Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MACIEJA SZPUNARA
przedstawiona w dniu 16 lipca 2015 r.[1]

Sprawa C-74/14

„Eturas" UAB,
„Freshtravel" UAB,
„Neoturas" UAB,
„AAA Wrislit" UAB,
„Visveta" UAB,
„Baltic Clipper" UAB,
„Guliverio kelionės" UAB,
„Baltic Tours Vilnius" UAB,
„Kelionių laikas" UAB,
„Vestekspress" UAB,
„Daigera" UAB,
„Ferona" UAB,
„Kelionių akademija" UAB,
„Travelonline Baltics" UAB,
„Kelionių gurmanai" UAB,
„Litamicus" UAB,
„Megaturas" UAB,
„TopTravel" UAB,
„Zigzag Travel" UAB,
„ZIP Travel" UAB
przeciwko
Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Litwa)]

Konkurencja — Artykuł 101 ust. 1 TFUE — Elementy konstytutywne praktyki uzgodnionej — Biura podróży korzystające ze wspólnego skomputeryzowanego systemu rezerwacji — Ograniczenia dotyczące maksymalnych stawek rabatu dostępnych dla rezerwacji dokonywanych online — Komunikat administratora systemu o tym ograniczeniu — Uzgodnienie — Związek przyczynowy między uzgodnieniem a zachowaniem na rynku — Ciężar dowodu — Domniemanie niewinności

1 — Język oryginału: angielski.

I – **Wprowadzenie**

1. W często cytowanej analizie poświęconej „praktyce uzgodnionej” w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE sędzia B. Vesterdorf, działając w charakterze rzecznika generalnego, stwierdził: „Uważam, że problem ten można podsumować jednym pytaniem: kiedy następuje naruszenie prawa?” [2].

2. Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (naczelny sąd administracyjny Litwy) podnosi podobną kwestię w związku z zaskarżeniem decyzji wydanej przez krajowy organ ochrony konkurencji, w myśl której szereg biur podróży koordynowało stosowaną względem swoich klientów stawkę rabatu.

3. Elementem wyróżniającym tę sprawę jest okoliczność, że dowody na istnienie uzgodnienia w głównej mierze dotyczą działań osoby trzeciej – właściciela i administratora internetowego systemu rezerwacji wykorzystywanego przez zainteresowane biura podróży – która wprowadziła techniczne ograniczenie stawki rabatu i zamieściła w systemie komunikat informujący o tym ograniczeniu. Sąd odsyłający wyraża wątpliwość co do tego, czy dowód taki odpowiada standardowi wymaganemu do stwierdzenia, że doszło do naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE.

II – **Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

4. Spółka „Eturas” UAB (zwana dalej „Eturasem”) jest podmiotem wyłącznych praw do systemu służącego do dokonywania online rezerwacji podróży E-TURAS oraz administratorem tego systemu (zwanego dalej „systemem E-TURAS”).

5. System ten jest nadzorowany przez jednego administratora i można zintegrować go ze stronami internetowymi poszczególnych biur podróży, które zakupiły licencję od Eturasu. Standardowa umowa licencyjna Eturasu nie zawiera żadnych postanowień, na mocy których administrator mógłby zmieniać ceny usług świadczonych przez korzystające z systemu biura podróży.

6. W 2010 r. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba (litewski organ ochrony konkurencji, zwany dalej „radą ds. konkurencji”) wszczął dochodzenie na podstawie otrzymanych od jednego z użytkowników systemu E-TURAS informacji, zgodnie z którymi biura podróży zajmujące się sprzedażą wycieczek zorganizowanych koordynowały między sobą stawki rabatów oferowanych konsumentom nabywającym te wycieczki online za pomocą systemu E-TURAS.

7. W wyniku tego dochodzenia ustalono, że jakiś czas przed zarzucanym wprowadzeniem ograniczenia stawek rabatu, dyrektor Eturasu wysłał pocztą elektroniczną do szeregu biur podróży wiadomość, w której zwrócił się do nich o zajęcie stanowiska w przedmiocie obniżki stawek rabatu z 4% do 1–3%. Akta niniejszej sprawy zawierają dowód na to, że jedno z biur podróży, których dotyczy postępowanie główne, otrzymało tę wiadomość, brak natomiast dowodów na to, czy inne biura go otrzymały, oraz na to, czy na niego odpowiedziały.

8. W dniu 27 sierpnia 2009 r. o godz. 12.20 w systemie E-TURAS wprowadzono techniczne ograniczenie stawki rabatów dostępnych dla rezerwacji dokonywanych online do poziomu 3%.

2 — Zobacz opinia rzecznika generalnego B. Vesterdorfa w sprawie Rhône-Poulenc/Komisja, T-1/89, EU:T:1991:38, s. 939.

9. Wprowadzenie tego ograniczenia było poprzedzone następującą informacją systemową (zwaną dalej „informacją systemową z dnia 27 sierpnia 2009 r."), która pojawiła się wcześniej tego samego dnia w polu zawierającym „Informacje dla użytkowników" systemu E-TURAS:

„W efekcie przeprowadzonej oceny oświadczeń, propozycji i życzeń […] agencji podróży, udostępniona zostanie możliwość udzielania online rabatów, których wysokość może być określana indywidualnie w granicach 0–3% […]. W przypadku biur podróży, które oferowały rabaty powyżej 3% ich stawka zostanie automatycznie obniżona do […] 3% […]".

10. Zgodnie z oświadczeniem dyrektora Eturasu taka informacja została przekazana do wszystkich biur podróży korzystających z systemu.

11. Możliwość oferowania dodatkowych rabatów klientom indywidualnym (np. poprzez oferowanie lojalnościowych kodów rabatowych) nie została jednak ograniczona.

12. W wyniku dochodzenia ustalono ponadto, że większość biur podróży, które stosowały przed dniem 27 sierpnia 2009 r. przekraczającą 3% stawkę rabatu, po tej dacie obniżyło stawkę rabatu do 3%. Szereg biur podróży przed dniem 27 sierpnia 2009 r. oferowało już niższą stawkę rabatu i po tej dacie nadal stosowały one taką samą, niższą stawkę. Niektóre biura podróży nie oferowały swoich usług za pośrednictwem systemu E-TURAS przed dniem 27 sierpnia 2009 r. Niektóre inne biura podróży, których dotyczy postępowanie główne, nie sprzedały w okresie objętym dochodzeniem za pośrednictwem systemu E-TURAS ani jednej wycieczki.

13. Decyzją z dnia 7 czerwca 2012 r. rada ds. konkurencji uznała, że w okresie od dnia 27 sierpnia 2009 r. do końca marca 2010 r. 30 biur podróży oraz Eturas uczestniczyły w praktyce antykonkurencyjnej dotyczącej rabatów stosowanych dla rezerwacji dokonywanych za pośrednictwem systemu E-TURAS.

14. W myśl tej decyzji naruszenie rozpoczęło się w dniu, w którym informacja o obniżeniu stawek rabatów pojawiła się w systemie E-TURAS, a stawka rabatów została ograniczona za pomocą środków technicznych. Biura podróży, jako podmioty gospodarcze, przy dochowaniu należytej staranności, powinny były być świadome wprowadzenia tego ograniczenia z tym dniem.

