Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
JULIANE KOKOTT
przedstawiona w dniu 6 września 2012 r.[1]

Sprawa C-226/11

Expedia Inc.

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Cour de cassation (Francja)]

Konkurencja — Artykuł 81 WE — Odczuwalne ograniczanie konkurencji — Ocena odczuwalności w przypadkach celowego ograniczania konkurencji — „Obwieszczenie de minimis" Komisji („obwieszczenie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu") — Pozostawanie poniżej progów udziałów rynkowych zawartych w obwieszczeniu de minimis — Uprawnienie krajowych organów ochrony konkurencji do jednoczesnego stosowania artykułu 81 WE oraz sankcji — Artykuł 3 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003

I – Wprowadzenie

1. Czy obwieszczenia Komisji Europejskiej z dziedziny prawa ochrony konkurencji są wiążące dla krajowych organów ochrony konkurencji i sądów? Taka jest istota kwestii prawnej, z którą został skonfrontowany Trybunał w niniejszym postępowaniu prejudycjalnym. Pytanie to nasuwa się w odniesieniu do tzw. obwieszczenia de minimis[2] (zwanego niekiedy również „obwieszczeniem w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu"), w którym Komisja wyjaśnia, w jakich okolicznościach zakłada istnienie *odczuwalnego ograniczania konkurencji* w rozumieniu art. 81 WE (obecnie art. 101 TFUE).

2. Niniejsze pytanie przedłożone zostało przez francuski Cour de cassation[3], przed którym toczy się spór prawny pomiędzy internetowym biurem podróży Expedia (zwanym dalej „Expedią") a francuskim urzędem ds. konkurencji[4]. Expedia założyła wraz z państwową spółką kolei francuskich Société nationale des chemins de fer (zwaną dalej „SNCF") wspólne przedsiębiorstwo w celu sprzedaży biletów kolejowych i innych usług turystycznych. W wyniku tej współpracy Expedia uzyskała uprzywilejowany dostęp do utworzonej przez SNCF strony internetowej „voyages-sncf.com", zyskując uprzywilejowane traktowanie jej usług, na jakie nie mogły liczyć inne biura podróży. Francuski urząd ds. konkurencji uznał to za niedopuszczalne ograniczanie konkurencji i stwierdzając jednoczesne naruszenie postanowień art. 81 WE i odpowiedniego przepisu krajowego prawa ochrony konkurencji, nałożył na Expedię i SNCF kary grzywny.

1 — Język oryginału: niemiecki.

2 — Obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (de minimis) (Dz.U. 2001, C 368, s. 13).

3 — Sąd kasacyjny.

4 — Autorité de la concurrence, uprzednio conseil de la concurrence.

3. W gronie uczestników postępowania przed sądem krajowym nie ma zgody przede wszystkim odnośnie do kwestii, czy sporne porozumienie pomiędzy Expedią i SNCF odczuwalnie ograniczało konkurencję w rozumieniu art. 81 WE. Expedia twierdzi, iż przyjęty przez Komisję w obwieszczeniu de minimis 10-procentowy próg udziału rynkowego nie został w niniejszym przypadku przekroczony i w związku z tym francuski urząd ds. konkurencji nie powinien był uznać, że ograniczanie konkurencji było odczuwalne.

4. W tym kontekście Cour de cassation chce ustalić, czy krajowe organy mogą na podstawie art. 3 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 [5] także poniżej wspomnianego 10-procentowego progu udziału rynkowego uznać, że ograniczanie konkurencji było odczuwalne. Sędziowie Cour de cassation podkreślają przy tym w szczególności, że sporne porozumienie pomiędzy Expedią i SNCF według ustaleń w ramach postępowania przed sądem krajowym miało nie tylko antykonkurencyjne działanie, lecz również taki właśnie cel.

5. Udzielając odpowiedzi odnośnie do niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, Trybunał w istotnym stopniu wyznaczy zakres, w ramach którego będą się mogły w przyszłości poruszać krajowe organy ochrony konkurencji i sądy przy stosowaniu art. 101 TFUE. Ponadto niniejsza sprawa daje sposobność dalszego sprecyzowania wymogów dla stwierdzania, czy ma miejsce *celowe ograniczanie konkurencji* na poziomie unijnym oraz na poziomie krajowym. Dla funkcjonowania zdecentralizowanego systemu egzekwowania prawa antymonopolowego, który został powołany do życia rozporządzeniem nr 1/2003, oba te punkty mają znaczenie nie do przecenienia.

II – Ramy prawne

A – *Prawo Unii*

6. Przy udzielaniu odpowiedzi na niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy oprzeć się na zakazie porozumień antykonkurencyjnych (zwanym dalej „zakazem karteli") w jego brzmieniu sprzed wejścia w życie traktatu z Lizbony, ponieważ sporna w postępowaniu przed sądem krajowym decyzja francuskiej rady ds. konkurencji została wydana w lutym 2009 r. W związku z powyższym ramy prawa unijnego dla tej sprawy określa art. 81 ust. 1 WE i wydane w celu jego wykonania rozporządzenie nr 1/2003. Moje wywody odnośnie do art. 81 WE znajdują jednak analogiczne zastosowanie do cytowanego przez sąd krajowy przepisu art. 101 TFUE.

7. Odnośnie do „związku pomiędzy [art. 81 WE] […] a krajowym prawem konkurencji" w art. 3 rozporządzenia nr 1/2003 zawarte są między innymi następujące regulacje:

„1. Jeżeli organy ochrony konkurencji państw członkowskich lub krajowe sądy stosują krajowe prawo konkurencji do porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 81 ust. 1 [WE], które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi w rozumieniu tego przepisu, stosują również art. 81 [WE] do takich porozumień, decyzji lub praktyk uzgodnionych. […]

2. Zastosowanie krajowego prawa konkurencji nie może prowadzić do zakazania porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, lecz nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 [WE] lub spełniają przesłanki art. 81 ust. 3 [WE], lub które objęte są rozporządzeniem w celu stosowania art. 81 ust. 3 [WE] […]

5 — Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 [WE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1).

[…]”.

8. Artykuł 11 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 zatytułowany „Współpraca między Komisją i organami ochrony konkurencji państw członkowskich” brzmi następująco:

„Komisja i organy ochrony konkurencji państw członkowskich stosują wspólnotowe reguły konkurencji w ścisłej współpracy”.

9. Uzupełniająco należy wskazać na wyjaśnienia zawarte w motywach 1, 6, 8, 14, 15, 22 i 34 preambuły rozporządzenia nr 1/2003:

„(1) W celu ustanowienia systemu, który gwarantuje, że konkurencja na rynku [wewnętrznym] nie zostanie zakłócona, art. 81 i 82 [WE] muszą być skutecznie i jednolicie stosowane w [Unii] […]

[…]

(6) W celu zagwarantowania, że [unijne] reguły konkurencji są skutecznie stosowane, organy ochrony konkurencji państw członkowskich powinny w większym stopniu uczestniczyć w ich stosowaniu. W tym celu organy te powinny być uprawnione do stosowania prawa [unijnego].

