Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
EVGENIEGO TANCHEVA
przedstawiona w dniu 2 maja 2019 r.[1]

Sprawa C-39/18 P

Komisja Europejska
przeciwko
NEX International Limited (dawniej Icap plc,
Icap Management Services Ltd

i Icap New Zealand Ltd)

Odwołanie – Konkurencja – Porozumienia, decyzje i uzgodnione praktyki – Sektor instrumentów pochodnych, których stopa procentowa jest wyrażona w jenach – Grzywny – Obowiązek uzasadnienia

1. W niniejszym odwołaniu Komisja Europejska wnosi o uchylenie wyroku Sądu Unii Europejskiej wydanego w sprawie Icap plc i in./Komisja[2] w zakresie, w jakim sąd ten uchylił w nim grzywny określone w art. 2 decyzji w sprawie dotyczącej kartelu związanego z instrumentami pochodnymi, których stopa procentowa jest wyrażona w jenach („YIRD") (na podstawie której to decyzji Komisja nałożyła na Icap plc, Icap Management Services Ltd i Icap New Zealand Ltd bezprecedensowe grzywny w wysokości 15 mln EUR za „ułatwianie" kartelu)[3]. Sąd Unii Europejskiej stwierdził, że Komisja w swojej decyzji nie przedstawiła wystarczającego uzasadnienia w zakresie metodologii zastosowanej w celu ustalenia wysokości grzywien, i w konsekwencji stwierdził nieważność spornej decyzji w części ustalającej wysokość tych grzywien. Pragnę podkreślić, iż zastosowana przez Komisję metodologia nie polegała na prostym ustaleniu kwoty ryczałtowej, lecz była złożonym pięciostopniowym testem mającym na celu obliczenie podstawowej kwoty grzywien.

2. W niniejszym odwołaniu Komisja podnosi, że sąd w nieprawidłowy sposób zastosował orzecznictwo Trybunału dotyczące obowiązku uzasadnienia, jakie jest wymagane przy nakładaniu grzywien[4].

3. Jak objaśnię poniżej, jestem zdania, że kwestia podnoszona w niniejszym odwołaniu została w dużej mierze rozstrzygnięta niedawno wydanym wyrokiem Trybunału z dnia 16 stycznia 2019 r., Komisja/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23) (zwanym dalej „wyrokiem w sprawie UPS") w zakresie, w jakim Trybunał podzielił w nim stanowisko Sądu przedstawione w zaskarżonym wyroku.

1 Język oryginału: angielski.

2 Wyrok z dnia 10 listopada 2017 r., Icap i in./Komisja (T-180/15, EU:T:2017:795).

3 Decyzja Komisji Europejskiej C(2015) 432 final z dnia 4 lutego 2015 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 101 TFUE oraz art. 53 porozumienia EOG (sprawa AT.39861 – Instrumenty pochodne, których stopy procentowe są wyrażone w jenach) (zwana dalej „sporną decyzją").

4 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 22 października 2015 r., AC-Treuhand/Komisja (C-194/14 P, EU:C:2015:717, pkt 66–68).

I. Okoliczności powstania sporu i sporna decyzja

4. Z pkt 1–21 zaskarżonego wyroku wynika, że spółka NEX International Limited (dawniej Icap plc, Icap Management Services Ltd i Icap New Zealand Ltd) (zwana dalej „NEX") wchodzi w skład przedsiębiorstwa świadczącego usługi maklerskie za pośrednictwem sieci głosowych i elektronicznych, a także zapewniającego obsługę potransakcyjną.

5. W spornej decyzji Komisja uznała, że przedsiębiorstwo NEX uczestniczyło w popełnieniu sześciu naruszeń art. 101 TFUE i art. 53 porozumienia EOG dotyczących manipulowania międzybankowymi stopami referencyjnymi London Interbank Offered Rate (międzybankowa stopa procentowa stosowana w Londynie, LIBOR) i Tokyo Interbank Offered Rate (międzybankowa stopa procentowa stosowana w Tokio, TIBOR) na rynku instrumentów pochodnych, których stopy procentowe wyrażone są w jenach japońskich. Naruszenia te zostały wcześniej stwierdzone w decyzji Komisji Europejskiej C(2013) 8602 final z dnia 4 grudnia 2013 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. 101 TFUE oraz art. 53 porozumienia EOG (sprawa AT.39861 – Instrumenty pochodne, których stopy procentowe są wyrażone w jenach), na podstawie której nałożono grzywny w wysokości niemal 670 mln EUR (zwanej dalej „decyzją z 2013 r.").

6. W dniu 29 października 2013 r. Komisja wszczęła przeciwko przedsiębiorstwu NEX postępowanie w sprawie naruszenia.

7. W dniu 12 listopada 2013 r. przedsiębiorstwo NEX poinformowało Komisję o tym, że nie zamierza skorzystać z możliwości przeprowadzenia postępowania ugodowego.

8. W dniu 4 lutego 2015 r. Komisja przyjęła zaskarżoną decyzję, nakładając na przedsiębiorstwo NEX sześć grzywien w łącznej kwocie 14 960 000 EUR za „ułatwienie" sześciu naruszeń, a mianowicie:

– „naruszenia UBS/RBS z 2007 r." w okresie od dnia 14 sierpnia do dnia 1 listopada 2007 r.;

– „naruszenia UBS/RBS z 2008 r." w okresie od dnia 28 sierpnia do dnia 3 listopada 2008 r.;

– „naruszenia UBS/DB" w okresie od dnia 22 maja do dnia 10 sierpnia 2009 r.;

– „naruszenia Citi/RBS" w okresie od dnia 3 marca do dnia 22 czerwca 2010 r.;

– „naruszenia Citi/DB" w okresie od dnia 7 kwietnia do dnia 7 czerwca 2010 r.;

– „naruszenia Citi/UBS" w okresie od dnia 28 kwietnia do dnia 2 czerwca 2010 r.

9. Punkty 18–21 zaskarżonego wyroku brzmią następująco:

„18. Komisja przypomniała na wstępie, że w myśl wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia (WE) nr 1/2003 (Dz.U. 2006, C 210, s. 2, zwanych dalej »wytycznymi z 2006 r.«) kwota podstawowa grzywny powinna być ustalana z uwzględnieniem kontekstu, w jakim naruszenie zostało popełnione, a także, w szczególności, wagi i czasu trwania naruszenia, oraz że rola, jaką pełnił każdy z uczestników naruszenia, powinna być przedmiotem zindywidualizowanej oceny, odzwierciedlającej ewentualne okoliczności obciążające i łagodzące (motyw 284 [spornej] decyzji).

19. Komisja zwróciła uwagę, że wytyczne z 2006 r. dostarczają niewiele wskazówek odnośnie do metody obliczania grzywien nakładanych na podmioty, które ułatwiły popełnienie naruszenia. Zważywszy, że [przedsiębiorstwo NEX] prowadziło działalność na rynkach usług maklerskich, a nie na rynku instrumentów pochodnych opartych na stopach procentowych, Komisja uznała, że w celu ustalenia wielkości obrotu i kwoty grzywny nie może zastąpić cen instrumentów pochodnych opartych

na stopach procentowych wyrażonych w jenach japońskich prowizją maklerską, ponieważ zamiana taka nie odzwierciedlałaby wagi ani charakteru naruszenia. Zasadniczo Komisja wywnioskowała stąd, że należy zastosować pkt 37 wytycznych z 2006 r., który pozwala na odstąpienie od treści tych wytycznych przy ustalaniu kwoty podstawowej grzywny (motyw 287 [spornej] decyzji).

