ĢENERĀLADVOKĀTA MELHIORA VATELĒ
[*MELCHIOR WATHELET*] SECINĀJUMI,
sniegti 2018. gada 21. februārī [1]

Lieta C-123/16 P

Orange Polska S.A.
pret

Eiropas Komisiju

Apelācija – Konkurence – Dominējošā stāvokļa ļaunprātīga izmantošana – Polijas telekomunikāciju tirgus – Leģitīmas intereses konstatēt pagātnē izdarītu pārkāpumu, ja tiek uzlikts naudas sods – Naudas soda aprēķināšana – Smagums – Pārkāpuma seku ņemšana vērā – Atbildību mīkstinoši apstākļi

1. Ar šo apelācijas sūdzību *Orange Polska S.A.* (turpmāk tekstā – "*Orange*") lūdz atcelt Eiropas Savienības Vispārējās tiesas 2015. gada 17. decembra spriedumu *Orange Polska*/Komisija (T-486/11, turpmāk tekstā – "pārsūdzētais spriedums", EU:T:2015:1002), ar kuru tā noraidīja *Orange* prasību, galvenokārt, atcelt Komisijas Lēmumu C(2011) 4378, galīgā redakcija [2], un, pakārtoti, atcelt vai samazināt tai ar minēto lēmumu uzliktā naudas soda apmēru.

I. Tiesvedības priekšvēsture un apstrīdētais lēmums

2. Šīs apelācijas vajadzībām pietiek norādīt turpmāk sniegto informāciju, savukārt pilnīgāks izklāsts ir sniegts pārsūdzētā sprieduma 1.–34. punktā.

3. *Telekomunikacja Polska S.A.* ir telekomunikāciju uzņēmums, kas tika izveidots Polijā 1991. gadā agrākā valsts monopola privatizācijas rezultātā. Pēc tam, kad 2013. gada 7. novembrī tas iegādājās sabiedrības *Orange Polska sp. z o.o.* un *Polska Telefonia Komórkowa – Centertel sp. z o.o.*, tas kļuva par *Orange* [3].

4. Eiropas Komisija konstatēja, ka *Orange* ir vienīgais vairumtirdzniecības piegādātājs attiecībā uz platjoslas piekļuvi un atsaistītu piekļuvi vietējai sakaru līnijai un ka laikposmā, kuru aptver apstrīdētais lēmums, tai bija lielas tirgus daļas mazumtirdzniecības tirgū.

1 Oriģinālvaloda – franču.

2 Lēmums (2011. gada 22. jūnijs) par procedūru saskaņā ar LESD 102. pantu (Lieta COMP/39.525 – *Telekomunikacja Polska*) (turpmāk tekstā – "apstrīdētais lēmums").

3 Lai gan apstrīdētais lēmums attiecas uz *Telekomunikacja Polska* un tā pārveidošana par *Orange* notika pēc tiesvedības rakstveida daļas pabeigšanas Vispārējā tiesā, apelācijas vajadzībām un vienkāršības labad pietiks ar to, ka šajos secinājumos atsaukšos tikai uz *Orange*.

5. Turklāt tā norādīja, ka operatoram, ko valsts regulatīvā iestāde [4] redz kā operatoru ar būtisku ietekmi publiskā fiksētā telefonu tīkla nodrošināšanas tirgū, konkrētajā gadījumā – *Orange*, ar faktu norises laikā Polijā spēkā esošo tiesisko regulējumu bija noteikts pienākums piešķirt jaunienācējiem – tā sauktajiem "alternatīvajiem operatoriem" (turpmāk tekstā – "AO") – atsaistītu piekļuvi savām vietējām sakaru līnijām un saistītajiem resursiem atbilstoši pārredzamiem, godīgiem un nediskriminējošiem nosacījumiem, kuriem ir jābūt vismaz tikpat labvēlīgiem kā nosacījumiem, kas ietverti standartpiedāvājumā, kuru ierosina izraudzītais operators un kurš tiek pieņemts *UKE* noteikšajā procedūrā. Kopš 2005. gada pēdējā minētā iestāde ir vairākkārt iejaukusies, lai novērstu *Orange* uzlikto regulatīvo pienākumu neizpildi.

6. 2009. gada 22. oktobrī *Orange* parakstīja ar *UKE* nolīgumu, saskaņā ar kuru tā tostarp brīvprātīgi apņēmās ievērot savus regulatīvos pienākumus, noslēgt ar AO nolīgumus par piekļuvi saskaņā ar nosacījumiem, kas atbilst attiecīgajiem standartpiedāvājumiem, un veikt ieguldījumus sava platjoslas tīkla modernizācijā (turpmāk tekstā – "nolīgums ar *UKE*").

7. Apstrīdētā lēmuma 1. pantā Komisija secināja, ka *Orange*, atsakoties sniegt AO piekļuvi saviem vairumtirdzniecības platjoslas produktiem, ir izdarījusi vienotu un turpinātu LESD 102. panta pārkāpumu, kas ir sācies 2005. gada 3. augustā, proti, datumā, kad starp *Orange* un AO tika uzsāktas pirmās sarunas par piekļuvi *Orange* tīklam, pamatojoties uz standartpiedāvājumu attiecībā uz *local loop unbundling* (*LLU*) veida piekļuvi, un kas ilga vismaz līdz 2009. gada 22. oktobrim, t.i., datumam, kad tika parakstīts nolīgums ar *UKE*.

8. Komisija sodīja *Orange*, kā tas precizēts apstrīdētā lēmuma 2. pantā, tam uzliekot naudas sodu 127 554 194 EUR apmērā, kas aprēķināts atbilstoši Pamatnostādnēm naudas soda aprēķināšanai, piemērojot Regulas (EK) Nr. 1/2003 23. panta 2. punkta a) apakšpunktu [[5]] (OV 2006, C 210, 2. lpp.; turpmāk tekstā – "pamatnostādnes"). Veicot šo aprēķinu, Komisija noteica naudas soda pamatsummu, par pamatu ņemot proporcionālo daļu 10 % apmērā no vidējās pārdevumu vērtības, ko *Orange* veicis konkrētajos tirgos, un piemērojot reizināšanas koeficientu 4,2, kas atbilst pārkāpuma ilgumam, un nolēma nekoriģēt šo summu atbilstoši atbildību pastiprinošiem vai mīkstinošiem apstākļiem. Tomēr no šīs summas Komisija atskaitīja naudas sodus, ko *UKE* bija uzlikusi *Orange* par tās regulatīvo pienākumu neizpildi.

II. Tiesvedība Vispārējā tiesā un pārsūdzētais spriedums

9. Ar prasības pieteikumu, kas Vispārējās tiesas kancelejā iesniegts 2011. gada 2. septembrī, *Orange* cēla prasību, lūdzot – galvenokārt – atcelt apstrīdēto lēmumu un – pakārtoti – atcelt vai samazināt tai ar minēto lēmumu uzliktā naudas soda apmēru.

10. *Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji* (Polijas informācijas tehnoloģiju un telekomunikāciju palāta (*PIIT*)), kas norādīja, ka tā ir Polijā darbojošos telekomunikāciju nozares uzņēmumu apvienība, iestājās lietā Vispārējā tiesā, lai atbalstītu *Orange* prasījumus. *European Competitive Telecommunications Association* (*ECTA*), kas sevi dēvē par institūciju, kura pārstāv konkurētspējīgos uzņēmumus Eiropas komunikāciju nozarē, iestājās lietā Vispārējā tiesā Komisijas prasījumu atbalstam.

11. Savas prasības pamatojumam *Orange* izvirzīja piecus pamatus. Vispārējā tiesa, noraidot visus šos pamatus kā nepamatotus un uzskatot, ka nav neviena apstākļa, kas pamatotu naudas soda apmēra grozīšanu, noraidīja minēto prasību pilnībā.

4 Iestāde, kas bija izveidota sākotnēji, kopš 2006. gada 16. janvāra ir aizstāta ar *Urząd Komunikacji Elektronicznej* (Elektronisko sakaru birojs, Polija; turpmāk tekstā – "*UKE*").

5 Padomes Regula (2002. gada 16. decembris) par to konkurences noteikumu īstenošanu, kas noteikti [LESD 101. un 102.] pantā (OV 2003, L 1, 1. lpp.).

III. Par apelācijas sūdzību

12. Savas apelācijas sūdzības pamatojumam *Orange* izvirza trīs pamatus.

A. Par pirmo apelācijas sūdzības pamatu – kļūdu tiesību piemērošanā attiecībā uz Komisijas pienākumu pierādīt leģitīmas intereses pieņemt lēmumu, ar kuru konstatēts pagātnē izdarītais pārkāpums

1. Lietas dalībnieku argumentu kopsavilkums

13. *Orange* norāda, pirmkārt, ka neesot strīda par to, ka apstrīdētajā lēmumā Komisija nav pamatojusi leģitīmas intereses konstatēt konkrēto pārkāpumu, un, otrkārt, ka šis pārkāpums esot beidzies aptuveni astoņpadsmit mēnešus pirms apstrīdētā lēmuma pieņemšanas. Tātad tas esot bijis izdarīts pagātnē. Pārsūdzētā sprieduma 76. punktā apgalvojot, ka saskaņā ar Regulas Nr. 1/2003 7. panta 1. punktu Komisijai ir jāpierāda, ka pastāv leģitīmas intereses konstatēt pārkāpumu, ja – vienlaikus – šis pārkāpums ir beidzies un Komisija neuzliek naudas sodu, Vispārējā tiesa esot likusi domāt, ka runa ir par vienīgo apstākli, kādā Komisijai ir pienākums pierādīt šādu interešu esamību. Šajā ziņā minētajā apgalvojumā esot pieļauta kļūda tiesību piemērošanā, interpretējot šo tiesību normu. Tāpat esot kļūdains šī paša sprieduma 77. punkts, kurā Vispārējā tiesa turklāt ierobežoja Komisijas pienākumu pierādīt šādu interešu esamību, to attiecinot tikai uz situācijām, kad ir iestājies noilgums pilnvarām uzlikt naudas sodus.

14. Šajā ziņā *Orange* vispirms norāda, ka Regulas Nr. 1/2003 7. panta 1. punkta formulējums esot nepārprotams. No šī formulējuma nevarot secināt, ka gadījumos, kad var tikt uzlikts naudas sods, nebūtu jāidentificē leģitīmas intereses konstatēt pārkāpumu saistībā ar rīcību, kas jau izbeigta. Turklāt tikai šī tiesību norma piešķirot Komisijai pilnvaras konstatēt LESD 101. vai 102. panta pārkāpumu. Gan Regulas Nr. 1/2003 preambulas 11. apsvērums, gan šīs regulas sagatavošanas darbi un Komisijas administratīvā prakse apstiprinot, ka Komisijas pienākums pierādīt leģitīmas intereses pagātnē izdarītā pārkāpuma konstatēšanā pastāv neatkarīgi no naudas soda uzlikšanas.

15. Tātad neesot nekāda pamata Regulas Nr. 1/2003 7. panta noteikumus padarīt atkarīgus no Komisijas pilnvarām uzlikt naudas sodus. Proti, Komisijas pilnvarām konstatēt pārkāpumu neesot noteikts nekāds noilguma termiņš un šīs pilnvaras tai esot piešķirtas atbilstoši Regulas Nr. 1/2003 daļai, kas nav tā daļa, ar kuru Komisijai ir piešķirtas pilnvaras uzlikt naudas sodus.

16. Visbeidzot – apstāklis, ka saskaņā ar Regulas Nr. 1/2003 16. pantu Komisijas konstatējums par pagātnē izdarītu pārkāpumu nosaka attiecīgā uzņēmuma atbildību tiesvedībās par zaudējumu atlīdzību, kā arī apstāklis, ka, pat ja naudas sods nav uzlikts, šāds konstatējums var kaitēt šim uzņēmumam, jo atbilstoši Eiropas Parlamenta un Padomes Direktīvas 2014/104/ES [6] 10. panta 4. punktam tiek apturēta noilguma termiņa skaitīšana, esot pamatojums secinājumam, ka Komisijai savā lēmumā ir jāizklāsta motīvi, kas pamatotu tās leģitīmas intereses izmeklēt pagātnē izdarītu pārkāpumu, kuru uzņēmums ir labprātīgi izbeidzis.

