MELCHIOR WATHELET
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA
Az ismertetés napja: 2018. február 21.[1]

C-123/16. P. sz. ügy

Orange Polska S.A.
kontra

Európai Bizottság

„Fellebbezés – Verseny – Erőfölénnyel való visszaélés – A lengyel távközlési piac – A múltban elkövetett jogsértés megállapításához fűződő jogos érdek, miközben bírságot szabtak ki – A bírság kiszámítása – Súly – A jogsértés hatásainak figyelembevétele – Enyhítő körülmények”

1. A jelen fellebbezéssel az Orange Polska S.A. (a továbbiakban: Orange) az Európai Unió Törvényszéke 2015. december 17-i Orange Polska kontra Bizottság ítéletének (T-486/11, a továbbiakban: megtámadott ítélet, EU:T:2015:1002) hatályon kívül helyezését kéri, amely ítéletben a Törvényszék elutasította a fellebbezőnek elsődlegesen a C(2011) 4378 végleges bizottsági határozat[2] megsemmisítésére, másodlagosan az e határozatban rá kiszabott bírság eltörlésére vagy a bírság összegének csökkentésére irányuló keresetét.

I. A jogvita előzményei és a vitatott határozat

2. A jelen fellebbezés szempontjából az alábbi megállapítások elegendőek, mivel a megtámadott ítélet 1–34. pontjában található egy részletesebb leírás.

3. A Telekomunikacja Polska S.A. egy egykori állami monopólium privatizációját követően, 1991-ben Lengyelországban létrehozott távközlési vállalkozás. Miután e vállalkozás 2013. november 7-én felvásárolta az Orange Polska sp. z o.o. és a Polska Telefonia Komórkowa – Centertel sp. z o.o. társaságokat, Orange lett a neve.[3]

4. Az Európai Bizottság megállapította, hogy az Orange a széles sávú hozzáférés és a helyi hurok átengedésének egyedüli nagykereskedelmi szolgáltatója, valamint hogy a vitatott határozat hatálya alá tartozó időszakban magas piaci részesedéssel rendelkezett a kiskereskedelmi piacon.

1 Eredeti nyelv: francia.

2 Az EUMSZ 102. cikk alkalmazására vonatkozó eljárásban 2011. június 22-én hozott határozat (COMP/39.525 – „Telekomunikacja Polska” ügy) (a továbbiakban: vitatott határozat).

3 Bár a vitatott határozatban Telekomunikacja Polska szerepel, és annak Orange-zsá történő átalakulására a Törvényszék előtti eljárás írásbeli szakaszának lezárását követően került sor, elegendő, ha a jelen indítvány a fellebbezés szempontjából és az egyszerűség kedvéért csak az Orange-ra hivatkozik.

5. Egyébként a Bizottság rámutatott, hogy a tényállás idején Lengyelországban alkalmazandó szabályozási keret a nemzeti szabályozó hatóság [4] által a nyilvános, helyhez kötött telefonhálózatok és –szolgáltatások nyújtása terén jelentős piaci erővel rendelkezőként kijelölt gazdasági szereplőt – a jelen esetben az Orange-ot – arra kötelezte, hogy az „alternatív szolgáltatóknak" nevezett új belépők számára átlátható, tisztességes és megkülönböztetéstől mentes, továbbá a valamely – a kijelölt gazdasági szereplő által tett és az UKE előtt zajló eljárás keretében elfogadott – referenciaajánlatban meghatározottakkal legalább azonos mértékben kedvező feltételek mellett biztosítsa a helyi hurokjának és a kapcsolódó eszközöknek az átengedését. Ez a nemzeti szabályozó hatóság 2005-től több alkalommal avatkozott be azzal a céllal, hogy orvosolja a szabályozási kötelezettségek betartásának Orange általi elmulasztását.

6. 2009. október 22-én az Orange az UKE-val megállapodást írt alá, amelynek értelmében önként vállalta különösen a szabályozási kötelezettségeinek tiszteletben tartását, a vonatkozó referenciaajánlatoknak megfelelő feltételek mellett az alternatív szolgáltatókkal a hozzáférésre vonatkozó megállapodások megkötését, valamint hogy befektet széles sávú hálózatának korszerűsítésébe (a továbbiakban: az UKE-val kötött megállapodás).

7. A vitatott határozat 1. cikkében a Bizottság megállapította, hogy az Orange – azáltal, hogy az alternatív szolgáltatók számára megtagadta a nagykereskedelmi termékeihez való széles sávú hozzáférés biztosítását – az EUMSZ 102. cikk egységes és folytatólagos megsértését követte el, amely 2005. augusztus 3-án kezdődött – ez volt az Orange és az alternatív szolgáltatók között az Orange hálózatához való, a *Local Loop Undbundling* (LLU) hozzáféréssel kapcsolatos referenciaajánlaton alapuló hozzáférésre vonatkozóan megindult első tárgyalások kezdőidőpontja –, és legalább 2009. október 22-ig fennállt, amely időpontban aláírták az UKE-val kötött megállapodást.

8. Ahogyan az a vitatott határozat 2. cikkében szerepel, a Bizottság az Orange-t úgy szankcionálta, hogy az 1/2003/EK rendelet 23. cikke (2) bekezdésének a) pontja alapján kiszabott bírságok megállapításáról szóló iránymutatás [5] (HL 2006. C 210., 2. o., a továbbiakban: iránymutatás) alapján kiszámított, 127 554 194 euró összegű bírsággal sújtotta. A Bizottság a bírság alapösszegét a vonatkozó piacokon az Orange értékesítései átlagos értéke 10%-ának, valamint a jogsértés négy év és két hónapos időtartamának megfelelő 4,2-es szorzótényező alkalmazásával számította ki, és úgy határozott, hogy súlyosító vagy enyhítő körülmények alapján nem igazítja ki ezt az összeget. Ugyanakkor a Bizottság levonta az UKE által az Orange-zsal szemben a szabályozási kötelezettségeinek megsértése miatt kiszabott bírságok összegét.

II. A Törvényszék előtti eljárás és a megtámadott ítélet

9. A Törvényszék Hivatalához 2011. szeptember 2-án benyújtott keresetlevelével az Orange keresetet indított elsődlegesen a vitatott határozat megsemmisítése, másodlagosan pedig a vele szemben e határozatban kiszabott bírság eltörlése vagy a bírság összegének csökkentése iránt.

10. A Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (lengyel informatikai és távközlési kamara, [PIIT]) – amely állítása szerint a Lengyelországban a távközlési ágazatban működő vállalkozások szövetsége – a Törvényszék előtt az Orange kereseti kérelmeinek támogatása érdekében avatkozott be. A European Competitive Telecommunications Association (ECTA) – amely önmagát az európai hírközlési szektor versenyképes iparágának képviseleti szerveként adja meg – a Bizottság kérelmeinek támogatása végett avatkozott be.

4 Az eredetileg létrehozott hatóságot 2006. január 16-tól az Urząd Komunikacji Elektronicznej (elektronikus hírközlési hivatal, Lengyelország, a továbbiakban: UKE) váltotta fel.

5 Az [EUMSZ 101. és 102. cikkben] meghatározott versenyszabályok végrehajtásáról szóló, 2002. december 16-i tanácsi rendelet (HL 2003. L 1., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 8. fejezet, 2. kötet, 205. o.).

11. Keresetének alátámasztása érdekében az Orange öt jogalapra hivatkozott. A Törvényszék – miután e jogalapok összességét mint megalapozatlant elutasította, és miután megállapította, hogy egyetlen bizonyíték sem igazolja a bírság összegének módosítását – ezt a keresetet teljes egészében elutasította.

III. A fellebbezésről

12. Fellebbezésének alátámasztására az Orange három jogalapra hivatkozik.

A. A Bizottságnak a valamely múltban elkövetett jogsértést megállapító határozat elfogadásához fűződő jogos érdek fennállásának bizonyítására vonatkozó kötelezettségével kapcsolatos téves jogalkalmazásra alapított első jogalapról

1. A felek érveinek összefoglalása

13. Az Orange egyrészt megjegyezi, hogy a vitatott határozatban a Bizottság kétségtelenül nem igazolta a szóban forgó jogsértés megállapításához fűződő jogos érdeket, másrészt pedig, hogy ez a jogsértés a vitatott határozat elfogadását megelőzően körülbelül 18 hónappal véget ért. Ezt a jogsértést tehát a múltban követték el. Ugyanakkor a megtámadott ítélet 76. pontjában a Törvényszék – miután azt állította, hogy az 1/2003 rendelet 7. cikkének (1) bekezdése alapján a Bizottság feladata a valamely jogsértés megállapításához fűződő jogos érdek fennállásának bizonyítása, amennyiben ezzel egyidejűleg a jogsértés megszűnt, és a Bizottság nem szab ki bírságot – arra utalt, hogy arról az egyetlen körülményről van szó, amely miatt a Bizottságnak az ilyen érdek fennállását bizonyítania kell. Ebben az értelemben ez az állítás a jog téves alkalmazását jelenti e rendelkezés értelmezése során. Ugyanezen ítélet 77. pontja, amelyben a Törvényszék másfelől a Bizottságnak az ilyen érdek fennállásának bizonyítására vonatkozó kötelezettségét azokra a helyzetekre korlátozta, amikor a bírságok kiszabására irányuló jog elévült, ugyancsak téves.

14. Ebben a tekintetben az Orange mindenekelőtt arra hivatkozik, hogy az 1/2003 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének szövege egyértelmű. Abból csak azt a következtetést lehet levonni, hogy amikor bírság szabható ki, nem szükséges a jogsértés megállapításához fűződő jogos érdek fennállását azonosítani olyan magatartással összefüggésben, amely véget ért. Ezenkívül, csak e rendelkezés ruház a Bizottságra az EUMSZ 101. és 102. cikk megsértésének megállapítására vonatkozó hatáskört. Az 1/2003 rendelet (11) preambulumbekezdése, az e rendeletre vonatkozó előkészítő munkálatok, valamint a Bizottság közigazgatási gyakorlata egyaránt megerősítik, hogy a Bizottság azon kötelezettsége, hogy bizonyítsa a múltban elkövetett valamely jogsértés megállapításához fűződő jogos érdek fennállását, a bírság kiszabásától függetlenül fennáll.

15. Ezenkívül, semmi nem igazolja az 1/2003 rendelet 7. cikke rendelkezéseinek a Bizottság bírság kiszabására irányuló hatásköre alá rendelését. A Bizottság jogsértés megállapítására vonatkozó hatásköre ugyanis nem függ semmilyen elévülési időtől, és ezt a hatáskört az 1/2003 rendelet egyik része a bírságok kiszabására irányuló jogtól elkülönülve ruházza rá.

16. Végül, az a körülmény, hogy az 1/2003 rendelet 16. cikke alapján valamely múltban elkövetett jogsértésnek a Bizottság által történő megállapítása a kártérítési keresetek keretében bizonyítja az érintett vállalkozás felelősségét, valamint az a körülmény, hogy az ilyen megállapítás ezen vállalkozás számára még bírság kiszabásának hiánya esetén is hátrányos lehet a 2014/104/EU európai parlamenti

és tanácsi irányelv[6] 10. cikkének (4) bekezdésében előírt elévülési határidő felfüggesztése miatt, igazolja, hogy a Bizottság feladata a határozatában bemutatni azokat az indokokat, amelyek bizonyítják az azon múltbeli jogsértés miatti felelősségre vonáshoz fűződő jogos érdekét, amelyet egy vállalkozás önként megszüntetett.

