Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
N. WAHL
представено на 27 март 2014 година[1]

Дело C-67/13 P

Groupement des cartes bancaires (CB)
срещу

Европейска комисия

„Жалба — Картели — Пазар на банкови карти във Франция — Groupement des cartes bancaires (CB) — Ценови мерки, приложими за „новонавлизащите участници“ — Членска такса и т.нар. механизми за „регулиране на функцията на придобиване“ и за „събуждане на спящите членове“ — Ограничаване на конкуренцията с оглед на целта — Разпоредителни правомощия — Спазване на принципите на пропорционалност и на правна сигурност“

1. С настоящата жалба Groupement des cartes bancaires (CB) (наричано по-нататък „Groupement“) моли Съда да отмени решението на Общия съд на Европейския съюз от 29 ноември 2012 г., CB/Комисия[2], с което се отхвърля жалбата му за отмяна на Решение C(2007) 5060 окончателен на Комисията от 17 октомври 2008 година относно производство съгласно член [81 ЕО] (COMP/D1/38606 — Groupement des cartes bancaires („CB“) (наричано по-нататък „спорното решение“).

2. В настоящия случай Съдът основно трябва да реши дали Общият съд, без да допусне грешка при прилагане на правото, е могъл да приеме, че разглежданите мерки са имали за „цел“ да ограничат конкуренцията по смисъла на член 81 параграф 1 ЕО (понастоящем член 101 параграф 1 ДФЕС), при положение че в конкретния случай Общият съд не е изследвал настъпилите от тях последици за конкуренцията, за разлика от Европейската комисия, която след задълбочен анализ е констатирала в спорното решение, че тези мерки са имали освен тази цел и антиконкурентен резултат[3].

1 — Език на оригиналния текст: френски.

2 — T-491/07 (наричано по-нататък „обжалваното съдебно решение“).

3 — Вж. точки 252?358 от спорното решение.

3. Следва по-конкретно да се отговори на въпроса дали правилно Общият съд е възприел, а в случая и приложил, едно по-скоро разширително разбиране на понятието „ограничаване с оглед на целта“. Този важен въпрос, който съвсем не е нов, се поставя в твърде специалния контекст на пазара на платежните карти, чието двустранно естество [4] и много особени характеристики досега [5] все още не са били разглеждани от Съда. По-точно настоящото дело дава на Съда нов повод да уточни в известна степен противоречивата си практика относно понятието „ограничаване с оглед на целта“, за което се отнася член 81 параграф 1 ЕО.

I – **Обстоятелства, предхождащи спора**

4. Обстоятелствата, предхождащи спора, както произтичат от обжалваното съдебно решение, могат да бъдат обобщени по следния начин.

5. Жалбоподателят е обединение по икономически интереси, създадено през 1984 г. по френското право от основните френски банкови институции. То е създадено, за да се постигне оперативна съвместимост между платежните системи и тегленията с банкови карти (наричани по-нататък „CB“), издавани от неговите членове. На практика тази оперативна съвместимост се проявява по такъв начин, че една CB, издадена от член на Groupement, може да бъде използвана за извършване на плащания към всички търговци, свързани към системата на CB, без значение чрез кой от останалите членове те са се присъединили към нея, и/или може да бъде използвана за теглене от автоматични разпределителни устройства за банкноти (наричани по-нататък „АРУБ“), поддържани от всеки от останалите членове. Членовете на Groupement, които наброяват 148 към 29 юни 2007 г., са или водещи институции, или институции, свързани с водещи институции. Сред единадесетте водещи институции в учредителния договор на Groupement фигурират BNP Paribas, BPCE, по-рано Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance (CNCEP), и Société générale (наричано по-нататък „SG“).

6. На 10 декември 2002 г. на основание Регламент № 17 [6] Groupement уведомява Комисията за нови правила, предвидени за системата CB, състоящи се по-специално [7] в три ценови мерки, които могат да се опишат по следния начин:

— Механизъм, наречен „MERFA“ [8], който според Groupement по същество има за цел, от една страна, да стимулира членовете, които са по-скоро издатели отколкото приобретатели, да развиват дейността си по придобиване и от друга страна, да даде финансово изражение на усилията на онези от членовете, чиято дейност по придобиване е значително по-активна от дейността им по издаване. Предвидената с тази цел формула се състои в съпоставянето на дела на съответния член във всички дейности по издаване в системата CB (пресметнати според броя на SIREN [9] и на АРУБ) и дела на същия член във всички дейности по издаване в тази система. Предвидено е било MERFA да се прилага при съотношение между двете квоти под 0,5. Получените чрез MERFA суми е следвало да се разпределят между членовете на

4 — Двустранните пазари могат да бъдат определени като пазари, в които обемът на осъществяваните сделки зависи не само от общото ниво на цените, заплащани от членовете, но и от тяхната структура (*Rochet*, J.-C. et *Tirole*, J. Two-sided markets: a progress report. — The RAND Journal of Economics, vol. 37, 3/2006, p. 645?667.

5 — Все пак следва да се отбележи, че делото MasterCard и др./Комисия (C-382/12 P), което е висящо пред Съда (вж. заключението на генералния адвокат Mengozzi, представено на 30 януари 2014 г.), се отнася до изследването на някои решения, приети в рамките на картова платежна система, наречена „отворена“, управлявана от MasterCard. Това дело, освен че поставя правни въпроси, различни от тези по настоящото дело, се отнася за много различни мерки за облагане с многостранни такси за обмен (МТО).

6 — Регламент на Съвета от 6 февруари 1962 година първи регламент за прилагане на членове [81 ЕО] et [82 ЕО] (ОВ 13, 1962 г., стр. 204; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1 стр. 3).

7 — От описанието на мерките е видно, че освен ценови мерки, мерките в уведомлението предвиждат и преуреждане на начина на пресмятане на правото на глас на членовете в рамките на Groupement.

8 — Механизъм за регулиране на функцията по придобиване.

9 — Система за идентификация в регистъра на предприятията.

Groupement, които не дължат суми на това основание, пропорционално на техния принос в дейността по придобиване. Тези членове можели да използват по свое усмотрение събраните по този начин суми.

— Реформа на условията за членство в Groupement, която включва, наред с фиксирана встъпителна членска такса от 50 000 евро, и такса за всяка CB, издадена и активна в продължение на три години след присъединяването, и ако случаят е такъв, допълнителна членска такса, приложима за онези от членовете, които в продължение или в края на шестата година след присъединяването си имат на склад такова количество CB, което надхвърля трикратното количество CB на склад в края на третата година след присъединяването им.

— Механизъм, наречен „събуждане на спящите членове“, представляващ такса за всяка издадена CB, приложима по отношение на неактивните или слабо активни членове преди датата на влизане в сила на новите ценови мерки, когато техният дял във всички дейности по издаване на CB в системата CB през годините 2003, 2004 и 2005 е бил три пъти по-голям от дела им във всички дейности с CB в цялата система CB през финансовата 2000, 2001 или 2002 година

7. На 6 юли 2004 г. Комисията приема първото изложение на възраженията, адресирано до Groupement и до деветте водещи институции, обект на проверките, в което тя ги упреква, че са сключили „тайно антиконкурентно споразумение“, което „има за цел изцяло да ограничи конкуренцията между банките, страни по споразумението, както и по съгласуван начин да ограничи конкуренцията на новонавлизащите участници (по-специално големите търговски вериги, банките онлайн и чуждестранните банки) на пазара на издаване на [CB]“. Тя счита, че „уведомлението е направено с цел да се прикрие истинското съдържание на антиконкурентното споразумение“. Тя изразява намерение да не придава никакво значение на уведомлението и да наложи глоба на адресатите на това изложение на възраженията. Groupement отговаря на това изложение на възраженията на 8 ноември 2004 г., а на 16 и 17 декември 2004 г. се провежда изслушване.

8. На 17 юли 2006 г. Комисията приема второ изложение на възраженията, адресирано само до Groupement. В него тя посочва, че първото изложение на възраженията следва да се счита за оттеглено. Това второ изложение на възраженията се отнася до решението на сдружението от предприятия, установяващо серия от ценови мерки с антиконкурентна цел или последици. Groupement отговаря на това второ изложение на възраженията на 19 октомври 2006 г. и на 13 ноември 2006 г. се провежда изслушване.

9. На 20 юли 2007 г. Groupement представя предложение за ангажименти съгласно член 9 от Регламент (ЕО) № 1/2003 [10], което е отхвърлено от генералния директор на генерална дирекция „Конкуренция“ на Комисията като несвоевременно и неудовлетворително.

10. Вследствие на това Комисията приема спорното решение, в което преценява, че Groupement е нарушило член 81 ЕО. Това решение съдържа по-конкретно следните съображения:

— разглежданият пазар се определя като пазар на издаване на платежни карти във Франция;

— разглежданите мерки представляват решение на сдружение от предприятия;

10 — Регламент на Съвета от 16 декември 2002 г. относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове [81 ЕО] и [82 ЕО] (ОВ L 1, 2003 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 167).

— тези мерки имат антиконкурентна цел. Целта произтича от самите формули, предвидени в тях, и противоречи на целите на тези мерки, посочени в уведомлението. От една страна, тези мерки не са подходящи, за да насърчат придобиването, и водят или до налагането на свръхразходи за членовете, за които се прилагат, или до ограничаване дейността по издаване на членовете, по отношение на които в противен случай те биха се прилагали. От друга страна, функцията на MERFA за стимулиране на дейността по придобиване е в противоречие с функцията на междубанковите комисиони и с функцията на допълнителната членска такса и на таксата за събуждане на спящите членове. Тази антиконкурентна цел отговаря на действителните цели на тези мерки, изразени от водещите институции по време на тяхното изготвяне, а именно стремежът да се възпрепятства конкуренцията на новонавлизащите участници и ощетяването им, стремежът да се защитят приходите на водещите институции и стремежът да се ограничи намаляването на цената на CB;

— разглежданите мерки имат и ограничителен резултат за конкуренцията. По-специално през периода на прилагането им (между 1 януари 2003 г. и 8 юни 2004 г.) тези мерки са довели до спад в плановете на новонавлизащите участници за издаване на CB и до предотвратяване на намалението на цените на CB както за новонавлизащите участници, така и за водещите институции;

— разглежданите мерки не могат да се считат за съпътстващо ограничение, което е извън приложното поле на член 81 параграф 1 ЕО, и

— условията за прилагане на член 81, параграф 3 ЕО не са налице. Обосновката на разглежданите мерки, в частност що се отнася до MERFA като механизъм за поддържане на баланс между функцията по придобиване и функцията по издаване, не може да бъде приета, доколкото референтното съотношение между дейността по издаване и дейността по придобиване е това на водещите институции, а не на един оптимален баланс за системата CB.

11. Затова Комисията прави заключение, че член 81, параграф 3 ЕО е неприложим към разглежданите мерки, че решението на Groupement за тези мерки противоречи на разпоредбите на член 81 параграф 1 ЕО и че то е нищожно на основание член 81, параграф 2 ЕО в неговата цялост, и поради това разпорежда на Groupement да оттегли разглежданите мерки и да се въздържа в бъдеще от всякакви споразумения, решения на сдружението от предприятия или съгласувани практики с подобна цел.