[…]

(8) W celu zapewnienia skutecznego stosowania [unijnych] reguł konkurencji i właściwego funkcjonowania mechanizmów współpracy zawartych w niniejszym rozporządzeniu konieczne jest zobowiązanie organów ochrony konkurencji i sądów państw członkowskich do stosowania również art. 81 i 82 [WE], wtedy gdy stosują krajowe prawo konkurencji, w odniesieniu do porozumień i praktyk, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi. W celu stworzenia jednakowych warunków dla porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw i praktyk uzgodnionych na rynku wewnętrznym konieczne jest również określenie […] relacji między krajowymi przepisami prawnymi i [unijnym] prawem ochrony konkurencji. Dla osiągnięcia tego celu konieczne jest zastrzeżenie, że stosowanie krajowego prawa konkurencji do porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 81 ust. 1 [WE] nie może prowadzić do zakazu takich porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych, jeżeli nie są one również zakazane na podstawie [unijnego] prawa konkurencji […].

[…]

(14) W wyjątkowych wypadkach, jeżeli interes publiczny [Unii] tego wymaga, zasadne może być wydanie przez Komisję decyzji o charakterze deklaratoryjnym, stanowiącej, że zakaz z art. 81 i 82 [WE] nie ma zastosowania w celu uczynienia prawa jaśniejszym i zapewnienia jego jednolitego stosowania na całym obszarze [Unii], w szczególności w odniesieniu do nowych typów porozumień i praktyk, które nie zostały stwierdzone w istniejącym orzecznictwie i praktyce administracyjnej.

(15) Komisja i organy ochrony konkurencji w państwach członkowskich powinny wspólnie stworzyć sieć organów władzy publicznej stosujących w ścisłej współpracy [unijne] reguły konkurencji […].

[…]

(22) W celu zapewnienia przestrzegania zasad pewności prawnej oraz jednolitego stosowania [unijnych] reguł konkurencji w ramach systemu kompetencji równoległych należy unikać wydawania sprzecznych decyzji […].

[…]

(34) Zasady ustanowione w art. 81 [WE] i 82 [WE] […] przyznały wiodącą rolę organom [Unii]. Tę wiodącą rolę należy utrzymać, jednocześnie ściślej włączając państwa członkowskie do stosowania [unijnych] reguł konkurencji […]

[…]".

10. W niniejszej sprawie znaczące jest także obwieszczenie de minimis Komisji z 2001 r. Zawiera ono między innymi następujące stwierdzenia:

„[…]

2. W niniejszym obwieszczeniu Komisja określa za pomocą progów udziałów rynkowych, co nie stanowi [odczuwalnego] ograniczania konkurencji na mocy art. 81 [WE]. […]

[…]

4. W przypadkach objętych niniejszym obwieszczeniem Komisja nie będzie wszczynać postępowania ani na wniosek, ani z urzędu. Jeżeli przedsiębiorstwa zakładają w dobrej wierze, iż porozumienie jest objęte niniejszym obwieszczeniem, Komisja nie będzie nakładała kar. Aczkolwiek niniejsze obwieszczenie nie jest dla nich wiążące, jego zamiarem jest zapewnienie wytycznych sądom i władzom państw członkowskich co do stosowania przez nie art. 81[WE].

[…]

6. Niniejsze obwieszczenie nie uchybia żadnej interpretacji art. 81 [WE] przyjętej przez Trybunał Sprawiedliwości lub Sąd […].

[…]

7. Komisja jest zdania, że porozumienia pomiędzy przedsiębiorstwami wpływające na handel między państwami członkowskimi nie ograniczają odczuwalnie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 [WE]:

a) jeżeli łączny udział rynkowy posiadany przez strony porozumienia nie przekracza 10% na żadnym z rynków, których dotyczy porozumienie, o ile jest ono zawierane między przedsiębiorstwami, które są aktualnymi lub potencjalnymi konkurentami na którymkolwiek z tych rynków (porozumienia między konkurentami) […]

[…]

[…]

11. Punkt[y] 7, 8 i 9 nie mają zastosowania do porozumień zawierających którekolwiek z następujących ograniczeń zasadniczych [(ograniczeń podstawowych)] […]

[…]".

B – *Prawo krajowe*

11. Z prawa francuskiego istotny jest, po pierwsze, art. L 420-1 code de commerce (kodeksu handlowego), który zasadniczo ustanawia ten sam zakaz uzgodnień kartelowych, który jest przewidziany również na poziomie unijnym w art. 81 WE (obecnie w art. 101 TFUE).

12. Ponadto w artykule L 464-6-1 code de commerce przejęte zostały progi z obwieszczenia de minimis Komisji. Daje on urzędowi ds. konkurencji możliwość decydowania według swobodnego uznania w kwestii przeprowadzenia postępowania w odniesieniu do przypadków o mniejszym znaczeniu [6]. Jeśli więc wymienione w niniejszym obwieszczeniu progi udziałów rynkowych nie zostaną przekroczone przez przedsiębiorstwa, które zawarły porozumienie, urząd ds. konkurencji może zdecydować, że nie będzie dalej prowadził postępowania.

III – Stan faktyczny i postępowanie przed sądem krajowym

13. Państwowa spółka kolei francuskich SNCF chciała rozszerzyć sprzedaż biletów kolejowych i wycieczek przez Internet i szukała w tym celu doświadczonego partnera. Jej wybór padł na Expedię, wyspecjalizowaną w sprzedaży wycieczek przez Internet spółkę prawa amerykańskiego. We wrześniu 2001 r. SNCF i Expedia zawarły szereg porozumień o współpracy i utworzyły wspólną spółkę zależną GL Expedia, która w 2004 r. zmieniła firmę spółki na Agence Voyages-sncf.com (zwaną dalej „Agence VSC"). Strona internetowa voyages-sncf.com, która dotychczas służyła do informowania, dokonywania rezerwacji i sprzedaży biletów kolejowych przez Internet, stała się odtąd polem działalności wspólnej spółki i została tak zmieniona, aby obok dotychczasowych usług zawierać także ofertę internetowego biura podróży.

14. W wyniku skargi licznych konkurentów francuski urząd ds. konkurencji w decyzji nr 09-D-06 z dnia 5 lutego 2009 r. stwierdził, iż SNCF i Expedia stosowały zakazane w rozumieniu art. L 420-1 code de commerce i art. 81 WE praktyki kartelowe. Według informacji sądu krajowego stwierdził on, iż uzgodniona przez SNCF i Expedię praktyka miała na celu naruszenie reguł konkurencji i jako sankcje nałożył na Expedię karę grzywny w wysokości 500 000 EUR, a na SNCF karę grzywny w wysokości 5 000 000 EUR.

15. W ramach postępowania administracyjnego przed urzędem ds. konkurencji Expedia podnosiła w szczególności, że wartości progowe obwieszczenia de minimis Komisji oraz odpowiednie wartości graniczne zawarte w art. L 464-6-1 code de commerce nie zostały osiągnięte z powodu rzekomego błędu w obliczeniach [7]. Według niej z powodu nieposiadania 10-procentowego udziału w rynku nie powinno było nastąpić ukaranie na podstawie art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 przez organ krajowy, ponieważ obwieszczenie de minimis wyznacza, kiedy ma miejsce odczuwalne ograniczanie konkurencji w rozumieniu art. 81 WE. Jej zdaniem krajowe prawo konkurencji nie może być w tym punkcie surowsze niż prawo europejskie.

16. Urząd ds. konkurencji odrzucił argumentację Expedii, wskazując, że Expedia i SNCF są konkurentami na rozpatrywanym rynku usług internetowych biur podróży i posiadają w nim więcej niż 10% udziałów. Ponadto urząd ds. konkurencji podkreślił, iż porozumienie pomiędzy Expedią i SNCF zostało zawarte w celu antykonkurencyjnym.