20. Ze względu na wagę rozpatrywanych zachowań i czas trwania uczestnictwa [przedsiębiorstwa NEX] w każdym z sześciu rozpatrywanych naruszeń Komisja ustaliła dla każdego z nich kwotę podstawową grzywny, a mianowicie 1 040 000 EUR dla naruszenia UBS/RBS z 2007 r., 1 950 000 EUR dla naruszenia UBS/RBS z 2008 r., 8 170 000 EUR dla naruszenia UBS/DB, 1 930 000 EUR dla naruszenia Citi/RBS, 1 150 000 EUR dla naruszenia Citi/DB i 720 000 EUR dla naruszenia Citi/UBS (motyw 296 [spornej] decyzji).

21. Co się tyczy ustalenia ostatecznej kwoty grzywny, Komisja uznała, że nie istnieją żadne okoliczności obciążające ani łagodzące i wzięła pod uwagę fakt, że pułap 10% rocznego obrotu nie został przekroczony (motyw 299 zaskarżonej decyzji). W art. 2 sentencji zaskarżonej decyzji nałożono zatem na skarżące grzywny, których ostateczna wysokość odpowiada ich kwotom podstawowym".

II. Postępowanie przed sądem i zaskarżony wyrok

10. Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 14 kwietnia 2015 r. przedsiębiorstwo NEX wniosło skargę przeciwko spornej decyzji, wnosząc o stwierdzenie jej nieważności, lub, ewentualnie o obniżenie kwoty nałożonych grzywien.

11. Na poparcie żądania stwierdzenia nieważności spornej decyzji przedsiębiorstwo NEX podniosło sześć zarzutów. Cztery pierwsze zarzuty dotyczyły zgodności z prawem art. 1 spornej decyzji w kontekście ustalenia tego, czy rzeczywiście doszło do naruszeń. Zarzuty piąty i szósty dotyczyły zgodności z prawem art. 2 tejże decyzji w odniesieniu do grzywien nałożonych przez Komisję za każde z tych naruszeń.

12. Zaskarżonym wyrokiem częściowo stwierdzono nieważność art. 1 zaskarżonej decyzji i stwierdzono nieważność art. 2 w całości.

13. W pkt 91 zaskarżonego wyroku Sąd oddalił pierwszy zarzut dotyczący błędów popełnionych przy dokonywaniu wykładni pojęcia ograniczenia lub zakłócenia konkurencji ze „względu na cel" w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE.

14. W pkt 133–144 zaskarżonego wyroku Sąd uznał, że dowody świadczące o uczestnictwie przedsiębiorstwa NEX w naruszeniu UBS/RBS z 2008 r. były niewystarczające. W pkt 145 tegoż wyroku sąd częściowo uwzględnił zarzut drugi dotyczący błędnego zastosowania pojęcia „ułatwienia" i stwierdził nieważność art. 1 lit. b) zaskarżonej decyzji.

15. W odniesieniu do zarzutu trzeciego dotyczącego błędnego ustalenia czasu trwania rozpatrywanych naruszeń, w pkt 252 zaskarżonego wyroku Sąd orzekł, że dowody, na których oparła się Komisja w celu ustalenia czasu trwania uczestnictwa NEX w czterech z pięciu pozostałych naruszeń było niewystarczające i uznał ten zarzut za częściowo uzasadniony. W konsekwencji stwierdził nieważność art. 1 lit. a), d), e) i f) zaskarżonej decyzji.

16. W odniesieniu do zarzutu czwartego, w pkt 269 zaskarżonego wyroku Sąd stwierdził, że „Komisja naruszyła domniemanie niewinności [przedsiębiorstwa NEX] przy wydawaniu decyzji z 2013 r. Należy wprawdzie stwierdzić, że owo naruszenie domniemania niewinności przy wydawaniu decyzji z 2013 r. nie może mieć bezpośredniego wpływu na legalność [spornej] decyzji, zważywszy na odrębny i autonomiczny charakter postępowań, w których obie te decyzje zapadły". W pkt 280 zaskarżonego wyroku Sąd doszedł jednak do wniosku, że czwarty zarzut należy oddalić.

17. W pkt 286–299 zaskarżonego wyroku sąd stwierdził, że zarzut piąty (dotyczący ustalenia kwoty grzywien) był zasadny. Punkty 292–299 tegoż wyroku brzmią następująco:

„292. W niniejszej sprawie należy w pierwszym rzędzie zaznaczyć, że powody, dla których Komisja postanowiła odstąpić od metodologii opisanej w wytycznych z 2006 r., poprzez zastosowanie pkt 37 tych wytycznych, można wywnioskować z treści motywu 287 zaskarżonej decyzji. Wynikają one z okoliczności, że przedsiębiorstwo [NEX] nie prowadziło działalności na rynku instrumentów pochodnych, których stopy procentowe są wyrażone w jenach japońskich, i że wobec tego uwzględnienie wartości sprzedaży, a więc pobranych prowizji maklerskich, nie pozwoliłoby odzwierciedlić wagi i charakteru rozpatrywanych naruszeń.

293. W drugim rzędzie należy jednak stwierdzić, że w motywie 287 [spornej] decyzji nie przedstawiono opisu preferowanej przez Komisję metody alternatywnej, ale ograniczono się do ogólnego zapewnienia, że kwoty podstawowe odzwierciedlają wagę, czas trwania i charakter uczestnictwa przedsiębiorstwa [NEX] w rozpatrywanych naruszeniach, jak też konieczność zagwarantowania, aby grzywny miały wystarczająco odstraszający charakter.

294. Wobec takiego zredagowania motywu 287 [spornej] decyzji nie umożliwia on skarżącym zrozumienia zasadności preferowanej przez Komisję metodologii ani sądowi – przeprowadzenia jej kontroli. Takim brakiem uzasadnienia dotknięte są także motywy 290–296 rzeczonej decyzji, niezawierające żadnych informacji, które umożliwiałyby zrozumienie i zweryfikowanie znaczenia i wagi elementów uwzględnionych przez Komisję przy ustalaniu kwoty podstawowej grzywien, wbrew orzecznictwu przytoczonemu w pkt 291 powyżej.

295. Z pism procesowych stron wynika, że kwestia metodologii, jaką Komisja zamierzała posłużyć się w celu obliczenia kwoty grzywien, była poruszana w trakcie rozmów z przedstawicielami skarżących, w toku postępowania administracyjnego. O ile na podstawie orzecznictwa przytoczonego w pkt 288 powyżej uzasadnienie zaskarżonego aktu należy badać z uwzględnieniem jego kontekstu, o tyle nie można uznać, że przeprowadzenie tego rodzaju nieformalnych rozmów o charakterze sondażu może zwolnić Komisję z ciążącego na niej obowiązku wyjaśnienia w zaskarżonej decyzji metodologii, jaką zastosowała w celu ustalenia kwot nałożonych grzywien.

296. W pkt 176 odpowiedzi na skargę Komisja wspomniała o istnieniu pięcioetapowego testu stosowanego przy obliczaniu kwoty podstawowej grzywien. Jednakże zgodnie z orzecznictwem przytoczonym w pkt 290 powyżej tego rodzaju wyjaśnienie przedstawione w stadium postępowania przed sądem nie może zostać uwzględnione w celu dokonania oceny, czy Komisja wypełniła ciążący na niej obowiązek uzasadnienia.

