Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NILSA WAHLA
przedstawiona w dniu 27 marca 2014 r.[1]

Sprawa C-67/13 P

Groupement des cartes bancaires (CB)
przeciwko

Komisji Europejskiej

Odwołanie — Porozumienia, decyzje i uzgodnione praktyki — Rynek kart płatniczych we Francji — Groupement des cartes bancaires (CB) — Środki cenowe stosowane wobec „nowych członków" Groupement — Opłata za członkostwo oraz tak zwane mechanizmy „regulacji świadczenia usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji" i „pobudki dla śpiących" — Istnienie ograniczenia konkurencji ze względu na cel — Uprawnienia nakazowe — Poszanowanie zasad proporcjonalności i pewności prawa

1. W swoim odwołaniu Groupement des cartes bancaires (CB) (zwane dalej „Groupement") wnosi o uchylenie wyroku Sądu Unii Europejskiej z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie CB przeciwko Komisji[2], w którym Sąd oddalił skargę Groupement o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji C(2007) 5060 wersja ostateczna z dnia 17 października 2007 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. [81 WE] (sprawa COMP/D1/38606 – Groupement des cartes bancaires „CB") (zwanej dalej „sporną decyzją").

2. W ramach niniejszego odwołania Trybunał musi przede wszystkim rozstrzygnąć, czy Sąd miał prawo uznać, nie naruszając przy tym prawa, że rozpatrywane środki miały na „celu" ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE (obecnie art. 101 ust. 1 TFUE), w sytuacji gdy w niniejszej sprawie Sąd odstąpił od zbadania skutków tych środków dla konkurencji, mimo że w spornej decyzji Komisja Europejska, po przeprowadzeniu pogłębionej analizy, stwierdziła, iż antykonkurencyjny charakter tych środków przejawiał się nie tylko w ich celu, ale też skutkach[3].

3. Należy w szczególności ustalić, czy Sąd słusznie przyjął raczej szerokie ujęcie pojęcia „ograniczenia konkurencji ze względu na cel" oraz, stosownie do okoliczności, posłużył się nim. To istotne zagadnienie, które oczywiście było już przedmiotem wcześniejszych analiz, w niniejszej sprawie pojawia się w bardzo szczególnym kontekście rynku kart płatniczych, którego charakter dwustronny[4]

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Wyrok w sprawie T-491/07 (zwany dalej „zaskarżonym wyrokiem").

3 — Zobacz motywy 252–358 spornej decyzji.

4 — Terminem „rynki dwustronne" można określić rynki, gdzie całkowita liczba zrealizowanych transakcji zależy nie tylko od ogólnego poziomu cen płaconych przez uczestniczące w nim podmioty, lecz także od ich struktury (J.C. Rochet, J. Tirole, „Two-sided markets: a progress report", w: *The RAND Journal of Economics*, vol. 37, nr 3, 2006, s. 645–667).

i bardzo szczególne cechy nie zostały do chwili obecnej [5] zbadane przez Trybunał. Ujmując rzecz szerzej, niniejsza sprawa daje Trybunałowi kolejną okazję doprecyzowania jego nieco kontrowersyjnego orzecznictwa dotyczącego pojęcia „ograniczenia konkurencji ze względu na cel", o którym mowa w art. 81 ust. 1 WE.

I – **Okoliczności powstania sporu**

4. Okoliczności powstania sporu, w zakresie, w jakim zostały przedstawione w zaskarżonym wyroku, można streścić następująco.

5. Wnoszącym odwołanie jest zgrupowanie interesów gospodarczych prawa francuskiego utworzone w 1984 r. przez najważniejsze francuskie banki. Powodem jego utworzenia była chęć zapewnienia interoperacyjności systemów płatności i wypłat gotówkowych dokonywanych przy użyciu kart płatniczych (zwanych dalej „kartami CB") wydawanych przez jego członków. Owa interoperacyjność oznacza w praktyce, że używając karty CB wydanej przez członka Groupement, można dokonywać płatności u wszystkich akceptantów przynależących do systemu CB za pośrednictwem jakiegokolwiek innego członka lub też dokonywać wypłat z bankomatów (zwanych dalej „CD") wykorzystywanych przez wszystkich pozostałych członków. Członkowie Groupement, których liczba na dzień 29 czerwca 2007 r. wynosiła 148, dzielą się na tzw. członków wiodących oraz członków powiązanych z jednym z członków wiodących. Zgodnie z umową założycielską Groupement wśród 11 członków wiodących znajdują się BNP Paribas, BPCE, dawniej Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance (CNCEP), oraz Société générale (zwana dalej „SG").

6. W dniu 10 grudnia 2002 r. Groupement zgłosiło Komisji, na podstawie rozporządzenia nr 17 [6], szereg nowych środków, które zamierzało wprowadzić w ramach systemu CB, w tym w szczególności [7] trzy środki cenowe, które można scharakteryzować w następujący sposób:

— Regulację o nazwie „MERFA" [8], która według Groupement miała zasadniczo realizować dwa cele: po pierwsze, zachęcić członków Groupement, raczej emitentów kart aniżeli członków świadczących usługi w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji, do rozwinięcia działalności polegającej na świadczeniu usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji, a po drugie, uwzględnić finansowo nakłady członków, których działalność związana ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji jest znacząca w porównaniu z ich działalnością w zakresie wydawania kart. Przewidziano w tym celu wzór, który opierał się na porównaniu udziału członka w całkowitej liczbie kart wydanych w systemie CB (mierzonej ilością SIREN [9] i CD) w stosunku do udziału tego członka w całkowitej liczbie kart wydanych w ramach tego systemu. Mechanizm MERFA miał znajdować zastosowanie, jeżeli stosunek między tymi dwoma wskaźnikami był niższy od 0,5. Kwoty uzyskane dzięki MERFA miały być dzielone wśród tych członków Groupement, którzy sami nie byli dłużni z tego tytułu, proporcjonalnie do ich udziału w świadczeniu usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji. Uzyskanymi w ten sposób kwotami członkowie ci mogli swobodnie dysponować.

5 — Warto jednak zwrócić uwagę na zawisłą przed Trybunałem sprawę C-382/12 P MasterCard i in. przeciwko Komisji (zob. opinia rzecznika generalnego P. Mengozziego przedstawiona w dniu 30 stycznia 2014 r.), która dotyczy kontroli niektórych decyzji podjętych w ramach tzw. otwartego systemu kart płatniczych zarządzanego przez MasterCard. Jest oczywiste, że sprawa ta dotyczy nie tylko kwestii prawnych innych niż poruszane w sprawie niniejszej, lecz także całkowicie odmiennego systemu nakładania wielostronnych opłat interchange (WOI).

6 — Rozporządzenie Rady z dnia 6 lutego 1962 r., pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. [81 WE] i [82 WE] (Dz.U. 13, s. 204).

7 — Z opisu tych środków wynika, że oprócz środków cenowych zgłoszone środki obejmowały też reorganizację sposobu liczenia głosów, jakimi dysponują członkowie Groupement.

8 — Mechanizm regulacji świadczenia usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji.

9 — Système d'identification au répertoire des entreprises [numer identyfikacyjny przedsiębiorstwa].

— Reformę opłaty za członkostwo w Groupement, która oprócz stałej składki członkowskiej w wysokości 50 000 EUR pobieranej z chwilą przystąpienia do Groupement miała obejmować opłatę za każdą kartę CB wydaną i aktywną w ciągu trzech lat od przystąpienia oraz, w stosownym wypadku, dodatkową opłatę za członkostwo, która miała być stosowana wobec członków, których stan kart CB w ciągu lub na koniec sześciu lat od przystąpienia do Groupement przewyższał trzykrotność stanu kart na koniec trzeciego roku po ich przystąpieniu.

— Regulację o nazwie „pobudka dla śpiących", która miała obejmować opłatę za każdą wydaną kartę CB, znajdującą zastosowanie do członków, którzy przed wejściem w życie nowych środków cenowych byli nieaktywni lub mało aktywni, a których udział w wydawaniu kart CB w całym systemie CB, w ciągu jednego z lat 2003, 2004 i 2005, ponad trzykrotnie przewyższał ich udział w całkowitej działalności związanej z systemem CB w ciągu roku obrotowego 2000, 2001 lub 2002.

7. W dniu 6 lipca 2004 r. Komisja wydała pierwsze pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, skierowane do Groupement oraz do dziewięciu członków wiodących objętych kontrolą, w którym zarzuciła im zawarcie „tajnego antykonkurencyjnego porozumienia", którego „ostatecznym celem było ograniczenie konkurencji między bankami uczestniczącymi w porozumieniu oraz uzgodnione zahamowanie konkurencji ze strony nowych członków (w szczególności dużych detalistów, banków internetowych oraz banków zagranicznych) na rynku wydawania [kart CB]". Zdaniem Komisji „środki te zostały zgłoszone w celu ukrycia rzeczywistej treści antykonkurencyjnego porozumienia". Komisja zamierzała uznać zgłoszenie za bezskuteczne oraz nałożyć grzywnę na adresatów pisma w sprawie przedstawienia zarzutów. Groupement odpowiedziało na owo pismo w sprawie przedstawienia zarzutów w dniu 8 listopada 2004 r., po czym w dniach 16 i 17 grudnia 2004 r. miało miejsce przesłuchanie.

8. W dniu 17 lipca 2006 r. Komisja wydała drugie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, tym razem adresowane wyłącznie do Groupement. Komisja wskazała w nim, że pierwsze pismo w sprawie przedstawienia zarzutów należy uważać za cofnięte. Drugie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów dotyczyło decyzji związku przedsiębiorstw o wprowadzaniu szeregu środków cenowych mających antykonkurencyjny cel lub skutek. Groupement odpowiedziało na to drugie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów w dniu 19 października 2006 r., po czym w dniu 13 listopada 2006 r. odbyło się przesłuchanie.

9. W dniu 20 lipca 2007 r. Groupement przedstawiło propozycję zobowiązań na mocy art. 9 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 [10], którą dyrektor generalny Dyrekcji Generalnej Komisji ds. Konkurencji uznał za spóźnioną i niezadowalającą.

10. W rezultacie Komisja wydała sporną decyzję, w której stwierdziła, że Groupement naruszyło art. 81 WE. Decyzja ta zawiera w szczególności następujące stwierdzenia:

— za rynek właściwy uznano rynek wydawania kart płatniczych we Francji;

— rozpatrywane środki stanowią decyzję związku przedsiębiorstw;

— środki te mają antykonkurencyjny cel. Świadczą o tym chociażby przewidziane dla tych środków wzory, a ów cel nie jest tożsamy z celem tych środków, jaki został dla nich zadeklarowany w zgłoszeniu. Z jednej strony środki te nie są odpowiednim instrumentem mogącym zachęcić do świadczenia usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji, a ich skutkiem jest albo obciążenie objętych nimi członków dodatkowymi kosztami, albo ograniczenie działalności emisyjnej przez członków pod rygorem objęcia ich tymi środkami. Z drugiej strony funkcji zachęcania do świadczenia usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji, czemu jakoby ma

10 — Rozporządzenie Rady z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [81 WE] i [82 WE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 8, t. 2, s. 205).

służyć MERFA, przeczy funkcja przypisywana opłatom interchange, a także funkcja dodatkowej opłaty za członkostwo oraz opłaty z tytułu pobudki dla śpiących. Ów antykonkurencyjny cel odpowiada rzeczywistemu celowi tych środków, który został wyrażony przez wiodących członków w momencie ich przygotowywania, a więc chęci ograniczenia konkurencji ze strony nowych członków i ich ukarania, chęci zabezpieczenia swoich dochodów przez wiodących członków oraz chęci ograniczenia spadku cen kart CB;

— skutek rozpatrywanych środków jest również antykonkurencyjny. W szczególności w okresie ich stosowania (między dniem 1 stycznia 2003 r. a dniem 8 czerwca 2004 r.) środki te doprowadziły do ograniczenia planów wydawania kart CB przez nowych członków oraz zapobiegły spadkowi cen kart CB po stronie zarówno nowych członków, jak i członków wiodących;

— rozpatrywanych środków nie można uznać za ograniczenia akcesoryjne, które nie są objęte zakresem stosowania art. 81 ust. 1 WE; oraz

— przesłanki zastosowania art. 81 ust. 3 WE nie zostały spełnione. Nie można w szczególności zaakceptować uzasadnienia rozpatrywanych środków, zwłaszcza jeśli chodzi o MERFA, jako mechanizmu zapewnienia równowagi między działalnością związaną ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji a działalnością emisyjną, jako że referencyjny stosunek działalności emisyjnej do działalności związanej ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji został ustalony z perspektywy członków wiodących, nie zaś z perspektywy optymalnej równowagi dla systemu CB.

11. Komisja uznała wobec tego, że art. 81 ust. 3 WE nie ma zastosowania do rozpatrywanych środków, że decyzja Groupement dotycząca rozpatrywanych środków była sprzeczna z postanowieniami art. 81 ust. 1 WE, a więc stosownie do art. 81 ust. 2 WE nieważna z mocy prawa, i że w związku z tym Komisja ma prawo nakazać Groupement zaprzestanie stosowania rozpatrywanych środków oraz powstrzymanie się od zawierania w przyszłości jakichkolwiek porozumień, przyjmowania jakichkolwiek decyzji związku przedsiębiorstw oraz stosowania jakichkolwiek praktyk uzgodnionych mających podobny cel lub skutek.

