OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
VERICY TRSTENJAK
przedstawiona w dniu 4 września 2008 r. [1]

Spis treści

I — Wprowadzenie . . . . . I - 8643

II — Ramy prawne . . . . . I - 8643

III — Okoliczności faktyczne, postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne I - 8645

A — Okoliczności faktyczne . . . . . I - 8645

B — Postępowanie przed irlandzkim urzędem ochrony konkurencji i postępowanie przed sądem krajowym . . . . . I - 8647

C — Pytanie prejudycjalne . . . . . I - 8648

IV — Postępowanie przed Trybunałem . . . . . I - 8650

V — Argumenty stron . . . . . I - 8650

VI — Ocena prawna . . . . . I - 8653

A — Pojęcie ograniczenia konkurencji ze względu na cel . . . . . I - 8653

1. Treść, struktura i stosowanie art. 81 WE . . . . . I - 8653

a) Struktura art. 81 WE . . . . . I - 8653

b) Stosowanie art. 81 WE . . . . . I - 8654

2. Ograniczenie konkurencji ze względu na cel . . . . . I - 8655

1 — Język oryginału: niemiecki.

a) Relewantne kryterium . . . . . I - 8656

b) Oczywiste ograniczenia konkurencji? . . . . . I - 8657

c) Wyczerpująca lista? . . . . . I - 8657

d) Kontekst prawny i gospodarczy . . . . . I - 8658

3. Wniosek . . . . . I - 8661

B — Czy porozumienia takie jak umowy BIDS mają na celu ograniczenie konkurencji? . . . . . I - 8661

1. Ograniczenie swobody w określaniu w sposób autonomiczny polityki na rynku . . . . . I - 8661

2. Zakłócenie warunków rynkowych . . . . . I - 8662

a) Zredukowanie zdolności produkcyjnej całej branży przetwórstwa o 25% I - 8663

b) Opuszczenie rynku przez odchodzących . . . . . I - 8666

c) Opłacanie składek . . . . . I - 8667

d) Postanowienia dotyczące wykorzystywania nieruchomości gruntowych i rozporządzania sprzętem przetwórczym . . . . . I - 8668

e) Wniosek . . . . . I - 8670

3. Uwzględnienie celów przewidzianych w umowach BIDS . . . . . I - 8670

4. Wniosek . . . . . I - 8671

C — Końcowa ocena elementów porozumienia takiego jak umowy BIDS . . . . . I - 8671

VII — Wnioski . . . . . I - 8673

I — Wprowadzenie

1. Przedmiotem niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest wykładnia pojęcia ograniczenia konkurencji ze względu na cel porozumienia, o którym mowa w art. 81 ust. 1 WE. Gospodarcze tło sporu stanowią stwierdzone przez sąd krajowy nadwyżki zdolności produkcyjnych w irlandzkiej branży przetwórstwa mięsa wołowego (zwanej dalej „branżą przetwórstwa"). Zakłady przetwórcze pozyskują bydło od przedsiębiorstw hodowlanych, dokonują jego uboju, usuwają kości i następnie sprzedają mięso wołowe w kraju i za granicą. Przetwórcy dążą do zredukowania nadwyżki zdolności produkcyjnych w drodze porozumień.

2. Sąd krajowy zmierza w swym pytaniu zasadniczo do ustalenia, czy pojęcie ograniczenia konkurencji ze względu na cel porozumienia, o którym mowa w art. 81 ust. 1 WE, należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono porozumienia przetwórców. Tym samym pytanie jest ograniczone w dwojakim względzie. Po pierwsze, dotyczy ono tylko porozumień, których celem jest ograniczenie konkurencji, a nie takich porozumień, których skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Po drugie, dotyczy ono jedynie tego, czy dane porozumienia wchodzą w zakres ustanowionego w art. 81 ust. 1 WE zasadniczego zakazu porozumień antykonkurencyjnych; badaniu nie ma podlegać to, czy porozumienia te wobec ich pozytywnych skutków mogą być mimo to zgodne ze wspólnym rynkiem na podstawie art. 81 ust. 3 WE.

II — Ramy prawne

3. Artykuł 81 ust. 1 WE stanowi, że niezgodne ze wspólnym rynkiem i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku, a w szczególności te, które polegają na:

a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji;

b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji;

c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia;

d) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im

przez to niekorzystnych warunków konkurencji;

e) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów.

4. Zgodnie z art. 81 ust. 3 WE postanowienia art. 81 ust. 1 mogą zostać uznane za niemające zastosowania do:

— każdego porozumienia lub kategorii porozumień między przedsiębiorstwami,

— każdej decyzji lub kategorii decyzji związków przedsiębiorstw,

— każdej praktyki uzgodnionej lub kategorii praktyk uzgodnionych,

które przyczyniają się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla użytkowników słusznej części zysku, który z tego wynika, oraz bez:

a) nakładania na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;

b) dawania przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

5. Artykuł 1 ust. 1 i 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 traktatu [2] stanowi:

2 — Dz.U. 2003, L 1, s. 1.

„1. Porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione, o których mowa w art. 81 ust. 1 traktatu, które nie spełniają warunków określonych w art. 81 ust. 3 traktatu, są zakazane, bez konieczności podejmowania w tym celu uprzedniej decyzji.

2. Porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione, o których mowa w art. 81 ust. 1 traktatu, które spełniają warunki określone w art. 81 ust. 3 traktatu, nie są zakazane, bez konieczności podejmowania w tym celu uprzedniej decyzji".

III — Okoliczności faktyczne, postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

A — *Okoliczności faktyczne*

6. Istniejące według wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nadwyżki zdolności produkcyjnych w branży przetwórstwa w Irlandii wynikają w szczególności z następujących przyczyn: w przeszłości budowa i wyposażanie zakładów przetwórczych były silnie popierane niezależnie od rzeczywistego popytu na mięso wołowe. Ponadto ilość podlegającego przetworzeniu bydła miała wcześniej charakter wybitnie sezonowy. Skutkowało to tym, iż w sezonowych szczytowych okresach musiano uporać się z dużą ilością przerobu. Hodowla bydła została tymczasem uniezależniona od pory roku. Wprawdzie dochodzi jeszcze w pewnym zakresie do sezonowych wahań, jednakże łączna zdolność produkcyjna zakładów przetwórczych wykracza również obecnie w okresach sezonowego szczytu o około 32% ponad przerób.

7. Ponieważ sektor mięsa wołowego odgrywa znaczącą rolę w irlandzkiej gospodarce narodowej, rząd irlandzki i przedstawiciele branży przetwórstwa zlecili przedsiębiorstwu doradztwa gospodarczego opracowanie ekspertyzy rynkowej. Celem tej ekspertyzy było przedstawienie możliwości działań w zakresie długoterminowego zwiększenia rentowności wszystkich podmiotów działających w sektorze mięsa wołowego w Irlandii.

8. W ekspertyzie rynkowej, która została opublikowana w 1998 r., stwierdzono, że istniała duża nadwyżka zdolności produkcyjnych w branży przetwórstwa, i przedstawiono prognozę, że wspomniana nadwyżka zdolności produkcyjnych będzie prowadzić do zmniejszenia rentowności całej branży przetwórstwa. Prognoza ta opierała się zasadniczo na następującym rozumowaniu: decydująca dla zysku przetwórcy jest marża pomiędzy ceną zakupu bydła i kosztami jego przetworzenia z jednej strony a ceną sprzedaży mięsa

wołowego z drugiej strony. To, jak wysoki będzie zysk przetwórcy, zależy w szczególności od wykorzystania sprzętu przetwórczego i od nadwyżki zdolności produkcyjnych. W razie większego wykorzystania sprzętu przetwórczego zostaną uzyskane korzyści skali, co obniża koszty przetwarzania. Nadwyżka zdolności produkcyjnych podgrzewa konkurencję przetwórców przy sprzedaży mięsa wołowego i prowadzi w związku z tym do spadających cen. Ekspertyza prognozuje dalej, że obniżająca się rentowność przetwórców doprowadzi w dłuższym czasie do opuszczania rynku w sektorze przetwórstwa.

9. Jako rozwiązanie ekspertyza proponuje zmniejszenie liczby przetwórców w branży przetwórstwa. W ramach modelu odszkodowawczego miałyby zostać stworzone bodźce do opuszczenia rynku. Ekspertyza rynkowa podkreślała korzyści związane z kosztami dla całej branży przetwórstwa i określiła je w wysokości 18 mln funtów irlandzkich (IEP); towarzyszące środki zwiększające efektywność mogą prowadzić do dalszych korzyści związanych z kosztami wielkości kolejnych 14 mln IEP.

10. Grupa robocza ds. mięsa wołowego (Beef Task Force), która została utworzona przez Minister for Agriculture and Ford (ministra rolnictwa i żywienia), opracowała w 1999 r. raport. Raport ten uznał wyniki ekspertyzy rynkowej i wezwał branżę przetwórstwa do wprowadzenia ekspertyzy w życie.

11. W 2002 r. przetwórcy założyli Beef Industry Development Society Ltd (zwaną dalej „BIDS"). Obecni członkowie BIDS produkują około 93% mięsa wołowego oferowanego w Irlandii. Statutowym celem BIDS jest wprowadzenie w życie ekspertyzy rynkowej opracowanej przez przedsiębiorstwo doradztwa gospodarczego i raportu grupy roboczej ds. mięsa wołowego. W tym celu BIDS opracowała porozumienie (zwane dalej „porozumieniem BIDS"). Celem porozumienia BIDS jest obniżenie łącznej zdolności produkcyjnej branży przetwórstwa w ciągu roku o 25%. W tym celu porozumienie BIDS przewiduje następujące warunki:

12. Część przetwórców, którzy są członkami BIDS (zwani dalej „odchodzącymi"), powinna zobowiązać się w umowach z BIDS do odejścia z branży przetwórstwa, zamknięcia ich zakładów przetwórczych i przestrzegania dwuletniego zakazu konkurencji (zwanych dalej „umowami w sprawie odejścia"). Umowy w sprawie odejścia powinny ponadto zawierać zobowiązanie do niewykorzystywania przez okres pięciu lat nieruchomości gruntowych, na których znajdują się zamknięte zakłady przetwórcze, do przetwarzania bydła (zwane dalej „ograniczeniem w zakresie wykorzystywania nieruchomości gruntowych") i do sprzedaży sprzętu przeznaczonego do wstępnego przetwarzania mięsa wołowego wyłącznie przetwórcom w Irlandii w celu wykorzystania go jako sprzętu zapasowego lub części zamiennych albo do jego sprzedaży poza terytorium Irlandii (zwane dalej „ograniczeniem w zakresie rozporzą-

dzania sprzętem przetwórczym"). Możliwość zamknięcia pojedynczych zakładów danego przetwórcy nie jest przewidziana. Z przetwórcą Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd (zwanym dalej „Barry Brothers") BIDS zawarła już umowę w sprawie odejścia.

13. Jako rekompensatę odchodzący powinni uzyskać odszkodowanie od BIDS. W stosunku wewnętrznym wypłata odszkodowań powinna być finansowana przez członków BIDS pozostających w branży przetwórstwa (zwanych dalej „pozostającymi").

14. Składki są zróżnicowane: jeżeli pozostający nie przekraczają swojej zwyczajowej wielkości uboju, składka wynosi 2 EUR od sztuki przetworzonego bydła, jeżeli przekraczają oni swoją zwyczajową wielkość uboju, składka wzrasta za każdą sztukę zwierzęcia przekraczającą tę wielkość do 11 EUR od przetworzonej sztuki. Zwyczajowa wielkość uboju obliczana jest na podstawie przeciętnej wielkości uboju danego przetwórcy w okresie trzech ostatnich lat przed wprowadzeniem porozumienia BIDS w życie.

