



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MELCHIORA WATHELETA
przedstawiona w dniu 25 czerwca 2015 r.¹

Sprawa C-373/14 P

**Toshiba Corporation
przeciwko**

Komisji Europejskiej

Odwołanie — Porozumienia, decyzje i uzgodnione praktyki — Rynek transformatorów mocy — Porozumienie ustne w sprawie podziału rynków („gentlemen’s agreement”) — Pojęcie ograniczenia konkurencji ze względu na cel — Kryterium publicznego zdystansowania się — Punkt 18 wytycznych z 2006 r.

1. W niniejszym odwołaniu Toshiba Corporation wnosi o uchylenie wyroku Sądu Unii Europejskiej Toshiba/Komisja (T-519/09, EU:T:2014:263, zwanego dalej „zaskarżonym wyrokiem”), w którym Sąd oddalił jej skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji C(2009) 7601 wersja ostateczna z dnia 7 października 2009 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. 81 WE (COMP/39.129 – Transformatory mocy, zwanej dalej „sporną decyzją”).
2. W związku z wniesieniem niniejszego odwołania Trybunał musi po raz kolejny zająć się pojęciem ograniczenia konkurencji „ze względu na cel” w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE (obecnie art. 101 ust. 1 TFUE), a w szczególności wskazać elementy niezbędne do przeprowadzenia analizy zmierzającej do określenia warunków, w jakich dana praktyka może stanowić takie ograniczenie.
3. Pojęcie „publicznego zdystansowania się” oraz pkt 18 wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia (WE) nr 1/2003² (zwanym dalej „wytycznymi z 2006 r.”) stanowią również centralny punkt niniejszego postępowania.

¹ — Język oryginału: francuski.

² — Dz.U. 2006, C 210, s. 2.

I – Ramy prawne

A – Prawo Unii

1. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

4. Zgodnie z art. 101 ust. 1 TFUE:

„Niezgodne z rynkiem wewnętrznym 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 rynku wewnętrznego, a w szczególności te, które polegają na:

- 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 świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji,
- 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”.

2. Wytyczne z 2006 r.

5. Zgodnie pkt 13 wytycznych z 2006 r.:

„W celu ustalenia kwoty podstawowej grzywny Komisja uwzględni wartość sprzedaży [towarów] lub usług [osiągniętą] przez przedsiębiorstwo, [mającą] bezpośredni lub pośredni związek z naruszeniem, w danym sektorze geograficznym na terytorium EOG [Europejskiego Obszaru Gospodarczego]. Zazwyczaj Komisja będzie uwzględniać wartość sprzedaży przedsiębiorstwa za ostatni pełny rok jego udziału w naruszeniu przepisów [...]”.

6. Jednakże pkt 18 wytycznych z 2006 r. wprowadza odstępstwo od tej zasady, stanowiąc:

„Jeżeli obszar geograficzny danego naruszenia wykracza poza terytorium [EOG] (na przykład w przypadku karteli o zasięgu światowym), odpowiednia wartość sprzedaży przedsiębiorstwa dokonanych na obszarze EOG może niekoniecznie dokładnie odzwierciedlać zakres udziału [każdego] przedsiębiorstwa w naruszeniu. W szczególności może to mieć miejsce w przypadku porozumień o zasięgu światowym w sprawie podziału rynku.

W powyższych okolicznościach, w celu odzwierciedlenia skumulowanej wartości sprzedaży na terytorium EOG, a zarazem [względnej] wagi udziału każdego z przedsiębiorstw w naruszeniu przepisów, Komisja może oszacować całkowitą wartość sprzedaży [towarów] lub usług mając[ą] związek z naruszeniem przepisów w danym sektorze geograficznym (wykraczającym poza terytorium

EOG), ustalić [...] część sprzedaży przypadającą na każde z przedsiębiorstw uczestniczących w naruszeniu [na tym rynku] i zastosować wartość tej części w stosunku do skumulowanej wartości sprzedaży tych przedsiębiorstw na terytorium EOG. Wynik ten zostanie wykorzystany jako wartość sprzedaży w celu ustalenia podstawowej kwoty grzywny”.

7. Wreszcie pkt 37 wytycznych z 2006 r. stanowi, że „[m]imo iż niniejsze wytyczne przedstawiają ogólną metodologię w zakresie ustalania grzywien, szczególne okoliczności danego przypadku lub konieczność osiągnięcia efektu odstraszającego w pewnym przypadku mogą uzasadnić odstąpienie Komisji od wspomnianej metodologii lub pułapów ustalonych w pkt 21”.

II – Okoliczności powstania sporu

8. Sektorem, którego dotyczy niniejsza sprawa, jest sektor transformatorów mocy, autotransformatorów i dławików kompensacyjnych dla napięć, począwszy od 380 kV. Transformator mocy jest ważnym komponentem elektrycznym, zmniejszającym lub zwiększającym napięcie w obwodzie elektrycznym.

9. Toshiba Corporation (zwana dalej „Toshibą”) jest japońską spółką prowadzącą działalność przede wszystkim w trzech dziedzinach działalności: produktów cyfrowych, urządzeń i podzespołów elektronicznych oraz systemów infrastruktury.

10. W odniesieniu do działalności tej spółki w sektorze, którego dotyczy niniejsza sprawa, należy wyróżnić dwa etapy w ramach okresu uwzględnionego przez Komisję w trakcie jej dochodzenia (tj. od dnia 9 czerwca 1999 r. do dnia 15 maja 2003 r., zwanego dalej „okresem mającym znaczenie dla niniejszej sprawy”). Od dnia 9 czerwca 1999 r. do dnia 30 września 2002 r. Toshiba prowadziła działalność za pośrednictwem swojej spółki zależnej – Power System Co. Od dnia 1 października 2002 r. działalność wnoszącej odwołanie była prowadzona za pośrednictwem TM T&D, wspólnego przedsiębiorstwa Toshiby i Mitsubishi Electric, w ramach którego te dwa przedsiębiorstwa skupiły prowadzoną przez siebie produkcję transformatorów mocy.

11. W dniu 30 września 2008 r. Komisja postanowiła wszcząć postępowanie dotyczące rynku transformatorów mocy. W dniu 20 listopada 2008 r. Komisja przyjęła pismo w sprawie przedstawienia zarzutów. Toshiba odpowiedziała na to pismo w dniu 19 stycznia 2009 r. W dniu 17 lutego 2009 r. odbyło się przesłuchanie.

12. W spornej decyzji Komisja stwierdziła, że Toshiba uczestniczyła przez cały okres mający znaczenie dla niniejszej sprawy w bezprawnym kartelu obejmującym całe terytorium EOG oraz Japonię. Kartel ten polegał na ustnym porozumieniu zawartym pomiędzy europejskimi i japońskimi producentami transformatorów mocy, którego celem było poszanowanie rynków wewnętrznych każdej z tych dwóch grup producentów transformatorów i odstąpienie od sprzedaży na tych rynkach (gentlemen's agreement, zwane dalej „umową dżentelmeńską”).

13. Komisja zakwalifikowała tą umowę dżentelmeńską jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

14. W pkt 165–169 spornej decyzji Komisja zbadała argument niektórych przedsiębiorstw objętych danym postępowaniem, zgodnie z którym ów kartel nie miał wpływu na konkurencję, gdyż producenci japońscy i europejscy nie konkurowali ze sobą ze względu na niemożliwe do pokonania bariery w wejściu na rynek EOG. W tym względzie Komisja podniosła w istocie, że producent koreański – Hyundai wszedł niedawno na europejski rynek transformatorów mocy oraz że japońskie przedsiębiorstwa odnotowały znaczną sprzedaż w Stanach Zjednoczonych. Jednakże przedsiębiorstwa te nie zdołały wykazać, iż bariery w wejściu na rynek amerykański różniły się w znaczący sposób od barier w wejściu na rynek europejski.

15. Co się tyczy organizacji umowy dżentelmeńskiej, Komisja zauważyła, że każda grupa producentów miała wyznaczyć przedsiębiorstwo jako sekretarza grupy. Stwierdziła ona również, że porozumienie o podziale rynku zostało uzupełnione drugim porozumieniem dotyczącym informowania sekretarza jednej z grup o przetargach organizowanych na terytorium drugiej grupy, tak by rozdzielić je między uczestników.

16. Ponadto Komisja przyjęła, że w okresie mającym znaczenie dla niniejszej sprawy przedsiębiorstwa zbierały się raz lub dwa razy w roku, zaś spotkania odbyły się w dniach 9–11 czerwca 1999 r. w Maladze, w dniu 29 maja 2000 r. w Singapurze, w dniach 29 października–1 listopada 2000 r. w Barcelonie, w dniach 29–30 maja 2001 r. w Lizbonie, w dniach 18–19 lutego 2002 r. w Tokio, w dniach 26–27 września 2002 r. w Wiedniu (zwanym dalej „spotkaniem w Wiedniu”) oraz w dniach 15–16 maja 2003 r. w Zurychu (zwanym dalej „spotkaniem w Zurychu”). Zdaniem Komisji spotkania te służyły w szczególności potwierdzeniu umowy dżentelmeńskiej.

17. Mając na względzie powyższe okoliczności, Komisja stwierdziła, że Toshiba naruszyła art. 81 WE i art. 53 EOG. W konsekwencji nałożyła na nią grzywnę w wysokości 13,2 mln EUR. Sporna decyzja nie dotyczyła TM T&D i Mitsubishi Electric.

III – Postępowanie przed Sądem i zaskarżony wyrok

18. Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 23 grudnia 2009 r. Toshiba wniosła skargę o stwierdzenie nieważności spornej decyzji w oparciu o cztery zarzuty. Niniejsze odwołanie dotyczy jedynie rozważań Sądu w przedmiocie trzech podniesionych przed nim zarzutów.

19. Co się tyczy oceny zarzutu drugiego, który dotyczył w szczególności istnienia ograniczenia konkurencji, Sąd orzekł w pierwszej kolejności, że Komisja słusznie zakwalifikowała umowę dżentelmeńską jako praktykę mającą na celu ograniczenie konkurencji, w związku z czym nie było konieczne wykazanie jej antykonkurencyjnych skutków.

20. W drugiej kolejności Sąd zbadał argument Toshiby, zgodnie z którym umowa dżentelmeńska, pomimo jej charakteru, nie mogła spowodować ograniczenia konkurencji z tego względu, że producenci japońscy nie byli konkurentami przedsiębiorstw europejskich na rynku EOG. Sąd zauważył w tym względzie, że kwestia, czy kartel miał na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji, powinna zostać zbadana nie tylko w świetle treści porozumienia, lecz także w świetle kontekstu gospodarczego, w jaki ono się wpisywało, oraz że, mając na względzie fakt, iż art. 101 TFUE chroni nie tylko rzeczywistą konkurencję, lecz także konkurencję potencjalną, porozumienie takie jak umowa dżentelmeńska mogło spowodować ograniczenie konkurencji, rzeczywistej lub potencjalnej, chyba że istniały niemożliwe do pokonania bariery w wejściu na rynek europejski, wykluczające w ten sposób wszelką konkurencję ze strony producentów japońskich.

21. W celu ustalenia, czy bariery w wejściu na rynek były w niniejszym przypadku niemożliwe do pokonania, Sąd zauważył przede wszystkim, że samo istnienie umowy dżentelmeńskiej mogło zostać uznane za poważną poszlakę wskazującą na istnienie konkurencyjnego stosunku między producentami japońskimi i europejskimi.

22. Następnie, odwołując się do pkt 91–98 spornej decyzji, Sąd stwierdził, że japoński producent – Hitachi zatwierdził projekty klientów europejskich. Zauważył on ponadto, że w piśmie z dnia 30 marca 2009 r. skierowanym przez Hitachi do Komisji w trakcie prowadzonego przez nią postępowania administracyjnego (zwanym dalej „pismem Hitachi”) spółka ta wycofała się ze swoich twierdzeń, oświadczając, że akceptowała ustalenia Komisji dotyczące istnienia i zakresu umowy dżentelmeńskiej, opisane w piśmie w sprawie przedstawieniu zarzutów.

23. W odniesieniu do zarzutu trzeciego, opartego między innymi na rzekomym zdystansowaniu się przez Toshiba od uczestnictwa w kartelu, Sąd zaczął od przypomnienia, że jeżeli przedsiębiorstwo uczestniczy w spotkaniach przedsiębiorstw, które mają antykonkurencyjny cel, nawet nie biorąc w nich czynnego udziału, i nie dystansuje się publicznie od treści tych spotkań, dając w ten sposób do zrozumienia innym przedsiębiorstwom, że jest stroną kartelu będącego rezultatem tych spotkań, to można uznać, że uczestniczyło ono w przedmiotowym kartelu.