12. Zgodnie ze sporną decyzją:

„Artykuł 1

Środki cenowe przyjęte przez [Groupement] decyzjami [rady dyrektorów] z dnia 8 i 29 listopada 2002 r., mianowicie [MERFA], opłata członkowska pobierana od każdej karty oraz dodatkowa opłata członkowska, a także [opłata z tytułu pobudki dla śpiących] nakładana na członków Groupement, którzy od momentu przystąpienia do systemu nie rozwinęli znaczącej działalności »CB«, są sprzeczne z art. 81 [WE].

Artykuł 2

Groupement obowiązane jest do natychmiastowego zaprzestania naruszenia, o którym mowa w art. 1, poprzez uchylenie zgłoszonych środków cenowych wskazanych w tym artykule, w zakresie, w jakim jeszcze tego nie zrobiło.

Groupement obowiązane jest do powstrzymania się w przyszłości od stosowania środków lub od zachowań, których cel lub skutek byłby identyczny lub podobny”.

II – **Postępowanie przed Sądem i zaskarżony wyrok**

13. Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 27 grudnia 2007 r. wnoszący odwołanie wniósł skargę mającą na celu stwierdzenie nieważności spornej decyzji. BNP Paribas, BPCE oraz SG przystąpiły do sprawy w charakterze interwenientów popierających wnoszącego odwołanie.

14. Na poparcie swojego żądania wnoszący odwołanie, wspierany przez interwenientów, podniósł sześć zarzutów. Zarzut pierwszy dotyczył naruszenia art. 81 WE wskutek zastosowania błędnej metody analizy rozpatrywanych środków i przyjętych rynków, naruszenia zasady równego traktowania oraz braku uzasadnienia. Zarzut drugi dotyczył naruszenia art. 81 ust. 1 WE ze względu na naruszenia prawa, błędy w ustaleniach faktycznych oraz błędy w ocenie przy badaniu celu rozpatrywanych środków. Zarzut trzeci dotyczył naruszeń prawa, błędów w ustaleniach faktycznych oraz błędów w ocenie przy badaniu skutków rozpatrywanych środków. Zarzut czwarty, podniesiony tytułem ewentualnym, dotyczył naruszenia art. 81 ust. 3 WE ze względu na naruszenia prawa, błędy w ustaleniach faktycznych oraz błędy w ocenie przy badaniu możliwości zastosowania tego postanowienia do rozpatrywanych środków. Zarzut piąty dotyczył naruszenia zasady dobrej administracji. Zarzut szósty dotyczył naruszenia zasad proporcjonalności i pewności prawa.

15. Sąd oddalił wszystkie te zarzuty, a w rezultacie oddalił skargę w całości, obciążył Groupement jego własnymi kosztami oraz kosztami poniesionymi przez Komisję, a także obciążył BNP Paribas, BPCE i SG ich własnymi kosztami.

III – **Żądania stron i postępowanie przed Trybunałem**

16. W swoim odwołaniu wnoszący odwołanie wnosi do Trybunału o:

— uchylenie zaskarżonego wyroku;

— zwrócenie sprawy Sądowi do ponownego rozpoznania, chyba że Trybunał uzna, iż posiada wystarczające informacje, aby stwierdzić nieważność spornej decyzji; oraz

— obciążenie Komisji kosztami postępowania przed Sądem i Trybunałem.

17. BNP Paribas, BPCE i SG złożyli odpowiedzi na odwołanie na poparcie wnoszącego odwołanie.

18. Komisja wnosi o oddalenie odwołania i obciążenie wnoszącego odwołanie kosztami postępowania.

19. Strony przedstawiły Trybunałowi swoje stanowiska na piśmie oraz ustnie na rozprawie w dniu 22 stycznia 2014 r.

IV – **Ocena zarzutów odwołania**

20. Na poparcie swojego odwołania wnoszący odwołanie podnosi trzy zarzuty. Zarzut pierwszy dotyczy naruszeń prawa przy stosowaniu pojęcia „ograniczenia konkurencji ze względu na cel". Zarzut drugi dotyczy naruszeń prawa przy stosowaniu pojęcia „ograniczenia konkurencji ze względu na skutek". Zarzut trzeci dotyczy natomiast naruszenia zasad proporcjonalności i pewności prawa.

21. Na wstępie wnoszący odwołanie podnosi, że Sąd ewidentnie zaciemnił opis podstawowych elementów składających się na okoliczności faktyczne (pkt 1–48 zaskarżonego wyroku), co świadczy o tym, że cały czas trzymał się on wersji Komisji i nie przeprowadził pogłębionej kontroli okoliczności prawnych i faktycznych, do czego jest zobowiązany przez Trybunał[11]. Te podstawowe elementy dotyczą, po pierwsze, tego, że w trakcie dochodzenia Komisja radykalnie zmieniła swoje stanowisko[12], co można tłumaczyć zasadniczymi błędami w ocenie, o których Komisja nie wspomniała, a po drugie, tego, że całkowicie pominięto dyskusje, które miały miejsce w trakcie rozprawy przed Sądem w dniu 16 maja 2012 r., dotyczące pojęcia ograniczenia konkurencji ze względu na cel, zwłaszcza w związku z wykładnią tego pojęcia wynikającą z wyroku w sprawie Beef Industry Development Society i Barry Brothers[13], od której nie należy odchodzić.

22. Wydaje mi się, że tych uwag wstępnych, na tle których należy rozpoznawać kwestie wynikające z niniejszej sprawy, nie można traktować jako zmierzających do sformułowania nowego zarzutu lub nowych zarzutów, odrębnych od zarzutów, jakie zostały formalnie postawione.

23. Należy wobec tego kolejno zbadać trzy formalnie postawione zarzuty, kładąc szczególny nacisk na zarzut pierwszy, który w mojej ocenie stanowi punkt centralny dyskusji, jakie się toczyły, i który wydaje się szczególnie interesujący.

A – *W przedmiocie zarzutu pierwszego, dotyczącego naruszeń prawa przy stosowaniu pojęcia ograniczenia konkurencji ze względu na cel*

24. Wnoszący odwołanie, popierany w tym względzie przez BNP Paribas, BPCE i SG, podnosi, że Sąd, stosując art. 81 ust. 1 WE, kilkakrotnie naruszył prawo. Podkreśla on, że przyjęte przez Sąd rozwiązanie stanowi poważny precedens, gdyż można je sprowadzić do całkowitego zakazania operatorom stosowania wobec siebie jakichkolwiek opłat. Konkretniej rzecz ujmując, Groupement podkreśla, że Sąd zapomniał, iż pojęcie ograniczenia ze względu na cel nie może być interpretowane zbyt szeroko, oraz zaciemnił założenia, którymi z reguły kieruje się Trybunał, analizując, czy tego typu ograniczenie miało miejsce.

25. Zanim przejdę do zbadania wszystkich zastrzeżeń podniesionych przeciwko przyjętemu przez Sąd schematowi analizy rozpatrywanych środków, konieczne jest moim zdaniem przedstawienie kilku uwag wstępnych dotyczących podejścia, jakie według mnie należy przyjąć, analizując, czy w danej sprawie ma miejsce ograniczenie konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE.

1. Ogólne uwagi w sprawie zakresu pojęcia antykonkurencyjnego celu na gruncie art. 81 ust. 1 WE

26. Przyjmuje się, że każdy system zakazów i sankcji odnoszących się do uzgodnionych praktyk dotyczy zachowań ograniczających konkurencję[14].

27. Aby ustalić, czy dane zachowanie ogranicza konkurencję, generalnie stosuje się dwie metody.

11 — Zobacz wyrok z dnia 8 grudnia 2011 r. w sprawie C-272/09 P KME Germany i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-12789, pkt 102.

12 — Groupement podkreśla, że Komisja w żaden sposób nie wycofała się z wniosków zawartych w pierwszym piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów z dnia 6 lipca 2004 r. Tymczasem po przesłuchaniu, które miało miejsce w dniach 16 i 17 grudnia 2004 r., Komisja była zmuszona wycofać to pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, gdyż nie opierało się ono na żadnych poważnych podstawach.

13 — Wyrok z dnia 20 listopada 2008 r. w sprawie C-209/07, Zb.Orz. s. I-8637.

14 — Należy wyjaśnić, że termin „ograniczenie” należy rozumieć jako odnoszący się również do przypadków „zapobieżenia” lub „zakłócenia” konkurencji. Podobnie ograniczenie, którego dotyczy niniejsza sprawa, należy rozumieć jako odnoszące się nie tylko do ograniczeń dotyczących swobody podejmowania działań przez przedsiębiorstwa na rynku („restraint of trade”), lecz również do ograniczeń związanych z funkcjonowaniem i strukturą rynku („restriction of competition”).

28. Pierwsza metoda ma charakter kazuistyczny i sprowadza się do szczegółowego i dokładnego badania rzeczywistych i potencjalnych antykonkurencyjnych skutków zachowań przedsiębiorstw. O ile jej wielką zaletą jest to, że skupia się konkretnie na praktykach, które bezdyskusyjnie mają skutek w postaci ograniczenia konkurencji, o tyle jej stosowanie oznacza konieczność zmobilizowania znacznej liczby środków i nie pozostaje bez wpływu na ekonomikę postępowania. Ostatecznie więc jej stosowanie niesie ze sobą ryzyko osłabienia działań w zakresie wykrywania zachowań godzących w konkurencję.

29. Niedogodności te doprowadziły do wypracowania drugiej metody, częściowo mniej zindywidualizowanej, odnoszącej się też do zachowań, które na gruncie analizy ekonomicznej są zasadniczo uznawane ze szkodliwe dla konkurencji.

30. W ramach tej metody nie ma zasadniczej różnicy między zachowaniami przedsiębiorstw, które zostały uznane za ograniczające konkurencję w następstwie indywidualnego badania, oraz tymi, które zostały za takowe uznane wskutek zastosowania standardowego podejścia – oba rodzaje zachowań są zakazane. Różnica między nimi sprowadza się przede wszystkim do względów natury proceduralnej związanych z udowodnieniem skutków antykonkurencyjnych wynikających z zakwestionowanych zachowań.

31. Tytułem przykładu w amerykańskim prawie konkurencji pewną liczbę zachowań uznaje się za naruszenia same w sobie. Przedsiębiorstwa, które podejmują takie zachowania, nie mogą, ani przed organem ochrony konkurencji, ani przed sądem, kwestionować ich kwalifikacji jako porozumień ograniczających konkurencję poprzez wykazanie, że skutki tych zachowań są szkodliwe dla konkurencji tylko w stopniu znikomym i że niektóre ich skutki są z punktu widzenia konkurencji nawet korzystne.

32. Konsekwencje wskazania w art. 81 ust. 1 WE porozumień, których „celem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku", są porównywalne, choć nie identyczne.

33. W pierwszej kolejności, wskutek udowodnienia, że zachowania przedsiębiorstw mają „cel" antykonkurencyjny, zachowania takie są co do zasady zakazane i nie ma potrzeby badania ich skutków.

34. W drugiej kolejności, wprawdzie przy stosowaniu art. 81 ust. 3 WE dopuszcza się możliwość wyważenia korzystnych i niekorzystnych skutków dla konkurencji, jednak posłużenie się pojęciem antykonkurencyjnego celu oferuje pewne korzyści, gdyż upraszcza ustalenie, czy dane praktyki przedsiębiorstw mają charakter restrykcyjny.

35. Przede wszystkim nie ulega wątpliwości, że pojęcie to zapewnia przewidywalność, a tym samym pewność prawa po stronie przedsiębiorstw, gdyż pozwala im na zapoznanie się z konsekwencjami prawnymi (w szczególności w postaci zakazów i sankcji), jakie wiążą się z niektórymi ich działaniami, takimi jak na przykład zawieranie porozumień cenowych, co w konsekwencji umożliwia im dostosowywanie ich zachowań. Tym samym wskazanie porozumień, które ograniczają konkurencję ze względu na cel, ma jednocześnie skutek odstraszający i przyczynia się do przeciwdziałania zachowaniom antykonkurencyjnym. Wreszcie pojęcie to przyczynia się do realizacji zasady ekonomiki procesowej, gdyż w razie wykrycia pewnych form porozumień organy ochrony konkurencji mogą od razu stwierdzić ich antykonkurencyjne oddziaływanie, bez potrzeby przeprowadzania przez te organy często złożonych i skomplikowanych analiz potencjalnych lub rzeczywistych skutków takich porozumień na danym rynku.

36. Opisane wyżej korzyści wystąpią jednak tylko wtedy, gdy posłużenie się pojęciem ograniczenia ze względu na cel jest wyraźnie określone, gdyż w przeciwnym razie mogłoby to prowadzić do objęcia zachowań, których szkodliwe skutki dla konkurencji nie są oczywiste.

37. Powyższe uwagi znajdują bardziej konkretne poparcie we wnioskach, które można wyprowadzić z utrwalonego orzecznictwa Trybunału.

38. Po pierwsze, jak Trybunał orzekł już dawno w wyroku w sprawie LTM [15], a potem wielokrotnie przypominał [16], alternatywny charakter przesłanki przewidzianej w art. 81 ust. 1 WE, dotyczącej istnienia porozumienia, którego „celem lub skutkiem" jest ograniczenie konkurencji, wyrażający się w użyciu spójnika „lub", skutkuje w pierwszej kolejności koniecznością zbadania samego celu porozumienia z uwzględnieniem kontekstu gospodarczego, w jakim ma być ono stosowane. Trybunał wyjaśnił w tym względzie, że jeżeli jednak „analiza *klauzul* tego porozumienia nie wskazuje na *wystarczający stopień szkodliwości*" (wyróżnienie moje) dla konkurencji, to należy wówczas zbadać skutki porozumienia, a do objęcia go zakazem wymagane jest spełnienie przesłanek, które wskazują na faktyczne zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w odczuwalny sposób. Aby ustalić, czy porozumienie jest zakazane na mocy art. 81 ust. 1 WE, uwzględnienie jego konkretnych skutków jest więc zbędne, jeśli okaże się, że jego celem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku [17].