12. Спорното решение гласи:

„Член 1

Ценовите мерки, приети от [Groupement] с решения от 8 и 29 ноември 2002 г. [на управителния съвет], а именно [MERFA], членската такса за всяка карта и допълнителната членска такса, както и [таксата за събуждане на спящите членове], приложима за членовете на Groupement, които не са развивали значителна дейност „CB“ след присъединяване им, противоречат на член 81 [ЕО].

Член 2

Groupement да преустанови незабавно нарушението, посочено в член 1 като оттегли ценовите мерки, за които се отнася уведомлението, посочени в същия член, доколкото това вече не е направено.

Groupement да се въздържа за в бъдеще от всякакви мерки или поведение със същата или подобна цел“.

II – **Производството пред Общия съд и обжалваното съдебно решение**

13. С жалба, подадена в секретариата на Общия съд на 27 декември 2007 г., жалбоподателят иска отмяната на спорното решение. BNP Paribas, BPCE и SG встъпват в производството, за да подпомагат жалбоподателя.

14. В подкрепа на жалбата си жалбоподателят, поддържан от встъпилите страни, изтъква шест основания. Първото основание е изведено от нарушение на член 81 ЕО поради грешки в метода за анализ на разглежданите мерки и на определените пазари, от нарушение на принципа за равно третиране и от липса на мотиви. Второто основание е изведено от нарушение на член 81, параграф 1 ЕО поради грешки при прилагане на правото, фактически грешки и грешки в преценката при изследване на целта на разглежданите мерки. Третото основание е изведено от грешки при прилагане на правото, фактически грешки и грешки в преценката относно резултатите от разглежданите мерки. Четвъртото основание, повдигнато при условията на евентуалност, е изведено от нарушение на член 81, параграф 3 ЕО поради грешки при прилагане на правото, фактически грешки и грешки в преценката относно приложимостта на тази разпоредба към разглежданите мерки. Петото основание е изведено от нарушение на принципа на добра администрация. Шестото основание е изведено от нарушение на принципите на пропорционалност и на правна сигурност.

15. След като отхвърля всички тези основания, Общият съд отхвърля и жалбата в нейната цялост, осъжда Groupement да понесе направените от него съдебни разноски и съдебните разноски, направени от Комисията, и осъжда BNP Paribas, BPCE и SG да понесат направените от тях съдебни разноски.

III – **Искания на страните и производство пред Съда**

16. С жалбата си жалбоподателят иска от Съда:

— да отмени обжалваното съдебно решение;

— да върне делото на Общия съд, освен ако Съдът не прецени, че разполага с достатъчно данни, за да отмени спорното решение, и

— да осъди Комисията да заплати направените в производствата пред Съда и пред Общия съд съдебни разноски.

17. В отговор BNP Paribas, BPCE и SG представят писмени становища, с които подкрепят жалбоподателя.

18. Комисията моли Съда да отхвърли жалбата и да осъди жалбоподателя да заплати съдебните разноски.

19. Страните са изложили писмено своите становища, а в съдебното заседание от 22 януари 2014 г. излагат и устно позициите си.

IV – **Преценка на основанията на жалбата**

20. В подкрепа на жалбата си жалбоподателят изтъква три основания. Първото основание е изведено от грешки при прилагане на правото при прилагане на понятието „ограничаване на конкуренцията с оглед на целта“. Второто основание е изведено от грешки при прилагане на правото при прилагане на понятието „ограничаване на конкуренцията с оглед на резултата“. Третото основание се извежда от нарушение на принципите на пропорционалност и на правна сигурност.

21. Преди всичко жалбоподателят изтъква, че Общият съд очевидно не е взел предвид съществени доказателства от описанието на фактите (точки 1—48 от обжалваното съдебно решение), което показвало, че той изобщо не се е разграничил от позицията на Комисията и че не е упражнил задълбочения правен и фактически контрол, който Съдът изисква[11]. Такива доказателства били, от една страна, фактът, че Комисията променя изцяло позицията си в хода на разследването[12], което се обяснявало с основни грешки в анализа, непосочени от Комисията, и от друга страна, несъобразяването с обсъждането, състояло се на 16 май 2012 г. в съдебното заседание пред Общия съд, относно понятието за ограничаване с оглед на целта, по-специално във връзка с тълкуването, дадено в Решение по дело Beef Industry Development Society и Barry Brothers[13], което следвало да се има предвид.

22. Считам, че тези предварителни съображения, които са основни за поставените в това дело въпроси, не могат да се приемат като отделни основания, различни от официално изложените.

23. Следователно е необходимо да се разгледат последователно трите официално изтъкнати основания, като се наблегне на първото, което според мен е в центъра на спора и което освен това е от особен интерес.

A – *По първото основание, изведено от грешки при прилагане на правото в използването на понятието „ограничаване на конкуренцията с оглед на целта“*

24. Жалбоподателят, към който се присъединяват BNP Paribas, BPCE и SG, изтъква, че Общият съд е допуснал няколко правни грешки при прилагането на член 81 параграф 1 ЕО. Той подчертава, че подходът, възприет от Общия съд, представлява сериозен прецедент, доколкото той води до това да се забрани само по себе си каквото и да било фактуриране на цена от един оператор на друг. Groupement поддържа по-специално, че Общият съд не е отчел, че понятието за ограничаване с оглед на целта не може да се тълкува твърде широко и не е използвал следваната обичайно от Съда рамка на анализа за установяване на такова ограничаване.

25. Преди да се изследват всички доводи срещу схемата за анализ на разглежданите мерки, възприета от Общия съд, изглежда е необходимо да се изложат някои предварителни съображения във връзка с подхода, който ще трябва да се възприеме, когато става въпрос да се изследва наличието на ограничаване на конкуренцията с оглед на целта по смисъла на член 81 параграф 1 ЕО.

11 — Вж. Решение от 8 декември 2011 г. по дело KME Germany и др./Комисия (C-272/09 P, Сборник, стр. I-12789, точка 102).

12 — Groupement подчертава, че Комисията изобщо не е изоставила становището си, изразено в първото изложение на възраженията от 6 юли 2004 г. След изслушването обаче, състояло се на 16 и 17декември 2004 г., Комисията е била принудена да оттегли това изложение на възраженията, което не почивало на никаква сериозна основа.

13 — Решение от 20 ноември 2008 г. (C-209/07, Сборник, стр. I-8637).

1. Общи съображения за пределите на понятието антиконкурентна цел по смисъла на член 81 параграф 1 ЕО

26. Установено е, че всяка система за забрана и за санкциониране на тайни практики се отнася за поведение, което има ограничителен резултат за конкуренцията [14].

27. За да се установи поведение, което ограничава конкуренцията, обикновено са възможни два методологични подхода.

28. Първият се изразява в казуистичен подход, който включва подробно и задълбочено проучване на действителните и потенциални антиконкурентни последици от поведението на предприятията. Този подход, макар и да има голямото предимство да се насочва точно към практиките, които имат очевидно ограничителни последици за конкуренцията, изисква използването на сериозни ресурси и не е залог за процесуална икономия. По този начин, in fine, той може да възпрепятства масовото разкриване на антиконкуретното поведение.

29. Тези недостатъци са наложили да се прибегне до втори, отчасти не толкова индивидуален подход, с препращане и към поведение, за което въз основа на изложеното в икономическия анализ се приема по принцип, че има вредни за конкуренцията последици.

30. В такава система няма съществена разлика между поведение на предприятията, квалифицирано като ограничително за конкуренцията след индивидуално проучване, и това, за което е приложен стандартният подход — и двете са забранени. Разграничението, което следва да се направи, почива преди всичко върху процедурни съображения във връзка с доказването на антиконкурентните последици, пораждани от оспореното поведение.

31. Като пример, в американското антитръстово законодателство някои видове поведение се приемат per se за нарушение. Предприятията, които имат такова поведение, не могат да оспорват нито пред органа, провеждащ разследването, нито пред съдията квалификацията като споразумение, ограничаващо конкуренцията, доказвайки, че това поведение има незначителни вредни последици и дори някои положителни последици за конкуренцията.

32. Посочването в член 81, параграф 1 ЕО на споразуменията, „които имат за своя цел [.] предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на вътрешния пазар [на общността]“, предполага резултати, които макар и да не са еднакви, са сравними.

33. На първо място, щом като е установено, че поведението на дадено предприятие има антиконкурентна „цел“, това поведение по принцип е забранено, без да се налага да се изследват неговите последици.

34. На второ място, макар и при прилагането на член 81, параграф 3 ЕО да може да се постигне баланс между проконкурентните и антиконкурентните последици, прибягването до понятието за антиконкурентна цел предоставя някои предимства, доколкото то улеснява установяването на ограничителното въздействие на някои практики, използвани от предприятията.

14 — Уточнявам, че терминът „ограничаване“ включва също така и случаите, в които конкуренцията е „затруднена“ или „нарушена“. Ограничаването, за което става въпрос тук, трябва да се разбира също така не само като засягащо свободата на действие на предприятията на пазара („restraint of trade“), а и като засягащо функционирането и структурата на пазара („restriction of competition“).

35. Най-напред, то несъмнено е източник на предвидимост и следователно на правна сигурност за предприятията, доколкото им дава възможност да се запознаят с правните последици (по-специално в смисъл на забрани и санкции), до които водят някои от техните действия като например сключването на споразумения относно цените, и вследствие на това да съобразят поведението си. По този начин установяването на споразумения с цел ограничаване на конкуренцията има освен това и възпиращ ефект и допринася за предотвратяване на антиконкурентното поведение. Накрая, то е източник на процесуална икономия, тъй като дава възможност на органите в областта на конкуренцията при наличието на някои форми на тайни съглашения да направят извод за антиконкурентното им въздействие, без да се налага да прибягват до изследване, понякога сложно и трудоемко, на техните потенциални или действителни резултати на съответния пазар.

36. Тези предимства се проявяват обаче само ако понятието за ограничаване с оглед на целта е ясно очертано, в противен случай това би могло да доведе до включването в него на поведение, чиито вредни за конкуренцията резултати не са ясно изразени.

37. Тези съображения намират по-конкретна опора в изводите, които могат да бъдат изведени от трайно установената практика на Съда.

38. Първо, както Съдът е приел много отдавна в Решение по дело LTM [15] и както той припомня постоянно [16], алтернативният характер на условието, съдържащо се в член 81, параграф 1 ЕО, свързано с наличието на споразумение, което има за „цел или резултат“ ограничаването на конкуренцията, посочен със съюза „или“, води, на първо място, до необходимостта да се разгледа самата цел на споразумението, като се има предвид икономическият контекст, в който то трябва да се прилага. Според уточнението, което прави Съдът в това отношение, в случай обаче че „анализът на *клаузите* на това споразумение не разкрива, че последиците му по отношение на конкуренцията *са достатъчно вредоносни*“ (курсивът е мой), тогава следва да се разгледа резултатът от него и за да бъде то забранено, да се изисква едновременно да са налице обстоятелства, доказващи, че всъщност конкуренцията е значително или предотвратена, или ограничена, или нарушена. Следователно, за да се прецени дали дадено споразумение е забранено от член 81, параграф 1 ЕО, отчитането на конкретните резултати от него е излишно, щом като е ясно, че то има за цел предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на общия пазар [17].