24. Następnie przyznając, że dostępne dokumenty mogły wzbudzać wątpliwości co do uczestnictwa Toshiba w umowie dżentelmeńskiej po spotkaniu w Wiedniu, Sąd stwierdził, że owe dokumenty nie pozwalały na wykazanie, że Toshiba zdystansowała się już od umowy dżentelmeńskiej podczas rzeczonego spotkania.

25. Ponieważ z dokumentów tych wynikało, że przedsiębiorstwa uczestniczące w spotkaniu w Wiedniu potwierdziły bezprawny kartel oraz zasady powiadamiania o przewidzianych w jego ramach projektach, według Sądu świadczyło to o tym, że strony umowy dżentelmeńskiej, w tym Toshiba, chciały ją przedłużyć, w każdym razie aż do następnego spotkania.

26. W odniesieniu do argumentów dotyczących uczestnictwa Toshiba w kartelu aż do spotkania w Zurychu oraz rzekomego braku antykonkurencyjnego celu tego spotkania Sąd uznał, że były one pozbawione znaczenia dla sprawy, ponieważ nie pozwalały podważyć wniosku Komisji, zgodnie z którym Toshiba uczestniczyła w umowie dżentelmeńskiej do dnia 15 maja 2003 r.

27. Sąd stwierdził ponadto, że Toshiba nie mogła utrzymywać, iż zakończyła swój udział w kartelu w momencie utworzenia TM T&D. Skarżąca nie zdystansowała się bowiem publicznie od kartelu oraz nie poinformowała innych stron o tym, że wspomniane wspólne przedsiębiorstwo nie będzie brało w nim udziału.

28. Co się tyczy zarzutu czwartego, dotyczącego wymiaru grzywny, Sąd uznał, że Komisja prawidłowo zastosowała metodę przewidzianą w pkt 18 wytycznych z 2006 r., w związku z czym nie można było przyjąć, iż do celów obliczenia grzywny należało uwzględnić wyłącznie sprzedaż w Japonii i na terytorium EOG. W tym względzie Sąd stwierdził zasadniczo, że odniesienie się przez Komisję do udziałów w rynku światowym pozwalało na uwzględnienie okoliczności, że światowy potencjał konkurencyjny danych przedsiębiorstw nie został wykorzystany w celu zdobycia rynku EOG.

29. Ponadto, zdaniem Sądu, Komisja słusznie oparła się na domniemaniu, zgodnie z którym w przypadku braku umowy dżentelmeńskiej udziały w rynku producentów japońskich na terytorium EOG byłyby równoważne udziałom, jakie posiadali oni na rynku światowym.

30. Jeżeli chodzi konkretnie o proporcjonalność grzywny, Sąd uznał, że uwzględnienie rzeczywistej sprzedaży zrealizowanej przez producentów japońskich na terytorium EOG nie byłoby odpowiednie, ponieważ w niniejszym przypadku oznaczałoby to nagrodzenie Toshiba za poszanowanie umowy dżentelmeńskiej. Sąd stwierdził ponadto, że metoda uwzględniająca udziały w rynku światowym, w odniesieniu do porozumienia o podziale rynku między przedsiębiorstwami konkurującymi ze sobą na rynku światowym, daje bardziej odpowiedni obraz zdolności rzeczonych przedsiębiorstw do wyrządzenia poważnej szkody innym podmiotom na rynku europejskim oraz dostarcza wskazówki co do ich zaangażowania w zapewnienie skuteczności kartelu jako całości lub, odwrotnie, co do niestabilności, jaka panowałaby w ramach kartelu, gdyby przedsiębiorstwa te w nim nie uczestniczyły. Wreszcie Sąd uznał, że takie podejście pozwala na uwzględnienie potencjalnych barier w wejściu mogących występować na różnych segmentach rynku światowego.

IV – Żądania stron i postępowanie przed Trybunałem

31. Toshiba wnosi do Trybunału o:

- uchylenie zaskarżonego wyroku w zakresie, w jakim Sąd oddalił skargę Toshiba o stwierdzenie nieważności art. 1 i 2 spornej decyzji, a także stwierdzenie nieważności tej decyzji;
- ewentualnie, skierowanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd zgodnie z oceną prawną zawartą w wyroku Trybunału;
- obciążenie Komisji kosztami postępowania w pierwszej instancji i postępowania odwoławczego.

32. Toshiba opiera swoje odwołanie na czterech zarzutach.

33. W ramach zarzutu pierwszego Toshiba twierdzi, że Sąd zastosował błędne kryterium prawne, gdy uznał, iż japońscy producenci transformatorów mocy byli potencjalnymi konkurentami na rynku EOG, na tej podstawie, że bariery w wejściu na rynek EOG nie były niemożliwe do pokonania, a także na podstawie istniejącej umowy dżentelmeńskiej. Zdaniem Toshiba Sąd winien był sprawdzić, czy producenci japońscy mieli faktycznie konkretną możliwość wejścia na rynek EOG i czy takie wejście mogło stanowić część ekonomicznie opłacalnej strategii. Z uwagi na brak potencjalnej konkurencji między producentami japońskimi i europejskimi umowa dżentelmeńska nie mogła naruszyć art. 81 WE, a Komisja nie była uprawniona do wszczęcia dochodzenia w sprawie. W związku z tym należy uchylić zaskarżony wyrok i stwierdzić nieważność spornej decyzji w odniesieniu do Toshiba.

34. W ramach zarzutu drugiego Toshiba podnosi, że Sąd wypaczył treść pisma, w którym inny uczestnik postępowania (mianowicie Hitachi) oświadczył, iż nie kwestionował ustaleń Komisji. Komisja uznała, że owo pismo miało pierwszeństwo przed wcześniejszymi oświadczeniami tego przedsiębiorstwa, zgodnie z którymi nie prowadziło ono sprzedaży w EOG. Zdaniem Toshiba stanowi to przeinaczenie dowodów, na których Sąd oparł się, by uznać, iż bariery w wejściu na rynek EOG nie były nie do pokonania.

35. W ramach zarzutu trzeciego Toshiba twierdzi, że Sąd przedstawił wewnątrznie sprzeczne uzasadnienie oraz niewłaściwie zastosował kryterium publicznego zdystansowania się od naruszenia i naruszył w ten sposób zasadę odpowiedzialności osobistej, gdy uznał, iż zastrzeżenie Toshiba dotyczące braku jej udziału w spotkaniu w Zurichu było „pozbawione znaczenia dla sprawy”. Należy zatem uchylić zaskarżony wyrok i stwierdzić nieważność spornej decyzji w zakresie, w jakim uznano w nich, że Toshiba w dalszym ciągu brała udział w umowie dżentelmeńskiej aż do maja 2003 r.

36. Wreszcie w ramach zarzutu czwartego Toshiba podnosi, że Sąd dokonał błędnej wykładni pkt 18 wytycznych z 2006 r., gdy uwzględnił jej sprzedaż na poziomie światowym celem ustalenia jej znaczenia w ramach naruszenia.

37. Komisja ze swej strony wnosi do Trybunału o oddalenie odwołania i obciążenie Toshiba kosztami postępowania w niniejszej instancji.

V – Ocena

A – W przedmiocie zarzutu pierwszego, opartego na naruszeniu prawa przy zastosowaniu pojęcia ograniczenia konkurencji ze względu na cel

38. W ramach zarzutu pierwszego Toshiba podnosi, że Sąd naruszył prawo, kwalifikując umowę dżentelmeńską jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Zdaniem Toshiba, aby móc dojść do takiego wniosku, Sąd powinien był sprawdzić, czy ewentualne wejście na rynek EOG stanowiło dla producentów japońskich ekonomicznie opłacalną strategię. Tymczasem Sąd poprzestał na stwierdzeniu, że strony mogły być uznane za potencjalnych konkurentów, po pierwsze, na tej podstawie, że nie istniały niemożliwe do pokonania bariery w wejściu na rynek EOG, a po drugie, na samej podstawie istniejącej umowy dżentelmeńskiej.

39. Zarzut ten dotyczy zatem w istocie, i po raz kolejny, kwestii definicji ograniczenia konkurencji ze względu na cel oraz jego proceduralnych konsekwencji w zakresie dowodu.

1. Wstępne uwagi ogólne dotyczące definicji ograniczenia konkurencji ze względu na cel

40. Zakazem przewidzianym w art. 101 ust. 1 WE są objęte porozumienia, decyzje związków przedsiębiorstw i praktyki uzgodnione, których „celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego”.

41. Rozróżnienie między ograniczeniami konkurencji ze względu na cel i ograniczeniami konkurencji ze względu na skutek wynika zatem z traktatu. Należy stwierdzić, że rozróżnienie to nie jest nowe i było przedmiotem licznych spraw, które wzbudziły krytykę doktryny w ciągu ostatnich lat³.

42. Wyjaśnienie orzecznictwa w tej kwestii jest niewątpliwie pożądane.

a) Nauka płynąca z orzecznictwa dotyczącego rozróżnienia między ograniczeniem konkurencji ze względu na cel i ograniczeniem konkurencji ze względu na skutek

43. Alternatywny charakter przesłanki przewidzianej w art. 101 ust. 1 TFUE, dotyczącej istnienia porozumienia lub uzgodnionej praktyki, których „celem lub skutkiem” jest ograniczenie konkurencji, został stwierdzony przez Trybunał już w połowie lat sześćdziesiątych wraz z wydaniem wyroku LTM (56/65, EU:C:1966:38) i był od tego czasu wielokrotnie potwierdzany⁴.

44. Trybunał wyjaśnił przede wszystkim, że alternatywny, a nie kumulatywny charakter tej przesłanki wyrażony przy pomocy spójnika „lub” skutkuje koniecznością zbadania w pierwszej kolejności samego celu porozumienia z uwzględnieniem kontekstu gospodarczego, w jakim ma być ono stosowane⁵.

3 — Wyroki: Beef Industry Development Society i Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643); T-Mobile Netherlands i in. (C-8/08, EU:C:2009:343); GlaxoSmithKline Services i in./Komisja i in. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610); Football Association Premier League i in. (C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631); Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649); Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2013:160); Siemens i in./Komisja (C-239/11 P, C-489/11 P i C-498/11 P, EU:C:2013:866); a także CB/Komisja (C-67/13 P, EU:C:2014:2204).

4 — Wyroki: Beef Industry Development Society i Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, pkt 15); T-Mobile Netherlands i in. (C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 28); a także GlaxoSmithKline Services i in./Komisja i in. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 55).

5 — Wyroki: LTM (56/65, EU:C:1966:38); Beef Industry Development Society i Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, pkt 15); T-Mobile Netherlands i in. (C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 28); GlaxoSmithKline Services i in./Komisja i in. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 55); a także Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 33).

45. Ewentualnie, wyłącznie wówczas, gdyby analiza klauzul tego porozumienia nie wskazywała na wystarczający stopień szkodliwości dla konkurencji, należałoby zbadać skutki porozumienia. W takim wypadku, do objęcia go zakazem wymagane jest spełnienie przesłanek, które wskazują na faktyczne zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w odczuwalny sposób⁶.

46. Uwzględnienie konkretnych skutków porozumienia jest zatem zbędne, jeśli okazuje się, że ma ono na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego⁷. Innymi słowy, nie jest konieczne badanie skutków porozumienia, jeżeli został stwierdzony jego antykonkurencyjny cel⁸.

47. Przy ocenie tego antykonkurencyjnego charakteru porozumienia należy skupić się w szczególności na treści jego postanowień, na celach, do których osiągnięcia ono zmierza, a także na kontekście gospodarczym i prawnym, w jaki porozumienie to się wpisuje⁹. Ponadto nic nie stoi na przeszkodzie, aby Komisja lub sądy Unii uwzględniły zamiar stron, mimo iż nie stanowi on koniecznej przesłanki ustalenia, czy porozumienie lub uzgodniona praktyka ma charakter ograniczający¹⁰.

48. Ponadto wystarczy, aby porozumienie *mogło* oddziaływać negatywnie na konkurencję, a mianowicie musi ono być konkretnie w stanie, biorąc od uwagę kontekst prawny i gospodarczy, w który się wpisuje, zapobiec konkurencji wewnątrz wspólnego rynku, ograniczyć ją lub zakłócić¹¹. Jak podkreślił rzecznik generalny N. Wahl w swojej opinii w sprawie CB/Komisja (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), chociaż „bardziej standardowa ocena, do której prowadzi posłużenie się pojęciem ograniczenia ze względu na cel, zakłada konieczność szczegółowego i indywidualnego badania spornego porozumienia, [należy je] jednak wyraźnie odróżnić od badania rzeczywistych lub potencjalnych skutków kwestionowanych zachowań przedsiębiorstw”¹².

49. Owo rozróżnienie „ograniczeń ze względu na cel” i „ograniczeń ze względu na skutek” opiera się bowiem na okoliczności, że pewne formy zmony między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji¹³.

