



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MICHAŁA BOBEKA
przedstawiona w dniu 5 września 2019 r.¹

Sprawa C-228/18

**Gazdasági Versenyhivatal
przeciwko
Budapest Bank Nyrt.,
ING Bank NV Magyarországi Fióktelepe,
OTP Bank Nyrt.,
Kereskedelmi és Hitelbank Zrt.,
Magyar Külkereskedelmi Bank Zrt.,
Erste Bank Hungary Zrt.,
Visa Europe Ltd,
MasterCard Europe SA**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Kúria (sąd najwyższy, Węgry)]

Konkurencja – Artykuł 101 ust. 1 TFUE – Porozumienia, decyzje i uzgodnione praktyki –
Ograniczenie konkurencji „ze względu na cel” lub „ze względu na skutek” – System kart płatniczych na
Węgrzech – Porozumienie w sprawie opłaty interchange – Uczestnictwo

I. Wprowadzenie

1. Począwszy od zarania unijnego prawa konkurencji bardzo wiele uwagi poświęcano dychotomicznemu podziałowi na ograniczenie konkurencji *ze względu na cel* i ograniczenie *ze względu na skutek*². Może się więc wydawać zaskakujące, że Trybunał nadal musi się pochylać nad owym rozgraniczeniem, które wynika z samego brzmienia zakazu przewidzianego (obecnie) w art. 101 TFUE.

2. W teorii dokonanie tego rozróżnienia jest stosunkowo proste. Jego zastosowanie w praktyce stanowi jednak nieco bardziej złożoną kwestię. Należy również uczciwie przyznać, że orzecznictwo sądów Unii dotyczące tego zagadnienia nie jest całkowicie jednoznaczne. W rzeczywistości w doktrynie krytycznie oceniono szereg orzeczeń wydanych przez sądy Unii z tej przyczyny, że zatarto w nich różnicę pomiędzy owymi dwoma pojęciami³.

¹ Język oryginału: angielski.

² Zobacz na przykład A. Baumbach, W. Hefermehl, *Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht*, 8. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München–Berlin, 1960, s. 1500; L. Focsaneanu, *Pour objet ou pour effet*, *Revue du Marché Commun*, 1966, s. 862–870; W. Van Gerven, *Principes du Droit des Ententes de la Communauté Économique Européenne*, Bruylant, Brussels, 1966, s. 67–70.

³ Zobacz na przykład R. Whish, *Competition Law*, 5th ed., LexisNexis, London, 2003, s. 110, 111.

3. W niniejszej sprawie Kúria (sąd najwyższy, Węgry) zwraca się do Trybunału o dokładniejsze uściślenie dychotomicznego podziału stanowiącego centralny element art. 101 TFUE, co umożliwi Trybunałowi rozwinięcie najnowszego orzecznictwa w tej dziedzinie, w szczególności zaś wyroków CB⁴ i Maxima Latvija⁵.

II. Ramy prawne

A. Prawo krajowe

4. Paragraf 11 ust. 1 *tisztességtelen piaci magatartás és a versenyszervezők tilalmáról* szóló 1996. évi LVII. törvény (węgierskiej ustawy LVII z 1996 r. o zakazie nieuczciwych praktyk handlowych i ograniczania konkurencji, zwanej dalej „ustawą o nieuczciwych praktykach handlowych”) ma następujące brzmienie:

„Zakazane są porozumienia lub uzgodnione praktyki między przedsiębiorstwami oraz decyzje (zwane dalej łącznie »porozumieniami«) organizacji przedsiębiorstw ustanowionych w wykonaniu wolności zrzeszania się, podmiotów prawa publicznego, zrzeszeń lub innych podobnych organizacji przedsiębiorstw (zwanym dalej łącznie »związkami przedsiębiorstw«), których celem lub potencjalnym albo faktycznym skutkiem jest uniemożliwianie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji. Za takie porozumienia nie uznaje się porozumień zawieranych między przedsiębiorstwami, które nie są od siebie niezależne”.

III. Okoliczności faktyczne, postępowanie i pytania prejudycjalne

5. W transakcjach dokonywanych z użyciem kart płatniczych takich jak te będące przedmiotem postępowania głównego uczestniczą zazwyczaj cztery główne podmioty: posiadacz karty, instytucja finansowa wydająca kartę płatniczą (zwana dalej „bankiem wydającym kartę”), akceptant oraz instytucja finansowa świadcząca na rzecz owego akceptanta usługi umożliwiające mu honorowanie karty jako metody rozliczenia danej transakcji (zwana dalej „agentem rozliczeniowym”).

6. Według sądu odsyłającego na początku lat 90. ubiegłego wieku system płatności realizowanych przy użyciu kart płatniczych na Węgrzech znajdował się jeszcze w fazie załążkowej. W połowie lat 90. ubiegłego stulecia przedsiębiorstwa Visa Europe Ltd (zwane dalej „Visą”) i MasterCard Europe SA (zwane dalej „MasterCard”) (zwane dalej łącznie „organizacjami płatniczymi”) ustanowiły w swoich wewnętrznych przepisach możliwość wspólnego określania wysokości *opłaty interchange* (zwanej dalej „opłatą IF”) przez agenta rozliczeniowego i bank wydający kartę. Opłata IF jest uiszczana przez agenta rozliczeniowego na rzecz banku wydającego kartę po każdej transakcji dokonywanej przy użyciu karty płatniczej.

7. W latach 1991–1994, kiedy to uczestnikami systemu kart płatniczych na Węgrzech było zaledwie kilka banków, wysokość opłaty IF była uzgadniana dwustronnie przez banki. W 1994 r. Visa zwróciła się do banków uczestniczących w jej systemie na Węgrzech z propozycją ustanowienia krajowego forum mającego na celu między innymi ustalenie wspólnej polityki cenowej w odniesieniu do opłaty IF. W latach 1995–1996 banki prowadzące działalność w sektorze kart rozpoczęły współpracę wielostronną (zwaną dalej „forum”), w ramach której dyskutowały przede wszystkim o wymagających współpracy kwestiach związanych z kartami.

4 Wyrok z dnia 11 września 2014 r., CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:2204 (zwany dalej „wyrokiem CB”).

5 Wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784 (zwany dalej „wyrokiem Maxima Latvija”).

8. W ramach forum siedem banków, z których większość była członkami systemów kart płatniczych obu organizacji płatniczych, osiągnęło w dniu 24 kwietnia 1996 r. porozumienie ustanawiające minimalną wysokość *opłaty za obsługę akceptanta* (zwanej dalej „opłatą MSC”) (zwane dalej „porozumieniem MSC”). Opłata MSC jest pobierana przez agenta rozliczeniowego od akceptantów honorujących płatności kartami płatniczymi. Ostatecznie porozumienie MSC nigdy nie weszło jednak w życie.

9. W dniu 28 sierpnia 1996 r. ta sama grupa banków zawarła porozumienie, w którym ustanowiła obowiązującą od dnia 1 października 1996 r. jednolitą wysokość *wielostronnej opłaty IF* (zwanej dalej „opłatą MIF”) (zwane dalej „porozumieniem MIF”). Organizacje płatnicze nie były obecne na posiedzeniu, na którym zawarto owo porozumienie, jednak jego kopia została im przekazana przez występujący w charakterze pośrednika Kereskedelmi és Hitelbank Zrt. Następnie do porozumienia MIF oraz mechanizmu forum przystąpiły inne banki.

10. W dniu 31 stycznia 2008 r. Gazdasági Versenyhivatal (węgierski urząd ochrony konkurencji, zwany dalej „UOK-iem”) wszczął postępowanie dotyczące porozumienia MIF. Rzeczone porozumienie obowiązywało do dnia 30 lipca 2008 r.

11. W swojej decyzji z dnia 24 września 2009 r. (zwanej dalej „zaskarżoną decyzją”) UOK stwierdził, że poprzez określenie wysokości opłaty MIF i stworzenie jednolitej struktury mającej do niej zastosowanie, a także poprzez ustanowienie i promowanie ram regulacyjnych dla porozumienia MIF 22 banki będące stronami porozumienia oraz organizacje płatnicze zawarły porozumienia o charakterze antykonkurencyjnym, które naruszały § 11 ust. 1 ustawy o nieuczciwych praktykach handlowych oraz, poczynwszy od dnia 1 maja 2004 r., art. 81 ust. 1 WE (obecnie art. 101 ust. 1 TFUE). UOK nałożył na siedem banków, które początkowo zawarły porozumienie MIF, a także na obie organizacje płatnicze, grzywny w różnej wysokości, których łączna kwota wynosiła 1 922 000 000 funtów węgierskich (HUF).

12. W swojej decyzji UOK uznał, że porozumienie MIF stanowiło ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Dodatkowo UOK stwierdził, że porozumienie stanowiło również ograniczenie konkurencji ze względu na skutek.

13. Organizacje płatnicze i sześć z banków, na które nałożona została grzywna (zwanych dalej „skarżącymi w postępowaniu głównym”), wniosły skargę na zaskarżoną decyzję do Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (sądu administracyjnego i pracy w Budapeszcie, Węgry). Sąd ten oddalił skargę.

14. Skarżące w postępowaniu głównym, z wyjątkiem MasterCard, odwołały się od tego wyroku do Fővárosi Törvényszék (sądu apelacyjnego w Budapeszcie, Węgry), który stwierdził częściową nieważność zaskarżonej decyzji i nakazał UOK-owi wszczęcie nowego postępowania. Sąd ten uznał, że dane zachowanie nie może stanowić równocześnie ograniczenia konkurencji ze względu na cel i ograniczenia konkurencji ze względu na skutek. Ponadto stwierdził on również, że analizowane porozumienie nie stanowiło ograniczenia konkurencji ze względu na cel.

15. UOK wniósł do Kúria (sądu najwyższego, Węgry) skargę kasacyjną od wyroku Fővárosi Törvényszék (sądu apelacyjnego w Budapeszcie). Powziąwszy wątpliwości co do prawidłowej wykładni art. 101 TFUE, Kúria (sąd najwyższy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1. Czy [art. 101 ust. 1 TFUE] można interpretować w ten sposób, że jedno i to samo zachowanie może stanowić jego naruszenie ze względu zarówno na to, że jego cel, jak i że jego skutek są sprzeczne z zasadami konkurencji, przy czym obie te okoliczności są traktowane jako niezależne podstawy prawne?