17. Konkrētajā gadījumā tātad esot jāatceļ pārsūdzētais spriedums, kā arī apstrīdētais lēmums, jo Komisija pēdējā minētajā lēmumā neesot sniegusi pamatojumu par leģitīmām interesēm konstatēt pārkāpumu, ko *Orange* ir izdarījis pagātnē.

6 Direktīva (2014. gada 26. novembris) par atsevišķiem noteikumiem, kuri valstu tiesībās reglamentē zaudējumu atlīdzināšanas prasības par dalībvalstu un Eiropas Savienības konkurences tiesību pārkāpumiem (OV 2014, L 349, 1. lpp.).

18. Komisija būtībā apgalvo, ka *Orange* argumentācija esot absurda, ciktāl tā nozīmētu, ka Komisijas pilnvaras uzlikt naudas sodus pastāv tikai attiecībā uz pārkāpumiem, kas vēl nav izbeigti, un ka visos pārējos gadījumos, tostarp tad, ja naudas sods ir uzlikts par jau izbeigtu pārkāpumu – un šie gadījumi veido lielāko daļu no Komisijas lēmumiem –, Komisija nevarētu pieņemt lēmumu, nepierādot, ka pastāv leģitīmas intereses to darīt.

19. Konkrētajā gadījumā Komisija esot uzlikusi *Orange* naudas sodu par vienotu un turpinātu LESD 102. panta pārkāpumu, kas izdarīts laikposmā no 2005. gada 3. augusta vismaz līdz 2009. gada 22. oktobrim. Tā kā naudas soda uzlikšana esot pietiekams iemesls pārkāpuma konstatēšanai, Komisijai neesot bijis pienākums papildus tam pierādīt, ka pastāv leģitīmas intereses veikt šādu konstatējumu. Tādējādi pirmais apelācijas sūdzības pamats neesot pamatots.

20. Turklāt Komisija apgalvo, ka šis pirmais pamats attiecoties tikai uz pārsūdzētā sprieduma 77. punktu, savukārt 76. punktu *Orange* neapstrīdot. Taču ar šo pēdējo minēto punktu, kā arī ar pamatojumu, ko Vispārējā tiesa izklāstījusi pārsūdzētā sprieduma 74. un 75. punktā, pietiekot, lai atbalstītu šī paša sprieduma 78. un 79. punktā formulētos secinājumus, kuros Vispārējā tiesa noraidīja tajā izvirzīto pirmo prasības pamatu. Tādējādi pirmais apelācijas sūdzības pamats, kas vērsts vienīgi pret 77. punktu, neesot iedarbīgs. Replikas rakstā minētais arguments, saskaņā ar kuru šis pirmais pamats īstenībā ir vērsts pret pārsūdzētā sprieduma 74.–80. punktu, esot nepieņemams, jo izvirzīts novēloti.

21. *PIIT* nav sniegusi apsvērumus par pirmo pamatu.

22. *ECTA* būtībā norāda, ka neatkarīgi no tā, vai pārkāpums ir vai nav izbeigts, Komisijas pilnvaras uzlikt naudas sodus esot balstītas uz Regulas Nr. 1/2003 23. panta 2. punktu un ka – izņemot pienākumu pierādīt, ka tas izdarīts tīši vai nolaidības dēļ, – minētā tiesību norma nepakļaujot šīs pilnvaras nevienam citam nosacījumam. *Orange* atsaukšanās uz šīs regulas 7. panta 1. punktu esot kļūdaina.

2. Vērtējums

a) Ievada apsvērumi

23. Ar savu pirmo apelācijas sūdzības pamatu *Orange* pārmet Vispārējai tiesai, ka tā esot pieļāvusi kļūdu tiesību piemērošanā Regulas Nr. 1/2003 7. panta 1. punkta interpretācijā, nepieprasot Komisijai, lai tā pierādītu leģitīmas intereses pieņemt lēmumu, ar kuru konstatēts pārkāpums, neatkarīgi no tā, vai ir vai nav ticis uzlikts naudas sods.

24. Regulas Nr. 1/2003 7. panta 1. punktā ir paredzēts, ka, "ja Komisija [..] atklāj, ka ir [LESD 101. vai 102.] panta pārkāpums, tā var ar lēmumu pieprasīt attiecīgajiem uzņēmumiem [..] šādas pārkāpšanas izbeigšanu. [..] Ja Komisijai ir likumīgas [leģitīmas] intereses, tā arī var konstatēt, ka pārkāpums ir izdarīts pagātnē".

25. Pārsūdzētā sprieduma 76. punktā Vispārējā tiesa no minētās tiesību normas formulējuma, kā arī no pamatojuma izklāsta priekšlikumam, atbilstoši kuram tika pieņemta minētā regula, secināja, ka "Komisijai ir jāpierāda, ka pastāv leģitīmas intereses konstatēt pārkāpumu, ja vienlaikus šis pārkāpums ir beidzies un Komisija neuzliek naudas sodu".

26. Turklāt minētā sprieduma 77. punktā tā uzskatīja, ka šis secinājums atbilst tās judikatūrai par saiknes esamību starp, no vienas puses, Komisijai noteikto pienākumu pierādīt leģitīmās intereses konstatēt pārkāpumu un, no otras puses, noilgumu tās pilnvarām uzlikt naudas sodus. Tādēļ pārsūdzētā sprieduma 78.–80. punktā tā noraidīja *Orange* prasījumus atcelt apstrīdēto lēmumu.

b) Komisijas argumenti par pamata neiedarbīgumu

27. Komisijas šajā ziņā izvirzītajai argumentācijai (izklāstīta šo secinājumu 20. punktā) nevar piekrist.

28. Lai gan *Orange* tieši citē tikai pārsūdzētā sprieduma 76. un 77. punktu un neapstrīd šī 76. punkta saturu pašu par sevi, tomēr *Orange* ar savu argumentāciju būtībā apgalvo, ka, lasot šos divus minētos punktus kopā, esot secināms, ka Vispārējā tiesa uzskatīja, ka Komisijai pienākums pierādīt leģitīmas intereses konstatēt Savienības konkurences tiesību pārkāpumu ir tikai gadījumos, kad – vienlaicīgi – gan šis pārkāpums ir izbeigts, gan Komisija neuzliek naudas sodu, it īpaši tāpēc, ka tās pilnvarām uzlikt naudas sodu ir iestājies noilgums, un ka, konstatējot šādu ierobežojumu, Vispārējā tiesa esot pieļāvusi kļūdu Regulas Nr. 1/2003 7. panta 1. punkta interpretācijā.

29. Katrā ziņā šis 76. un 77. punkts veido Vispārējās tiesas argumentācijas kodolu, un līdz ar to, ja izrādītos, ka tajos ir pieļauta apgalvotā kļūda, tajos izdarītie secinājumi automātiski būtu jāatzīst par spēkā neesošiem.

30. Tādējādi šis pirmais pamats nav atzīstams par neiedarbīgu.

c) Par pirmā pamata pamatotību

31. Interpretācija, kas balstīta uz atbilstošo Regulas Nr. 1/2003 normu formulējumu, vispārējo sistēmu un mērķi, tomēr ļauj secināt, ka šis pamats nav pamatots.

32. Saskaņā ar Regulu Nr. 1/2003 – proti, it īpaši tās 7. panta 1. punktu un 23. pantu – Savienības konkurences tiesību normu būtisku pārkāpumu gadījumos Komisijai ir pilnvaras gan uzlikt naudas sodus, gan pieprasīt izbeigt pārkāpumu. Šīs pilnvaras īsumā atspoguļo Komisijas uzdevumu nodrošināt konkurences tiesību normu ievērošanu. Īstenojot šīs pilnvaras, Komisijai nav jāpierāda nekādas "leģitīmas intereses" šajā sakarā.

33. Ir pašsaprotams, ka, lai uzliktu naudas sodus un pieprasītu izbeigt pārkāpumu, vispirms ir jākonstatē pārkāpums, un šo tēzi *Orange*, šķiet, neapstrīd. Kā norāda Komisija, tai ir ne tikai tiesības konstatēt pārkāpumu, bet pat ir pienākums to darīt, lai tā varētu pieprasīt tā izbeigšanu vai uzlikt naudas sodu.

34. Pirmkārt, Regulas 1/2003 7. pantā ir skaidri noteikts, ka tikai tad, "ja Komisija [..] atklāj [konstatē], ka ir [..] pārkāpums", tā var pieņemt lēmumu, pieprasot izbeigt konstatēto pārkāpumu.

35. Otrkārt, saskaņā ar šīs pašas regulas 23. panta 2. punktu Komisijai ir tiesības uzlikt naudas sodus gadījumos, ja uzņēmumi vai uzņēmumu apvienības tīši vai nolaidības dēļ pārkāpj LESD 101. panta 1. punktu vai 102. pantu.

36. Patiešām, Regulas Nr. 1/2003 7. panta 1. punkta formulējums var šķist neviennozīmīgs, jo no tā skaidri neizriet, ka Komisija, uzliekot naudas sodu, var pieņemt lēmumu, ar kuru tiek konstatēts pagātnē izdarītais pārkāpums, un ka tai šajā gadījumā nav pienākuma konkrēti pierādīt, ka pastāv leģitīmas intereses to darīt.

37. Tomēr, manuprāt, šīs regulas preambulas 11. apsvēruma formulējums apstiprina Vispārējās tiesas un Komisijas tēzi. Minētajā apsvērumā ir precizēts, ka, "ja pastāv likumīgas [leģitīmas] intereses, Komisijai jāspēj arī pieņemt lēmumus, ar kuriem konstatē, ka pārkāpums ir izdarīts pagātnē, *pat ja ar to neuzliek soda naudu* [naudas sodu]" (man izcēlums).

38. Kā norāda Komisija, preambulas 11. apsvērums atbilst minētās regulas 7. panta 1. punkta struktūrai un apstiprina, ka šīs normas pēdējā teikumā ir paredzētas īpašas pilnvaras, kurām ir piesaistīts konkrēts nosacījums. Šajā apsvērumā vispirms ir sniegta atsauce uz lēmumiem, ar kuriem tiek pieprasīts izbeigt pārkāpumus, kas joprojām turpinās. Tālāk – preambulas 11. apsvērumā ir paskaidrots, ka papildus šīm pilnvarām ("arī") Komisija var pieņemt deklaratīvo lēmumu (proti, lēmumu, ar ko netiek uzlikts naudas sods), ar kuru tiek konstatēts pagātnē izdarītais pārkāpums, ar nosacījumu, ka pastāv leģitīmas intereses šādi rīkoties. Vārdi "pat ja ar to neuzliek soda naudu" un "arī" norāda uz to, ka Komisijas pilnvaras konstatēt pārkāpumu, kas ir izbeigts, un līdz ar šo konstatējumu uzlikt naudas sodu jau iepriekš pastāv un nav ierobežotas ar nevienu konkrētu nosacījumu.

39. Pamatojuma izklāsts priekšlikumam, atbilstoši kuram tika pieņemta Regula Nr. 1/2003 (jau citēts pārsūdzētā sprieduma 75. punktā), vēl skaidrāk apstiprina Vispārējās tiesas tēzi.

40. Minētajā izklāstā saistībā ar priekšlikumu 7. pantam ir norādīts, ka atšķirība no Regulas Nr. 17 [7] 3. panta izpaužas tādējādi, ka "ir precizēts [..], ka Komisija ir kompetenta pieņemt lēmumu, ar ko konstatē pārkāpumu ne tikai tad, kad tā uzdod izbeigt pārkāpumu vai tai uzliekot naudas sodu, bet arī tad, ja pārkāpums ir beidzies un ja tā neuzliek naudas sodu", šajā ziņā precizējot, ka "saskaņā ar Tiesas judikatūru [.. [8]] Komisijai piešķirtās pilnvaras pieņemt lēmumu, ar ko konstatē pārkāpumu, šādos apstākļos tomēr attiecas tikai uz tiem gadījumiem, kuros Komisijai ir leģitīmas intereses to darīt".

