Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
MELCHIOR WATHELET
της 21ης Φεβρουαρίου 2018 [1]

Υπόθεση C-123/16 P

Orange Polska S.A.
κατά

Ευρωπαϊκής Επιτροπής

«Αίτηση αναιρέσεως – Ανταγωνισμός – Κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως – Πολωνική αγορά των τηλεπικοινωνιών – Έννομο συμφέρον για τη διαπίστωση παραβάσεως διαπραχθείσας στο παρελθόν ενώ επιβλήθηκε πρόστιμο – Υπολογισμός του προστίμου – Σοβαρότητα – Συνεκτίμηση των συνεπειών της παραβάσεως – Ελαφρυντικές περιστάσεις»

1. Με την υπό κρίση αίτηση αναιρέσεως, η Orange Polska S.A. (στο εξής: Orange) ζητεί την αναίρεση της αποφάσεως του Γενικού Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 17ης Δεκεμβρίου 2015, Orange Polska κατά Επιτροπής (T-486/11, στο εξής: αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, EU:T:2015:1002), με την οποία απορρίφθηκε η προσφυγή της με αίτημα, κυρίως, την ακύρωση της αποφάσεως C(2011) 4378 τελικό της Επιτροπής [2] και, επικουρικώς, την ακύρωση ή μείωση του προστίμου που της είχε επιβληθεί με την εν λόγω απόφαση.

I. Το ιστορικό της διαφοράς και η επίμαχη απόφαση

2. Για τις ανάγκες της υπό κρίση αιτήσεως αναιρέσεως αρκεί να επισημανθούν τα ακόλουθα, ενώ πληρέστερη έκθεση περιέχεται στις σκέψεις 1 έως 34 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως.

3. Η Telekomunikacja Polska S.A. είναι εταιρία τηλεπικοινωνιών συσταθείσα στην Πολωνία το 1991 κατόπιν της ιδιωτικοποιήσεως ενός πρώην κρατικού μονοπωλίου. Μετά την εξαγορά από αυτήν, στις 7 Νοεμβρίου 2013, των εταιριών Orange Polska sp. z o.o. και Polska Telefonia Komórkowa – Centertel sp. z o.o., μετονομάστηκε σε Orange [3].

4. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή διαπίστωσε ότι η Orange ήταν ο μοναδικός πάροχος χονδρικής ευρυζωνικής προσβάσεως καθώς και αποδεσμοποιημένης προσβάσεως στον τοπικό βρόχο και ότι, κατά την περίοδο που καλύπτει η επίμαχη απόφαση, είχε υψηλά μερίδια στη λιανική αγορά.

1 Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.

2 Απόφαση της 22ας Ιουνίου 2011, σχετικά με διαδικασία εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ (υπόθεση COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska) (στο εξής: επίμαχη απόφαση).

3 Μολονότι η επίμαχη απόφαση αφορά την Telekomunikacja Polska και ο μετασχηματισμός της σε Orange έλαβε χώρα μετά το πέρας της έγγραφης διαδικασίας ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου, για τις ανάγκες της αιτήσεως αναιρέσεως και για λόγους απλουστεύσεως, είναι αρκετό να γίνεται στις παρούσες προτάσεις αναφορά μόνο στην Orange.

5. Επιπλέον, η Επιτροπή επισήμανε ότι το εφαρμοστέο κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών στην Πολωνία κανονιστικό πλαίσιο υποχρέωνε τον ορισθέντα από την εθνική ρυθμιστική αρχή [4] φορέα εκμεταλλεύσεως, ως φορέα με ισχύ στην αγορά παροχής δημόσιων δικτύων σταθερής τηλεφωνίας, εν προκειμένω την Orange, να παρέχει στους νέους φορείς εκμεταλλεύσεως –καλούμενους «εναλλακτικούς φορείς εκμεταλλεύσεως» (στο εξής: ΕΦΕ)– αποδεσμοποιημένη πρόσβαση στον τοπικό βρόχο του και στους συναφείς πόρους υπό όρους διαφανείς, δίκαιους και ισότιμους και τουλάχιστον εξίσου ευνοϊκούς με τους καθοριζόμενους σε προσφορά αναφοράς, υποβαλλόμενη από τον ορισθέντα φορέα εκμεταλλεύσεως και εγκρινόμενη κατόπιν διαδικασίας διεξαγόμενης ενώπιον του UKE. Από το 2005, ο UKE παρενέβη επανειλημμένως προκειμένου να θεραπεύσει τη μη τήρηση εκ μέρους της Orange των κανονιστικών υποχρεώσεών της.

6. Στις 22 Οκτωβρίου 2009, η Orange υπέγραψε με τον UKE συμφωνία δυνάμει της οποίας δεσμεύθηκε οικειοθελώς, ειδικότερα, να τηρεί τις κανονιστικές υποχρεώσεις της, να συνάψει με τους ΕΦΕ συμφωνίες αφορώσες την πρόσβαση υπό όρους σύμφωνους με τις οικείες προσφορές αναφοράς και να προβεί σε επενδύσεις για τον εκσυγχρονισμό του ευρυζωνικού δικτύου της (στο εξής: συμφωνία με τον UKE).

7. Στο άρθρο 1 της επίμαχης αποφάσεως, η Επιτροπή συνήγαγε ότι, αρνούμενη να παράσχει στους ΕΦΕ πρόσβαση στα δικά της προϊόντα χονδρικής ευρυζωνικής προσβάσεως, η Orange διέπραξε ενιαία και διαρκή παράβαση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, η οποία άρχισε στις 3 Αυγούστου 2005, ημερομηνία ενάρξεως των πρώτων διαπραγματεύσεων μεταξύ της Orange και ενός ΕΦΕ όσον αφορά την πρόσβαση στο δίκτυο της Orange βάσει της προσφοράς αναφοράς σχετικά με την πρόσβαση «local loop undbundling» (LLU), και διήρκεσε τουλάχιστον έως τις 22 Οκτωβρίου 2009, ημερομηνία υπογραφής της συμφωνίας με τον UKE.

8. Η Επιτροπή έλαβε μέτρα κατά της Orange επιβάλλοντάς της, όπως διευκρινίζεται στο άρθρο 2 της επίμαχης αποφάσεως, πρόστιμο 127 554 194 ευρώ, υπολογισμένο σύμφωνα με τις κατευθυντήριες γραμμές για τον υπολογισμό των προστίμων που επιβάλλονται κατ' εφαρμογήν του άρθρου 23, παράγραφος 2, στοιχείο α', του κανονισμού (ΕΚ) 1/2003 [5] (ΕΕ 2006, C 210, σ. 2, στο εξής: κατευθυντήριες γραμμές). Κατά τον υπολογισμό αυτόν, η Επιτροπή καθόρισε το βασικό ποσό του προστίμου λαμβάνοντας υπόψη το 10 % της μέσης αξίας των πωλήσεων της Orange στις οικείες αγορές και πολλαπλασιάζοντας το ποσό αυτό με συντελεστή 4,2, ο οποίος αντιστοιχεί στη διάρκεια της παραβάσεως, αποφάσισε δε να μην αναπροσαρμόσει το ποσό αυτό λόγω επιβαρυντικών ή ελαφρυντικών περιστάσεων. Αφαίρεσε, εντούτοις, τα πρόστιμα που ο UKE είχε επιβάλει στην Orange για την παράβαση των κανονιστικών υποχρεώσεών της.

II. Η διαδικασία ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου και η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση

9. Με δικόγραφο που κατέθεσε στη Γραμματεία του Γενικού Δικαστηρίου στις 2 Σεπτεμβρίου 2011, η Orange άσκησε προσφυγή με αίτημα, κυρίως, την ακύρωση της επίμαχης αποφάσεως και, επικουρικώς, την ακύρωση ή μείωση του προστίμου που της είχε επιβληθεί με την απόφαση αυτή.

4 Η αρχικώς συσταθείσα αρχή αντικαταστάθηκε, από τις 16 Ιανουαρίου 2006, από τον Urząd Komunikacji Elektronicznej (οργανισμό ηλεκτρονικών επικοινωνιών, Πολωνία, στο εξής: UKE).

5 Κανονισμός του Συμβουλίου, της 16ης Δεκεμβρίου 2002, για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα [101 και 102 ΣΛΕΕ] (ΕΕ 2003, L 1, σ. 1).

10. Η Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji [πολωνική ένωση των τεχνολογιών της πληροφορίας και των τηλεπικοινωνιών (PIIT)], η οποία δήλωσε ότι είναι ένωση επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στον τομέα των τηλεπικοινωνιών στην Πολωνία, άσκησε παρέμβαση ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου υπέρ της Orange. Η European Competitive Telecommunications Association (ECTA), η οποία παρουσιάζεται ως ο αντιπροσωπευτικός φορέας της ανταγωνιστικής βιομηχανίας του ευρωπαϊκού τομέα των επικοινωνιών, άσκησε παρέμβαση ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου υπέρ της Επιτροπής.

11. Η Orange προέβαλε πέντε λόγους ακυρώσεως. Αφότου απέρριψε το σύνολο των λόγων ακυρώσεως ως αβάσιμων και αφότου έκρινε ότι ουδέν στοιχείο δικαιολογεί τη μεταβολή του ποσού του προστίμου, το Γενικό Δικαστήριο απέρριψε την εν λόγω προσφυγή στο σύνολό της.

III. Επί της αιτήσεως αναιρέσεως

12. Η Orange προβάλλει τρεις λόγους αναιρέσεως.

Α. Επί του πρώτου λόγου αναιρέσεως με τον οποίο προβάλλεται πλάνη περί το δίκαιο όσον αφορά την υποχρέωση της Επιτροπής να αποδείξει την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την έκδοση αποφάσεως διαπιστώνουσας παράβαση διαπραχθείσα στο παρελθόν

1. Συνοπτική έκθεση των επιχειρημάτων των διαδίκων

13. Η Orange επισημαίνει, αφενός, ότι δεν αμφισβητείται ότι, στην επίμαχη απόφαση, η Επιτροπή δεν αιτιολόγησε την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για τη διαπίστωση της επίμαχης παραβάσεως και, αφετέρου, ότι η εν λόγω παράβαση είχε παύσει σχεδόν δεκαοκτώ μήνες πριν από την έκδοση της επίμαχης αποφάσεως. Επομένως, η παράβαση διαπράχθηκε στο παρελθόν. Πάντως, στη σκέψη 76 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, κρίνοντας ότι η Επιτροπή όφειλε να αποδείξει, δυνάμει του άρθρου 7, παράγραφος 1, του κανονισμού 1/2003, την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για τη διαπίστωση παραβάσεως όταν, ταυτοχρόνως, η παράβαση αυτή έχει παύσει και η Επιτροπή δεν επιβάλλει πρόστιμο, το Γενικό Δικαστήριο άφησε να νοηθεί ότι αυτή ήταν η μόνη περίσταση στην οποία η Επιτροπή έπρεπε να αποδείξει την ύπαρξη τέτοιου συμφέροντος. Υπ' αυτή την έννοια, η κρίση αυτή συνιστά πλάνη περί το δίκαιο κατά την ερμηνεία της εν λόγω διατάξεως. Εξάλλου, το Γενικό Δικαστήριο έσφαλε επίσης περιορίζοντας, στη σκέψη 77 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, την υποχρέωση της Επιτροπής να αποδείξει την ύπαρξη τέτοιου συμφέροντος μόνο στις περιπτώσεις στις οποίες το δικαίωμα επιβολής προστίμων έχει παραγραφεί.

14. Συναφώς, η Orange υποστηρίζει, ευθύς εξαρχής, ότι το γράμμα του άρθρου 7, παράγραφος 1, του κανονισμού 1/2003 είναι σαφές. Δεν μπορεί να συναχθεί εξ αυτού ότι, όταν δύναται να επιβληθεί πρόστιμο, δεν είναι αναγκαίο να προσδιοριστεί η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για τη διαπίστωση παραβάσεως σε σχέση με συμπεριφορά η οποία έχει παύσει. Επιπλέον, μόνο η διάταξη αυτή παρέχει στην Επιτροπή την εξουσία να διαπιστώσει παράβαση των άρθρων 101 ή 102 ΣΛΕΕ. Τόσο η αιτιολογική σκέψη 11 του κανονισμού 1/2003 όσο και οι προπαρασκευαστικές εργασίες σχετικά με τον κανονισμό αυτόν και η διοικητική πρακτική της Επιτροπής επιβεβαιώνουν ότι η υποχρέωση της τελευταίας να αποδεικνύει την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για τη διαπίστωση παραβάσεως διαπραχθείσας στο παρελθόν υφίσταται ανεξάρτητα από την επιβολή προστίμου.

15. Εν συνεχεία, ουδέν στοιχείο δικαιολογεί να εξαρτάται η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 7 του κανονισμού 1/2003 από την εξουσία της Επιτροπής να επιβάλλει πρόστιμα. Συγκεκριμένα, η εξουσία της Επιτροπής να διαπιστώνει παράβαση δεν υπόκειται σε καμία προθεσμία παραγραφής και παρέχεται σε αυτήν από τμήμα του κανονισμού 1/2003 χωριστό από εκείνο στο οποίο παρέχεται σε αυτήν η εξουσία επιβολής προστίμων.

16. Τέλος, το γεγονός ότι, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 16 του κανονισμού 1/2003, η διαπίστωση, από την Επιτροπή, παραβάσεως διαπραχθείσας στο παρελθόν αποδεικνύει, στο πλαίσιο αγωγών αποζημιώσεως, την ευθύνη της συγκεκριμένης επιχειρήσεως, καθώς και το γεγονός ότι μια τέτοια διαπίστωση μπορεί να θίξει την επιχείρηση αυτή, ακόμη και ελλείψει επιβολής προστίμου, λόγω της αναστολής της κατά το άρθρο 10, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/104/ΕΕ του Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου[6] προθεσμίας παραγραφής, δικαιολογούν να επιβάλλεται στην Επιτροπή να εκθέτει στην απόφασή της τους λόγους που αποδεικνύουν το έννομο συμφέρον της να διαπιστώσει παράβαση αναγόμενη στο παρελθόν, την οποία η επιχείρηση έπαυσε οικειοθελώς.

17. Επομένως, εν προκειμένω, η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση πρέπει να αναιρεθεί και η επίμαχη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί, καθόσον η Επιτροπή δεν αιτιολόγησε, στην επίμαχη απόφαση, έννομο συμφέρον για τη διαπίστωση της παραβάσεως που διαπράχθηκε από την Orange στο παρελθόν.

