Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NILSA WAHLA
przedstawiona w dniu 21 maja 2015 r.[1]

Sprawa C-194/14 P

AC-Treuhand AG
przeciwko

Komisji Europejskiej

Odwołanie — Porozumienia, decyzje i uzgodnione praktyki — Europejskie rynki stabilizatorów termicznych — Ustalanie cen, podział rynków i wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych — Decyzja stwierdzająca naruszenia art. 81 WE (obecnie art. 101 TFUE) i art. 53 porozumienia EOG — Decyzja dotycząca spółki doradczej nie wywierającej presji konkurencyjnej na rynkach właściwych

1. Przepisy mające zastosowanie do przedsiębiorstw na podstawie art. 81 WE i 82 WE (obecnie art. 101 TFUE i 102 TFUE) przewidują zakaz ograniczeń wolnej konkurencji. Stwierdzenie ograniczenia konkurencji zakłada, że w świetle wyników analizy ekonomicznej okaże się, że określone przedsiębiorstwo poprzez swoje zachowanie zrezygnowało w całości lub częściowo z wywierania charakterystycznej dla skutecznej konkurencji presji wobec innych uczestników danego rynku lub danych rynków oraz że ostatecznie przynosi to szkodę dla wydajności gospodarczej i dobrobytu konsumentów. Zachowanie nieograniczające konkurencji we wskazanym wyżej rozumieniu, jakkolwiek moralnie i etycznie naganne, nie może jednak zostać objęte zakresem zakazów określonych w prawie Unii, a w szczególności powodować powołanie się na zakaz porozumień ograniczających konkurencję przewidziany w art. 81 ust. 1 WE.

2. Niniejsza sprawa jest moim zdaniem szczególną okazją do przypomnienia tej podstawowej zasady.

3. W swoim odwołaniu AC-Treuhand AG (zwana dalej „AC-Treuhand”) wnosi o uchylenie wyroku Sądu Unii Europejskiej w sprawie AC-Treuhand/Komisja[2], w którym sąd ten oddalił jej skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji C(2009) 8682 wersja ostateczna z dnia 11 listopada 2009 r. dotyczącej postępowania przewidzianego w art. 81 traktatu WE oraz art. 53 porozumienia EOG (sprawa COMP/38589 – Stabilizatory termiczne) (zwanej dalej „sporną decyzją”)[3], oraz ewentualnie o obniżenie kwoty grzywien, które zostały na nią nałożone.

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Wyrok T-27/10, EU:T:2014:59, zwany dalej „zaskarżonym wyrokiem”.

3 — Streszczenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, 2010, C 307, s. 9.

4. Spośród zagadnień podniesionych w niniejszej sprawie jedna nierozpatrywana dotąd kwestia wymaga szczególnej uwagi. Do Trybunału po raz pierwszy[4] zwrócono się bowiem o ustalenie, czy przedsiębiorstwo doradcze niedziałające na rynkach właściwych lub na rynkach powiązanych może być oskarżone o naruszenie przepisów w dziedzinie prawa konkurencji ze względu na to, że ułatwiało ono wprowadzanie w życie kartelu. Sprawa ta porusza więc ważną, zawsze aktualną problematykę[5], która składnia Trybunał do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie zakresu zakazu karteli ustanowionego przez postanowienia traktatów w dziedzinie konkurencji, a także w przedmiocie charakteru zachowań, które mogą być objęte zakresem tego zakazu.

I – **Okoliczności powstania sporu**

5. Okoliczności powstania niniejszego sporu, przedstawione w pkt 1–24 zaskarżonego wyroku, można podsumować w sposób następujący.

„2 W [spornej] decyzji Komisja Wspólnot Europejskich uznała, że pewna liczba przedsiębiorstw naruszyła art. 81 WE i art. 53 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG), uczestnicząc w dwóch zestawach porozumień i antykonkurencyjnych uzgodnionych praktyk obejmujących terytorium EOG i odnoszących się z jednej strony do sektora stabilizatorów cynowych, a z drugiej strony do sektora epoksydowanego oleju sojowego i estrów (zwanego dalej »sektorem ESBO/estrów«).

[…]

4 Zgodnie z art. 4 [spornej] decyzji każde ze wspomnianych naruszeń polegało na ustalaniu cen, podziale rynków za pomocą limitów sprzedaży, na podziale klientów i wymianie istotnych informacji handlowych, w szczególności na temat klientów, produkcji i sprzedaży.

5 W [spornej] decyzji wskazano, że zainteresowane przedsiębiorstwa uczestniczyły w powyższych naruszeniach w różnych okresach między dniem 24 lutego 1987 r. a dniem 21 marca 2000 r. w przypadku stabilizatorów cynowych oraz między dniem 11 września 1991 r. a dniem 26 września 2000 r. w przypadku sektora ESBO/estrów.

6 Skarżąca, AC-Treuhand […], mająca główną siedzibę w Zurychu (Szwajcaria), jest spółką doradczą oferującą »kompletny wachlarz usług dostosowanych do indywidualnych potrzeb krajowych i międzynarodowych stowarzyszeń i grup interesów«, przy czym uściślono, że ze [spornej] decyzji wynika także, iż spółka ta opisuje swoje usługi w następujący sposób: »zarządzanie i administrowanie szwajcarskimi i międzynarodowymi stowarzyszeniami zawodowymi oraz federacjami, organizacjami niemającymi celu zarobkowego; zbieranie, przetwarzanie i wykorzystywanie danych rynkowych; przedstawianie statystyk rynkowych; kontrola przekazanych liczb u uczestników« […]

[…]

4 — Należy podnieść, że wyrok Sądu z dnia 8 lipca 2008 r. AC-Treuhand/Komisja (T-99/04, EU:T:2008:256, zwany dalej „wyrokiem AC-Treuhand I"), w którym Sąd rozstrzygnął po raz pierwszy o zastosowaniu art. 81 WE do przedsiębiorstwa doradczego, które przyczyniło się do realizowania naruszenia, nie był w istocie przedmiotem odwołania. Należy zauważyć w tym względzie, że jeśli w sprawie zakończonej tym wyrokiem AC-Treuhand została uznana odpowiedzialną za naruszenia art. 81 WE, nałożono na nią jedynie grzywnę wynoszącą 1 000 EUR – kwotę symboliczną w porównaniu do grzywien nałożonych na przedsiębiorstwa, o których mowa w zaskarżonej w tej sprawie decyzji [decyzja Komisji 2005/349/CE z dnia 10 grudnia 2003 dotycząca postępowania na mocy art. 81 [WE] oraz art. 53 Porozumienia EOG (sprawa COMP/E-2/37.857 – Nadtlenki organiczne) (Dz.U. 2005, L 110, s. 44)].

5 — W niedawnej decyzji z dnia 4 lutego 2015 r. Komisja Europejska ukarała ICAP, pośrednika w sektorze finansowym z siedzibą w Wielkiej Brytanii, grzywną w wysokości 14,96 mln EUR za to, że ułatwiała sześciu z siedmiu wykrytych karteli w sektorze instrumentów pochodnych stóp procentowych denominowanych w jenach, przyczyniając się za pomocą różnych działań do realizowania przez członków tego kartelu celów antykonkurencyjnych. Skarga na tą decyzję została złożona przed Sądem w dniu 14 kwietnia 2015 r. (sprawa T-180/15, będąca obecnie w toku).

