



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MELCHIORA WATHELETA
przedstawiona w dniu 21 lutego 2018 r.¹

Sprawa C-123/16 P

**Orange Polska S.A.
przeciwko**

Komisji Europejskiej

Odwołanie – Konkurencja – Nadużycie pozycji dominującej – Polski rynek telekomunikacyjny – Uzasadniony interes w stwierdzeniu naruszenia popełnionego w przeszłości w przypadku nałożenia grzywny – Obliczanie kwoty grzywny – Waga naruszenia – Uwzględnienie skutków naruszenia – Okoliczności łagodzące

1. W niniejszym odwołaniu Orange Polska S.A. (zwana dalej „Orange”) wnosi o uchylenie wyroku Sądu Unii Europejskiej z dnia 17 grudnia 2015 r., Orange Polska/Komisja (T-486/11, zwanego dalej „zaskarżonym wyrokiem”, EU:T:2015:1002), w którym Sąd oddalił jej skargę zmierzającą, tytułem żądania głównego, do stwierdzenia nieważności decyzji Komisji² C(2011) 4378 wersja ostateczna oraz, tytułem żądania ewentualnego, do uchylenia lub obniżenia kwoty grzywny nałożonej na nią w tej decyzji.

I. Okoliczności powstania sporu i sporna decyzja

2. Na potrzeby niniejszego odwołania wystarczy przytoczyć, co następuje, zaś bardziej kompleksowy opis znajduje się w pkt 1–34 zaskarżonego wyroku.

3. Telekomunikacja Polska S.A. jest przedsiębiorstwem telekomunikacyjnym utworzonym w Polsce w 1991 r. w wyniku prywatyzacji dawnego monopolisty państwowego. Po nabyciu przez nią w dniu 7 listopada 2013 r. spółek Orange Polska sp. z o.o. i Polska Telefonii Komórkowa – Centertel sp. z o.o. powstał Orange³.

4. Komisja Europejska stwierdziła, że Orange był jedynym dostawcą hurtowym szerokopasmowego dostępu do Internetu i uwolnionego dostępu do pętli lokalnej oraz że w okresie, do którego odnosi się sporna decyzja, posiadał znaczne udziały w rynku detalicznym.

¹ Język oryginału: francuski.

² Decyzja z dnia 22 czerwca 2011 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 102 TFUE (sprawa COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska) (zwana dalej „sporną decyzją”).

³ Mimo że sporna decyzja dotyczy Telekomunikacji Polskiej, a przekształcenie jej w Orange nastąpiło po zamknięciu pisemnego etapu postępowania przed Sądem, wystarczy, żeby na potrzeby odwołania i w celu uproszczenia niniejsza opinia odwoływała się jedynie do Orange.

5. Ponadto wskazała ona, że ramy prawne obowiązujące w Polsce w momencie zaistnienia okoliczności faktycznych zobowiązywały operatora wyznaczonego przez krajowy organ regulacyjny⁴ jako operatora o znaczącej pozycji na rynku stacjonarnych publicznych sieci telefonicznych, w tym przypadku Orange, do udostępniania nowym podmiotom na rynku – tak zwanym „operatorom alternatywnym” (zwanym dalej „OA”) – uwolnionego dostępu do swojej pętli lokalnej i powiązanych zasobów na przejrzystych, uczciwych i niedyskryminacyjnych warunkach i co najmniej równie korzystnych jak warunki określone w ofercie referencyjnej zaproponowanej przez wyznaczonego operatora i przyjętej w wyniku postępowania toczącego się przed UKE. Począwszy od roku 2005 urząd ten wielokrotnie interweniował w celu zaradzenia uchybieniom, jakich dopuszczał się Orange w wypełnianiu swoich obowiązków regulacyjnych.

6. W dniu 22 października 2009 r. Orange podpisał z UKE porozumienie, na podstawie którego dobrowolnie zobowiązał się w szczególności do przestrzegania swoich obowiązków regulacyjnych, do zawierania z OA umów dotyczących dostępu na warunkach zgodnych z ofertami referencyjnymi oraz do inwestowania w modernizację swojej sieci szerokopasmowej (zwane dalej „porozumieniem z UKE”).

7. W art. 1 spornej decyzji Komisja stwierdziła, że Orange, odmawiając przyznania OA szerokopasmowego dostępu do swoich produktów hurtowych, dopuścił się jednolitego i ciągłego naruszenia art. 102 TFUE, które rozpoczęło się w dniu 3 sierpnia 2005 r., kiedy to rozpoczęły się pierwsze negocjacje między Orange i OA w sprawie dostępu do sieci Orange na podstawie oferty referencyjnej dotyczącej dostępu w trybie *local loop unbundling* (LLU), i które trwało co najmniej do dnia 22 października 2009 r., kiedy to zostało podpisane porozumienie z UKE.

8. Komisja ukarała Orange, nakładając na niego – jak zostało to uściślone w art. 2 spornej decyzji – grzywnę w wysokości 127 554 194 EUR, obliczoną na podstawie wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia (WE) nr 1/2003⁵ (Dz.U. 2006, C 210, s. 2, zwanych dalej „wytycznymi”). Dokonując tego obliczenia, Komisja określiła kwotę podstawową grzywny poprzez pomnożenie liczby odpowiadającej 10% średniej wartości sprzedaży zrealizowanej przez Orange na odpowiednich rynkach przez współczynnik 4,2, odpowiadający czasowi trwania naruszenia, i postanowiła nie dostosowywać tej kwoty w zależności od okoliczności obciążających lub łagodzących. Odliczyła ona od niej jednak grzywny nałożone przez UKE na Orange za naruszenie jego obowiązków regulacyjnych.

II. Postępowanie przed Sądem i zaskarżony wyrok

9. Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 2 września 2011 r. Orange wniósł skargę zmierzającą, tytułem żądania głównego, do stwierdzenia nieważności spornej decyzji oraz, tytułem żądania ewentualnego, do uchylenia lub obniżenia kwoty grzywny nałożonej na niego w tej decyzji.

10. Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (PIIT), która podaje, że jest związkiem przedsiębiorstw działających w sektorze telekomunikacyjnym w Polsce, przystąpiła do postępowania przed Sądem w charakterze interwenienta popierającego żądania Orange. European Competitive Telecommunications Association (ECTA), która przedstawia się jako organ reprezentujący konkurencyjny przemysł europejskiego sektora łączności, przystąpiła do postępowania przed Sądem w charakterze interwenienta popierającego żądania Komisji.

11. Na poparcie swojej skargi Orange podniósł pięć zarzutów. Oddaliwszy wszystkie te zarzuty jako bezzasadne i uznawszy, że nie ma podstaw do zmiany kwoty grzywny, Sąd oddalił tę skargę w całości.

⁴ Początkowo powołany organ został zastąpiony ze skutkiem od dnia 16 stycznia 2006 r. przez Urząd Komunikacji Elektronicznej (Polska) (zwany dalej „UKE”).

⁵ Rozporządzenie Rady z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [101 i 102 TFUE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1).

III. W przedmiocie odwołania

12. W swoim odwołaniu Orange podnosi trzy zarzuty.

A. W przedmiocie zarzutu pierwszego, dotyczącego naruszenia prawa w odniesieniu do ciężącego na Komisji obowiązku wykazania istnienia uzasadnionego interesu w wydaniu decyzji stwierdzającej naruszenie popełnione w przeszłości

1. Streszczenie argumentów stron

13. Orange zauważa, po pierwsze, że bezsporne jest, iż w spornej decyzji Komisja nie wykazała uzasadnionego interesu w stwierdzeniu omawianego naruszenia, a po drugie, że naruszenie to ustało około 18 miesięcy przed wydaniem spornej decyzji. W związku z tym zostało ono popełnione w przeszłości. Tymczasem w pkt 76 zaskarżonego wyroku, twierdząc, że to do Komisji należy, zgodnie z art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, wykazanie istnienia uzasadnionego interesu w stwierdzeniu naruszenia, jeżeli naruszenie to ustało i jednocześnie Komisja nie nakłada grzywny, Sąd dał do zrozumienia, że jest to jedyna okoliczność, w której Komisja powinna wykazać istnienie takiego interesu. W tym znaczeniu zdaniem Orange twierdzenie to stanowi naruszenie prawa przy wykładni tego przepisu. Błędny jest także pkt 77 owego wyroku, w którym Sąd ograniczył ponadto ciężący na Komisji obowiązek wykazania istnienia takiego interesu jedynie do sytuacji, w których uprawnienie do nakładania grzywien uległo przedawnieniu.

14. W powyższym względzie Orange podnosi przede wszystkim, że brzmienie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 jest jednoznaczne. Nie można na jego podstawie wnioskować, że w sytuacji gdy grzywna może zostać nałożona, nie jest konieczne ustalenie istnienia uzasadnionego interesu w stwierdzeniu naruszenia w odniesieniu do zachowania, które ustało. Ponadto wyłącznie ten przepis przyznaje Komisji uprawnienie do stwierdzenia naruszenia art. 101 lub 102 TFUE. Zarówno motyw 11 rozporządzenia nr 1/2003, jak i prace przygotowawcze do tego rozporządzenia oraz praktyka administracyjna Komisji potwierdzają, że Komisja ma obowiązek wykazania istnienia uzasadnionego interesu w stwierdzeniu naruszenia popełnionego w przeszłości niezależnie od nałożenia grzywny.

15. Ponadto nic nie uzasadnia uzależnienia przepisów art. 7 rozporządzenia nr 1/2003 od uprawnienia Komisji do nakładania grzywien. Uprawnienie Komisji do stwierdzenia naruszenia nie jest bowiem ograniczone terminem przedawnienia i zostało jej przyznane w innej części rozporządzenia nr 1/2003 niż uprawnienie do nakładania grzywien.

16. Wreszcie, zdaniem Orange okoliczność, zgodnie z którą na podstawie art. 16 rozporządzenia nr 1/2003 stwierdzenie przez Komisję naruszenia popełnionego w przeszłości stanowi – w ramach powództw odszkodowawczych – dowód odpowiedzialności danego przedsiębiorstwa, oraz okoliczność, zgodnie z którą takie stwierdzenie może wyrządzić temu przedsiębiorstwu szkodę, nawet jeśli grzywna nie została nałożona, z powodu zawieszenia terminu przedawnienia przewidzianego w art. 10 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE⁶, mogą uzasadniać obowiązek podania przez Komisję w jej decyzji podstaw uzasadnionego interesu w prowadzeniu postępowania w sprawie naruszenia popełnionego w przeszłości, które to naruszenie przedsiębiorstwo dobrowolnie zakończyło.