39. Второ, Съдът уточнява, че разграничението между „нарушения с оглед на целта“ и „нарушения с оглед на резултата“ се дължи на обстоятелството, че определени форми на тайни споразумения между предприятията могат да бъдат разглеждани по самото им *естество* като увреждащи доброто функциониране на нормалната конкуренция [18]. По този начин за различни форми на сътрудничество между предприятия е прието, че поради самата си цел представляват ограничаване на конкуренцията с оглед на целта. Така например е прието, че не само различни видове хоризонтално сътрудничество, наред с посочените в член 81, параграф 1, букви а)—д) ЕО [19], имат за цел ограничаване на конкуренцията, но също така и някои вертикални споразумения [20].

15 — Решение от 30 юни 1966 г. (56/65, Recueil, стр. 337 и 359).

16 — Решение по дело Beef Industry Development Society и Barry Brothers, посочено по-горе (точка 15).

17 — Вж. Решение Beef Industry Development Society и Barry Brothers, посочено по-горе (точка 16 и цитираната съдебна практика).

18 — Решение Beef Industry Development Society и Barry Brothers, посочено по-горе (точка 18).

19 — Прието е по-специално, че такава антиконкурентна цел има обменът на сведения, предназначени да координират поведението на конкурентите на пазара (Решение от 4 юни 2009г. по дело T-Mobile Netherlands и др., C-8/08, Сборник, стр. I-4529).

20 — Вж. по-специално Решение от 13 юли 1966 г. по дело Consten и Grundig/Комисия (56/64 и 58/64, Recueil, стр. 429), Решение от 1 февруари 1978 г. по дело Miller International Schallplatten/Комисия (19/77, Recueil, стр. 131) (споразумения за разпространение, които забраняват паралелната търговия между държавите членки и установяват изключителни териториални права), Решение от 3 юли 1985 г. по дело Binon (243/83, Recueil, стр. 2015) (система на селективно разпространение с определяне на минимални цени за препродажба), както и Решение от 13 октомври 2011 г. по дело Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, Сборник, стр. I-9419) (система на селективно разпространение, забраняваща продажба на някои продукти по Интернет без обективно основание).

40. Трето, по-стандартните съображения, до които води използването на понятието за ограничаване с оглед на целта, предполагат подробно и индивидуално изследване на спорното споразумение, което обаче трябва да се различава ясно от изследването на действителните или на потенциалните последици от оспореното поведение на предприятията.

41. В този смисъл много отдавна [21] Съдът е уточнил, че изследването на въпроса дали даден договор има ограничаваща цел не може да се осъществява без връзка с икономическия и правен контекст, с оглед на който страните са го сключили. Впоследствие той постоянно припомня, че клаузите на съответните споразумения трябва наистина да се разглеждат в светлината на техния контекст [22] с идеята, че при изследване на съвместимостта на дадено поведение с разпоредбите на договора относно картелите чисто теоретични и абстрактни съображения са трудно защитими [23].

42. За да онагледя изложението си, посочвам като пример за нарушение, за което с оглед на натрупания опит се предполага, че предизвиква най-сериозно ограничаване на конкуренцията, хоризонталното споразумение за цената на дадена стока. Макар и да се приема, че такова споразумение по принцип съдържа в себе си висока степен на вредност за конкуренцията, този извод не се прилага, в случай например че съответните предприятия държат незначителна част от съответния пазар.

43. По същия начин след изследване на контекста Съдът е приел, че макар и да е възможно един дистрибуторски договор да води prima facie до ограничаване на конкуренцията, не може да се счита, че по самото си естество той има за цел ограничаването ѝ в значителна степен [24].

44. Според мен отчитането на икономическия и правен контекст при установяване на антиконкурентната цел трябва, с риск да се направи отклонение в ущърб на правилния прочит на член 81 параграф 1 ЕО — ще се върна на този въпрос в следващите разсъждения — ясно да се разграничи от доказването на антиконкурентните резултати съгласно втората част на алтернативата, съдържаща се в тази разпоредба. Отчитането на контекста при установяването на антиконкурентната цел може само да потвърди или да изключи [25] самото изследване на съдържанието на условията на предполагаемия картел. То не може в никакъв случай да компенсира липсата на действително установяване на антиконкурентна цел чрез доказване на потенциалните последици от разглежданите мерки.

45. С други думи, независимо от съществуващото концептуално сходство между двете части на тази алтернатива [26], когато се установява ограничаване с оглед на целта, отчитането на икономическия и правен контекст не може да доведе до квалификация в тежест на обвинените предприятия, ако условията на споразумението не водят до извод за възможност за причиняване на вреда от гледна точка на конкуренцията.

21 — Вж. по-специално Решение по дело Consten и Grundig/Комисия, посочено по-горе (стр. 497).

22 — Вж. по-специално Решение по дело Miller International Schallplatten/Комисия, посочено по-горе (точка 7), Решение от 28 март 1984 г. по дело Compagnie royale asturienne des mines et Rheinzink/Комисия (29/83 и 30/83, Recueil, стр. 1679, точка 26), както и Решение от 6 април 2006 г. по дело General Motors/Комисия (C-551/03 P, Recueil, стр. I-3173, точка 66).

23 — Вж. в това отношение заключението на генералния адвокат Roemer по дело Consten и Grundig/Комисия, посочено по-горе (стр. 525).

24 — Решение от 28 април 1998 г. по дело Javico (C-306/96, Recueil, стр. I-1983, точки 19—31).

25 — Като пример за такова изключване вж. Решение от 19 февруари 2002 г. по дело Wouters и др. (C-309/99, Recueil, стр. I-1577, точка 97).

26 — В този смисъл някои автори подчертават, че анализът на целта представлява прилагане на анализа на резултата (вж. например *Wish*, R. Introduction à la 4e table-ronde de la conference New Frontiers of Antitrust du 10 février 2012 intitulée „Anticompetitive object vs. anticompetitive effect: does it really matter?“. — Concurrences, 2/2012, p. 59 et sq.

46. Оказва се, че практиката на Съда и на Общия съд, макар и да припомня разликата между двата вида ограничаване, предвидени от член 81 параграф 1 ЕО, в известна степен е източник на различно тълкуване, дори на объркване. Изглежда някои насоки в съдебната практика действително са придали деликатен характер на необходимото разграничаване между изследването на антиконкурентната цел и анализа на последиците от споразуменията между предприятията за конкуренцията.

47. Действително по някои дела отчитането на този контекст е сходно с реално изследване на потенциалните последици на разглежданите мерки.

48. Така в Решение по дело GlaxoSmithKline Services/Комисия[27], произнасяйки се относно антиконкурентната цел на клаузите на споразумение, с което се цели да се ограничи паралелната търговия с лекарства, Общият съд е приел по същество, че антиконкурентният характер на дадено споразумение не може да се извежда само от прочита на клаузите на посоченото споразумение, направен с оглед на неговия контекст, а трябва „задължително“ да бъде взет предвид и резултатът от него. От това решение следва, че за да се приеме наличието на антиконкурентна цел във всяка отделна хипотеза, следва да се констатират конкретните последици за конкуренцията[28].

49. Напълно основателно се поставя въпросът дали този анализ, който се изразява в оценяването на задължителните последици от въпросните споразумения, е сходен по-скоро с изследване на ограничителните за конкуренцията последици, отколкото с анализ на антиконкурентната им цел.

50. В по-новото Решение по дело Allianz Hungária Biztosító и др.[29] Съдът приема по още по-категоричен начин, че двустранните споразумения, сключвани от дружествата за автомобилно застраховане било с дистрибутори на автомобили, работещи като сервизи за ремонт, било с представляващо ги сдружение, относно часовата ставка, която застрахователното дружество следва да заплаща за ремонта на застраховани от него автомобили, като предвиждат, че тази цена зависи включително от броя и от дела на застрахователните договори, които дистрибуторът е сключил в качеството си на посредник в полза на това дружество, могат да се считат за ограничение на конкуренцията „по своя[та] цел“ по смисъла на член 101, параграф 1 ДФЕС. Такъв е случаят, когато в резултат от индивидуално и конкретно разглеждане на съдържанието и на целта на тези споразумения, както и на икономическия и правен контекст, в който те се вписват, се установи, че поради самото си естество тези споразумения увреждат доброто функциониране на нормалната конкуренция на единия от двата засегнати пазара[30].

51. И тук също така не е лесно да се разграничи с какво препоръчваното от Съда изследване на контекста, състоящо се в преценка на риска да се премахне или сериозно да се отслаби конкуренцията на посочения пазар с оглед по-специално на „структурата на посочения пазар, [на] наличието на алтернативни канали за дистрибуция и [на] съответното им значение, както и [на]пазарната мощ на съответните дружества“, се различава от изследването на евентуалните последици за ограничаване на конкуренцията.

27 — Решение на Общия съд от 27 септември 2006 г. по дело GlaxoSmithKline Services/Комисия (T-168/01, Recueil, стр. II-2969, точка 147).

28 — Макар и в производството по обжалване по това дело Съдът да отменил анализа на антиконкурентното естество на целта на спорните споразумения, той е направил това само доколкото Общият съд е поставил съществуването на антиконкурентна цел в зависимост от доказването, че споразумението съдържа неблагоприятни за крайните потребители последици (вж. Решение от 6 октомври 2009 г. по дело GlaxoSmithKline Services и др./Комисия и др., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P и C-519/06 P, Сборник, стр. I-9291, точки 63 и 64).

29 — Решение от 14 март 2013 (C-32/11).

30 — Вж. Решение по дело Allianz Hungária Biztosító и др., посочено по-горе (точка 48).

52. Все пак, въпреки че е възможно съдебната практика в известна степен да е допринесла за размиването на демаркационната линия между понятията за ограничаване с оглед на целта и с оглед на резултата, намирам, че използването на това понятие трябва да бъде уредено по-ясно.

53. Всъщност квалифицирането на дадено споразумение или практика като ограничаващо конкуренцията само с оглед на неговата цел води до важни последици, от които поне две заслужават да бъдат подчертани.

54. Най-напред, действията по установяване на „антиконкурентна цел“ се основават на формален подход, който не е безопасен от гледна точка на защитата на общите интереси, преследвани от нормите на договора в областта на конкуренцията. Когато се установи обаче, че дадено споразумение има за цел ограничаване на конкуренцията, произтичащата от това забрана е с много общ характер в смисъл, че тя може да бъде наложена превантивно и по този начин да попречи на установяването на бъдещи контакти [31], и то без оглед на преценката на конкретните резултати.

55. Следователно този формален подход може да бъде възприет само по отношение на поведение, за което е присъщ риск от особено сериозно засягане или още по отношение на поведение, от което може да се направи извод, че неблагоприятните за конкуренцията последици преобладават над проконкурентните. Да се приеме противното, би означавало да се отрече, че някои действия на икономическите оператори могат потенциално да генерират положителни външни въздействия от гледна точка на конкуренцията. Според мен само в случая, когато опитът показва, че дадено ограничаване в съответствие с икономическия анализ е трайно забранено, се оказва логично то да бъде пряко санкционирано с оглед процесуална икономия [32].

56. Следователно за ограничаващо конкуренцията с оглед на целта трябва да се приема само това поведение, чийто вредоносен характер от гледна точка на придобития опит и икономическата наука е доказан и лесно установим, но не и споразуменията, които с оглед контекста, в който се вписват, имат двойнствено въздействие върху пазара или които са носители на съпътстващи ограничителни последици, необходими за постигане на една главна цел, която не ограничава конкуренцията.