41. No judikatūras (kas balstīta uz Regulu Nr. 17) izriet, ka Komisijas pilnvaras uzlikt sankcijas nekādi neietekmē fakts, ka rīcība, kas veido pārkāpumu, un kaitīgu seku iespējamība vairs nepastāv [9].

42. Tāpat no pastāvīgās judikatūras izriet, ka "[Komisijas] pilnvaras pieņemt lēmumus, [kuros pārkāpuma izdarīšanas gadījumā uzņēmumiem tiek noteikts pienākums izbeigt konstatēto pārkāpumu un ar kuriem tiem tiek uzlikts naudas sods], nenovēršami ietver pilnvaras konstatēt attiecīgo pārkāpumu" [10].

43. Tiesiskais režīms ir daļēji atšķirīgs tad, ja netiek uzlikts naudas sods un ja pārkāpums jau ir izbeigts (šādā gadījumā nav nekāda pamata pieprasīt izbeigt pārkāpumu). Es uzskatu, ka tad, ja netiek uzlikts naudas sods vai pieprasīts izbeigt pārkāpumu, pārkāpuma konstatējums kļūst par deklaratīvu un tātad nav atzīstams par priekšnosacījumu, kas būtu nepieciešams, lai Komisija īstenotu piespiedu rakstura pilnvaras.

44. Tikai šajos apstākļos (proti, ja netiek uzlikts naudas sods un ja pārkāpums ir izbeigts) Komisijai ir jāpierāda leģitīmas intereses, kas tomēr pamato tās lēmumu, ar kuru tiek konstatēta pārkāpuma izdarīšana.

45. Proti, Vispārējā tiesa jau ir pamatoti nospriedusi, ka tikai tad, kad Komisija neuzliek naudas sodu [11], tās pilnvaras pieņemt lēmumu, ar kuru tiek konstatēts pagātnē izdarītais pārkāpums, ir pakļautas nosacījumam, ka būtu jāparāda leģitīmas intereses veikt šādu konstatējumu [12]. *A contrario* – gadījumā, kad, kā tas ir konkrētajā lietā, Komisijai ir pilnvaras uzlikt naudas sodu un tā to uzliek, – tai nav pienākuma atsaukties uz konkrētām leģitīmām interesēm pārkāpuma konstatēšanā. Ar naudas soda uzlikšanu pietiek, lai pamatotu nepieciešamību konstatēt pārkāpumu.

7 Padomes Regula Nr. 17 (1962. gada 21. februāris) – Pirmā regula par [LESD 101. un 102.] panta īstenošanu (OV 1962, 13, 204. lpp.).

8 Spriedums, 1983. gada 2. marts, *GVL*/Komisija (7/82, EU:C:1983:52).

9 Šajā nozīmē skat. spriedumu, 1970. gada 15. jūlijs, *ACF Chemiefarma*/Komisija (41/69, EU:C:1970:71, 171.–175. punkts).

10 Skat. spriedumu, 1983. gada 2. marts, *GVL*/Komisija (7/82, EU:C:1983:52, 22. un 23. punkts). Skat. arī spriedumu, 2005. gada 6. oktobris, *Sumitomo Chemical* un *Sumika Fine Chemicals*/Komisija (T-22/02 un T-23/02, EU:T:2005:349, 61. un 131. punkts).

11 Lai kāds tam būtu iemesls, tostarp, ka ir beidzies piecu gadu noilguma termiņš vai ka Komisija uzskata, ka konkrētu rīcību nav vērts sodīt ar naudas sodu.

12 Spriedumi, 2005. gada 6. oktobris, *Sumitomo Chemical* un *Sumika Fine Chemicals*/Komisija (T-22/02 un T-23/02, EU:T:2005:349, 131. un 132. punkts), un 2006. gada 16. novembris, *Peróxidos Orgánicos*/Komisija (T-120/04, EU:T:2006:350, 18. punkts).

46. No iepriekšminētā izriet, ka Komisijai tad, kad tā uzliek naudas sodu, *noteikti* ir pilnvaras konstatēt pārkāpumu, pat ja tas jau ir izbeigts. Turklāt uzņēmums bieži vien izbeigs pārmesto rīcību pēc Komisijas iejaukšanās, pirms tā pieņem lēmumu.

47. Tajā pašā laikā Vispārējai tiesai ir bijis jānospriež, ka ar Regulas Nr. 1/2003 23. panta 2. punkta a) apakšpunkta piemērošanu pietiek, lai pamatotu Komisijas veikto attiecīgā pārkāpuma konstatēšanu, pat ja tas izdarīts pagātnē, un līdz ar to jānoraida *Orange* izvirzītais prasības pamats, balstoties uz citu motīvu, nevis to, kuru ir norādījusi Vispārējā tiesa. Proti, ja runa nav par pieprasījumu izbeigt pārkāpumu, atsaukšanās uz 7. pantu kā juridisko pamatu ir lieka.

48. Kā norāda *ECTA*, juridiskais pamats Komisijas pilnvarām uzlikt naudas sodus, neatkarīgi no tā, vai pārkāpums ir vai nav izbeigts, ir skaidri noteikts Regulas Nr. 1/2003 23. panta 2. punktā. Proti, neskaitot pienākumu pierādīt, ka *Orange* ir rīkojusies tīši vai nolaidības dēļ, minētās tiesību normas formulējums ir plašs un tajā nav paredzēts neviens cits nosacījums Komisijas pilnvarām uzlikt naudas sodus.

49. Līdz ar to, neraugoties uz iepriekš identificēto Vispārējās tiesas kļūdu, pirmais apelācijas sūdzības pamats ir jānoraida kā nepamatots.

B. Par otro pamatu – kļūdām tiesību piemērošanā un lietas materiālu elementu sagrozīšanu saistībā ar pārkāpuma ietekmes novērtējumu, ko Komisija veikusi naudas soda apmēra aprēķināšanas mērķiem

1. Lietas dalībnieku argumentu kopsavilkums

50. *Orange* apgalvo, ka Vispārējā tiesa esot sagrozījusi apstrīdēto lēmumu. Sagrozīšana attiecoties vispirms uz pārkāpuma faktiskajām sekām. Proti, no apstrīdētā lēmuma preambulas 902. apsvēruma izrietot, ka Komisija ir balstījusies uz šīm faktiskajām sekām, lai aprēķinātu naudas sodu, un tā to pat esot apstiprinājusi tiesvedībā Vispārējā tiesā, atzīdama, ka minētā preambulas apsvēruma formulējumā, ciktāl tas attiecas uz pārkāpuma faktiskajām sekām, ir pieļauta "pārrakstīšanās kļūda". Tomēr pārsūdzētā sprieduma 169. punktā Vispārējā tiesa esot apgalvojusi, ka minēto preambulas apsvērumu nevar interpretēt tādējādi, ka tas "vispārēji un abstrakti [atsaucas] uz pārkāpuma veidu".

51. Vispārējās tiesas interpretācijā neesot ņemta vērā to vārdu skaidrā nozīme, kas lietoti šajā preambulas apsvērumā, kurš konkrēti attiecoties uz *Orange* konkrētās rīcības tirgū radīto ietekmi uz konkurenci. Pārsūdzētā sprieduma 182. punktā Vispārējā tiesa turklāt esot atsaukusies uz faktiskiem notikumiem, tostarp norādot uz apstrīdētā lēmuma preambulas 902. apsvērumu, taču tajā pašā laikā 169. punktā tā esot atteikusies atzīt, ka faktiskās sekas tika konstatētas apstrīdētajā lēmumā.

52. Turklāt katrā ziņā, secinot, ka Komisija bija aplūkojusi situāciju tikai "vispārēji un abstrakti", Vispārējā tiesa esot sagrozījusi apstrīdēto lēmumu saistībā ar iespējamajām pārkāpuma sekām. Proti, esot jākonstatē, ka apstrīdētā lēmuma preambulas 902. apsvērumā Komisija vismaz esot ņēmusi vērā iespējamās pārkāpuma sekas, lai aprēķinātu naudas sodu, un to tā turklāt esot atzinusi savos procesuālajos rakstos tiesvedībā Vispārējā tiesā. Vispārējā tiesa tomēr esot kļūdaini secinājusi, ka pārkāpuma veida ņemšana vērā nenozīmē tā iespējamo seku ņemšanu vērā. Rīcības iespējamās sekas – tāpat kā faktiskās sekas – esot būtisks pārkāpuma veida un tātad arī pārkāpuma smaguma, ko nevar izvērtēt abstrakti, rādītājs. Līdz ar to Vispārējai tiesai esot bijis jāpārbauda, vai šo iespējamo seku konstatējums ir pamatots vai ne. *Orange* piebilst, ka, tā kā Vispārējā tiesa tādējādi neesot pareizi novērtējusi apstrīdēto lēmumu, tās veiktā naudas soda samērīguma analīze esot bijusi kļūdaina.

53. Cita Vispārējās tiesas pieļautā kļūda esot efektīvas tiesību aizsardzības tiesā principa pārkāpums, jo tā neesot izvērtējusi, vai Komisija bija pareizi noteikusi pārkāpuma sekas. Tādēļ *Orange* lūdz Tiesu izmantot savu neierobežotu kompetenci, lai samazinātu naudas soda apmēru, ņemot vērā tādu konkrētu elementu neesamību, uz kuriem būtu balstīts faktisko seku konstatējums.

54. Katrā ziņā Vispārējā tiesa prettiesiski esot atturējusies īstenot tiesas kontroli, kas tai jāveic attiecībā uz pierādījumiem par iespējamajām pārkāpuma sekām.

55. Komisija norāda, ka šis otrais apelācijas sūdzības pamats ir nepieņemams, ciktāl *Orange* tiecas panākt, lai Tiesa no jauna izvērtētu faktus. Turklāt šis otrais pamats neatbilstot judikatūrā nostiprinātajiem kritērijiem attiecībā uz sagrozīšanu un katrā ziņā esot nepamatots, tāpat kā neiedarbīgs.

56. Vispirms Komisija norāda, ka *Orange* apstrīdot tikai pārsūdzētā sprieduma 169.–173. punktu, savukārt tā neapstrīdot nedz 162., 163., 166. un 167. punktu, saskaņā ar kuriem (2006. gada) pamatnostādnēs nav prasīts, lai Komisija ņemtu vērā konkrētu pārkāpuma ietekmi uz tirgu, lai noteiktu naudas soda apmēru, nedz arī 176.–187. punktu, kuros Vispārējā tiesa ir izvērtējusi naudas soda samērīgumu. Tā kā ar minētajiem punktiem pietiekot, lai atbalstītu Vispārējās tiesas secinājumu, *Orange* argumentācija esot neiedarbīga.

57. Saistībā ar apgalvojumu par apstrīdētā lēmuma sagrozīšanu Komisija norāda, ka pārsūdzētā sprieduma 169. punkta pēdējais teikums esot jāaplūko kopā ar iepriekšējiem un nākamajiem punktiem, kas attiecas uz pārkāpuma veidu, tā ģeogrāfisko tvērumu, *Orange* tirgus daļām, pārkāpuma īstenošanu, *Orange* mērķi novērst konkurenci un faktu, ka *Orange* apzinājās savas rīcības prettiesiskumu, kā arī kopā ar apsvērumiem, kuri izklāstīti apstrīdētā lēmuma daļā, kas veltīta naudas soda aprēķināšanai. Saskaņā ar judikatūru Komisijai esot tiesības pamatoties uz šiem elementiem tikai, lai secinātu, ka smaguma koeficients 10 % apmērā no attiecīgo pārdevumu vērtības ir atbilstošs. Turklāt preambulas 902. apsvēruma pēdējais teikums esot formulēts vispārīgi un abstrakti, ciktāl tajā ir runa par *Orange* ļaunprātīgās rīcības raksturīgo spēju kaitēt konkurencei un tātad patērētājiem. Tādēļ apgalvotā pretruna starp pārsūdzētā sprieduma 169.–171. punktu, no vienas puses, un 182. punktu, no otras puses, nepastāvot.

