



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
JULIANE KOKOTT
przedstawiona w dniu 28 lutego 2013 r.¹

Sprawa C-681/11

Schenker & Co AG i in.

(wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez austriacki Oberster Gerichtshof)

Konkurencja — Kartele — Artykuł 85 EWG, art. 81 WE i art. 101 TFUE — Rozporządzenie (EWG) nr 17 — Rozporządzenie (WE) nr 1/2003 — Błąd przedsiębiorstwa co do sprzeczności jego zachowania z prawem antymonopolowym (błąd co do zakazu) — Zarzucalność błędu co do zakazu — Zaufanie poradzie udzielonej przez adwokata — Zaufanie prawidłowości rozstrzygnięć krajowego organu ochrony konkurencji — Uregulowanie dotyczące współpracy w świetle krajowego prawa konkurencji — Uprawnienie krajowego organu ochrony konkurencji do stwierdzenia naruszenia prawa antymonopolowego bez nałożenia sankcji

I – Wprowadzenie

1. Czy można ścigać przedsiębiorstwo z powodu naruszenia prawa antymonopolowego, jeśli przedsiębiorstwo to błędnie zakładało, że jego zachowanie jest zgodne z prawem? Taka jest istota kwestii prawnej, z którą został skonfrontowany Trybunał w niniejszym postępowaniu prejudycjalnym.
2. Kilka przedsiębiorstw spedycyjnych jest ściganych przez austriacki organ ochrony konkurencji z powodu naruszenia art. 101 TFUE i stosownych przepisów krajowego prawa antymonopolowego, ponieważ zawarły wieloletnie porozumienia ustalające ceny. Zainteresowane przedsiębiorstwa bronią się zasadniczo argumentem, że zaufały w dobrej wierze poradom wyspecjalizowanej kancelarii adwokackiej oraz orzeczeniu właściwego sądu krajowego i w związku z tym nie mogą być posądzane o udział w naruszeniu prawa antymonopolowego ani karane z tego tytułu grzywną.
3. Po raz kolejny widoczne staje się w tej sprawie, że organy ochrony konkurencji i sądy antymonopolowe przy wykonywaniu ich zadań są konfrontowane z problemami, które są podobne do problemów z zakresu prawa karnego i przy rozwiązywaniu których mogą pojawić się delikatne kwestie ochrony praw podstawowych. Stanowisko, które Trybunał zajmie w tym względzie, ma fundamentalne znaczenie dla dalszego rozwoju europejskiego prawa konkurencji i jego praktycznego stosowania – na poziomie unijnym, jak też krajowym.

¹ — Język oryginału: niemiecki.

II – Ramy prawne

A – Prawo Unii

4. Unijne ramy tej sprawy określają na poziomie prawa pierwotnego art. 85 traktatu EWG i art. 81 WE oraz ogólne zasady prawa Unii. Na poziomie prawa wtórnego dla okresu do dnia 30 kwietnia 2004 r. znaczenie miało wyłącznie rozporządzenie (EWG) nr 17², zaś od dnia 1 maja 2004 r. obowiązuje rozporządzenie (WE) nr 1/2003³.

1. Rozporządzenie nr 17

5. Zgodnie z art. 2 rozporządzenia nr 17 przedsiębiorstwa i związki przedsiębiorstw miały możliwość uzyskania od Komisji tak zwanego „atestu negatywnego”:

„Komisja, na wniosek odnośnych przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw, może stwierdzić, że na podstawie art. 85 ust. 1 [traktatu EWG] lub art. 86 traktatu [EWG] i biorąc pod uwagę znane jej okoliczności, nie ma powodu, aby podejmować działania przeciwko porozumieniu, decyzji lub praktyce uzgodnionej”.

2. Rozporządzenie nr 1/2003

6. W art. 5 rozporządzenia nr 1/2003 pod tytułem „Uprawnienia organów ochrony konkurencji państw członkowskich” zawarte jest następujące uregulowanie:

„Organy ochrony konkurencji państw członkowskich mają prawo stosowania art. 81 [WE] i 82 [WE] w indywidualnych sprawach. W tym celu, działając z urzędu lub na wniosek, mogą wydać następujące decyzje:

- domagające się zaprzestania [nakazujące zaprzestanie] naruszenia,
- zarządzające środki tymczasowe,
- akceptujące zobowiązania,
- nakładające grzywny lub okresowe kary pieniężne lub inne kary przewidziane w krajowych przepisach prawa.

Jeżeli na podstawie informacji, które posiadają organy ochrony konkurencji państw członkowskich, warunki ustanowienia zakazu nie zostały spełnione, mogą również zdecydować, że nie ma podstaw do działania z ich strony”.

7. Ponadto w art. 6 rozporządzenia nr 1/2003 znajduje się poniższe uregulowanie dotyczące „Uprawnieni[en] sądów krajowych”:

„Sądy krajowe mają uprawnienia do stosowania art. 81 [WE] i 82 [WE]”.

2 — Rozporządzenie Rady (EWG) nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r.: Pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. [81] i [82] Traktatu (Dz.U. 13, s. 204).

3 — 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). Rozporządzenie to stosuje się zgodnie z jego art. 45 ust. 2 od dnia 1 maja 2004 r.

8. Zgodnie z art. 35 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 organami ochrony konkurencji państw członkowskich wyznaczonymi do stosowania art. 81 WE i 82 WE mogą być również sądy.

9. Uprawnienia Komisji Europejskiej są uregulowane w art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 w fragmentach w następujący sposób:

„Jeżeli Komisja, działając z urzędu lub na wniosek, stwierdzi naruszenie art. 81 [WE] lub 82 [WE], może w drodze decyzji nakazać przedsiębiorstwom lub związkowi przedsiębiorstw, których sprawa dotyczy, by zaprzestały takiego naruszenia [...]. Jeżeli Komisja posiada uzasadniony interes, może stwierdzić, że naruszenie zostało popełnione w przeszłości”.

10. Ponadto art. 23 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 przyznaje Komisji Europejskiej następujące uprawnienia do nakładania grzywien:

„Komisja może, w drodze decyzji, nałożyć grzywny na przedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw, jeżeli umyślnie lub w wyniku zaniedbania:

a) naruszają art. 81 [WE] lub 82 [WE] [...]”.

11. Uzupełniając należy wskazać na art. 10 rozporządzenia nr 1/2003, który zawiera następujące przepisy dotyczące „Stwierdzenia niestosowania”:

„Jeżeli interes publiczny Wspólnoty w zakresie stosowania art. 81 [WE] i 82 [WE] tego wymaga, Komisja, działając z urzędu, może w drodze decyzji stwierdzić, że art. 81 [WE] nie ma zastosowania do porozumienia, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyki uzgodnionej, ponieważ warunki określone w art. 81 ust. 1 [WE] nie zostały spełnione lub warunki określone w art. 81 ust. 3 [WE] zostały spełnione.

[...]”.

B – Prawo krajowe

12. Od dnia 1 stycznia 1989 r. do dnia 31 grudnia 2005 r. obowiązywała w Austrii Kartellgesetz 1988 (ustawa antymonopolowa z 1988 r., zwana dalej „KartG 1988”) ⁴. Paragraf 16 KartG 1988 zawierał następującą definicję pojęcia „kartele nieznaczące”:

„Kartelami nieznaczącymi są kartele, które w momencie dojścia ich do skutku mają udział w zaopatrzeniu:

- 1) całego krajowego rynku mniejszy niż 5% i
- 2) niezbędnego krajowego miejscowego rynku częściowego mniejszy niż 25%”.

13. Zgodnie z § 18 ust. 1 pkt 1 KartG 1988 kartele nieznaczące mogły być realizowane również przed wydaniem prawomocnego zezwolenia, chyba że wskutek przystąpienia do kartelu kolejnych przedsiębiorstw zostałyby przekroczone granice określone w § 16 KartG 1988.

⁴ — BGBl. nr 600/1988.

14. Od dnia 1 stycznia 2006 r. obowiązuje w Austrii Kartellgesetz 2005 (ustawa antymonopolowa z 2005 r., zwana dalej „KartG 2005”)⁵, której § 1 ust. 1 zawiera podobny do określonego w art. 81 ust. 1 WE (obecnie art. 101 ust. 1 TFUE) zakaz antykonkurencyjnych zachowań. Wyłączone z tego zakazu zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 1 KartG 2005 są znów:

„Kartele, w których uczestniczą przedsiębiorstwa, które wspólnie mają udział w całym rynku krajowym nie większy niż 5% i w niezbędnej krajowej terytorialnej części rynku większy niż 25% (kartele nieznaczące)”.

15. Paragraf 28 ust. 1 KartG 2005 stanowi:

„Jeżeli naruszenie [...] zostało zakończone, sąd antymonopolowy stwierdza naruszenie, jeżeli istnieje uzasadniony interes”.

III – Stan faktyczny i spór w postępowaniu głównym

16. Przed właściwymi dla spraw antymonopolowych sądami krajowymi toczy się spór pomiędzy austriackim Bundeswettbewerbsbehörde (federalnym organem ochrony konkurencji) i kilkoma działającymi w Austrii przedsiębiorstwami spedycyjnymi.

17. Przyczyną tego sporu jest wieloletni kartel na austriackim rynku usług spedycyjnych, tak zwana „Spediteurs-Sammelladungs-Konferenz” (konferencja spedytorów ładunków zbiorowych, zwana dalej „SSK”), której członkami jako „wspólnoty interesów” było około 40 przedsiębiorstw spedycyjnych⁶. W ramach SSK zawarte zostały między zaangażowanymi przedsiębiorstwami spedycyjnymi w szczególności porozumienia dotyczące taryf dla krajowego transportu ładunków zbiorowych, a więc dla usług spedycyjnych, w przypadku których poszczególne przesyłki kilku nadawców są logistycznie łączone w ładunek zbiorowy i następnie rozdzielane do różnych miejsc przeznaczenia.

18. SSK powstała w połowie lat dziewięćdziesiątych. W związku z utworzeniem Europejskiego Obszaru Gospodarczego z dniem 1 stycznia 1994 r. celem zaangażowanych przedsiębiorstw spedycyjnych było niepopadnięcie w konflikt z europejskim prawem konkurencji. Dlatego też ograniczyły one swoją współpracę do terytorium Republiki Austrii.

19. W dniu 30 maja 1994 r. SSK uzyskała formę spółki prawa cywilnego, przy czym uzgodniono warunek zawieszający uzyskania zezwolenia sądu antymonopolowego.

20. W dniu 28 czerwca 1994 r. złożony został wniosek do sądu antymonopolowego o wydanie zezwolenia dla SSK jako „kartelu umownego”⁷. Do wniosku została dołączona umowa ramowa SSK, a wnioskodawcy wyjaśnili stan faktyczny na podstawie austriackiego, jak też europejskiego prawa antymonopolowego. W postępowaniu przed sądem antymonopolowym zasięgnięto opinii wstępnej komitetu parytetowego⁸, który stwierdził wstępnie, że kartel nie narusza handlu międzypaństwowego, a zatem nie mają zastosowania przepisy europejskiego prawa konkurencji. Ponieważ jednak w ostatecznej opinii komitet parytetowy uznał SSK za „nieuzasadnioną z punktu widzenia gospodarki narodowej”, wniosek o zezwolenie nie został ostatecznie podtrzymany.

5 — BGBl. nr 61/2005.

6 — Organizacje poprzedzające SSK „Auto-Sammelladungskonferenz” i „Bahn-Sammelladungskonferenz” powstały w latach siedemdziesiątych i do upływu okresu zezwolenia na ich działanie w dniu 31 grudnia 1993 r. miały w Austrii status „koncesjonowanych karteli”.

7 — Sygnatura 4 Kt 533/94.

