



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
ATHANASIOSA RANTOSA
od 14. srpnja 2022.¹

Predmet C-680/20

Unilever Italia Mkt. Operations Srl
protiv
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
uz sudjelovanje:
La Bomba S.n.c.

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Tržišno natjecanje – Vladajući položaj – Članak 102. UFEU-a – Pojam ‚gospodarska cjelina‘ – Pripisivanje proizvođaču postupanja distributera s kojima taj proizvođač ima samo ugovorne veze – Zlouporaba – Ugovorna odredba o isključivosti – Potreba dokazivanja učinaka na tržište”

I. Uvod

1. Zahtjev za prethodnu odluku Consiglija di Stato (Državno vijeće, Italija) upućen je u okviru spora između društva Unilever Italia Mkt Operations Srl (u daljnjem tekstu: Unilever) i tijela Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (u daljnjem tekstu: AGCM)² u pogledu kazne koju je to tijelo izreklo tom društvu zbog zlouporabe vladajućeg položaja na talijanskom tržištu za distribuciju pakiranih sladoleda u određenim vrstama trgovina kao što su plažni objekti i barovi u kojima se ti sladoledi prodaju krajnjim korisnicima.

2. U ovom je predmetu riječ o dvama prethodnim pitanjima u kojima se od Suda traži da pojasni aspekte povezane s tumačenjem i primjenom članka 102. UFEU-a.

3. Prvo prethodno pitanje odnosi se na primjenu pojma „jedinstvena gospodarska cjelina” (u daljnjem tekstu: gospodarska cjelina) na društva povezana samo ugovornim vezama. Konkretnije, sud koji je uputio zahtjev traži od Suda da pojasni granice tog pojma za potrebe primjene članka 102. UFEU-a i, konkretno, njegove provedbe u kontekstu distribucijske mreže organizirane isključivo na temelju ugovora. Iako sudska praksa Suda u području grupe društava pruža brojne korisne smjernice, to će pitanje omogućiti da se pojasne kriteriji relevantni za utvrđivanje gospodarske cjeline izvan situacija koje uključuju veze na osnovi vlasništva

¹ Izvorni jezik: francuski

² Ured za zaštitu tržišnog natjecanja i tržišta (Italija)

kapitala³. To je pojašnjenje od nezanemarive praktične važnosti jer je upotreba usluga franšiznog poslovanja (*franchising*), eksternalizacije (*outsourcing*) ili podugovaranja (*subcontracting*) određenih faza distribucije česta u praksi velikih poduzetnika, na koje se može odnositi članak 102. UFEU-a.

4. Drugo se prethodno pitanje odnosi na mogućnost da tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja smatra da praksa unošenja ugovornih odredbi o isključivosti u ugovore o distribuciji može po svojoj prirodi ograničiti tržišno natjecanje u smislu članka 102. UFEU-a a da pritom nije potrebno konkretno utvrditi da je to slučaj za predmetne ugovore na temelju kriterija „jednako učinkovitog konkurenta”⁴.

II. Glavni postupak, prethodna pitanja i postupak pred Sudom

5. Unilever je poduzetnik koje se bavi proizvodnjom i stavljanjem na tržište proizvoda široke potrošnje, među kojima su, u području pakiranih sladoleda, Algida i Carte d’Or. U Italiji te sladolede distribuiraju pojedinačno po komadu te su oni namijenjeni za konzumiranje „vani”, odnosno u barovima, kafićima, sportskim klubovima, na bazenima ili drugim mjestima za razonodu (u daljnjem tekstu: prodajna mjesta) u okviru mreže od 150 distributera.

6. Konkurentsko društvo, odnosno La Bomba Snc, podnijelo je 3. travnja 2013. AGCM-u pritužbu zbog zlouporabe vladajućeg položaja društva Unilever⁵.

7. Odlukom od 31. listopada 2017. (u daljnjem tekstu: sporna odluka) AGCM je odlučio da je Unilever zloupotrijebio svoj vladajući položaj na tržištu za distribuciju i prodaju pakiranih sladoleda voditeljima prodajnih mjesta „izvan domicila” (u daljnjem tekstu: predmetno tržište), protivno članku 102. UFEU-a. Stoga je Unileveru izrekao novčanu kaznu u iznosu od 60 668 850,00 eura i, štoviše, naložio mu prestanak postupanja za koja je utvrđeno da su nezakonita.

8. Prema AGCM-ovu mišljenju, Unilever je na predmetnom tržištu provodio strategiju isključivanja koja može ometati rast njegovih konkurenata. Ta se strategija temeljila prije svega na tome da je Unilever na voditelje prodajnih mjesta primijenio ugovorne odredbe o isključivosti koje uključuju obvezu da se pakiranim sladoledom opskrbljuju isključivo kod njega. Osim ugovornih odredbi o isključivosti, strategija istiskivanja podrazumijevala je i istodobnu primjenu širokog raspona popusta i naknada u pogledu tih voditelja koji su podlijegali uvjetima kao što su postizanje posebnih ciljeva u pogledu prihoda ili zadržavanja određene ponude Unileverovih proizvoda u svojim asortimanima. Cilj tih popusta i naknada, koji su se u različitim kombinacijama i uvjetima primjenjivali na gotovo sva prodajna mjesta, bio je pružiti tim voditeljima poticaj za održavanje isključivosti, pri čemu ih se odvrćalo od toga da raskinu svoj ugovor kako bi se opskrbljivali kod Unileverovih konkurenata.

³ O pojmu „gospodarska cjelina” vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Pitruzzelle u predmetu Sumal (C-882/19, u daljnjem tekstu: mišljenje u predmetu Sumal, EU:C:2021:293, t. 23. do 31.), te u pravnoj teoriji Wils, W., „The Undertaking as Subject of E. C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons”, *European Law Review*, svezak 25., 2000., str. 99. do 116. te Odudu O. i Bailey D. „The single economic entity doctrine in EU competition law”, *Common Market Law Review*, svezak 51., br. 6, 2014., str. 1721. do 1758.

⁴ Poznat pod engleskim izrazom „as efficient competitor test”, u daljnjem tekstu: test AEC.

⁵ Prema La Bambinu mišljenju, Unilever je tijekom posljednjih godina nalagao voditeljima prodajnih mjesta da ne prodaju La Bambine ledene lizalice zajedno s njegovim proizvodima, pri čemu je prijetio da u suprotnom slučaju više neće primjenjivati popuste predviđene u već sklopljenom sporazumu te je, osim toga, naložio plaćanje kazni ili raskid ugovora.

9. Ta je postupanja Unilever uvelike provodio posredstvom svoje mreže od 150 distributera (u daljnjem tekstu: distributeri) s kojima je uspostavio odnos isključivosti na temelju kojeg je: i. Unilever prodavao svoje proizvode samo jednom od tih distributera kako bi ih on preprodavao na određenom području te se ii. na tog distributera, koji je stoga imao svojstvo koncesionara u pravnom smislu tog izraza, istodobno primjenjivala zabrana aktivne prodaje na područjima isključivo dodijeljenima drugim koncesionarima i zabrana da proizvodi ili prodaje proizvode konkurentnih operatora. Usto, taj je distributer trebao nabaviti opremu namijenjenu skladištenju i prezentaciji sladoleda na prodajnim mjestima, kao i marketinške materijale koje je zatim trebao besplatno ustupiti voditeljima tih prodajnih mjesta.

10. Dva su aspekta pobijane odluke relevantna za ovaj zahtjev za prethodnu odluku.

11. S jedne strane, iako su zlouporabu koju navodi AGCM stvarno počinili distributeri, ona je pripisana samo Unileveru uz obrazloženje da to društvo i distributeri čine jedinstveni gospodarski subjekt, odnosno „gospodarsku cjelinu”. Naime, Unilever je izvršio „određeni stupanj zadiranja u poslovnu politiku distributera”, tako da oni nisu djelovali neovisno prilikom donošenja poslovne politike koja je uključivala predviđanje uvjeta isključivosti i davanje ekonomskih poticaja za zadržavanje vjernosti prodajnih mjesta i/ili ostvarivanje isključivosti za Unileverove proizvode, kao i izvršavanje pritiska kojima se nastojala zaštititi takva isključivost.

12. S druge strane, s obzirom na posebna obilježja predmetnog tržišta, AGCM je smatrao da je Unilever svojim postupanjem isključio ili barem ograničio mogućnost da se konkurentski subjekti upuste u tržišno natjecanje na temelju zasluga. Naime, Unilever je na temelju svojeg vladajućeg položaja potaknuo prodajna mjesta da u svojem asortimanu zadrže samo njegove proizvode što je dulje moguće, čime je ograničio prilike u kojima se različiti proizvođači mogu upustiti u tržišno natjecanje pred potrošačima te spriječio rast konkurenata razmjerno sa „zaslugama” njihovih ponuda.