39. Po drugie, Trybunał wyjaśnił, że rozróżnienie „naruszeń ze względu na cel" i „naruszeń ze względu na skutek" jest związane z okolicznością, że pewne formy zmowy między przedsiębiorstwami z uwagi na sam ich charakter można uznać za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji [18]. Za ograniczenia konkurencji ze względu na cel uznano zatem, ze względu na sam ich cel, różne formy współpracy między przedsiębiorstwami. Wśród nich widnieją nie tylko pewne typy porozumień horyzontalnych, inne niż wskazane w art. 81 ust. 1 lit. a)–e) WE [19], lecz także pewna liczba porozumień wertykalnych [20].

40. Po trzecie, bardziej standardowa ocena, do której prowadzi posłużenie się pojęciem ograniczenia ze względu na cel, zakłada konieczność szczegółowego i indywidualnego badania spornego porozumienia, które należy jednak wyraźnie odróżnić od badania rzeczywistych lub potencjalnych skutków kwestionowanych zachowań przedsiębiorstw.

41. W tym względzie Trybunał już bardzo wcześnie [21] wyjaśnił, że kwestia, czy umowa ma na celu ograniczenie konkurencji, nie może być badana w oderwaniu od kontekstu gospodarczego i prawnego tej umowy, w świetle którego strony ją zawarły. Trybunał wielokrotnie potem przypominał, że postanowienia rozpatrywanych porozumień należy faktycznie badać w świetle ich kontekstu [22], co wynika z założenia, że w przypadku badania zgodności danego zachowania z postanowieniami traktatu dotyczącymi karteli czysto teoretyczne i abstrakcyjne rozważania trudno daje się obronić [23].

15 — Wyrok z dnia 30 czerwca 1966 r. w sprawie 56/65 LTM, Rec. s. 337, 359.

16 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Beef Industry Development Society i Barry Brothers, pkt 15.

17 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Beef Industry Development Society i Barry Brothers, pkt 16 i przytoczone tam orzecznictwo.

18 — Ibidem, pkt 18.

19 — Za porozumienie mające antykonkurencyjny cel uznano w szczególności wymianę informacji służącą koordynacji zachowań konkurentów na rynku (wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-8/08 T-Mobile Netherlands i in., Zb.Orz. s. I-4529).

20 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 13 lipca 1966 r. w sprawach połączonych 56/64 i 58/64 Consten i Grundig przeciwko Komisji, Rec. s. 429; z dnia 1 lutego 1978 r. w sprawie 19/77 Miller przeciwko Komisji, Rec. s. 131 (porozumienia dystrybucyjne zakazujące handlu równoległego między państwami członkowskimi oraz ustanawiające wyłączność terytorialną); z dnia 3 lipca 1985 r. w sprawie 243/83 Binon przeciwko AMP, Rec. s. 2015 (system dystrybucji selektywnej z określeniem ceny minimalnej odsprzedaży); a także z dnia 13 października 2011 r. w sprawie C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, Zb.Orz. s. I-9419 (system dystrybucji selektywnej zakazujący, bez obiektywnego uzasadnienia, sprzedaży niektórych produktów przez Internet).

21 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawach połączonych Consten i Grundig przeciwko Komisji, s. 497.

22 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie Miller przeciwko Komisji, pkt 7; wyrok z dnia 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29/83 i 30/83 CRAM i Rheinzink przeciwko Komisji, Rec. s. 1679, pkt 26; a także wyrok z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-551/03 P General Motors przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-3173, pkt 66.

23 — Zobacz w tym względzie opinia rzecznika generalnego K. Roemera w sprawach połączonych Consten i Grundig przeciwko Komisji, które zakończyły się ww. wyrokiem, s. 525.

42. Aby zilustrować, co mam na myśli, posłużę się przykładem naruszenia, które, zgodnie z nabytym doświadczeniem, uznaje się za jedno z najcięższych ograniczeń konkurencji, a mianowicie horyzontalnego porozumienia w sprawie cen towarów. O ile przyjmuje się, że tego rodzaju porozumienie jest generalnie wysoce szkodliwe dla konkurencji, o tyle nie można tego powiedzieć w przypadku, gdy na przykład uczestniczące w nim przedsiębiorstwa mają jedynie niewielki udział w rynku właściwym.

43. Podobnie dopiero po zbadaniu kontekstu Trybunał orzekł, że porozumienie dystrybucyjne, które na pierwszy rzut oka można by uznać za stanowiące ograniczenie konkurencji, nie może być uznane za porozumienie, którego celem jest – ze względu na sam jego charakter – istotne ograniczenie konkurencji [24].

44. W mojej ocenie konieczność uwzględnienia kontekstu gospodarczego i prawnego w celu ustalenia, czy dane porozumienie ma antykonkurencyjny cel, należy – ze względu na ryzyko wypaczenia brzmienia art. 81 ust. 1 WE, do czego wrócę później – wyraźnie odróżnić od konieczności wykazania antykonkurencyjnych skutków tego porozumienia na podstawie drugiej części alternatywy wskazanej w tym postanowieniu. Uwzględnienie kontekstu w celu ustalenia, czy cel porozumienia ma charakter antykonkurencyjny, może jedynie wzmocnić lub osłabić [25] wynik badania treści postanowień rzekomego kartelu. Nie może ono w żadnym razie zaradzić brakowi faktycznego ustalenia antykonkurencyjnego celu poprzez wykazanie potencjalnych skutków rozpatrywanych środków.

45. Innymi słowy, niezależnie od koncepcyjnych podobieństw między dwiema częściami tej alternatywy [26] posłużenie się kontekstem gospodarczym i prawnym przy ustalaniu, czy mamy do czynienia z ograniczeniem ze względu na cel, nie może prowadzić do postawienia zarzutów przedsiębiorstwu, którego zachowanie jest kwestionowane, jeżeli treść porozumienia nie wskazuje na jego szkodliwość z punktu widzenia konkurencji.

46. Nie ulega wątpliwości, że orzecznictwo Trybunału i Sądu, w którym przypominano o rozróżnieniu między dwoma typami ograniczeń na gruncie art. 81 ust. 1 WE, mogło do pewnego stopnia być źródłem rozbieżnych interpretacji, a nawet niepewności. Niektóre stwierdzenia w nim zawarte mogły bowiem uczynić delikatnym konieczne rozróżnienie między badaniem antykonkurencyjnego celu i analizą antykonkurencyjnych skutków porozumień zawieranych przez przedsiębiorstwa.

47. W niektórych bowiem sprawach uwzględnienie tego kontekstu przerodziło się w rzeczywiste badanie potencjalnych skutków rozpatrywanych środków.

48. I tak, w wyroku w sprawie GlaxoSmithKline Services przeciwko Komisji [27] Sąd, wypowiadając się w przedmiocie antykonkurencyjnego celu postanowień porozumienia zmierzających do ograniczenia handlu równoległego produktami leczniczymi, uznał w istocie, że o antykonkurencyjnym charakterze porozumienia nie można wnioskować wyłącznie na podstawie treści jego postanowień, analizowanych w ich kontekście, lecz „koniecznie” należy również rozważyć jego skutki. Wyrok ten zdaje się sugerować, że aby uznać, iż dane porozumienie ma antykonkurencyjny cel, należy w każdym razie rozważyć, jakie są jego konkretne skutki dla konkurencji [28].

24 — Wyrok z dnia 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-306/96 Javico, Rec. s. I-1983, pkt 19–31.

25 — Jako przykład takiego osłabienia zob. wyrok z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie C-309/99 Wouters i in., Rec. s. I-1577, pkt 97.

26 — W tym względzie kilku autorów podkreśliło, że analiza celu jest jedynie formą zastosowania analizy skutków (zob. na przykład R. Wish, Wstęp do czwartego okrągłego stołu konferencji New Frontiers of Antitrust w dniu 10 lutego 2012 r., zatytułowanego Anticompetitive object vs. anticompetitive effect: does it really matter?, w: *Concurrences*, nr 2, 2012, s. 59 i nast.

27 — Wyrok Sądu z dnia 27 września 2006 r. w sprawie T-168/01, Zb.Orz. s. II-2969, pkt 147.

28 — Jeśli w ramach odwołania wniesionego w tej sprawie Trybunał musiał oceniać prawidłowość analizy dotyczącej antykonkurencyjnego charakteru celu spornych porozumień, to uczynił to tylko w zakresie, w jakim Sąd uzależnił istnienie antykonkurencyjnego celu od udowodnienia, że porozumienie to było niekorzystne dla konsumentów końcowych (zob. wyrok z dnia 6 października 2009 r. w sprawach połączonych C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P GlaxoSmithKline Services i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-9291, pkt 63, 64).

49. Można zastanawiać się w sposób uprawniony, czy owa analiza, która sprowadza się do oceny konsekwencji, jakie muszą mieć rozpatrywane porozumienia, bardziej przypomina badanie ich skutków polegających na ograniczeniu konkurencji niż analizę ich antykonkurencyjnego celu.

50. Bardzo niedawno Trybunał orzekł w wyroku w sprawie Allianz Hungária Biztosító i in.[29] w sposób niepozostawiający wątpliwości, że porozumienia, przez które zakłady ubezpieczeń samochodowych porozumiewają się dwustronnie albo z autoryzowanymi dealerami samochodów działającymi jako warsztaty naprawcze, albo ze stowarzyszeniem reprezentującym te warsztaty odnośnie do stawki godzinnej, jaką zakład ubezpieczeń ma zapłacić za naprawę ubezpieczonych przez niego samochodów, przewidując, że stawka ta zależy między innymi od liczby i odsetka umów ubezpieczenia, jakie dealer sprzedał jako pośrednik tego zakładu, mogą zostać uznane za ograniczenie konkurencji ze względu „na cel" w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE. Jest tak w sytuacji, gdy w wyniku indywidualnej i konkretnej oceny treści i celu tych porozumień, a także kontekstu prawnego i gospodarczego, w jaki się one wpisują, okaże się, że ze względu na ich charakter są one szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania konkurencji na jednym z dwóch rozpatrywanych rynków[30].

51. W powyższej sprawie znów trudno wskazać, gdzie przebiega granica między badaniem kontekstu, jakie proponuje Trybunał, a które obejmuje ocenę ryzyka wyeliminowania lub znacznego osłabienia konkurencji na danym rynku, mając w szczególności na uwadze „strukturę tego rynku, istnienie alternatywnych kanałów dystrybucyjnych oraz ich odnośnego znaczenia, a także władzę na rynku odnośnych zakładów", a badaniem ewentualnych skutków ograniczających konkurencję.

52. Jednak mimo że orzecznictwo mogło w pewnym stopniu przyczynić się do zatarcia granicy między pojęciami ograniczeń ze względu na cel oraz ze względu na skutek, uważam, iż należy dokładniej wyznaczyć ramy tego pojęcia.

53. Uznanie, że dane porozumienie lub praktyka ogranicza konkurencję ze względu na swój cel, ma bowiem poważne konsekwencje, z których przynajmniej dwie zasługują na szczególną uwagę.

54. Po pierwsze, procedura prowadząca do ustalenia, czy mamy do czynienia z „antykonkurencyjnym celem", opiera się na formalistycznym podejściu, które wiąże się z ryzykiem w kontekście ochrony ogólnych interesów realizowanej przez traktatowe reguły konkurencji. W wypadku stwierdzenia, że celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji, wynikający stąd zakaz ma charakter bardzo ogólny, mianowicie może zostać nałożony prewencyjnie i tym samym przeciwdziałać rozwojowi przyszłych kontaktów[31], niezależnie od oceny konkretnych skutków takiego porozumienia.

55. To formalistyczne podejście można więc stosować tylko w przypadku zachowań, które z samej swej natury wiążą się z ryzykiem zaistnienia szczególnie poważnych skutków szkodliwych dla konkurencji, albo zachowań, których skutki negatywne przeważają nad skutkami pozytywnymi. Przeciwne rozwiązanie ignorowałoby okoliczność, że pewne działania podmiotów gospodarczych mogą być potencjalnie pozytywne z punktu widzenia konkurencji. W mojej ocenie bezpośrednie karanie za ograniczenie, zważywszy na względy ekonomiki procesowej, jest rozsądne tylko wtedy, gdy z doświadczenia, popartego analizą ekonomiczną, wynika, że ograniczenie takie jest trwale zakazane[32].

29 — Wyrok z dnia 14 marca 2013 r. w sprawie C-32/11.

30 — Ibidem, pkt 48.

31 — Na istotny charakter tych konsekwencji zwrócił już uwagę rzecznik generalny P. Cruz Villalón w pkt 64 opinii w sprawie Allianz Hungária Biztosító i in., która zakończyła się ww. wyrokiem.