17. A jelen esetben tehát a megtámadott ítéletet és a vitatott határozatot egyaránt hatályon kívül kell helyezni, mivel a Bizottság az utóbbiban nem igazolta az Orange által a múltban elkövetett jogsértés megállapításához fűződő jogos érdeket.

18. A Bizottság lényegében arra hivatkozik, hogy az Orange érvelése abszurd, amennyiben azt eredményezi, hogy a Bizottság bírságok kiszabására irányuló hatásköre csak a folyamatban lévő jogsértések esetén áll fenn, valamint hogy minden más esetben, többek között, amikor egy bírságot olyan jogsértés miatt szabnak ki, amely már megszűnt – ami a Bizottság határozatainak nagy részét jelenti –, ez utóbbi nem hozhat határozatot anélkül, hogy bizonyítaná az ehhez fűződő valamely jogos érdek fennállását.

19. A jelen ügyben a Bizottság az EUMSZ 102. cikk egységes és folytatólagos, 2005. augusztus 3-tól legalább 2009. október 22-ig tartó megsértése miatt szabott ki bírságot az Orange-zsal szemben. Mivel a bírság kiszabása elegendő a jogsértés megállapításának igazolásához, a Bizottságnak ezenkívül nem kellett bizonyítania az ezen megállapításhoz fűződő jogos érdek fennállását. Ennélfogva a fellebbezés első jogalapja nem megalapozott.

20. Egyébként a Bizottság azt állítja, hogy ez az első jogalap csak a megtámadott ítélet 77. pontjára vonatkozik, mivel az Orange a 76. pontot elismeri. Márpedig ez utóbbi pont, valamint a Törvényszék által a megtámadott ítélet 74. és 75. pontjában bemutatott indokolás elegendő az ugyanezen ítélet 78. és 79. pontjában megfogalmazott következtetések alátámasztásához, amely pontokban a Törvényszék elutasította az elé terjesztett első jogalapot. A fellebbezésnek a kizárólag a 77. pont ellen irányuló első jogalapja tehát megalapozatlan. A válaszban kifejtett azon érvet, amely szerint ez az első jogalap valójában a megtámadott ítélet 74–80. pontjaira vonatkozik, késedelmes volta miatt mint elfogadhatatlant el kell utasítani.

21. A PIIT nem nyújtott be észrevételeket az első jogalappal kapcsolatban.

22. Az ECTA lényegében arra hivatkozik, hogy a Bizottságnak a bírságok kiszabására irányuló hatásköre – függetlenül attól, hogy a jogsértés megszűnt-e, vagy sem – az 1/2003 rendelet 23. cikkének (2) bekezdésén alapul, és a szándékosság vagy a gondatlanság bizonyítására vonatkozó kötelezettségen kívül ez a rendelkezés ezt a hatáskört semmilyen más feltételhez nem köti. Ezen rendelet 7. cikkének (1) bekezdésére az Orange tévesen hivatkozott.

2. Értékelés

a) Előzetes észrevételek

23. Az első fellebbezési jogalapjában az Orange azt rója fel a Törvényszéknek, hogy tévesen alkalmazta a jogot az 1/2003 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének értelmezése során azzal, hogy nem követelte meg a Bizottságtól, hogy bizonyítsa a jogsértés megállapítására vonatkozó határozat elfogadásához fűződő jogos érdek fennállását, függetlenül attól, hogy bírság kiszabására sor került-e, vagy sem.

6 A tagállamok és az Európai Unió versenyjogi rendelkezéseinek megsértésén alapuló, nemzeti jog szerinti kártérítési keresetekre irányadó egyes szabályokról szóló, 2014. november 26-i európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL 2014. L 349., 1. o.).

24. Az 1/2003 rendelet 7. cikkének (1) bekezdése kimondja, hogy „[h]a […] Bizottság megállapítja [az EUMSZ 101. és 102.] cikkének megsértését, határozatban felszólíthatja, az érintett vállalkozásokat […], hogy fejezzék be a jogsértést. […] Ha a Bizottságnak jogos érdekében áll, azt is megállapíthatja, hogy a jogsértést a múltban követték el”.

25. A Törvényszék a megtámadott ítélet 76. pontjában az említett rendelkezés szövegéből, valamint az e rendelet elfogadásához vezető javaslatot kísérő indokolásból azt a következtetést vonta le, hogy „a Bizottság feladata a valamely jogsértés megállapításához fűződő jogos érdek fennállásának bizonyítása, amennyiben ezzel egyidejűleg a jogsértés megszűnt, és a Bizottság nem szab ki bírságot”.

26. A Törvényszék ezenkívül ezen ítélet 77. pontjában megállapította, hogy ez a megállapítás megfelel a Bizottságot terhelő, egyrészről a valamely jogsértés megállapításához fűződő jogos érdek bizonyítására vonatkozó kötelezettség, másrészről pedig a bírságok kiszabására irányuló jogának elévülése közötti kapcsolat fennállására vonatkozó ítélkezési gyakorlatának. Következésképpen a Törvényszék a megtámadott ítélet 78–80. pontjában elutasította az Orange-nak a vitatott határozat megsemmisítésére irányuló kérelmeit.

b) A Bizottságnak a jogalap hatástalanságára vonatkozó érvei

27. A Bizottságnak (a jelen indítvány 20. pontjában bemutatott) érvelése ebben a tekintetben nem fogadható el.

28. Bár az Orange csak a megtámadott ítélet 76. és 77. pontjait idézi kifejezetten, és önmagában nem vitatja ezen 76. pont tartalmát, az is tény, hogy az Orange érvelése lényegében abban áll, hogy ezen két pont együttes értelmezéséből az következik, hogy a Törvényszék megállapította, hogy a Bizottság azon egyedüli esetekben köteles az uniós versenyjog megsértésének megállapításához fűződő jogos érdek fennállását bizonyítani, amikor a jogsértés megszűnt, és ezzel egyidejűleg a Bizottság nem szab ki bírságot, különösen amiatt, hogy a bírság kiszabására irányuló hatásköre elévült, és a Törvényszék ezen korlátozás megállapításával tévesen értelmezte az 1/2003 rendelet 7. cikkének (1) bekezdését.

29. Ettől függetlenül ez a 76. és 77. pont jelenti a Törvényszék indokolásának középpontját, mivel ha az azokkal kapcsolatban hivatkozott téves jogalkalmazás bebizonyosodna, az abból levont következtetéseket automatikusan érvényteleníteni kellene.

30. Ennélfogva ez az első jogalap nem hatástalan.

c) Az első jogalap megalapozottságáról

31. Ezzel szemben az 1/2003 rendelet releváns rendelkezéseinek szövegén, általános rendszerén és célján alapuló értelmezés alapján azt a következtetést lehet levonni, hogy ez a jogalap nem megalapozott.

32. Az 1/2003 rendelet – nevezetesen a 7. cikkének (1) bekezdése és a 23. cikke – értelmében az uniós versenyjogi szabályok lényeges megsértése esetén a Bizottság egyszerre jogosult arra, hogy bírságokat szabjon ki, és hogy elrendelje a jogsértés megszüntetését. Ezek a jogkörök összefoglalják a Bizottságnak a versenyszabályok betartatására vonatkozó feladatát. Amikor a Bizottság e jogköröket gyakorolja, nem kell bizonyítania valamilyen „jogos érdeket” ebben a tekintetben.

33. Egyértelmű, hogy a bírságok kiszabásához, valamint a jogsértés megszüntetésének elrendeléséhez a jogsértés ezt megelőzően történő megállapítása szükséges, amelyet úgy tűnik, hogy az Orange nem vitat. Ahogyan azt a Bizottság megjegyzi, őt nemcsak felhatalmazták a jogsértés megállapítására, hanem arra köteles is e jogsértés megszüntetésének elrendelése vagy valamilyen bírság kiszabása érdekében.

34. Először is, az 1/2003 rendelet 7. cikke kifejezetten jelzi, hogy a Bizottság csak akkor fogadhat el a megállapított jogsértés megszüntetését előíró határozatot, „[h]a […] megállapítja a [jogsértést]”.

35. Másodszor, ugyanezen rendelet 23. cikkének (2) bekezdése alapján a Bizottság fel van hatalmazva arra, hogy bírságokat szabjon ki, amikor a vállalkozások vagy vállalkozások társulásai – akár szándékosan, akár gondatlanul – megsértik az EUMSZ 101. cikk (1) bekezdését vagy az EUMSZ 102. cikket.

36. Kétségtelen, hogy az 1/2003 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének szövege kétértelműnek tűnhet, amennyiben abból nem következik kifejezetten, hogy a Bizottság a bírság kiszabása során egy múltbeli jogsértés elkövetését megállapító határozatot elfogadhat anélkül, hogy konkrétan bizonyítania kellene, hogy ehhez fűződő jogos érdek fennáll.

37. Ugyanakkor véleményem szerint e rendelet (11) preambulumbekezdésének megfogalmazása alátámasztja a Törvényszék és a Bizottság álláspontját. Ez a preambulumbekezdés kifejti, hogy „[f]eltéve, hogy ehhez jogos érdek fűződik, a Bizottság számára lehetővé kell tenni azt, hogy olyan határozatokat is hozzon, amelyek még *akkor is* megállapítják a már befejezett jogsértés elkövetését, *ha* a Bizottság *nem szab ki bírságot*” (kiemelés tőlem).

38. Ahogyan arra a Bizottság rámutat, az említett rendelet (11) preambulumbekezdése a 7. cikk (1) bekezdésének felépítését követi, és megerősíti, hogy e rendelkezés utolsó mondata egy különös feltételhez kötött különleges jogkört ír elő. Először is a még mindig folyamatban lévő jogsértés megszüntetését előíró határozatokra utal. A (11) preambulumbekezdés ezt követően kifejti, hogy e jogkörön kívül a Bizottság egy deklaratív jellegű (azaz bírsággal nem járó) határozatot („is”) elfogadhat, amely egy múltban elkövetett jogsértést állapít meg, feltéve, hogy ehhez jogos érdek fűződik. A „még akkor is […], ha […] nem szab ki bírságot” és az „is” kifejezések magukban foglalják, hogy a Bizottságnak a valamely korábbi jogsértés megállapítására és ezen megállapítás mellett a bírság kiszabására irányuló joga előzetesen áll fenn, és az semmilyen különös feltételez nincs kötve.

39. Az 1/2003 rendelet elfogadásához vezető javaslatot kísérő (a megtámadott ítélet 75. pontjában idézett) indokolás még egyértelműbb a Törvényszék álláspontjának alátámasztása érdekében.

40. Ebben az indokolásban a 7. cikkre vonatkozó javaslattal kapcsolatban az szerepel, hogy a 17. rendelet[7] 3. cikkéhez képest fennálló különbségek egyike az, hogy „a Bizottság nemcsak akkor jogosult jogsértést megállapító határozatot elfogadni, amikor valamely jogsértés abbahagyására kötelez vagy bírságot szab ki, hanem akkor is, ha a jogsértést abbahagyták, és nem szab ki bírságot”, mivel ebben a tekintetben a „Bíróság ítélkezési gyakorlata[8] szerint a valamely jogsértés megállapítására vonatkozó határozat elfogadásával kapcsolatban a Bizottságra ruházott hatáskör ilyen körülmények között azonban azokra az esetekre korlátozódik, amelyekben a Bizottságnak jogos érdeke fűződik ennek megtételéhez”.