15. Rada ds. konkurencji uznała, że odpowiedzialność za naruszenie ponoszą te biura podróży, które korzystały z systemu E-TURAS w okresie, którego dotyczy postępowanie główne, i które nie wyraziły żadnego sprzeciwu. Biura te mogły racjonalnie przyjąć, że wszyscy pozostali użytkownicy systemu również ograniczą swoje rabaty do stawki wynoszącej maksymalnie 3%. Informowały się one więc wzajemnie o stawkach rabatów, jakie zamierzały stosować w przyszłości i z tego względu pośrednio (poprzez dorozumianą lub milczącą akceptację) wyraziły swą zbiorową zgodę dotyczącą zachowania na rynku właściwym. Rada zauważyła następnie, że takie zachowanie ze strony części biur podróży na rynku właściwym należy uznać za stanowiące praktykę uzgodnioną. Rada ds. konkurencji stwierdziła, że Eturas nie prowadziła wprawdzie działalności na rynku właściwym, odegrała jednak swą rolę w ułatwieniu popełnienia tego naruszenia.

16. Rada ds. konkurencji uznała zatem, że Eturas oraz biura podróży, których dotyczy postępowanie główne, naruszyły art. 101 ust. 1 TFUE, a także art. 5 Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (litewskiej ustawy o konkurencji) i nałożyła na nie grzywny. Biuro podróży, które przekazało radzie ds. konkurencji informacje o naruszeniu, uzyskało zwolnienie z grzywny w ramach programu łagodzenia kar.

17. Skarżące w postępowaniu głównym odwołały się od decyzji rady ds. konkurencji do Vilniaus apygardos administracinis teismas (okręgowego sądu administracyjnego w Wilnie). Wyrokiem z dnia 8 kwietnia 2013 r. sąd ten częściowo uwzględnił te skargi i ograniczył kwoty nałożonych grzywien.

18. Zarówno skarżące w postępowaniu głównym, jak i rada ds. konkurencji odwołały się do Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas.

19. Skarżące w postępowaniu głównym podnoszą, że nie brały udziału w praktykach uzgodnionych w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE lub prawa krajowego. Biura podróży, których dotyczy postępowanie główne, utrzymują, że nie stwierdzono złożenia z ich strony żadnego oświadczenia woli obniżenia stawki stosowanych rabatów oraz że jej techniczne ograniczenie stanowiło jednostronne działanie ze strony Eturasu. Niektóre ze skarżących spółek twierdzą, że nie zapoznały się z informacją systemową. Z uwagi na niewielkie znaczenie systemu (dochód z wycieczek sprzedanych za pośrednictwem systemu E-TURAS stanowi jedynie ułamek całkowitych przychodów przez nie uzyskiwanych, np. 0,12%, 0,2% lub 0,0025%) biura podróży nie monitorowały ściśle jego działania. Spółki te wyjaśniają, że korzystały z systemu ze względu na jego dogodność do prowadzenia sprzedaży online, brak na rynku systemów alternatywnych, jak również z uwagi na nieopłacalność utworzenia własnych systemów rezerwacji online. Wysokość udzielanych rabatów nie została zaś co do zasady ograniczona, gdyż biura podróży nadal miały możliwość stosowania dodatkowych rabatów lojalnościowych dla klientów indywidualnych.

20. Rada ds. konkurencji twierdzi, że system E-TURAS służył skarżącym jako narzędzie do koordynacji działań, czyniąc w ten sposób zbędnymi inne formy spotkań, gdyż warunki korzystania z systemu E-TURAS umożliwiały im osiągnięcie „zgodnej woli" w przedmiocie ograniczeń stawek rabatu bez potrzeby osobistych kontaktów. To, że skarżące nie sprzeciwiły się ograniczeniom stawek rabatu, jest równoznaczne z ich milczącą akceptacją. System E-TURAS był łatwo rozpoznawalny na stronach internetowych biur podróży, które zawierały informację o mających zastosowanie rabatach, i działał w odniesieniu do nich wszystkich na jednakowych warunkach. Biura podróży nie sprzeciwiły się nałożonym ograniczeniom i w związku z tym nie mogły żywić wobec siebie nawzajem wątpliwości co do tego, iż stosują one ograniczone rabaty, unikając w ten sposób niepewności co do stawek rabatów. Skarżące miały obowiązek zachowania się w rozsądny i odpowiedzialny sposób i nie mogły zignorować czy też nie wziąć pod uwagę informacji dotyczących praktyk mających wpływ na prowadzoną przez nie działalność gospodarczą.

21. Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas wyraża wątpliwość co do właściwej wykładni art. 101 ust. 1 TFUE oraz, w szczególności, co do sposobu, w jaki rozłożony został ciężar dowodu dla celów tego postanowienia.

22. Sąd odsyłający wskazuje, że ten aspekt ma decydujące znaczenie przy badaniu, czy rada ds. konkurencji ustaliła zajście okoliczności wystarczających do wyciągnięcia na ich podstawie wniosku, iż doszło do naruszenia oraz określenia momentu, począwszy od którego należy rozpocząć liczenie czasu trwania naruszenia. Z toku rozumowania przyjętego w zaskarżonej decyzji wynika, że ustalając istnienie naruszenia, rada ds. konkurencji opierała się głównie na informacji systemowej z dnia 27 sierpnia 2009 r. Rada ta zastosowała zatem w istocie domniemanie, że biura podróży, które otrzymały tę informację, wiedziały lub powinny były wiedzieć o tym ograniczeniu.

23. Zdaniem sądu odsyłającego z jednej strony można twierdzić, że skarżące korzystały z systemu E-TURAS wraz ze swymi konkurentami i z tego względu były zobowiązane działać z należytą starannością, zwracając uwagę na przesyłane za pośrednictwem tego systemu informacje. Niektóre z nich przyznały bowiem, że zdawały sobie sprawę z istnienia ograniczenia stawek rabatu i w praktyce zastosowały się do tego ograniczenia. Dowód wywiedziony z faktu funkcjonowania systemu mógłby więc ewentualnie, ze względu na niejawny charakter praktyk antykonkurencyjnych i w świetle wszystkich okoliczności faktycznych sprawy, zostać uznany za wystarczający. Z drugiej strony, w przypadku naruszeń prawa konkurencji stosować należy domniemanie niewinności. W niniejszej sprawie brak dowodów na to, że skarżące faktycznie zapoznały się z informacją systemową i zdały sobie sprawę z tego, iż stanowi ona uzgodnione działanie antykonkurencyjne, jakiego dopuścili się wszyscy użytkownicy systemu.

24. Sąd odsyłający zmierza zatem do ustalenia, czy samo przesłanie informacji systemowej dotyczącej ograniczenia stawek rabatu mogło, w kontekście okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, stanowić dowód wystarczający do potwierdzenia lub przyjęcia domniemania, że podmioty gospodarcze uczestniczące w systemie wiedziały lub musiały wiedzieć o ograniczeniu stawek rabatowych, pomimo iż niektóre z nich twierdzą, że nie zdawały sobie zupełnie sprawy z istnienia ograniczenia, a niektóre z nich w okresie, którego dotyczy postępowanie główne, nie zmieniły faktycznie stosowanych stawek rabatu ani nawet nie sprzedały w tym okresie za pośrednictwem systemu E-TURAS żadnych wycieczek.

25. W świetle powyższego Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas, postanowieniem z dnia 17 stycznia 2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 10 lutego 2014 r., zwrócił się o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie następujących pytań:

„1) Czy art. 101 ust. 1 [TFUE] należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji, gdy podmioty gospodarcze uczestniczą w skomputeryzowanym systemie informacyjnym tego rodzaju jak ten opisany w niniejszej sprawie, a rada ds. konkurencji dowiodła, że do systemu tego wprowadzono informację o ograniczeniach stosowanych rabatów, a w jego ramach ustanowiono techniczne ograniczenie stosowanych stawek rabatu, można [domniemywać], że te podmioty gospodarcze były, lub powinny były być, świadome tej wprowadzonej do skomputeryzowanego systemu informacyjnego informacji i, nie sprzeciwiając się stosowaniu takiego ograniczenia rabatów, wyraziły milczącą zgodę na stosowanie tego ograniczenia cenowego i z tego względu mogą zostać uznane za odpowiedzialne za uczestnictwo w praktyce uzgodnionej w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE?