10 W [spornej] decyzji skarżącą uznano odpowiedzialną, ponieważ odgrywała ona istotną i podobną rolę w obu rozpatrywanych naruszeniach organizując spotkania dla uczestników karteli, na których była obecna, i brała czynny udział, zbierając i dostarczając uczestnikom dane na temat sprzedaży, rynków właściwych, proponując, że będzie występować w roli pośrednika w przypadku napięć między danymi przedsiębiorstwami, i zachęcając strony do zawierania kompromisów, i to w zamian za wynagrodzenie […]

[…]

20 W art. 1 [spornej] decyzji uznano skarżącą za odpowiedzialną za jej udział w naruszeniu dotyczącym stabilizatorów cynowych od dnia 1 grudnia 1993 r. do dnia 21 marca 2000 r. i w naruszeniu dotyczącym sektora ESBO/estrów od dnia 1 grudnia 1993 r. do dnia 26 września 2000 r.

[…]

24 Artykuł 2 [spornej] decyzji brzmi następująco:

»Za naruszenie/naruszenia na rynku stabilizatorów cynowych […] nakłada się następujące grzywny:

[…]

17) AC-Treuhand odpowiada na kwotę 174 000 EUR;

[…]

Za naruszenie/naruszenia na rynku ESBO/estrów […] nakłada się następujące grzywny:

[…]

38) AC-Treuhand odpowiada na kwotę 174 000 EUR;

[…]«”

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

6. W skardze złożonej w sekretariacie Sądu w dniu 27 stycznia 2010 r. skarżąca wniosła o stwierdzenie nieważności spornej decyzji lub posiłkowo o obniżenie kwoty nałożonych na nią grzywien.

7. Na poparcie swojej skargi skarżąca podniosła dziewięć zarzutów, które Sąd, po odnotowaniu rezygnacji skarżącej z dziewiątego zarzutu, podsumowuje następująco w pkt 36 i 268 zaskarżonego wyroku:

„36 W celu stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji skarżąca podnosi cztery zarzuty oraz pierwszą część zarzutu piątego, oparte, po pierwsze, na naruszeniu art. 81 WE oraz zasady ustawowej określoności czynów zabronionych i kar (zarzut trzeci); po drugie, na przedawnieniu uprawnienia Komisji do nałożenia grzywien na podstawie art. 25 ust. 5 rozporządzenia nr 1/2003 (zarzut drugi); po trzecie, na naruszeniu prawa do obrony wskutek spóźnionego poinformowania o postępowaniu dochodzeniowym wszczętym w stosunku do niej (zarzut ósmy); po czwarte, na naruszeniu zasady rozsądnego terminu z uwagi na czas trwania postępowania administracyjnego (zarzut siódmy), i po piąte, na naruszeniu art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 (pierwsza część zarzutu szóstego).

[…]

268 Na poparcie swoich żądań ewentualnych mających na celu zmianę zaskarżonej decyzji w zakresie wysokości nałożonych na nią grzywien skarżąca podnosi cztery zarzuty oraz drugą część zarzutu piątego, oparte, po pierwsze, na błędzie w ocenie co do czasu trwania naruszeń (zarzut pierwszy); po drugie, co do czasu trwania postępowania administracyjnego (zarzut siódmy); po trzecie, na ciążącym na Komisji obowiązku nałożenia wyłącznie symbolicznej grzywny w okolicznościach niniejszej sprawy (zarzut czwarty); po czwarte, na naruszeniu wytycznych z 2006 r. w ramach obliczenia podstawowej kwoty grzywny (zarzut piąty), i po piąte, na naruszeniu tych wytycznych w ramach obliczenia zdolności płatniczej skarżącej (druga część zarzutu szóstego)».

8. Wobec oddalenia wszystkich podniesionych zarzutów, Sąd oddalił skargę w całości.

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

9. W swoim odwołaniu wnosząca odwołanie wnosi do Trybunału o:

— uchylenie zaskarżonego wyroku;

— stwierdzenie nieważności spornej decyzji w zakresie, w jakim jej dotyczy, a tytułem żądania ewentualnego obniżenie grzywien, które zostały na nią nałożone;

— tytułem dalszego żądania ewentualnego – przekazanie sprawy Sądowi;

— obciążenie Komisji kosztami postępowań wszczętych przed Sądem i Trybunałem Sprawiedliwości.

10. Komisja wnosi o oddalenie odwołania i o obciążenie wnoszącej odwołanie kosztami postępowania.

11. Strony przedstawiły swoje stanowiska na piśmie oraz ustnie na rozprawie w dniu 4 marca 2015 r.

IV – **Analiza odwołania**

12. Na poparcie swojego odwołania wnosząca odwołanie podnosi cztery zarzuty dotyczące odpowiednio: (I) naruszenia art. 81 WE i zasady ustawowej określoności czynów zabronionych i kar zagwarantowanej w art. 49 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwana dalej „Kartą”) poprzez uznanie, że czyny, których się dopuściła, stanowią porozumienie antykonkurencyjne, (II) naruszenia tej ostatniej zasady, jak również zasady równego traktowania i obowiązku uzasadnienia przy nakładaniu grzywien, (III) naruszenia art. 23 ust. 2 i 3 rozporządzenia (WE) nr 1/2003[6] oraz wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 1/2003[7] i (IV) naruszenia art. 261 TFUE oraz art. 23 ust. 3 i art. 31 rozporządzenia nr 1/2003 podczas wykonywania przez Sąd nieograniczonego prawa orzekania.

6 — Rozporządzenie Rady (WE) 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).

7 — Dz.U. 2006, C 210, s. 2, zwane dalej „wytycznymi z 2006 r.”.

13. Jak wspomniałem we wprowadzeniu do niniejszej opinii, w zarzucie pierwszym została podniesiona kwestia dotycząca zasady, na której skupię moją analizę, po tym jak krótko przedstawię argumentację szczegółowo przedstawioną przez każdą ze stron w odniesieniu do tego zarzutu. Rodzi się zatem pytanie, czy spółka nie działająca na rynku będącym przedmiotem kartelu może stanowić, w związku z owym kartelem, przedsiębiorstwo uczestniczące w porozumieniu antykonkurencyjnym w rozumieniu art. 81 WE i, co za tym idzie, czy można mu przypisać naruszenie owego przepisu i czy w stosownym wypadku może zostać obciążone zapłatą grzywny z tego tytułu.

A – *Argumentacja stron*

14. Zarzut pierwszy odwołania dotyczy pkt 43–45 zaskarżonego wyroku, w których Sąd oddalił zarzut trzeci podniesiony przez skarżącą w pierwszej instancji, jak również argumenty odnoszące sięd różnych punktów wyroku w sprawie AC-Treuhand I, do których odsyła zaskarżony wyrok.

15. Wnosząca odwołanie zarzuca Sądowi, że uznał z jednej strony, że art. 81 WE może być stosowany do jej zachowania i z drugiej strony, że tak ekstensywna interpretacja była rozsądnie przewidywalna w momencie wystąpienia okoliczności faktycznych stanowiących naruszenie. Sąd zatem z jednej strony naruszył art. 81 WE, a z drugiej strony nie uwzględnił wymagań dotyczących jasności i przewidywalności, które wynikają z zasady ustawowej określoności czynów zabronionych i kar (nullum crimen, nulla poena sine lege), zagwarantowanej w art. 49 ust. 1 Karty.

16. W tym kontekście uważa ona przede wszystkim, że wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie A. Menarini Diagnostics S.r.l. przeciwko Włochom z dnia 27 września 2011 r. jasno określił karny charakter postępowania w sprawie grzywien według prawa kartelowego. Dlatego powinien być zastosowany wysoki poziom ochrony zasady ustawowej określoności czynów zabronionych i kar przewidziany w prawie karnym. Wnosząca odwołanie twierdzi ponadto, że wymóg jasności prawa jest, zdaniem samego Trybunału[8], szczególnie istotny w dziedzinie gdzie, jak w niniejszym przypadku, mogą zostać zastosowane szczególnie dotkliwe sankcje.

