

## OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

JULIANE KOKOTT

przedstawiona w dniu 19 lutego 2009 r.<sup>1</sup>

### I — Wprowadzenie

1. W niniejszym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zwrócono się do Trybunału o wyjaśnienie, jakie są wymogi pozwalające na stwierdzenie uzgodnionej praktyki mającej cel antykonkurencyjny w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE.

2. Przede wszystkim należy wyjaśnić, czy i w jakim zakresie przyjęcie celu antykonkurencyjnego wymaga badania konkretnych danych rynkowych, zachowania na rynku zainteresowanych przedsiębiorstw oraz wpływu ich zachowania na konkurencję. Ponadto należy wyjaśnić, jakie wymogi można wysnuć z prawa wspólnotowego w zakresie standardu dowodów, gdy naruszenie art. 81 WE należało stwierdzić w postępowaniu krajowym.

3. Pytania te mają niebagatelne znaczenie dla skutecznego stosowania wspólnotowego prawa konkurencji w ramach nowego zdecentralizowanego systemu, który został wprowa-

dzony poprzez modernizację prawa dotyczącego postępowania w sprawach z zakresu konkurencji zawartą w rozporządzeniu (WE) nr 1/2003<sup>2</sup>. Odpowiadając na te pytania, należy rozważyć niebezpieczeństwa, jakie niesłoby ze sobą złągodzenie reguł konkurencji ustanowionych w traktacie WE dla europejskiego rynku wewnętrznego<sup>3</sup>, lecz także dla konsumentów europejskich.

### II — Ramy prawne

#### A — Prawo wspólnotowe

4. Wspólnotowe ramy prawne niniejszej sprawy wyznacza art. 81 ust. 1 WE, który ma następujące brzmienie:

2 — Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. 2003, L 1, s. 1).

3 — Na niebezpieczeństwa te wskazał ostatnio chociażby rzecznik generalny L.A. Geelhoed; zob. pkt 136, 137 jego opinii przedstawionej w dniu 12 września 2006 r. w sprawie C-407/04 P Dalmine przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-829, na które powołano się również w wyroku Trybunału z dnia 25 stycznia 2007 r. w tej samej sprawie (tamże pkt 84).

1 — Język oryginału: niemiecki.

„1. Niezgodne ze wspólnym rynkiem i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku, a w szczególności te, które polegają na:

czeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji;

- a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji;
  - b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji;
  - c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia;
  - d) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świad-
  - e) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów”.
5. Dodatkowo należy wskazać rozporządzenie nr 1/2003, którego art. 2 zawiera w szczególności następujące uregulowanie w zakresie ciężaru dowodu:
- „W każdym krajowym lub wspólnotowym postępowaniu w sprawie stosowania art. 81 i 82 traktatu ciężar udowodnienia naruszenia art. 81 ust. 1 lub art. 82 traktatu spoczywa na stronie lub organie zarzucającym naruszenie. [...]”.

6. Ponadto należy wspomnieć ostatnie zdanie motywu 5 rozporządzenia nr 1/2003:

„Niniejsze rozporządzenie nie wpływa ani na krajowe przepisy dotyczące standardu dowodów, ani na obowiązki organów ochrony konkurencji i sądów państw członkowskich odnoszące się do ustalenia stosownych okoliczności sprawy, pod warunkiem że przepisy te i zobowiązania są zgodne z ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego”.

7. Związek między art. 81 WE a krajowym prawem konkurencji reguluje w następujący sposób art. 3 rozporządzenia nr 1/2003:

„1. Jeżeli organy ochrony konkurencji państw członkowskich lub krajowe sądy stosują krajowe prawo konkurencji do porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 81 ust. 1 traktatu, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi w rozumieniu tego przepisu, stosują również art. 81 traktatu do takich porozumień, decyzji lub praktyk uzgodnionych. [...]

2. Zastosowanie krajowego prawa konkurencji nie może prowadzić do zakazania porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, lecz nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 traktatu [...].

[...]”.

## B — Prawo krajowe

8. Jeśli chodzi o prawo niderlandzkie, to ramy prawne niniejszej sprawy wyznacza ustawa o konkurencji (Mededingingswet<sup>4</sup>; zwana dalej „Mw”) zmieniona ustawą z dnia 9 grudnia 2004 r.<sup>5</sup>, w wersji, która weszła w życie w dniu 1 lipca 2005 r.

4 — Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging — Mededingingswet (Stb. 1997, nr 242).

5 — Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan (Stb. 2005, nr 172).

9. Artykuł 1 Mw zawiera m.in. następujące pojęcie:

ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na rynku niderlandzkim lub jego części”.

„W niniejszej ustawie oraz przepisach wydanych na jej podstawie pod poniższymi pojęciami rozumie się:

11. W przypadku naruszenia art. 6 ust. 1 Mw rada administrująca<sup>6</sup> w niderlandzkim organie ochrony konkurencji, tzw. „NMa”<sup>7</sup>, zgodnie z art. 56 ust. 1 lit. a) MW może nałożyć grzywnę na osobę fizyczną lub prawną, którym należy przypisać naruszenie.

[...]

### III — Stan faktyczny i postępowanie przed sądem krajowym

h) uzgodnione praktyki: uzgodnione praktyki w rozumieniu art. 81 ust. 1 traktatu;

Niderlandzki rynek usług telefonii komórkowej

[...]”.

10. Artykuł 6 ust. 1 Mw przewiduje, co następuje:

12. W chwili wystąpienia okoliczności faktycznych sprawy w roku 2001 w Niderlandach pięciu operatorów dysponowało swoją własną siecią ruchomą, a mianowicie Ben Nederland BV<sup>8</sup> (udział w rynku 10,6%), KPN (42,1%), Dutchtone NV<sup>9</sup> (9,7%), Libertel-Vodafone NV (26,1%) i Telfort Mobiel BV<sup>10</sup> (11,4%). Nadbudowa szóstej sieci ruchomej nie była możliwa, ponieważ nie były wyda-

„Zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione między przedsiębiorstwami, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie,

6 — Raad van Bestuur.

7 — Nederlandse Mededingingsautoriteit.

8 — Zwany dalej „Ben”.

9 — Zwany dalej „Dutchtone”.

10 — Zwany dalej „Telfort”.

wane kolejne koncesje. Dostęp do rynku usług telefonii komórkowej był możliwy wyłącznie poprzez zawarcie porozumienia z przynajmniej jednym z tych pięciu operatorów.

o różne wynagrodzenia uzupełniające, w zależności od dystrybutora i sprzedanej umowy.

Pakiety prepaid oraz umowy postpaid (umowy abonamentowe) w Niderlandach

Spotkanie w dniu 13 czerwca 2001 r.

13. W przypadku oferty usług telefonii komórkowej rozróżnia się w Niderlandach tzw. pakiety prepaid i umowy abonamentowe. Pakiety prepaid charakteryzują się tym, że klient płaci z góry. Kupując lub doładowując kartę prepaid, uzyskuje on stan konta wyrażony w minutach połączeń telefonicznych, przy czym z rozmów może korzystać do wysokości zakupionego kredytu. Umowy abonamentowe wyróżniają się natomiast tym, że klient w późniejszym czasie zostaje obciążony za wykorzystane minuty połączeń telefonicznych w danym okresie czasu. Dodatkowo dochodzi do tego zwykle obowiązek uiszczenia stałej opłaty podstawowej, która może w niektórych przypadkach obejmować możliwość wykorzystania darmowych minut.

15. W dniu 13 czerwca 2001 r. miało miejsce spotkanie przedstawicieli operatorów oferujących usługi telefonii komórkowej na rynku niderlandzkim. Na tym spotkaniu mówiono między innymi o obniżeniu wynagrodzenia podstawowego dla dystrybutorów z tytułu pośrednictwa w zawieraniu umów abonamentowych, poczynwszy od około 1 września 2001 r. Jak wynika z postanowienia odsyłającego uczestnicy tego spotkania wymienili również pewną liczbę poufnych informacji<sup>12</sup>.

Postępowanie przed sądem krajowym

14. Przy zawarciu lub przedłużeniu umowy abonamentowej za pośrednictwem dystrybutora dostarcza on aparat telefoniczny, a operator — kartę SIM<sup>11</sup>. Ponadto operator zapewnia dystrybutorowi wynagrodzenie za każdą umowę zawartą z operatorem. To podstawowe wynagrodzenie operatora może być powiększone w niektórych przypadkach

16. Decyzją z dnia 30 grudnia 2002 r. (zwaną dalej „pierwotną decyzją”) NMa stwierdził, że Ben, Dutchtone, KPN, O<sub>2</sub> (Telfort) i Vodafone (dawniej Libertel-Vodafone) zawarły między sobą porozumienie lub uzgodniły wspólną praktykę. NMa doszedł do wniosku, że omawiane zachowania istotnie ograniczyły konkurencję i tym samym naruszyły zakaz ustanowiony w art. 6 ust. 1 Mw. Na mocy tej

11 — Karta SIM (*Subscriber Identity Module*) jest kartą chipową, która jest wkładana do telefonu komórkowego i służy do identyfikacji danego użytkownika w sieci. Karta stanowi jakby ruchome przyłącze telefoniczne użytkownika.

12 — Rząd niderlandzki dodaje, że informacje te dotyczyły zakresu, momentu oraz sposobów planowanego obniżenia podstawowego wynagrodzenia dystrybutorów.

decyzji NMa nałożył na zainteresowane przedsiębiorstwa grzywny.

w sprawie sprzeciwu i nakazał NMa wydanie nowej decyzji<sup>14</sup>.

17. Wszystkie pięć przedsiębiorstw wniosło sprzeciw od tej pierwszej decyzji.

18. Decyzją z dnia 27 września 2004 r. NMa uznał sprzeciwy wniesione przez T-Mobile (dawniej Ben), KPN, Orange (dawniej Dutch-tone), Vodafone i O<sub>2</sub> (Telfort) w części za zasadne i w części za bezzasadne. Chociaż nie uwzględnił on zarzutu porozumienia anty-konkurencyjnego, podtrzymał jednak zarzut uzgodnionych praktyk i stwierdził, że stanowią one nie tylko naruszenie art. 6 Mw, lecz również naruszenie art. 81 ust. 1 WE<sup>13</sup>. NMa obniżył jednak wysokość grzywnien.

19. Od tej decyzji T-Mobile, KPN, Orange, Vodafone i Telfort wniosły skargę do Rechtbank te Rotterdam.

20. Wyrokiem z dnia 13 lipca 2006 r. Rechtbank te Rotterdam uchylił tę decyzję

21. Od tego wyroku NMa i trzy zainteresowane przedsiębiorstwa — T-Mobile, KPN i Orange — wniosły odwołanie do College van Beroep voor het bedrijfsleven, sądu krajowego<sup>15</sup>. W postępowaniu przed sądem krajowym Vodafone nadal występuje jako strona, natomiast zgodnie z informacjami przekazanymi przez sąd krajowy nie jest tak w przypadku Orange.