13. Unilever je pobijao spornu odluku u prvostupanjskom postupku pred Tribunaleom amministrativo regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij, Italija). Budući da je Tribunale Amministrativo Régionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij) odbio tužbu u cijelosti, Unilever je podnio žalbu Consigliju di Stato (Državno vijeće), sudu koji je uputio zahtjev. U potporu toj žalbi Unilever je, među ostalim, prigovorio Tribunaleu Amministrativo Régionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij) da nije utvrdio postojanje nedostataka koje sadržava pobijana odluka i koji se odnose, s jedne strane, na pripisivanje Unileveru postupanja njegovih distributera i, s druge strane, na učinke predmetnih postupanja, za koje smatra da ne mogu narušiti tržišno natjecanje.

14. U tom kontekstu, Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija) ima dvojbe povezane s tumačenjem prava Unije u pogledu dvaju prethodno navedenih tužbenih razloga, te je odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Pored slučajeva kontrole društava, koje kriterije treba uzeti u obzir kako bi se utvrdilo predstavlja li ugovorna koordinacija među formalno samostalnim i neovisnim gospodarskim subjektima jedinstvenu gospodarsku cjelinu u skladu s člancima 101. i 102. UFEU-a? Konkretno, može li se postojanje određenog stupnja zadiranja u poslovne odluke drugog poduzetnika, koji je tipičan za odnose poslovne suradnje između proizvođača i posrednikâ u distribuciji, smatrati dovoljnim kako bi se ti subjekti kvalificirali kao dio te gospodarske [cjeline] ili je pak potrebna ‚hijerarhijska’ povezanost između dva poduzetnika, vidljiva u slučaju postojanja ugovora na temelju kojeg se više samostalnih društava ‚podvrgava’ vođenju

i koordinaciji jednog od njih, pri čemu se od [nadležnog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja] zahtjeva dokaz o postojanju više sustavnih i ustaljenih smjernica koje su mogle utjecati na upravljačke odluke poduzetnika, odnosno na strateške i operativne odluke u financijskom, industrijskom i poslovnom pogledu?

2. Kako bi se ocijenilo postojanje zlouporabe vladajućeg položaja koja je ostvarena na temelju ugovornih odredbi o isključivosti, treba li članak 102. UFEU-a tumačiti na način da je [nadležno] tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja obvezno provjeriti je li učinak tih odredbi takav da se njima isključuju s tržišta jednako učinkoviti konkurenti te precizno ispitati ekonomske analize koje je stranka podnijela o konkretnoj mogućnosti da sporna postupanja istiskuju s tržišta jednako učinkovite konkurente, ili da, u slučaju postojanja ugovornih odredaba o isključivosti ili postupanja za koja je karakterističan velik broj nepoštenih praksi (popusti kojim se potiče vjernost i ugovorne odredbe o isključivosti), ne postoji nikakva pravna obveza [AGCM-a] da odluku o utvrđenju povrede tržišnog natjecanja temelji na kriteriju jednako učinkovitoga konkurenta?"

15. Pisana očitovanja Sudu podnijeli su Unilever, AGCM, talijanska i grčka vlada te Europska komisija. Sve su te stranke usto iznijele usmena očitovanja na raspravi održanoj 3. ožujka 2022.

III. Analiza

A. Prvo prethodno pitanje

16. Svojim prvim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev pita o strukturnoj vezi koja mora postojati između proizvođača i neovisnih posrednika kako bi se mogli smatrati „gospodarskim subjektom” u smislu prava tržišnog natjecanja Unije. Konkretnije, taj sud u biti pita mogu li, u nedostatku veza na osnovi vlasništva kapitala, proizvođač i njegovi distributeri činiti takvu „gospodarsku cjelinu” i. samo na temelju „određenog stupnja zadiranja” proizvođača u „poslovne odluke” svojih distributera ili ii. je u tu svrhu potrebna „hijerarhijska povezanost” na temelju koje proizvođač obvezuje svoje distributere primjenom „više sustavnih i ustaljenih smjernica” koje mogu utjecati na njihove „strateške i operativne odluke”.

1. Dopuštenost

17. AGCM i talijanska vlada tvrde da je prvo prethodno pitanje nedopušteno jer zahtjev za prethodnu odluku ne sadržava potrebna pojašnjenja. Ističu i da se u tom pitanju upućuje na članak 101. UFEU-a iako AGCM nije primijenio tu odredbu.

18. U tom pogledu valja podsjetiti na to da, na temelju ustaljene sudske prakse, potreba da se osigura tumačenje prava Unije koje bi bilo korisno za nacionalni sud zahtijeva da nacionalni sud definira činjenični i pravni okvir u kojemu su smještene pitanja koja postavlja, ili da, u svakom slučaju, objasni stvarne situacije na kojima se temelje ta pitanja. Ti zahtjevi vrijede osobito u području tržišnog natjecanja, za koje su karakteristične složene činjenične i pravne situacije⁶.

⁶ Presuda od 5. ožujka 2019., Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172, t. 49. i navedena sudska praksa, koja se sada odražava u članku 94. Poslovnika Suda)

19. U ovom slučaju smatram, s jedne strane, da su informacije koje sadržava odluka kojom je upućen zahtjev za prethodnu odluku, iako sažete, dovoljne da se objasni činjenična pretpostavka na kojoj se temelji prvo prethodno pitanje, odnosno pretpostavka o primjeni pojma „gospodarska cjelina” na distribucijsku mrežu koju čine društva koja nemaju nikakvu vezu na osnovi vlasništva kapitala s poduzetnikom u vladajućem položaju⁷. S druge strane, što se tiče okolnosti da sud koji je uputio zahtjev u tekstu prvog prethodnog pitanja osim na članak 102. UFEU-a upućuje i na članak 101. UFEU-a, čini mi se da ona ne može dovesti u pitanje prethodno navedeno i to osobito zato što je pojam „gospodarska cjelina”, na koji se odnosi to pitanje, zajednički člancima 101. i 102. UFEU-a.

20. Stoga predlažem da se prvo prethodno pitanje proglašeno dopuštenim.

2. Meritum

a) Uvodne napomene

21. Kako bi se bolje odredila problematika koju je postavio sud koji je uputio zahtjev, podsjećam na to da je AGCM pripisao postupanja o kojima je riječ u glavnom postupku samo Unileveru iako su ih stvarno počinili distributeri, pri čemu je smatrao da Unilever i ti distributeri čine „gospodarsku cjelinu” jer je Unilever, među ostalim, izvršio određeni stupanj zadiranja u poslovnu politiku tih distributera. Unilever pak u biti odgovara da su distributeri neovisni poduzetnici s obzirom na to da Unilever ne drži nikakav udio u njihovom kapitalu i nema nijednog predstavnika u njihovim upravnim odborima koji slobodno određuju njihovu poslovnu politiku, svaki u vlastitom sektoru, pri čemu sami preuzimaju rizike povezane sa svojom djelatnošću i da mu se stoga ne može pripisati zlouporaba⁸.

22. U tom kontekstu sud koji je uputio zahtjev u biti želi znati, osim slučajeva u kojima postoje veze na osnovi vlasništva kapitala, koje kriterije treba uzeti u obzir kako bi se utvrdilo predstavlja li ugovorna koordinacija između proizvođača i njegovih posrednika u distribuciji jedinstvenu gospodarsku cjelinu u skladu s člancima 101. i 102. UFEU-a. Među ostalim, sud koji je uputio zahtjev zapaža poteškoće u tumačenju i primjeni pojma „gospodarska cjelina” u pogledu prirode i važnosti pokazatelja koji otkrivaju strukturnu vezu koja treba postojati između proizvođača i njegovih distributera tako da međusobno stvore jedinstveni centar za donošenje odluka, na temelju čega bi se djelovanja jednog mogla pripisati i drugome.

23. Kako bi se odgovorilo na to pitanje, najprije valja objasniti pojmove „poduzetnik” i „gospodarska cjelina” na kojima se temelji logika pripisivanja odgovornosti za povredu pravila tržišnog natjecanja⁹ (pododjeljak (b)). Nadalje, valja objasniti način primjene pojma „gospodarska cjelina” u okviru pripisivanja odgovornosti u slučaju postojanja veza na osnovi vlasništva kapitala (pododjeljak (c)). Prema mojem mišljenju, načela koja proizlaze iz te sudske prakse mogu se

⁷ S obzirom na to, utvrđujem da prvo prethodno pitanje, kako je postavljeno, sadržava upućivanja na dva kriterija ocjene gospodarske cjeline, odnosno „stupanj zadiranja” i „hijerarhijsku povezanost” među poduzetnicima. Međutim, ti kriteriji nužno podrazumijevaju kvantitativnu procjenu na temelju konkretnog sadržaja odnosa među predmetnim društvima. Stoga se relevantnost tih kriterija ne može ocijeniti *in abstracto* i unaprijed, kao što to želi sud koji je uputio zahtjev. Usto, iako se od Suda traže korisni odgovori davanjem smjernica koje bi sudu koji je uputio zahtjev omogućile da donese odluku, on ne može dati odgovore koji bi u biti uključivali to da se na temelju činjeničnih elemenata sadržanih u zahtjevu za prethodnu odluku provjeri čine li Unilever i njegovi distributeri „gospodarsku cjelinu” u smislu prava Unije.