17. W opinii Orange w niniejszej sprawie należy zatem uchylić zaskarżony wyrok oraz stwierdzić nieważność spornej decyzji, ponieważ Komisja nie wykazała w niej uzasadnionego interesu w stwierdzeniu naruszenia popełnionego przez Orange w przeszłości.

⁶ Dyrektywa z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (Dz.U. 2014, L 349, s. 1).

18. Komisja twierdzi zasadniczo, że argumentacja Orange jest absurdalna, ponieważ prowadziłaby do tego, iż uprawnienie Komisji do nakładania grzywien obejmowałoby tylko trwające naruszenia, a we wszystkich pozostałych przypadkach, w szczególności gdy grzywna zostaje nałożona za naruszenie, które już ustało, co stanowi istotną część decyzji Komisji, instytucja ta nie mogłaby wydać decyzji bez wykazania w tym celu istnienia uzasadnionego interesu.

19. W niniejszej sprawie Komisja nałożyła na Orange grzywnę za popełnienie jednolitego i ciągłego naruszenia art. 102 TFUE, trwającego w okresie od 3 sierpnia 2005 r. do co najmniej 22 października 2009 r. Ponieważ nałożenie grzywny wystarcza do uzasadnienia stwierdzenia naruszenia, Komisja nie była zobowiązana dodatkowo do wykazania uzasadnionego interesu w dokonaniu tego stwierdzenia. W konsekwencji pierwszy zarzut odwołania jest bezzasadny.

20. Ponadto Komisja utrzymuje, że zarzut pierwszy odnosi się wyłącznie do pkt 77 zaskarżonego wyroku, jako że Orange akceptuje pkt 76. Jednakże ten ostatni punkt, a także uzasadnienie przedstawione przez Sąd w pkt 74 i 75 zaskarżonego wyroku są wystarczające do poparcia wniosków przedstawionych w pkt 78 i 79 owego wyroku, w których Sąd oddalił zarzut pierwszy podniesiony w toczącym się przed nim postępowaniu. Pierwszy zarzut odwołania, skierowany wyłącznie przeciwko pkt 77, jest zatem chybiony. Argument podniesiony w replice, że ten pierwszy zarzut dotyczy w rzeczywistości pkt 74–80 zaskarżonego wyroku, jest niedopuszczalny, ponieważ został wysunięty po terminie.

21. PIIT nie przedstawia uwag w przedmiocie zarzutu pierwszego.

22. ECTA podnosi zasadniczo, że uprawnienie Komisji do nakładania grzywien, niezależnie od tego, czy naruszenie ustało czy nie, opiera się na art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003, a poza obowiązkiem udowodnienia zamiaru lub niedbalstwa przepis ten nie uzależnia tego uprawnienia od żadnego innego warunku. Orange błędnie powołuje się na art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia.

2. Ocena

a) Uwagi wstępne

23. W pierwszym zarzucie odwołania Orange zarzuca Sądowi, że ten dopuścił się naruszenia prawa przy wykładni art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, nie wymagając od Komisji wykazania istnienia uzasadnionego interesu w wydaniu decyzji stwierdzającej naruszenie niezależnie od tego, czy grzywna została nałożona czy też nie.

24. Artykuł 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 stanowi, że „[j]eżeli Komisja [...] stwierdzi naruszenie art. [101 lub 102 TFUE], może w drodze decyzji nakazać przedsiębiorstwom [...], których sprawa dotyczy, by zaprzestały takiego naruszenia [...]”. Jeżeli Komisja posiada [ma w tym] uzasadniony interes, może [również] stwierdzić, że naruszenie zostało popełnione w przeszłości”.

25. W pkt 76 zaskarżonego wyroku Sąd wywiódł z brzmienia rzeczzonego przepisu, a także z fragmentu uzasadnienia dołączonego do wniosku, który doprowadził do przyjęcia tego rozporządzenia, że „Komisja powinna wykazać istnienie uzasadnionego interesu w stwierdzeniu naruszenia, jeżeli naruszenie to ustało i jednocześnie Komisja nie nakłada grzywny”.

26. Ponadto w pkt 77 owego wyroku Sąd stwierdził, że powyższy wniosek jest zgodny z jego orzecnictwem dotyczącym istnienia związku między nałożonym na Komisję obowiązkiem wykazania uzasadnionego interesu w stwierdzeniu naruszenia i przedawnieniem jej uprawnienia do nakładania grzywien. W związku z tym w pkt 78–80 zaskarżonego wyroku Sąd oddalił żądanie stwierdzenia nieważności spornej decyzji, z którym wystąpił Orange.

b) Argumenty Komisji dotyczące chybionego charakteru zarzutu

27. Nie można zgodzić się z argumentacją Komisji w tym zakresie (przedstawioną w pkt 20 niniejszej opinii).

28. Choć Orange wyraźnie wymienia tylko pkt 76 i 77 zaskarżonego wyroku i nie kwestionuje jako takiej treści tego pkt 76, nie zmienia to jednak faktu, że argumentacja Orange polega w istocie na twierdzeniu, że z łącznej lektury tych dwóch punktów wynika, iż Sąd uznał, że jedynymi przypadkami, w których Komisja jest zobowiązana wykazać istnienie uzasadnionego interesu w stwierdzeniu naruszenia prawa konkurencji Unii, są przypadki, w których naruszenie to ustało i jednocześnie Komisja nie nakłada grzywny, w szczególności z tego względu, że jej uprawnienie do nałożenia grzywny uległo przedawnieniu; błąd Sądu w interpretacji art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 polega właśnie na stwierdzeniu, że takie ograniczenie istnieje.

29. W każdym razie pkt 76 i 77 stanowią trzon rozumowania Sądu, w związku z czym, gdyby okazało się, że są one obciążone podnoszonym błędem, wnioski, które Sąd z nich wyciągnął, należałoby automatycznie unieważnić.

30. Wobec powyższego zarzut pierwszy nie jest chybiony.

c) W przedmiocie zasadności zarzutu pierwszego

31. Wykładnia oparta na brzmieniu, systematyce i celu właściwych przepisów rozporządzenia nr 1/2003 pozwala jednak stwierdzić, że zarzut ten jest bezzasadny.

32. Na podstawie rozporządzenia nr 1/2003 – a w szczególności jego art. 7 ust. 1 i art. 23 – w przypadku istotnych naruszeń przepisów Unii w dziedzinie konkurencji Komisja jest uprawniona zarówno do nakładania grzywien, jak i do nakazania zaprzestania naruszenia. Uprawnienia te są przejawem zadań Komisji polegających na egzekwowaniu przestrzegania reguł konkurencji. Wykonując te zadania, Komisja nie ma obowiązku wykazania istnienia „uzasadnionego interesu” w tym względzie.

33. Oczywiście jest, że warunkiem wymierzenia grzywny oraz nakazania zaprzestania naruszenia jest uprzednie stwierdzenie naruszenia, czego Orange zdaje się nie kwestionować. Jak podnosi Komisja, jest ona nie tylko uprawniona, lecz wręcz zobowiązana do stwierdzenia naruszenia, aby móc nakazać jego zaprzestanie lub nałożyć grzywnę.

34. Po pierwsze, art. 7 rozporządzenia nr 1/2003 wyraźnie stanowi, że „[j]eżeli Komisja [...] stwierdzi naruszenie”, może ona przyjąć decyzję nakazującą zaprzestanie stwierdzonego naruszenia.

35. Po drugie, zgodnie z art. 23 ust. 2 tego samego rozporządzenia Komisja jest uprawniona do nakładania grzywien, w sytuacji gdy przedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw dopuszczają się naruszenia art. 101 ust. 1 lub art. 102 TFUE umyślnie lub w wyniku niedbalstwa.

36. Prawdą jest, że brzmienie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 może wydawać się niejednoznaczne, ponieważ nie wynika z niego wyraźnie, że Komisja może, w przypadku gdy nakłada ona grzywnę, przyjąć decyzję stwierdzającą, że naruszenie zostało popełnione w przeszłości, nie będąc przy tym zobowiązana do ustalenia w konkretny sposób, że istnieje uzasadniony interes w tym zakresie.

37. Jednakże moim zdaniem sformułowanie zawarte w motywie 11 tego rozporządzenia potwierdza stanowisko Sądu i Komisji. Motyw ten stanowi, że „[j]eżeli istnieje uzasadniony interes, Komisja powinna mieć możliwość wydania decyzji stwierdzającej naruszenie przepisów w przeszłości, *nawet bez nakładania grzywny*” (wyróżnienie moje).

38. Jak podnosi Komisja, motyw 11 jest zgodny ze strukturą art. 7 ust. 1 wspomnianego rozporządzenia i potwierdza, że ostatnie zdanie tego przepisu przewiduje szczególne uprawnienie, które jest obwarowane szczególnym warunkiem. Jest w nim najpierw mowa o decyzjach wymagających zaprzestania naruszenia, które jeszcze ciągle trwa. W motywie 11 wyjaśniono następnie, że oprócz tego uprawnienia („również”) [przypis tłumacza: w polskiej wersji językowej rozporządzenia nr 1/2003 w motywie 11 tego rozporządzenia brakuje słowa „również”] Komisja może wydać decyzję o deklaratorywnym charakterze (tj. bez wymierzania grzywny) stwierdzającą naruszenie popełnione w przeszłości, pod warunkiem że istnieje uzasadniony interes do działania w ten sposób. Słowa „nawet bez nakładania grzywny” i „również” oznaczają, że uprawnienie Komisji do stwierdzenia zaprzestanego już naruszenia oraz do opatrzenia tego stwierdzenia grzywną już istnieje i nie jest obwarowane żadnym szczególnym warunkiem.

39. Uzasadnienie wniosku, który doprowadził do przyjęcia rozporządzenia nr 1/2003 (przywołanego już w pkt 75 zaskarżonego wyroku), jeszcze wyraźniej potwierdza stanowisko Sądu.

40. W odniesieniu do zaproponowanego art. 7 we wspomnianym uzasadnieniu wskazano, że jedna z różnic w porównaniu z art. 3 rozporządzenia nr 17⁷ polega na tym, iż „uściśla się, że Komisja jest właściwa do wydania decyzji stwierdzającej naruszenie nie tylko wtedy, gdy nakazuje zaprzestać naruszenia lub gdy nakłada grzywnę, ale także wtedy, gdy naruszenie zostało zakończone i nie nakłada ona grzywny”, przy czym należy w tym względzie wyjaśnić, że „zgodnie z orzecznictwem Trybunału^[8] powierzone Komisji uprawnienie do wydania decyzji stwierdzającej naruszenie w takich okolicznościach jest jednak ograniczone do przypadków, w których Komisja ma w tym uzasadniony interes”.