58. Turklāt *Orange* argumentācijā neesot ievērota atšķirība starp ļaunprātīgās rīcības iespējamajām sekām un tās konkrēto ietekmi uz tirgu. *Orange* īstenotā rīcība esot bijusi reāla un tās intensitāte, no konkurences viedokļa raugoties, esot tikusi konstatēta pārsūdzētā sprieduma 124. un nākamajos punktos, un to *Orange* neapstrīdot.

59. Cenu celšanās, kā arī inovatīvu produktu izvēles un skaita samazināšanās esot tādu negatīvu seku veida apraksts, kas esot raksturīgas ļaunprātīgai izstumšanas rīcībai, tādai, kāda tika pārmesta *Orange*, un pēdējā minētā sabiedrība neesot apstrīdējusi faktu, ka tās rīcība varēja radīt konkurentu izstumšanas iedarbību.

60. Turklāt ir loģiski, ka ļaunprātīga rīcība, kas var izstumt konkurentus un kas ir tikusi īstenota, nevar neizkropļot konkurenci un līdz ar to kaitēt patērētājiem. Tātad pārsūdzētā sprieduma 169. punktā Vispārējās tiesas izdarītajā konstatējumā attiecībā uz vienīgo apstrīdēto teikumu, kas ietverts apstrīdētā lēmuma preambulas 902. apsvērumā, neesot pieļauta nekāda sagrozīšana. Jautājumam, vai šajā pēdējā minētajā teikumā ir pārrakstīšanās kļūda, neesot nozīmes, jo Vispārējā tiesa esot pareizi secinājusi, ka apstrīdētajā lēmumā Komisija nebija balstījusi naudas soda aprēķinu uz pārkāpuma faktiskajām sekām.

61. Runājot par apgalvojumu, ka apstrīdētajā lēmumā, izvērtējot pārkāpuma veidu, ir ņemtas vērā pārkāpuma iespējamās sekas, šī *Orange* argumentācijas daļa arī neesot pamatota. Komisija tikai pakārtoti, proti, gadījumam, ja Vispārējā tiesa būtu uzskatījusi, ka sekas ir ņemtas vērā – un tas tā nav bijis –, norādīja, ka tad runa būtu nevis par faktiskajām, bet gan par iespējamajām sekām. Atsaucoties uz pārsūdzētā sprieduma 11., 112. un 166.–170. punktu, Komisija norāda, ka Vispārējā tiesa nav

sagrozījusi apstrīdēto lēmumu, minētā sprieduma 171. punktā secinot, ka Komisija, novērtējot *Orange* ļaunprātīgās rīcības smagumu naudas soda noteikšanas mērķiem, nebija ņēmusi vērā iespējamās sekas. Savukārt pārsūdzētā sprieduma 169. punktā ietvertais secinājums esot pareizs, ievērojot apstrīdētajā lēmumā izklāstītos apsvērumus.

62. Runājot par apgalvotajām kļūdām tiesību piemērošanā un efektīvas tiesību aizsardzības tiesā principa pārkāpumu attiecībā uz *Orange* iesniegto pierādījumu novērtēšanu, šī argumentācija, ciktāl tā attiecas uz faktiskajām sekām, esot jānoraida, jo pārsūdzētajā spriedumā Vispārējā tiesa esot pareizi secinājusi, ka tās nav ņemtas vērā, lai noteiktu naudas soda apmēru. Saistībā ar iespējamajām sekām *Orange* tiesvedībā Vispārējā tiesā esot apstrīdējusi tikai to mērogu. Argumenti, kas šajā ziņā izvirzīti apelācijas sūdzībā, esot nepieņemami, jo attiecoties uz faktiskajiem apstākļiem, savukārt sagrozīšana neesot apgalvota. Šie argumenti turklāt esot nepamatoti: tā kā Vispārējā tiesa pareizi esot konstatējusi, ka Komisija, lai noteiktu pārkāpuma smagumu, konkrēti nebija balstījusies uz iespējamajām sekām, tai nebija pienākuma lemt par *Orange* iesniegtajiem pierādījumiem.

63. Gadījumam, ja Tiesa konstatētu, ka pretēji Vispārējās tiesas viedoklim pārkāpuma sekas ir ņemtas vērā, lai noteiktu naudas soda apmēru, Komisija norāda, ka apstrīdētais lēmums ir pilnībā jāatstāj spēkā. Pārkāpuma konkrētā ietekme uz tirgu par pietiekami pierādītu esot uzskatāma tad, ja Komisija var sniegt konkrētas un ticamas norādes, kuras ar saprātīgu varbūtību liecina, ka pārkāpums ir radījis ietekmi uz tirgu. Konkrētajā gadījumā apstrīdētā lēmuma 10. sadaļas 4.4. iedaļā Komisija šādas norādes esot sniegusi. Turklāt argumentiem, kas izvirzīti apelācijas sūdzībā, lai norādītu uz Komisijas pieļautām kļūdām iespējamo pārkāpuma seku noteikšanā, neesot nozīmes, jo tie attiecoties uz faktisko seku esamību.

64. *PIIT* atbalsta *Orange* argumentāciju. Turklāt tā norāda, ka Komisija esot pieļāvusi būtiskas kļūdas pārkāpuma seku novērtējumā, pienācīgi neņemot vērā platjoslas produktu jomas attīstības Polijā regulatīvo un vēsturisko kontekstu, līdz ar to sagrozot tās veikto pārkāpuma smaguma analīzi. Vispārējā tiesa neesot noteikusi sankcijas par šīm kļūdām.

65. *ECTA* uzskata, ka Vispārējā tiesa neesot sagrozījusi apstrīdēto lēmumu, un izvirza Komisijas argumentācijai līdzīgu argumentāciju.

2. Vērtējums

66. Apstrīdētā lēmuma daļa, kuras sagrozīšanu apgalvo *Orange*, ir pēdējais teikums tā preambulas 902. apsvērumā, kas atrodas naudas soda pamatsummas noteikšanai veltītajā šī lēmuma iedaļā, konkrētāk – apakšiedaļā, kurā Komisija izvērtē pārkāpuma veidu tā smaguma noteikšanas mērķiem.

67. Šis preambulas apsvērums ir formulēts šādi: “VIII.1 iedaļā tāpat ir aprakstīts, ka [*Orange*] rīcība ir daļa no ļaunprātīgās rīcības, kuras mērķis ir izstumt konkurentus no mazumtirdzniecības tirgus vai vismaz kavēt to ienākšanu un/vai to ekspansiju šajā tirgū. Kā tas minēts 892. apsvērumā, [*Orange*] apzinājās savas rīcības prettiesiskumu. Tai ir nelabvēlīga ietekme uz konkurenci un patērētājiem, kas ir cietuši no augstākām cenām, mazākas izvēles un samazinātas inovatīvu platjoslas produktu pieejamības.”

68. Es nesaprotu, kāpēc Vispārējā tiesa nav piekritusi viedoklim, ka šajā pēdējā teikumā Komisija atsaucas uz pārkāpuma ietekmi tirgū, it īpaši uzskatot, ka tā savu ļaunprātīgas rīcības konstatējumu bija balstījusi uz iespējamas ietekmes uz konkurenci un patērētājiem esamību, kurai tā ir veltījusi vismaz 60 preambulas apsvērumus apstrīdētajā lēmumā.

69. Turklāt motīvs, ko Vispārējā tiesa norādījusi pārsūdzētā sprieduma 170. punktā, lai izslēgtu šādu interpretāciju, proti, apstāklis, ka šajā pēdējā teikumā nav atsauces uz šo apstrīdētā lēmuma daļu [13], manuprāt, ir vājš un nepārliecinošs.

70. Tajā pašā laikā es uzskatu, ka galvenā kļūda tiesību piemērošanā, ko Vispārējā tiesa pieļāvusi pārsūdzētajā spriedumā un kas saistīta ar efektīvas tiesību aizsardzības tiesā principa pārkāpumu, ir tas, ka tā ir atteikusies izvērtēt, vai Komisija bija pareizi konstatējusi pārkāpuma sekas, un pat pārbaudīt *Orange* šajā ziņā izvirzītos argumentus. Ciktāl *Orange* apgalvoja, ka Komisija, lai aprēķinātu naudas sodu, bija balstījusies uz pārkāpuma faktiskajām vai pat iespējamajām sekām, Vispārējai tiesai ir bijis jāizvērtē šos argumentus (nevis tikai jānolemj, ka tie ir "neefektīvi") un jāpārbauda, vai apstrīdētajā lēmumā ir ietvertas konkrētas, ticamas un pietiekamas norādes par šīm sekām, un Vispārējā tiesa to acīmredzami nav izdarījusi.

71. Tas ir tā vēl jo vairāk tāpēc, ka *Orange* tiesvedībā Vispārējā tiesā ir sniegusi pierādījumus nolūkā pierādīt, ka Komisijas pieeja bija kļūdaina. Šos pierādījumus, ko *Orange* no jauna izklāstā savā apelācijas sūdzībā, Vispārējā tiesa nav ņēmusi vērā.

72. Ņemot vērā, ka kopš tā laika Tiesas virspalāta ir pasludinājusi 2017. gada 6. septembra spriedumu *Intel Corporation*/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632), es uzskatu, ka būtu jāsniedz šī sprieduma interpretācija, ciktāl tai ir nozīme šajā lietā.

73. Īsumā, spriedums *Intel Corporation*/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632) tika taisīts saistībā ar apelācijas sūdzību par Vispārējās tiesas spriedumu, kurā tā bija nospriedusi, ka nosacījuma atlaides un citi ierobežojumi ar izstumšanas iedarbību veido dominējošā stāvokļa ļaunprātīgu izmantošanu un ir pretrunā LESD 102. pantam. Tiesa atcēla Vispārējās tiesas spriedumu, uzskatot, ka Vispārējā tiesa nav pareizi izvērtējusi konkrēto lojalitātes atlaižu spēju ierobežot konkurenci (turpmāk tekstā – "ierobežojošā spēja"). Tiesa uzskatīja, ka ierobežojošās spējas analīze ir bijusi jāveic, ņemot vērā visus apstākļus, tostarp izvērtējot visus argumentus un pierādījumus par pretējo, kurus bija iesniedzis apsūdzētais uzņēmums, lai apstrīdētu Komisijas secinājumus.

74. Pēc tam, kad minētā sprieduma 137. punktā Tiesa bija minējusi savu judikatūru (spriedums, 1979. gada 13. februāris, *Hoffmann-La Roche*/Komisija, 85/76, EU:C:1979:36, 89. punkts), tā 138. punktā norādīja, ka tomēr "*šī judikatūra ir jāprecizē* attiecībā uz gadījumu, kad attiecīgais uzņēmums administratīvā procesa laikā sniedz pierādījumus par to, ka tā rīcība nevarēja ierobežot konkurenci un it īpaši radīt pārmesto izstumšanas iedarbību" (mans izcēlums).

75. Šādā gadījumā – saskaņā ar nākamo punktu (139. punkts) "Komisijai ne tikai ir jāanalizē, pirmkārt, uzņēmuma dominējošā stāvokļa konkrētajā tirgū nozīmīgums un, otrkārt, apstrīdētās darbības tirgus seguma likme, kā arī attiecīgo atlaižu piešķiršanas nosacījumi un kārtība, to ilgums un apmērs, bet tai ir jāizvērtē arī tādas iespējamās stratēģijas esamība, kas būtu vērsta uz vismaz tikpat efektīvu konkurentu izstumšanu (pēc analoģijas skat. spriedumu, 2012. gada 27. marts, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, 29. punkts)".