297. Wobec powyższego należy stwierdzić, że w odniesieniu do ustalenia grzywien nałożonych na [przedsiębiorstwo NEX] z tytułu rozpatrywanych naruszeń [sporna] decyzja nie zawiera wystarczającego uzasadnienia.

298. Należy zatem uwzględnić zarzut piąty i stwierdzić nieważność całego art. 2 [spornej] decyzji bez konieczności badania pozostałych zastrzeżeń podniesionych w ramach tego zarzutu, ani zastrzeżeń podniesionych w ramach zarzutu szóstego, który dotyczy wyłącznie legalności wskazanego artykułu.

299. Ponadto, wobec stwierdzenia nieważności całego art. 2 [spornej] decyzji, nie jest konieczne badanie żądań dotyczących jego zmiany, które zostały podniesione przez skarżące posiłkowo”.

III. W przedmiocie odwołania

A. Przypomnienie argumentów stron

18. Komisja twierdzi, że Sąd w uzasadnieniu, jakie przedstawił w odniesieniu do zarzutu piątego, dopuścił się poważnych naruszeń prawa, które – jeśli zostaną zaakceptowane – naruszą zdolność Komisji do ustalania kwot grzywien odpowiednich w celu zapewnienia wystarczającego skutku odstraszającego.

19. Po pierwsze, Komisja zarzuca Sądowi, że nie odniósł się do mających zastosowanie zasad określonych we właściwym orzecznictwie. Nie wspominał on o wyroku z dnia 22 października 2015 r., AC-Treuhand/Komisji (C-194/14 P, EU:C:2015:717, pkt 66–68), który jest mającym zasadnicze znaczenie wyrokiem dotyczącym uzasadnienia wymaganego przy nakładaniu grzywny na podmioty, które ułatwiły popełnienie naruszenia.

20. Sąd nie odniósł się również do wyroku z dnia 28 stycznia 2016 r. Quimitécnica.com i de Mello/Komisja (C-415/14 P, niepublikowany, EU:C:2016:58, pkt 53), z którego wynika, że uzasadnienie aktu Komisji należy oceniać z uwzględnieniem jego kontekstu, w tym wymiany informacji, która miała miejsce przed przyjęciem danego aktu i po jego przyjęciu. W niniejszej sprawie, zarówno w toku postępowania administracyjnego jak i po jego zakończeniu, Komisja przekazywała przedsiębiorstwu NEX określone informacje dotyczące obliczania grzywien.

21. Po drugie, Komisja podnosi, że chociaż zaskarżony wyrok (pkt 287–291) przypomina część orzecznictwa dotyczącego uzasadniania grzywien, to nie zawiera prawidłowej wykładni tego orzecznictwa ani też nie stosuje go prawidłowo w praktyce.

22. W motywie 287 spornej decyzji Komisja wyraźnie wskazuje, że kwoty podstawowe grzywien nałożonych na przedsiębiorstwo NEX odzwierciedlają wagę, czas trwania i charakter uczestnictwa przedsiębiorstwa NEX w rozpatrywanych naruszeniach, jak też konieczność zagwarantowania, aby grzywny miały wystarczająco odstraszający charakter. Elementy te są wystarczające do celów uzasadnienia decyzji Komisji[5], a zatem nie ma wymogu przekazania informacji o wzorach arytmetycznych.

23. Przypominając orzecznictwo, zgodnie z którym Komisja nie jest zobowiązana do przedstawienia bardziej szczegółowego wyjaśnienia lub danych liczbowych dotyczących sposobu obliczenia grzywny, w pkt 291 zaskarżonego wyroku Sąd wskazał, że w przedmiotowej sprawie Komisja nie przekazała szczegółowych informacji na temat zastosowanej metody. Komisja twierdzi, że taki tok rozumowania jest wewnętrznie sprzeczny.

24. Przywołanego w pkt 291 zaskarżonego wyroku orzecznictwa w sprawie Chalkor, zgodnie z którym Komisja musi wyjaśnić objaśnić sposób, w jaki dokonała wyważenia i oceny czynników, które wzięła pod uwagę przy obliczaniu kwoty podstawowej, nie należy interpretować jako nakładającego na Komisję wymóg wskazania danych liczbowych dotyczących sposobu obliczenia grzywny czy też szczegółowego przedstawienia wewnętrznych obliczeń. Tego zaś właśnie wymagał Sąd, dopuszczając się tym samym naruszenia prawa.

5 Komisja powołuje się na wyrok z dnia 16 listopada 2000 r., Sarrió/Komisja (C-291/98 P, EU:C:2000:631, pkt 78); wyrok z dnia 2 października 2003 r., Aristrain/Komisja (C-196/99 P, EU:C:2003:529, pkt 56); oraz wyrok z dnia 22 października 2015 r., AC-Treuhand/Komisja (C-194/14 P, EU:C:2015:717, pkt 68).

25. Zdaniem Komisji szczególnie uderzające jest podobieństwo spornej decyzji do decyzji wydanej w sprawie Heat Stabilisers (motywy 747–750)[6], która doprowadziła do wydania wyroku w sprawie AC-Treuhand (C-194/14 P, EU:C:2015:717), w którym Trybunał uznał uzasadnienie za wystarczające.

26. Przedstawione przez sąd wywody odnoszące się do pkt 295 i 296 zaskarżonego wyroku nie mogą uzasadniać przyjęcia wniosku o niewystarczającym uzasadnieniu grzywien. Sąd przypomina w tych punktach, że kwestia metodologii obliczania grzywien była poruszana w trakcie rozmów prowadzonych z przedsiębiorstwem NEX w toku postępowania administracyjnego oraz w toku postępowania przed sądem (w szczególności w odpowiedzi na skargę Komisja podkreśliła istnienie pięcioetapowego testu stosowanego przy obliczaniu kwoty podstawowej grzywien). Komisja twierdzi, że Sąd niesłusznie uznał, że elementy te nie mogą zaradzić brakowi wystarczającego uzasadnienia. Taka ocena jest sprzeczna z orzecznictwem[7].

27. Komisja wykroczyła poza obowiązek uzasadnienia i podała do wiadomości przedsiębiorstwa NEX określone elementy służące obliczeniu grzywny (w pkt 176 odpowiedzi na skargę) w związku z podnoszonym przez przedsiębiorstwo NEX zarzutem dotyczącym nierównego traktowania w porównaniu z przedsiębiorstwem R.P. Martin, które było adresatem decyzji z 2013 r. w tej samej sprawie YIRD i które Komisja również uznała za podmiot ułatwiający niektóre z karteli objętych tą sprawą.

28. W swojej replice Komisja objaśniła metodologię, jaką zastosowała przy obliczaniu grzywien. W pierwszej kolejności wskazuje, że przy dokonywaniu oceny wagi naruszeń w odniesieniu do wszystkich przedsiębiorstw uwzględniono te same czynniki. W przypadku przedsiębiorstw R.P. Martin i NEX wystąpiły jednak obiektywne różnice, które musiały znaleźć odzwierciedlenie w grzywnach nałożonych na te podmioty ułatwiające popełnienie naruszenia. W stosunku do przedsiębiorstwa R.P. Martin kwotę grzywny obniżono o 25%, natomiast przedsiębiorstwo NEX nie złożyło wniosku o obniżenie kwoty grzywny; w stosunku do przedsiębiorstwa R.P. Martin kwotę grzywny obniżono o 10% w związku z zawarciem ugody; w 2012 r. ogólnoświatowy obrót przedsiębiorstwa R.P. Martin wyniósł 82 mln EUR w porównaniu z 1656 mln EUR (kwotą stanowiącą światowy obrót przedsiębiorstwa NEX w 2013 r.); przedsiębiorstwo R.P. Martin uczestniczyło w naruszeniu przez okres około 1 miesiąca, zaś przedsiębiorstwo NEX – przez okres ponad 2 miesięcy.