2. Czy [art. 101 ust. 1 TFUE] można interpretować w ten sposób, że będące przedmiotem sporu porozumienie zawarte pomiędzy węgierskimi bankami stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel w zakresie, w jakim ustanawia w odniesieniu do dwóch organizacji płatniczych, MasterCard i Visa, jednolitą stawkę opłaty interchange, którą należy uiszczać za korzystanie z kart tych organizacji bankom je wydającym?
3. Czy [art. 101 ust. 1 TFUE] można interpretować w ten sposób, że za strony umowy międzybankowej uznaje się również organizacje płatnicze, które nie brały bezpośrednio udziału w formułowaniu treści porozumienia, ale umożliwiły jego przyjęcie, zaakceptowały je i stosowały lub też dostosowały swoje zachowanie do zachowania banków, które zawarły porozumienie?
4. Czy [art. 101 ust. 1 TFUE] można interpretować w ten sposób, że, biorąc pod uwagę przedmiot sporu, do tego, aby stwierdzić, iż doszło do naruszenia prawa konkurencji, nie jest konieczne wprowadzenie rozróżnienia co do tego, czy chodzi o uczestnictwo w porozumieniu, czy też o dostosowanie do zachowania banków biorących udział w porozumieniu?”.

16. Uwagi na piśmie zostały zgłoszone przez osiem skarżących w postępowaniu głównym (Budapest Bank Nyrt., ING Bank NV Magyarországi Fióktelepe, OTP Bank Nyrt., Kereskedelmi és Hitelbank Zrt., Magyar Külkereskedelmi Bank Zrt., Erste Bank Hungary Zrt., Visę i MasterCard), UOK, rząd węgierski, Urząd Nadzoru EFTA i Komisję. Uczestnicy ci, z wyjątkiem Kereskedelmi és Hitelbank Zrt., przedstawili również uwagi ustne na rozprawie, która odbyła się w dniu 27 czerwca 2019 r.

IV. Analiza

17. Moim zdaniem udzielenie odpowiedzi na pytania pierwsze, trzecie i czwarte nie nastrocza zasadniczych trudności. Rozpocznę od przedstawienia zwięzłej odpowiedzi na pytanie pierwsze i przypomnę, że to samo zachowanie można rzeczywiście zakwalifikować jako ograniczające konkurencję zarówno ze względu na cel, jak i ze względu na skutek, pod warunkiem iż pozwalają na to wskazane dowody (sekcja A). Później przejdę do kwestii, którą uważam za istotę niniejszej sprawy: jest nią ustalenie, w jakich okolicznościach porozumienie takie jak porozumienie MIF można uznać za stanowiące ograniczenie konkurencji ze względu na cel (sekcja B). Wreszcie udzielę odpowiedzi na pytania trzecie i czwarte, które są ze sobą powiązane, i odniosę się najpierw do zakresu spoczywającego na organie ochrony konkurencji obowiązku stwierdzenia, czy dane zachowanie stanowi porozumienie, czy uzgodnioną praktykę (sekcja C), a następnie do kwestii uczestnictwa, w kontekście niniejszej sprawy, organizacji płatniczych w porozumieniu lub uzgodnionej praktyce (sekcja D).

A. W przedmiocie pytania pierwszego

18. W pytaniu pierwszym sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o rozstrzygnięcie, czy to samo zachowanie przedsiębiorstwa może ograniczać konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE *zarówno* ze względu na cel, jak i ze względu na skutek.

19. Moim zdaniem oczywiste jest, że na to pytanie należy odpowiedzieć twierdząco. Odpowiedź ta wynika nie tylko z logiki i kontekstu owego postanowienia, lecz również z utrwalonego już orzecznictwa Trybunału.

20. Sąd odsyłający ma wątpliwości co do dokładnego znaczenia wyrażenia „których celem lub skutkiem”. W szczególności sąd ów zastanawia się, czy *alternatywny* charakter tych wymogów oznacza, że dane porozumienie nie może zostać uznane za ograniczające konkurencję jednocześnie ze względu na cel *i* ze względu na skutek. W zaskarżonej decyzji UOK uznał bowiem, że porozumienie MIF stanowi ograniczenie konkurencji ze względu zarówno na cel, jak i skutek.

21. W świetle logiki (formalnej) spójnik „lub” jest zazwyczaj rozumiany jako wprowadzający alternatywę (łączną). Alternatywa, której zdania składowe są połączone słowem „lub”, jest prawdziwa wtedy i tylko wtedy, gdy co najmniej jedno z jej zdań składowych jest prawdziwe. Tak więc ograniczenie konkurencji może mieć miejsce wyłącznie ze względu na cel, wyłącznie ze względu na skutek lub ze względu na cel i na skutek.

22. Kwestia tego, czy logika jest (lub powinna być) powszechnie wykorzystywanym narzędziem wykładni prawa Unii, z pewnością może być przedmiotem pasjonującej debaty, jednak w tym konkretnym przypadku zakwalifikowanie występującego w wyrażeniu „których celem lub skutkiem” spójnika „lub” jako wprowadzającego alternatywę łączną jest w pełni zgodne z ratio legis art. 101 ust. 1 TFUE.

23. Artykuł 101 ust. 1 TFUE sformułowano w sposób bardzo szeroki. Ma on obejmować wszystkie przejawy zмовy między przedsiębiorstwami („wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione”), niezależnie od ich celu i przedmiotu („których celem lub skutkiem jest”), które mogą mieć negatywny wpływ na konkurencję w Unii („zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego”). W związku z tym jego zakresem objęto wszystkie wymienione zachowania, niezależnie od tego, czy podejmowane są one niezależnie od siebie, czy też, tym bardziej, jednocześnie.

24. Ponadto porozumienia, które są sprzeczne z zasadami konkurencji ze względu na cel, oraz porozumienia, które są sprzeczne z zasadami konkurencji ze względu na skutek, nie różnią się od siebie pod względem ontologicznym. Z materialnoprawnego punktu widzenia nie ma pomiędzy nimi różnicy: oba ograniczają konkurencję na rynku wewnętrznym, dlatego są co do zasady zabronione. Istotne dla rozróżnienia między tymi dwoma pojęciami są raczej względy natury proceduralnej. Owo rozróżnienie pozwala ustalić, jaką analizę organy ochrony konkurencji muszą przeprowadzić przy dokonywaniu oceny porozumień w świetle art. 101 ust. 1 TFUE.

25. Na taki tok rozumowania Trybunał zwrócił uwagę już w 1966 r. w wyroku LTM, w którym wskazał on, że użycie w obowiązującym wówczas art. 85 ust. 1 EWG wprowadzającego alternatywę łączną spójnika „lub” oznacza, iż organ ochrony konkurencji ma najpierw zbadać cel porozumienia. Jeżeli jednak analiza celu porozumienia „nie wskazuje na wystarczający stopień szkodliwości dla konkurencji, należy wówczas zbadać *skutki* porozumienia”⁶.

26. Na ów aspekt Trybunał wyraźnie zwraca uwagę także w nowszych wyrokach. W wyroku CB Trybunał wyjaśnił, że pewne rodzaje zachowań noszące znamiona współpracy można, z uwagi na sam ich charakter, uznać za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji. W takich przypadkach „dla celów zastosowania [art. 101 ust. 1 TFUE] *nie ma potrzeby* wykazania, że wywołują one faktyczne skutki rynkowe”. W istocie „[z] doświadczenia wynika bowiem, że tego rodzaju zachowania skutkują obniżeniem wielkości produkcji i zwyżką cen, pociągając za sobą ostatecznie nieprawidłowy podział zasobów, czego szkodliwe konsekwencje ponoszą w szczególności konsumenci”⁷. Podobne spostrzeżenia poczyniono w wyroku Maxima Latvija⁸.

6 Wyrok z dnia 30 czerwca 1966 r., LTM, 56/65, EU:C:1966:38, s. 249. Podkreślenie moje.

7 Wyrok CB, pkt 50, 51.

8 Wyrok Maxima Latvija, pkt 19.

27. W związku z tym dychotomiczny podział na ograniczenie konkurencji ze względu na cel i ze względu na skutek stanowi w dużej mierze zabieg proceduralny, dzięki któremu organ ochrony konkurencji wie, jaką analizę ma przeprowadzić na podstawie art. 101 ust. 1 TFUE w zależności od okoliczności danej sprawy⁹. Jeśli organ ten utrzymuje i stwierdza, że cel porozumienia jest sprzeczny z zasadami konkurencji, nie musi dokonywać kompletnej analizy skutków porozumienia, która często trwa dłużej i wymaga poświęcenia większych zasobów¹⁰.

28. Skoro jednak te dwa rodzaje porozumień nie są ze swej istoty odmienne, ów organ może równie dobrze postanowić, w konkretnej sprawie, o przeanalizowaniu, w ramach jednej decyzji, danego porozumienia jednocześnie z dwóch perspektyw, a przez to ustalić, czy spełnione są oba wymogi. Zdaniem Komisji i Urzędu Nadzoru EFTA takie podejście może być uzasadnione względami sprawnego przebiegu postępowania: jeśli wątpliwości budzi sprzeczność z zasadami konkurencji celu porozumienia, „bezpieczniejsze” dla organu może być, na wypadek późniejszego ewentualnego sporu sądowego, wykazanie, że sprzeczny z zasadami konkurencji jest również skutek owego porozumienia¹¹. Trybunał w istocie w sposób wyraźny uznał, że możliwe jest, by przedsiębiorstwa uczestniczyły „w uzgodnieniu, którego celem i skutkiem jest ograniczenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego w rozumieniu art. 101 TFUE”¹².

29. To powiedziawszy, pragnę położyć nacisk na pewną ważną kwestię: przyjęcie, że istnieje conceptualna możliwość, iż dane porozumienie może ograniczać konkurencję na dwa sposoby, z pewnością nie zwalnia właściwego organu ochrony konkurencji z obowiązku, po pierwsze, przedstawienia niezbędnych dowodów dotyczących obu tych sposobów ograniczenia konkurencji, oraz po drugie, dokonania oceny owych dowodów i jednoznacznego ich zakwalifikowania w ramach odpowiednich kategorii prawnych.

30. Uważam, że wyraźne zwrócenie uwagi na tę sprawę jest istotne nie tyle ze względu na tekst niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, co na jego podtekst. Trudno byłoby uznać za wystarczające, w tym na potrzeby późniejszej kontroli sądowej decyzji, ograniczenie się w decyzji wydanej przez organ ochrony konkurencji do zgromadzenia materiału dowodowego oraz zasugerowania jedynie – bez wskazania, jakie wnioski wyciąga się z takiego materiału dowodowego – że dane zachowanie można uznać za stanowiące jedno lub drugie naruszenie, a przez to pozostawienie sądowi dokonującemu kontroli zadania połączenia faktów oraz sformułowania konkluzji. Mówiąc prościej: istnienie alternatywnych kategorii prawnych nie stanowi uzasadnienia dla braku precyzji, zwłaszcza przy nakładaniu surowych kar administracyjnych.

31. Wreszcie chciałbym się odnieść do trzech dodatkowych argumentów przytoczonych przez sąd odsyłający we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, które skłoniły ów sąd do wyrażenia wątpliwości co do możliwości uznania przez organ danego zachowania za sprzeczne z obiema podstawami przewidzianymi w art. 101 ust. 1 TFUE.