6 — O ile nie dotyczy to umowy według code des marchés publics (kodeksu zamówień publicznych).

7 — Zdaniem Expedii rada ds. konkurencji nie powinna była uwzględniać całościowego osiągniętego przez stronę internetową voyages-sncf.com udziału w rynku usług internetowych biur podróży, gdyż na będące przedmiotem sporu wspólne przedsiębiorstwo Agence VSC przypada jedynie udział w wysokości 20% obrotów realizowanych za pośrednictwem tej strony.

17. Expedia zwróciła się przeciwko decyzji urzędu ds. konkurencji do Cour d'appel de Paris (sądu apelacyjnego w Paryżu), który nie ustosunkował się w bezpośredni sposób do kwestii obliczenia udziałów Agence VSC w odnośnym rynku. W wyroku z dnia 23 lutego 2010 r. sąd ten, powołując się na użycie określenia „może" w art. L. 464-6-1 code de commerce, wyjaśnił natomiast, że ściganie i karanie karteli jest możliwe również w przypadku, gdy ich udziały rynkowe nie przekraczają wartości progowych. O ile spełnione zostaną wymogi z art. 81 WE – co Cour d'appel potwierdził w niniejszej sprawie – to także art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 nie zabrania nałożenia grzywien.

18. W wyniku złożenia przez Expedię skargi kasacyjnej przeciwko wyrokowi Cour d'appel, postępowanie jest obecnie zawisłe przed Cour de cassation [8], który wystąpił z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

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

19. Cour de cassation wyrokiem z dnia 10 maja 2011 r., który wpłynął do Trybunału w dniu 16 maja 2011 r., zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 101 ust. 1 TFUE i art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, by porozumienia, decyzje związków przedsiębiorstw i praktyki uzgodnione mogące mieć wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi, ale które nie osiągają progów określonych przez Komisję Europejską w jej obwieszczeniu de minimis, były ścigane i karane przez krajowy organ ds. konkurencji zarówno na podstawie art. 101 ust. 1 TFUE, jak i przepisów krajowego prawa konkurencji?".

20. W postępowaniu przed Trybunałem swoje uwagi na piśmie przedstawili Expedia i francuski urząd ds. konkurencji, a także rządy Francji, Irlandii, Włoch i Polski, Komisja Europejska oraz Urząd Nadzoru EFTA. Z wyjątkiem rządów Irlandii, Włoch i Polski ci sami uczestnicy byli reprezentowani także w trakcie rozprawy w dniu 27 czerwca 2012 r.

V – Ocena

21. Punktem wyjścia dla rozważań na temat rozwiązania tej sprawy powinien być art. 3 rozporządzenia nr 1/2003. Przepis ten stwarza ścisły związek pomiędzy prawem antymonopolowym Unii i prawem poszczególnych państw członkowskich [9]. Jeżeli do porozumienia przedsiębiorstw, które może wpływać na wymianę handlową między państwami członkowskimi, stosowany jest krajowy zakaz karteli, to zgodnie z art. 3 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia nr 1/2003 musi równolegle znaleźć zastosowanie także art. 81 WE (art. 101 TFUE) [10].

22. Jeśli nastąpi takie równoległe zastosowanie unijnego i krajowego prawa antymonopolowego, art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 dodatkowo zapewnia prymat wartości zawartych w unijnym prawie antymonopolowym. Krótko mówiąc, porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami mogą tylko wtedy zostać zabronione na podstawie krajowego prawa antymonopolowego, gdy są również zabronione prawem unijnym [11]. Krajowe prawo konkurencji nie może zatem powodować surowszych skutków, niż art. 81 WE.

8 — Chambre commerciale, financière et économique.

9 — Wyrok z dnia 14 lutego 2012 r. w sprawie C-17/10 Toshiba Corporation i in. (zwany dalej „wyrokiem w sprawie Toshiba"), pkt 77.

10 — Zobacz moja opinia z dnia 8 września 2011 r. w sprawie Toshiba (ww. w przypisie 9 wyrok, pkt 78).

11 — Motyw 8 rozporządzenia nr 1/2003.

23. Ponieważ w ramach przepisu art. 81 WE zgodnie z utrwalonym orzecznictwem mogą podlegać ściganiu i karaniu tylko takie porozumienia przedsiębiorców [12], które mają na celu [13] lub powodują *odczuwalne* ograniczanie konkurencji, art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 wymaga, aby skala odczuwalności brana była także pod uwagę, gdy – tak jak w niniejszej sprawie – unijne prawo antymonopolowe i krajowe prawo antymonopolowe znajdują równolegle zastosowanie w postępowaniach przed urzędami państw członkowskich lub sądami.

24. W tym kontekście Cour de cassation chce się dowiedzieć, czy krajowe urzędy, oceniając kwestię odczuwalności ograniczania konkurencji, muszą się koniecznie kierować tymi kryteriami, które na poziomie unijnym zawarte są w obwieszczeniu de minimis Komisji. Cour de cassation chodzi w szczególności o to, czy krajowy urząd może przyjąć ograniczanie konkurencji za odczuwalne w przypadku, gdy badane przez niego porozumienie między przedsiębiorstwami nie przekroczyło wprawdzie progów określonych w obwieszczeniu de minimis, lecz zostało zawarte w celu antykonkurencyjnym.

25. Wśród uczestników postępowania, którzy przedstawili Trybunałowi swoje uwagi, tylko Expedia uważa, że krajowe organy ochrony konkurencji i sądy są zobligowane, by uwzględniać progi udziałów rynkowych określone w obwieszczeniu de minimis nawet w przypadku istnienia celu antykonkurencyjnego. Wszystkie uczestniczące w postępowaniu urzędy i rządy są natomiast zdania, iż obwieszczenie de minimis nie jest wiążące dla organów krajowych. Niektórzy z nich prezentują ponadto pogląd, że do ścigania porozumienia między przedsiębiorstwami, które ma antykonkurencyjny cel, nie jest wymagane konkretne zbadanie odczuwalności ograniczania konkurencji.

A – *Brak wiążących skutków prawnych obwieszczenia de minimis*

26. Jak Trybunał stwierdził już w innym kontekście, obwieszczenia Komisji z dziedziny europejskiego prawa konkurencji nie są prawnie wiążące dla krajowych urzędów i sądów [14]. Ma to miejsce także w niniejszej sprawie w przypadku obwieszczenia de minimis i zawartych w nim progów udziałów rynkowych. Wynika to nie tylko z treści tego obwieszczenia, lecz także z jego celów i kontekstu, w jakim zostało ono wydane.

27. Już z *brzmienia* obwieszczenia de minimis wynika bezspornie, że odzwierciedla ono jedynie stanowisko prawne Komisji [15] i „nie jest wiążące" dla urzędów i sądów państw członkowskich [16]. Ponadto już z zasady jest także wykluczone związanie nim unijnych sądów, gdyż w obwieszczeniu zawarte jest jednoznaczne stwierdzenie, iż jego treść „nie uchybia" żadnej interpretacji art. 81 WE, przyjętej przez Trybunał i Sąd [17].

12 — Dla uproszczenia zrezygnuję tutaj i w dalszej części z przytaczania wymienionych również w art. 81 WE decyzji związków przedsiębiorstw i praktyk uzgodnionych. Przez analogię stosują się do nich wywody zawarte w niniejszej opinii.