⁸ Osim toga, Unileverova samostalna postupanja ne mogu predstavljati zlouporabu zbog isključivanja jer sporazumi o isključivosti koje je Unilever izravno sklopio s prodajnim mjestima pokrivaju samo 0,8 % svih operativnih prodajnih mjesta u Italiji.

⁹ Za analizu pravila pripisivanja koja su primjenjiva u okviru grupe društava vidjeti moje mišljenje u predmetu Servizio Elettrico Nazionale i dr. (C-377/20, u daljnjem tekstu: mišljenje u predmetu SEN, EU:C:2021:998, t. 146. do 152. i navedena sudska praksa).

prenijeti i izvan slučajeva veza na osnovi vlasništva kapitala, kao u glavnom postupku, osobito zato što sudska praksa Suda pruža samo nekoliko primjera primjene pojma „gospodarska cjelina” u slučaju postojanja ugovornih veza (pododjeljak (d)).

b) Pojmovi „poduzetnik” i „gospodarska cjelina” i njihova važnost u provedbi prava tržišnog natjecanja Unije

24. Izraz „poduzetnik”, koji se navodi u člancima 101. i 102. UFEU-a, odražava izbor autora Ugovorâ da upotrijebe autonoman pojam kako bi označili počinitelja povrede prava tržišnog natjecanja koji se razlikuje od postojećih izraza u UFEU-u¹⁰. Iako se izraz „poduzetnik” ne definira u Ugovoru, sadržaj tog pojma postupno je uobličen u sudskoj praksi Suda. U skladu s tom praksom, pojam „poduzetnik” obuhvaća svaki subjekt koji obavlja gospodarsku djelatnost, neovisno o pravnom statusu tog subjekta i načinu njegova financiranja¹¹.

25. Potaknut funkcionalnim pristupom, Sud je smatrao i da pojam „poduzetnik” označava *gospodarsku cjelinu*, čak i ako se, s pravnog stajališta, ta gospodarska cjelina sastoji od nekoliko fizičkih ili pravnih osoba. Naime, pravo tržišnog natjecanja Unije, po tome što se odnosi na djelatnosti poduzeća, utvrđuje kao odlučujući kriterij postojanje *jedinstvenog ponašanja na tržištu*, pri čemu formalna razdvojenost između različitih društava koja proizlazi iz njihove odvojene pravne osobnosti ne može isključiti takvo jedinstvo za potrebe primjene pravila tržišnog natjecanja¹².

26. Taj pojam „gospodarska cjelina” osmišljen je te se primjenjuje kako bi se postigao dvostruki cilj: s jedne strane, kako bi se iz područja primjene članka 101. UFEU-a isključili sporazumi sklopljeni među subjektima koji pripadaju istom poduzetniku (primjerice u okviru iste grupe društava) jer se članak 101. stavak 1. UFEU-a odnosi na odnose između dvaju ili više gospodarskih subjekata koji si međusobno mogu konkurirati¹³, i, s druge strane, kako bi se protutržišno ponašanje društva kćeri unutar grupe društava pripisalo društvu majci.

27. Međutim, iako pojam „gospodarska cjelina” za potrebe prvog cilja u načelu treba usko tumačiti jer je riječ o iznimci koja ograničava područje primjene članka 101. UFEU-a¹⁴, postavlja se pitanje bi li taj pojam u svrhu pripisivanja ponašanja mogao opravdati šire poimanje jer je cilj pojma „gospodarska cjelina” u biti osigurati širi koristan doseg i povećati odvratajući i preventivni učinak pravila tržišnog natjecanja¹⁵.

28. Naime, kao prvo, primjena pojma „gospodarska cjelina” može automatski dovesti do solidarne odgovornosti između subjekata koji čine predmetnu gospodarsku cjelinu u trenutku počinjenja povrede¹⁶. Povijesno, pojam „gospodarska cjelina” primjenjivao se u okviru primjene članka 101.

¹⁰ Kao što su „društvo” ili „pravna osoba”. Vidjeti u tom smislu presudu od 18. srpnja 2013., Schindler Holding i dr./Komisija (C-501/11 P, EU:C:2013:522, t. 102.).

¹¹ Presuda od 27. travnja 2017., Akzo Nobel i dr./Komisija (C-516/15 P, EU:C:2017:314, t. 47. i navedena sudska praksa)

¹² Presuda od 6. listopada 2021., Sumal (C-882/19, u daljnjem tekstu: presuda Sumal, EU:C:2021:800, t. 41.)

¹³ Vidjeti u tom smislu presude od 10. ožujka 1992., SIV i dr./Komisija (T-68/89, T-77/89 i T-78/89, EU:T:1992:38, t. 357.), od 24. listopada 1996., Viho/Komisija (C-73/95 P, EU:C:1996:405, t. 54.); i mišljenje nezavisnog odvjetnika A. Dutheilleta de Lamothea u predmetu Béguelin Import (22/71, neobjavljeno, EU:C:1971:103, str. 967.).

¹⁴ Vidjeti u tom smislu točku 30. Smjernica Komisije za vertikalna ograničenja od 28. lipnja 2022. (SL 2022., C 248, str. 1.).

¹⁵ Vidjeti u tom pogledu Whish R. i Bailey D., „Competition Law”, 10. izd., Oxford, 2021., 10. izd., str. 100. i 101.

¹⁶ Vidjeti presude od 25. ožujka 2021., Deutsche Telekom/Komisija (C-152/19 P, u daljnjem tekstu: presuda Deutsche Telekom II, EU:C:2021:238, t. 73.), i od 12. svibnja 2022., Servizio Elettrico Nazionale i dr. (C-377/20, u daljnjem tekstu: presuda SEN, EU:C:2022:379, t. 107. i navedena sudska praksa). O teorijskom temelju zajedničke odgovornosti društva majke i društva kćeri koji predstavlja gospodarska cjelina vidjeti mišljenje u predmetu Sumal (t. 35. do 38.).

UFEU-a i osobito u području zabranjenih sporazuma jer je taj pojam omogućio da se postupanja društva kćeri koje djeluje na području Unije pripisuju društvu majci koje se nalazi izvan Unije kako bi mu se mogla izreći kazna na temelju odredbi prava tržišnog natjecanja Unije¹⁷. Tom se metodom pripisivanja odgovornosti na temelju pojma „gospodarske cjeline” nastoji poduzetnicima onemogućiti da zaobiđu članak 101. i članak 102. UFEU-a. Primjerice, poduzetnik u vladajućem položaju može provesti unutarnje restrukturiranje tako da svoje aktivnosti podijeli među različitim društvima kćeri (koja nisu u vladajućem položaju) kako bi smanjio tržišni udio koji drži svaki zaseban pravni subjekt, a da se pritom ne izvrši nikakva intervencija na temelju članka 102. UFEU-a. Kad se postupanje društava kćeri ne bi moglo pripisati poduzetniku u vladajućem položaju, on bi lako mogao zaobići zabranu iz članka 102. UFEU-a.

29. Kao drugo, pojam „gospodarska cjelina” omogućuje znatno povećanje iznosa novčane kazne i, stoga, njezina odvraćajućeg učinka. Naime, upotreba gospodarske cjeline omogućuje da se izračuna najviši iznos novčane kazne koja se predviđa člankom 23. stavkom 2. Uredbe (EZ) br. 1/2003¹⁸, odnosno 10 % prihoda na temelju prihoda subjekata koji čine gospodarsku cjelinu, a ne samo na temelju prihoda subjekta koji je stvarno počinio povredu. Usto, taj pojam omogućuje povećanje osnovnog iznosa novčane kazne i olakšava uvećanje tog iznosa na temelju otegotnih okolnosti, odnosno ponavljanja povrede i uvećanja u svrhu odvraćanja¹⁹.

30. Kao treće, na razini privatne provedbe prava tržišnog natjecanja (*private enforcement*), žrtva protutržišne prakse može bez razlike podnijeti tužbu za naknadu štete protiv bilo kojeg poduzetnika koji čini gospodarsku cjelinu²⁰.

31. Znači li činjenica da se pojam „gospodarska cjelina” može usko ili široko tumačiti ovisno o cilju koji se nastoji postići to da bi tom pojmu trebalo pripisati „promjenjivo” značenje?

32. Prema mojem mišljenju, na to pitanje valja odgovoriti niječno.

33. Najprije, čini mi se da je s gledišta predvidljivosti i pravne sigurnosti teško moći opravdati postojanje takve „promjenjivosti” u pojmu „gospodarska cjelina” koja, osim toga, nema nikakvu potporu u trenutačnoj sudskoj praksi. Nadalje, iz točke 25. ovog mišljenja proizlazi da je odlučujući kriterij postojanje „jedinstvenog ponašanja na tržištu”, a taj koncept treba biti zajednički u pogledu primjenjivosti članka 101. UFEU-a i u pogledu pripisivanja ponašanja. Naposljetku, u pogledu budućnosti, posljedica preširokog shvaćanja „gospodarske cjeline” mogla bi biti da se članak 101. UFEU-a ne primijeni na sporazume štetne za tržišno natjecanje, ne samo horizontalne, nego i vertikalne²¹.