32. Po pierwsze, ponieważ nie ma między nimi różnic pojęciowych, nie jest zaskakujące, że organ ochrony konkurencji może się powołać na te same okoliczności faktyczne i względy gospodarcze, aby uznać dane porozumienie za sprzeczne z zasadami konkurencji zarówno ze względu na cel, jak i na skutek. Różnica pomiędzy analizą, jaką organ ma przeprowadzić w tych dwu sytuacjach, odnosi się bardziej do jej zakresu i stopnia szczegółowości aniżeli do jej rodzaju, z zastrzeżeniem jednak – jak zauważono powyżej – obowiązku dokonania jednoznacznej kwalifikacji prawnej. Rzeczne dwa rodzaje

9 Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, pkt 30.

10 Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego J. Kokotta w sprawie T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:110, pkt 43.

11 Zdarza się również, że organ ochrony konkurencji pozostawia otwartą kwestię tego, czy porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, ponieważ stwierdza, iż wywołuje ono skutek sprzeczny z zasadami konkurencji; zob. D. Bailey, L.E. John (eds), *Bellamy & Child – European Union Law of Competition*, 8th ed., Oxford University Press, Oxford, s. 164 z dalszymi odesłaniami.

12 Zobacz wyrok z dnia 9 lipca 2015 r., InnoLux/Komisja, C-231/14 P, EU:C:2015:451, pkt 72 i przytoczone tam orzecznictwo. Podkreślenie moje.

analizy stanowią po prostu odmienne narzędzia służące udzieleniu, w świetle wiedzy, jaką dysponuje organ, a także nabytego przezeń doświadczenia, odpowiedzi na jedno i to samo pytanie: czy przedmiotowe porozumienie może zapobiegać konkurencji na rynku wewnętrznym, ograniczać tę konkurencję lub ją zakłócać.

33. Po drugie, nie ma automatycznej korelacji między uznaniem porozumienia za ograniczające konkurencję ze względu na cel lub skutek a określeniem kar, jakie mogą zostać nałożone na odpowiedzialne za dane zachowania przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 23 ust. 3 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 „[p]rzy ustalaniu wysokości grzywny uwzględnia się ciężar i czas trwania naruszenia”¹³. To prawda, że bardziej prawdopodobne jest, iż za prowadzące do poważnych naruszeń prawa konkurencji zostaną uznane porozumienia, w przypadku których stwierdzono, że ograniczają konkurencję ze względu na cel. Stanowi to jednak wyłącznie nieuniknioną konsekwencję faktu, że pojęcie „ograniczeń ze względu na cel” jest zawężone do form współpracy, które „są szkodliwe dla konkurencji *w stopniu wystarczającym*”¹⁴. Co ważniejsze, nie można wykluczyć, że – z jednej strony – pewne ograniczenia konkurencji ze względu na cel zostaną uznane, w świetle wszystkich istotnych okoliczności, za naruszenia o mniejszym ciężarze, oraz że – z drugiej strony – ograniczenia konkurencji ze względu na skutek będą uważane za stanowiące szczególnie poważne naruszenia prawa konkurencji.

34. Po trzecie, uznanie porozumienia za ograniczające konkurencję za względu na cel lub skutek nie wpływa także na możliwość zastosowania wyłączenia na mocy art. 101 ust. 3 TFUE. Postanowienie to w żadnym miejscu nie zawiera sugestii, że wyłączenia mogą mieć zastosowanie jedynie do porozumień ograniczających konkurencję ze względu na skutek. Takie stanowisko trudno byłoby również pogodzić z faktem, że, jak wyjaśniono w pkt 24 powyżej, nie ma różnicy pojęciowej między tymi dwoma rodzajami porozumień.

35. W istocie w wyroku Matra Hachette/Komisja Sąd stwierdził, że wszelkie rodzaje praktyk sprzecznych z zasadami konkurencji, które podlegają postanowieniom art. 101 ust. 1 TFUE, mogą, po spełnieniu odpowiednich warunków, zostać objęte wyłączeniem na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE¹⁵. Wniosku tego nie podważa wydany przez Trybunał wyrok Beef Industry Development Society i Barry Brothers¹⁶. Punkt 21 owego wyroku nie może być interpretowany w ten sposób, że rozróżnienie pomiędzy ograniczeniami konkurencji ze względu na cel i ze względu na skutek jest istotne do celów stosowania art. 101 ust. 3 TFUE. W tym miejscu Trybunał zamierzał jedynie zwrócić uwagę na fakt, że brak jakiegokolwiek subiektywnego zamiaru ograniczenia konkurencji po stronie przedsiębiorstw będących stronami porozumienia nie oznacza, iż owo porozumienie nie ma charakteru sprzecznego z zasadami konkurencji. Dlatego też Trybunał wyjaśnił, że po ustaleniu, iż porozumienie ogranicza konkurencję, fakt, czy służy ono osiągnięciu innego (potencjalnie zgodnego z prawem) celu, może być brany pod uwagę, w stosownych przypadkach, jedynie w celu uzyskania wyłączenia przewidzianego w art. 101 ust. 3 TFUE.

36. W związku z powyższym proponuję, aby na pytanie pierwsze Trybunał odpowiedział w ten sposób, że jedno i to samo zachowanie przedsiębiorstwa może zostać uznane za naruszające art. 101 ust. 1. TFUE zarówno ze względu na to, że jego cel, jak i że jego skutek ograniczają konkurencję na rynku wewnętrznym.

¹³ Rozporządzenie Rady (WE) z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [101 i 102 TFUE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1). Podkreślenie moje.

¹⁴ Zobacz wyrok Maxima Latvija, pkt 18 i przytoczone tam orzecznictwo. Podkreślenie moje.

¹⁵ Wyrok z dnia 15 lipca 1994 r., Matra Hachette/Komisja, T-17/93, EU:T:1994:89, pkt 85.

¹⁶ Wyrok z dnia 20 listopada 2008 r., C-209/07, EU:C:2008:643.

B. W przedmiocie pytania drugiego

37. W pytaniu drugim sąd odsyłający zwraca się o rozstrzygnięcie, czy art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że porozumienie takie jak porozumienie MIF stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

38. Nie sądzę, aby Trybunał mógł odpowiedzieć na to pytanie w formie, w jakiej zostało ono postawione. W kontekście niniejszego postępowania wszelka ocena merytoryczna w sposób konieczny opiera się na (dość ograniczonych) informacjach dotyczących porozumienia MIF i właściwych rynków, które znalazły się we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym lub które wynikają z uwag przedstawionych przez strony. Przeprowadzenie analizy, której przedmiot stanowi ustalenie, czy dane porozumienie ma charakter spreczny z zasadami konkurencji (czy to ze względu na cel, czy też ze względu na skutek), nie stanowi jednak, w większości przypadków, łatwego zadania. Takie badanie wymaga bowiem należytego zrozumienia stosunków umownych łączących strony porozumienia, a także dogłębnej znajomości rynku, na którym stosowano owo porozumienie.

39. W sprawach, które trafiają do Trybunału w trybie postępowania prejudycjalnego, niewątpliwie jedynie sąd odsyłający dysponuje takimi informacjami i taką wiedzą. W związku z tym nie podejmując próby dokonania w sposób pośredni kontroli (krajowej) decyzji administracyjnej, które to zadanie nie wchodzi w zakres właściwości Trybunału¹⁷, zasugeruję jedynie pewne wskazówki i kryteria dotyczące sposobu przeprowadzenia takiej kontroli przez sąd odsyłający w świetle dostępnych informacji.

1. W przedmiocie pojęcia ograniczeń „ze względu na cel”

40. W wydanych niedawno wyrokach Trybunał podkreślił, że pojęcie ograniczenia konkurencji „ze względu na cel” musi być interpretowane *zawężająco* oraz że można je zastosować jedynie do niektórych rodzajów współpracy między przedsiębiorstwami, które są *szkodliwe* dla konkurencji *w stopniu wystarczającym*, w związku z czym nie ma konieczności badania ich skutków¹⁸. Przyjęcie takiego podejścia uzasadnia fakt, że pewne rodzaje współpracy między przedsiębiorstwami można, *z uwagi na sam ich charakter*, uznać za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji, ponieważ z reguły prowadzą one do braku efektywności ekonomicznej i pogorszenia dobrobytu konsumentów¹⁹.

41. Z orzecznictwa wynika, że aby stwierdzić, iż dane porozumienie jest spreczne z zasadami konkurencji *ze względu na cel*, organ ochrony konkurencji musi przeprowadzić *dwuetapową* analizę.

42. W ramach *pierwszego etapu* organ koncentruje się przede wszystkim na treści postanowień porozumienia oraz na celach, do których osiągnięcia ono zmierza²⁰. Zasadniczym celem tego etapu procedury jest ustalenie, czy dane porozumienie należy do kategorii porozumień, których szkodliwy charakter jest, w świetle doświadczenia, powszechnie uznawany i łatwo sprawdzalny²¹. W tym względzie można wskazać, że owo doświadczenie obejmuje „wszystkie elementy tradycyjnie wynikające z analizy ekonomicznej, które znalazły potwierdzenie w decyzjach organów ochrony konkurencji i stosownie do okoliczności znalazły też potwierdzenie w orzecznictwie”²².

¹⁷ Zobacz podobnie wyrok z dnia 14 marca 2013 r., Allianz Hungária Biztosító i in., C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 29.

¹⁸ Zobacz podobnie: wyrok CB, pkt 58; wyrok Maxima Latvija, pkt 18.

¹⁹ Wyrok CB, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo.

²⁰ Zobacz podobnie wyrok z dnia 6 października 2009 r., 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 i przytoczone tam orzecznictwo.

²¹ Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, pkt 56; wyrok Trybunału EFTA z dnia 22 grudnia 2016 r. w sprawie E-3/16 Ski Taxi SA i in. (*Report of the EFTA Court*, 2016, s. 1002), pkt 61.

²² Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, pkt 79.

43. W ramach *drugiego etapu* organ jest zobowiązany sprawdzić, czy domniemania o sprzeczności charakteru porozumienia z zasadami konkurencji, opartego na jego czysto formalnej ocenie, nie podważają względy związane z kontekstem prawnym i gospodarczym, w jakim owo porozumienie było stosowane. W tym celu niezbędne jest uwzględnienie charakteru dóbr lub usług, których to porozumienie dotyczy, jak również rzeczywistych warunków funkcjonowania i struktury badanego rynku²³. Ponadto, choć zamiar stron nie stanowi koniecznej przesłanki ustalenia ograniczającego charakteru porozumienia zawartego między przedsiębiorstwami, owa przesłanka może zostać w stosownych przypadkach uwzględniona²⁴.

44. To zakres i stopień szczegółowości tego drugiego etapu procedury wydają się sądowi odsyłającemu nieco niejasne. Rozumiem te wątpliwości: czy owa analiza nie stanowi bowiem faktycznej weryfikacji skutków przedmiotowego porozumienia? Gdzie w ramach tego drugiego etapu kończy się analiza dotycząca celu, a zaczyna analiza dotycząca skutku? W szczególności istotne jest, czy w ogóle można dokonać takiego rozróżnienia w kontekście sprawy, w przypadku której wydaje się, że krajowy organ ochrony konkurencji przeprowadził w tej samej decyzji oba rodzaje analizy.