57. Наред с това тази квалификация освобождава разследващия орган от тежестта на доказване на антиконкурентните последици на споразумението или на практиката, която той трябва да изследва. Неконтролираното разширяване на видовете поведение, попадащи в обхвата на ограничаването с оглед на целта, е опасно от гледна точка на принципите, които поначало трябва да регулират установяването и тежестта на доказване на антиконкурентното поведение.

58. Поради тези последици задължително трябва да бъдат установени точни предели за квалификацията на ограничително с оглед на целта споразумение и тя да обхваща, in fine, само онези от тях, за които е присъща определена степен на вредност. Това понятие трябва да обхваща само споразуменията, които по своята същност, тоест без да се налага да се изследват действителните им или потенциални последици, имат такава степен на тежест или на вредност,

31 — Значението на тези последици вече е подчертано от генералния адвокат Cruz Villalón в точка 64 от заключението му по дело Allianz Hungária Biztosító и др., посочено по-горе.

32 — Комисията изглежда възприема този подход в Насоките за прилагане на член 81, параграф 3 ЕО (ОВ C 101, стр. 97; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 4, стр. 165) от 27 април 2004 г. Тя посочва по-специално, че „[о]граничения на конкуренцията по цел са тези [споразумения], които по своя характер имат възможност за ограничаване на конкуренцията. Това са ограничения, които в светлината на целите, преследвани от общностните правила за защита на конкуренцията, имат толкова големи възможности за отрицателно въздействие върху конкуренцията, че не е необходимо за прилагането на член 81, параграф 1 да бъдат доказани реални резултати върху пазара. Тази презумпция се основава на *сериозния характер на ограничението и на опита*, показващ, че има вероятност ограниченията на конкуренцията с оглед на целта да доведат до отрицателно въздействие върху пазара и да поставят под заплаха целите, преследвани от общностните правила за защита на конкуренцията“ (курсивът е мой).

че отрицателното им въздействие върху конкуренцията изглежда много вероятно. Въпреки че изброяването на видовете поведение, които може да се приемат за ограничителни с оглед на целта, не е изчерпателно, при определянето на ограничаването на конкуренцията с оглед на целта е препоръчително да се възприеме относително предпазлив подход.

59. Тази предпазливост се налага още повече, доколкото схемата за анализ на разглежданите мерки, която Съдът трябва да изведе, ще се наложи както на Комисията, така и на националните органи по конкуренцията, чиято чувствителност и експертно ниво са с променливи измерения.

60. Предимството в смисъл на предвидимост и облекчаване на тежестта на доказване, произтичащо от установяването на ограничителните с оглед на целта споразумения, губи своя смисъл, ако в крайна сметка зависи от обстойно изследване на последиците на споразумението за конкуренцията, което далеч надхвърля подробното проучване на споразумението.

61. Във всички случаи прави впечатление, че Съдът, въпреки очевидното разширяване на видовете поведение, квалифицирани като ограничителни с оглед на целта, напомня постоянно от Решение по дело LTM, посочено по-горе, до Решение по дело Allianz Hungária Biztosító и др., посочено по-горе, че анализът на целта трябва да сочи „достатъчна степен на вредност“ [33].

62. Накрая, бих искал да припомня, че тази рамка не е основание някои видове поведение „да бъдат имунизирани“, като бъдат изключени от забраната по член 81 параграф 1 ЕО. В случая, в който не се установи, че дадено споразумение конкретно — тоест с оглед на неговите цели и на правния и икономически контекст, в който то се вписва — може да предотврати, да ограничи или да наруши конкуренцията на пазара, отпада самото използване на понятието за ограничаване с оглед на целта. Органът за контрол на конкуренцията винаги би могъл след по-задълбочено изследване на действителните и потенциални антиконкурентни последици за пазара да наложи то да не бъде използвано.

2. По преценката за наличие на ограничаване с оглед на целта в конкретния случай

63. Следва да се отбележи, че с първото си основание жалбоподателят критикува изобщо възприетото от Общия съд нестеснително схващане за понятието ограничаване с оглед на целта. Той оспорва по-специално грешките, които според него Общият съд е допуснал при изследване на съдържанието, на целите и на контекста при изготвяне на разглежданите мерки.

64. С други думи, най-напред следва да се определи дали по принцип Общият съд е имал право, както е направил в точки 124 и 146 от обжалваното съдебно решение, да приеме, че „понятието за нарушение с оглед на целта не следва да се тълкува стеснително“. След това трябва да се определи дали независимо от това твърдение Общият съд е могъл, без да допусне грешки при прилагане на правото, да потвърди, че в случая съществува нарушение с оглед на целта по смисъла на член 81, параграф 1 ЕО.

33 — Това изискване се припомня постоянно в най-новата съдебна практика (вж. Решение по дело Beef Industry Development Society и Barry Brothers, посочено по-горе (точка 15), Решение по дело T-Mobile Netherlands и др., посочено по-горе (точка 28), Решение по дело GlaxoSmithKline Services и др./Комисия и др., посочено по-горе (точка 55), както и Решение от 4 октомври 2011 г. по дело Football Association Premier League и др. (C-403/08 и C-429/08, Сборник, стр. I-9083, точка 135).

а) Стеснително или разширително тълкуване на понятието за антиконкурентна цел?

65. От самото начало трябва да се подчертае, че съдебната практика, за която е характерно колебанието между стремежа да не се изброяват изчерпателно видовете ограничаване с оглед на целта и необходимостта да се спази ratio legis на член 81 параграф 1 ЕО, който изисква по-специално разглежданите видове поведение да съдържат определена степен на вредност, не винаги отговаря ясно на въпроса дали понятието ограничаване с оглед на целта трябва да се тълкува стеснително, при положение че и някои генерални адвокати са се произнесли в полза на единия или на другия подход [34].

66. Доколкото става въпрос по-специално за Решение по дело Beef Industry Development Society и Barry Brothers, посочено по-горе, според мен неправилно Общият съд се е позовал и на него, за да подкрепи извода си, че понятието за нарушение с оглед на целта не следва да се тълкува стеснително.

67. Без съмнение, видно от точка 22 от това решение, Съдът е имал за цел да отговори на съображенията, развити в Решение по дело Beef Industry Development Society и Barry Brothers, че „понятието за нарушение с оглед на целта трябва да бъде тълкувано ограничително“ и че „към тази категория спадали единствено споразуменията, които имат за цел хоризонтално ценообразуване, ограничаване на производството или разпределение на пазарите — споразумения, чиито антиконкурентни последици са до такава степен очевидни, че не изискват никакъв икономически анализ“.

68. Все пак отбелязвам, че отговорът, даден от Съда в точка 23 от същото решение, съгласно който „видовете споразумения, разглеждани в член 81, параграф 1, букви а)—д) ЕО, не представляват изчерпателен списък на забранените тайни споразумения“, след като ясно посочва, че понятието ограничаване на конкуренцията не се изчерпва с най-очевидните случаи на ограничаване от вида на картелите („hard core infringements“), за които се отнася тази разпоредба, и не може да се изчерпи с изброяването им в ограничителен списък, не предопределя задължително стеснителното тълкуване на понятието за ограничаване на конкуренцията с оглед на целта.

69. При прочита на това съдебно решение се налага и една друга констатация. В крайна сметка изследването на самите условия на разглежданите споразумения е довело Съда до извода, че те са имали за цел да ограничат конкуренцията.

70. Вярно е, че споразуменията, разглеждани в Решението по дело Beef Industry Development Society и Barry Brothers, посочено по-горе (наричани по-нататък „споразуменията BIDS“), са специални, тъй като са имали за цел рационализацията на сектора на говеждото и телешкото месо с намаляване на производствения свръхкапацитет.

71. Въпреки това обаче тези споразумения са сходни със споразуменията, които целят да ограничават производството по смисъла на член 81, параграф 1, буква б) ЕО. Едва след обстоен анализ на споразуменията BIDS Съдът прави извод за тяхната антиконкурентна цел. Той приема по-конкретно, че тези споразумения предвиждат механизъм, предназначен да насърчи

34 — Следва да се отбележи например, че в заключението си по дело Allianz Hungária Biztosító и др., посочено по-горе, генералният адвокат Cruz Villálon се произнася в полза на стеснителния подход като прави извод, че категорията ограничения на конкуренцията с оглед на целта трябва да се тълкува стеснително и да се сведе до случаите, в които съществува характерен риск от особено сериозно отрицателно въздействие (вж. точка 65 от посоченото заключение). По дело T-Mobile Netherlands и др., посочено по-горе, обратно, генералният адвокат Kokott изглежда се произнася в полза на по-малко категоричен подход, като посочва, че „[н]есъмнено понятието за съгласувана практика с антиконкурентна цел не може да се тълкува твърде разширително, като се имат предвид тежките последици за съответните предприятия в случай на нарушение на член 81, параграф 1 ЕО. Също толкова недопустимо е и твърде стеснителното тълкуване на това понятие, доколкото чрез тълкуването не трябва да се обезсмисля закрепената в първичното право забрана на „нарушенията с оглед на целта“ и по този начин да се отнеме част от практическото значение на член 81, параграф 1 ЕО“ (вж. точка 44 от това заключение).

излизането на конкурентни предприятия. От представените пред Съда доказателства се установявало, че споразуменията BIDS преследват две основни цели От една страна, става въпрос за увеличаване на степента на концентрация на съответния пазар, като се намалява значително броят на предприятията, които предлагат услуги за преработка, а от друга страна, става въпрос за премахване на близо 75 % от излишния производствен капацитет [35]. Следователно споразуменията „BIDS“ са си поставяли за цел основно да позволят на няколко предприятия да приложат обща политика, която има за цел да благоприятства излизането от пазара на някои от тях и в следствие на това да намали свръхкапацитета, който засяга рентабилността им, като им пречи да реализират мащабни икономии [36].

72. Оттук Съдът прави извод, че „този тип споразумения очевидно е в противоречие с концепцията, присъща на разпоредбите на Договора за ЕО относно конкуренцията, според която всеки икономически оператор трябва да определя самостоятелно политиката, която възнамерява да следва на пазара“. Според него в рамките на конкуренцията, при липсата на споразуменията BIDS, предприятията, които са ги подписали, не биха имали други средства за подобряване на рентабилността си освен засилването на търговското си сътрудничество или прибягването до концентрации. С тези споразумения те биха могли да избегнат такъв процес и да си разпределят значителна част от разходите, необходими за увеличаване на степента на концентрация на пазара, благодарение по-специално на вноската от две евро за всяка произведена единица от всяко от останалите предприятия. Освен това, изтъква Съдът, средствата, използвани за постигане на целта на споразуменията BIDS, съдържат и ограничения, чиято цел има антиконкурентен характер [37].

73. В крайна сметка разглежданите мерки са съдържали достатъчна степен на вредност, за да може се приеме, че те са имали антиконкурентна цел.

74. Като се имат предвид всички тези съображения, според мен неоснователно Общият съд в обжалваното съдебно решение е приел, че понятието за цел не трябва да се тълкува стеснително.

75. Уместно е да се изследва дали независимо от това твърдение Общият съд е могъл, без да допусне грешка при прилагане на правото, да потвърди извода, че спорните мерки имат антиконкурентна цел.