76. Manuprāt, runa nemaz nav par prasību, kas būtu tikai procesuāla.

77. Atgādinu arī, ka saskaņā ar minētā sprieduma 133. punktu "ir jāatgādina, ka LESD 102. panta mērķis nav aizliegt uzņēmumam ar savu sniegumu iegūt dominējošu stāvokli tirgū. Šīs tiesību normas mērķis nav arī nodrošināt, lai konkurenti, kas ir mazāk efektīvi nekā dominējošā stāvoklī esošais uzņēmums, paliktu tirgū (skat. it īpaši spriedumu, 2012. gada 27. marts, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, 21. punkts un tajā minētā judikatūra)" [14].

13 Proti, daļu, kurā Komisija ir izklāstījusi savus apsvērumus attiecībā uz pārkāpuma iespējamajām sekām.

14 Skat. arī Coates, K., *The Intel CJ Ruling: More Than A Nudge Towards Economic Analysis*, Competition Policy International, 2017. gada oktobris, 4. lpp.

78. Katrā ziņā, ciktāl tas skar izskatāmo apelācijas sūdzību, es uzskatu, ka no iepriekš minētā izriet, ka attiecībā uz lēmumu, kurā Komisija konstatē ļaunprātīgas rīcības esamību un analizē rīcības spēju izstumt konkurentu vai jebkādā citā veidā kavēt vai ietekmēt konkurenci un patērētājus, Vispārējai tiesai obligāti ir jāizvērtē visi argumenti, ar kuriem prasītājs tiecas apšaubīt to Komisijas konstatējumu pamatotību, kas attiecas uz konkrētās prakses spēju kavēt konkurenci.

79. Citiem vārdiem sakot, principiem, ko izmantojusi Tiesa spriedumā *Intel Corporation*/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632), lai novērtētu ļaunprātīgas rīcības ierobežojošo spēju, ir nozīme ne tikai tad, ja tiek apstrīdēts konstatējums par pārkāpuma pastāvēšanu pēc būtības (lietā, kurā pasludināts minētais spriedums), bet arī tad, ja tiek izvērtēts pārkāpuma veids un smagums naudas soda apmēra noteikšanas mērķiem (kā tas ir aplūkojamajā apelācijā).

80. Pretēji tam, ko apgalvo Komisija, spriedums *Intel Corporation*/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632) tātad pēc analoģijas ir piemērojams Regulas Nr. 1/2003 23. panta 3. punktā paredzētajam naudas soda pamatsummas aprēķinam.

81. Proti, kā arī norādīts doktrīnā, lai gan lietās, kas skar aizliegtas vienošanās ("karteļus"), Komisijai nav pienākuma, aprēķinot naudas sodu, ņemt vērā pārkāpuma ietekmi vai sekas, pieejai noteikti ir jābūt citādai dominējošā stāvokļa ļaunprātīgas izmantošanas gadījumos un tā tātad nevar balstīties uz vienkāršiem *rules of thumb* [15] vai būt "vispārēja un abstrakta" (pārsūdzētā sprieduma 169. punkts).

82. Ir taisnība, ka Komisijai ir novērtējuma brīvība naudas sodu apmēra noteikšanā [16], bet šī novērtējuma brīvība nevar būt neierobežota. Minētajā noteikšanā ir jāņem vērā noteikti principi, tostarp vienlīdzīgas attieksmes un samērīguma principi, jo pārāk plaša novērtējuma brīvība varētu izraisīt tiesisko nenoteiktību. Proti, samērīguma princips veido nozīmīgu ierobežojumu Komisijas novērtējuma brīvībai noteikt naudas sodu apmēru.

83. Savos secinājumos lietā *Dansk Rørindustri* u.c./Komisija (C-189/02 P, EU:C:2004:415, 129., 130. un 132. punkts) ģenerāladvokāts A. Ticano [*A. Tizzano*] jau ir norādījis uz nepieciešamību novērst noteiktus riskus. Es citēšu divus izvilkumus no minētajiem secinājumiem: "[..] nevar tomēr nenorādīt, ka līdz šim [šajā lietā] veiktā analīze norāda, ka Komisijas piemērotā aprēķinu metode zināmā mērā var apdraudēt sistēmas taisnīgumu" (129. punkts) un "nedomāju, ka "soda" individualizācijas un gradācijas prasībām – diviem būtiskiem ikvienas gan krimināltiesiskas, gan administratīvi tiesiskas sodu sistēmas principiem – pilnībā atbilst tas, ka šajā lietā daļa aprēķinu darbību ir *lielā mērā formālas un abstraktas un tādējādi praktiski neietekmē naudas soda galīgo apmēru [šeit atsaukšos uz "vispārēju un abstraktu" pieeju, kas pārņemta pārsūdzētā sprieduma 169. punktā*]. Nevar neņemt vērā arī, ka to pašu iemeslu dēļ varētu netikt pilnībā sasniegts Pamatnostādņu mērķis panākt labāku pārredzamību" (130. punkts, mans izcēlums). Ģenerāladvokāts norāda arī uz savām šaubām par to, vai naudas sodi tātad atbilst sodiem izvirzāmajām taisnīguma un saprātīguma prasībām (133. punkts).

84. Turklāt Komisijas novērtējuma brīvība attiecībā uz naudas sodiem ir jāpiemēro robežās (un atbilstoši prasībām), kas noteiktas Regulā Nr. 1/2003 un it īpaši tās 23. panta 3. punktā: "nosakot soda naudas apmēru, *ņem vērā pārkāpuma smagumu* un ilgumu" (mans izcēlums), *neatkarīgi no tā, vai runa ir par soda palielināšanu vai samazināšanu* (pretēji 2006. gada pamatnostādnēm, kurās ir paredzēts ņemt vērā pārkāpuma sekas tikai naudas soda palielināšanas mērķiem) [17].

15 Skat. Lianos, I., un Geradin, D., *Handbook on European Competition Law – Enforcement and Procedure*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, 359. lpp. Skat. arī Al–Ameen, A., *Antitrust Fines-Seeking Justice, Competition Law Review*, 2010, Nr. 7, 83. un 88. lpp.

16 Skat. tostarp spriedumu, 2002. gada 20. marts, *LR AF 1998*/Komisija (T-23/99, EU:T:2002:75, 231. punkts).

17 Skat. pamatnostādņu 31. punktu ("Komisija tāpat ņem vērā to, ka naudas sods jāpalielina, lai tas pārsniegtu pārkāpuma rezultātā nelikumīgi gūto peļņu, ja to ir iespējams novērtēt"). Pieeja, kurai es dodu priekšroku, ir analoga pieejai, kas izmantota spriedumos, 1978. gada 20. jūnijs, *Tepea* /Komisija (28/77, EU:C:1978:133, 66. un 67. punkts); 1999. gada 11. marts, *Thyssen Stahl*/Komisija (T-141/94, EU:T:1999:48, 646. punkts); 2009. gada 9. jūlijs, *Peugeot* un *Peugeot Nederland*/Komisija (T-450/05, EU:T:2009:262, 301.–305., 328. un 329. punkts), un 2010. gada 1. jūlijs, *AstraZeneca*/Komisija (T-321/05, EU:T:2010:266, 905. punkts), un, runājot par atbildību mīkstinošu apstākļu novērtējumu, spriedumos, 1995. gada 6. aprīlis, *Martinelli*/Komisija (T-150/89, EU:T:1995:70, 60. punkts), un 1999. gada 11. marts, *Cockerill-Sambre*/Komisija (T-138/94, EU:T:1999:47, 572. punkts).

85. Šie aspekti taču var tikt izvērtēti vienīgi katrā konkrētajā gadījumā, ņemot vērā visus attiecīgas lietas apstākļus, nevis balstoties uz "vispārēju un abstraktu" pieeju (pārsūdzētā sprieduma 169. punkts) [18].

86. Iepriekš minēto apstiprina spriedums *Intel Corporation*/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632), ciktāl, pirmkārt, dominējošā stāvokļa ļaunprātīga izmantošana atbilstoši LESD 102. pantam nevar tikt konstatēta *in abstracto*, otrkārt, ir jāveic visu lietas apstākļu kopuma padziļināta pārbaude (minētā sprieduma 142. punkts) un, treškārt, atbilstoši tam, ko norādījis ģenerāladvokāts N. Vāls [*N. Wahl*] savos secinājumos [19], "varbūtības pakāpe[i], kas nepieciešama, lai pārliecinātos, vai pārmestā rīcība ir atzīstama par dominējoša stāvokļa ļaunprātīgu izmantošanu, [ir jāattiecas uz "*varbūtību*" un tā nevar tikt atzīta par tādu, kas] nebūtu nekas vairāk kā tikai izstumšanas ietekmes *teorētiska [vienkārša] iespēja*, kā, šķiet, to ir ierosinājusi Komisija".

87. Tiesas argumentācija spriedumā *Intel Corporation*/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632), kas attiecās uz pašu pārkāpumu, pēc analoģijas ir jāpiemēro pārkāpuma veida un tātad smaguma novērtējumam, kas veikts naudas soda apmēra noteikšanas mērķiem.

88. Aplūkojamajā lietā *Orange* izvirzīja konkrētus argumentus, paskaidrojot, kāpēc attiecīgās rīcības veids un smagums neattaisno naudas soda apmēru.

89. Pārkāpuma *veids* un tātad *smagums* ir lielā mērā atkarīgi no *Orange* tieksmes likvidēt konkurenci Polijas platjoslas produktu mazumtirdzniecības tirgū un tātad nelabvēlīgi ietekmēt konkurenci un patērētājus.

90. *Orange* norāda, ka apstrīdētajā lēmumā Komisija ir veikusi ierobežotu analīzi attiecībā uz tās kaitējuma teoriju, sniedzot savu vērtējumu par pārkāpuma faktiskajām vai iespējamajām sekām. Administratīvajā procesā *Orange* sniedza pierādījumus un argumentus nolūkā identificēt galvenās kļūdas, ko Komisija esot pieļāvusi kaitējošo seku novērtējumā.

91. No tā izriet, kā to apstiprina spriedums *Intel Corporation*/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632), ka Vispārējā tiesa vairs nebija tiesīga ignorēt prasītājas argumentus un ka konkrētajā gadījumā tai bija jāpārbauda visi pierādījumi un argumenti, ko *Orange* izvirzījusi, lai apšaubītu to Komisijas konstatējumu pamatotību, kuri attiecas uz konkrētās prakses spēju nelabvēlīgi ietekmēt konkurenci Polijā.

92. Tomēr pārsūdzētajā spriedumā Vispārējā tiesa ir atteikusies pārbaudīt *Orange* izvirzītos pamatus par to, ka Komisija nebija pareizi novērtējusi prasītājas izdarītā pārkāpuma faktiskās vai iespējamās sekas vai šajā novērtējumā nebija sniegusi konkrētas, ticamas un pietiekamas norādes, kas tostarp pamatotu 10 % sliekšņa izmantošanu naudas soda pamatsummas aprēķinā.

93. Vispārējā tiesa pilnībā noraidīja *Orange* argumentus, secinot, ka Komisija nebija ņēmusi vērā *nedz* pārkāpuma faktiskās, *nedz* iespējamās sekas un ka tā, uzskatīdama, ka attiecīgā rīcība ir spējīga nelabvēlīgi ietekmēt konkurenci un patērētājus, bija vienkārši analizējusi pārkāpuma veidu "vispārēji un abstrakti" (skat. pārsūdzētā sprieduma 169. punktu), tādējādi apstiprinot, ka, tās ieskatā, šāda nejauša, nekonkrēta un hipotētiska pieeja ir pietiekama.

18 Pieeja, kuru es atbalstu, ir jau tikusi piemērota dažu dalībvalstu judikatūrā un praksē: skat. nozīmīgu Apvienotās Karalistes tiesas, kas specializējas konkurences jomā (*Competition Appeal Tribunal*, Konkurences lietu tiesa, Apvienotā Karaliste), spriedumu lietā *Construction Bid Rigging, Case No. 1114–1119–1127–1129–1132–1133/1/1/09 (2011) CAT 3*, 102. punkts; skat. arī Apvienotās Karalistes konkurences iestādes sagatavoto jauno naudas sodu aprēķina pamatnostādņu projektu, kurā [pārkāpuma] sekas tiek ņemtas vērā naudas soda apmēra noteikšanā (https://www.gov.uk/government/consultations/ca98-penalties-guidance). Pēc analoģijas var iedvesmoties no principiem, kas tiek piemēroti krimināltiesībās, kurās ietekmei, pat tās neesamībai, var būtu būtiska nozīme (piemēram, skat. "Guideline – Overarching Principles: Seriousness", no: Sentencing Guidelines Council britannique, 2004, 3.–4. lpp.). Skat. arī *Lianos* un *Geradin*, minēts iepriekš., 359. un 360. lpp.