29. Na wypadek gdyby Trybunał postanowił sam wydać rozstrzygnięcie w przedmiocie kwoty grzywien, Komisja wskazuje, że prostą metodą uwzględnienia stwierdzonej w zaskarżonym wyroku częściowej nieważności byłoby zastosowanie proporcjonalnego obniżenia początkowych kwot grzywien nałożonych na przedsiębiorstwo NEX. Można to uczynić np. ustalając nowy okres trwania każdego z tych naruszeń w dniach i dzieląc go przez pierwotnie przyjęty okres trwania w dniach.

30. Tymczasem przedsiębiorstwo NEX broni zaskarżonego wyroku i zasadniczo twierdzi, że w związku z odwołaniem powstaje istotne pytanie: czy Komisja może powoływać się na konkretne i złożone metodologie i czynniki, udając jednocześnie, że takie metodologie lub czynniki nie istnieją i że zastosowano prostą kwotę ryczałtową? Wszak racją bytu obowiązku uzasadnienia jest zachęcenie Komisji do objaśniania swoich decyzji i umożliwienie zweryfikowania jej stanowiska w drodze kontroli sądowej.

31. Po pierwsze, przedsiębiorstwo NEX wywodzi, że – wbrew twierdzeniom Komisji – nie ma wątpliwości co do tego, że wyjaśnienia przedstawione w wyroku w sprawie AC-Treuhand były bardziej wyczerpujące i szczegółowe niż ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia przedstawione w spornej decyzji. Krótko mówiąc, wyjaśnienia przedstawione w spornej decyzji można by zastosować do niemal każdej decyzji w sprawie nałożenia grzywny na podmiot ułatwiający popełnienie naruszenia. Tymczasem

6 Decyzja Komisji C(2009) 8682 final z dnia 11 listopada 2009 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 81 [WE] i art. 53 porozumienia EOG (sprawa COMP/38589 – Heat Stabilisers).

7 Wyrok z dnia 28 stycznia 2016 r., Quimitécnica.com i de Mello/Komisja (C-415/14 P, niepublikowany, EU:C:2016:58, pkt 53).

wyjaśnienia zawarte w decyzji w sprawie Heat Stabilisers należałoby dostosować ze względu na specyfikę poszczególnych spraw. Po drugie i, co ważniejsze, okoliczności faktyczne niniejszej sprawy dotyczącej przedsiębiorstwa NEX różnią się od okoliczności sprawy AC-Treuhand. W wyroku w sprawie AC-Treuhand nic bowiem nie wskazuje na to, aby Komisja zastosowała w niej konkretną i szczegółową metodologię w celu ustalenia kwoty grzywny ryczałtowej w wysokości 348 000 EUR. Co więcej, i, co za tym idzie, postąpiła ona wbrew temu, co wynika z jej uzasadnienia. W konsekwencji nie wykazano rozbieżności między tym, jak Komisja postąpiła, a jej twierdzeniem co do tego, jak postąpiła.

32. Natomiast w sprawie przedsiębiorstwa NEX Komisja wyraźnie przyznała w toku postępowania przed Sądem, że ustaliła poziom grzywien stosując szczegółową metodologię i biorąc pod uwagę konkretne czynniki, lecz nie przekazała przedsiębiorstwu NEX żadnych dalszych informacji, gdy przedsiębiorstwo to było w stanie skorzystać ze swojego prawa do obrony. Komisja miała powołać się na szereg czynników, o których następnie nie poinformowała. Gdyby Komisja zastosowała podejście ryczałtowe z uwzględnieniem wskazanych podstawowych czynników, nie mogłaby osiągnąć w stosunku do przedsiębiorstwa NEX poziomu grzywny, która była 22-krotnie wyższa niż grzywna nałożona na przedsiębiorstwo R.P. Martin, które – jak twierdzi – potraktowała podobnie jak przedsiębiorstwo NEX.

33. Czynniki odróżniające sytuację przedsiębiorstwa R.P. Martin od przedsiębiorstwa NEX, na które powołuje się Komisja, nie mogą przesądzać o ty, czy doszło do nierównego traktowania. W odniesieniu do okresu trwania stwierdzono, że przedsiębiorstwo R.P. Martin ułatwiało naruszenie w okresie od dnia 29 czerwca 2009 r. do dnia 10 sierpnia 2009 r., tj. przez okres 43 dni. Stwierdzono, że przedsiębiorstwo NEX ułatwiało naruszenie w okresie od dnia 22 maja 2009 r. od dnia 10 sierpnia 2009 r., tj. przez okres 81 dni. W konsekwencji, uwzględniając różnicę w okresie trwania, można przyjąć, że gdyby był on podobny do tego okresu trwania w przypadku przedsiębiorstwa NEX, grzywna nałożona na przedsiębiorstwo R.P. Martin wyniosłaby 716 000 EUR. Uzasadnia to czwartą różnicę przedstawioną przez Komisję.

B. Ocena

1. Uwagi wstępne

34. Sąd uznał, że sama tylko wzmianka o wadze, czasie trwania i charakterze uczestnictwa w naruszeniu jest niewystarczająca w sytuacji, gdy Komisja odstępuje od własnych wytycznych dotyczących obliczania grzywien.

35. W toku postępowania przed Sądem Komisja wskazała, że w rzeczywistości zastosowała w stosunku do przedsiębiorstwa NEX złożoną metodę obliczania grzywien. Z uwagi na fakt, że Komisja nie poinformowała o tej metodzie w toku postępowania administracyjnego, przedsiębiorstwo NEX nie było w stanie jej zakwestionować, a Sąd nie mógł jej odpowiednio zweryfikować.

36. Odwołanie Komisji opiera się na jednym zarzucie, w którym kwestionuje ona stanowisko Sądu i wskazuje, że naruszy ono jej zdolność do ustalania kwot grzywien odpowiednich (w szczególności w przypadku podmiotów ułatwiających popełnienie naruszenia) do zapewnienia wystarczającego skutku odstraszającego. Komisja w szczególności wskazuje na rzekomą rozbieżność między stanowiskiem przedstawionym w zaskarżonym wyroku sądu a stanowiskiem przedstawionym w wyroku Trybunału w sprawie AC-Treuhand (C-194/14 P, EU:C:2015:717).

37. Przedsiębiorstwo NEX broni stanowiska przyjętego w zaskarżonym wyroku i stara się je uzasadnić, wskazując na jego konsekwencje w wymiarze praktycznym. Biorąc pod uwagę, że nie znało ono metodologii/kryteriów zastosowanych przez Komisję, przedsiębiorstwo NEX wywodzi, że było przedmiotem nierównego traktowania w porównaniu z innym podmiotem „ułatwiającym" ten sam kartel (tj. przedsiębiorstwem R.P. Martin). Przedsiębiorstwo NEX wyjaśnia również to, w jaki sposób, zatajając swoją metodologię i kryteria przyjęte jako podstawa decyzji, Komisja pozbawiła przedsiębiorstwo NEX możliwości zakwestionowania tych kryteriów.