б) По възприетата в случая схема на анализ на разглежданите мерки, за да се направи извод за наличието на ограничаване с оглед на целта

76. Преди всичко според мен е важно да се припомни, че ако единствено Общият съд е компетентен, от една страна, да установява фактите, освен в случаите, когато неточността на фактическите му констатации следва от представените пред него материали по делото, и от друга страна, да преценява тези факти, на основание член 256 ДФЕС Съдът е компетентен да упражнява контрол върху правната квалификация на тези факти и правните последици, които Общият съд е извел от тях. Освен в случай на изопачаване на представените пред Общия съд доказателства обаче, преценката на фактите не представлява правен въпрос, който в това си качество подлежи на контрол от Съда [38].

35 — Вж. Решение по дело Beef Industry Development Society и Barry Brothers, посочено по-горе (точки 31 и 32).

36 — Вж. Решение по дело Beef Industry Development Society и Barry Brothers, посочено по-горе (точка 33).

37 — Вж. Решение по дело Beef Industry Development Society и Barry Brothers, посочено по-горе (точки 34—36).

38 — Вж. по-специално Решение от 19 юли 2012г. по дело Alliance One International и Standard Commercial Tobacco/Комисия и Комисия/Alliance One International и др. (C-628/10 P и C-14/11 P, точки 84 и 85).

77. В конкретния случай изглежда, че в рамките на настоящото основание жалбоподателят оспорва главно, от една страна, грешките при прилагане на правото, които според него са довели до неправилна квалификация на разглежданите мерки за ограничаване с оглед на целта, и от друга страна, изопачаването на представените пред Общия съд доказателства. Тези въпроси a priori не са изключени от контрола на Съда.

78. Съдът действително е компетентен да провери дали Общият съд е упражнил контрол върху това дали Комисията е установила в достатъчна степен, след конкретно и индивидуално проучване на съдържанието, на целите и икономическия и правен контекст, в който те се вписват, че разглежданите мерки достигат такава степен на вредност, че отрицателните им последици за конкуренцията биха могли да се предположат.

79. За да се постигне това, е напълно уместно да се изхожда от опита. Този „опит“ трябва да се извежда от това, което обичайно произтича от икономическия анализ, да бъде възприет от органите в областта на конкуренцията и ако случаят е такъв, да бъде подкрепен от съдебната практика.

80. В настоящия контекст следва да се констатира, че спорните мерки са с хоризонтален характер и че a priori би могло да се приеме с по-висока степен на вероятност, че те могат да имат ограничителна за конкуренцията цел.

81. Следователно, макар и да е ясно установено, че някои хоризонтални споразумения между предприятията съдържат явни ограничения на конкуренцията, каквито са определянето на цените и разпределянето на пазара[39], и затова може да се приеме, че те представляват ограничение на конкуренцията с оглед на целта, вредоносният за конкуренцията характер на оспорваните мерки не е очевиден по принцип.

82. Трябва да се изследва обаче дали Общият съд правилно е потвърдил извода на Комисията относно наличието на ограничаване с оглед на целта, след като беше уточнено, че този извод трябва да произтича от цялостна преценка на съдържанието на мерките, направена в светлината на обективно преследваните цели и на икономическия и правен контекст.

83. В този смисъл свързването на отделните части на настоящото основание, всяка от които съответства на един от трите релевантни аспекта, позволяващи дадена мярка да се квалифицира като ограничителна с оглед на целта, би могло да изглежда изкуствено.

84. Въпреки това изглежда уместно те да се разгледат последователно.

i) По първата част, свързана с изследване на съдържанието на мерките на Groupement

85. Жалбоподателят, подкрепян по редица въпроси от BNP Paribas, BPCE и SG, изтъква, че Общият съд е допуснал няколко грешки при прилагане на правото в съображенията си относно съдържанието на разглежданите мерки.

86. На първо място, той поддържа, че Общият съд е допуснал грешки при анализа на „самата“ цел на мерките. Най-напред, Общият съд не бил изследвал вредата от спорните мерки, изхождайки от тяхното съдържание, а се придържал към субективните изявления на някои членове на Groupement. Така Общият съд допуснал грешка при прилагане на правото, като приел в точки 126 и 132 от обжалваното съдебно решение, че от самите формули на разглежданите мерки произтичало, че тези мерки имат антиконкурентна цел, чиято същност е да препятства конкуренцията на новонавлизащите участници на съответния пазар. Освен това

39 — Решение от 8 декември 2011 г. по дело KME Germany и др./Комисия (C-389/10 P, Сборник, стр. I-13125, точка 75).

жалбоподателят намира, че Общият съд е изопачил доказателствата, достигайки до извода, че някои препятствия силно затруднявали на практика разгръщането на дейността по придобиване от новонавлизащите, като се обосновавал с изявленията на Комисията и като без валидно обяснение не е взел предвид доказателствата, от които се установява противното.

87. На второ място, жалбоподателят поддържа, че Общият съд е допуснал грешки в точки 186 и 256 от обжалваното съдебно решение при отчитането на генезиса на приемането на разглежданите мерки във вида, в който той е представен в иззетите документи по време на извършените в помещенията на Groupement и на някои от неговите членове проверки.

88. Най-напред, за да анализира целта на тези мерки Общият съд неправилно взел предвид изказвания, направени от някои водещи институции преди приемането на мерките, но тези изказвания отразявали не волята на Groupement, а само на някои от неговите членове. Като се има предвид обаче, че решението е верен израз на волята на своя автор, то можело да се разглежда като решение на сдружение от предприятия. В настоящия случай обстоятелствата по подготовката и приемането на решението не били от значение, а само мерките, за които е било изпратено уведомлението, изразявали напълно намерението на Groupement. Вместо да се направи задълбочен анализ на съдържанието на тези мерки всъщност бил взет предвид техният генезис.

89. По-нататък, жалбоподателят счита, че Общият съд е изопачил доказателствата, като е направил неуместен подбор между подготвителните изказвания, иззетите документи и изявленията на новонавлизащи участници. Според жалбоподателя редица доказателства, свързани по-специално с необходимостта от борба с паразитизма и със загрижеността да се спазва правото на конкуренция, доказвали наличието на реално съмнение, свързано с ограничаването на конкуренцията, което следвало да бъде взето предвид от Общия съд. Изопачаването било още по-явно, поради това че Общият съд използвал същите доказателства, които използвала Комисията, без да се разграничи от нейните изводи в първото изложение на възраженията.

90. В обжалваното съдебно решение Общият съд по същество направил извода, че антиконкурентната цел на разглежданите мерки се изразява в това да се препятства конкуренцията на новонавлизащите участници на френския пазар на издаване на CB.

91. По този начин Общият съд възпроизвежда извода, че антиконкурентната цел на спорните мерки произтича от предвидените за разглежданите мерки формули за изчисление (вж. точки 126—133 от обжалваното съдебно решение). Той също така приема, че Комисията е използвала само като потвърждение документите, събрани по време на проверките във връзка с изявленията на водещите институции по време на подготовката на мерките. (вж. точки 123—154 от обжалваното съдебно решение).

92. Доколкото става въпрос обаче за формулите за изчисление, използвани в спорните мерки, и като продължение на посоченото дотук според мен изглежда Общият съд неправилно е приел, че по своето естество те съдържат антиконкурентен механизъм.

93. Действително Общият съд изтъква в точка 132 от обжалваното съдебно решение, че Комисията е приела с оглед на формулите, предвидени в разглежданите мерки, и поради трудностите да се развива дейността по придобиване, че тези мерки са налагали на членовете на Groupement, за които са се прилагали, или да ограничат дейността си по издаване, или да понесат разноски (свързани с издаването), каквито не са понасяли останалите членове на Groupement, сред които са водещите институции. Общият съд изтъква също така, че „[т]ези формули по този начин ограничават възможността за членовете, за които се прилагат, да се

конкурират (чрез цената) на пазара на издаване с членовете на Groupement, за които те не се прилагат. Поради това Комисията прави извод, че разглежданите мерки имат антиконкурентна цел, която се проявява в това да се препятства конкуренцията на новонавлизащите участници (вж. съображения 212, 213 и 222 от спорното решение)“.

94. По същия начин в точка 133 от обжалваното съдебно решение Общият съд възпроизвежда извода на Комисията, че „функцията, предоставена от Groupement на MERFA (насърчаване на развитието на придобиването) е в противоречие с функцията на междубанковите комисиони, които насърчават издаването (вж. съображения 226—230 от спорното решение), и с обстоятелството, че допълнителната членска такса и таксата за събуждане на спящите членове санкционират банките, които не са издали достатъчно карти през непосредствено предходен период (вж. съображения 231 и 232 от спорното решение)“.

95. Макар и тези констатации навярно да държат сметка за съдържанието на разглежданите мерки, които по същество целят да наложат известни разходи на някои банки и да стимулират дейността по придобиване, намирам, че както Комисията, така и Общият съд не са доказали с какво поради самата си формулировка тези мерки ограничават конкуренцията. Всъщност, ако се придържаме към условията за прилагане на мерките, за които се отнася уведомлението, по начина, по който те са изложени от Комисията и са изследвани от Общия съд, тяхната цел се състои в това да наложи финансово участие на членовете на Groupement, предназначено да финансира разноските за функциониране на платежната система CB. Както ще посоча по-нататък (вж. по-специално точки 130 и 131 от настоящото заключение), сам по себе си фактът, че вследствие на разглежданите мерки някои от членовете на Groupement могат да бъдат принудени било да ограничат дейността си по издаване, било да поемат разноски (свързани с издаването), каквито останалите членове на Groupement не поемат, не може да се квалифицира като ограничаване на конкуренцията с оглед на целта.

96. Второ, що се отнася до отчитането на „генезиса“, тоест на изявленията на водещи институции, съдържащи се в някои подготвителни за разглежданите мерки документи, събрани по време на проверките, в рамките на настоящата жалба съображенията на Общия съд се оспорват в няколко аспекта.

97. На първо място, трябва да се изследва дали Общият съд не е допуснал грешка, като е приел, че за определени изявления на тези водещи институции, направени по време на изготвянето на разглежданите мерки, следва да носи отговорност Groupement като цяло. На второ място, следва да се анализира значението, което се придава на тези изявления, за преценката на съдържанието на мерките, и на последно място, тяхната релевантност за установяването на ограничаване с оглед на целта.

98. На първо място, когато става въпрос дали изявленията на водещи институции изразяват действително волята на самото Groupement, доводът, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като е приел изявленията на водещите институции за израз на намерението на Groupement, ми се струва по-скоро убедителен.

99. В това отношение отбелязвам, че Общият съд се е ограничил да посочи, че „[с]лед като водещите институции са членове на неофициален орган, а по-специално на [надзорния комитет за електронно банкиране], който е подготвил разглежданите мерки, и на управителния съвет, който ги е приел, изразеното от водещите институции намерение по същество съответства на това на Groupement, доколкото се отнася до приемането на разглежданите мерки“ (точка 256 от обжалваното съдебно решение). По този начин той прави извод, че Комисията не изпада в противоречие, квалифицирайки разглежданите мерки като решения на сдружение от

предприятия, и следователно с тази квалификация тя признава, че разглежданите мерки представляват израз на волята на Groupement, основавайки се същевременно на изявленията на водещите институции, за да потвърди факта, че те имат за цел да изключат новонавлизащите участници (точка 257 от обжалваното съдебно решение).

100. За да възприеме обаче като правилен извода, до който е достигнала Комисията, че Groupement в своята цялост е отговорно за изявленията на водещите институции, ми се струва, че Общият съд е трябвало да осъществи контрол доколко изявленията, изхождащи от някои от водещите институции, представляват верен израз на волята на Groupement, като в противен случай те не биха могли да се свързват с разглежданото в това дело решение на сдружение от предприятия [40]. В това отношение е важно да се подчертае, както Общият съд посочва в точка 7 от обжалваното съдебно решение, че надзорният комитет за електронно банкиране е неофициален орган, без правомощия да взима решения.