32 — Wydaje się, że takie właśnie podejście Komisja przyjęła w wytycznych z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 WE (Dz.U. C 101, s. 97) [tłumaczenie nieoficjalne, podobnie jak wszystkie cytaty z tych wytycznych poniżej]. Komisja wskazała w szczególności, co następuje: „[Z]a porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji, uważa się takie porozumienia, które z samej swej natury mogą ją ograniczać. Chodzi tu o ograniczenia, które w świetle celów wspólnotowych reguł konkurencji prezentują tak wysokie prawdopodobieństwo wywołania negatywnych dla konkurencji skutków, że dla celów stosowania art. 81 ust. 1 nie ma potrzeby wykazania, że wywołują one faktyczne skutki rynkowe. Domniemanie to opiera się na *poważnym charakterze ograniczenia oraz na doświadczeniu*, które pokazują, że ograniczenia konkurencji ze względu na cel mogą powodować negatywne skutki na rynku oraz zagrażać realizacji celów wspólnotowych reguł konkurencji" (wyróżnienie moje).

56. Za ograniczające konkurencję ze względu na cel powinno się zatem uznawać tylko takie zachowania, których szkodliwy charakter, w świetle nabytego doświadczenia i nauk ekonomicznych, jest bezsporny i łatwo sprawdzalny, nie zaś porozumienia, których skutki – z uwagi na kontekst, w jaki porozumienia się wpisują – są ambiwalentne dla rynku lub które rodzą dodatkowo skutki ograniczające konkurencję, niezbędne dla realizacji celu głównego, który sam nie ogranicza konkurencji.

57. Po drugie, kwalifikacja ta zwalnia organy ochrony konkurencji z obowiązku wykazywania antykonkurencyjnych skutków porozumień lub praktyk, z którymi organy te mają do czynienia. Niekontrolowane rozszerzanie katalogu zachowań, które uznaje się za ograniczenia ze względu na cel, jest ryzykowne z punktu widzenia reguł, które zasadniczo normują sposób przeprowadzania dowodu antykonkurencyjności porozumienia oraz wskazują podmioty, na których spoczywa ciężar udowodnienia tej okoliczności.

58. Z uwagi na te konsekwencje możliwość uznania porozumienia za kartel ograniczający konkurencję ze względu na cel powinna być koniecznie ograniczona i dotyczyć tylko tych skutków, które z samej swej natury mają określony stopień szkodliwości. Pojęcie to powinno dotyczyć tylko tych porozumień, które z samej swej natury, to znaczy bez konieczności badania ich rzeczywistych lub potencjalnych skutków, prezentują taki stopień wagi lub szkodliwości, że ich negatywny wpływ na konkurencję jest bardzo prawdopodobny. Mimo że katalog zachowań, które mogą być uznane za ograniczenia ze względu na cel, ma charakter otwarty, uważam, że określając ograniczenie konkurencji ze względu na cel, należy zachować względną ostrożność.

59. Owa ostrożność powinna być tym większa, że schemat analizy, który przyjmie Trybunał, będzie obowiązywać zarówno Komisję, jak i krajowe organy ochrony konkurencji, których stopień wyczulenia oraz poziom doświadczenia opierają się na zmiennych parametrach.

60. Korzyść polegająca na przewidywalności i złagodzeniu ciężaru dowodu, wynikająca z jasnego określenia, które porozumienia należy uważać za ograniczenia ze względu na cel, zostanie zniweczona, jeżeli określenie to będzie w ostateczności prowadzić do nadmiernie pogłębionego badania wpływu tego porozumienia na konkurencję, które to badanie znacznie wykroczy poza szczegółowe badanie porozumienia.

61. W każdym razie trzeba zauważyć, że Trybunał, mimo widocznego poszerzenia katalogu zachowań uznawanych za ograniczenia ze względu na cel, stale przypominał, począwszy od ww. wyroku w sprawie LTM aż do ww. wyroku w sprawie Allianz Hungária Biztosító i in., iż analiza celu powinna wykazać „wystarczający stopień szkodliwości” [33].

62. Chciałbym wreszcie przypomnieć, że takie określenie nie prowadzi do objęcia niektórych zachowań „immunitetem”, powodując wyłączenie ich spod zakazu, o którym mowa w art. 81 ust. 1 WE. W sytuacji gdy nie wykazano, że dane porozumienie nie ma rzeczywistego potencjału – to znaczy przy uwzględnieniu jego celów oraz kontekstu prawnego i gospodarczego, w jaki się ono wpisuje – aby zapobiec konkurencji na rynku, ograniczyć ją lub zakłócić, zostaje wykluczone tylko posłużenie się pojęciem ograniczenia ze względu na cel. Organ ochrony konkurencji zawsze będzie miał możliwość zakwestionowania porozumienia wskutek przeprowadzenia dokładnej analizy jego rzeczywistych i potencjalnych skutków antykonkurencyjnych na rynku.

33 — Wymóg ten jest stale przypominany również w najnowszym orzecznictwie (zob. ww. wyroki: w sprawie Beef Industry Development Society i Barry Brothers, pkt 15; w sprawie T-Mobile Netherlands i in., pkt 28; w sprawie GlaxoSmithKline Services i in. przeciwko Komisji, pkt 55; a także wyrok z dnia 4 października 2011 r. w sprawach połączonych C-403/08 i C-429/08 Football Association Premier League i in., Zb.Orz. s. I-9083, pkt 135).

2. W przedmiocie oceny, czy w niniejszej sprawie mamy do czynienia z ograniczeniem ze względu na cel

63. Należy zauważyć, że w swoim zarzucie pierwszym wnoszący odwołanie generalnie krytykuje to, że Sąd posługuje się rozumieniem pojęcia ograniczenia ze względu na cel, które nie jest wąskie. Konkretnie wnoszący odwołanie kwestionuje błędy, jakie jego zdaniem popełnił Sąd przy analizowaniu treści i celu rozpatrywanych środków oraz kontekstu, w jakim zostały wprowadzone.

64. Innymi słowy, należy przede wszystkim ustalić, czy ogólnie rzecz biorąc, Sąd miał prawo uznać w pkt 124 i 146 zaskarżonego wyroku, że „pojęcia naruszenia ze względu na cel nie należy interpretować wąsko". Następnie trzeba rozważyć, czy – niezależnie od tego stwierdzenia – Sąd mógł, nie naruszając przy tym prawa, stwierdzić, że w niniejszej sprawie miało miejsce naruszenie ze względu na cel w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE.

a) Czy pojęcie antykonkurencyjnego celu należy interpretować wąsko czy szeroko?

65. Na początku warto podkreślić, że orzecznictwo, które charakteryzuje się konfliktem między brakiem chęci tworzenia zamkniętego katalogu ograniczeń ze względu na cel a koniecznością respektowania ratio legis art. 81 ust. 1 WE, który wymaga między innymi, aby objęte nim zachowania cechowały się pewnym stopniem szkodliwości, nie zawsze jasno odnosi się do kwestii, czy pojęcie ograniczenia ze względu na cel należy interpretować wąsko czy też nie, przy czym niektórzy rzecznicy generalni opowiadali się za jednym, a inni za drugim podejściem [34].

66. Co się tyczy w szczególności ww. wyroku w sprawie Beef Industry Development Society i Barry Brothers, moim zdaniem Sąd błędnie powołał się na niego na poparcie wniosku, że pojęcia naruszenia ze względu na cel nie można interpretować wąsko.

67. To prawda, że – jak wynika z pkt 22 tego wyroku – Trybunał odnosił się do argumentacji Beef Industry Development Society i Barry Brothers Ltd, zgodnie z którą „pojęcie naruszenia ze względu na cel należy interpretować zawężająco" i „do tej kategorii należą wyłącznie porozumienia mające na celu horyzontalne ustalanie cen, ograniczanie produkcji lub podział rynków – porozumienia, których antykonkurencyjne skutki są na tyle oczywiste, że nie wymagają one żadnej analizy ekonomicznej".

68. Należy jednak zauważyć, że o ile z odpowiedzi, jakiej w pkt 23 tego wyroku udzielił Trybunał, zgodnie z którą „rodzaje porozumień przewidziane w art. 81 ust. 1 lit. a)–e) WE nie stanowią wyczerpującego wykazu zakazanych zmów", wyraźnie wynika, że pojęcie ograniczenia konkurencji nie jest zawężone do najbardziej rażących ograniczeń przybierających postać karteli („hard core infringements"), o których mowa w tym postanowieniu, ani nie zamyka się w wyczerpującym katalogu, o tyle odpowiedź ta nie przesądza bezwzględnie o konieczności interpretowania pojęcia ograniczenia konkurencji ze względu na cel w sposób wąski.

69. Lektura tego wyroku narzuca inne stwierdzenie. Ostatecznie o tym, że celem rozpatrywanych porozumień było ograniczenie konkurencji, przekonało Trybunał badanie ich treści.

34 — Warto na przykład zauważyć, że ww. opinii w sprawie Allianz Hungária Biztosító i in. rzecznik generalny P. Cruz Villálon opowiedział się za wąskim podejściem, stwierdzając, że kategoria ograniczeń konkurencji ze względu na cel powinna być interpretowana w sposób ścisły i ograniczać się do wypadków, w których stwierdza się duże prawdopodobieństwo wywołania szczególnie poważnych skutków negatywnych (zob. pkt 65 omawianej opinii). W opinii w sprawie T-Mobile Netherlands i in., w której wydano ww. wyrok, rzecznik generalna J. Kokott zdaje się natomiast opowiadać za mniej kategorycznym rozwiązaniem, wskazując, że „[z] pewnością pojęcie uzgodnionej praktyki, mającej cel antykonkurencyjny, nie może być interpretowane nadmiernie szeroko z uwagi na daleko idące konsekwencje, na które mogą się narazić zainteresowane przedsiębiorstwa w przypadku naruszenia art. 81 ust. 1 WE. Jednocześnie pojęcie to nie może być jednak interpretowane nadmiernie zawężająco, tak aby nie prowadziło to do zniesienia ugruntowanego w prawie pierwotnym zakazu »naruszeń ze względu na cel« i pozbawienia po części w ten sposób art. 81 ust. 1 WE jego skuteczności" (zob. pkt 44 tej opinii).

70. Prawdą jest, że porozumienia rozpatrywane w ww. sprawie Beef Industry Development Society i Barry Brothers (zwane dalej „porozumieniami BIDS") miały charakter szczególny, jako że ich celem było przeprowadzenie racjonalizacji sektora mięsa wołowego poprzez zmniejszenie nadwyżek produkcyjnych.

71. Nie ulega jednak wątpliwości, że porozumienia te były porównywalne do porozumień zmierzających do ograniczenia produkcji w rozumieniu art. 81 ust. 1 lit. b) WE. Trybunał uznał, że cel porozumień BIDS był antykonkurencyjny, dopiero po szczegółowym zbadaniu treści tych porozumień. Trybunał uznał w szczególności, iż owe porozumienia przewidywały mechanizm zachęcający konkurencyjne przedsiębiorstwa do opuszczenia rynku. Zgodnie z przedstawionymi Trybunałowi informacjami porozumienia BIDS miały dwa podstawowe cele. Po pierwsze, chodziło o zwiększenie stopnia koncentracji danego rynku poprzez znaczne ograniczenie liczby przedsiębiorstw oferujących usługi z zakresu przetwórstwa, a po drugie, o wyeliminowanie blisko 75% nadwyżek zdolności produkcyjnych [35]. Porozumienia BIDS zmierzały zatem zasadniczo do umożliwienia szeregowi przedsiębiorstw wdrożenia wspólnej polityki, która miała sprzyjać opuszczeniu rynku przez niektóre z nich, a w konsekwencji – ograniczyć nadwyżkę zdolności produkcyjnych, która wywierała wpływ na ich rentowność, uniemożliwiając im poczynienie oszczędności skali [36].

72. Trybunał stwierdził, że „ten rodzaj porozumień jest wyraźnie sprzeczny z koncepcją właściwą postanowieniom traktatu WE dotyczącym konkurencji, zgodnie z którą każdy podmiot gospodarczy winien określać w sposób autonomiczny politykę, jaką zamierza realizować na rynku". Zdaniem Trybunału w sytuacji konkurencji przedsiębiorstwa, które zawarły porozumienia BIDS, nie miałyby – w razie braku tych porozumień – innych środków służących zwiększeniu ich rentowności, jak tylko zwiększenie rywalizacji handlowej między nimi lub przeprowadzenie koncentracji. Ze względu na te porozumienia omawiane przedsiębiorstwa mogły uniknąć takiej operacji i wspólnie ponieść znaczną część kosztów koniecznych do zwiększenia stopnia koncentracji rynku, w szczególności dzięki opłacie w wysokości 2 EUR za jednostkę wyprodukowaną przez każdego z pozostających na rynku. Trybunał wskazał ponadto, że środki służące realizacji celu porozumień BIDS obejmują też ograniczenia, których cel ma charakter antykonkurencyjny [37].

73. W ostateczności stwierdzono, że stopień szkodliwości rozpatrywanych środków był na tyle wysoki, iż można było przyjąć, że realizowały one cel antykonkurencyjny.

74. Mając na względzie całość powyższych rozważań, uważam, iż Sąd błędnie przyjął w zaskarżonym wyroku, że pojęcia celu nie należy interpretować w sposób zawężający.

75. Należy jeszcze zbadać, czy mimo to Sąd mógł, nie naruszając przy tym prawa, potwierdzić wniosek, że cel spornych środków miał charakter antykonkurencyjny.

35 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Beef Industry Development Society i Barry Brothers, pkt 31, 32.

36 — Ibidem, pkt 33.