41. Z orzecznictwa (opartego na rozporządzeniu nr 17) wynika, że okoliczność, iż zachowanie stanowiące naruszenie i ryzyko jego szkodliwych skutków ustały, w żaden sposób nie narusza uprawnienia Komisji do nakładania sankcji⁹.

42. Z utrwalonego orzecznictwa wynika również, że „[z] uprawnienia [Komisji] do wydawania decyzji [zobowiązujących przedsiębiorstwa do zaprzestania stwierdzonego naruszenia i nakładających na nie grzywny w przypadku naruszenia] wynika wprost uprawnienie do stwierdzenia istnienia danego naruszenia”¹⁰.

43. System prawny różni się częściowo, gdy grzywna nie zostaje nałożona i naruszenie już ustało (w tym przypadku nie ma żadnych podstaw do nakazania zaprzestania naruszenia). Uważam, że w sytuacji gdy nie doszło do nałożenia grzywny lub nie nakazano zaprzestania naruszenia, stwierdzenie naruszenia ma charakter deklaratoryjny i nie może zatem stanowić koniecznej przesłanki do wykonywania przez Komisję uprawnień egzekucyjnych.

44. Tylko w takich okolicznościach (tj. gdy grzywna nie zostaje wymierzona i gdy naruszenie ustało) Komisja ma obowiązek wykazać uzasadniony interes leżący mimo to u podstaw jej decyzji stwierdzającej, że naruszenie zostało popełnione.

7 Rozporządzenie Rady z dnia 21 lutego 1962 r., pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. [101 i 102 TFUE] (Dz.U. 1962, 13, s. 204).

8 Wyrok z dnia 2 marca 1983 r., GVL/Komisja (7/82, EU:C:1983:52).

9 Zobacz podobnie wyrok z dnia 15 lipca 1970 r., ACF Chemiefarma/Komisja (41/69, EU:C:1970:71, pkt 171–175).

10 Zobacz wyrok z dnia 2 marca 1983 r., GVL/Komisja (7/82, EU:C:1983:52, pkt 22, 23). Zobacz także wyrok z dnia 6 października 2005 r., Sumitomo Chemical i Sumika Fine Chemicals/Komisja (T-22/02 i T-23/02, EU:T:2005:349, pkt 61, 131).

45. Sąd słusznie już bowiem orzekł, że wyłącznie w przypadku, gdy Komisja nie nakłada grzywny¹¹, jej uprawnienie do wydania decyzji stwierdzającej naruszenie popełnione w przeszłości jest uzależnione od wykazania uzasadnionego interesu w dokonaniu takiego stwierdzenia¹². A contrario, jeżeli tak jak w niniejszym przypadku Komisja ma uprawnienie do nałożenia grzywny i ją nakłada, nie jest ona zobowiązana do wykazania konkretnego uzasadnionego interesu w stwierdzeniu naruszenia. Nałożenie grzywny wystarcza do uzasadnienia konieczności stwierdzenia naruszenia.

46. Z powyższego wynika, że w przypadku gdy Komisja nakłada grzywnę, ma ona *nieodzwrotnie* uprawnienie do stwierdzenia naruszenia, nawet jeżeli już ono ustało. Ponadto przedsiębiorstwo często zaprzestanie zarzucanej praktyki w następstwie interwencji Komisji, zanim jeszcze ta podejmie decyzję.

47. W związku z powyższym Sąd powinien był orzec, że zastosowanie art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 1/2003 było wystarczające, aby uzasadnić stwierdzenie przez Komisję omawianego naruszenia, nawet popełnionego w przeszłości, i tym samym powinien był oddalić zarzut Orange na innej podstawie niż to uczynił. Jeżeli bowiem nie nakazuje się jego zaprzestania, powoływanie art. 7 jako podstawy prawnej staje się zbędne.

48. Jak wskazuje ECTA, przysługujące Komisji uprawnienie do nakładania grzywien – niezależnie od tego, czy naruszenie ustało – ma jednoznacznie podstawę prawną w art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003. Poza obowiązkiem udowodnienia zamiaru lub niedbalstwa Orange przepis ten jest bowiem sformułowany szeroko i nie uzależnia uprawnienia Komisji do nakładania grzywien od żadnego innego warunku.

49. Z powyższego wynika, że pomimo stwierdzonego powyżej błędu Sądu zarzut pierwszy należy oddalić jako bezzasadny.

B. W przedmiocie zarzutu drugiego, dotyczącego naruszenia prawa i przeinaczenia dowodów zawartych w aktach sprawy w odniesieniu do oceny przez Komisję wpływu naruszenia do celów obliczenia kwoty grzywny

1. Streszczenie argumentów stron

50. Orange utrzymuje, że Sąd przeinaczył sporną decyzję. Przeinaczenie dotyczy przede wszystkim rzeczywistych skutków naruszenia. Jak wynika bowiem z motywu 902 spornej decyzji, Komisja oparła się na tych rzeczywistych skutkach w celu obliczenia kwoty grzywny, co nawet sama potwierdziła przed Sądem, przyznając, że brzmienie tego motywu, w zakresie, w jakim dotyczy on rzeczywistych skutków naruszenia, stanowi „błąd pisarski”. Niemniej jednak w pkt 169 zaskarżonego wyroku Sąd uznał, że wspomnianego motywu nie można interpretować jako odnoszącego się „w sposób ogólny i abstrakcyjny do charakteru naruszenia”.

51. Interpretacja Sądu nie uwzględnia jasnego znaczenia słów użytych w tym motywie, odnoszącym się wprost do skutków dla konkurencji, które wystąpiły w związku z konkretnym zachowaniem Orange na rynku. Ponadto w pkt 182 zaskarżonego wyroku Sąd odwołał się do zdarzeń, które faktycznie miały miejsce, odsyłając w szczególności do motywu 902 spornej decyzji, podczas gdy jednocześnie odmówił w pkt 169 uznania, że rzeczywiste skutki zostały w spornej decyzji stwierdzone.

¹¹ Niezależnie od przyczyny, między innymi dlatego, że pięcioletni termin przedawnienia upłynął lub ponieważ Komisja uważa, iż dane zachowanie nie uzasadnia nałożenia grzywny.

¹² Wyroki: z dnia 6 października 2005 r., Sumitomo Chemical i Sumika Fine Chemicals/Komisja (T-22/02 i T-23/02, EU:T:2005:349, pkt 131, 132); z dnia 16 listopada 2006 r., Peróxidos Orgánicos/Komisja (T-120/04, EU:T:2006:350, pkt 18).

52. W każdym razie, uznając, że Komisja rozpatrzyła sprawę jedynie „w sposób ogólny i abstrakcyjny”, Sąd przeinaczył sporną decyzję w odniesieniu do prawdopodobnych skutków naruszenia. Należy bowiem stwierdzić, że w motywie 902 spornej decyzji Komisja co najmniej uwzględniła jego prawdopodobne skutki w celu obliczenia kwoty grzywny, co przyznała zresztą w swoich pismach procesowych przed Sądem. Sąd błędnie jednak uznał, że okoliczność uwzględnienia charakteru naruszenia nie oznacza wzięcia pod uwagę jego prawdopodobnych skutków. Prawdopodobne skutki, podobnie jak rzeczywiste skutki zachowania, stanowią kluczowe wskazówki co do charakteru naruszenia, a zatem jego wagi, której nie można oceniać w sposób abstrakcyjny. W konsekwencji Sąd powinien był zbadać, czy stwierdzenie prawdopodobnych skutków było uzasadnione czy też nie. Orange dodaje, że ponieważ Sąd nie zbadał prawidłowo spornej decyzji, odbiło się to negatywnie na dokonanej przezeń analizie proporcjonalności grzywny.

53. Zdaniem Orange inny błąd Sądu polega na naruszeniu zasady skutecznej ochrony sądowej z uwagi na niedokonanie oceny, czy skutki naruszenia zostały prawidłowo ustalone przez Komisję. W związku z powyższym Orange wnosi do Trybunału, aby skorzystał on z przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania w celu obniżenia kwoty grzywny ze względu na brak konkretnych dowodów, na których można by oprzeć stwierdzenie rzeczywistych skutków.

54. W każdym razie w opinii Orange Sąd niesłusznie zaniechał przeprowadzenia spoczywającej na nim kontroli sądowej w zakresie dowodu prawdopodobnych skutków naruszenia.

55. Komisja twierdzi, że zarzut drugi jest niedopuszczalny w zakresie, w jakim Orange dąży do tego, aby Trybunał dokonał nowej oceny okoliczności faktycznych. Ponadto ten zarzut drugi nie spełnia kryteriów orzecznictwa dotyczącego przeinaczenia, a w każdym razie jest on zarówno bezzasadny, jak i chybiony.

56. Tytułem wstępu Komisja zauważa, że Orange kwestionuje jedynie pkt 169–173 zaskarżonego wyroku, ale że nie podważa pkt 162, 163, 166 i 167, zgodnie z którymi wytyczne (z 2006 r.) nie wymagają, by Komisja przy ustalaniu kwoty grzywny brała pod uwagę rzeczywisty wpływ naruszenia na rynek, ani też pkt 176–187, w których Sąd zbadał proporcjonalność grzywny. Jako że punkty te są wystarczające do poparcia wniosku Sądu, argumenty Orange są chybione.

57. W odniesieniu do domniemanego przeinaczenia spornej decyzji Komisja podnosi, że ostatnie zdanie pkt 169 zaskarżonego wyroku powinno być rozpatrywane łącznie z poprzedzającymi ów punkt i następującymi po nim punktami, które dotyczą charakteru naruszenia, jego zakresu geograficznego, udziałów w rynku posiadanych przez Orange, wprowadzania w życie naruszenia, celu Orange polegającego na wyeliminowaniu konkurencji oraz faktu, iż Orange miał świadomość bezprawności swojego zachowania, a także łącznie z rozważaniami przedstawionymi w części spornej decyzji poświęconej obliczeniu kwoty grzywny. Zgodnie z orzecznictwem uzasadnione było, żeby tylko na podstawie tych elementów Komisja stwierdziła, iż współczynnik wagi naruszenia w wysokości 10% wartości wchodzącej w grę sprzedaży był odpowiedni. Ponadto ostatnie zdanie motywu 902 zostało sformułowane w sposób ogólny i abstrakcyjny, ponieważ dotyczy nierozzerwalnie związanej ze stanowiącym nadużycie zachowaniem Orange zdolności do szkodenia konkurencji i tym samym konsumentom. W świetle powyższego znika zarzucana sprzeczność pomiędzy pkt 169–171 zaskarżonego wyroku z jednej strony a pkt 182 tego wyroku z drugiej strony.