2) Jeśli na pierwsze pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej: jakie czynniki należy uwzględnić przy ustalaniu tego, czy podmioty gospodarcze uczestniczące we wspólnym skomputeryzowanym systemie informacyjnym, w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, uczestniczyły w praktyce uzgodnionej w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE?”.

26. Uwagi na piśmie w niniejszym postępowaniu przedstawiły: skarżące w postępowaniu głównym [3], rządy litewski i austriacki oraz Komisja. Niektóre ze skarżących w postępowaniu głównym [4], rada ds. konkurencji, rząd litewski oraz Komisja przedstawiły swoje stanowiska ustnie podczas rozprawy, która odbyła się w dniu 7 maja 2015 r.

III – **Analiza**

A – *Wprowadzenie*

27. Niniejsza sprawa stanowi dla Trybunału rzadką okazję ku temu, aby dokonać wykładni pojęcia praktyki uzgodnionej w oderwaniu od powiązanych z nim pojęć porozumienia lub decyzji związku przedsiębiorstw [5].

28. Punktem wyjścia dla moich rozważań będzie przywołanie orzecznictwa Trybunału w przedmiocie praktyk uzgodnionych.

3 — „AAA Wrislit” UAB, „Visveta” UAB, „Baltic Clipper” UAB, „Guliverio kelionės” UAB, „Baltic Tours Vilnius” UAB, „Kelionių laikas” UAB, „Vestekspress” UAB, „Kelionių akademija” UAB, „Travelonline Baltics” UAB oraz „Megaturas” UAB.

4 — „AAA Wrislit” UAB, „Vestekspress” UAB, „Kelionių akademija” UAB, „Travelonline Baltics” UAB, „Visveta” UAB, „Baltic Clipper” UAB, „Megaturas” UAB oraz „Keliautojų klubas” UAB.

5 — Aby zapoznać się z poprzednią sprawą tego rodzaju, zob. wyrok T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343.

29. Artykuł 101 ust. 1 TFUE stanowi, że następujące działania winny być zakazane jako niezgodne ze wspólnym rynkiem: wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku.

30. Pojęcia „porozumienia", „decyzji związków przedsiębiorstw" lub „praktyki uzgodnionej" stanowią, z subiektywnego punktu widzenia, mające taki sam charakter przejawy zmowy różniące się od siebie jedynie intensywnością i formami, w których się ujawniają [6].

31. Trybunał wielokrotnie wskazywał, że uzgodniona praktyka oznacza pewien rodzaj koordynacji pomiędzy przedsiębiorstwami, która wprawdzie nie prowadzi jeszcze do zawarcia porozumienia we właściwym tego słowa znaczeniu, lecz pozwala świadomie zastąpić konkurencję i związane z nią ryzyko praktyczną współpracą przedsiębiorstw [7].

32. Co się tyczy kryterium koordynacji, Trybunał orzekł, że postanowienia traktatu z zakresu konkurencji oparte są na założeniu, iż każdy podmiot gospodarczy winien określać w sposób autonomiczny politykę, jaką zamierza realizować na rynku. Ten postulat autonomii sprzeciwia się wszelkim kontaktom między podmiotami gospodarczymi, tak bezpośrednim jak i pośrednim, przez które przedsiębiorstwo mogłoby wywrzeć wpływ na zachowanie swojego konkurenta na rynku, bądź ujawnić mu swoje plany lub zamiary, które chce realizować na rynku, jeżeli kontakty mogą w ten sposób doprowadzić do zastosowania takich warunków konkurencji, które nie odpowiadają normalnym warunkom na danym rynku [8].

33. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pojęcie uzgodnionej praktyki obejmuje – poza uzgodnieniem przedsiębiorstw – zachowanie na rynku będące wynikiem tego uzgodnienia i związek przyczynowy pomiędzy nimi. Należy, z zastrzeżeniem dowodu przeciwnego, który muszą przedstawić zainteresowane podmioty gospodarcze, przyjąć domniemanie, że przy określaniu swojego zachowania na rynku przedsiębiorstwa uczestniczące w uzgodnieniu i dalej działające na rynku uwzględniają informacje, które wymieniły ze swoimi konkurentami, w szczególności zaś wtedy, gdy do uzgodnień dochodzi regularnie w długim okresie czasu (zwane dalej „domniemaniem z wyroku Anic") [9].

34. Z orzecznictwa można wysnuć wniosek, że domniemanie z wyroku Anic – czyli domniemanie istnienia związku przyczynowego pomiędzy uzgodnieniem a zachowaniem na rynku przedsiębiorstw uczestniczących w uzgodnieniu – może mieć zastosowanie także w przypadku jednorazowego nawiązania kontaktu pomiędzy konkurentami [10].

35. Jak stwierdził Trybunał w wyroku T-Mobile Netherlands i in., tak przedmiot uzgodnienia, jak i okoliczności danego rynku wyjaśniają częstotliwość, przerwy i sposób, w jaki konkurenci nawiązują kontakt ze sobą, aby doprowadzić do uzgodnienia ich zachowań na rynku. Jeżeli dane przedsiębiorstwa zawierają porozumienie z kompleksowym systemem uzgodnienia w przedmiocie licznych aspektów ich zachowania na rynku, mogą mieć potrzebę regularnych kontaktów w dłuższym

6 — Zobacz wyrok Komisja/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, pkt 131.

7 — Zobacz wyroki: Suiker Unie i in./Komisja, od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73, EU:C:1975:174, pkt 26; Komisja/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, pkt 115.

8 — Zobacz wyroki: Suiker Unie i in./Komisja, od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73, EU:C:1975:174, pkt 174; Komisja/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, pkt 117.

9 — Zobacz wyroki: Komisja/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, pkt 118, 121; Hüls/Komisja, C-199/92 P, EU:C:1999:358, pkt 161, 162.

10 — Zobacz w tym względzie wyrok T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 59.

okresie czasu. Natomiast, jeżeli uzgodnienie ma charakter punktowy i ma na celu harmonizację w zakresie pojedynczego elementu zachowania na rynku w odniesieniu do pojedynczego parametru konkurencji, jednorazowe nawiązanie kontaktu może być wystarczające dla zrealizowania antykonkurencyjnego celu, o który chodzi odnośnym przedsiębiorstwom [11].

36. Ponadto, podobnie jak ma to miejsce w przypadku porozumienia antykonkurencyjnego, uwzględnienie konkretnych skutków praktyki uzgodnionej jest zbędne, jeśli okaże się, że naruszenie to miało na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji [12].

B – *Wykładnia art. 101 ust. 1 TFUE*

37. Poprzez dwa pytania, które proponuję rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że pojęcie praktyki uzgodnionej obejmuje sytuację, w której szereg biur podróży korzysta ze wspólnego systemu rezerwacji, a administrator tego systemu zamieszcza w nim skierowaną do jego użytkowników informację, zgodnie z którą rabaty mające zastosowanie dla klientów zostaną ograniczone do jednolitej stawki maksymalnej, a w następstwie zamieszczenia tej informacji wprowadzone zostaje techniczne ograniczenie co do wyboru stawki rabatu.

38. Sąd odsyłający zmierza wobec tego do ustalenia, czy, a jeżeli tak, to w jakich okolicznościach, biura podróży, które powezmą wiadomość o takiej niedozwolonej inicjatywie i które nadal będą korzystać z systemu rezerwacji, można pociągnąć do odpowiedzialności z tytułu naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE.

39. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem [13] praktyka uzgodniona obejmuje trzy elementy konstytutywne: po pierwsze, uzgodnienie pomiędzy przedsiębiorstwami, po drugie, zachowanie na rynku i, po trzecie, związek przyczynowy między tymi dwoma elementami.

40. Niniejsza sprawa w głównej mierze dotyczy pierwszego z nich, czyli uzgodnienia pomiędzy przedsiębiorstwami.

41. Jeśli ustalone bowiem zostanie istnienie uzgodnienia, dwa pozostałe elementy (zachowanie na rynku i związek przyczynowy) nie będą, w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, w istocie trudne do ustalenia. Zgodnie z domniemaniem z wyroku Anic możliwe jest przyjęcie domniemania faktycznego zachowania na rynku tych przedsiębiorstw, które uczestniczą w praktykach kartelowych i dalej działają na rynku. Ponadto w niniejszej sprawie wnioski co do zachowania na rynku można wysnuć na podstawie okoliczności polegającej na tym, że ograniczenie stawki rabatu zostało wprowadzone za pomocą środków technicznych, a więc – zastosowane automatycznie w odniesieniu do tych wszystkich biur podróży, które nadal korzystały z systemu E-TURAS.

42. Pragnę zauważyć, że pytania prejudycjalne skierowane przez sąd krajowy nie mają za przedmiot odpowiedzialności samego Eturasu jako podmiotu ułatwiającego wprowadzenie w życie kartelu. Trybunał nie orzekał jak dotąd w kwestii tego, czy nieprowadząca działalności na rynku właściwym osoba trzecia, pełniąca jedynie funkcję sekretariatu kartelu, może ponieść odpowiedzialność z tytułu naruszenia na mocy art. 101 ust. 1 TFUE. Kwestię tę podjął ostatnio rzecznik generalny N. Wahl w opinii w sprawie AC-Treuhand/Komisja, wskazując, że zakres art. 101 ust. 1 TFUE nie obejmuje odpowiedzialności spółki świadczącej usługi o charakterze czysto doradczym, która nie prowadzi działalności na rynku właściwym lub rynku z nim powiązanym [14]. Ograniczę się jedynie do

11 — Ibidem, pkt 60.

12 — Zobacz wyroki: Consten i Grundig/Komisja, 56/64 i 58/64, EU:C:1966:41, s. 342; T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 29; Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 127.

13 — Zobacz pkt 33 niniejszej opinii.

14 — Zobacz opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie AC-Treuhand/Komisja, C-194/14 P, EU:C:2015:350.

stwierdzenia, że okoliczności niniejszej sprawy różnią się od okoliczności ostatniego z wymienionych przypadków, gdyż Eturas jest kontrahentem wszystkich zainteresowanych biur podróży, z którymi zawarł umowy licencyjne, a także przedsiębiorstwem działającym na rynku licencjonowania systemów rezerwacji online, który jest powiązany z rynkiem, na którym działają biura podróży.

43. W przedstawionej poniżej analizie rozpatrzę przesłanki prawne, których spełnienie pozwala na stwierdzenie istnienia uzgodnienia pomiędzy przedsiębiorstwami, a także zajmę się kilkoma powiązanymi z nimi kwestiami: domniemanym jednostronnym zachowaniem osoby trzeciej, możliwością zdystansowania się wobec naruszenia oraz zgodnością odpowiedniego standardu dowodu z zasadą domniemania niewinności.

1. Uzgodnienie pomiędzy przedsiębiorstwami

44. Trybunał nie miał jak dotąd okazji wydania rozstrzygnięcia w kwestii okoliczności, w których jednostronne przesłanie informacji może rodzić skutki w postaci uzgodnionej praktyki pomiędzy jego odbiorcami a nadawcą.

45. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu pojęcie uzgodnionej praktyki zakłada istnienie kontaktów charakteryzujących się wzajemnością. Przesłanka ta jest spełniona, gdy ujawnienie przez jednego konkurenta innemu konkurentowi swych zamiarów lub swego przyszłego zachowania na rynku zostało zaproponowane lub przynajmniej zaakceptowane przez tego drugiego konkurenta [15].

46. Moim zdaniem także pojęcie praktyki uzgodnionej zakłada istnienie wzajemności. Działanie uzgodnione musi być wynikiem osiągnięcia konsensu [16]. Jednakże stopień sformalizowania tego konsensu nie powinien podlegać nadmiernie restrykcyjnym wymogom, ponieważ nie zostałaby wówczas uwzględniona nierozerwalnie związana z pojęciem praktyki uzgodnionej różnorodność jej przejawów.

47. W szczególności wzajemność ta powinna również obejmować milczącą zgodę.

48. Jednakże to od kontekstu, w którym skierowano komunikat, zależy, czy można wyciągnąć wniosek, iż doszło do milczącego wyrażenia zgody, a zatem – czy można stwierdzić istnienie konsensu w przedmiocie zastąpienia konkurencji współpracą.

49. Po pierwsze, w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo otrzymuje informację dotyczącą niedozwolonej inicjatywy i nie sprzeciwia się jej, jego zgoda na tę inicjatywę może zostać dorozumiane z uwagi na brak odpowiedzi, pod warunkiem że okoliczności sprzyjają osiągnięciu milczącego konsensu. Brak sprzeciwu wobec niedozwolonego komunikatu jest naganny, gdyż, w niektórych okolicznościach, sam brak reakcji adresata może doprowadzić inną osobę lub osoby do przekonania, że adresat ten przystępuje do niedozwolonej inicjatywy i będzie postępował zgodnie z jej założeniami [17]. W związku z tym, aby móc wywnioskować, że adresat tego komunikatu uczestniczył w praktyce uzgodnionej w sposób świadomy, kontekst interakcji musi pozwalać na założenie, że adresat zdaje sobie sprawę z tego, iż konkurent, nawet w braku odpowiedzi, uzna jego milczenie za zgodę i będzie liczył na działanie wzajemne.

15 — Zobacz wyroki: Cimenteries CBR i in./Komisja, T-25/95, T-26/95, od T-30/95 do T-32/95, od T-34/95 do T-39/95, od T-42/95 do T-46/95, T-48/95, od T-50/95 do T-65/95, od T-68/95 do T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 i T-104/95, EU:T:2000:77, pkt 1849; BPB/Komisja, T-53/03, EU:T:2008:254, pkt 153, 182.

16 — Twierdzenie to jest prawdziwe także z punktu widzenia czysto pojęciowego, gdyż „współpraca […] to z definicji działanie świadome”; zob. O. Black, *Conceptual foundations of antitrust*, Cambridge 2005, s. 142.

17 — Zobacz w tym względzie wyrok 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 82.

50. Po drugie, w przypadku gdy podmiot przesyłający informację nie jest konkurentem, lecz osobą trzecią, taka interakcja mogłaby być przyczynkiem do zmowy horyzontalnej pomiędzy konkurentami jedynie wówczas, gdyby można uznać, że adresat zdaje sobie sprawę z tego, iż informacja przekazana przez osobę trzecią pochodzi od konkurenta lub przynajmniej także jest mu przekazywana.

51. By zatem można było ustalić istnienie uzgodnienia w sytuacji takiej, jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, która obejmuje zarówno pośrednie skierowanie komunikatu poprzez osobę trzecią, jak i brak wyraźnej odpowiedzi, kontekst tej interakcji musi pozwalać na uznanie, że adresat zdaje sobie sprawę z tego, iż niedozwolona inicjatywa została podjęta przez konkurenta lub iż przynajmniej konkurent bądź konkurenci są o niej także poinformowani, i, nawet w braku odpowiedzi, będzie liczył na działanie wzajemne.