8 — Komitet parytetowy do spraw antymonopolowych był od jego likwidacji na mocy Kartellgesetz-Novelle 2002 (nowelizacji ustawy antymonopolowej z 2002 r.) rzeczoznawczym organem pomocniczym sądu antymonopolowego. Jego działalność była uregulowana w §§ 49, 112 i 113 KartG 1988.

21. W dniu 6 lutego 1995 r. Zentralverband der Spediteure (centralne zrzeszenie spedystów) wniosło do sądu antymonopolowego o stwierdzenie, że SSK jest „kartelem nieznaczącym” w rozumieniu § 16 KartG 1988 i dlatego może być prowadzona bez zezwolenia⁹. Sąd antymonopolowy przeanalizował akta sprawy o wydanie zezwolenia z 1994 r.¹⁰, a zatem miał wiedzę o stanowisku komitetu parytetowego, które ten przedstawił swego czasu w swojej opinii wstępnej w przedmiocie pytania o stosowanie europejskiego prawa konkurencji. Postanowieniem z dnia 2 lutego 1996 r. sąd antymonopolowy stwierdził, że SSK jest kartelem nieznaczącym w rozumieniu § 16 KartG 1988. Z uwagi na brak zaskarżenia postanowienie to stało się prawomocne.

22. Również kancelaria adwokacka¹¹ zaangażowana przez „pełnomocnika kartelu” SSK jako doradca prezentowała stanowisko, że SSK może zostać uznana za kartel nieznaczący. Stanowisko to znajduje wyraz w wielu jej pismach doradczych.

23. W pierwszej kolejności wynajęci adwokaci potwierdzają, że działalność SSK może być realizowana bez zastrzeżeń według kryteriów jej umowy ramowej. W swoim piśmie z dnia 11 marca 1996 r. podtrzymali te kwestie, które należało uwzględnić przy wprowadzaniu SSK jako kartelu nieznaczącego. Na pytanie, czy kartel nieznaczący jest zgodny z europejskim prawem antymonopolowym, pismo to nie udziela jednak wyraźnego wyjaśnienia.

24. W kolejnym piśmie z 2001 r., którego przyczyną była zmiana struktury taryf SSK, kancelaria wyjaśniła ponadto, że to, czy kartel nieznaczący istnieje, zależy jedynie od tego, czy zaangażowane przedsiębiorstwa łącznie przekraczają określone udziały w rynku.

25. W związku z wchodzącą w życie w dniu 1 stycznia 2006 r. nowelizacją Kartellgesetz z 2005 r. Zentralverband der Spediteure ponownie zwrócił się do kancelarii adwokackiej o zbadanie, jakie skutki ta nowelizacja będzie mieć dla SSK. W swojej odpowiedzi z dnia 15 lipca 2005 r. kancelaria wskazała, że należy zbadać, czy udział SSK przewyższa 5% rynku krajowego oraz czy porozumienia zawarte w ramach SSK są wyłączone z zakazu kartelowego. Pismo znów nie odniosło się do kwestii zgodności z europejskim prawem antymonopolowym.

26. Zentralverband der Spediteure przeanalizował udziały członków SSK w rynku krajowego transportu ładunków zbiorowych w dziedzinie ładunków drobnicowych za lata 2004, 2005 i 2006 w drodze ankiety e-mailowej. Stosując rozgraniczenia rynku, które stanowiły podstawę postanowienia ustalającego sąd antymonopolowego, Zentralverband obliczył udział SSK w rynku w wysokości 3,82% za 2005 r. i 3,23% za 2006 r. O braku przekroczenia progu 5% zostali poinformowani przynajmniej najważniejsi członkowie SSK. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym należy wykluczyć, aby w latach do 2004 r. włącznie próg 5% został przekroczony przez nowe przystąpienia.

27. W dniu 11 października 2007 r. Komisja Europejska powiadomiła, że dokonała niezapowiedzianych kontroli w biurach należących do różnych oferentów międzynarodowych usług spedycyjnych z powodu podejrzenia praktyk handlowych ograniczających konkurencję. Skutkiem tego w dniu 29 listopada 2007 r. w zarządzie SSK podjęto jednogłosną uchwałę w przedmiocie rozwiązania SSK. Członkowie SSK zostali poinformowani o tej uchwale w dniu 21 grudnia 2007 r.

28. Bundeswettbewerbsbehörde zarzuca obecnie uczestniczącym w SSK przedsiębiorstwom spedycyjnym, że od 1994 r. do dnia 29 listopada 2007 r. „uczestniczyły w jedynym, złożonym i wielopostaciowym naruszaniu europejskiego i krajowego prawa antymonopolowego w ten sposób, że ustaliły na terytorium Austrii taryfy dla krajowego transportu ładunków zbiorowych”. W postępowaniu

9 — Sygnatura 4 Kt 79/95-12.

10 — Zobacz w odniesieniu do tej kwestii pkt 20 niniejszej opinii.

11 — [Przypis nieprzeznaczony do publikacji.]

głównym wniosł on o nałożenie na większość przedsiębiorstw, których sprawa dotyczy, grzywien z tytułu uczestnictwa w kartelu¹². Wobec przedsiębiorstwa Schenker, które oddało się do dyspozycji w ramach współpracy, wniesiono jedynie o stwierdzenie naruszenia art. 101 TFUE i § 1 KartG 2005 (lub § 9 w związku z § 18 KartG 1988) bez nakładania sankcji finansowych.

29. Przedsiębiorstwa spedycyjne bronią się w szczególności tym, że zaufały fachowej poradzie mającego doświadczenie w prawie konkurencji i godnego zaufania radcy prawnego i że SSK została uznana przez sąd antymonopolowy za kartel nieznaczący w rozumieniu § 16 KartG 1988. Ich zdaniem europejskie prawo konkurencji nie ma zastosowania, ponieważ nie nastąpiło ograniczenie konkurencji w handlu międzypaństwowym.

30. W pierwszej instancji te argumenty obrony były skuteczne: postanowieniem wstępnym z dnia 22 lutego 2011 r. Oberlandesgericht Wien, działając jako sąd antymonopolowy, oddalił wnioski Bundeswettbewerbsbehörde¹³. W uzasadnieniu wskazano między innymi, że przedsiębiorstwom spedycyjnym nie można zarzucić zawinionego działania przy ich porozumieniach cenowych, ponieważ mogą się one powołać na postanowienie ustalające sądu antymonopolowego z dnia 2 lutego 1996 r. i ponadto zasięgnęły one fachowej porady prawnej wyspecjalizowanej kancelarii adwokackiej. Jeżeli chodzi w szczególności o przedsiębiorstwo Schenker jako podmiot współpracujący, to Oberlandesgericht zajmuje stanowisko, że wyłącznie do Komisji Europejskiej należy stwierdzenie działalności niezgodnej z prawem bez nakładania grzywiny.

31. Na wydane w pierwszej instancji postanowienie Oberlandesgericht Wien Bundeswettbewerbsbehörde oraz Bundeskartellanwalt wnieśli obecnie środki odwoławcze („zażalenie”) do Oberster Gerichtshof działającego jako sąd odwoławczy w sprawach z zakresu prawa antymonopolowego. W postępowaniu przed Oberster Gerichtshof pismem z dnia 12 września 2011 r. uwagi przedstawiła Komisja Europejska¹⁴.

IV – Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i postępowanie przed Trybunałem

32. Postanowieniem z dnia 5 grudnia 2011 r., które wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 27 grudnia 2011 r., austriacki Oberster Gerichtshof, działający jako sąd odwoławczy w sprawach z zakresu prawa antymonopolowego¹⁵ (zwany dalej również „sądem odsyłającym”) zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy naruszenia art. 101 TFUE przez przedsiębiorstwo mogą być zagrożone grzywną, jeżeli przedsiębiorstwo było w błędzie co do zgodności z prawem swojego działania, a nie można mu było zarzucić tego błędu?

W wypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze:

1a) Czy nie można zarzucić błędu co do zgodności z prawem zachowania, jeżeli przedsiębiorstwo postępowało zgodnie z poradą radcy prawnego mającego doświadczenie w prawie konkurencji, a nieprawidłowość porady nie była ani oczywista, ani rozpoznawalna na podstawie analizy, jakiej można wymagać od przedsiębiorstwa?

12 — Jako podstawa dla grzywien powoływane są § 142 ust. 1 lit. a) i d) KartG 1998 oraz § 29 ust. 1 lit. a) i d) KartG 2005.

13 — Sygnatura 24 Kt 7, 8/10-146.

14 — Zobacz w tym względzie art. 15 ust. 3 zdanie trzecie rozporządzenia nr 1/2003.

15 — Sygnatura 16 Ok 4/11.

1b) Czy nie można zarzucić błędu co do zgodności z prawem zachowania, jeżeli przedsiębiorstwo zaufało prawidłowości rozstrzygnięcia krajowego organu ochrony konkurencji, który zbadał podlegające ocenie zachowanie wyłącznie na podstawie krajowego prawa konkurencji i uznał je za dopuszczalne?

2) Czy krajowe organy ochrony konkurencji są uprawnione do stwierdzenia, że przedsiębiorstwo uczestniczyło w kartelu naruszającym unijne prawo konkurencji, jeżeli przedsiębiorstwo nie podlega grzywnie, ponieważ złożyło wniosek o zwolnienie z grzywny?”.

33. W postępowaniu przed Trybunałem poza przedsiębiorstwem Schenker i kilkoma innymi przedsiębiorstwami zaangażowanymi w sprawę główną oświadczenia pisemne przedstawili również austriackie Bundeswettbewerbsbehörde i Bundeskartellanwalt, rządy Włoch i Polski oraz Komisja Europejska. Bundeswettbewerbsbehörde oraz większość zaangażowanych przedsiębiorstw, jak też Komisja Europejska były również reprezentowane na rozprawie w dniu 15 stycznia 2013 r.

V – Ocena

34. Niniejsza sprawa w przypadku SSK dotyczy długoletniego kartelu, który działał w Austrii częściowo w czasowym zakresie obowiązywania rozporządzenia nr 17, a częściowo w czasowym zakresie obowiązywania rozporządzenia nr 1/2003.

35. Co do istoty wszystko kręci się wokół kwestii, czy przedsiębiorstwa uczestniczące w SSK mogły w dobrej wierze uznać, że zawarte przez nie porozumienia cenowe nie wpływają na handel między państwami członkowskimi, a więc nie tylko nie wchodzą w zakres zastosowania krajowego austriackiego prawa kartelowego, ale również europejskiego prawa konkurencji.

36. Najwidoczniej członkowie SSK oparli się z punktu widzenia prawa europejskiego „na pewniejszej stronie”, ograniczając terytorialny zakres działania ich kartelu wyłącznie do terytorium Austrii. To, że taki pogląd był *obiektywnie* błędny, nie podlega wątpliwości w świetle orzecznictwa sądów Unii i praktyki administracyjnej Komisji¹⁶. Nie jest jednak jasne, czy przedsiębiorstwom, których sprawa dotyczy, można również *subiektywnie* przypisać naruszenie unijnego zakazu kartelowego. Innymi słowy należy tutaj zbadać, czy przedsiębiorstwa uczestniczące w SSK w *sposób zawiniony* naruszyły unijnoprawny zakaz kartelowy.

37. Sąd odsyłający odnosi się w swoim postanowieniu odsyłającym, tak jak uczestnicy postępowania w swoich uwagach, do art. 101 TFUE, który jednakże ma zastosowanie dopiero od dnia 1 grudnia 2009 r. Natomiast sporne naruszenie prawa antymonopolowego rozgrywało się w okresie, w którym częściowo obowiązywał art. 81 WE, a częściowo nawet jeszcze art. 85 EWG. Aby więc udzielić sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi dla rozwiązania zawisłego przed nim sporu, na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy odpowiedzieć w świetle ostatnich dwóch przepisów. Oczywiście poniższe wywody dadzą się bez problemu przełożyć na unijnoprawny zakaz kartelowy w obecnie obowiązującym brzmieniu art. 101 TFUE. Dla uproszczenia mówię więc przeważnie o „unijnoprawnym zakazie kartelowym”, który co do istoty zawarty jest we wszystkich trzech wymienionych przepisach w jednakowy sposób pod względem treści.