#### **IV — Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i postępowanie przed Trybunałem**

22. Postanowieniem z dnia 31 grudnia 2007 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 9 stycznia 2008 r., College van Beroep voor het bedrijfsleven zawiesił postępowanie w sprawie i zwrócił się do Trybunału z następującymi trzema pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Jakie kryteria należy zastosować przy dokonywaniu oceny na podstawie art. 81 ust. 1 WE, czy uzgodnione

13 — Zgodnie z informacjami przekazanymi przez rząd niderlandzki, podłożem tego stwierdzenia jest wejście w życie rozporządzenia nr 1/2003, a w szczególności jego art. 3 ust. 1.

14 — Jak wynika z akt sprawy, Rechtbank te Rotterdam uznał, że udział Orange i Telfort w uzgodnionej praktyce nie został dowiedziony.

15 — Odwołanie NMa dotyczy udziału Orange w uzgodnionej praktyce. W postanowieniu odsyłającym sąd krajowy podtrzymuje jednak stanowisko niższej instancji, że udział Orange nie został dowiedziony.

praktyki mają na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku?

i Komisja Wspólnot Europejskich. NMa poparł uwagi przedstawione na piśmie przez rząd niderlandzki.

- 2) Czy art. 81 WE należy interpretować w ten sposób, że przy zastosowaniu tego postanowienia przez sąd krajowy dowód na istnienie związku przyczynowego między uzgodnieniem a zachowaniem na danym rynku winien zostać przeprowadzony i oceniony na podstawie przepisów prawa krajowego, o ile przepisy te nie są mniej korzystne niż te, które obowiązują w stosunku do identycznych postępowań krajowych, i nie uniemożliwiają lub przynajmniej dalece utrudniają skorzystanie z praw przyznanych przez wspólnotowy porządek prawny?

## V — Ocena

### A — *Dopuszczalność wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym*

- 3) Czy przy stosowaniu pojęcia uzgodnionych praktyk w rozumieniu art. 81 WE domniemanie istnienia związku przyczynowego między uzgodnieniem a zachowaniem na rynku obowiązuje również wtedy, gdy uzgodniona praktyka miała miejsce tylko raz i przedsiębiorstwo, które brało w nim udział, dalej działa na rynku, czy też tylko w przypadkach, gdy uzgodnione praktyki były stosowane z pewną regularnością w dłuższym okresie czasu?.

24. W odniesieniu do dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy krótko wspomnieć o dwóch aspektach.

25. Po pierwsze, sąd krajowy zastanawia się nad wykładnią art. 81 ust. 1 WE, mimo że sporna w postępowaniu krajowym decyzja NMa opiera się przede wszystkim na krajowym prawie konkurencji (art. 6 ust. 1 Mw).

23. W trakcie postępowania przed Trybunałem uwagi ustne oraz pisemne przedstawiły T-Mobile, KPN, Vodafone, rząd niderlandzki

26. Bezsporne jest jednak, że treść art. 6 ust. 1 Mw opiera się całkowicie na stano-

wiąącym jego odpowiednik w prawie wspólnotowym postanowieniu art. 81 ust. 1 WE. W takim przypadku z utrwalonego orzecznictwa wynika, że w interesie Wspólnoty leży niewątpliwie to, by przepisy lub pojęcia przejęte z prawa wspólnotowego były interpretowane w sposób jednolity<sup>16</sup>.

27. Ponadto art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 zobowiązuje NMa do stosowania w stosunku do uzgodnionych praktyk, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, oprócz przepisu krajowego art. 6 Mw, również art. 81 WE. W konsekwencji w decyzji w sprawie sprzeciwu NMa przywołał jako podstawę prawną nie tylko art. 6 ust. 1 Mw, ale także art. 81 ust. 1 WE. A zatem art. 81 ust. 1 WE odgrywa w niniejszym przypadku rolę nie tylko pośrednio, jako punkt odniesienia dla wykładni art. 6 ust. 1 Mw, lecz również bezpośrednio, jako przepis stosowany w postępowaniu przed sądem krajowym.

28. W konsekwencji nie ma podstaw, by wątpić w istotność dla rozstrzygnięcia sporu pytań, z którymi zwrócił się sąd krajowy w przedmiocie wykładni art. 81 WE i związku między prawem wspólnotowym a krajowym prawem konkurencji.

29. Po drugie, Vodafone podnosi, że nie jest konieczne udzielenie odpowiedzi na pierwsze pytanie prejudycjalne, ponieważ stan prawny został już wyjaśniony w opublikowanych przez Komisję wytycznych<sup>17</sup>. W tym zakresie należy z jednej strony zauważyć, że komunikaty Komisji nie są wiążące prawnie, a tym samym nie mogą przesądzać o wykładni Trybunału w postępowaniu na podstawie art. 234 WE. Z drugiej strony wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym pozostawałby dopuszczalny, nawet jeżeli stan prawny byłby jasny, wchodziłaby bowiem wówczas w rachubę odpowiedź w drodze postanowienia Trybunału na podstawie art. 104 § 3 regulaminu postępowania.

30. Wreszcie Vodafone twierdzi, że oczywiste jest, iż sporna w niniejszej sprawie uzgodniona praktyka nie miała antykonkurencyjnego celu. W świetle zacieklego sporu dotyczącego tych pytań, który strony toczą zarówno w postępowaniu przed sądem krajowym, jak i przed Trybunałem, ocena ta wydaje się błędna.

31. Podsumowując, wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest zatem w całości dopuszczalny.

16 — Zobacz ostatnio wyroki: z dnia 14 grudnia 2006 r. w sprawie C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, Zb.Orz. s. I-11987, pkt 19, 20; z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-280/06 *ETI i in.*, Zb.Orz. s. I-10893, pkt 21, 26 i przytoczone tam orzecznictwo.

17 — Vodafone odnosi się przy tym do pkt 21 i 22 komunikatu Komisji — „Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 traktatu” (Dz.U. 2004, C 101, s. 97).

B — Ocena pytań prejudycjalnych co do istoty

32. Trzy pytania sądu krajowego zmierzają łącznie do wyjaśnienia, jakie wymogi należy zastosować dla stwierdzenia antykonkurencyjnej uzgodnionej praktyki w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE.

33. Nie chodzi przy tym tak bardzo o definicję uzgodnionej praktyki jako takiej. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem uzgodniona praktyka oznacza pewien rodzaj koordynacji pomiędzy przedsiębiorstwami, która wprawdzie nie prowadzi jeszcze do zawarcia umowy we właściwym tego słowa znaczeniu, lecz pozwala świadomie na zastąpienie konkurencji wraz z jej zagrożeniami praktyczną współpracą przedsiębiorstw<sup>18</sup>.

34. Podstawową kwestią w niniejszej sprawie jest raczej dokonanie oceny antykonkurencyjności uzgodnionych praktyk oraz związane z tym rozgraniczenie pomiędzy uzgodnionymi praktykami, których antykonkurencyjność wynika dopiero z *ich skutków*, i takich,

które należy uznać za antykonkurencyjne już z uwagi na ich cel. Szczególnie w odniesieniu do ostatniego przypadku sąd krajowy jest bowiem niepewny co do tego, czy i w jakim zakresie stwierdzenie antykonkurencyjnego celu wymaga badania konkretnych danych rynkowych, zachowania na rynku zainteresowanych przedsiębiorstw oraz wpływu ich zachowania na konkurencję.

1. W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego: kryteria dla przyjęcia uzgodnionej praktyki, której celem jest ograniczenie konkurencji

35. Poprzez pytanie pierwsze sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, na podstawie jakich kryteriów należy oceniać, czy celem uzgodnionej praktyki jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku.

36. Jak wiadomo, NMa zarzucał grupie niderlandzkich przedsiębiorstw świadczących usługi telefonii komórkowej, że przy okazji spotkania w czerwcu 2001 r. wymieniły poufne informacje i prowadziły dyskusje na ich temat, co z kolei doprowadziło do koordynacji ich zachowania na rynku w zakresie obniżenia niektórych prowizji dla swoich dystrybutorów.

18 — Wyroki z dnia 14 lipca 1972 r.: w sprawie 48/69 Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji, zwany „wyrokiem w sprawie ICI przeciwko Komisji”, Rec. s. 619, pkt 64; w sprawie 52/69 Geigy przeciwko Komisji, Rec. s. 787, pkt 26; wyroki: z dnia 16 grudnia 1975 r. w sprawach połączonych od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73 Suiker Unie i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 1663, pkt 26; z dnia 14 lipca 1981 r. w sprawie 172/80 Züchner, Rec. s. 2021, pkt 12; ponadto wyroki z dnia 8 lipca 1999 r.: w sprawie C-49/92 P Komisja przeciwko Anic Partecipazioni, Rec. s. I-4125, pkt 115; w sprawie C-199/92 P Hüls przeciwko Komisji, Rec. s. I-4287, pkt 158.

37. Celem każdej wymiany informacji pomiędzy konkurentami nie musi być zawsze zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE<sup>19</sup>.

38. Istnienie celu antykonkurencyjnego należy oceniać raczej, biorąc od uwagę okoliczności konkretnego przypadku. Właściwe są przy tym takie same kryteria jak w przypadku oceny porozumień między przedsiębiorstwami i decyzji związków przedsiębiorstw, o których mowa w art. 81 ust. 1 WE<sup>20</sup>. A zatem orzecznictwo w przedmiocie porozumień i decyzji można przenieść na ustalone praktyki przedsiębiorstw.

39. Punktem wyjścia dla przyjęcia celu antykonkurencyjnego jest zatem treść<sup>21</sup> oraz cele<sup>22</sup> uzgodnionych praktyk, przy czym subiektywne zamiary uczestników mogą być brane

pod uwagę posiłkowo, ale nie są rozstrzygające<sup>23</sup>. W każdym razie należy ponadto wziąć pod uwagę kontekst gospodarczy i prawny, w którym występuje uzgodniona praktyka<sup>24</sup>.

40. W niniejszym przypadku do powstania sporu doprowadziły przede wszystkim treść i kontekst gospodarczy uzgodnienia zachowania pomiędzy niderlandzkimi przedsiębiorstwami świadczącymi usługi telefonii komórkowej. Mówiąc prościej, zarówno sądowi krajowemu, jak i T-Mobile, KPN i Vodafone nasuwają się wątpliwości, czy z uwagi na przedmiot zachowania oraz towarzyszący mu kontekst gospodarczy można mówić o celu antykonkurencyjnym w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE.

41. To na tle tych wątpliwości zostaną poniżej bliżej objaśnione kryteria, według których należy dokonywać oceny antykonkurencyjności celu uzgodnionej praktyki, takiej jak sporna praktyka w postępowaniu przed sądem krajowym.

19 — Istnienie takiego celu zostało odrzucone na przykład w wyroku z dnia 23 listopada 2006 r. w sprawie C-238/05 *Asnef-Equifax*, Zb.Orz. s. I-11125, pkt 46–48 w odniesieniu do hiszpańskiego systemu wymiany informacji kredytowych.

20 — Wyżej wymienione w przypisie 18 wyroki: w sprawie ICI przeciwko Komisji, pkt 60, 65; w sprawie Komisja przeciwko Anic Participazioni, pkt 112, 123; w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 164.