17. Strona wnosząca odwołanie następnie podnosi, że sama ani nie brała udziału w porozumieniu, ani w uzgodnionej praktyce w rozumieniu art. 81 WE.

18. Utrzymuje ona, że z jasnego brzmienia tego artykułu wynika, że zwykła pomoc dla kartelu nie mieści się w jego zakresie stosowania, gdyż przepis ten jest skierowany wyłącznie do samych stron porozumienia lub uzgodnionych praktyk. W tej sytuacji porozumienie ograniczające konkurencję polegało na zawiązaniu kartelu pomiędzy producentami zmierzającymi do ustalania cen, jak również rozdzielaniu i przydzielaniu limitów dostaw i klientów. Zachowania wnoszącej odwołanie nie można zakwalifikować jako uczestnictwa w tym uzgadnianiu woli, gdyż było ono oparte wyłącznie na świadczeniu usług owemu kartelowi. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem Trybunału istnienie porozumienia zakłada zgodną wolę co najmniej dwóch stron[9].

19. Wnosząca odwołanie podnosi również, że według orzecznictwa Trybunału istnienie porozumienia wymaga zawsze wspólnej woli zachowania się na rynku w określony sposób. Jednakże w niniejszym przypadku umowy o świadczenie usług pomiędzy nią a każdym z producentów były pozbawione wymaganego przez Trybunał związku z rynkiem. Nie ma tutaj żadnego bezpośredniego związku pomiędzy omawianymi umowami a stwierdzonym ograniczeniem konkurencji, które było wyłącznym rezultatem porozumienia pomiędzy producentami. Ponadto wnosząca odwołanie nie była aktywna na rynkach znajdujących się na wyższym lub niższym szczeblu lub sąsiadujących z rynkami objętymi przez kartel.

8 — Wyrok Commission/Zjednoczone Królestwo, 32/79, EU:C:1980:189, point 46.

9 — Wyroki Komisja/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, pkt 79) i Komisja/Volkswagen (C-74/04 P, EU:C:2006:460, pkt 37).

20. Zdaniem wnoszącej odwołanie, nie może jej zostać również zarzucone to, że uczestniczyła w „uzgodnionej praktyce". Nie zrzekła się ona bowiem, ani nie ograniczyła własnej autonomii zachowania się na rynku w następstwie koordynacji lub współpracy z producentami, tak jak wymaga tego orzecznictwo.

21. Wnosząca odwołanie twierdzi ponadto, że jej akty „pomocnictwa" mogłyby zostać ukarane zgodnie z wymogami zasady legalności, jeśli w momencie trwania kartelu istniałoby utrwalone orzecznictwo, z którego można byłoby wywnioskować ich karalność w sposób wystarczająco jasny [10]. Podnosi ona tymczasem, że przed wyrokiem AC-Treuhand I nie istniało żadne orzecznictwo w tej kwestii. Ponadto zarówno ze wskazanego wyroku jak i z leżącej u podstaw jego wydania decyzji Komisji [11] wynikało, że decyzja Komisji o objęciu postępowaniem przedsiębiorstwa doradczego stanowiła reorientację jej wcześniejszej praktyki decyzyjnej.

22. Wnosząca odwołanie twierdzi wreszcie, że względy celowości w dziedzinie konkurencji nie powinny prowadzić do naruszenia zasady legalności poprzez szeroką wykładnię art. 81 ust. 1 WE. W niniejszej sprawie powstaje jedynie pytanie, czy usługi doradztwa świadczone przez wnoszącą odwołanie podlegają karze na mocy art. 81 ust. 1 WE, a nie czy zasługują na karę.

23. Komisja stoi na stanowisku, że zarzut pierwszy należy oddalić jako bezzasadny.

24. Podnosi ona przede wszystkim, że zasada legalności określona w art. 49 ust. 1 Karty obejmuje zasadę określoności, zakaz rozumowania per analogiam i zasadę niedziałania prawa wstecz. Artykuł 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 w związku z art. 81 WE nie należą jednak do „twardego rdzenia" prawa karnego, w związku z czym odnoszące się do tego rdzenia zasady niekoniecznie muszą być tutaj stosowanie z całą surowością. Nie byłoby to sprzeczne z przytoczonym powyżej wyrokiem A. Menarini Diagnostics S.r.l. przeciwko Włochom, w którym uznano postępowania w sprawie grzywien na mocy prawa kartelowego za postępowanie o charakterze administracyjnym, po czym zaznaczono, że nakładane sankcje mogą mieć charakter karny.

25. W każdym bądź razie zasada określoności i zakaz rozumowania per analogiam nie sprzeciwiają się stopniowemu wyjaśnianiu dokładnej treści norm karnych przez orzecznictwo. Poza tym, jeśli zasada niedziałania prawa wstecz mogłaby się sprzeciwiać zastosowaniu ze skutkiem wstecznym nowej, racjonalnie nieprzewidywalnej wykładni normy prawnej, to przewidywalność ta zależy w szczególności od treści i zakresu zastosowania danej normy, jak również podmiotów, do których jest ona adresowana. Ponadto, w sytuacji gdy norma karna spełnia już wymogi związane z zasadą określoności dzięki jasności swojego brzmienia, nie ma już potrzeby odwoływać się do interpretującego ją orzecznictwa, aby zasada określoności została zachowana [12].

26. Komisja następnie podnosi, że argumentacja wnoszącej odwołanie, która zmierza do uzyskania nadmiernie restrykcyjnej interpretacji określenia „porozumienie między przedsiębiorstwami" zawartego w art. 81 WE, nie powinna zostać uznana, gdyż celowe przeniesienie funkcji kartelu na przedsiębiorstwo świadczące usługi zmierzające do skutecznego wdrożenia kartelu jest w istocie objęte przewidzianym w tym przepisie zakazem.

10 — Wyrok Evonik Degussa/Komisja, C-266/06 P, EU:C:2008:295.

11 — Decyzja 2005/349.

12 — Wyrok Dansk Rørindustri i in./Komisja, C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, pkt 217 i nast.

27. W tym względzie utrzymuje ona po pierwsze to, że treść art. 81 WE jest bardzo obszerna i może obejmować każdą zgodną wspólną wolę lub każde uzgodnione zachowanie lub zmowę pomiędzy przynajmniej dwoma przedsiębiorstwami [13]. Ponieważ usługi świadczone przez wnoszącą odwołanie służyły obiektywnie i subiektywnie wsparciu dwóch karteli na rynku stabilizatorów termicznych, pomiędzy wnoszącą odwołanie a innymi uczestnikami kartelu istniała zgodna wola niezbędna do tego, aby stwierdzić istnienie porozumienia.

28. Po drugie, nie jest istotne, czy ograniczenie konkurencji na rynku stabilizatorów termicznych stanowi główny czy też pomocniczy cel zachowania wnoszącej odwołanie, ani czy istnieje bezpośredni związek pomiędzy tym zachowaniem a tymi ograniczeniami konkurencji. Chociaż „porozumienie" jest regularnie opisywane przez orzecznictwo jako „wspólna wola zachowywania się na rynku w określony sposób", nie oznacza to jednak, konieczna zgodność woli musi obowiązkowo przedstawiać dla wszystkich stron związek celowościowy z rynkiem lub ma dążyć do ograniczenia wolności zachowania wszystkich stron. Nie ma w ogóle również znaczenia to, że wnosząca odwołanie nie działała ani na rynkach objętych kartelem, ani na rynkach sąsiadujących lub na rynkach wschodzących, gdyż usługi pomocnicze wnoszącej odwołanie służąc obiektywnie i subiektywnie ograniczeniu konkurencji przez kartele dotyczące stabilizatorów termicznych.