58. Ponadto argumentacja Orange nie rozróżnia prawdopodobnych skutków zachowania o znamionach nadużycia i jego rzeczywistego wpływu na rynek. Zachowanie przyjęte przez Orange było rzeczywiste, a jego natężenie z punktu widzenia konkurencji zostało ustalone w pkt 124 i nast. zaskarżonego wyroku, których Orange nie podważa.

59. Wzrost cen, jak również ograniczenie wyboru i liczby produktów innowacyjnych stanowią opis rodzaju negatywnych skutków właściwych praktykom wykluczającym o znamionach nadużycia, takim jak praktyki zarzucane Orange, zaś podmiot ten nie zaprzecza, że jego zachowanie mogło wywołać skutek w postaci wykluczenia jego konkurentów.

60. Ponadto z logicznego punktu widzenia zachowanie noszące znamiona nadużycia, które może prowadzić do wykluczenia konkurentów i które jest stosowane, może wyłącznie zakłócać konkurencję i tym samym szkodzić konsumentom. Wobec tego stwierdzenie Sądu dokonane w pkt 169 zaskarżonego wyroku, dotyczące jedyne go kwestionowanego zdania motywu 902 spornej decyzji, nie zawiera żadnego przeinaczenia. Kwestia, czy to ostatnie zdanie zawiera omyłkę pisarską, nie ma znaczenia, ponieważ Sąd słusznie stwierdził, że w spornej decyzji Komisja nie obliczyła kwoty grzywny na podstawie rzeczywistych skutków naruszenia.

61. Jeśli chodzi o domniemane uwzględnienie w spornej decyzji prawdopodobnych skutków naruszenia przy badaniu charakteru naruszenia, także ta część argumentacji Orange jest bezzasadna. Jedynie posiłkowo, na wypadek gdyby Sąd uznał, że skutki zostały uwzględnione – *quod non* – Komisja wskazała, że w grę wchodziłyby wówczas skutki prawdopodobne, a nie rzeczywiste. Odsyłając do pkt 11, 112 i 166–170 zaskarżonego wyroku, Komisja uważa, że Sąd nie przeinaczył spornej decyzji, gdy uznał w pkt 171 tego wyroku, iż Komisja nie uwzględniła prawdopodobnych skutków przy dokonywaniu oceny wagi noszącego znamiona nadużycia zachowania Orange do celów ustalenia kwoty grzywny. Wniosek zawarty w pkt 169 zaskarżonego wyroku jest natomiast sam w sobie prawidłowy w świetle rozważań przedstawionych w spornej decyzji.

62. Jeżeli chodzi o zarzucane naruszenie prawa i naruszenie zasady skutecznej ochrony sądowej w odniesieniu do oceny dowodów przedstawionych przez Orange, zdaniem Komisji także tę argumentację w zakresie rzeczywistych skutków należy oddalić, ponieważ Sąd w zaskarżonym wyroku słusznie uznał, że nie zostały one wzięte pod uwagę przy ustalaniu kwoty grzywny. W odniesieniu do prawdopodobnych skutków Orange zakwestionował przed Sądem wyłącznie ich zakres. Argumenty podniesione w tym względzie w odwołaniu są niedopuszczalne, ponieważ dotyczą okoliczności faktycznych, zaś przeinaczenie nie jest zarzucane. Argumenty te są także bezzasadne: skoro Sąd słusznie stwierdził, że Komisja w celu określenia wagi naruszenia nie oparła się konkretnie na prawdopodobnych skutkach, nie miał on obowiązku orzekania w przedmiocie dowodów przedstawionych przez Orange.

63. Na wypadek gdyby Trybunał uznał, w przeciwieństwie do Sądu, że skutki naruszenia zostały uwzględnione przy ustalaniu kwoty grzywny, Komisja twierdzi, że sporna decyzja musi zostać w pełni utrzymana w mocy. Rzeczywisty wpływ naruszenia na rynek należy uznać za dostatecznie wykazany, jeżeli Komisja jest w stanie przedstawić konkretne i wiarygodne dowody, które w rozsądny sposób uprawdopodobniają, że naruszenie miało wpływ na rynek. W niniejszym przypadku Komisja przeprowadziła taki dowód w części 4.4 tytułu 10 spornej decyzji. Ponadto argumenty podniesione w odwołaniu w celu wykazania błędów, jakich miała dopuścić się Komisja przy ustalaniu prawdopodobnych skutków naruszenia, nie mają znaczenia dla sprawy, ponieważ dotyczą one istnienia rzeczywistych skutków.

64. PIIT popiera argumentację przedstawioną przez Orange. Ponadto twierdzi, że Komisja, nie uwzględniając należycie kontekstu regulacyjnego i historycznego rozwoju sieci szerokopasmowych w Polsce, dopuściła się poważnych błędów w ocenie skutków naruszenia, co zafałszowało jej analizę wagi naruszenia. Sąd nie ukarał tych błędów.

65. ECTA jest zdania, że Sąd nie przeinaczył spornej decyzji, i przedstawia argumentację analogiczną do argumentacji przedstawionej przez Komisję.

2. Ocena

66. Część spornej decyzji, której przeinaczenie zarzuca Orange, to ostatnie zdanie jej motywu 902, który znajduje się w części decyzji poświęconej ustaleniu kwoty podstawowej grzywny, a mówiąc dokładniej, w podczęści, w której Komisja ocenia charakter naruszenia w celu ustalenia wagi naruszenia.

67. Ów motyw jest sformułowany w następujący sposób: „W części VIII.1 zostało także opisane, że zachowanie [Orange] jest częścią noszącego znamiona nadużycia zachowania mającego na celu wykluczenie konkurentów z rynku detalicznego lub przynajmniej opóźnienie ich wejścia na ten rynek lub ich rozwoju na tym rynku. Jak wspomniano w motywie 892, [Orange] miał świadomość bezprawności swojego zachowania. Ma to negatywny wpływ na konkurencję i konsumentów, którzy ucierpieli z powodu wyższych cen, mniejszego wyboru i ograniczonej dostępności innowacyjnych produktów szerokopasmowych”.

68. Nie rozumiem, dlaczego Sąd nie zaakceptował faktu, że w tym ostatnim zdaniu Komisja odnosi się do skutków naruszenia na rynku, uznając w szczególności, iż instytucja ta oparła swoje stwierdzenie istnienia nadużycia na istnieniu prawdopodobnych skutków dla konkurencji i konsumentów, którym poświęciła nie mniej niż 60 motywów spornej decyzji.

69. Ponadto powód podany przez Sąd w pkt 170 zaskarżonego wyroku w celu wykluczenia takiej wykładni, a mianowicie okoliczność, że to ostatnie zdanie nie zawiera odniesień do tej części spornej decyzji¹³, wydaje mi się szczególnie słaby i nieprzekonujący.

70. W związku z powyższym uważam, że podstawowe naruszenie prawa popełnione przez Sąd w zaskarżonym wyroku związane z naruszeniem zasady skutecznej ochrony sądowej polega na odmowie dokonania oceny, czy Komisja prawidłowo ustaliła skutki naruszenia, a wręcz na odmowie rozważenia argumentów Orange w tym względzie. Jako że Orange twierdził, iż Komisja oparła się na rzeczywistych bądź nawet prawdopodobnych skutkach naruszenia przy obliczaniu kwoty grzywny, Sąd powinien był zbadać te argumenty (a nie tylko uznać, że są „chybione”) i sprawdzić, czy sporna decyzja zawierała konkretne, wiarygodne i wystarczające wskazówki co do tych skutków, czego ewidentnie nie uczynił.

71. Jest to tym bardziej prawdziwe, że Orange przedstawił przed Sądem dowody mające na celu wykazanie, że podejście Komisji było błędne. Dowody te, które Orange ponownie wyszczególnia w odwołaniu, nie zostały uwzględnione przez Sąd.

72. Mając na uwadze, że od tego czasu, w dniu 6 września 2017 r., Wielka Izba Trybunału wydała wyrok Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632), jestem zdania, że należy dokonać wykładni tego wyroku w zakresie, w jakim ma on znaczenie dla niniejszej sprawy.

73. Podsumowując, wyrok Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632) został wydany w wyniku odwołania wniesionego od wyroku, w którym Sąd orzekł, że warunkowe rabaty i inne ograniczenia skutkujące wykluczeniem stanowią nadużycie pozycji dominującej i są sprzeczne z art. 102 TFUE. Trybunał uchylił wyrok Sądu, uznając, że Sąd nie zbadał prawidłowo zdolności omawianych rabatów lojalnościowych do ograniczenia konkurencji (zwanej dalej „zdolnością do ograniczenia”). Trybunał uznał, że analiza zdolności do ograniczenia powinna była zostać przeprowadzona w świetle wszystkich okoliczności, łącznie ze zbadaniem wszystkich argumentów i dowodów przeciwnych przedstawionych w celu podważenia wniosków Komisji przez przedsiębiorstwo, przeciwko któremu toczyło się postępowanie.

¹³ Mianowicie ta, w której Komisja przedstawiła swoje uwagi na temat prawdopodobnych skutków naruszenia.

74. Przytoczywszy w pkt 137 rzeczonego wyroku swoje orzecznictwo (wyrok z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja, 85/76, EU:C:1979:36, pkt 89), Trybunał stwierdza w pkt 138, że jednak „*to orzecznictwo należy uściślić*, w wypadku gdy dane przedsiębiorstwo w toku postępowania administracyjnego podnosi dowody na poparcie tego, że jego zachowanie nie miało zdolności do ograniczenia konkurencji, w szczególności – wywołania skutków zarzucanego wykluczenia” (wyróżnienie moje).

75. Jeśli taka sytuacja ma miejsce, zgodnie z następnym punktem (139) „Komisja jest nie tylko zobowiązana do zbadania z jednej strony wagi pozycji dominującej przedsiębiorstwa na rynku właściwym i z drugiej strony stopnia objęcia rynku zarzucaną praktyką, jak również warunków i sposobów przyznawania analizowanych rabatów, okresu ich ważności i ich wysokości, lecz także ma ona obowiązek przeprowadzenia oceny istnienia strategii mającej na celu wykluczenie z rynku konkurentów przynajmniej o takiej samej skuteczności (zob. analogicznie wyrok z dnia 27 marca 2012 r., Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 29)”.

76. W mojej ocenie nie jest to bynajmniej wymóg wyłącznie proceduralny.

77. Warto również przypomnieć, że zgodnie z pkt 133 owego wyroku „należy przypomnieć, że art. 102 TFUE nie ma na celu uniemożliwienia przedsiębiorstwu zdobycia, dzięki jego własnym staraniom, dominującej pozycji na rynku. Przepis ten nie zmierza także do zapewnienia, aby konkurenci mniej skuteczni niż przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą pozostali na rynku (zob. w szczególności wyrok z dnia 27 marca 2012 r., Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 21 i przytoczone tam orzecznictwo)”¹⁴.