16 — Wyroki: z dnia 17 października 1972 r. w sprawie 8/72 Vereniging van Cementhandelaren przeciwko Komisji, Rec. s. 977, pkt 29; z dnia 11 lipca 1985 r. w sprawie 42/84 Remia i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 2545, pkt 22 in fine; z dnia 23 listopada 2006 r. w sprawie C-238/05 Asnef-Equifax i Administración del Estado, Zb.Orz. s. I-11125, pkt 37; z dnia 24 września 2009 r. w sprawach połączonych C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P i C-137/07 P Erste Group Bank i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-8681, pkt 38; Komunikat Komisji „Wytyczne w sprawie pojęcia »wpływu na handel« zawartego w art. 81 i 82 traktatu” (Dz.U. 2004, C 101, s. 81), część 3.2.1 (w szczególności pkt 78).

A – Wyłączający winę błąd co do zakazu w europejskim prawie konkurencji (pierwsza część pierwszego pytania prejudycjalnego)

38. W pierwszej części pytania pierwszego Oberster Gerichtshof dąży do ustalenia, czy na przedsiębiorstwo może zostać nałożona grzywna z tytułu popełnionego przez nie naruszenia unijnoprawnego zakazu kartelowego, jeżeli przedsiębiorstwo to było w błędzie co do zgodności z prawem swojego działania, a nie można mu było zarzucić tego błędu. Innymi słowy należy wyjaśnić zasadniczą kwestię, czy w europejskim prawie konkurencji uznana jest znana z ogólnego prawa karnego instytucja wyłączającego winę błędu co do zakazu. W swoim dotychczasowym orzecznictwie Trybunał co najwyżej napomknął o tym problemie¹⁷, jednakże nigdy go szczegółowo nie analizował.

39. W przeciwieństwie do tego, co twierdzi Komisja Europejska, odpowiedź na tę część pierwszego pytania prejudycjalnego nie jest w żaden sposób zbytyczna i nie może zostać zastąpiona przez samo wyjaśnienie dalszych pytań prejudycjalnych. Te dalsze pytania zostały bowiem postawione w części jedynie posiłkowo i wszystkie zakładają poza tym konsekwentnie, że w europejskim prawie konkurencji występuje wyłączający winę błąd co do zakazu. To, czy tak jest, należy koniecznie wyjaśnić na wstępie.

40. Punktem wyjścia dla rozważań w przedmiocie tej problematyki powinno być, że prawo antymonopolowe nie zalicza się wprawdzie do zasadniczego obszaru prawa karnego¹⁸, niemniej jednak bezsprzecznie ma charakter quasi-karny¹⁹. Konsekwencją tego jest to, że w prawie antymonopolowym muszą znaleźć poszanowanie określone zasady pochodzące z prawa karnego, które ostatecznie można wywieść z zasady państwa prawa i zasady winy. Należy do ich poza zasadą odpowiedzialności osobistej, która aż do niedawna często zajmowała sądy Unii w sprawach antymonopolowych²⁰, również zasada *nulla poena sine culpa* (nie ma kary bez winy).

17 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 1 lutego 1978 r. w sprawie 19/77 *Miller International Schallplatten* przeciwko Komisji, zwany dalej „wyrokiem w sprawie Miller”, Rec. s. 131, pkt 18; z dnia 7 czerwca 1983 r. w sprawach połączonych od 100/80 do 103/80 *Musique Diffusion française* i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 1825, pkt 111, 112. W wyroku 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 Sigarettenindustrie* i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 3831, pkt 60 pojęcie błędu co do zakazu zostaje wspomniane mimochodem. W wyrokach z dnia 12 lipca 1979 r. w sprawach połączonych 32/78 i od 36/78 do 82/78 *BMW Belgium* i in. przeciwko Komisji, zwanym dalej „wyrokiem w sprawie BMW Belgium”, Rec. s. 2435, pkt 43, 44; z dnia 8 listopada 1983 r. w sprawach połączonych od 96/82 do 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 i 110/82 *IAZ International Belgium* i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 3369, pkt 45 Trybunał ogranicza się – bez konkretnego omówienia ewentualnego błędu co do zakazu – do wypowiedzi, że nie ma znaczenia, czy przedsiębiorstwo było świadome naruszenia zakazu określonego w art. 85 traktatu EWG. W opinii rzecznika generalnego H. Mayrasa z dnia 29 października 1975 r. w sprawie 26/75 *General Motors Continental* przeciwko Komisji (wyrok z dnia 13 listopada 1975 r.), Rec. s. 1367, 1390 uznawany jest błąd co do zakazu i z tego względu odrzucana jest grzywna z tytułu winy umyślnej.

18 — W swoim wyroku w sprawie *Jussila* przeciwko Finlandii (wielka izba) z dnia 23 listopada 2006 r. (skarga nr 73053/01, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-XIV, § 43) Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) nie zalicza prawa konkurencji do klasycznego prawa karnego i przyjmuje, że wynikające z art. 6 EKPC gwarancje karnoprawne niekoniecznie muszą znajdować zastosowanie w swojej pełnej surowości poza „twardym rdzeniem” prawa karnego.

19 — Zobacz w tym względzie moje opinie z dnia 3 lipca 2007 r. w sprawie C-280/06 *ETI* i in., Zb.Orz. s. I-10893, pkt 71 i cytowane tam orzecznictwo; z dnia 8 września 2011 r. w sprawie C-17/10 *Toshiba Corporation* i in., pkt 48 i przywołane tam każdorazowo dalsze orzecznictwo. Trybunał stosuje w swoim utrwalonym orzecznictwie w europejskim prawie konkurencji zasady prawa karnego (zob. w przedmiocie domniemania niewinności wyrok z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-199/92 *P Hüls* przeciwko Komisji, Rec. s. I-4287, pkt 149, 150, oraz w przedmiocie zakazu podwójnego karania „*ne bis in idem*” – wyrok z dnia 14 lutego 2012 r. w sprawie C-17/10 *Toshiba Corporation* i in., pkt 94. ETPC przyznaje ze swojej strony w wyroku z dnia 27 września 2011 r. w sprawie *Menarini Diagnostics* przeciwko Włochom (skarga nr 43509/08, §§ 38–45) antymonopolowej grzywnie pieniężnej nałożonej przez włoski organ ochrony konkurencji karnoprawny charakter w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC.

20 — Zobacz m.in. wyroki: z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-49/92 *P Komisja* przeciwko *Anic Partecipazioni*, Rec. s. I-4125, pkt 145 i 204; z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-280/06 *ETI* i in., Zb.Orz. s. I-10893, pkt 39; z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-97/08 *P Akzo Nobel* i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-8237, pkt 56; z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-628/10 *P* i C-14/11 *P Alliance One International* i *Standard Commercial Tobacco* przeciwko Komisji, pkt 42.

41. Chociaż Trybunał w swoim orzecznictwie nie musiał dotychczas jeszcze szeroko zajmować się zasadą *nulla poena sine culpa*, to istnieją jednak wskazówki, że uznaje on jej obowiązywanie na poziomie Unii za oczywiste²¹. Dodam, że chodzi o zasadę mającą charakter prawa podstawowego, która wywodzi się ze wspólnych tradycji konstytucyjnych państw członkowskich²². W karcie praw podstawowych Unii Europejskiej i w EKPC²³ zasada ta nie jest wprawdzie wyraźnie wymieniona, jednakże jest konieczną przesłanką domniemania niewinności. Dlatego też można przyjąć, że zasada *nulla poena sine culpa* jest zawarta *implicite* zarówno w art. 48 ust. 1 karty, jak też w art. 6 ust. 2 EKPC, które bezsprzecznie są uwzględniane w postępowaniu antymonopolowym²⁴. Ostatecznie te przepisy karty i EKPC mogą zostać uznane za proceduralny wyraz zasady *nulla poena sine culpa*.

42. W związku z antymonopolowymi sankcjami, które ma nakładać Komisja Europejska, zasada *nulla poena sine culpa* znajduje swój wyraz zarówno w art. 15 ust. 2 dawnego rozporządzenia nr 17, jak również w obecnie obowiązującym art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003: zgodnie z tymi dwoma przepisami antymonopolowe grzywny mogą być nakładane wyłącznie za naruszenia umyślne lub w wyniku zaniedbania.

43. To samo musi mieć zastosowanie, jeżeli naruszenia unijnego prawa antymonopolowego są przedmiotem postępowania przed krajowymi organami lub sądami ochrony konkurencji. W zakresie stosowania prawa Unii krajowe instytucje, wykonując przyznane im uprawnienia, powinny przestrzegać ogólnych zasad prawa Unii²⁵. Nic innego nie wynika z art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003, który ostatecznie zmierza do zapewnienia pierwszeństwa założeniom unijnego prawa antymonopolowego przed krajowym prawem konkurencji.

44. Z zasady *nulla poena sine culpa* wynika, że dane przedsiębiorstwo, które oceniając rzecz czysto obiektywnie, dopuściło się naruszenia prawa antymonopolowego, może zostać pociągnięte do odpowiedzialności z tytułu tego naruszenia wyłącznie wtedy, gdy to naruszenie można mu zarzucić również pod względem subiektywnym. Jeśli natomiast przedsiębiorstwo było w wyłączającym winę błędzie co do zakazu, to nie można wobec niego ani stwierdzić naruszenia, ani też nie może ono stanowić podstawy nałożenia sankcji takich jak przykładowo grzywna.

45. Podkreślić należy, że nie każdy błąd co do zakazu może w pełni wyłączyć winę przedsiębiorstwa uczestniczącego w kartelu i tym samym istnienie podlegającego sankcjom naruszenia. Tylko wtedy, gdy błąd, w którym przedsiębiorstwo się znajdowało w odniesieniu do zgodności z prawem jego działania na rynku, był niemożliwy do uniknięcia – niekiedy mówi się o *usprawiedliwionym* błędzie lub o błędzie, *którego nie można zarzucić* – przedsiębiorstwo to działało bez winy i nie może zostać pociągnięte do odpowiedzialności z tytułu spornego naruszenia prawa antymonopolowego.

21 — W wyroku z dnia 18 listopada 1987 r. w sprawie 137/85 Maizena i in., Rec. s. 4587, pkt 14 Trybunał stwierdził, że zasada *nulla poena sine culpa* stanowi „typową prawnokarną” zasadę. Jej istnienie na poziomie prawa Unii przyjmowane jest ponadto w wyroku z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-210/00 Käserei Champignon Hofmeister, Zb.Orz. s. I-6453, w szczególności pkt 35, 44. Zobacz opinię rzecznika generalnego C.O. Lenza z dnia 11 lipca 1992 r. w sprawie C-143/91 Van der Tas (wyrok z dnia 8 października 1992 r.), Rec. s. I-5045, pkt 11 oraz – ogólnie w przedmiocie zasady winy w przypadku systemu sankcji administracyjnych – opinię rzecznika generalnego D. Ruiz-Jaraba Colomera z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawach połączonych C-55/07 i C-56/07 Michaeler i in. (wyrok z dnia 24 kwietnia 2008 r.), Zb.Orz. s. I-3135, pkt 56.

22 — Opinia rzecznika generalnego W. Van Gervena z dnia 15 września 1993 r. w sprawie C-116/92 Charlton i in. (wyrok z dnia 15 grudnia 1993 r.), Rec. s. I-6755, pkt 18.