38. Przede wszystkim, między niniejszą sprawą a sprawą, w której wydano powołany przez Komisję wyrok AC-Treuhand (C-194/14 P, EU:C:2015:717), istnieją istotne różnice.

39. W tej drugiej sprawie był tylko jeden podmiot ułatwiający naruszenie. Nie musząc liczyć się z ryzykiem nierównego (wobec innych takich podmiotów) traktowania, Komisja nałożyła grzywnę ryczałtową.

40. Tymczasem w niniejszej sprawie mamy do czynienia z dwoma tego rodzaju podmiotami. Komisja twierdzi („zapewnia Trybunał"), że zastosowała przy obliczaniu kwoty odpowiednich grzywien nałożonych na te podmioty jedną metodę, lecz odmawia podania do wiadomości dalszych informacji, poprzestając na powołanie się w tym względzie na wyrok w sprawie AC-Treuhand (C-194/14 P, EU:C:2015:717).

41. Ponadto przypisywanie przez Komisję wagi wyrokowi w sprawie AC-Treuhand nie jest przekonujące. O ile w wyroku tym stwierdzono brak obowiązku przedstawiania bardziej szczegółowego wyjaśnienia lub *danych liczbowych* dotyczących sposobu obliczenia grzywny, nie zmienia to faktu, że z orzecznictwa Trybunału również wyraźnie wynika, iż Komisja powinna niemniej jednak objaśnić sposób, w jaki dokonała wyważenia i oceny czynników, które wzięła pod uwagę przy ustalaniu wysokości grzywien (a obowiązkiem sądu jest sprawdzenie z urzędu, czy takie uzasadnienie przedstawiono) – w szczególności w mającym zasadnicze znaczenie wyroku z dnia 8 grudnia 2011 r., Chalkor/Komisja (C-386/10 P, EU:C:2011:815, pkt 61).

42. Jak bowiem inaczej sądy miałyby możliwość przeprowadzania odpowiedniej kontroli sądowej i weryfikowania, na podstawie uzasadnienia zawartego w decyzji Komisji (a nie na podstawie samych tylko dostarczonych przez tę instytucję „zapewnień"), czy przy obliczaniu grzywny i biorąc pod uwagę kryteria zastosowane przez Komisję dane przedsiębiorstwo znajdowało się w sytuacji porównywalnej bądź odmiennej w stosunku do pozostałych przedsiębiorstw, wobec których było prowadzone postępowanie, a także sprawdzenia, czy Komisja przestrzegała zasady równego traktowania – tak jak to powinien uczynić Trybunał w niniejszej sprawie?

43. W tym względzie Sąd prawidłowo zastosował orzecznictwo Chalkor nie tylko w zaskarżonym wyroku (druga izba w składzie powiększonym), ale także np. w wyrokach z dnia 13 grudnia 2016 r., Printeos i in./Komisja, T-95/15, EU:T:2016:722 (czwarta izba w składzie powiększonym) oraz z dnia 28 marca 2019 r., Pometon/Komisja, T-433/16, EU:T:2019:201 (trzecia izba w składzie powiększonym). Co się tyczy dwóch ostatnich wyroków, Komisja nie zaskarżyła pierwszego z nich ani nie uczyniła tego jeszcze w stosunku do drugiego.

44. Przypominam, że już w 1995 r. Sąd uściślił, iż „mimo, że pożądane jest, by przedsiębiorstwa – aby móc zająć stanowisko z pełną znajomością sprawy – mogły poznać szczegółowo, według systemu, który Komisja uzna za stosowny, sposób obliczenia nałożonej na nie grzywny, nie będąc zmuszonymi w tym celu wnosić do sądu skargi na decyzję Komisji – co byłoby sprzeczne z zasadą dobrej administracji" [8].

8 Wyrok z dnia 6 kwietnia 1995 r., Trefilunion/Komisja (T-148/89, EU:T:1995:68, pkt 142).

45. Następnie w słynnej sprawie dotyczącej „kartelu cementowego”[9] sąd przezornie uściślił, że ma to zastosowanie „a fortiori tam, gdzie – jak w niniejszej sprawie – w celu obliczenia grzywien Komisja posłużyła się konkretnymi wzorami arytmetycznymi. W takim przypadku wskazane jest, aby przedsiębiorstwa, wobec których prowadzone jest postępowanie, i, w razie konieczności, Trybunał, były w stanie sprawdzić, czy zastosowana metoda i działania podjęte przez Komisję są wolne od błędów i zgodne z przepisami i zasadami mającymi zastosowanie do grzywien, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji”.

46. Wprawdzie w tamtej sprawie sąd uznał uzasadnienie przedstawione przez Komisję a posteriori w toku postępowania sądowego za odpowiednie, lecz czy można podzielić stanowisko Komisji w niniejszej sprawie i przyjąć w ramach prowadzonego w dzisiejszych czasach postępowania rozwiązanie, dzięki któremu można zapewnić dalej idące poszanowanie prawa do obrony?

47. Nie sądzę, aby tak było[10].

48. Jak wyjaśnię poniżej, moim zdaniem kwestia podniesiona w niniejszym odwołaniu została w dużej mierze rozstrzygnięta w niedawno wydanym wyroku w sprawie UPS z dnia 16 stycznia 2019 r.

2. Wyrok w sprawie UPS

49. Na wstępie należy wskazać na podobieństwo do wyroku wydanego w sprawie UPS. Na rozprawie Komisja wywodziła, że wyrok ten jest bez znaczenia ze względu na to, iż tamta sprawa dotyczyła koncentracji, a nie – ustalania wysokości grzywien czy prawa do obrony. Argumenty te jednak nie są przekonujące.

50. W sprawie UPS Komisja – w przeciwieństwie do sytuacji, która miała miejsce w niniejszej sprawie – nie poinformowała bowiem w toku postępowania administracyjnego o metodologii, która odegrała ważną rolę w podejmowaniu przez nią decyzji (w sprawie UPS chodziło o metodologię zastosowaną do oceny koncentracji).

51. W wyroku tym Trybunał wskazał, że gdy Komisja zamierza oprzeć swoją decyzję na modelach ekonometrycznych, jest konieczne, aby strony zgłaszające mogły przedstawić swoje uwagi w tym względzie.

52. Podstawy metodologiczne, na których opierają się te modele, winny być na tyle obiektywne, na ile jest to możliwe, tak aby nie przesądzać o wyniku owej analizy w ten czy inny sposób. Zatem elementy te przyczyniają się do zapewnienia bezstronności i do podwyższenia jakości decyzji Komisji, od której w ostatecznym rozrachunku zależą oczekiwania społeczeństwa oraz przedsiębiorców co do zgodności z prawem postępowań w sprawie kontroli koncentracji w Unii.

53. Podanie do wiadomości tych modeli oraz leżących u podstaw ich opracowania wyborów metodologicznych jest istotne tym bardziej, że przyczynia się do nadania postępowaniu sprawiedliwego charakteru, zgodnie z przewidzianą w art. 41 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej zasadą dobrej administracji.

9 Wyrok z dnia 15 marca 2000 r., Cimenteries CBR i in./Komisja (T-25/95, T-26/95, od T-30/95 do T-32/95, od T-34/95 do T-39/95, od T-42/95 do T-46/95, T-48/95, od T-50/95 do T-65/95, od T-68/95 do T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 i T-104/95, EU:T:2000:77, pkt 4735).