13 — Wyroki: z dnia 30 czerwca 1966 r. w sprawie 56/65 LTM, Rec. s. 282, 303; z dnia 9 lipca 1969 r. w sprawie 5/69 Völk, Rec. s. 295, pkt 7; z dnia 6 maja 1971 r. w sprawie 1/71 Cadillon, Rec. s. 351, pkt 9; z dnia 25 listopada 1971 r. w sprawie 22/71 Béguelin Import, Rec. s. 949, pkt 16; z dnia 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-306/96 Javico, Rec. s. I-1983, pkt 12; z dnia 28 maja 1998 r. w sprawie C-7/95 P Deere przeciwko Komisji, Rec. s. I-3111, pkt 77; z dnia 23 listopada 2006 r. w sprawie C-238/05 Asnef-Equifax, Zb.Orz. s. I-11125, pkt 50; z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie C-260/07 Pedro IV Servicios, Zb.Orz. s. I-2437, pkt 68.

14 — Wyrok z dnia 14 czerwca 2011 r. w sprawie C-360/09 Pfleiderer, Zb.Orz. s. I-5161, pkt 21. Zobacz podobnie wyrok z dnia 28 czerwca 2005 r. w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-5425, pkt 209, zgodnie z którym wydane przez Komisję obwieszczenia nie mogą być uznawane za normy prawne; wyrok z dnia 29 września 2011 r. w sprawie C-520/09 P Arkema przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-8901, pkt 88, zgodnie z którym opublikowane przez Komisję wytyczne stanowią jedynie normy postępowania.

15 — Zobacz w szczególności pkt 2 („[…] Komisja określa […]"), pkt 7 („Komisja jest zdania […]") i pkt 9 obwieszczenia de minimis („Komisja wyznaje również pogląd […]").

16 — Punkt 4 zdanie ostatnie obwieszczenia de minimis.

17 — Punkt 6 obwieszczenia de minimis.

28. Także *cel*, jaki przyświeca obwieszczeniu de minimis, nie przemawia za wiążącym charakterem zawartych w nim stwierdzeń, gdyż wydając to obwieszczenie, Komisja zamierzała jedynie uczynić transparentną swą praktykę administracyjną, związaną ze stosowaniem art. 81 WE [18] oraz zapewnić działającym na rynku wewnętrznym przedsiębiorstwom oraz urzędom i sądom państw członkowskich wytyczne zawierające praktyczne wskazówki odnośnie do wykładni [19].

29. Uwzględniając *kontekst*, w którym wydane zostało obwieszczenie de minimis, można się jeszcze utwierdzić w tym przekonaniu. Komisja nie wydała tego obwieszczenia, korzystając z uprawnienia normatywnego, lecz działając jako organ ochrony konkurencji Unii Europejskiej. Obwieszczenie to stanowi z jednej strony objaśnienie własnej praktyki administracyjnej Komisji, a z drugiej strony Komisja prezentuje w nim ogólne stanowisko lub zalecenie w przedmiocie polityki konkurencji w ramach przekazanej jej odpowiedzialności za zapewnienie funkcjonowania i rozwój systemu niezakłóconej konkurencji na europejskim rynku wewnętrznym [20]. Jest ona do tego upoważniona zgodnie z art. 85 WE w związku z art. 211 tiret drugie WE (obecnie art. 105 TFUE w związku z art. 292 zdanie 4 TFUE) [21].

30. Takie opinie lub zalecenia nie mają jednak mocy wiążącej (art. 249 ust. 5 WE, obecnie art. 288 ust. 5 TFUE). Prawnie wiążące przepisy mające na celu realizację zawartych w europejskich traktatach reguł konkurencji mogą być wydawane jedynie przez Radę w formie rozporządzeń lub dyrektyw (art. 83 WE, obecnie art. 103 TFUE [22]). Komisja może jedynie przyjmować rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, i to również tylko z upoważnienia Rady (art. 85 ust. 3 WE, obecnie art. 105 ust. 3 TFUE).

31. Komisja posiada wprawdzie niezależnie od tego na podstawie art. 10 rozporządzenia nr 1/2003 uprawnienie do wydawania w wyjątkowych przypadkach decyzji o charakterze deklaratoryjnym w celu stwierdzenia, że art. 81 WE nie znajduje zastosowania. Takie decyzje dotyczyć jednak mogą jedynie pojedynczych przypadków („[jednego] porozumienia") i ponadto odnoszą się w szczególności do nowych form porozumień i praktyk [23]. Wykraczające poza to ogólne wypowiedzi dotyczące polityki konkurencji, jak te w przedmiocie odczuwalności ograniczeń konkurencji w obwieszczeniu de minimis, wykroczyłyby poza ramy art. 10 rozporządzenia nr 1/2003.

32. Ponadto opublikowanie obwieszczenia de minimis w ramach serii „C" *Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich* pokazuje, że nie było przez nie zamierzone wydanie wiążących przepisów prawnych, gdyż w przeciwieństwie do serii „L" tego dziennika, w ramach serii „C" nie są publikowane akty prawnie wiążące, lecz jedynie informacje, zalecenia i opinie dotyczące Unii [24].

33. Wreszcie także uznana na poziomie unijnym zasada, iż nie ma kary bez przepisu prawa (*nulla poena sine lege*) [25], nie wymaga uznania obwieszczenia de minimis za wiążącą normę prawną. Inaczej niż wydaje się uważać Expedia, obwieszczenie de minimis jako takie nie stanowi podstawy prawnej dla podejmowania przez organy ochrony konkurencji kroków przeciwko antykonkurencyjnym

18 — Punkt 4 zdania pierwsze i drugie obwieszczenia de minimis.

19 — Punkt 4 zdanie ostatnie obwieszczenia de minimis.

20 — W przedmiocie znaczenia europejskich reguł konkurencji dla funkcjonowania rynku wewnętrznego zob. wyroki: z dnia 1 czerwca 1999 r. w sprawie C-126/97 Eco Swiss, Rec. s. I-3055, pkt 36; z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-453/99 Courage i Crehan, Rec. s. I-6297, pkt 20 i – w odniesieniu do sytuacji prawnej po wejściu w życie traktatu z Lizbony – z dnia 17 lutego 2011 r. w sprawie C-52/09 TeliaSonera, Zb.Orz. s. I-I-527, pkt 20.

21 — W kwestii roli Komisji przy ustalaniu polityki konkurencji Unii Europejskiej zobacz zasadniczo wyrok z dnia 14 grudnia 2000 r. w sprawie C-344/98 Masterfoods i HB, Rec. s. I-11369, pkt 46 zdanie pierwsze.

22 — W tym samym duchu odnośnie do obszaru pomocy państwa art. 89 WE (obecnie art. 109 TFUE).

23 — Motyw 14 rozporządzenia nr 1/2003 oraz wyrok z dnia 3 maja 2011 r. w sprawie C-375/09 Tele2 Polska, Zb.Orz. s. I-3055, pkt 25.

24 — Wyrok z dnia 12 maja 2011 r. w sprawie C-410/09 Polska Telefonia Cyfrowa, Zb.Orz. s. I-3853, pkt 35.