45. Po pierwsze, należy odpowiedzieć na pytanie, *dlaczego* w przypadku gdy porozumienie zdaje się stanowić ograniczenie konkurencji ze względu na cel, w ogóle należy przeprowadzać (w pewnym stopniu) analizę kontekstu prawnego i gospodarczego. Powodem jest to, że czysto formalna ocena porozumienia, która jest całkowicie oderwana od rzeczywistości, może skutkować napiętnowaniem nieszkodliwych lub prokonkurencyjnych porozumień. Brak jest jakiegokolwiek prawnego i gospodarczego uzasadnienia dla zakazywania porozumienia, które mimo że należy do kategorii porozumień uznawanych zazwyczaj za sprzeczne z zasadami konkurencji, nie może jednak w ogóle – ze względu na występowanie pewnych szczególnych okoliczności – wywoływać jakichkolwiek szkodliwych skutków na rynku lub nawet sprzyja konkurencji²⁵.

46. Dlatego też orzecznictwo Trybunału zawsze było w tej kwestii spójne: ocena danej praktyki pod kątem zgodności z regułami konkurencji Unii nie może być dokonywana w sposób abstrakcyjny, ale konieczne jest przeanalizowanie owej praktyki w świetle warunków prawnych i gospodarczych panujących na danych rynkach. Znaczenie tej zasady potwierdza okoliczność, że uznano, iż ma ona zastosowanie zarówno w odniesieniu do art. 101 ust. 1 TFUE²⁶, jak i do art. 102 TFUE²⁷. Kontekstu gospodarczego i prawnego nie można całkowicie ignorować nawet w przypadku takich zachowań jak zmowa cenowa, podział rynku czy zakaz wywozu, które powszechnie uznaje się za szczególnie szkodliwe dla konkurencji²⁸.

47. Podobnie w wyroku Toshiba Trybunał stwierdził, że jeśli chodzi o porozumienia, którym zarzuca się sprzeczność z zasadami konkurencji ze względu na cel, „analiza kontekstu gospodarczego i prawnego, w jaki wpisuje się dana praktyka, może [...] *ograniczyć się do tego, co jest ściśle konieczne* w celu stwierdzenia ograniczenia konkurencji ze względu na cel”²⁹. Co oznacza to w praktyce?

23 Zobacz wyrok z dnia 26 września 2018 r., Infineon Technologies/Komisja, C-99/17 P, EU:C:2018:773, pkt 156 i przytoczone tam orzecznictwo.

24 Zobacz między innymi wyroki: z dnia 14 marca 2013 r., Allianz Hungária Biztosító i in., C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 36, 37; z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 117, 118.

25 Zobacz szczegółowe omówienie w: P. Ibáñez Colomo, A. Lamadrid, On the Notion of Restriction of Competition: What We Know and What We Don't Know We Know, w: D. Gerard, M. Merola, B. Meyring (eds) *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruylant, Brussels, 2017, s. 336–339.

26 Zobacz między innymi wyroki: z dnia 30 czerwca 1966 r., LTM, 56/65, EU:C:1966:38, s. 250; z dnia 15 grudnia 1994 r., DLG, C-250/92, EU:C:1994:413, pkt 32.

27 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 9 listopada 1983 r., Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 57; z dnia 6 października 2015 r., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, pkt 29; z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 138–147.

28 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 19 kwietnia 1988 r., Erauw-Jacquery, 27/87, EU:C:1988:183, pkt 8–20; z dnia 22 czerwca 1994 r., IHT Internationale Heiztechnik i Danzinger, C-9/93, EU:C:1994:261, pkt 59; z dnia 4 października 2011 r., Football Association Premier League i in., C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631, pkt 136, 143.

29 Wyrok z dnia 20 stycznia 2016 r., Toshiba Corporation/Komisja, C-373/14 P, EU:C:2016:26, pkt 29. Podkreślenie moje.

48. Moim zdaniem oznacza to, że organ ochrony konkurencji stosujący art. 101 ust. 1 TFUE musi sprawdzić, uwzględniając elementy znajdujące się w aktach sprawy, czy nie zachodzą żadne *szczególne okoliczności*, które mogłyby wzbudzić wątpliwości co do domniemanego szkodliwego charakteru danego porozumienia. Jeśli doświadczenie mówi nam, że analizowane porozumienie należy do kategorii porozumień, które w większości przypadków oddziałują niekorzystnie na konkurencję, szczegółowa analiza wpływu owego porozumienia na dane rynki wydaje się być zbędna. Wystarczy, aby organ sprawdził, czy właściwy rynek (właściwe rynki) oraz dane porozumienie nie charakteryzują się żadnymi szczególnymi cechami, które mogłyby wskazywać na to, że rozpatrywana sprawa może stanowić wyjątek od zasady przewidującej oparcie się na nabytym doświadczeniu. Niezależnie od tego, jak rzadka może to być sytuacja, możliwości, że porozumienie faktycznie wykazuje takie cechy, nie da się wykluczyć bez uwzględnienia rzeczywistego kontekstu, w jakim ono funkcjonuje. Na przykład jeżeli na danym rynku konkurencja jest niemożliwa i nie występuje, to nie ma konkurencji, którą dałoby się ograniczyć.

49. Drugi etap procedury polega więc na *prostej kontroli stanu faktycznego*. W jego ramach organ ochrony konkurencji jest po prostu zobowiązany do upewnienia się, na dość ogólnym poziomie, czy występują jakiekolwiek okoliczności prawne lub faktyczne, które mogłyby uzasadniać przyjęcie, że dane porozumienie lub dana praktyka nie mogą ograniczać konkurencji. Nie istnieje żaden standardowy model analizy czy też ustalony stopień szczegółowości i skrupulatności, który organ miałby przyjąć na potrzeby dokonania takiej weryfikacji. Poziom złożoności analizy, którą organ musi przeprowadzić w celu uznania porozumienia za sprzeczne z zasadami konkurencji „ze względu na cel”, zależy od wszystkich istotnych okoliczności sprawy. Niemożliwe jest dokonanie w sposób abstrakcyjny wyraźnego rozgraniczenia pomiędzy analizą celu (jego drugim etapem) a analizą skutków (a przynajmniej ja nie jestem w stanie takowego zaproponować).

50. Jak już więc zasugerowano, różnica między nimi odnosi się w większym stopniu do zakresu aniżeli do rodzaju. Mimo to nie ulega wątpliwości, że jeżeli elementy zidentyfikowane przez organ w trakcie badania kontekstu prawnego i gospodarczego porozumienia, które miałyby stanowić ograniczenie konkurencji „ze względu na cel”, nie pozwalają na wyprowadzenie spójnych wniosków, konieczne jest przeanalizowanie jego skutków. W takim przypadku – tak jak ma to zawsze miejsce wówczas, gdy porozumienia nie uważa się za sprzeczne z zasadami konkurencji ze względu na cel – należy, na potrzeby stosowania art. 101 ust. 1 TFUE, przeprowadzić kompletną analizę skutków. Jest ona dokonywana w celu określenia, jaki wpływ porozumienie może wywrzeć na konkurencję na właściwym rynku. W istocie organ ma porównać strukturę konkurencji na rynku wynikłą z badanego porozumienia ze strukturą konkurencji, która zaistniałaby w jego braku³⁰. W związku z tym taka analiza nie może się ograniczyć do stwierdzenia, że porozumienie jedynie *jest w stanie* negatywnie wpłynąć na konkurencję na właściwym rynku³¹; w jej ramach należy natomiast ustalić, czy *skutki netto* wywierane przez porozumienie na rynku są pozytywne, czy też negatywne.

51. Sprowadzając sprawę do metaforycznego ekstremum: jeśli coś wygląda jak ryba i pachnie jak ryba, to można przyjąć, że mamy do czynienia z rybą. Jeśli na pierwszy rzut oka wszystko jest z daną rybą w porządku, na przykład jeśli ma płetwy, nie unosi się w powietrzu i nie pachnie jak lilia, to nie trzeba dokonywać jej dokładnego rozbioru, aby uznać ją za rybę. Jeśli jednak w jakiś sposób odbiega ona od normalności, to owo stworzenie można zakwalifikować jako rybę, jednak dopiero po przeprowadzeniu jego szczegółowego badania.

30 Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego P. Mengozziego w sprawie MasterCard i in./Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:42, pkt 52.

31 Zobacz wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 31.

2. Porozumienie MIF jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel?

52. UOK, popierany przez rząd węgierski i Komisję, uważa, że porozumienie MIF jest z założenia sprzeczne z zasadami konkurencji, natomiast skarżące w postępowaniu głównym kwestionują to stanowisko.

53. Jak wspomniano w pkt 9 powyżej, w porozumieniu MIF wprowadzono zasadniczo jednolitą wysokość opłaty IF, czyli opłaty uiszczanej przez agentów rozliczeniowych po każdej transakcji dokonywanej przy użyciu karty płatniczej na rzecz banków wydających karty. Dlatego też takie porozumienie nie jest ani – jak słusznie wskazuje sąd odsyłający – typowym poziomym porozumieniem cenowym ani też – jak dodałbym ze swojej strony ja – niczym, co można by łatwo zakwalifikować jako pionowe porozumienie w sprawie narzucenia cen odsprzedaży. W porozumieniu MIF nie ustalono cen sprzedaży i zakupu dla klientów końcowych, lecz jedynie „ujednolicono” jeden z elementów struktury kosztów pewnych usług świadczonych wskutek użycia karty płatniczej jako środka wykorzystywanego do rozliczeń.

54. W świetle powyższego można by oczekiwać, że strony utrzymujące, iż miało miejsce ograniczenie konkurencji „ze względu na cel”, odniosą się w szczególności do wskazanych poniżej kwestii. Na wstępie należałoby w sposób jednoznaczny zidentyfikować zachowanie, które miałoby stanowić ograniczenie konkurencji ze względu na cel, i wskazać jego najważniejsze elementy (odpowiedzialne podmioty, właściwe rynki, charakter przedmiotowego zachowania i odpowiednie ramy czasowe) [litera a)]. Następnie konieczne byłoby przeanalizowanie porozumienia MIF w świetle tych ram analitycznych: po pierwsze, należałoby przedstawić rzetelne i solidne doświadczenie na poparcie tezy, że takie zachowanie jest z założenia sprzeczne z zasadami konkurencji [litera b)], a po drugie, trzeba by wyjaśnić, dlaczego kontekst prawny i gospodarczy porozumienia nie podważa jego sprzecznego z zasadami konkurencji charakteru [litera c)].