41. A (17. rendeleten alapuló) ítélkezési gyakorlatból következik, hogy a Bizottságnak a szankciók kiszabására irányuló jogkörét egyáltalán nem befolyásolja az, hogy a jogsértésnek minősülő magatartás és a káros hatások lehetősége megszűnt.[9]

7 Az [EUMSZ 101.] cikk és [EUMSZ 102.] cikk végrehajtásáról szóló, 1962. február 21-i 17. (első) tanácsi rendelet (HL 1962. 13., 204. o.; magyar nyelvű különkiadás 8. fejezet, 1. kötet, 3. o.).

8 1983. március 2-i GVL kontra Bizottság ítélet (7/82, EU:C:1983:52).

9 Lásd ebben az értelemben: 1970. július 15-i ACF Chemiefarma kontra Bizottság ítélet, 41/69, EU:C:1970:71, 171–175. pont.

42. Az is az állandó ítélkezési gyakorlatból következik, hogy „[a Bizottság arra] irányuló határozatok meghozatalának joga[, hogy a vállalkozásokat kötelezze a megállapított jogsértés megszüntetésére, valamint arra, hogy jogsértés esetén bírságot szabjon ki,] szükségképpen magában foglalja a szóban forgó jogsértés megállapításának jogát” [10].

43. A jogi szabályozás részben eltérő, ha semmilyen bírságot nem szabtak ki, és a jogsértés már megszűnt (ebben az esetben semmilyen alap nincs, amely igazolná a jogsértés megszüntetésére irányuló felszólítást). Úgy vélem, hogy amikor bírság kiszabására és a jogsértés megszüntetésére irányuló felszólításra nem kerül sor, a jogsértés megállapítása deklaratív jelleget ölt, és az tehát nem lehet a Bizottság kényszerítő eszközök alkalmazására vonatkozó hatáskörének gyakorlásához előzetesen szükséges tényező.

44. A Bizottságnak csak ilyen körülmények között (azaz ha semmilyen bírságot nem szabtak ki, és ha a jogsértés befejeződött) kell jogos érdeket bizonyítania, amely mindazonáltal igazolja a jogsértést megállapító határozatát.

45. A Törvényszék ugyanis már helyesen megállapította, hogy a Bizottságnak a múltban elkövetett jogsértést megállapító határozat elfogadására vonatkozó hatásköre csak akkor függ az ilyen megállapításhoz fűződő jogos érdek bizonyításától, [11] ha a Bizottság nem szab ki bírságot. [12] Ezzel ellentétben, ha a Bizottságnak – mint ahogyan a jelen ügyben is – van bírság kiszabására irányuló hatásköre, és bírságot szab ki, nem kell a jogsértés megállapításához fűződő konkrét jogos érdekre hivatkoznia. A bírság kiszabása elegendő a jogsértés megállapítása szükségességének igazolásához.

46. A fentiekből az következik, hogy a Bizottságnak, amikor bírságot szab ki, *szükségszerűen* van a jogsértés megállapítására vonatkozó hatásköre, még akkor is, ha a jogsértés megszűnt. Ráadásul, a vállalkozás a Bizottság fellépését követően gyakran megszünteti a kifogásolt gyakorlatot, mielőtt még a Bizottság határozatot hozna.

47. Ennélfogva a Törvényszéknek azt kellett volna megállapítania, hogy az 1/2003 rendelet 23. cikke (2) bekezdése a) pontjának alkalmazása elegendő annak igazolásához, hogy a Bizottság az érintett jogsértést – még ha azt a múltban követték is el – megállapítsa, és ennélfogva az Orange által hivatkozott jogalapot az általa hivatkozottól eltérő ok miatt kellett volna elutasítania. Ugyanis, ha nincs a megszüntetésre irányuló felszólítás, feleslegessé válik a 7. cikk jogalapként történő idézése.

48. Ahogyan arra az ECTA rámutat, a Bizottság bírság kiszabására irányuló hatáskörének jogi alapja – függetlenül attól, hogy a jogsértés megszűnt-e, vagy sem – egyértelműen az 1/2003 rendelet 23. cikkének (2) bekezdésében található. Ugyanis az Orange részéről fennálló szándékosság vagy gondatlanság bizonyítására vonatkozó kötelezettséget kivéve e rendelkezés megfogalmazása tág, és a Bizottság bírság kiszabására irányuló hatáskörét semmilyen feltételhez nem köti.

49. Ebből következik, hogy a Törvényszék fenti tévedése ellenére az első jogalapot, mint megalapozatlant, el kell utasítani.

10 Lásd: 1983. március 2-i GVL kontra Bizottság ítélet, 7/82, EU:C:1983:52, 22. és 23. pont. Lásd továbbá: 2005. október 6-i Sumitomo Chemical és Sumika Fine Chemicals kontra Bizottság ítélet (T-22/02 és T-23/02, EU:T:2005:349, 61. és 131. pont).

11 2005. október 6-i Sumitomo Chemical és Sumika Fine Chemicals kontra Bizottság ítélet (T-22/02 és T-23/02, EU:T:2005:349, 131. és 132. pont); 2006. november 16-i Peróxidos Orgánicos kontra Bizottság ítélet (T-120/04, EU:T:2006:350, 18. pont).

12 Bármi legyen is az ok, többek között az az, hogy az ötéves elévülési idő eltelt vagy hogy a Bizottság azt állapítja meg, hogy a szóban forgó magatartás nem indokolja a bírság kiszabását.

B. A jogsértés hatásának a Bizottság által a bírság összegének kiszámítása tekintetében történő értékelésével kapcsolatban fennálló téves jogalkalmazásra és az ügy irataiban szereplő bizonyítékok ennek következtében történő elferdítésére alapított második jogalapról

1. A felek érveinek összefoglalása

50. Az Orange azt állítja, hogy a Törvényszék elferdítette a vitatott határozatot. Az elferdítés először is a jogsértés tényleges hatásaira vonatkozik. A vitatott határozat (902) preambulumbekezdéséből ugyanis az következik, hogy a Bizottság ezeket a tényleges hatásokat vette alapul a bírság összegének kiszámítása tekintetében, amelyet a Törvényszék előtt még meg is erősített, elismerve azt, hogy e preambulumbekezdés megfogalmazása – amennyiben az a jogsértés tényleges hatásaira vonatkozik – „tárgyi tévedésnek" minősül. Ugyanakkor a megtámadott ítélet 169. pontjában a Törvényszék azt állította, hogy ezt a preambulumbekezdést kizárólag akként lehet értelmezni, hogy „az általánosságban és elvontan a jogsértés jellegére" utal.

51. A Törvényszék értelmezése nem veszi figyelembe az ezen preambulumbekezdésben használt szavak egyértelmű jelentését, amely preambulumbekezdés konkrétan a versenyre a piacon az Orange által kifejtett magatartás által gyakorolt konkrét hatásokra vonatkozik. A megtámadott ítélet 182. pontjában a Törvényszék egyébként ténylegesen megtörtént esetekre hivatkozik többek között a vitatott határozat (902) preambulumbekezdésére történő utalással, miközben ugyanakkor a 169. pontban elutasította annak elismerését, hogy a vitatott határozatban tényleges hatások megállapítására került sor.

52. Ezt követően mindenesetre a Törvényszék – miután úgy vélte, hogy a Bizottság csak „általánosságban és elvontan" vizsgálta a helyzetet – a vitatott határozatot a jogsértés valószínű hatásai tekintetében elferdítette. Ugyanis azt kell megállapítani, hogy a vitatott határozat (902) preambulumbekezdésében a Bizottság legalább a bírság összegének kiszámítása tekintetében figyelembe vette a jogsértés valószínű hatásait, amit egyébként a Törvényszék elé terjesztett beadványaiban elismert. Ez utóbbi azonban tévesen állapította meg azt, hogy a jogsértés jellegének figyelembevétele nem foglalja magában a jogsértés valószínű hatásainak figyelembevételét. A magatartás valószínű hatásai a tényleges hatásokhoz hasonlóan a jogsértés jellegére és következésképpen annak súlyára vonatkozó alapvető mutatóknak minősülnek, amelyet nem lehet elvontan értékelni. Ennélfogva a Törvényszéknek meg kellett volna vizsgálnia, hogy e valószínű hatások megállapítása igazolt-e, vagy sem. Válaszában az Orange hozzáteszi, hogy mivel a Törvényszék ennélfogva nem megfelelően vizsgálta meg a vitatott határozatot, torzult a bírság arányosságára vonatkozó elemzése.

53. A Törvényszék másik tévedése a hatékony bírói jogvédelemhez való jog azáltal történő megsértésében áll, hogy nem vizsgálta, hogy a Bizottság megfelelően bizonyította-e a jogsértés hatásait. Következésképpen az Orange a Bíróságtól a bírság összegének csökkentése érdekében a korlátlan felülvizsgálati jogkörének gyakorlását kéri amiatt, hogy nincsenek olyan konkrét elemek, amelyeket a tényleges hatások megállapítása során alapul lehet venni.

54. Mindenesetre a Törvényszék jogsértően tartózkodott attól, hogy a jogsértés valószínű hatásainak bizonyítására vonatkozó bírói felülvizsgálati jogkörét gyakorolja.

55. A Bizottság arra hivatkozik, hogy ez a második jogalap elfogadhatatlan, amennyiben az Orange arra törekszik, hogy a Bíróság újból értékelje a tényeket. E második jogalap nem felel meg az elferdítéssel kapcsolatos ítélkezési gyakorlatra vonatkozó kritériumoknak sem, és mindenesetre megalapozatlan és hatástalan.

56. Előzetesen, a Bizottság megjegyzi, hogy az Orange a megtámadott ítéletnek csak a 169–173. pontjait vitatja, a 162., a 163., a 166. és a 167. pontokat nem, amelyek szerint a (2006. évi) iránymutatás nem írja elő, hogy a Bizottságnak a bírság összegének megállapítása érdekében a jogsértésnek a piacra gyakorolt konkrét hatását kell figyelembe vennie, és a 176–187. pontokat sem, amelyekben a Törvényszék a bírság arányosságát vizsgálta. Mivel ezek a pontok elegendőek a Törvényszék következtetésének alátámasztásához, az Orange érvelése hatástalan.

57. A vitatott határozat feltételezett elferdítésével kapcsolatban a Bizottság arra hivatkozik, hogy a megtámadott ítélet 169. pontjának utolsó mondatát az azt megelőző és azt követő pontokkal – amelyek a jogsértés jellegéről, az Orange által birtokolt piaci részesedések földrajzi kiterjedéséről, a jogsértés megvalósulásáról, az Orange-nak a verseny kizárására irányuló céljáról, valamint arról szólnak, hogy az Orange tudatában volt annak, hogy a magatartása jogszerűtlen –, valamint a vitatott határozatnak a bírság összegének kiszámítására vonatkozó részében bemutatott megfontolásokkal együttesen kell értelmezni. Az ítélkezési gyakorlat értelmében jogszerű lett volna, ha a Bizottság csak ezen elemeket veszi alapul annak megállapítása érdekében, hogy az érintett eladások értékének 10%-os súlyossági mutatója megfelelő. Ezenkívül, a (902) preambulumbekezdés utolsó mondata általánosságban és elvontan van megfogalmazva, amennyiben az az Orange visszaélésszerű magatartásában rejlő azon képességre vonatkozik, hogy káros hatást fejthet ki a versenyre és így a fogyasztókra. Ez alapján az egyfelől a 169–171. pontok, másfelől pedig a 182. pont közötti állítólagos ellentmondás eltűnik.