50. Przyjęto zatem, „że pewne mające znamiona zmony zachowania, takie jak te, które prowadzą do horyzontalnego ustalania cen, należy uznać za mające tak wysokie prawdopodobieństwo wywołania negatywnych skutków dla, w szczególności, ceny, ilości czy jakości towarów czy usług, iż dla celów zastosowania [101 ust. 1 TFUE] nie ma potrzeby wykazania, że wywołują one faktyczne skutki rynkowe”¹⁴. Jednakże „gdy z analizy danego rodzaju współpracy między przedsiębiorstwami wynika, że nie wykazuje on wystarczającego stopnia szkodliwości z punktu widzenia konkurencji, należy [...] zbadać skutki tego porozumienia, a do objęcia go zakazem wymagane jest spełnienie przesłanek, które wskazują na faktyczne zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w odczuwalny sposób”¹⁵.

6 — Wyroki: LTM (56/65, EU:C:1966:38); Beef Industry Development Society i Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, pkt 15); T-Mobile Netherlands i in. (C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 28); GlaxoSmithKline Services i in./Komisja i in. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 55); a także Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 34).

7 — Wyroki: Consten i Grundig/Komisja (56/64 i 58/64, EU:C:1966:41); Beef Industry Development Society i Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, pkt 16); a także T-Mobile Netherlands i in. (C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 29).

8 — Wyroki: T-Mobile Netherlands i in. (C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 30); GlaxoSmithKline Services i in./Komisja i in. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 55); a także Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 34).

9 — Wyrok GlaxoSmithKline Services i in./Komisja i in. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 58). Zobacz także, w odniesieniu do uzgodnionej praktyki, wyrok T-Mobile Netherlands i in. (C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 27).

10 — Wyroki: T-Mobile Netherlands i in. (C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 27); GlaxoSmithKline Services i in./Komisja i in. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 58); Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 37); a także CB/Komisja (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 54).

11 — Wyroki: T-Mobile Netherlands i in. (C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 31); Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 38).

12 — Punkt 40. Zobacz także pkt 44.

13 — Wyroki: Beef Industry Development Society i Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, pkt 17); T-Mobile Netherlands i in. (C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 29); Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 35); CB/Komisja (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 50); a także Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja (C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 114).

14 — Wyrok CB/Komisja (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 51).

15 — Ibidem (pkt 52).

51. Orzecznictwo to można z całą pewnością uznać za utrwalone.

52. Tymczasem w jednym z najnowszych spośród wyżej wymienionych wyroków, a mianowicie w wyroku *Allianz Hungária Biztosító i in.* (C-32/11, EU:C:2013:160), Trybunał wskazał jeszcze na kilka innych elementów, które należy brać pod uwagę przy ocenie kontekstu gospodarczego i prawnego, co wprowadza niejasność w odniesieniu do dowodowego skutku rozróżnienia między „ograniczeniem ze względu na cel” i „ograniczeniem ze względu na skutek”.

53. W istocie, zdaniem Trybunału, „[w] ramach oceny rzeczonego kontekstu należy wziąć pod uwagę również charakter dóbr lub usług, których to dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury spornego rynku lub spornych rynków”¹⁶. Konkretnie oznacza to, że sąd, który ma dokonać oceny ryzyka wyeliminowania lub poważnego osłabienia konkurencji na rzeczym rynku, „powinien wziąć pod uwagę w szczególności strukturę tego rynku, istnienie alternatywnych kanałów dystrybucyjnych oraz ich odnośnego znaczenia, a także władzę na rynku odnośnych zakładów”¹⁷.

54. Podzielam w tym względzie pogląd rzecznika generalnego N. Wahla zaprezentowany w jego opinii w sprawie *CB/Komisja* (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), zgodnie z którym powyższe stwierdzenia zawarte w orzecznictwie „mogły [...] uczynić delikatnym konieczne rozróżnienie między badaniem antykonkurencyjnego celu i analizą antykonkurencyjnych skutków porozumień zawieranych przez przedsiębiorstwa”¹⁸. Zgadzam się z jego twierdzeniem, że „granica między pojęciami ograniczeń ze względu na cel oraz ze względu na skutek [nie może być niewyraźna oraz że] należy dokładniej wyznaczyć ramy tego pojęcia”¹⁹. Wydaje mi się, że niniejsze odwołanie stwarza Trybunałowi nową okazję do wyjaśnienia swojego orzecznictwa; powrócę do tej kwestii po omówieniu korzyści takiego rozgraniczenia oraz jego konieczności.

b) Znaczenie rozróżnienia między ograniczeniem konkurencji ze względu na cel i ograniczeniem konkurencji ze względu na skutek

55. Nic nie podważa alternatywnego charakteru przesłanki dotyczącej istnienia porozumienia lub uzgodnionej praktyki, których „celem lub skutkiem” jest ograniczenie konkurencji nierozzerwalnie związane z brzmieniem art. 101 ust. 1 TFUE.

56. Rozróżnienie to ma znaczenie dla celów dowodowych: w przypadku ograniczenia ze względu na cel udowodnienie jego rzeczywistych lub potencjalnych antykonkurencyjnych skutków nie jest wymagane do stwierdzenia niezgodności z prawem²⁰. Stwierdzenie antykonkurencyjnego celu wystarczy bowiem do uznania, że zachodzi ograniczenie konkurencji, a w konsekwencji wystarczy do wymierzenia kary²¹. Jeżeli planowany antykonkurencyjny cel porozumienia (lub uzgodnionej praktyki) został wykazany, dochodzenie może zostać zakończone, a naruszenie uznaje się za udowodnione, bez konieczności wykazania rzeczywistego lub potencjalnego wpływu tego porozumienia (lub tej uzgodnionej praktyki) na konkurencję²².

16 — Wyrok *Allianz Hungária Biztosító i in.* (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 36).

17 — Ibidem (pkt 48).

18 — Punkt 46.

19 — Punkt 52. Nie wydaje mi się, by Trybunał wyraźnie wyjaśnił tę kwestię w wyroku *CB/Komisja* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204).

20 — N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris 2013, nr 574.

21 — C. Prieto, i D. Bosco, *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelles 2013, nr 566.

22 — Zobacz w szczególności D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nr 3–114, s. 135; R. Whish i D. Bailey, *Competition law*, wydanie 7, Oxford University Press, 2012, s. 119, 120. Zobacz także C. Graham, *Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on Allianz Hungária*, *EL Rev.*, 2013 (38), s. 542–551, a w szczególności s. 543; C.I. Nagy, *The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?*, *World Competition*, 2013, nr 4, s. 541–564, a w szczególności s. 543; D. Harrison, *The Allianz Hungária case. The ECJ's judgment could have ugly consequences*, *Competition Law Insight.*, 2013, tom 12, s. 10–12, a w szczególności s. 10; L. Idot, C. Prieto, *La Cour de justice revient une nouvelle fois sur la notion d'objet anticoncurrentiel*, *Revue des contrats*, 2013, s. 955–959, a w szczególności s. 957.

57. Zdaniem części doktryny „domniemanie” niezgodności z prawem związane jest z ograniczeniami ze względu na cel²³. Posługiwanie się tym terminem prowadzi jednak do powstania niejasności. Jak bardzo dobrze to wyjaśniła rzecznik generalna J. Kokott w opinii przedstawionej w sprawie T-Mobile Netherlands i in. (C-8/08, EU:C:2009:110), zakaz ograniczeń konkurencji ze względu na cel nie może być rozumiany «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. Taka wykładnia sprowadzałaby się bowiem do przemieszania w niedopuszczalny sposób obu przypadków występujących w art. [101] ust. 1 [TFUE] niezależnie od siebie: z jednej strony zakaz zmowy mającej cel antykonkurencyjny, a z drugiej strony zakaz zmowy mającej skutek antykonkurencyjny»²⁴.

58. Korzyści wynikające z tej dychotomii są znane. Posłużenie się pojęciem antykonkurencyjnego celu – rozpatrywane z proceduralnego punktu widzenia omówionego powyżej – zapewnia niewątpliwie „przewidywalność, a tym samym pewność prawa po stronie przedsiębiorstw, gdyż pozwala im na zapoznanie się z konsekwencjami prawnymi (w szczególności w postaci zakazów i sankcji), jakie wiążą się z niektórymi ich działaniami [...]. Tym samym wskazanie porozumień, które ograniczają konkurencję ze względu na cel, ma jednocześnie skutek odstraszający i przyczynia się do przeciwdziałania zachowaniom antykonkurencyjnym. Wreszcie pojęcie to przyczynia się do realizacji zasady ekonomiki procesowej, gdyż w razie wykrycia pewnych form porozumień organy ochrony konkurencji mogą od razu stwierdzić ich antykonkurencyjne oddziaływanie, bez potrzeby przeprowadzania przez te organy często złożonych i skomplikowanych analiz potencjalnych lub rzeczywistych skutków takich porozumień na danym rynku»²⁵.

59. Jak uściślił jednak rzecznik generalny N. Wahl w opinii w sprawie CB/Komisja (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, pkt 36), opisane wyżej korzyści występują i są zasadne tylko wtedy, gdy posłużenie się pojęciem ograniczenia ze względu na cel jest wyraźnie określone. W istocie podzielałam w tym względzie punkt widzenia wyrażony przez rzecznik generalną J. Kokott w opinii przedstawionej w sprawie T-Mobile Netherlands i in. (C-8/08, EU:C:2009:110); z jednej strony pojęcie porozumienia lub uzgodnionej praktyki, mających antykonkurencyjny cel nie może być interpretowane nadmiernie szeroko z uwagi na daleko idące konsekwencje, na które mogą się narazić przedsiębiorstwa w przypadku naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE, z drugiej jednak strony pojęcie to nie może być interpretowane nadmiernie zawężająco, tak aby nie prowadziło to w praktyce do zniesienia ugruntowanego w prawie pierwotnym zakazu ograniczeń ze względu na cel²⁶.

23 — Ch. Lemaire, *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelles 2013, nr 8; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Textenro éditeurs, Paris 2013, nr 594; J.H.J. Bourgeois, On the Internal Morality of EU Competition Law, w: *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bruxelles 2014, s. 347–374, a w szczególności s. 350; D. Waelbroeck, D. Slater, The scope of object vs effect under article 101 TFEU, w: J. Bourgeois, D. Waelbroeck (wyd.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, s. 131–157, a w szczególności s. 135, s. 137. Zobacz także podobnie pkt 64 opinii rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna w sprawie Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2012:663, pkt 64).

24 — Punkt 45.

25 — Opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie CB/Komisja (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, pkt 35, wyróżnienie moje). Jak zauważyli D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, „In a nutshell, it imposes a light evidentiary burden on the competition authority, which does not need to assess the effects of the agreement under scrutiny” (D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nr 3–118, s. 136). Zobacz także, w odniesieniu do tej korzyści, C. I. Nagy, The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?, *World Competition*, 2013, nr 4, s. 541–564, a w szczególności s. 545; C. Graham, Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on Allianz Hungária, *EL Rev.*, 2013 (38), s. 542–551, a w szczególności s. 547.

26 — Opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie T-Mobile Netherlands i in. (C-8/08, EU:C:2009:110, pkt 44).

60. W tym względzie należy zauważyć, że w odniesieniu do wyroku *Allianz Hungária Biztosító i in.* (C-32/11, EU:C:2013:160) uznano, iż może on skutkować zniesieniem lub przynajmniej zatarciem rozróżnienia między ograniczeniem ze względu na cel i ograniczeniem ze względu na skutek²⁷, gdy tymczasem niezbędne jest jasne zdefiniowanie ograniczenia ze względu na cel oraz kryteriów koniecznych do jego ustalenia²⁸.

61. Jak już bowiem wspomniałem wcześniej, w wyroku tym Trybunał wskazał sądowi odsyłającemu, który zwrócił się do niego z pytaniem prejudycjalnym, że w ramach oceny kontekstu gospodarczego i prawnego powinien on „wziąć pod uwagę w szczególności strukturę tego rynku, istnienie alternatywnych kanałów dystrybucyjnych oraz ich odnośnego znaczenia, a także władzę na rynku odnośnych zakładów”²⁹.

62. Uważam jednak, że możliwe jest pogodzenie przytoczonego powyżej utrwalonego orzecznictwa Trybunału oraz wyroku *Allianz Hungária Biztosító i in.* (C-32/11, EU:C:2013:160).

c) Kryteria konieczne do ustalenia, czy mamy do czynienia z ograniczeniem konkurencji „ze względu na cel”

63. Jak przypomniałem w ramach analizy stosownego orzecznictwa, nie jest konieczne badanie skutków porozumienia, jeżeli został stwierdzony jego antykonkurencyjny cel³⁰. Niezbędne jest natomiast w związku z tym ustalenie antykonkurencyjnego celu rozpatrywanego porozumienia.