55. W dalszej części opinii omówię pokrótce każdą z tych kwestii, uwzględniając elementy przedstawione Trybunałowi w toku niniejszego postępowania; pragnę jednak przy tym ponownie podkreślić, że Trybunał nie może przeprowadzać pośredniej kontroli sądowej krajowej decyzji administracyjnej. Ustalenie, czy w zaskarżonej decyzji UOK uczynił zadość ciążącemu na nim obowiązkowi dowodowemu, będzie zatem należało do sądu odsyłającego.

a) Czy potencjalne naruszenie zostało jasno zidentyfikowane i wyjaśnione?

56. Stwierdzenie, że dana praktyka stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel, może być uzasadnione jedynie wtedy, gdy potencjalne oczywiste naruszenie jest jasno określone. Jeśli chodzi o niniejszą sprawę, brak precyzji w tym względzie, który dał o sobie znać już w uwagach na piśmie, nasilił się jeszcze bardziej na rozprawie, podczas której każda ze stron argumentujących, że doszło do ograniczenia konkurencji „ze względu na cel”, zdawała się w pewnym stopniu dowodzić czego innego. W szczególności gdy poproszono o jednoznaczne wskazanie rodzaju szkód dla konkurencji, jakie mogą wynikać z porozumień takich jak porozumienie MIF, strony te przeskakiwały w odpowiedzi z jednego rynku i jednego rodzaju szkody na drugi, nie zachowując przy tym niezbędnej jasności i precyzji.

57. Wspomniano o co najmniej trzech rynkach, na które mogło mieć wpływ potencjalne naruszenie, mianowicie o rynku usług międzybankowych dotyczących transakcji dokonywanych przy użyciu karty płatniczej (którego bezpośrednio dotyczyło porozumienie MIF), o rynku (częściowo niższego szczebla) usług świadczonych akceptantom w związku z transakcjami dokonywanymi przy użyciu karty płatniczej (którym najbardziej zainteresowany zdawał się być UOK) oraz o rynku (faktycznie wyższego szczebla) podmiotów wydających karty płatnicze (na którym w znacznym stopniu skupiała się Komisja). Te trzy rynki są ze sobą wyraźnie powiązane i nie można ignorować ich wzajemnych oddziaływań³².

³² Zobacz podobnie wyrok CB, pkt 79 i przytoczone tam orzecznictwo.

58. Jeśli chodzi o pierwszy rynek, w porozumieniu MIF istotnie wprowadzono pewien element związany z ustalaniem cen. Zidentyfikowane przez UOK i Komisję szkodliwe dla konkurencji skutki nie materializują się jednak na owym rynku. UOK i Komisja wskazują raczej na szkodliwe skutki na dwóch pozostałych rynkach.

59. Co się tyczy rynku usług świadczonych na rzecz *akceptantów* w związku z transakcjami dokonywanymi przy użyciu karty płatniczej UOK i Komisja są zdania, że opłata IF stanowiła w praktyce zalecaną cenę minimalną. Agenci rozliczeniowi rzeczywiście najpewniej nie pobierali od akceptantów opłaty MSC w kwocie niższej niż wysokość opłaty IF uiszczanej na rzecz banku wydającego kartę, ponieważ byłoby to nieekonomiczne. Z tej perspektywy istotnie nie można wykluczyć, że w pewnym stopniu doszło do ograniczenia konkurencji: impulsy do konkurowania o akceptantów przez banki w drodze obniżania opłaty MSC mogą w praktyce być dławione przez uzgodnioną opłatę MIF. Podobnie, co się tyczy rynku *podmiotów wydających karty płatnicze* oraz w zakresie, w jakim porozumienie MIF dotyczyło zarówno MasterCard, jak i Visy, nie można wykluczyć, że mogło ono zneutralizować pewien element konkurencji cenowej pomiędzy rzeczonymi przedsiębiorstwami.

60. Nie jestem jednak pewien, czy należycie wyjaśniono wzajemne oddziaływania między owymi rynkami. Analiza dotycząca celu może być pomocna przy wykonywaniu przez organ ochrony konkurencji zadania polegającego na dowiedzeniu sprzecznego z zasadami konkurencji charakteru określonego zachowania, ale nie zwalnia tego organu z obowiązku jasnego określenia charakteru zarzucanej szkody. Co ważniejsze, wyrażone opinie w przedmiocie wzajemnych oddziaływań między owymi rynkami zdają się opierać na szeregu założeń, z których część jest szeroko kwestionowana przez skarżące w postępowaniu głównym. Nie ulega wątpliwości, że porozumienie MIF może wywoływać szkodliwe skutki; czy jednak można je na tyle łatwo zidentyfikować i czy ich wystąpienie jest na tyle prawdopodobne, iż owo porozumienie należy uznać za ograniczające konkurencję „ze względu na cel”?

61. Szereg różnego rodzaju podmiotów prowadziło działalność na kilku powiązanych ze sobą rynkach, przy czym występujące pomiędzy owymi rynkami wzajemne oddziaływania i współzależności nie są łatwo dostrzegalne. Złożoności tego skomplikowanego pod względem *podmiotowym*, *przedmiotowym* i *miejscowym* obrazu dopełnia aspekt czasowy. Porozumienie MIF obowiązywało przez ponad 12 lat. Mam wątpliwości, czy warunki panujące w tym okresie na właściwych rynkach na Węgrzech pozostały zasadniczo niezmienione. W końcu słuszne jest przyjęcie założenia (które pośrednio może potwierdzać liczba uczestniczących w porozumieniu banków), że w latach 1996–2008 rynek usług dotyczących kart płatniczych na Węgrzech, a także w innych częściach Europy, uległ znacznym przeobrażeniom. W związku z tym działanie, którego podjęcie mogło być w danym momencie przydatne lub nawet konieczne w ramach dążenia do osiągnięcia prokonkurencyjnego celu polegającego na skutecznym ustanowieniu rynku, mogło utracić taki charakter wówczas, gdy warunki konkurencji na danym rynku zasadniczo się zmieniły. Przyjęcie tego rodzaju hipotezy, pod warunkiem że jest ona prawidłowa, może oznaczać, iż niemożliwe jest przeanalizowanie całego tego okresu dokładnie w tym samym świetle i przy zapewnieniu tego samego stopnia przejrzystości na potrzeby dokonania oceny, czy doszło do ograniczenia konkurencji ze względu na cel.

62. Podsumowując: większa złożoność pod względem liczby podmiotów prowadzących działalność na kilku rynkach w dłuższym okresie pociąga za sobą większą potrzebę jasności i precyzji definicyjnej, co ma szczególne znaczenie wówczas, gdy sugeruje się, że nastąpiło ograniczenie konkurencji ze względu na cel; należy więc ustalić, kto przejawiał dokładnie jakie zachowanie, na jakim rynku (jakich rynkach) miało to miejsce i jakie wywołało to skutki. Ponadto im więcej w równaniu zmiennych wpływających na jego złożoność strukturalną, tym mniej prawdopodobne jest, w ujęciu ogólnym, że można będzie przesądzić o istnieniu wyraźnego ograniczenia konkurencji ze względu na cel.

b) Czy istnieje rzetelne i solidne doświadczenie dotyczące porozumień takich jak przedmiotowe porozumienie?

63. Następnie, w szczególności ze względu na złożoność okoliczności faktycznych analizowanych w postępowaniu głównym, oczekiwałbym od stron utrzymujących, że miało miejsce ograniczenie konkurencji „ze względu na cel”, przedstawienia rzetelnego i solidnego doświadczenia przemawiającego za tym, iż porozumienia takie jak porozumienie MIF są powszechnie uważane za z założenia sprzeczne z zasadami konkurencji. Czy istnieje stosunkowo upowszechniona i spójna praktyka europejskich organów ochrony konkurencji lub sądów państw członkowskich potwierdzająca pogląd, że porozumienia takie jak to analizowane w ramach niniejszego postępowania są *w sposób powszechny* uważane za szkodliwe dla konkurencji?

64. Na to zadane podczas rozprawy pytanie UOK odpowiedział, że zasadniczo opierał się (wyłącznie) na praktyce Komisji. Z kolei Komisja stwierdziła, że teza, iż porozumienia takie jak porozumienie MIF są z założenia sprzeczne z zasadami konkurencji, wypływa z wydanych przez sądy Unii wyroków w sprawie MasterCard³³.

65. Mam wątpliwości, czy można to uznać za rzetelne i solidne doświadczenie, którego istnienie jest wymagane na poparcie stanowiska, że dana forma zachowania jest w sposób ewidentny i powszechny sprzeczna z zasadami konkurencji.

66. Jeśli chodzi o praktykę Komisji, to pragnę zauważyć, że w 2002 r. przyznała ona pewnym porozumieniom w sprawie ustalenia wielostronnych opłat IF wyłączenia na podstawie (obecnie obowiązującego) art. 101 ust. 3 TFUE³⁴. Uznała ona, że owe porozumienia stanowiły ograniczenie ze względu na skutek (a nie ze względu na cel), ale przyczyniały się do postępu technicznego i gospodarczego, ponieważ promowały zakrojony na szeroką skalę międzynarodowy system płatniczy wywołujący pozytywne efekty sieciowe. W decyzji z dnia 19 grudnia 2007 r. Komisja stwierdziła, że pewne decyzje, w których ustalono wysokość wielostronnej „opłaty IF stosowanej w przypadku braku innych uzgodnień”, stanowiły ograniczenie konkurencji ze względu na skutek, przy czym nie zajęła stanowiska w przedmiocie tego, czy analizowane porozumienie było również sprzeczne z zasadami konkurencji ze względu na cel³⁵. Następnie, w dniu 22 stycznia 2019 r., Komisja stwierdziła, że niektóre stosowane przez MasterCard zasady dotyczące transgranicznego świadczenia usługi acquiringu, zwłaszcza w odniesieniu do międzyregionalnej opłaty IF, stanowiły ograniczenie konkurencji ze względu na cel³⁶. Pomijam tutaj w ogóle decyzje z 2010, 2014 i 2019 r., w których Komisja zgodziła się na zaproponowane przez organizacje płatnicze zobowiązania do ograniczenia lub obniżenia niektórych rodzajów opłaty IF³⁷. Oczywiście w decyzjach dotyczących zobowiązań nie stwierdzono oficjalnie żadnego naruszenia prawa konkurencji.

67. W związku z tym moim zdaniem trudno uznać praktykę Komisji za jednolitą. Nie należy uważać tego za zarzut, lecz raczej za stwierdzenie faktu, że najpewniej dzięki doświadczeniu nabytemu właśnie w tych sprawach Komisja stopniowo coraz lepiej rozumiała tę kategorię porozumień. W końcu jest oczywiste, że pojęcie „doświadczenia” z konieczności zmienia się w czasie wraz z nabywaniem przez właściwe organy administracji i sądy nowej wiedzy i nowego doświadczenia, opracowywaniem coraz bardziej zaawansowanych narzędzi analitycznych oraz rozwojem myśli ekonomicznej.

33 Wyroki: z dnia 11 września 2014 r., MasterCard i in./Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201; z dnia 24 maja 2012 r., MasterCard i in./Komisja, T-111/08, EU:T:2012:260.