58. Ezenkívül az Orange érvelése sérti a visszaélésszerű magatartás valószínű hatásai és annak a piacra gyakorolt konkrét hatásai közötti különbségtételt. Az Orange által kifejtett magatartások ténylegesek voltak, és azoknak az intenzitását versenyjogi szempontból a megtámadott ítélet 124. és azt követő pontjaiban bizonyították, amit az Orange nem vitat.

59. Az árak növekedése, valamint a választék és az innovatív termékek számának csökkenése az Orange-nak felrótthoz hasonló versenykorlátozó, visszaélésszerű magatartásban rejlő kedvezőtlen hatások leírásának felel meg, és az Orange nem vitatta azt, hogy a magatartása a versenytársakat kizáró hatást fejthet ki.

60. Ezenkívül logikailag egy olyan visszaélésszerű magatartás, amely versenytársakat zárhat ki, és amely megvalósul, a versenyt csak torzítani tudja, ennélfogva kárt okozhat a fogyasztóknak. Ennélfogva a Törvényszék által a megtámadott ítélet 169. pontjában a vitatott határozat (902) preambulumbekezdésének egyetlen vitatott mondatával kapcsolatban tett megállapítás egyáltalán nincs elferdítve. Az a kérdés, hogy ez utóbbi mondat elírást tartalmazott-e, nem releváns, mivel a Törvényszék a vitatott határozatban csak azt állapította meg, hogy a Bizottság a bírság összegének kiszámításakor nem a jogsértés tényleges hatásait vette alapul.

61. Ami a vitatott határozatban a jogsértés valószínű hatásainak a jogsértés jellegének vizsgálata során történő állítólagos figyelembevételét illeti, az Orange érvelésének ez a része ugyancsak megalapozatlan. A Bizottság csak másodlagos jelleggel, arra az esetre, ha a Törvényszék azt állapította volna meg, hogy a hatásokat figyelembe vették – de nem ez a helyzet – jegyezte meg azt, hogy valószínű hatásokról van szó, nem pedig tényleges hatásokról. A Bizottság a megtámadott ítélet 11., 112. és 166–170. pontjaira visszautalva úgy véli, hogy a Törvényszék a vitatott határozat elferdítése nélkül állapította meg e határozat 171. pontjában azt, hogy a Bizottság nem vette figyelembe a valószínű hatásokat az Orange visszaélésszerű magatartása súlyosságának a bírság összegének meghatározása tekintetében történő értékelése során. A megtámadott ítélet 169. pontjában foglalt megállapítás önmagában, a vitatott határozatban bemutatott megfontolásokra tekintettel megfelelő.

62. Ami az Orange által benyújtott bizonyítékok értékelése során történő állítólagos téves jogalkalmazást és a hatékony bírói jogvédelem elvének állítólagos megsértését illeti, ezt az érvelést a tényleges hatások tekintetében el kell utasítani, mivel a megtámadott ítéletben a Törvényszék helyesen úgy ítélte meg, hogy azokat a bírság összegének meghatározása érdekében nem vették figyelembe. A valószínű hatásokat illetően az Orange azoknak csak a mértékét vitatta a Törvényszék előtt. A

fellebbezésben ebben a tekintetben hivatkozott érvek elfogadhatatlanok, mivel azok ténybeli elemekre vonatkoznak anélkül, hogy valamilyen elferdítésre történne hivatkozás. Ezek az érvek ugyancsak megalapozatlanok: mivel a Törvényszék helyesen vitatta, hogy a Bizottság nem konkrétan a valószínű hatásokat vette alapul a jogsértés súlyának meghatározása érdekében, nem kellett volna az Orange által előterjesztett bizonyítékokkal kapcsolatban állást foglalnia.

63. Arra az esetre, ha a Bíróság a Törvényszékkel ellentétben azt állapítaná meg, hogy a jogsértés hatásait figyelembe vették a bírság összegének meghatározása érdekében, a Bizottság arra hivatkozik, hogy a vitatott határozatot teljes egészében fenn kell tartani. Egy jogsértésnek a piacra gyakorolt konkrét hatását kellően bizonyítottnak kell tekinteni, ha a Bizottság konkrét és hiteles bizonyítékokat tud adni megfelelő fokú valószínűséggel állítva azt, hogy a jogsértés hatást gyakorol a piacra. A jelen esetben a vitatott határozat 10. címének 4.4. fejezetében a Bizottság ilyen bizonyítást mutatott be. Ezenkívül, a fellebbezésben a Bizottság által a jogsértés valószínű hatásainak bizonyítása során elkövetett hibák bemutatása érdekében hivatkozott érvek nem relevánsak, mivel azok a tényleges hatások fennállására vonatkoznak.

64. A PIIT az Orange által képviselt érvelést támogatja. Ezenkívül arra hivatkozik, hogy a Bizottság lényeges hibákat követett el a jogsértés hatásainak értékelése során azzal, hogy nem vette megfelelően figyelembe a szélessávú rendszerek lengyelországi fejlődésének szabályozási és történeti összefüggését, amely eltorzította a jogsértés súlyára vonatkozó elemzést. A Törvényszék nem szankcionálta ezeket a hibákat.

65. Az ECTA véleménye szerint a Törvényszék nem ferdítette el a vitatott határozatot, és a Bizottság által bemutatotthoz hasonló érvelést mutat be.

2. Értékelés

66. A vitatott határozat azon része, amelynek elferdítésére az Orange hivatkozik, a (902) preambulumbekezdésének utolsó mondata, amely e határozatnak a bírság összegének megállapítására vonatkozó fejezetében, pontosabban abban az alfejezetben található, amelyben a Bizottság a jogsértés jellegét értékeli e jogsértés súlyának meghatározása érdekében.

67. E preambulumbekezdés szövege a következő: „A VIII.1. fejezet bemutatta azt is, hogy az [Orange] magatartása a versenytársak kiskereskedelmi piacról történő kizárására vagy legalábbis az ezen piacra történő belépésük és/vagy azon való terjeszkedésük késleltetésére irányuló visszaélésszerű magatartás része. Ahogyan azt a (892) preambulumbekezdés megállapította, az [Orange] tudatában volt annak, hogy a magatartása jogszerűtlen. Ez negatív hatást gyakorol a versenyre és a fogyasztókra, akik magasabb árakat és a szélessávú innovatív termékek csökkentett mértékű rendelkezésre állását kénytelenek elviselni.”

68. Nem értem, hogy a Törvényszék miért nem ismerte el azt, hogy a Bizottság ebben az utolsó mondatban a jogsértés piacra gyakorolt hatásaira utalt, megállapítva különösen azt, hogy a visszaélésre vonatkozóan tett megállapításához a versenyre és a fogyasztókra gyakorolt valószínű hatások fennállását vette alapul, amelyekre a vitatott határozatban nem kevesebb, mint 60 preambulumbekezdést szánt.

69. Ezenkívül, számomra úgy tűnik, hogy a megtámadott ítélet 170. pontjában a Törvényszék által az ezen értelmezés – azaz, hogy ez utóbbi mondat nem tartalmazott a vitatott határozat e részére való utalást [13] – kizárása érdekében kifejtett indokolás különösen gyenge és nem meggyőző.

13 Azaz az a rész, amelyben a Bizottság bemutatta a jogsértés valószínű hatásaira vonatkozó megjegyzéseit.

70. Ez alapján megállapítom, hogy a Törvényszék által a megtámadott ítéletben elkövetett, a hatékony jogorvoslathoz való jog védelmének megsértésével összefüggő fő téves jogalkalmazás az, hogy elutasította annak értékelését, hogy a Bizottság megfelelően bizonyította-e a jogsértés hatásait, és az Orange erre vonatkozó érveit sem vizsgálta meg. Mivel az Orange azt állította, hogy a Bizottság a jogsértés tényleges, esetleg valószínű hatásait vette alapul a bírság összegének kiszámítása érdekében, a Törvényszéknek meg kellett volna vizsgálnia ezeket az érveket (nemcsak egyszerűen úgy foglalni állást, hogy azok „hatástalanok"), és ellenőriznie kellett volna, hogy a vitatott határozat tartalmazott-e konkrét, hiteles és kielégítő bizonyítékokat ezekről a hatásokról, amit nyilvánvalóan nem tett meg.

71. Ez annál is inkább így van, mivel az Orange arra utaló bizonyítékokat mutatott be a Törvényszéknek, hogy a Bizottság megközelítése téves. Ezeket a bizonyítékokat, amelyeket az Orange a fellebbezésében ismét részletez, a Törvényszék nem vette figyelembe.

72. Tekintettel arra, hogy a Bíróság nagytanácsa azóta, 2017. szeptember 6-án meghozta az Intel Corporation kontra Bizottság ítéletet (C-413/14 P, EU:C:2017:632), véleményem szerint azt annyiban kell értelmezni, amennyiben az a jelen ügy szempontjából releváns.

73. Összefoglalva, az Intel Corporation kontra Bizottság ítéletet (C-143/14 P, EU:C:2017:632) az azon ítéletet vitató fellebbezéssel kapcsolatban hozták, amelyben a Törvényszék megállapította, hogy a feltételhez kötött árengedmények és a kiszorító hatással járó egyéb korlátozások erőfölénnyel való visszaélésnek minősülnek, és ellentétesek az EUMSZ 102. cikkel. A Bíróság a Törvényszék ítéletét hatályon kívül helyezte, és megállapította, hogy a Törvényszék nem vizsgálta meg helyesen a szóban forgó hűségengedményeknek a verseny korlátozására való alkalmasságát (a továbbiakban: korlátozásra való alkalmasság). A Bíróság úgy vélte, hogy a korlátozásra való alkalmasság elemzését valamennyi körülményre tekintettel kellett volna elvégezni, ideértve az eljárás alá vont vállalkozás által a Bizottság megállapításainak vitatása érdekében bemutatott, valamennyi ellenkező értelmű érv és bizonyítási elem vizsgálatával történő elemzést is.

74. A Bíróság – miután az említett ítélet 137. pontjában idézte az ítélkezési gyakorlatát (1979. február 13-i Hoffmann-La Roche kontra Bizottság ítélet, 85/76, EU:C:1979:36, 89. pont) – a 138. pontban kifejti, hogy „*a fenti ítélkezési gyakorlatot* [mindazonáltal] *pontosítani kell* abban az esetben, ha az érintett vállalkozás a közigazgatási eljárás során bizonyítékokkal alátámasztva azt állítja, hogy a magatartása nem volt alkalmas a verseny korlátozására, különösen pedig arra, hogy kiváltsa a kifogásolt kiszorító hatásokat" (kiemelés tőlem).

75. Ha ez az eset áll fenn, a következő pont (139.) szerint „a Bizottság nem csupán arra köteles, hogy elemezze egyrészt a vállalkozás releváns piacon fennálló erőfölényes helyzetének jelentőségét, másrészt pedig a vitatott magatartás általi piaci lefedettség mértékét, valamint a szóban forgó engedmények feltételeit és azok nyújtásának módját, továbbá azok időtartamát és összegét, hanem az arra irányuló esetleges stratégia fennállását is meg kell vizsgálnia, hogy a vállalkozás kiszorítsa a hozzá képest legalább annyira hatékony versenytársakat (lásd analógia útján: 2012. március 27-i Post Danmark ítélet, C-209/10, EU:C:2012:172, 29. pont)".