64. Przy ocenie tego charakteru zamiar stron nie stanowi koniecznej przesłanki, ale w razie potrzeby może on zostać uwzględniony³¹. Należy natomiast skupić się na treści postanowień porozumienia, na celach, do osiągnięcia których zmierza, oraz na kontekście gospodarczym i prawnym, w jaki się wpisuje³².

27 — W odniesieniu do wyroku *Allianz Hungária Biztosító i in.* (C-32/11, EU:C:2013:160): „[u]zasadnienie Trybunału Sprawiedliwości wydaje się zamazywać rozróżnienie między dwoma pojęciami. Nadmierna subtelność może nie tylko osłabiać zrozumienie ze strony przedsiębiorstw, lecz także negatywnie wpływać na praktykę decyzyjną organów ochrony konkurencji i sądów krajowych. *Takie rozmycie pojęcia ograniczenia ze względu na cel powoduje dezorientację.* Może też prowadzić do jego faktycznego zaniku, co oznaczałoby sukces podejścia opartego na skutkach” (C. Prieto, D. Bosco, *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelles 2013, nr 582; wyróżnienie moje); „the Court of Justice seems propose a new approach which would *blur* the distinction between agreements with the object and those with the effect of restricting competition” (C. Graham, *Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on Allianz Hungária, EL Rev.*, 2013 (38), s. 542–551, a w szczególności s. 542, *Abstract*; wyróżnienie moje); „the Court of Justice’s judgment in *Allianz Hungária* would seem to *blur* this distinction” (C.I. Nagy, *The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?*, *World Competition*, 2013, nr 4, s. 541–564, a w szczególności s. 547; wyróżnienie moje).

28 — Zobacz podobnie Ch. Lemaire, *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelles 2013, nr 66: „Since the effect category can be deduced from the object one, *it is crucial* to have a clear definition of what is anticompetitive by object” (wyróżnienie moje).

29 — Wyrok *Allianz Hungária Biztosító i in.* (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 48).

30 — Wyroki: *T-Mobile Netherlands i in.* (C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 30); *GlaxoSmithKline Services i in./Komisja i in.* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 55); a także *Allianz Hungária Biztosító i in.* (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 34).

31 — Wyroki: *T-Mobile Netherlands i in.* (C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 27); *GlaxoSmithKline Services i in./Komisja i in.* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 58); *Allianz Hungária Biztosító i in.* (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 37); a także *CB/Komisja* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 54).

32 — Wyroki: *T-Mobile Netherlands i in.* (C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 27, w odniesieniu do uzgodnionej praktyki); *GlaxoSmithKline Services i in./Komisja i in.* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 58).

65. Wprawdzie bowiem antykonkurencyjne skutki nie muszą zostać wykazane w ramach badania ograniczenia konkurencji ze względu na cel, jednak sporne ograniczenie konkurencji musi ewidentnie być w stanie wyrzucić minimalny wpływ na rynek³³.

66. Innymi słowy – jak wyraził się rzecznik generalny N. Wahl w swojej opinii przedstawionej w sprawie CB/Komisja (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, pkt 41) – kwestia, czy umowa ma na celu ograniczenie konkurencji, nie może być badana *w oderwaniu* od kontekstu gospodarczego i prawnego tej umowy, w świetle którego strony ją zawarły³⁴.

67. Kontekst gospodarczy i prawny ma stanowić pomoc dla organu wyznaczonego do zbadania zarzucanego ograniczenia ze względu na cel w *zrozumieniu* funkcji gospodarczej i rzeczywistego znaczenia badanego porozumienia³⁵.

68. Jak wyjaśniła rzecznik generalna J. Kokott w swojej opinii przedstawionej w sprawie T-Mobile Netherlands i in. (C-8/08, EU:C:2009:110, pkt 46), uwzględnienie kontekstu gospodarczego i prawnego oznacza zatem, że sporne porozumienie musi być jedynie *konkretnie* zdolne doprowadzić do zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji wewnątrz wspólnego rynku.

69. Należy bowiem pamiętać, że korzyść polegająca na przewidywalności i złagodzeniu ciężaru dowodu, wynikająca z jasnego określenia, które porozumienia należy uważać za ograniczenia ze względu na cel, zostanie „zniweczona, jeżeli określenie to [doprowadzi w ostateczności] do nadmiernie pogłębionego badania wpływu tego porozumienia na konkurencję, które to badanie znacznie wykroczy poza szczegółowe badanie porozumienia”³⁶.

70. Jednakże pobieżne podejście może być uzasadnione wyłącznie w przypadku zachowań, które – przytaczając kolejny raz słowa rzecznika generalnego N. Wahla – *z samej swej natury wiążą się z ryzykiem zaistnienia szczególnie poważnych skutków*³⁷, a mianowicie w przypadku ograniczeń, które z samej swej natury mają określony stopień szkodliwości³⁸.

71. Podejście takie jest ponadto zgodne z orzecznictwem Trybunału, zgodnie z którym „kryterium prawne mające istotne znaczenie dla ustalenia tego, czy dana forma współpracy między przedsiębiorstwami stanowi takie »ograniczenie konkurencji ze względu na cel«, związane jest ze stwierdzeniem, iż taka forma współpracy cechuje się sama w sobie wystarczającym stopniem szkodliwości z punktu widzenia konkurencji”³⁹.

33 — „[...] the fact that there is no need to prove anti-competitive effects in the case of object restrictions does not mean that there is no quantitative component to object analysis at all. There is a rule that any restriction of competition must be *appreciable*: even a restriction of competition by object could fall outside Article 101(1) if its likely impact on the market is minimal [...]. Because of the need to prove appreciability, it is necessary for the Commission to define the relevant market even in a case involving an object restriction” (R. Whish i D. Bailey, *Competition law*, wydanie 7, Oxford University Press, 2012, s. 120). Zobacz także podobnie opinia rzecznika generalnego J. Mazáka w sprawie Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:113): „nawet jeżeli w oparciu o dotychczasowe doświadczenia można uznać, że w odniesieniu do pewnych form porozumień można mówić *prima facie* o prawdopodobnym naruszeniu ze względu na cel, to nie zwalnia to Komisji lub krajowego organu ds. konkurencji z obowiązku każdorazowego zbadania danego porozumienia. Uważam, że w pewnych przypadkach tego rodzaju ocena może być okrojona, na przykład w sytuacji, gdy występuje oczywisty dowód na istnienie horyzontalnego kartelu w celu kontrolowania produkcji i tym samym utrzymania cen na dotychczasowym poziomie, ale nie można się w pełni bez niego obejść” (pkt 27).

34 — Aby zilustrować swe spostrzeżenie, rzecznik generalny N. Wahl posłużył się znanym przykładem „naruszenia, które zgodnie z nabytym doświadczeniem uznaje się za jedno z najcięższych ograniczeń konkurencji, a mianowicie horyzontalnego porozumienia w sprawie cen towarów. O ile przyjmuje się, że tego rodzaju porozumienie jest generalnie wysoce szkodliwe dla konkurencji, o tyle nie można tego powiedzieć w przypadku, gdy na przykład uczestniczące w nim przedsiębiorstwa mają jedynie niewielki udział w rynku właściwym”. [opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie CB/Komisja (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, pkt 42)]. Zobacz także podobnie D. Waelbroeck, D. Slater, *The scope of object vs effect under article 101 TFEU*, w: J. Bourgeois, D. Waelbroeck (wyd.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, s. 131–157, a w szczególności s. 135, 146.

35 — Zobacz podobnie C.I. Nagy, *The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?*, *World Competition*, 2013, nr 4, s. 541–564, a w szczególności s. 558.

36 — Opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie CB/Komisja (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, pkt 60).

37 — Opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie CB/Komisja (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, pkt 55).

38 — Ibidem (pkt 58).

39 — Wyrok CB/Komisja (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 57).

72. Konkretnie uważam, że doświadczenie zdobyte od ponad sześćdziesięciu lat pozwala obecnie uznać przypadki określone w art. 101 ust. 1 TFUE za przypadki, które z samej swej natury spełniają wymóg szkodliwości.

73. Uznanie zawartego w tym przepisie wyliczenia za „*trzon*” ograniczeń konkurencji ze względu na cel⁴⁰ odpowiada podwójnemu wymogowi wynikającemu z orzecznictwa Trybunału, zgodnie z którym, po pierwsze, określone w art. 101 ust. 1 TFUE rodzaje porozumień nie powinny tworzyć wyczerpującego wykazu zakazanych zmów⁴¹, a po drugie, pojęcie ograniczenia konkurencji ze względu na cel nie może być interpretowane w sposób rozszerzający⁴².

74. Co się tyczy bowiem porozumień wyraźnie przewidzianych w art. 101 ust. 1 TFUE, nie ma konieczności odstąpienia od utrwalonego orzecznictwa Trybunału, zgodnie z którym istnienie wiarygodnego alternatywnego wyjaśnienia ukaranych zachowań (w niniejszym przypadku brak jakiegokolwiek interesu handlowego) nie może prowadzić do sformułowania bardziej restrykcyjnych wymagań co do dostarczanych dowodów⁴³. O ile natomiast nie jest wykluczone, że inne rodzaje porozumień, nietypowych lub złożonych, mogą mieć na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji, o tyle ich zakazanie wymaga bardziej szczegółowej analizy kontekstu gospodarczego i prawnego, w który wpisują się one, przy czym nie jest konieczne objęcie tą analizą badania skutków porozumienia.

75. Ostatnie wyroki Siemens i in./Komisja (C-239/11 P, C-489/11 P i C-498/11 P, EU:C:2013:866) oraz Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2013:160) nie są w tym względzie sprzeczne i mogą wpisywać się w ramy, jakie proponuję.

76. W pierwszym z tych wyroków Trybunał miał w szczególności zbadać zastosowanie przez Sąd zasad dotyczących ciężaru dowodu i postępowania dowodowego w zakresie ograniczeń konkurencji ze względu na cel. Jego rozstrzygnięcie ma zatem istotne znaczenie dla rozpatrywanego przeze mnie problemu. Otóż Trybunał nie tylko uznał, że „porozumienia, które dotyczą podziału rynków, mają same w sobie cel polegający na ograniczeniu konkurencji i *należą do kategorii porozumień wyraźnie zakazanej przez art. 101 ust. 1 TFUE*”⁴⁴, lecz stwierdził ponadto, że „[t]aki cel nie może być uzasadniony w oparciu o analizę kontekstu gospodarczego, w który wpisuje się rozpatrywane antykonkurencyjne zachowanie”⁴⁵.

77. Natomiast w drugim z tych wyroków Trybunał rozpatrywał sytuację, którą zakwalifikowałbym jako „nietypową” i która w żadnym razie nie odpowiadała którejkolwiek z kategorii określonych w art. 101 ust. 1 TFUE. Powyższa okoliczność stanowi przyczynę, dla której Trybunał dostarczył dwóch wskazówek dotyczących analizy kontekstu gospodarczego i prawnego.

78. Trybunał stwierdził najpierw, że w ramach oceny tego kontekstu należy „wziąć pod uwagę również charakter dóbr lub usług, których to dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury spornego rynku lub spornych rynków”⁴⁶.

40 — Stanowi to w pewnym sensie koncepcję „object box” bronioną przez niektórych autorów.

41 — Wyrok Beef Industry Development Society i Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, pkt 23).

42 — Wyrok CB/Komisja (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 58). Ścisła wykładnia ograniczeń ze względu na cel jest nierozdzielnie związana z „domniemaniem” niezgodności z prawem, jakie one za sobą pociągają: „The finding of »restriction by object« must be underpinned by strong evidence from past experience and/or consensus on the underlying economic theory. A narrow reading of this provision, limited to cases based on solid empirical and theoretical foundations can potentially justify a reversal of the presumption of innocence” (D. Waelbroeck, D. Slater, The scope of object vs effect under article 101 TFEU, w: J. Bourgeois, D. Waelbroeck (wyd.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, s. 131–157, a w szczególności s. 156).

43 — Wyrok Sumitomo Metal Industries i Nippon Steel/Komisja (C-403/04 P i C-405/04 P, EU:C:2007:52, pkt 45).

44 — Wyrok Siemens i in./Komisja (C-239/11 P, C-489/11 P i C-498/11 P, EU:C:2013:866, pkt 218. Wyróżnienie moje.

45 — Ibidem.

46 — Wyrok Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 36).

79. Trybunał dodał następnie, że sąd krajowy, który zwrócił się do niego z pytaniem prejudycjalnym, powinien – w celu oceny ryzyka wyeliminowania lub poważnego osłabienia konkurencji – wziąć pod uwagę strukturę tego rynku, lecz również „istnienie alternatywnych kanałów dystrybucyjnych oraz ich odnośnego znaczenia, a także władzę na rynku odnośnych zakładów”⁴⁷.