21 — Wyroki: z dnia 30 czerwca 1966 r. w sprawie 56/65 LTM, Rec. s. 337, 359; z dnia 8 listopada 1983 r. w sprawach połączonych od 96/82 do 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 i 110/82 IAZ International Belgium i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 3369, pkt 25; z dnia 20 listopada 2008 r. w sprawie C-209/07 *Beef Industry Development Society i Barry Brothers*, zwany „wyrokiem w sprawie BIDS”, Zb.Orz. s. I-8637, pkt 16.

22 — Wyżej wymieniony w przypisie 21 wyrok w sprawie LTM, s. 359; wyroki: z dnia 1 lutego 1978 r. w sprawie 19/77 *Miller International Schallplatten* przeciwko Komisji, Rec. s. 131, pkt 7; z dnia 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29/83 i 30/83 *CRAM i Rheinzink* przeciwko Komisji, Rec. s. 1679, pkt 26; z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-551/03 *P General Motors* przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-3173, pkt 66; ww. w przypisie 21 wyrok BIDS, pkt 21.

23 — Wyżej wymieniony w przypisie 21 wyrok w sprawie IAZ International Belgium i in. przeciwko Komisji, pkt 25; ww. w przypisie 22 wyrok w sprawie *General Motors* przeciwko Komisji, pkt 77, 78; podobnie ww. w przypisie 21 wyrok w sprawie BIDS, pkt 21.

24 — Wyżej wymienione w przypisie 21 wyroki: w sprawie LTM, s. 359, w sprawie IAZ International Belgium i in. przeciwko Komisji, pkt 25; ww. w przypisie 22 wyroki w sprawach połączonych *CRAM i Rheinzink* przeciwko Komisji, pkt 26; w sprawie *General Motors* przeciwko Komisji, pkt 66; ww. w przypisie 21 wyrok w sprawie BIDS, pkt 16; zob. podobnie wyrok z dnia 13 lipca 1966 r. w sprawach połączonych 56/64 i 58/64 *Consten i Grundig* przeciwko Komisji, Rec. s. 429, 496.

a) Uwagi ogólne na temat pojęcia celu antykonkurencyjnego

42. W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że cel antykonkurencyjny i skutek antykonkurencyjny nie są przesłankami kumulatywnymi, lecz alternatywnymi zakazu uregulowanego w art. 81 ust. 1 WE<sup>25</sup>. Inaczej mówiąc, uzgodnione praktyki są zakazane niezależnie od ich skutków już wtedy, gdy mają antykonkurencyjny cel<sup>26</sup>. Uwzględnienie rzeczywistych skutków uzgodnionej praktyki jest zbędne, jeśli okazuje się, że ma ona *na celu* zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku<sup>27</sup>. Tego rodzaju praktyka jest bowiem zakazana, nawet jeśli na rynku nie występują skutki antykonkurencyjne<sup>28</sup>.

43. Zakazanie praktyki wyłącznie z powodu jej antykonkurencyjnego celu uzasadnia się

25 — Wyżej wymienione w przypisie 21 wyroki: w sprawie LTM, s. 359 i n.; w sprawie BIDS, pkt 15; zob. również wyrok z dnia 17 lipca 1997 r. w sprawie C-219/95 P Ferriere Nord przeciwko Komisji, Rec. s. I-4411, pkt 13–15.

26 — Wyżej wymienione w przypisie 18 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Anic Participazioni, pkt 123; w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 164; wyrok z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-235/92 P Montecatini przeciwko Komisji, Rec. s. I-4539, pkt 124.

27 — Utrwalone orzecznictwo od czasu ww. w przypisie 24 wyroku w sprawach połączonych Consten i Grundig przeciwko Komisji, s. 496 i nast.; zob. na przykład wyrok z dnia 30 stycznia 1985 r. w sprawie 123/83 Clair, Rec. s. 391, pkt 22, a ostatnio wyroki: 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 491; 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 261; z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-105/04 P Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-8725, pkt 125; ww. w przypisie 21 wyrok w sprawie BIDS, pkt 15; wyrok z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawach połączonych C-101/07 P i C-110/07 P Coop de France bétail et viande przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-10193, pkt 87.

28 — Wyżej wymienione w przypisie 18 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Anic Participazioni, pkt 122; w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 163; ww. w przypisie 26 wyrok w sprawie Montecatini przeciwko Komisji, pkt 123.

tym, że pewne formy zмовy między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji<sup>29</sup>. Zakazanie takich praktyk, które są *same w sobie* bezsprzecznie społecznie szkodliwe, (tzw. „zakazy same w sobie”) wprowadza stan pewności prawa i umożliwia wszystkim uczestnikom rynku odpowiednio dopasowanie swoich działań. Ponadto w ten sposób zasoby organów ochrony konkurencji oraz sądów mogą być wykorzystywane w bardziej sensowny sposób.

44. Z pewnością pojęcie uzgodnionej praktyki, mającej cel antykonkurencyjny nie może być interpretowane nadmiernie szeroko<sup>30</sup> z uwagi na daleko idące konsekwencje, na które mogą się narazić zainteresowane przedsiębiorstwa w przypadku naruszenia art. 81 ust. 1 WE<sup>31</sup>. Jednocześnie pojęcie to nie może być jednak interpretowane nadmiernie zawężająco, tak aby nie prowadziło to do zniesienia ugruntowanego w prawie pierwotnym zakazu „naruszeń ze względu na cel” i pozbawienia po części w ten sposób art. 81 ust. 1 WE jego

29 — Wyżej wymieniony w przypisie 21 wyrok w sprawie BIDS, pkt 17.

30 — W przedmiocie zasadniczo „ograniczającego charakteru” art. 81 ust. 1 WE (dawny art. 85 ust. 1 traktatu WE) zob. wyrok z dnia 29 lutego 1968 r. w sprawie 24/67 Parke, Davis i Co. Rec. s. 81, 109.

31 — Zgodnie z art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 1/2003 każdemu uczestniczącemu przedsiębiorstwu, które umyślnie lub w wyniku zaniedbania narusza art. 81 WE grozi grzywna w wysokości do 10% całkowitego obrotu uzyskanego w poprzedzającym roku obrotowym (zob. art. 5 ust. 1 tiret czwarte w przypadku nałożenia kar przez organy krajowe). Niezależnie od tej kary, zgodnie z art. 7 ust. 1 (art. 5 ust. 1 tiret pierwsze) rozporządzenia nr 1/2003 w drodze decyzji można nakazać przedsiębiorstwu, by zaprzestało takiego naruszenia. Do tego dochodzą jeszcze roszczenia odszkodowawcze osób trzecich.

skuteczności. Już z brzmienia art. 81 ust. 1 WE wynika, że zakazane są zarówno uzgodnione praktyki mające cel antykonkurencyjny, jak i te mające antykonkurencyjny skutek<sup>32</sup>.

45. Natomiast inaczej niż wydaje się sądzić sąd krajowy zakaz „naruszeń ze względu na cel” nie może być rozumiany na przykład w ten sposób, że cel antykonkurencyjny prowadzi jedynie do powstania pewnego rodzaju domniemania niezgodności z prawem, które jednak może zostać obalone, gdy nie można w konkretnym przypadku wykazać negatywnych skutków w odniesieniu do rynku<sup>33</sup>. Taka wykładnia sprowadzałaby się bowiem do przemieszania w niedopuszczalny sposób obu przypadków występujących w art. 81 ust. 1 WE niezależnie od siebie: z jednej strony zakaz zмовы mającej cel antykonkurencyjny, a z drugiej strony zakaz zмовы mającej skutek antykonkurencyjny.

46. Zbyt daleko idące byłoby zatem przyjęcie, iż cel antykonkurencyjny zależy od faktycznego stwierdzenia istnienia lub braku w danym przypadku konkretnych skutków, niezależnie od tego, czy rozumie się przez to skutki w odniesieniu do konkurentów, konsumentów czy ogółu społeczeństwa. Aby przewidziany w art. 81 ust. 1 WE zakaz

znalazł zastosowanie wystarczy już, by uzgodniona praktyka na podstawie istniejących doświadczeń mogła mieć negatywny wpływ na konkurencję<sup>34</sup>. Innymi słowy uzgodniona praktyka musi być jedynie *konkretnie* — tzn. uwzględniając jej obecny kontekst prawny i gospodarczy — *zdolna*<sup>35</sup> doprowadzić do zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji wewnątrz wspólnego rynku. Czy i w jakim stopniu taki skutek antykonkurencyjny faktycznie występuje może mieć znaczenie w przypadku ustalania wysokości ewentualnych grzywien oraz w odniesieniu do roszczeń o odszkodowanie.

47. Wreszcie wynikający z art. 81 ust. 1 WE zakaz „naruszeń konkurencji ze względu na cel” przypomina znane z prawa karnego *przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo*: kto prowadzi samochód pod wpływem dużej ilości alkoholu lub narkotyków w większości porządków prawnych podlega sankcjom karnym lub porządkowym, i to całkowicie niezależnie od tego, czy faktycznie naraził on kogoś w ruchu drogowym na niebezpieczeństwo lub w ogóle spowodował wypadek. Podobnie, europejskie prawo konkurencji naruszają przedsiębiorstwa i można na nie nałożyć grzywnę, jeżeli posługują się na rynku uzgodnionymi praktykami mającymi cel antykonkurencyjny. Bez znaczenia jest przy tym, czy w konkretnym przypadku określony uczestnik rynku lub ogół społeczeństwa rzeczywiście poniósł szkodę.

32 — Podobnie ww. w przypisie 18 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Anic Partecipazioni, pkt 125; w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 166; ww. w przypisie 26 wyrok w sprawie Montecatini przeciwko Komisji, pkt 126.

33 — Sąd krajowy nie mówi dosłownie o zasadzie domniemania, podkreśla jednak konieczność zapobiegania „pozytywnym błędnym skutkom”.

34 — W odniesieniu do tej kwestii pkt 21 ww. w przypisie 17 komunikatu Komisji.

35 — Podobnie — w kontekście art. 82 WE — moja opinia przedstawiona w dniu 23 lutego 2006 r. w sprawie C-95/04 P British Airways przeciwko Komisji, Zb.Orz. 2007, s. I-2331, pkt 68–74.