25 — Zobacz, po pierwsze, art. 49 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej oraz, po drugie, wyroki: z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawie C-60/02 X, Rec. s. I-651, pkt 63; z dnia 3 maja 2007 r. w sprawie C-303/05 Advocaten voor de Wereld, Zb.Orz. s. I-3633, pkt 49; z dnia 29 marca 2011 r. w sprawie C-352/09 P ThyssenKrupp Nirosta (dawniej ThyssenKrupp Stainless) przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-2359, pkt 80.

porozumieniom przedsiębiorstw. Przeciwnie, wynikający z prawa unijnego zakaz karteli jest już zakotwiczony na poziomie prawa pierwotnego w art. 81 WE, tzn. w przepisie traktatu wywierającym bezpośredni skutek, tak korzystny jak i niekorzystny dla przedsiębiorstw [26]. A jeśli idzie o sankcje nałożone przez francuski urząd ds. konkurencji, to wynikają one z ustawy krajowej [27].

34. W sumie należy więc wyjść z założenia, że obwieszczenie de minimis jako takie nie zostało stworzone po to, by wywoływać wiążące skutki prawne.

B – *Obwieszczenie de minimis jako wytyczne zawierające wskazówki odnośnie do stosowania art. 81 WE (art. 101 TFUE)*

35. Pomimo iż obwieszczenie de minimis nie wywołuje – jak właśnie wskazano – wiążących skutków prawnych, błędne byłoby odmawianie mu jakiegokolwiek prawnego znaczenia w odniesieniu do postępowań antymonopolowych [28]. Publikacje, takie jak obwieszczenie de minimis, mają bowiem charakter „soft law", którego rola w postępowaniach antymonopolowych – zarówno na poziomie europejskim jak też krajowym – jest nie do przecenienia.

36. W aspekcie administracyjnych postępowań antymonopolowych *na poziomie Unii* w orzecznictwie uznano, iż wydawane przez Komisję obwieszczenia odnośnie do jej praktyki administracyjnej są dla niej wiążące. Chodzi tu o normy postępowania, od których Komisja nie może w danym przypadku odejść bez podania powodów i uwzględnienia zasady równego traktowania [29]. Takie związanie własnymi decyzjami wynika również z omawianego tu obwieszczenia de minimis, w którym Komisja jednoznacznie wyjaśnia, iż nie będzie ona w przypadkach o mniejszym znaczeniu „wszczynać postępowania ani na wniosek, ani z urzędu" [30], a także ogłasza, iż nie będzie nakładała kar, jeżeli przedsiębiorstwa zakładają w dobrej wierze, iż porozumienie jest objęte obwieszczeniem de minimis [31].

37. Jeśli chodzi o postępowania antymonopolowe *w państwach członkowskich*, obwieszczenie de minimis wyraźnie zakłada, że będzie służyło sądom i urzędom krajowym za „wytyczne" w stosowaniu art. 81 WE pomimo tego, że „nie jest dla nich wiążące" [32]. Takie wytyczne mają decydujące znaczenie dla działania zdecentralizowanego systemu stosowania prawa antymonopolowego, stworzonego przez rozporządzenie nr 1/2003 [33]. Przyczyniają się one do zasadniczego celu osiągnięcia w skali całej Unii

26 — Utrwalone orzecznictwo; zob. wyrok z dnia 30 stycznia 1974 r. w sprawie 127/73 BRT, Rec. s. 51, pkt 15–17; ww. w przypisie 20 wyrok w sprawie Courage i Crehan, pkt 23; wyrok z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawach połączonych od C-295/04 do C-298/04 Manfredi i in., Zb.Orz. s. I-6619, pkt 39, 58, 59; z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-8/08 T-Mobile Netherlands i in. (zwany dalej „wyrokiem w sprawie T-Mobile"), Zb.Orz. s. I-4529, pkt 49, 50.

27 — Zobacz także art. 5 ust. 1 tiret ostatnie rozporządzenia nr 1/2003.

28 — W tym samym duchu ww. w przypisie 14 wyrok w sprawie Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji, pkt 211 zdanie ostatnie.

29 — Wyżej wymieniony w przypisie 14 wyrok w sprawie Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji, pkt 209–211; wyrok z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-167/04 P JCB Service przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-8935, pkt 207, 208; ww. w przypisie 14 wyrok w sprawie Arkema przeciwko Komisji, pkt 88; wyrok z dnia 8 grudnia 2011 r. w sprawie C-272/09 P KME i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-12789, pkt 100. W tym samym duchu w odniesieniu do prawa pomocy państwa zob. wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-288/96 Niemcy przeciwko Komisji, Rec. s. I-8237, pkt 62. Zobacz także – niedotyczący prawa konkurencji – wyrok z dnia 1 grudnia 1983 r. w sprawie 190/82 Blomefield przeciwko Komisji, Rec. s. 3981, pkt 20.

30 — Punkt 4 zdanie pierwsze obwieszczenia de minimis.

31 — Punkt 4 zdanie drugie obwieszczenia de minimis.

32 — Punkt 4 zdanie ostatnie obwieszczenia de minimis.

33 — Zobacz także motywy 6 i 34 rozporządzenia nr 1/2003.

możliwie skutecznego i jednolitego stosowania art. 81 WE i 82 WE (obecnie art. 101 TFUE i 102 TFUE)[34]. Równocześnie wspierają one tworzenie równych warunków konkurencji na rynku wewnętrznym („level playing field")[35], a zarazem wzmacniają pewność prawa zainteresowanych przedsiębiorstw[36]. Na tę okoliczność wskazywała słusznie nie tylko Expedia.

38. Wiodąca rola Komisji w kwestii kreowania europejskiej polityki ochrony konkurencji[37], mocno ugruntowana w systemie rozporządzenia nr 1/2003, zostałaby podważona, gdyby urzędy i sądy w państwach członkowskich po prostu zignorowały znaczenie obwieszczenia Komisji odnośnie do prawa ochrony konkurencji. Stąd też z dotyczącego wszystkich organów w państwach członkowskich obowiązku lojalnej współpracy (art. 10 WE, obecnie art. 4 ust. 3 TFUE)[38] wynika, że krajowe urzędy i sądy muszą w wymaganym stopniu uwzględniać obwieszczenia Komisji odnośnie do prawa konkurencji – tak jak np. obwieszczenie de minimis – wykonując przypadające im kompetencje stosownie do rozporządzenia nr 1/2003[39].

39. Jeżeli zatem w obwieszczeniu de minimis Komisji dla krajowych organów konkurencji i sądów nie wynikają konieczne zobowiązania do oceny porozumień przedsiębiorstw pod kątem prawa konkurencji, to te organy i sądy muszą jednak wziąć pod uwagę znajdującą swój wyraz w tym obwieszczeniu ocenę Komisji w zakresie odczuwalności ograniczania konkurencji i podać weryfikowalne sądownie powody dla wszelkich możliwych odstępstw[40].

40. Z powyższego nie wynika oczywiście absolutny zakaz wdrażania przez krajowe organy ochrony konkurencji i sądy postępowań przeciwko porozumieniom przedsiębiorstw poniżej progów udziałów rynkowych, zdefiniowanych przez Komisję w obwieszczeniu de minimis.

41. Po pierwsze, udziały w rynku są bowiem tylko jednym z różnych ilościowych i jakościowych wskaźników, według których można ocenić, czy z porozumienia przedsiębiorstw wynika odczuwalne ograniczanie konkurencji, czy nie. Jak słusznie wywodzi rząd włoski, chodzi o całościowy kontekst ekonomiczny i prawny, wykraczający poza udziały w rynku poszczególnych przedsiębiorstw, w którym osadzone jest określone porozumienie[41].