18. Η Επιτροπή υποστηρίζει, κατ' ουσίαν, ότι η επιχειρηματολογία της Orange είναι παράλογη, καθόσον θα έχει ως αποτέλεσμα η εξουσία της Επιτροπής για την επιβολή προστίμων να υφίσταται μόνο για τωρινές παραβάσεις και η Επιτροπή να μην μπορεί, σε όλες τις άλλες περιπτώσεις, και ιδίως όταν επιβάλλεται πρόστιμο για παράβαση που έχει ήδη παύσει, όπως συμβαίνει στις περισσότερες αποφάσεις της Επιτροπής, να εκδώσει απόφαση χωρίς να αποδείξει έννομο συμφέρον προς τούτο.

19. Εν προκειμένω, η Επιτροπή επέβαλε πρόστιμο στην Orange για ενιαία και συνεχή παράβαση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, από τις 3 Αυγούστου 2005 έως τουλάχιστον τις 22 Οκτωβρίου 2009. Δεδομένου ότι η επιβολή προστίμου αρκεί για την αιτιολόγηση της διαπιστώσεως παραβάσεως, η Επιτροπή δεν όφειλε να αποδείξει, επιπλέον, την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος να προβεί στη διαπίστωση αυτή. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος αναιρέσεως είναι αβάσιμος.

20. Εξάλλου, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι ο πρώτος λόγος αναιρέσεως βάλλει μόνο κατά της σκέψεως 77 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, ενώ η Orange αποδέχεται τη σκέψη 76. Πάντως, η σκέψη 76 καθώς και η αιτιολογία που το Γενικό Δικαστήριο παραθέτει στις σκέψεις 74 και 75 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως αρκούν για να στηριχθούν τα συμπεράσματα που διατυπώνονται στις σκέψεις 78 και 79 της ίδιας αποφάσεως, βάσει των οποίων το Γενικό Δικαστήριο απέρριψε τον πρώτο λόγο ακυρώσεως. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος αναιρέσεως, ο οποίος βάλλει αποκλειστικά κατά της σκέψεως 77, είναι αλυσιτελής. Το επιχείρημα που προβάλλεται στο υπόμνημα απαντήσεως, ότι ο πρώτος λόγος αναιρέσεως βάλλει, στην πραγματικότητα, κατά των σκέψεων 74 έως 80 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, είναι απαράδεκτο ως εκπρόθεσμο.

21. Η PIIT δεν κατέθεσε παρατηρήσεις επί του πρώτου λόγου αναιρέσεως.

22. Η ECTA υποστηρίζει, κατ' ουσίαν, ότι η εξουσία της Επιτροπής για την επιβολή προστίμων, ανεξάρτητα από το αν έχει παύσει η παράβαση, θεμελιώνεται στο άρθρο 23, παράγραφος 2, του κανονισμού 1/2003 και, εκτός της υποχρεώσεως αποδείξεως προθέσεως ή αμέλειας, η διάταξη αυτή δεν εξαρτά την εν λόγω εξουσία από καμία άλλη προϋπόθεση. Η Orange επικαλέστηκε εσφαλμένως το άρθρο 7, παράγραφος 1, του εν λόγω κανονισμού.

6 Οδηγία της 26ης Νοεμβρίου 2014 σχετικά με ορισμένους κανόνες που διέπουν τις αγωγές αποζημιώσεως βάσει του εθνικού δικαίου για παραβάσεις των διατάξεων του δικαίου ανταγωνισμού των κρατών μελών και της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ 2014, L 349, σ. 1).

2. Εκτίμηση

α) Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

23. Με τον πρώτο λόγο αναιρέσεως, η Orange προσάπτει στο Γενικό Δικαστήριο ότι υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο όσον αφορά την ερμηνεία του άρθρου 7, παράγραφος 1, του κανονισμού 1/2003, μη απαιτώντας από την Επιτροπή να αποδείξει την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την έκδοση αποφάσεως διαπιστώνουσας παράβαση, ανεξάρτητα από την επιβολή ή μη προστίμου.

24. Το άρθρο 7, παράγραφος 1, του κανονισμού 1/2003 ορίζει ότι, «[α]ν η Επιτροπή διαπιστώσει [...] παράβαση του άρθρου [101 ή 102 ΣΛΕΕ], δύναται να υποχρεώσει με απόφασή της τις εμπλεκόμενες επιχειρήσεις [...] να θέσουν τέλος στη διαπιστωθείσα παράβαση. [...] Εφόσον έχει σχετικό έννομο συμφέρον, η Επιτροπή μπορεί επίσης να διαπιστώνει ότι η παράβαση έχει διαπραχθεί στο παρελθόν».

25. Στη σκέψη 76 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Γενικό Δικαστήριο συνήγαγε από το γράμμα της εν λόγω διατάξεως καθώς και από απόσπασμα της αιτιολογικής εκθέσεως που συνόδευε την πρόταση που οδήγησε στην έκδοση του εν λόγω κανονισμού ότι «απόκειται στην Επιτροπή να αποδείξει την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για τη διαπίστωση παραβάσεως όταν, ταυτοχρόνως, η παράβαση αυτή έχει παύσει και η Επιτροπή δεν επιβάλλει πρόστιμο».

26. Επιπλέον, στη σκέψη 77 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι το συμπέρασμα αυτό συνάδει με τη νομολογία του σχετικά με την ύπαρξη συνδέσμου μεταξύ, αφενός, της υποχρεώσεως της Επιτροπής να αποδείξει έννομο συμφέρον για τη διαπίστωση παραβάσεως και, αφετέρου, της παραγραφής του δικαιώματός της να επιβάλει πρόστιμα. Κατά συνέπεια, στις σκέψεις 78 έως 80 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Γενικό Δικαστήριο απέρριψε τα σχετικά με την ακύρωση της επίμαχης αποφάσεως αιτήματα της Orange.

β) Επιχειρήματα της Επιτροπής περί ελλείψεως λυσιτέλειας του λόγου αναιρέσεως

27. Συναφώς, η επιχειρηματολογία της Επιτροπής (η οποία εκτίθεται στο σημείο 20 των παρουσών προτάσεων) δεν μπορεί να γίνει δεκτή.

28. Μολονότι η Orange παραπέμπει ρητώς μόνο στις σκέψεις 76 και 77 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως και δεν αμφισβητεί, αφ' εαυτού, το περιεχόμενο της σκέψεως 76, εντούτοις με τα επιχειρήματά της η Orange υποστηρίζει, κατ' ουσίαν, ότι από τη συνδυασμένη ανάγνωση των δύο αυτών σκέψεων προκύπτει ότι το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι οι μόνες περιπτώσεις όπου η Επιτροπή οφείλει να αποδεικνύει την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για τη διαπίστωση παραβάσεως του ενωσιακού δικαίου του ανταγωνισμού είναι εκείνες στις οποίες η εν λόγω παράβαση έχει παύσει και, ταυτοχρόνως, η Επιτροπή δεν επιβάλλει πρόστιμο, ιδίως για τον λόγο ότι το δικαίωμά της να επιβάλει πρόστιμο έχει παραγραφεί, και ότι, διαπιστώνοντας έναν τέτοιο περιορισμό, το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε σε πλάνη όσον αφορά την ερμηνεία του άρθρου 7, παράγραφος 1, του κανονισμού 1/2003.

29. Εν πάση περιπτώσει, οι σκέψεις 76 και 77 συνιστούν την ουσία της συλλογιστικής του Γενικού Δικαστηρίου, οπότε, αν διαπιστωθεί ότι σε αυτές έχει εμφιλοχωρήσει η προβαλλόμενη πλάνη, τα συμπεράσματα που συνάγονται από αυτές θα πρέπει αυτομάτως να θεωρηθούν ανίσχυρα.

30. Επομένως, ο πρώτος λόγος αναιρέσεως δεν είναι αλυσιτελής.

γ) Επί του βασίμου του πρώτου λόγου αναιρέσεως

31. Ερμηνεία βασισμένη στο γράμμα, στην όλη οικονομία και στον σκοπό των σχετικών διατάξεων του κανονισμού 1/2003 οδηγεί παρά ταύτα στο συμπέρασμα ότι αυτός ο λόγος αναιρέσεως είναι αβάσιμος.

32. Δυνάμει του κανονισμού 1/2003 –και ιδίως του άρθρου του 7, παράγραφος 1, και του άρθρου του 23–, σε περιπτώσεις ουσιαστικών παραβάσεων των κανόνων της Ένωσης στον τομέα του ανταγωνισμού, η Επιτροπή έχει την εξουσία να επιβάλλει πρόστιμα και, ταυτοχρόνως, να διατάσσει την παύση της παραβάσεως. Οι εξουσίες αυτές συνοψίζουν τα καθήκοντα της Επιτροπής για την επιβολή της τηρήσεως των κανόνων ανταγωνισμού. Όταν ασκεί τις εξουσίες αυτές, η Επιτροπή δεν υποχρεούται να αποδείξει οποιοδήποτε «έννομο συμφέρον» συναφώς.

33. Είναι σαφές ότι, για να επιβληθούν πρόστιμα και να διαταχθεί η παύση παραβάσεως, πρέπει προηγουμένως να έχει διαπιστωθεί παράβαση, πράγμα το οποίο δεν φαίνεται να αμφισβητεί η Orange. Όπως επισημαίνει η Επιτροπή, η ίδια όχι μόνον έχει την εξουσία να διαπιστώσει παράβαση, αλλά και οφείλει να το πράξει για να μπορέσει να διατάξει την παύση της ή να επιβάλει πρόστιμο.

34. Πρώτον, το άρθρο 7 του κανονισμού 1/2003 ορίζει σαφώς ότι μόνο «[α]ν η Επιτροπή διαπιστώσει […] παράβαση» δύναται να εκδώσει απόφαση με την οποία επιβάλλει την παύση της διαπιστωθείσας παραβάσεως.

35. Δεύτερον, δυνάμει του άρθρου 23, παράγραφος 2, του ίδιου κανονισμού, η Επιτροπή έχει την εξουσία να επιβάλλει πρόστιμα όταν επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων, εκ προθέσεως ή εξ αμελείας, παραβαίνουν τις διατάξεις του άρθρου 101, παράγραφος 1, ή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

36. Αναμφίβολα, το γράμμα του άρθρου 7, παράγραφος 1, του κανονισμού 1/2003 μπορεί να φαίνεται διφορούμενο, στο μέτρο που εξ αυτού δεν προκύπτει σαφώς ότι η Επιτροπή δύναται, όταν επιβάλλει πρόστιμο, να εκδίδει απόφαση με την οποία διαπιστώνει ότι μια παράβαση διαπράχθηκε στο παρελθόν, χωρίς να πρέπει να αποδείξει ειδικά ότι έχει έννομο συμφέρον προς τούτο.

37. Εντούτοις, κατά την άποψή μου, η διατύπωση της αιτιολογικής σκέψεως 11 του κανονισμού αυτού στηρίζει την άποψη του Γενικού Δικαστηρίου και της Επιτροπής. Η αιτιολογική αυτή σκέψη διευκρινίζει ότι, «[ε]φόσον υπάρχει έννομο συμφέρον, η Επιτροπή θα πρέπει επίσης να μπορεί να εκδίδει αποφάσεις με τις οποίες να διαπιστώνεται η διάπραξη παράβασης σε περιπτώσεις που η παράβαση έχει σταματήσει, *ακόμη και αν δεν επιβάλλεται πρόστιμο*» (η υπογράμμιση δική μου).

38. Όπως επισημαίνει η Επιτροπή, η αιτιολογική σκέψη 11 ακολουθεί τη διάρθρωση του άρθρου 7, παράγραφος 1, του εν λόγω κανονισμού και επιβεβαιώνει ότι η τελευταία περίοδος της διατάξεως αυτής προβλέπει ειδική εξουσία συνοδευόμενη από μια ιδιαίτερη προϋπόθεση. Κατ' αρχάς, παραπέμπει στις αποφάσεις με τις οποίες επιβάλλεται η παύση τωρινής παραβάσεως. Εν συνεχεία, η αιτιολογική σκέψη 11 εξηγεί ότι, επιπλέον της εξουσίας αυτής («επίσης»), η Επιτροπή μπορεί να εκδώσει απόφαση αναγνωριστικής φύσεως (ήτοι μη συνοδευόμενη από πρόστιμο) με την οποία διαπιστώνει παράβαση διαπραχθείσα στο παρελθόν, υπό την προϋπόθεση ότι έχει έννομο συμφέρον προς τούτο. Οι όροι «ακόμη και αν δεν επιβάλλεται πρόστιμο» και «επίσης» σημαίνουν ότι η εξουσία της Επιτροπής να διαπιστώσει παρελθούσα παράβαση και να συνοδεύσει την εν λόγω διαπίστωση με πρόστιμο προϋπάρχει και δεν υπόκειται σε καμία ειδική προϋπόθεση.

39. Η αιτιολογική έκθεση που συνοδεύει την πρόταση που οδήγησε στην έκδοση του κανονισμού 1/2003 (την οποία έκθεση αναφέρει η σκέψη 75 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως) στηρίζει ακόμη σαφέστερα την άποψη του Γενικού Δικαστηρίου.

40. Στην αιτιολογική έκθεση επισημαίνεται, όσον αφορά το προταθέν άρθρο 7, ότι μια από τις διαφορές σε σχέση με το άρθρο 3 του κανονισμού 17[7] έγκειται στο γεγονός ότι «διευκρινίζεται ότι η Επιτροπή νομιμοποιείται να εκδίδει απόφαση για τη διαπίστωση παράβασης όχι μόνο όταν διατάσσει τον τερματισμό της παράβασης ή επιβάλλει πρόστιμο, αλλά και σε σχέση με παρελθούσες παραβάσεις, ακόμη και αν δεν επιβάλλεται πρόστιμο», με τη διευκρίνιση συναφώς ότι, «σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου [...[8]], η εξουσία της Επιτροπής να εκδίδει αποφάσεις για παραβάσεις σε παρόμοιες περιπτώσεις γίνεται δεκτή μόνο εφόσον η Επιτροπή έχει σχετικό έννομο συμφέρον».

41. Από τη (βασισμένη στον κανονισμό 17) νομολογία προκύπτει ότι η εξουσία της Επιτροπής να επιβάλλει πρόστιμα δεν επηρεάζεται καθόλου από το γεγονός ότι έχουν παύσει η συμπεριφορά που αποτελεί την παράβαση και η δυνατότητα δημιουργίας ζημιογόνων αποτελεσμάτων[9].

42. Επίσης, κατά πάγια νομολογία, «[η] εξουσία λήψεως των [...] αποφάσεων [με τις οποίες η Επιτροπή υποχρεώνει τις επιχειρήσεις να θέσουν τέλος στη διαπιστωθείσα παράβαση και επιβάλλει σε αυτές πρόστιμα σε περίπτωση παραβάσεως] ενέχει κατ' ανάγκη την εξουσία διαπιστώσεως της παραβάσεως, για την οποία πρόκειται»[10].