48. Nic innego nie wynika również z wyroku Sądu Pierwszej Instancji w sprawie Glaxo-SmithKline Services przeciwko Komisji<sup>36</sup>, na który powołuje się KPN. Paradoksalnie w nadzwyczaj niezrozumiale sformułowanym pkt 147 tegoż wyroku czytamy, że antykonkurencyjny charakter postanowienia nie może wynikać wyłącznie z jego treści postrzeganej w towarzyszącym mu kontekście, lecz należy „koniecznie” również rozważyć jego skutki. Według mnie ma to jedynie potwierdzać, że cel porozumienia (lub praktyki) powinien być oceniany nie w sposób abstrakcyjny, lecz konkretnie — tzn. przy uwzględnieniu jego kontekstu prawnego i gospodarczego, przy czym należy brać pod uwagę także specyfikę danego rynku. W sprawie GlaxoSmithKline Services specyfika ta polega zdaniem Sądu na tym, że ceny chronione były w dużej mierze z racji uregulowań wydanych przez państwo przed wolną grą popytu i podaży oraz były ustanawiane lub kontrolowane przez władze publiczne. Jeżeli przyjąć taki sposób rozumienia, nie występuje żadna sprzeczność pomiędzy pkt 147 wyroku w sprawie Glaxo-SmithKline Services przeciwko Komisji a tym, co powiedziałam w pkt 46 niniejszej opinii. Gdyby natomiast pkt 147 wyroku w sprawie GlaxoSmithKline Services przeciwko Komisji należało rozumieć w ten sposób, że dla przyjęcia celu antykonkurencyjnego w każdym wypadku („koniecznie”) wymagane jest również stwierdzenie konkretnego wpływu na konkurencję, wówczas Sąd Pierwszej Instancji naruszyłby prawo.

49. Przyjęcie celu antykonkurencyjnego nie wymaga bowiem — jak wskazano powyżej — badania konkretnych skutków uzgodnionej praktyki, lecz jedynie *konkretnej zdolności* tejej praktyki do wywierania skutków antykonkurencyjnych.

36 — Wyrok z dnia 27 września 2006 r. w sprawie T-168/01 GlaxoSmithKline Services przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-2969.

b) Cel antykonkurencyjny w przypadku takim jak niniejszy

50. Stwierdzona w niniejszym przypadku uzgodniona praktyka została przez NMa przypisana okoliczności, że pomiędzy licznymi niderlandzkimi operatorami usług telefonii komórkowej doszło do wymiany informacji dotyczących planowanego przez nich obniżenia niektórych prowizji dla ich dystrybutorów.

51. Tego rodzaju wymiana informacji handlowych między konkurentami, która dotyczy zamierzonego przez nich zachowania na rynku, może zasadniczo mieć skutki antykonkurencyjne, ponieważ może ona prowadzić do zmniejszenia lub w ogóle do zniesienia poziomu niepewności co do funkcjonowania rynku i w konsekwencji do ograniczenia konkurencji między obecnymi na rynku przedsiębiorstwami<sup>37</sup>. Nie ma znaczenia w tym kontekście, czy taka wymiana informacji stanowiła główny przedmiot nawiązania kontaktu między przedsiębiorstwami, czy też nastąpiła jedynie przy okazji (względnie pod pozorem) nawiązania kontaktu, które samo w sobie nie miało celu sprzecznego z prawem<sup>38</sup>.

37 — Wyroki: z dnia 28 maja 1998 r. w sprawie C-7/95 P Deere przeciwko Komisji, Rec. s. I-3111, pkt 88 w związku z pkt 90; z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C-194/99 P Thyssen Stahl przeciwko Komisji, Rec. s. I-10821, pkt 81; ww. w przepisie 19 wyrok w sprawie Asnef-Equifax, pkt 51, 62; podobnie ww. w przepisie 18 wyrok w sprawie ICI przeciwko Komisji, pkt 101, 112, 119.

38 — Podobnie ww. w przepisie 22 wyrok w sprawie General Motors przeciwko Komisji, pkt 64; ww. w przepisie 21 wyrok w sprawie BIDS, pkt 21.

— Problematyka wymiany informacji pomiędzy konkurentami w kontekście stosowanego w prawie konkurencji postulatu autonomii

52. Należy zauważyć, że autonomia podmiotów gospodarczych należy do podstawowych warunków właściwego działania konkurencji. W tym zakresie także postanowienia traktatu WE z zakresu konkurencji oparte są na założeniu, że każdy podmiot gospodarczy winien określać w sposób autonomiczny politykę, jaką zamierza realizować na wspólnym rynku. Ten postulat autonomii sprzeciwia się wszelkim kontaktom między podmiotami gospodarczymi, tak bezpośrednim jak i pośrednim, przez które przedsiębiorstwo mogłoby wywrzeć wpływ na zachowanie swojego konkurenta na rynku, bądź ujawnić mu swoje plany lub zamiary, które chce realizować na rynku, jeżeli kontakty mogą w ten sposób doprowadzić do warunków konkurencji, które nie odpowiadają normalnym warunkom konkurencji na danym rynku<sup>39</sup>.

53. Znajduje to tym bardziej zastosowanie, jeżeli wymiana informacji dotyczy rynku, który ma silnie skoncentrowany oligopolistyczny charakter<sup>40</sup>. Właśnie taką strukturę wydawał się wykazywać niderlandzki rynek

usług telefonii komórkowej w 2001 roku. Jak wynika z postanowienia odsyłającego, jedynie pięć przedsiębiorstw dysponowało tam wówczas własnymi sieciami ruchomymi, przy czym jedno z nich — KPN — osiągnęło udział w rynku przekraczający nawet 40%, podczas gdy z powodu braku dostępnych koncesji nadbudowa dalszych niezależnych sieci nie była możliwa<sup>41</sup>.

54. W tym kontekście nie ma znaczenia, czy tylko jedno przedsiębiorstwo poinformuje swoich konkurentów jednostronnie o tym, w jaki sposób zamierza zachować się na rynku, czy też wszystkie przedsiębiorstwa obecne na rynku wzajemnie informują się o swoich określonych planach i zamiarach. Gdy już bowiem tylko jedno przedsiębiorstwo wychodzi z ukrycia i zdradza swoim konkurentom poufne informacje dotyczące swojej przyszłej polityki handlowej, dla wszystkich uczestników zmniejsza się niepewność co do przyszłego funkcjonowania rynku i powstaje niebezpieczeństwo ograniczenia konkurencji oraz zмовy między nimi.

— Brak konieczności bezpośredniego przełożenia na ceny detaliczne

55. Sąd krajowy, KPN oraz Vodafone twierdzą, że w niniejszym przypadku wymiana informacji i uzgodniona praktyka dotyczyły jedynie prowizji dystrybutorów i nie

39 — Wyżej wymienione w przypisie 18 wyroki: w sprawie Suiker Unie i in. przeciwko Komisji, pkt 173, 174; w sprawie Züchner, pkt 13, 14; ww. w przypisie 37 wyrok w sprawie Deere przeciwko Komisji, pkt 86, 87; ww. w przypisie 18 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Anic Partecipazioni, pkt 116, 117; w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 159, 160; ww. w przypisie 19 wyrok w sprawie Asnef-Equifax, pkt 52, 53; zobacz podobnie ww. w przypisie 21 wyrok w sprawie BIDS, pkt 34.

40 — Wyżej wymieniony w przypisie 37 wyrok w sprawie Deere przeciwko Komisji, pkt 88 w związku z pkt 90; ww. w przypisie 19 wyrok w sprawie Asnef-Equifax, pkt 58; w ww. w przypisie 37 wyroku w sprawie Thyssen Stahl przeciwko Komisji, pkt 86, 87. Trybunał wyjaśnia, że system wymiany informacji może również wtedy naruszać zasady konkurencji, gdy rozpatrywany rynek *nie* ma silnie skoncentrowanego oligopolistycznego charakteru.

41 — Zobacz w odniesieniu do tej kwestii pkt 12 niniejszej opinii.

miały żadnego bezpośredniego wpływu na ceny detaliczne. Wskazują oni, iż ceny detaliczne ustalane są wyłącznie w stosunkach między danym operatorem usług telefonii komórkowej a jego klientem i dystrybutor nie ma na to żadnego wpływu.

gólnych konkurentów lub konsumentów, lecz *struktury rynku* i przez to *konkurencji jako takiej (jako instytucji)*. Pośrednio w ten sposób chroniony jest również konsument, gdyż tam, gdzie zakłócona zostaje konkurencja jako taka należy obawiać się również niekorzystnych warunków dla konsumenta <sup>42</sup>.

56. Niniejszy argument nie jest zasadny. Uzgodnione praktyki mogą mieć cel antykonkurencyjny, nawet jeśli nie wywierają bezpośredniego wpływu na konsumentów i na ceny, które muszą oni płacić.

57. Już z brzmienia art. 81 ust. 1 WE wynika, iż ogólnie sprzeciwia się on zapobieganiu, ograniczaniu lub zakłócaniu konkurencji wewnątrz wspólnego rynku. W katalogu rozmaitych przykładów, które zostały wymienione w art. 81 ust. 1 lit. a)–e) WE, nie znajduje się żadne ograniczenie tego rodzaju, by zakazane były jedynie antykonkurencyjne praktyki handlowe oddziałujące bezpośrednio na konsumenta.

58. Artykuł 81 WE jest raczej częścią systemu, który powinien zapewniać niezakłóconą konkurencję na rynku wewnętrznym [art. 3 ust. 1 lit. g) WE]. Dlatego też celem art. 81 WE, podobnie jak i pozostałych postanowień traktatu dotyczących konkurencji, nie jest jedynie ani w pierwszym rzędzie ochrona bezpośrednich interesów poszczegól-

59. Uzgodniona praktyka w żadnym razie nie ma zatem celu antykonkurencyjnego dopiero wtedy, gdy może ona wyrzucić skutek bezpośrednio na konsumenta i wpływać na ceny, które musi on płacić lub na — jak to określa T-Mobile — „consumer welfare”. Cel antykonkurencyjny należy raczej przyjąć już wtedy, gdy uzgodniona praktyka może zapobiec, ograniczyć lub zakłócić konkurencję wewnątrz wspólnego rynku. Wskazuje to bowiem na fakt, że uzgodniona praktyka może wywoływać również, przynajmniej pośrednio, negatywne skutki dla konsumentów.

60. Zawężenie zawartego w art. 81 ust. 1 WE zakazu wyłącznie do sposobu zachowania mającego bezpośredni wpływ na ceny detaliczne pozbawiłoby centralne dla rynku wewnętrznego postanowienie dużej części jego praktycznej skuteczności.

<sup>42</sup> — Zobacz pkt 68 ww. w przypisie 35 mojej opinii w sprawie British Airways przeciwko Komisji.

— Wystarczająca jest także wymiana informacji dotyczących poszczególnych parametrów konkurencji

61. Wbrew twierdzeniom sądu krajowego nie jest ponadto konieczne, by uzgodnienie zachowania rozciągało się na wszystkie parametry konkurencji. Uzgodnienie może mieć cel antykonkurencyjny również wtedy, gdy dotyczy tylko poszczególnych parametrów konkurencji, takich jak na przykład w niniejszej sprawie podstawowe wynagrodzenia dystrybutorów.