¹⁷ Vidjeti presude od 14. srpnja 1972., Imperial Chemical Industries/Komisija (48/69, u daljnjem tekstu: presuda ICI, EU:C:1972:70, t. 129. do 141.) i od 6. ožujka 1974., Istituto Chemioterapico Italiano i Commercial Solvents/Komisija (6/73 i 7/73, EU:C:1974:18, t. 41.) te sudsku praksu navedenu u bilješci 17 mišljenja u predmetu Sumal.

¹⁸ Uredba Vijeća od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. [UEZ-a] (SL 2003., L 1, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 165. i ispravak SL 2016., L 173, str. 108.)

¹⁹ Smjernice o metodi za utvrđivanje kazni koje se propisuju u skladu s člankom 23. stavkom 2. točkom (a) Uredbe br. 1/2003 (SL 2006., C 210, str. 2., t. 28. i 30.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 4., str. 58.)

²⁰ Vidjeti u tom smislu presudu Sumal (izreka i točka 48.).

²¹ Tako se članak 101. UFEU-a ne bi primjenjivao na vertikalne sporazume koji predstavljaju „teška ograničenja” (*hardcore restrictions*) u smislu članka 4. Uredbe Komisije (EU) br. 330/2010 od 20. travnja 2010. o primjeni članka 101. stavka 3. [UFEU-a] na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađenih djelovanja (SL 2010., L 102, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 3., str. 270.) koja je istekla 31. svibnja 2022. i članka 4. Uredbe Komisije (EU) 2022/720 od 10. svibnja 2022. o primjeni članka 101. stavka 3. [UFEU-a] na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađenih djelovanja (SL 2022., L 134, str. 4.), koja je zamijenila Uredbu br. 330/2010.

34. Stoga, ako ovo pitanje potakne analizu koja se prije svega odnosi na pripisivanje protutržišnog ponašanja, ne smije se zanemariti da kvalifikacija gospodarske cjeline u okviru pripisivanja nužno podrazumijeva neprimjenjivost članka 101. stavka 1. UFEU-a unutar subjekata koji čine tu gospodarsku cjelinu.

c) Primjena pojma „gospodarska cjelina” u okviru društava koja imaju veze na osnovi vlasništva kapitala

35. Pojam „gospodarska cjelina” u biti se primjenjuje u pogledu društava koja su sudjelovala u zabranjenim sporazumima i koja su dio grupe društava. U okviru takvih grupa Sud je utvrdio da se odgovornost za postupanje društva kćeri može pripisati društvu majci osobito u slučaju kada društvo kći *samostalno* ne odlučuje o svojem postupanju na tržištu, već u biti provodi upute koje mu daje društvo majka, posebno uzimajući u obzir *gospodarske, organizacijske i pravne veze koje spajaju ta dva pravna subjekta*²². Stoga, kako bi se moglo smatrati da neka grupa društava predstavlja gospodarsku cjelinu i da se stoga društvu majci može pripisati postupanje društva kćeri, treba ispuniti dva kumulativna uvjeta: društvo majka treba moći izvršavati *odlučujući utjecaj na društvo kći* i tu ovlast treba stvarno izvršavati²³.

36. Za potrebe pravila pripisivanja u okviru veza na osnovi vlasništva kapitala mogu se predvidjeti dva slučaja: onaj u kojem društvo majka drži cijeli ili gotovo cijeli kapital svojeg društva kćeri i onaj u kojem društvo majka drži mali udio u kapitalu društva kćeri, koji ne dovodi do istog stupnja kontrole.

37. Što se tiče prvog slučaja, kada društvo majka (izravno ili neizravno) drži cijeli ili gotovo cijeli kapital svojeg društva kćeri koje je počinilo povredu pravila tržišnog natjecanja Unije, s jedne strane, to društvo majka može izvršavati odlučujući utjecaj na ponašanje tog društva kćeri i, s druge strane, postoji oboriva pretpostavka da navedeno društvo majka stvarno izvršava takav utjecaj²⁴, osim ako to isto društvo majka ne dokaže suprotno. Ta pretpostavka odlučujućeg utjecaja temelji se na pretpostavci prema kojoj potpuna kontrola nad društvom kćeri nužno pretpostavlja (ekonomsku) sposobnost izvršavanja takva utjecaja. Naime, Sud je utvrdio da nije samo vlasništvo kapitala društva kćeri samo po sebi ono što utemeljuje tu pretpostavku, nego stupanj kontrole koji to držanje podrazumijeva²⁵. Takva pretpostavka podrazumijeva, osim ako se ne obori podnošenjem dokaza koji su dostatni za dokazivanje da društvo kći djeluje na tržištu samostalno²⁶, da se stvarno izvršavanje odlučujućeg utjecaja društva majke na društvo kćer smatra dokazanim tako da se može smatrati da je prvo društvo odgovorno za ponašanje drugog a da se pritom ne mora pružiti nikakav dodatni dokaz²⁷.

²² Presuda Deutsche Telekom II (t. 74. i navedena sudska praksa)

²³ Presuda od 26. rujna 2013., The Dow Chemical Company/Komisija (C-179/12 P, neobjavljena, EU:C:2013:605, t. 55.)

²⁴ Vidjeti presude od 10. rujna 2009., Akzo Nobel i dr./Komisija (C-97/08 P, EU:C:2009:536, t. 61.) i od 15. travnja 2021., Italmobiliare i dr./Komisija (C-694/19 P, neobjavljena, u daljnjem tekstu: presuda Italmobiliare, EU:C:2021:286, t. 47. i 55. i navedena sudska praksa).

²⁵ Vidjeti mišljenje u predmetu SEN (t. 155. i navedena sudska praksa).

²⁶ Sud Unije smatrao je da ti dokazi mogu proizlaziti iz aspekata poslovne politike društva kćeri, primjerice, ako društvo majka može utjecati na politiku cijena, djelatnosti proizvodnje i distribucije, prodajne ciljeve, bruto maržu, troškove prodaje, novčani tok, zalihe i marketing (vidjeti u tom smislu presudu od 12. prosinca 2007., Akzo Nobel i dr./Komisija, T-112/05, EU:T:2007:381, t. 64. i navedena sudska praksa).

²⁷ Presuda Italmobiliare (t. 55.). Podsjećam na to da, čak i kad društvo majka drži cijeli kapital svojeg društva kćeri, ništa ne sprečava tijela za zaštitu tržišnog natjecanja da utvrde stvarno izvršavanje odlučujućeg utjecaja drugim dokazima ili kombinacijom takvih elemenata s pretpostavkom odlučujućeg utjecaja (vidjeti u tom smislu presudu od 27. siječnja 2021., The Goldman Sachs Group/Komisija, C-595/18 P, EU:C:2021:73, t. 40. i navedenu sudska praksu).

38. Što se tiče drugog slučaja, osim primjene te pretpostavke, tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja morat će odgovornost temeljiti na drugim konkretnim elementima *odlučujućeg utjecaja*. U skladu s ustaljenom sudskom praksom Suda, u svrhu ispitivanja toga može li društvo majka izvršavati odlučujući utjecaj na ponašanje svojeg društva kćeri na tržištu, valja uzeti u obzir *sve relevantne elemente koji se odnose na gospodarske, organizacijske i pravne veze između društva kćeri i njegova društva majke i stoga voditi računa o gospodarskoj stvarnosti*. Međutim, iako upute koje je društvo majka dalo svojem društvu kćeri i koje utječu na njegovo postupanje na tržištu mogu biti dostatni dokazi o takvom odlučujućem utjecaju, one ne predstavljaju jedine prihvatljive dokaze. Stvarno izvršavanje odlučujućeg utjecaja društva majke na postupanje svojeg društva kćeri može se također zaključiti iz *skupa usklađenih elemenata*, čak i ako nijedan od tih elemenata promatranih zasebno nije dovoljan za utvrđivanje postojanja takvog utjecaja²⁸. Prema mojem mišljenju, upravo bi se taj pristup trebao primijeniti *mutatis mutandis* na društva koja imaju ugovorne veze.

d) *Primjena pojma „gospodarska cjelina” u okviru društava koja imaju samo ugovorne veze*

39. Iako je razvijen u pogledu odnosa između društva majke i njezinih društava kćeri koja čine „tipičan” kontekst postojanja gospodarske cjeline, taj se pojam može primijeniti izvan sfere grupe društava²⁹. Kao što je to potvrdio Opći sud, postojanje gospodarske cjeline ne ograničava se na slučajeve u kojima društva održavaju veze na osnovi vlasništva kapitala, nego u određenim okolnostima obuhvaća odnose između društva i njegova trgovačkog predstavnika ili između nalagodavca i njegova izvršitelja³⁰.