76. Véleményem szerint egyáltalán nem kizárólag eljárási követelményről van szó.

77. Emlékeztetni kell arra, is, hogy ezen ítélet 133. pontja szerint „az EUMSZ 102. cikknek egyáltalán nem célja annak megakadályozása, hogy valamely vállalkozás saját érdemeinek köszönhetően erőfölényes helyzetbe kerüljön valamely piacon. E rendelkezés nem irányul annak biztosítására sem, hogy az erőfölényben lévő vállalkozásnál kevésbé hatékony versenytársak a piacon maradjanak (lásd többek között: 2012. március 27-i Post Danmark ítélet, C-209/10, EU:C:2012:172, 21. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat)" [14].

14 Lásd továbbá: Coates, K., *The Intel CJ Ruling: More Than A Nudge Towards Economic Analysis*, Competition Policy International, 2017. október, 4. o.

78. Mindenesetre és amennyiben az a jelen fellebbezést érinti, úgy vélem, hogy a fentiekből az következik, hogy egy olyan határozattal szemben, amelyben a Bizottság egy jogsértés fennállását állapítja meg, és a magatartásnak a versenytárs kiszorítására vagy a verseny és a fogyasztók akadályozására vagy minden egyéb módon történő befolyásolására való alkalmasságát vizsgálja, a Törvényszéknek szükségszerűen meg kell vizsgálnia a felperes azon érveinek összességét, amelyek a Bizottság azon megállapításainak érvényességét kifogásolják, amelyek a szóban forgó gyakorlatnak a verseny akadályozására való alkalmasságával kapcsolatosak.

79. Másképpen megfogalmazva, a Bíróság által az Intel Corporation kontra Bizottság ítéletben (C-413/14 P, EU:C:2017:632) a valamely jogsértő gyakorlat korlátozásra való alkalmasságának értékelése érdekében megfogalmazott elvek nemcsak akkor relevánsak, amikor egy jogsértés lényegével kapcsolatos megállapítás vitatásáról van szó (az ezen ítélet alapjául szolgáló ügy), hanem akkor is, ha a jogsértés jellegének és súlyának a bírság összegének meghatározása érdekében történő értékeléséről van szó (ahogyan a jelen fellebbezés esetében).

80. A Bizottság állításával ellentétben az Intel Corporation kontra Bizottság ítélet (C-413/14 P, EU:C:2017:632) analógia útján tehát alkalmazandó az 1/2003 rendelet 23. cikkének (3) bekezdésében előírt büntetés alapösszegének kiszámítása tekintetében.

81. Ugyanis, ahogyan arra a jogtudomány rámutat, míg a kartellügyekben („cartels”) a Bizottság a bírság összegének kiszámítása során nem köteles a jogsértés hatásait értékelni, a megközelítésnek szükségszerűen eltérőnek kell lennie erőfölénnyel való visszaélés esetén, ennélfogva a Bizottság nem támaszkodhat egyszerű *rules of thumb*-ra,[15] illetve nem lehet „általános[…] és elvont[…]” (a megtámadott ítélet 169. pontja).

82. Kétségtelen, hogy a Bizottság mérlegelési mozgástérrel rendelkezik a bírságok összegének meghatározása során,[16] azonban ez a mérlegelési mozgástér nem lehet korlátlan. Bizonyos elveket e meghatározás során figyelembe kell venni, többek között az egyenlő bánásmód és az arányosság elvét, azzal, hogy egy túlságosan széles körű mérlegelési mozgástér jogbizonytalansághoz vezet. Az arányosság elve ugyanis fontos korlátot jelent a Bizottságnak a bírságok összegének meghatározása tekintetében fennálló mérlegelési mozgásterét illetően.

83. A Dansk Rørindustri és társai kontra Bizottság ügyre vonatkozó indítványában (C-189/02 P, EU:C:2004:415, 129–130. pont és 132. pont), Tizzano főtanácsnok már felhívta a figyelmet bizonyos kockázatok megelőzésének szükségességére. Ebből két bekezdést emelek ki: „meg kell jegyezni, hogy az eddig [abban az ügyben] végzett vizsgálat éppen azt mutatja ki, hogy a Bizottság által alkalmazott számítási módszer a méltányosság vonatkozásában néhány kockázatot rejt magában” (129. pont), valamint hogy „[s]zerintem ugyanis az egyéniesítés követelményével és a »büntetés« fokozatosságával – a büntetési rendszer két alapelve mind büntető, mind közigazgatási területen – nem teljesen koherens, hogy ezekben az esetekben a számítási műveletek egy része *alapvetően formális és elvont, és ennélfogva konkrétan nem lehet hatással a bírság végösszegére* [*itt a megtámadott ítélet 169. pontjában átvett »általánosságban és elvontan« megközelítésre utalok*]. Azt sem hagyhatjuk figyelmen kívül, hogy – ugyanezen oknál fogva – fennáll az a veszély, hogy a nagyobb átláthatóság célkitűzése, amelyre az iránymutatás törekszik, nem teljesen valósítható meg” (130. pont, kiemelés tőlem). A főtanácsnok kétségeinek ad hangot azzal kapcsolatban, hogy a bírságok tehát megfelelnek a méltányos és észszerű szankció követelményének (133. pont).

15 Lásd: Lianos, I. és Geradin, D., Handbook on European Competition Law – Enforcement and Procedure, Edward Elgar, Cheltenham, 2013., 359. o. Lásd továbbá: Al-Ameen, A., Antitrust Fines-Seeking Justice, Competition Law Review, 2010., 7. szám, 83. és 88. o.

16 Lásd többek között: 2002. március 20-i LR AF 1998 kontra Bizottság ítélet (T-23/99, EU:T:2002:75, 231. pont).

84. Ezenkívül, azt a mérlegelési mozgásteret, amellyel a Bizottság a bírságok tekintetében rendelkezik, az 1/2003 rendelet és különösen a 23. cikkének (3) bekezdése szerinti korlátok között (és előírások alapján) kell alkalmazni: „[a] bírság mértékének meghatározásakor *tekintetbe kell venni* mind a *jogsértés súlyát*, mind annak időtartamát” (kiemelés tőlem), *függetlenül attól, hogy a szankció növeléséről vagy csökkentéséről van szó* (és ez ellentétes a 2006. évi iránymutatással, amely a jogsértés hatásainak figyelembevételét csak a bírság összegének növelése tekintetében írja elő). [17]

85. Ugyanakkor ezek a szempontok csak esetről esetre, az adott ügy összes körülményeinek figyelembevétele mellett értékelhetők, nem csak „általános[…] és elvont[…]” megközelítés alapján (a megtámadott ítélet 169. pontja). [18]

86. A fentieket alátámasztja az Intel Corporation kontra Bizottság ítélet (C-413/14 P, EU:C:2017:632) is, amennyiben először is az EUMSZ 102. cikk szerinti erőfölénnyel való visszaélés nem állapítható meg elvont módon, másodszor az adott ügy valamennyi körülményének részletesebb vizsgálata szükséges (az említett ítélet 142. pontja), és harmadszor, ahogyan arra Wahl főtanácsnok az indítványában [19] rámutat, „a kifogásolt magatartás erőfölénnyel való visszaéléssé minősítéséhez szükséges valószínűség[nek »valószínűnek« kellene lennie, és nem lehet, hogy az kizárólag] […] nem volna több a kiszorító hatás *pusztán elméleti lehetőségénél*, ahogyan azt a Bizottság javasolni tűnik”.

87. A Bíróságnak az Intel Corporation kontra Bizottság ítéletben (C-413/14 P, EU:C:2017:632) a jogsértéssel kapcsolatban előadott érvelését analógia útján alkalmazni kell a jogsértés jellegének, következésképpen a jogsértés súlyának a bírság meghatározása érdekében történő elemzésére is.

88. A jelen ügyben az Orange konkrét érveket terjesztett elő, magyarázatot adva arra, hogy a szóban forgó magatartás jellege és súlya miért nem igazolja a bírság összegét.

89. A jogsértés *jellege* és ennélfogva a *súlya* nagymértékben függ attól, hogy mennyiben hajlamos az Orange a szélessávú rendszerek lengyelországi kiskereskedelmi piacán kizárni a versenyt és ennélfogva hátrányos hatást gyakorolni a versenyre és a fogyasztókra.

90. Az Orange arra hivatkozik, hogy a Bizottság a vitatott határozatban korlátozott elemzést adott a károkozási elméletével kapcsolatban, amikor bemutatta a jogsértés tényleges és valószínű hatásaira vonatkozó értékelését. A közigazgatási eljárás során az Orange bizonyítékokat és érveket mutatott be a Bizottság által a káros hatások értékelése során elkövetett főbb hibák azonosítása érdekében.

17 Lásd az iránymutatás 31. pontját („[a] Bizottság annak érdekében is szükségesnek tarthatja a szankció növelését, hogy az meghaladja a jogsértéseknek köszönhető jogtalan hasznot, amennyiben annak mértéke felbecsülhető”). Az általam javasolt megközelítés azonos a következő ítéletekben alkalmazott megközelítésekkel: 1978. június 20-i Tepea kontra Bizottság ítélet (28/77, EU:C:1978:133, 66. és 67. pont); 1999. március 11-i Thyssen Stahl kontra Bizottság ítélet (T-141/94, EU:T:1999:48, 646. pont); 2009. július 9-i Peugeot és Peugeot Nederland kontra Bizottság ítélet (T-450/05, EU:T:2009:262, 301–305., 328 és –329. pont); 2010. július 1-jei AstraZeneca kontra Bizottság ítélet (T-321/05, EU:T:2010:266, 905. pont), valamint az enyhítő körülményeket illetően: 1995. április 6-i Martinelli kontra Bizottság ítélet (T-150/89, EU:T:1995:70, 60. pont); 1999. március 11-i Cockerill-Sambre kontra Bizottság ítélet (T-138/94, EU:T:1999:47, 572. pont).

18 Az általam javasolt értelmezést az ítélkezési gyakorlat és bizonyos tagállamok gyakorlata már alkalmazta: lásd a versenyjogra szakosodott brit bíróság (the Competition Appeal Tribunal, versenyügyi fellebbviteli bíróság, Egyesült Királyság) egyik jelentős ítéletét a „Construction Bid Rigging” ügyben, Case No. 1114–1119–1127–1129–1132–1133/1/1/09 (2011) CAT 3, 102. §; lásd továbbá az egyesült királyságbeli versenyhatóság bírságok összegének kiszámítására vonatkozó új iránymutatásának tervezetét, amely a bírság összegének meghatározása során figyelembe veszi a hatásokat (https://www.gov.uk/government/consultations/ca98-penalties-guidance). Analógia útján támaszkodhatunk a büntetőjogban használt elvekre is, amely jogterületen a hatás vagy akár a hatás hiánya is jelentős szerepet játszik (lásd például a brit Sentencing Guidelines Council által készített „Guideline – Overarching Principles: Seriousness” kiadványt, 2004, 3-4. o.) Lásd továbbá: Lianos és Geradin, i. m., 359. és 360. o.

19 Wahl főtanácsnoknak az Intel Corporation kontra Bizottság ügyre vonatkozó indítványa (C–413/14 P, EU:C:2016:788, 118. pont).

91. Ebből következik – ahogyan azt az Intel Corporation kontra Bizottság ítélet (C-413/14 P, EU:C:2017:632) is megerősíti –, hogy a Törvényszék többé már nem dönthetett úgy, hogy figyelmen kívül hagyja a felperes érveit, és a jelen ügyben meg kellett volna vizsgálnia az Orange által előterjesztett valamennyi bizonyítékot és érvet, amelyek a Bizottság arra vonatkozó megállapításai érvényességének kifogásolására irányultak, hogy az érintett gyakorlat alkalmas-e arra, hogy hátrányos hatást gyakoroljon a versenyre Lengyelországban.