43. Το νομικό καθεστώς είναι εν μέρει διαφορετικό όταν δεν επιβάλλεται πρόστιμο και η παράβαση έχει ήδη παύσει (στην περίπτωση αυτή, δεν υφίσταται βάση που δικαιολογεί την έκδοση αποφάσεως διατάσσουσας την παύση της παραβάσεως). Νομίζω ότι, όταν δεν επιβάλλεται πρόστιμο ή δεν διατάσσεται η παύση της παραβάσεως, η διαπίστωση παραβάσεως αποκτά αναγνωριστικό χαρακτήρα και, επομένως, δεν μπορεί να αποτελέσει αναγκαία προϋπόθεση για την άσκηση εξουσιών εξαναγκασμού από την Επιτροπή.

44. Μόνο υπό τις περιστάσεις αυτές (ήτοι όταν δεν επιβάλλεται κανένα πρόστιμο και η παράβαση έχει παύσει) υποχρεούται η Επιτροπή να αποδεικνύει έννομο συμφέρον το οποίο δικαιολογεί, παρ' όλα αυτά, την απόφασή της με την οποία διαπιστώνεται η διάπραξη παραβάσεως.

45. Συγκεκριμένα, το Γενικό Δικαστήριο έχει ήδη κρίνει, ορθώς, ότι μόνον όταν η Επιτροπή δεν επιβάλλει πρόστιμο[11] η εξουσία της να εκδώσει απόφαση για τη διαπίστωση παραβάσεως διαπραχθείσας στο παρελθόν εξαρτάται από την απόδειξη εννόμου συμφέροντος να προβεί στη διαπίστωση αυτή[12]. Εξ αντιδιαστολής, όταν, όπως εν προκειμένω, η Επιτροπή έχει την εξουσία να επιβάλει πρόστιμο και το επιβάλλει, η Επιτροπή δεν υποχρεούται να προβάλει ειδικό έννομο συμφέρον για τη διαπίστωση της παραβάσεως. Η επιβολή προστίμου αρκεί για να δικαιολογηθεί η αναγκαιότητα διαπιστώσεως της παραβάσεως.

46. Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι, όταν επιβάλλει πρόστιμο, η Επιτροπή έχει *κατ' ανάγκη* την εξουσία να διαπιστώσει την παράβαση, ακόμη και αν αυτή έχει ήδη παύσει. Επιπλέον, συχνά η επιχείρηση θα έχει θέσει τέλος στην επίμαχη πρακτική κατόπιν της παρεμβάσεως της Επιτροπής, πριν από την έκδοση αποφάσεως από αυτήν.

7 Κανονισμός 17 του Συμβουλίου, της 21ης Φεβρουαρίου 1962, πρώτος κανονισμός εφαρμογής των άρθρων [101 και 102 ΣΛΕΕ] (ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 25).

8 Απόφαση της 2ας Μαρτίου 1983, GVL κατά Επιτροπής (7/82, EU:C:1983:52).

9 Βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση της 15ης Ιουλίου 1970, ACF Chemiefarma κατά Επιτροπής (41/69, EU:C:1970:71, σκέψεις 171 έως 175).

10 Βλ. απόφαση της 2ας Μαρτίου 1983, GVL κατά Επιτροπής (7/82, EU:C:1983:52, σκέψεις 22 και 23). Βλ., επίσης, απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 2005, Sumitomo Chemical και Sumika Fine Chemicals κατά Επιτροπής (T-22/02 και T-23/02, EU:T:2005:349, σκέψεις 61 και 131).

11 Όποιος και αν είναι ο λόγος, όπως, μεταξύ άλλων, επειδή παρήλθε η πενταετής προθεσμία παραγραφής ή επειδή η Επιτροπή εκτιμά ότι η επίμαχη συμπεριφορά δεν δικαιολογεί την επιβολή προστίμου.

12 Αποφάσεις της 6ης Οκτωβρίου 2005, Sumitomo Chemical και Sumika Fine Chemicals κατά Επιτροπής (T-22/02 και T-23/02, EU:T:2005:349, σκέψεις 131 και 132), και της 16ης Νοεμβρίου 2006, Peróxidos Orgánicos κατά Επιτροπής (T-120/04, EU:T:2006:350, σκέψη 18).

47. Τούτου λεχθέντος, το Γενικό Δικαστήριο έπρεπε να κρίνει ότι η εφαρμογή του άρθρου 23, παράγραφος 2, στοιχείο α′, του κανονισμού 1/2003 ήταν επαρκής για να δικαιολογηθεί η από την Επιτροπή διαπίστωση της επίμαχης παραβάσεως, έστω και αν αυτή διαπράχθηκε στο παρελθόν, και, επομένως, έπρεπε να απορρίψει τον λόγο ακυρώσεως με σκεπτικό διαφορετικό από εκείνο που επέλεξε. Συγκεκριμένα, αν δεν υφίσταται απόφαση διατάσσουσα την παύση της παραβάσεως, είναι περιττή η παραπομπή στο άρθρο 7 ως νομική βάση.

48. Όπως επισημαίνει η ECTA, η εξουσία της Επιτροπής για την επιβολή προστίμων, ανεξάρτητα από το αν έχει παύσει η παράβαση, σαφώς έχει ως νομική βάση το άρθρο 23, παράγραφος 2, του κανονισμού 1/2003. Συγκεκριμένα, εκτός από την υποχρέωση αποδείξεως της προθέσεως ή της αμέλειας της Orange, η διάταξη αυτή είναι διατυπωμένη με ευρύ τρόπο και δεν εξαρτά από καμία άλλη προϋπόθεση την εξουσία της Επιτροπής να επιβάλλει πρόστιμα.

49. Συνεπώς, παρά την κατά τα ανωτέρω προσδιορισθείσα πλάνη του Γενικού Δικαστηρίου, ο πρώτος λόγος αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

Β. Επί του δευτέρου λόγου αναιρέσεως με τον οποίο προβάλλονται πολλαπλή πλάνη περί το δίκαιο και παραμόρφωση στοιχείων της δικογραφίας όσον αφορά την εκτίμηση της Επιτροπής σχετικά με τις συνέπειες της παραβάσεως προκειμένου να υπολογίσει το ποσό του προστίμου

1. Συνοπτική έκθεση των επιχειρημάτων των διαδίκων

50. Η Orange υποστηρίζει ότι το Γενικό Δικαστήριο παραμόρφωσε την επίμαχη απόφαση. Η παραμόρφωση αφορά κατ' αρχάς τις πραγματικές συνέπειες της παραβάσεως. Συγκεκριμένα, από την αιτιολογική σκέψη 902 της επίμαχης αποφάσεως προκύπτει, κατά την Orange, ότι η Επιτροπή βασίστηκε στις εν λόγω πραγματικές συνέπειες για να υπολογίσει το ποσό του προστίμου, πράγμα το οποίο μάλιστα επιβεβαίωσε ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου αναγνωρίζοντας ότι η διατύπωση της αιτιολογικής αυτής σκέψεως, κατά το μέρος που αφορά τις πραγματικές συνέπειες της παραβάσεως, συνιστά «παρόραμα». Εντούτοις, στη σκέψη 169 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι η εν λόγω αιτιολογική σκέψη δεν μπορεί να ερμηνευθεί ως παραπέμπουσα, «κατά τρόπο γενικό και αφηρημένο, στη φύση της παραβάσεως».

51. Η ερμηνεία του Γενικού Δικαστηρίου δεν λαμβάνει υπόψη τη σαφή έννοια των λέξεων που χρησιμοποιούνται στη συγκεκριμένη αιτιολογική σκέψη, η οποία αφορά ειδικά τις συνέπειες για τον ανταγωνισμό τις οποίες είχε η συγκεκριμένη συμπεριφορά της Orange στην αγορά. Εξάλλου, στη σκέψη 182 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Γενικό Δικαστήριο μνημονεύει γεγονότα τα οποία όντως έλαβαν χώρα, παραπέμποντας μεταξύ άλλων στην αιτιολογική σκέψη 902 της επίμαχης αποφάσεως, ενώ, ταυτοχρόνως, στη σκέψη 169, αρνείται να αναγνωρίσει ότι στην επίμαχη απόφαση είχαν διαπιστωθεί πραγματικές συνέπειες.

52. Εν συνεχεία, και εν πάση περιπτώσει, εκτιμώντας ότι η Επιτροπή είχε εξετάσει την κατάσταση μόνο κατά τρόπο «γενικό και αφηρημένο», το Γενικό Δικαστήριο παραμόρφωσε την επίμαχη απόφαση όσον αφορά τις πιθανές συνέπειες της παραβάσεως. Συγκεκριμένα, κατά την Orange, διαπιστώνεται ότι, στην αιτιολογική σκέψη 902 της επίμαχης αποφάσεως, η Επιτροπή, τουλάχιστον, έλαβε υπόψη τις πιθανές συνέπειες της παραβάσεως για να υπολογίσει το ποσό του προστίμου, πράγμα το οποίο άλλωστε αναγνώρισε στα υπομνήματα που κατέθεσε στο Γενικό Δικαστήριο. Εντούτοις, το Γενικό Δικαστήριο έκρινε εσφαλμένως ότι το γεγονός ότι συνεκτιμήθηκε η φύση της παραβάσεως δεν σημαίνει ότι ελήφθησαν υπόψη οι πιθανές συνέπειές της. Οι πιθανές συνέπειες, όπως οι πραγματικές συνέπειες, της συμπεριφοράς αποτελούν βασικούς δείκτες της φύσεως της παραβάσεως

και, ως εκ τούτου, της σοβαρότητάς της, η οποία δεν μπορεί να εκτιμηθεί in abstracto. Επομένως, το Γενικό Δικαστήριο όφειλε να εξετάσει αν η διαπίστωση των εν λόγω πιθανών συνεπειών ήταν δικαιολογημένη η μη. Η Orange προσθέτει ότι, δεδομένου ότι το Γενικό Δικαστήριο δεν εξέτασε ορθώς την επίμαχη απόφαση, η δική του ανάλυση της αναλογικότητας του προστίμου είναι στρεβλή.

53. Μια άλλη πλάνη στην οποία υπέπεσε το Γενικό Δικαστήριο συνίσταται, κατά την Orange, σε παραβίαση της αρχής της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, καθόσον το Γενικό Δικαστήριο παρέλειψε να εκτιμήσει αν οι συνέπειες της παραβάσεως διαπιστώθηκαν ορθώς από την Επιτροπή. Επομένως, η Orange ζητεί από το Δικαστήριο να ασκήσει την αρμοδιότητά του πλήρους δικαιοδοσίας για να μειώσει το ύψος του προστίμου λόγω της ελλείψεως συγκεκριμένων στοιχείων επί των οποίων μπορεί να στηριχθεί η διαπίστωση των πραγματικών συνεπειών.

54. Εν πάση περιπτώσει, το Γενικό Δικαστήριο κακώς δεν άσκησε τον δικαστικό έλεγχο που έπρεπε να ασκήσει όσον αφορά την απόδειξη των πιθανών συνεπειών της παραβάσεως.

55. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι ο δεύτερος λόγος αναιρέσεως είναι απαράδεκτος στο μέτρο που η Orange επιδιώκει να εξασφαλίσει από το Δικαστήριο νέα εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών. Ο δεύτερος αυτός λόγος αναιρέσεως δεν ανταποκρίνεται ούτε στα κριτήρια της νομολογίας σχετικά με την παραμόρφωση και, εν πάση περιπτώσει, είναι αβάσιμος και αλυσιτελής.

56. Προκαταρκτικώς, η Επιτροπή επισημαίνει ότι η Orange αμφισβητεί μόνο τις σκέψεις 169 έως 173 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, αλλά όχι τις σκέψεις 162, 163, 166 και 167, κατά τις οποίες οι κατευθυντήριες γραμμές (του 2006) δεν απαιτούν η Επιτροπή να λαμβάνει υπόψη τον συγκεκριμένο αντίκτυπο της παραβάσεως στην αγορά για τον καθορισμό του ποσού του προστίμου, ούτε τις σκέψεις 176 έως 187, στις οποίες το Γενικό Δικαστήριο εξέτασε την αναλογικότητα του προστίμου. Δεδομένου ότι οι σκέψεις αυτές αρκούν για να στηρίξουν το συμπέρασμα του Γενικού Δικαστηρίου, τα επιχειρήματα της Orange είναι αλυσιτελή.

57. Όσον αφορά την προβαλλόμενη παραμόρφωση της επίμαχης αποφάσεως, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η τελευταία περίοδος της σκέψεως 169 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως πρέπει να αναγνωσθεί σε συνδυασμό με τις προηγούμενες και τις επόμενες σκέψεις που αφορούν τη φύση της παραβάσεως, τη γεωγραφική της έκταση, τα μερίδια αγοράς της Orange, την εκδήλωση της παραβατικής συμπεριφοράς, τον σκοπό της Orange να εξαλείψει τον ανταγωνισμό και το γεγονός ότι η Orange είχε επίγνωση του παράνομου χαρακτήρα της συμπεριφοράς της, καθώς και με τις εκτιμήσεις που εκτίθενται στο τμήμα της επίμαχης αποφάσεως το οποίο αφορά τον υπολογισμό του ποσού του προστίμου. Βάσει της νομολογίας, ήταν θεμιτό να στηριχθεί η Επιτροπή μόνο στα στοιχεία αυτά για να συναγάγει ότι συντελεστής βαρύτητας ανερχόμενος στο 10 % της αξίας των σχετικών πωλήσεων ήταν κατάλληλος. Επιπλέον, η τελευταία περίοδος της αιτιολογικής σκέψεως 902 είναι διατυπωμένη κατά τρόπο γενικό και αφηρημένο, κατά το μέρος που αφορά την εγγενή ικανότητα της καταχρηστικής συμπεριφοράς της Orange να βλάψει τον ανταγωνισμό και, επομένως, τους καταναλωτές. Λαμβανομένου τούτου υπόψη, αίρεται η φερόμενη αντίφαση μεταξύ, αφενός, των σκέψεων 169 έως 171 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως και, αφετέρου, της σκέψεώς της 182.

58. Επιπλέον, τα επιχειρήματα της Orange δεν λαμβάνουν υπόψη τη διάκριση μεταξύ των πιθανών συνεπειών καταχρηστικής συμπεριφοράς και του συγκεκριμένου αντικτύπου της στην αγορά. Οι συμπεριφορές της Orange ήσαν πραγματικές και η έντασή τους, από απόψεως ανταγωνισμού, διαπιστώθηκε στις σκέψεις 124 επ. της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, τις οποίες η Orange δεν αμφισβητεί.

59. Αύξηση των τιμών καθώς και μείωση των επιλογών και του αριθμού των καινοτόμων προϊόντων συνιστούν το είδος των αρνητικών συνεπειών που είναι εγγενείς στις καταχρηστικές πρακτικές αποκλεισμού, όπως οι προσαπτόμενες στην Orange, η οποία δεν αμφισβήτησε το γεγονός ότι η συμπεριφορά της μπορούσε να έχει ως αποτέλεσμα τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών.