37 — Ibidem, pkt 34–36.

b) W przedmiocie schematu analizy przyjętego w niniejszej sprawie, na podstawie którego Sąd uznał, że ma do czynienia z ograniczeniem ze względu na cel

76. Na wstępie warto moim zdaniem przypomnieć, że o ile jedynie Sąd jest właściwy do dokonywania, po pierwsze, ustaleń faktycznych, z wyjątkiem sytuacji, gdy nieprawidłowość jego ustaleń wynika z akt sprawy, a po drugie, oceny tych okoliczności faktycznych, o tyle Trybunał uprawniony jest, na podstawie art. 256 TFUE, do kontroli kwalifikacji prawnej tych okoliczności i skutków prawnych, które wywiódł z nich Sąd. Ocena okoliczności faktycznych nie stanowi, z wyłączeniem przypadków przeinaczenia przedstawionych Sądowi dowodów, zagadnienia prawnego, które jako takie poddane jest kontroli Trybunału [38].

77. W rozpatrywanej sprawie wydaje mi się, że w ramach niniejszego zarzutu wnoszący odwołanie wytyka głównie Sądowi z jednej strony naruszenia prawa, które jego zdaniem skutkowały uznaniem rozpatrywanych środków za ograniczenia ze względu na cel, oraz z drugiej strony przeinaczenie przez Sąd przedstawionych mu dowodów. Kwestie te nie są z założenia wyłączone spod kontroli Trybunału.

78. Trybunał musi bowiem zbadać, czy Sąd dokonał prawidłowej kontroli tego, czy Komisja wystarczająco wykazała, w następstwie indywidualnego i konkretnego badania treści i celu rozpatrywanych środków oraz kontekstu gospodarczego i prawnego, w jaki środki te się wpisywały, że stopień szkodliwości rozpatrywanych środków był na tyle wysoki, iż ich negatywne skutki dla konkurencji mogły być domniemywane.

79. W tym celu istotnym punktem odniesienia jest nabyte doświadczenie. Owo „doświadczenie" obejmuje wszystkie elementy tradycyjnie wynikające z analizy ekonomicznej, które znalazły potwierdzenie w decyzjach organów ochrony konkurencji i stosownie do okoliczności znalazły też potwierdzenie w orzecznictwie.

80. W niniejszym kontekście należy stwierdzić, że sporne środki mają charakter horyzontalny i że już z założenia można przyjąć, iż ich cel może ograniczać konkurencję.

81. Tymczasem wprawdzie pewne porozumienia horyzontalne między przedsiębiorstwami obejmują oczywiste ograniczenia konkurencji, takie jak ustalanie cen i podział rynku [39], co pozwala uznać, że stanowią one ograniczenie konkurencji ze względu na cel, jednak szkodliwy wpływ spornych środków na konkurencję nie jest z góry przesądzony.

82. Należy jednak zbadać, czy Sąd słusznie potwierdził wniosek Komisji, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z ograniczeniem ze względu na cel, pamiętając, że wniosek taki powinien wynikać z całościowej oceny treści rozpatrywanych środków, uwzględniającej stosownie do okoliczności obiektywne cele, jakie środki te mają realizować, oraz ich kontekst gospodarczy i prawny.

83. W tym względzie podział niniejszego zarzutu na części, dotyczące odpowiednio każdej z trzech przesłanek pozwalających na zakwalifikowanie środka za ograniczenie ze względu na cel, może wydawać się sztuczny.

84. Niemniej zasadne jest, aby części te zbadać kolejno.

38 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-628/10 P i C-14/11 P Alliance One International i Standard Commercial Tobacco przeciwko Komisji i Komisja przeciwko Alliance One International i in., pkt 84, 85.

39 — Wyrok z dnia 8 grudnia 2011 r. w sprawie C-389/10 P KME Germany i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-13125, pkt 75.

i) W przedmiocie części pierwszej, dotyczącej analizy treści środków Groupement

85. Wnoszący odwołanie, wspierany w tym względzie w wielu aspektach przez BNP Paribas, BPCE i SG, podnosi, że oceniając treść rozpatrywanych środków, Sąd kilkakrotnie naruszył prawo.

86. W pierwszej kolejności wnoszący odwołanie podnosi, że Sąd popełnił błędy przy analizie „samego" celu tych środków. Przede wszystkim Sąd nie przeprowadził badania szkodliwości spornych środków poprzez odniesienie się do ich treści, lecz zamiast tego skupił się na subiektywnych intencjach niektórych członków Groupement. I tak, Sąd naruszył prawo, stwierdzając w pkt 126 i 132 zaskarżonego wyroku, że już same wzory zastosowane w kontekście rozpatrywanych środków sprawiają, iż środki te mają antykonkurencyjny cel, polegający na utrudnieniu konkurencji ze strony nowych członków na rynku właściwym. Ponadto wnoszący odwołanie jest zdania, że Sąd przeinaczył dowody, stwierdzając, że ze względu na pewne przeszkody rozwinięcie przez nowych członków działalności związanej ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji było w praktyce znacznie utrudnione, opierając się na twierdzeniach Komisji i odrzucając, bez przekonującego wyjaśnienia, dowody przeciwne.

87. W drugiej kolejności wnoszący odwołanie podnosi, że Sąd naruszył prawo, biorąc pod uwagę, w pkt 186 i 256 zaskarżonego wyroku, genezę wprowadzenia rozpatrywanych środków, która została utrwalona w dokumentach zajętych w trakcie kontroli przeprowadzonych w pomieszczeniach Groupement oraz niektórych jego członków.

88. Przede wszystkim przy analizowaniu celu tych środków Sąd nie powinien był opierać się na sformułowanych przed przyjęciem rozpatrywanych środków twierdzeniach niektórych wiodących członków, gdyż twierdzenia te nie odzwierciedlają woli samego Groupement, a jedynie intencje niektórych z jego członków. Tymczasem za decyzję związku przedsiębiorstw można uznać tylko taką decyzję, która stanowi wierny wyraz woli jej autora. W niniejszym przypadku okoliczności związane z przygotowaniem i przyjęciem decyzji są bez znaczenia, gdyż zamiar Groupement wyrażają jedynie środki, które zostały zgłoszone Komisji. Ponadto zamiast skupić się na szczegółowej analizie treści rozpatrywanych środków, Sąd zadowolił się badaniem ich genezy.

89. Wnoszący odwołanie twierdzi następnie, że Sąd przeinaczył dowody, uwzględniając jedynie pewne wybrane przez siebie w niewłaściwy sposób twierdzenia z okresu przygotowań, zajęte dokumenty i oświadczenia nowych członków. Zdaniem wnoszącego odwołanie pewna liczba dowodów wskazujących w szczególności na konieczność zwalczania zjawiska pasożytnictwa oraz na troskę o poszanowanie prawa konkurencji świadczy o istnieniu rzeczywistych wątpliwości co do ograniczenia konkurencji, które Sąd winien był uwzględnić. Owo przeinaczenie jest tym bardziej rażące, że Sąd oparł się na tych samych dowodach, którymi posłużyła się Komisja, nie wycofując się z wniosków zawartych w pierwszym piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów.

90. W zaskarżonym wyroku Sąd uznał w istocie, że antykonkurencyjny cel rozpatrywanych środków polegał na utrudnieniu konkurencji ze strony nowych członków na francuskim rynku wydawania kart CB.

91. Sąd przyjął jako własny wniosek Komisji, zgodnie z którym antykonkurencyjny cel spornych środków przejawia się we wzorach obliczeń przewidzianych w rozpatrywanych środkach (zob. pkt 126–133 zaskarżonego wyroku). Uznał również, że Komisja posłużyła się zajętymi podczas kontroli dokumentami, które zawierały twierdzenia wiodących członków sformułowane w trakcie przygotowywania rozpatrywanych środków, jedynie w celu potwierdzenia (zob. pkt 123–154 zaskarżonego wyroku).

92. Tymczasem, po pierwsze, co się tyczy analizy wzorów obliczeniowych przewidzianych w spornych środkach, wydaje mi się, w nawiązaniu do wcześniejszej myśli, że Sąd nie skontrolował, czy wzory te ze swej natury mają charakter antykonkurencyjny.

93. Prawdą jest, że w pkt 132 zaskarżonego wyroku Sąd zwrócił uwagę, że Komisja w świetle wzorów przewidzianych w rozpatrywanych środkach oraz ze względu na trudności dotyczące rozwinięcia działalności związanej ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji uznała, iż środki te wymuszają na członkach Groupement, którzy im podlegają, albo ograniczenie działalności emisyjnej, albo ponoszenie kosztów (związanych z tym wydawaniem), jakich nie muszą ponosić inni członkowie Groupement, w tym członkowie wiodący. Sąd zwrócił też uwagę, że „[w]skutek zastosowania tych wzorów objęci nimi członkowie mają ograniczone możliwości konkurowania (cenowego) na rynku wydawania kart z członkami Groupement, do których środki te nie stosują się. Komisja doszła do wniosku, że rozpatrywane środki miały antykonkurencyjny cel, przejawiający się w utrudnieniu konkurencji ze strony nowych członków (zob. motywy 212, 213 i 222 spornej decyzji)".

94. Podobnie w pkt 133 zaskarżonego wyroku Sąd przyjął jako własny wniosek Komisji, zgodnie z którym „funkcja, jaką zdaniem Groupement miała spełniać MERFA (zachęcanie do rozwoju działalności związanej ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji), pozostaje w sprzeczności z funkcją opłat interchange, które zachęcają do wydawania kart (zob. motywy 226–230 spornej decyzji), a także kłóci się z okolicznością, że dodatkowa opłata za członkostwo oraz opłata z tytułu pobudki dla śpiących były wymierzone w banki, które w niedawnej przeszłości nie wydały odpowiedniej ilości kart (zobacz motywy 231 i 232 spornej decyzji)".

95. Tymczasem o ile stwierdzenia te z pewnością oddają treść rozpatrywanych środków, których istota polega na nałożeniu pewnych opłat na niektóre banki oraz na stymulowaniu działalności związanej ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji, o tyle w mojej ocenie ani Komisja, ani Sąd nie wykazali, w jaki sposób środki te, ze względu na samą ich treść, ograniczają konkurencję. Gdyby bowiem trzymać się brzmienia zgłoszonych środków, przedstawionego przez Komisję i skontrolowanego przez Sąd, to ich celem jest nałożenie na członków Groupement opłat na pokrycie kosztów funkcjonowania systemu płatności CB. Jak wyjaśnię w dalszej części niniejszej opinii (zob. w szczególności pkt 130 i 131), sam fakt, że wskutek wprowadzenia rozpatrywanych środków niektórzy członkowie Groupement mogą być zmuszeni ograniczyć swoją działalność związaną z wydawaniem kart lub ponosić koszty (w związku z tym wydawaniem), które nie są ponoszone przez innych członków Groupement, nie przesądza o tym, że mamy tu do czynienia z ograniczeniem ze względu na cel.

96. Po drugie, co się tyczy wzięcia przez Sąd pod uwagę „genezy" rozpatrywanych środków, czyli twierdzeń wiodących członków, utrwalonych w pewnych dokumentach przygotowujących ich wprowadzenie, które zostały zajęte w trakcie kontroli, argumentacja Sądu została w niniejszym odwołaniu zakwestionowana w kilku aspektach.

97. W pierwszej kolejności należy zbadać, czy Sąd prawidłowo przypisał niektóre twierdzenia członków wiodących, sformułowane przed opracowaniem rozpatrywanych środków, całemu Groupement. W drugiej kolejności należy przeanalizować zasadność przypisania przez Sąd istotnego charakteru tym twierdzeniom przy rozpatrywaniu treści tych środków, zaś w trzeciej kolejności zbadać, czy twierdzenia te mają znaczenie w celu ustalenia, czy w rozpatrywanej sprawie mamy do czynienia z ograniczeniem ze względu na cel.

98. W pierwszej kolejności, co się tyczy kwestii, czy twierdzenia wiodących członków w rzeczywistości wyrażają wolę całego Groupement, argument, zgodnie z którym Sąd naruszył prawo, utożsamiając intencje Groupement z twierdzeniami wiodących członków, jest w mojej ocenie raczej przekonujący.

99. W tym względzie należy zauważyć, iż Sąd ograniczył się do stwierdzenia, że „[p]onieważ wiodący członkowie wchodzą w skład nieformalnego gremium, jakim jest [comité d'orientation monétique – komitet sterujący ds. bankowości elektronicznej], który odpowiadał za przygotowanie rozpatrywanych środków, oraz rady dyrektorów, która je przyjęła, intencje członków wiodących co do przyjęcia rozpatrywanych środków zasadniczo odpowiadają intencjom całego Groupement" (pkt 256 zaskarżonego wyroku). Sąd doszedł do wniosku, że Komisja nie zaprzeczyła sobie, gdy zakwalifikowała

rozpatrywane środki jako decyzje związku przedsiębiorstw, a więc gdy uznała, wskutek przyjęcia takiej kwalifikacji, że rozpatrywane środki stanowią wyraz woli Groupement, opierając się na twierdzeniach członków wiodących, aby uzasadnić fakt, iż ich celem było wykluczenie nowych członków (pkt 257 zaskarżonego wyroku).

100. W mojej ocenie tymczasem, aby potwierdzić decyzję Komisji o przypisaniu twierdzeń wiodących członków całemu Groupement, Sąd powinien był zbadać, czy twierdzenia niektórych członków wiodących stanowią wierne odzwierciedlenie woli Groupement, w braku czego nie mogą one być uznane za decyzję związku przedsiębiorstw, których dotyczy niniejsza sprawa [40]. Należy w tym względzie podkreślić, że jak wskazał Sąd w pkt 7 zaskarżonego wyroku, komitet sterujący ds. bankowości elektronicznej jest gremium nieformalnym, które nie ma żadnych uprawnień decyzyjnych.