52. Do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy taka analiza prawna ma zastosowanie do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy.

53. W szczególności sąd odsyłający powinien najpierw ustalić, czy, biorąc pod uwagę nietypową metodę komunikacji, można uznać, że przedsiębiorstwa, których dotyczy postępowanie główne, zapoznały się z treścią informacji systemowej z dnia 27 sierpnia 2009 r.

54. W tym względzie sąd odsyłający ma wątpliwości co do tego, czy można domniemywać, że użytkownicy systemu E-TURAS zdawali sobie sprawę z faktu skierowania informacji systemowej.

55. Pragnę zauważyć, że w prawie konkurencji stosowanie domniemań jest uzasadnione, w sytuacji gdy wyciągnięcie wniosku zgodnego z przyjętym domniemaniem jest wysoce prawdopodobne z uwagi na ogólne doświadczenie i pod warunkiem, że nadal mamy do czynienia z domniemaniem wzruszalnym [18].

56. Jeżeli sąd odsyłający uznałby za wysoce prawdopodobne, biorąc pod uwagę właściwości systemu rezerwacji i okres trwania naruszenia, iż dostatecznie uważny i przezorny podmiot gospodarczy zapoznałby się z informacją systemową i związanym z nią ograniczeniem, sąd ten mógłby także stwierdzić, że wysokie prawdopodobieństwo słuszności tego wnioskowania uzasadnia przyjęcie wzruszalnego domniemania, iż biura podróży, których dotyczy postępowanie główne, powzięły wiadomość o niedozwolonej inicjatywie w dniu 27 sierpnia 2009 r. Nadal istnieje przy tym możliwość, że dane przedsiębiorstwo nie zapoznało się z informacją systemową z dnia 27 sierpnia 2009 r. od razu lub, w wyjątkowych okolicznościach, że w ogóle się o niej nie dowiedziało. W tym przypadku jednak obalenie domniemania należy do zainteresowanego przedsiębiorstwa, które jest najwłaściwsze do tego, by wyjaśnić tego rodzaju wątpliwość.

57. Jednakże stosowanie przez władze krajowe w postępowaniu dowodowym domniemań pozostaje kwestią uregulowaną w prawie krajowym, chyba że domniemanie wynika z art. 101 ust. 1 TFUE, zgodnie z wykładnią nadaną mu przez Trybunał, i tym samym stanowi integralną część mającego zastosowanie prawa Unii [19]. Moim zdaniem stosowane w postępowaniu dowodowym domniemania związane z ustaleniem, czy można uznać, że przedsiębiorstwo otrzymało określony komunikat i zapoznało się z nim, nie wynikają z pojęcia praktyki uzgodnionej w nadanej mu przez Trybunał wykładni, ani też nie są nierozerwalnie powiązane z tym pojęciem, a zatem domniemania takie stanowią kwestię, której rozwiązanie znaleźć należy w prawie krajowym.

18 — Zobacz pkt 97–99 niniejszej opinii.

19 — Zobacz w tym względzie wyrok T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 50–52.

58. Sąd odsyłający winien następnie ustalić, czy można uznać, że przedsiębiorstwa miały świadomość tego, iż informacja dotycząca ograniczenia stawek rabatu pochodziła od ich konkurentów lub przynajmniej została także tym konkurentom przekazana, oraz że wiarygodne jest założenie, iż konkurenci, nawet w braku wyraźnej zgody, liczyliby na działanie wzajemne.

59. Moim zdaniem sposób komunikacji sam w sobie nie jest istotny, w szczególności zważywszy, że można oczekiwać, iż uczestnicy zmowy będą korzystać z możliwości, jakie oferuje postęp technologiczny. Forma komunikacji może mieć jednak znaczenie przy ocenie kontekstu interakcji.

60. W tym względzie nie przychylam się do stanowiska Komisji, zgodnie z którym przesłanie wiadomości za pośrednictwem pola zawierającego informacje dla użytkowników systemu elektronicznego może być w pełni traktowane jako równoważne z innymi metodami komunikacji w świecie biznesu, takimi jak uczestnictwo w spotkaniach czy wymiana wiadomości za pośrednictwem poczty elektronicznej. Informacje pochodzące od administratora systemu nie są zwyczajowym kanałem komunikacji handlowej. Ponadto przedsiębiorstwa korzystające z tego samego systemu elektronicznego nie są partnerami w relacji handlowej: łączące je więzy są wyraźnie słabsze niż te istniejące pomiędzy przedsiębiorstwami utrzymującymi ze sobą kontakty za pośrednictwem poczty elektronicznej czy też odbywającymi wspólne spotkania.

61. W niniejszej sprawie jednak niezwykły charakter metody komunikacji zdaje się być równoważony przez inne okoliczności.

62. Informacja systemowa z dnia 27 sierpnia 2009 r. zawiera wyraźny przekaz, którego nie można zrozumieć inaczej niż jako inicjatywę zmierzającą do zapewnienia udziału w niedozwolonej praktyce antykonkurencyjnej. Tak z treści tej informacji, jak i ze sposobu jej komunikacji można wnioskować, że jest ona adresowana jednocześnie do wszystkich konkurentów korzystających z systemu E-TURAS. Inicjatywa ta była szczególnie prawdopodobna z tego względu, że została podjęta przez osobę trzecią, która, działając w charakterze kontrahenta i administratora wspólnego systemu rezerwacji, była powiązana ze wszystkimi pozostałymi użytkownikami systemu, a także dysponowała środkami technicznymi umożliwiającymi wyegzekwowanie osiągnięcia zamierzonego w uzgodnieniu wyniku. Wykorzystanie tych środków technicznych przez administratora systemu jest bardzo skuteczną praktyką ułatwiającą osiągnięcie tego celu, stanowiącą pośredni dowód na istnienie uzgodnienia.

63. Przedsiębiorstwa, które dowiedziały się o informacji systemowej, musiały zatem zdawać sobie sprawę, że bez ich natychmiastowej reakcji inicjatywa ta zostanie wprowadzona w życie automatycznie i bezzwłocznie w odniesieniu do wszystkich użytkowników systemu.

64. Ponadto rozpatrywane ograniczenie konkurencji ma charakter wyraźnie horyzontalny. Zastosowanie przez konkurentów jednolitej maksymalnej stawki rabatowej wymaga ich wzajemnego zaufania, a przedsiębiorstwo zastosowałoby się do wymogów takiej inicjatywy wyłącznie pod warunkiem, że takie samo ograniczenie stosowane byłoby horyzontalnie w odniesieniu do wszystkich jego konkurentów. Stosując się do tego ograniczenia zainteresowane przedsiębiorstwa nie zachowują się jak uczestnicy konkurencyjnej gry rynkowej. Z tego względu, moim zdaniem, skarżące nie mogą powoływać się na analogię z orzecznictwem Trybunału odnoszącym się do ograniczeń wertykalnych, zgodnie z którym w sytuacji gdy producent w sposób jednostronny wprowadza środek ograniczający konkurencję, sam fakt kontynuacji stosunków handlowych nie jest równoznaczny z milczącym przyzwoleniem hurtowników na jego stosowanie [20].

20 — Zobacz wyroki: Bayer/Komisja, T-41/96, EU:T:2000:242, pkt 173; BAI i Komisja/Bayer, C-2/01 P, C-3/01 P, EU:C:2004:2, pkt 141.