101. На второ място, що се отнася до значението, придадено на намерението, изразено в изявленията от водещите институции, при определянето на антиконкурентната цел на разглежданите мерки, изводът на Общия съд, че Комисията е използвала само като потвърждение документите, събрани по време на проверките, съдържащи изявленията на водещите институции по време на подготовката на мерките, (точки 134 и 267 от обжалваното съдебно решение) далеч не е очевиден.

102. Разбира се, ако се придържаме към структурата на частта от спорното решение, посветена на изследването относно съществуването на ограничаване на конкуренцията с оглед на целта [41], видно е, че Комисията изтъква, на първо място, че самата формула на мерките противоречи на целите, посочени в уведомлението [42], и на второ място, излага причините, поради които тя счита, че ограничителната за конкуренцията цел съответства напълно на действителните цели на мерките, изложени в изявленията на водещите институции през периода на тяхната подготовка [43]. Комисията посочва също така, че „антиконкурентната цел на MERFA се потвърждава от изявленията на водещите институции през периода на подготовка на мерките“ [44].

103. Въпреки всичко изглежда, че накрая Комисията отдава на документите, изготвени в „генезиса“ на мерките, също толкова значение, колкото и на изследването на формулата на разглежданите мерки.

104. Според мен това е видно доста ясно от съображения 193 и 198 от спорното решение, които, като обобщават възприетия от Комисията подход при определянето на антиконкурентната цел, се позовават на подготвителните документи. Впрочем, както по-специално подчертава SG в писмените си бележки, частта, посветена на изследването на формулите, има за цел обаче да осигури отрицателно доказателство за това, че разглежданите мерки не отговарят на посочената цел. Положителното доказателство за антиконкурентната цел на разглежданите мерки в по-голямата си част се основава на фактическите доказателства, изведени от подготвителните документи на водещите институции [45].

40 — Вж. в този смисъл Решение по дело Wouters и др., посочено по-горе (точка 64).

41 — Точки 193—251 от спорното решение.

42 — Част 10.2.1.1, съответстваща на точки 199—234 от спорното решение.

43 — Част 10.2.1.2, съответстваща на точки 235—250 от спорното решение.

44 — Точка 234 от спорното решение.

45 — Вж. също така направеното изложение относно съдържанието на спорното решение в точки 35 и 36 от обжалваното съдебно решение.

105. По същия начин, изглежда с цел да се тълкува съдържанието на разглежданите мерки, Общият съд възприема някои съображения относно формулите в съответните мерки, изложени в светлината на събраните по време на проверките документи, съдържащи изявленията на водещите институции [46].

106. Във всички случаи се оказва необходимо да се установи, на трето място, дали като елемент от генезиса на разглежданите мерки изявленията на водещите институции биха могли да се приемат като относими за установяване на наличието на ограничаване с оглед на целта.

107. В това отношение според мен, дори да се предположи, че тези изявления действително представляват израз на намерението на Groupement, което ми се струва, че трябва да бъде изключено (вж. точка 100 от настоящото заключение), те не могат да бъдат приети като достатъчни, за да бъде установено наличието на антиконкурентно споразумение и a fortiori, на споразумение, което съдържа ограничаване на конкуренцията с оглед на целта.

108. Вярно е, че от съдебната практика ясно произтича, че макар намерението на страните да не представлява необходим елемент за установяване на ограничителния характер на дадено споразумение, няма забрана органите в областта на конкуренцията, националните юрисдикции и тези на Съюза да го вземат предвид [47].

109. Тази възможност да се съобразява намерението, изразено от страните, според мен следва да се разбира само като допълнителна и тя не може да замести подробното изследване на елементите и целите на оспореното поведение. Както страните по едно споразумение не могат да се позовават на липсата на намерение да нарушават забраната на член 81 параграф 1 ЕО [48], така не е достатъчно да се установи съществуването на такова намерение, за да се направи извод, че приетите от тях мерки съдържат антиконкурентна цел. Изразеното от страните намерение изобщо не би следвало да се взема предвид, когато е необходимо, както е в случая, да се изследва антиконкурентният ефект на поведението на предприятията.

110. Всъщност намирам, че установяването на „антиконкурентната цел“ изисква действително обективно изследване, независещо от волята на страните. Затова считам, че евентуално изразените намерения от участниците в предполагаемо споразумение, както впрочем и евентуалните легитимни цели, към които те се стремят, са неотносими, когато е необходимо да се изследва дали това споразумение, независимо от формата, в която то се проявява, има антиконкурентна цел.

111. Накрая, в тази част от настоящото основание, жалбоподателят изтъква, че Общият съд е изопачил представените доказателства. Това изопачаване намирало израз във факта, че въпреки документите, удостоверяващи, че развитието на дейността по придобиване не е било непременно трудно, Комисията извършила неуместен подбор сред изявленията на водещите институции.

112. В това отношение е достатъчно да се припомни, че по принцип само Общият съд е компетентен да преценява стойността на доказателствата, които са представени пред него. Изопачаването на доказателства предполага, че Общият съд явно е надхвърлил границите на разумната преценка на тези доказателства [49], което трябва да произтича по очевиден начин от

46 — Вж. в частност точка 186 от обжалваното съдебно решение.

47 — Вж. в това отношение Решение по дело Allianz Hungária Biztosító и др., посочено по-горе (точка 37 и цитираната съдебна практика).

48 — Вж. по-специално Решение по дело General Motors/Комисия, посочено по-горе (точка 77 и цитираната съдебна практика).

49 — Вж. Решение от 10 февруари 2011 г. по дело Activision Blizzard Germany/Комисия (C-260/09 P, Сборник, стр. I-419, точка 57), както и Решение от 4 юли 2013 г. по дело Комисия/Aalberts Industries и др. (C-287/11 P, точка 52).

материалите по делото, без да се налага да се прави нова преценка на същите доказателства. Когато жалбоподател твърди, че има изопачаване на доказателства от Общия съд, той трябва точно да посочи доказателствата, които са били изопачени от него и да посочи грешките в преценката, които според него са довели Общия съд до това изопачаване [50].

113. В настоящия случай твърдяното изопачаване на доказателствата не произтича по очевиден начин от документите в преписката по делото. Освен това жалбоподателят пропуска да уточни кои документи според него свидетелстват за такова изопачаване. Въпреки че се позовава на изопачаване на доказателствата, от аргументацията на жалбоподателя е видно, че в действителност той цели да се извърши нова преценка на същите, а това не е в компетентността на Съда.

114. От всички тези съображения произтича, че ако се ограничим до изследването на самия текст на разглежданите мерки, така както те са изложени от Общия съд, изводът, че Комисията е доказала в достатъчна степен антиконкурентния с оглед на целта характер на мерките, е трудно разбираем.

ii) По втората част, свързана с изследване на целта на мерките

115. Жалбоподателят поддържа, че Общият съд е допуснал грешки при прилагане на правото в преценката си за целите на разглежданите мерки. Затова, макар и да признавал, че борбата с паразитизма в системата CB представлява легитимна цел, неправилно Общият съд отказал да прецени тази цел от гледна точка на член 81 параграф 1 ЕО. Общият съд трябвало да признае, че ограничаване на конкуренцията с оглед на целта е било изключено, след като мерките на Groupement са водели до стимулиране на дейността по придобиване и до търсенето на оптимизация между дейностите по придобиване и по издаване. Тези мерки, в съответствие с принципа на пропорционалност, са подходящи, тъй като те са системни мерки, предприети в интерес на цялата система CB, и са балансирани, доколкото предоставят възможност на всеки от членовете на Groupement да направи избор, който отговаря на неговото индивидуално състояние.

116. Видно от съдебната практика, за да се определи дали дадено споразумение попада в обхвата на забраната, съдържаща се в член 81, параграф 1 ЕО, следва да се разгледат по-специално обективните цели, които то се стреми да постигне [51].

117. Намирам за важно да припомня, че тези обективни цели, които трябва да произтичат ясно от разглежданите мерки, изобщо не се покриват със субективните намерения за ограничаване на конкуренцията или пък с легитимните цели, към които евентуално се стремят съответните предприятия. Установено е, че за дадено споразумение може да се приеме, че има ограничителна за конкуренцията цел, дори то да преследва други легитимни цели [52].

118. В настоящия случай как би следвало да разбираме ценовите мерки, предприети от Groupement?

50 — Вж. по-специално Решение от 7 януари 2004 г. по дело Aalborg Portland и др./Комисия (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P и C-219/00 P, Сборник, стр. I-123, точка 50).

51 — Вж. Решение по дело Beef Industry Development Society r Barry Brothers, посочено по-горе (точка 21).

52 — Такива са по-специално легитимните цели на търговската политика (Решение по дело General Motors/Комисия, посочено по-горе, точка 64) или за защита на общественото здраве или за намаляване на разходите за контрол за съответствие (Решение от 8 ноември 1983 г. по дело IAZ International Belgium и др./Комисия, 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 и 110/82, Recueil, стр. 3369, точка 25), както и мерките за преодоляване на последиците от секторната криза (Решение по дело Beef Industry Development Society и Barry Brothers, посочено по-горе, точка 21).

119. Противно на това, което Комисията дава да се разбере в съдебното заседание, трудно може да се твърди, че механизмът MERFA е до такава степен вредоносен, че да се приеме за картел [53] в областта на цените, който сам по себе си засяга конкуренцията. Също така по изложените по-горе причини разглежданите в случая мерки, които не съдържат механизъм, предназначен да допринесе за излизането на определени конкуренти, според мен са трудно сравними с мерките за рационализиране на пазара, разгледани в Решение по дело Beef Industry Development Society и Barry Brothers, посочено по-горе.

120. От обжалваното съдебно решение е видно, че разглежданите мерки са насочени главно към това да се установят такси в тежест на онези от членовете на Groupement, които както на етапа на достъп до системата CB, така и на етапа на използването ѝ, се явяват по-често издатели на CB (дейност по издаване на карти за плащане и/или теглене от картодържателите), отколкото приобретатели (дейност по привличане на търговци, които имат номер SIREN и използват АРУБ).

121. Според Groupement всички тези мерки са предназначени да защитят системата CB от явления на икономически паразитизъм, произтичащ от дейността на банките, които развиват най-вече дейност по издаване на карти и се ползват безвъзмездно от предимствата, произтичащи от инвестициите, направени от други членове на системата в областта на придобиването.

122. Макар и да е установено обаче, което впрочем Общият съд признава (вж. по-специално точки 76 и 77 от обжалваното съдебно решение), че борбата с паразитизма може да бъде легитимна цел, подобно съображение няма пряко значение, когато се установява съществуването на ограничаване на конкуренцията с оглед на целта по смисъла на член 81 параграф 1 ЕО.

123. Затова не мисля, че Общият съд е допуснал груба грешка, като е направил извод, че целта на борбата с паразитизма поначало не би следвало да се има предвид на етапа на изследване на мерките с оглед на член 81 параграф 1 ЕО, но че тя би могла да бъде взета предвид при изследването на евентуално предимство от прилагането на някое от изключенията на основание член 81, параграф 3 ЕО.