101. W drugiej kolejności, co się tyczy istotnego charakteru, jaki Sąd przypisał intencjom wynikającym z twierdzeń wiodących członków przy ustalaniu, czy rozpatrywane środki mają antykonkurencyjny cel, wniosek Sądu, zgodnie z którym Komisja posłużyła się zajętymi podczas kontroli dokumentami, w których zostały utrwalone twierdzenia wiodących członków złożone w ramach przygotowywania rozpatrywanych środków, jedynie w celu potwierdzenia (pkt 134 i 267 zaskarżonego wyroku), jest daleki od oczywistości.

102. Prawdą jest, że gdyby trzymać się struktury tej części spornej decyzji, która została poświęcona badaniu, czy w niniejszej sprawie mamy do czynienia z ograniczeniem konkurencji ze względu na cel [41], nie ulega wątpliwości, że najpierw Komisja stwierdziła, iż już same wzory zastosowane w rozpatrywanych środkach były sprzeczne z celami zadeklarowanymi w zgłoszeniu [42], a następnie przedstawiła powody, dla których uważała, że cel polegający na ograniczeniu konkurencji, wynikający z samych wzorów zastosowanych w ramach tych środków, idealnie odpowiada rzeczywistym celom środków, jakie wynikają z twierdzeń wiodących członków zaprezentowanych w trakcie ich przygotowywania [43]. Komisja wskazała też, że „antykonkurencyjny cel MERFA znajduje potwierdzenie w oświadczeniach wiodących członków, które zostały sformułowane w okresie przygotowywania środków” [44].

103. Oczywiste jest jednak, że ostatecznie Komisja przypisała równą wagę dokumentom opisującym „genezę” tych środków oraz badaniu wzorów użytych w rozpatrywanych środkach.

104. Moim zdaniem wynika to dość jasno z motywów 193 i 198 spornej decyzji, które, podsumowując stanowisko, jakie Komisja zajęła w ramach badania antykonkurencyjnego celu środków, odwołują się do dokumentów przygotowawczych. Ponadto, co SG w szczególności podkreśliła w swoich pismach, część spornej decyzji poświęcona badaniu wzorów ma na celu dostarczenie dowodu negatywnego na okoliczność, że rozpatrywane środki nie są tożsame z zamierzonym celem. Dowody przemawiające za antykonkurencyjnym celem rozpatrywanych środków zostały w znacznej części oparte na elementach wynikających z dokumentów przygotowawczych pochodzących od wiodących członków [45].

105. Wydaje mi się też, że interpretując treść rozpatrywanych środków, Sąd przyjął jako własne rozważania odnoszące się do wzorów zastosowanych w ramach tych środków, rozpatrywanych w świetle dokumentów zajętych w trakcie kontroli i odzwierciedlających twierdzenia wiodących członków [46].

40 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Wouters i in., pkt 64.

41 — Motywy 193–251 spornej decyzji.

42 — Część 10.2.1.1, odpowiadająca motywom 199–234 spornej decyzji.

43 — Część 10.2.1.2, odpowiadająca motywom 235–250 spornej decyzji.

44 — Motyw 234 spornej decyzji.

45 — Zobacz także treść spornej decyzji przytoczona w pkt 35 i 36 zaskarżonego wyroku.

46 — Zobacz w szczególności pkt 186 zaskarżonego wyroku.

106. W każdym razie trzeba rozważyć w trzeciej kolejności, czy owe twierdzenia wiodących członków, potwierdzające genezę rozpatrywanych środków, można uznać za istotne przy ustalaniu, czy w niniejszej sprawie mamy do czynienia z ograniczeniem ze względu na cel.

107. W tym względzie uważam, że twierdzenia te – nawet gdyby założyć, że rzeczywiście wyrażają intencje Groupement, co jednak trzeba chyba wykluczyć (zob. pkt 100 niniejszej opinii) – nie mogły zostać uznane za wystarczające, aby wykazać, że rozpatrywane porozumienie miało charakter antykonkurencyjny, oraz, a fortiori, że porozumienie to obejmowało ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

108. Prawdą jest, że z orzecznictwa dość wyraźnie wynika, że o ile zamiar stron nie stanowi koniecznej przesłanki ustalenia ograniczającego charakteru porozumienia, o tyle nic nie stoi na przeszkodzie, aby krajowe lub unijne organy ochrony konkurencji lub sądy go uwzględniły [47].

109. Z owej możliwości uwzględnienia zamiaru stron można w mojej ocenie skorzystać tylko dla potwierdzenia lub uzupełnienia szczegółowego badania treści i celu kwestionowanych zachowań, lecz już nie dla zastąpienia tego badania. Podobnie jak strony porozumienia nie mogą bronić się brakiem zamiaru naruszenia zakazu określonego w art. 81 ust. 1 WE [48], tak wskazanie takiego zamiaru nie wystarczy, aby wnioskować, że podjęte środki miały antykonkurencyjny cel. Intencji stron w żadnym razie nie można też brać pod uwagę, gdy – jak w niniejszej sprawie – chodzi o ocenę antykonkurencyjnego wpływu zachowań przedsiębiorstw.

110. Jestem bowiem zdania, że ustalenie „antykonkurencyjnego celu" rodzi konieczność przeprowadzenia badania o charakterze obiektywnym, w oderwaniu od woli stron. Z tego właśnie względu uważam, że zamiar, jaki mogli ewentualnie wyrazić uczestnicy domniemanego kartelu, jak również ewentualnie zgodne z prawem cele, jakie zamierzają oni realizować, nie mają bezpośredniego znaczenia dla oceny, czy kartel ten, niezależnie od jego formy, ma antykonkurencyjny „cel".

111. Wreszcie w ramach niniejszej części omawianego zarzutu wnoszący odwołanie stwierdził, że Sąd przeinaczył przedstawione mu dowody. Przeinaczenie to miało polegać na tym, iż Komisja wybiórczo posłużyła się nie tylko dokumentami świadczącymi o tym, że rozwinięcie działalności polegającej na świadczeniu usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji nie było specjalnie trudne, ale też twierdzeniami wiodących członków.

112. W tym względzie wystarczy przypomnieć, że co do zasady to do Sądu należy ocena wartości dowodowej każdego z przedstawionych mu dowodów. Przeinaczenie dowodów zakłada, że Sąd ewidentnie przekroczył granice rozsądnej oceny tych dowodów [49], przy czym musi to w sposób oczywisty wynikać z akt sprawy, bez konieczności dokonywana ponownej oceny tych dowodów. Wnoszący odwołanie, w sytuacji gdy zarzuca on przeinaczenie dowodów przez Sąd, winien dokładnie wskazać, które dowody zostały jego zdaniem przeinaczone, oraz wykazać błędy w ocenie, które w jego opinii doprowadziły Sąd do takiego przeinaczenia [50].

47 — Zobacz w tym względzie ww. wyrok w sprawie Allianz Hungária Biztosító i in., pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo.

48 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie General Motors przeciwko Komisji, pkt 77 i przytoczone tam orzecznictwo.

49 — Zobacz wyroki: z dnia 10 lutego 2011 r. w sprawie C-260/09 P Activision Blizzard Germany przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-419, pkt 57; z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-287/11 P Komisja przeciwko Aalberts Industries i in., pkt 52.

50 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-123, pkt 50.

113. W niniejszej sprawie zarzucane Sądowi przeinaczenie dowodów nie wynika w sposób oczywisty z akt sprawy. Ponadto wnoszący odwołanie nie wskazał dokładnie dokumentów, które jego zdaniem świadczyłyby o takim przeinaczeniu. Nie ulega wątpliwości, że poprzez swoją argumentację oraz zarzucenie Sądowi przeinaczenia dowodów wnoszący odwołanie zmierza w rzeczywistości do nakłonienia Trybunału do dokonania ponownej oceny tych dowodów, co wymyka się jego kompetencji.

114. Z całości powyższych rozważań wynika, że gdyby trzymać się samej treści rozpatrywanych środków w brzmieniu przytoczonym przez Sąd, trudno byłoby podzielić wniosek, zgodnie z którym Komisja wystarczająco udowodniła, że rozpatrywane środki mają antykonkurencyjny cel.

ii) W przedmiocie części drugiej, dotyczącej analizy celu środków

115. Wnoszący odwołanie podnosi, że Sąd, analizując cele rozpatrywanych środków, naruszył prawo. Przyznając, że walka ze zjawiskiem pasożytnictwa w ramach systemu CB stanowi zgodny z prawem cel, Sąd błędnie odmówił zatem dokonania oceny tego celu w świetle art. 81 ust. 1 WE. Sąd powinien był stwierdzić, że nie może być mowy o ograniczeniu konkurencji ze względu na cel, jako że środki Groupement zmierzają do stymulacji działalności związanej ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji oraz do dokonania optymalizacji między działalnością związaną ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji a działalnością związaną z wydawaniem kart. Na gruncie zasady proporcjonalności środki te są odpowiednie, gdyż mają one charakter systemowy i są stosowane w interesie całego systemu CB, oraz wyważone, gdyż pozostawiają każdemu członkowi Groupement wybór opcji w zależności od jego indywidualnej sytuacji.

116. Jak wynika z orzecznictwa, aby ustalić, czy dane porozumienie podlega zakazowi przewidzianemu w art. 81 ust. 1 WE, należy w szczególności skupić się na obiektywnych celach, do osiągnięcia których ono zmierza [51].

117. Warto według mnie przypomnieć, że owych obiektywnych celów, które mają jasno wynikać z rozpatrywanych środków, w żadnym wypadku nie należy mylić z subiektywnym zamiarem ograniczenia konkurencji czy też ze zgodnymi z prawem celami, do których osiągnięcia ewentualnie dążą dane przedsiębiorstwa. Mocno ugruntowany jest pogląd, że dane porozumienie może być zatem uznane za ograniczające konkurencję ze względu na cel nawet wtedy, gdy pozostałe realizowane przez nie cele są zgodne z prawem [52].

118. Jak więc należy ocenić środki cenowe, jakie w niniejszej sprawie podjęło Groupement?

119. Wbrew temu, co Komisja dała do zrozumienia podczas rozprawy, trudno zgodzić się z twierdzeniem, że stopień szkodliwości mechanizmu MERFA pozwala na porównanie go do kartelu cenowego [53], który jako taki stanowi naruszenie reguł konkurencji. Podobnie z powodów, które zostały już przedstawione wcześniej, środki rozpatrywane w niniejszej sprawie, które nie przewidują mechanizmów zachęcających pewnych konkurentów do opuszczenia systemu, trudno moim zdaniem porównać ze środkami racjonalizacji rynku, których dotyczyła ww. sprawa Beef Industry Development Society i Barry Brothers.

51 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Beef Industry Development Society i Barry Brothers, pkt 21.

52 — Takie jak w szczególności zgodne z prawem cele polityki handlowej (ww. wyrok w sprawie General Motors przeciwko Komisji, pkt 64) czy też ochrony zdrowia publicznego oraz zmniejszenia kosztów kontroli zgodności (wyrok z dnia 8 listopada 1983 r. w sprawach połączonych od 96/82 do 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 i 110/82 IAZ przeciwko Komisji, Rec. s. 3369, pkt 25), a także środki zmierzające do uporania się z kryzysem sektorowym (ww. wyrok w sprawie Beef Industry Development Society i Barry Brothers, pkt 21).

53 — Wydaje mi się natomiast, że początkowo Komisja uznała, iż rozpatrywane środki należy uznać za kartel tworzony przez Groupement i jego członków wiodących (zob. pkt 7 niniejszej opinii), po czym w toku dochodzenia wycofała się z tego stwierdzenia.

120. Z zaskarżonego wyroku wynika, że celem rozpatrywanych środków było przede wszystkim obciążenie opłatami tych członków Groupement, którzy w chwili przystępowania do systemu CB oraz w trakcie swojego funkcjonowania w nim skupiali się przede wszystkim raczej na działalności związanej z wydawaniem CB (działalność polegająca na wydawaniu kart płatniczych lub wypłacaniu pieniędzy posiadaczom kart) niż na działalności związanej ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji (działalność polegająca na włączaniu do systemu akceptantów posiadających numery SIREN i eksploatujących CD).

121. Wszystkie te środki służyły zdaniem Groupement ochronie systemu CB przed zjawiskiem pasożytnictwa ekonomicznego wynikającym z działań banków skupiających się przede wszystkim na działalności związanej z wydawaniem kart i odnoszących korzyści, bez nakładów własnych, z inwestycji poczynionych przez pozostałych członków systemu w dziedzinie świadczenia usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji.

122. Tymczasem o ile prawdą jest, co też potwierdził Sąd (zob. w szczególności pkt 76 i 77 zaskarżonego wyroku), że walka ze zjawiskiem pasożytnictwa może stanowić zgodny z prawem cel, o tyle stwierdzenie to nie ma bezpośredniego znaczenia przy ustalaniu, czy doszło do ograniczenia konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE.

123. W konsekwencji nie sądzę, by Sąd całkowicie pomylił się, stwierdzając, że cel związany ze zwalczeniem zjawiska pasożytnictwa generalnie powinien być brany pod uwagę nie na etapie badania zgodności środków z art. 81 ust. 1 WE, ale dopiero w kontekście analizy możliwości skorzystania ze zwolnienia na podstawie art. 81 ust. 3 WE.