65. W dalszej kolejności należy zauważyć, że, wbrew temu, co stwierdziły na rozprawie skarżące, sprawa zawisła przed sądem odsyłającym nie przypomina tzw. zmowy o modelu gwiaździstym (ang. hub and spoke collusion), która obejmuje wymianę informacji pomiędzy konkurentami poprzez wspólnego partnera handlowego w relacjach wertykalnych, taką jak np. wymiana pomiędzy dystrybutorami za pośrednictwem wspólnego dostawcy [21]. Taka pośrednia wymiana wymaga dodatkowego rozpatrzenia stanu świadomości zaangażowanych stron, gdyż ujawnienie poufnych informacji rynkowych pomiędzy dystrybutorem a jego dostawcą może zostać uznane za zgodną z prawem praktykę handlową. W przeciwieństwie do takich sytuacji niniejsza sprawa dotyczy informacji, która została przekazana jednocześnie wszystkim zainteresowanym przedsiębiorstwom przez ich wspólnego kontrahenta i której, z uwagi na jej treść, w żadnym wypadku nie można by uznać za stanowiącą część zgodnego z prawem dialogu partnerów handlowych.

66. Choć zarzucane ograniczenie dotyczyło jednorazowej zmiany w zachowaniu na rynku w odniesieniu do jednego parametru konkurencji, w świetle wyroku T-Mobile jednorazowa interakcja zdecydowanie wystarczy, aby zrealizować ten cel [22].

67. W takich okolicznościach – których ustalenie należy do sądu krajowego – należy uznać, że przedsiębiorstwo, które powzięło wiadomość o informacji systemowej z dnia 27 sierpnia 2009 r. i które kontynuowało korzystanie z systemu, nie dystansując się publicznie wobec niedozwolonej inicjatywy ani nie zawiadamiając o niej organów administracyjnych, przystąpiło do tej niedozwolonej inicjatywy i tym samym wzięło udział w uzgodnieniu.

68. Ponadto z uwagi na to, że rozpatrywana praktyka uzgodniona stanowi próbę wywarcia wpływu na swobodne kształtowanie cen, wyraźnie ma ona na celu ograniczenie konkurencji.

69. Dlatego też nie jest istotne, czy działanie to faktycznie wywołało skutek antykonkurencyjny na rynku.

70. Wbrew argumentom wysuniętym przez niektóre skarżące w postępowaniu głównym nieistotne jest zatem to, czy dane biuro podróży stosowało wyższą stawkę rabatu przed wprowadzeniem ograniczenia lub nawet czy zainteresowane biuro faktycznie sprzedało za pośrednictwem systemu E-TURAS po wprowadzeniu ograniczenia jakiekolwiek wycieczki. Nie ma znaczenia także okoliczność, że biura podróży zachowały możliwość stosowania poza systemem E-TURAS dodatkowych rabatów dla klientów indywidualnych. Ograniczenie to mogło potencjalnie wpłynąć na zachowanie na rynku jakiegokolwiek przedsiębiorstwa, które nadal oferowało swoje usługi na rynku za pośrednictwem systemu E-TURAS w okresie, którego dotyczy postępowanie główne, co jest wystarczającą przesłanką ku temu, aby móc stwierdzić uczestnictwo tego przedsiębiorstwa w naruszeniu.

71. Uważam zatem, że w okolicznościach takich jak te opisane w postanowieniu odsyłającym przedsiębiorstwa korzystające ze wspólnego systemu rezerwacji, które powzięły wiadomość o niedozwolonej inicjatywie, o której mowa w informacji systemowej z dnia 27 sierpnia 2009 r., i które kontynuowały korzystanie z tego systemu, muszą być pociągnięte do odpowiedzialności z tytułu uczestnictwa w praktyce uzgodnionej.

2. Domniemane jednostronne zachowanie osoby trzeciej

72. Szereg skarżących w sprawie będącej przedmiotem postępowania głównego stwierdziło w uwagach na piśmie, że domniemane antykonkurencyjne ograniczenie jest wynikiem jednostronnego działania Eturasu.

21 — Zobacz O. Odudu, Indirect information exchange: the constituent elements of hub and spoke collusion, *European Competition Journal*, Vol. 7, No 2, s. 205.

22 — Zobacz pkt 35 niniejszej opinii.

73. Przyznaję, że w przypadku niedozwolonej inicjatywy, z którą wyszła osoba trzecia, będąca także przedsiębiorstwem prowadzącym działalność na rynku powiązanym, nie należy wykluczać możliwości przypisania skutku w postaci ograniczenia jednostronnemu zachowaniu tej osoby trzeciej. W moim przekonaniu mogłoby tak być, jeżeli zarówno samą niedozwoloną inicjatywę, jak i działania powiązane z wprowadzaniem jej w życie można by było przypisać wyłącznie tej osobie trzeciej, działającej w swoim autonomicznym interesie [23].

74. W niniejszej sprawie uznać należy, że opisane w postanowieniu sądu odsyłającego okoliczności faktyczne nie przemawiają za przyjęciem takiego wniosku.

75. Chociaż pytanie prejudycjalne dotyczy jedynie technicznego ograniczenia wprowadzonego przez Eturas w dniu 27 sierpnia 2009 r. i powiązanej z nim informacji systemowej, z postanowienia odsyłającego wynika jednak jasno, że działania te zostały poprzedzone przygotowującymi ten krok kontaktami pomiędzy Eturasem a przynajmniej niektórymi z przedsiębiorstw, których dotyczy postępowanie główne.

76. Po pierwsze, w informacji systemowej z dnia 27 sierpnia 2009 r. wyraźnie odwołano się, do stanowiącej powód działania Eturasu „oceny oświadczeń, propozycji i życzeń […] agencji podróży". Po drugie, z postanowienia odsyłającego wynika, że przed wprowadzeniem ograniczenia stawek rabatu dyrektor Eturasu wysłał pocztą elektroniczną wiadomość do szeregu biur podróży, prosząc o zajęcie stanowiska w sprawie ogólnego ograniczenia stawek rabatu, jak również tego, jakie konkretnie stawki rabatu chciałyby one stosować, chociaż (z wyjątkiem jednej spółki) brak jest dowodów na to, czy zainteresowane biura podróży otrzymały tę przesłaną pocztą elektroniczną wiadomość lub na nią odpowiedziały. Po trzecie, dyrektor Eturasu zeznał, że przeprowadził ankietę w sprawie podstawowej stawki rabatu dla rezerwacji dokonywanych online, jednak zmienił te zeznania na późniejszym etapie.

77. Należy zauważyć, że w sprawach mających za przedmiot niejawne praktyki antykonkurencyjne bardzo istotny jest całościowy ogląd materiału dowodowego. Dowody, na których opiera się organ administracyjny w celu udowodnienia naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE, nigdy nie powinny być rozpatrywane pojedynczo, lecz należy je oceniać jako całość [24].

78. Z uwagi na powyższe, mimo że dowody potwierdzające istnienie kontaktów przygotowawczych pomiędzy biurami podróży a Eturasem są fragmentaryczne, a niektóre z nich mają charakter poszlakowy, nie mogą one zostać całkowicie pominięte przy ocenie całokształtu materiału dowodowego, na podstawie którego stwierdza się istnienie naruszenia.

79. Ponadto, chociaż podczas rozprawy skarżące w postępowaniu głównym przedstawiły alternatywne wyjaśnienie działań Eturasu, zgodnie z którym były one próbą utrzymania przez tę spółkę atrakcyjności systemu dla kilku dużych biur podróży, wyjaśnienie to nie wyklucza twierdzenia, zgodnie z którym inicjatywa ta została zapoczątkowana przez same biura podróży, a Eturas był jedynie narzędziem w rękach członków kartelu, na co wydają się wskazywać dowody zamieszczone w znajdujących się w posiadaniu sądu odsyłającego aktach sprawy.