23 — Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisana w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (zwana dalej „EKPC”).

24 — Wyroki: ww. w przypisie 19 w sprawie Hüls przeciwko Komisji, pkt 149, 150, w odniesieniu do art. 6 ust. 2 EKPC; z dnia 22 listopada 2012 r. w sprawie C-89/11 P E.ON Energie przeciwko Komisji, pkt 72, 73, w odniesieniu do art. 48 ust. 1 karty praw podstawowych; podobnie już wyrok z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 United Brands i United Brands Continental przeciwko Komisji, zwany dalej „wyrokiem w sprawie United Brands”, Rec. s. 207, pkt 265.

25 — Zobacz m.in. wyroki: z dnia 26 kwietnia 2005 r. w sprawie C-376/02 „Goed Wonen”, Zb.Orz. s. I-3445, pkt 32; z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie C-13/05 Chacón Navas, Zb.Orz. s. I-6467, pkt 56; z dnia 27 września 2007 r. w sprawie C-184/05 Twoh International, Zb.Orz. s. I-7897, pkt 25.

46. Taki niemożliwy do uniknięcia błąd co do zakazu może występować jedynie bardzo rzadko. Może on zostać przyjęty wyłącznie wtedy, gdy dane przedsiębiorstwo uczyniło wszystko, czego można od niego oczekiwać, aby uniknąć zarzucanego mu naruszenia unijnego prawa antymonopolowego.

47. Jeżeli dane przedsiębiorstwo mogło było uniknąć popełnionego błędu co do zgodności z prawem jego działania na rynku – jak to ma często miejsce – poprzez odpowiednie środki, to nie może ono uchylić się od wszelkich sankcji z tytułu popełnionego przez nie naruszenia prawa antymonopolowego. Przeciwnie, będzie winne co najmniej naruszenia w wyniku zaniedbania²⁶, co w zależności od stopnia wagi spornych kwestii z zakresu prawa konkurencji *może* (ale nie *musi*) skutkować niższą wysokością grzywny²⁷.

48. Oceny tego, czy błąd uczestniczącego w kartelu przedsiębiorstwa co do zakazu był możliwy lub niemożliwy do uniknięcia (zarzucalny lub nie), należy dokonać na podstawie jednolitych unijnych kryteriów, aby dla wszystkich przedsiębiorstw działających na rynku obowiązywały w odniesieniu do materialnego prawa konkurencji Unii jednolite warunki („level playing field”)²⁸. Ta problematyka będzie jeszcze podlegała bardziej szczegółowemu omówieniu w związku z drugą częścią pierwszego pytania prejudycjalnego, którą zajmę się poniżej.

B – Zarzucalność błędu co do zakazu (druga część pierwszego pytania prejudycjalnego)

49. Jeśli instytucja wyłączającego winę błędu co do zakazu, tak jak zaproponowałam²⁹, zostanie uznana w unijnym prawie konkurencji, to wyjaśnienia wymaga również przedstawiona posiłkowo druga część pierwszego pytania prejudycjalnego [pytanie pierwsze lit. a) i b)]. W tej części sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, jakim obowiązkom staranności dane przedsiębiorstwo musi uczynić zadość, aby można było przyjąć, że w odniesieniu do zgodności z prawem jego działania na rynku znajdowało się ono w niemożliwym do uniknięcia (niezarzucalnym) i tym samym wyłączającym winę błędzie co do zakazu, w związku z czym przedsiębiorstwo to nie może zostać pociągnięte do odpowiedzialności z tytułu ewentualnego naruszenia prawa antymonopolowego.

50. Konkretnie należy wyjaśnić, czy i w jakich warunkach zaufanie danego przedsiębiorstwa poradzie adwokata [pytanie pierwsze lit. a); zob. w tym względzie jednocześnie część 1] lub rozstrzygnięciu krajowego organu ochrony konkurencji [pytanie pierwsze lit. b); zob. w tym względzie niżej część 2] może prowadzić do uznania, że ewentualny błąd co do zakazu nie podlega zarzuceniu temu przedsiębiorstwu i dlatego sankcje antymonopolowe zostają mu oszczędzone.

1. Zaufanie przedsiębiorstwa poradzie adwokata [pytanie pierwsze lit. a)]

51. W pytaniu pierwszym lit. a) sąd odsyłający domaga się wyjaśnienia, czy należy przyjąć wyłączający winę błąd co do zakazu, jeśli przedsiębiorstwo, realizując zarzucane mu antykonkurencyjne działanie, oparło się na poradzie adwokata.

52. To cząstkowe pytanie powstaje w kontekście wielu pisemnych wypowiedzi kancelarii adwokackiej wynajętej przez SSK, na które zainteresowane przedsiębiorstwa powołują się obecnie w postępowaniu głównym w celu ich zwolnienia z odpowiedzialności.

26 — Zobacz w tym względzie ww. w przypisie 17 opinię rzecznika generalnego H. Mayrasa w sprawie General Motors Continental przeciwko Komisji.

27 — Komisja Europejska, Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywnien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia [nr] 1/2003 (Dz.U. 2006, C 210, s. 2), zwane dalej „wytycznymi z 2006 r.”, pkt 29 tiret drugie.

28 — Zobacz w tym względzie również motyw 8 rozporządzenia nr 1/2003 oraz moją opinię z dnia 6 września 2012 r. w sprawie C-226/11 Expedia (wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r.), pkt 37 i przywołane tam dalsze orzecznictwo.

29 — Zobacz w tym względzie moje rozważania w przedmiocie pierwszej części pierwszego pytania prejudycjalnego (pkt 38–48 niniejszej opinii).

53. Między stronami nadzwyczaj sporne jest to, czy poradę adwokata należy uwzględnić przy ocenie winy danego przedsiębiorstwa w zakresie naruszenia prawa antymonopolowego. Podczas gdy przedsiębiorstwa uczestniczące w postępowaniu prejudycjalnym bez wyjątku udzielają odpowiedzi twierdzącej³⁰, Komisja Europejska oraz reprezentowane przed Trybunałem państwa członkowskie i organy krajowe przedstawiły przeciwny punkt widzenia.

a) W przedmiocie znaczenia porady prawnej w systemie rozporządzenia nr 1/2003

54. O ile wiadomo, Trybunał dotychczas tylko raz zajmował się tą problematyką relatywnie *en passant*. W wyroku w sprawie Miller stwierdził, że opinia radcy prawnego nie może usprawiedliwiać popełnionego przez przedsiębiorstwo naruszenia art. 85 traktatu EWG³¹.

55. To stwierdzenie Trybunału w wyroku w sprawie Miller należy interpretować w kontekście obowiązującego w swoim czasie stanu prawnego. Do dnia 30 kwietnia 2004 r. przedsiębiorstwa zgodnie z rozporządzeniem nr 17 mogły zgłosić Komisji zawarte między nimi porozumienia w celu uzyskania zezwolenia lub wystąpić z wnioskiem o udzielenie atestu negatywnego. W ten sposób działające na wspólnym rynku przedsiębiorstwa miały możliwość uzyskania ze strony organów władzy pewności prawnej co do zgodności ich działania z europejskim prawem konkurencji. Przedsiębiorstwo, które nie skorzystało z tej drogi, lecz oparło się jedynie na poradzie adwokata, nie podejmowało wszystkiego, co było możliwe i czego można było od niego wymagać, w celu uniknięcia naruszenia europejskiego prawa konkurencji. Samo w sobie zaufanie przedsiębiorstwa opinii adwokata nie wystarczało w swoim czasie do uznania ewentualnego błędu co do zakazu za niemożliwy do uniknięcia i tym samym za wyłączającą winę.

56. Zasad wynikających z orzeczenia w sprawie Miller nie można jednakże zastosować do obecnie obowiązującego stanu prawnego. Wraz z rozporządzeniem nr 1/2003, które obowiązuje od dnia 1 maja 2004 r., doszło bowiem do zmiany paradygmatu przy egzekwowaniu unijnego prawa antymonopolowego. Dawny system zgłoszeń i zezwoleń określony w rozporządzeniu nr 17 został zastąpiony nowym systemem bezpośrednio stosowanych wyłączeń³². Odtąd ani Komisja Europejska, ani krajowe organy lub sądy ochrony konkurencji nie wydają dla indywidualnych przypadków zezwoleń lub atestów negatywnych³³.

57. Przeciwnie, od dnia 1 maja 2004 r. oczekuje się od przedsiębiorstw działających na rynku wewnętrznym, że dokonują one oceny zgodności ich zachowania na rynku z europejskim prawem antymonopolowym na własną odpowiedzialność. Zasadniczo więc zainteresowane przedsiębiorstwa same ponoszą ryzyko ewentualnej błędnej oceny stanu prawnego. Zastosowanie ma ogólna maksyma życiowa, że niewiedza nie chroni przed karą. Właśnie dlatego uzyskanie fachowej porady prawnej ma całkowicie odmienne znaczenie w systemie rozporządzenia nr 1/2003 niż miało to jeszcze miejsce w systemie rozporządzenia nr 17. Zasięgnięcie opinii radcy prawnego jest dzisiaj dla przedsiębiorstw często jedyną drogą uzyskania obszernych informacji na temat antymonopolowego stanu prawnego.

30 — Wyjątkiem jest przedsiębiorstwo Schenker, które nie wypowiedziało się w przedmiocie tej problematyki i zajęło stanowisko pisemnie i ustnie wyłącznie w przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego.

31 — Wyżej wymieniony w przypisie 17 wyrok w sprawie Miller, pkt 18. Dla zupełności wyводу należy dodać, że ponadto w ww. w przypisie 17 wyroku w sprawie BMW Belgium, pkt 43, 44, jest podana informacja, że zainteresowane przedsiębiorstwo powołało się w celu swojej obrony na opinię adwokata, przy czym Trybunał jednak nie wypowiada się konkretnie w przedmiocie tego aspektu.

32 — Motyw 4 rozporządzenia nr 1/2003.

33 — Brak uprawnienia krajowego organu ochrony konkurencji do stwierdzenia nieistnienia naruszenia unijnego prawa antymonopolowego został podkreślony przez Trybunał dopiero niedawno (wyrok z dnia 3 maja 2011 r. w sprawie C-375/09 Tele 2 Polska, Zb.Orz. s. I-3055, w szczególności pkt 29, 32).

58. Nie chodzi o to, aby z jednej strony zachęcać przedsiębiorstwa do zasięgania fachowej porady prawnej i z drugiej strony nie przypisywać tej poradzie żadnego znaczenia przy ocenie ich winy w zakresie naruszenia unijnego prawa antymonopolowego. Jeżeli przedsiębiorstwo w dobrej wierze zaufało – ostatecznie błędnej – poradzie radcy prawnego, to w postępowaniu antymonopolowym w sprawie nałożenia grzywny nie może to pozostać bez jakichkolwiek konsekwencji.

59. W szczególności zwykła cywilnoprawna odpowiedzialność adwokata za udzieloną przez niego nieprawidłową poradę nie stanowi, w przeciwieństwie do tego, co twierdzi Komisja Europejska, sama w sobie odpowiedniej rekompensaty. Cywilny regres klienta wobec jego adwokata jest bowiem z reguły dotknięty znaczną niedookreślonością i może ponadto spowodować powstanie negatywnego osądu („stygmatyzacji”), który wiąże się z nałożeniem na przedsiębiorstwo antymonopolowych – a więc quasi-karnych – sankcji.