34 — Zobacz preambuła rozporządzenia nr 1/2003, w szczególności motywy 1 i 22. Znaczenie skutecznego stosowania art. 81 WE i 82 WE (obecnie art. 101 TFUE i 102 TFUE) było w ostatnim czasie podkreślane w wyrokach, w szczególności: z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-429/07 X, Zb.Orz. s. I-4833, pkt 33–35; z dnia 7 grudnia 2010 r. w sprawie C-439/08 VEBIC, Zb.Orz. s. I-12471, w szczególności pkt 59, 61.

35 — Zobacz także motyw 8 rozporządzenia nr 1/2003 oraz pkt 169 mojej opinii z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie C-550/07 P Akzo Nobel Chemicals i Akcros Chemicals, Zb.Orz. s. I-8301 oraz pkt 118 mojej opinii w ww. w przypisie 9 sprawie Toshiba.

36 — Motyw 22 rozporządzenia nr 1/2003 oraz pkt 36 opinii rzecznika generalnego L.A. Geelhoeda z dnia 27 kwietnia 2006 r. w sprawie C-125/05 Vulcan Silkeborg, Zb.Orz. s. I-7637.

37 — Wyżej wymieniony w przypisie 21 wyrok w sprawie Masterfoods i HB, pkt 46 zdanie pierwsze; zob. także motyw 34 rozporządzenia nr 1/2003, w którym podkreślona została centralna rola organów Unii w odniesieniu do stosowania zapisanych w art. 81 WE i 82 WE zasad.

38 — W przedmiocie znaczenia zasady lojalnej współpracy pomiędzy państwami członkowskimi i organami Unii odnośnie do polityki konkurencji zob. w szczególności wyroki: ww. w przypisie 21 w sprawie Masterfoods i HB, pkt 56; ww. w przypisie 34 w sprawie X, pkt 21; ww. w przypisie 23 w sprawie Tele2 Polska, pkt 26. Znaczenie ścisłej współpracy Komisji i urzędów ochrony konkurencji państw członkowskich podkreślane jest również w art. 11 ust. 1 i preambule rozporządzenia nr 1/2003 (w szczególności motywy 8, 15).

39 — W tym samym duchu w odniesieniu do zalecenia Komisji wyrok z dnia 13 grudnia 1989 r. w sprawie C-322/88 Grimaldi, Rec. s. 4407, pkt 18, 19.

40 — Powody takie mogą być podawane w odniesieniu do danych spraw lub w formie obwieszczenia krajowego organu ds. konkurencji dotyczącego jego praktyki ścigania.

41 — W tym duchu ww. w przypisie 13 wyrok w sprawie Cadillon, pkt 8; wyroki: z dnia 8 listopada 1983 r. w sprawach połączonych od 96/82 do 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 i 110/82 IAZ International Belgium i in. przeciwko Komisji (zwany dalej „wyrokiem w sprawie IAZ"), Rec. s. 3369, pkt 25; 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 91; z dnia 20 listopada 2008 r. w sprawie C-209/07 Beef Industry Development Society i Barry Brothers (zwany dalej „wyrokiem w sprawie BIDS"), Zb.Orz. s. I-8637, pkt 16, 21; ww. w przypisie 26 wyrok w sprawie T-Mobile, pkt 27; z dnia 13 października 2011 r. w sprawie C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, Zb.Orz. s. I-9419, pkt 35.

42. Z drugiej strony, na różnych rynkach w państwach członkowskich mogą istnieć szczególne narodowe lub regionalne problemy w zakresie konkurencji, na które konkretny organ lub sąd muszą mieć możliwość skutecznego reagowania. Ponadto francuski urząd ds. konkurencji w postępowaniu przed Trybunałem słusznie utrzymywał, że mogą istnieć obiektywne różnice w praktyce ścigania przez organy ds. konkurencji, nawet jeśli wszystkie te organy są częścią Europejskiej Sieci Ochrony Konkurencji (ECN) [42] i ściśle ze sobą współdziałają [43].

43. W związku z powyższym krajowe organy ds. konkurencji i sądy mają prawo do wdrażania postępowań w sprawie porozumień przedsiębiorstw także poniżej wartości progowych obwieszczenia de minimis, o ile rozpatrzyły one w wystarczającym stopniu wskazania Komisji z tego obwieszczenia, a w konkretnym przypadku istnieją inne przesłanki niż udziały w rynku tych przedsiębiorstw, pozwalające wnioskować o odczuwalności ograniczania konkurencji.

C – *Nieistotny charakter progów z obwieszczenia de minimis przy ocenie porozumień przedsiębiorstw mających cel antykonkurencyjny*

44. Do sprawdzenia pozostaje jeszcze, jakie oddziaływanie mają progi rynkowe z obwieszczenia de minimis jako wytyczne dla urzędów i sądów krajowych, gdy w grę wchodzą porozumienia przedsiębiorstw *mające cel antykonkurencyjny*. Według informacji sądu krajowego zostało bowiem stwierdzone, że sporne porozumienie zawarte przez Expedię i SNCF miało cel antykonkurencyjny [44], nawet jeśli Expedia, rząd francuski i Komisja podważają to w ramach postępowania przed Trybunałem.

45. Na tym tle należy wyjaśnić, czy zgodnie z obwieszczeniem de minimis możliwe jest założenie, że nastąpiło odczuwalne ograniczenie konkurencji, jeśli wprawdzie nie przekroczone zostały progi udziałów rynkowych z obwieszczenia de minimis, lecz realizowany jest cel antykonkurencyjny. Jak wykazała przede wszystkim rozprawa, szczególnie pożądane byłoby doprecyzowanie orzecznictwa Trybunału w tej kwestii.

46. Na wstępie należy zauważyć, że brak wiążącego prawnie charakteru takiego działania Komisji, jak obwieszczenie de minimis, nie stoi na przeszkodzie Trybunałowi w dokonaniu jego wykładni w ramach postępowania o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym stosownie do art. 267 ust. 1 lit. b) TFUE [45].

47. W odniesieniu do treści obwieszczenie de minimis bazuje na orzecznictwie Trybunału, zgodnie z którym zawarty w art. 81 WE (obecnie art. 101 TFUE) zakaz karteli obejmuje tylko *odczuwalne* ograniczenia konkurencji [46]. Tego zasadniczego stwierdzenia Trybunał dokonał zarówno w odniesieniu do umów między przedsiębiorstwami mających cel antykonkurencyjny, jak również w aspekcie umów o działaniu antykonkurencyjnym [47]. Innymi słowy, wymóg odczuwalności obowiązuje jako zasada zarówno w przypadku zamierzonych jak i faktycznie dokonanych ograniczeń konkurencji.

42 — Język angielski: European Competition Network (ECN).

43 — Zobacz w odniesieniu do tej sieci motyw 15 rozporządzenia nr 1/2003.

44 — W odniesieniu do porozumienia pomiędzy Expedią i SNCF w postanowieniu odsyłającym Cour de cassation jest wyraźnie powiedziane, że rada ds. konkurencji bezsprzecznie stwierdziła, że ta praktyka miała na celu naruszenie reguł konkurencji.