60. Επιπλέον, είναι λογικό ότι καταχρηστική συμπεριφορά, που είναι ικανή να αποκλείσει ανταγωνιστές και έχει εκδηλωθεί στην πράξη, δεν μπορεί παρά να νοθεύσει τον ανταγωνισμό και, ως εκ τούτου, να βλάψει τους καταναλωτές. Επομένως, η διαπίστωση στην οποία το Γενικό Δικαστήριο προέβη στη σκέψη 169 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως σχετικά μόνο με την αμφισβητούμενη περίοδο της αιτιολογικής σκέψεως 902 της επίμαχης αποφάσεως ουδόλως συνιστά παραμόρφωση. Το ζήτημα αν στην τελευταία αυτή περίοδο υπήρχε παρόραμα δεν έχει σημασία, καθόσον το Γενικό Δικαστήριο ορθώς συνήγαγε ότι, στην επίμαχη απόφαση, η Επιτροπή δεν είχε στηρίξει τον υπολογισμό του ποσού του προστίμου στις πραγματικές συνέπειες της παραβάσεως.

61. Όσον αφορά την προβαλλόμενη συνεκτίμηση, στην επίμαχη απόφαση, των πιθανών συνεπειών της παραβάσεως κατά την εξέταση της φύσεως της παραβάσεως, επίσης το συγκεκριμένο μέρος των επιχειρημάτων της Orange είναι αβάσιμο. Η Επιτροπή είχε προβάλει μόνον επικουρικώς, για την περίπτωση που το Γενικό Δικαστήριο θα έκρινε ότι είχαν ληφθεί υπόψη συνέπειες –quod non–, ότι τότε θα επρόκειτο για πιθανές και όχι για πραγματικές συνέπειες. Παραπέμποντας στις σκέψεις 11, 112 και 166 έως 170 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, η Επιτροπή εκτιμά ότι χωρίς να παραμορφώσει την επίμαχη απόφαση το Γενικό Δικαστήριο έκρινε, στη σκέψη 171, ότι η Επιτροπή δεν έλαβε υπόψη τις πιθανές συνέπειες κατά την εκτίμηση της σοβαρότητας της καταχρηστικής συμπεριφοράς της Orange για τον καθορισμό του ποσού του προστίμου. Κατά την Επιτροπή, το συμπέρασμα που διατυπώνεται στη σκέψη 169 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως είναι ορθό λαμβανομένων υπόψη των εκτιμήσεων που εκτέθηκαν στην επίμαχη απόφαση.

62. Όσον αφορά την προβαλλόμενη πολλαπλή πλάνη περί το δίκαιο και την προβαλλόμενη παραβίαση της αρχής της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας όσον αφορά την εκτίμηση των αποδεικτικών στοιχείων που προσκόμισε η Orange, το επιχείρημα αυτό πρέπει, όσον αφορά τις πραγματικές συνέπειες, να απορριφθεί δεδομένου ότι, στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, το Γενικό Δικαστήριο ορθώς έκρινε ότι οι συνέπειες αυτές δεν ελήφθησαν υπόψη για τον καθορισμό του ποσού του προστίμου. Όσον αφορά τις πιθανές συνέπειες, η Orange αμφισβήτησε, ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου, μόνο το εύρος τους. Τα επιχειρήματα που προβάλλονται συναφώς με την αίτηση αναιρέσεως είναι απαράδεκτα, καθόσον αφορούν πραγματικά στοιχεία, χωρίς να προβάλλεται παραμόρφωση. Τα επιχειρήματα αυτά είναι επίσης αβάσιμα: εφόσον το Γενικό Δικαστήριο διαπίστωσε, ορθώς, ότι η Επιτροπή δεν είχε στηριχθεί ειδικά στις πιθανές συνέπειες για να καθορίσει τη σοβαρότητα της παραβάσεως, το Γενικό Δικαστήριο δεν όφειλε να αποφανθεί επί των στοιχείων που είχε προβάλει η Orange.

63. Για την περίπτωση που το Δικαστήριο κρίνει, εν αντιθέσει προς το Γενικό Δικαστήριο, ότι οι συνέπειες της παραβάσεως ελήφθησαν υπόψη για τον καθορισμό του ποσού του προστίμου, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η επίμαχη απόφαση πρέπει να διατηρηθεί στο σύνολό της. Ο συγκεκριμένος αντίκτυπος μιας παραβάσεως στην αγορά πρέπει να θεωρείται ότι έχει επαρκώς αποδειχθεί αν η Επιτροπή είναι σε θέση να παράσχει συγκεκριμένα και αξιόπιστα στοιχεία από τα οποία προκύπτει, με εύλογη πιθανότητα, ότι η παράβαση είχε αντίκτυπο στην αγορά. Εν προκειμένω, η Επιτροπή το απέδειξε στην ενότητα 4.4 του τίτλου 10 της επίμαχης αποφάσεως. Επιπλέον, τα επιχειρήματα που προβάλλονται με την αίτηση αναιρέσεως προς απόδειξη των σφαλμάτων στα οποία η Επιτροπή φέρεται ότι υπέπεσε κατά τη διαπίστωση των πιθανών συνεπειών της παραβάσεως δεν είναι λυσιτελή, καθόσον αφορούν την ύπαρξη πραγματικών συνεπειών.

64. Η PIIT συντάσσεται με την επιχειρηματολογία της Orange. Υποστηρίζει, επιπλέον, ότι η Επιτροπή υπέπεσε σε ουσιαστικά σφάλματα κατά την εκτίμηση των συνεπειών της παραβάσεως μη λαμβάνοντας δεόντως υπόψη το κανονιστικό και ιστορικό πλαίσιο της αναπτύξεως της ευρυζωνικής προσβάσεως στην Πολωνία, με αποτέλεσμα να στρεβλωθεί η ανάλυσή της σχετικά με τη σοβαρότητα της παραβάσεως. Το Γενικό Δικαστήριο δεν καταλόγισε τις συνέπειες για τα σφάλματα αυτά.

65. Η ECTA εκτιμά ότι το Γενικό Δικαστήριο δεν παραμόρφωσε την επίμαχη απόφαση και προβάλλει επιχειρήματα ανάλογα εκείνων που προβάλλει η Επιτροπή.

2. Εκτίμηση

66. Το μέρος της επίμαχης αποφάσεως το οποίο, κατά την Orange, παραμορφώθηκε είναι η τελευταία περίοδος της αιτιολογικής της σκέψεως 902, η οποία περιλαμβάνεται στην ενότητα της εν λόγω αποφάσεως που αφορά τον καθορισμό του βασικού ποσού του προστίμου, και ειδικότερα στην υποενότητα όπου η Επιτροπή εκτίμησε τη φύση της παραβάσεως προκειμένου να καθορίσει τη σοβαρότητά της.

67. Η αιτιολογική αυτή σκέψη έχει ως εξής: «Ομοίως, όπως εκτίθεται στο [σημείο] VIII.1, η συμπεριφορά της [Orange] συγκαταλέγεται μεταξύ των καταχρηστικών συμπεριφορών οι οποίες αποσκοπούν στην εξάλειψη του ανταγωνισμού στην αγορά λιανικής ή, έστω, στην καθυστέρηση της εισόδου νέων φορέων ή στην εξέλιξη της αγοράς αυτής. Περαιτέρω, όπως επισημάνθηκε στην αιτιολογική σκέψη 892, η [Orange] είχε επίγνωση του γεγονότος ότι η συμπεριφορά της ήταν παράνομη. Τούτο είχε αρνητικό αντίκτυπο επί του ανταγωνισμού και των καταναλωτών, οι οποίοι υφίστανται αύξηση των τιμών, μείωση των επιλογών και του αριθμού των καινοτόμων προϊόντων».

68. Δεν αντιλαμβάνομαι για ποιον λόγο το Γενικό Δικαστήριο δεν δέχθηκε ότι, στην τελευταία αυτή περίοδο, η Επιτροπή παρέπεμψε στις συνέπειες της παραβάσεως στην αγορά, δεδομένου, ιδίως, ότι είχε στηρίξει τη διαπίστωση της καταχρήσεως στην ύπαρξη πιθανού αντικτύπου στον ανταγωνισμό και στους καταναλωτές, στον οποίο είχε αφιερώσει όχι λιγότερες από 60 αιτιολογικές σκέψεις στην επίμαχη απόφαση.

69. Επιπλέον, η αιτιολογία που το Γενικό Δικαστήριο παρέθεσε στη σκέψη 170 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως για να αποκλείσει μια τέτοια ερμηνεία, ήτοι το γεγονός ότι στην τελευταία αυτή περίοδο δεν περιέχεται παραπομπή σε αυτό το μέρος της επίμαχης αποφάσεως [13], μου φαίνεται ιδιαίτερα αδύναμη και μη πειστική.

70. Τούτου λεχθέντος, εκτιμώ ότι η κύρια πλάνη περί το δίκαιο στην οποία το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση σχετικά με την παραβίαση της αρχής της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας είναι ότι αρνήθηκε να εκτιμήσει αν η Επιτροπή διαπίστωσε ορθώς τις συνέπειες της παραβάσεως, και μάλιστα να εξετάσει τα σχετικά επιχειρήματα της Orange. Στο μέτρο που η Orange υποστήριξε ότι η Επιτροπή στηρίχθηκε στις πραγματικές, ακόμη και στις πιθανές, συνέπειες της παραβάσεως για να υπολογίσει το ποσό του προστίμου, το Γενικό Δικαστήριο έπρεπε να εξετάσει τα επιχειρήματα αυτά (και όχι απλώς να κρίνει ότι είναι «αλυσιτελή») και να εξακριβώσει αν η επίμαχη απόφαση περιέχει συγκεκριμένα, αξιόπιστα και επαρκή στοιχεία ως προς τις εν λόγω συνέπειες, πράγμα το οποίο προδήλως δεν έπραξε.

71. Και τούτο ακόμη περισσότερο, δεδομένου ότι η Orange προσκόμισε ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου στοιχεία για να αποδείξει ότι η προσέγγιση της Επιτροπής είναι εσφαλμένη. Το Γενικό Δικαστήριο δεν έλαβε υπόψη τα στοιχεία αυτά, τα οποία η Orange απαριθμεί λεπτομερώς εκ νέου στην αίτησή της αναιρέσεως.

72. Λαμβανομένου υπόψη ότι έκτοτε το τμήμα μείζονος συνθέσεως του Δικαστηρίου εξέδωσε, στις 6 Σεπτεμβρίου 2017, την απόφαση Intel Corporation κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2017:632), εκτιμώ ότι η απόφαση αυτή πρέπει να ερμηνευθεί στο μέτρο που ασκεί επιρροή στην υπό κρίση υπόθεση.

73. Συνοπτικά, η απόφαση Intel Corporation κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2017:632) εκδόθηκε επί αιτήσεως αναιρέσεως αποφάσεως του Γενικού Δικαστηρίου, στην οποία αυτό είχε κρίνει ότι οι υπό όρους εκπτώσεις και άλλοι περιορισμοί που οδηγούν σε εκτοπισμό ανταγωνιστών από την αγορά συνιστούν κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως και αντιβαίνουν στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ. Το Δικαστήριο

13 Ήτοι το μέρος στο οποίο η Επιτροπή εξέθεσε τις παρατηρήσεις της όσον αφορά τις πιθανές συνέπειες της παραβάσεως.

αναίρεσε την απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου, εκτιμώντας ότι αυτό δεν εξέτασε ορθώς την ικανότητα των επίμαχων εκπτώσεων υπέρ των πιστών πελατών να περιορίσουν τον ανταγωνισμό (στο εξής: ικανότητα περιορισμού του ανταγωνισμού). Το Δικαστήριο εκτίμησε ότι η ανάλυση της ικανότητας περιορισμού του ανταγωνισμού έπρεπε να γίνει με γνώμονα όλες τις περιστάσεις, συμπεριλαμβανομένης της εξετάσεως όλων των περί του αντιθέτου επιχειρημάτων και αποδεικτικών στοιχείων τα οποία η εγκαλούμενη επιχείρηση είχε προβάλει και προσκομίσει προκειμένου να αντικρούσει τα συμπεράσματα της Επιτροπής.

74. Αφότου παρέθεσε, στη σκέψη 137 της εν λόγω αποφάσεως, τη νομολογία του (απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979, Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής, 85/76, EU:C:1979:36, σκέψη 89), το Δικαστήριο έκρινε στη σκέψη 138 ότι πρέπει, εντούτοις, «*να αποσαφηνιστεί η νομολογία αυτή* όσον αφορά την περίπτωση κατά την οποία η ενδιαφερόμενη επιχείρηση υποστηρίζει, κατά τη διοικητική διαδικασία, προσκομίζοντας σχετικά αποδεικτικά στοιχεία, ότι η συμπεριφορά της δεν ήταν ικανή να περιορίσει τον ανταγωνισμό και, ειδικότερα, να προκαλέσει, όπως της προσάπτεται, τον εκτοπισμό ανταγωνιστών από την αγορά» (η υπογράμμιση δική μου).

75. Σε μια τέτοια περίπτωση, κατά την επόμενη σκέψη (139), «η Επιτροπή δεν οφείλει μόνο να αναλύσει, αφενός, τη σπουδαιότητα της δεσπόζουσας θέσης της επιχείρησης στην οικεία αγορά και, αφετέρου, το ποσοστό κάλυψης της αγοράς από την επίμαχη πρακτική, καθώς και τις συνθήκες και τους τρόπους χορήγησης των επίμαχων εκπτώσεων, τη διάρκεια χορήγησής τους και το ύψος τους, αλλά υποχρεούται επίσης να εκτιμήσει αν υφίσταται στρατηγική σκοπούσα τον εκτοπισμό των ανταγωνιστών που είναι τουλάχιστον εξίσου αποτελεσματικοί (βλ., κατ' αναλογίαν, απόφαση της 27ης Μαρτίου 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, σκέψη 29)».

76. Κατά την άποψή μου, ουδόλως πρόκειται για αποκλειστικά διαδικαστική απαίτηση.

77. Εξάλλου, στη σκέψη 133 της εν λόγω αποφάσεως, «υπενθυμίζεται ότι το άρθρο 102 ΣΛΕΕ ουδόλως έχει ως σκοπό να εμποδίσει μια επιχείρηση να κατακτήσει, με τις δικές της ικανότητες, δεσπόζουσα θέση σε μια αγορά. Η διάταξη αυτή, επίσης, δεν έχει ως σκοπό να εξασφαλίσει ότι θα παραμείνουν στην αγορά οι λιγότερο αποτελεσματικοί ανταγωνιστές της επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση (βλ., ιδίως, απόφαση της 27ης Μαρτίου 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, σκέψη 21 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία)» [14].