40. Kao prvo, pitanje tvore li nalagodavac i njegov posrednik jednu gospodarsku cjelinu, s obzirom na to da je drugonavedeni pomoćno tijelo uključeno u prvonavedenog poduzetnika, postavljeno je za potrebe utvrđivanja ulazi li neko postupanje u područje primjene članka 101. ili članka 102. UFEU-a. Kao što je to Sud presudio u presudi Suiker Unie i dr./Komisija, ako „[...] posrednik obavlja djelatnost *u korist svojega nalagodavca*, u načelu ga se može smatrati pomoćnim tijelom uključenim u njegova poduzetnika koje je dužno slijediti upute nalagodavca i stoga s tim poduzetnikom, isto kao i trgovinski zaposlenik, tvori gospodarsku cjelinu”³¹. Iz toga slijedi da samostalni posrednik može s poduzetnikom nalagodavcem činiti gospodarsku cjelinu kada obavlja djelatnost u korist potonje³².

41. U tom pogledu u presudi Minoan Lines, Opći sud utvrdio je dva elementa kao glavne referentne parametre kako bi se utvrdilo postoji li gospodarska cjelina: odnosno, s jedne strane, preuzima li posrednik *gospodarski rizik* i, s druge strane, jesu li *usluge* koje je posrednik pružio *isključujuće*³³.

²⁸ Presuda Deutsche Telekom II (t. 75. do 77. i navedena sudska praksa)

²⁹ Vidjeti u tom smislu presudu od 21. srpnja 2016., VM Remonts i dr. (C-542/14, u daljnjem tekstu: presuda Remonts, EU:C:2016:578, t. 20., 27. i 33.) i mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Watheleta u predmetu VM Remonts i dr. (C-542/14, EU:C:2015:797, t. 48.).

³⁰ Presuda od 11. prosinca 2003., Minoan Lines/Komisija (T-66/99, u daljnjem tekstu: presuda Minoan Lines, EU:T:2003:337, t. 125. do 128.)

³¹ Presuda od 16. prosinca 1975., Suiker Unie i dr./Komisija (40/73 do 48/73, 50/73, 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73, u daljnjem tekstu: presuda Suiker Unie, EU:C:1975:174, t. 480.). Moje isticanje

³² Vidjeti u tom smislu presudu od 15. srpnja 2015., voestalpine i voestalpine Wire Rod Austria/Komisija (T-418/10, EU:T:2015:516, t. 153.).

³³ Presuda., Minoan Lines (t. 125. do 128.)

42. Što se tiče *preuzimanja gospodarskog rizika*, Sud je u presudi Suiker Unie presudio da se posrednik ne može smatrati pomoćnim tijelom uključenim u nalogodavčevog poduzetnika kada mu sporazum sklopljen s potonjim dodjeljuje ili ostavlja zadaće koje su s gospodarskog stajališta slične onima samostalnog trgovca, zato što se njime predviđa posrednikovo preuzimanje financijskih rizika u vezi s prodajom ili izvršenjem trgovačkih ugovora sklopljenih s trećima³⁴. Stoga, kada distributer preuzme financijske rizike povezane s prodajom, primjerice, stjecanjem robe i držanjem prava vlasništva nad njom da bi je potom preprodao na vlastiti rizik, taj distributer u načelu ne djeluje kao pomoćno tijelo uključeno u nalogodavčevog poduzetnika ni stoga kao da s njim čini jednu gospodarsku cjelinu³⁵.

43. Što se tiče *ekskluzivnosti usluga koje je pružio* posrednik, Sud je smatrao da u prilog ideji o gospodarskoj cjelini ne govori činjenica da, usporedno s djelatnostima koje obavlja za račun nalogodavca, posrednik poduzima, kao samostalni trgovac, transakcije znatnog obujma na tržištu proizvoda ili usluge o kojoj je riječ³⁶.

44. Sud je u biti potvrdio analizu Općeg suda u presudi Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio kojom je Sud utvrdio da pružatelj usluga može izgubiti svoje svojstvo samostalnog gospodarskog subjekta, kada ne donosi samostalne odluke o svojem ponašanju na tržištu, nego potpuno ovisi o svojem nalogodavcu *jer ne snosi nikakve financijske i komercijalne rizike koji proizlaze iz djelatnosti potonjeg nalogodavca i djeluje kao pomoćno tijelo uključeno u poduzetnika tog nalogodavca*³⁷. Međutim, ta dva kriterija ne mogu biti iscrpni niti mogu biti sami po sebi od odlučujućeg značenja za utvrđivanje može li se protutržišno ponašanje zastupnika pripisati njegovu nalogodavcu³⁸.

45. Kao drugo, u presudi Remonts³⁹, Sud je općenitije analizirao pojam „gospodarska cjelina” u okviru djelovanja samostalnog pružatelja usluga koji pruža usluge određenom poduzetniku. Ta je presuda donesena u činjeničnom kontekstu koji je drukčiji od onog u glavnom postupku, odnosno u kontekstu usklađenog djelovanja u okviru javne nabave (*bid rigging*), ali omogućuje da se utvrde korisni referentni parametri koji se djelomično preklapaju s onima koji su već utvrđeni. U ovom slučaju Sud je presudio da se poduzetnika u načelu može smatrati odgovornim za usklađeno djelovanje zbog postupaka samostalnog pružatelja usluga koji mu je pružao usluge samo ako je ispunjen neki od sljedećih uvjeta: i. taj je pružatelj usluga *u stvarnosti postupao pod vodstvom ili pod kontrolom optuženog poduzetnika*⁴⁰ ili ii. taj je poduzetnik *znao za protutržišne ciljeve koje su ostvarivali njegovi konkurenti i navedeni pružatelj usluga, te im je namjeravao doprinijeti svojim ponašanjem*⁴¹ ili je pak iii. navedeni *poduzetnik razumno mogao predvidjeti protutržišno djelovanje svojih konkurenata i istog pružatelja usluga, te je bio spreman preuzeti taj rizik*⁴².

46. Sudu koji je uputio zahtjev valja pružiti odgovore s obzirom na sva prethodna razmatranja i uzimajući u obzir posebnosti postupanja o kojima je riječ u glavnom postupku.

³⁴ Presuda Suiker Unie (t. 482.)

³⁵ Vidjeti u tom smislu presudu od 15. rujna 2005., DaimlerChrysler/Komisija (T-325/01, EU:T:2005:322, t. 118.).

³⁶ Vidjeti presude Suiker Unie (t. 544.) i Minoan Lines (, t. 128.).

³⁷ Presuda od 14. prosinca 2006., Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, t. 43. i 44.). Vidjeti i presudu od 24. listopada 1995., Volkswagen i VAG Leasing (C-266/93, EU:C:1995:345, t. 16.).

³⁸ Vidjeti u tom smislu mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Watheleta u predmetu VM Remonts i dr. (C-542/14, EU:C:2015:797, t. 53.).

³⁹ Vidjeti presudu Remonts (t. 31.).

⁴⁰ Presuda Remonts (t. 25.).

⁴¹ Presuda Remonts (t. 29. i 30.).

⁴² Presuda Remonts (t. 31.).

e) Primjena pojma „gospodarska cjelina” u okviru vertikalnih ugovornih odnosa u skladu s člankom 102. UFEU-a

47. U tom pogledu napominjem da se od Suda, prema mojim saznanjima, još nije tražilo da ocijeni ponašanje samostalnih distributera koje se može pripisati poduzetniku u vladajućem položaju za potrebe primjene članka 102. UFEU-a. Naime, pojam „gospodarska cjelina”, osim kontekstom veza na osnovi vlasništva kapitala, nužno je uvjetovan činjeničnim kontekstom na kojem se temelji ugovorna veza. Stoga nije moguće unaprijed i *in abstracto* utvrditi elemente koji bi omogućili da se utvrdi da je određeni ugovorni sadržaj obuhvaćen pojmom „gospodarska cjelina”. Ne dovodeći u pitanje procjenu koju treba provesti sud koji je uputio zahtjev, koji je jedini nadležan za ocjenu činjenica u glavnom postupku, smatram da bi sljedeći elementi mogli biti korisni.