124. Tymczasem wniosek ten ma sens tylko w przypadku wyraźnego wykazania w następstwie szczegółowej analizy, że sporne środki mają antykonkurencyjny cel. To właśnie okoliczność, że dane zachowanie ma ewidentnie antykonkurencyjny cel, pozbawia wszelkiego znaczenia fakt, iż zachowanie to realizuje też inne cele.

125. W przeciwnym wypadku, mianowicie w braku wyraźnego wykazania, że mamy do czynienia z ograniczeniem ze względu na cel – co moim zdaniem ma miejsce w niniejszej sprawie – niezbędne będzie przeprowadzanie analizy antykonkurencyjnych skutków oraz dokonanie w tym kontekście oceny konieczności i proporcjonalności tych środków z punktu widzenia zamierzonego celu [54].

126. Tymczasem nie wydaje mi się, aby rozpatrywane środki były szkodliwe w stopniu wymaganym przez orzecznictwo.

127. Przede wszystkim nikt nie kwestionuje tego, że owe środki zostały przyjęte w celu stymulowania działalności związanej ze świadczeniem usług autoryzacji i rozliczania transakcji zawieranych przy użyciu kart CB w ramach systemu płatności, którego charakter jest dwojaki, co ma związek z występowaniem efektów sieciowych. Otóż jak stwierdził Sąd w pkt 102 zaskarżonego wyroku, Komisja sama przyznała, iż działalność związana z wydawaniem kart oraz działalność związana ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji są zależne od siebie nawzajem oraz zasadniczo niezbędne do prawidłowego funkcjonowania systemu płatności przy użyciu kart CB, gdyż z jednej strony akceptanci nie przystąpią do systemu płatności kartami, jeżeli liczba posiadaczy kart będzie niewystarczająca, zaś z drugiej strony konsumenci nie będą chcieli posiadać kart, jeżeli nie będą mogli z nich korzystać u wystarczającej liczby akceptantów.

54 — Zobacz wyroki: z dnia 28 stycznia 1986 r. w sprawie 161/84 Pronuptia, Rec. s. 353, pkt 15–17; z dnia 15 grudnia 1994 r. w sprawie C-250/92 DLG, Rec. s. I-5641.

128. W związku z tym sporne środki zakładają obowiązek ponoszenia opłat przez członków, którzy skupiając się na działalności związanej z wydawaniem kart, czerpią bezpośrednie korzyści z członkostwa w systemie płatności wynikające z nakładów, jakie inni członkowie poczynili na działalność związaną ze „świadczeniem usług autoryzacji i rozliczania transakcji". Środki te, w szczególności MERFA, stanowią w istocie mechanizm pozwalający na pobieranie opłat od członków, których aktywność w zakresie działalności związanej ze „świadczeniem usług autoryzacji i rozliczania transakcji" jest niska.

129. Konieczność ponoszenia opłat przez członków sieci, którzy korzystają, bez ponoszenia nakładów własnych, z nakładów poczynionych przez innych członków w celu rozwoju tej sieci, nie ma moim zdaniem antykonkurencyjnego celu.

130. Oczywiście wysokość ustanowionych opłat czy też trudności niektórych podmiotów z rozwinięciem działalności związanej ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji mogą w niniejszej sprawie skutkować wykluczeniem z systemu podmiotów, które nie będą wnosić opłat z tytułu rozpatrywanych środków. Jednakże nie jest to moim zdaniem naganne z punktu widzenia konkurencji, chyba żeby odwołać się do doktryny „kluczowej infrastruktury"[55], która jednak w ogóle nie została wspomniana przez Komisję[56], a której zastosowanie w niniejszej sprawie jest w każdym razie wątpliwe[57].

131. W każdym razie o ile nie można wykluczyć, że wskutek zastosowania spornych środków niektórzy członkowie Groupement albo ograniczą swoją działalność w zakresie wydawania kart, albo rozszerzą swą działalność związaną ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji, co w przypadku tej ostatniej opcji może okazać się trudne i w konsekwencji doprowadzić do wykluczenia ich z systemu, o tyle w każdym razie kwestia ta podlega badaniu w ramach oceny potencjalnie antykonkurencyjnych skutków tych środków, nie zaś ich celu. W mojej ocenie skutek w postaci wykluczenia mogący wynikać ze stosowania środków cenowych takich jak te będące przedmiotem niniejszej sprawy może podlegać badaniu dopiero na etapie analizy antykonkurencyjnych skutków.

132. Muszę zwłaszcza przyznać, że ze zdumieniem odnoszę się do sposobu, w jaki Komisja i Sąd postrzegają sporne środki przyjęte przez Groupement, których adresatami są wszyscy jego członkowie, będący – jak zostało już wskazane – albo członkami wiodącymi, albo członkami stowarzyszonymi lub powiązanymi z członkami wiodącymi[58]. Ponieważ owe środki cenowe bezpośrednio lub pośrednio dotyczą wszystkich członków Groupement, trudno mi zrozumieć, dlaczego przewidziany w nich mechanizm miałby z samej swej natury być antykonkurencyjny oraz w jakim zakresie środki te miałyby być skonstruowane w taki sposób, aby korzyści z nich odnosili tylko członkowie wiodący[59].

133. Z powyższych rozważań wynika, że cele realizowane przez rozpatrywane środki – podobnie jak treść tych środków – nie potwierdzają wniosku, iż Komisja miała rację, stwierdzając, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z ograniczeniem ze względu na cel.

55 — Warto przypomnieć, że na gruncie tej doktryny posiadacz środków lub urządzeń musi udostępnić je swoim konkurentom, jeżeli dostęp do nich jest nieodzowny dla prowadzenia ich działalności (zob. podobnie wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-418/01 IMS Health, Rec. s. I-5039).

56 — Zobacz w tym względzie pkt 66 i 224 zaskarżonego wyroku.

57 — W swoim „30. sprawozdaniu dotyczącym polityki konkurencji za rok 2000" Komisja sama wskazała, co następuje: „Zdaniem Komisji system CB nie ma cech infrastruktury kluczowej, w związku z czym korzystanie z niego przez konkurentów zależy w całości od woli Groupement (pod warunkiem, że nie dochodzi do ich dyskryminacji)" (pkt 207 tego sprawozdania).

58 — Zobacz pkt 3 zaskarżonego wyroku, który powtarza motyw 29 zaskarżonej decyzji.

59 — Zobacz pkt 130 zaskarżonego wyroku. BNP Paribas podkreślił, zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak też na rozprawie, że kwalifikację ograniczenia ze względu na cel uzasadnia w szczególności postulat, według niego błędny, zgodnie z którym wszyscy wiodący członkowie nie będą objęci rozpatrywanymi środkami. Przyjmując takie założenie, Sąd naruszył obowiązek uzasadnienia.

iii) W przedmiocie części trzeciej, dotyczącej badania kontekstu wprowadzenia środków

134. Wnoszący odwołanie podnosi, że Sąd popełnił szereg błędów przy analizowaniu kontekstu, w jaki wpisują się rozpatrywane środki.

135. W pierwszej kolejności wnoszący odwołanie zarzuca Sądowi nieprawidłowe uwzględnienie kontekstu prawnego, co z jednej strony miało polegać na błędnej interpretacji orzecznictwa dotyczącego ograniczeń konkurencji ze względu na cel, w szczególności ww. wyroku w sprawie Beef Industry Development Society i Barry Brothers, a z drugiej strony na błędnej interpretacji kwestii rozstrzygniętych już w ramach wcześniejszej praktyki decyzyjnej. W tym względzie zaskarżony wyrok zawiera w szczególności wewnętrznie sprzeczne uzasadnienie, gdyż w pkt 94 i 99 tego wyroku Sąd stwierdził, że praktyki będące przedmiotem analizy w dwóch decyzjach w sprawie Visa[60] znacząco różnią się od praktyk będących przedmiotem niniejszej sprawy, jednocześnie uznając, iż obie te decyzje dotyczą „podobnych lub identycznych sytuacji". Błąd w ocenie wynika również z tego, że Komisja sama zgodziła się na omówienie ewentualnych zobowiązań na podstawie art. 9 rozporządzenia nr 1/2003, czyli środków „uwzględniających [jej] zastrzeżenia" i niestanowiących żadnego naruszenia konkurencji jako takiego.

136. W drugiej kolejności wnoszący odwołanie twierdzi, że Sąd kilkakrotnie naruszył prawo przy omawianiu kontekstu gospodarczego, w szczególności ze względu na pominięcie dwustronnego charakteru systemów kart CB.

137. W trzeciej kolejności wnoszący odwołanie zarzuca Sądowi kilkakrotne naruszenie prawa przy omawianiu kontekstu gospodarczego, jako że Sąd nie przeprowadził kontroli złożonych ocen ekonomicznych. W niniejszej sprawie Sąd w ogóle nie przeprowadził minimalnej i obiektywnej kontroli ocen ekonomicznych zawartych w spornej decyzji, zaś w pkt 320 i 321 zaskarżonego wyroku poprzestał na nieuwzględnieniu pewnych analiz ekonomicznych przedstawionych przez Groupement ze względu na ich rzekomą sprzeczność z innymi analizami.

138. Z analizy dwóch pierwszych części niniejszego zarzutu wynika, że gdyby trzymać się treści rozpatrywanych środków oraz celu, jaki ma zostać dzięki nim osiągnięty, istnienie ograniczenia konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE nie zostało wykazane.

139. W tych okolicznościach argumenty oparte na kontekście gospodarczym i prawnym[61], w jaki wpisuje się ustanowienie rozpatrywanych środków, same w sobie nie pozwalają na wykazanie, że porozumienie miało antykonkurencyjny cel. Jak już wcześniej zauważyłem, badanie kontekstu nie może w żadnym razie zaradzić brakowi faktycznego ustalenia antykonkurencyjnego celu (zob. pkt 44 niniejszej opinii).

140. Gwoli kompletności należy jednak zauważyć, co następuje.

141. Po pierwsze, co się tyczy kontekstu prawnego, już wcześniej wskazałem, że nabyte doświadczenie, rozumiane szeroko, jest elementem, który należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu, czy ma miejsce ograniczenie ze względu na cel (zob. pkt 55 i nast. niniejszej opinii).

60 — Decyzje Komisji dotyczące postępowań na podstawie art. 81 WE i art. 53 EOG, a mianowicie decyzja 2001/782/WE z dnia 9 sierpnia 2001 r. (sprawa COMP/29.373 – Visa International) (Dz.U. L 293, s. 24, zwana dalej „decyzją w sprawie Visa z 2001 r.") oraz decyzja 2002/914/WE z dnia 24 lipca 2002 r. (sprawa COMP/29.373 – Visa International – Wielostronna opłata interchange) (Dz.U. L 318, s. 17, zwana dalej „decyzją w sprawie Visa z 2002 r.").

61 — Chociaż zarzuty wnoszącego odwołanie dzielą się na trzy części, w mojej ocenie część trzecią, w której wnoszący odwołanie krytykuje Sąd za brak kontroli złożonych ocen ekonomicznych, z łatwością można powiązać z częścią dotyczącą analizy kontekstu gospodarczego.

142. Jednakże o ile dzięki nabytemu doświadczeniu z pewnością łatwiej można stwierdzić, że pewne rodzaje współpracy z samej swej natury szkodzą konkurencji, w przypadku gdy mamy do czynienia z oczywistymi lub wyraźnymi ograniczeniami, które ponad wszelką wątpliwość mają wpływ na funkcjonowanie konkurencji, o tyle nie zawsze będę przekonany o sile argumentu opartego na praktyce decyzyjnej Komisji. Fakt, iż wcześniej Komisja nie uznała danego porozumienia za ograniczające konkurencję ze względu na jego cel, sam w sobie nie oznacza, że w przyszłości w następstwie indywidualnego i szczegółowego zbadania spornych środków Komisja nie zadecyduje inaczej.

143. W niniejszej sprawie wcześniejsze stanowiska Komisji w sprawie porozumień zawieranych w kontekście systemów płatności, a w szczególności stanowiska wyrażone w decyzji w sprawie Visa z 2001 r. i w decyzji w sprawie Visa z 2002 r. – zakładając, że dotyczą one wyraźnie takich samych środków jak środki będące przedmiotem niniejszej sprawy – nie przesądzają koniecznie o tym, że rozpatrywane środki stanowią ograniczenie ze względu na cel.

144. Należało jednak zachować ostrożność co do powodów, które uzasadniały odejście od wniosków przyjętych dotąd we wcześniejszej praktyce decyzyjnej Komisji dotyczącej rynku systemów płatności. W szczególności to Sąd powinien zbadać, dlaczego rozpatrywane środki – w odróżnieniu od środków funkcjonujących na tym samym rynku, które zdaniem Sądu w części są podobne [62] – były w takim stopniu szkodliwe, że można było przyjąć, iż cel tych środków jest antykonkurencyjny.

145. Co się tyczy precedensu, jaki dla niniejszej sprawy stanowi ww. wyrok w sprawie Beef Industry Development Society i Barry Brothers, to w pkt 69–73 niniejszej opinii wskazałem już, że moim zdaniem sprawa tamta różni się od sprawy niniejszej w kilku aspektach.

146. Po drugie, co się tyczy uwzględnienia kontekstu gospodarczego, Groupement zarzuca w istocie Sądowi, że ten pominął charakterystyczne cechy systemu CB, a w szczególności jego dwustronny charakter.

147. Uważam w tym względzie, że nawet gdyby założyć, iż treść i cele rozpatrywanych środków wskazują na ich antykonkurencyjny cel, to stwierdzenie to zostaje osłabione przez kontekst, w jakim środki te zostały przyjęte.