124. Въпреки това този извод ми се струва безсмислен, освен ако след подробно изследване не се установи ясно, че спорните мерки имат антиконкурентна цел. Именно обстоятелството, че дадено поведение има явно антиконкурентна цел, прави напълно ирелевантен факта, че то би могло да бъде насочено и към други цели.

125. В обратната хипотеза, а именно когато ограничаването с оглед на целта не е ясно установено — какъвто според мен е конкретният случай — е необходимо да се изследват антиконкурентните последици и в тази рамка да се прецени необходимостта и пропорционалността на разглежданите мерки с оглед на тяхната цел [54].

126. Трудно ми е обаче да разбера с какво разглежданите мерки достигат до необходимата според съдебната практика степен на вредност.

53 — Изглежда обаче, че първоначално Комисията приема разглежданите мерки като картел между Groupement и неговите водещи институции (вж. точка 7 от настоящото заключение), а след това в хода на разследването изоставя това становище.

54 — Вж. Решение от 28 януари 1986 г. по дело Pronuptia de Paris (161/84, Recueil, стр. 353, точки 15—17) и Решение от 15 декември 1994 г. по дело DLG (C-250/92, Recueil, стр. I-5641).

127. Най-напред, изобщо не се оспорва, че тези мерки са приети, за да се стимулира дейността по придобиване на CB в рамките на двустранна платежна система с мрежови ефекти. Както Общият съд изтъква в точка 102 от обжалваното съдебно решение, самата Комисия посочва, че дейностите по издаване и по придобиване не могат да бъдат отделени една от друга и най-общо от функционирането на платежната система с CB, тъй като, от една страна, търговците не биха се присъединявали към платежната система с CB, ако броят на картодържателите е недостатъчен, и от друга страна, потребителите не биха искали да притежават карта, ако тя не може да се използва пред достатъчен брой търговци.

128. Така спорните мерки са били насочени към осигуряване на финансово участие от страна на членовете, които още с дейността по издаване на карти извличат пряка полза от присъединяването си към платежната система, произтичаща от усилията, направени от други членове в частта „придобиване“. Тези мерки, по-специално MERFA, съдържат по същество механизъм, предназначен да се търси финансово участие от членовете, които не са много активни в частта „придобиване“.

129. Изискването за финансово участие обаче от членовете на дадена мрежа, които се ползват безвъзмездно от усилията, направени от останалите членове с цел развитие на мрежата, изглежда не съдържа антиконкурентна цел.

130. Разбира се, в настоящия случай размерът на наложената такса или трудностите, които срещат някои оператори да развиват дейността по придобиване, могат да доведат като последица до изключване на операторите, които не са заплатили наложената на основание на разглежданите мерки такса. Все пак, освен ако не става въпрос за теорията за „съществените улеснения“ [55], на която Комисията в случая изобщо не се е позовала [56] и чиято приложимост във всички случаи ми изглежда съмнителна [57], това не изглежда укоримо от гледна точка на конкуренцията.

131. Във всички случаи, доколкото не може да се изключи, че спорните мерки биха подтикнали някои от членовете на Groupement било да ограничат дейността си по издаване, било да увеличат дейността си по придобиване, като тази последна възможност би се оказала трудна на практика и би довела до изключването им от системата, този въпрос се отнася във всички случаи до изследване на потенциалните антиконкурентни последици от споменатите мерки, а не на тяхната цел. Според мен последиците от едно изключване, които се предполагат от ценови мерки като разглежданите по настоящото дело, могат да се обсъждат само на етапа на изследване на антиконкурентните последици.

55 — Припомням, че съгласно тази теория притежателят на даден ресурс или структура трябва да предостави достъп до тях на конкурентите си, ако това е задължително за упражняване на тяхната дейност (вж. в този смисъл Решение от 29 април 2004 г. по дело IMS Health, C-418/01, Recueil, стр. I-5039).

56 — Вж. в това отношение обжалваното съдебно решение (точки 66 и 224).

57 — В своя *XXX доклад за политиката в областта на конкуренцията за 2010 г.* самата Комисия посочва по-точно следното: „Комисията счита, че системата CB не представлява главна структура и следователно Groupement може да определя дали да позволи на своите конкуренти достъп до нея (при условие, че не допуска дискриминация между тях)“ (точка 207 от този доклад).

132. Преди всичко трябва да призная недоумението си от прочита както от страна на Комисията, така и на Общия съд, на приетите от Groupement спорни мерки по отношение на всички негови членове, които, както беше посочено, са или водещи институции, или свързани или присъединили се към водещи институции[58]. Тъй като ценовите мерки засягат пряко или непряко всички членове на Groupement, трудно е да се разбере с какво техният механизъм е антиконкурентен по своето естество и освен това до каква степен те са били програмирани в известен смисъл така, че да защитят водещите институции[59].

133. От тези съображения произтича, че както условията на разглежданите мерки, така и целите, към които те са насочени, не подкрепят правилността на направения от Комисията извод, че в случая съществува ограничаване с оглед на целта.

iii) По третата част, свързана с анализа на контекста на изготвяне на мерките

134. Жалбоподателят изтъква, че Общият съд е допуснал няколко грешки в анализа на контекста, в който се вписват разглежданите мерки.

135. На първо място, жалбоподателят упреква Общия съд, че е преценил неправилно правния контекст, като е изтълкувал погрешно, от една страна, съдебната практика, свързана с ограничаване на конкуренцията с оглед на целта, и по-специално Решение Beef Industry Development Society и Barry Brothers, посочено по-горе, и от друга страна, въпросите, разрешени в предходната съдебна практика. В това отношение мотивите, съдържащи се в точки 94 и 99 от решението били противоречиви, доколкото Общият съд твърдял едновременно, че практиките, изследвани в двете решения „Visa“[60], се различават осезателно от разглежданите в настоящото дело и че тези две решения се отнасяли за „сходни или еднакви положения“. Грешката в анализа се проявявала също така и в обстоятелството, че самата Комисия е приела да обсъди евентуални ангажименти съгласно член 9 от Регламент №°1/2003, тоест мерки „за преодоляване на загрижеността [ѝ]“, без да бъде квалифицирано каквото и да било нарушение на конкуренцията.

136. На второ място, жалбоподателят намира, че Общият съд е допуснал грешки при прилагане на правото в отчитането на икономическия контекст, по-специално като е заобиколил двустранното функциониране на платежните системи с CB.

137. На трето място, жалбоподателят счита, че Общият съд е допуснал грешки при прилагане на правото в отчитането на икономическия контекст, тъй като е пропуснал да упражни контрол върху комплексните икономически съображения. В настоящия случай Общият съд не осъществил дори и минимален обективен контрол върху икономическите съображения, съдържащи се в спорното решение, а се ограничил в точки 320 и 321 от обжалваното съдебно решение да отрече значението на някои направени от Groupement икономически изследвания поради предполагаемото им противоречие с други изследвания.

58 — Вж. точка 3 от обжалваното съдебно решение, която възпроизвежда точка 29 от спорното решение.

59 — Вж. точка 130 от обжалваното решение. BNP Paribas подчертава както в писмения си отговор, така и в съдебното заседание, че именно неправилният според нея постулат, че всички водещи институции щели избегнат разглежданите мерки, обосновал квалифицирането на нарушението като нарушение с оглед на целта. Като потвърдил този основен постулат, Общият съд нарушил задължението си за мотивиране.

60 — Решения на Комисията във връзка с производство съгласно член 81 ЕО и член 53 ЕИП, а по-точно Решение 2001/782/ЕО от 9 август 2001 г. (Дело COMP/29.373 — Visa International) (ОВ L 293, стр. 24, наричано по-нататък „Решение Visa 2001“) и Решение 2002/914/ЕО от 24 юли 2002 г. (Дело COMP/29.373 — Visa International — многостранна такса за обмен) (ОВ L 318, стр. 17, наричано по-нататък „Решение Visa 2002“).

138. От изследването на двете първи части от настоящото основание е видно, че ако се изхожда от съдържанието на разглежданите мерки и от целта, към която те са насочени, съществуването на ограничаване на конкуренцията с оглед на целта по смисъла на член 81 параграф 1 ЕО не се установява.

139. При тези обстоятелства доказателствата, свързани с изготвянето на разглежданите мерки, взети в техния икономически и правен контекст [61], не са от такова естество, че само от тях да е възможно да се установи наличието на антиконкурентна цел. Както посочих преди това, отчитането на контекста не може в никакъв случай да компенсира липсата на действително установяване на антиконкурентната цел (вж. точка 44 от настоящото заключение).

140. За пълнота на изложението обаче следва да се подчертае следното.

141. Първо, когато става въпрос за отчитане на правния контекст, както посочих по-горе, придобитият опит, разбиран в широк смисъл, е фактор, който трябва да се има предвид, когато се прави преценка за съществуването на ограничаване с оглед на целта (вж. точка 55 и сл. от настоящото заключение).

142. Въпреки това, макар че придобитият опит несъмнено потвърждава присъщия, вредоносен за конкуренцията характер на някои видове сътрудничество в случаите на категорично и/или очевидно ограничаване, които най-вероятно имат въздействие върху конкуренцията, не съм убеден, че винаги може да се извлече силен довод от практиката на Комисията по взимане на решения. Обстоятелството, че в миналото Комисията не е приела, че дадено вид споразумение ограничава конкуренцията с оглед само на неговата цел, по своето естество не може да ѝ попречи тя да направи това в бъдеще вследствие на индивидуално и подробно изследване на спорните мерки.

143. В настоящия случай предходните становища на Комисията относно споразуменията, приемани в рамките на платежните системи, и по-специално тези, произтичащи от Решение Visa 2001 и Решение Visa 2002, които, дори и да се предположи, че се отнасят за мерки, твърде сходни с разглежданите по настоящото дело, не би трябвало задължително да предопределят ограничителния с оглед на целта характер на посочените мерки.

144. Все пак обаче следва да се пристъпва с внимание към мотивите, които обосновават отклонение от по-ранни изводи в практиката на Комисията по взимане на решения относно пазара на платежните системи. Общият съд е имал задачата да провери с какво разглежданите мерки са били вредоносни в степен, позволяваща да се приеме, че имат антиконкурентна цел, за разлика от някои приети на същия пазар мерки, след като сходството с тях е било признато частично от самия него [62].

145. Относно прецедента, какъвто било в конкретния случай Решение по дело Beef Industry Development Society и Barry Brothers, посочено по-горе, както упоменах вече в точки 69—73 от настоящото заключение, считам, че това дело се различава ясно от настоящото в няколко аспекта.

61 — Въпреки че доводите, изложени от жалбоподателя, са изложени в три точки, изглежда третата, с която се отправя критика към Общия съд, че е пропуснал да осъществи своя контрол върху сложните икономически съображения, се припокрива с тази, която се отнася до изследването на икономическия контекст.

62 — Въпреки че изглежда има известно противоречие между извода, направен в точка 94 от обжалваното съдебно решение, според който мерките, разглеждани в Решение Visa 2001 и в Решение Visa 2002, не могат да се използват за сравнение, и извода, направен в точка 99 от същото решение, според който „от задължението на Комисията за мотивиране на решението не може да се извежда, че тя трябва, освен да мотивира решението си чрез позоваване на преписката към разглежданото дело, да излага специални мотиви, поради които е направила извод, различен от този по предходно дело, което се отнася за сходни или еднакви положения или за същите икономически оператори“.