B — *Postępowanie przed irlandzkim urzędem ochrony konkurencji i postępowanie przed sądem krajowym*

15. W trakcie opracowywania porozumienia BIDS starała się ona o uzyskanie akceptacji ze strony irlandzkiego Competition Authority (urzędu ochrony konkurencji, zwanego dalej „Competition Authority"). Competition Authority poinformował BIDS w dniach 5 i 26 czerwca 2006 r., że nie uznaje porozumienia BIDS i umowy z Barry Brothers w sprawie odejścia (porozumienie BIDS i umowa z Barry Brothers w sprawie odejścia będą dalej wspólnie określane jako „umowy BIDS") za zgodne z irlandzkim prawem konkurencji. W dniu 30 czerwca 2003 r. Competition Authority wystąpił do irlandzkiego High Court (zwanego dalej „High Court") o stwierdzenie, że umowy BIDS są sprzeczne z art. 81 WE.

16. Wyrokiem z dnia 27 lipca 2006 r. High Court oddalił żądanie Competition Authority. Oddalenie uzasadnił w ten sposób, że umowy BIDS nie są objęte zakazem, o którym mowa w art. 81 ust. 1 WE. Umowy BIDS nie mają na celu ograniczenia konkurencji, ponieważ nie mają za przedmiot ani uzgodnienia cen, ani podziału klientów, ani też ograniczenia produkcji w rozumieniu art. 81 ust. 1 lit. a)–c) WE. Redukcji łącznej zdolności produkcyjnej nie można zaklasyfikować jako ograniczenia produkcji. Ponadto umowy BIDS nie powodują żadnego ograniczenia konkurencji. Redukcja łącznej zdolności produkcyjnej o 25% może ograniczyć konkurencję tylko wówczas, gdy prowadzi do braku zdolności produkcyjnej powodującego wzrost cen. Ponieważ całkowita produkcja mięsa wołowego w Irlandii nie będzie rosnąć, lecz będzie raczej miała tendencję spadkową, również w przypadku zredukowania łącznej zdolności produkcyjnej o 25% jest zapewnione, że przetworzone zostanie całe bydło. Zdaniem High Court nie należy się również spodziewać

wzrostu cen. Składki spowodują wprawdzie wzrost kosztów przetworzenia po stronie przetwórców, ale wzrost cen może dlatego zostać wykluczony, ponieważ zredukowanie łącznej zdolności produkcyjnej prowadzić będzie do korzyści skali po stronie pozostających, a odbiorcy przetwórców mają silną pozycję przetargową.

17. Również ograniczenia w zakresie wykorzystywania nieruchomości gruntowych i rozporządzania sprzętem przetwórczym nie stanowią ograniczenia konkurencji. Wprawdzie w obecnej sytuacji rynkowej z punktu widzenia gospodarczego nie do zaakceptowania jest budowanie nowych zakładów przetwórczych, jednakże potencjalni konkurenci mogą wejść na rynek poprzez zakup innych zakładów przetwórczych (a więc od pozostających lub przetwórców niebędących członkami BIDS).

18. W rezultacie umowy BIDS nie mają takiego stopnia naganności, aby mogły zostać uznane za ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

19. High Court był ponadto zdania, że przesłanki, o których mowa w art. 81 ust. 3 WE, nie są spełnione. BIDS nie wykazała, że konsumenci mają słuszny udział w zysku. Jednakże art. 81 ust. 3 WE jest tu bez znaczenia, gdyż same przesłanki zasadniczego zakazu, o którym mowa w art. 81 ust. 1 WE, nie są spełnione.

20. Competition Authority wystąpił przeciwko orzeczeniu High Court ze skargą do irlandzkiego Supreme Court (zwanego dalej „Supreme Court").

C — Pytanie prejudycjalne

21. Supreme Court uważa, że przedstawiona sprawa porusza kwestię wykładni dotyczącej art. 81 ust. 1 WE, która ma istotne znacznie dla jego orzeczenia w sprawie głównej. W związku z tym zwrócił się on do Trybunału na podstawie art. 234 WE z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Jeżeli ustalono w sposób zadowalający sąd, że:

a) istnieje nadwyżka zdolności produkcyjnych w branży przetwórstwa mięsa wołowego, która — obliczana w szczytowych okresach przerobu — stanowi około 32%;

b) skutek wspomnianej nadwyżki zdolności produkcyjnych będzie miał bardzo poważne konsekwencje dla średnioterminowej rentowności całej branży;

c) chociaż, jak wskazano w raporcie, skutki wymogów w zakresie nadwyżki nie są jeszcze odczuwalne w znacznym stopniu, niezależni konsultanci poinformowali, że nadwyżka zdolności produkcyjnych nie zostanie prawdopodobnie wyeliminowana w najbliższym okresie za pomocą zwykłych środków rynkowych, natomiast z upływem czasu nadwyżka zdolności produkcyjnych doprowadzi do bardzo poważnych strat i w konsekwencji do opuszczenia branży przez przetwórców i zakłady;

d) przetwórcy mięsa wołowego stanowiący w przybliżeniu 93% rynku dostaw mięsa wołowego wspomnianej branży postanowili podjąć kroki w celu wyeliminowania nadwyżki zdolności produkcyjnych i są gotowi uiszczać opłaty w celu finansowania wypłat dla przetwórców chcących zaprzestać produkcji oraz wspomniani przetwórcy, to jest dziesięć spółek, są członkami podmiotu wyposażonego w osobowość prawną (»stowarzyszenie«) [3], w celu wprowadzenia w życie uzgodnień na następujących zasadach:

1. zakłady […] [4] dokonujące uboju oraz przetwarzające 420 000 sztuk zwierząt rocznie, stanowiące około 25% aktywnej zdolności produkcyjnej dojdą do porozumienia z pozostałymi zakładami […] [5] w sprawie odejścia z branży oraz przestrzegania następujących warunków;

2. odchodzący podpiszą klauzulę przewidującą dwuletni zakaz konkurencji w zakresie przetwarzania bydła w Irlandii;

3. zakłady odchodzących zostaną zlikwidowane;

4. nieruchomości gruntowe związane ze zlikwidowanymi zakładami nie będą wykorzystywane dla celów przetwarzania mięsa wołowego przez okres pięciu lat;

3 — Chodzi o BIDS.
4 — Pominięty został dodatek „(zwane »odchodzącymi«)".
5 — Pominięty został dodatek „(zwanymi »pozostającymi«)".

5. dzięki pożyczkom udzielonym przez pozostających, którzy należą do stowarzyszenia, odchodzącym wypłacać się będzie rekompensatę w ratach;

6. wszyscy pozostający uiszczać będą dobrowolną opłatę na rzecz stowarzyszenia w wysokości 2 EUR od sztuki w przypadku tradycyjnego procentowego uboju i 11 EUR od sztuki w przypadku uboju bydła ponad wspomnianą wielkość;

7. opłata będzie wykorzystywana w celu spłaty pożyczek pozostających; zaprzestanie się pobierania opłat z chwilą spłacenia pożyczek;

8. sprzęt odchodzących wykorzystywany w ramach wstępnego przetwarzania mięsa wołowego zostanie sprzedany wyłącznie pozostającym w celu wykorzystania go jako sprzęt zapasowy lub części zamienne albo zostanie sprzedany poza terytorium Irlandii;

9. swoboda pozostających w zakresie produkcji, ustalania cen, warunków sprzedaży, przywozu i wywozu, wzrostu wydajności nie zostanie naruszona,

oraz jeżeli przyjęto, że porozumienie takie może w świetle art. 81 ust. 1 WE wpływać w znacznym stopniu na handel między państwami członkowskimi, czy w takim przypadku uzgodnienie takie należy uznać za uzgodnienie, którego celem jest, niezależnie od skutku, zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku, a zatem uznać je za niezgodne z art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską?".

IV — Postępowanie przed Trybunałem

22. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do Trybunału w dniu 20 kwietnia 2007 r. W trakcie procedury pisemnej uwagi przedstawili BIDS, Competition Authority, rząd belgijski oraz Komisja. Na posiedzeniu w dniu 4 czerwca 2008 r. Competition Authority, BIDS oraz Komisja uzupełnili swoje twierdzenia.

V — Argumenty stron

23. BIDS, Competition Authority, Królestwo Belgii i Komisja są zgodne co do następujących punktów: art. 81 ust. 1 WE wprowadza rozróżnienie między ograniczeniami konkurencji ze względu na cel i ograniczeniami konkurencji ze względu na skutek. W przypadku ograniczeń konkurencji ze względu na

cel nie trzeba wykazywać żadnego skutku. Przy ocenie, czy ma miejsce ograniczenie konkurencji ze względu na cel, należy brać pod uwagę nie tylko treść porozumienia, lecz również kontekst prawny i gospodarczy.

24. Strony nie są zgodne co do kwestii, kiedy należy przyjąć, że ma miejsce ograniczenie konkurencji ze względu na cel i czy umowy BIDS objęte są tą definicją, przy czym BIDS uważa, że umowy BIDS nie są ograniczeniem konkurencji ze względu na cel, podczas gdy Competition Authority, Królestwo Belgii oraz Komisja są przeciwnego zdania.

25. *BIDS* uznaje ograniczenia konkurencji ze względu na cel za równoznaczne z ograniczeniami podstawowymi i porozumieniami, które per se ograniczają konkurencję. Ta kategoria porozumień podlega zdaniem BIDS ścisłej wykładni i obejmuje jedynie ograniczoną liczbę poważnych ograniczeń konkurencji, jak porozumienia w sprawie cen, ograniczenia produkcji lub podziały rynku lub klientów. Tylko w przypadku takich tego rodzaju oczywistych i tego rodzaju szkodliwych porozumień ma miejsce ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

26. BIDS uważa, że umowy BIDS nie stanowią ograniczenia konkurencji ze względu na cel. Uwzględniając prawny i gospodarczy kontekst umów BIDS, jasne staje się, że nie można ich zaklasyfikować do kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel. BIDS powołuje się w tym aspekcie w szczególności na stwierdzenia High Court, że nie dojdzie do ograniczenia całkowitej produkcji i do wzrostu cen. Z wyroku w sprawie GlaxoSmithKline Services przeciwko Komisji [6] wynika, że takie okoliczności powinny być brane pod uwagę. Ponadto swoboda pozostających w zakresie ich kwot produkcyjnych, udziałów w rynku i cen nie zostaje ograniczona. Poza tym należy mieć na względzie, że umowy BIDS miały uzasadniony cel polegający na zlikwidowaniu nadwyżek zdolności produkcyjnych. Składki, zakaz konkurencji oraz postanowienia dotyczące wykorzystywania nieruchomości gruntowych i rozporządzania sprzętem przetwórczym są środkami niezbędnymi do osiągnięcia tego celu. Ponadto BIDS nie działała w tajemnicy.

27. Zdaniem BIDS uwzględnienie tych okoliczności powoduje, że umowy BIDS nie są tak oczywiste i tak antykonkurencyjne, aby można je zaklasyfikować do kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel.