92. Ugyanakkor a megtámadott határozatban a Törvényszék elutasította az Orange által arra alapított jogalapok vizsgálatát, hogy a Bizottság nem értékelte helyesen a felperes által elkövetett jogsértés tényleges, illetve valószínű hatásait, illetve ebben az értékelésben nem mutatott be konkrét, hiteles és kielégítő bizonyítékokat, amelyek igazolják többek között a 10%-os küszöbnek a bírság alapösszegének kiszámítása során történő alkalmazását.

93. A Törvényszék az Orange érveit teljes egészében elutasította megállapítva azt, hogy a Bizottság a jogsértésnek *sem* a tényleges, *sem* pedig a valószínű hatásait nem vette figyelembe, és pusztán „általánosságban és elvont módon" elemezte a jogsértés jellegét, úgy ítélve meg, hogy a magatartás alkalmas arra, hogy hátrányos hatást gyakoroljon a versenyre és a fogyasztókra (lásd a megtámadott ítéletet, 169. pont), mivel egy ilyen véletlenszerű, pontatlan és feltételes jellegű megközelítés számára elegendő volt.

94. A Törvényszék ebből azt a következtetést vonta le, hogy nem szükséges megvizsgálni a felperesnek a Bizottság által a tényleges vagy valószínű versenykorlátozó hatások értékelése során elkövetett hibákkal kapcsolatos érveit, mivel azok „hatástalanok" (lásd a megtámadott ítélet 173. pontját).

95. Úgy gondolom (az Orange-hoz hasonlóan), hogy meg kell állapítani, hogy a Bizottság a viszonválaszának 25. és 26. pontjában támogatja a Törvényszéknek a megtámadott ítélet 169. pontjában tett megállapításait, amikor azt állítja, hogy „[…] Kétségtelen tehát, hogy az Orange magatartása alkalmas arra, hogy hátrányos hatást gyakoroljon a versenyre és a fogyasztókra. […] A jelenlegihez hasonló ügynek *velejárói a legalább valószínű versenykorlátozó hatások*. […] [E]gy olyan visszaélésszerű magatartás, amely kizárhatja a versenyt, és amely megvalósul, *a versenyt csak torzítani tudja*, és ennélfogva kárt okozhat a fogyasztóknak" (kiemelés tőlem).

96. Ez a Bizottság által annak érdekében használt formalista megközelítésre mutat rá, hogy a bizonyítási teher alól egyszerű következtetések és feltételezések alapján, nem pedig a hatásokra vonatkozó konkrét bizonyítékokra történő hivatkozással, a szóban forgó fél ellentétes magyarázatainak kellő indokolással történő cáfolata nélkül mentesüljön.

97. A Bizottság megközelítésének támogatásával a Törvényszék nem ellenőrizte egyrészt, hogy a Bizottság által annak megállapítása érdekében hivatkozott tényeket, hogy a jogsértés hátrányos hatást gyakorolhat a versenyre, helyesen mutatták-e be, másrészt a Bizottság követett-e el mérlegelési hibát a káros hatások terjedelmével és valószínűségével kapcsolatos becslése során, valamint hogy az e tényekre alapított jogi következtetések pontosak voltak-e.

98. Ez az elvont megközelítés ellentétes azon bizonyítási követelményekkel, amelyekre Wahl főtanácsnok az Intel Corporation kontra Bizottság ügyre vonatkozó indítványában (C-413/14 P, EU:C:2016:788, 114–121. pont) már emlékeztetett, és amelyekkel csak egyetérteni tudok: „a [verseny korlátozására való] alkalmasság nem lehet pusztán hipotetikus vagy elméletileg lehetséges", és „a [verseny korlátozására való] alkalmasság értékelésének célja annak eldöntése, hogy a kifogásolt magatartás *minden valószínűség szerint* versenyellenes piaclezáró hatással bír-e", valamint „a feltételezhetően jogellenes magatartások [verseny korlátozására való] alkalmasságának értékelését annak megállapításaként kell értelmezni, hogy *a szóban forgó magatartás a körülmények összességére tekintettel nemcsak ambivalens hatásokat gyakorol a piacra*, […] *hanem hogy valóban megerősítést nyertek a feltételezett korlátozó hatások*" (kiemelés tőlem).

99. Ugyanígy egyetértek Mazák főtanácsnoknak a Deutsche Telekom kontra Bizottság ügyre vonatkozó indítványával (C-280/08 P, EU:C:2010:212), 64. pont, valamint a TeliaSonera Sverige ügyre (C-52/09, EU:C:2010:483, 39–40. pont) vonatkozó indítványával,[20] amelyek hasonló követelményeket írnak elő.

100. Úgy gondolom (az Orange-hoz hasonlóan), hogy a Törvényszék megközelítése a megtámadott ítéletben a Bíróságnak az Intel Corporation kontra Bizottság ítélet (C-413/14 P, EU:C:2017:632) 138–146. pontjában tett kijelentésével sem egyeztethető össze, amely szerint a Bizottságnak és „a Törvényszéknek meg kell vizsgálnia a felperes *azon érveit*, amelyek arra irányulnak, hogy megkérdőjelezzék az érintett engedményrendszer kiszorítási képességét illetően a Bizottság által tett megállapítások megalapozottságát” (kiemelés tőlem).[21]

101. Ennélfogva a Törvényszék által a megtámadott ítéletben alkalmazott megközelítés azonos azzal, amit a Bíróság az Intel Corporation kontra Bizottság ítéletben (C-413/14 P, EU:C:2017:632) (akárcsak Wahl főtanácsnok ebben az ügyben) kifogásolt, mint ahogyan az már előfordult a 2014. július 10-i Telefónica és Telefónica de España kontra Bizottság ítélet (C-295/12 P, EU:C:2014:2062) alapjául szolgáló ügyben első fokon, és amelyet az ezen ügyre vonatkozó indítványomban kifogásoltam (C-295/12 P, EU:C:2013:619).

102. A Törvényszék ezen megközelítése a bírságokról szóló 2006. évi iránymutatás 20. pontjával is ellentétes, amelynek értelmében „a súlyosságot minden egyes jogsértéstípusnál esetenként állapítják meg, valamennyi releváns körülmény figyelembevételével”[22].

103. Az, hogy a Törvényszék elutasította az Orange által előterjesztett érvek és bizonyítékok teljes körű és részletes vizsgálatát, szintén a vitatott határozat jogszerűségének megfelelő és teljes körű, az EUMSZ 263. cikk szerinti felülvizsgálatának hiányát jelenti.[23]

104. A Törvényszék ezenfelül tévesen alkalmazta a bírságnak a jogsértés jellege és ennélfogva az annak súlya tekintetében fennálló arányosságára vonatkozó feltételt, amellyel az Orange-t így a hatékony bírói jogvédelemtől fosztotta meg.

20 Lásd továbbá: a jelenleg folyamatban lévő Meo – Serviços de Comunicações e Multimédia ügy (C-525/16), valamint Wahl főtanácsnok ezen ügyre vonatkozó indítványa (EU:C:2017:1020), amely már rendelkezésre áll.

21 Ahogyan arra a jogtudomány (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. o.) rámutat: „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” és „the General Court is required to examine all of the defendant's arguments concerning the application of the test.” (kiemelés tőlem).

22 Az említett iránymutatás 19. pontja kifejti, hogy: „[a] bírság alapösszege az eladások értékéhez bizonyos meghatározott mértékben aránylik; az arányszámot a jogsértés súlyosságának függvényében állapítják meg, és a jogsértés éveinek számával szorozzák meg”, a 22. pontja pedig azt, hogy „[a]nnak eldöntéséhez, hogy az eladások értékének adott esetben alkalmazandó aránya alacsonyabb vagy magasabb legyen ennél a mértéknél, a Bizottság olyan tényezőket fog figyelembe venni, mint például a jogsértés jellege, az érintett felek összesített piaci részesedése, a jogsértés földrajzi kiterjedése, valamint az, hogy a jogsértés megvalósult-e”.

23 2011. december 8-i KME Germany és társai kontra Bizottság ítélet (C-272/09 P, EU:C:2011:810, 129–133. pont).

105. Egy bírság ugyanis nem tekinthető arányosnak, ha az annak összegét meghatározó, a vitatott határozatban bemutatott elemeket (főleg, ha a jogsértés jellegéről és ennélfogva annak súlyáról van szó) a Törvényszék nem vizsgálta meg helyesen,[24] ami nem szorítkozhat az iránymutatásnak való megfelelés ellenőrzésére, hanem magának kell ellenőriznie a szóban forgó szankciónak való megfelelést.[25]

106. Az Intel Corporation kontra Bizottság ítéletben (C-413/14 P, EU:C:2017:632) a Bíróság nagyon egyértelműen emlékeztetett arra, hogy még egy olyan magatartás sem *ítélhető el önmagában*, amely úgy tekinthető, hogy a verseny szempontjából kétségeket támaszt.

107. A fentiek után lehetséges, hogy a Bizottság a jelen ügyben végső soron pernyertes lehet, azonban nem azt megelőzően, hogy a Törvényszék megvizsgálná az Orange által a harmadik jogalap második része keretében első fokon felhozott érveket.

108. Ennélfogva a második jogalap számomra megalapozottnak tűnik. A megtámadott ítéletet hatályon kívül kell helyezni, az ügyet pedig az Orange által felhozott érvek vonatkozásában új határozat meghozatala céljából vissza kell utalni a Törvényszékhez.

C. Az Orange által elvégzett befektetések enyhítő körülményként történő figyelembevételének mellőzése miatt fennálló téves jogalkalmazásra és az ügyiratban szereplő bizonyítékok ennek következtében történő elferdítésére alapított harmadik jogalapról

1. A felek érveinek összefoglalása

109. Az Orange azt állítja, hogy a Törvényszék – azáltal, hogy elutasította az arra vonatkozó érvelését, hogy a Bizottságnak az általa a lengyelországi szélessávú fix hálózat javítása érdekében végrehajtott befektetéseket enyhítő körülménynek kellett volna minősítenie – elferdítette az ügyiratokban szereplő bizonyítékokat, és számos alkalommal tévesen alkalmazta a jogot és/vagy követett el nyilvánvaló értékelési hibát, amely enyhítő körülmények mindegyikének a bírság összegének csökkentését kellett volna eredményeznie.

110. Először is, a megtámadott ítélet 208. pontjának végén a Törvényszék helyesen utasította el a Bizottság által a vitatott határozat (915) preambulumbekezdésében előadott érvelést, azzal indokolva, hogy az enyhítő körülményként történő minősítés tekintetében nem releváns az, hogy ezek a befektetések nem változtatják meg a jogsértés jellegét. Ugyanakkor, a megtámadott ítélet 192–209. pontjában figyelmen kívül hagyta a vitatott határozatban foglalt, az ezen befektetések enyhítő körülményként történő minősítésének mellőzése érdekében kifejtett indokolást, és azt a saját indokolásával helyettesítette. Ennélfogva megsértette az azt előíró szabályt, hogy az EUMSZ 263. cikkben foglalt jogszerűségi felülvizsgálat keretében a megtámadott aktus szerzőjének indokolását nem helyettesítheti a saját indokolásával.