48. Kao prvo, utvrđujem da je primjena pojma „gospodarska cjelina” u praksi rjeđa u kontekstu primjene članka 102. UFEU-a, što objašnjava zašto su pitanja pripisivanja rijetko predmet analize pred sudovima Unije⁴³. To je djelomično zbog činjenice da takva klasifikacija nije uvijek neophodna. Naime, smatram da u okolnostima u kojima se zlouporaba stvarno provodi posredstvom trećeg distributera, to bi se postupanje kao takvo moglo pripisati poduzetniku u vladajućem položaju ako se pokaže da ga je taj distributer primjenjivao u skladu s *posebnim uputama koje mu je dao taj poduzetnik i stoga na temelju provedbe jedinstvene poslovne politike*. Naime, kad to ne bi bio slučaj, poduzetnik u vladajućem položaju mogao bi lako zaobići zabranu iz članka 102. UFEU-a prenošenjem određenih zlouporaba, kao što su one koje je u ovom slučaju osporavao AGCM, na svoje distributere ili druge nezavisne posrednike koji su dužni slijediti njegove upute. Naime, poduzetnik u vladajućem položaju (a ne distributeri) ima posebnu odgovornost za to da svojim postupanjem ne ugrozi djelotvorno i nenarušeno tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu, bilo izravno, zlouporabom koju provodi on sam ili neizravno, postupanjima koja je prenio na samostalne subjekte koji su dužni izvršiti njegove upute⁴⁴. Osim toga, primjenom po analogiji kriterija koji je Sud utvrdio u presudi Remonts, valja provjeriti je li poduzetnik u vladajućem položaju mogao razumno predvidjeti protutržišna djelovanja svojih distributera i je li bio spreman prihvatiti rizik koji iz toga proizlazi⁴⁵.

49. Kao drugo, ako tijelo smatra da odgovornost ipak valja pripisati i distributerima, s obzirom na sudsku praksu navedenu u točki 38. ovog mišljenja, ocjenu postojanja gospodarske cjeline treba provesti s obzirom na *gospodarske, organizacijske i pravne veze* između proizvođača i tih distributera kako bi se na temelju *skupa indicija* utvrdilo stvarno izvršavanje odlučujućeg utjecaja proizvođača na distributere, tako da se može utvrditi da su distributeri u biti djelovali kao *longa manus* proizvođača. To je osobito slučaj kada distributeri moraju ili smatraju da moraju na voditelje primijeniti prakse isključivanja koje je odredio i provodio proizvođač.

50. U tom pogledu, kao prvo, što se tiče *gospodarskih* veza i osobito u kontekstu odnosa između poduzetnika u vladajućem položaju i njegovih distributera, mogu biti relevantni i elementi koji se odnose na ravnotežu gospodarske ovlasti. U tom se kontekstu mogu istaknuti sljedeći elementi: i. važnost vladajućeg položaja proizvođača jer zbog toga distributer može s razlogom strahovati da će izvan svojeg odnosa s tim proizvođačem teško pronaći drugog proizvođača kako bi osigurao

⁴³ Vidjeti međutim presude od 1. srpnja 2010., AstraZeneca/Komisija (T-321/05, EU:T:2010:266, t. 818. do 822.); Deutsche Telekom II (t. 68. do 87.) i SEN (t. 104. do 123.).

⁴⁴ Vidjeti u tom smislu presude od 6. rujna 2017., Intel/Komisija (C-413/14 P, u daljnjem tekstu: presuda Intel, EU:C:2017:632, t. 135.) i od 6. prosinca 2012., AstraZeneca/Komisija (C-457/10 P, EU:C:2012:770), u kojoj se potvrđuje da se takva zlouporaba može utvrditi čak i ako protutržišni učinci mogu nastati samo intervencijom trećih osoba.

⁴⁵ Vidjeti točku 45. ovog mišljenja.

distribuciju svojih proizvoda; ii. važnost koju prihod koji je nastao prodajom proizvoda proizvođača u vladajućem položaju predstavlja u ukupnom prihodu distributera, koji stoga s pravom strahuje da će, u slučaju da prekine svoje veze s tim proizvođačem, izgubiti važan dio svojeg ukupnog prihoda; iii. gospodarska vrijednost poticajnih mjera, kao što su popusti ili subvencioniranja koje proizvođač dodjeljuje distributeru, čiji je učinak uvjetovati distributerove odluke strahom da će takva davanja biti odbijena ili smanjena kao sankcija za povredu ugovornih odredbi o isključivosti koje nameće taj proizvođač ili za njegov propust da na voditelje primijeni te ugovorne odredbe i/ili druge prakse o isključenju (kao što su popusti za vjernost) koje je unaprijed definirao navedeni proizvođač. Isto tako valja uzeti u obzir ograničenja tržišnog natjecanja koja provodi poduzetnik u vladajućem položaju i, među ostalim, mogu li se distributeri bez poteškoća obratiti drugim proizvođačima, kao i kompenzacijsku tržišnu snagu tih distributera (osobito kad je riječ o velikim površinama).

51. Kao drugo, kad je riječ o *organizacijskim* vezama, čini mi se da je u svrhu ocjene postojanja gospodarske cjeline relevantno provjeriti postojanje mogućih praksi nadzora (*monitoring*) poštovanja ugovornih odredbi o isključivosti i drugih klauzula o isključenju (kao što su popusti za vjernost ili uvjeti raskida) u vezama između distributera i voditelja, koje proizvođač provodi *in situ* ili na drugi način.

52. Kao treće, što se tiče *pravnih* veza, relevantni mogu biti sljedeći elementi: i. proizvođač prethodno utvrđuje oblik ugovora koji će distributer obvezno morati primijeniti na voditelje i ii. proizvođač prethodno definira posebne uvjete prodaje voditeljima. U tom se pogledu ističu dvije napomene.

53. S jedne strane, smatram da nije potrebno utvrditi „postojanje hijerarhijske podređenosti” (da ponovim izraze iz prethodnog pitanja) između poduzetnika u vladajućem položaju i njegovih distributera na temelju koje bi poduzetnik u vladajućem položaju podredio distributere primjenom „više sustavnih i ustaljenih smjernica” koje mogu utjecati na njihove „strateške i operativne odluke”. Iako postojanje takve hijerarhijske povezanosti podrazumijeva da nije dvojbeno da distributer podliježe odlučujućem nadzoru proizvođača, važno je da, osim hijerarhijske povezanosti formalizirane smjernicama, taj distributer ne može slobodno odlučiti o svemu čime bi se mogla smanjiti učinkovitost praksi isključivanja o kojima je prethodno odlučio proizvođač u vladajućem položaju i to zato što se s pravom boji štetnih gospodarskih posljedica ako sustavno ne podupire takva postupanja.

54. S druge strane, što se tiče pitanja o „stupnju zadiranja”, valja utvrditi da svi vertikalni odnosi pretpostavljaju da postoji sporazum kojim se nalogodavcu dodjeljuje određeni stupanj utjecaja na drugi subjekt. Taj stupanj zadiranja može biti visok i može se proširiti na brojne aspekte komercijalnih djelatnosti na koje se odnosi ugovorni odnos, ali to samo po sebi nije dovoljno da nastane gospodarska cjelina. Naime, samo koordiniranje ili uplitanje u odluke koje donosi drugi subjekt, čak i ako su one važne i mogu predstavljati postupanje kojim se ograničava tržišno natjecanje u smislu članka 101. UFEU-a, samo po sebi ne može upućivati na to da distributer ne djeluje samostalno.

55. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prvo prethodno pitanje odgovori da članke 101. i 102. UFEU-a treba tumačiti na način da, osim slučajeva u kojima postoje veze na osnovi vlasništva kapitala, ugovorna koordinacija između proizvođača i njegovih posrednikâ u distribuciji predstavlja „gospodarsku cjelinu” u smislu tih članaka, kada s obzirom na gospodarske, organizacijske i pravne veze između proizvođača i njegovih distributera taj proizvođač izvršava odlučujući utjecaj na te distributere, tako da potonji distributeri smatraju da

moraju primijeniti postupanje koje je odredio i provodio navedeni proizvođač i na tržištu ne mogu djelovati samostalno. To je osobito slučaj kada navedeni distributeri na temelju te ugovorne koordinacije, s jedne strane, ne snose nikakve financijske rizike koji su povezani s prodajom proizvoda istog proizvođača ili, s druge strane, kad s potonjim proizvođačem sklapaju isključive ugovore.

B. Drugo prethodno pitanje

56. Svojim drugim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita je li u slučaju ugovornih odredbi o isključivosti ili postupanja za koja je karakterističan velik broj praksi (osobito popusti i ugovorne odredbe o isključivosti) tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja dužno utvrđenje povrede članka 102. UFEU-a temeljiti na kriteriju jednako učinkovitoga konkurenta te precizno ispitati ekonomske analize koje je, ovisno o slučaju, podnio poduzetnik u vladajućem položaju o „konkretnoj” mogućnosti da sporna postupanja istiskuju s tržišta jednako učinkovite konkurente. Iz obrazloženja odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku proizlazi da to pitanje proizlazi iz dvojbi u pogledu tumačenja suda koji je uputio zahtjev koje se odnosi na područje primjene načelâ iz presude Intel.

57. Kako bih kontekstualizirao zabrinutosti tog suda, podsjećam na to da je AGCM tijekom istrage smatrao da nije trebao analizirati ekonomske studije koje je podnio Unilever kako bi dokazao da predmetne prakse nisu mogle isključiti s tržišta konkurente koji su barem jednako učinkoviti jer te studije uopće nisu relevantne za utvrđivanje predmetne povrede⁴⁶. Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij) složio se s AGCM-om te je smatrao da se načela iz presude Intel primjenjuju samo u slučaju popusta za isključivost, a ne u slučaju obveza isključivosti u kombinaciji s različitim popustima. Stoga je Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij) smatrao da ne treba uzeti u obzir navedene studije koje je podnio Unilever.