62. W istocie, jeżeli dane przedsiębiorstwo jednostronnie obniża prowizje przyznawane swoim dystrybutorom, powoduje to zazwyczaj u danego dystrybutora mniejszą zachętę do pośredniczenia w zawieraniu umów między danym przedsiębiorstwem a konsumentami końcowymi. W zależności od przypadku może to stanowić czynnik zagrażający udziałowi w rynku zainteresowanego przedsiębiorstwa, ponieważ niezależni dystrybutorzy<sup>43</sup> mogą być bardziej zainteresowani pośrednictwem w sprzedaży konsumentom końcowym produktów innego przedsiębiorstwa<sup>44</sup>. Przedsiębiorstwa unikają tego — istniejącego jednak w normalnych warunkach konkurencji — ryzyka gospodarczego lub je zmniejszają, jeżeli nie obniżają one swoich prowizji jednostronnie, lecz — jak to ma miejsce w niniejszej sprawie — w ramach uzgodnionej praktyki mniej lub bardziej jednocześnie, ponieważ zmniejszają w ten sposób niepewność co do zachowania się na rynku swoich konkurentów. W ten sposób

może dojść do zapobieżenia, a przynajmniej do ograniczenia lub zakłócenia konkurencji wewnątrz wspólnego rynku. W konsekwencji tego rodzaju uzgodnienie zachowania ma cel antykonkurencyjny.

63. Należy dodać, że w tym przypadku prowizje dystrybutorów, z punktu widzenia operatora sieci ruchomej, stanowią cenę za zakup usług, świadczonych im przez danych dystrybutorów przy zawieraniu umów abonentowych. Jak trafnie podniosła Komisja, z zawartego w art. 81 ust. 1 lit. a) WE przykładu wynika, że uzgodniona praktyka w zakresie cen zakupu ma zakazany przez prawo wspólnotowe cel antykonkurencyjny.

— W przedmiocie wpływu warunków rynkowych na zachowanie konkurentów

64. Vodafone podnosi następnie, że z uwagi na panujące w tamtym okresie warunki rynkowe podstawowe wynagrodzenia dystrybutorów i tak musiałyby ulec obniżeniu. Równoległemu zachowaniu przedsiębiorstw nie można przypisać celu antykonkurencyjnego, jeżeli zachowanie to można wytłumaczyć na podstawie struktury rynku oraz panującej na nim sytuacji gospodarczej.

65. Również ten argument mnie nie przekonuje, i to mimo że ocena dokonana przez Vodafone odpowiada ówczesnie istniejącym warunkom rynkowym.

43 — Według danych rządu niderlandzkiego przy zawieraniu większości umów abonentowych w 2001 r. w Niderlandach pośredniczyli niezależni dystrybutorzy.

44 — Zgodnie z postanowieniem odsyłającym w niniejszej sprawie sprzedawca określa również, w jaki sposób będzie dokonywał sprzedaży konsumentom umów abonentowych oraz jakie starania będzie musiał w tym kierunku poczynić.

66. Wprawdzie nie każde równoległe zachowanie konkurentów na rynku musi być bezwzględnie tłumaczone tym, że konkurenci uzgodnili praktykę mającą cel antykonkurencyjny<sup>45</sup>. Również ogólna sytuacja panująca na rynku może prowadzić do tego, że wszystkie przedsiębiorstwa działające na danym rynku w podobny sposób zdecydowały się na dostosowanie swojego zachowania na rynku<sup>46</sup>.

67. Odnosnie do dokładnego momentu, zakresu i sposobów dostosowania, które ma przeprowadzić dane przedsiębiorstwo, mogą jednak nadal występować istotne niepewności. Wymiana informacji, która właśnie może usunąć te niepewności między uczestnikami, ma cel antykonkurencyjny. Według dostępnych danych właśnie do takiej wymiany informacji doszło w niniejszej sprawie i tym zasadniczo różni się ona od sprawy Zellstoff, na którą powołuje się Vodafone<sup>47</sup>.

68. Przedmiotem wymiany informacji przy okazji spotkania w czerwcu 2001 r. była bowiem nie tyle okoliczność, że dojdzie do dostosowania niektórych prowizji — wydaje

się, że przynajmniej w przypadku jednego z konkurentów zostało to już ujawnione wcześniej — co raczej kwestia tego, *jak* w danym wypadku to dostosowanie zostanie przeprowadzone, tzn. w jakim momencie, zakresie i według jakich zasad poszczególne przedsiębiorstwa obniżą podstawowe wynagrodzenia dystrybutorów.

69. Nic nie wskazuje też na to, by kontekst ekonomiczny w 2001 roku wykluczał wszelką możliwość skutecznej konkurencji w odniesieniu do momentu, zakresu i sposobów ewentualnego obniżenia podstawowych wynagrodzeń dystrybutorów<sup>48</sup>.

70. Artykuł 81 WE nie stoi na przeszkodzie temu, by podmioty gospodarcze dostosowywały swoje zachowanie do specyfiki danego rynku i przy tym mądrze reagowały zarówno na ewentualne zmiany ekonomicznych i prawnych warunków ramowych, jak i na ewentualne zmiany w zachowaniu innych przedsiębiorstw na rynku<sup>49</sup>. Artykuł 81 WE zakazuje jednak podejmowania takich dostosowań z pominięciem reguł wolnej konkurencji, na przykład w drodze uzgodnienia między konkurentami ich przyszłego zachowania na rynku, i unikania w ten sposób presji wynikającej z konkurencji i związanych z nią zagrożeń rynku.

45 — Wyrok z dnia 31 marca 1993 r. w sprawach połączonych C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i od C-125/86 do C-129/85 Ahlström Osakeyhtiö i in. przeciwko Komisji, zwany „wyrokiem w sprawie Zellstoff II”, Rec. s. I-1307, pkt 126; podobnie ww. w przypisie 22 wyrok w sprawie CRAM i Rheinzink przeciwko Komisji, pkt 20 w związku z pkt 18.

46 — Podobnie także opinia rzecznika generalnego H. Mayrasa przedstawiona w dniu 2 maja 1972 r. w sprawie ICI przeciwko Komisji, w której wydano ww. w przypisie 18 wyrok, na którą powołuje się Vodafone. Według rzecznika generalnego H. Mayrasa, aby zakwalifikować zachowanie jako uzgodnioną praktykę w rozumieniu art. 85 ust 1 traktatu EWG (obecnie art. 81 ust. 1 WE) konieczne jest, by zachowanie to „nie wynikało lub przynajmniej nie wynikało z *głównej mierze* ze struktury rynku i panującej na nim sytuacji gospodarczej” (zob. tytuł pierwszy, część pierwsza, lit. D te same opinie; wyróżnienie także w tekście oryginalnym).

47 — Wyżej wymieniony w przypisie 45 wyrok w sprawie Zellstoff II; Vodafone powołuje się na pkt 85–88, 123, 124 tego wyroku, które nie zawierają jednak w ogóle argumentacji prawnej Trybunału.

48 — Podobnie wyroki: z dnia 29 października 1980 r. w sprawach połączonych od 209/78 do 215/78 i 218/78 van Landewyck i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 3125, pkt 153; z dnia 10 grudnia 1985 r. w sprawach połączonych od 240/82 do 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 i 269/82 Stichting Sigarettindustrie i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 3831, pkt 24–29; ww. w przypisie 26 wyrok w sprawie Montecatini przeciwko Komisji, pkt 127.

49 — Wyżej wymienione w przypisie 18 wyroki: w sprawie Suiker Unie i in. przeciwko Komisji, pkt 174; w sprawie Züchner, pkt 14; ww. w przypisie 37 wyrok w sprawie Deere przeciwko Komisji, pkt 87; ww. w przypisie 18 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Anic Partecipazioni, pkt 117; w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 160; ww. w przypisie 19 wyrok w sprawie Asnef-Equifax, pkt 53.

71. Gdyby nie chciano w stosunku do takich praktyk stosować art. 81 WE, ostatecznie konkurenci byłiby chronieni przed konkurencją, a ponadto pierwszeństwo miałyby interesy zainteresowanych przedsiębiorstw na niekorzyść interesu publicznego tkwiącego w zapewnieniu niezakłóconej konkurencji [art. 3 ust. 1 lit. g) WE]. Celem europejskiego prawa konkurencji musi być jednak *ochrona konkurencji, a nie konkurentów*, gdyż pośrednio zyskują na tym także konsumenci i ogół społeczeństwa.

— Wymiana poufnych informacji handlowych między konkurentami ma cel antykonkurencyjny, gdy może ona usunąć istniejące niepewności co do zachowania na rynku planowanego przez działające na nim przedsiębiorstwa i doprowadzić w ten sposób do obejścia reguł wolnej konkurencji.

#### c) Wniosek wstępny

2. W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego: domniemanie związku przyczynowego pomiędzy uzgodnieniem a zachowaniem na rynku

72. Tytułem wniosku wstępnego należy zatem stwierdzić:

73. W pytaniu drugim sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy wymogi co do dowodu istnienia związku przyczynowego między uzgodnieniem a zachowaniem na rynku mają wynikać wyłącznie z prawa wspólnotowego lub — przy poszanowaniu określonych ograniczeń prawa wspólnotowego — z prawa krajowego.

— Uzgodniona praktyka ma cel antykonkurencyjny w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE, jeżeli w świetle jej treści i celu oraz przy uwzględnieniu jej kontekstu prawnego i ekonomicznego może ona w konkretny sposób prowadzić do zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji wewnątrz wspólnego rynku. Rzeczywiste wystąpienie takiego zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji jest przy tym tak samo mało istotne jak bezpośrednie przełożenie uzgodnionej praktyki na ceny detaliczne.

74. Stwierdzenie uzgodnionej praktyki w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE wymaga łącznego spełnienia trzech warunków: po pierwsze, musi istnieć uzgodnienie pomiędzy zainteresowanymi przedsiębiorstwami, po drugie, zachowanie tych przedsiębiorstw na rynku musi odpowiadać temu uzgodnieniu i po

trzecie, musi istnieć związek przyczynowy między uzgodnieniem a zachowaniem na rynku<sup>50</sup>, przy czym zachowanie to nie musi samo w sobie wiązać się z konkretnym ograniczeniem konkurencji<sup>51</sup>.

75. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału istnieje domniemanie wzruszalne, że przy określaniu swojego zachowania na rynku przedsiębiorstwa uczestniczące w uzgodnieniu i działające na rynku uwzględniają informacje, które wymieniły ze swoimi konkurentami. Dowód przeciwny muszą przeprowadzić zainteresowane przedsiębiorstwa<sup>52</sup>.

76. Pytanie zadane przez College van Beroep voor het bedrijfsleven ma na celu wyjaśnienie, czy na tym *domniemaniu związku przyczynowego*, które zostało przyjęte na szczeblu wspólnotowym, muszą się również opierać krajowe władze i sądy, jeżeli stosują one art. 81 WE.

77. Kwestią dowodową jest, czy i na jakich warunkach można domniemywać istnienie związku przyczynowego pomiędzy uzgodnieniem a zachowaniem na rynku. Wprawdzie kwestie dowodowe są zwykle uznawane za

kwestię prawa materialnego<sup>53</sup>, jednak w niniejszym przypadku pojęcie uzgodnionej praktyki jako takiej stanowi jedynie wskazówkę, że pomiędzy uzgodnieniem a zachowaniem obecnych na rynku przedsiębiorstw musi istnieć związek przyczynowy. Pojęcie uzgodnionej praktyki na podstawie art. 81 ust. 1 WE, wbrew twierdzeniom rządu niderlandzkiego i Komisji, nie pozwala natomiast stwierdzić, w jakich okolicznościach można uznać za udowodniony związek przyczynowy pomiędzy uzgodnieniem a zachowaniem na rynku.