78. W każdym razie oraz w zakresie, w jakim dotyczy to niniejszego odwołania, uważam, że z powyższych rozważań wynika, iż w przypadku decyzji, w której Komisja stwierdza istnienie nadużycia oraz bada zdolność danego zachowania do wykluczenia konkurenta bądź do utrudniania konkurencji lub do wpływania w inny sposób na konkurencję i konsumentów, Sąd musi bezwzględnie zbadać wszystkie argumenty skarżącej zmierzające do podważenia zasadności ustaleń Komisji dotyczących zdolności spornej praktyki do utrudniania konkurencji.

79. Innymi słowy, zasady przyjęte przez Trybunał w wyroku Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632) w celu dokonania oceny zdolności do ograniczania praktyki noszącej znamiona nadużycia są istotne nie tylko wówczas, gdy chodzi o zakwestionowanie merytorycznego stwierdzenia naruszenia (sprawa, w której zapadł rzeczony wyrok), ale również wtedy, gdy chodzi o dokonanie oceny charakteru i wagi naruszenia w celu ustalenia kwoty grzywny (jak w przypadku omawianego tu odwołania).

80. W przeciwieństwie do tego, co utrzymuje Komisja, wyrok Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632) stosuje się zatem w drodze analogii do obliczenia podstawowej kwoty kary przewidzianej w art. 23 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2003.

81. Jak bowiem podkreśla się w doktrynie, o ile w sprawach dotyczących porozumień, decyzji i uzgodnionych praktyk („karteli”) przy obliczaniu kwoty grzywny Komisja nie jest zobowiązana do uwzględnienia wpływu lub skutków naruszenia, o tyle w przypadku nadużycia pozycji dominującej podejście musi być inne; nie może ono zatem opierać się na zwykłych *rules of thumb*¹⁵ lub być „ogóln[e] i abstrakcyjn[e]” (pkt 169 zaskarżonego wyroku).

¹⁴ Zobacz także K. Coates, *The Intel CJ Ruling: More Than A Nudge Towards Economic Analysis*, Competition Policy International, październik 2017 r., s. 4.

¹⁵ Zobacz I. Lianos, D. Geradin, *Handbook on European Competition Law – Enforcement and Procedure*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, s. 359. Zobacz także A. Al-Ameen, *Antitrust Fines-Seeking Justice*, *Competition Law Review*, 2010, n° 7, s. 83, 88.

82. Wprawdzie Komisja dysponuje zakresem uznania przy ustalaniu kwoty grzywnien¹⁶, jednak ten zakres uznania nie może być nieograniczony. Przy takim ustalaniu należy uwzględnić pewne zasady, w szczególności zasady równego traktowania i proporcjonalności, gdyż w przeciwnym razie zbyt szeroki zakres uznania może prowadzić do niepewności prawa. Zasada proporcjonalności stanowi bowiem istotne ograniczenie zakresu uznania przysługującego Komisji przy ustalaniu kwoty grzywnien.

83. W opinii w sprawie Dansk Rørindustri i in./Komisja (C-189/02 P, EU:C:2004:415, pkt 129, 130, 132) rzecznik generalny A. Tizzano zwrócił już uwagę na konieczność zapobiegania pewnym rodzajom ryzyka. Cytuję dwa fragmenty: „muszę jednak zauważyć, iż analiza dotychczas dokonana [w owej sprawie] wskazuje, że metoda obliczeniowa zastosowana przez Komisję zawiera pewne ryzyko z punktu widzenia słuszności tego systemu” (pkt 129) i „[n]ie wydaje mi się bowiem w pełni zgodna z wymogami indywidualizacji i stopniowania »kary« – dwóch zasad o kardynalnym znaczeniu w każdym systemie kar, zarówno w sferze prawa karnego, jak i prawa administracyjnego – 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* [zauważam tutaj podejście »ogóln[e] i abstrakcyjn[e]« przyjęte w pkt 169 zaskarżonego wyroku]. Nie można również ignorować faktu, iż z tego samego powodu cel większej przejrzystości, któremu przyświecają wytyczne, może nie zostać całkowicie osiągnięty” (pkt 130, wyróżnienie moje). Rzecznik generalny dodaje, że ma wątpliwości, czy grzywny są zatem zgodne z wymogami racjonalności i słuszności kary (pkt 133).

84. Ponadto zakres uznania, którym dysponuje Komisja w odniesieniu do grzywnien, musi być stosowany w granicach (i zgodnie z wymogami) rozporządzenia nr 1/2003, w szczególności jego art. 23 ust. 3: „[p]rzy ustalaniu wysokości grzywny *uwzględnia się ciężar [wagę]* i czas trwania *naruszenia*” (wyróżnienie moje), *niezależnie od tego, czy chodzi o podwyższenie lub obniżenie sankcji* (w przeciwieństwie do wytycznych z 2006 r., które przewidują uwzględnienie skutków naruszenia tylko w celu podwyższenia kwoty grzywny)¹⁷.

85. Jednak aspekty te mogą zostać ocenione jedynie w każdym konkretnym przypadku, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danej sprawy, a nie tylko na podstawie „ogóln[ego] i abstrakcyjn[ego]” podejścia (pkt 169 zaskarżonego wyroku)¹⁸.

86. Powyższe rozważania znajdują potwierdzenie w wyroku Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632) w zakresie, w jakim: po pierwsze, nadużycie pozycji dominującej zgodnie z art. 102 TFUE nie może zostać stwierdzone in abstracto; po drugie, konieczne jest dogłębne zbadanie wszystkich okoliczności danej sprawy (pkt 142 owego wyroku); oraz po trzecie, jak wskazuje rzecznik generalny N. Wahl w opinii¹⁹, „stopień prawdopodobieństwa wymagany w celu ustalenia, że zarzucane zachowanie stanowi nadużycie pozycji dominującej [powinien być »prawdopodobny«, a nie wyłącznie ograniczać się do] *teoretyczn[ej] możliwości[i]* wystąpienia skutku w postaci wykluczenia, jak wydaje się sugerować Komisja”.

16 Zobacz między innymi wyrok z dnia 20 marca 2002 r., LR AF 1998/Komisja (T-23/99, EU:T:2002:75, pkt 231).

17 Zobacz pkt 31 wytycznych („Komisja uwzględni również konieczność podwyższenia sankcji, tak by przekraczały one wysokość nielegalnych dochodów uzyskanych dzięki naruszeniu przepisów, jeżeli możliwe jest przeprowadzenie odpowiedniej oceny”). Podejście, które zalecam, jest analogiczne do podejścia przyjętego w wyrokach: z dnia 20 czerwca 1978 r., Tepea/Komisja (28/77, EU:C:1978:133, pkt 66, 67); z dnia 11 marca 1999 r., Thyssen Stahl/Komisja (T-141/94, EU:T:1999:48, pkt 646); z dnia 9 lipca 2009 r., Peugeot i Peugeot Nederland/Komisja (T-450/05, EU:T:2009:262, pkt 301–305, 328, 329); z dnia 1 lipca 2010 r., AstraZeneca/Komisja (T-321/05, EU:T:2010:266, pkt 905); a jeśli chodzi o zbadanie okoliczności łagodzących, w wyrokach: z dnia 6 kwietnia 1995 r., Martinelli/Komisja (T-150/89, EU:T:1995:70, pkt 60); z dnia 11 marca 1999 r., Cockerill-Sambre/Komisja (T-138/94, EU:T:1999:47, pkt 572).

18 Proponowane przeze mnie podejście jest już stosowane w orzecznictwie oraz w praktyce przez niektóre państwa członkowskie: zob. ważny wyrok brytyjskiego sądu specjalizującego się w prawie konkurencji (Competition Appeal Tribunal, sąd ds. konkurencji, Zjednoczone Królestwo) w „Construction Bid Rigging”, Case No. 1114-1119-1127-1129-1132-1133/1/1/09 (2011) CAT 3 ust. 102; zob. także projekt organu ochrony konkurencji Zjednoczonego Królestwa dotyczący nowych wytycznych w sprawie obliczania kwoty grzywnien, który to organ bierze pod uwagę skutki przy ustalaniu kwoty grzywny (<https://www.gov.uk/government/consultations/ca98-penalties-guidance>). W drodze analogii można wzorować się na zasadach stosowanych w prawie karnym, w którym skutki, a nawet brak skutków, odgrywają ważną rolę (zob. na przykład „Guideline – Overarching Principles: Seriousness” wydane przez brytyjską Sentencing Guidelines Council, 2004, s. 3, 4). Zobacz także I. Lianos, D. Geradin, op.cit., s. 359, 360.

19 Opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2016:788, pkt 118).

87. Rozumowanie Trybunału w wyroku Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632), które dotyczyło samego naruszenia, powinno zostać w analogiczny sposób zastosowane do analizy charakteru i tym samym wagi naruszenia w celu ustalenia kwoty grzywny.

88. W niniejszym przypadku Orange podniósł konkretne argumenty wyjaśniające, dlaczego charakter i waga rozpatrywanego zachowania nie uzasadniają wysokości grzywny.

89. *Charakter* i tym samym *waga* naruszenia zależą w dużej mierze od zdolności Orange do wyeliminowania konkurencji na detalicznym rynku dostępu szerokopasmowego w Polsce i tym samym do wywarcia negatywnego wpływu na konkurencję i konsumentów.

90. Orange podnosi, że w spornej decyzji Komisja przeprowadziła ograniczoną analizę swojej teorii szkody, przedstawiając swoją ocenę rzeczywistych lub prawdopodobnych skutków naruszenia. W toku postępowania administracyjnego Orange przedstawił dowody i argumenty, aby zidentyfikować główne błędy Komisji w ocenie szkodliwych skutków.

91. Z powyższego wynika, jak potwierdza wyrok Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632), że Sąd nie mógł już zignorować argumentów skarżącej i w niniejszej sprawie powinien był zbadać wszystkie dowody i argumenty wysunięte przez Orange, które miały na celu podważenie zasadności wniosków Komisji dotyczących zdolności danej praktyki do wywarcia negatywnego wpływu na konkurencję w Polsce.

92. Tymczasem w zaskarżonym wyroku Sąd odmówił zbadania zarzutów Orange opartych na tym, że Komisja nie oceniła prawidłowo rzeczywistych lub prawdopodobnych skutków naruszenia skarżącej bądź nie przedstawiła w ramach tej oceny konkretnych, wiarygodnych i wystarczających dowodów, które uzasadniałyby w szczególności posłużenie się progiem 10% przy obliczaniu kwoty podstawowej grzywny.