80. Uważam, że określenie tych dodatkowych kryteriów, będące próbą analizy skutków porozumienia lub kartelu, spowodowane jest wyłącznie specyfiką stanu faktycznego leżącego u podstaw wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym oraz wolą Trybunału udzielenia sądowi odsyłającemu możliwie najpełniejszej odpowiedzi.

81. Sprawa ta dotyczyła w istocie szeregu porozumień, na podstawie których zakłady ubezpieczeń samochodowych porozumiewały się dwustronnie bądź to z koncesjonariuszami samochodowymi działającymi jako warsztaty naprawcze, bądź też ze stowarzyszeniem reprezentującym te warsztaty odnośnie do stawki godzinnej, jaką zakład ubezpieczeń miał zapłacić za naprawę ubezpieczonych przez niego samochodów, przewidując, że stawka ta będzie zależeć między innymi od liczby i odsetka umów ubezpieczenia, jaką koncesjonariusz sprzedawał jako pośrednik tego zakładu⁴⁸.

82. Koncesjonariusze ci byli zatem związani z ubezpieczycielami z dwóch względów. Po pierwsze, w razie wypadków naprawiali oni ubezpieczone samochody na rachunek ubezpieczycieli, a po drugie, działali jako pośrednicy ubezpieczycieli, oferując – w charakterze pośredników ich własnych agentów ubezpieczeniowych lub agentów stowarzyszonych – ubezpieczenia samochodowe klientom przy okazji sprzedaży lub naprawy pojazdów.

83. Rozpatrywane z osobna, żadne z porozumień nie było zatem samo w sobie szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji na rynku właściwym (po pierwsze, rynku naprawy samochodów po wypadku i po drugie, rynku prowadzenia pośrednictwa w zakresie ubezpieczeń samochodowych). Jednakże nie można było wykluczyć, że w ujęciu całościowym porozumienia te rozpatrywane łącznie mogły mieć taki wpływ.

84. Szczególne kryteria oceny określone w pkt 48 wyroku Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2013:160) – a mianowicie, uwzględnienie istnienia alternatywnych kanałów dystrybucyjnych oraz ich odnośnego znaczenia, a także władzy na rynku odnośnych zakładów – są więc specyficzne dla tej sprawy i nie powinny być stosowane we wszystkich przypadkach, gdyż w przeciwnym razie wprowadzałyby to zamęt w odniesieniu do rozróżnienia ograniczeń ze względu na cel i ograniczeń ze względu na skutek.

85. Orzecznictwo pochodzące z okresu po wydaniu tego wyroku świadczy o specyficznym i odosobnionym charakterze wyroku Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2013:160).

86. Trybunał przypomina bowiem w dalszym ciągu, że aby ocenić, czy dane porozumienie między przedsiębiorstwami lub decyzja związku przedsiębiorstw wykazuje wystarczający stopień szkodliwości, należy skupić się na treści ich postanowień, na celach, do których osiągnięcia one zmierzają, a także na kontekście gospodarczym i prawnym, w jaki się wpisują. O ile jednak wydaje się, że odnośnie do oceny tego kontekstu Trybunał powołuje się teraz na pewne czynniki określone po raz pierwszy

47 — Ibidem (pkt 48).

48 — Specyfika ta polega na tym, że koncesjonariusze węgierscy mogą działać jako pośrednicy lub agenci ubezpieczeń samochodowych na rachunek ich klientów przy okazji sprzedaży lub naprawy pojazdów.

w wyroku *Allianz Hungária Biztosító i in.* (C-32/11, EU:C:2013:160), nawiązując do charakteru towarów lub usług objętych naruszeniem, jak również do rzeczywistych warunków funkcjonowania i struktury odnośnego rynku lub rynków⁴⁹, o tyle nie powołuje się on już na dodatkowe, bardziej szczegółowe kryteria charakterystyczne dla sprawy, w której zapadł powyższy wyrok.

d) Próba dokonania syntezy oceny przypadków ograniczeń konkurencji ze względu na cel

87. Na zakończenie tych ogólnych uwag wstępnych w przedmiocie definicji ograniczenia konkurencji ze względu na cel chciałbym wyróżnić dwa przypadki.

88. W obu przypadkach zasada jest taka sama: aby ocenić, czy dane porozumienie między przedsiębiorstwami (lub decyzja związku przedsiębiorstw) wykazuje ze względu na swój charakter stopień szkodliwości wystarczający do tego, aby można je było uznać za ograniczenie konkurencji „ze względu na cel” w rozumieniu art. 101 ust. 1 WE, należy skupić się na treści jego postanowień, na jego przedmiocie, to znaczy na celach, do których osiągnięcia ono zmierza, a także na kontekście gospodarczym i prawnym, w jaki porozumienie to się wpisuje. Zasadę tę stosuje się także odpowiednio do uzgodnionych praktyk.

89. Jeżeli wniosek z tej analizy jest pozytywny, a porozumienie, decyzja związku przedsiębiorstw lub uzgodniona praktyka należy do kategorii przewidzianej wyraźnie w art. 101 ust. 1 TFUE, analiza kontekstu gospodarczego i prawnego może zostać przeprowadzona tylko na marginesie.

90. Natomiast jeżeli z analizy tej wynika, że porozumienie, decyzja związku przedsiębiorstw lub uzgodniona praktyka nie są objęte jednym z przypadków określonych w art. 101 ust. 1 TFUE lub posiadają cechy, które czynią porozumienie, decyzję związku przedsiębiorstw lub uzgodnioną praktykę nietypowymi lub złożonymi, analiza kontekstu gospodarczego i prawnego powinna być bardziej szczegółowa.

91. W tym ostatnim przypadku charakter towarów lub usług objętych naruszeniem, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury odnośnego rynku lub rynków, a także, w szczególnych przypadkach, dodatkowe okoliczności wymienione w pkt 48 wyroku *Allianz Hungária Biztosító i in.* (C-32/11, EU:C:2013:160), mogą być uwzględnione przy ocenie kontekstu ekonomicznego i gospodarczego. Ponadto, choć zamiar stron nie stanowi przesłanki koniecznej przy ustaleniu ograniczającego charakteru porozumienia, decyzji związku przedsiębiorstw lub uzgodnionej praktyki, nic nie stoi na przeszkodzie, aby został on uwzględniony⁵⁰.

2. W przedmiocie oceny istnienia ograniczenia ze względu na cel w niniejszej sprawie

92. W ramach zarzutu pierwszego Toshiba twierdzi, że Sąd naruszył prawo, gdy uznał, iż „porozumienie takie jak umowa dżentelmeńska, która ma na celu ochronę producentów europejskich na ich terytorium przed rzeczywistą lub potencjalną konkurencją ze strony japońskich producentów, może ograniczyć konkurencję, chyba że istnieją niemożliwe do pokonania bariery w wejściu na rynek europejski, które wykluczają jakąkolwiek potencjalną konkurencję ze strony japońskich producentów”⁵¹.

49 — Chodzi o kryteria określone w pkt 36 wyroku *Allianz Hungária Biztosító i in.* (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 36) i powtórzone od tego czasu w wyrokach: *CB/Komisja* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 53); *Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja* (C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 117). Zobacz także opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawach połączonych *Fresh Del Monte Produce/Komisja i Komisja/Fresh Del Monte Produce* (C-293/13 P i C-294/13 P, EU:C:2014:2439, pkt 209); opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie *ING Pensii* (C-172/14, EU:C:2015:272, pkt 41).

50 — Wyroki: *T-Mobile Netherlands i in.* (C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 27); *GlaxoSmithKline Services i in./Komisja i in.* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 58); *Allianz Hungária Biztosító i in.* (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 37); a także *CB/Komisja* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 54).

51 — Punkt 230 zaskarżonego wyroku.

93. Zdaniem Toshiba Sąd powinien był zbadać, czy japońscy producenci mieli faktycznie konkretną możliwość wejścia na rynek i czy takie wejście stanowiło ekonomicznie opłacalną strategię. Sąd błędnie poprzestał na zbadaniu, czy bariery w wejściu na rynek były niemożliwe do pokonania oraz stwierdził, że „Komisja mogła zatem ograniczyć się do wykazania, że bariery w wejściu na rynek europejski nie były niemożliwe do pokonania”⁵².

94. Ponadto Sąd naruszył również prawo, opierając się istnieniu umowy dżentelmeńskiej, aby wykazać istnienie konkurencyjnego stosunku między producentami japońskimi i europejskimi, wówczas gdy stwierdził, że „samo istnienie umowy dżentelmeńskiej stanowi poważną poszlakę wskazującą na istnienie konkurencyjnego stosunku między producentami japońskimi i europejskimi”⁵³.

95. Toshiba krytykuje zatem w istocie odpowiedź Sądu na przedstawiony mu argument, zgodnie z którym Komisja nie dokonała szczegółowej analizy sytuacji z gospodarczego punktu widzenia.

96. W tym względzie należy zauważyć, że zanim Sąd sformułował swoje uwagi w skrytykowanych punktach wyroku, stwierdził on:

- po pierwsze, że art. 81 ust. 1 WE zakazuje karteli, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji, w związku z czym nie jest konieczne wykazanie konkretnych skutków kartelu, gdy ma on na celu ograniczenie konkurencji (pkt 227 zaskarżonego wyroku) oraz
- po drugie, że Komisja przyjęła „słusznie, iż umowa dżentelmeńska, jako porozumienie o podziale rynku, powinna zostać uznana za ograniczenie ze względu na cel” (pkt 228 zaskarżonego wyroku), w związku z czym „prawidłowo uznała [...], iż nie miała obowiązku wykazania jej antykonkurencyjnych skutków” (pkt 228 zaskarżonego wyroku).

97. Powyższa analiza wydaje mi się w pełni zgodna z podejściem, które przedstawiłem wcześniej.

98. Zważywszy bowiem, że umowa dżentelmeńska stanowi potwierdzenie nieformalnego porozumienia, na mocy którego producenci europejscy i producenci japońscy uzgodnili, że odstąpią od sprzedaży na odnośnych terytoriach dwóch grup przedsiębiorstw, uznanie jej za ograniczenie ze względu na cel jest zgodne z powszechnym postrzeganiem tego typu porozumień lub karteli⁵⁴.

99. W związku z powyższym, zgodnie z konsekwencjami dowodowymi oraz zakresem kontroli, które wiążą się ze stwierdzeniem ograniczenia konkurencji ze względu na cel, Sąd słusznie orzekł, że „porozumienie takie jak umowa dżentelmeńska, które ma na celu ochronę producentów europejskich na ich terytorium przed rzeczywistą lub potencjalną konkurencją ze strony japońskich producentów, może ograniczyć konkurencję, chyba że istnieją niemożliwe do pokonania bariery w wejściu na rynek europejski, które wykluczają jakąkolwiek potencjalną konkurencję ze strony japońskich producentów [oraz że] Komisja mogła zatem ograniczyć się do wykazania, że bariery w wejściu na rynek europejski nie były niemożliwe do pokonania”⁵⁵, co też uczyniła, wskazując na wejście na ów rynek japońskiego producenta.

52 — Ibidem.

53 — Punkt 231 zaskarżonego wyroku.

54 — Artykuł 101 ust. 1 lit. c) odnosi się wyraźnie do decyzji lub praktyk polegających na „podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia”. Zobacz także D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nr 3–114, s. 135; R. Whish, D. Bailey, *Competition law*, wydanie 7, Oxford University Press, 2012, s. 122; Ch. Lemaire, *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelles 2013, nr 68; J.H.J. Bourgeois, On the Internal Morality of EU Competition Law, w: *in Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bruxelles, 2014, s. 347–374, a w szczególności s. 351; D. Harrison, The *Allianz Hungária* case. The ECJ's judgment could have ugly consequences, *Competition Law Insight*, 2013, tom 12, s. 10–12, a w szczególności s. 10.

55 — Punkt 230 zaskarżonego wyroku.

100. Sąd nie naruszył również prawa, gdy uznał umowę dżentelmeńską za „poważną poszlakę wskazującą na istnienie konkurencyjnego stosunku między producentami japońskimi i europejskimi”⁵⁶, a także niemożliwego do pokonania charakteru barier w wejściu na rynek europejski. Umowa dżentelmeńska jako taka stanowi bowiem element właściwego kontekstu gospodarczego i prawnego.

101. Wymaganie od Sądu, aby zbadał, „czy japońscy producenci mieli faktycznie konkretną możliwość wejścia na rynek i czy takie wejście stanowiło ekonomicznie opłacalną strategię”, jak utrzymuje Toshiba na poparcie zarzutu pierwszego, prowadziłoby do sformułowania bardziej surowych wymogów w odniesieniu do przedstawianych dowodów. Otóż taki wymóg byłby sprzeczny z orzecnictwem Trybunału⁵⁷ oraz z rozwiązaniem zaproponowanym przeze mnie w ogólnych uwagach wstępnych.