28. Zdaniem *Competition Authority* ograniczenie konkurencji ze względu na cel ma miejsce w przypadku oczywistych ograniczeń konkurencji lub ograniczeń podstawowych. Niemniej brak jest wyczerpującej listy oczywistych ograniczeń konkurencji lub ograni-

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

czeń podstawowych. Ustalenie celów stron nie jest konieczne. Z wyroku w sprawie GlaxoSmithKline Services przeciwko Komisji [7] nie można wyciągać wniosków w odniesieniu do niniejszego postępowania.

29. Z treści umów BIDS wynika, że miały one na celu ograniczenie konkurencji. Competition Authority wskazuje w tym kontekście na planowane odejście z branży przetwórstwa przetwórców, którzy osiągają około 25% łącznej zdolności produkcyjnej. Zdaniem tego urzędu stanowi to ograniczenie produkcji, a co najmniej również antykonkurencyjne ograniczenie zdolności produkcyjnej. Ponadto Competition Authority wskazuje na wzrost cen wskutek uiszczania składek, na ograniczenia w zakresie wykorzystywania nieruchomości gruntowych i rozporządzania sprzętem przetwórczym dotyczące odchodzących oraz na okoliczność, że pozostającymi są niekoniecznie najbardziej efektywni przetwórcy. Również te elementy umów BIDS należy jego zdaniem zaklasyfikować jako ograniczenia konkurencji ze względu na cel.

30. Pozytywne skutki umów BIDS powinny być uwzględniane zgodnie z art. 81 ust. 3 WE.

31. W związku z wykładnią pojęcia ograniczenia konkurencji ze względu na cel *Królestwo Belgii* powołuje się na strukturę art. 81 WE. Mając na uwadze, że od wejścia w życie rozporządzenia nr 1/2003 przedsiębiorstwa są zobowiązane do dokonania samodzielnej oceny porozumień, musi zostać podkreślona różnica pomiędzy art. 81 ust. 1 WE i art. 81 ust. 3 WE. W ramach badania na podstawie art. 81 ust. 1 WE sprawdzane jest jedynie to, czy zachodzi ograniczenie konkurencji. Od tego należy odróżnić kwestię, czy porozumienie, które jest objęte zasadniczym zakazem określonym w art. 81 ust. 1 WE, może być zgodne ze wspólnym rynkiem na podstawie art. 81 ust. 3 WE.

32. Zdaniem Królestwa Belgii porozumienie, które służy racjonalizacji branży przetwórstwa i dąży do osiągnięcia tego w drodze opuszczenia rynku przez przetwórców skupiających 25% łącznej zdolności produkcyjnej, ma na celu zmianę stosunków rynkowych. Umowy BIDS stanowią więc ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

33. *Komisja* zauważa, że orzecznictwo sądów wspólnotowych odnoszące się do pojęcia ograniczenia konkurencji ze względu na cel dotyczyło wprawdzie na początku przypadków, które miały za przedmiot ograniczenia podstawowe, jednakże od tego czasu sądy wspólnotowe zaklasyfikowały jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel również porozumienia, które zmierzały do uzasadnionych celów. Dążenie do uzasadnionego celu nie wyklucza tym samym uznania, że mamy do czynienia z ograniczeniem konkurencji ze względu na cel. Artykuł 81 ust. 1 WE znajduje zatem również zastoso-

7 — Wymieniony w przypisie 6.

wanie do porozumień, których celem jest przezwyciężenie kryzysu. Odmienny pogląd pozostaje w sprzeczności ze strukturą art. 81 WE. Ponadto brak jest wymogu, aby ograniczenie konkurencji było oczywiste. Nie jest również istotne to, czy umowy BIDS były negocjowane i zawarte w tajemnicy, czy też jawnie.

34. W odniesieniu do oceny umów BIDS Komisja zasadniczo podziela stanowisko Competition Authority.

VI — Ocena prawna

35. Ponieważ strony różnie rozumieją pojęcie ograniczenia konkurencji ze względu na cel, poddam je najpierw analizie (A), zanim zbadam, czy porozumienia takie jak umowy BIDS mają na celu ograniczenie konkurencji (B). W rezultacie przeanalizuję kwestię, w jaki sposób należy ocenić poszczególne elementy tych porozumień, mając na uwadze grupę przypadków, o której mowa w art. 81 ust. 1 lit. b) WE oraz klauzulę generalną zawartą w art. 81 ust. 1 WE (C).

A — *Pojęcie ograniczenia konkurencji ze względu na cel*

36. Jak wspomniano na wstępie, przedmiotem pytania prejudycjalnego jest jedynie wykładnia pojęcia ograniczenia konkurencji ze względu na cel, o którym mowa w art. 81 ust. 1 WE. Jednakże wykładni tego pojęcia nie można dokonać bez uwzględnienia jego ustawowego kontekstu. Dlatego też poniżej w pierwszej kolejności poddam analizie treść, strukturę i stosowanie art. 81 WE (1), a następnie kwestię, co należy rozumieć przez pojęcie ograniczenia konkurencji ze względu na cel (2).

1. Treść, struktura i stosowanie art. 81 WE

a) Struktura art. 81 WE

37. Zgodnie z art. 81 ust. 1 WE wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, których celem lub skutkiem jest odczuwalne

ograniczenie konkurencji, są zasadniczo zakazane [8]. To, że porozumienie ma za cel lub za skutek ograniczenie konkurencji, stanowi dwie alternatywne przesłanki [9]. Jeżeli ustalono, że celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji, to bez znaczenia jest to, czy faktycznie skutkuje ono ograniczeniem konkurencji [10]. Dla zasadniczego zakazu określonego w art. 81 ust. 1 WE wystarczające jest tym samym, że dane porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji.

38. Zasadniczy zakaz określony w art. 81 ust. 1 WE może jednakże zostać uznany za niemający zastosowania na podstawie art. 81 ust. 3 WE. W tym względzie konieczne jest spełnienie czterech kumulatywnych przesłanek, do których należy po pierwsze, aby porozumienie przyczyniało się do osiągnięcia korzyści poprzez przyczynienie się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, po drugie, aby dla użytkowników była zastrzeżona słuszna część zysku, który z tego wynika, po trzecie, porozumienie nie może nakładać na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów i po czwarte, nie może dawać przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

39. Artykuł 81 WE przewiduje tym samym *badanie dwustopniowe*. Porozumienie jest więc zgodne ze wspólnym rynkiem, jeżeli nie jest objęte zasadniczym zakazem określonym w art. 81 ust. 1 WE albo wprawdzie jest objęte tym zakazem, ale spełnia przesłanki określone w art. 81 ust. 3 WE. Poprzez stwierdzenie, że dane porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji i w związku z tym jest objęte zasadniczym zakazem określonym w art. 81 ust. 1 WE, nie jest zatem jeszcze wypowiedziane ostatnie słowo w kwestii tego, czy porozumienie to jest niezgodne ze wspólnym rynkiem. To rozróżnienie pomiędzy art. 81 ust. 1 WE i art. 81 ust. 3 należy mieć na uwadze przy badaniu, kiedy ma miejsce ograniczenie konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE.

b) Stosowanie art. 81 WE

40. Przed dniem 1 maja 2004 r. rozróżnienie pomiędzy art. 81 ust. 1 WE i art. 81 ust. 3 WE odgrywało ważną rolę proceduralną. Zgodnie z art. 4 ust. 1 rozporządzenia Rady nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r. dotyczącego art. 85 [obecnie art. 81 WE] i art. 86 [obecnie art. 82 WE] traktatu [11] zastosowanie miał system zakazu z zastrzeżeniem odstępstw: porozumienie, które podlegało zasadniczemu zakazowi określonemu w art. 81 ust. 1 WE i nie

8 — Zobacz pełne brzmienie art. 81 ust. 1 WE w pkt 3 niniejszej opinii.

9 — Wyrok z dnia 30 czerwca 1966 r. w sprawie 56/65 LTM, Rec. s. 282, 303.

10 — Wyżej wymieniony w przypisie 9 wyrok w sprawie LTM, s. 303; wyrok z dnia 13 lipca 1966 r. w sprawach połączonych 56/64 i 58/64 Consten i Grundig przeciwko Komisji, Rec. s. 322, 390.

11 — Dz.U. L 13, s. 204.

zostało objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, musiało zostać zgłoszone Komisji. Tylko Komisja mogła wyłączyć takie porozumienie spod zasadniczego zakazu określonego w art. 81 ust. 1 WE.

41. Wraz z wejściem w życie rozporządzenia nr 1/2003 [12] system ten został zastąpiony systemem samodzielnej oceny. Porozumienia, które podlegają zasadniczemu zakazowi, o którym mowa w art. 81 ust. 1 WE, które jednakże spełniają przesłanki określone w art. 81 ust. 3 WE, nie są zakazane bez konieczności uprzedniego stwierdzania tego przez Komisję [13]. Zasadniczo obecnie obowiązkiem zainteresowanych przedsiębiorstw jest — w razie potrzeby korzystając z usług doradcy prawnego — zbadanie, czy zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 81 ust. 1 WE i art. 81 ust. 3 WE [14].

2. Ograniczenie konkurencji ze względu na cel

42. Celem porozumienia musi być *ograniczenie konkurencji.* Kryterium to jest jednakże trudno sprecyzować [15]. Artykuł 81 WE chroni konkurencję w szczególności z racji jej funkcji polegającej na tworzeniu jednolitego rynku z warunkami podobnymi do tych na rynku wewnętrznym i z racji jej funkcji polegającej na możliwie najlepszym zaspokojeniu potrzeb konsumentów [16]. Przy ocenie, czy dane porozumienie ingeruje w to chronione dobro, sądy wspólnotowe biorą pod uwagę to, czy porozumienie ogranicza swobodę jednego lub kilku przedsiębiorstw w zakresie określania w sposób autonomiczny ich polityki na rynku (wymóg autonomii) i czy to ograniczenie swobody prowadzi do odczuwalnego zakłócenia warunków rynkowych [17].

43. Przy ocenie, czy dane porozumienie *ma na celu* ograniczenie konkurencji, należy zgodnie z orzecznictwem sądów wspólnotowych oprzeć się na treści porozumienia z uwzględnieniem jego kontekstu prawnego i gospodarczego [18]. W dalszej części rozważań przeanalizuję w pierwszej kolejności kwestię tego, na podstawie jakiego kryterium należy oceniać, czy dane porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji (a). Następnie zbadam, czy pojęcie to ograniczone jest do oczywistych ograniczeń konkurencji (b) i czy istnieje wyczerpująca lista ograniczeń konku-

12 — Rozporządzenie nr 1/2003 weszło w życie w dniu 1 maja 2004 r.

13 — Artykuł 1 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003.

14 — Dwustopniowa struktura oceny według art. 81 WE odgrywa jednakże rolę przy rozkładzie ciężaru dowodu. Zgodnie z art. 2 rozporządzenia nr 1/2003 na stronie lub organie powołującym się na zasadniczy zakaz ustanowiony w art. 81 ust.1 WE spoczywa ciężar udowodnienia jego przesłanek, podczas gdy strona powołująca się na niemożność zastosowania tego zakazu musi udowodnić przesłanki określone w art. 81 ust. 3 WE.

15 — Co do pojęcia ograniczenia konkurencji zob. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Oxford 2008, 6th edition, pkt 2.062–2.120; R. Wish, *Competition Law*, London 2003, 5th edition, s. 106–128; J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford 1999, pkt 2.56–2.99.