29. Po trzecie, jeżeli chodzi o kwestię, czy przyjęta wykładnia była racjonalnie przewidywalna dla wnoszącej odwołanie podczas trwania kartelu, Komisja podkreśla, że już w decyzji wydanej w 1980 r. [14], czyli przed rozpoczęciem naruszeń będących przedmiotem niniejszej sprawy, stwierdziła ona, że tajne usługi świadczone przez spółkę prowadząca działalność w zakresie obsługi administracyjnej naruszają art. 81 WE.

30. Po czwarte, Komisja utrzymuje, że Sąd nie tylko nie rozszerzył zastosowania art. 81 WE poza granice wyznaczone treścią tego postanowienia, ale wręcz przeciwnie, powołując się na cel i funkcję ochronną prawa konkurencji, opowiedział się przeciwko ograniczeniom celowościowym tej normy i w swoich uwagach odnoszących się do skuteczności art. 81 WE nie naruszył prawa.

B – *Ocena*

31. Przy analizie zarzutu pierwszego pojawiają się dwie kwestie.

32. Pierwsza kwestia dotyczy tego, czy art. 81 ust. 1 WE ma zastosowanie do przedsiębiorstwa, które, jak wnosząca odwołanie, nie działa na danym rynku lub na rynkach powiązanych i które sensu stricto nie zawarło porozumienia ograniczającego konkurencję, ani nie prowadziło uzgodnionych praktyk na owych rynkach.

33. Druga kwestia, która jest związana z zarzutem i która ma sens wyłącznie przy założeniu, że należałoby stwierdzić, iż zachowanie wnoszącej odwołanie jest objęte zakazem ustanowionym w art. 81 ust. 1 WE, odnosi się do określenia, czy w tym przypadku wnosząca odwołanie mogła racjonalnie przewidzieć, że zakaz ustanowiony w art. 81 ust. 1 WE zasadniczo ma do niej zastosowanie.

34. Ze względów opisanych poniżej, jestem w pełni przekonany, że należy odpowiedzieć przecząco na pierwsze pytanie i że wobec tego nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytanie drugie. Zamierzam najpierw skoncentrować się na właściwym zakresie zastosowania art. 81 ust, 1 WE, aby następnie zwrócić uwagę na szczególną sytuację strony wnoszącej odwołanie.

13 — Wyrok Consten i Grundig/Komisja, 56/64 i 58/64, EU:C:1966:41.

14 — Decyzja Komisji 80/1334/EWG z dnia 17 grudnia 1980 dotycząca postępowania na podstawie art. 85 traktatu EWG (IV/29.869 - Włoskie szkło lane) (Dz.U L 383, s. 19).

1. Zakres zakazu porozumień, o którym mowa w traktatach: zakaz zmów mających, w świetle analizy ekonomicznej, skutek ograniczenia konkurencji

35. Wydaje mi się, że warto przypomnieć, że możliwość nałożenia sankcji na przedsiębiorstwo będące w sytuacji wnoszącej odwołanie została uzasadniona przez Sąd w pkt 43 i 44 zaskarżonego wyroku poprzez odniesienie do rozważań przedstawionych przezeń w postępowaniu, w którym zapadł wyrok AC-Treuhand I.

36. W wyroku tym Sąd uznał zasadę poniesienia przez AC-Treuhand odpowiedzialności za naruszenie art. 81 ust. 1 WE. Zachowania przypisane skarżącej były bardzo podobne do tych wskazanych w niniejszej sprawie. Zarzucono jej mianowicie, że odgrywała ona kluczową rolę w kartelu obejmującym nadtlenki organiczne, organizując spotkania producentów, archiwizując pewne tajne dokumenty dotyczące kartelu, zbierając i opracowując pewne dane liczbowe oraz wykonując pewne zadania logistyczne i sekretarskie związane z organizacją spotkań.

37. Uzasadnienie przedstawione przez Sąd w wyroku AC-Treuhand I brzmi w istocie następująco.

38. Po pierwsze, określenie „porozumienie" zawarte w art. 81 WE należy rozumieć szeroko. Obecność „wspólnej woli" zachowania się na rynku w określony sposób jest wystarczająca i nie jest wymagane dokładne pokrycie się rynku objętego naruszeniem, na którym „sprawca" ograniczenia konkurencji jest aktywny, z rynkiem, na którym naruszenie to ma się zmaterializować. Każde zachowanie, skoordynowane z działaniami innych przedsiębiorstw, mające na celu ograniczenie konkurencji na właściwym rynku może naruszać zakaz przewidziany w art. 81 ust. 1 WE (zobacz pkt 117–122 wyroku AC-Treuhand I).

39. Po drugie, nie należy wykluczać tego, że przedsiębiorstwo może uczestniczyć we wprowadzeniu w życie ograniczenia konkurencji, nawet jeżeli nie ogranicza ono swojej własnej swobody działania na rynku, na którym prowadzi ono swoją główną działalność. Każda odmienna interpretacja mogłaby zmniejszyć zakres zakazu zawartego w art. 81 ust. 1 WE w sposób naruszający jego skuteczność, jeśli uwzględni się, że taka interpretacja nie umożliwiałaby ścigania aktywnego uczestnictwa przedsiębiorstwa w ograniczeniu konkurencji (zob. pkt 124–128 wyroku AC-Treuhand I).

40. Po trzecie, w celu ustalenia uczestnictwa przedsiębiorstwa w kartelu i jego odpowiedzialności z tego tytułu wystarczy, że Komisja wykaże, że przedsiębiorstwo zamierzało poprzez swoje zachowanie – chociażby poprzez podporządkowanie się kartelowi lub w sposób pomocniczy czy bierny – przyczynić się do realizacji wspólnych celów oraz że owe przedsiębiorstwo wiedziało o faktycznych zachowaniach planowanych lub wykonanych przez inne przedsiębiorstwa w dążeniu do tych samych celów, lub też że mogło je ono rozsądnie przewidzieć i było gotowe podjąć związane z nimi ryzyko. Zasady te stosują się mutatis mutandis do uczestnictwa przedsiębiorstwa, którego działalność gospodarcza i zawodowa ekspertyza stawiają go w takiej sytuacji, że nie może ono pominąć antykonkurencyjnego charakteru spornych zachowań i w ten sposób może ono przyczynić się do popełnienia naruszenia w sposób, którego znaczenia nie można pominąć (zobacz pkt 129–136 wyroku AC-Treuhand I).

41. Po czwarte i ostatnie, w pkt 164 wspomnianego wyroku AC-Treuhand I Sąd uznał, że stosowana przez ponad dwadzieścia lat praktyka decyzyjna Komisji ograniczająca się do krytykowania i niekarania przedsiębiorstw doradczych uczestniczących w kartelu, jednak bez odrzucenia koncepcji, że mogą one być uznane za winne naruszenia, nie mogła spowodować powstania uzasadnionych oczekiwań, że Komisja w przyszłości zrezygnuje z prowadzenia postępowań wobec przedsiębiorstw zajmujących się doradztwem, jeżeli uczestniczą one w kartelu. Okoliczność, że w tamtym przypadku została nałożona grzywna w kwocie o bardzo ograniczonej wysokości, nie powinna być rozstrzygająca dla niniejszego przypadku, gdyż – jak słusznie podnosi Komisja – chodziło o nałożenie grzywny na podmioty, a w szczególności na przedsiębiorstwa zajmujące się doradztwem, w odniesieniu do których wcześniej zdecydowano, by nie wymierzać sankcji za ich ewentualne uczestnictwo w działaniach kartelu.