111. Másodszor, a Törvényszék tévesen alkalmazta a jogot és/vagy nyilvánvaló mérlegelési hibát követett el, amikor akként foglalt állást, hogy a szóban forgó befektetések nem minősíthetők ellentételezés jellegű intézkedésként. Egyfelől, a megtámadott ítélet 199–201. pontjában megállapítottakkal ellentétben a 2009. április 30-i Nintendo és Nintendo of Europe kontra Bizottság

24 Lásd: a Telefónica és Telefónica de España kontra Bizottság ügyre vonatkozó indítványom (C-295/12 P, EU:C:2013:619, 107. pont és azt követő pontok). Ahogyan arra a jogtudomány (Forrester, I. S., „A challenge for Europe's judges: the review of fines in competition cases", European Law Review, 36. kötet, 2. szám, 2011., 185. és 197. o.) rámutat: „review [of fines should ask] whether the punishment imposed on an undertaking corresponded to the individual gravity of misconduct".

25 Lásd ebben az értelemben: 2011. december 8-i Chalkor kontra Bizottság ítélet (C-386/10 P, EU:C:2011:815, 78. pont). Egyébként egy olyan bírságmegállapítási rendszer, amely figyelembe veszi a jogsértés hatását, jobban összhangban lenne az arányosság elvével, amely előírja, hogy: „penalties should come as a direct response to an infringer's wrongdoing" (lásd: Fish, M., „An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment", Oxford Journal of Legal Studies, 2008., 28. és 57. o.).

ítéletből (T-13/03, EU:T:2009:131), valamint a nemzeti versenyhatóságok határozataiból azt a következtetést lehet levonni, hogy a kártérítés fogalma inkább a természetbeni, nem pedig a pénzügyi jellegű kedvező hatásokra vonatkozhat, még akkor is, ha közvetettek. A 2014/104 irányelv 18. cikkének (3) bekezdése ezt megerősíti. Másfelől, a jelen ügyben lehetetlen lett volna a közvetlen kártérítések mennyiségét meghatározni, és azokat pontosan és hatékonyan odaítélni. Ennélfogva, ha az Orange a szóban forgó befektetéseket nem egyoldalúan valósította volna meg, amelynek jelentőségét és kedvező hatásait az UKE és az alternatív szolgáltatók elismerték, kevés személy kapott volna kártérítést. Ezenkívül, a megtámadott ítélet 204–206. pontjában a Törvényszék tévesen állapította meg azt, hogy ezek a kedvező hatások az UKE-val kötött megállapodásból, nem pedig ezen befektetésekből erednek.

112. Harmadszor, a Törvényszék tévesen alkalmazta a jogot, és elferdítette az ügyiratokban szereplő bizonyítékokat, amikor a megtámadott ítélet 202. pontjában megállapította, hogy a befektetéseket az Orange-nak az UKE által tervezett funkcionális szétválasztás elkerülésére irányuló szándéka motiválta. Egyetlen, azon okokra vonatkozó érv sem szerepel a beadványokban, illetve a vitatott határozatban, amelyek miatt az Orange megkötötte a megállapodást az UKE-val, és a Törvényszék nem volt jogosult arra, hogy a Bizottság indokolását a saját indokolásával helyettesítse, különben az indokolás szabálytalan helyettesítésének, valamint a méltányosság és a védelemhez való jog megsértésének esete állna fenn. Ezenkívül, ezek a befektetések önkéntesek voltak, amit a Bizottság is elismert a vitatott határozat 140. pontjában.

113. Negyedszer, a Törvényszék a megtámadott ítélet 203. pontjában tévesen állapította meg azt, hogy a szóban forgó befektetések „a kereskedelmi forgalom normális elemét képezik”. Ez az állítás ellentmond az ezen ítélet 202. pontjában tett állításnak, mivel ugyanazon befektetések egyszerre nem lehetnek a szabályozási beavatkozás által jelentett fenyegetés eredményei és a normális kereskedelmi forgalom egyik eleme. Mindenesetre e befektetéseket – mivel közülük egyesek gazdaságilag nem voltak megvalósíthatók – nem megtérülési céllal, hanem a jogsértő magatartás miatt kárt szenvedett személyek kárának megtérítése érdekében hajtották végre.

114. Egyébként az enyhítő körülmények nem jelentenek zárt kategóriát, és a precedens hiánya nem jelenti az enyhítő körülmény fennállása elismerésének akadályát.

115. A Bizottság megjegyzi, hogy a jelen jogalapot mint hatástalant és/vagy elfogadhatatlant el kell utasítani.

116. Ezenkívül, a jelen jogalap nem megalapozott, mivel az Orange nem bizonyította, hogy az alkalmazandó jogi háttér értelmében a Törvényszéknek a szóban forgó befektetéseket ellentételezés jellegű intézkedésnek kellett volna tekintenie.

117. Először is a Bizottság mérlegelési mozgástérrel rendelkezik annak meghatározása során, hogy a bírság összegének enyhítő körülmények alapján történő esetleges csökkentése mekkora jelentőséggel bír.

118. Másodszor, a Törvényszék nem a bírság összege csökkentésének „Bizottság által történő elutasítását igazoló új indokokat” vett alapul.

119. Harmadszor, a Törvényszék azon állítása, amely szerint a befektetéseket a szabályozásban előírt szankciók elkerülésére irányuló szándék motiválta, a Bizottság által a vitatott határozatban hivatkozott funkcionális szétválasztás jelentette fenyegetéssel kapcsolatos bizonyítékok Törvényszék általi vizsgálatából ered. A Törvényszék nem állapította meg sem azt, hogy a funkcionális szétválasztás veszélye az UKE-val kötött megállapodás aláírásának egyetlen oka volt, és ezen befektetések önkéntes jellegét sem utasította el.

120. Negyedszer, a Törvényszék nem követett el hibát, amikor megállapította, hogy a befektetések és azok lehetséges kedvező hatásai az UKE-val kötött megállapodás részét képezik.

121. A PIIT az Orange-hoz hasonlóan azt állítja, hogy a szóban forgó befektetések jellegüknél fogva jogorvoslati jellegűek, ahogyan az a PIIT által a Törvényszékhez benyújtott észrevételekben előadott ténybeli elemekből következik. Következésképpen a Törvényszék tévesen alkalmazta a jogot azáltal, hogy azokat nem vette figyelembe enyhítő körülményként. Ezenkívül a PIIT által bemutatott bizonyítékok értékelése során hibát követett el, és azok tartalmát elferdítette különösen akkor, amikor a megtámadott ítélet 204. pontjában azt állította, hogy a PIIT által a beadványában előterjesztett álláspontok és az ahhoz mellékletként csatolt dokumentumok között ellentmondás van. A megtámadott ítélet 206. pontjában azt is tévesen állapította meg, hogy az alternatív szolgáltatók és a végfelhasználók számára kedvező hatásokat kizárólag az UKE-val kötött megállapodásnak, és nem ezeknek a befektetéseknek kell tulajdonítani.

122. Az ECTA lényegében a Bizottság által előadotthoz hasonló érvelést mutat be.

2. Értékelés

123. Úgy vélem, hogy ez a jogalap elfogadhatatlan, amennyiben az Orange valójában a Törvényszék tényértékelését vitatja, és a Bíróságot arra hívja fel, hogy értékelje újra a Törvényszék által megállapított tényeket.

124. Az Orange ugyanis vitatja a Törvényszék azon megállapítását, amelyet az Orange-nak a szóban forgó befektetések vállalásával kapcsolatos motivációjára, azok jellegére és a lehetséges következményeire vonatkozóan tett. Ezen elemek mindegyike ténybeli elem. A Bíróság ítélkezési gyakorlatának megfelelően „egy ténymegállapítás a Törvényszék önálló mérlegelési jogkörébe tartozik, amelyet a Bíróság az általa végzett felülvizsgálat keretében nem helyettesíthet” (2012. június 15-i Otis Luxembourg és társai kontra Bizottság végzés, C-494/11 P, nem tették közzé, EU:C:2012:356, 48. pont).

125. Ezenkívül ez a jogalap számomra megalapozatlannak tűnik.

126. Bár az EUMSZ 263. cikkben foglalt jogszerűségi vizsgálat keretében a Törvényszék felhatalmazással rendelkezik arra, hogy a felek által elé terjesztett bizonyítékokat megvizsgálja és használja,[26] az állandó ítélkezési gyakorlat szerint azonban ennek keretében az uniós bíróságok mindenesetre nem helyettesíthetik a megtámadott aktus kibocsátójának indokolását a saját indokolásukkal.[27]

127. Ugyanakkor, mivel az uniós bíróság a korlátlan felülvizsgálati jogkörét gyakorolja, a szankció jogszerűségének egyszerű felülvizsgálatán túl felhatalmazással rendelkezik arra, hogy e szankció összegének meghatározása tekintetében az ezen összeget eredetileg meghatározó jogi aktus kibocsátójának értékelését a saját értékelésével helyettesítse, mivel e korlátlan felülvizsgálati jogkör azonban szigorúan a bírság összegének meghatározására korlátozódik.[28]

128. Ezen elvek alapján egyetértek a Törvényszék megállapításaival.

26 Lásd többek között ebben az értelemben: 2016. január 21-i Galp Energía España és társai kontra Bizottság ítélet, C-603/13 P, EU:C:2016:38, 72. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat.

27 2013. január 24-i Frucona Košice kontra Bizottság ítélet C-73/11 P, EU:C:2013:32, 89. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat; 2016. január 21-i Galp Energía España és társai kontra Bizottság ítélet, C-603/13 P, EU:C:2016:38, 73. pont.

28 Lásd: 2016. január 21-i Galp Energía España és társai kontra Bizottság ítélet, C-603/13 P, EU:C:2016:38, 75. és 76. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat; lásd továbbá: 2011. december 8-i KME Germany és társai kontra Bizottság ítélet, C-389/10 P, EU:C:2011:816, 129–133. pont. Lásd továbbá a Telefónica és Telefónica de España kontra Bizottság ügyre vonatkozó indítványomat (C-295/12 P, EU:C:2013:619), ahol ezeket a problémákat részletesen elemeztem.

129. A Törvényszék ugyanis itt a vitatott határozatra vonatkozó saját értékelését, valamint a felek által az eljárás során benyújtott észrevételeket vette alapul.[29] Ezeket a megállapításokat az Orange-nak éppen az ezen ügyre hivatkozó érveire válaszul tette. Az Orange tehát nem állíthatja azt, hogy a Törvényszék a Bizottság ebben a tekintetben kifejtett indokolását a saját indokolásával helyettesítette.

130. Végül, a Törvényszék azon következtetése, hogy a befektetéseket a funkcionális szétválasztáshoz hasonló szankciók elkerülésére vonatkozó szándék motiválta, egyértelműen a vitatott határozat egyes pontjain alapult.[30] Az Orange tudatában volt e bizonyítékoknak, és azokat soha nem vitatta.

131. Továbbá, a Törvényszék azon megállapítására is tekintettel, amely szerint a szóban forgó befektetések „a kereskedelmi forgalom […] elemét képezik", és azokat „megtérülési céllal [végezték] el", nem állapítható meg, hogy a Törvényszék a Bizottság indokolását a saját indokolásával helyettesítette. Az általa annak felderítése érdekében végzett felülvizsgálat során, hogy a Bizottság követett-e el hibát, a Törvényszék épp ellenkezőleg, az Orange által felhozott érvekre válaszolt a felek által előterjesztett bizonyítékokat is figyelembe véve. A Bizottság válasza (133. pont) és a viszonválasz (64. pont) ugyanis egyaránt tartalmaznak olyan elemeket, amely alapján a Törvényszék elutasíthatja a felperes érveit, és megállapíthatja, hogy az Orange az általa elvégzett befektetéseket valójában a saját érdekében vállalta. Ezenkívül a vitatott határozat számos olyan elemet tartalmaz, amelyek a távközlési ágazatban a befektetésekre irányuló folyamatos erőfeszítések fontosságát (a vitatott határozat (807) preambulumbekezdése), valamint az Orange-nak a befektetésre irányuló általános ösztönzését (méretgazdaságosság) (ugyanezen határozat (661) preambulumbekezdése) mutatják.