16 — Wyroki z dnia 25 października 1977 r. w sprawie 26/76 Metro SB-Großmärkte przeciwko Komisji, Rec. s. 1875, pkt 20; z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-49/92 P Komisja przeciwko Anic Partecipazioni, Rec. s. I-4125, pkt 117; z dnia 23 listopada 2006 r. w sprawie C-238/05 Asnef-Equifax i Administración del Estado, Zb.Orz. s. I-11125, pkt 52; w szczególności co do aspektu dobrobytu konsumentów zob. H. Leupold, G. Weidenbach, Neues zum Verhältnis zwischen Art.81 Abs. 1 und Art.81 Abs. 3 EG-Vertrag?, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2006, s. 1003, 1008, przypis 28 i dalsze odesłania.

17 — Zobacz wyżej wymienione w przypisie 16 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Anic Partecipazioni, pkt 117; w sprawie Asnef-Equifax i Administración del Estado, pkt 52. Zobacz wyrok o zasadniczym znaczeniu w kwestii odczuwalnych skutków z dnia 9 lipca 1969 r. w sprawie 5/69 Völk przeciwko Vervake, Rec. s. 295, pkt 5–7.

18 — Wyżej wymieniony w przypisie 9 wyrok w sprawie LTM, s. 303; wyrok z dnia 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29/83 i 30/83 CRAM i Rheinzink przeciwko Komisji, Rec. s. 1679, pkt 25–28, pkt 26; ww. w przypisie 6 wyrok w sprawie GlaxoSmithKline Services przeciwko Komisji, pkt 110.

rencji ze względu na cel (c). Na koniec przedstawię, które okoliczności kontekstu prawnego i gospodarczego mogą mieć istotne znaczenie dla zaistnienia ograniczenia konkurencji, a które nie (d).

a) Relewantne kryterium

44. Z brzmienia pojęcia ograniczenia konkurencji ze względu na cel wynika, że w pierwszej kolejności kładzie ono nacisk na cel porozumienia. Sądy wspólnotowe przyjmowały antykonkurencyjny cel lub tendencję porozumienia zwłaszcza wtedy, gdy nieuchronnym skutkiem porozumienia było ograniczenie konkurencji [19]. W takim przypadku strony zasadniczo nie mogą się powołać na to, że nie miały zamiaru ograniczać konkurencji lub że w drodze porozumienia zmierzały również do innego celu [20].

45. Z tego orzecznictwa nie da się jednak wyciągnąć wniosku, że wola stron nie może być brana pod uwagę. Wyraża ono jedynie myśl, że przedsiębiorstwo działające w racjonalny sposób będzie liczyło się w określonych okolicznościach z prawdopodobnymi skutkami porozumienia, co oznacza, że chciało ono tych skutków przynajmniej w pewnym stopniu [21].

46. Z alternatywnego stosunku ograniczenia konkurencji ze względu na cel i ograniczenia konkurencji ze względu na skutek przewidzianych w art. 81 ust. 1 WE [22] oraz z okoliczności, że art. 81 ust. 1 WE w przypadku ograniczenia konkurencji ze względu na cel ma charakter abstrakcyjnego deliktu związanego ze sprowadzeniem zagrożenia („abstraktes Gefährdungsdelikt") [23], wynika, że nie należy opierać się wyłącznie na nieuchronnych skutkach porozumienia. Również wola stron porozumienia może zostać uwzględniona [24]. Wnioski co do woli

19 — Wyrok z dnia 1 lutego 1978 r. w sprawie 19/77 Miller International Schallplatten przeciwko Komisji, Rec. s. 131, pkt 7; ww. w przypisie 18 wyrok w sprawach połączonych CRAM i Rheinzink przeciwko Komisji, pkt 25–28.

20 — Wyrok z dnia 8 listopada 1983 r. w sprawach połączonych od 96/82 do 102/82, 104/82, 108/82 i 110/82 IAZ International Belgium i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 3369, pkt 24; ww. w przypisie 19 wyrok w sprawie Miller International Schallplatten przeciwko Komisji, pkt 7; ww. w przypisie 18 wyrok w sprawach połączonych CRAM i Rheinzink przeciwko Komisji, pkt 25–28.

21 — Jak słusznie stwierdził rzecznik generalny A. Tizzano w pkt 77 swej opinii w sprawie C-551/03 P General Motors przeciwko Komisji (wyrok z dnia 6 kwietnia 2006 r.), Zb.Orz. s. I-3173, strony nie mogą się ponadto powoływać na to, że nie znały zakazu określonego w art. 81 ust. 1 WE (ignorantia legis non excusat). Zobacz także V. Emmerich w: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, Band 1, München 2007, 4. Aufl.

22 — Zobacz pkt 37 niniejszej opinii.

23 — Zobacz opinia sędziego B. Vesterdorfa wezwanego do pełnienia obowiązków rzecznika generalnego w sprawach połączonych od T-1/89 do T-4/89 i od T-6/89 do T-15/89 Rhône-Poulenc i in. przeciwko Komisji (wyrok z dnia 24 października 1991 r.), Rec. s. II-867, s. II-945.

24 — Zobacz ww. w przypisie 21 opinia rzecznika generalnego A. Tizzana w sprawie General Motors przeciwko Komisji, pkt 78; O. Odudu, Interpreting Art. 81 (1): object as subjective intention, *European Law Review*, 2001, s. 61, 62.

stron mogą zostać wyciągnięte w szczególności z genezy porozumienia [25].

b) Oczywiste ograniczenia konkurencji?

47. Z tego, co powiedziano dotychczas, wynika, że kategoria ograniczeń konkurencji ze względu na cel nie może zostać sprowadzona do porozumień, które ograniczają konkurencję w sposób oczywisty. W sytuacji gdy konieczne jest uwzględnienie nie tylko treści porozumienia, lecz również jego kontekstu prawnego i gospodarczego, zaklasyfikowanie jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel nie może być uzależnione od tego, czy cel ten jest widoczny na pierwszy rzut oka bądź też ujawnia się on dopiero przy dokładniejszym badaniu okoliczności i woli stron [26].

c) Wyczerpująca lista?

48. Moim zdaniem pojęcie ograniczenia konkurencji ze względu na cel nie może również zostać zredukowane do wyczerpującej listy. Sam zwrot „w szczególności" zawarty w art. 81 ust. 1 WE wskazuje wyraźnie na to, że ograniczenia konkurencji objęte art. 81 ust. 1 WE nie są ograniczone do ograniczeń konkurencji wymienionych w art. 81 ust. 1 lit. a)–e) WE. Z tego powodu również pojęcie ograniczenia konkurencji ze względu na cel nie może zostać ograniczone do przykładów określonych w art. 81 ust. 1 lit. a)–c) WE [27].

49. Ponadto pojęcie ograniczenia konkurencji ze względu na cel nie może zostać zredukowane do ustalania cen, podziału

25 — Wyżej wymieniona w przypisie 24 opinia rzecznika generalnego A. Tizzana, pkt 78.

26 — Zobacz ww. w przypisie 20 wyrok w sprawie IAZ International Belgium i in. przeciwko Komisji, pkt 24, w którym Trybunał dokonał analizy systemu kontroli przy użyciu etykiet zgodności. Również z ww. w przypisie 21 wyroku w sprawie General Motors przeciwko Komisji, pkt 60, 64, 65 wynika, że ograniczenie konkurencji nie musi być oczywiste. Nic innego nie wynika również z wyroku z dnia 15 września 1998 r. w sprawach połączonych T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94 European Night Services i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-3141, pkt 136. W zakresie w jakim Sąd stwierdził w tym wyroku, że w przypadku oczywistych ograniczeń, takich jak ustalanie cen, podział rynków czy kontrola zbytu, badanie kontekstu prawnego i gospodarczego nie jest konieczne, pokazuje to jedynie, że uwzględnienie kontekstu prawnego i gospodarczego może być w ewidentnych przypadkach pobieżne. Nie można jednakże z tego wywodzić, że pojęcie ograniczenia konkurencji ze względu na cel jest ograniczone do takich oczywistych przypadków.

27 — Tak też: J. Aicher, F. Schuhmacher, w: Grabitz, Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Band 2, München, 34. Ergänzungslieferung Januar 2008, Art. 81, Randnr. 1; Bellamy & Child, op.cit. (ww. w przypisie 15), przypis 402 do pkt 2.097, gdzie słusznie wskazuje się, że również inne porozumienia mogą mieć na celu ograniczenie konkurencji. R. Wish, op.cit. (ww. w przypisie 15), s. 106 wskazuje także, że chodzi o wyliczenie przykładowe.

rynków lub kontrolowania zbytu. Fakt, że sądy wspólnotowe zajmowały się tymi typami ograniczeń konkurencji w wielu orzeczeniach, nie oznacza, że porozumienia mające inny przedmiot nie mogą mieć na celu ograniczenia konkurencji [28].

d) Kontekst prawny i gospodarczy

50. Jak już wspomniano, przy ocenie, czy dane porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, należy wziąć pod uwagę nie tylko treść, lecz również jego kontekst prawny i gospodarczy [29]. Ten wymóg należy traktować poważnie. Nie należy go jednakże rozumieć jako furtki otwartej dla wszystkich okoliczności przemawiających za zgodnością danego porozumienia ze wspólnym rynkiem. Ze struktury art. 81 WE wynika bowiem, że na podstawie art. 81 ust. 1 WE uwzględnieniu podlegają jedynie te okoliczności kontekstu prawnego i gospodarczego, które mogą podważyć istnienie ograniczenia konkurencji [30].

51. W dalszej kolejności chciałabym przedstawić trzy grupy przypadków, w których na podstawie kontekstu prawnego i gospodarczego danego porozumienia przyjęcie ograniczenia konkurencji może zostać zanegowane lub przynajmniej może być wątpliwe [31].

52. *Pierwsza grupa* dotyczy przypadków, w których ograniczenie swobody przedsiębiorstw w zakresie ustalania w sposób autonomiczny ich polityki na rynku nie wywołuje skutków istotnych z punktu widzenia konkurencji. Może to mieć miejsce, gdy wątpliwe jest, czy przedsiębiorstwa uczestniczące w porozumieniu konkurują ze sobą [32]. Kolejnym przykładem są przypadki, w których wątpliwe jest, czy w ogóle istnieje

28 — Zobacz R. Wish, op.cit. (przypis 15), s. 112–114. Mimo że reprezentowane jest tam bardzo restrykcyjne rozumienie pojęcia ograniczenia konkurencji ze względu na cel (wątpliwe jest, czy w ramach art. 81 ust. 1 WE istnieje kategoria ograniczeń konkurencji per se (ibidem, s. 116, 117), zostaje wyraźnie stwierdzone, że lista tych porozumień nie jest wyczerpująca. Przeciwko ograniczeniu tego pojęcia do tych typów ograniczeń konkurencji przemawia również stosunek pomiędzy art. 81 ust. 1 WE i art. 81 ust. 3 WE. W art. 81 ust. 1 WE bada się jedynie, czy ograniczenie konkurencji jest celem lub skutkiem porozumienia. Przez stwierdzenie, że celem lub skutkiem porozumienia jest ograniczenie konkurencji, nie zostało jeszcze więc wypowiedziane ostatnie słowo w kwestii zgodności ze wspólnym rynkiem. Dane porozumienie może być bowiem zgodne ze wspólnym rynkiem na podstawie art. 81 ust. 3 WE. Porozumienia, które mają za przedmiot ustalanie cen, podział rynków lub kontrolę zbytu, charakteryzują się jednakże szczególną szkodliwością. Dlatego też z reguły nie są one zgodne ze wspólnym rynkiem. Ten, kto ogranicza pojęcie ograniczenia konkurencji ze względu na cel do tych szczególnie szkodliwych typów, ten pomija fakt, że również ograniczenia konkurencji ze względu na cel mogą być na podstawie art. 81 ust. 3 WE zgodne ze wspólnym rynkiem. Tego rodzaju podejście nie jest moim zdaniem zgodne ze strukturą art. 81 WE. Zobacz w tym względzie również Bellamy & Child, op.cit. (przypis 15), przypis 291 do pkt 2.069.