102. W konsekwencji należy uznać, że zarzut pierwszy jest bezzasadny.

B – W przedmiocie zarzutu drugiego, opartego na przeinaczeniu dowodów, na których Sąd oparł się, aby stwierdzić, że bariery w wejściu na rynek EOG nie były niemożliwe do pokonania

103. Aby wykazać, że ewentualne bariery w wejściu na rynek europejski nie były niemożliwe do pokonania, Sąd oparł się nie tylko na samym istnieniu umowy dżentelmeńskiej, lecz także na okoliczności, że przedsiębiorstwa japońskie w niej uczestniczące zatwierdziły projekty klientów mających siedzibę w Europie.

104. Toshiba podniosła natomiast, że w odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji z dnia 28 lutego 2008 r. oraz w trakcie przesłuchania przedsiębiorstwo Hitachi wskazało, iż w latach 2001–2003 nie sprzedawało transformatorów mocy na terytorium Unii lub EOG. Skonfrontowany z tym twierdzeniem Sąd uznał, że «w tej sytuacji należy przypomnieć, iż w późniejszym czasie, a mianowicie w piśmie z dnia 30 marca 2009 r., Hitachi wycofała się z tych twierdzeń i oświadczyła, że zgadza się z przedstawionymi w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów ustaleniami Komisji dotyczącymi istnienia i zakresu umowy dżentelmeńskiej»⁵⁸.

105. Toshiba uważa, że Sąd zniekształcił w ten sposób treść pisma Hitachi i dokonał jego wypaczonej interpretacji.

106. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem z art. 256 TFUE oraz art. 58 akapit pierwszy statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika, że odwołanie może dotyczyć jedynie kwestii prawnych i że w związku z tym tylko Sąd jest właściwy do dokonywania ustaleń faktycznych, z wyjątkiem sytuacji, gdy nieprawidłowość jego ustaleń wynika z przedstawionych mu akt sprawy, oraz do oceny ustalonych okoliczności faktycznych. Innymi słowy, ocena okoliczności faktycznych nie stanowi, z wyłączeniem przypadków przeinaczenia przedstawionych Sądowi dowodów, zagadnienia prawnego, które jako takie poddane jest kontroli Trybunału⁵⁹.

107. Podnoszone przeinaczenie faktów musi w oczywisty sposób wynikać z akt sprawy bez konieczności dokonywania nowej oceny faktów i dowodów⁶⁰.

56 — Punkt 231 zaskarżonego wyroku.

57 — Wyrok Sumitomo Metal Industries i Nippon Steel/Komisja (C-403/04 P i C-405/04 P, EU:C:2007:52, pkt 45).

58 — Punkt 233 zaskarżonego wyroku.

59 — Zobacz podobnie w szczególności wyroki: Wunenburger/Komisja (C-362/05 P, EU:C:2007:322, pkt 66); YKK i in./Komisja (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, pkt 44); Marktgemeinde Straßwalchen i in. (C-531/13, EU:C:2015:79, pkt 38);.

60 — Zobacz podobnie w szczególności wyroki: Wunenburger/Komisja (C-362/05 P, EU:C:2007:322, pkt 67); YKK i in./Komisja (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, pkt 44); Marktgemeinde Straßwalchen i in. (C-531/13, EU:C:2015:79, pkt 39).

108. Tymczasem z analizy pisma Hitachi nie wynika, żeby Sąd przeinaczył okoliczności faktyczne. W piśmie tym wyraźnie bowiem zaznaczono, że Hitachi zgadza się z ustaleniami dotyczącymi istnienia i zakresu umowy dżentelmeńskiej, przedstawionymi w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów. Tymczasem z odpowiedzi Toshiba na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów wynika, że kwestia zatwierdzenia trzech umów na rynku europejskim przez Hitachi została już podniesiona przez Komisję we wspomnianym piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów⁶¹.

109. Sąd mógł zatem stwierdzić w pkt 232–234 zaskarżonego wyroku, nie przeinaczając okoliczności faktycznych zawartych w piśmie Hitachi, że po udzieleniu odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji wystosowane przez Komisję w dniu 28 lutego 2008 r. oraz po przesłuchaniu owo przedsiębiorstwo wycofało się ze swoich twierdzeń i oświadczyło, że zgadza się z przedstawionymi w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów ustaleniami Komisji dotyczącymi istnienia i zakresu umowy dżentelmeńskiej.

110. Pragnę zauważyć ponadto, że zarzut drugi podniesiony przez Toshiba na poparcie odwołania odnosi się wyłącznie do pkt 233 zaskarżonego wyroku. Otóż w punkcie, który bezpośrednio go poprzedza, Sąd stwierdził już, że nawiązanie przez Komisję w zaskarżonej decyzji do zatwierdzenia przez Hitachi trzech projektów europejskich „wskazuje na to, że bariery w wejściu na rynek nie były dla japońskiego producenta niemożliwe do pokonania”. Tymczasem ani ten punkt, ani punkty, w których Sąd bada tę kwestię (i do których Sąd odsyła na końcu pkt 233 swojego wyroku)⁶², nie zostały skrytykowane przez Toshiba w ramach jej odwołania.

111. Ten brak krytyki ze strony Toshiba stoi w sprzeczności z możliwością przeinaczenia okoliczności faktycznych, które, tytułem przypomnienia, powinny w oczywisty sposób wynikać z akt sprawy bez konieczności dokonywania nowej oceny faktów i dowodów.

112. W konsekwencji należy uznać, że analiza pisma Hitachi nie wskazuje na to, żeby Sąd przeinaczył w oczywisty sposób okoliczności faktyczne w nim zawarte.

C – W przedmiocie zarzutu trzeciego, dotyczącego czasu uczestnictwa Toshiba w naruszeniu i opartego wewnętrznie sprzecznym uzasadnieniu oraz przeinaczeniu dowodów, błędnym zastosowania kryterium publicznego zdystansowania się oraz naruszeniu zasady odpowiedzialności osobistej

113. Zarzut trzeci podniesiony przez Toshiba dotyczy czasu uczestnictwa Toshiba w umowie dżentelmeńskiej. Zarzut ten dzieli się na trzy części. Po pierwsze, uzasadnienie wyroku Sądu jest wewnętrznie sprzeczne w zakresie ustaleń faktycznych i dowodów stwierdzonych wcześniej, co skutkuje ich przeinaczeniem. Po drugie, Sąd niewłaściwie zastosował kryterium publicznego zdystansowania się. Po trzecie, naruszył on zasadę odpowiedzialności osobistej, uznając, iż zastrzeżenie Toshiba dotyczące braku jej udziału w spotkaniu w Zurichu było „pozbawione znaczenia dla sprawy”. W związku z tym, że części druga i trzecia zarzutu dotyczą w rzeczywistości tych samych uwag Sądu, przeanalizuje je łącznie.

1. W przedmiocie wewnętrznie sprzecznego uzasadnienia i przeinaczenia dowodów

114. Zdaniem Toshiba Sąd zaprzeczył sam sobie, stwierdzając z jednej strony w pkt 208 zaskarżonego wyroku, że „wykluczyła ona swoje uczestnictwo w przyszłych spotkaniach”, a z drugiej strony, że „istniały wątpliwości co do przyszłego uczestnictwa skarżącej w umowie dżentelmeńskiej” (pkt 209 zaskarżonego wyroku) i że jej uczestnictwo miało być uzależnione od uczestnictwa TM T&D (pkt 211 zaskarżonego wyroku).

61 — Zobacz pkt 83–88 odpowiedzi Toshiba na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, załącznik A.03.24a do odwołania.

62 — Mianowicie pkt 59–62 zaskarżonego wyroku.

115. Powyższe twierdzenia Toshiba wynikają z całą pewnością z częściowej lektury zaskarżonego wyroku oraz z dokumentów powołanych na jej poparcie.

116. W pkt 208 zaskarżonego wyroku Sąd stwierdza bowiem, że ze względu na utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa TM T&D decyzja o uczestnictwie Toshiba w przyszłych spotkaniach miała jeszcze zostać podjęta. Sąd wnioskuję na podstawie pewnych dokumentów, że wprowadzie Toshiba wykluczyła indywidualne uczestnictwo w tych spotkaniach, jednak inni uczestnicy wyraźnie wskazali, że bez niej nie miałyby już sensu utrzymanie umowy dżentelmeńskiej.

117. W bardzo logiczny sposób, po stwierdzeniu w pkt 210 zaskarżonego wyroku, że z żadnego dokumentu nie można było wywnioskować, iż Toshiba zdystansowała się od umowy dżentelmeńskiej w trakcie spotkania w Wiedniu, Sąd stwierdził dalej, w pkt 211 wyroku, że «z dokumentów przywołanych przez skarżącą wynika również, iż po tym jak oświadczyła ona, że decyzja o uczestnictwie TM T&D w przyszłych spotkaniach miała jeszcze zostać podjęta, a jej uczestnictwo było od tego uzależnione, przedsiębiorstwa uczestniczące w tym spotkaniu potwierdziły mimo wszystko umowę dżentelmeńską i zasady powiadamiania o projektach objętych tym kartelem».

118. Wbrew twierdzeniom Toshiba każdy z przywołanych dokumentów wskazuje na niepewność dotyczącą po pierwsze, jej obecności w kolejnym spotkaniu, a po drugie, kontynuacji jej uczestnictwa w umowie dżentelmeńskiej, albo indywidualnie, albo za pośrednictwem TM T&D.

119. Przede wszystkim, zgodnie z protokołem ze spotkania w Wiedniu sporządzonym przez pana Okamoto (Fuji), decyzja o uczestnictwie Toshiba w spotkaniach w okresie po utworzeniu wspólnego przedsiębiorstwa nie została jeszcze podjęta. Chociaż w nawiasie dodano, że „[n]ie ma dystansującej się decyzji o dalszym uczestnictwie jako [Toshiba]”, informacji tej towarzyszyła wzmianka „Tak lub Nie”. Oprócz akcesoryjnego charakteru tej informacji, o czym świadczy jej umieszczenie w nawiasie, dodanie alternatywy „tak lub nie” wskazuje w sposób oczywisty, że chodzi tutaj o pierwsze odczucie i że nie została jeszcze podjęta decyzja w tym względzie⁶³.

120. Następnie, wbrew temu co sugeruje Toshiba, uwagi interpretacyjne załączone do oświadczenia Fuji skierowanego do Komisji w ramach współpracy nie ograniczają się do twierdzenia, że „możliwość uczestnictwa Toshiba w spotkaniach po utworzeniu TM T&D (podczas gdy Mitsubishi w nich nie uczestniczy) została zanegowana przez Toshiba”, lecz wskazują one również, że skoro Mitsubishi nie uczestniczyła już w tych spotkaniach, należało podjąć decyzję o tym, czy TM T&D powinna być uprawniona do uczestnictwa w rzeczonych spotkaniach⁶⁴.

121. Wreszcie nie jest prawdziwe twierdzenie, że sprawozdanie ze spotkania w Wiedniu nie było jasne, podczas gdy wskazano w nim w sposób jednoznaczny, że decyzja o przyszłym uczestnictwie Toshiba w najbliższych spotkaniach „zostanie podjęta stosunkowo szybko” oraz uściślono w nim jeszcze, iż przyszłe spotkania będą miały sens jedynie wówczas, gdy Toshiba będzie w nich nadal uczestniczyć. Ten punkt sprawozdania kończy się ponadto stwierdzeniem, że kwestia ta będzie stanowić główny punkt najbliższego spotkania⁶⁵. Do tego czasu umowa dżentelmeńska została potwierdzona⁶⁶.

63 — Oryginalny dokument w angielskiej wersji językowej został zredagowany w następujący sposób: „Whether or not to participate in AC after the establishment of T5/T4 JV is not yet decided. (There would not be a tepid decision such as to continue to attend as T5. Yes or No.)” (wewnętrzne memorandum Fuji dotyczące spotkania w Wiedniu, sporządzone przez pana Okamoto, załącznik A.14 do odwołania).

64 — Oryginalny dokument w angielskiej wersji językowej został zredagowany w następujący sposób: „In addition, since Mitsubishi was no longer participating in these meetings [...], a decision had to be made whether TM T&D would be allowed to attend the meetings. The possibility of Toshiba attending the meetings after TM T&D had been established (while Mitsubishi does not attend) was denied by Toshiba». (Oświadczenie Fuji skierowane do Komisji w ramach współpracy, załącznik A.16 do odwołania).