78. W postępowaniach, których przedmiotem były decyzje Komisji dotyczące prawa kartelowego, sądy wspólnotowe w związku z brakiem wyraźnego przepisu zawsze ustalały kwestie dowodowe z uwzględnieniem ogólnie uznanych zasad. Zasada *necessitas probandi incumbit ei qui agit* prowadzi ostatecznie do tego, że w przypadku sporu co do istnienia naruszenia reguł konkurencji, na Komisji spoczywa ciężar dowodu na okoliczność ustalonych przez nią naruszeń oraz obowiązek przedstawienia dowodów mogących wykazać w stopniu wystarczającym w świetle wymogów prawa okoliczności faktyczne wskazujące na takie naruszenie<sup>54</sup>.

50 — Wyżej wymienione w przypisie 18 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Anic Participazioni, pkt 118; w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 161.

51 — Wyżej wymienione w przypisie 18 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Anic Participazioni, pkt 124; w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 165; ww. w przypisie 26 wyrok w sprawie Montecatini przeciwko Komisji, pkt 125; ww. w przypisie 27 wyrok w sprawie Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied przeciwko Komisji, pkt 139.

52 — Wyżej wymienione w przypisie 18 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Anic Participazioni, pkt 121, 126; w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 162, 167.

53 — Inaczej zdaje się uważać Trybunał w wyroku z dnia 17 lipca 1997 r. w sprawie C-242/95 GT-Link, Rec. s. I-4449, pkt 23 w związku z pkt 26.

54 — Utrwalone orzecznictwo, np. wyrok z dnia 17 grudnia 1998 r. w sprawie C-185/95 P Baustahlgewebe przeciwko Komisji, Rec. s. I-8417, pkt 58; ww. w przypisie 18 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Anic Participazioni, pkt 135; w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 154; ww. w przypisie 26 wyrok w sprawie Montecatini przeciwko Komisji, pkt 179; wyrok z dnia 6 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-2/01 P i C-3/01 P BAI i Komisja przeciwko Bayer, Rec. s. I-23, pkt 62.

Trybunał uznał przy tym za dopuszczalny również dowód poszlakowy<sup>55</sup>.

o kwestię ciężaru dowodu lub odwrócenia ciężaru dowodu<sup>59</sup>, lecz o *standard dowodów*<sup>60</sup>.

79. Natomiast Trybunał wyjaśnił, że w przypadku stosowania art. 86 traktatu WE (obecnie art. 82 WE) przez organy krajowe zasadniczo obowiązuje prawo krajowe<sup>56</sup>, również wówczas, gdy chodzi o dowód naruszenia art. 86 traktatu WE<sup>57</sup>. Nie ma powodów, dla których w odniesieniu do art. 81 WE (dawnego art. 85 traktatu WE) miałyby obowiązywać coś innego<sup>58</sup>, i to niezależnie od tego, czy kwestie dowodowe zakwalifikuje się do prawa materialnego, czy procesowego.

80. Tymczasem w art. 2 rozporządzenia nr 1/2003 zostało zawarte wyraźne uregulowanie wspólnotowe dotyczące *ciężaru dowodu*, które znajduje zastosowanie również w postępowaniu krajowym w przedmiocie stosowania art. 81 WE i 82 WE. W przypadku domniemania związku przyczynowego, takiego jak w spornej sprawie, nie chodzi jednak — wbrew temu, co twierdzi Komisja —

81. Wymagany w postępowaniu krajowym standard dowodów nie został uregulowany w prawie wspólnotowym. Widać to szczególnie wyraźnie, gdy rozpatruje się art. 2 w świetle preambuły do rozporządzenia nr 1/2003. Jak wyjaśnia bowiem motyw 5 tego rozporządzenia, nie wpływa ono na krajowe przepisy dotyczące standardu dowodów. Prawo wspólnotowe nie stoi zatem na przeszkodzie, by sądy krajowe przy stosowaniu art. 81 WE i 82 WE określały standard dowodów na podstawie danego prawa krajowego, i to niezależnie od tego, czy kwestie standardu dowodów traktowane są jako część prawa materialnego, czy jako część prawa procesowego.

82. Tak czy inaczej sąd krajowy, stosując przepisy własnego prawa krajowego i zasady krajowe w kwestii standardu dowodów,

55 — Zobacz w szczególności ww. w przypisie 27 wyrok w sprawie Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 81; ostatnio 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 47; ww. w przypisie 27 wyrok w sprawie Coop de France bétail et viande i in. przeciwko Komisji, pkt 88.

56 — Wyżej wymieniony w przypisie 53 wyrok w sprawie GT-Link, pkt 23.

57 — Wyżej wymieniony w przypisie 53 wyrok w sprawie GT-Link, pkt 26.

58 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 10 listopada 1993 r. w sprawie C-60/92 Otto, Rec. s. I-5683, pkt 14.

59 — Wyżej wymieniony w przypisie 18 wyrok w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 155; ww. w przypisie 26 wyrok w sprawie Montecatini przeciwko Komisji, pkt 181.

60 — Ze *standardu dowodów* wynika, po spełnieniu jakich przesłanek można uznać fakt za udowodniony. Należy go odróżnić od *ciężaru dowodu*, który w niniejszej sprawie nie jest sporny. W przypadku *ciężaru dowodu* chodzi, po pierwsze, o to, kto musi przedstawić okoliczności faktyczne i przedłożyć dowody na ich poparcie (*subiektywny* lub *formalny ciężar dowodu*, zwany także ciężarem przeprowadzenia dowodu); po drugie, z rozłożenia ciężaru dowodu wynika, kto ponosi ryzyko braku możliwości wyjaśnienia stanu faktycznego bądź też braku możliwości wykazania twierdzenia (*obiektywny* lub *materiałny ciężar dowodu*). Zobacz uzupełniającą moje twierdzenia w J. Kokott, *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*, Berlin/Heidelberg 1993, s. 12 i nast.

podlega pewnym minimalnym wymogom wspólnotowym, które wynikają, po pierwsze, z zasady równoważności, po drugie, z zasady skuteczności, a po trzecie, z ogólnych zasad prawa wspólnotowego<sup>61</sup>.

kurencji wynikających z traktatu WE. Ponadto prawo krajowe musi w przypadku naruszeń prawa wspólnotowego zapewnić skuteczne, proporcjonalne i odstraszające kary<sup>62</sup>.

83. W przedmiocie *zasady równoważności* należy wskazać, że zasady krajowe dotyczące standardu dowodów nie mogą być mniej korzystne niż te, które są stosowane w odpowiednim postępowaniu na podstawie krajowego prawa konkurencji. W przypadku takim jak niniejszy oznacza to, że w zakresie dowodu naruszenia art. 81 WE krajowy organ ochrony konkurencji nie może podlegać surowszym wymogom dowodowym, niż te którym podlegałby w przypadku dowiedzenia naruszenia art. 6 Mw. W niniejszej sprawie zasada równoważności, o ile wiadomo, nie nastęrcza żadnych trudności.

84. Z kolei jeśli chodzi o *zasadę skuteczności*, krajowe zasady odnoszące się do standardu dowodów nie mogą uniemożliwiać lub nadmiernie utrudniać stosowania reguł kon-

85. Pamiętać należy w tym kontekście w szczególności o tym, że od dnia 1 maja 2004 r.<sup>63</sup> reguły konkurencji zawarte w art. 81 WE i 82 WE stosowane są w ramach zdecentralizowanego systemu, który w istocie zdany jest na współpracę krajowych organów i sądów<sup>64</sup>. Decydujące znaczenie ma przy tym fakt, że we Wspólnocie pozostaje zapewnione jednolite stosowanie reguł konkurencji. Gdyby podczas stosowania reguł konkurencji na podstawie art. 81 WE i 82 WE dochodziło do zbyt dużych odstępstw pomiędzy organami i sądami państw członkowskich, byłoby to sprzeczne nie tylko z podstawowym celem równych warunków konkurencji dla przedsiębiorstw na europejskim wspólnym rynku, lecz również z koniecznością zapewnienia jednakowej ochrony inte-

61 — Zobacz, po pierwsze, sformułowanie użyte w końcowej części motywu 5 rozporządzenia nr 1/2003, zgodnie z którym przepisy i zobowiązania krajowe muszą być zgodne z ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego; po drugie, zobacz: utrwalone orzecznictwo od czasu wyroku z dnia 16 grudnia 1976 r. w sprawie 33/76 Rewe-Zentralfinanz i Rewe-Zentral, Rec. s. 1989, pkt 5; w przedmiocie stosowania zasady równoważności i zasady skuteczności w postępowaniach z zakresu konkurencji w szczególności ww. w przypisie 53 wyrok w sprawie GT-Link, pkt 26; z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-453/99 Courage i Crehan, Rec. s. I-6297, pkt 29; z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawach połączonych od C-295/04 do C-298/04 Manfredi i in., Zb.Orz. s. I-6619, pkt 62, 71; z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-421/05 City Motors Groep, Zb.Orz. s. I-653, pkt 34.

62 — Utrwalone orzecznictwo od czasu wyroku z dnia 21 września 1989 r. w sprawie 68/88 Komisja przeciwko Grecji, Rec. s. 2965, pkt 23, 24; zob. wyroki: z dnia 3 maja 2005 r. w sprawach połączonych C-387/02, C-391/02 i C-403/02 Berlusconi i in., Zb.Orz. s. I-3565, pkt 65; z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04 Adeneler i in., Zb.Orz. s. I-6057, pkt 94.

63 — Data ta wyznacza przejście do nowego systemu prawa dotyczącego postępowania w sprawach kartelowych na podstawie rozporządzenia nr 1/2003 (zob. jego art. 45 akapit drugi).

64 — Zobacz w tej kwestii przede wszystkim motywy 4, 6, 7, 8, 21 i 22 rozporządzenia nr 1/2003. Również w okresie przed dniem 1 maja 2004 r. Trybunał akcentował już istnienie obowiązku lojalności, któremu sądy krajowe podlegają w zakresie prawa konkurencji (wyrok z dnia 14 grudnia 2000 r. w sprawie C-344/98 Masterfoods i HB, Rec. s. I-11369, pkt 49).

resów konsumentów w całej Wspólnocie. Z tego powodu cel polegający na jednolitym stosowaniu art. 81 WE i 82 WE jest również motywem przewodnim rozporządzenia nr 1/2003<sup>65</sup>.

występujące w charakterze skarżących<sup>67</sup> dowodu naruszenia art. 81 WE lub 82 WE od tak surowych wymogów, że przeprowadzenie takiego dowodu byłoby dalece utrudnione lub stałoby się praktycznie niemożliwe. Sądy krajowe nie mogą w szczególności pomijać typowych właściwości przeprowadzania dowodu przy stwierdzaniu naruszeń reguł konkurencji.