29 — Zobacz pkt 43 niniejszej opinii.

30 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-235/92 P Montecatini przeciwko Komisji, Rec. s. I-4539, pkt 114–128.

31 — Te grupy przypadków nie mają wprawdzie tak ostrych granic, by każdy indywidualny przypadek mógł zostać przyporządkowany tylko do jednej z trzech grup, ale dla celów niniejszego postępowania wystarczy zbadanie, czy porozumienie może zostać zaszeregowane do co najmniej jednej z tych trzech grup przypadków.

32 — Wyżej wymieniony w przypisie 26 wyrok w sprawie European Night Services i in. przeciwko Komisji: nie wykazano potencjalnej konkurencji.

dostateczna konkurencja, która może zostać ograniczona przez porozumienie [33].

53. *Druga grupa* dotyczy przypadków, w których porozumienie jest ambiwalentne pod względem skutków dla konkurencji. Jeżeli celem porozumienia jest wspieranie konkurencji, na przykład wzmocnienie konkurencji na rynku, otwarcie rynku lub wejście nowego konkurenta na rynek, to konieczne w tym względzie ograniczenie wymogu autonomii może w ogólnym rozrachunku ustąpić miejsca celowi w postaci wspierania konkurencji [34].

54. *Trzecia grupa* dotyczy dodatkowych uzgodnień, które są niezbędne do realizacji głównego celu [35]. Dla celów niniejszego postępowania prejudycjalnego w obrębie tej grupy należy wyróżnić następujące przypadki: jeżeli zamierzony cel główny nie podlega zasadniczemu zakazowi określonemu w art. 81 ust. 1 WE, ponieważ jest on neutralny z punktu widzenia konkurencji bądź ją wspiera, to również dodatkowe uzgodnienia, które są niezbędne do osiągnięcia tego celu, nie podlegają zasadniczemu zakazowi określonemu w art. 81 ust. 1 WE [36]. W takich przypadkach nie można przyjąć ograniczenia konkurencji. Jeżeli natomiast zamierzony cel podlega zasadniczemu zakazowi określonemu w art. 81 ust. 1 WE, to ma miejsce ograniczenie konkurencji [37].

55. Okoliczności, które nie mogą podważyć założenia, że ma miejsce ograniczenie konkurencji, takie jak polepszenie produkcji dzięki korzyściom skali, nie mogą zostać uwzględnione w ramach art. 81 ust. 1 WE, lecz jedynie w ramach art. 81 ust. 3 WE, nawet jeśli dla celów zgodności danego porozumienia

33 — Wyżej wymieniony w przypisie 6 wyrok w sprawie GlaxoSmithKline Services przeciwko Komisji, pkt 114–147: wątpliwości co do oddziaływania na konkurencję cenową, ponieważ ceny dla końcowych użytkowników są na podstawie przepisów ustawowych w przeważającej części wyłączone spod współdziałania oferty i popytu. Wyrok ten poddam bliższej analizie w pkt 74 i 75 niniejszej opinii.

34 — Wyżej wymieniony w przypisie 9 wyrok w sprawie LTM, s. 304: prawo do wyłącznej dystrybucji w celu umożliwienia penetracji rynku; wyrok z dnia 8 czerwca 1982 r. w sprawie 258/78 Nungesser i Eisele przeciwko Komisji, Rec. s. 2015, pkt 44–58: udzielenie otwartej licencji na dystrybucję nowej technologii; ww. w przypisie 16 wyrok w sprawie Metro SB-Großmärkte przeciwko Komisji, pkt 20–22: kanały dystrybucji dostosowane do produktów o wysokiej jakości i zaawansowanych technicznie.

35 — Przykładami dodatkowych uzgodnień są klauzule o zakazie konkurencji, bez których sprzedaż przedsiębiorstwa nie byłaby możliwa (wyrok z dnia 11 lipca 1985 r. w sprawie 42/84 Remia i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 2545, pkt 19, 20), zakazy uczestnictwa lub ograniczenia działalności, o ile są one konieczne do funkcjonowania spółki mającej cel niebudzący wątpliwości z punktu widzenia konkurencji (wyrok z dnia 15 grudnia 1994 r. w sprawie C-250/92 DLG, Rec. s. I-5641, pkt 30–45), jak też ograniczenia działalności, które są konieczne do określenia zasad deontologicznych wolnych zawodów (wyrok z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie C-309/99 Wouters i in., Rec. s. I-1577, pkt 97) lub reguł antydopingowych w sporcie (wyrok z dnia 18 lipca 2006 r. w sprawie C-519/04 P Meca-Medina i Majcen przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-6991, pkt 42–44).

36 — Trafnie: Bellamy & Child, op.cit. (przypis 15), pkt 2.112.

37 — Dla celów niniejszego postępowania nie jest konieczne rozstrzygnięcie kwestii tego, czy w tych przypadkach znajduje również zastosowanie model dodatkowych uzgodnień (tak Bellamy & Child, op.cit.), czy też jedynie art. 81 ust. 3 WE.

z art. 81 WE należy je ostatecznie ocenić pozytywnie [38].

56. To rozróżnienie wynika z samego brzmienia art. 81 ust. 3 WE, który stwierdza, że ten rodzaj skutków danego porozumienia podlega uwzględnieniu na podstawie art. 81 ust. 3 WE. U podstaw tego rozróżnienia leży następująca myśl: celem art. 81 WE w jego ogólnej koncepcji jest optymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów [39]. Niemniej na podstawie art. 81 ust. 1 WE i na podstawie art. 81 ust. 3 WE uwzględniane są *różne aspekty* dobrobytu konsumentów. Na podstawie art. 81 ust. 1 WE porozumienia, które ograniczają konkurencję pomiędzy uczestnikami rynku i tym samym jej funkcję polegającą na dostarczaniu konsumentom w sposób optymalny produktów po możliwie najniższej cenie [40] lub produktów innowacyjnych [41], są zasadniczo zakazane [42]. Tego rodzaju porozumienia prowadzą bezpośrednio do naruszenia dobrobytu konsumentów i w związku z tym są zasadniczo zakazane.

57. Artykuł 81 ust. 3 WE uznaje jednakże, że porozumienia, które ograniczają konkurencję pomiędzy uczestnikami rynku, prowadzą w szczególności do obniżenia kosztów produkcji, a obniżenie kosztów produkcji może pośrednio przyczyniać się do dobrobytu konsumentów [43]. Ponieważ jednak korzyści wynikające z obniżenia kosztów produkcji przypadają bezpośrednio przede wszystkim producentom [44], zgodność takiego porozumienia ze wspólnym rynkiem na podstawie art. 81 ust. 3 WE uzależniona jest w szczególności od warunku, że konsumenci mają swój udział w uzyskanych korzyściach. Prawodawca wspólnotowy wprowadził tę myśl w życie na gruncie przepisów dotyczących postępowania dowodowego, przewidując, że na stronach antykonkurencyjnego porozumienia ciąży obowiązek wykazania przesłanek określonych w art. 81 ust. 3 WE, w szczególności udziału użytkowników w zysku [45].

58. Z tych powodów okoliczności, które nie mogą podważyć założenia, że ma miejsce ograniczenie konkurencji, w szczególności efektywność w produkcji dzięki korzyściom skali, nie mogą być uwzględniane w ramach art. 81 ust. 1 WE, lecz jedynie w ramach art. 81 ust. 3 WE, nawet jeśli dla celów zgodności

38 — Wyroki z dnia 10 marca 1992 r. w sprawie T-14/89 Montedipe przeciwko Komisji, Rec. s. II-1155, pkt 265; z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawie T-148/89 Tréfilunion przeciwko Komisji, Rec. s. II-1063, pkt 109; z dnia 18 września 2001 r. w sprawie T-112/99 M6 i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-2459, pkt 72–74.

39 — H. Leupold, G. Weidenbach, op.cit. (przypis 16), s. 1008, przypis 28 i dalsze odesłania.

40 — Ta funkcja konkurencji może zostać zakłócona w szczególności poprzez porozumienia dotyczące cen, ograniczeń produkcji [art. 81 ust. 1 lit. a) WE] oraz podziału rynków [art. 81 ust. 1 lit. c) WE].

41 — Ta funkcja konkurencji może zostać zakłócona w szczególności poprzez porozumienia, które ograniczają inwestycje [art. 81 ust. 1 lit. a) WE].

42 — H. Leupold, G. Weidenbach, op.cit. (przypis 16), s. 1008, 1009, którzy określają tę funkcję jako efektywność alokacyjną i efektywność dynamiczną; O. Odudu, Art. 81(3), Discretion and Direct Effect, *European Competition Law Review,* 2002, s. 20.

43 — H. Leupold, G. Weidenbach, op.cit. (przypis 16), s. 1008, 1009, określają to jako produktywną efektywność; O. Odudu, Art. 81(3), Discretion and Direct Effect, op.cit. (przypis 42), s. 20.

44 — O. Odudu, Art. 81(3), Discretion and Direct Effect, op.cit. (przypis 42), s. 20.

45 — Zobacz art. 2 zdanie drugie rozporządzenia nr 1/2003.

danego porozumienia z art. 81 WE należy je ostatecznie ocenić pozytywnie [46].

3. Wniosek

59. W rezultacie nie można przychylić się do restrykcyjnej interpretacji proponowanej przez BIDS. Pojęcie ograniczenia konkurencji ze względu na cel nie wymaga oczywistego ograniczenia konkurencji. Ponadto brak jest wyczerpującej listy ograniczeń konkurencji ze względu na cel. Kontekst prawny i gospodarczy podlega uwzględnieniu tylko w takim zakresie, w jakim może podać w wątpliwość założenie, że ma miejsce ograniczenie konkurencji. Inne okoliczności, nawet jeśli należy je ocenić pozytywnie w świetle wspólnego rynku, podlegają uwzględnieniu dopiero w ramach art. 81 ust. 3 WE.

B — *Czy porozumienia takie jak umowy BIDS mają na celu ograniczenie konkurencji?*

60. Na wstępie należy stwierdzić, że art. 81 ust. 1 WE ma zastosowanie do działalności i produktów branży przetwórstwa [47]. Jak wskazano wyżej [48], przy badaniu, czy porozumienia takie jak umowy BIDS mają na celu ograniczenie konkurencji, należy postępować w sposób następujący: w pierwszej kolejności konieczne jest zbadanie, czy nieuchronnym skutkiem takich porozumień są ograniczenia konkurencji lub czy służą one ograniczeniu swobody stron w określaniu w sposób autonomiczny ich polityki na rynku (1) i wskutek tego zakłócają warunki rynkowe (2). Następnie w ramach całościowej oceny należy zbadać, czy elementy ograniczające konkurencję są niezbędne dla osiągnięcia prokonkurencyjnego celu lub głównego celu, który nie podlega zasadniczemu zakazowi określonemu w art. 81 ust. 1 WE (3).