58. Pitanje suda koji je uputio zahtjev sastoji se od dvaju dijelova:

- cilj je prvog dijela utvrditi valja li, čak i u slučaju ugovornih odredbi kojima se nalaže obveza isključivosti, analizirati njihovu sposobnost da s tržišta isključe konkurente koji su barem jednako učinkoviti kao poduzetnik u vladajućem položaju, a
- drugim se dijelom u okviru takve analize nastoji utvrditi ima li tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja obvezu da uzme u obzir ekonomske studije koje je podnio predmetni poduzetnik.

1. Uvodne napomene

59. Prije nego što razmotrim ta dva dijela, smatram korisnim napomenuti da ovo prethodno pitanje predstavlja izravno proširenje trećeg prethodnog pitanja koje je isti sud uputio u predmetu u kojem je donesena presuda SEN. Tim se pitanjem pita treba li, kako bi se utvrdilo predstavlja li postupanje poduzetnika u vladajućem položaju zlouporabu, smatrati relevantnima elemente koje je taj poduzetnik podnio kako bi dokazao da, unatoč apstraktnoj sposobnosti tog

⁴⁶ Prema Unileverovu mišljenju, AGCM je odbio sastati se s njegovim ekonomistima koji su zatražili da se organizira sastanak kako bi se utvrdila pravila provedbe tih ekonomskih studija.

postupanja da proizvede ograničavajuće učinke, to postupanje konkretno nije proizvelo takve učinke i, u slučaju potvrdnog odgovora, je li tijelo nadležno za tržišno natjecanje dužno temeljito ispitati te elemente⁴⁷.

60. Iako je pitanje postavljeno u predmetu SEN općenitije prirode, analiza koja je provedena u mojem mišljenju s obzirom na doprinose presude SEN omogućuje da se ovo prethodno pitanje postavi u normativni okvir članka 102. UFEU-a i da se djelomično odgovori na pitanja suda koji je uputio zahtjev.

61. Najprije valja podsjetiti na to da, u skladu s ustaljenom sudskom praksom Suda, kako bi se utvrdilo predstavlja li postupanje poduzetnika u vladajućem položaju zlouporabu, nije potrebno dokazati da je predmetno postupanje stvarno proizvelo protutržišne učinke. Tijelo nadležno za tržišno natjecanje dužno je samo dokazati moguću štetnost (sposobnost) postupanja koje se stavlja na teret, neovisno o konkretnom nastanku protutržišnih učinaka. Naime, bilo bi protivno logici koja je svojstvena članku 102. UFEU-a, koji je i preventivne i prospektivne prirode, da bi trebalo čekati nastanak protutržišnih učinaka na tržištu kako bi se zakonito utvrdila zlouporaba⁴⁸.

62. Iz toga slijedi da dokazi koje poduzetnik podnese kako bi uputio na nepostojanje protutržišnih učinaka, kao što su ekonomske analize, ne mogu imati oslobađajuću funkciju niti se njima može prenijeti teret dokazivanja na tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja na način da mu se naloži teret dokazivanja konkretne materijalizacije štete koja je proizašla iz postupanja koje se stavlja na teret. Osim toga, protutržišna priroda postupanja mora se ocijeniti u trenutku u kojem je ono počinjeno, što je u skladu s općim načelom pravne sigurnosti jer poduzetnik u vladajućem položaju može ocijeniti zakonitost svojeg postupanja na temelju postojećih elemenata⁴⁹.

63. Međutim, Sud je isto tako presudio da ocjenu sposobnosti ograničavanja tržišnog natjecanja i, konkretno, stvaranja učinaka istiskivanja koji se stavljaju na teret treba provesti s obzirom na sve relevantne činjenične okolnosti predmetnog postupanja, što, prema mojem mišljenju, uključuje i dokaze koje podnosi poduzetnik u vladajućem položaju kako bi dokazao da, unatoč svojoj apstraktnoj sposobnosti da proizvede ograničavajuće učinke, predmetno postupanje nije konkretno proizvelo takve učinke. Usto, radi poštovanja prava obrane i osobito prava na saslušanje, dopuštenost ove vrste dokaza s postupovnog gledišta nije sporna⁵⁰.

64. Što se tiče dokazne vrijednosti te vrste dokaza, ta se dopuštenost razlikuje ovisno o činjeničnom kontekstu. Primjerice, ekonomski dokaz kojim se nakon kraja spornog postupanja dokazuje nepostojanje učinaka istiskivanja može potkrijepiti dokazivanje isključivo hipotetske prirode tog postupanja. Međutim, takvo isključivo hipotetsko postupanje ne može se smatrati zlouporabom u smislu članka 102. UFEU-a⁵¹. U tom je smislu Sud u presudi SEN smatrao da dokazi o nepostojanju konkretnih učinaka istiskivanja mogu biti „pokazatelj da predmetno postupanje nije moglo proizvesti navodne učinke istiskivanja” i da „[t]aj početni dokaz dotično društvo mora dopuniti elementima kojima se nastoji dokazati da je taj izostanak konkretnih učinaka doista bio posljedica nemogućnosti navedenog ponašanja da proizvede takve učinke”⁵².

⁴⁷ Vidjeti presudu SEN (t. 49. do 58.) i mišljenje u predmetu SEN (t. 109. do 121.).

⁴⁸ Vidjeti u tom pogledu mišljenje u predmetu SEN (t. 110. i 112. i navedena sudska praksa).

⁴⁹ Vidjeti u tom pogledu mišljenje u predmetu SEN (t. 114. i navedena sudska praksa).

⁵⁰ Vidjeti presudu SEN (t. 52.) i mišljenje u predmetu SEN (t. 116. i navedena sudska praksa).

⁵¹ Vidjeti mišljenje u predmetu SEN (t. 41. i 116. i navedena sudska praksa).

⁵² Vidjeti presudu SEN (t. 56.).

2. Prvi dio

65. U prvom dijelu sud koji je uputio zahtjev u biti pita traži li se nakon presude Intel da tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja, čak i u slučaju ugovorne odredbe o isključivosti, analizira mogućnost da se tom odredbom s tržišta isključi konkurente koji su barem jednako učinkoviti kao poduzetnik u vladajućem položaju.

66. Kako bi se bolje razumjelo to pitanje, potreban je kratak pregled činjenica i problematika istaknutih u predmetu u kojem je donesena presuda Intel.

67. Komisija je 2009. donijela odluku protiv Intela u skladu s kojom je on počinio jedinstvenu i trajnu povredu članka 102. UFEU-a između listopada 2002. i prosinca 2007. time što je provodio strategiju kojom se nastojalo isključiti konkurenta, odnosno AMD s tržišta procesora (CPU x86). U toj se odluci opisuju dva načina postupanja Intela prema njegovim poslovnim partnerima, odnosno uvjetovani rabati i „neprikrivena ograničenja”. Prva vrsta postupanja, koja je relevantna za analizu u ovom predmetu, sastojala se u odobravanju rabata četirima proizvođačima informatičke opreme (OEM), odnosno Dellu, Lenovu, HP-u i NEC-u, uz uvjet da od njega kupuju sve ili gotovo sve svoje CPU-ove x86. Isto tako, Intel je odobravao plaćanja MSH-u, vodećem europskom distributeru uredskih računala, uz uvjet da potonji distributer prodaje isključivo računala opremljena CPU-om x86 koji proizvodi Intel. Komisija je smatrala da uvjetovani rabati koje je odobravao Intel predstavljaju rabate za vjernost i da Intelova uvjetovana plaćanja MSH-u čine gospodarski mehanizam jednak onomu kod rabata uvjetovanih OEM-ovima. U pobijanoj odluci Komisija je pružila gospodarsku analizu mogućnosti da se rabatnom s tržišta istisne konkurent jednako učinkovit kao Intel a da pritom ipak ne zauzima vladajući položaj⁵³.

68. Intel je osporavao Komisijinu analizu pred Općim sudom koji je odbio tužbu⁵⁴ te je u biti presudio da su odobreni rabati bili rabati za isključivost koji su uvjetovani time da klijent kod Intela zadovoljava bilo sve, bilo znatan dio svojih potreba za CPU-ovima x86. Opći sud presudio je da kvalifikacija takvog rabata „zloupotrebom” ne ovisi o analizi okolnosti slučaja kojom se nastoje utvrditi njegova sposobnost ograničavanja tržišnog natjecanja⁵⁵. Podredno, Opći sud smatrao je da je Komisija u dovoljnoj mjeri i na temelju analize predmetnih okolnosti dokazala mogućnost da se odobrenim rabatima i plaćanjima za isključivost ograniči tržišno natjecanje⁵⁶.