78. Εν πάση περιπτώσει και στο μέτρο που αυτό αφορά την υπό κρίση αίτηση αναιρέσεως, εκτιμώ ότι από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι, σε περίπτωση αποφάσεως με την οποία η Επιτροπή διαπιστώνει την ύπαρξη καταχρήσεως και αναλύει την ικανότητα της συμπεριφοράς να εκτοπίσει ανταγωνιστή από την αγορά ή να εμποδίσει ή να επηρεάσει με οποιονδήποτε άλλο τρόπο τον ανταγωνισμό και τους καταναλωτές, το Γενικό Δικαστήριο οφείλει κατ' ανάγκη να εξετάσει το σύνολο των επιχειρημάτων του προσφεύγοντος που σκοπό έχουν να κλονίσουν το κύρος των διαπιστώσεων της Επιτροπής όσον αφορά την ικανότητα της επίμαχης πρακτικής να εμποδίσει τον ανταγωνισμό.

79. Με άλλα λόγια, οι αρχές που το Δικαστήριο έλαβε υπόψη στην απόφαση Intel Corporation κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2017:632) για να εκτιμήσει την «ικανότητα περιορισμού του ανταγωνισμού» μιας καταχρηστικής πρακτικής ασκούν επιρροή όχι μόνο όταν το ζήτημα είναι να αμφισβητηθεί η ουσιαστική διαπίστωση παραβάσεως (η υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η εν λόγω απόφαση), αλλά επίσης όταν το ζήτημα είναι να εκτιμηθούν η φύση και η σοβαρότητα της παραβάσεως για τον σκοπό καθορισμού του ύψους του προστίμου (όπως στην υπό κρίση αίτηση αναιρέσεως).

14 Βλ., επίσης, Coates, K., *The Intel CJ Ruling: More Than A Nudge Towards Economic Analysis*, Competition Policy International, Οκτώβριος 2017, σ. 4.

80. Επομένως, εν αντιθέσει προς αυτό που υποστηρίζει η Επιτροπή, η απόφαση Intel Corporation κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2017:632) έχει εφαρμογή, κατ' αναλογία, για τον υπολογισμό του βασικού ποσού του προστίμου που προβλέπεται στο άρθρο 23, παράγραφος 3, του κανονισμού 1/2003.

81. Συγκεκριμένα, όπως επισημαίνεται στη θεωρία, ενώ, στις υποθέσεις που αφορούν συμπράξεις («καρτέλ»), η Επιτροπή δεν υποχρεούται να λάβει υπόψη, κατά τον υπολογισμό του ποσού του προστίμου, τον αντίκτυπο ή τις συνέπειες της παραβάσεως, η προσέγγιση πρέπει κατ' ανάγκη να είναι διαφορετική σε περίπτωση καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσεως και τότε δεν μπορεί να στηρίζεται απλώς και μόνο σε «rules of thumb» [15] ή να είναι «γενική και αφηρημένη» (σκέψη 169 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως).

82. Αναμφίβολα, η Επιτροπή διαθέτει περιθώριο εκτιμήσεως κατά τον καθορισμό του ποσού των προστίμων [16], αλλά αυτό το περιθώριο εκτιμήσεως δεν μπορεί να είναι απεριόριστο. Ορισμένες αρχές πρέπει να λαμβάνονται υπόψη κατά τον εν λόγω καθορισμό, και ιδίως αυτές της ίσης μεταχειρίσεως και της αναλογικότητας, επειδή υπάρχει κίνδυνος ένα υπέρμετρο περιθώριο εκτιμήσεως να οδηγήσει σε ανασφάλεια δικαίου. Συγκεκριμένα, η αρχή της αναλογικότητας συνιστά σημαντικό περιορισμό του περιθωρίου εκτιμήσεως της Επιτροπής κατά τον καθορισμό του ποσού των προστίμων.

83. Στις προτάσεις του στην υπόθεση Dansk Rørindustri κ.λπ. κατά Επιτροπής (C-189/02 P, EU:C:2004:415, σημεία 129, 130 και 132), ο γενικός εισαγγελέας A. Tizzano είχε ήδη επισημάνει την ανάγκη αποτροπής ορισμένων κινδύνων. Παραθέτω δύο αποσπάσματα: «δεν μπορώ να μην παρατηρήσω ότι από την εξέταση στην οποία προέβην μέχρι τώρα [στην εν λόγω υπόθεση] προκύπτει ακριβώς ότι η μέθοδος υπολογισμού που εφάρμοσε η Επιτροπή ενέχει ορισμένο κίνδυνο από την άποψη της επιείκειας του συστήματος» (σημείο 129) και, «[σ]υγκεκριμένα, δεν θεωρώ ότι συνάδει απολύτως με τις επιταγές της εξατομικεύσεως και κλιμακώσεως της "ποινής" –που αποτελούν δύο βασικές αρχές κάθε συστήματος κυρώσεων, τόσο ποινικών όσο και διοικητικών– το γεγονός ότι στις υπό κρίση περιπτώσεις ένα τμήμα των πράξεων υπολογισμού έχει *ουσιαστικά τυπικό και αφηρημένο χαρακτήρα και συνεπώς δεν επηρεάζει συγκεκριμένα το τελικό ποσό του προστίμου [επισημαίνεται εδώ η "γενική και αφηρημένη" προσέγγιση που μνημονεύεται στη σκέψη 169 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως]*. Ομοίως, δεν μπορεί να αγνοηθεί το γεγονός ότι, για τον ίδιο λόγο, υπάρχει κίνδυνος να μην επιτευχθεί πλήρως ο σκοπός της περισσότερης διαφάνειας τον οποίο επιδιώκουν οι κατευθυντήριες γραμμές» (σημείο 130, η υπογράμμιση δική μου). Ο γενικός εισαγγελέας προσθέτει ότι έχει αμφιβολίες ως προς το αν τα πρόστιμα είναι, επομένως, σύμφωνα με τις γενικές επιταγές όσον αφορά το εύλογο και το επιεικές της κυρώσεως (σημείο 133).

84. Επιπλέον, το περιθώριο εκτιμήσεως που η Επιτροπή διαθέτει όσον αφορά τα πρόστιμα πρέπει να εφαρμόζεται εντός των ορίων (και σύμφωνα με τις απαιτήσεις) του κανονισμού 1/2003, και ιδίως του άρθρου του 23, παράγραφος 3: «[ο] καθορισμός του ύψους του προστίμου *γίνεται με βάση τη σοβαρότητα* και τη διάρκεια της παράβασης» (η υπογράμμιση δική μου), *είτε πρόκειται για προσαύξηση είτε για μείωση της κυρώσεως* (και τούτο αντιθέτως προς τα εκτιθέμενα στις κατευθυντήριες γραμμές του 2006, στις οποίες προβλέπεται η συνεκτίμηση των συνεπειών της παραβάσεως μόνο για την προσαύξηση του προστίμου) [17].

15 Βλ. Lianos, I., και Geradin, D., *Handbook on European Competition Law – Enforcement and Procedure*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, σ. 359. Βλ., επίσης, Al-Ameen, A., *Antitrust Fines-Seeking Justice, Competition Law Review*, 2010, αριθ. 7, σ. 83 και 88.

16 Βλ., αντί άλλων, απόφαση της 20ής Μαρτίου 2002, LR AF 1998 κατά Επιτροπής (T-23/99, EU:T:2002:75, σκέψη 231).

17 Βλ. σημείο 31 των κατευθυντήριων γραμμών («[η] Επιτροπή θα λαμβάνει επίσης υπόψη της την ανάγκη προσαύξησης του προστίμου, ώστε αυτό να υπερβεί το ποσό των παράνομων κερδών που οι επιχειρήσεις αποκόμισαν συνεπεία της παράβασης, όποτε είναι δυνατόν να υπολογιστεί το εν λόγω ποσό»). Η προσέγγιση που συνιστώ είναι ανάλογη με εκείνη που εφαρμόστηκε στις αποφάσεις της 20ής Ιουνίου 1978, Tepea κατά Επιτροπής (28/77, EU:C:1978:133, σκέψεις 66 και 67)· της 11ης Μαρτίου 1999, Thyssen Stahl κατά Επιτροπής (T-141/94, EU:T:1999:48, σκέψη 646)· της 9ης Ιουλίου 2009, Peugeot και Peugeot Nederland κατά Επιτροπής (T-450/05, EU:T:2009:262, σκέψεις 301 έως 305 καθώς και 328 και 329), και της 1ης Ιουλίου 2010, AstraZeneca κατά Επιτροπής (T-321/05, EU:T:2010:266, σκέψη 905), και, όσον αφορά την εξέταση των ελαφρυντικών περιστάσεων, στις αποφάσεις της 6ης Απριλίου 1995, Martinelli κατά Επιτροπής (T-150/89, EU:T:1995:70, σκέψη 60), και της 11ης Μαρτίου 1999, Cockerill-Sambre κατά Επιτροπής (T-138/94, EU:T:1999:47, σκέψη 572).

85. Πάντως, οι πτυχές αυτές μπορούν να εκτιμηθούν μόνο κατά περίπτωση, λαμβανομένων υπόψη όλων των περιστάσεων της δεδομένης υποθέσεως και όχι μόνο βάσει μιας «γενικής και αφηρημένης» προσεγγίσεως (σκέψη 169 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως) [18].

86. Τα προεκτεθέντα επιβεβαιώνονται από την απόφαση Intel Corporation κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2017:632) στο μέτρο που: πρώτον, κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως, κατά το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, δεν μπορεί να διαπιστωθεί in abstracto· δεύτερον, απαιτείται διεξοδική ανάλυση όλων των περιστάσεων της υποθέσεως (σκέψη 142 της εν λόγω αποφάσεως)· και, τρίτον, όπως επισημαίνει ο γενικός εισαγγελέας N. Wahl με τις προτάσεις του [19], «ο βαθμός πιθανολογήσεως που απαιτείται για να διαπιστωθεί ότι η προσαπτόμενη συμπεριφορά συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως [πρέπει να έχει σχέση με κάτι *"πιθανό"* και όχι μόνο να] εξαντλείται στη *θεωρητική πιθανότητα* επελεύσεως αποτελέσματος αποκλεισμού από τον ανταγωνισμό, όπως φαίνεται να προτείνει η Επιτροπή».

87. Η συλλογιστική του Δικαστηρίου στην απόφαση Intel Corporation κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2017:632), η οποία αφορούσε την ίδια την παράβαση, θα πρέπει να εφαρμοστεί κατ' αναλογία στην ανάλυση της φύσεως και, κατά συνέπεια, της σοβαρότητας της παραβάσεως, με σκοπό τον καθορισμό του ποσού του προστίμου.

88. Εν προκειμένω, η Orange προέβαλε συγκεκριμένα επιχειρήματα με τα οποία εκθέτει τους λόγους για τους οποίους η φύση και η σοβαρότητα της επίμαχης συμπεριφοράς δεν δικαιολογούν το ύψος του προστίμου.

89. Η *φύση* και, κατά συνέπεια, η *σοβαρότητα* της παραβάσεως εξαρτώνται σε μεγάλο βαθμό από την προδιάθεση της Orange να εξαλείψει τον ανταγωνισμό στη λιανική αγορά ευρυζωνικής προσβάσεως στην Πολωνία και, ως εκ τούτου, να επηρεάσει αρνητικά τον ανταγωνισμό και τους καταναλωτές.

90. Η Orange επισημαίνει ότι, στην επίμαχη απόφαση, η Επιτροπή προέβη σε περιορισμένη ανάλυση της θεωρίας της περί ζημίας, εκθέτοντας την εκτίμησή της για τις πραγματικές ή πιθανές συνέπειες της παραβάσεως. Στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας, η Orange προσκόμισε αποδεικτικά στοιχεία και προέβαλε επιχειρήματα για να προσδιορίσει τα κύρια σφάλματα στα οποία η Επιτροπή υπέπεσε κατά την αξιολόγηση των επιζήμιων αποτελεσμάτων.

91. Επομένως –όπως επιβεβαιώνεται στην απόφαση Intel Corporation κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2017:632)– το Γενικό Δικαστήριο δεν μπορούσε πλέον να επιλέξει να αγνοήσει τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας και, εν προκειμένω, όφειλε να εξετάσει όλα τα αποδεικτικά στοιχεία και τα επιχειρήματα που η Orange είχε προσκομίσει και προβάλει προκειμένου να κλονίσει το κύρος των συμπερασμάτων της Επιτροπής όσον αφορά την ικανότητα της συγκεκριμένης πρακτικής να επηρεάσει αρνητικά τον ανταγωνισμό στην Πολωνία.

92. Πάντως, στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, το Γενικό Δικαστήριο αρνήθηκε να εξετάσει τους λόγους ακυρώσεως με τους οποίους προβαλλόταν ότι η Επιτροπή δεν είχε αξιολογήσει ορθώς τις πραγματικές ή τις πιθανές συνέπειες της παραβάσεως της προσφεύγουσας ή δεν είχε εκθέσει στην εν λόγω αξιολόγηση συγκεκριμένα, αξιόπιστα και επαρκή στοιχεία που να δικαιολογούν, ιδίως, τη χρήση του κατώτατου ορίου του 10 % για τον υπολογισμό του βασικού ποσού του προστίμου.

18 Η προσέγγιση που συνιστώ εφαρμόζεται ήδη από τη νομολογία και την πρακτική ορισμένων κρατών μελών: βλ. μια σημαντική απόφαση του αρμόδιου για υποθέσεις ανταγωνισμού βρετανικού δικαστηρίου (Competition Appeal Tribunal, δικαστηρίου ανταγωνισμού, Ηνωμένο Βασίλειο) στην υπόθεση «Construction Bid Rigging», Case No. 1114-1119-1127-1129-1132-1133/1/1/09 (2011) CAT 3, σκέψη 102· βλ., επίσης, σχέδιο νέων κατευθυντήριων γραμμών για τον υπολογισμό των ποσών των προστίμων της αρχής ανταγωνισμού του Ηνωμένου Βασιλείου, στο οποίο οι συνέπειες λαμβάνονται υπόψη για τον καθορισμό των ποσών των προστίμων (https://www.gov.uk/government/consultations/ca98-penalties-guidance). Δύνανται να ληφθούν υπόψη, κατ' αναλογίαν, οι αρχές που εφαρμόζονται στο ποινικό δίκαιο, όπου ο αντίκτυπος, ή ακόμη η έλλειψη αντικτύπου, διαδραματίζει σημαντικό ρόλο (βλ., για παράδειγμα, « Guideline – Overarching Principles: Seriousness» του βρετανικού Sentencing Guidelines Council, 2004, σ. 3-4). Βλ., επίσης, Lianos και Geradin, όπ.π., σ. 359 και 360.