1. Ograniczenie swobody w określaniu w sposób autonomiczny polityki na rynku

61. Porozumienia takie jak umowy BIDS mają ograniczać swobodę odchodzących i pozostających w określaniu w sposób autonomiczny ich polityki na rynku. Odchodzący powinni zobowiązać się w umowie w sprawie

46 — Wyżej wymienione w przypisie 38 wyroki: w sprawie Montedipe przeciwko Komisji, pkt 265; w sprawie Tréfilunion przeciwko Komisji, pkt 109; w sprawie M6 i in. przeciwko Komisji, pkt 72–74.

47 — Pytanie prejudycjalne dotyczy wprawdzie wykładni pojęcia ograniczenia konkurencji ze względu na cel, o którym mowa w art. 81 ust. 1 WE, jednakże porozumienia takie jak umowy BIDS mogą stanowić ograniczenie konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE tylko wtedy, gdy art. 81 WE ma zastosowanie do tego rodzaju porozumień. Stosowanie art. 81 WE wynika w niniejszej sprawie z art. 1 rozporządzenia Rady nr 26 z dnia 4 kwietnia 1962 r. dotyczącego stosowania niektórych reguł konkurencji w odniesieniu do produkcji rolnej i handlu produktami rolnymi (Dz.U. 30, s. 993) w wersji rozporządzenia Rady nr 49 z dnia 29 czerwca 1962 r. zmieniającego datę wejścia w życie niektórych aktów odnoszących się do wspólnej polityki rolnej (Dz.U. 53, s. 1571) i art. 2 rozporządzenia nr 26 w jego wersji po rozporządzeniu nr 49. W tym względzie nie zmienił się stan prawny wraz z wejściem w życie rozporządzenia Rady nr 1184/2006 z dnia 24 lipca 2006 r.

48 — Zobacz pkt 42 i 59 niniejszej opinii.

odejścia zwłaszcza do odejścia z rynku, do przestrzegania zakazu konkurencji i do ograniczeń w zakresie wykorzystywania nieruchomości gruntowych i w zakresie rozporządzania sprzętem przetwórczym w odniesieniu do zamkniętych zakładów [49]. Zgodnie z porozumieniem BIDS pozostający powinni zobowiązać się do uiszczania składek.

2. Zakłócenie warunków rynkowych

62. Te ograniczenia wymogu autonomii muszą prowadzić do zakłócenia warunków rynkowych. W związku z tym należy przypomnieć, że zasadniczo do Trybunału nie należy badanie w postępowaniu prejudycjalnym ustaleń faktycznych sądów krajowych. Do Trybunału nie należy również badanie, czy Supreme Court jest związany ustaleniami High Court. Jednakże do Trybunału należy dokonanie wykładni prawa wspólnotowego w taki sposób, aby odsyłający sąd krajowy był w stanie w sposób prawidłowy stosować prawo wspólnotowe. Obejmuje to również ocenę tego, jakie okoliczności faktyczne są dla stosowania prawa wspólnotowego istotne, a jakie nieistotne.

63. To, czy dane porozumienie zakłóca warunki rynkowe, należy ustalić poprzez porównanie dwóch hipotetycznych sytuacji [50].

64. *Pierwszą hipotetyczną sytuacją* jest sytuacja, która miałaby miejsce, gdyby umowy BIDS nie były stosowane. Sytuację tę można sobie wyobrazić w szczególności na podstawie lit. a)–d) pytania prejudycjalnego. Z lit. c) oraz z akt postępowania wnioskuję, że dotychczas w branży przetwórstwa nie doszło jeszcze do odejść z rynku w zakresie godnym uwagi i że odejścia z rynku bez porozumienia BIDS przynamniej w krótkim okresie czasu nie osiągnęłyby 25% zdolności produkcyjnej całej branży przetwórstwa.

65. *Drugą hipotetyczną sytuacją* jest sytuacja, która miałaby miejsce, gdyby stosowane były umowy BIDS. Tu powinno się zbadać, czy umowy BIDS mają na celu ograniczenie

49 — W tym względzie umowy BIDS należy odróżnić od przypadku, w którym przedsiębiorstwa decydują się jednostronnie wyjść z rynku.

50 — Wyżej wymieniony w przypisie 9 wyrok w sprawie LTM, s. 303.

konkurencji. Dlatego też — jak przedstawiono wyżej [51] — w tej drugiej hipotetycznej sytuacji należy uwzględnić skutki, które wynikają nieuchronnie z postanowień opisanych w pkt 1–9 pytania prejudycjalnego, jak też skutki, które strony zamierzają uzyskać w drodze tych postanowień.

66. Na wstępie należy stwierdzić, że porozumienie BIDS jest porozumieniem horyzontalnym, a więc porozumieniem pomiędzy konkurentami na tym samym szczeblu rynkowym. Również umowa w sprawie odejścia stanowi horyzontalne porozumienie pomiędzy przetwórcą i zrzeszeniem przetwórców BIDS.

a) Zredukowanie zdolności produkcyjnej całej branży przetwórstwa o 25%

67. W drodze umów BIDS powinna zostać zredukowana zdolność produkcyjna całej branży przetwórstwa o 25% poprzez opuszczenie rynku przez przetwórców. Opuszczenie rynku przez przetwórców i porozumienie o niewykorzystywaniu ich zakładów przetwórczych wydają mi się zasadniczo zdolne do ograniczenia konkurencji na rynku pomiędzy pozostającymi [52].

68. Konkurencja ma miejsce nie tylko wtedy, gdy producenci mogą w pełni wykorzystać swoje zdolności produkcyjne, lecz również wtedy, gdy producenci mają nadwyżki zdolności produkcyjnych. Producent ponosi stałe koszty z tytułu utrzymywania i konserwacji maszyn produkcyjnych. W przypadku niskiego stopnia wykorzystania maszyn produkcyjnych te stałe koszty mają większy wpływ na koszty produkcji za jednostkę niż w przypadku wysokiego stopnia wykorzystania, ponieważ w przypadku wysokiego stopnia wykorzystania maszyn udział kosztów stałych w całkowitych kosztach produkcji za jednostkę zmniejsza się proporcjonalnie (tak zwane korzyści skali). Dlatego też dla producenta istnieje zasadniczo bodziec, aby osiągnąć korzyści skali poprzez maksymalne wykorzystanie swych maszyn produkcyjnych [53].

69. BIDS podaje to w wątpliwość. Powołuje się przy tym na następujące okoliczności: zredukowanie łącznej zdolności produkcyjnej nie prowadzi do zmniejszenia całkowitej produkcji. Cena za produkty przetwórców nie zwiększa się. Chodzi o jednorazowe zredukowanie zdolności produkcyjnej całego

51 — Zobacz pkt 42 i 59 niniejszej opinii.

52 — Zobacz wyrok z dnia 28 lutego 2002 r. w sprawie T-395/94 Atlantic Container Line i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-875, pkt 56; tak też R. Jürgens, *Strukturkrisenkartelle im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang 2007, s. 95.

53 — W odniesieniu do stosunku nadwyżki zdolności produkcyjnych, korzyści skali i zwiększenia konkurencji zob. N. Schulz, *Wettbewerbspolitik*, Tübingen 2003, s. 84–86.

rynku. Zanim poddam te okoliczności analizie, chciałabym jeszcze raz podkreślić, że w tym miejscu mogą zostać uwzględnione tylko okoliczności, które mogą podważyć istnienie ograniczenia konkurencji [54].

70. *Po pierwsze*, zgodnie z zasadami logiki wydaje mi się, że w przypadku stałej całkowitej produkcji [55] na rynku z dużą nadwyżką zdolności produkcyjnych zasadniczo panuje większa konkurencja pomiędzy uczestnikami rynku niż na rynku z mniejszą nadwyżką zdolności produkcyjnych (lub bez tej nadwyżki). Na rynku z dużą nadwyżką zdolności produkcyjnych przeciętnemu producentowi trudniej jest osiągnąć taki sam stopień wykorzystania jego maszyn produkcyjnych jak na rynku z mniejszą nadwyżką zdolności produkcyjnych. Ponieważ wraz ze stopą wykorzystania maszyn produkcyjnych zmniejszają się korzyści skali, przeciętny producent na rynku z dużą nadwyżką zdolności produkcyjnych podlega więc większej presji konkurencyjnej niż na rynku z jedynie niską nadwyżką zdolności produkcyjnych. W ekonomii uznana jest wzajemna zależność pomiędzy nadwyżką zdolności produkcyjnych, korzyściami skali i presją konkurencyjną [56].

71. Nie widzę powodu, który w niniejszej sprawie przemawiałby przeciwko tej wzajemnej zależności. W szczególności dla istnienia tej wzajemnej zależności nie wydaje mi się istotne to, czy nadwyżka zdolności produkcyjnych powstała wskutek zmniejszonego popytu, czy też — jak w niniejszej sprawie — poprzez popieranie budowy i rozbudowy zakładów przetwórczych i poprzez bardziej równomierne rozdzielanie produktu wstępnego podlegającego przetworzeniu. Przemawia za tym również to, że ta wzajemna zależność została również stwierdzona w ekspertyzie rynkowej. Okoliczność, że całkowita produkcja nie ulega zmniejszeniu, nie może więc sama w sobie wyeliminować istnienia ograniczenia konkurencji [57].

72. *Po drugie*, również okoliczność, że ceny nie wzrosną, nie może — moim zdaniem — wykluczyć ograniczenia konkurencji. Niniejsza sprawa dotyczy jedynie kwestii, czy celem porozumień takich jak umowy BIDS jest ograniczenie konkurencji. Istnienie ograniczenia konkurencji i możliwy wpływ ograniczenia konkurencji na ceny stanowią dwie podlegające odróżnieniu od siebie kwestie. Uwidacznia się to już w tym, że na ceny może mieć wpływ wiele czynników. Nie wszystkie z tych czynników mogą wykluczyć istnienie ograniczenia konkurencji.

54 — Zobacz pkt 50–58 niniejszej opinii.

55 — High Court przyjął, że całkowita produkcja nie uległaby istotnej zmianie.

56 — W odniesieniu do stosunku nadwyżki zdolności produkcyjnych, korzyści skali i zwiększenia konkurencji zob. N. Schulz, op.cit. (przypis 53), s. 84–86.

57 — Pogląd BIDS można ponadto zobrazować przykładem ad absurdum: jeżeli na rynku duopolistycznym istnieją po stronie oferentów duże nadwyżki zdolności produkcyjnych i jeden z obu oferentów w porozumieniu z drugim oferentem wstrzymuje swoją produkcję, ale nie dochodzi do ograniczenia całkowitej produkcji, to tego rodzaju porozumienie w opinii BIDS nie miałoby na celu ograniczenia konkurencji. Faktycznie tego rodzaju zmiana struktury rynku skutkowałaby jednak daleko idącym wyeliminowaniem konkurencji, ponieważ pozostający oferent jako monopolista byłby narażony jedynie na potencjalną konkurencję.

73. W niniejszej sprawie podwyżki cen mają być wyłączone z powodu korzyści skali uzyskanych dzięki większemu stopniowi wykorzystania sprzętu przetwórczego i z powodu siły drugiej strony rynku. Korzyści skali mogą być wprawdzie skutkiem zredukowania zdolności produkcyjnej całej branży przetwórstwa, jednakże nie mogą one wykluczyć istnienia ograniczenia konkurencji, o którym mowa w art. 81 ust. 1 WE. Korzyści skali jako korzyści, które przypadają przede wszystkim bezpośrednio przetwórcom, należy bowiem uwzględniać w ramach art. 81 ust. 3 WE [58]. Również siła przetargowa drugiej strony rynku nie może zasadniczo podważyć istnienia ograniczenia konkurencji i w związku z tym podlega uwzględnieniu w ramach art. 81 ust. 3 WE, nawet jeśli miałaby ona wykluczyć wzrost cen [59].