86. Z pewnością wszystko to nie zobowiązuje państw członkowskich do dopasowania w każdym szczególe standardu dowodów obowiązującego na mocy ich prawa krajowego w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 81 WE do standardu dowodów wymaganego przez sądy wspólnotowe przy rozpatrywaniu zgodności z prawem decyzji Komisji wydawanych na podstawie art. 81 WE. Jak ukazuje motyw 5 rozporządzenia nr 1/2003, prawodawca wspólnotowy świadomie dopuścił istnienie pewnych odstępstw w praktyce poszczególnych państw członkowskich<sup>66</sup>. Jak słusznie podkreśla KPN, są one nierozłącznie związane ze zdecentralizowanym systemem stosowania prawa.

88. Do właściwości tych zalicza się to, że w większości przypadków istnienie antykonkurencyjnych praktyki lub porozumienia musi zostać wywiedzione ze zbiegu szeregu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji<sup>68</sup>. Działania i spotkania dotyczące takich porozumień i praktyk odbywają się bowiem z reguły potajemnie, a dokumentacja z tym związana jest ograniczona do minimum<sup>69</sup>.

87. Niezgodne z zasadą skuteczności byłoby jednak, gdyby sądy krajowe uzależniały przeprowadzenie przez krajowe organy ochrony konkurencji lub przez podmioty prywatne

65 — Zobacz w szczególności art. 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 1/2003. Ponadto należy wskazać jeszcze art. 11 i 16 tegoż rozporządzenia oraz jego motywy 1, 14, 17, 19, 21 i 22.

66 — Podobnie już wcześniejsze orzecznictwo; zob. ww. w przypisie 58 wyrok w sprawie Otto, pkt 14, ostatnie zdanie; ww. w przypisie 53 wyrok w sprawie GT-Link, pkt 23–26.

67 — W zakresie tzw. „private enforcement” w prawie konkurencji zob. w szczególności ww. w przypisie 61 wyroki: w sprawie Courage i Crehan; w sprawie Manfredi i in.; ogólnie na temat stosowania zasady skuteczności w odniesieniu do egzekwowania roszczeń cywilnoprawnych zob. ponadto wyrok z dnia 15 stycznia 2004 r. w sprawie C-230/01 Penycoed, Rec. s. I-937, pkt 36, 37.

68 — W odniesieniu do art. 81 WE zob. na przykład ww. w przypisie 27 wyroki: w sprawie Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 57; w sprawie Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied przeciwko Komisji, pkt 94, 135; wyrok z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-113/04 P Technische Unie przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-8831, pkt 165; ww. w przypisie 55 wyrok w sprawie Sumitomo Metal Industries i Nippon Steel przeciwko Komisji, pkt 51; w odniesieniu do art. 82 WE zob. na przykład wyrok z dnia 13 lipca 1989 r. w sprawach połączonych 110/88, 241/88 i 242/88 Lucazeau i in., Rec. s. 2811, pkt 25; ww. w przypisie 53 wyrok w sprawie GT-Link, pkt 42.

69 — Wyżej wymieniony w przypisie 27 wyrok w sprawie Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 55; ww. w przypisie 55 wyrok w sprawie Sumitomo Metal Industries i Nippon Steel przeciwko Komisji, pkt 51.

89. W szczególności określonym właściwościom przeprowadzania dowodu w przypadku naruszeń reguł konkurencji towarzyszy okoliczność, że organ lub podmiot prywatny, na których spoczywa ciężar dowodu, muszą mieć możliwość wyciągnięcia z typowego przebiegu wydarzeń określonych wniosków na podstawie ogólnego doświadczenia. Powoduje to powstanie po stronie przeciwnej — zwykle po stronie podejrzanego o naruszenie konkurencji przedsiębiorstwa — konieczności zaprzeczenia tym wnioskom uzyskanym *prima facie* i opierającym się na ogólnym doświadczeniu oraz typowym przebiegu wydarzeń, poprzez przedłożenie dowodów przeciwnych, gdyż w przeciwnym razie wnioski te zostaną uznane za spełniające wymogi ciężaru dowodu<sup>70</sup>. Innymi słowy, dochodzi do przemiennego przenoszenia ciężaru przedstawienia faktów, które poprzedza kwestię obiektywnego ciężaru dowodu<sup>71</sup>.

90. Również przyjęte przez Trybunał w odniesieniu do uzgodnionych praktyk domniemanie związku przyczynowego pomiędzy uzgodnieniem a zachowaniem na rynku nie jest niczym innym niż dopuszczalnym wnioskiem wyciągniętym na podstawie ogólnego doświadczenia z typowego przebiegu wydarzeń. Jeśli bowiem zostanie wykazane, że pomiędzy dwoma lub więcej przedsiębiorstwami doszło do uzgodnienia i przedsiębiorstwa te zachowały się później na rynku w sposób odpowiadający temu uzgodnieniu,

to należy przyjąć istnienie związku przyczynowego pomiędzy uzgodnieniem a zachowaniem na rynku, chyba że przedsiębiorstwa dostarczą innego logicznego wyjaśnienia ich zachowania na rynku, przedkładając dowody przeciwne<sup>72</sup>.

91. Jeżeli zatem, jak w niniejszej sprawie, konkurenci wymieniają się informacjami dotyczącymi ewentualnego obniżania przez nich wynagrodzeń dystrybutorów, a w konsekwencji faktycznie mniej lub bardziej równolegle przeprowadzają tego rodzaju obniżki, byłoby nielogiczne sądzić — w braku innych rozsądnych oświadczeń — że omawiana wymiana informacji nie była przynajmniej współprzyczyną ich zachowania na rynku<sup>73</sup>. Należy bowiem zwykle wyjść z założenia, że przy określaniu swojego zachowania na rynku przedsiębiorstwa uczestniczące w uzgodnieniu i działające na rynku uwzględniają informacje, które wymieniły ze swoimi konkurentami<sup>74</sup>.

70 — Podobnie ww. w przypisie 27 wyrok w sprawie Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 79; również podobnie ww. w przypisie 68 wyrok w sprawie Lucazeau i in., pkt 25.

71 — Zobacz w tym kontekście również moją ww. w przypisie 27 opinię przedstawioną w dniu 8 grudnia 2005 r. w sprawie Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied przeciwko Komisji, pkt 73.

72 — Podobnie ww. w przypisie 18 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Anic Participazioni, pkt 121, 126; w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 162, 167; zob. ponadto pkt 66 niniejszej opinii i orzecznictwo przytoczone w przypisie 45.

73 — Zobacz w tej kwestii ponownie pkt 64–71 niniejszej opinii.

74 — Wyżej wymienione w przypisie 18 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Anic Participazioni, pkt 121; w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 162.

92. Wreszcie należy przypomnieć, że krajowe organy i sądy w przypadku ścigania i karania naruszeń art. 81 WE i 82 WE są związane ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego, a w szczególności prawami podstawowymi uznanymi na szczeblu wspólnotowym<sup>75</sup>. Do zasad tych, które znajdują zastosowanie w postępowaniu dotyczącym karania naruszeń reguł konkurencji, należy domniemanie niewinności<sup>76</sup>. Ma ono swoje źródło we wspólnej tradycji konstytucyjnej państw członkowskich, a ponadto wynika z art. 6 ust. 2 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>77</sup>. Domniemanie to zostało niedawno włączone także do art. 48 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej<sup>78</sup>.

93. Za naruszenie zasady domniemania niewinności nie można jednak uznać sytuacji, gdy w ramach postępowania w sprawie konkurencji z typowego przebiegu wydarzeń na

podstawie ogólnego doświadczenia wysnute zostają określone wnioski, a obecne na rynku przedsiębiorstwa mają możliwość obalenia tych wniosków<sup>79</sup>. Nawet w klasycznym procesie karnym dopuszcza się także dowód poszlakowy i odwołanie do ogólnego doświadczenia.

94. Podsumowując, należy stwierdzić:

— W postępowaniu przed sądami krajowymi standard dowodów wymagany dla dowiedzenia naruszenia art. 81 WE wynika z danego prawa krajowego, przy czym należy respektować zasady równowagi i skuteczności oraz ogólne zasady prawa wspólnotowego.

— Zgodnie z zasadą skuteczności przeprowadzenia dowodu naruszenia art. 81 WE nie można uzależniać od tak surowych wymogów, by przeprowadzenie takiego dowodu było dalece utrudnione lub stało się praktycznie niemożliwe. W szczególności sądy krajowe nie mogą pomijać typowych właściwości przeprowadzania

75 — Wyroki: z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C-292/97 Karlsson i in., Rec. s. I-2737, pkt 37; z dnia 3 maja 2007 r. w sprawie C-303/05 *Advocaaten voor de Wereld*, Zb.Orz. s. I-3633, pkt 45; zob. również art. 51 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej.

76 — Wyżej wymieniony w przypisie 18 wyrok w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 149, 150; ww. w przypisie 26 wyrok w sprawie Montecatini przeciwko Komisji, pkt 175, 176.

77 — Podpisana w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r.

78 — Karta praw podstawowych Unii Europejskiej została uroczystie proklamowana najpierw w dniu 7 grudnia 2000 r. w Nicei (Dz.U. C 364, s. 1), a następnie kolejny raz w dniu 12 grudnia 2007 r. w Strasburgu (Dz.U. C 303, s. 1). Nie wywołuje ona jeszcze porównywalnych z prawem pierwotnym wiążących skutków prawnych, lecz stanowi źródło wiedzy o zagwarantowanych przez porządek prawa wspólnotowego prawach podstawowych; zob. w tym zakresie także wyrok z dnia 27 czerwca 2006 r. w sprawie C-540/03 Parlament przeciwko Radzie, zwany „wyrokiem w sprawie Łączenia rodzin”, Zb.Orz. s. I-5769, pkt 38, i pkt 108 mojej opinii z dnia 8 września 2005 r. w tej sprawie, a ponadto wyrok z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-432/05 Unibet, Zb.Orz. s. I-2271, pkt 37.

79 — Podobnie również ww. w przypisie 18 wyrok w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 155; ww. w przypisie 26 wyrok w sprawie Montecatini przeciwko Komisji, pkt 181, zgodnie z którymi w takim sposobie postępowania nie należy upatrywać niedopuszczalnego odwrócenia ciężaru dowodu.

dowodu w zakresie stwierdzania naruszeń reguł konkurencji i muszą dopuszczać możliwość odwołania się przy dokonywaniu oceny typowego przebiegu wydarzeń do ogólnego doświadczenia.

dłuższy okres czasu lub też również gdy uzgodniona praktyka wystąpiła tylko jeden raz, przy założeniu, że uczestniczące w niej przedsiębiorstwa nadal działają na rynku.

- Również przed sądami krajowymi należy uznać, z zastrzeżeniem dowodu przeciwnego, który muszą przedstawić zainteresowane przedsiębiorstwa, że przy określaniu swojego zachowania na rynku przedsiębiorstwa uczestniczące w uzgodnieniu i działające na rynku uwzględniają informacje, które wymieniły ze swoimi konkurentami.