19 Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα N. Wahl στην υπόθεση Intel Corporation κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2016:788, σημείο 118).

93. Το Γενικό Δικαστήριο απέρριψε τα επιχειρήματα της Orange στο σύνολό τους, εκτιμώντας ότι η Επιτροπή δεν έλαβε υπόψη *ούτε* τις πραγματικές συνέπειες *ούτε* τις πιθανές συνέπειες της παραβάσεως και ότι απλώς ανέλυσε τη φύση της παραβάσεως «με γενικό και αφηρημένο τρόπο» θεωρώντας ότι η συμπεριφορά μπορούσε να επηρεάσει αρνητικά τον ανταγωνισμό και τους καταναλωτές (βλ. σκέψη 169 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως), και έκρινε επαρκή μια τέτοια τυχαία, ασαφή και υποθετική προσέγγιση.

94. Το Γενικό Δικαστήριο συνήγαγε εντεύθεν ότι δεν ήταν αναγκαίο να εξεταστούν τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας σχετικά με τα σφάλματα στα οποία η Επιτροπή φερόταν ότι υπέπεσε κατά την αξιολόγηση των πραγματικών ή των πιθανών συνεπειών κατά του ανταγωνισμού, καθόσον αυτά ήσαν «αλυσιτελή» (βλ. σκέψη 173 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως).

95. Διαπιστώνω με έκπληξη (όπως η Orange) ότι, στα σημεία 25 και 26 του υπομνήματος ανταπαντήσεως, η Επιτροπή υποστηρίζει τα συμπεράσματα του Γενικού Δικαστηρίου που περιέχονται στη σκέψη 169 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, διατεινόμενη ότι «[…] Είναι επομένως ορθό ότι η συμπεριφορά της Orange μπορούσε να επηρεάσει αρνητικά τον ανταγωνισμό και τους καταναλωτές. […] Σε μια περίπτωση όπως η υπό κρίση, *είναι εγγενείς τουλάχιστον πιθανές συνέπειες κατά του ανταγωνισμού*. […] καταχρηστική συμπεριφορά η οποία μπορεί να αποκλείσει ανταγωνιστές και έχει εκδηλωθεί *δεν μπορεί παρά να νοθεύσει τον ανταγωνισμό* και, κατ' αυτόν τον τρόπο, να βλάψει τους καταναλωτές» (η υπογράμμιση δική μου).

96. Τα προεκτεθέντα δείχνουν την τυπολατρική προσέγγιση που η Επιτροπή εφάρμοσε για να απαλλαγεί από το βάρος αποδείξεως, βάσει απλώς και μόνο συμπερασμάτων και υποθέσεων και όχι με παραπομπή σε αποδείξεις των συνεπειών, και χωρίς δεόντως αιτιολογημένη αντίκρουση των περί του αντιθέτου εξηγήσεων της εγκαλούμενης επιχειρήσεως.

97. Αποδεχόμενο την προσέγγιση της Επιτροπής, το Γενικό Δικαστήριο δεν εξακρίβωσε, αφενός, αν εκτέθηκαν ορθώς τα πραγματικά περιστατικά που η Επιτροπή είχε επικαλεστεί για να συναγάγει ότι η παράβαση μπορούσε να επηρεάσει αρνητικά τον ανταγωνισμό και, αφετέρου, αν η Επιτροπή υπέπεσε σε σφάλμα εκτιμήσεως όσον αφορά την έκταση και τις πιθανότητες των επιζήμιων συνεπειών και αν ήσαν ορθές οι έννομες συνέπειες που είχε συναγάγει από αυτά τα πραγματικά περιστατικά.

98. Η αφηρημένη αυτή προσέγγιση αντιβαίνει στις απαιτήσεις αποδείξεως που ο γενικός εισαγγελέας N. Wahl υπενθύμισε με τις προτάσεις του στην υπόθεση Intel Corporation κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2016:788, σημεία 114 έως 121), με τις οποίες συντάσσομαι: «αυτή η δυνατότητα [περιορισμού του ανταγωνισμού] δεν μπορεί απλώς να είναι υποθετική ή θεωρητικά πιθανή», και «[σ]κοπός της αναλύσεως της δυνατότητας περιορισμού του ανταγωνισμού είναι να εξακριβωθεί αν η προσαπτόμενη συμπεριφορά θα επιφέρει, *κατά πάσα πιθανότητα*, αποκλεισμό από την αγορά κατά παραβίαση των κανόνων του ανταγωνισμού», και «η ανάλυση της δυνατότητας περιορισμού του ανταγωνισμού, όσον αφορά παράνομες κατά τεκμήριο συμπεριφορές, πρέπει να ερμηνεύεται υπό την έννοια ότι αποσκοπεί στο να εξακριβώσει όχι μόνον αν η εκάστοτε επίμαχη συμπεριφορά, *λαμβανομένων υπόψη όλων των περιστάσεων, έχει απλώς αμφιλεγόμενα αποτελέσματα στην αγορά* […], *αλλά αν η επέλευση των αποτελεσμάτων αυτών επιβεβαιώνεται στην πράξη*» (η υπογράμμιση δική μου).

99. Στο ίδιο πνεύμα, συντάσσομαι με τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα J. Mazák στην υπόθεση Deutsche Telekom κατά Επιτροπής (C-280/08 P, EU:C:2010:212, σημείο 64), και στην υπόθεση TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2010:483, σημεία 39 και 40)[20], οι οποίες περιέχουν ανάλογες απαιτήσεις.

20 Βλ., επίσης, υπόθεση Meo – Serviços de Comunicações e Multimédia (C-525/16), η οποία εκκρεμεί επί του παρόντος, και ήδη διαθέσιμες προτάσεις του γενικού εισαγγελέα N. Wahl στην εν λόγω υπόθεση (EU:C:2017:1020).

100. Θεωρώ (όπως η Orange) ότι η προσέγγιση του Γενικού Δικαστηρίου στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση είναι επίσης ασύμβατη με την κρίση του Δικαστηρίου, στις σκέψεις 138 έως 146 της αποφάσεως Intel Corporation κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2017:632), ότι η Επιτροπή, και με τη σειρά του το Γενικό Δικαστήριο, «οφείλει να εξετάσει *το σύνολο* των επιχειρημάτων του προσφεύγοντος διαδίκου, με τα οποία επιδιώκεται να αμφισβητηθεί το βάσιμο των διαπιστώσεων της Επιτροπής όσον αφορά την ικανότητα [της επίμαχης καταχρήσεως] να προκαλέσει τον εκτοπισμό ενός ανταγωνιστή από την αγορά» (η υπογράμμιση δική μου)[21].

101. Επομένως, η προσέγγιση που υιοθέτησε το Γενικό Δικαστήριο στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση είναι ανάλογη εκείνης που το Δικαστήριο επέκρινε στην απόφαση Intel Corporation κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2017:632) (όπως και ο γενικός εισαγγελέας N. Wahl στις προτάσεις του στην ίδια υπόθεση) –όπως είχε ήδη συμβεί στην περίπτωση της εκδικασθείσας σε πρώτο βαθμό υποθέσεως σχετικά με την οποία εκδόθηκε η απόφαση της 10ης Ιουλίου 2014, Telefónica και Telefónica de España κατά Επιτροπής (C-295/12 P, EU:C:2014:2062), την οποία είχα επικρίνει με τις προτάσεις μου στην εν λόγω υπόθεση (C-295/12 P, EU:C:2013:619).

102. Η συγκεκριμένη προσέγγιση του Γενικού Δικαστηρίου αντιβαίνει επίσης στο σημείο 20 των κατευθυντήριων γραμμών του 2006 για τον υπολογισμό των προστίμων, κατά το οποίο «[η] εκτίμηση της σοβαρότητας θα γίνεται κατά περίπτωση για κάθε είδος παράβασης, λαμβάνοντας υπόψη όλες τις σχετικές συνθήκες της υπόθεσης»[22].

103. Η άρνηση του Γενικού Δικαστηρίου να προβεί σε πλήρη και λεπτομερή εξέταση των επιχειρημάτων και των αποδεικτικών στοιχείων που είχε προβάλει και προσκομίσει η Orange ισοδυναμεί επίσης με έλλειψη κατάλληλου και πλήρους ελέγχου της νομιμότητας της επίμαχης αποφάσεως κατά το άρθρο 263 ΣΛΕΕ[23].

104. Επιπλέον, το Γενικό Δικαστήριο εφάρμοσε εσφαλμένως το κριτήριο της αναλογικότητας του προστίμου λαμβανομένων υπόψη της φύσεως και, επομένως, της σοβαρότητας της παραβάσεως, με αποτέλεσμα να στερήσει την Orange από αποτελεσματική δικαστική προστασία.

105. Συγκεκριμένα, πρόστιμο δεν μπορεί να θεωρηθεί αναλογικό αν τα στοιχεία που καθορίζουν το ύψος του και περιγράφονται στην επίμαχη απόφαση (ιδίως αν πρόκειται για τη φύση και, επομένως, για τη σοβαρότητα της παραβάσεως) δεν εξετάστηκαν ορθώς[24] από το Γενικό Δικαστήριο, το οποίο δεν μπορεί να αρκεστεί σε έλεγχο της συμφωνίας με τις κατευθυντήριες γραμμές και πρέπει να ελέγξει το ίδιο την καταλληλότητα της επίμαχης κυρώσεως[25].

21 Όπως επισημαίνεται στη θεωρία (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*, σ. 11), «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*» και «the General Court is required to examine all of the defendant's arguments concerning the application of the test» (η υπογράμμιση δική μου).

22 Το σημείο 19 των κατευθυντήριων γραμμών διευκρινίζει ότι «[τ]ο βασικό ποσό του προστίμου θα συνδέεται με ορισμένο ποσοστό επί της αξίας των πωλήσεων, το οποίο θα καθορίζεται σε συνάρτηση με τον βαθμό σοβαρότητας της παράβασης, πολλαπλασιασμένο με τον αριθμό των ετών της παράβασης», και το σημείο 22 αναφέρει ότι, «[γ]ια να αποφασιστεί αν το ποσοστό της αξίας των πωλήσεων, το οποίο θα λαμβάνεται υπόψη σε μια συγκεκριμένη υπόθεση θα πρέπει να είναι χαμηλά ή υψηλά στην κλίμακα αυτή, η Επιτροπή θα συνεκτιμά διάφορους παράγοντες, όπως το είδος της παράβασης, το συνολικό μερίδιο αγοράς όλων των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων, τη γεωγραφική έκταση της παράβασης και το αν η παράνομη συμπεριφορά έχει εκδηλωθεί στην πράξη ή όχι».

23 Απόφαση της 8ης Δεκεμβρίου 2011, KME Germany κ.λπ. κατά Επιτροπής (C-272/09 P, EU:C:2011:810, σκέψεις 129 έως 133).

24 Βλ. προτάσεις μου στην υπόθεση Telefónica και Telefónica de España κατά Επιτροπής (C-295/12 P, EU:C:2013:619, σημεία 107 επ.). Όπως επισημαίνεται στη θεωρία (Forrester, I. S., «A challenge for Europe's judges: the review of fines in competition cases», *European Law Review*, τόμος 36, αριθ. 2, 2011, σ. 185 και 197), «review [of fines should ask] whether the punishment imposed on an undertaking corresponded to the individual gravity of misconduct».

25 Βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση της 8ης Δεκεμβρίου 2011, Χαλκόρ κατά Επιτροπής (C-386/10 P, EU:C:2011:815, σκέψη 78). Εξάλλου, σύστημα καθορισμού των προστίμων το οποίο λαμβάνει υπόψη τις συνέπειες ή τον αντίκτυπο της παραβάσεως θα συνάδει περισσότερο με την αρχή της αναλογικότητας, κατά την οποία «penalties should come as a direct response to an infringer's wrongdoing» (βλ. Fish, M., «An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, σ. 28 και 57).

106. Στην απόφαση Intel Corporation κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2017:632), το Δικαστήριο υπενθύμισε με μεγάλη σαφήνεια ότι ακόμη και μια συμπεριφορά η οποία μπορεί να θεωρηθεί ότι δημιουργεί αμφιβολίες από απόψεως ανταγωνισμού, *δεν μπορεί να καταδικαστεί αφ' εαυτής*.

107. Τούτου λεχθέντος, ενδέχεται, εν προκειμένω, η Επιτροπή να δικαιωθεί τελικώς, αλλά όχι πριν το Γενικό Δικαστήριο εξετάσει τα επιχειρήματα που η Orange είχε προβάλει με το δεύτερο σκέλος του τρίτου λόγου ακυρώσεως.

108. Επομένως, εκτιμώ ότι ο δεύτερος λόγος αναιρέσεως είναι βάσιμος. Κατά συνέπεια, η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση πρέπει να αναιρεθεί και η υπόθεση πρέπει να αναπεμφθεί στο Γενικό Δικαστήριο ώστε αυτό να εξετάσει τα επιχειρήματα που είχε προβάλει η Orange.

Γ. Επί του τρίτου λόγου αναιρέσεως με τον οποίο προβάλλονται πολλαπλή πλάνη περί το δίκαιο και παραμόρφωση στοιχείων της δικογραφίας δεδομένου ότι δεν ελήφθησαν υπόψη, ως ελαφρυντική περίσταση, οι επενδύσεις που είχε πραγματοποιήσει η Orange

1. Συνοπτική έκθεση των επιχειρημάτων των διαδίκων

109. Η Orange υποστηρίζει ότι, απορρίπτοντας τα επιχειρήματά της κατά τα οποία η Επιτροπή έπρεπε να χαρακτηρίσει ως ελαφρυντική περίσταση τις επενδύσεις που είχε πραγματοποιήσει για τη βελτίωση του σταθερού δικτύου ευρυζωνικής προσβάσεως στην Πολωνία, το Γενικό Δικαστήριο παραμόρφωσε στοιχεία της δικογραφίας και υπέπεσε σε πολλαπλή πλάνη περί το δίκαιο και/ή σε πρόδηλο σφάλμα εκτιμήσεως, ενώ κάθε μία από τις εκτιμήσεις έπρεπε να το είχε οδηγήσει να μειώσει το ποσό του προστίμου.

110. Πρώτον, στο τέλος της σκέψεως 208 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Δικαστήριο ορθώς απέρριψε το επιχείρημα που η Επιτροπή είχε προβάλει στην αιτιολογική σκέψη 915 της επίμαχης αποφάσεως κρίνοντας ότι είναι αδιάφορο, για τον χαρακτηρισμό των επενδύσεων ως ελαφρυντικής περιστάσεως, το γεγονός ότι οι επενδύσεις αυτές δεν μεταβάλλουν τη φύση της παραβάσεως. Εντούτοις, στις σκέψεις 192 έως 209 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Γενικό Δικαστήριο απέκλινε από την αιτιολογία της επίμαχης αποφάσεως για να μη χαρακτηρίσει τις εν λόγω επενδύσεις ως ελαφρυντική περίσταση και την υποκατέστησε με τη δική του συλλογιστική. Με τον τρόπο αυτόν, παραγνώρισε τον κανόνα που ορίζει ότι, στο πλαίσιο του προβλεπόμενου στο άρθρο 263 ΣΛΕΕ ελέγχου νομιμότητας, το Γενικό Δικαστήριο δεν δύναται να υποκαταστήσει με τη δική του αιτιολογία αυτήν που παρατέθηκε από το όργανο που εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη.