60. Oczywiście uzyskanie porady prawnej nie może zwalniać przedsiębiorstwa z każdorazowej własnej odpowiedzialności za jego działanie na rynku i za ewentualne naruszenia europejskiego prawa konkurencji. Opinia adwokata nie może nigdy oznaczać przyzwolenia. W przeciwnym razie otwarta zostałaby droga do sporządzania zwykłych opinii grzecznościowych i zniesione przez rozporządzenie nr 1/2003 uprawnienie do udzielania przez organy atestów negatywnych przeszłoby de facto na prywatnych doradców prawnych, którzy nie posiadają w tym względzie żadnej legitymacji.

61. Fundamentalny cel skutecznego stosowania europejskich reguł konkurencji³⁴ wymaga uznania ewentualnego zaufania przedsiębiorstwa poradzie prawnej za podstawę wyłączającego winę błędu wyłącznie wtedy, gdy w związku z zasięgnięciem tej porady zostały dochowane określone minimalne warunki, które chciałabym poniżej pokrótce przedstawić.

b) Minimalne wymogi w związku z uzyskaniem porady prawnej

62. Podstawowym warunkiem uwzględnienia porady prawnej uzyskanej przez przedsiębiorstwo jest to, że przedsiębiorstwo w dobrej wierze zaufało tej poradzie. Ochrona uzasadnionych oczekiwań i dobra wiara są bowiem ze sobą ściśle związane³⁵. Jeżeli fakty uzasadniają przyjęcie, że przedsiębiorstwo wbrew lepszemu wykształceniu oparło się na opinii adwokackiej lub że chodzi o opinię grzecznościową, to udzielona porada prawna jest od samego początku nieistotna przy ocenie winy w zakresie naruszenia reguł europejskiego prawa konkurencji.

63. Ponadto zastosowanie mają poniższe minimalne wymogi co do zasięgania porady prawnej, za przestrzeganie których ryzyko i odpowiedzialność ponosi samo zainteresowane przedsiębiorstwo.

64. Po pierwsze należy zawsze zasięgać porady niezależnego zewnętrznego adwokata³⁶. Porada pracowników własnego wewnętrznego wydziału prawnego danego przedsiębiorstwa lub koncernu nie może w razie błędu co do zakazu w żadnym przypadku oddziaływać w sposób wyłączający winę. Prawnicy zatrudnieni w przedsiębiorstwie – nawet jeśli mają status radcy prawnego przedsiębiorstwa³⁷ – są jako pracownicy bezpośrednio zależni od zainteresowanego przedsiębiorstwa i w związku z tym ich poradę można przypisać ich pracodawcy. Przedsiębiorstwo nie może udzielić samemu sobie przyzwolenia działania w danym przypadku sprzecznego z prawem antymonopolowym.

34 — Zobacz w tym względzie motywy 8, 17 i 22 rozporządzenia nr 1/2003 oraz wyroki z dnia 7 grudnia 2010 r. w sprawie C-439/08 VEBIC, Zb.Orz. s. I-12471, pkt 56; z dnia 14 czerwca 2011 r. w sprawie C-360/09 Pfeiderer, Zb.Orz. s. I-5161, pkt 19.

35 — Podobnie wyroki: z dnia 16 lipca 1998 r. w sprawie C-298/96 Oelmühle i Schmidt Söhne, Rec. s. I-4767, pkt 29; z dnia 19 września 2002 r. w sprawie C-336/00 Huber, Rec. s. I-7699, pkt 58; z dnia 22 stycznia 1997 r. w sprawie T-115/94 Opel Austria przeciwko Radzie, Rec. s. II-39, pkt 93.

36 — Pod pojęciem „adwokat” należy tutaj i poniżej rozumieć oczywiście również takich adwokatów, którzy jako zatrudnieni prowadzą działalność w niezależnej kancelarii adwokackiej.

37 — Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 14 września 2010 r. w sprawie C-550/07 P Akzo Nobel Chemicals i Akros Chemicals przeciwko Komisji i in., Zb.Orz. s. I-8301 oraz moją opinię z dnia 29 kwietnia 2010 r. w tej sprawie.

65. Po drugie musi chodzić o poradę wyspecjalizowanego adwokata, co oznacza, że adwokat specjalizuje się w prawie konkurencji, w tym w europejskim prawie antymonopolowym i ponadto z reguły zajmuje się sprawami klientów z tej dziedziny prawa.

66. Po trzecie porada adwokata musi zostać udzielona na podstawie pełnego i zgodnego z rzeczywistością opisu stanu faktycznego ze strony zainteresowanego przedsiębiorstwa. Jeżeli dane przedsiębiorstwo poinformowało wynajętego przez nie adwokata wyłącznie w sposób niekompletny lub nawet sprzeczny z prawdą o okolicznościach pochodzących z zakresu odpowiedzialności tego przedsiębiorstwa, to opinia tego adwokata nie może działać usprawiedliwiająco w postępowaniu antymonopolowym w odniesieniu do ewentualnego błędu co do zakazu.

67. Po czwarte opinia wynajętego adwokata musi w szerokim zakresie analizować praktykę administracyjną i orzecznictwo Komisji Europejskiej oraz orzecznictwo sądów Unii i szczegółowo zajmować przy tym stanowisko w przedmiocie wszelkich istotnych z prawnego punktu widzenia aspektów danego przypadku. To, co nie jest wyraźnie przedmiotem porady adwokackiej, ale może być *implicite* z niej wywiedzione, nie może być podstawą uznania wyłączającego winę błędu co do zakazu.

68. Po piąte udzielona porada prawna nie może być oczywiście błędna. Żadne przedsiębiorstwo nie może ślepo ufać poradzom adwokata. Przeciwnie, każde przedsiębiorstwo, które zwraca się z zapytaniem do adwokata, powinno zweryfikować udzielone przez niego informacje co najmniej pod względem ich jasności.

69. Oczywiście staranność, której należy oczekiwać od danego przedsiębiorstwa, jest zależna od jego wielkości i doświadczenia w sprawach z zakresu prawa konkurencji³⁸. Im większe przedsiębiorstwo i im większe posiada ono doświadczenie w prawie konkurencji, tym bardziej jest ono zobowiązane do merytorycznej weryfikacji uzyskanej porady adwokata, zwłaszcza wtedy, gdy dysponuje własnym wydziałem prawnym sporządzającym stosowne ekspertyzy.

70. Niezależnie od tego każde przedsiębiorstwo powinno jednak wiedzieć, że określone praktyki ograniczające konkurencję są zakazane ze względu na sam ich charakter³⁹, w szczególności, że nikt nie może brać udziału w tak zwanych *ograniczeniach zasadniczych*⁴⁰, przykładowo w porozumieniach cenowych lub porozumieniach lub działaniach mających na celu podział lub izolację rynków. Od dużych i doświadczonych przedsiębiorstw można ponadto wymagać zapoznania się z właściwymi wywodami Komisji Europejskiej zawartymi w jej obwieszczeniach i wytycznych w dziedzinie prawa konkurencji.

71. Po szóste dane przedsiębiorstwo działa na własne ryzyko, jeżeli z uzyskanej przez nie opinii prawnej wynika, że stan prawny nie jest jasny. Przedsiębiorstwo to bierze bowiem wówczas pod uwagę przynajmniej nieumyślnie, że swoim działaniem na rynku naruszy reguły europejskiego prawa konkurencji.

38 — To założenie zarysowane jest także w wyrokach: ww. w przypisie 24 w sprawie *United Brands*, pkt 299–301; z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche* przeciwko Komisji, Rec. s. 461, pkt 134; podobnie wyroki: z dnia 1 kwietnia 1993 r. w sprawie C-250/91 *Hewlett Packard* Francja, Rec. s. I-1819, pkt 22; z dnia 14 listopada 2002 r. w sprawie C-251/00 *Ilumitronica*, Rec. s. I-10433, pkt 54.

39 — Podobnie wyroki: ww. w przypisie 17 w sprawie *Miller*, pkt 18, 19; z dnia 11 lipca 1989 r. w sprawie 246/86 *Belasco i in.* przeciwko Komisji, Rec. s. 2117, pkt 41; z dnia 8 lutego 1990 r. w sprawie C-279/87 *Tipp-Ex* przeciwko Komisji, Rec. s. I-261, pkt 2 sentencji; zob. ponadto wyrok Sądu z dnia 14 grudnia 2006 r. w sprawach połączonych od T-259/02 do T-264/02 i T-271/02 *Raiffeisen Zentralbank Österreich* i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-5169, pkt 205.

40 — W przedmiocie pojęcia ograniczeń zasadniczych zob. w szczególności obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (*de minimis*), Dz.U. 2001, C 368, s. 13.

72. Oczywiście z uwagi na zaproponowane właśnie przeze mnie minimalne wymogi wartość opinii adwokata dla zainteresowanego przedsiębiorstwa zostanie trochę zmniejszona. Jest to jednakże wpisane w charakter systemu, który został ustanowiony na mocy rozporządzenia nr 1/2003, a poza tym rzecz nie wygląda inaczej w klasycznym prawie karnym: w ostatecznym rezultacie każde przedsiębiorstwo jest samo odpowiedzialne za swoje działanie na rynku i ponosi ryzyko związane z popełnionymi przez nie naruszeniami prawa. Absolutnej pewności prawnej nie można uzyskać poprzez zasięgnięcie adwokackiej porady prawnej. Jeżeli jednak spełnione są wszystkie wymienione wyżej minimalne wymogi, to wyłączający winę błąd co do zakazu może zostać uznany, jeśli dane przedsiębiorstwo w dobrej wierze zaufało poradzie doradcy prawnego.

73. Uzupełniając należy zauważyć że adwokat, który poprzez wydanie grzecznościowej opinii czyni z siebie poplecznika antykonkurencyjnych praktyk przedsiębiorstw, powinien obawiać się nie tylko konsekwencji cywilnoprawnych i zawodowych, ale może ponadto ewentualnie sam zostać ukarany sankcjami określonymi w prawie antymonopolowym⁴¹.

c) Wnioski dla niniejszej sprawy

74. W razie zastosowania wyżej wymienionych kryteriów do sprawy takiej jak niniejsza należy stwierdzić, że przedsiębiorstwa, których sprawa ta dotyczy, nie znajdowały się w usprawiedliwionym błędzie co do zakazu, lecz można im zarzucić ewentualny błąd co do sprzeczności z prawem ich działania na rynku w odniesieniu do europejskiego prawa konkurencji.

75. Z jednej bowiem strony moment początkowy naruszenia, jak również bezsprzecznie największa część czasu trwania kartelu SSK, ulokowane są jeszcze w czasowym zakresie stosowania rozporządzenia nr 17. Jak słusznie podkreśla austriacki Bundeskartellanwalt, zainteresowane przedsiębiorstwa⁴² mogły więc odpowiednio wcześniej zwrócić się do Komisji Europejskiej i wnieść zgodnie z art. 2 rozporządzenia nr 17⁴³ o udzielenie przez nią atestu negatywnego⁴⁴. Okoliczność, że tego zaniechały, nie może być zrównoważona uzyskaniem adwokackiej porady prawnej. Również do tej części kartelu SSK, który rozgrywał się po dniu 30 kwietnia 2004 r., a więc w czasowym zakresie obowiązywania rozporządzenia nr 1/2003, nic innego nie może mieć zastosowania. Jeżeli bowiem przyjmuje się wraz z austriackim Bundeswettbewerbsbehörde, że sporny kartel stanowi jednolite i ciągle naruszenie, to początkowe zaniechanie członków SSK w uzyskaniu atestu negatywnego musi wpływać na ocenę ich winy w odniesieniu do całego okresu trwania kartelu.