74. Niniejsza sytuacja nie jest również porównywalna z okolicznościami faktycznymi leżącymi u podstaw wyroku w sprawie GlaxoSmithKline Services przeciwko Komisji [60]. W owym przypadku — który zresztą dotyczy wertykalnej regulacji cen — ceny na poziomie sprzedaży końcowym konsumentom były określone w przeważającej mierze w uregulowaniach ustawowych i tym samym były w przeważającej mierze wyjęte spod oddziaływania podaży i popytu [61]. W tego rodzaju przypadku mogą istnieć wątpliwości co do tego, czy wertykalna regulacja cen może ograniczyć konkurencję w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE [62]. Niniejszy przypadek nie jest jednakże porównywalny już z tego względu, że brak jest ustawowych przepisów, które mogłyby uniemożliwić przekazywanie konsumentom korzyści wynikających z konkurencji pomiędzy pozostającymi.

75. Okoliczność, że ceny nie będą wzrastać, nie wyklucza ponadto wszelkich możliwości skutecznej konkurencji. Wręcz przeciwnie, na rynku z dużą nadwyżką zdolności produkcyjnych i stałą całkowitą produkcją *obniżenie cen* jest typowym działaniem konkurencyjnym. W ten sposób producent może spróbować związać ze sobą większą część popytu i tym samym zwiększyć swój stopień wykorzystania maszyn produkcyjnych i uzyskać korzyści skali [63]. Okoliczność, że ceny nie będą wrastać, nie może więc sama w sobie wyeliminować istnienia ograniczenia konkurencji.

58 — Zobacz pkt 55–58 niniejszej opinii; Bellamy & Child, op.cit. (przypis 15), pkt 3.029; O. Odudu, Art. 81(3), Discretion and Direct Effect, op.cit. (przypis 42), s. 19; H. Leupold, G. Weidenbach, op.cit. (przypis 16), s. 1008, 1009.

59 — Odnośnie do siły przetargowej drugiej strony rynku zob. ww. w przypisie 30 wyrok w sprawie Montecatini przeciwko Komisji, pkt 114–128. Zgodnie z pkt 116 tego wyroku wnosząca odwołanie powołała się w szczególności na to, że Sąd nie uwzględnił większej siły umownej drugiej strony rynku. W pkt 127 tego wyroku Trybunał stwierdził, że tego rodzaju okoliczności mogą mieć znaczenie tylko wtedy, gdy kontekst gospodarczy wyklucza wszelkie możliwości skutecznej konkurencji.

60 — Wyżej wymieniony w przypisie 7.

61 — Ibidem, pkt 114–134.

62 — W takim przypadku należy dokładnie zbadać, czy funkcja konkurencji polegająca na dostarczaniu konsumentom w sposób optymalny produktu po możliwie najniższej cenie (zob. w tym względzie pkt 52 niniejszej opinii) zostaje zakłócona.

63 — N. Schulz, op.cit. (przypis 563), s. 84–86.

76. *Po trzecie*, nie jest zrozumiałe, jak okoliczność, że łączna zdolność produkcyjna ma zostać zredukowana „na raz", może wykluczyć ograniczenie konkurencji w drodze zredukowania łącznej zdolności produkcyjnej. Ponadto należy zwrócić uwagę na to, że skutki umów w sprawie odejścia i porozumienia BIDS nie są ograniczone do jednego momentu. I tak zakaz konkurencji wiążący odchodzących obowiązuje przez dwa lata, a ograniczenia w zakresie wykorzystywania nieruchomości gruntowych i w zakresie rozporządzania sprzętem przetwórczym przez pięć lat.

77. *W rezultacie* ani w okolicznościach podniesionych przez BIDS, ani w innych okolicznościach sporu przed sądem krajowym nie dostrzegam powodu, by móc podać w wątpliwość związek pomiędzy redukcją zdolności produkcyjnej całej branży przetwórstwa o 25% wskutek opuszczenia rynku przez poszczególnych przetwórców a ograniczeniem konkurencji. W rzeczywistości porozumienie stanowi wykup konkurencji. W przypadku zredukowania o 25% łącznej zdolności produkcyjnej mam poważne wątpliwości co do odczuwalnego wpływu tego rodzaju środka na konkurencję. Z zastrzeżeniem podlegającej jeszcze dokonaniu w pkt 3 całościowej oceny ograniczenie o 25% zdolności produkcyjnej całej branży przetwórstwa wydaje się zmierzać do odczuwalnego ograniczenia konkurencji [64].

b) Opuszczenie rynku przez odchodzących

78. Jak wspomniano wyżej [65], wnioskuję z lit. c) pytania prejudycjalnego i z akt postępowania, że dotychczas w branży przetwórstwa nie doszło jeszcze do odejść z rynku w zakresie godnym uwagi i że odejścia z rynku bez porozumienia BIDS nie osiągnęłyby — przynajmniej w krótkim okresie czasu — 25% zdolności produkcyjnej całej branży przetwórstwa.

79. W trosce o zupełność opinii zbadam teraz dodatkowo, czy ograniczenie konkurencji należałoby przyjąć również wtedy, gdy w pierwszej hipotetycznej sytuacji porównawczej (bez porozumień takich jak umowy BIDS) na podstawie mechanizmów rynkowych doszłoby do opuszczenia rynku w porównywalnym zakresie.

80. Zgodnie z art. 81 ust. 1 WE zakazane są wszelkie ograniczenia wymogu autonomii, jeżeli prowadzą one do powstania warunków

64 — Zobacz podobnie R. Jürgens, op.cit. (przypis 52), s. 95.

65 — Zobacz pkt 64 niniejszej opinii.

konkurencji, które z uwagi na rodzaj towarów lub świadczonych usług, znaczenie i liczbę zainteresowanych przedsiębiorstw, jak też rozmiar wchodzącego w rachubę rynku nie odpowiadają jej normalnym warunkom [66].

81. W pierwszej hipotetycznej sytuacji porównawczej (bez umów BIDS) funkcja selekcyjna konkurencji prowadziłaby zasadniczo do tego, że na rynku pozostaną najbardziej efektywni przetwórcy, względnie przetwórcy, którzy najlepiej spełniają wymogi swych klientów, a ostatecznie konsumentów. Jeżeli w drugiej hipotetycznej sytuacji porównawczej (z umowami BIDS) wybór pozostających nie następuje na podstawie mechanizmów rynkowych, lecz na podstawie uzgodnień pomiędzy przetwórcami, to zakłóca to funkcję selekcyjną konkurencji. W niniejszej sprawie przemawia za tym w szczególności to, że porozumienie BIDS nie przewiduje możliwości zamknięcia pojedynczych zakładów przetwórczych. Zgodnie z porozumieniem BIDS przetwórca nie może zatem zamknąć swych nieefektywnych zakładów i pozostać nadal na rynku ze swymi efektywnymi zakładami.

82. Z zastrzeżeniem podlegającej jeszcze dokonaniu w pkt 3 całościowej oceny, ta ingerencja w funkcję selekcyjną konkurencji wydaje się zmierzać do ograniczenia konkurencji [67].

c) Opłacanie składek

83. Na wstępie należy stwierdzić, że opłacanie składek prowadzi do tego, że pozostający nie mogą swobodnie dysponować kwotami tych składek i ich koszty przetwarzania bydła zwiększają się. Wskutek wzrostu kosztów przetwarzania pozostający wcześniej osiągają granicę strat. Skutkiem tego może być ograniczenie konkurencji, jeżeli kwoty płacone tytułem składek miałyby odczuwalny wpływ na zachowanie rynkowe pozostających [68]. Sąd krajowy powinien więc zbadać, czy składki niezależnie od ich wysokości mogą w sposób odczuwalny oddziaływać na zachowanie rynkowe pozostających.

84. Ponadto gradacja składek według zwyczajowej wielkości uboju może doprowadzić do ograniczenia konkurencji pomiędzy pozostającymi. BIDS podniosła wprawdzie, że składki mają jedynie stanowić „cenę" za przejęcie przez pozostających udziałów w rynku odchodzących. Pozostający musieliby walczyć o zdobycie tych udziałów w rynku. Każdy z pozostających ponosi przy tym koszty w wysokości 11 EUR. Konkurencja pomiędzy pozostającymi nie jest więc ograniczona.

66 — Zobacz ww. w przypisie 17 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Anic Partecipazioni, pkt 116, 117.

67 — Zobacz podobnie także R. Jürgens, op.cit. (przypis 52), s. 95.

68 — Wyrok z dnia 12 września 2000 r. w sprawach połączonych od C-180/98 do C-184/98 Pavlov i in., Rec. s. I-6451, pkt 90–97.

85. W tym miejscu wystarczy wskazać, że nieuchronnym skutkiem takiego uregulowania jest to, że pozostający są chronieni w odniesieniu do swojego zwyczajowego udziału w rynku. Jeżeli pozostający, który osiągnął już swoją zwyczajową wielkość uboju (out-performer — przetwórca o większej wydajności), konkuruje z pozostającym, który nie osiągnął jeszcze swojej zwyczajowej wielkości uboju (low-performer — przetwórca o niższej wydajności), to out-performer dopóty ponosi ciężar kosztów w wysokości 9 EUR, dopóki low-performer nie osiągnie swojej zwyczajowej wielkości uboju. Gradacja składek ma więc tendencję do ochrony każdego pozostającego w ramach jego zwyczajowej wielkości uboju. Jednakże pozostający konkurują ze sobą nie tylko w zakresie zwolnionej wielkości uboju odchodzących, lecz również w ramach ich zwyczajowej wielkości uboju. Gradacja składek ogranicza więc konkurencję dodatkowo w odniesieniu do zwyczajowej wielkości uboju. Jeżeli przetwórca może na podstawie okoliczności rynkowych przyjąć, że całkowita produkcja w przyszłości zostanie dotknięta stagnacją lub upadnie [69], to może on poza tym dokładnie przewidzieć, od kiedy przekracza swoją zwyczajową wielkość uboju.

86. Fakt, że całkowita produkcja nie zostanie zredukowana wskutek składek, a ceny nie wzrosną, jest z przedstawionych wyżej [70] przyczyn bez znaczenia. Również okoliczność, że uiszczanie składek ma być ograniczone do roku, nie może generalnie wykluczyć uznania, że ma miejsce ograniczenie konkurencji. Tego rodzaju okoliczności mogą w odpowiednim przypadku zostać uwzględnione w ramach art. 81 ust. 3 WE.

d) Postanowienia dotyczące wykorzystywania nieruchomości gruntowych i rozporządzania sprzętem przetwórczym

87. W zakresie w jakim w drodze postanowień dotyczących wykorzystywania nieruchomości gruntowych i rozporządzania sprzętem przetwórczym ma zostać uniemożliwione ponowne wejście odchodzących na rynek, stanowi to środek, który zapewnia opuszczenie rynku i tym samym wzmacnia skutki opuszczenia rynku przez odchodzących. W tym względzie odsyłam do moich powyższych rozważań [71].

88. Ponadto ograniczenia w zakresie wykorzystywania nieruchomości gruntowych i rozporządzania sprzętem przetwórczym mogą również zmierzać do odstraszenia potencjalnej konkurencji ze strony osób

69 — Stwierdzenia tego dokonał High Court.