93. Sąd oddalił argumentację Orange w całości, zajmując stanowisko, że Komisja nie uwzględniła *ani* rzeczywistych skutków, *ani* prawdopodobnych skutków naruszenia oraz że przeanalizowała jedynie charakter naruszenia „w sposób ogólny i abstrakcyjny”, uznając, że zachowanie mogło wpłynąć negatywnie na konkurencję i konsumentów (zob. pkt 169 zaskarżonego wyroku), gdyż takie przypadkowe, niedokładne i hipotetyczne podejście było dla niego wystarczające.

94. Sąd wywiódł stąd, że nie jest konieczne badanie argumentów skarżącej dotyczących błędów, jakich dopuściła się Komisja przy ocenie rzeczywistych lub prawdopodobnych skutków antykonkurencyjnych, ponieważ argumenty te są „chybione” (zob. pkt 173 zaskarżonego wyroku).

95. Uważam (jak Orange), że zaskakujące jest, iż w pkt 25 i 26 dupliki Komisja popiera wnioski Sądu zawarte w pkt 169 zaskarżonego wyroku, twierdząc, że „[...] [z]gadza się, że zachowanie Orange mogło wpłynąć w negatywny sposób na konkurencję i konsumentów [...]. W takim przypadku jak niniejszy *co najmniej prawdopodobne antykonkurencyjne skutki są nieodłącznym elementem*. [...] zachowanie noszące znamiona nadużycia, które może wykluczyć konkurentów i jest stosowane, *może tylko zakłócać konkurencję* i w ten sposób wyrządzić szkodę konsumentom” (wyróżnienie moje).

96. Ukazuje to formalistyczne podejście, które Komisja zastosowała, aby uwolnić się od ciężaru dowodu jedynie na podstawie wniosków i założeń, a nie na podstawie dowodów na wystąpienie skutków i bez należycie uzasadnionego obalenia kontrwyjaśnień strony, której stawiane są zarzuty.

97. Przychylając się do podejścia Komisji, Sąd nie sprawdził z jednej strony, czy okoliczności faktyczne powołane przez Komisję w celu stwierdzenia, że naruszenie mogło wpłynąć negatywnie na konkurencję, zostały prawidłowo przedstawione, a z drugiej strony – czy Komisja dopuściła się błędu w ocenie przy szacowaniu zakresu i prawdopodobieństwa szkodliwych skutków oraz czy konsekwencje prawne wyciągnięte z tych okoliczności faktycznych były prawidłowe.

98. Takie abstrakcyjne podejście jest sprzeczne z wymogami dowodowymi przypomnianymi już przez rzecznika generalnego N. Wahla w opinii w sprawie Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2016:788, pkt 114–121), do których to wymogów mogę się jedynie przyłączyć: „zdolność [antykonkurencyjna] nie [może być] jedynie hipotetyczna lub teoretycznie możliwa”, a „ocena zdolności [antykonkurencyjnej] ma na celu określenie, czy, *według wszelkiego prawdopodobieństwa*, zarzucane zachowanie wywołuje skutek w postaci wykluczenia konkurencji” oraz „ocenę zdolności [do ograniczenia konkurencji przez] zachowani[e] o rzekomo niezgodnym z prawem charakterze należy rozumieć jako pozwalającą określić, [czy] *dane zachowanie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności, nie [...] wywołuje [tylko] ambiwalentn[ych] skutk[ów] na rynku [...], lecz [czy] jego domniemane skutki ograniczające znajdują potwierdzenie w rzeczywistości*” (wyróżnienie moje).

99. W tym samym duchu przyłączam się do opinii rzecznika generalnego J. Mazáka w sprawie Deutsche Telekom/Komisja (C-280/08 P, EU:C:2010:212, pkt 64) oraz w sprawie TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2010:483, pkt 39, 40)²⁰, które zawierają podobne wymogi.

100. Uważam (jak Orange), że podejście przyjęte przez Sąd w zaskarżonym wyroku jest także niespójne z twierdzeniem przedstawionym przez Trybunał w pkt 138–146 wyroku Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632), zgodnie z którym do Komisji, a następnie do Sądu „należy zbadać *wszystkich* argumentów [strony skarżącej] zmierzających do podważenia [zasadności] ustaleń dokonanych przez Komisję, jeśli chodzi o zdolność wykluczającą [...] analizowan[ego] [nadużycia]” (wyróżnienie moje)²¹.

101. A zatem podejście przyjęte przez Sąd w zaskarżonym wyroku jest analogiczne do podejścia skrytykowanego przez Trybunał w wyroku Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632) (podobnie jak przez rzecznika generalnego N. Wahla w tej sprawie) – jak miało to już miejsce w postępowaniu w pierwszej instancji, w którym zapadł wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., Telefónica i Telefónica de España/Komisja (C-295/12 P, EU:C:2014:2062) – i które to podejście skrytykowałem w mojej opinii wydanej w owej sprawie (C-295/12 P, EU:C:2013:619).

102. Takie podejście Sądu jest także sprzeczne z pkt 20 wytycznych w sprawie grzywien z 2006 r., zgodnie z którym „[o]cena wagi naruszenia będzie dokonywana osobno dla każdego przypadku, dla każdego rodzaju naruszenia przepisów, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności istotnych dla danego przypadku”²².

103. Odmowa przeprowadzenia przez Sąd pełnego i szczegółowego badania argumentów i dowodów przedstawionych przez Orange jest także równoznaczna z brakiem odpowiedniej i pełnej kontroli zgodności z prawem spornej decyzji na podstawie art. 263 TFUE²³.

20 Zobacz także sprawa Meo – Serviços de Comunicações e Multimédia (C-525/16), obecnie w toku, oraz opinia rzecznika generalnego N. Wahla (EU:C:2017:1020) w owej sprawie, która to opinia jest już dostępna.

21 Jak podnosi się w doktrynie (J.S. Venit, The judgment of the European Court of Justice in Intel v Commission: a procedural answer to a substantive question?, *European Competition Journal*, s. 11), „The Court’s ruling, which decisively rejects the position advocated by the Commission and supported by the General Court, establishes that, whether or not the rebate is conditioned on exclusivity, facts do matter in competition cases and that it would be a grave error not to consider all the relevant facts, at least in cases where there is a plausible claim, based on these facts, that the dominant firm’s conduct may not have been capable of foreclosing its rivals. [...] *the Court came down squarely against the Commission and the General Court by rejecting the »facts are irrelevant approach« at least where the defendant, with supporting evidence, submits that its conduct was not capable of producing the alleged foreclosure effects*” oraz „the General Court is required to examine all of the defendant’s arguments concerning the application of the test” (wyróżnienie moje).

22 W pkt 19 wspomnianych wytycznych uściślono, że „[w] celu ustalenia podstawowej kwoty grzywiny pewna część wartości sprzedaży, której wielkość uzależniona jest od wagi naruszenia, zostanie pomnożona przez liczbę lat, w ciągu których dokonywano naruszenia”, a w pkt 22, że „[w] celu podjęcia decyzji w kwestii, czy wartość sprzedaży, która ma zostać uwzględniona w danym przypadku, znajdować się będzie w niższej czy wyższej części tej trzydziestoprocentowej skali, Komisja rozważy takie czynniki jak: charakter naruszenia, wielkość skumulowanej części rynku, jaką dysponują dane przedsiębiorstwa [łącznie udział w rynku danych stron], zakres geograficzny naruszenia oraz fakt, czy naruszenie zostało wprowadzone w życie, czy też nie”.

23 Wyrok z dnia 8 grudnia 2011 r., KME Germany i in./Komisja (C-272/09 P, EU:C:2011:810, pkt 129–133).

104. Ponadto Sąd błędnie zastosował kryterium proporcjonalności grzywny w odniesieniu do charakteru, a zatem i wagi naruszenia, pozbawiając tym samym Orange skutecznej ochrony sądowej.

105. Grzywna nie może być bowiem uważana za proporcjonalną, jeśli elementy decydujące o jej wysokości opisane w spornej decyzji (zwłaszcza jeśli chodzi o charakter i wagę naruszenia) nie zostały prawidłowo zbadane²⁴ przez Sąd, który nie może ograniczyć się do kontroli zgodności z wytycznymi oraz musi sam sprawdzić, czy dana sankcja jest odpowiednia²⁵.

106. W wyroku Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632) Trybunał wyraźnie przypomniał, że nawet jeżeli można uznać, iż dane zachowanie budzi wątpliwości w zakresie konkurencji, *to nie można tak po prostu nałożyć za nie sankcji*.

107. Mimo to niewykluczone jest, że Komisja może ostatecznie wygrać niniejszą sprawę, co nie może jednak nastąpić, zanim Sąd zbada argumenty podniesione przez Orange w ramach części drugiej zarzutu trzeciego w pierwszej instancji.

108. W konsekwencji zarzut drugi wydaje mi się zasadny. Zaskarżony wyrok powinien zatem zostać uchylony, a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania przez Sąd, aby zbadał on argumenty podniesione przez Orange.

C. W przedmiocie zarzutu trzeciego, dotyczącego naruszenia prawa i przeinaczenia dowodów zawartych w aktach sprawy wskutek nieuwzględnienia inwestycji dokonanych przez Orange jako okoliczności łagodzącej

1. Streszczenie argumentów stron

109. Orange utrzymuje, że oddalając argumentację, zgodnie z którą Komisja powinna była uznać za okoliczność łagodzącą inwestycje, jakie spółka ta zrealizowała w celu poprawienia stałej sieci szerokopasmowej w Polsce, Sąd przeinaczył dowody zawarte w aktach sprawy i dopuścił się wielu naruszeń prawa lub popełnił oczywiste błędy w ocenie, zaś każde naruszenie prawa bądź każdy z tych błędów powinny prowadzić do obniżenia kwoty grzywny.

110. Po pierwsze, w pkt 208 in fine zaskarżonego wyroku Sąd słusznie oddalił argument Komisji przedstawiony w motywie 915 spornej decyzji, orzekając, że dla uznania za okoliczność łagodzącą nie ma znaczenia, iż inwestycje te nie zmieniają charakteru naruszenia. Jednakże w pkt 192–209 zaskarżonego wyroku Sąd odszedł od uzasadnienia przyjętego w spornej decyzji, żeby nie uznawać tych inwestycji za okoliczność łagodzącą, i zastąpił je swoim własnym rozumowaniem. Czyniąc to, Sąd naruszył zasadę, która przewiduje, że w ramach kontroli zgodności z prawem, o której mowa w art. 263 TFUE, nie może on zastąpić własnym uzasadnieniem uzasadnienia przedstawionego przez autora zaskarżonego aktu.