45 — W tym duchu ww. w przypisie 39 wyrok w sprawie Grimaldi, pkt 8, 9 w odniesieniu do prawa pracy. Także w wyroku z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie C-415/07 Lodato Genaro, Zb.Orz. s. I-2599 w odniesieniu do pomocy państwa Trybunał w związku z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dokonał wykładni niebędących wiążącymi prawnie wytycznych Komisji.

46 — Zobacz w tym względzie orzecznictwo przytoczone w przypisie 13.

47 — Wyżej wymienione w przypisie 13 wyroki: w sprawie Völk, pkt 7; w sprawie Cadillon, pkt 9, 10, odnoszące się do porozumienia w sprawie wyłącznej dystrybucji z całkowitą ochroną terytorium, czyli mającego cel antykonkurencyjny. Zobacz także wyrok z dnia 24 października 1995 r. w sprawie C-70/93 Bayerische Motorenwerke, Rec. s. I-3439, pkt 18; ww. w przypisie 13 wyrok w sprawie Pedro IV Servicios, pkt 68, które zawierają sformułowanie „[…] ma na celu lub powoduje odczuwalne ograniczanie konkurencji w ramach wspólnego rynku […]”.

48. Nie oznacza to jednak, że wymogi *dowodu odczuwalności* miałyby być takie same dla obydwu przypadków. Wręcz przeciwnie, wymogi te różnią się w zależności od tego, czy porozumienie między przedsiębiorstwami ma cel antykonkurencyjny, czy tylko skutkuje naruszeniem reguł konkurencji.

49. Tylko bowiem wówczas, gdy nie ma wystarczających przesłanek istnienia celu antykonkurencyjnego, zastosowanie art. 81 ust. 1 WE wymaga dowodu na istnienie konkretnych skutków antykonkurencyjnych porozumienia. Jeśli natomiast zostało stwierdzone, że rzeczone porozumienie ma na celu naruszenie reguł konkurencji, to stosownie do utrwalonego orzecznictwa nie ma potrzeby przeprowadzenia konkretnego dowodu na niekorzystny wpływ tego porozumienia na konkurencję. Wystarczy wtedy wykazać, że porozumienie to jest konkretnie w stanie zapobiec konkurencji, ograniczyć ją albo zakłócić w ramach rynku wewnętrznego [48].

50. Te różne wymogi dowodowe wynikają z okoliczności, że celowe ograniczanie konkurencji już ze swej natury traktowane jest jako szkodliwe dla dobrego funkcjonowania normalnej konkurencji [49]. Porozumienia mające na celu naruszenie reguł konkurencji są powszechnie uznane za szkodliwe społecznie [50]. Trudno byłoby je uznać za drobne naruszenia. Przeciwnie, należy tu wyjść z założenia, że przedsiębiorstwa zawierające umowy mające na celu naruszenie reguł konkurencji, działają z zamiarem stałego odczuwalnego ograniczania konkurencji, niezależnie od tego, jak wysokie mogą być ich aktualne udziały rynkowe i obroty.

51. Komisja nie może się w obwieszczeniu de minimis postawić w opozycji do tych założeń, wynikających bezpośrednio z art. 81 WE [51]. Zgodnie z powyższym także obwieszczenie de minimis wyraźnie wyjmuje określone „ograniczenia podstawowe" z obowiązywania progów udziałów rynkowych [52]. Jak Komisja sama przyznała w ramach rozprawy przed Trybunałem, nie wiąże się z tym oczywiście żadne pełne wyliczenie wszystkich porozumień mających cel antykonkurencyjny [53].

52. Niestosowanie progów udziałów w rynku z obwieszczenia de minimis do porozumień mających cel antykonkurencyjny ma sens nie tylko prawny, lecz także odnośnie do polityki konkurencji, bowiem progi udziałów w rynku, takie jak zawarte w obwieszczeniu de minimis, powinny zapewnić pewność prawa. Tworzą one strefę bezpieczeństwa (po angielsku: „safe harbour"), w obrębie której przedsiębiorstwa zawierające porozumienie nie muszą się obawiać, że naruszają zakaz karteli. Takie uprzywilejowane traktowanie nie może raczej wychodzić na dobre przedsiębiorcom, którzy zawierają umowy, mające cel antykonkurencyjny. W innym przypadku przedsiębiorstwa, których udziały rynkowe pozostają poniżej progów z obwieszczenia de minimis, byłyby wręcz zapraszane do rezygnacji ze skutecznej konkurencji między sobą i tworzenia karteli z naruszeniem podstawowych zasad rynku wewnętrznego. Wskazywała na to między innymi słusznie Polska.

48 — Wyżej wymieniony w przypisie 26 wyrok w sprawie T-Mobile, pkt 28–31. Zobacz także wyrok z dnia 13 lipca 1966 r. w sprawach połączonych 56/64 i 58/64 Consten i Grundig przeciwko Komisji, Rec. s. 322, 390; ww. w przypisie 41 wyrok w sprawie BIDS, pkt 15, 16; wyroki: z dnia 6 października 2009 r. w sprawach połączonych C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P GlaxoSmithKline Services i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-9291, pkt 55; z dnia 4 października 2011 r. w sprawach połączonych C-403/08 i C-429/08 Football Association Premier League i in. (zwany dalej „wyrokiem w sprawie FAPL"), Zb.Orz. s. I-9083), pkt 135; ww. w przypisie 29 wyrok w sprawie KME i in. przeciwko Komisji, pkt 65; ww. w przypisie 41 wyrok w sprawie Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, pkt 34.

49 — Wyżej wymieniony w przypisie 41 wyrok w sprawie BIDS, pkt 17; ww. w przypisie 26 wyrok w sprawie T-Mobile, pkt 29.

50 — W ogólnym kontekście zob. także moja opinia z dnia 19 lutego 2009 r. w ww. w przypisie 26 sprawie T-Mobile, w szczególności pkt 42–47; a także opinia rzecznika generalnego L.A. Geelhoeda z dnia 12 września 2006 r. w sprawie C-407/04 P Dalmine przeciwko Komisji (wyrok z dnia 25 stycznia 2007 r.), Zb.Orz. s. I-829, pkt 136.

51 — W tym duchu – odnośnie do obwieszczeń Komisji z obszaru pomocy państwa – ww. w przypisie 29 wyrok w sprawie Niemcy przeciwko Komisji, pkt 62; wyrok z dnia 11 września 2008 r. w sprawach połączonych C-75/05 P i C-80/05 P Niemcy i in. przeciwko Kronofrance, Zb.Orz. s. I-6619, pkt 65, 66.

52 — Punkt 11 obwieszczenia de minimis.

53 — Trybunał przykładowo w ww. w przypisie 26 wyroku w sprawie T-Mobile, w szczególności pkt 32–39, potwierdził, iż wymiana poufnych informacji cenowych pomiędzy konkurentami stanowi cel antykonkurencyjny. Takie zachowanie przedsiębiorców mogłoby natomiast zostać zakwalifikowane jako „ograniczenie podstawowe" w rozumieniu obwieszczenia de minimis jedynie wtedy, gdyby przyjąć bardzo szeroką wykładnię wymienionego w pkt 11.1 lit. a) obwieszczenia de minimis „porozumienia", które „pośrednio […]" ma na celu „ustalanie cen sprzedaży produktów osobom trzecim".