42. Wszystkie te rozważania, które zmierzają do stwierdzenia, że art. 81 WE wiążąco ustala jedynie ograniczenia dotyczące charakteru zmów możliwych do objęcia zakazem przewidzianym w jego ustępie pierwszym, moim zdaniem w ogóle nie uwzględniają zakresu tego zakazu i celu, który jest przewidziany do osiągnięcia.

43. W myśl art. 81 ust. 1 WE „[n]iezgodne ze wspólnym rynkiem i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i k*tórych celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku*” [15].

44. Nawet jeśli w wielu aspektach mogłoby wydawać się to oczywiste, przypomnę, że art. 81 WE, tak jak art. 82 WE, ustanawia pewną liczbę norm skierowanych do *przedsiębiorstw*, w celu zakazania im zachowań, które, jak ustalono lub jak można zasadnie przypuszczać, w świetle analizy ekonomicznej, szkodzą konkurencji.

45. Cel przepisów w dziedzinie konkurencji polega generalnie na zapewnieniu, że skutki wolnej konkurencji, które są następstwem otwarcia rynków, nie zostaną zakłócone poprzez środki prowadzące, w szerokim rozumieniu, do uprzywilejowania lub do upośledzenia pewnych przedsiębiorstw i które, z czasem, okazują się szkodliwe dla konsumentów.

46. Niezależnie od tego czy można uznać, że owe zachowania mają antykonkurencyjny cel czy raczej antykonkurencyjny skutek , zakaz porozumień określony przez normy traktatowe skierowany do przedsiębiorstw opiera się na idei, że te zakłócenia mają szkodliwy wpływ na dobre funkcjonowanie normalnej konkurencji.

47. Aby pociągnąć przedsiębiorstwo do odpowiedzialności za naruszenie art. 81 ust. 1 WE należy stwierdzić, w jakim stopniu porozumiewało się ono z innymi przedsiębiorstwami celem zniesienia presji konkurencyjnej wobec nich.

48. Mając to na uwadze, Trybunał bardzo wcześnie orzekł o konieczności przeprowadzenia analizy ekonomicznej, uwzględniając w szczególności pozycję oraz znaczenie stron na danym rynku produktowym lub usługowym [16]. W kwestii metodologii identyfikowania zmów mających cel antykonkurencjny przypomniał on jeszcze niedawno o znaczeniu, jakie ma analiza ekonomiczna i doświadczenie [17] dla identyfikacji presji konkurencyjnej odczuwanej przez przedsiębiorstwa.

49. Podobnie, zarówno Komisja [18] jak i Trybunał wielokrotnie podkreślili, że stosowanie przepisów traktatu zakazujących karteli antykonkurencyjnych zakłada, że sytuacja osób trzecich „na rynku” zostanie znacząco zmieniona.

15 — Podkreślenie moje.

16 — Zobacz wyrok LTM, 56/65, EU:C:1966:38, który, przy wskazaniu, że art. 85 ust. 1 traktatu WE (następnie art. 81 ust. 1 WE) nie wprowadza żadnego rozróżnienia ze względu na to, czy strony znajdują się na tym samym stopniu (tzw. „porozumienia horyzontalne”) lub na innym stopniu (tzw. „porozumienia wertykalne”) procesu gospodarczego, określił że konkurencja, której zakłócenie jest podnoszone, musi być rozumiana tak jak rzeczywiście wyglądałaby, gdyby nie istniało sporne porozumienie (zob. w szczególności pkt. 358 i 360 wyroku).

17 — Zobacz wyrok CB/Komisja, (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 51).

18 — Zobacz w szczególności pkt I.2 obwieszczenia Komisji z dnia 3 września 1986 dotyczącego mniej ważnych porozumień, które nie są objęte art. 85 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotą Gospodarczą (Dz.U. 1986, C 231, s. 2), zgodnie z którym tylko te porozumienia są zabronione, które mają odczuwalne skutki na warunki rynkowe, innymi słowy, które istotnie zmieniają pozycję rynkową, czyli możliwości sprzedaży i zaopatrzenia przedsiębiorstw trzecich i użytkowników. Obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (de minimis) (Dz.U. 2001, C 368, s. 13) zawiera podobne rozważania w jego pkt I i precyzuje w szczególności to, że”Trybunał Sprawiedliwości […] objaśnił, że [art. 81 ust. 1 WE] nie ma zastosowania, jeżeli wpływ porozumienia na handel wewnątrz Wspólnoty lub na konkurencję nie jest odczuwalny”.

50. Aby dany przypadek mógł więc zostać objęty zakresem zakazu przewidzianego w tym względzie w traktatach, zachowania przedsiębiorstw, o których mowa w traktatach, powinny przynajmniej być *w stanie wyeliminować presję lub przeszkodę istniejącą na rynku*. Chociaż charakter środków wykorzystywanych przez przedsiębiorstwa nie ma ostatecznego znaczenia [19], to muszą one powodować presję ekonomiczną mogacą ograniczyć konkurencję [20].

51. Innymi słowy, aby być częścią kartelu mającego za cel lub powodującego ograniczenie konkurencji, konieczne jest jeszcze, aby dane przedsiębiorstwo wywierało, w normalnych warunkach rynkowych, presję konkurencyjną („competitive constraint") na innych uczestników kartelu. Wyłącznie wtedy, gdy w danym przypadku przedsiębiorstwo wywiera presję, którą warto ograniczyć, można mówić o istnieniu takiej presji konkurencyjnej..

52. Z tej perspektywy definicja rynku właściwego ma centralne znaczenie zarówno w ramach stosowania art. 82 WE jak i art. 81 ust. 1 WE. Chociaż definicja rynku właściwego jest rzadko przedmiotem sporu przy stosowaniu art. 81 WE, to ma ona zawsze za cel systematyczną identyfikację ograniczeń, które konkurencja nakłada na dane przedsiębiorstwa [21].

53. W tym kontekście, o ile można stwierdzić, że europejskie prawo konkurencji nie wymaga, aby wszyscy uczestnicy kartelu prowadzili działalność gospodarczą na rynku dotkniętym przez kartel, to nakłada ono obowiązek określenia, w jakim stopniu zawarcie spornego porozumienia ma za cel ograniczenie konkurencji na danym rynku właściwym lub skutkuje takim ograniczeniem.

54. Pojawia się nie tylko pytanie, czy przedsiębiorstwa mogące zawrzeć zakazane porozumienie w rozumieniu art. 81 WE mogą działać na odrębnych rynkach, ale również czy są one w stanie wywierać na siebie nawzajem presję konkurencyjną. Chociaż konkurencja, o której mowa w art. 81 ust. 1 WE oznacza wprawdzie nie tylko tą istniejącą pomiędzy stronami porozumienia, ale również tą, która może się pojawić pomiędzy nimi a osobami trzecimi [22], todana jednostka musi również być w stanie ustanawiać zobowiązania o charakterze antykonkurencyjnym lub podlegać im.