65 — Oryginalny dokument w angielskiej wersji językowej został zredagowany w następujący sposób: „Future participation of T5 (and maybe T4) in AC mtgs will be decided relatively soon. Depending on that decision, future AC mtgs make only sense, if continuation. In next mtg this item will be main topic.” (sprawozdanie ze spotkania w Wiedniu, Siemens/Hitachi, załącznik A.15 do odwołania).

66 — Oryginalny dokument w angielskiej wersji językowej ma następujące brzmienie „3. GA and Inhouse business: „Confirmation on rules: GA enquiries via Secs” (sprawozdanie ze spotkania w Wiedniu, Siemens/Hitachi, załącznik A.15 do odwołania).

122. W związku z powyższym należy stwierdzić, że analiza dokumentów, na których oparł się Sąd, nie wskazuje na to, że przeinaczył on w oczywisty sposób okoliczności faktyczne zawarte w tych dokumentach, ani że analiza ta spowodowała sprzeczność w jego rozumowaniu.

2. W przedmiocie niewłaściwego zastosowania kryterium publicznego zdystansowania się oraz naruszenia zasady odpowiedzialności osobistej

123. Zdaniem Toshiba Sąd niewłaściwie zastosował kryterium publicznego zdystansowania się, odrzucając w pkt 218 zaskarżonego wyroku jej argument oparty na tym, że po utworzeniu TM T&D nie uczestniczyła ona w spotkaniu w Zurychu, oraz uznając go za pozbawiony znaczenia dla sprawy. Innymi słowy, powołując się na pkt 213 i 220 zaskarżonego wyroku, Toshiba uważa, że Sąd naruszył prawo, gdy stwierdził, iż nieobecność Toshiba na spotkaniu w Zurychu nie miała znaczenia przy ocenie kryterium publicznego zdystansowania się, podczas gdy z dokumentów przez nią powołanych wynioskował on wcześniej, że istniały wątpliwości co do jej przyszłego uczestnictwa w kartelu.

124. Chociaż przedsiębiorstwa, którym zarzuca się antykonkurencyjne zachowanie, regularnie powołują się na kryterium publicznego zdystansowania się, należy stwierdzić, że nie zostało ono rozwinięte w orzecznictwie Trybunału⁶⁷ oraz wzbudza niewielkie zainteresowanie doktryny. Wyrok Comap/Komisja (C-290/11 P, EU:C:2012:271) wydaje mi się odpowiedni dla celów określenia ram tego kryterium.

125. W wyroku tym Trybunał orzekł bowiem, że pojęcia publicznego zdystansowania się oraz ciągłości praktyki antykonkurencyjnej „oznaczają sytuacje faktyczne, których istnienie zostaje stwierdzone przez sąd rozpatrujący spór co do istoty w każdym konkretnym przypadku z osobna na podstawie oceny »szeregu zbiegów okoliczności oraz wskazówek«, które zostały mu przedstawione i w następstwie »całościowej oceny wszystkich dowodów i poszlak istotnych dla sprawy«”⁶⁸. Z definicji tej wynika, że „[j]eżeli owe dowody uzyskano w prawidłowy sposób przy poszanowaniu ogólnych zasad prawa i przepisów proceduralnych dotyczących ciężaru dowodu i postępowania dowodowego, wyłącznie do Sądu należy ocena, jaką wartość należy przypisać poszczególnym dowodom, które zostały mu przedstawione. Z wyłączeniem przypadku przeinaczenia tych dowodów ocena ta nie stanowi zatem kwestii prawnej, która jako taka podlega kontroli Trybunału”⁶⁹.

126. Podejście to, zgodne z podejściem przyjętym we wcześniejszym orzecznictwie⁷⁰, zostało potwierdzone w wyroku Quinn Barlo i in./Komisja (C-70/12 P, EU:C:2013:351, pkt 28–30).

127. Ogólnie rzecz biorąc, na fakt publicznego zdystansowania się powołuje się przedsiębiorstwo, które uczestniczyło w spotkaniu, nie mając chęci udziału w porozumieniu lub kartelu omawianym w trakcie tego spotkania. Orzecznictwo Trybunału dotyczące tego przypadku, które pomimo ograniczonej liczby wyroków poruszających tę kwestię można uznać za utrwalone, może zostać streszczone w następujący sposób: „aby w dostatecznym stopniu udowodnić udział przedsiębiorstwa w kartelu, wystarczy wykazać, że dane przedsiębiorstwo uczestniczyło w spotkaniach, w trakcie których zawarto porozumienia o charakterze antykonkurencyjnym, i wyrazić się temu nie sprzeciwiło. Jeśli uczestnictwo w takich spotkaniach zostanie ustalone, to na tym przedsiębiorstwie spoczywa obowiązek przedstawienia

67 — Zobacz w szczególności wyroki: Aalborg Portland i in./Komisja (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, EU:C:2004:6); Dansk Rørindustri i in./Komisja (C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408); Archer Daniels Midland/Komisja (C-510/06 P, EU:C:2009:166); Comap/Komisja (C-290/11 P, EU:C:2012:271); Quinn Barlo i in./Komisja (C-70/12 P, EU:C:2013:351). Ślad koncepcji publicznego zdystansowania się można odnaleźć w wyroku Komisja/Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356), w której to sprawie Komisja podniosła, że „każda osoba, która twierdzi, że *zdystansowała się* od decyzji podjętych w sprawie uzgodnionych działań, ma obowiązek dostarczenia wyraźnego dowodu na to *zdystansowanie się*” (pkt 95). Wyróżnienie moje.

68 — Punkt 71.

69 — Ibidem.

70 — Zobacz w tym względzie, oprócz wyroku Comap/Komisja (C-290/11 P, EU:C:2012:271, pkt 76–78), wyrok Archer Daniels Midland/Komisja (C-510/06 P, EU:C:2009:166, pkt 132); a także postanowienie Adriatica di Navigazione/Komisja (C-111/04 P, EU:C:2006:105, pkt 50, 54).

dowodów, które mogą świadczyć, że jego udziałowi w tych spotkaniach w najmniejszym stopniu nie przyświecał cel antykonkurencyjny, poprzez wykazanie, że poinformowało ono swoich konkurentów o tym, że uczestniczy w tych spotkaniach w innym aniżeli oni celu”⁷¹. W tym względzie Trybunał dodaje, że „przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo zamierzało zdystansować się od niezgodnego z prawem porozumienia, decydujące znaczenie ma właśnie okoliczność, w jaki sposób pozostali uczestnicy kartelu zrozumieli zamiar tegoż przedsiębiorstwa”⁷².

128. W niniejszej sprawie, w drugiej i trzeciej części zarzutu trzeciego Toshiba sugeruje zasadniczo, że Sąd naruszył prawo, gdy orzekł, że można było uznać, iż uczestniczyła ona w umowie dżentelmeńskiej aż do spotkania w Zurychu, pomimo oświadczenia, które złożyła w trakcie spotkania w Wiedniu we wrześniu 2002 r. w celu zdystansowania się od tej umowy, oraz pomimo tego, że nie uczestniczyła ona, przynajmniej indywidualnie, w spotkaniu w Zurychu w maju 2003 r. i tego, że Komisja nie zaliczyła wspólnego przedsiębiorstwa TM T&D do grona adresatów spornej decyzji.

129. Z całą pewnością w niniejszej sprawie sytuacja faktyczna różni się do pewnego stopnia od sytuacji faktycznej będącej przedmiotem wyroków, które przytoczyłem wcześniej. W niniejszej sprawie Toshiba uważa bowiem, że zdystansowała się publicznie w trakcie spotkania w Wiedniu, gdy oświadczyła, iż nie będzie uczestniczyć w przyszłych spotkaniach, przynajmniej indywidualnie, ze względu na utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa z Mitsubishi (której uczestnictwo miało jeszcze zostać postanowione), a o zasadności wszystkich tych twierdzeń świadczyła nieobecność Toshiba na spotkaniu w Zurychu.

130. Jednakże nawet w tej szczególnej sytuacji kwestia, czy Toshiba mogła zostać uznana za stronę umowy dżentelmeńskiej w okresie od spotkania w Wiedniu do spotkania w Zurychu stanowi, moim zdaniem, ocenę okoliczności faktycznych, która nie leży w zakresie kompetencji Trybunału, z wyjątkiem przypadku przeinaczenia dowodów⁷³. Zarzut podniesiony przez Toshiba „sprowadza się ostatecznie do podważenia oceny Sądu dotyczącej okoliczności faktycznych i dowodów, które zostały mu przedstawione w odniesieniu do braku publicznego zdystansowania się skarżącej”⁷⁴.

131. W przeciwieństwie bowiem do sprawy Total marketing services/Komisja (C-634/13 P, sprawa zawisła przed Trybunałem), w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia w sytuację, w której nie istnieją żadne dowody na to, że dane przedsiębiorstwo nadal uczestniczyło w spornym kartelu po określonej dacie. Przeciwnie, odwołując się do rozróżnienia dokonanego przez rzecznika generalnego N. Wahla w opinii przedstawionej we wspomnianej sprawie⁷⁵, mamy do czynienia z sytuacją, w której brak wyraźnego zdystansowania się pozwala na utrzymanie domniemania, opartego na konkretnych poszlakach, zgodnie z którym przedsiębiorstwo, które uczestniczyło w spotkaniach mających antykonkurencyjny cel, uznaje się za biorące udział w kartelu objętym zakazem przewidzianym w art. 101 ust. 1 TFUE.

132. Chociaż bowiem, jak Toshiba wyjaśnia tytułem wstępu w pkt 25 odwołania, podniosła ona już wcześniej, w ramach swojej obrony przed Sądem, że brak było dowodu na to, iż po spotkaniu w Wiedniu uczestniczyła ona nadal w umowie dżentelmeńskiej, oraz że pozostali członkowie umowy dżentelmeńskiej wyraźnie zrozumieli na podstawie różnych okoliczności, iż zdystansowała się ona

71 — Wyrok Archer Daniels Midland/Komisja (C-510/06 P, EU:C:2009:166, pkt 119), który odsyła do wyroku Aalborg Portland i in./Komisja (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, EU:C:2004:6, pkt 81).

72 — Wyrok Archer Daniels Midland/Komisja (C-510/06 P, EU:C:2009:166, pkt 120).

73 — „Jako że ustalenie czasu trwania naruszenia jest kwestią faktyczną, nie podlega ono kontroli Trybunału w postępowaniu odwoławczym, z wyjątkiem przypadku przeinaczenia dowodów przedstawionych Sądowi. To samo dotyczy w szczególności zastosowania pojęć »publicznego zdystansowania się oraz ciągłości praktyki antykonkurencyjnej [...]«” [L. Bernardeau, J.P. Christienne, *Les amendes en droit de la concurrence – Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l’Union*, Larcier, coll. Europe(s), 2013, nr II.1314].

74 — Wyrok Quinn Barlo i in./Komisja (C-70/12 P, EU:C:2013:351, pkt 28).

75 — C-634/13 P, EU:C:2015:208, pkt 56.

publicznie od tego porozumienia, niemniej jednak, ponieważ uczestniczyła ona w różnych spotkaniach, w tym spotkaniu w Wiedniu, do niej należało – zgodnie z orzecznictwem przypomnianym wcześniej – dostarczenie dowodu, że zdystansowała się publicznie od umowy dżentelmeńskiej⁷⁶ oraz że inni uczestnicy kartelu tak właśnie zrozumieli jej zamiar.⁷⁷

133. W tym kontekście Sąd zbadał dowody przedstawione mu przez Toshiba w celu ich oceny, a mianowicie sprawozdanie ze spotkania w Wiedniu, notatkę wewnętrzną Fuji z tego spotkania oraz notatkę wyjaśniającą Fuji dotyczącą tego spotkania, załączoną do jej oświadczenia o współpracy⁷⁸.

134. Tymczasem Toshiba nie zakwestionowała oceny Sądu w tym zakresie⁷⁹, z wyjątkiem pkt 209 i 211 zaskarżonego wyroku, co uczyniła w ramach pierwszej części zarzutu trzeciego. W tym względzie stwierdzam, że analiza dokumentów, na których oparł się Sąd, nie wskazywała na oczywiste przeinaczenie okoliczności faktycznych w nich zawartych, ani też nie spowodowała sprzeczności w jego rozumowaniu.

135. Przeciwnie, dokumenty te wskazują na wątpliwości co do przyszłego uczestnictwa Toshiba w najbliższych spotkaniach oraz świadczą o potwierdzeniu umowy dżentelmeńskiej w oczekiwaniu na tę decyzję.

136. W związku z tym, zważywszy, że druga część zarzutu trzeciego zmierza do podważenia oceny okoliczności faktycznych i dowodów dokonanej przez Sąd oraz mając na względzie brak przeinaczenia tych dowodów, druga część zarzutu trzeciego jest niedopuszczalna.