10 Zobacz w tym zakresie pkt 79 niniejszej opinii.

54. W świetle wyroku w sprawie UPS Komisja powinna pogodzić wymóg szybkiego działania, który charakteryzuje ogólną systematykę rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, z poszanowaniem prawa do obrony. Respektując to prawo Komisja nie może po przekazaniu pisma w sprawie przedstawienia zarzutów zmienić istoty modelu ekonometrycznego, na którym zamierza oprzeć swoje zastrzeżenia, *nie powiadamiając o tej zmianie zainteresowanych przedsiębiorstw i nie pozwalając im na przedstawienie ich uwag w tym względzie*.

55. W konsekwencji w wyroku w sprawie UPS Trybunał orzekł, że sąd nie dopuścił się naruszenia prawa, uznając, iż Komisja nie może twierdzić, że nie miała obowiązku poinformowania skarżącej przed przyjęciem spornej decyzji o ostatecznie przyjętym modelu analizy ekonometrycznej.

56. Szczególnie istotne jest odniesienie się w tym miejscu do pkt 31 wyroku w sprawie UPS, w którym Trybunał orzekł, że „poszanowanie prawa do obrony przed przyjęciem decyzji w dziedzinie kontroli koncentracji wymaga […], aby strony zgłaszające były w stanie *skutecznie* przedstawić swój punkt widzenia co do prawdziwości i znaczenia wszystkich elementów, na których Komisja opiera swoją decyzję" (podkreślenie dodane).

57. Jak dostrzeżemy poniżej, tego właśnie Komisja nie uczyniła ani w sprawie UPS ani w niniejszej sprawie.

3. Sprawa przed Trybunałem jako analogia do sprawy UPS

58. Sprawa UPS dotyczyła koncentracji, a Trybunał wskazał, że model ekonometryczny, którego Komisja nie podała do wiadomości w ostatecznej wersji, stanowił *ważny aspekt* wydanej przez nią decyzji [11]. Równie ważny był pięcioetapowy test zastosowany przez Komisję w celu ustalenia wysokości grzywien w niniejszej sprawie, który powinien był zostać podany do wiadomości (tj. co najmniej w takim zakresie, w jakim Komisja jest w stanie prawidłowo objaśnić sposób, w jaki dokonała wyważenia i oceny uwzględnionych elementów) [12].

59. Jak przypomniał Trybunał w pkt 28 wyroku w sprawie UPS „przestrzeganie prawa do obrony stanowi ogólną zasadę prawa Unii, która powinna być stosowana wówczas, gdy organ administracyjny ma podjąć w stosunku do danej osoby decyzję, która wiąże się z niekorzystnymi dla niej skutkami".

60. Ta sama zasada ogólna skłoniła Sąd do stwierdzenia nieważności spornej decyzji (w niniejszej sprawie) w tym zakresie.

61. Należy wskazać, że w sprawie UPS Komisja wywodziła, że zmiany dokonane w modelach ekonometrycznych mają charakter podobny do dokumentów wewnętrznych, które nie są objęte prawem dostępu do akt (pkt 35 wyroku w sprawie UPS).

62. Trybunał odrzucił ten argument.

11 Pewne podobieństwo można również dostrzec w wydanym przez wielką izbę wyroku z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632). W sprawie tej sąd podzielił argumentację Komisji, zgodnie z którą rabaty lojalnościowe przyznane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą z samej swej natury mogły ograniczać konkurencję w ten sposób, że analiza wszystkich okoliczności sprawy, w szczególności zastosowanie kryterium równie skutecznego konkurenta („test AEC"), nie były konieczne. Trybunał zauważył jednak, że chociaż Komisja podkreśliła, iż analizowane rabaty z samej swej natury mogły ograniczać konkurencję, to jednak w swojej decyzji przeprowadziła dogłębne badanie tych okoliczności, dochodząc do wniosku, że konkurent równie skuteczny musiałby stosować ceny, które byłyby nierealne, i że stąd praktyka polegająca na analizowanych rabatach mogła mieć skutki w postaci wykluczenia takiego konkurenta. *Zastosowanie kryterium AEC miało zatem realne znaczenie przy dokonywaniu przez Komisję oceny* zdolności praktyki przedmiotowych rabatów do wywołania skutku w postaci wykluczenia równie skutecznych konkurentów. Trybunał orzekł zatem, że Sąd miał obowiązek zbadania wszystkich sformułowanych przez spółkę Intel argumentów na temat wspomnianego testu, czego nie uczynił. Trybunał uchylił zatem wyrok Sądu w związku z brakami w przeprowadzonej przezeń analizy tego, czy rozpatrywane rabaty mogły ograniczać konkurencję.

12 Zobacz w tym zakresie pkt 74 niniejszej opinii.

63. W niniejszej sprawie Komisja ponownie podnosi argument, że metodologia zastosowana do obliczenia grzywien jest niczym innym jak wewnętrznym obliczeniem, którego nie należy podawać do wiadomości adresatom decyzji.

64. Moim zdaniem argument ten należy odrzucić, podobnie jak to uczynił Trybunał w wyroku w sprawie UPS. Ponadto przedsiębiorstwo NEX podnosi, że informacje ujawnione w pkt 176 odpowiedzi na skargę w pierwszej instancji nie zawierają danych liczbowych ani obliczeń. Komisja informuje w niej jedynie o istnieniu złożonego pięcioetapowego testu mającego na celu obliczenie podstawowej kwoty grzywien, a nie – kwoty ryczałtowej.

65. W odwołaniu Komisja zasadniczo wywodzi, że wystarczająco uzasadniła decyzję, przytaczając (raczej ogólnikowo) czynniki, które zostały wzięte pod uwagę przy ustalaniu wagi, czasu trwania i charakteru uczestnictwa przedsiębiorstwa NEX. Komisja twierdzi, że stanowisko to jest zgodne z wyrokiem w sprawie AC-Treuhand (C-194/14, EU:C:2015:717). Ponadto Komisja twierdzi, że jej wyjaśnienia dotyczące metodologii, o której mowa w pkt 295 zaskarżonego wyroku, nie były wymagane, lecz dostarczyły dalszych wyjaśnień, które należy jednak wziąć pod uwagę na etapie postępowania sądowego.

66. Po pierwsze, wyjaśniłem już, że pomiędzy sprawą AC-Treuhand a niniejszą sprawą zachodzą istotne różnice i dlaczego orzecznictwo to per se nie powinno mieć wpływu na analizę przeprowadzaną w niniejszej sprawie (zob. pkt 38 i nast. niniejszej opinii).

67. Po drugie, argumenty Komisji w żadnym razie nie zasługują na uwzględnienie.

68. W przeciwieństwie do sprawy AC-Treuhand, w niniejszym przypadku nie ma wątpliwości co do tego, że Komisja nie ograniczyła się jedynie do oceny „wagi", „charakteru" i „czasu trwania" zachowania przedsiębiorstwa NEX, aby ustalić określoną kwotę ryczałtową, lecz zastosowała złożoną metodologię w celu określenia wysokości grzywien, którą w rzeczywistości zatajono za niejasnymi i ogólnikowymi odniesieniami zawartymi w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów oraz w spornej decyzji.