55. Moim zdaniem wymóg ten wynika nie tylko z wykładni celowościowej art. 81 ust. 1 WE, ale również z orzecznictwa Trybunału wypracowanego w dziedzinie dotyczącej w szczególności ograniczeń o charakterze wertyklanym, poczynając od wyroku Consten i Grunding/Komisja [23]. Trybunał przypominając, że art. 85 traktatu (następnie art. 81 WE) odnosi się w sposób ogólny do wszystkich porozumień, które zakłócają konkurencję wewnątrz wspólnego rynku i nie ustanawia żadnego rozróżnienia pomiędzy takimi porozumieniami, w zależności od tego, czy występują one pomiędzy konkurentami na tym samym szczeblu procesu gospodarczego, czy też pomiędzy podmiotami niekonkurującymi znajdującymi się na różnych szczeblach, w dalszym ciągu swojej analizy wyjaśnił, w jakim stopniu zachowania będące przedmiotem tej sprawy, a mianowicie umowy koncesji na wyłączność zawarte pomiędzy koncesjodawcą a jego koncesjonariuszem, mogą mieć za skutek ograniczenie konkurencji w odniesieniu do danych produktów, jaka istnieje między koncesjonariuszami a konkurującymi z nimi podmiotami trzecimi. Sytuacja stworzona przez owe porozumienia prowadzi w szczególności do podziału krajowych rynków danych produktów i pozwala stosować ceny danych produktów niepodlegające rzeczywistej konkurencji.

19 — W tym względzie jest powszechnie uznane, że art. 81 WE dotyczy bardzo różnorodnych form zmów – które występują jako mniej lub bardziej formalne porozumienia, a nawet przez uzgodnione praktyki, które nie są zawarte w umowach we właściwym sensie. Wystarcza bowiem, że dane zachowanie antykonkurencyjne jest wyrazem zgodnej woli co najmniej dwóch stron, przy czym forma, w jakiej się przejawia ta zgodność, nie jest sama w sobie rozstrzygająca (zobacz w szczególności wyrok Komisja/Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, pkt 37).

20 — Opinia rzecznika generalnego H. Mayrasa w sprawach połączonych Suiker Unie i in./Komisja (od 40/73do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73, EU:C:1975:78).

21 — Zobacz w tym względzie wyrok Erste Group Bank i in./Komisja (C-125/07 P, C-133/07 P i C-137/07 P, EU:C:2009:576, pkt 60).

22 — Wyrok Włochy/Rada i Komisja (32/65, EU:C:1966:42).

23 — 56/64 i 58/64, EU:C:1966:41, pkt. 493.

56. W świetle powyższych rozważań zbadam sytuację rozpatrywaną w niniejszej sprawie.

2. Zastosowanie w niniejszej sprawie

57. W tym przypadku zwrócono się do Trybunału o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy art. 81 WE może zostać zastosowany do zachowania „cartels facilitators", tzn. podmiotów gospodarczych, które pomagają wdrożyć porozumienie ograniczające konkurencję, w szczególności organizując spotkania pomiędzy konkurentami i świadcząc usługi w ramach porozumienia antykonkurencyjnego.

58. W pkt 381 spornej decyzji Komisja w następujący sposób opisała rolę, jaką odgrywa wnosząca odwołanie:

„Z opisu stanu faktycznego przedstawionego w motywach 356–359 wynika, że AC-Treuhand odgrywała znaczącą rolę w organizacji i przeprowadzaniu spotkań. AC-Treuhand była świadoma dokładnej treści porozumień antykonkurencyjnych i w rzeczywistości redagowała i rozprowadzała wszystkie informacje dotyczące cen, kwot i klientów w sposób bardzo profesjonalny. Miała ona prawo przeprowadzać kontrolę w siedzibach przedsiębiorstw uczestniczących w kartelu. Tylko dane zatwierdzone ostatecznie przez AC-Treuhand mogły służyć jako podstawa negocjacji i porozumień. AC-Treuhand pozostawiła do dyspozycji swoje pomieszczenia służbowe, aby pozwolić na utrzymanie kartelu w tajemnicy. W dwóch kartelach jej rola polegała na uniemożliwieniu wykrycia dwóch naruszeń. Jako moderator miała za zadanie zachęcać do kompromisu mającego na celu umożliwienie zawarcia porozumienia antykonkurencyjnego. AC-Treuhand wykonywała swoje usługi, służyła swoją wiedzą specjalistyczną i udostępniała infrastrukturę dwóm kartelom, aby móc czerpać z tego korzyści […]".

59. Należy zaznaczyć, że czyny zarzucane wnoszącej odwołanie obejmują szereg zachowań, przy czym nie określono pod względem prawnym i w jasny sposób, czy pełniła ona rolę sprawcy (uczestnika) czy też pomocnika (facylitatora) [24].

60. Według tego opis, sytuacja wnoszącej odwołanie wywołuje więc pytania – przede wszystkim i w następstwie tego, co zostało powyżej stwierdzone – dotyczące tego, czy przedsiębiorstwo nie obecne na rynku lub na rynku powiązanym może być postrzegane jako sprawca naruszenia art. 81 ust. 1 WE, a następnie czy jest możliwe ściganie takiej jednostki za pomocnictwo w zachowaniach antykonkurencyjnych.

a) Czy spółka niedziałająca na danym rynku ani na rynkach powiązanych może być *sprawcą* naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję?

61. Tak jak już wcześniej wspomniałem, art. 81 ust. 1 WE zabrania wyłącznie porozumień i uzgodnionych praktyk, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

62. Natomiast, aby być w stanie ograniczyć konkurencję, podejrzana osoba lub jednostka musi mieć zdolność wywierania, w normalnych warunkach, presji konkurencyjnej („competitive constraint") na podmioty gospodarcze obecne na rynku, która to presja może zostać wyeliminowana lub ograniczona poprzez zmowy.

24 — W motywie 668 spornej decyzji odnoszącym się do ustalenia wysokości grzywien wskazano jednak, że AC-Treuhand została pociągnięta do odpowiedzialności za „bezpośredni udział" w kartelu w tych okresach.

63. Ponadto, niezależnie od tego, czy dane przedsiębiorstwo działa na tym samym rynku lub na rynku tego samego szczebla, co przedsiębiorstwa będące członkami kartelu, należy zatem określić, w jakim stopniu konkurencja istniejąca na rynku danych produktów została potencjalnie ograniczona i wyeliminowana w wyniku udziału tego przedsiębiorstwa.

64. W tym przypadku nie ulega wątpliwości, że AC-Treuhand może w sposób ogólny zostać uznana za przedsiębiorstwo, ze względu na to, że stanowi ona jednostkę gospodarczą o jednolitej organizacji obejmującej elementy osobowe, materialne i niematerialne, służące do trwałego dążenia do osiągnięcia określonego celu gospodarczego. Jak wynika bowiem z pkt 6 zaskarżonego wyroku, chodzi tu o spółkę prowadzącą działalność gospodarczą, a w szczególności dzialalność polegającą na oferowaniu usług na rynku doradztwa [25].

65. Należy jednak stwierdzić, że w niniejszej sprawie nie może być ona uznana za przedsiębiorstwo aktywne na rynku właściwym lub na rynku powiązanym. W niniejszej sprawie występuje ona w charakterze doradcy, ale nie ustanowiła ani nie podjęła jakiegokolwiek zobowiązania o charakterze antykonkurencyjnym. Nie jest ona, nawet potencjalnie, aktywna na rozpatrywanych rynkach, które są rynkami bardzo konkretnych produktów, a mianowicie stabilizatorów termicznych pewnego typu, ale jest ona obecna na tych rynkach wyłącznie w ramach swojego obszaru działalności, czyli świadczenia usług doradczych.