111. Δεύτερον, το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο και/ή σε πρόδηλο σφάλμα εκτιμήσεως κρίνοντας ότι οι επίμαχες επενδύσεις δεν μπορούσαν να χαρακτηριστούν ως μέτρα επανορθώσεως. Αφενός, εν αντιθέσει προς τα εκτιθέμενα στις σκέψεις 199 έως 201 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, από την απόφαση της 30ής Απριλίου 2009, Nintendo και Nintendo of Europe κατά Επιτροπής (T-13/03, EU:T:2009:131), καθώς και από αποφάσεις εθνικών αρχών ανταγωνισμού, δύναται να συναχθεί ότι η έννοια της επανορθώσεως μπορεί να αφορά ευεργετικές συνέπειες σε είδος και όχι οικονομικές, έστω και αν είναι έμμεσες. Αυτό επιβεβαιώνεται από το άρθρο 18, παράγραφος 3, της οδηγίας 2014/104. Αφετέρου, εν προκειμένω, η ακριβής ποσοτικοποίηση και κατανομή άμεσων αποζημιώσεων δεν είναι εφικτή. Επομένως, αν η Orange δεν είχε πραγματοποιήσει μονομερώς τις επίμαχες επενδύσεις, των οποίων τη σημασία και τις ευεργετικές συνέπειες αναγνώρισαν ο UKE και οι ΕΦΕ, λιγοστά πρόσωπα θα είχαν λάβει αποζημίωση. Επιπλέον, στις σκέψεις 204 έως 206 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Γενικό Δικαστήριο έκρινε εσφαλμένως ότι οι εν λόγω ευεργετικές συνέπειες είναι απόρροια της συμφωνίας με τον UKE και όχι των εν λόγω επενδύσεων.

112. Τρίτον, το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο και παραμόρφωσε τα στοιχεία της δικογραφίας κρίνοντας, στη σκέψη 202 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, ότι οι επενδύσεις ήσαν απόρροια της προσπάθειας της Orange να αποφύγει τον λειτουργικό διαχωρισμό που επιδίωκε ο UKE. Κανένα επιχείρημα σχετικά με τους λόγους που ώθησαν την Orange να συνάψει τη συμφωνία με τον UKE δεν περιέχεται στα υπομνήματα ή στην επίμαχη απόφαση και το Γενικό Δικαστήριο δεν μπορούσε βασίμως να υποκαταστήσει με τη δική του συλλογιστική εκείνη της Επιτροπής, χωρίς να προβεί σε παράτυπη υποκατάσταση αιτιολογίας και να ενεργήσει με άδικο τρόπο και με μη σεβασμό προς τα δικαιώματα άμυνας. Επιπλέον, οι επενδύσεις αυτές πραγματοποιήθηκαν οικειοθελώς, όπως η ίδια η Επιτροπή αναγνώρισε στην αιτιολογική σκέψη 140 της επίμαχης αποφάσεως.

113. Τέταρτον, το Γενικό Δικαστήριο έσφαλε κρίνοντας, στη σκέψη 203 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, ότι οι επίμαχες επενδύσεις συνιστούσαν απλώς «σύνηθες στοιχείο στον επιχειρησιακό κόσμο». Η κρίση αυτή αντιφάσκει με τη διαπίστωση στη σκέψη 202 της εν λόγω αποφάσεως, δεδομένου ότι οι ίδιες επενδύσεις δεν μπορούν να είναι ταυτοχρόνως το αποτέλεσμα απειλής μιας κανονιστικής παρεμβάσεως και σύνηθες στοιχείο στον επιχειρηματικό κόσμο. Εν πάση περιπτώσει, οι επενδύσεις αυτές δεν πραγματοποιήθηκαν με την προοπτική αποσβέσεως, όπου ορισμένες δεν ήσαν οικονομικά βιώσιμες, αλλά για την αποκατάσταση της ζημίας των θυμάτων της παραβατικής συμπεριφοράς.

114. Εξάλλου, οι ελαφρυντικές περιστάσεις δεν αποτελούν κλειστή κατηγορία και η έλλειψη νομολογιακού προηγούμενου δεν εμποδίζει την αναγνώριση της υπάρξεως ελαφρυντικής περιστάσεως.

115. Η Επιτροπή επισημαίνει ότι ο υπό κρίση λόγος αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί ως αλυσιτελής και/ή απαράδεκτος.

116. Επιπλέον, ο υπό κρίση λόγος αναιρέσεως είναι αβάσιμος, δεδομένου ότι η Orange δεν απέδειξε ότι, δυνάμει του ισχύοντος νομικού πλαισίου, το Γενικό Δικαστήριο όφειλε να θεωρήσει τις επίμαχες επενδύσεις ως μέτρο επανορθώσεως.

117. Πρώτον, η Επιτροπή διαθέτει περιθώριο εκτιμήσεως κατά τον καθορισμό του ύψους της ενδεχόμενης μειώσεως του ποσού ενός προστίμου λόγω ελαφρυντικών περιστάσεων.

118. Δεύτερον, το Γενικό Δικαστήριο δεν στηρίχθηκε σε «νέους λόγους που δικαιολογούν την άρνηση της Επιτροπής» να μειώσει το ποσό του προστίμου.

119. Τρίτον, η κρίση του Γενικού Δικαστηρίου ότι οι επενδύσεις ήσαν απόρροια προσπάθειας αποφυγής κανονιστικών κυρώσεων απορρέει από την εξέτασή του αποδεικτικών στοιχείων που αφορούν την απειλή λειτουργικού διαχωρισμού, την οποία μνημόνευσε η Επιτροπή στην επίμαχη απόφαση. Το Γενικό Δικαστήριο δεν συνήγαγε ότι ο κίνδυνος λειτουργικού διαχωρισμού ήταν ο μοναδικός λόγος υπογραφής της συμφωνίας με τον UKE ούτε απέρριψε τον οικειοθελή χαρακτήρα των επενδύσεων αυτών.

120. Τέταρτον, το Γενικό Δικαστήριο δεν υπέπεσε σε πλάνη εκτιμώντας ότι οι επενδύσεις και οι ενδεχόμενες ευεργετικές συνέπειές τους ήσαν μέρος της συμφωνίας που είχε συναφθεί με τον UKE.

121. Η PIIT υποστηρίζει, όπως η Orange, ότι οι επίμαχες επενδύσεις είναι εκ φύσεως μέτρα επανορθώσεως, όπως αυτό απορρέει από τα πραγματικά στοιχεία που εκτίθενται στις παρατηρήσεις που η PIIT κατέθεσε ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου. Επομένως, το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο παραλείποντας να λάβει υπόψη τις επενδύσεις ως ελαφρυντική περίσταση. Επιπλέον, το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε σε σφάλμα εκτιμήσεως των αποδεικτικών στοιχείων που είχε προσκομίσει η PIIT και παραμόρφωσε το περιεχόμενό τους, ειδικά διαπιστώνοντας, στη σκέψη 204 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, ότι οι απόψεις που η PIIT προέβαλε με το υπόμνημά της

αναιρούνται από τα έγγραφα που επισυνάφθηκαν στο παράρτημα του υπομνήματος αυτού. Επίσης, το Γενικό Δικαστήριο έσφαλε κρίνοντας, στη σκέψη 206 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, ότι οι ευεργετικές συνέπειες για τους ΕΦΕ και τους τελικούς χρήστες πρέπει να αποδοθούν αποκλειστικά στη συμφωνία με τον UKE και όχι στις εν λόγω επενδύσεις.

122. Η ECTA προβάλλει, κατ' ουσίαν, επιχειρήματα ανάλογα εκείνων που προβάλλει η Επιτροπή.

2. Εκτίμηση

123. Κατά την άποψή μου, ο υπό κρίση λόγος αναιρέσεως είναι απαράδεκτος στο μέτρο που, στην πραγματικότητα, η Orange αμφισβητεί την εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών από το Γενικό Δικαστήριο και ζητεί από το Δικαστήριο να επανεξετάσει τα πραγματικά περιστατικά που διαπίστωσε το Γενικό Δικαστήριο.

124. Πράγματι, η Orange αμφισβητεί το συμπέρασμα του Γενικού Δικαστηρίου όσον αφορά τα κίνητρα της Orange για την πραγματοποίηση των επίμαχων επενδύσεων, τη φύση τους και τις ενδεχόμενες συνέπειές τους. Όλα αυτά είναι πραγματικά στοιχεία. Κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, «συμπέρασμα που αφορά τα πραγματικά περιστατικά εμπίπτει στην ανέλεγκτη εξουσία εκτιμήσεως του Γενικού Δικαστηρίου, την οποία το Δικαστήριο δεν δύναται να υποκαταστήσει στο πλαίσιο του ελέγχου που αυτό διενεργεί» (διάταξη της 15ης Ιουνίου 2012, Otis Luxembourg κ.λπ. κατά Επιτροπής, C-494/11 P, μη δημοσιευθείσα, EU:C:2012:356, σκέψη 48).

125. Επιπλέον, εκτιμώ ότι ο συγκεκριμένος λόγος αναιρέσεως είναι αβάσιμος.

126. Μολονότι, στο πλαίσιο του ελέγχου νομιμότητας που προβλέπεται στο άρθρο 263 ΣΛΕΕ, το Γενικό Δικαστήριο έχει την εξουσία να εξετάζει και να χρησιμοποιεί τα αποδεικτικά στοιχεία που του υποβλήθηκαν από τους διαδίκους[26], εντούτοις, κατά πάγια νομολογία, στο πλαίσιο του εν λόγω ελέγχου τα δικαιοδοτικά όργανα της Ένωσης δεν δύνανται, εν πάση περιπτώσει, να υποκαταστήσουν με τη δική τους αιτιολογία αυτήν που παρατέθηκε από το όργανο που εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη[27].

127. Αντιθέτως, όταν ασκεί την αρμοδιότητά του πλήρους δικαιοδοσίας, ο δικαστής της Ένωσης έχει την εξουσία, πέραν του απλώς και μόνο ελέγχου νομιμότητας της κυρώσεως, να υποκαταστήσει, για τον καθορισμό του ποσού της κυρώσεως αυτής, με τη δική του εκτίμηση αυτήν του οργάνου το οποίο εξέδωσε την πράξη στην οποία καθορίστηκε αρχικώς το ποσό αυτό, η δε έκταση της εν λόγω αρμοδιότητας πλήρους δικαιοδοσίας περιορίζεται αυστηρώς στον καθορισμό του ποσού του προστίμου[28].

128. Με σημείο αφετηρίας τις αρχές αυτές, συμμερίζομαι τα συμπεράσματα του Γενικού Δικαστηρίου.

26 Βλ. ιδίως, υπ' αυτήν την έννοια, απόφαση της 21ης Ιανουαρίου 2016, Galp Energía España κ.λπ. κατά Επιτροπής (C-603/13 P, EU:C:2016:38, σκέψη 72 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

27 Αποφάσεις της 24ης Ιανουαρίου 2013, Frucona Košice κατά Επιτροπής (C-73/11 P, EU:C:2013:32, σκέψη 89 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), και της 21ης Ιανουαρίου 2016, Galp Energía España κ.λπ. κατά Επιτροπής (C-603/13 P, EU:C:2016:38, σκέψη 73).

28 Βλ. απόφαση της 21ης Ιανουαρίου 2016, Galp Energía España κ.λπ. κατά Επιτροπής (C-603/13 P, EU:C:2016:38, σκέψεις 75 και 76 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία)· βλ., επίσης, απόφαση της 8ης Δεκεμβρίου 2011, KME Germany κ.λπ. κατά Επιτροπής (C-389/10 P, EU:C:2011:816, σκέψεις 129 έως 133). Βλ., επίσης, προτάσεις μου στην υπόθεση Telefónica και Telefónica de España κατά Επιτροπής (C-295/12 P, EU:C:2013:619), όπου ανέλυσα λεπτομερώς τα προβλήματα αυτά.

129. Συγκεκριμένα, εν προκειμένω, το Γενικό Δικαστήριο βασίστηκε στη δική του εκτίμηση της επίμαχης αποφάσεως καθώς και στις παρατηρήσεις που κατέθεσαν οι διάδικοι κατά τη διαδικασία [29]. Οι διαπιστώσεις αυτές έγιναν ως απάντηση στα επιχειρήματα της Orange με τα οποία είχε επικαλεστεί ακριβώς τις υποθέσεις αυτές. Επομένως, η Orange δεν μπορεί να υποστηρίζει ότι το Γενικό Δικαστήριο υποκατέστησε με τη δική του αιτιολογία εκείνη που η Επιτροπή είχε παραθέσει συναφώς.

130. Εν συνεχεία, το συμπέρασμα του Γενικού Δικαστηρίου ότι οι επενδύσεις ήσαν απόρροια προσπάθειας αποφυγής κυρώσεων όπως ο λειτουργικός διαχωρισμός σαφώς στηρίζεται σε ορισμένα στοιχεία που περιέχονται στην επίμαχη απόφαση [30]. Η Orange είχε γνώση αυτών των αποδεικτικών στοιχείων και δεν τα αμφισβήτησε ποτέ.

131. Επιπλέον, όσον αφορά επίσης τη διαπίστωση του Γενικού Δικαστηρίου ότι οι επίμαχες επενδύσεις συνιστούσαν «στοιχείο στον επιχειρησιακό κόσμο» και «[πραγματοποιήθηκαν] με την προοπτική αποσβέσεως», δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι το Γενικό Δικαστήριο υποκατέστησε με τη δική του αιτιολογία εκείνη της Επιτροπής. Στο πλαίσιο του ελέγχου που διενήργησε για να διαπιστώσει αν η Επιτροπή υπέπεσε σε σφάλμα, το Γενικό Δικαστήριο απάντησε, αντιθέτως, στα επιχειρήματα της Orange, επίσης υπό το πρίσμα των αποδεικτικών στοιχείων που είχαν προσκομίσει οι διάδικοι. Συγκεκριμένα, τόσο το υπόμνημα απαντήσεως (σημείο 133) όσο και το υπόμνημα ανταπαντήσεως (σημείο 64) περιέχουν στοιχεία τα οποία έδωσαν στο Γενικό Δικαστήριο τη δυνατότητα να απορρίψει τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας και να συναγάγει ότι οι πραγματοποιηθείσες από την Orange επενδύσεις έγιναν, στην πραγματικότητα, για ίδιον συμφέρον. Επιπλέον, η επίμαχη απόφαση περιέχει ορισμένα στοιχεία τα οποία δείχνουν τη σημασία της συνεχούς επενδυτικής προσπάθειας στον τομέα των τηλεπικοινωνιών (αιτιολογική σκέψη 807 της επίμαχης αποφάσεως) καθώς και τα γενικά κίνητρα της Orange (οικονομίες κλίμακας) για επενδύσεις (αιτιολογική σκέψη 661 της ίδιας αποφάσεως).