70 — Zobacz pkt 70–75 niniejszej opinii.

71 — Zobacz pkt 67–77 niniejszej opinii.

trzecich, które nie są członkami BIDS. Jeśli pewne jest, że budowa nowych zakładów przetwórczych w obecnych okolicznościach rynkowych nie jest uzasadniona z gospodarczego punktu widzenia [72], to ograniczenia w zakresie wykorzystywania nieruchomości gruntowych i rozporządzania sprzętem przetwórczym przewidziane w umowach BIDS wydają mi się zasadniczo zdolne do ograniczenia potencjalnej konkurencji ze strony osób trzecich.

89. Również potencjalna konkurencja jest chroniona na podstawie art. 81 ust. 1 WE [73]. Jeżeli zostało stwierdzone, że w przeszłości nowi konkurenci z powodzeniem weszli na rynek [74], to również w przyszłości nie wydaje się to jedynie czysto teoretyczną możliwością. W związku z tym wiele przemawia za tym, że wskutek postanowień dotyczących wykorzystywania nieruchomości gruntowych i rozporządzania sprzętem przetwórczym dostęp potencjalnych konkurentów do rynku zostanie ograniczony.

90. To, czy potencjalni trzeci konkurenci mają również inne możliwości dostępu do rynku, może w mojej ocenie odgrywać rolę jedynie w zakresie odczuwalnego charakteru ograniczenia konkurencji. Ponieważ około 25% całkowitej zdolności produkcyjnej ma zostać objęte zakazem wykorzystywania nieruchomości gruntowych i rozporządzania sprzętem przetwórczym, wiele przemawia za odczuwalnym charakterem ograniczenia konkurencji.

91. Sąd krajowy musi więc zbadać, czy istnieją potencjalni konkurenci do wejścia na rynek i czy mogliby oni być zainteresowani wejściem na rynek przy wykorzystaniu zakładów przetwórczych odchodzących.

92. Ponadto pozostający nie mogą wykorzystywać zamkniętych zakładów do zwiększenia ich zdolności produkcyjnych. Również to, w szczególności wtedy, gdy budowa nowych zakładów przetwórczych nie jest w obecnych okolicznościach rynkowych uzasadniona z gospodarczego punktu widzenia [75], stanowi ograniczenie konkurencji.

93. Okoliczność, że w drodze postanowień dotyczących wykorzystywania nieruchomości gruntowych i rozporządzania sprzętem przetwórczym całkowita produkcja nie zostanie zredukowana i ceny nie wzrosną, jest z powodów przedstawionych wyżej [76] bez znaczenia.

72 — Stwierdzenia tego dokonał High Court.

73 — Wyrok z dnia 28 lutego 1991 r. w sprawie C–234/89 Delimitis, Rec. s. I-935, pkt 21.

74 — High Court wskazał na wejście Exel Meats Limited na rynek.

75 — Stwierdzenia tego dokonał High Court.

76 — Zobacz pkt 70–75 niniejszej opinii.

e) Wniosek

94. Z zastrzeżeniem uwzględnienia prokonkurencyjnego celu lub niebudzącego wątpliwości z punktu widzenia konkurencji głównego celu umów BIDS dochodzę zatem do następującego cząstkowego wniosku: przynajmniej planowana redukcja zdolności produkcyjnej całej branży przetwórstwa o 25% w wyniku opuszczenia rynku przez przetwórców, gradacja składek oraz ograniczenia w zakresie wykorzystywania nieruchomości gruntowych i rozporządzania sprzętem przetwórczym są elementami porozumienia, których nieuchronnym skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

95. W związku z tym jedynie w trosce o zupełność opinii chciałabym zwrócić uwagę na to, że BIDS nie działała pod przymusem państwowym [77]. Fakt, że ekspertyza rynkowa była finansowana przez rząd irlandzki, a grupa robocza ds. mięsa wołowego wezwała przetwórców do wprowadzenia ekspertyzy w życie, nie stanowi przymusu państwowego.

77 — Zasadniczo tego rodzaju okoliczność powinna zostać zbadana tylko wtedy, gdy zainteresowane przedsiębiorstwo się na nią powołuje, zob. ww. w przypisie 30 wyrok w sprawie Montecatini przeciwko Komisji, pkt 128.

3. Uwzględnienie celów przewidzianych w umowach BIDS

96. BIDS powołuje się na to, że celem umów BIDS jest ograniczenie nadwyżki zdolności produkcyjnych i osiągnięcie korzyści skali. W szczególności pobieranie składek i ograniczenia w zakresie wykorzystywania nieruchomości gruntowych i rozporządzania sprzętem przetwórczym są w świetle tego uprawnionego celu uzasadnione.

97. *Po pierwsze*, chciałabym w tym miejscu jeszcze raz podkreślić, że przedmiotem niniejszego badania jest jedynie to, czy dane porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji. Przedmiotem badania w ramach art. 81 ust. 1 WE nie jest to, czy ograniczenie konkurencji jest oczywiste lub godne zakwestionowania w takim stopniu, że może zostać porównane z typowym kartelem.

98. *Po drugie*, należy mieć na względzie, że okoliczność, iż sektor znajduje się w kryzysie koniunkturalnym i strukturalnym, w świetle utrwalonego orzecznictwa nie skutkuje tym, że art. 81 ust. 1 WE nie znajduje zastosowania [78].

78 — Wyroki: z dnia 20 kwietnia 1999 r. w sprawach połączonych od T-305/94 do T-307/94, od T-313/94 do T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 i T-335/94 Limburgse Vinyl Maatschappij i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-931, pkt 740; z dnia 13 grudnia 2006 r. w sprawach połączonych T-217/03 i T-245/03 FNCBV przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-4987, pkt 90.

99. *Po trzecie*, okoliczność, że strony dążą w drodze porozumienia do uprawnionego celu, w świetle orzecznictwa Trybunału zasadniczo nie wyklucza istnienia ograniczenia konkurencji ze względu na cel [79].

100. W świetle przedstawionego wyżej orzecznictwa Trybunału [80] inaczej jest jedynie wtedy, gdy dane porozumienie służy prokonkurencyjnemu celowi bądź celowi, który jest neutralny z punktu widzenia konkurencji. W niniejszej sprawie nie można wyjść z takiego założenia. Przeciwnie cel polegający na zwiększeniu rentowności całej branży przetwórstwa poprzez zredukowanie nadwyżki zdolności produkcyjnych o 25% prowadzi nieuchronnie do ograniczenia konkurencji [81].

101. *Po czwarte*, cel BIDS polega na spowodowaniu powstania korzyści produkcyjnych poprzez korzyści skali. Ze stosunku pomiędzy art. 81 ust. 1 WE i art. 81 ust. 3 WE wynika jednakże, że tego rodzaju cel może zostać uwzględniony tylko w ramach art. 81 ust. 3 WE [82].

79 — Wyżej wymieniony w przypisie 20 wyrok w sprawie IAZ International Belgium i in. przeciwko Komisji, pkt 22–25.
80 — Zobacz pkt 52–55 niniejszej opinii.
81 — Zobacz pkt 67–77 niniejszej opinii.
82 — Zobacz pkt 55–57 niniejszej opinii.

4. Wniosek

102. W konsekwencji należy stwierdzić, że porozumienie takie jak umowy BIDS ma na celu ograniczenie konkurencji.

C — Końcowa ocena elementów porozumienia takiego jak umowy BIDS

103. Przedstawię teraz, jak należy oceniać poszczególne elementy porozumień takich jak umowy BIDS w odniesieniu do grupy przypadków określonych w art. 81 ust. 1 lit. b) WE i klauzuli generalnej zawartej w art. 81 ust. 1 WE.

104. Moim zdaniem nadmierna kategoryzacja ograniczeń konkurencji budzi pewne zastrzeżenia. Treść porozumienia musi być zawsze oceniana z uwzględnieniem jego kontekstu prawnego i gospodarczego. Niniejsza sprawa pokazuje moim zdaniem, że podejście, zgodnie z którym porozumienie jest porównywane z typowymi poważnymi ograniczeniami konkurencji, nie zawsze jest odpowiednie i może raczej pomijać kwestię tego, kiedy ma miejsce ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Ponadto jako że

przykładowe sytuacje określone w art. 81 ust. 1 lit. a)–lit. e) WE stanowią niewyczerpującą listę przykładów, taka kategoryzacja nie jest również bezwzględnie konieczna. Pod względem prawnym wystarczy bowiem subsumpcja, to jest sprawdzenie, czy w niniejszym przypadku spełnioną są elementy składowe klauzuli generalnej.

105. Dla przedsiębiorstw i ich doradców prawnych tworzenie kategorii może być jednakże pomocne w kontekście obowiązującego obecnie systemu samodzielnej oceny. Dlatego też proponuję Trybunałowi, aby dokonał kategoryzacji określonych wyżej ograniczeń konkurencji ze względu na cel w sposób następujący:

106. Redukcja łącznej zdolności produkcyjnej nie stanowi sama w sobie ograniczenia konkurencji, które wchodzi w zakres klauzuli generalnej zawartej w art. 81 ust. 1 WE. Kwestia tego, czy stanowi ona ponadto ograniczenie produkcji w rozumieniu art. 81 ust. 1 lit. b) WE [83], może tu pozostać nierozstrzygnięta. Jeżeli — jak w niniejszej sprawie — ograniczenie łącznej zdolności produkcyjnej zostaje osiągnięte na skutek opuszczenia rynku przez poszczególnych przetwórców i tym samym na skutek wstrzymania ich produkcji, to ma również miejsce ograniczenie produkcji, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. b) WE. Po pierwsze, z brzmienia art. 81 ust. 1 lit. b) WE nie można wnioskować, że powinno się brać pod uwagę całkowitą produkcję. Po drugie, porównanie z innymi przykładowymi sytuacjami przemawia za tym, że wystarczające jest już ograniczenie produkcji jednego uczestnika rynku. Po trzecie, ze względu na cel postanowienia nie wydaje mi się również uzasadnione branie pod uwagę produkcji całego rynku. Ochronny cel art. 81 ust. 1 WE, który polega na dostarczaniu konsumentom w sposób optymalny produktu po możliwie najniższej cenie, dochodzi do głosu już wtedy, gdy jeden uczestnik rynku ogranicza lub wstrzymuje całkowicie swoją produkcję.

107. Gradacja składek może zniechęcić pozostającego do zwiększenia jego udziału w rynku na niekorzyść zwyczajowego udziału w rynku innego pozostającego. Zatem również ona stanowi ograniczenie produkcji.

108. Ograniczenia w zakresie wykorzystywania nieruchomości gruntowych i rozporządzania sprzętem przetwórczym mogą także ograniczyć zwiększenie produkcji przetwórcy, jakie mógłby on uzyskać dzięki zwiększeniu swojej zdolności produkcyjnej, i w związku z tym należy je również zaklasyfikować jako ograniczenie produkcji.

83 — Zobacz w tym względzie ww. w przypisie 52 wyrok w sprawie Atlantic Container Line AB i in. przeciwko Komisji, pkt 56.

VII — Wnioski

109. Na podstawie powyższych rozważań proponuję Trybunałowi udzielenie odpowiedzi na pytanie prejudycjalne Supreme Court w sposób następujący:

Porozumienie o treści i w okolicznościach opisanych w pytaniu prejudycjalnym ma na celu ograniczenie konkurencji i w związku z tym jest niezgodne z art. 81 ust. 1 WE, o ile spełnione są pozostałe przesłanki tego postanowienia.