146. Второ, що се отнася до отчитането на икономическия контекст, Groupement по същество упреква Общия съд, че не е взел предвид характерните особености на системата CB, и по-специално двустранното естество на системата.

147. В това отношение според мен, дори и да се предположи, че от съдържанието на разпоредбите и от целите, към които са насочени разглежданите мерки, е могло да бъде изведено, че те имат антиконкурентна цел, елементите на контекста биха могли да разколебаят този извод.

148. По тази точка припомням, че за да достигне до извод за наличие на ограничаване с оглед на целта, Комисията не може, по-специално при наличието на ограничаване, естеството на което не е очевидно, да се ограничи с абстрактно изследване.

149. Отчитането на съществуващото взаимодействие между двете дейности — по „издаване“ и по „придобиване“ — при изследване на контекста на изготвяне на мерките, за да може да се установи ограничаване на конкуренцията с оглед на целта, според мен е съвсем различно от определянето на съответния пазар. Всъщност въпросът е не да се оспори твърдението, че пазарите на издаване и на придобиване са съвсем отделни, а да се изследва дали икономическият контекст за изготвяне на мерките е бил отчетен в достатъчна степен.

150. В настоящия случай, а и както изтъква пред Общия съд жалбоподателят, доброто функциониране на системата CB изисква дейностите по издаване и по придобиване да се осъществяват балансирано. От тази гледна точка не може да бъде изключено отчитането на приноса на всеки от членовете за развитието на всяка една от тези функции. Всъщност, независимо дали вече е член или новонавлизащ участник, членът на Groupement, който е активен главно или изключително в областта на издаване на CB, извлича полза от инвестициите, направени за развитието на аспекта „придобиване“, който е необходима опора за устойчивостта на системата.

3. Заключение

151. В заключение, изглежда Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, от една страна, като не е приел стеснителното тълкуване на понятието за ограничаване с оглед на целта, и от друга страна, като е приложил именно такъв подход при изследване на съдържанието, на целите и на контекста, в който са изготвени спорните мерки.

152. По-конкретно Общият съд е пропуснал да провери дали Комисията е имала основание, с оглед на съдържанието, целите и контекста на изготвяне на мерките в конкретния случай, да направи извода, че тези мерки са вредоносни в степен, която позволява да се предположат техните антиконкурентни последици.

153. Следователно обжалваното съдебно решение би трябвало да се отмени по тази точка и само на това основание то би могло да бъде отменено и в неговата цялост.

154. Тъй като Общият съд не е преценил за необходимо да изследва дали споменатите мерки имат антиконкурентни последици, настоящото дело следва да се върне на Общия съд.

155. Въпреки това в хипотезата, в която Съдът не приеме изложеното в моето заключение, ще разгледам по-нататък накратко второто и третото основание, изтъквани от жалбоподателя в настоящата жалба.

Б – *По второто основание, изведено от грешка при прилагане на правото в използването на понятието за ограничаване на конкуренцията с оглед на резултата*

156. Жалбоподателят, подкрепян от BNP Paribas, отбелязва, че само четири от 455-те точки на обжалваното съдебно решение са посветени на изследването на резултата от разглежданите мерки. Наред с грешката при прилагане на правото в изследването на наличието на ограничаване на конкуренцията с оглед на резултата, в нарушение на задължението си за мотивиране, произтичащо от разпоредбите на член 36 във връзка с член 53, първа алинея от Статута на Съда на Европейския съюз, Общият съд не отговорил на всички доводи на жалбоподателя. По-специално Комисията не успяла да докаже, че разглежданите мерки действително са предизвикали излизане от пазара на новонавлизащи участници или ограничаване на дейността им по издаване на CB.

157. В настоящия случай, доколкото Общият съд не е изследвал специално дали спорните мерки имат антиконкурентни последици, и в хипотезата, в която би се приело, противно на предлаганото от мен, че Общият съд е могъл, без да допусне грешка при прилагане на правото, да направи извод, че разглежданите мерки имат за „цел“ да ограничат конкуренцията по смисъла на член 81 параграф 1 ЕО, второто основание трябва да се приеме за неотносимо [63].

158. Всъщност съгласно установената съдебна практика [64] и в продължение на посоченото дотук, когато антиконкурентната цел на дадено споразумение е установена, не следва да се проучват неговите антиконкурентни последици.

159. Следователно Общият съд не е допуснал грешка при прилагане на правото, като е направил извод в точки 269—272 от обжалваното съдебно решение, че основанието, изведено от правни и фактически грешки, както и от преценка на резултатите от разглежданите мерки, е неотносимо, тъй като вече е бил направен изводът, че мерките имат за цел да предотвратят, да ограничат или да нарушат конкуренцията в рамките на вътрешния пазар по смисъла на член 81 параграф 1 ЕО.

160. Общият съд не може да бъде упрекван освен това, че е нарушил задължението си за мотивиране по този пункт. В настоящия случай, след като Общият съд е приел за уместно, както е оправомощен да постъпи и съгласно съдебната практика, да се ограничи до изследването за наличие на антиконкурентна цел, той не е следвало и да излага причините, поради които спорните мерки имат антиконкурентни последици.

161. Освен това в рамките на настоящото производство Съдът не е компетентен да се сезира с въпроса дали, независимо от евентуалната антиконкурентна цел на разглежданите мерки, може да се приеме, че те имат антиконкурентни последици. Съдът не е компетентен също така да проверява дали Комисията е успяла да докаже, че спорните мерки са предизвикали излизане от пазара на новонавлизащи участници или ограничаване на техния план за издаване на CB. Това е така в още по-голяма степен, защото, както отбелязах по-горе [65], Комисията е посветила съществена част от спорното решение на изследването на резултатите, настъпили вследствие разглежданите мерки.

162. Накрая, намирам, че във всички случаи това основание не може да бъде прието.

63 — В този смисъл Съдът уточнява по-специално, че изследването на доводите за антиконкурентната цел на дадено споразумение преди изследването на доводите за неговия антиконкурентен резултат е оправдано, още повече че ако се установи грешка при прилагане на правото при преценката на целта на споразумението, жалбата срещу мотивите на обжалваното съдебно решение относно антиконкурентния резултат на споразумението ще трябва да се отхвърли. (вж. Решение по дело GlaxoSmithKline Services и др./Комисия и др., посочено по-горе, точка 56).

64 — Вж. Решение по дело LTM, посочено по-горе, и Решение по дело Beef Industry Development Society и Barry Brothers, посочено по-горе (точка 16).

65 — Вж. точка 2 от настоящото заключение.

B – *По третото основание, изведено от това, че Общият съд нарушил принципите на пропорционалност и на правна сигурност, като не е отменил разпореждането, съдържащо се в член 2, втора алинея на спорното решение*

163. Жалбоподателят, към който се присъединява BNP Paribas, поддържа, че като не е отменил разпореждането, съдържащо се в член 2, втора алинея на спорното решение, с което на Groupement е наложено задължение да се въздържа в бъдеще от всякакви мерки или поведение, което би имало еднаква или сходна цел с тази на разглежданите мерки, Общият съд е нарушил принципите на пропорционалност и на правна сигурност.

164. На първо място, що се отнася до принципа на пропорционалност, закрепен в член 5, параграф 4 ДЕС, жалбоподателят припомня, че съгласно член 7, параграф 1 от Регламент № 1/2003 Общият съд е трябвало да установи, че задължението, наложено от Комисията, не е било необходимо с оглед на преследваната цел, а именно „да [се] прекрат[и] нарушението“, тъй като дори още преди приемане на спорното решение Groupement е преустановило прилагането на мерките, а в член 2, първа алинея от него се налагало задължението да се прекрати незабавно нарушението, като се оттеглят ценовите мерки, за които се отнася уведомлението. Общият съд трябвало да установи също така, че оспореното разпореждане е непропорционално, поради това че то обхваща мерки със „сходен“ резултат. Необходимостта да се стесни рамката на разпореждането в случая била още по-съществена, тъй като в анализа на разглежданите мерки на Общия съд и на Groupement се съдържат съществени разлики.

165. По-нататък, относно принципа на правната сигурност според жалбоподателя Общият съд следвало да установи, че в спорното решение се съдържа съществено двусмислие относно обхвата на издаденото разпореждане, което е източник на правна несигурност за Groupement, доколкото става въпрос за мерки, които то има право да приеме за в бъдеще, за да осигури конкурентоспособността и развитието си. Несигурността в случая се изразявала в изключително общата и неточна квалификация на мерките, забранени на Groupement за в бъдеще, квалификация, която можело да включи в обхвата си всяка мярка за възстановяване на равновесието, която в бъдеще се прецени за необходима за засилване на конкурентната позиция на системата CB или за осигуряване на нейното развитие. Следователно това щяло да попречи на Groupement да вземе мерки за борба срещу явленията на паразитизъм, на които системата би могла да стане жертва.

166. Следва да се отбележи, че с третото си основание жалбоподателят отправя критика към Комисията за това, че не е очертала по-тясно обхвата на разпореждането, съдържащо се във втора алинея на член 2 от спорното решение, без да същевременно да посочва допусната от Общия съд грешка при прилагане на правото, по-специално във връзка с изведено от практиката на Съда тълкуване.

167. Налага се изводът, че това основание по същество възпроизвежда доводите, изложени в подкрепа на жалбата пред Общия съд във втората част от шестото основание [66] и само по тази причина трябва да се приеме за недопустимо.

168. След това уточнение, настоящото основание поставя интересна проблематика, тясно свързана с изследването на първото основание относно разпоредителните правомощия, предоставени на Комисията, и относно контрола, който следва да упражнява Общият съд по отношение на тях.

66 — Вж. точки 435—452 от обжалваното съдебно решение.

169. Всъщност, тъй като според мен изглежда страните са съгласни, че принципите на пропорционалност и на правна сигурност са приложими, поставя се въпросът какъв е обхватът на тези принципи, след като Комисията констатира съществуването на ограничително „с оглед на целта“ споразумение по смисъла на член 81 параграф 1 ЕО.

170. Що се отнася до спазването на принципа на пропорционалност, необходимостта да се гарантира полезното действие на дадено решение, с което се установява нарушение на член 81 параграф 1 ЕО, ме води до извода, че след като е ясно установено наличието на ограничение „с оглед на целта“, Комисията има право да налага на предприятията, които носят отговорността, не само да преустановят и да се откажат от прилагането на спорните мерки, но също така да се въздържат в бъдеще от прилагането на всяка мярка със сходна цел.

171. Наред с това е необходимо твърдяната „антиконкурентна“ цел на оспорваните мерки да бъде ясно установена и очертана, което, както посочих в рамките на изследването на първото основание, в случая изглежда не е така.

172. Това изискване ми се струва валидно също така и от гледна точка на принципа на правна сигурност.

173. Когато обаче антиконкурентната цел на спорните мерки е установена и установима в достатъчна степен, Комисията трябва да има правото да разпорежда на съответните предприятия да се въздържат от всякакъв вид подобно поведение. Валидността на такъв подход според мен може да се оспорва или когато антиконкурентната цел е недостатъчно установена, или когато, както е в случая, предприятията са принудени сами да определят обхвата на разпореждането.

V – **Заключение**

174. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да се произнесе по следния начин:

„1) Отменя Решение на Общия съд на Европейския съюз от 29 ноември 2012 г. по дело CB/Комисия (T-491/07).

2) Връща делото на Общия съд на Европейския съюз.

3) Не се произнася по съдебните разноски“.