76. Z drugiej strony uzyskana porada prawna wydaje się w niniejszej sprawie w świetle opisu sądu odsyłającego niekompletna. Właśnie w przedmiocie zagadnienia, od którego w decydujący sposób zależy karanie na podstawie prawa Unii naruszeń prawa antymonopolowego popełnionych przez członków SSK, to jest w odniesieniu do przedmiotowego zakresu zastosowania art. 85 traktatu EWG lub art. 81 WE, różne pisma kancelarii adwokackiej, do której zwrócono się o poradę, nie zajmują – z zastrzeżeniem ponownej oceny przez sąd krajowy – stanowiska. W przeciwieństwie do tego, co wydają się twierdzić niektóre uczestniczące w postępowaniu przedsiębiorstwa, nie wystarczy w tym kontekście, że opinie adwokackie mogły dopuszczać implicite wnioski dotyczące wpływu na handel

41 — Podobnie wyrok Sądu z dnia 8 lipca 2008 r. w sprawie T-99/04 AC-Treuhand przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-1501 w odniesieniu do uczestnictwa w kartelu spółki doradczej, która sama nie działała na rynku objętym kartelem.

42 — Dotyczy to wszystkich przedsiębiorstw, które były członkami SSK już przed dniem 1 maja 2004 r.

43 — Podobny przepis zawierał w swoim czasie art. 2 protokołu nr 4 do Porozumienia między państwami EFTA w sprawie ustanowienia Urzędu Nadzoru i Trybunału Sprawiedliwości (Dz.U. 1994, L 344, s. 12).

44 — Podobnie ww. w przypisie 38 wyrok w sprawie Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, pkt 129 zdanie ostatnie, pkt 130, 134 zdanie przedostatnie.

między państwami członkowskimi. To, co nie jest wyraźnie przedmiotem porady adwokackiej, lecz może ewentualnie zostać z niej pośrednio wywiedzione, nie może być, jak już wspomniano⁴⁵, podstawą do uznania wyłączającego winę błędu co do zakazu. Ma to tym bardziej zastosowanie, jeśli – tak jak tutaj – chodzi o główną, wszystko rozstrzygającą kwestię prawną danego przypadku.

77. Dodam, że przynajmniej od większych przedsiębiorstw spośród uczestników kartelu może być ponadto wymagana wiedza na temat właściwych obwieszczeń i wytycznych Komisji Europejskiej⁴⁶. Z nich wynika ponad wszelką wątpliwość, że kartele horyzontalne takie jak SSK, które rozciągają się na całe terytorium państwa członkowskiego, mogą z reguły wpływać na handel między państwami członkowskimi⁴⁷, w związku z czym są objęte unijnym zakazem kartelowym.

78. Bez znaczenia dla kwestii winy przedsiębiorstw uczestniczących w kartelu jest wreszcie podkreślana przez niektórych uczestników postępowania okoliczność, że SSK nie stanowi tajnego kartelu i że członkowie SSK zgodnie z ich własnymi informacjami zamierzają uniknąć naruszenia unijnego prawa antymonopolowego. Wyłączający winę błąd co do zakazu nie może być przyjmowany wyłącznie z tego względu, że sprawca ma poczucie, iż działa zgodnie z prawem, i poza tym jest również „pewien swojej sprawy”. Przeciwnie, znaczenie ma wyłącznie to, czy uczynił wszystko, co jest dla niego możliwe i czego można od niego wymagać, aby uniknąć popełnienia naruszenia.

2. Zaufanie przedsiębiorstwa rozstrzygnięciu krajowego organu ochrony konkurencji [pytanie pierwsze lit. b)]

79. W pytaniu pierwszym lit. b) sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy należy przyjąć wyłączający winę błąd co do zakazu, jeśli przedsiębiorstwo przy zarzucanym mu antykonkurencyjnym działaniu zaufało rozstrzygnięciu krajowego organu ochrony konkurencji, który dokonał oceny tego działania wyłącznie na podstawie krajowego prawa konkurencji i uznał je za dopuszczalne.

80. Przyczyną tego pytania częściowego jest okoliczność, że austriacki sąd antymonopolowy jako właściwa instytucja krajowa postanowieniem z dnia 2 lutego 1996 r. uznał SSK za „kartel nieznaczący” w rozumieniu § 16 KartG 1988. Na to postanowienie powołują się obecnie zainteresowane przedsiębiorstwa w postępowaniu głównym w celu zwolnienia ich z odpowiedzialności.

81. Tak jak w przypadku omówionego wyżej zaufania do porady adwokata nadzwyczaj sporne jest między uczestnikami postępowania zagadnienie, czy rozstrzygnięcie krajowego organu ochrony konkurencji należy uwzględniać przy ocenie winy przedsiębiorstwa w zakresie naruszenia prawa antymonopolowego. Fronty przebiegają w przedmiocie obu tych problemów zasadniczo jednakowo.

a) W przedmiocie znaczenia rozstrzygnięć krajowych organów ochrony konkurencji i sądów antymonopolowych

82. Jeden z głównych celów rozporządzenia nr 1/2003 polegał na włączeniu instytucji państw członkowskich do stosowania europejskiego prawa antymonopolowego w większym stopniu niż dotychczas⁴⁸. I tak krajowe organy ochrony konkurencji i sądy krajowe mają w nowym, zdecentralizowanym systemie stosowania prawa antymonopolowego rolę, której nie można nie

45 — Zobacz pkt 67 powyżej niniejszej opinii.

46 — Zobacz pkt 70 powyżej niniejszej opinii.

47 — Wytyczne dotyczące pojęcia wpływu na handel pomiędzy państwami członkowskimi zawartego w art. 81 [WE] i 82 [WE], część 3.2.1, w szczególności pkt 78.

48 — Motywy 6, 7 i 8 rozporządzenia nr 1/2003.

doceniać. Zgodnie z art. 5 i 6 ww. rozporządzenia organy ochrony konkurencji i sądy państw członkowskich są wyraźnie uprawnione, a w stosownym przypadku – w okolicznościach wymienionych w art. 3 tego rozporządzenia – nawet zobowiązane do stosowania unijnego prawa antymonopolowego⁴⁹.

83. Również w okresie do dnia 30 kwietnia 2004 r., w którym sąd antymonopolowy wydał przywołane przez zainteresowane przedsiębiorstwa postanowienie, krajowe organy i sądy nie były w żaden sposób pozbawione prawa do stosowania art. 85 traktatu EWG lub art. 81 WE. Wprawdzie Komisja Europejska była w swoim czasie na podstawie art. 9 ust. 1 rozporządzenia nr 17 wyłącznie właściwa do stwierdzania wyłączeń zgodnie z art. 85 ust. 3 traktatu EWG lub art. 81 ust. 3 WE, niemniej jednak poza tym krajowe organy i sądy nie były zasadniczo pozbawione możliwości stosowania wiążącego bezpośrednio art. 85 ust. 1 traktatu EWG lub art. 81 ust. 1 WE i w szczególności zbadania, czy działanie przedsiębiorstw w zмовie było objęte przedmiotowym zakresem zastosowania europejskich reguł konkurencji, to jest czy wydawało się ono zdadne do wpływania na handel między państwami członkowskimi⁵⁰. Takie badanie stało się przykładowo konieczne wtedy, gdy w przypadku konfliktu norm między wspólnotowym prawem antymonopolowym i krajowym prawem antymonopolowym należało przestrzegać monitowanego przez Trybunał pierwszeństwa prawa wspólnotowego⁵¹.

84. W tym kontekście rozstrzygnięcia krajowych organów ochrony konkurencji i sądów – również takie, które zostały wydane przed dniem 1 maja 2004 r. – mogą, obok praktyki administracyjnej Komisji Europejskiej i orzecznictwa sądów Unii, dostarczać przedsiębiorstwom działającym na rynku wewnętrznym ważnych wskazówek dotyczących interpretacji obowiązującego stanu prawnego w europejskim prawie konkurencji.

85. Jaki wpływ ma zaufanie danych przedsiębiorstw takim rozstrzygnięciom na ich winę w zakresie naruszenia prawa antymonopolowego, należy określić w oparciu o zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań, która jest uznana również na poziomie Unii⁵². Zgodnie z tą zasadą wcale nie jest wykluczone, że przedsiębiorstwa w sprawach prawa Unii mogą polegać na orzeczeniach krajowych organów administracji i sądów⁵³. Ponadto zaufanie stanowisku tego rodzaju instytucji krajowych wymaga ochrony w większym stopniu niż zaufanie opiniom prywatnych doradców prawnych.

86. Niemniej jednak przypisywanie każdej, jakkolwiek wyrażonej wypowiedzi krajowej instytucji w przedmiocie unijnego prawa antymonopolowego skutków w odniesieniu do oceny winy przedsiębiorstwa w zakresie zarzucanych mu naruszeń byłoby zbyt daleko idące. Również tutaj muszą być spełnione określone minimalne wymogi, aby nie zakłócić skutecznego egzekwowania europejskich reguł konkurencji.

b) Przesłanki uznania wymagającego ochrony zaufania rozstrzygnięciom krajowych organów ochrony konkurencji i sądów antymonopolowych

87. Po pierwsze musi chodzić o rozstrzygnięcie uprawnionego do stosowania unijnego prawa antymonopolowego krajowego organu ochrony konkurencji w rozumieniu art. 5 i art. 35 lub sądu antymonopolowego w rozumieniu art. 6 rozporządzenia nr 1/2003.

49 — W przedmiocie tego obowiązku zob. także ww. w przypisie 19 wyrok w sprawie Toshiba Corporation i in., pkt 77.

50 — Wyrok z dnia 30 stycznia 1974 r. w sprawie 127/73 BRT przeciwko SABAM, Rec. s. 51, pkt 15–22.

51 — Wyrok z dnia 13 lutego 1969 r. w sprawie 14/68 Wilhelm i in., Rec. s. 1, pkt 6 in fine.

52 — Zobacz m.in. wyroki: z dnia 5 maja 1981 r. w sprawie 112/80 Dürbeck, Rec. s. 1095, pkt 48; z dnia 20 marca 1997 r. w sprawie C-24/95 Alcan Deutschland, Rec. s. I-1591, pkt 25.

53 — Podobnie wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-201/08 Plantanol, Zb.Orz. s. I-8343, pkt 53; zob. ponadto moją opinię z dnia 24 stycznia 2013 r. w sprawie C-568/11 Agroferm, pkt 43–50.

88. Krajowy *organ ochrony konkurencji* nie może wprowadzić wydawać zezwoleń lub atestów negatywnych w odniesieniu do unijnego prawa antymonopolowego, może jednak zdecydować zgodnie z art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003, że nie ma podstaw do działania z jego strony, jeżeli na podstawie informacji, które posiada, warunki ustanowienia zakazu nie zostały spełnione. Wówczas dane przedsiębiorstwo musi mieć możliwość zaufania, że przynajmniej w miejscowym zakresie właściwości tego organu może kontynuować zbadane przez niego działanie na rynku.

89. Rozstrzygnięcie *sądu* krajowego może być brane pod uwagę jako podstawa uznania wyłączającego winę błędu co do zakazu, jeżeli sąd ten stwierdzi w nim, że określone działanie na rynku nie stanowi naruszenia unijnego prawa antymonopolowego. Może to mieć miejsce w szczególności w związku z umorzeniem postępowania w sprawie grzywny, uchyleniem decyzji organu o nałożeniu grzywny lub oddaleniem skierowanego przeciwko danemu przedsiębiorstwu cywilnoprawnego powództwa o odszkodowanie lub zaniechanie przez sąd krajowy.

90. Po drugie konieczne jest, aby dane przedsiębiorstwo uprzednio poinformowało krajową instytucję szeroko i zgodnie z prawdą o wszelkich istotnych dla rozstrzygnięcia okolicznościach, jeżeli – tak jak członkowie SSK w latach 1995–1996 – uczestniczyło już w pierwotnym postępowaniu administracyjnym lub sądowym. Jeżeli sporne rozstrzygnięcie dotknięte jest wadą podlegającą przypisaniu samemu przedsiębiorstwu, to nie może się ono później powołać na to rozstrzygnięcie w celu zwolnienia się od odpowiedzialności.