34 Decyzja Komisji z dnia 24 lipca 2002 r. (sprawa COMP/29.373 – Visa International – Wielostronna opłata interchange).

35 Decyzja Komisji z dnia 19 grudnia 2007 r. (sprawy COMP/34.579 – MasterCard, COMP/36.518 – EuroCommerce, COMP/38.580 – Commercial Cards). Dla jasności: „opłata IF stosowana w przypadku braku innych uzgodnień” stanowi opłatę stosowaną domyślnie, w braku jakichkolwiek dwustronnych porozumień między agentem rozliczeniowym a bankiem wydającym kartę lub w sytuacji, w której na szczeblu krajowym nie ustalono wspólnie wysokości opłaty IF.

36 Decyzja Komisji z dnia 22 stycznia 2019 r. (sprawa COMP/AT.40049 – MasterCard II).

37 Zobacz decyzje Komisji: z dnia 8 grudnia 2010 r. (sprawa COMP/39.398 – Visa MIF); z dnia 26 lutego 2014 r. (sprawa COMP/39.398 – Visa MIF); z dnia 29 kwietnia 2019 r. (sprawa COMP/AT.39398 – Visa MIF).

68. Niemniej jednak, nawet pomijając szeroko dyskutowany aspekt czasowy³⁸, z ostrożnością podchodziłbym do wniosku, zgodnie z którym kilka decyzji administracyjnych (zwłaszcza takich, które zostały wydane przez jeden organ i których treść zmieniała się w czasie) dotyczących podobnych form współpracy stanowi wystarczające uzasadnienie dla stwierdzenia, że każde porównywalne porozumienie można uznać za niezgodne z prawem.

69. Ponadto praktyka innych krajowych organów ochrony konkurencji, które mogły dokonywać oceny porozumień podobnych do porozumienia analizowanego przez UOK, o ile byłaby ona dostępna, z pewnością nie pozostawałaby bez znaczenia.

70. Co się tyczy orzecznictwa, równie istotne jest zweryfikowanie, czy sądy Unii i państw członkowskich³⁹, które zajmowały się ową kategorią porozumień, przyjmowały w tym względzie spójne podejście⁴⁰.

71. W tym kontekście ważność wskazanej powyżej decyzji Komisji z 2007 r. została w istocie potwierdzona najpierw przez Sąd, a następnie przez Trybunał⁴¹. W zakresie istotnym dla niniejszego postępowania kluczowe jest jednak ustalenie, czy z tych wyroków wynika, że stwierdzone przez Komisję naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE było na tyle oczywiste, iż jego istnienie mogło zostać wykazane bez przeprowadzania kompleksowej analizy skutków. Odnoszę wrażenie, że ze względu na sążniste i szczegółowe wywody przedstawione przez sądy Unii na poparcie argumentów przemawiających za oddaleniem żądań skarżących, trudno jest uznać owe wyroki za potwierdzające ten czy inny pogląd.

72. Wreszcie nieco zaskakuje mnie fakt, że w uwagach stron utrzymujących, iż miało miejsce ograniczenie konkurencji „ze względu na cel”, nie wspomniano ani słowem o opracowaniach lub sprawozdaniach przygotowanych przez niezależnych autorów, opartych na metodach, zasadach i standardach uznanych przez międzynarodową doktrynę nauk ekonomicznych, które popierałyby ich stanowisko. W rzeczywistości istnienie wśród ekonomistów wystarczającego konsensusu co do tego, że porozumienia, takie jak to analizowane w niniejszym postępowaniu, są z założenia sprzeczne z zasadami konkurencji, jawi się dla mnie jako sprawa najwyższej wagi. W końcu pojęcie ograniczenia konkurencji stanowi przede wszystkim koncepcję ekonomiczną.

73. Podsumowując: doświadczenia, na które powoływano się przed Trybunałem na poparcie tezy, że porozumienia takie jak to stanowiące przedmiot postępowania głównego są z uwagi na sam ich charakter szkodliwe dla konkurencji, wydają się raczej skromne. To jednak do sądu odsyłającego należeć będzie szczegółowe zbadanie tej kwestii w świetle argumentów i dokumentów przywołanych w przedmiotowej decyzji administracyjnej.

38 A przez to pomijając wytoczony przez skarżące w postępowaniu głównym argument o domniemanym naruszeniu zasady pewności prawa z tej przyczyny, że sprzeczny z zasadami konkurencji charakter porozumienia takiego jak porozumienie MIF bynajmniej nie był oczywisty w 2008 r.

39 Potencjalnie może również chodzić o organy lub sądy spoza Unii, które stosują podobne przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym.

40 Pragnę dla jasności podkreślić, że propozycji formułowanych na „horyzontalnym” poziomie wymiany wiedzy (na którym krajowy organ ochrony konkurencji bierze pod uwagę rozstrzygnięcia wydane przez inne krajowe organy konkurencji lub przez sądy innych państw członkowskich) z pewnością nie można rozpatrywać w kategoriach obowiązków, o których mowa w wyroku Cilfit, które w świetle art. 267 akapit trzeci TFUE spoczywają, przynajmniej nominalnie, na sądach ostatniej instancji (zob. wyrok z dnia 6 października 1982 r., Cilfit i in., 283/81, EU:C:1982:335, pkt 16). Chodzi tutaj raczej o potencjalne źródła wiedzy, które mogą stanowić podbudowę dla postulatu, że dany rodzaj porozumień w sposób wyraźny stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

41 Zobacz pkt 33 powyżej.

c) Czy kontekst prawny i gospodarczy porozumienia MIF podważa domniemanie o sprzeczności jego charakteru z zasadami konkurencji?

74. Jeżeli sąd odsyłający uzna za przekonującą dokonaną przez UOK analizę, z której wynika, że porozumienie MIF należy do kategorii porozumień powszechnie uznawanych za sprzeczne z zasadami konkurencji, to drugim etapem przeprowadzanej przez ten sąd analizy powinno być zweryfikowanie owego wstępnego ustalenia w drodze uwzględnienia kontekstu prawnego i gospodarczego, w jakim owo porozumienie było stosowane. Czy istnieją jakieś szczególne cechy bądź to porozumienia MIF, bądź też rynków, na które wywierało ono wpływ, które mogłyby podać w wątpliwość tezę o jego szkodliwych dla konkurencji skutkach? Chodzi więc o to, czy *na pierwszy rzut oka* można zakwestionować w kontekście konkretnej sprawy stanowisko o powszechnie szkodliwym charakterze takiego porozumienia?

75. Skarżące w postępowaniu głównym utrzymują, że porozumienie MIF nie służyło osiągnięciu żadnego sprzecznego z zasadami konkurencji celu, a w każdym razie wywołało też pewne skutki prokonkurencyjne.

76. Po pierwsze, strony te przedstawiają alternatywne wyjaśnienie sensu ekonomicznego porozumienia MIF: twierdzą one bowiem, że ujednolicenie opłaty IF było konieczne dla zapewnienia prawidłowego i sprawnego funkcjonowania systemu, ponieważ w chwili zawarcia porozumienia MIF system kart płatniczych na Węgrzech był wciąż słabo rozwinięty. Ich zdaniem owo porozumienie przyczyniło się więc do ustanowienia i rozwoju rynku kart płatniczych na Węgrzech. Po drugie, stoją one na stanowisku, że porozumienie MIF miało również na celu zahamowanie rynkowej tendencji do podnoszenia wysokości opłaty IF. Podnoszą one, że fakt ten potwierdza wydany przez Sąd wyrok Mastercard⁴², jak również okoliczność, iż w wielu jurysdykcjach (w tym na Węgrzech i w Unii⁴³) ustawodawca podjął interwencję w celu ograniczenia wysokości opłaty IF.

77. Uważam, że w kontekście niniejszego postępowania nie da się kategorycznie *prima facie* stwierdzić, czy te argumenty są nieprzekonujące. W aktach sprawy brak jest po prostu dostatecznych informacji umożliwiających zajęcie jednoznacznego stanowiska.

78. To do sądu odsyłającego należy zbadanie tych twierdzeń w celu ustalenia, czy są one na tyle wiarygodne, że zasługują na dokładniejszą analizę. Jeżeli sąd odsyłający doszedłby do wniosku, że porozumienie MIF mogło w uzasadniony sposób wywierać pewne skutki prokonkurencyjne, nad którymi to pozytywnymi skutkami nie przeważają w sposób wyraźny inne, bardziej poważne skutki antykonkurencyjne, to owego porozumienia nie będzie można uznać za ograniczające konkurencję ze względu na cel. W takim przypadku istnienie naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE można ustalić jedynie po dokonaniu analizy skutków porozumienia.

79. Kryterium powinna więc stanowić równoważna hipoteza, która na pierwszy rzut oka nie jest niewiarygodna i której przyjęcie skutkuje podważeniem, w kontekście konkretnej sprawy, powszechnie przyjmowanych i tradycyjnych założeń. W tym względzie istotne są dwa kluczowe aspekty: po pierwsze, równoważne wyjaśnienie musi być na pierwszy rzut oka na tyle wiarygodne, aby zasługiwało na dokładniejszą analizę. Po drugie jednak, punkt odniesienia stanowi racjonalna równoważna hipoteza. Nie musi być ona w pełni sformułowana, uargumentowana i zweryfikowana, ponieważ te czynności są dokonywane w ramach kompletnej analizy skutków.

⁴² Zobacz także wyrok z dnia 24 maja 2012 r., MasterCard i in./Komisja, T-111/08, EU:T:2012:260, pkt 137.

⁴³ Zobacz odpowiednio: § 141 ustawy nr CXLIII z 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w kontekście ustawy o narodowym banku węgierskim i przyjęciu zmian w innych celach; rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/751 z dnia 29 kwietnia 2015 r. w sprawie opłat interchange w odniesieniu do transakcji płatniczych realizowanych w oparciu o kartę (Dz.U. 2015, L 123, s. 1).

80. W tym miejscu można dodać, że Trybunał już dawno uznał, iż porozumienia, które służą osiągnięciu „celu zgodnego z prawem”, niekoniecznie podlegają postanowieniom art. 101 ust. 1 TFUE⁴⁴. Oznacza to, że porozumienia, które wywołują zarówno prokonkurencyjne, jak i antykonkurencyjne skutki, podlegają zakazowi ustanowionemu w art. 101 ust. 1 TFUE wyłącznie wówczas, gdy te drugie przeważają nad pierwszymi⁴⁵. Na przykład ograniczenie konkurencji ze względu na ceny może być akceptowalne, jeżeli służy poprawie konkurencji ze względu na inne czynniki niż cena⁴⁶. W bardziej ogólnym ujęciu porozumienia, które – mimo że ograniczają swobodę działania stron – służą osiągnięciu na przykład takich celów jak otwarcie rynku, ustanowienie nowego rynku lub wejście nowego konkurenta na rynek, mogą być prokonkurencyjne⁴⁷. Z utrwalonego orzecznictwa wynika również, że – pod pewnymi warunkami – ograniczenia, które są bezpośrednio związane z realizacją operacji głównej i niezbędne do realizacji takiej operacji, która sama w sobie nie jest antykonkurencyjna, nie stanowią ograniczeń konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE⁴⁸.