137. Co się tyczy trzeciej części zarzutu trzeciego, uważam, że Sąd nie naruszył prawa, gdy uznał zastrzeżenia Toshiba dotyczące dokonanej przez Komisję interpretacji roli, jaką odegrał R na spotkaniu w Zurychu, oraz braku antykonkurencyjnego charakteru spotkania w Zurychu za pozbawione znaczenia dla sprawy.

138. Sąd słusznie uznał, że owe zastrzeżenia – zakładając nawet, iż są zasadne – nie mogą podważyć ustaleń Komisji, zgodnie z którym Toshiba uczestniczyła w umowie dżentelmeńskiej do dnia 15 maja 2003 r. Stwierdzając w pkt 220 zaskarżonego wyroku, że „nawet gdyby skarżąca nie uczestniczyła w spotkaniu w Zurychu i gdyby spotkanie to nie miało antykonkurencyjnego celu, należało uznać, że w braku publicznego zdystansowania się od niego skarżąca uczestniczyła w umowie dżentelmeńskiej aż do tego spotkania”, Sąd oparł się bowiem na uwagach przedstawionych w pkt 205–214 wyroku. Tymczasem nie tylko pkt 220 nie stanowi przedmiotu odwołania, lecz także – jak zauważyłem wcześniej – pkt 205–214 nie wskazują na żadne przeinaczenie okoliczności faktycznych lub dowodów przeanalizowanych przez Sąd.

139. Wreszcie Sąd uznał też słusznie w pkt 221 zaskarżonego wyroku, że Toshiba nie mogła skutecznie powołać się na zakończenie uczestnictwa w umowie dżentelmeńskiej w momencie ustanowienia, w dniu 1 października 2002 r., wspólnego przedsiębiorstwa TM T&D. W tym momencie nie zdystansowała się ona publicznie od spornego kartelu w rozumieniu orzecznictwa Trybunału, pamiętając, że decydujące znaczenie w tym względzie ma okoliczność, w jaki sposób pozostali uczestnicy kartelu zrozumieli zamiar tegoż przedsiębiorstwa⁸⁰. W istocie po spotkaniu w Wiedniu, które odbyło się przed dniem 1 października 2002 r., pozostali uczestnicy nie mieli jeszcze pewności

76 — Zobacz podobnie wyrok Comap/Komisja (C-290/11 P, EU:C:2012:271, pkt 76).

77 — Zobacz podobnie wyrok Archer Daniels Midland/Komisja (C-510/06 P, EU:C:2009:166, pkt 120).

78 — Zobacz pkt 207 zaskarżonego wyroku.

79 — To znaczy pkt 208–214 zaskarżonego wyroku.

80 — Zobacz podobnie wyrok Archer Daniels Midland/Komisja (C-510/06 P, EU:C:2009:166, pkt 120).

co do uczestnictwa Toshiba lub TM T&D. Przeciwnie, uczestnicy ci z jednej strony potwierdzili umowę dżentelmeńską i zasady powiadamiania o związanych z nią projektach, z drugiej zaś strony uznali, że nie miałyby jednak żadnego sensu utrzymanie umowy dżentelmeńskiej bez uczestnictwa Toshiba.

140. W związku z powyższym zarzut trzeci jest częściowo niedopuszczalny i częściowo bezzasadny.

D – W przedmiocie zarzutu czwartego, opartego na naruszeniu prawa przy ustalaniu kwoty grzywny

141. W ramach zarzutu czwartego Toshiba zarzuca Sądowi błędne zastosowanie pkt 18 wytycznych z 2006 r. w zakresie, w jakim Sąd zaaprobował fakt wykorzystania przez Komisję udziałów w rynku posiadanych w skali światowej przez uczestników kartelu w celu obliczenia fikcyjnej wartości sprzedaży na terytorium EOG.

142. Zgodnie z tym punktem wytycznych z 2006 r., jeżeli obszar geograficzny danego naruszenia wykracza poza terytorium EOG, w celu odzwierciedlenia skumulowanej wartości sprzedaży na terytorium EOG, a zarazem względnej wagi udziału każdego z przedsiębiorstw w naruszeniu, Komisja może oszacować całkowitą wartość sprzedaży towarów lub usług mającą związek z naruszeniem w danym sektorze geograficznym (wykraczającym poza terytorium EOG), ustalić część sprzedaży przypadającą na każde z przedsiębiorstw uczestniczących w naruszeniu na tym rynku i zastosować wartość tej części w stosunku do skumulowanej wartości sprzedaży tych przedsiębiorstw na terytorium EOG.

143. O ile mi wiadomo, powyższy przepis wytycznych nie był dotychczas, za wyjątkiem wyroku ICF/Komisja (C-467/13 P, EU:C:2014:2274)⁸¹, przedmiotem wykładni Trybunału.

144. Zważywszy jednak, że pkt 18 wytycznych z 2006 r. stanowi odstępstwo od zasady określonej w pkt 13 tych samych wytycznych, wskazówki dotyczące pkt 13 oraz kontekst, w jaki się on wpisuje, mogą mi pomóc w zdefiniowaniu zakresu pkt 18.

145. W tym względzie warto przypomnieć, że wytyczne z 2006 r. zostały przyjęte w celu zapewnienia przejrzystości i obiektywnego charakteru decyzji podejmowanych przez Komisję na podstawie art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 [WE] i 82 [WE]⁸².

146. Otóż przepis ten ma w szczególności na celu zapewnienie wystarczająco odstraszającego skutku grzywny, który uzasadnia uwzględnienie siły gospodarczej przedsiębiorstwa, którego sytuacja jest rozpatrywana⁸³.

147. Z powyższego Trybunał wywiódł, że celem pkt 13 wytycznych z 2006 r. jest „przyjęcie za punkt wyjścia, przy obliczaniu kwoty grzywny nałożonej na przedsiębiorstwo, kwoty odzwierciedlającej gospodarcze znaczenie naruszenia i stopień zaangażowania tego przedsiębiorstwa w tym naruszeniu”⁸⁴.

81 — Kwestia, jaką Trybunał poruszył w tym wyroku, różni się jednak od kwestii omawianej w niniejszej sprawie, ponieważ dotyczy ona pojęcia „całkowitej wartości sprzedaży [towarów] lub usług mając[ej] związek z naruszeniem”, o którym mowa w pkt 18 wytycznych z 2006 r., a nie pojęcia „sektora geograficznego” (wykraczającego poza terytorium EOG), będącego przedmiotem niniejszej sprawy.

82 — Dz.U. 2003, L 1, s. 1. Zobacz pkt 3 wytycznych z 2006 r.

83 — Zobacz podobnie wyrok Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja (C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 142).

84 — Ibidem (pkt 148).

148. Tak więc Trybunał uważa, że sprzeczne z celem zamierzonym przez pkt 13 wytycznych z 2006 r. byłoby rozumienie użytego w nim pojęcia „wartość sprzedaży” „jako dotyczące[go] wyłącznie obrotów osiągniętych z samej sprzedaży, względem której wykazano, że miała ona związek z [omawianym] kartelem”⁸⁵.

149. Odstępując od wyznaczenia sektora geograficznego, o którym mowa w pkt 13 wytycznych z 2006 r., w celu rozszerzenia go poza terytorium EOG, pkt 18 wspomnianych wytycznych realizuje ten sam cel: odzwierciedlić w jak najbardziej odpowiedni sposób znaczenie każdego przedsiębiorstwa w naruszeniu.

150. Ów cel jest uzasadniony na podstawie art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 1/2003, który zmierza do zapewnienia wystarczająco odstraszającego skutku grzywny, przy uwzględnieniu siły gospodarczej przedsiębiorstwa, którego sytuacja jest rozpatrywana.

151. W tych okolicznościach literalna wykładnia pkt 18 wytycznych z 2006 r., zgodnie z którą „dany sektor geograficzny (wykraczający poza terytorium EOG)” ogranicza się wyłącznie do terytoriów objętych niezgodnym z prawem porozumieniem, niekoniecznie uwzględniałyby rzeczywistą siłę gospodarczą przedsiębiorstwa, którego sytuacja jest rozpatrywana, w związku z czym mogłaby pozostawać w sprzeczności ze wspomnianym celem polegającym na odstraszaniu.

152. Niniejsza sprawa jest tego doskonałym przykładem. Gdyby bowiem miała zostać uwzględniona wyłącznie sprzedaż w EOG i w Japonii, przynajmniej jeden japoński członek kartelu uniknąłby grzywny z powodu braku sprzedaży na rynku europejskim.

153. Ponadto, ogólniej rzecz biorąc, zawężająca wykładnia pkt 18 wytycznych z 2006 r. zaproponowana przez Toshiba prowadzi, w przypadku porozumienia o podziale rynku, do nagrodzenia faktu poszanowania tego porozumienia. Przestrzegając bowiem rzeczoności porozumienia, przedsiębiorstwo nie prowadzi żadnej sprzedaży na terytorium partnera i uniknie zatem, de facto i de iure, grzywny.

154. Sąd orzekł zatem słusznie, nie naruszając przy tym prawa, gdy uznał w pkt 281 zaskarżonego wyroku, że „skoro skarżąca uczestniczyła w porozumieniu w sprawie podziału rynku mającym na celu ograniczenie dostępu producentów japońskich do EOG, Komisja prawidłowo uznała, że zastosowanie metodologii opartej na rzeczywistej sprzedaży w EOG nie byłoby właściwe”, i gdy sam stwierdził w pkt 282 tego wyroku, iż „mając na względzie charakter omawianego naruszenia, metodologia pozwalająca na uwzględnienie udziałów w rynku światowym [była] odpowiednia w celu odzwierciedlenia wagi naruszenia”.

155. Ponadto wprowadzenie wytyczne są co do zasady uznawane przez Trybunał za normę postępowania, od której Komisja nie może odejść bez narażania się na sankcję za naruszenie ogólnych zasad prawa, takich jak zasada równego traktowania lub zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań⁸⁶, Trybunał wyjaśnił jednak, że owe wytyczne są dla Komisji normą postępowania, która stanowi pewną *wskazówkę* dla praktyki administracyjnej i od której administracja nie może odstąpić w konkretnym przypadku bez podania powodów, które byłyby zgodne z zasadą równego traktowania⁸⁷.

156. Możliwość taka została zresztą wyraźnie przewidziana w pkt 37 wytycznych z 2006 r., zgodnie z którym „szczególne okoliczności danego przypadku lub konieczność osiągnięcia efektu odstraszającego w pewnym przypadku mogą uzasadnić odstąpienie Komisji od [tej ogólnej] metodologii” przedstawionej w wytycznych w zakresie ustalania grzywien.

85 — Zobacz wyrok Guardian Industries i Guardian Europe/Komisja (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, pkt 57).

86 — Zobacz podobnie wyrok Archer Daniels Midland/Komisja (C-510/06 P, EU:C:2009:166, pkt 60).

87 — Zobacz podobnie wyrok Quinn Barlo i in./Komisja (C-70/12 P, EU:C:2013:351, pkt 53).

157. Tymczasem w niniejszej sprawie należy stwierdzić, że Komisja wyjaśniła w swojej decyzji, dlaczego uzasadnione było oparcie się na światowej sprzedaży, zamiast na sprzedaży dokonanej na terytoriach, których dotyczy naruszenie. Po pierwsze, „spowodowane jest to faktem, że sprzedaż przedsiębiorstw na terytorium EOG i w Japonii nie odzwierciedla w odpowiedni sposób znaczenia każdego przedsiębiorstwa w naruszeniu”⁸⁸, a po drugie, gdyby „miała zostać uwzględniona wyłącznie sprzedaż transformatorów mocy na terytorium EOG i w Japonii, grzywna nałożona na Fuji wynosiłaby zero”⁸⁹.

158. Ponadto Komisja oparła swoją decyzję na pkt 37 wytycznych z 2006 r., wyjaśniając, że „zastosowanie innej metody obliczania kwoty podstawowej grzywny [niż metoda wykorzystana w niniejszej sprawie] doprowadziłoby do arbitralnego i niezrównoważonego rezultatu oraz *nie miałoby odstraszającego działania*”⁹⁰.

159. W konsekwencji zarzut czwarty jest również bezzasadny.

VI – Koszty

160. Zgodnie z art. 138 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem, mającym zastosowanie do postępowania odwoławczego na podstawie art. 184 § 1 tego regulaminu, kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Komisja wniosła o obciążenie Toshiba kosztami postępowania, a ta ostatnie przegrała sprawę, należy obciążyć Toshibę kosztami postępowania.

VII – Wnioski

161. Mając na względzie powyższe rozważania, proponuję, aby Trybunał orzekł w następujący sposób:

- odwołanie zostaje oddalone,
- Toshiba Corporation zostaje obciążona kosztami postępowania.

88 — Punkt 229 spornej decyzji.

89 — Punkt 235 spornej decyzji.

90 — Ibidem (pkt 236). Wyróżnienie moje.