132. Τέλος, θεωρώ (όπως η Επιτροπή) ότι το Γενικό Δικαστήριο δεν στηρίχθηκε σε «νέους λόγους που δικαιολογούν την άρνηση της Επιτροπής» να μειώσει το ποσό του προστίμου. Όλα τα στοιχεία που εξέτασε το Γενικό Δικαστήριο καθώς και όλοι οι λόγοι που παρατέθηκαν για να μη χαρακτηρίσει ως ελαφρυντική περίσταση τις επίμαχες επενδύσεις απορρέουν από τα υπομνήματα που υποβλήθηκαν σε αυτό και από την επίμαχη απόφαση. Επιπλέον, αποφασίζοντας να μην τροποποιήσει το ποσό του προστίμου, το Γενικό Δικαστήριο απλώς άσκησε την αρμοδιότητά του πλήρους δικαιοδοσίας.

133. Επιπλέον, εν αντιθέσει προς αυτό που υποστηρίζει η Orange, το Γενικό Δικαστήριο δεν συνήγαγε, στις σκέψεις 204 έως 206 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, ότι δεν υπάρχουν ευεργετικές συνέπειες που μπορούν να αποδοθούν στις επίμαχες επενδύσεις. Συγκεκριμένα, βάσει της δικής του αναλύσεως των εγγράφων που χρησιμοποίησε η Επιτροπή, το Γενικό Δικαστήριο διαπίστωσε ότι ορισμένα εξ αυτών επιβεβαιώνουν ότι τόσο οι ΕΦΕ όσο και ο UKE είχαν αναγνωρίσει τις ευεργετικές συνέπειες των επενδύσεων. Το Γενικό Δικαστήριο αναγνώρισε επίσης, στη σκέψη 203 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, την ενδεχόμενη ύπαρξη ορισμένων έμμεσων ωφελημάτων για τους τελικούς χρήστες και τους ΕΦΕ. Εντούτοις, έκρινε ότι οι ευεργετικές αυτές συνέπειες δεν καθιστούν εσφαλμένη την εκτίμηση της Επιτροπής όσον αφορά την άρνηση να αναγνωρίσει στην Orange το ευεργέτημα ελαφρυντικών περιστάσεων ούτε, εν πάση περιπτώσει, δικαιολογούν μείωση του ποσού του προστίμου για τον λόγο αυτόν –πράγμα που είναι ριζικά διαφορετικό από τη μη αναγνώριση των ευεργετικών συνεπειών.

134. Κατά την Orange (δικόγραφο της αιτήσεως αναιρέσεως, σημείο 64), η πλάνη περί το δίκαιο και το πρόδηλο σφάλμα εκτιμήσεως των ελαφρυντικών περιστάσεων συνδέονται με το συμπέρασμα ότι: πρώτον, μόνο άμεση οικονομική αποζημίωση μπορεί να συνιστά μέτρο επανορθώσεως και, δεύτερον, οι επίμαχες επενδύσεις δεν στοχεύουν στην αποζημίωση τρίτων.

29 Βλ. σκέψεις 193, 194, 196 και 197 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως και συμπέρασμα του Γενικού Δικαστηρίου στις σκέψεις 200 και 201.

30 Βλ. αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση (σκέψη 215)· επιπλέον, ο κίνδυνος λειτουργικού διαχωρισμού μνημονεύεται επίσης στη σκέψη 17 της αποφάσεως αυτής και λεπτομερής ανάλυση περιέχεται στη σκέψη 197 της ίδιας αποφάσεως.

135. Δεν μπορώ να συμμεριστώ την άποψη αυτή. Πρώτον, κατά πάγια νομολογία της Ένωσης, οι κατευθυντήριες γραμμές δεν απαριθμούν με περιοριστικό τρόπο τις ελαφρυντικές περιστάσεις τις οποίες πρέπει να λαμβάνει υπόψη η Επιτροπή. Ως εκ τούτου, η Επιτροπή διατηρεί ένα ορισμένο περιθώριο εκτιμήσεως ώστε να εκτιμά σφαιρικώς την έκταση μιας ενδεχόμενης μειώσεως του ποσού των προστίμων λόγω ελαφρυντικών περιστάσεων [31]. Επομένως, οι κατευθυντήριες γραμμές του 2006 περιέχουν μη εξαντλητικό κατάλογο των παραγόντων τους οποίους η Επιτροπή δύναται να λάβει υπόψη ως ελαφρυντικές περιστάσεις.

136. Εξάλλου, επισημαίνεται ότι η Επιτροπή ολοένα και σε πιο εξαιρετικές περιστάσεις λαμβάνει υπόψη ελαφρυντικές περιστάσεις με σκοπό τη μείωση του βασικού ποσού του προστίμου, και τούτο κυρίως μετά τη χάραξη των κατευθυντήριων γραμμών του 2006 [32].

137. Δεύτερον, τα δικαιοδοτικά όργανα της Ένωσης και η Επιτροπή ουδέποτε δέχθηκαν ότι επενδύσεις όπως οι επίμαχες στην υπό κρίση υπόθεση μπορούν να θεωρηθούν ελαφρυντικές περιστάσεις οι οποίες δικαιολογούν τη μείωση του ύψους ενός προστίμου.

138. Στη μοναδική απόφασή του σχετικά με τη δυνατότητα μειώσεως του ύψους του προστίμου λόγω καταβληθεισών αποζημιώσεων [33], το Γενικό Δικαστήριο δέχθηκε, λαμβανομένων υπόψη των εξαιρετικών περιστάσεων, να ληφθούν υπόψη «οι αποζημιώσεις που παρέσχε η [οικεία] επιχείρηση στους τρίτους ζημιωθέντες από την [παράβαση] που κατονομάζονταν στην ανακοίνωση των αιτιάσεων».

139. Στην εν λόγω υπόθεση, η Επιτροπή μείωσε κατά 300 000 ευρώ το πρόστιμο που είχε επιβάλει στη Nintendo, προκειμένου να ληφθούν υπόψη οι αποζημιώσεις, συνολικού ύψους 375 000 ευρώ, τις οποίες η επιχείρηση είχε καταβάλει στους τρίτους που στην ανακοίνωση των αιτιάσεων κατονομάζονταν ως οικονομικώς ζημιωθέντες λόγω των παραβατικών συμπεριφορών [34]. Συναφώς, επιρροή ασκεί επίσης η υπόθεση Independent Schools (απόφαση της αρχής ανταγωνισμού του Ηνωμένου Βασιλείου της 20ής Νοεμβρίου 2006, υπόθεση CA 98/05/2006), την οποία το Γενικό Δικαστήριο αναφέρει στη σκέψη 201 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως.

140. Εξάλλου, έως σήμερα, στην πρακτική λήψεως αποφάσεων της Επιτροπής δεν υπάρχει καμία ένδειξη πιο επιεικούς προσεγγίσεως. Ειδικότερα, στην απόφαση σχετικά με την υπόθεση «Καρτέλ προμονωμένων σωλήνων» [35], η Επιτροπή αποφάσισε να μειώσει το ποσό του *προστίμου ενός εκ των μετεχόντων στη σύμπραξη λόγω της «σεβαστής αποζημιώσεως» που αυτός είχε καταβάλει στην κατονομαζόμενη στην ανακοίνωση των αιτιάσεων επιχείρηση* ως μία εκ των επιχειρήσεων κατά των οποίων οι αυτουργοί της παραβάσεως είχαν λάβει εναρμονισμένα μέτρα για τη βλάβη των δραστηριοτήτων της, τον περιορισμό των δραστηριοτήτων της στο έδαφος ενός κράτους μέλους ή ξεκάθαρα τον εκτοπισμό της επιχειρήσεως από την αγορά.

31 Αποφάσεις της 8ης Ιουλίου 2004, Dalmine κατά Επιτροπής (T-50/00, EU:T:2004:220, σκέψη 326)· της 16ης Ιουνίου 2011, FMC Foret κατά Επιτροπής (T-191/06, EU:T:2011:277, σκέψη 333)· της 3ης Μαρτίου 2011, Siemens και VA Tech κατά Επιτροπής (T-122/07 έως T-124/07, EU:T:2011:70, σκέψη 208)· της 14ης Δεκεμβρίου 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich κατά Επιτροπής (T-259/02 έως T-264/02 και T-271/02, EU:T:2006:396, σκέψη 473)· της 6ης Μαΐου 2009, KME Germany κ.λπ. κατά Επιτροπής (T-127/04, EU:T:2009:142, σκέψη 115), και της 8ης Σεπτεμβρίου 2010, Deltafina κατά Επιτροπής (T-29/05, EU:T:2010:355, σκέψη 348).

32 Βλ. Bernardeau, L., και Christienne, J.-P., *Les amendes en droit de la concurrence*, Larcier, Βρυξέλλες, 2013, σ. 166 (συγκεκριμένα, στις δέκα πρώτες αποφάσεις στο πλαίσιο των οποίων η Επιτροπή εφάρμοσε τις κατευθυντήριες γραμμές του 2006, δεν αναγνωρίστηκε καμία ελαφρυντική περίσταση).

33 Απόφαση της 30ής Απριλίου 2009, Nintendo και Nintendo of Europe κατά Επιτροπής (T-13/03, EU:T:2009:131, σκέψη 23).

34 Απόφαση της 30ής Απριλίου 2009, Nintendo και Nintendo of Europe κατά Επιτροπής (T-13/03, EU:T:2009:131, σκέψη 204), και απόφαση της Επιτροπής, της 30ής Οκτωβρίου 2002, σχετικά με διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 81 της Συνθήκης ΕΚ και το άρθρο 53 της Συμφωνίας για τον ΕΟΧ (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution, και COMP/36.321 Omega – Nintendo) (ΕΕ 2003, L 255, σ. 33), αιτιολογικές σκέψεις 440 και 441.

35 Απόφαση 1999/60/ΕΚ της Επιτροπής, της 21ης Οκτωβρίου 1998, σχετικά με διαδικασία κινηθείσα βάσει του άρθρου 85 της Συνθήκης ΕΚ (IV/35.691/E-4 – Καρτέλ προμονωμένων σωλήνων) (ΕΕ 1999, L 24, σ. 1, αιτιολογικές σκέψεις 25 και 172). Βλ., επίσης, απόφαση 75/75/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 19ης Δεκεμβρίου 1974, σχετικά με διαδικασία εφαρμογής του άρθρου 86 της Συνθήκης ΕΟΚ (IV/28 851 – General Motors Continental) (ΟΙ 1975, L 29, σ. 14).

141. Τέλος, όπως επισημαίνει η Επιτροπή, οι επίμαχες επενδύσεις δεν έχουν καμία σχέση με την παράβαση και δεν είχαν σκοπό να αποκαταστήσουν, όσον αφορά τους ΕΦΕ και τους τελικούς χρήστες, τις ενδεχόμενες ζημίες που αυτοί είχαν υποστεί.

142. Εκτιμώ ότι το ενδεχόμενο αυτό δεν μπορεί να αποκλειστεί κατηγορηματικά, αλλά, αν οι επενδύσεις που μια επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση πραγματοποιεί, μετά την παράβαση, στις δικές της υποδομές χαρακτηρίζονταν «αυτομάτως» ως ελαφρυντική περίσταση, θα θίγονταν τα αποτρεπτικά αποτελέσματα των προστίμων.

143. Όπως επισημαίνει η Επιτροπή, το άρθρο 18, παράγραφος 3, της οδηγίας 2014/104 επιβεβαιώνει απλώς ότι οι αρχές ανταγωνισμού έχουν εξουσία εκτιμήσεως ως προς το αν θα λάβουν υπόψη ως ελαφρυντικές περιστάσεις τις άμεσες πληρωμές που καταβλήθηκαν στους ζημιωθέντες και ότι, κατ' αρχήν, η μόνη αποζημίωση που μπορεί να ληφθεί υπόψη είναι μια άμεση χρηματική αποζημίωση που καταβλήθηκε στον ζημιωθέντα.

144. Τέλος, το Γενικό Δικαστήριο δεν έσφαλε εκτιμώντας ότι οι επενδύσεις και οι ενδεχόμενες ευεργετικές συνέπειές τους ήσαν μέρος της συμφωνίας που είχε συναφθεί με τον UKE. Επιπλέον, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που του υποβλήθηκαν, το Γενικό Δικαστήριο ορθώς συνήγαγε ότι, ακόμη και αν υποτεθεί ότι οι επίμαχες επενδύσεις είχαν τις πρόσθετες θετικές συνέπειες που επικαλέστηκε η Orange, δεν αποτελούσαν αποζημίωση δυνάμενη να ληφθεί υπόψη από την Επιτροπή.

145. Επομένως, ο τρίτος λόγος αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος και, εν πάση περιπτώσει, ως αβάσιμος.

IV. Επί των δικαστικών εξόδων

146. Δεδομένου ότι η υπόθεση αναπέμπεται στο Γενικό Δικαστήριο, το Δικαστήριο πρέπει να επιφυλαχθεί ως προς τα δικαστικά έξοδα σχετικά με την παρούσα αναιρετική διαδικασία.

V. Πρόταση

147. Για τους λόγους αυτούς, προτείνω στο Δικαστήριο να αποφανθεί ως εξής:

– να αναιρέσει την απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 17ης Δεκεμβρίου 2015, Orange Polska κατά Επιτροπής (T-486/11, EU:T:2015:1002), κατά το μέρος που το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο καθόσον δεν εξέτασε τα επιχειρήματα που η Orange Polska S.A. είχε διατυπώσει με το δεύτερο σκέλος του τρίτου λόγου ακυρώσεως, με τα οποία είχε προβληθεί ότι έχουν εμφιλοχωρήσει σφάλματα στα συμπεράσματα της Επιτροπής σχετικά με τον αντίκτυπο της παραβάσεως στις οικείες αγορές, παραβιαζομένων των αρχών της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και της αναλογικότητας του προστίμου,

– να απορρίψει, κατά τα λοιπά, την αίτηση αναιρέσεως, και

– να αναπέμψει την υπόθεση στο Γενικό Δικαστήριο για νέα εξέταση της επιχειρηματολογίας που αποτελεί το βάθρο του δεύτερου λόγου αναιρέσεως και να επιφυλαχθεί ως προς τα δικαστικά έξοδα.