81. Dlatego też zawsze, gdy wydaje się, że skutki porozumienia są ambiwalentne dla rynku, należy przeprowadzić analizę skutków⁴⁹. Innymi słowy – jeśli bez przeanalizowania faktycznego wpływu porozumienia na rynek nie można wykluczyć, że jego uzasadnieniem ekonomicznym mogła być chęć wywarcia pozytywnego wpływu na konkurencję, to takiego porozumienia nie można uznać za ograniczające konkurencję „ze względu na cel”⁵⁰. W związku z tym nie mogę się zgodzić z Komisją, która podnosi, że wszelkie zgodne z prawem i prokonkurencyjne skutki porozumienia MIF można rozpatrywać jedynie pod kątem art. 101 ust. 3 TFUE w celu ewentualnego przyznania wyłączenia. W ujęciu globalnym, z zastrzeżeniem, że nie wypowiadam się w tym miejscu w szczególności w żaden sposób o porozumieniu MIF, taka wykładnia art. 101 TFUE, zgodnie z którą porozumienie, które jest w ogólnym zarysie prokonkurencyjne, co do zasady podlega zakazowi ustanowionemu w art. 101 ust. 1 TFUE, ale może następnie zostać natychmiast wyłączone zgodnie z art. 101 ust. 3 TFUE, nie jest w pełni przekonująca.

82. Dlatego też to do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy porozumienie MIF stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel. W związku z tym sąd odsyłający musi najpierw zbadać treść i cel owego porozumienia, aby ustalić, czy należy ono do kategorii porozumień, które – w świetle nabytego doświadczenia – powszechnie uznaje się za szkodliwe dla konkurencji. Jeżeli odpowiedź na to pytanie będzie twierdząca, sąd odsyłający powinien następnie ustalić, czy takiego wniosku nie podważają względy związane z kontekstem prawnym i gospodarczym, w jakim owo konkretne porozumienie było stosowane. W szczególności sąd odsyłający powinien zweryfikować, czy jakiegokolwiek alternatywne wyjaśnienie przemawiające za istnieniem potencjalnie prokonkurencyjnych motywów przyświecających zawarciu porozumienia MIF jest *prima facie* przekonujące, uwzględniając przy tym także czas obowiązywania rzeczonego porozumienia.

44 Zobacz na przykład: wyrok z dnia 13 października 2011 r., *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, EU:C:2011:649, pkt 40; wyrok CB, pkt 75.

45 Zobacz podobnie wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., *Asnef-Equifax i Administración del Estado*, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 46–63.

46 Zobacz wyrok z dnia 13 października 2011 r., *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, EU:C:2011:649, pkt 40.

47 Zobacz podobnie opinia rzecznik generalnej V. Trstenjak w sprawie *Beef Industry Development Society i Barry Brothers*, C-209/07, EU:C:2008:467, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo.

48 Zobacz podobnie na przykład wyroki: z dnia 11 lipca 1985 r., *Remia i in./Komisja*, 2/84, EU:C:1985:327, pkt 19, 20; z dnia 28 stycznia 1986 r., *Pronuptia de Paris*, 161/84, EU:C:1986:41, pkt 15–17; z dnia 11 września 2014 r., *MasterCard i in./Komisja*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 89.

49 Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie *CB/Komisja*, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, pkt 56.

50 Zobacz podobnie: wyrok CB, pkt 80–87; wyrok *Maxima Latvija*, pkt 22–24.

C. W przedmiocie pytania czwartego

83. W pytaniu czwartym, które należy przeanalizować w dalszej kolejności, sąd odsyłający zwraca się o rozstrzygnięcie, czy organ ochrony konkurencji, przy stwierdzeniu, że doszło do naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE, musi wyraźnie wskazać, czy zachowanie przedsiębiorstwa stanowi porozumienie, czy uzgodnioną praktykę.

84. Zgadzam się z UOK, rządem węgierskim, Komisją i Urzędem Nadzoru EFTA, że na to pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

85. W wyroku *Anic Partecipazioni* Trybunał wyjaśnił, że pojęcia „porozumienia” i „uzgodnionej praktyki”, o których mowa w art. 101 ust. 1 TFUE, „obejmują [...] formy zмовы mające taki sam charakter i różniące się od siebie jedynie intensywnością i formami, w których się ujawniają”. Wobec tego, choć zawierają one częściowo różne elementy składowe, to „nie są [...] wzajemnie sprzeczne”. Trybunał w sposób wyraźny uznał, że naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE mogą często „wiązać się z różnymi formami zachowań, które mogą odpowiadać różnym definicjom, a przy tym podlegać temu samemu postanowieniu i być jednakowo zakazane”. Z tego względu Trybunał orzekł, że organ ochrony konkurencji *nie ma obowiązku* kwalifikowania danej formy zachowania jako porozumienia lub uzgodnionej praktyki⁵¹. W późniejszym orzecznictwie konsekwentnie potwierdzano ową zasadę⁵².

86. W istocie w większości przypadków nie ma ani sensu, ani potrzeby, by organ ochrony konkurencji próbował kwalifikować daną formę zachowania albo jako porozumienie, albo jako uzgodnioną praktykę. Prawda jest taka, że pojęcia te w pewnym stopniu się pokrywają, co często utrudnia ustalenie, gdzie kończy się porozumienie a zaczyna uzgodniona praktyka. Ponadto doświadczenie pokazuje, że naruszenia mogą ewoluować wraz z upływem czasu. Na samym początku mogą przybierać jedną formę, a następnie stopniowo nabierać cech charakterystycznych dla innej formy⁵³.

87. Z tego właśnie względu Trybunał wskazał również, że niezależnie od kwalifikacji prawnej danej formy zachowania jako „uzgodnionej praktyki”, „porozumienia” czy też „decyzji związków przedsiębiorstw” analiza prawna dokonywana na podstawie art. 101 ust. 1 TFUE jest taka sama⁵⁴. W kontekście niniejszej sprawy warto być może wskazać, że za sprzeczne z zasadami konkurencji ze względu na cel można uznać nie tylko porozumienia, lecz także uzgodnione praktyki⁵⁵.

88. Nie oznacza to oczywiście, że organ ochrony konkurencji nie ma obowiązku wykazania w sposób wymagany prawem, iż zachowanie stanowiące jakoby sprzeczne z zasadami konkurencji „porozumienie lub uzgodnioną praktykę” spełnia przesłanki pozwalające je za takowe uznać⁵⁶.

89. Oczywiście przedsiębiorstwa, którym zarzuca się uczestnictwo w naruszeniu, mogą kwestionować, w odniesieniu do każdej formy zachowania, kwalifikację przyjętą przez organ ochrony konkurencji, podnosząc, że ów organ nie przedstawił wystarczających dowodów na istnienie elementów składowych poszczególnych form zarzucanego naruszenia⁵⁷.

51 Wyrok z dnia 8 lipca 1999 r., *Komisja/Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, EU:C:1999:356, pkt 131–133.

52 Zobacz na przykład wyroki: z dnia 9 grudnia 2014 r., *SP/Komisja*, T-472/09 i T-55/10, EU:T:2014:1040, pkt 159; z dnia 16 czerwca 2015 r., *FSL i in./Komisja*, T-655/11, EU:T:2015:383, pkt 419.

53 Zobacz na przykład J. Faull, A. Nikpay (eds), *The EU Law of Competition*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 225, 226.

54 Wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., *Asnef-Equifax i Administración del Estado*, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 32.

55 Zobacz na przykład wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., *T-Mobile Netherlands i in.*, C-8/08, EU:C:2009:343, w szczególności pkt 24, 28–30.

56 Zobacz podobnie wyrok z dnia 8 lipca 1999 r., *Komisja/Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, EU:C:1999:356, pkt 134, 135.

57 Ibidem, pkt 136.

90. W związku z powyższym uważam, że organ ochrony konkurencji, przy stwierdzaniu, iż doszło do naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE, nie musi kwalifikować danej formy zachowania jako porozumienia lub jako uzgodnionej praktyki, pod warunkiem że przedstawi wystarczające dowody na istnienie elementów składowych poszczególnych form podnoszonego naruszenia.

D. W przedmiocie pytania trzeciego

91. W pytaniu trzecim, które przeanalizuję jako ostatnie, sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o rozstrzygnięcie, czy w sytuacji takiej jak ta w postępowaniu głównym, w której organizacje płatnicze nie brały bezpośrednio udziału w formułowaniu treści porozumienia, ale umożliwiły jego przyjęcie, zaakceptowały je i stosowały, organizacje te należy uważać, na potrzeby stosowania art. 101 ust. 1 TFUE, za strony owego porozumienia, czy też za uczestników uzgodnionej praktyki.

92. Jak wyjaśniono w poprzedniej sekcji niniejszej opinii, organ ochrony konkurencji co do zasady nie musi, przy stwierdzaniu, że doszło do naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE, kwalifikować danego zachowania jako porozumienia *lub* jako uzgodnionej praktyki.

93. W omawianym przypadku do pociągnięcia organizacji płatniczych do odpowiedzialności z tytułu naruszenia zarzucanego im przez organ ochrony konkurencji wystarczy więc, że zmowa lub współpraca między organizacjami płatniczymi a bankami będącymi stronami porozumienia MIF osiągnie taki poziom, iż możliwe będzie ich uznanie za uzgodnioną praktykę.

94. W postępowaniu przed Trybunałem strony zwróciły uwagę na dwie dodatkowe kwestie, które zasługują na szersze omówienie.

95. Pierwsza kwestia: Czy okoliczność, że organizacje płatnicze prowadzą działalność na rynku innym niż rynek, na którym stosowano przedmiotowe porozumienie, oznacza, iż owych organizacji nie można uznać za odpowiedzialne za domniemane naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE?

96. Na tak postawione pytanie należy w sposób wyraźny udzielić odpowiedzi przeczącej. Zasada leżąca u podstaw art. 101 TFUE jest taka, że przedsiębiorstwa określają swoją politykę rynkową w sposób niezależny, nie nawiązując ze sobą żadnych form bezpośredniego lub pośredniego kontaktu, który mógłby negatywnie oddziaływać na ich swobodę działania⁵⁸. Dlatego też zakres stosowania art. 101 ust. 1 TFUE jest, jak wspomniano w pkt 23 powyżej, dość szeroki, co pozwala objąć nim wszystkie formy zmowy lub współpracy mogące prowadzić do takiego rezultatu.