111. Po drugie, Sąd dopuścił się naruszenia prawa lub popełnił oczywisty błąd w ocenie, uznając, że omawiane inwestycje nie mogły zostać uznane za działanie naprawcze. Z jednej strony – wbrew temu, co zostało orzeczone w pkt 199–201 zaskarżonego wyroku – z wyroku z dnia 30 kwietnia 2009 r., Nintendo i Nintendo of Europe/Komisja (T-13/03, EU:T:2009:131), jak również z decyzji krajowych

²⁴ Zobacz moja opinia w sprawie Telefónica i Telefónica de España/Komisja (C-295/12 P, EU:C:2013:619, pkt 107 i nast.). Jak podnosi się w doktrynie (I.S. Forrester, A challenge for Europe's judges: the review of fines in competition cases, *European Law Review*, vol. 36 (2011), n° 2, 2011, s. 185, 197), „review [of fines should ask] whether the punishment imposed on an undertaking corresponded to the individual gravity of misconduct”.

²⁵ Zobacz podobnie wyrok z dnia 8 grudnia 2011 r., Chalkor/Komisja (C-386/10 P, EU:C:2011:815, pkt 78). Ponadto system ustalania grzywien, który uwzględnia skutki lub wpływ naruszenia, byłby bardziej zgodny z zasadą proporcjonalności, która wymaga, by „penalties should come as a direct response to an infringer's wrongdoing” (zob. M. Fish, An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, s. 28, 57).

organów ochrony konkurencji można wywieść, że pojęcie odszkodowania może odnosić się raczej do korzyści w naturze niż finansowych, nawet jeśli są one pośrednie. Potwierdza to art. 18 ust. 3 dyrektywy 2014/104. Z drugiej strony w niniejszym przypadku niemożliwe byłoby określenie wysokości i przyznanie bezpośredniego odszkodowania w precyzyjny i skuteczny sposób. A zatem jeżeli Orange nie dokonał jednostronnie danych inwestycji, których znaczenie i pozytywne skutki zostałyby uznane przez UKE oraz OA, niewiele osób otrzymałoby odszkodowanie. Ponadto w pkt 204–206 zaskarżonego wyroku Sąd błędnie uznał, że te pozytywne skutki wynikały z porozumienia z UKE, a nie z owych inwestycji.

112. Po trzecie, Sąd dopuścił się naruszenia prawa i przeinaczył dowody zawarte w aktach sprawy, stwierdzając w pkt 202 zaskarżonego wyroku, że inwestycje te były uzasadnione chęcią Orange, aby uniknąć podziału funkcjonalnego planowanego przez UKE. W pismach procesowych ani w spornej decyzji nie pojawia się żaden argument dotyczący powodów, które skłoniły Orange do zawarcia porozumienia z UKE, i Sąd nie miał podstaw do zastąpienia swoim własnym rozumowaniem rozumowania Komisji, chyba że dokonałby niezgodnego z prawem zastąpienia uzasadnienia i naruszył zasadę słuszności i prawo do obrony. Ponadto inwestycje te były dobrowolne, jak Komisja sama przyznała w pkt 140 spornej decyzji.

113. Po czwarte, Sąd błędnie uznał w pkt 203 zaskarżonego wyroku, że omawiane inwestycje stanowiły tylko „normalny element w obrocie handlowym”. Twierdzenie to przeczy stwierdzeniu dokonanemu w pkt 202 tego wyroku, ponieważ te same inwestycje nie mogą być jednocześnie wynikiem groźby interwencji regulacyjnej i elementem normalnej działalności gospodarczej. W każdym razie inwestycje te nie zostały dokonane z zamiarem osiągnięcia zysku, jako że niektóre z nich nie były ekonomicznie opłacalne, ale w celu naprawienia szkód poniesionych przez ofiary zachowania noszącego znamiona naruszenia.

114. Ponadto katalog okoliczności łagodzących nie jest zamknięty, a brak precedensu w orzecznictwie nie stanowi przeszkody do uznania istnienia okoliczności łagodzącej.

115. Komisja zauważa, że omawiany zarzut winien zostać oddalony jako chybiony lub odrzucony jako niedopuszczalny.

116. Ponadto omawiany zarzut nie jest zasadny, ponieważ Orange nie wykazał, że na podstawie mających zastosowanie ram prawnych Sąd był obowiązany do uznania inwestycji, o których mowa, za działanie naprawcze.

117. Po pierwsze, Komisja dysponuje zakresem uznania przy ustalaniu kwoty ewentualnej obniżki kwoty grzywny na podstawie okoliczności łagodzących.

118. Po drugie, Sąd nie oparł się na „nowych powodach uzasadniających odmowę” obniżenia kwoty grzywny „przez Komisję”.

119. Po trzecie, twierdzenie Sądu, zgodnie z którym inwestycje były motywowane chęcią uniknięcia sankcji regulacyjnych, wynika z przeprowadzonej przezeń analizy dowodów dotyczących groźby podziału funkcjonalnego, na którą powołała się Komisja w spornej decyzji. Sąd nie stwierdził, że ryzyko podziału funkcjonalnego było jedynym motywem podpisania porozumienia z UKE, ani nie odmówił tym inwestycjom dobrowolności.

120. Po czwarte, Sąd nie popełnił błędu, uznając, że inwestycje i ich ewentualne pozytywne skutki stanowiły część porozumienia z UKE.

121. PIIT, podobnie jak Orange, twierdzi, że omawiane inwestycje mają charakter środków zaradczych, jak wynika z okoliczności faktycznych przedstawionych w uwagach przedłożonych przez PIIT przed Sądem. W konsekwencji Sąd naruszył prawo, nie uwzględniając ich jako okoliczności łagodzącej. Ponadto Sąd popełnił błąd w ocenie dowodów przedstawionych przez PIIT i przeinaczył ich treść, w szczególności twierdząc w pkt 204 zaskarżonego wyroku, że tezm postawionym przez PIIT w przedłożonych przez niego uwagach interwenienta przeczą dokumenty załączone do tych uwag. Ponadto Sąd błędnie uznał w pkt 206 zaskarżonego wyroku, że pozytywne skutki dla OA i użytkowników końcowych należy przypisać wyłącznie porozumieniu z UKE, a nie wspomnianym inwestycjom.

122. ECTA przedstawia zasadniczo argumentację analogiczną do argumentacji przedstawionej przez Komisję.

2. Ocena

123. Uważam, że powyższy zarzut jest niedopuszczalny, ponieważ w rzeczywistości Orange kwestionuje ocenę okoliczności faktycznych dokonaną przez Sąd i zwraca się do Trybunału o przeprowadzenie ponownej oceny okoliczności faktycznych ustalonych przez Sąd.

124. Orange kwestionuje bowiem wnioski Sądu co do motywacji Orange przy podejmowaniu omawianych inwestycji, ich rodzaju i możliwych konsekwencji. Wszystkie te okoliczności stanowią elementy stanu faktycznego. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału „[...] dokonywanie ustaleń faktycznych należy do uprawnienia do swobodnej oceny dowodów, które to uprawnienie przysługuje wyłącznie Sądowi, w którego miejsce nie może wstąpić Trybunał w ramach sprawowanej przezeń kontroli” (postanowienie z dnia 15 czerwca 2012 r., *Otis Luxembourg i in./Komisja*, C-494/11 P, niepublikowane, EU:C:2012:356, pkt 48).

125. Co więcej, zarzut ten wydaje mi się bezzasadny.

126. O ile w ramach kontroli zgodności z prawem, o której mowa w art. 263 TFUE, Sąd jest uprawniony do zbadania i wykorzystania dowodów przedstawionych mu przez strony²⁶, o tyle z utrwalonego orzecznictwa wynika, że w ramach tej kontroli sądy Unii w żadnym wypadku nie mogą zastępować własnym uzasadnieniem uzasadnienia przedstawionego przez autora zaskarżonego aktu²⁷.

127. Natomiast w przypadku gdy wykonuje on nieograniczone prawo orzekania, sąd Unii jest uprawniony, poza zwykłą kontrolą zgodności z prawem sankcji, do zastąpienia – w celu określenia kwoty tej sankcji – swoją własną oceną oceny dokonanej przez autora aktu, w którym kwota ta została pierwotnie ustalona, przy czym zakres tego nieograniczonego prawa orzekania jest ściśle ograniczony do ustalenia kwoty grzywny²⁸.

128. Na podstawie powyższych zasad zgadzam się z wnioskami Sądu.

²⁶ Zobacz w szczególności wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., *Galp Energía España i in./Komisja* (C-603/13 P, EU:C:2016:38, pkt 72 i przytoczone tam orzecznictwo).

²⁷ Wyroki: z dnia 24 stycznia 2013 r., *Frucona Košice/Komisja* (C-73/11 P, EU:C:2013:32, pkt 89 i przytoczone tam orzecznictwo); a także z dnia 21 stycznia 2016 r., *Galp Energía España i in./Komisja* (C-603/13 P, EU:C:2016:38, pkt 73).

²⁸ Zobacz wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., *Galp Energía España i in./Komisja* (C-603/13 P, EU:C:2016:38, pkt 75, 76 i przytoczone tam orzecznictwo); zob. także wyrok z dnia 8 grudnia 2011 r., *KME Germany i in./Komisja* (C-389/10 P, EU:C:2011:816, pkt 129–133). Zobacz także moja opinia w sprawie *Telefónica i Telefónica de España/Komisja* (C-295/12 P, EU:C:2013:619), gdzie przeanalizowałem szczegółowo te problemy.

129. W istocie Sąd oparł się tutaj na swojej własnej ocenie spornej decyzji oraz na uwagach przedstawionych przez strony w toku postępowania²⁹. Stwierdzenia te zostały dokonane w odpowiedzi na argumenty Orange, w których powołano się właśnie na te sprawy. Orange nie może zatem twierdzić, że w tym względzie Sąd zastąpił swoim uzasadnieniem uzasadnienie Komisji.

130. Ponadto wniosek Sądu, zgodnie z którym inwestycje były motywowane chęcią uniknięcia sankcji, takich jak podział funkcjonalny, jest wyraźnie oparty na szeregu dowodów zawartych w spornej decyzji³⁰. Orange wiedział o tych dowodach i nigdy ich nie podważył.

131. Co więcej, również w odniesieniu do stwierdzenia Sądu, zgodnie z którym przedmiotowe inwestycje stanowiły „element [...] w obrocie handlowym” oraz „[były] realizowane z zamiarem uzyskania zysku”, nie można utrzymywać, że Sąd zastąpił swoim własnym uzasadnieniem uzasadnienie Komisji. Wręcz przeciwnie, w trakcie kontroli przeprowadzonej w celu ustalenia, czy Komisja popełniła błąd, Sąd odniósł się do argumentów podniesionych przez Orange także w świetle dowodów przedstawionych przez strony. Zarówno bowiem w replice Komisji (pkt 133), jak i w duplice (pkt 64) są zawarte dowody, które pozwalają Sądowi na oddalenie argumentów skarżącej i na stwierdzenie, że inwestycje dokonane przez Orange były w rzeczywistości podejmowane we własnym interesie tego podmiotu. Ponadto sporna decyzja zawiera szereg dowodów świadczących o znaczeniu stałych nakładów inwestycyjnych w sektorze telekomunikacyjnym (motyw 807 spornej decyzji), a także o ogólnych zachętach dla Orange (korzyści skali) do inwestowania (motyw 661 tej samej decyzji).