23 — Aby zilustrować hipotetyczną sytuację: gdyby operator systemu rezerwacji dokonywanych online postanowił wprowadzić ograniczenia w zakresie warunków cenowych dla przedsiębiorstw korzystających z systemu, działając wyłącznie we własnym interesie, przykładowo w celu maksymalizacji poziomu przychodów uzyskiwanych z prowizji lub w celu ograniczenia konkurencji na rynku systemów rezerwacji, trudno byłoby mi uznać, że użytkownicy tego systemu uczestniczyli w zmowie horyzontalnej z tego tylko względu, że nie sprzeciwili się temu ograniczeniu. Moim zdaniem taką hipotetyczną praktykę należałoby rozpatrywać jako szereg porozumień wertykalnych lub zachowanie jednostronne potencjalnie objęte zakresem art. 102 TFUE.

24 — Zobacz podobnie wyrok Imperial Chemical Industries/Komisja, 48/69, EU:C:1972:70, pkt 68; opinia rzecznika generalnego B. Vesterdorfa w sprawie Rhône-Poulenc/Komisja, T-1/89, EU:T:1991:38, s. 954.

80. Nawet przy założeniu, że wspólny partner handlowy, który ułatwiał wprowadzenie kartelu w życie, działał z własnej inicjatywy, aby wzmocnić lojalność swoich klientów, poszukując dla nich możliwości generowania większego zysku poprzez ograniczenie konkurencji, nie oznacza to wyłączenia odpowiedzialności członków kartelu, którzy milcząco zgodzili się na taką niedozwoloną inicjatywę.

81. W niniejszej sprawie zatem, nawet przy założeniu, że Eturas działał z własnej inicjatywy, aby zagwarantować sobie lojalność biur podróży korzystających z systemu E-TURAS, nie wyklucza to stwierdzenia praktyki uzgodnionej pomiędzy tymi biurami podróży, ponieważ (nawet w świetle tego alternatywnego wyjaśnienia) motywacją Eturasu do działania byłyby interesy jego klientów, którzy milcząco zgodzili się na tę inicjatywę.

3. Zdystansowanie się wobec praktyki uzgodnionej

82. Powiązana z powyższymi rozważaniami kwestia dotyczy możliwości zdystansowania się zainteresowanych przedsiębiorstw wobec naruszenia.

83. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem do udowodnienia udziału danego przedsiębiorstwa w kartelu wystarczy, że organ administracyjny wykaże, iż przedsiębiorstwo to uczestniczyło w spotkaniach, w trakcie których zawarte zostały porozumienia o charakterze antykonkurencyjnym, nie sprzeciwiając się temu w oczywisty sposób. Na tym przedsiębiorstwie spoczywa więc obowiązek przedstawienia dowodów świadczących o tym, że jego udziałowi w tych spotkaniach w ogóle nie przyświecał cel antykonkurencyjny, poprzez wykazanie, że poinformowało ono swoich konkurentów, iż uczestniczy w tych spotkaniach w innym aniżeli oni celu [25].

84. Zasadę tę można wytłumaczyć tym, że wskutek uczestnictwa we wspomnianym spotkaniu bez otwartego zdystansowania się do jego treści przedsiębiorstwo wywołało u innych uczestników wrażenie, że zgadza się on z wynikiem spotkania i że się do niego zastosuje. Milcząca zgoda na niedozwoloną inicjatywę bez otwartego zdystansowania się do jej treści lub zawiadomienia o niej organów administracyjnych skutecznie zachęca do kontynuowania naruszenia i utrudnia jego wykrycie. Współudział ten stanowi bierny rodzaj uczestnictwa w naruszeniu, tym samym może on być podstawą uznania odpowiedzialności tego przedsiębiorstwa [26].

85. Okoliczność, że przedsiębiorstwo nie stosuje w praktyce rezultatów tych spotkań, nie może bowiem uwolnić go od odpowiedzialności, chyba że publicznie zdystansowało się ono wobec ich niezgodnej z prawem treści. Ponadto rola, jaką odgrywało przedsiębiorstwo w kartelu, jest bez znaczenia dla stwierdzenia jego odpowiedzialności i należy ją uwzględnić jedynie przy ocenie wagi naruszenia i określeniu kwoty grzywny [27].

86. Moim zdaniem wspomniane orzecznictwo, chociaż pierwotnie mające za przedmiot niezamierzone uczestnictwo w mającym znamiona zmowy spotkaniu, może zostać w użyteczny sposób transponowane do okoliczności niniejszej sprawy.

87. Przedsiębiorstwo korzystające z systemu rezerwacji dokonywanych online, który jest wykorzystywany jako platforma dla wprowadzenia w życie praktyki niedozwolonej, może bowiem, w celu odcięcia się od tej praktyki, skutecznie odwołać się do dwóch możliwości wynikających z orzecznictwa Trybunału: może otwarcie zdystansować się wobec treści niedozwolonej inicjatywy lub też zawiadomić o niej organy administracyjne.

25 — Zobacz wyroki: Komisja/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, pkt 96; 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.

26 — Zobacz wyrok: 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 82, 84.

27 — Ibidem, pkt 85, 86.

88. Pragnę zauważyć, że wysoce nieracjonalne byłoby wymaganie od przedsiębiorstwa, aby wyraziło swój sprzeciw wobec wszystkich uczestników praktyki uzgodnionej. W szczególności, biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, istnieje prawdopodobieństwo, że nie miało ono możliwości natychmiastowego ustalenia tożsamości swych konkurentów. Niektóre skarżące w postępowaniu głównym twierdzą bowiem, że nie znały tożsamości innych użytkowników systemu E-TURAS.

89. Sprzeciw ten musi jednak zostać wyrażony publicznie, w jakikolwiek racjonalnie możliwy dla zainteresowanego przedsiębiorstwa sposób, czyli przynajmniej poprzez poinformowanie administratora systemu, który powiadomił o ograniczeniu oraz tych spośród innych spółek, których tożsamość może być znana.

90. Dane przedsiębiorstwo musi wyrazić swój sprzeciw wobec inicjatywy i intencję niestosowania się do tej praktyki w wystarczająco wyraźny sposób. Przykładowo, nie wystarczy zatem, że zignoruje ono komunikat lub poinstruuje swój personel, aby nie postępował zgodnie z tą praktyką. Nie wystarczyłoby także sprzeciwienie się tej praktyce poprzez samo zachowanie na rynku – na przykład, jak sugerowały niektóre skarżące w niniejszej sprawie, poprzez oferowanie indywidualnych rabatów, mających równoważyć ogólne ograniczenie. Bez publicznego sprzeciwu takie zachowanie trudno byłoby w istocie odróżnić od zwykłego oszukiwania pozostałych członków kartelu.

91. Z drugiej strony, wbrew stanowisku przedstawionemu przez radę ds. konkurencji podczas rozprawy, wymóg sprzeciwienia się ograniczeniu nie może obejmować obowiązku rezygnacji z korzystania z systemu rezerwacji online.

92. Zgadzam się ze stanowiskiem, zgodnie z którym dane przedsiębiorstwo powinno nie tylko w sposób oczywisty wyrazić swój sprzeciw, lecz także zachować się w sposób niezależny na rynku. W niniejszej sprawie publiczne zdystansowanie się obejmuje wymóg skorzystania, w celu uniknięcia stosowania ograniczenia, ze wszystkich racjonalnie dostępnych środków, takich jak poinformowanie klientów za pośrednictwem strony internetowej oraz, jeżeli te środki okażą się nieskuteczne, zawiadomienie organów administracyjnych. Obowiązek ten nie może być równoznaczny z wymogiem zakończenia relacji handlowych z Eturasu, ponieważ oznaczałoby to odcięcie dostępu biura podróży do kanału dystrybucji, który w pozostałych aspektach jest zgodny z prawem.

