanowienia się nad uzasadnieniem znaczącej podwyżki kwoty podstawowej przy pomocy tego samego celu w postaci zapewnienia skutku odstrasżającego), Sąd w pkt 439 po prostu zatwierdził rozumowanie Komisji poprzez zwykłe ogólne odesłania do motywów spornej decyzji, nie badając przy tym stosowności mnożnika wynoszącego 1,25, a zatem po raz kolejny nie dokonując rzeczywistej kontroli w ramach przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania. Sąd nie przeanalizował również w tej części porównania z decyzjami w sprawie Deutsche Telekom i w sprawie Wanadoo Interactive, w których grzywna nie została podwyższona w celu odstrasżenia, pomijając tym samym orzecznictwo, z którego wynika, że obowiązek uzasadnienia musi być bardziej wyraźny, w przypadku gdy „decyzja idzie znacznie dalej niż wcześniejsze decyzje” (zob. przypis 45 do niniejszej opinii).

168. Ponadto w pkt 441 zaskarżonego wyroku Sąd nie przeanalizował poprawnie ewentualnego naruszenia zasady niedyskryminacji, gdyż obroty wnoszących odwołanie były rzeczywiście porównywalne z obrotami Wanadoo Interactive i Deutsche Telekom<sup>101</sup>, w przypadku których Komisja nie uznała za stosowne zastosować podwyższenia grzywny w celu zapewnienia skutku odstrasżającego. W tym punkcie Sąd ponownie zasłania się orzecznictwem, z którego wynika, że praktyka decyzyjna nie może stanowić ram prawnych w zakresie grzywien.

169. Wydaje mi się, że Sąd dopuszcza się tego samego błędu przy badaniu w pkt 444–452 zaskarżonego wyroku kwalifikacji zachowania wnoszących odwołanie jako „naruszenia długotrwałego”. W pkt 448–450 zaskarżonego wyroku Sąd nie dokonał bowiem rozróżnienia pomiędzy dwoma okresami trwania naruszenia (co w moim przekonaniu było konieczne), ponieważ jeden okres przypadał przed wydaniem decyzji w sprawie Deutsche Telekom, zaś drugi po wydaniu tej decyzji, ani nie ocenił wagi naruszenia w odniesieniu do każdego z tych okresów. Sąd odwołał się do pkt 356–369 oraz do pkt 419 zaskarżonego wyroku i zadowolił się stwierdzeniem, że „kwota wyjściowa grzywny [...] odzwierciedla już zmienne natężenie naruszenia”. Jak już wskazałem, nie jest absolutnie jasne, czy (i w jaki sposób) kwota wyjściowa rzeczywiście odzwierciedla zmienne natężenie naruszenia. W każdym razie Sąd tego nie przeanalizował. Sąd nie podważył jednak faktu, że w decyzji w sprawie Deutsche Telekom Komisja uznała, iż zmienna waga naruszenia w badanym okresie pociąga za sobą (i) zmianę kwalifikacji naruszenia zakwalifikowanego a priori jako „bardzo poważne” na „poważne” i, co więcej, uzasadnia (ii) obniżenie podwyższonej grzywny z tytułu czasu trwania naruszenia. Uznała ona bowiem, że ograniczone pole manewru, jakim dysponowała Deutsche Telekom w celu dostosowywania swoich cen od 2002 r., uzasadniało zakwalifikowanie naruszenia jako naruszenia „o małym znaczeniu” od tej daty i że nie należy zatem stosować podwyższenia kwoty grzywny po tej dacie<sup>102</sup>.

170. Wreszcie w pkt 461 zaskarżonego wyroku Sąd, badając rzekomo nowy charakter sprawy, powołał się na swoje rozumowanie dotyczące istnienia wyraźnych i przewidywalnych precedensów. W tym względzie Sąd zastosował ewidentnie błędne kryterium, tzn. kryterium pewności prawa, i zignorował, że jedną z okoliczności łagodzących określonych w wytycznych z 1998 r. jest istnienie rozsądnych wątpliwości ze strony przedsiębiorstwa co do tego, że jego zachowanie stanowi naruszenie. Stoję na stanowisku, że taka rozsądna wątpliwość mogła istnieć co najmniej do października 2003 r., tj. daty opublikowania decyzji w sprawie Deutsche Telekom, jako że wnoszące odwołanie mogły nie być w stanie dostrzec granic uzasadnionych oczekiwań, jakie operator zajmujący pozycję dominującą mógł pokładać w działaniach CMT. Sam Sąd przyznał w pkt 361 zaskarżonego wyroku, że „jak wskazała Komisja w motywie 735 zaskarżonej decyzji, decyzja w sprawie Deutsche Telekom stanowi również precedens wyjaśniający warunki zastosowania art. 82 WE w odniesieniu do działalności gospodarczej poddanej szczególnym uregulowaniom sektorowym ex ante”.