66. Wydaje się, że jedynymi porozumieniami, których AC-Treuhand może być członkiem są porozumienia o świadczenie usług, które zawarła ona z przedsiębiorstwami uczestniczącymi w kartelu dotyczącym stabilizatorów termicznych. Nie może ona jednak być uważana za pełnoprawnego członka kartelu stwierdzonego w art. 1 spornej decyzji, a mianowicie stronę szeregu porozumień i autora uzgodnionych praktyk dotyczących specjalnych stabilizatorów termicznych i polegających w istocie na ustalaniu cen, podziale rynków jak również przydzielaniu klientów i wymianie poufnych informacji handlowych.

67. Przedmiotem porozumień zawartych pomiędzy AC-Treuhand i przedsiębiorstwami działającymi na rynku było wyłącznie świadczenie usług, które są wprawdzie związane z wdrożeniem kartelu, ale które jako takie są odrębne od zachowań zarzucanych członkom kartelu.

68. Ponadto Komisja nie stwierdziła, ani tym bardziej nie dowiodła, że AC-Treuhand wywierała presję, która w efekcie konkurencji ciąży co do zasady na przedsiębiorstwach będących członkami kartelu. Wobec braku wywierania takiej presji na członków kartelu stwierdzonego w sektorze stabilizatorów termicznych, zachowania AC-Treuhand nie mogły jako takie ograniczać konkurencji, a w konsekwencji podlegać zakazowi porozumień ograniczających konkurencje, o których mowa w art. 81 ust. 1 WE.

69. Nawet gdyby uznano, że czynności przedsięwzięte przez AC-Treuhand wywieraly pozytywny skutek na funkcjonowanie kartelu poprzez jego usprawnienie i ukrycie, to skutki tych czynów dla konkurencji wywodzą się wyłącznie z zachowań członków kartelu. Raz jeszcze nadmienię, że, jeśli AC-Treuhand nie wywiera, w normalnych warunkach presji, która w efekcie konkurencji ciąży na danych przedsiębiorstwach, czyny przedsięwzięte przez tę spółkę nie mogą ograniczać konkurencji.

25 — Zobacz podobnie w szczególności wyrok Wouters i in. (C-309/99, EU:C:2002:98, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo).

70. W związku z tym, jakkolwiek ogólne mogą być określenia użyte w traktacie, umowy, które same w sobie nie mają za cel ograniczenia konkurencji ani nie skutkują takim ograniczeniem, ale które odnoszą się do usług zmierzających do ułatwienia stronom porozumienia, które samo ogranicza konkurencję, podejmowania zachowań bezprawnych, nie mogą być omawiane pod kątem zakazu z art. 81 ust. 1 WE [26]. Zwykły zamiar ograniczenia konkurencji przez przedsiębiorstwo nie jest wystarczający, jeśli przedsiębiorstwo to nie posiada zdolności do skutecznego nałożenia tego ograniczenia.

71. Jeżeli Trybunał przyjmie pogląd przedstawiony przez Komisję w niniejszej sprawie i potwierdzony przez Sąd, metodologia identyfikowania zachowań antykonkurencyjnych, o których jest mowa w traktatach, zostanie poważnie zaburzona. Moim zdaniem będzie to prowadzić do takiego oderwania tych zachowań od konieczności identyfikacji ograniczenia konkurencji, w rozumieniu ekonomicznym, które doprowadzi do całkowitej zbędności określania rynku właściwego i identyfikacji presji istniejącej co do zasady na owym rynku.

72. To oderwanie może okazać się problematyczne nie tylko w związku z wykrywaniem zmów objętych zakresem regulacji art. 81 WE, ale również, analogicznie, w przypadku nadużywania pozycji dominującej objętego zakazem przewidzianym w art. 82 WE. Przecież, nic nie stoi na przeszkodzie objęciu sankcją w ramach zastosowania art. 82 WE także zachowania wspomagającego polegającego na przykład na doradztwie o charakterze strategicznym lub na ekspertyzie ekonomicznej

73. Na przykład, do zastosowania art. 81 WE może również wystarczać ustalenie, że przedsiębiorstwo, bezpośrednio lub pośrednio pomagało lub towarzyszyło przedsiębiorstwom podejmującym się zmowy na danym rynku, bez wymagania, niezależnie od jego obecności na rynku, aby było ono w stanie skutecznie wywierać jakąkolwiek presję konkurencyjną na przedsiębiorstwa działające lub planujące działać na danym rynku, czyli bez oceny siły gospodarczej kartelu [27]. W tym kontekście można by zarzucić jednemu lub kilku partnerom handlowym uczestnictwo w nadużyciu pozycji dominującej niezależnie od zbadania, czy rzeczywiście posiada on ową pozycję dominującą na właściwie zdefiniowanym rynku i czy jest on w stanie skutecznie ograniczyć konkurencję obecną na danym rynku.

74. Potwierdzając wnioski przyjęte w tym względzie przez Komisję, według mnie Sąd nie uwzględnił tego, że określenia zawarte w art. 81 ust. 1 WE należy odczytać w świetle zasady legalności.

75. W tej sytuacji nie należy co do zasady oceniać, czy, jak wskazuje Komisja, wnosząca odwołanie mogła racjonalnie przewidzieć, że zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 WE ma do niej zasadniczo zastosowanie.

76. Mając na uwadze całość powyższych rozważań, jestem zdania, że Komisja nie mogła bezpośrednio pociągnąć AC-Treuhand do odpowiedzialności za naruszenie art. 81 ust. 1 WE.

77. Czy spółka ta mogła zostać pociągnięta do odpowiedzialności na innej podstawie? Zamierzam zbadać to w dalszej części opinii.

26 — Jak wspomniał Trybunał już dawno temu, chociaż użycie w traktacie ogólnych określeń do sformułowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję wskazuje na zamiar objęcia mnim bez rozróżniania wszystkich typów karteli, restrykcyjny charakter art. 81 ust. 1 WE nie pozwala na rozszerzenie tego zakazu poza trzy wyczerpująco wymienione kategorie porozumień ograniczających konkurencję (zob. wyrok Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, pkt. 109).

27 — Co się tyczy przykładów takiego ryzyka, zob. w szczególności wyroki Deltafina/Komisja (T-29/05, EU:T:2010:355, pkt 45 i nast.) oraz Güterrmann/Komisja (T-456/05 i T-457/05, EU:T:2010:168, pkt 53).

b) Czy spółce nie wywierającej presji konkurencyjnej na członków kartelu może zostać przypisane pomocnictwo w naruszeniu zakazu porozumień?

78. Chociaż moim zdaniem przedsiębiorstwo takie jak AC-Treuhand nie może być pociągnięte do odpowiedzialności w charakterze głównego sprawcy, jako że nie było ono aktywne na rynku właściwym lub na rynkach powiązanych z kartelem, pozostaje pytanie, czy jest możliwe pociągnięcie je do odpowiedzialności za pomocnictwo, zważywszy że – przeciwnie do tego co zostało stwierdzone w wyroku AC-Treuhand I (zob. w szczególności pkt 133) – ani w spornej decyzji. ani w zaskarżonym wyroku pojęcie to nie zostało wyraźnie wyrażone.

79. Na pierwszy rzut oka pomysł ten jest całkiem atrakcyjny. W istocie pojęcie pomocnictwa jest zwykle rozumiane jako wszelki wkład w realizację naruszenia, w szczególności poprzez pomoc lub wsparcie sprawcy. Tym samym pomocnikiem jest według prawa karnego wielu państw członkowskich każdy, kto bez spełniania znamion czynu zabronionego, swoim aktywnym i najczęściej zamierzonym działaniem pomógł w realizacji tego czynu lub ułatwił jego realizację.