19 Ģenerāladvokāta N. Vāla secinājumi lietā *Intel Corporation*/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2016:788, 118. punkts).

94. Vispārējā tiesa līdz ar to ir secinājusi, ka nav nepieciešams pārbaudīt prasītājas argumentus attiecībā uz kļūdām, ko Komisija pieļāvusi faktisko vai iespējamo seku novērtējumā, jo tie esot "neefektīvi" (skat. pārsūdzētā sprieduma 173. punktu).

95. Es uzskatu (tāpat kā *Orange*), ka ir pārsteidzoši, ka atbildes raksta uz repliku 25. un 26. punktā Komisija atbalsta pārsūdzētā sprieduma 169. punktā ietvertos Vispārējās tiesas secinājumus, apgalvojot, ka "[..] tātad ir taisnība, ka *Orange* rīcība bija spējīga nelabvēlīgi ietekmēt konkurenci un patērētājus. [..] Tādā gadījumā kā šajā lietā aplūkotais *vismaz iespējamās pretkonkurences sekas ir raksturīgas*. [..] ļaunprātīga rīcība, kas var izstumt konkurentus un kas ir tikusi īstenota, *nevar neizkropļot konkurenci* un līdz ar to kaitēt patērētājiem" (mans izcēlums).

96. Tas liecina par formālistisku pieeju, ko izmantojusi Komisija, lai atbrīvotu sevi no pierādīšanas pienākuma, pamatojoties tikai uz slēdzieniem un pieņēmumiem, nevis atsaucoties uz pierādījumiem par sekām, un pienācīgā pamatotā veidā neatspēkojot apsūdzētās puses paskaidrojumus par pretējo.

97. Pievienojoties Komisijas pieejai, Vispārējā tiesa nav pārbaudījusi, pirmkārt, vai fakti, uz kuriem norādījusi Komisija, lai secinātu, ka pārkāpums var nelabvēlīgi ietekmēt konkurenci, ir tikuši izklāstīti pareizi, un, otrkārt, vai Komisija nav pieļāvusi kļūdu vērtējumā, izvērtējot kaitējošo seku mērogu un varbūtību, un vai no šiem faktiem izsecinātās juridiskās sekas ir pareizas.

98. Šī abstraktā pieeja ir pretrunā pierādīšanas prasībām, ko ģenerāladvokāts N. Vāls ir jau atgādinājis savos secinājumos lietā *Intel Corporation*/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2016:788, 114.–121. punkts) un ko es noteikti atbalstu: "šāda [pretkonkurences] spēja nevar būt tikai hipotētiska vai teorētiski iespējama", "[pretkonkurences] spējas vērtējuma mērķis ir noskaidrot, vai, *visticamāk*, pārmestajai rīcībai bija pret konkurenci vērsta izstumšanas iedarbība", un "spējas [ierobežot konkurenci] novērtēšana attiecībā uz pēc prezumpcijas prettiesisku rīcību ir jāsaprot kā mēģinājums pārliecināties, ka *attiecīgajai rīcībai, ņemot vērā visus apstākļus, ne tikai ir divējāda ietekme tirgū* [..], *bet ka prezumētā ierobežojošā ietekme faktiski ir apstiprināta*" (mans izcēlums).

99. Līdzīgi es piekrītu ģenerāladvokāta J. Mazaka [*J. Mazák*] secinājumiem lietā *Deutsche Telekom* /Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:212, 64. punkts) un lietā *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2010:483, 39. un 40. punkts) [20], kuros ir minētas analogas prasības.

100. Es uzskatu (tāpat kā *Orange*), ka Vispārējās tiesas pieeja pārsūdzētajā spriedumā ir arī nesaderīga ar apgalvojumu, kuru Tiesa izteikusi sprieduma *Intel Corporation*/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632) 138.–146. punktā un saskaņā ar kuru Komisijai un attiecīgi Vispārējai tiesai "ir jāizvērtē *visi* prasītāja argumenti, ar kuriem apšaubīta to konstatējumu pamatotība, ko izdarījusi Komisija attiecībā uz konkrētas [ļaunprātīgas izmantošanas] izstumšanas spēju" (mans izcēlums) [21].

101. Tādējādi pieeja, ko izmantojusi Vispārējā tiesa pārsūdzētajā spriedumā, ir analoga pieejai, kuru kritizējusi Tiesa spriedumā *Intel Corporation*/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632) (kā arī ģenerāladvokāts N. Vāls minētajā lietā) – tāpat kā tas jau bija pirmajā instancē lietā, kurā pasludināts 2014. gada 10. jūlija spriedums *Telefónica* un *Telefónica de España*/Komisija (C-295/12 P, EU:C:2014:2062) un attiecībā uz kuru es esmu izteicis kritiku savos secinājumos minētajā lietā (C-295/12 P, EU:C:2013:619).

20 Skat. arī lietu *Meo – Serviços de Comunicações e Multimédia* (C-525/16), kas pašlaik ir izskatīšanas procesā, un ģenerāladvokāta N. Vāla secinājumus minētajā lietā (EU:C:2017:1020), kas jau ir pieejami.

21 Kā norādīts doktrīnā (Venit, J. S., "The judgment of the European Court of Justice in Intel v Commission: a procedural answer to a substantive question?", *European Competition Journal*, 11. lpp.), "The Court's ruling, which decisively rejects the position advocated by the Commission and supported by the General Court, establishes that, whether or not the rebate is conditioned on exclusivity, facts do matter in competition cases and that it would be a grave error not to consider all the relevant facts, at least in cases where there is a plausible claim, based on these facts, that the dominant firm's conduct may not have been capable of foreclosing its rivals. [..] *the Court came down squarely against the Commission and the General Court by rejecting the "facts are irrelevant approach" at least where the defendant, with supporting evidence, submits that its conduct was not capable of producing the alleged foreclosure effects*" un "the General Court is required to examine all of the defendant's arguments concerning the application of the test" (mans izcēlums).

102. Šī Vispārējās tiesas pieeja ir arī pretrunā 2006. gada pamatnostādņu par naudas sodiem 20. punktam, saskaņā ar kuru "smaguma pakāpi novērtē katram konkrētajam gadījumam un visiem pārkāpumu veidiem, ņemot vērā visus būtiskos lietas apstākļus" [22].

103. Vispārējās tiesas atteikums veikt *Orange* izvirzīto argumentu un pierādījumu pilnīgu un detalizētu pārbaudi ir pielīdzināms arī apstrīdētā lēmuma tiesiskuma atbilstošas un pilnīgas kontroles, kas veicama saskaņā ar LESD 263. pantu, neesamībai [23].

104. Turklāt Vispārējā tiesa ir kļūdaini piemērojusi kritēriju, kas attiecas uz naudas soda samērīgumu ar pārkāpuma veidu un tātad tā smagumu, tādējādi liedzot *Orange* efektīvu tiesību aizsardzību tiesā.

105. Proti, naudas sods nevar tikt uzskatīts par samērīgu, ja Vispārējā tiesa nav pareizi izvērtējusi apstrīdētajā lēmumā aprakstītos elementus, kas nosaka tā apmēru (it īpaši tad, ja runa ir par pārkāpuma veidu un tātad smagumu) [24], jo tā nevar veikt tikai kontroli par atbilstību pamatnostādnēm un tai pašai ir jākontrolē attiecīgas sankcijas piemērotība [25].

106. Spriedumā *Intel Corporation*/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632) Tiesa ir ļoti skaidri atgādinājusi, ka pat rīcība, attiecībā uz kuru var konstatēt, ka tā rada šaubas saistībā ar konkurenci, *nevar tikt inkriminēta pati par sevi*.

107. Tajā pašā laikā ir iespējams, ka konkrētajā gadījumā Komisijai lietas iznākums varētu beigu beigās izrādīties labvēlīgs, bet tikai pēc tam, kad Vispārējā tiesa izskatīs argumentus, ko *Orange* izvirzījusi pirmajā instancē saistībā ar trešā prasības pamata otro daļu.

108. Tātad otrais apelācijas sūdzības pamats, manuprāt, ir pamatots. Līdz ar to pārsūdzētais spriedums ir jāatceļ un lieta ir jānodod atpakaļ Vispārējai tiesai, lai tā pārbaudītu *Orange* argumentus.

C. Par trešo apelācijas sūdzības pamatu – kļūdām tiesību piemērošanā un lietas materiālu sagrozīšanu, jo Orange veiktie ieguldījumi neesot ņemti vērā kā atbildību mīkstinošs apstāklis

1. Lietas dalībnieku argumentu kopsavilkums

109. *Orange* apgalvo, ka, noraidot tās argumentāciju, saskaņā ar kuru Komisijai kā atbildību mīkstinošu apstākli ir bijis jākvalificē ieguldījumus, ko *Orange* veikusi, lai uzlabotu fiksētu platjoslas tīklu Polijā, Vispārējā tiesa esot sagrozījusi lietas materiālus un pieļāvusi vairākas kļūdas tiesību piemērošanā un/vai acīmredzamas kļūdas vērtējumā, katrai no kurām esot jābūt par pamatu naudas soda samazināšanai.

22 Minēto pamatnostādņu 19. punktā ir precizēts, ka "naudas soda pamatsumma atbilst pārdošanas apjoma daļai, ko nosaka atkarībā no pārkāpuma smaguma pakāpes, reizinot to ar gadu skaitu, kuru gaitā izdarīts pārkāpums", un 22. punktā ir norādīts, ka, "lai izlemtu, vai konkrētajā gadījumā pārdošanas apjoma daļai jāatrodas minētā diapazona sākumā vai beigās, Komisija ņem vērā vairākus faktorus, piemēram, pārkāpuma veidu, visu attiecīgo dalībnieku kopējo tirgus daļu, pārkāpuma izdarīšanas ģeogrāfisko teritoriju un to, vai pārkāpums jau ir īstenots vai vēl ne".

23 Spriedums, 2011. gada 8. decembris, *KME Germany* u.c./Komisija (C-272/09 P, EU:C:2011:810, 129.–133. punkts).

24 Skat. manus secinājumus lietā *Telefónica* un *Telefónica de España*/Komisija (C-295/12 P, EU:C:2013:619, 107. un nākamie punkti). Kā norādīts doktrīnā (Forrester, I. S., "A challenge for Europe's judges: the review of fines in competition cases", *European Law Review*, 36. sējums, Nr. 2, 2011, 185. un 197. lpp.), "review [of fines should ask] whether the punishment imposed on an undertaking corresponded to the individual gravity of misconduct".

25 Šajā nozīmē skat. spriedumu, 2011. gada 8. decembris, *Chalkor*/Komisija (C-386/10 P, EU:C:2011:815, 78. punkts). Turklāt naudas sodu noteikšanas sistēma, kurā ir ņemtas vērā pārkāpuma sekas vai ietekme, būtu saskanīgāka ar samērīguma principu, kurš prasa, ka "penalties should come as a direct response to an infringer's wrongdoing" (skat. Fish, M., "An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, 28. un 57. lpp.).

110. Pirmkārt, pārsūdzētā sprieduma 208. punkta beigās Vispārējā tiesa pamatoti esot noraidījusi argumentu, ko Komisija bija izvirzījusi apstrīdētā lēmuma 915. apsvērumā, nospriežot, ka saistībā ar atbildību mīkstinoša apstākļa kvalifikāciju nav nozīmes faktam, ka šie ieguldījumi nemaina pārkāpuma veidu. Tomēr pārsūdzētā sprieduma 192.–209. punktā tā esot novirzījusies no pamatojuma, kas ietverts apstrīdētajā lēmumā nolūkā nekvalificēt šos ieguldījumus par atbildību mīkstinošu apstākli, un to esot aizstājusi ar savu argumentāciju. Līdz ar to tās esot pārkāpusi noteikumu, saskaņā ar kuru tā, veicot LESD 263. pantā paredzēto tiesiskuma kontroli, nevar apstrīdētā tiesību akta autora pamatojumu aizstāt ar savējo.