101 — Sąd ograniczył się do zwykłego odwołania się do siły gospodarczej Telefóniki. Jak zostało wskazane w przypisie 99 do niniejszej opinii, obroty spółek były porównywalne. Jeśli chodzi o kapitalizację giełdową, według źródeł przytoczonych przez Komisję w spornej decyzji Deutsche Telekom i Telefónica znajdowały się również w porównywalnej sytuacji (zob. s. 22 rocznego sprawozdania Telefóniki, przytoczonego w przypisie 791 do spornej decyzji. Kapitalizacja giełdowa Telefóniki i Deutsche Telekom wynosiły, odpowiednio, 74 113 i 70 034 mln dolarów w 2005 r. oraz 104 722 i 80 371 mln dolarów w 2006 r.).

102 — Decyzja w sprawie Deutsche Telekom, pkt 206, 207, 211.

171. Jedyny argument wnoszących odwołanie w tej części odwołania, który nie wydaje mi się zasadny, dotyczy daty końca naruszenia. Wnoszące odwołanie (pkt 449 odwołania) krytykują pkt 451 zaskarżonego wyroku, twierdząc, że Sąd zdaje się akceptować, iż Komisja udowodniła istnienie naruszenia tylko do końca pierwszego półrocza 2006 r. W konsekwencji Sąd przeniósł ciężar dowodu, orzekając, że wnoszące odwołanie nie przedstawiły dowodu na to, że nie stosowały nożyc cenowych w drugim półroczu 2006 r., podczas gdy to na Komisji spoczywa obowiązek wykazania istnienia naruszenia. Jednak Sąd nie dopuścił się naruszenia prawa w tym zakresie, ponieważ żaden element akt sprawy przedstawiony przez wnoszące odwołanie nie wykazywał zmian cen w okresie od czerwca do grudnia 2006 r. Nie miało więc miejsca przeniesienie ciężaru dowodu, lecz decyzja oparta na danych figurujących w aktach sprawy. Komisja udowodniła bowiem w swojej decyzji, że hurtowe produkty krajowy i regionalny nie uległy żadnym zmianom aż do dnia 21 grudnia 2006 r. i że ceny detaliczne pozostały niezmienione od września 2001 r., zaś wnoszące odwołanie nie powołały się na jakkolwiek zmianę kosztów uwzględnionych przez Komisję (pkt 451 zaskarżonego wyroku).

172. W świetle powyższych rozważań wydaje mi się, że zarzut ósmy oraz zarzut dziesiąty zasługują w znacznej mierze na uwzględnienie, ponieważ Sąd nie wykonał przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania, dopuszczając się tym samym naruszenia prawa przy badaniu podnoszonego naruszenia zasad proporcjonalności, równego traktowania i indywidualizacji kar oraz obowiązku uzasadnienia.

173. Nie twierdzę, iż doszło do naruszenia tych zasad, ale że Sąd nie skontrolował prawidłowo w ramach przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania, czy decyzja Komisji w sprawie grzywny była zgodna z tymi zasadami czy też nie.

174. Zgodnie z art. 61 akapit pierwszy statutu Trybunału Sprawiedliwości w przypadku uchylenia orzeczenia Sądu Trybunał może wydać orzeczenie ostateczne w sprawie, jeśli stan postępowania na to pozwala, lub skierować sprawę do ponownego rozpoznania przez Sąd. W niniejszej sprawie stan postępowania nie pozwala na wydanie orzeczenia ostatecznego.

## V – Wnioski

175. W świetle powyższych rozważań proponuję Trybunałowi, aby orzekł w następujący sposób:

- 1) Wyrok Sądu Unii Europejskiej z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie T-336/07 Telefónica i Telefónica de España przeciwko Komisji zostaje uchylony, ponieważ Sąd nie wykonał przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania w ramach badania grzywny nałożonej przez Komisję Europejską na Telefónica SA i na Telefónica de España SAU.
- 2) Sprawa zostaje przekazana Sądowi Unii Europejskiej do ponownego rozpoznania.
- 3) Rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.