91. Po trzecie rozstrzygnięcie organu lub sądu musi zostać wydane dokładnie w przedmiocie tych kwestii faktycznych i prawnych, ze względu na które dane przedsiębiorstwo powołuje się na wyłączający winę błąd co do zakazu. Podobnie jak w przypadku opinii adwokata zastosowanie ma ponadto reguła, że można powoływać wyłącznie te wypowiedzi organu lub sądu, które są wyraźnie zawarte w danym rozstrzygnięciu, nie zaś inne wnioski, które można ewentualnie *implicite* z niego wyciągnąć⁵⁴.

92. Po czwarte stanowisko krajowego organu ochrony konkurencji lub krajowego sądu w przedmiocie unijnego prawa antymonopolowego nie może być oczywiście błędne⁵⁵. Zasadniczo ostateczne decyzje organów administracji i prawomocne orzeczenia sądów, które wypowiadają się w przedmiocie unijnego prawa antymonopolowego, korzystają z domniemania zgodności z prawem, w związku z czym ci, dla których są one przeznaczone, mogą zaufać prawidłowości ich treści i nie muszą ich weryfikować w podobny sposób jak poradę adwokata pod kątem jej jasności. Niemniej jednak każde przedsiębiorstwo musi wiedzieć, jak już wspomniano⁵⁶, że określone ograniczające konkurencję praktyki są zakazane ze względu na samą ich naturę, w szczególności że nikt nie może uczestniczyć w *ograniczeniach zasadniczych* takich jak zmonopolizacja cenowa lub porozumienia dotyczące podziału lub izolacji rynków.

93. Po piąte zaufanie rozstrzygnięciu organu administracji lub sądu wymaga ochrony wyłącznie wtedy, gdy to przedsiębiorstwo jest w dobrej wierze⁵⁷. Brak dobrej wiary występuje nie tylko w – z pewnością nieprawdopodobnym – przypadku zmonopolizacji między przedsiębiorstwem i krajowym organem lub krajowym sądem. Przeciwnie, zaufanie przedsiębiorstwa merytorycznej prawidłowości rozstrzygnięć pozbawione jest podstawy również wtedy, gdy przedsiębiorstwo dowiedziało się o przeciwnym

54 — W całkiem podobny sposób Trybunał stwierdza w przedmiocie ochrony uzasadnionych oczekiwań, że nie może powoływać się na naruszenie tej zasady ten, komu administracja nie udzieliła konkretnych zapewnień, i że nieokreślone oznaki nie są w tej mierze wystarczające (wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-47/07 P Masdar (UK) przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-9761, pkt 81, 86).

55 — Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań nie może być przeciwstawiana konkretnemu przepisowi prawa Unii; zob. wyroki: z dnia 26 kwietnia 1988 r. w sprawie 316/86 Krücken, Rec. s. 2213, pkt 24; z dnia 1 kwietnia 1993 r. w sprawach połączonych od C-31/91 do C-44/91 Lageder i in., Rec. s. I-1761, pkt 35; z dnia 16 marca 2006 r. w sprawie C-94/05 Emsland-Stärke, Zb.Orz. s. I-2619, pkt 31.

56 — Zobacz pkt 70 powyżej niniejszej opinii.

57 — Zobacz w tym względzie powyżej, pkt 62 niniejszej opinii oraz przywołane tam w przypisie 35 orzecznictwo.

stanowisku prawnym właściwych instytucji Unii, w szczególności Komisji Europejskiej i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Może tak być przykładowo wtedy, gdy Komisja Europejska wzięła udział w krajowym postępowaniu sądowym zgodnie z art. 15 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2003 i dane przedsiębiorstwo dowiedziało się o jej stanowisku prawnym w ramach tego postępowania.

94. W toku rozprawy przed Trybunałem była ponadto omawiana kwestia, czy uznanie wymagającego ochrony zaufania przedsiębiorstw rozstrzygnięciom *sądów* krajowych wymaga, aby dana sprawa była uprzednio przedłożona Trybunałowi w celu wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Moim zdaniem należy na to udzielić odpowiedzi przeczącej. Nie uważam za właściwe ograniczanie ochrony zaufania wyłącznie do tych orzeczeń sądów krajowych, które opierają się na orzeczeniach prejudycjalnych Trybunału.

95. Z reguły będzie bowiem chodziło o orzeczenia sądów w rozumieniu art. 267 akapit drugi TFUE, które nie są zobowiązane do występowania z wnioskami prejudycjalnymi. Jeśli prawodawca unijny uznaje *wszystkie* sądy krajowe za uprawnione do stosowania unijnego prawa antymonopolowego (art. 6 rozporządzenia nr 1/2003), to podmioty prawa muszą móc powołać się na odnośne rozstrzygnięcia *wszystkich* sądów krajowych, bez względu na to, czy uprzednio przeprowadzone zostało – fakultatywne – postępowanie prejudycjalne.

96. Rozporządzenie nr 1/2003 dostarcza specyficzne instrumenty, które pomagają zapewnić jednolitą wykładnię i stosowanie unijnego prawa antymonopolowego. Kluczową rolę odgrywa w tym względzie Komisja Europejska. Komisja może uczestniczyć w postępowaniach prowadzonych przed *sądami* krajowymi⁵⁸. Komisja ściśle współpracuje z krajowymi *organami ochrony konkurencji* w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji (ECN) i w razie konieczności może nawet przejąć prowadzone przez nie postępowanie administracyjne⁵⁹.

c) Wnioski dla niniejszej sprawy

97. W razie zastosowania przedstawionych właśnie kryteriów do przypadku takiego jak niniejszy należy stwierdzić, tak jak już w związku z poradą adwokata, że zainteresowane przedsiębiorstwa nie znajdowały się w usprawiedliwionym błędzie co do zakazu, zaś można im zarzucić ewentualny błąd co do sprzeczności z prawem ich działania na rynku w odniesieniu do europejskiego prawa konkurencji.

98. Jak bowiem informuje sąd odsyłający, w postanowieniu sądu antymonopolowego z dnia 2 lutego 1996 r., na które powołują się członkowie SSK, oceniono i uznano za dopuszczalne zarzucane przedsiębiorstwom spedycyjnym działanie wyłącznie na podstawie krajowego prawa konkurencji. Postanowienie to nie analizuje zagadnienia, czy członkowie SSK naruszyli unijny zakaz antymonopolowy. Przed dniem 1 maja 2004 r., gdy art. 3 rozporządzenia nr 1/2003 jeszcze nie obowiązywał, nie istniał poza tym żaden unijny obowiązek równoległego stosowania unijnego prawa antymonopolowego obok krajowego prawa antymonopolowego⁶⁰.

99. Możliwe, że sąd antymonopolowy przed wydaniem swojego postanowienia z dnia 2 lutego 1994 r. zapoznał się ze sporządzoną w 1994 r. opinią tymczasową komitetu parytetowego do spraw antymonopolowych⁶¹, która zanegowała zastosowanie europejskiego prawa konkurencji. Jednakże sama ta okoliczność nie uprawnia członków SSK do uznania, że europejskie reguły konkurencji nie sprzeciwiały się ich działaniu na rynku. Decydujące jest to, że sam sąd antymonopolowy nie wypowiedział się wyraźnie w przedmiocie zgodności SSK z europejskim prawem konkurencji⁶².

58 — Artykuł 15 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2003.

59 — Artykuł 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003.

60 — Wyżej wymieniony w przypisie 19 wyrok w sprawie Toshiba Corporation i in., pkt 62.

61 — Zobacz powyżej, pkt 20 i 21 niniejszej opinii.

62 — Zobacz powyżej, pkt 92 niniejszej opinii.

100. Prawdą jest, że już przed dniem 1 maja 2004 r. krajowe organy ochrony konkurencji i sądy antymonopolowe były zobowiązane do przestrzegania pierwszeństwa ówczesnego prawa wspólnotowego oraz niezakłócania nieograniczonego i jednolitego stosowania tego prawa⁶³. Również z prawa krajowego mógł już wówczas wynikać obowiązek przestrzegania europejskich reguł konkurencji, na co zainteresowane przedsiębiorstwa zwróciły uwagę w toku rozprawy.

101. Na samej tej podstawie nie można jednakże wnioskować, że już przed rozpoczęciem obowiązywania art. 3 rozporządzenia nr 1/2003 krajowe i europejskie reguły konkurencji musiały zawsze prowadzić do tych samych rezultatów. Jak wiadomo, zakres stosowania przepisów z zakresu prawa konkurencji na poziomie europejskim nie jest identyczny z zakresem stosowania przepisów z zakresu prawa konkurencji na poziomie krajowym⁶⁴, a obydwa dokonują oceny ograniczających praktyk w świetle różnych aspektów⁶⁵. Tak było już przed dniem 1 maja 2004 r. i nie uległo zmianie wraz z rozporządzeniem nr 1/2003⁶⁶. Właśnie taki przepis jak przepis austriacki dotyczący karteli nieznaczących pokazuje szczególnie wyraźnie, jakie mogły i nadal mogą istnieć różnice między unijnym i krajowym prawem antymonopolowym⁶⁷.

102. W związku z powyższym postanowienie oparte wyłącznie na krajowym prawie konkurencji takie jak sądu antymonopolowego z dnia 2 lutego 1996 r., w kwestii z zakresu prawa Unii, która jest rozstrzygająca dla sporu głównego, nie może uzasadniać wymagającego ochrony zaufania zainteresowanych przedsiębiorstw.

C – Uprawnienie krajowych organów konkurencji do stwierdzenia naruszenia unijnego prawa konkurencji wobec podmiotów, które złożyły wniosek o zwolnienie z grzywny (drugie pytanie prejudycjalne)

103. Drugie pytanie prejudycjalne dotyczy szczególnie sytuacji podmiotu, który złożył wniosek o zwolnienie z grzywny, w jakiej znajduje się w niniejszej sprawie przedsiębiorstwo Schenker. Zakłada ono konsekwentnie, że zainteresowane przedsiębiorstwo – jak wyjaśniono w ramach pierwszego pytania prejudycjalnego – *nie* może powołać się na wyłączający winę błąd co do zakazu. W przypadku takiego błędu w ogóle nie występowałoby naruszenie, które mogłoby zostać stwierdzone wobec przedsiębiorstwa przez organ ochrony konkurencji lub sąd⁶⁸.

104. Sąd odsyłający zasadniczo dąży do ustalenia, czy organy ochrony konkurencji państw członkowskich mogą zgodnie z rozporządzeniem nr 1/2003 stwierdzić popełnienie naruszenia unijnego zakazu kartelowego i odstąpić od nałożenia grzywny.

105. Uprawnienia krajowych organów ochrony konkurencji przy stosowaniu unijnego prawa antymonopolowego wynikają z art. 5 rozporządzenia nr 1/2003. Ich wykonywanie może być zgodnie z art. 35 ust. 1 tego rozporządzenia powierzone również sądom, tak jak to ma miejsce w Austrii.

63 — Wyżej wymieniony w przypisie 51 wyrok w sprawie Wilhelm, i in., pkt 6, 9.

64 — Wyrok z dnia 1 października 2009 r. w sprawie C-505/07 Compañía Española de Comercialización de Aceite, Zb.Orz. s. I-8963, pkt 52; ww. w przypisie 19 wyrok w sprawie Toshiba Corporation i in., pkt 81.

65 — Wyżej wymieniony w przypisie 51 wyrok w sprawie Wilhelm i in., pkt 3; wyrok 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 38; ww. w przypisie 37 wyrok w sprawie Akzo Nobel Chemicals i Akros Chemicals przeciwko Komisji i in., pkt 103; ww. w przypisie 19 wyrok w sprawie Toshiba Corporation i in., pkt 81.