69. Jak zauważył sąd w pkt 296 zaskarżonego wyroku, w odpowiedzi na skargę w pierwszej instancji „Komisja wspomniała o istnieniu pięcioetapowego testu stosowanego przy obliczaniu kwoty podstawowej grzywien", który – jak twierdzi – zastosowała w przedmiotowej sprawie. Jak zresztą sama Komisja przyznała, o pięcioetapowym teście przedsiębiorstwo NEX zostało poinformowane podczas spotkania mającego na celu zawarcie ugody, które odbyło się w październiku 2013 r. Tymczasem, gdy w czerwcu 2014 r. przedsiębiorstwo NEX otrzymało pismo w sprawie przedstawienia zarzutów i możliwość skorzystania z prawa do obrony, nie objaśniono mu metodologii, którą Komisja przedstawiła w październiku 2013 r. Ponadto Komisja wielokrotnie odmawiała potwierdzenia bądź zaprzeczenia tego, czy stosowała tę metodologię, a zamiast tego twierdziła, że ustali nieokreśloną „kwotę ryczałtową" w oparciu o „wagę, czas trwania i charakter naruszenia".

70. Jak już dostrzegliśmy, dopiero w ramach postępowania sądowego (tj. w pkt 176 odpowiedzi na skargę udzielonej przez Komisję w pierwszej instancji) instytucja ta przyznała wreszcie, że zastosowała w stosunku do przedsiębiorstwa NEX złożoną metodę ustalania wysokości grzywien. Komisja starała się wykazać „brak obowiązku" w tym zakresie. Z orzecznictwa wynika jednak odmienne stanowisko [13].

13 Zobacz w tym zakresie pkt 77 i przypis 16 niniejszej opinii.

71. Chociaż przedsiębiorstwo NEX słusznie twierdzi, że Komisja „nie jest zobowiązana do wskazania w swojej decyzji danych liczbowych dotyczących sposobu obliczenia grzywny”[14], nie zmienia to faktu, że to na niej nadal spoczywa obowiązek objaśnienia czynników, które uwzględniła przy ustalaniu wysokości grzywny.

72. Jak słusznie wskazał sąd w pkt 293 zaskarżonego wyroku, Komisja nie może zwyczajnie przedstawić „ogólnego zapewnienia, że kwoty podstawowe odzwierciedlają wagę, czas trwania i charakter uczestnictwa przedsiębiorstwa [NEX] w rozpatrywanych naruszeniach”. Gdyby przyjąć takie stanowisko, przedsiębiorstwa nie byłyby w stanie zakwestionować metodologii przyjętej przez Komisję, a Trybunał nie byłby w stanie jej zweryfikować.

73. W pkt 289 zaskarżonego wyroku sąd przypomniał właściwe orzecznictwo, zgodnie z którym „[t]en wymóg uzasadnienia zyskuje na znaczeniu, w przypadku gdy Komisja postanowi odejść od ogólnej metodologii przedstawionej w wytycznych z 2006 r., w których instytucja ta dokonała samoograniczenia w zakresie wykonywania swobodnego uznania przysługującego jej w dziedzinie ustalania kwoty grzywien, w szczególności, jak w niniejszym wypadku, opierając się na pkt 37 tych wytycznych […] W tym względzie […] wytyczne stanowią normy postępowania dla pożądanej praktyki, od której stosowania Komisja nie może odstąpić w konkretnym przypadku bez podania powodów, które byłyby zgodne w szczególności z zasadą równego traktowania […]. Uzasadnienie to powinno być tym bardziej dokładne, że Komisja w pkt 37 tych wytycznych ograniczyła się do ogólnego odesłania do »szczególnych okoliczności sprawy«, pozostawiając sobie w ten sposób szeroki zakres uznania, jeśli chodzi o dokonanie wyjątkowego dostosowania kwot podstawowych grzywien danych przedsiębiorstw. W takim bowiem przypadku poszanowanie przez Komisję gwarancji zapewnianych przez unijny porządek prawny w ramach postępowania administracyjnego, w tym również obowiązku uzasadnienia, ma jeszcze bardziej podstawowe znaczenie”.

74. Następnie w pkt 291 zaskarżonego wyroku sąd słusznie przywołał orzecznictwo, zgodnie z którym „[w] wypadku decyzji nakładającej grzywnę Komisja ma obowiązek przedstawić uzasadnienie, zwłaszcza w odniesieniu do wysokości nałożonej grzywny i metody zastosowanej przy jej ustaleniu […] Zadaniem tej instytucji jest wskazanie w swej decyzji elementów oceny, które umożliwiły jej zmierzenie wagi i czasu trwania naruszenia, przy czym nie ma ona obowiązku umieszczania w niej bardziej szczegółowego wyjaśnienia lub danych liczbowych dotyczących sposobu obliczenia grzywny […] *Powinna ona jednak wyjaśnić [sposób, w jaki dokonała wyważenia i oceny czynników], które wzięła pod uwagę*” (podkreślenie dodane).

75. W pkt 292 tegoż wyroku wyjaśniono, dlaczego w rozpatrywanej sprawie Komisja postanowiła odstąpić od metodologii opisanej w wytycznych z 2006 r., w zastosowaniu pkt 37 tych wytycznych.

76. W pkt 293 zaskarżonego wyroku słusznie wskazano, iż „w motywie 287 zaskarżonej decyzji nie przedstawiono opisu preferowanej przez Komisję metody alternatywnej, ale ograniczono się do ogólnego zapewnienia, że kwoty podstawowe odzwierciedlają wagę, czas trwania i charakter uczestnictwa przedsiębiorstwa [NEX] w rozpatrywanych naruszeniach, jak też konieczność zagwarantowania, aby grzywny miały wystarczająco odstraszający charakter”. Komisja starała się uzasadnić swoje błędne stanowisko, ponownie przytaczając na rozprawie przed Trybunałem to samo ogólne zapewnienie[15].

14 Wyrok z dnia 22 października 2015 r., AC-Treuhand/Komisja (C-194/14 P, EU:C:2015:717, pkt 68).

15 Oczekiwany przez Komisję wynik miałby polegać na tym, że obliczenie grzywny miałoby być czymś na wzór receptury Coca-Coli, z której strony i sądy w UE mogą korzystać i której mogą „posmakować” pod warunkiem zachowania poufności, wierząc jedynie w „zapewnienia” Komisji, że zastosowano ją prawidłowo i bez żadnej dyskryminacji w sprawie takiej jak niniejsza, w której zachodzi obawa nierównego traktowania dwóch podmiotów „ułatwiających” kartel.

77. Z tego względu muszę zgodzić się z ustaleniem Sądu zawartym w pkt 294 zaskarżonego wyroku, że „wobec takiego zredagowania motywu 287 zaskarżonej decyzji nie umożliwia on [przedsiębiorstwu NEX] zrozumienia zasadności preferowanej przez Komisję metodologii, ani sądowi – przeprowadzenia jej kontroli. Takim brakiem uzasadnienia dotknięte są także motywy 290–296 rzeczonej decyzji, niezawierające żadnych informacji, które umożliwiałyby zrozumienie i zweryfikowanie znaczenia i wagi elementów uwzględnionych przez Komisję przy ustalaniu kwoty podstawowej grzywien, wbrew orzecznictwu przytoczonemu w pkt 291 [zaskarżonego wyroku]” [16].