132. Wreszcie, uważam (podobnie jak Komisja), że Sąd nie oparł się na „nowych powodach uzasadniających odmowę” obniżenia kwoty grzywny „przez Komisję”. Wszystkie dowody zbadane przez Sąd, a także wszystkie powody podane na uzasadnienie nieuznania inwestycji, o których mowa, za okoliczność łagodzącą wynikały z przedłożonych Sądowi pism procesowych oraz ze spornej decyzji. Ponadto Sąd, decydując, że nie zmieni kwoty grzywny, skorzystał po prostu z przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania.

133. Ponadto wbrew temu, co twierdzi Orange, Sąd nie stwierdził w pkt 204–206 zaskarżonego wyroku, że nie istniały pozytywne skutki, które można by było przypisać omawianym inwestycjom. Na podstawie własnej analizy dokumentów wykorzystanych przez Komisję Sąd stwierdził bowiem, że niektóre z nich potwierdzają, że zarówno OA, jak i UKE uznały pozytywne skutki inwestycji. Sąd uznał także w pkt 203 zaskarżonego wyroku możliwe istnienie pewnych pośrednich pozytywnych skutków dla użytkowników końcowych i OA. Niemniej stwierdził on, że te pozytywne skutki nie mogły doprowadzić do błędnej oceny Komisji w sprawie odmowy przyznania Orange dobrodziejstwa w postaci okoliczności łagodzących lub, w każdym razie, nie mogły uzasadniać obniżenia z tego powodu kwoty grzywny – co jest zupełnie czymś innym niż nieuznanie pozytywnych skutków.

134. Zdaniem Orange (pkt 64 odwołania) naruszenie prawa i oczywisty błąd w ocenie okoliczności łagodzących są związane z wnioskiem, że: po pierwsze, tylko bezpośrednie odszkodowanie finansowe może stanowić działanie naprawcze, oraz po drugie, dane inwestycje nie mają na celu naprawienia szkody wyrządzonej osobom trzecim.

²⁹ Zobacz pkt 193, 194, 196 i 197 zaskarżonego wyroku oraz wnioski Sądu w pkt 200 i 201.

³⁰ Zobacz zaskarżony wyrok (pkt 215); ponadto ryzyko podziału funkcjonalnego było również przywołane w pkt 17 owego wyroku, a szczegółowa analiza znajduje się w pkt 197 tego samego wyroku.

135. Nie mogę zgodzić się z powyższą tezą. Po pierwsze, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Unii wytyczne nie wskazują w sposób imperatywny okoliczności łagodzących, które Komisja jest zobowiązana uwzględnić. W konsekwencji Komisja zachowuje pewien zakres uznania, aby móc ocenić w sposób całościowy wielkość ewentualnego obniżenia kwoty grzywny tytułem okoliczności łagodzących³¹. W konsekwencji wytyczne z 2006 r. zawierają niewyczerpujący wykaz czynników, które Komisja może wziąć pod uwagę w ramach okoliczności łagodzących.

136. Ponadto można zauważyć, że decyzje Komisji, w których bierze ona pod uwagę okoliczności łagodzące w celu zmniejszenia kwoty podstawowej grzywny, stanowią coraz częściej wyjątek, zwłaszcza od czasu przyjęcia wytycznych z 2006 r.³²

137. Po drugie, sądy Unii i Komisja nigdy nie zaakceptowały, żeby inwestycje takie jak te, których dotyczy niniejszy przypadek, można było uznać za okoliczności łagodzące uzasadniające obniżenie kwoty grzywny.

138. W swoim jedynym wyroku dotyczącym możliwości przyznania obniżki kwoty grzywny z powodu wypłaconych rekompensat³³ Sąd zgodził się ze względu na wyjątkowe okoliczności na uwzględnienie „rekompensat finansowych zaoferowanych przez [dane] przedsiębiorstwo osobom trzecim poszkodowanym wskutek [naruszenia], wskazanym w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów”.

139. W owej sprawie Komisja obniżyła kwotę grzywny nałożonej na Nintendo o 300 000 EUR w celu uwzględnienia rekompensat, o łącznej wysokości 375 000 EUR, zaoferowanych przez Nintendo osobom trzecim wskazanym w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów jako osoby, które poniosły szkodę finansową wskutek zachowań noszących znamiona naruszenia. W tym względzie właściwa jest także sprawa Independent Schools (decyzja organu ochrony konkurencji Zjednoczonego Królestwa z dnia 20 listopada 2006 r., sprawa CA 98/05/2006), którą Sąd wymienił w pkt 201 zaskarżonego wyroku³⁴.

140. Ponadto do tej pory w praktyce decyzyjnej Komisji nie widać żadnego łagodniejszego podejścia. W szczególności w decyzji w sprawie rur preizolowanych³⁵ Komisja postanowiła *obniżyć kwotę grzywny jednego z uczestników kartelu ze względu na „znaczące odszkodowanie”, które wypłacił przedsiębiorstwu wymienionemu w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów* jako temu, przeciwko któremu sprawcy naruszenia podjęli uzgodnione działania zmierzające do zaszkodzenia jego działalności, ograniczenia jego działalności do terytorium jednego państwa członkowskiego lub po prostu wyeliminowania tego przedsiębiorstwa z rynku.

141. Wreszcie, jak podnosi Komisja, przedmiotowe inwestycje nie miały żadnego związku z naruszeniem i nie miały na celu wyrównania ewentualnych szkód poniesionych przez OA i użytkowników końcowych.

31 Wyroki: z dnia 8 lipca 2004 r., Dalmine/Komisja (T-50/00, EU:T:2004:220, pkt 326); z dnia 16 czerwca 2011 r., FMC Foret/Komisja (T-191/06, EU:T:2011:277, pkt 333); z dnia 3 marca 2011 r., Siemens i VA Tech/Komisja (T-122/07 i T-124/07, EU:T:2011:70, pkt 208); z dnia 14 grudnia 2006 r., Raiffeisen Zentralbank Österreich/Komisja (od T-259/02 do T-264/02 i T-271/02, EU:T:2006:396, pkt 473); z dnia 6 maja 2009 r., KME Germany i in./Komisja (T-127/04, EU:T:2009:142, pkt 115); z dnia 8 września 2010 r., Deltafina/Komisja (T-29/05, EU:T:2010:355, pkt 348).

32 Zobacz L. Bernardeau, J.P. Christienne, *Les amendes en droit de la concurrence*, Larcier, Bruksela, 2013, s. 166 (w pierwszych dziesięciu decyzjach, w których Komisja zastosowała wytyczne z 2006 r., nie została uznana żadna okoliczność łagodząca).

33 Wyrok z dnia 30 kwietnia 2009 r., Nintendo i Nintendo of Europe/Komisja (T-13/03, EU:T:2009:131, pkt 23).

34 Wyrok z dnia 30 kwietnia 2009 r., Nintendo i Nintendo of Europe/Komisja (T-13/03, EU:T:2009:131, pkt 204); decyzja Komisji z dnia 30 października 2002 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 81 traktatu WE i art. 53 porozumienia EOG (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution i COMP/36.321 Omega – Nintendo), (Dz.U. 2003, L 255, s. 33), motywy 440, 441.

35 Decyzja Komisji 1999/60/WE z dnia 21 października 1998 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 85 traktatu WE (IV/35.691/E-4 – Rury preizolowane) (Dz.U. 1999, L 24, s. 1), motywy 25, 172. Zobacz także decyzja Komisji 75/75/EWG z dnia 19 grudnia 1974 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 86 traktatu EWG (IV/28.851 – General Motors Continental) (Dz.U. 1975, L 79, s. 14).

142. Uważam, że nie można wykluczyć takiego scenariusza w sposób kategoriyczny, ale nie zmienia to faktu, że gdyby inwestycje dokonywane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą we własną infrastrukturę, po zakończeniu naruszenia, były „automatycznie” uznawane za okoliczność łagodzącą, miałyby to negatywny wpływ na odstraszający skutek grzywien.

143. Jak wskazuje Komisja, art. 18 ust. 3 dyrektywy 2014/104 potwierdza jedynie, że organy ochrony konkurencji mają uprawnienia dyskrecyjne w zakresie uwzględnienia płatności bezpośrednich wypłaconych poszkodowanym jako okoliczności łagodzących oraz że co do zasady jedynym odszkodowaniem, które może zostać uwzględnione, jest bezpośrednie odszkodowanie pieniężne wypłacone na rzecz poszkodowanej strony.

144. Wreszcie, Sąd nie popełnił błędu, uznając, że inwestycje i ich ewentualne pozytywne skutki stanowiły część porozumienia z UKE. Co więcej, w świetle dowodów, które zostały mu przedstawione, mógł słusznie dojść do wniosku, że nawet przy założeniu, iż rozpatrywane inwestycje miały dodatkowe korzystne skutki, na które powoływał się Orange, nie stanowiły one odszkodowania, które mogło zostać uwzględnione przez Komisję.

145. W konsekwencji zarzut trzeci należy odrzucić jako niedopuszczalny, a w każdym razie oddalić go jako bezzasadny.

IV. W przedmiocie kosztów

146. Ponieważ sprawa została przekazana Sądowi do ponownego rozpoznania, rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym niniejsze postępowanie odwoławcze.

V. Wnioski

147. Z powyższych względów proponuję, aby Trybunał:

- uchylił wyrok Sądu Unii Europejskiej z dnia 17 grudnia 2015 r., Orange Polska/Komisja (T-486/11, EU:T:2015:1002), w zakresie, w jakim Sąd naruszył prawo, gdyż nie zbadał argumentów podniesionych przez Orange Polska S.A. w ramach części drugiej zarzutu trzeciego w pierwszej instancji, dotyczących istnienia błędów powodujących wadliwość wniosków Komisji w sprawie wpływu naruszenia na rynki właściwe, naruszając w ten sposób zasadę skutecznej ochrony sądowej i zasadę proporcjonalności grzywiny,
- oddalił odwołanie w pozostałej części oraz
- przekazał sprawę Sądowi do ponownego zbadania argumentacji leżącej u podstaw drugiego zarzutu odwołania i orzekł, że rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.