97. Pojęcie „porozumienia” w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE nie jest zawężone do tak zwanych „porozumień horyzontalnych” zawieranych między przedsiębiorstwami działającymi na tym samym rynku (a zatem będących względem siebie faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami). W orzecznictwie sądów Unii można znaleźć wiele przykładów sytuacji, w których za naruszające art. 101 ust. 1 TFUE uznawano porozumienia między przedsiębiorstwami działającymi na różnych etapach łańcucha produkcji lub prowadzącymi działalność na rynkach sąsiadujących⁵⁹. Ten sam tok rozumowania musi znaleźć zastosowanie również w odniesieniu do uzgodnionych praktyk⁶⁰.

⁵⁸ Zobacz podobnie wyrok z dnia 8 lipca 1999 r., Hüls/Komisja, C-199/92 P, EU:C:1999:358, pkt 159 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁵⁹ Zobacz na przykład wyrok z dnia 13 lipca 1966 r., Consten i Gründig/Komisja, 56/64 i 58/64, EU:C:1966:41. Zobacz wydany niedawno wyrok z dnia 13 października 2011 r., Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, EU:C:2011:649.

⁶⁰ Zobacz pkt 85 powyżej.

98. Zasady te zostały bardzo wyraźnie potwierdzone i w pewnym stopniu rozwinięte w wydanym ostatnio przez Trybunał wyroku AC-Treuhand⁶¹, na który strony wielokrotnie powoływały się w swoich uwagach. W rzeczonym wyroku Trybunał podkreślił, że ani z brzmienia, ani z ratio legis art. 101 ust. 1 TFUE nie wynika, iż jego zakres jest ograniczony do form zmowy prowadzących do „wzajemnego ograniczenia swobody działania na tym samym rynku, na którym obecne są wszystkie strony”⁶². Ponadto Trybunał zaznaczył, że w swoim orzecznictwie nigdy nie ograniczał zakresu stosowania owego postanowienia do przedsiębiorstw prowadzących działalność na rynku objętym ograniczeniami konkurencji bądź na rynkach znajdujących się na wyższym lub niższym szczeblu niż ów rynek lub sąsiadujących z owym rynkiem⁶³. Uczestnictwo przedsiębiorstwa w porozumieniu lub uzgodnionej praktyce może naruszać art. 101 TFUE niezależnie od rodzaju prowadzonej przez owo przedsiębiorstwo działalności gospodarczej i rynków, na których prowadzi ono działalność, jeśli takie uczestnictwo przyczynia się do ograniczenia konkurencji na danym rynku⁶⁴.

99. Wyrok AC-Treuhand dotyczył przedsiębiorstwa doradczego udzielającego wsparcia kartelowi poprzez świadczenie na jego rzecz usług o charakterze administracyjnym⁶⁵. Trybunał uznał, że usługi świadczone przez owo przedsiębiorstwo na podstawie zawartych z członkami kartelu umów o świadczenie usług służyły w istocie realizacji antykonkurencyjnych celów. W związku z tym owo przedsiębiorstwo aktywnie przyczyniło się do wprowadzenia w życie i funkcjonowania kartelu, mając przy tym pełną świadomość niezgodności z prawem takiego działania⁶⁶.

100. W kontekście niniejszej sprawy kwestia tego, czy działalność organizacji płatniczych spełnia określone w wyroku AC-Treuhand przesłanki odpowiedzialności „podmiotu wspomagającego” w świetle art. 101 ust. 1 TFUE, która była przedmiotem obszernych wywodów stron, stanowi w pewnym stopniu fałszywy trop. Powód jest prosty: ze względu na kontekst faktyczny i prawny niniejszej sprawy organizacje płatnicze nie znajdowały się w sytuacji porównywalnej do sytuacji przedsiębiorstwa AC-Treuhand, które było jedynie „podmiotem wspomagającym”. Z przedstawionych przez sąd odsyłający okoliczności faktycznych sprawy wynika, że odgrywały one o wiele istotniejszą rolę.

101. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez sąd odsyłający organizacje płatnicze nie tylko „umożliwiły” zawarcie porozumienia. Zachęcały one banki do osiągnięcia porozumienia, a mimo że formalnie wcale nie uczestniczyły w negocjacjach, to ich interesy były podczas nich reprezentowane przez jeden z banków (Kereskedelmi és Hitelbank Zrt.). Ponadto organizacje płatnicze uwzględniły porozumienie w swoich przepisach wewnętrznych, zostały poinformowane o zawarciu porozumienia i należycie je stosowały, także w stosunku do banków, które przystąpiły do systemu w późniejszym terminie.

102. Co więcej, inaczej niż miało to miejsce w przypadku przedsiębiorstwa AC-Treuhand, organizacje płatnicze miały bardziej bezpośredni i doraźny interes w pomyślnej realizacji porozumienia. Nie były one bowiem jedynie usługodawcami zatrudnionymi przez banki do wykonania pewnych określonych zadań. MasterCard i Visa dostarczały karty płatnicze, z których korzystanie stanowiło przedmiot porozumienia MIF. Organizacje płatnicze nie działały więc na rynku niepowiązanym z rynkiem, którego dotyczyło porozumienie MIF, lecz na rynku wyższego szczebla, na który bezpośrednio ono oddziaływało. Okoliczność, że najwyraźniej nie otrzymywały one bezpośrednio żadnej części opłaty MIF, nie umniejsza faktu, iż były one zainteresowane pomyślną realizacją porozumienia MIF.

61 Wyrok z dnia 22 października 2015 r., AC-Treuhand/Komisja, C-194/14 P, EU:C:2015:717.

62 Ibidem, pkt 33.

63 Ibidem, pkt 34.

64 Ibidem, pkt 35.

65 Tego rodzaju podmiot określa się często mianem „podmiotu wspomagającego kartel” (ang. cartel facilitator).

66 Ibidem, pkt 37–39.

103. W związku z tym moim zdaniem sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie wpisuje się w pełni w bardziej „klasyczny” scenariusz wertykalny: od dawna bowiem uznaje się, że porozumienia lub praktyki uzgodnione między przedsiębiorstwami działającymi na różnych etapach łańcucha produkcji mogą naruszać art. 101 TFUE⁶⁷.

104. Druga i ostatnia kwestia wynikająca z czwartego pytania prejudycjalnego dotyczy okoliczności, w jakich w sprawie analizowanej w postępowaniu głównym organizacje płatnicze mogą zostać pociągnięte do odpowiedzialności za *całe naruszenie*, obok banków będących stronami porozumienia MIF.

105. Również tę kwestię można rozstrzygnąć w oparciu o utrwalone orzecznictwo. Aby organ mógł stwierdzić, że dane przedsiębiorstwo uczestniczyło w naruszeniu i było odpowiedzialne za wszystkie poszczególne elementy składające się na takie naruszenie, musi on udowodnić, iż owo przedsiębiorstwo zamierzało własnym zachowaniem przyczynić się do osiągnięcia wspólnych celów wyznaczonych przez wszystkich uczestników i że znało faktyczne działania planowane lub wdrażane przez inne przedsiębiorstwa dla realizacji tych samych celów lub że mogło je racjonalnie przewidzieć oraz że było gotowe ponieść związane z tym ryzyko⁶⁸.

106. We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający wskazuje, że organizacje płatnicze nie uczestniczyły w opracowywaniu porozumienia MIF i ustalaniu wysokości opłaty IF. Jak jednak wspomniano w pkt 101 powyżej, sąd odsyłający jest zdania, że owe organizacje zachęcały do jego opracowania, umożliwiły jego przyjęcie, zaakceptowały je oraz stosowały.

107. Gdyby z okoliczności faktycznych sprawy wynikało, że tak rzeczywiście jest, co musi zostać ustalone przez sąd odsyłający, to – ze względu na rolę organizacji płatniczych oraz ich pozycję względem banków będących stronami porozumienia MIF – nie wahałbym się stwierdzić, iż owe organizacje płatnicze istotnie uczestniczyły w zarzucanym im naruszeniu art. 101 ust. 1 TFUE. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ani okoliczność, że dane przedsiębiorstwo nie uczestniczyło we wszystkich działaniach składających się na kartel, ani fakt, iż w zakresie, w jakim w nich uczestniczyło, odgrywało jedynie podrzędną rolę, nie mają znaczenia dla ustalenia, że dopuściło się ono naruszenia⁶⁹.

108. W związku z tym proponuję, aby na pytanie trzecie Trybunał odpowiedział w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta w postępowaniu głównym, w której organizacje płatnicze nie brały bezpośrednio udziału w formułowaniu treści porozumienia, które miałyby naruszać art. 101 ust. 1 TFUE, ale umożliwiły jego przyjęcie, zaakceptowały je i stosowały, co musi zostać zweryfikowane przez sąd odsyłający, owe organizacje można uznać za odpowiedzialne za to naruszenie.

V. Wnioski

109. Proponuję, aby na pytania skierowane do niego w trybie prejudycjalnym przez Kúria (sąd najwyższy, Węgry) Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

- jedno i to samo zachowanie przedsiębiorstwa może zostać uznane za naruszające art. 101 ust. 1 TFUE ze względu zarówno na to, że jego cel, jak i że jego skutek ograniczają konkurencję wewnątrz rynku wewnętrznego;

⁶⁷ Zobacz pkt 97 powyżej.

⁶⁸ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 8 lipca 1999 r., Komisja/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, pkt 86, 87; z dnia 7 stycznia 2004 r., 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 83.

⁶⁹ Zobacz na przykład wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r., 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 86.

- to do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy porozumienie MIF stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel. W związku z tym sąd odsyłający musi najpierw zbadać treść i cel owego porozumienia, aby ustalić, czy należy ono do kategorii porozumień, które – w świetle doświadczenia – powszechnie uznaje się za szkodliwe dla konkurencji. Jeżeli odpowiedź na to pytanie będzie twierdząca, sąd odsyłający powinien następnie ustalić, czy takiego wniosku nie podważają względy związane z kontekstem prawnym i gospodarczym, w jakim owo konkretne porozumienie było stosowane. W szczególności sąd odsyłający powinien zweryfikować, czy jakiegokolwiek alternatywne wyjaśnienie przemawiające za istnieniem potencjalnie prokonkurencyjnych motywów przyświecających zawarciu porozumienia MIF jest *prima facie* przekonujące, uwzględniając przy tym także czas obowiązywania rzeczzonego porozumienia;
- organ ochrony konkurencji, przy stwierdzeniu, że doszło do naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE, nie musi kwalifikować danej formy zachowania jako porozumienia lub jako uzgodnionej praktyki, pod warunkiem iż przedstawi wystarczające dowody na istnienie elementów składowych poszczególnych form podnoszonego naruszenia;
- w sytuacji takiej jak ta w postępowaniu głównym, w której organizacje płatnicze nie brały bezpośrednio udziału w formułowaniu treści porozumienia, które miałyby naruszać art. 101 ust. 1 TFUE, ale umożliwiły jego przyjęcie, zaakceptowały je i stosowały, co musi zostać zweryfikowane przez sąd odsyłający, owe organizacje można uznać za odpowiedzialne za to naruszenie.