53. Łącznie należy zatem przyjąć, że progi udziałów w rynku zawarte w obwieszczeniu de minimis nie są istotne, gdy chodzi o ocenę odczuwalności ograniczeń konkurencji, powodowanych przez porozumienia przedsiębiorstw mające cel antykonkurencyjny. Wskazali na to trafnie francuski rząd ds. konkurencji oraz rządy Francji, Włoch i Irlandii. Także Komisja w trakcie rozprawy przed Trybunałem przyłączyła się w zasadzie do tego poglądu.

54. Wprawdzie w orzecznictwie Trybunału dadzą się wyodrębnić pojedyncze wyroki, które za konieczny uznają zakaz karteli także w przypadku porozumień przedsiębiorstw mających cel antykonkurencyjny, o ile porozumienia te „ograniczają rynek z uwzględnieniem słabej pozycji występujących na rynku danych wyrobów tylko nieznacznie” [54]. Nie można tego jednak błędnie rozumieć w ten sposób, że odczuwalność celowych ograniczeń konkurencji musiałaby być mierzona progami udziałów w rynku, a już na pewno nie na podstawie tych samych progów, które stosuje się jako podstawę przy badaniu odczuwalności spowodowanych ograniczeń konkurencji [55]. Wówczas bowiem niedopuszczalnemu zatarciu uległoby podstawowe rozróżnienie między celowym i spowodowanym ograniczeniem konkurencji.

55. Zgodnie z tym Trybunał nawet przy stosunkowo niskich udziałach rynkowych, pozostających wyraźnie poniżej dyskutowanego w niniejszej sprawie 10-procentowego „progu de minimis”, nie zawahał się potwierdzić odczuwalności ograniczeń konkurencji, o ile zainteresowane przedsiębiorstwa poprzez swe działanie realizowały cel antykonkurencyjny [56]. W kilku wyrokach sądów unijnych nie wymagano nawet w ogóle żadnych konkretnych przesłanek odczuwalności, gdy stwierdzono, że porozumienie przedsiębiorstw miało na celu naruszenie reguł konkurencji [57].

56. Wszystko to pozwala na wniosek, że w stosunku do dowodu odczuwalności celowego ograniczania konkurencji w żadnym wypadku nie powinny być stosowane wyższe wymogi, niż w ramach tak zwanej „klauzuli międzypaństwowej” z art. 81 ust. 1 WE (art. 101 ust. 1 TFUE) w stosunku do dowodu odczuwalności ograniczenia handlu między państwami członkowskimi [58].

57. Jeśli więc – jak w niniejszej sprawie – stwierdzone jest, że porozumienie przedsiębiorstw mające cel antykonkurencyjny, jest w stanie odczuwalnie ograniczyć handel między państwami członkowskimi [59], to można stąd bez przeszkód wyciągnąć równocześnie wniosek, że to porozumienie nadaje się także, by odczuwalnie ograniczyć, zakłócić, a nawet zapobiec konkurencji w ramach rynku wewnętrznego.

54 — Wyżej wymienione w przypisie 13 wyroki: w sprawie Völk, pkt 7; w sprawie Cadillon, pkt 9.

55 — Dokonane przez Trybunał w ww. w przypisie 13 wyroku w sprawie Völk, pkt 7 stwierdzenia należy rozpatrywać w kontekście udziałów rynkowych mniejszych niż 1%.

56 — Wyroki: z dnia 1 lutego 1978 r. w sprawie 19/77 Miller International Schallplatten przeciwko Komisji (zwany dalej „wyrokiem w sprawie Miller”), Rec. s. 131, pkt 7 w związku z pkt 9 i 10; z dnia 7 czerwca 1983 r. w sprawach połączonych od 100/80 do 103/80 Musique Diffusion française i in. przeciwko Komisji (zwany dalej „wyrokiem w sprawie Musique Diffusion française”), Rec. s. 1825, pkt 82 w związku z pkt 3 i 4; z dnia 25 października 1983 r. w sprawie 107/82 AEG-Telefunken przeciwko Komisji (zwany dalej „wyrokiem w sprawie AEG”), Rec. s. 3151, pkt 43 w związku z pkt 58.

57 — Z orzecznictwa Trybunału szczególnie warte przytoczenia są wyroki: ww. w przypisie 13 w sprawie LTM, s. 306, pkt 3 sentencji wyroku; w sprawie Deere przeciwko Komisji, pkt 75, ww. w przypisie 41 w sprawie BIDS, pkt 15; ww. w przypisie 48 w sprawie FAPL, pkt 135, 136, w których kryterium odczuwalności wymienione zostało za każdym razem wyłącznie w odniesieniu do powodujących naruszenie reguł konkurencji *skutków*, a nie w kontekście antykonkurencyjnego *celu* porozumienia przedsiębiorstw. Z orzecznictwa Sądu zob. na przykład wyroki z dnia 8 lipca 2004 r.: w sprawie T-44/00 Mannesmannröhren-Werke przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-2223, pkt 129–131; w sprawie T-50/00 Dalmine przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-2395, pkt 225; w sprawach połączonych T-67/00, T-68/00, T-71/00 i T-78/00 JFE Engineering i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-2501, pkt 383, 384; a także wyrok z dnia 8 lipca 2008 r. w sprawie T-53/03 BPB przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-1333, pkt 90 zdanie ostatnie.

58 — Zgodnie z orzecznictwem należy zakładać odczuwalne ograniczanie handlu między państwami członkowskimi już w przypadku udziału rynkowego znacznie poniżej 10% – w normalnym przypadku już przy ok. 5% (zob. na przykład przytaczane w przypisie 56 wyroki: w sprawie Miller, pkt 9; w sprawie Musique Diffusion française, pkt 86 w związku z pkt 82; w sprawie AEG, pkt 56–58). Także Komisja w Wytycznych dotyczących pojęcia ograniczania handlu między państwami członkowskimi zawartego w art. 81 WE i art. 82 WE (Dz.U. 2004, C 101, s. 81) przyjmuje 5% próg udziału rynkowego jako jedno z wielu kryteriów dla ilościowej oceny odczuwalności ograniczenia handlu (zob. w szczególności pkt 52).

59 — Możliwość naruszania handlu między państwami członkowskimi przez sporne porozumienie pomiędzy Expedią i SNCF stanowi podstawowe założenie, na którym opiera się w niniejszej sprawie pytanie prejudycjalne i cały wniosek Cour de cassation o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

VI – Wnioski

58. Na podstawie powyższych wywodów proponuję, aby Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na pytanie przedstawione przez francuski Cour de cassation:

1) Artykuł art. 81 ust. 1 WE i art. 3 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 należy interpretować w ten sposób, że organ ds. konkurencji państwa członkowskiego może ścigać i karać porozumienia między przedsiębiorstwami jako antykonkurencyjne nawet wówczas, gdy nie są osiągnięte progi udziałów w rynku ustanowione przez Komisję Europejską w jej „obwieszczeniu de minimis", jeśli spełnione jest założenie, że organ państwowy należycie uwzględnia to obwieszczenie i w inny sposób dowiedzie, że jest zamierzone lub zachodzi odczuwalne ograniczanie konkurencji.

2) „Obwieszczenie de minimis" Komisji należy interpretować w ten sposób, że zdefiniowane w nim progi udziałów w rynku nie powinny być brane pod uwagę, jeśli przedmiotem jest ocena odczuwalności ograniczeń konkurencji, powodowanych przez porozumienia przedsiębiorstw mające cel antykonkurencyjny.