111. Otrkārt, Vispārējā tiesa esot pieļāvusi kļūdu tiesību piemērošanā un/vai acīmredzamu kļūdu vērtējumā, nolemjot, ka attiecīgie ieguldījumi nevarēja tikt kvalificēti par kompensējošu pasākumu. No vienas puses, pretēji tam, kas nospriests pārsūdzētā sprieduma 199.–201. punktā, no 2009. gada 30. aprīļa sprieduma *Nintendo* un *Nintendo of Europe*/Komisija (T-13/03, EU:T:2009:131) un valstu konkurences iestāžu lēmumiem varot secināt, ka kompensēšanas jēdziens var attiekties drīzāk uz labvēlīgām sekām natūrā, nevis finansiālām sekām, pat ja tās ir netiešas. Direktīvas 2014/104 18. panta 3. punkts to apstiprinot. No otras puses, konkrētajā gadījumā nebūtu iespējams precīzi un efektīvi aprēķināt un piešķirt tiešas kompensācijas. Tādējādi, ja *Orange* nebūtu vienpusēji veikusi attiecīgos ieguldījumus, attiecībā uz kuriem *UKE* un AO esot atzinuši to nozīmīgumu un labvēlīgas sekas, tikai nedaudz personu būtu varējušas saņemt kompensāciju. Turklāt pārsūdzētā sprieduma 204.–206. punktā Vispārējā tiesa esot kļūdaini secinājusi, ka šīs labvēlīgās sekas izriet no nolīguma ar *UKE*, nevis no minētajiem ieguldījumiem.

112. Treškārt, Vispārējā tiesa esot pieļāvusi kļūdu tiesību piemērošanā un sagrozījusi lietas materiālus, pārsūdzētā sprieduma 202. punktā secinot, ka ieguldījumi bija motivēti ar *Orange* vēlmi izvairīties no funkcionālā nošķīruma, ko bija iecerējusi *UKE*. Nekāds arguments par iemesliem, kuru dēļ *Orange* ir noslēgusi nolīgumu ar *UKE*, neesot atrodams procesuālajos rakstos vai apstrīdētajā lēmumā, un Vispārējai tiesai neesot bijis pamata aizstāt Komisijas argumentāciju ar savējo, jo pretējā gadījumā tiekot pieļauta prettiesiska pamatojuma aizstāšana un tiekot pārkāpts taisnīgums un tiesības uz aizstāvību. Turklāt šie ieguldījumi īstenībā esot bijuši labprātīgi, kā Komisija pati to esot atzinusi apstrīdētā lēmuma 140. punktā.

113. Ceturtkārt, Vispārējā tiesa pārsūdzētā sprieduma 203. punktā esot kļūdaini uzskatījusi, ka attiecīgie ieguldījumi bija tikai "normāla uzņēmējdarbības parādība". Šis apgalvojums esot pretrunā minētā sprieduma 202. punktā izdarītajam konstatējumam, jo vieni un tie paši ieguldījumi vienlaicīgi nevarot būt gan regulatīvās iejaukšanas draudu rezultāts, gan normāla uzņēmējdarbības parādība. Katrā ziņā šie ieguldījumi esot veikti nevis perspektīvā saņemt atdevi, jo daži no tiem nebija ekonomiski dzīvotspējīgi, bet gan tālab, lai atlīdzinātu kaitējumu tiem, kas cietuši no pārkāpjošās rīcības.

114. Turklāt atbildību mīkstinoši apstākļi neveidojot slēgtu kategoriju, un tiesu precedenta nepastāvēšana neesot atzīstama par šķērsli atbildību mīkstinoša apstākļa esamības atzīšanai.

115. Komisija norāda, ka šis apelācijas sūdzības pamats esot jānoraida kā neiedarbīgs un/vai nepieņemams.

116. Turklāt šis pamats neesot pamatots, jo *Orange* neesot pierādījusi, ka atbilstoši piemērojamajam tiesiskajam regulējumam Vispārējai tiesai būtu pienākums attiecīgos ieguldījumus uzskatīt par kompensējošu pasākumu.

117. Pirmkārt, Komisijai esot novērtējuma brīvība, nosakot, cik lielam ir jābūt iespējamajam naudas soda samazinājumam saistībā ar atbildību mīkstinošiem apstākļiem.

118. Otrkārt, Vispārējā tiesa neesot balstījusies uz "jauniem motīviem, kas pamatotu Komisijas atteikumu" samazināt naudas sodu.

119. Treškārt, Vispārējās tiesas apgalvojums, ka ieguldījumi bija motivēti ar velmi izvairīties no regulatīvām sankcijām, esot tās veiktās pārbaudes rezultāts attiecībā uz pierādījumiem, kas attiecas uz apstrīdētajā lēmumā Komisijas minētajiem funkcionālā nošķīruma draudiem. Tā neesot nedz secinājusi, ka funkcionālā nošķīruma risks būtu vienīgais motīvs, lai parakstītu nolīgumu ar *UKE*, nedz noraidījusi tēzi par šo ieguldījumu labprātīgo raksturu.

120. Ceturtkārt, Vispārējā tiesa neesot pieļāvusi kļūdu, secinot, ka ieguldījumi un to iespējamās labvēlīgās sekas veidoja daļu no nolīguma ar *UKE*.

121. *PIIT*, līdzīgi kā *Orange*, apgalvo, ka attiecīgie ieguldījumi pēc sava rakstura esot kompensējoši, kā tas izrietot no faktiem, kas izklāstīti apsvērumos, kurus *PIIT* sniegusi tiesvedībā Vispārējā tiesā. Līdz ar to Vispārējā tiesa esot pieļāvusi kļūdu tiesību piemērošanā, tos neņemot vērā kā atbildību mīkstinošu apstākli. Turklāt tā esot pieļāvusi kļūdu, izvērtējot *PIIT* iesniegtos pierādījumus, un sagrozījusi to saturu, it īpaši pārsūdzētā sprieduma 204. punktā apgalvojot, ka tēzes, ko *PIIT* izvirzījusi savā procesuālajā rakstā, ir pretrunā dokumentiem, kas pievienoti pielikumā šim rakstam. Tāpat pārsūdzētā sprieduma 206. punktā tā esot kļūdaini uzskatījusi, ka AO un galalietotājiem labvēlīgas sekas būtu jāpiedēvē tikai nolīgumam ar *UKE*, nevis minētajiem ieguldījumiem.

122. *ECTA* būtībā izvirza argumentāciju, kas ir analoga Komisijas izklāstītajai.

2. Vērtējums

123. Manuprāt, šis apelācijas sūdzības pamats ir nepieņemams, jo *Orange* īstenībā apstrīd Vispārējās tiesas veikto faktu vērtējumu un aicina Tiesu pārskatīt faktus, kurus ir konstatējusi Vispārējā tiesa.

124. *Orange* faktiski apstrīd Vispārējās tiesas secinājumu par motivāciju, kas likusi *Orange* veikt attiecīgos ieguldījumus, par to raksturu un to iespējamajām sekām. Visi šie elementi ir faktiskie apstākļi. Saskaņā ar Tiesas judikatūru "secinājums par faktiem ir attiecināms uz suverēnām Vispārējās tiesas pilnvarām veikt novērtējumu, kuru Tiesa tās veiktās kontroles ietvaros nevar aizstāt ar savējo" (rīkojums, 2012. gada 15. jūnijs, *Otis Luxembourg* u.c./Komisija, C-494/11 P, nav publicēts, EU:C:2012:356, 48. punkts).

125. Turklāt šis apelācijas sūdzības pamats, manuprāt, ir nepamatots.

126. Lai gan LESD 263. pantā paredzētās tiesiskuma kontroles ietvaros Vispārējā tiesa ir tiesīga izskatīt un izmantot pierādījumus, ko tai iesnieguši lietas dalībnieki [26], tomēr saskaņā ar pastāvīgo judikatūru šajā kontrolē Savienības tiesas katrā ziņā nevar apstrīdētā tiesību akta autora pamatojumu aizstāt ar savējo [27].

127. Turpretim tad, kad Savienības tiesa īsteno savu neierobežoto kompetenci, papildus vienkāršai sankcijas tiesiskuma kontrolei tā saistībā ar šī sankcijas apmēra noteikšanu ir tiesīga aizstāt ar savu vērtējumu tiesību akta, kurā šis apmērs sākotnēji tika noteikts, autora vērtējumu, lai gan šīs neierobežotās kompetences tvērums ir stingri attecināms tikai uz naudas soda apmēra noteikšanu [28].

128. Ņemot vērā šos principus, es piekrītu Vispārējās tiesas secinājumiem.

26 Šajā nozīmē skat. it īpaši spriedumu, 2016. gada 21. janvāris, *Galp Energía España* u.c./Komisija (C-603/13 P, EU:C:2016:38, 72. punkts un tajā minētā judikatūra).

27 Spriedumi, 2013. gada 24. janvāris, *Frucona Košice*/Komisija (C-73/11 P, EU:C:2013:32, 89. punkts un tajā minētā judikatūra), kā arī 2016. gada 21. janvāris, *Galp Energía España* u.c./Komisija (C-603/13 P, EU:C:2016:38, 73. punkts).

28 Skat. spriedumu, 2016. gada 21. janvāris, *Galp Energía España* u.c./Komisija (C-603/13 P, EU:C:2016:38, 75. un 76. punkts un tajos minētā judikatūra); skat. arī spriedumu, 2011. gada 8. decembris, *KME Germany* u.c./Komisija (C-389/10 P, EU:C:2011:816, 129.–133. punkts). Tāpat skat. manus secinājumus lietā *Telefónica* un *Telefónica de España*/Komisija (C-295/12 P, EU:C:2013:619), kuros es detalizēti analizēju šīs problēmas.

129. Proti, Vispārējā tiesa šeit ir balstījusies uz savu apstrīdētā lēmuma novērtējumu, kā arī uz apsvērumiem, ko lietas dalībnieki iesnieguši procesa laikā [29]. Šie konstatējumi tika izdarīti, atbildot uz *Orange* argumentiem, kuros ir veiktas atsauces tieši uz šīm lietām. Tātad *Orange* nevar apgalvot, ka Vispārējā tiesa šajā ziņā esot aizstājusi Komisijas pamatojumu ar savējo.

130. Tālāk, Vispārējās tiesas secinājums, ka ieguldījumi bija motivēti ar vēlmi izvairīties no tādām sankcijām kā funkcionālais nošķirums, ir skaidri balstīts uz vairākiem elementiem, kas iekļauti apstrīdētajā lēmumā [30]. *Orange* zināja par šiem pierādījumiem un nekad tos nav apstrīdējusi.

131. Turklāt, runājot arī par Vispārējās tiesas konstatējumu, ka attiecīgie ieguldījumi ir "uzņēmējdarbības parādība" un "[tika veikti] perspektīvā saņemt atdevi", nevar apgalvot, ka Vispārējā tiesa ir aizstājusi Komisijas pamatojumu ar savējo. Veicot kontroli, lai noskaidrotu, vai Komisija ir pieļāvusi kādu kļūdu, Vispārējā tiesa – tieši pretēji – atbildēja uz *Orange* argumentiem, tāpat ņemot vērā lietas dalībnieku iesniegtos pierādījumus. Proti, gan Komisijas replikas rakstā (133. punkts), gan atbildes rakstā uz repliku (64. punkts) ir atrodami elementi, kas ļāva Vispārējai tiesai noraidīt apelācijas sūdzības iesniedzējas argumentus un secināt, ka *Orange* veiktie ieguldījumi īstenībā ir veikti tās pašas interesēs. Turklāt apstrīdētajā lēmumā ir ietverti daži elementi, kas liecina par pastāvīgo ieguldījumu centienu nozīmīgumu telekomunikāciju nozarē (apstrīdētā lēmuma preambulas 807. apsvērums), kā arī vispārīgiem *Orange* stimuliem (apjomradīti ietaupījumi) veikt ieguldījumus (šī paša lēmuma preambulas 661. apsvērums).