80. Czyny zarzucane AC-Treuhand (organizacja spotkań, dystrybucja i archiwizacja dokumentacji, wsparcie i różne działania mające na celu utrzymanie kartelu w tajemnicy) mogłyby, na pierwszy rzut oka, być tak zakwalifikowane, ponieważ zachowanie wskazanego przedsiębiorstwa stanowiło ewidentnie wsparcie dla członków kartelu we wprowadzeniu i realizacji tego naruszenia.

81. Niemniej jednak, w braku dokładnej identyfikacji i kwalifikacji inkryminowanych w niniejszej sprawie zachowań, takie wnioski trudno jest uznać za zasadne. W tym względzie wcale nie podnoszono zresztą, że rola odgrywana przez AC-Treuhand była drugorzędna lub wspomagająca względem tej odgrywanej przez będące członkami kartelu przedsiębiorstwa, o których mowa w spornej decyzji.

82. Ponadto i przede wszystkim, o ile, według mojej wiedzy, istnieje prawie jednolita akceptacja rozróżnienia pomiędzy „sprawcą” i „pomocnikiem” naruszenia w dziedzinie egzekwowania prawa karnego, o tyle takie rozróżnienie wydaje mi się szerzej nie znane w sferze administracyjnej. Tymczasem, jak potwierdził Trybunał przy licznych okazjach i choć może być to przedmiotem dyskusji, prawo konkurencji Unii ma charakter administracyjny. Odwoływanie się do pojęcia pomocnictwa nie ma więc w zasadzie sensu w tym kontekście. W prawie państw członkowskich, chociaż istnieją sytuacje, w których zostały przewidziane sankcje dla osób lub jednostek udzielających wsparcia przy realizacji naruszenia zasad konkurencji, to przypadki, które udało mi się wskazać, pozostają rzadkie i odnoszą się do szczególnych przepisów prawa krajowego [28] lub wynikają bezpośrednio z wyroku AC-Treuhand I [29].

83. Jednakże, taka penalizacja nie wynika ani z treści art. 81 WE, ani z przepisów przyjętych dla jego wykonania.

84. Mając na względzie całokształt powyższych rozważań jestem zdania, że w aktualnym stanie prawa Unii pociągnięcie AC-Treuhand do odpowiedzialności za naruszenie art. 81 ust. 1 WE nie ma podstawy prawnej.

28 — Zobacz w szczególności wyrok Cour d'appel de Paris z dnia 26 września 1991, w którym rozważano nałożenie sankcji na adwokata za poradę prawną dotyczącą mechanizmu uzgodnionych praktyk, przy czym orzecozno, że był on objęty tajemnicą zawodową. Należy wspomnieć, że z jednej s. srt. L. 420.1 francuskiego kodeksu handlowego, który odnosi się do karteli, nie ustanawia jako przesłanki zastosowania tego, że strony muszą być przedsiębiorcami i że z drugiej strony art. L. 420–6 omawianego kodeksu przewiduje możliwość nałożenia grzywny lub kary pozbawienia wolności na „każdą osobę fizyczną biorącą nieuczciwie osobisty i decydujący udział w planowaniu, organizacji i realizacji praktyk [antykonkurencyjnych], o których mowa w art. L. 420–1 i L. 420–2”.

29 — Nederlandse Mededingingsautoriteit (holenderski organ ds. konkurencji), obecnie Autoriteit Consument & Markt, w dniu 12 czerwca 2009 r. nałożył sankcję na przedsiębiorstwo inżynieryjne za jego rolę wspomagającą w sektorze farb (https://www.acm.nl/en/publications/publication/6366/NMa-imposes-fine-on-two-cartels-and-cartel-facilitator-in-Dutch-painting-industry/). Ostatnio organ ten nałożył grzywnę w wysokości 5 000 EUR na podmiot wspomagający w sektorze produktów rolnych (https://www.acm.nl/en/publications/publication/6749/NMa-fines-two-cartels-in-agricultural-industry/).

85. Nie można wykluczyć, że czyny pomocnictwa zarzucane AC-Treuhand mogłyby w przyszłości podlegać sankcji na podstawie przepisów szczególnych.

86. W tym kontekście wydaje mi się, że warto podnieść, że w pewnych państwach członkowskich prawodawca zdecydował się przyjąć szczególne przepisy mające na celu ukaranie zachowań „pomocnika", które to przepisy najczęściej mają związek ze sferą karną. Wydaje mi się, że przypadek Zjednoczonego Królestwa dobrze ilustruje wewnętrzne ograniczenia zasad konkurencji w odniesieniu do oceny czynów wspierających realizację zachowań antykonkurencyjnych, ponieważ to poprzez wprowadzenie specjalnego czynu zabronionego („criminal cartel offence") przewidzianego w sekcji 188 Enterprise Act z 2002 r.[30], który wszedł w życie w czerwcu 2003 r., zdecydowano się ukarać podmiot wspomagający w sprawie zwanej „kartelem na rynku przewodów morskich"[31].

87. Moim zdaniem ustanowienie przepisów mających na celu ukaranie podmiotów pomagających przy naruszeniach prawa konkurencji leży wyłącznie w gestii prawodawcy Unii. W tym kontekście chciałbym podkreślić, że dążenie instytucji do zapewnienia skuteczności prowadzonej polityki musi pozostawać w zgodzie z zasadami legalności i pewności prawa. Jak podkreślił jeden autor, doktryna effet utile nie może prowadzić Trybunału do interpretacji przepisów traktatu skutkującej maksymalnym rozszerzeniem kompetencji instytucji, ale musi pozwolić interpretować właściwe przepisy zgodnie z ich zadaniem i celem[32].

88. Z tych wszystkich powodów, wydaje mi się, że pierwszy podniesiony zarzut jest uzasadniony i że wyrok Sądu musi zostać uchylony, bez potrzeby wypowiadania się w przedmiocie pozostałych zarzutów odwołania.

89. Ponieważ wydaje mi się, że stan sprawy pozwala na wydanie ostatecznego rozstrzygnięcia, proponuję ponadto, aby Trybunał stwierdził nieważność spornej decyzji w zakresie, w jakim dotyczy ona AC-Treuhand.

V – **Wnioski**

90. W świetle powyższych rozważań proponuję Trybunałowi, aby orzekł w następujący sposób:

1) Wyrok Sądu Unii Europejskiej z dnia 6 lutego 2014 r. AC-Treuhand/Komisja (T-27/10, EU:T:2014:59) zostaje uchylony.

2) Stwierdza się nieważność decyzji Komisji C(2009) 8682 wersja ostateczna z dnia 11 listopada 2009 r. dotyczącej postępowania przewidzianego w art. 81 traktatu WE oraz art. 53 porozumienia EOG (sprawa COMP/38589 – Stabilizatory termiczne) w zakresie, w jakim dotyczy AC-Treuhand AG.

3) Komisja Europejska zostaje obciążona kosztami poniesionymi zarówno w postępowaniu w pierwszej instancji, jak i kosztami postępowania odwoławczego.

30 — Ten przepis przewiduje, że: „An individual is guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings".

31 — Zgodnie z decyzją wydaną przez UK Office of Fair Trading osoby fizyczne zostały skazane na karę pozbawienia wolności do lat 3 za uczestnictwo w tym kartelu.

32 — Zobacz P. Pescatore, „Monisme et dualisme et 'effet utile' dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne", w *Une communauté de droit*, 2003, s. 340.