132. Végül (a Bizottsághoz hasonlóan) úgy vélem, hogy a Törvényszék nem a bírság összege csökkentésének „Bizottság által történő elutasítását igazoló új indokokat" vett alapul. A Törvényszék által megvizsgált valamennyi elem, valamint a szóban forgó befektetések enyhítő körülményként történő minősítésének elkerülése érdekében bemutatott valamennyi indok a Törvényszék elé terjesztett beadványokból és a vitatott határozatból származott. Ezenkívül a Törvényszék – miután úgy foglalt állást, hogy a bírság összegét nem módosítja – pusztán a felülvizsgálati jogkörét gyakorolta.

133. Ezenkívül, az Orange állításával ellentétben a Törvényszék a megtámadott ítélet 204–206. pontjában nem azt a következtetést vonta le, hogy a szóban forgó befektetéseknek nincsenek kedvező hatásai. A Törvényszék ugyanis a Bizottság által használt dokumentumokra vonatkozó saját elemzése alapján azt állapította meg, hogy azok közül egyes dokumentumok megerősítik, hogy az alternatív szolgáltatók és az UKE egyaránt elismerték a befektetések kedvező hatásait. A Törvényszék a megtámadott ítélet 203. pontjában azt is elismerte, hogy a végfelhasználók és az alternatív szolgáltatók számára fennállhatnak bizonyos közvetett hasznok. Ugyanakkor megállapította, hogy ezek a kedvező hatások nem teszik tévessé a Bizottság által abban a tekintetben lefolytatott vizsgálatot, hogy az Orange számára megtagadták az enyhítő körülmények kedvezményében való részesülést vagy mindenesetre a bírság összegének ezen a címen történő csökkentésének igazolását – ami alapvetően különbözik a kedvező hatások elismerésének megtagadásától.

134. Az Orange szerint (fellebbezés, 64. pont) az enyhítő körülmények vizsgálata során történt téves jogalkalmazás és a nyilvánvaló mérlegelési hiba azzal a megállapítással kapcsolatos, hogy: egyrészt csak a közvetlen pénzbeli kártérítés jelenthet ellentételezés jellegű intézkedést, valamint hogy másrészt a szóban forgó befektetéseknek nem célja a harmadik személyek kárának megtérítése.

29 Lásd a megtámadott ítélet 193., 194., 196. és 197. pontját, valamint a Törvényszék következtetését a 200. és a 201. pontban.

30 Lásd a megtámadott ítéletet (215. pont), ezenkívül a funkcionális szétválasztás kockázatára ezen ítélet 17. pontjában is történt hivatkozás, és ugyanezen ítélet 197. pontjában részletesebb elemzés is található.

135. Nem osztom ezt az álláspontot. Először is az állandó uniós ítélkezési gyakorlat szerint az iránymutatás nem sorolja fel imperatív jelleggel azon enyhítő körülményeket, amelyeket a Bizottság köteles figyelembe venni. Következésképpen a Bizottság bizonyos mértékű mérlegelési mozgástérrel rendelkezik arra nézve, hogy enyhítő körülmény címén átfogó módon értékelhesse a bírságösszeg esetleges csökkentésének mértékét.[31] Következésképpen a 2006. évi iránymutatás nem kimerítő jellegű felsorolást tartalmaz azokról a tényezőkről, amelyekről a Bizottság úgy dönthet, hogy enyhítő körülmények címén figyelembe vesz.

136. Egyébként meg lehet jegyezni, hogy egyre inkább kivételes eset az, hogy a Bizottság enyhítő körülményeket vesz figyelembe a bírság összegének csökkentése érdekében, és különösen a 2006. évi iránymutatás óta.[32]

137. Másodszor, az uniós bíróságok soha nem ismerték el azt, hogy a jelen ügyben szóban forgóhoz hasonló befektetések a bírság mértékének csökkentését igazoló enyhítő körülményeknek tekinthetők.

138. A bírság összegének a nyújtott kártérítések miatt történő csökkentése elrendelésének lehetőségével kapcsolatos egyetlen ítéletében[33] a Törvényszék a kivételes körülményekre tekintettel elismerte „[a szóban forgó vállalkozás] által a [jogsértés] következtében károkat szenvedett, a kifogásközlésben azonosított harmadik személyek számára nyújtott pénzbeli kártérítések” figyelembevételét.

139. Ebben az ügyben a Bizottság a Nintendóval szemben kiszabott bírság összegét 300 000 euróval csökkentette, a kifogásközlésben azonosított, a jogsértő magatartások következtében vagyoni kárt szenvedett harmadik személyek részére nyújtott, 375 000 euró összegű kártérítések figyelembevétele érdekében.[34] Ebben a tekintetben releváns a Törvényszék által a megtámadott ítélet 201. pontjában idézett Independent Schools ügy is (az Egyesült Királyság versenyhatóságának 2006. november 20-i határozata, CA 98/05/2006. ügy).

140. Egyébként a Bizottság határozathozatali gyakorlatában enyhébb megközelítésre ez idáig semmilyen utalás nem történt. Közelebbről az „előszigetelt csövek” ügyre[35] vonatkozó határozatában a Bizottság úgy határozott, hogy csökkenti *a kartell egyik résztvevőjének bírságát az általa a kifogásközlésben akként azonosított vállalkozásnak fizetett „jelentős kártérítésre” tekintettel*, hogy ő az egyike azoknak, akik ellen a jogsértés elkövetői összehangolt intézkedéseket hoztak a tevékenységeiknek történő károkozás, ezen tevékenységeknek valamely tagállam területére történő korlátozása, vagy a vállalkozásnak a piacról való egyszerű kiszorítása érdekében.

141. Végül, ahogyan arra a Bizottság rámutat, a szóban forgó befektetések semmilyen kapcsolatban nem állnak a jogsértéssel, és nem volt céljuk az alternatív szolgáltatók és a végfelhasználók számára az általuk elszenvedett esetleges károk megtérítése.

31 2004. július 8-i Dalmine kontra Bizottság ítélet (T-50/00, EU:T:2004:220, 326. pont); 2011. június 16-i FMC Foret kontra Bizottság ítélet (T-191/06, EU:T:2011:277, 333. pont.); 2011. március 3-i Siemens és VA Tech kontra Bizottság ítélet (T-122/07–T-124/07, EU:T:2011:70), 208. pont; 2006. december 14-i Raiffeisen Zentralbank Österreich kontra Bizottság ítélet, (T-259/02–T-264/02 és T-271/02, EU:T:2006:396, 473. pont); 2009. május 6-i KME Germany és társai kontra Bizottság ítélet (T-127/04, EU:T:2009:142, 115. pont); 2010. szeptember 8-i Deltafina kontra Bizottság ítélet (T-29/05, EU:T:2010:355, 348. pont).

32 Lásd: Bernardeau, L., és Christienne, J.-P., Les amendes en droit de la concurrence, Larcier, Brüsszel, 2013., 166. o. (ugyanis az első tíz olyan határozatban, amelyek keretében a Bizottság a 2006. évi iránymutatást alkalmazta, semmilyen enyhítő körülményt nem ismertek el).

33 2009. április 30-i Nintendo és Nintendo of Europe kontra Bizottság ítélet (T-13/03, EU:T:2009:131, 23. pont).

34 2009. április 30-i Nintendo és Nintendo of Europe kontra Bizottság ítélet, T-13/03, EU:T:2009:131, 204. pont, valamint az EK-Szerződés 81. cikke és az EGT-Megállapodás 53. cikke alkalmazására vonatkozó eljárásban (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution és COMP/36.321 Omega – Nintendo) 2002. október 30-án hozott bizottsági határozat (HL 2003. L 255., 33. o.), (440) és (441) preambulumbekezdés.

35 Az EK-Szerződés 85. cikkének alkalmazására vonatkozó eljárásban (IV/35.691/E-4. sz., „előszigetelt csövek”-ügy) 1998. október 21-én hozott 1999/60/EK bizottsági határozat (HL 1999. L 24., 1. o.), (a (25) és (172) preambulumbekezdés). Lásd továbbá: az EGK-Szerződés 86. cikkének alkalmazására vonatkozó eljárásban (IV/28 851. sz., General Motors Continental ügy) 1974.december 19-én hozott 75/75/EGK bizottsági határozat (HL 1975. L 29., 14. o.).

142. Úgy vélem, hogy ez az eset kategorikusan nem zárható ki, ettől azonban még, ha a valamely erőfölényben lévő vállalkozás által a saját infrastruktúrájában a jogsértést követően elvégzett befektetések „automatikusan” enyhítő körülménynek minősülnének, ez sértené a bírságok visszatartó erejét.

143. Ahogyan arra a Bizottság rámutat, a 2014/104 irányelv 18. cikkének (3) bekezdése csak megerősíti azt, hogy a versenyhatóságoknak mérlegelési jogkörük van a sérelmet szenvedett felek részére történő közvetlen kifizetések enyhítő körülményként történő figyelembevétele tekintetében, valamint hogy az egyetlen figyelembe vehető kártérítés a sérelmet szenvedett fél részére közvetlenül fizetett vagyoni kártérítés.

144. Végül, a Törvényszék nem követett el hibát, amikor megállapította, hogy a befektetések és azoknak a lehetséges kedvező hatásai az UKE-val kötött megállapodás részét képezik. Ezenkívül a Törvényszék az elé benyújtott bizonyítékok fényében helyesen állapíthatta meg azt, hogy még ha feltételezzük is, hogy a szóban forgó befektetések az Orange által hivatkozott járulékos pozitív hatásokkal jártak, nem jelentettek a Bizottság által figyelembe vehető kártérítést.

145. Ennélfogva ezt a harmadik jogalapot mint elfogadhatatlant és mindenesetre mint megalapozatlant el kell utasítani.

IV. A költségekről

146. Mivel az ügyet a Bíróság visszautalja a Törvényszék elé, a jelen fellebbezési eljárás költségeiről jelenleg nem kell határozni.

V. Végkövetkeztetés

147. Ezen okokból azt javasolom, hogy a Bíróság a következőképpen határozzon:

– helyezze hatályon kívül az Európai Unió Törvényszékének 2015. december 17-i Orange Polska S.A. kontra Bizottság ítéletét (T-486/11, EU:T:2015:1002) annyiban, amennyiben a Törvényszék tévesen alkalmazta a jogot, mivel nem vizsgálta meg az Orange által a harmadik jogalap második, a jogsértés érintett piacokra gyakorolt hatására vonatkozóan a Bizottság által tett megállapítások hibáira alapított része keretében első fokon felhozott érveket, és ezáltal megsértette a hatékony bírói jogvédelem, valamint a büntetés arányosságának elvét,

– a fellebbezést az ezt meghaladó részében utasítsa el, és

– a fellebbezés második jogalapjához kapcsolódó érvelés újbóli vizsgálata céljából utalja vissza az ügyet a Törvényszék elé, az eljárás költségeiről pedig jelenleg ne határozzon.