66 — Wyżej wymieniony w przypisie 19 wyrok w sprawie Toshiba Corporation i in., pkt 82.

67 — W wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-226/11 Expedia Trybunał wyjaśnił, że porozumienie mogące wpłynąć na handel między państwami członkowskimi i mające antykonkurencyjny cel stanowi – z uwagi na swój charakter i bez względu na to, jakie są jego konkretne skutki – odczuwalne ograniczenie konkurencji (pkt 37), co może mieć miejsce wtedy, gdy nie zostają osiągnięte progi ustalone przez Komisję w komunikacie de minimis (pkt 38).

68 — Zobacz powyżej, pkt 44 niniejszej opinii.

106. Uprawnienie krajowych instytucji do samego stwierdzenia naruszenia unijnego prawa antymonopolowego bez nakładania sankcji nie jest wyraźnie przewidziane w art. 5 rozporządzenia nr 1/2003. Natomiast zgodnie z art. 7 ust. 1 zdanie ostatnie tego rozporządzenia Komisja jest wyraźnie uprawniona do stwierdzenia, że naruszenie zostało popełnione w przeszłości, jeżeli posiada uzasadniony interes.

107. Jednakże w przeciwieństwie do tego, co twierdzi przedsiębiorstwo Schenker, z milczenia art. 5 rozporządzenia nr 1/2003 nie można w żaden sposób wnioskować, że krajowym organom zakazane byłoby stwierdzenie jedynie istnienia naruszenia bez nałożenia sankcji. Nie można tego wnioskować również a contrario z uprawnień Komisji na podstawie art. 7 ust. 1 zdanie ostatnie rozporządzenia nr 1/2003.

108. Prawdą jest, że rozporządzenie nr 1/2003 świadomie nie przyznaje krajowym organom ochrony konkurencji i sądom antymonopolowym określonych uprawnień, aby zawarta w systemie tego rozporządzenia wiodąca rola Komisji przy kształtowaniu europejskiej polityki konkurencji⁶⁹ oraz stworzony nowy system bezpośrednio stosowanych wyłączeń nie były zakłócane. I tak przykładowo Komisja jest jedynym organem w ECN, który zgodnie z art. 10 rozporządzenia nr 1/2003 jest uprawniony do stwierdzenia na zasadzie wyjątku w sposób deklaracyjny, że unijne prawo antymonopolowe nie ma zastosowania⁷⁰, natomiast krajowe organy ochrony konkurencji mogą zgodnie z art. 5 ust. 2 tego rozporządzenia co najwyżej również zdecydować, że w konkretnym przypadku nie ma podstaw do działania z ich strony, co wyłącza wydanie negatywnych decyzji co do istoty⁷¹.

109. Niemniej jednak nie można przyjąć, że prawodawca unijny również w odwrotnym przypadku, a więc w odniesieniu do będącego tutaj przedmiotem zainteresowania uprawnienia do stwierdzenia naruszenia, miał zamiar ograniczyć kompetencje krajowych organów konkurencji i sądów antymonopolowych. Jak już wspomniano, jednym z głównych celów rozporządzenia nr 1/2003 było włączenie krajowych instytucji do stosowania unijnego prawa antymonopolowego w większym stopniu niż dotychczas⁷². Organy ochrony konkurencji państw członkowskich powinny otrzymać nie mniejsze, ale większe uprawnienia do skutecznego stosowania unijnego prawa antymonopolowego⁷³. W zdecentralizowanym systemie rozporządzenia nr 1/2003 wykrywanie, stwierdzanie i w stosownym przypadku karanie naruszeń europejskich reguł konkurencji stanowi stały element katalogu ich zadań⁷⁴ i przyczynia się do skutecznego stosowania tych reguł.

110. Uprawnienie do samego stwierdzenia naruszenia jest z natury rzeczy zawarte w kompetencji do nakładania sankcji przez organy ochrony konkurencji państw członkowskich zgodnie z art. 5 ust. 1 tiret ostatnie rozporządzenia nr 1/2003 (argumentum a maiore ad minus). Bez stwierdzenia naruszenia prawa antymonopolowego ewentualne sankcje, które organ nakłada na uczestniczące w tym naruszeniu przedsiębiorstwa, nie byłyby w ogóle możliwe do wyobrażenia.

111. Krajowe organy ochrony konkurencji lub sądy antymonopolowe w żadnym razie nie tracą swoich kompetencji do stwierdzenia naruszenia, jeżeli odstępują od nałożenia sankcji, aby przykładowo uhonorować przedsiębiorstwo, które złożyło wniosek o zwolnienie z sankcji, za jego współpracę w postępowaniu antymonopolowym. Przeciwnie, w takim przypadku stwierdzenie istnienia naruszenia mimo rezygnacji z sankcji może być nawet konieczne do skutecznego stosowania unijnych reguł konkurencji.

69 — Zobacz motyw 34 rozporządzenia nr 1/2003, w którym podkreślana jest główna rola instytucji unijnych przy stosowaniu zasad określonych w art. 81 WE i 82 WE; zob. ponadto ww. w przypisie 17 wyrok w sprawach połączonych *Musique Diffusion française i in. przeciwko Komisji*, pkt 105 in fine; wyrok z dnia 14 grudnia 2000 r. w sprawie C-344/98 *Masterfoods i HB*, Rec. s. I-11369, pkt 46, zdanie pierwsze oraz moja ww. w przypisie 28 opinię w sprawie *Expedia*, pkt 38.

70 — Zobacz także motyw 14 rozporządzenia nr 1/2003.

71 — Wyżej wymieniony w przypisie 33 wyrok w sprawie *Tele 2 Polska*, pkt 22–29 i 32.

72 — Motywy 6, 7 i 8 rozporządzenia nr 1/2003.

73 — Motywy 28 i 34 rozporządzenia nr 1/2003.

74 — Zobacz w szczególności art. 5 zdanie pierwsze i art. 6 oraz motywy 6, 7 i 8 rozporządzenia nr 1/2003.

112. Gdyby organ krajowy lub sąd krajowy nie zrezygnował jedynie z nałożenia sankcji, ale również z samego stwierdzenia naruszenia i po prostu umorzył postępowanie antymonopolowe wobec przedsiębiorstwa, którego ono dotyczy, to mogłoby powstać wprowadzające w błąd wrażenie, że jego działanie na rynku było zgodne z prawem. Poprzez stwierdzenie naruszenia, które w rzeczywistości jest równoznaczne z ustaleniem grzywny w wysokości równej zero, zostaje natomiast ponad wszelką wątpliwość wyjaśnione i udokumentowane, że przedsiębiorstwo to w sposób zawiniony naruszyło unijne reguły konkurencji.

113. Zagadnienie, czy i w jaki sposób właściwe instytucje krajowe uczynią użytek ze swojego zawartego *implicite* w art. 5 rozporządzenia nr 1/2003 uprawnienia do stwierdzenia naruszenia bez nałożenia sankcji, wchodzi w zakres autonomii proceduralnej państw członkowskich. W konsekwencji nic nie przemawia przeciw temu, aby prawo krajowe poddawało stwierdzenie naruszenia swobodnemu uznaniu właściwego organu lub właściwego sądu lub wymagało w tym względzie w nawiązaniu do art. 7 ust. 1 zdanie ostatnie rozporządzenia nr 1/2003 uzasadnionego interesu, z tym zastrzeżeniem, że zachowane pozostają unijne zasady równoważności i skuteczności⁷⁵.

114. W kontekście wymogu skuteczności, który znajduje swój wyraz w celu skutecznego stosowania unijnego prawa antymonopolowego⁷⁶, będzie z reguły istniał uzasadniony interes w stwierdzeniu naruszenia, nawet jeśli będzie miało miejsce odstępienie od nałożenia sankcji. Z jednej bowiem strony dane przedsiębiorstwo może zostać w przyszłości pociągnięte do odpowiedzialności na podstawie takiego stwierdzenia jako recydywista, jeżeli ponownie będzie ponosiło winę w naruszeniu reguł europejskiego prawa konkurencji⁷⁷. Z drugiej strony ze stwierdzenia naruszenia wypływa odstraszający sygnał w stosunku do innych przedsiębiorstw i zostaje wzmocnione zaufanie wszystkich podmiotów gospodarczych co do siły oddziaływania reguł konkurencji europejskiego rynku wewnętrznego. Co niemniej istotne, poprzez stwierdzenie przez organ naruszenia zostanie również znacznie ułatwione dochodzenie przez przedsiębiorstwa i konsumentów, którzy zostali pokrzywdzeni przez kartel, cywilnoprawnych roszczeń wobec uczestników kartelu⁷⁸.

VI – Wnioski

115. Mając powyższe na uwadze, proponuję, aby na pytania przedłożone przez austriacki Oberster Gerichtshof Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

- 1) Na przedsiębiorstwo nie może zostać nałożona grzywna z tytułu popełnionego przez nie naruszenia unijnoprawnego zakazu kartelowego, jeżeli przedsiębiorstwo było w błędzie co do zgodności z prawem swojego działania (błąd co do zakazu), a nie można mu było zarzucić tego błędu.
- 2) Można zarzucić błąd co do zakazu, w którym znajduje się przedsiębiorstwo, jeżeli przedsiębiorstwo zaufało poradzie prawnej adwokata lub rozstrzygnięciu krajowego organu ochrony konkurencji, w których decydujący problem prawny nie był w ogóle lub w każdym razie nie był wyraźnie omawiany.

75 — W przedmiocie znaczenia tych zasad w kontekście prawa konkurencji zob. wyrok z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-453/99 *Courage i Crehan*, Rec. s. I-6297; ww. w przypisie 65 wyrok w sprawach połączonych *Manfredi i in.*

76 — Zobacz w przedmiocie tego celu wyżej przywołane w przypisie 34 orzecznictwo.

77 — Punkt 28 tiret pierwsze wytycznych z 2006 r.

78 — W przedmiocie znaczenia prywatnego egzekwowania prawa konkurencji zob. poza ww. w przypisie 72 wyrokami w szczególności białą księgę „Roszczenia o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji”, przedstawioną przez Komisję Europejską w dniu 2 kwietnia 2008 r. [COM(2008) 165 wersja ostateczna]. W swojej białej księdze Komisja proponuje środki opracowane tak, „aby stworzyć skuteczny system prywatnego egzekwowania [prawa konkurencji] poprzez wykorzystanie roszczeń odszkodowawczych, który uzupełnia mechanizmy publiczne, lecz ich nie zastępuje ani im nie zagraża” (s. 4, akapit pierwszy zdanie drugie). Również Trybunał EFTA miał niedawno okazję zwrócić uwagę na znaczenie prywatnego egzekwowania prawa konkurencji i podkreślić, że leży ono w interesie publicznym (wyrok z dnia 21 grudnia 2012 r. w sprawie E-14/11 *DB Schenker* przeciwko Urzędowi Nadzoru EFTA, pkt 132).

W przypadku naruszeń, których moment początkowy ulokowany jest przed dniem 1 maja 2004 r., błąd co do zakazu można ponadto zarzucić przedsiębiorstwu, w przypadku gdy przedsiębiorstwo nie wystąpiło odpowiednio wcześniej z wnioskiem do Komisji Europejskiej o udzielenie atestu negatywnego na podstawie art. 2 rozporządzenia (EWG) nr 17.

- 3) Rozporządzenie (WE) nr 1/2003 nie zakazuje organom ochrony konkurencji państw członkowskich stwierdzenia popełnienia przez przedsiębiorstwo naruszenia unijnoprawnego zakazu kartelowego jako takiego i odstąpienia przy tym od nałożenia grzywny, pod warunkiem że zachowane pozostaną ogólne unijnoprawne zasady równoważności i skuteczności.