93. Wreszcie sprzeciw należy wyrazić bezzwłocznie i w każdym wypadku w rozsądnym terminie od momentu powzięcia wiadomości o niedozwolonej inicjatywie. Jeżeli nie nastąpi to w rozsądnym terminie, skutkiem będzie powstanie odpowiedzialności przedsiębiorstwa od momentu, w którym powzięło wiadomość o tej inicjatywie, lub też można domniemywać, że ją powzięło.

4. Standard dowodu i domniemanie niewinności

94. Biorąc pod uwagę wątpliwości wyrażone przez sąd odsyłający, chciałbym przedstawić kilka podsumowujących uwag dotyczących zgodności standardu dowodu wymaganego do stwierdzenia, że doszło do praktyki uzgodnionej, z zasadą domniemania niewinności.

95. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału zasada domniemania niewinności, zawarta obecnie w art. 48 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, obowiązuje w szczególności w postępowaniach w sprawie naruszenia reguł konkurencji mających zastosowanie do przedsiębiorstw [28].

28 — Zobacz w tym względzie wyroki: Hüls/Komisja, C-199/92 P, EU:C:1999:358, pkt 149, 150; Montecatini/Komisja, C-235/92 P, EU:C:1999:362, pkt 175, 176.

96. W ramach systemu egzekwowania unijnego prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej to na Komisji spoczywa obowiązek przedstawienia dowodów mogących wykazać w sposób wymagany prawem zaistnienie okoliczności stanowiących naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE. Komisja winna przedstawić precyzyjne i spójne dowody w tym zakresie [29]. Jeżeli właściwy dla sprawy sąd ma wątpliwości, to należy je rozpatrywać na korzyść przedsiębiorstwa będącego adresatem decyzji stwierdzającej naruszenie [30].

97. Obowiązywanie zasady domniemania niewinności nie wyklucza jednak zastosowania w prawie konkurencji domniemań wzruszalnych [31].

98. Przykładem takich domniemań jest domniemanie z wyroku Anic czy też domniemanie, zgodnie z którym spółka dominująca posiadająca 100% udziałów w kapitale spółki zależnej wywiera decydujący wpływ na politykę handlową tej spółki zależnej [32]. Trybunał orzekł również, że skoro Komisja mogła wykazać, iż dane przedsiębiorstwo uczestniczyło w spotkaniach z innymi przedsiębiorstwami, które to spotkania miały w sposób oczywisty antykonkurencyjny charakter, przedstawienie innego wyjaśnienia co do przedmiotu rzeczonych spotkań i obalenie wniosków Komisji jest zadaniem tego przedsiębiorstwa [33].

99. Zastosowanie takich domniemań nie powoduje przeniesienia ciężaru dowodu na adresata decyzji wydanej przez organ ochrony konkurencji. Domniemania te umożliwiają organowi wyciągnięcie określonych wniosków na podstawie doświadczeń wynikających z typowego przebiegu wypadków [34]. W rezultacie wyciągnięty prima facie wniosek może zostać obalony poprzez przedłożenie dowodu przeciwnego, w którego braku wnioski te zostaną uznane za spełniające wymogi ciężaru dowodu, który nadal spoczywa na organie administracyjnym. Odwołanie się do tego rodzaju domniemań jest ponadto uzasadnione koniecznością zapewnienia effet utile unijnych reguł konkurencji, gdyż bez nich udowodnienie naruszenia byłoby nadmiernie utrudnione lub w praktyce niemożliwe.

100. Ponieważ domniemania tego rodzaju wynikają z art. 101 ust. 1 TFUE w przyjętej przez Trybunał wykładni, i, co za tym idzie, stanowią one integralną część mającego zastosowanie prawa Unii, nie są one objęte zakresem zastosowania zasady krajowej autonomii proceduralnej [35], a zatem – są wiążące dla stosujących unijne reguły konkurencji organów krajowych [36].

101. Podobnie w niniejszej sprawie rada ds. konkurencji oraz sąd odsyłający mogą domniemywać, nie naruszając przy tym zasady domniemania niewinności, że przedsiębiorstwo, które powzięło wiadomość o informacji systemowej z dnia 27 sierpnia 2009 r. i nadal korzystało z systemu E-TURAS, w milczący sposób przystąpiło do niedozwolonej inicjatywy. Na tym przedsiębiorstwie spoczywa zatem obowiązek przedstawienia dowodów na to, że wyraziło ono sprzeciw wobec tej inicjatywy lub udowodnienia, że nie istniała możliwość, by dane uzgodnienie wpłynęło na jego zachowanie na rynku.

102. Wysnuwając taki wniosek, organ administracyjny lub sąd krajowy nie przenosi, z naruszeniem prawa do obrony, ciężaru dowodu ani też nie narusza zasady domniemania niewinności.

29 — Zobacz wyroki: Baustahlgewebe/Komisja, C-185/95 P, EU:C:1998:608, pkt 58; BAI i Komisja/Bayer, C-2/01 P i C-3/01 P, EU:C:2004:2, pkt 62; E.ON Energie/Komisja, C-89/11 P, EU:C:2012:738, pkt 72, 73.

30 — Zobacz wyrok E.ON Energie/Komisja, C-89/11 P, EU:C:2012:738, pkt 72.

31 — Aby zapoznać się z analizą zastosowania tego rodzaju domniemania w prawie konkurencji, zob. opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:110, pkt 89–93.

32 — Zobacz, odpowiednio, pkt 33 niniejszej opinii i wyrok Akzo Nobel i in./Komisja, C-97/08 P, EU:C:2009:536, pkt 60.

33 — Zobacz 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, C-219/00 P, EU:C:2004:6, pkt 87; E.ON Energie/Komisja, C-89/11 P, EU:C:2012:738, pkt 75.

34 — Zobacz opinie rzecznik generalnej J. Kokott w sprawach: T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:110, pkt 89; Akzo Nobel i in./Komisja, C-97/08 P, EU:C:2009:262, pkt 72.

35 — Pragnę zauważyć, iż można twierdzić, że stosując art. 101 TFUE i 102 TFUE organy krajowe są, co do zasady, związane orzecznictwem Trybunału mającym za przedmiot gwarancje proceduralne odnoszące się do praw do obrony w egzekwowaniu prawa konkurencji. Zobacz K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych*, Warszawa 2012, s. 546.

36 — Zobacz w tym względzie wyrok T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 50–52.

IV – **Wnioski**

103. Mając na względzie powyższe rozważania, proponuję, aby na pytania prejudycjalne przedstawione przez Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas Trybunał odpowiedział w sposób następujący:

Artykuł 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że pojęcie praktyki uzgodnionej obejmuje sytuację, w której szereg biur podróży korzysta ze wspólnego systemu rezerwacji podróży dokonywanych online, a administrator tego systemu zamieszcza w nim skierowaną do jego użytkowników informację, zgodnie z którą, w efekcie propozycji i życzeń zainteresowanych przedsiębiorstw, stawki rabatu mające zastosowanie do klientów zostaną ograniczone do jednolitej stawki maksymalnej, a w następstwie zamieszczenia tej informacji wprowadzone zostaje techniczne ograniczenie co do wyboru stawek rabatu dostępnych dla użytkowników systemu. Przedsiębiorstwa, które powzięły wiadomość o tej niedozwolonej inicjatywie i nadal korzystają z systemu, nie dystansując się wobec tej inicjatywy ani nie zawiadamiając o niej organów administracyjnych, ponoszą odpowiedzialność z tytułu uczestnictwa w tej praktyce uzgodnionej.