132. Visbeidzot, es uzskatu (tāpat kā Komisija), ka Vispārējā tiesa nav balstījusies uz "jauniem motīviem, kas pamatotu Komisijas atteikumu" samazināt naudas sodu. Visi apstākļi, kurus izvērtējusi Vispārējā tiesa, kā arī visi norādītie iemesli nekvalificēt konkrētos ieguldījumus par atbildību mīkstinošu apstākli izriet no tai iesniegtajiem procesuālajiem rakstiem un apstrīdētā lēmuma. Turklāt, nolemjot negrozīt naudas soda apmēru, Vispārējā tiesa vienkārši ir īstenojusi savu neierobežoto kompetenci.

133. Turklāt – pretēji *Orange* apgalvojumiem – Vispārējā tiesa pārsūdzētā sprieduma 204.–206. punktā nav secinājusi, ka attiecīgajiem ieguldījumiem nebija piedēvējamas nekādas labvēlīgas sekas. Proti, pamatojoties uz tās pašas veiktu analīzi attiecībā uz Komisijas izmantotajiem dokumentiem, Vispārējā tiesa konstatēja, ka gan AO, gan *UKE* bija atzinuši ieguldījumu labvēlīgās sekas. Tāpat pārsūdzētā sprieduma 203. punktā Vispārējā tiesa atzina, ka, iespējams, pastāv noteikti netieši labumi galalietotājiem un AO. Tomēr tā uzskatīja, ka šīs labvēlīgās sekas nevarēja padarīt vērtējumu, ko Komisija sniegusi attiecībā uz atteikumu atzīt par labu *Orange* atbildību mīkstinošu apstākli, par kļūdainu vai katrā ziņā pamatot šajā sakarā naudas soda apmēra samazināšanu – un tas būtiski atšķiras no labvēlīgo seku neatzīšanas.

134. *Orange* ieskatā (apelācijas sūdzības 64. punkts), kļūda tiesību piemērošanā un acīmredzama kļūda vērtējumā, izvērtējot atbildību mīkstinošus apstākļus, ir saistītas ar secinājumu, ka, pirmkārt, tikai tieša finanšu kompensācija varēja veidot kompensējošo pasākumu un ka, otrkārt, attiecīgie ieguldījumi nebija paredzēti, lai atlīdzinātu zaudējumus trešajām personām.

29 Skat. pārsūdzētā sprieduma 193., 194., 196. un 197. punktu un Vispārējās tiesas secinājumu, kas izdarīts 200. un 201. punktā.

30 Skat. pārsūdzēto spriedumu (215. punkts); turklāt funkcionālā nošķiruma risks ir minēts arī minētā sprieduma 17. punktā, un detalizētā analīze ir izklāstīta šī paša sprieduma 197. punktā.

135. Es nevaru piekrist šai tēzei. Pirmkārt, saskaņā ar Savienības pastāvīgo judikatūru pamatnostādnēs saistošā veidā nav norādīti atbildību mīkstinoši apstākļi, kurus Komisijai būtu pienākums ņemt vērā. Līdz ar to Komisija saglabā zināmu novērtējuma brīvību, lai vispārēji izvērtētu iespējama naudas soda samazinājuma lielumu saistībā ar atbildību mīkstinošiem apstākļiem [31]. Tātad 2006. gada pamatnostādnēs ir iekļauts neizsmeļošs to faktoru uzskaitījums, ko Komisija var nolemt ņemt vērā kā atbildību mīkstinošus apstākļus.

136. Turklāt var norādīt, ka Komisija arvien retāk – tikai izņēmuma kārtā – ņem vērā atbildību mīkstinošus apstākļus naudas soda pamatsummas samazināšanas mērķiem, it īpaši kopš 2006. gada pamatnostādņu pieņemšanas [32].

137. Otrkārt, Savienības tiesas un Komisija nekad nav atzinušas, kā tādi ieguldījumi kā šajā lietā aplūkotie varētu tikt uzskatīti par atbildību mīkstinošiem apstākļiem, kas būtu pamats samazināt naudas soda apmēra līmeni.

138. Savā vienīgajā spriedumā, kas attiecās uz iespēju noteikt naudas soda apmēra samazinājumu piešķirto kompensāciju dēļ [33], Vispārējā tiesa – izņēmuma apstākļu gaismā – ir piekritusi, ka būtu jāņem vērā "finansiālās kompensācijas, ko [attiecīgais] uzņēmums piedāvāja trešajām personām, kas bija cietušas zaudējumus [pārkāpuma] dēļ un kas bija noteiktas paziņojumā par iebildumiem".

139. Minētajā lietā Komisija samazināja *Nintendo* uzlikto naudas sodu par 300 000 EUR, lai ņemtu vērā kompensācijas kopējā apmērā 375 000 EUR, ko šis uzņēmums piedāvāja trešajām personām, kuras bija identificētas paziņojumā par iebildumiem kā tās, kas cietušas finansiālo kaitējumu pārkāpjošās rīcības dēļ [34]. Šajā ziņā nozīme tāpat ir lietai *Independent Schools* (Apvienotās Karalistes konkurences iestādes 2006. gada 20. novembra lēmums lietā CA 98/05/2006), kuru Vispārējā tiesa ir minējusi pārsūdzētā sprieduma 201. punktā.

140. Turklāt šobrīd Komisijas lēmumpieņemšanas praksē nekas neliecina par ieciešīgāku pieeju. It īpaši lēmumā lietā *Conduites précalorifugées* [35] Komisija nolēma samazināt *naudas sodu vienam no aizliegtās vienošanās dalībniekiem saistībā ar "ievērojamu zaudējumu atlīdzinājumu", ko šis dalībnieks ir veicis par labu uzņēmumam, kurš paziņojumā par iebildumiem bija identificēts* kā tas, pret kuru pārkāpuma izdarītāji bija veikuši saskaņotus pasākumus, lai traucētu tā darbību, aprobežotu tā darbību ar tikai vienas dalībvalsts teritoriju vai vienkārši izstumtu šo uzņēmumu no tirgus.

141. Visbeidzot, kā norāda Komisija, attiecīgajiem ieguldījumiem nav nekāda sakara ar pārkāpumu un tie nav paredzēti tam, lai AO vai galalietotājiem kompensētu iespējamus zaudējumus, ko tie ir cietuši.

142. Manuprāt, lai gan minēto scenāriju nevar izslēgt kategoriski, tomēr, ja ieguldījumi, ko pēc pārkāpuma izdarīšanas veicis dominējošā stāvoklī esošs uzņēmums savā infrastruktūrā, būtu "automātiski" kvalificējami par atbildību mīkstinošu apstākli, tas kaitētu naudas sodu preventīvai iedarbībai.

31 Spriedumi, 2004. gada 8. jūlijs, *Dalmine*/Komisija (T-50/00, EU:T:2004:220, 326. punkts); 2011. gada 16. jūnijs, *FMC Foret*/Komisija (T-191/06, EU:T:2011:277, 333. punkts); 2011. gada 3. marts, *Siemens* un *VA Tech*/Komisija (no T-122/07 līdz T-124/07, EU:T:2011:70, 208. punkts); 2006. gada 14. decembris, *Raiffeisen Zentralbank Österreich*/Komisija (no T-259/02 līdz T-264/02 un T-271/02, EU:T:2006:396, 473. punkts); 2009. gada 6. maijs, *KME Germany* u.c./Komisija (T-127/04, EU:T:2009:142, 115. punkts), un 2010. gada 8. septembris, *Deltafina*/Komisija (T-29/05, EU:T:2010:355, 348. punkts).

32 Skat. Bernardeau, L., un Christienne, J.-P., *Les amendes en droit de la concurrence*, Brisele: Larcier, 2013, 166. lpp. (proti, desmit pirmajos lēmumos, kuros Komisija ir piemērojusi 2006. gada pamatnostādnes, nav atzīts neviens atbildību mīkstinošs apstāklis).

33 Spriedums, 2009. gada 30. aprīlis, *Nintendo* un *Nintendo of Europe*/Komisija (T-13/03, EU:T:2009:131, 23. punkts).

34 Spriedums, 2009. gada 30. aprīlis, *Nintendo* un *Nintendo of Europe*/Komisija (T-13/03, EU:T:2009:131, 204. punkts), un Komisijas 2002. gada 30. oktobra Lēmums par procedūru saskaņā ar EK līguma 81. pantu un EEZ līguma 53. pantu (COMP/35.587, *PO Video Games*, COMP/35.706. *PO Nintendo Distribution* un COMP/36.321 *Omega – Nintendo*) (OV 2003, L 255, 33. lpp.), preambulas 440. un 441. apsvērums.

35 Komisijas Lēmums 1999/60/EK (1998. gada 21. oktobris) par procedūru saskaņā ar EK līguma 85. pantu (IV/35.691/E-4 – Siltumizolācijas caurules) (OV 1999, L 24, 1.–70. lpp., preambulas 25. un 172. apsvērums). Skat. arī Komisijas Lēmumu 75/75/EEK (1974. gada 19. decembris) par procedūru saskaņā ar EEK līguma 86. pantu (IV/28 851 – *General Motors Continental*) (OV 1975, L 29, 14.–19. lpp.).

143. Kā norāda Komisija, Direktīvas 2014/104 18. panta 3. punkts apstiprina tikai to, ka konkurences iestādēm ir novērtējuma brīvība attiecībā uz to, vai būtu jāņem vērā kā atbildību mīkstinošs apstāklis par labu cietušajām personām veiktie tiešie maksājumi, un ka principā vienīgais atlīdzinājums, kas varētu tikt ņemts vērā, ir tieša finansiāla atlīdzība, kas izmaksāta cietušajai personai.

144. Visbeidzot, Vispārējā tiesa nav pieļāvusi kļūdu, secinot, ka ieguldījumi un to iespējamās labvēlīgās sekas veidoja daļu no nolīguma ar *UKE*. Turklāt, ņemot vērā tai iesniegtos elementus, tai bija pamats secināt, ka, pat ja tiktu pieņemts, ka attiecīgajiem ieguldījumiem ir bijušas papildu labvēlīgas sekas, uz kurām atsaukusies *Orange*, tie neveidoja atlīdzību, ko Komisija varētu ņemt vērā.

145. Līdz ar to šis trešais apelācijas sūdzības pamats ir jānoraida kā nepieņemams un katrā ziņā kā nepamatots.

IV. Par tiesāšanās izdevumiem

146. Tā kā lieta tiks nodota atpakaļ Vispārējai tiesai, lēmuma pieņemšana par tiesāšanās izdevumiem šajā apelācijas tiesvedībā ir jāatliek.

V. Secinājumi

147. Šo iemeslu dēļ es ierosinu Tiesai lemt šādi:

– atcelt Eiropas Savienības Vispārējās tiesas 2015. gada 17. decembra spriedumu *Orange Polska* /Komisija (T-486/11, EU:T:2015:1002), ciktāl Vispārējā tiesa ir pieļāvusi kļūdu tiesību piemērošanā, jo tā nav izskatījusi argumentus, kurus *Orange Polska S.A.* izvirzījusi pirmajā instancē trešā prasības pamata otrajā daļā, par kļūdām, kas pieļautas Komisijas secinājumos par pārkāpuma ietekmi uz konkrētajiem tirgiem, tādējādi pārkāpjot efektīvas tiesību aizsardzības tiesā principu un naudas soda samērīguma principu,

– apelācijas sūdzību pārējā daļā noraidīt un

– nodot lietu atpakaļ Vispārējai tiesai, lai tā no jauna izskatītu ar otro apelācijas sūdzības pamatu saistīto argumentāciju, un lēmuma par tiesāšanās izdevumiem pieņemšanu atlikt.