3. W przedmiocie trzeciego pytania prejudycjalnego: domniemanie istnienia związku przyczynowego w przypadku jednorazowego uzgodnienia

95. Uzupełniając do drugiego pytania prejudycjalnego sąd krajowy w trzecim pytaniu prejudycjalnym dąży w istocie do ustalenia, czy domniemanie związku przyczynowego między uzgodnieniem a zachowaniem na rynku może obowiązywać jedynie, w przypadku gdy uzgodniona praktyka trwa przez

96. Tło tego pytania stanowi okoliczność, że w niniejszej sprawie doszło jedynie do jednego spotkania pomiędzy przedstawicielami niderlandzkich przedsiębiorstw świadczących usługi telefonii komórkowej, a mianowicie w czerwcu 2001 r.

97. T-Mobile, KPN i Vodafone uważają, że domniemanie związku przyczynowego jest podlegającym zawężającej wykładni wyjątkiem, który winien ograniczać się wyłącznie do przypadków, gdy do uzgodnień dochodzi regularnie, i nie może być rozszerzany na przypadki jednorazowego uzgodnienia.

98. Nie podzielam tego stanowiska.

99. Z wyroków, w których Trybunał przyjął domniemanie związku przyczynowego, nie wynika, że w przypadku tego domniemania chodzi o wyjątek od reguły, ani też że znajduje ono zastosowanie wyłącznie w przypadku

regularnego, a w każdym razie wielokrotnego uzgodnienia zachowania między przedsiębiorstwami. Zgodnie z wybranym przez Trybunał sformułowaniem domniemanie związku przyczynowego może zostać raczej uznane za zasadę. Domniemanie „obowiązuje” bowiem ogólnie i podlega tylko jednemu jedynemu ograniczeniu: może zostać obalone przez dowód przeciwny przedstawiony przez zainteresowane przedsiębiorstwo<sup>80</sup>.

100. Późniejsze odniesienie się Trybunału do uzgodnionej praktyki, która była regularnie stosowana przez dłuższy okres czasu, nie stanowi dodatkowego ograniczenia domniemanie związku przyczynowego. Wręcz przeciwnie, należy je rozumieć w ten sposób, że domniemanie związku przyczynowego jeszcze zwiększa się, jeżeli przedsiębiorstwa przez długi okres czasu regularnie uzgadniały swoje zachowanie. Wskazuje na to już użyte przez Trybunał sformułowanie: „Obowiązuje to tym bardziej wtedy, gdy [...]”<sup>81</sup>.

101. Również z przywołanego przez T-Mobile orzecznictwa Sądu Pierwszej

Instancji<sup>82</sup>, w którym stan faktyczny dotyczył udziału zainteresowanych przedsiębiorstw w wielu posiedzeniach mających cel antykonkurencyjny, nie wynika moim zdaniem żadne ogólne ograniczenie domniemanie związku przyczynowego.

102. Nawet jeżeli rzecznik generalny G. Cosmas w sprawie *Anic Participazioni*, dokonując rozróżnienia pomiędzy udziałem w jednym posiedzeniu a udziałem w wielu posiedzeniach<sup>83</sup>, skłaniał się do przyjęcia znacznie węższego domniemanie związku przyczynowego, to jednak Trybunał nie potwierdził jego punktu widzenia.

103. Pragnę dodać, że ograniczenie związku przyczynowego do przypadków praktyk uzgadnianych regularnie przez dłuższy okres czasu nie jest też w rzeczywistości konieczne. Według mnie ogólne doświadczenie nie wskazuje na to, że jednorazowa wymiana informacji między konkurentami nie może prowadzić do antykonkurencyjnego uzgodnienia ich zachowania na rynku i że jest to możliwe jedynie w przypadku regularnych kontaktów przez dłuższy okres czasu<sup>84</sup>. W konsekwencji także domniemanie niewinności, na które powoływali się niektórzy uczestnicy postępowania, nie wymaga, by przypadek jednorazowej uzgodnionej prak-

80 — Wyżej wymienione w przypisie 18 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko *Anic Participazioni*, pkt 121, zdanie pierwsze; w sprawie *Hüls* przeciwko Komisji, pkt 162, zdanie pierwsze.

81 — Wyżej wymienione w przypisie 18 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko *Anic Participazioni*, pkt 121, zdanie drugie; w sprawie *Hüls* przeciwko Komisji, pkt 162, zdanie drugie.

82 — Wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawach połączonych T-202/98, T-204/98 i T-207/98 *Tate & Lyle* i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-2035, pkt 66.

83 — Wyżej wymieniona w przypisie 18 opinia rzecznika generalnego G. Cosmasa przedstawiona w dniu 15 lipca 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko *Anic Participazioni*, pkt 56.

84 — W konsekwencji w orzecznictwie uznano, że naruszenie art. 81 WE może wynikać z odrębnego działania, z szeregu działań lub z ciągłego zachowania; zob. ww. w przypisie 18 wyrok w sprawie Komisja przeciwko *Anic Participazioni*, pkt 81; ww. w przypisie 27 wyrok w sprawie *Aalborg Portland* i in. przeciwko Komisji, pkt 258.

tyki był inaczej traktowany, jeżeli chodzi o związek przyczynowy, niż przypadek uzgodnionej praktyki, która była stosowana regularnie i przez dłuższy okres czasu.

104. Jak słusznie twierdzi rząd niderlandzki, to od przedmiotu uzgodnionej praktyki i od określonych warunków rynkowych zależy, jak często, w jakich odstępach czasu oraz w jakiej formie konkurenci muszą nawiązywać ze sobą kontakt, aby doszło do uzgodnienia ich zachowania na rynku.

105. W przypadku gdy uczestniczące przedsiębiorstwa tworzą kartel, obejmujący kompleksowy, wymyślny system uzgodnionej na stałe praktyki w odniesieniu do wielu aspektów ich zachowania na rynku, wówczas konieczne może być nawiązanie regularnego kontaktu przez dłuższy okres czasu. Jeżeli natomiast, jak w niniejszej sprawie, zamierzone jest jedynie jednorazowe uzgodnienie praktyki w zakresie jednorazowego dostosowania zachowania na rynku dotyczącego jednego parametru konkurencji, to także jednorazowe nawiązanie kontaktu między konkurentami może stanowić wystarczającą podstawę do tego, by wprowadzić w życie zamierzony przez zainteresowane przedsiębiorstwa cel antykonkurencyjny i tym samym być przyczyną późniejszego zachowania na rynku.

106. Sama okoliczność, że doszło do nawiązania jednorazowego kontaktu, nie oznacza zatem koniecznie, że dowody były słabe. Rozstrzygająca jest bowiem wyłącznie okoliczność, czy nawiązanie kontaktu — nawet w przypadku jednorazowej wymiany informacji przy okazji jedynego spotkania —

w konkretnym przypadku umożliwiło zainteresowanym przedsiębiorstwom rzeczywiste uzgodnienie ich zachowania na rynku i tym samym pozwoliło na świadome zastąpienie konkurencji wraz z jej zagrożeniami praktyczną współpracą przedsiębiorstw. W niniejszej sprawie wszystkie informacje przedłożone Trybunałowi wskazują na to, że tak właśnie było, ponieważ już po jednorazowym kontakcie doszło do rzeczywistego obniżenia podstawowych wynagrodzeń dystrybutorów.

107. Ilość i regularność kontaktów między konkurentami może być jednak wskazówką czasu trwania i wagi naruszenia reguł konkurencji. Należy wziąć je pod uwagę przy obliczaniu wysokości ewentualnej grzywny<sup>85</sup> i mogą mieć również znaczenie dla wysokości ewentualnych roszczeń odszkodowawczych osób trzecich, m.in. wtedy gdy przepisy krajowego porządku prawnego nakładają obowiązek przyznania odszkodowania o charakterze sankcji<sup>86</sup>.

108. Podsumowując, należy stwierdzić, że również wtedy, gdy doszło tylko do jednorazowej uzgodnionej praktyki między konkurentami, którzy nadal działają na rynku, istnieje domniemanie wzruszalne, iż ta uzgodniona praktyka miała wpływ na ich zachowanie na rynku. Domniemanie takie obowiązuje w szczególności wtedy, gdy przedmiotem sporu jest jedynie jednorazowe uzgodnienie praktyki w zakresie jednorazowego dostosowania zachowania uczestników na rynku dotyczącego jednego parametru konkurencji.

85 — Na szczeblu wspólnotowym wynika to wyraźnie z art. 23 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2003.

86 — Zobacz w odniesieniu do tej kwestii ww. w przypisie 61 wyrok w sprawie Manfredi i in., pkt 92.

**VI — Wnioski**

109. W kontekście powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał na zadane przez College van Beroep voor het bedrijfsleven pytania udzielił następującej odpowiedzi:

- 1) a) Uzgodniona praktyka ma cel antykonkurencyjny w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE, jeżeli w świetle jej treści i celu oraz przy uwzględnieniu jej kontekstu prawnego i ekonomicznego może ona w konkretny sposób prowadzić do zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji wewnątrz wspólnego rynku. Rzeczywiste wystąpienie takiego zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji jest przy tym tak samo mało istotne jak bezpośrednie przełożenie uzgodnionej praktyki na ceny detaliczne.
  - b) Wymiana poufnych informacji handlowych między konkurentami ma cel antykonkurencyjny, gdy może ona usunąć istniejące niepewności co do zachowania na rynku planowanego przez działające na nim przedsiębiorstwa i doprowadzić w ten sposób do obejścia reguł wolnej konkurencji.
- 2) a) W postępowaniu przed sądami krajowymi standard dowodów wymagany dla dowiedzenia naruszenia art. 81 WE wynika z danego prawa krajowego, przy czym należy respektować zasady równoważności i skuteczności oraz ogólne zasady prawa wspólnotowego.

- b) Zgodnie z zasadą skuteczności przeprowadzenia dowodu naruszenia art. 81 WE nie można uzależniać od tak surowych wymogów, by przeprowadzenie takiego dowodu było dalece utrudnione lub stało się praktycznie niemożliwe. W szczególności sądy krajowe nie mogą pomijać typowych właściwości przeprowadzania dowodu w zakresie stwierdzania naruszeń reguł konkurencji i muszą dopuszczać możliwość odwołania się przy dokonywaniu oceny typowego przebiegu wydarzeń do ogólnego doświadczenia.
  - c) Również przed sądami krajowymi należy uznać, z zastrzeżeniem dowodu przeciwnego, który muszą przedstawić zainteresowane przedsiębiorstwa, że przy określaniu swojego zachowania na rynku przedsiębiorstwa uczestniczące w uzgodnieniu i działające na rynku uwzględniają informacje, które wymieniły ze swoimi konkurentami.
- 3) Również wtedy, gdy doszło tylko do jednorazowej uzgodnionej praktyki między konkurentami, którzy nadal działają na rynku, istnieje domniemanie wzruszalne, iż ta uzgodniona praktyka miała wpływ na ich zachowanie na rynku. Domniemanie takie obowiązuje w szczególności wtedy, gdy przedmiotem sporu jest jedynie jednorazowe uzgodnienie praktyki w zakresie jednorazowego dostosowania zachowania uczestników na rynku dotyczącego jednego parametru konkurencji.