78. Sąd nie dopuścił się również naruszenia prawa, przyjmując, że chociaż „uzasadnienie zaskarżonego aktu należy badać z uwzględnieniem jego kontekstu, o tyle nie można uznać, że przeprowadzenie […] nieformalnych rozmów [z przedsiębiorstwem NEX] o charakterze sondażu może zwolnić Komisję z ciążącego na niej obowiązku wyjaśnienia w zaskarżonej decyzji metodologii, jaką zastosowała w celu ustalenia kwot nałożonych grzywien” (pkt 295 zaskarżonego wyroku).

79. Ponadto Sąd słusznie orzekł w pkt 296 zaskarżonego wyroku, że „w pkt 176 odpowiedzi na skargę [przedstawionej w pierwszej instancji] Komisja wspomniała o istnieniu pięcioetapowego testu stosowanego przy obliczaniu kwoty podstawowej grzywien. Jednakże zgodnie z orzecznictwem […] tego rodzaju wyjaśnienie przedstawione w stadium postępowania przed sądem nie może zostać uwzględnione w celu dokonania oceny, czy Komisja wypełniła ciążący na niej obowiązek uzasadnienia”.

80. W tym względzie należy podkreślić, że nieuprawniony jest argument Komisji, zgodnie z którym stanowisko sądu naruszy jej zdolność do ustalania odpowiednich kwot grzywien odpowiednich do zapewnienia wystarczającego skutku odstraszającego.

81. Jak wyżej wspomniano, Komisja musi wyjaśnić w szczególności sposób, w jaki dokonała wyważenia i oceny czynników, które wzięła pod uwagę, i nie dostrzegam, w jaki sposób miałoby to pozbawić ją możliwości ustalenia odpowiednich kwot grzywien lub zapewnienia wystarczającego skutku odstraszającego.

82. Nabiera to szczególnego znaczenia w niniejszej sprawie, w której – w przeciwieństwie do sprawy w której wydano wyrok AC-Treuhand/Komisja – mamy do czynienia z dwoma podmiotami ułatwiającymi popełnienie naruszenia i zachodzi obawa, że przy nakładaniu grzywien na przedsiębiorstwa R.P. Martin i NEX Komisja dopuściła się naruszenia zasady równego traktowania.

83. Na rozprawie Komisja podkreśliła, że w niniejszej sprawie nie doszło do dyskryminacji w zakresie poziomu grzywien „bowiem w stosunku do obydwu pomocników zastosowała tę samą metodologię w zakresie obliczenia grzywien”.

84. Pomijając fakt, że sądy nie są w stanie zweryfikować tej metodologii w sytuacji, gdy jest ona objęta poufnością, należy podkreślić, że zastosowanie tej samej metodologii w dwóch różnych sytuacjach nie wyklucza dyskryminującego wyniku, w szczególności gdy metodologia opiera się na kryterium dyskryminacyjnym. Należy pamiętać, że dyskryminacja bywa skutkiem zastosowania tego samego kryterium do sytuacji, które nie są porównywalne. „Zasada równego traktowania” lub „zasada niedyskryminacji” to jedynie dwie etykiety jednej ogólnej zasady prawa UE, która zakazuje traktowania podobnych sytuacji w inny sposób i traktowania różnych sytuacji w ten sam sposób, chyba że zachodzą ku temu obiektywne przesłanki [17].

16 Wyrok z dnia 27 września 2006 r., Jungbunzlauer/Komisja (T-43/02, EU:T:2006:270, pkt 91); wyrok z dnia 13 lipca 2011 r., Schindler Holding i in./Komisja (T-138/07, EU:T:2011:362, pkt 243); oraz wyrok z dnia 8 grudnia 2011 r., Chalkor/Komisja (C-386/10 P, EU:C:2011:815, pkt 61).

17 Zobacz między innymi wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r., Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, pkt 32) i przytoczone tam orzecznictwo.

85. Nie ma wątpliwości co do tego, że ani przedsiębiorstwo NEX ani Sąd (a w konsekwencji – Trybunał) nie są w stanie ocenić metodologii ani też tego, czy doszło do naruszenia przez Komisję zasady równego traktowania na podstawie przedstawionych w niniejszej sprawie ogólnikowych i niejasnych informacji czy też zapewnień.

86. Takie stanowisko jest sprzeczne z określonymi w orzecznictwie wymogami, zgodnie z którym poszanowanie prawa do obrony wymaga, by adresaci decyzji, które w sposób odczuwalny oddziałują na ich interesy, byli w stanie *skutecznie* przedstawić w sposób użyteczny swoje stanowisko odnośnie do *elementów*, na których organ administracyjny zamierza oprzeć swoją decyzję [18].

87. Podobnie jak model ekonometryczny rozpatrywany w wyroku w sprawie UPS, metodologia obliczania grzywny zastosowana w niniejszej sprawie w stosunku do podmiotu ułatwiającego popełnienie naruszenia, stanowi niewątpliwie ważny czynnik, na którym Komisja oparła swoją decyzję.

88. Ponadto, jak Trybunał orzekł w wyroku w sprawie UPS, „udostępnienie tych modeli oraz leżących u podstaw ich opracowania wyborów metodologicznych jest tym bardziej istotne, że przyczynia się do nadania postępowaniu sprawiedliwego charakteru, zgodnie z zasadą dobrej administracji przewidzianą w art. 41 [Karty]".

89. Oczywiste jest, że te same rozważania powinny mieć zastosowanie w niniejszej sprawie w odniesieniu do obliczania grzywien – zwłaszcza w sytuacji, gdy Komisja odstępuje od stosowania swych własnych wytycznych dotyczących obliczania grzywien.

90. W takich sytuacjach nabiera to szczególnego znaczenia, bowiem w przeciwnym razie podmiot ułatwiający popełnienie naruszenia ostatecznie znalazłby się w gorszej sytuacji niż uczestnik kartelu, jeżeli chodzi o możliwość oceny zasadności decyzji Komisji i możliwości zweryfikowania tej decyzji przez Trybunał. Byłoby to w istocie sprzeczne z utrwalonym orzecznictwem [19], zgodnie z którym wytyczne „stanowią pewną wskazówkę dla praktyki administracyjnej, od której administracja nie może odstąpić w konkretnym przypadku bez podania powodów zgodnych z zasadą równego traktowania".

91. Z całokształtu powyższych rozważań wynika, że stwierdzając w pkt 297 zaskarżonego wyroku, iż w odniesieniu do określenia wysokości grzywien nałożonych na przedsiębiorstwo NEX za rozpatrywane naruszenia sporna decyzja nie zawiera wystarczającego uzasadnienia, Sąd nie dopuścił się naruszenia prawa.

92. W związku z powyższym jedyny podniesiony zarzut należy oddalić jako bezzasadny, a co za tym idzie – oddalić odwołanie wniesione przez Komisję w całości.

IV. Wnioski

93. Podsumowując, proponuję, aby Trybunał:

1) oddalił odwołanie;

2) obciążył Komisję kosztami postępowania.

18 Wyrok z dnia 24 października 1996 r., Lisrestal i in./Komisja (C-32/95 P, EU:C:1996:402, pkt 21); wyrok z dnia 22 października 2013 r., Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, pkt 38); oraz wyrok z dnia 14 czerwca 2016 r., Marchiani/Parlament (C-566/14 P, EU:C:2016:437, pkt 51); zob. także opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie UPS (C-265/17 P, EU:C:2018:628, pkt 38).

19 Zobacz przykładowo wyrok z dnia 11 lipca 2013 r., Ziegler/Komisja (C-439/11 P, EU:C:2013:513, pkt 60).