148. Warto tu przypomnieć, że aby stwierdzić, iż w danym wypadku ma miejsce ograniczenie ze względu na cel, Komisja nie może poprzestać na abstrakcyjnym badaniu, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z ograniczeniem, którego charakter nie jest oczywisty.

149. Uwzględnienie – w ramach badania kontekstu, w jakim powstały rozpatrywane środki – współzależności między „działalnością związaną z wydawaniem kart" a „działalnością związaną ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji" w celu ustalenia, czy mamy do czynienia z ograniczeniem konkurencji ze względu na cel, znacząco różni się moim zdaniem od uwzględnienia definicji rynku właściwego. Nie chodzi tu bowiem o zakwestionowanie stwierdzenia, że rynek wydawania kart oraz rynek usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji różnią się od siebie, lecz o zbadanie, czy gospodarczy kontekst wprowadzenia tych środków został wystarczająco wzięty pod uwagę.

62 — Wydaje się jednak, że istnieje niewielka sprzeczność między wnioskiem sformułowanym w pkt 94 zaskarżonego wyroku, zgodnie z którym środki będące przedmiotem decyzji w sprawie Visa z 2001 r. i decyzji w sprawie Visa z 2002 r. nie są porównywalne, a wnioskiem sformułowanym w pkt 99 tego wyroku, zgodnie z którym „z obowiązku uzasadnienia nie wynika, że Komisja musi, oprócz konieczności uzasadnienia swojej decyzji w oparciu o akta sprawy, dokładnie wyjaśnić, dlaczego doszła do innego wniosku niż we wcześniejszej sprawie, która dotyczyła takich samych lub podobnych sytuacji lub której uczestnikami były te same podmioty gospodarcze".

150. W niniejszej sprawie, jak wnoszący odwołanie podniósł przed Sądem, prawidłowe funkcjonowanie systemu CB wymaga, by działalność związana z wydawaniem kart oraz działalność związana ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji były prowadzone w sposób zrównoważony. Z tej perspektywy nie można wykluczyć, że udział każdego członka w rozwoju każdego z tych dwóch aspektów tego systemu mógłby zostać uwzględniony. Niezależnie bowiem od tego, czy mamy do czynienia ze starym czy z nowym członkiem, członek Groupement, który skupia się przede wszystkim lub wyłącznie na wydawaniu kart CB, czerpie korzyści z inwestycji poczynionych w celu rozwoju „działalności związanej ze świadczeniem usług w zakresie autoryzacji i rozliczania transakcji", która stanowi niezbędną podstawę trwałości systemu.

3. Wniosek

151. Podsumowując: nie ulega wątpliwości, że Sąd naruszył prawo, po pierwsze, poprzez przyjęcie szerokiego ujęcia pojęcia ograniczenia ze względu na cel i posłużenie się nim, oraz po drugie, poprzez posłużenie się takim ujęciem przy analizowaniu treści, celów oraz kontekstu wprowadzenia spornych środków.

152. W szczególności Sąd nie zbadał, czy Komisja zasadnie przyjęła, że z uwagi na treść, cele oraz kontekst wprowadzenia rozpatrywanych środków środki te cechują się takim stopniem szkodliwości, który uzasadnia przyjęcie domniemania, iż ich skutki są antykonkurencyjne.

153. Zaskarżony wyrok zasługuje więc w tym względzie na krytykę i z tego tylko powodu mógłby zostać uchylony.

154. Ponieważ Sąd nie uznał za konieczne zbadać, czy rozpatrywane środki mają antykonkurencyjny skutek, niniejszą sprawę należy zwrócić Sądowi do ponownego rozpoznania.

155. Jednakże w wypadku gdyby Trybunał nie podzielił mojego stanowiska, krótko odniosę się poniżej do drugiego i trzeciego z zarzutów wnoszącego odwołanie.

B – *W przedmiocie zarzutu drugiego, dotyczącego naruszenia prawa przy stosowaniu pojęcia ograniczenia ze względu na skutek*

156. Wnoszący odwołanie, popierany w tym względzie przez BNP Paribas, zwraca uwagę, że spośród 455 punktów zaskarżonego wyroku tylko cztery dotyczą analizy skutków rozpatrywanych środków. Sąd nie tylko naruszył prawo przy badaniu, czy w niniejszej sprawie ma miejsce ograniczenie konkurencji ze względu na skutek, ale też nie ustosunkował się wystarczająco pod względem prawnym do wszystkich argumentów, jakie zostały podniesione przez wnoszącego odwołanie, co stanowi naruszenie obowiązku uzasadnienia ciążącego na nim na podstawie art. 36 w związku z art. 53 akapit pierwszy statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W szczególności Komisja nie zdołała wykazać, że rozpatrywane środki rzeczywiście doprowadziły do wyjścia z rynku nowych członków lub ograniczenia ich działalności w zakresie wydawania kart CB.

157. Ponieważ w niniejszej sprawie Sąd nie zbadał dokładnie, czy sporne środki miały antykonkurencyjny skutek, oraz przy założeniu, że wbrew moim sugestiom można przyjąć, iż Sąd miał prawo stwierdzić, nie naruszając przy tym prawa, że rozpatrywane środki miały „na celu" ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE, drugi zarzut należy uznać za bezskuteczny[63].

63 — W tym względzie Trybunał wyjaśnił w szczególności, że zbadanie argumentów dotyczących spełnienia przesłanki antykonkurencyjnego celu porozumienia przed argumentami dotyczącymi jego antykonkurencyjnego skutku jest tym bardziej zasadne, że gdyby naruszenie prawa przy ocenie celu tego porozumienia zostało potwierdzone, konieczne byłoby oddalenie odwołania w zakresie, w jakim jest ono skierowane przeciwko tej części zaskarżonego wyroku, która dotyczy antykonkurencyjnego skutku porozumienia (zob. ww. wyrok w sprawie GlaxoSmithKline Services i in. przeciwko Komisji, pkt 56).

158. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem [64] i w nawiązaniu do tego, co powiedziałem wcześniej, ustalenie, że dane porozumienie ma antykonkurencyjny cel, wyłącza konieczność ustalania, że ma ono również antykonkurencyjny skutek.

159. Sąd nie naruszył zatem prawa, stwierdzając w pkt 269–272 zaskarżonego wyroku, że zarzut dotyczący naruszenia prawa, błędów w ustaleniach faktycznych oraz błędów w ocenie przy badaniu skutków rozpatrywanych środków jest bezskuteczny, gdyż Sąd uznał, że wspomniane środki miały na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE.

160. Nie można też zarzucać Sądowi, że uchybił on w tym względzie obowiązkowi uzasadnienia. Ponieważ w niniejszej sprawie Sąd uznał za właściwe poprzestanie na badaniu istnienia antykonkurencyjnego celu, do czego w świetle orzecznictwa miał prawo, nie musiał przedstawiać powodów, z jakich sporne środki miały też antykonkurencyjny skutek.

161. Ponadto w ramach niniejszego postępowania do Trybunału nie należy rozstrzygnięcie kwestii, czy rozpatrywane środki – bez względu na ich ewentualny antykonkurencyjny cel – mają antykonkurencyjny skutek. W szczególności do Trybunału nie należy zbadanie, czy Komisja wykazała, że sporne środki spowodowały wyjście z rynku nowych członków lub ograniczenie przez nich działalności w zakresie wydawania kart CB. Jest tak tym bardziej, że – jak już zauważyłem [65] – znaczną część spornej decyzji Komisja poświęciła ocenie skutków rozpatrywanych środków.

162. Podsumowując, uważam, że w każdym razie zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

C – *W przedmiocie zarzutu trzeciego, dotyczącego naruszenia przez Sąd zasad proporcjonalności i pewności prawa poprzez nieuchylenie nakazu przewidzianego w art. 2 akapit drugi spornej decyzji*

163. Wnoszący odwołanie, popierany w tym względzie przez BNP Paribas, podnosi, że nie uchylając nakazu przewidzianego w art. 2 akapit drugi spornej decyzji, zobowiązującego Groupement do powstrzymania się w przyszłości od stosowania środków lub od zachowań, których cel lub skutek byłby identyczny lub podobny do celu lub skutku rozpatrywanych środków, Sąd naruszył zasady proporcjonalności i pewności prawa.

164. W pierwszej kolejności, co się tyczy zasady proporcjonalności usankcjonowanej w art. 5 ust. 4 TUE, wnoszący odwołanie przypomina, że w myśl art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 Sąd powinien był stwierdzić, iż nałożenie przez Komisję obowiązku nie było konieczne w świetle zamierzonego celu, jakim jest „nakazać […] zaprzest[anie] takiego naruszenia", jako że Groupement jeszcze przed przyjęciem spornej decyzji zawiesiło stosowanie tych środków, zaś w art. 2 akapit pierwszy spornej decyzji Komisja sama nakazała niezwłocznie położyć kres naruszeniu poprzez uchylenie zgłoszonych środków cenowych. Podobnie Sąd powinien był stwierdzić nieproporcjonalność tego nakazu w zakresie, w jakim rozciąga się on także na środki mające „podobny" skutek. Konieczność bardziej wyraźnego określenia zakresu nakazu narzuca się tym bardziej, że między Sądem a Groupement istnieją poważne różnice w ocenie rozpatrywanych środków.

165. Następnie co się tyczy zasady pewności prawa, zdaniem wnoszącego odwołanie Sąd powinien był stwierdzić, że sporna decyzja jest w dużym stopniu niejednoznaczna co do zakresu nałożonego nakazu, co jest źródłem niepewności prawa dla Groupement, które nie wie, jakie środki może stosować w przyszłości, aby zapewnić sobie konkurencyjność i możliwość rozwoju. Niepewność ta wynika w niniejszej sprawie z bardzo ogólnej i nieprecyzyjnej kwalifikacji środków, jakich w przyszłości nie

64 — Zobacz ww. wyroki: w sprawie LTM; w sprawie Beef Industry Developement Society i Barry Brothers, pkt 16.

65 — Zobacz pkt 2 niniejszej opinii.

może stosować Groupement, która to kwalifikacja może obejmować wszelkie środki przywrócenia równowagi, jakie Groupement uzna w przyszłości za konieczne w celu wzmocnienia konkurencyjności systemu CB lub zapewnienia jego rozwoju. Groupement nie będzie w związku z tym mogło podejmować środków w celu przeciwdziałania zjawisku pasożytnictwa, którego ofiarą padł jego system.

166. Należy zauważyć, że w zarzucie trzecim wnoszący odwołanie krytykuje Komisję za zbyt szerokie określenie zakresu nakazu przewidzianego w art. 2 akapit drugi spornej decyzji, przy czym nie wskazuje, na czym miałoby polegać naruszenie prawa przez Sąd, w szczególności w związku z interpretacją orzecznictwa Trybunału, jaką powinno się przyjąć.

167. Należy stwierdzić, że ów zarzut powtarza zatem w istocie argumenty podniesione na poparcie skargi do Sądu w drugiej części zarzutu szóstego [66], i z tego tylko względu winien zostać uznany za niedopuszczalny.

168. Zważywszy na powyższe, niniejszy zarzut dotyka interesującej problematyki, ściśle związanej z zarzutem pierwszym, dotyczącej uprawnień nakazowych Komisji oraz kontroli ich wykonywania przez Sąd.

169. Wprawdzie wydaje się bowiem, że strony zgadzają się co do tego, iż w niniejszej sprawie zastosowanie znajdują zasady proporcjonalności i pewności prawa, jednakże pojawia się pytanie o zakres tych zasad, w sytuacji gdy Komisja stwierdziła, że ma ona do czynienia z kartelem obejmującym ograniczenie „ze względu na cel" w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE.

170. Co się tyczy poszanowania zasady proporcjonalności, konieczność zagwarantowania skuteczności (*effet utile*) decyzji stwierdzającej naruszenie art. 81 ust. 1 WE skłania mnie do wniosku, że w przypadku wyraźnego stwierdzenia istnienia ograniczenia ze „względu na cel" Komisja może nakazać przedsiębiorstwom, które dopuściły się naruszenia, nie tylko zawiesić i uchylić sporne środki, lecz także powstrzymać się od stosowania w przyszłości środków mających podobny cel.

171. Wreszcie konieczne jest, by ów „antykonkurencyjny" cel, jaki mają mieć zakwestionowane środki, został jasno ustalony i określony, czego, jak już zauważyłem w ramach badania zarzutu pierwszego, moim zdaniem tutaj zabrakło.

172. Wydaje mi się, że wymóg ten stosuje się również w kontekście poszanowania zasady pewności prawa.

173. Jeżeli antykonkurencyjny cel spornych środków został lub może zostać wystarczająco określony, Komisja powinna mieć możliwość nałożenia na dane przedsiębiorstwa nakazu powstrzymania się od podobnych zachowań. Dopuszczalność takiego podejścia można kwestionować w przypadku, gdy albo antykonkurencyjny cel nie został określony lub został niedostatecznie określony, albo – jak w niniejszej sprawie – przedsiębiorstwa same muszą ustalić zakres takiego nakazu.

V – **Wnioski**

174. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał orzekł w następujący sposób:

1) Wyrok Sądu Unii Europejskiej z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie T-491/07 CB przeciwko Komisji zostaje uchylony.

2) Sprawa zostaje skierowana do Sądu Unii Europejskiej do ponownego rozpoznania.

66 — Zobacz pkt 435–452 zaskarżonego wyroku.

3) Rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.