69. Intel je podnio žalbu Sudu u prilog kojoj ističe da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava, među ostalim jer nije ispitao sporne rabate s obzirom na sve relevantne okolnosti (prvi žalbeni razlog). Sud je presudom Intel prihvatio taj žalbeni razlog, ukinuo prvotnu presudu i vratio predmet Općem sudu na ponovno odlučivanje, koji je novom presudom djelomično poništio Komisijinu odluku⁵⁷. U okviru analize prvog žalbenog razloga Sud je u biti pojasnio da, ako predmetni poduzetnik na temelju dokaza tijekom upravnog postupka tvrdi da njegovo ponašanje nije moglo ograničiti tržišno natjecanje i konkretno proizvesti učinke istiskivanja koji se stavljaju na teret, tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja *dužno* je ispitati, među ostalim, mogu li se praksama na koje se odnosi istraga stvarno s tržišta isključiti konkurenti koji su barem jednako učinkoviti⁵⁸.

⁵³ Konkretno, u okviru te se analize utvrdila cijena prema kojoj konkurent jednako učinkovit kao Intel može ponuditi svoje CPU-ove kako bi OEM-u nadoknadio gubitak rabata koji mu je odobrio Intel. Slična analiza provedena je u pogledu plaćanja odobrenih MSH-u.

⁵⁴ Presuda od 12. lipnja 2014., Intel/Komisija (T-286/09, u daljnjem tekstu: prvotna presuda, EU:T:2014:547, t. 79.).

⁵⁵ Prvotna presuda (t. 80 do 89.)

⁵⁶ Prvotna presuda (t. 172. do 197.)

⁵⁷ Presuda od 26. siječnja 2022., Intel Corporation/Komisija (T-286/09 RENV, EU:T:2022:19)

⁵⁸ Presuda Intel (t. 138. i 139.)

70. Ovo prethodno pitanje odnosi se na doseg tog načela. Naime, sud koje je uputio zahtjev u biti postavlja pitanje vrijedi li navedeno načelo samo u slučaju kad se istraga odnosi na rabate za isključivost ili se primjenjuje i u slučaju kad su postupanja koja se stavljaju na teret šira, pri čemu uključuju obveze isključivosti i druge vrste rabata te takozvanih naknada za vjernost.

71. Iz sljedećih razloga te kao što se to već navodi u točki 63. ovog mišljenja, smatram da to isto načelo vrijedi općenito i *neovisno o vrsti ograničenja* kada poduzetnik u vladajućem položaju podnese dokaze kojima nastoji dokazati da predmetno postupanje nije moglo proizvesti takve učinke.

72. Kao prvo, to proizlazi iz teksta točaka 137. do 140. presude Intel.

73. Najprije, Sud je u točki 137. te presude naglasio da: „[...] činjenica da poduzetnik koji uživa vladajući položaj na tržištu vezuje kupce – čak i na njihov zahtjev – *obvezom ili obećanjem da će oni sve svoje potrebe* ili njihov znatan dio zadovoljavati isključivo kod tog poduzetnika predstavlja zlorabu vladajućeg položaja u smislu članka 102. UFEU-a, *bilo da je predmetna obveza ugovorena bez daljnjih uvjeta bilo da se njoj u zamjenu odobrava rabat*. Isti je slučaj kada navedeni poduzetnik, bez vezivanja kupaca formalnom obvezom, primjenjuje, bilo na temelju ranijih sporazuma s tim kupcima bilo jednostrano, *režim rabata za vjernost*, to jest rabata vezanih uz okolnost da klijent – bez obzira na iznos svojih kupnji – sve svoje potrebe ili njihov znatan dio zadovoljava kod poduzetnika u vladajućem položaju”⁵⁹. Stoga je Sud te dvije kategorije kvalificirao kao „potencijalno nepoštene odredbe”, odnosno kao obične obveze isključivosti, a rabate podložnima obvezi isključivosti, pri čemu nije pravio nikakvu razliku u pogledu njihove štetnosti za tržišno natjecanje.

74. Nadalje, u točki 138. presude Intel, Sud je naveo da „[m]eđutim tu sudsku praksu valja pojasniti u slučaju da *dotični poduzetnik* tijekom upravnog postupka na temelju dokaza *tvrdi* da njegovo ponašanje nije moglo ograničiti tržišno natjecanje i konkretno proizvesti učinke istiskivanja koji se stavljaju na teret”⁶⁰. Sud je stoga naveo da se pojašnjenje navedeno u sljedećim točkama te presude odnosi na *bilo kojeg* poduzetnika koji tijekom upravnog postupka tvrdi da nema mogućnost ograničavanja tržišnog natjecanja, neovisno o vrsti predmetnog ponašanja. To pojašnjenje očito vrijedi za obje kategorije praksi utvrđenih u prethodnoj točki te presude.

75. Stoga je u točki 139. presude Intel, Sud presudio da „[u] takvom slučaju Komisija je ne samo dužna ispitati, s jedne strane, razmjer vladajućeg položaja poduzetnika na relevantnom tržištu i, s druge strane, stopu pokrivenosti tržišta osporavanom praksom te uvjete i načine davanja predmetnih rabata, njihovo trajanje i njihov iznos nego je *također dužna ocijeniti eventualno postojanje strategije kojoj je cilj istisnuti konkurente koji su u najmanju ruku jednako učinkoviti*”⁶¹. Sud se stoga vratio na analizu koju je Komisija dužna provesti u odgovoru na argumente koje je istaknuo predmetni poduzetnik, prema kojima predmetno ponašanje ne može ograničiti tržišno natjecanje. To se jasno primjenjuje na obveze isključivosti kao i na rabate podložne obvezi isključivosti.

76. Naposljetku, u točki 140. presude Intel, Sud je dodao da „[a]naliza mogućnosti istiskivanja također je relevantna za ocjenu pitanja može li se režim rabata koji je u načelu obuhvaćen zabranom iz članka 102. UFEU-a objektivno opravdati. Osim toga, učinak istiskivanja koji proizlazi iz režima rabata može imati protutežu, odnosno mogu ga nadmašiti pogodnosti u

⁵⁹ Moje isticanje

⁶⁰ Moje isticanje

⁶¹ Moje isticanje

pogledu učinkovitosti od koje koristi imaju i potrošači [...]. Takvo odvagivanje povoljnih i nepovoljnih učinaka za tržišno natjecanje osporavane prakse u *Komisijinoj odluci može se izvršiti samo nakon analize mogućnosti istiskivanja u najmanju ruku jednako učinkovitih konkurenata, svojstvene predmetnoj praksi*⁶². Drugim riječima, Sud je pojasnio da se ocjena argumenata koje je u svoju obranu istaknuo poduzetnik u vladajućem položaju, odnosno objektivnih opravdanja ili pogodnosti u pogledu učinkovitosti, može provesti samo *nakon* analize mogućnosti istiskivanja barem jednako učinkovitih konkurenata. Iako je Sud izričito uputio na rabate, zaključak iz te točke presude Intel je da takve argumente treba ispitati kad se utvrdi da predmetno postupanje može proizvesti učinke istiskivanja barem jednako učinkovitih konkurenata, što vrijedi neovisno o vrsti predmetnog postupanja.

77. Kao drugo, doslovno tumačenje tih točaka presude Intel potkrijepljeno je teleološkim tumačenjem članka 102. UFEU-a. Naime, Sud je u točkama 133. i 134. te presude potvrdio da „cilj članka 102. UFEU-a nipošto nije spriječiti poduzetnika da *vlastitim zaslugama* osvoji vladajući položaj na tržištu. Cilj te odredbe *nije ni osigurati da konkurenti koji su manje učinkoviti od poduzetnika u vladajućem položaju ostanu na tržištu* [...]. Prema tome, svaki učinak istiskivanja ne narušava nužno tržišno natjecanje. Tržišno natjecanje na temelju zasluga po definiciji može dovesti do nestanka s tržišta ili do marginalizacije konkurenata koji su manje učinkoviti i stoga *manje zanimljivi potrošačima, osobito u pogledu cijena, izbora, kvalitete ili inovacije*“⁶³.

78. Te dvije točke zahtijevaju dvije napomene. S jedne strane, kao što se detaljnije analiziralo u mišljenju u predmetu SEN, s obzirom na to da pojam „tržišnog natjecanja na temelju zasluga“, na koji upućuje Sud, nije povezan s nekim preciznim oblikom praksi, on ostaje apstraktan i ne može se definirati na način da bi na temelju njega unaprijed bilo moguće utvrditi je li neko postupanje obuhvaćeno takvim tržišnim natjecanjem. Naime, pojam „tržišno natjecanje na temelju zasluga“ odražava gospodarski ideal u skladu s trenutnim nastojanjem prava tržišnog natjecanja Unije da se daje prednost analizi protutržišnih učinaka predmetnog postupanja, a ne njegova oblika⁶⁴, osobito zato što je sada priznato da rabati za vjernost nisu nužno štetni za tržišno natjecanje⁶⁵.

79. S druge strane, iz točaka 138. do 140. presude Intel konkretnije proizlazi da članak 102. UFEU-a treba shvatiti kao odredbu koja poduzetnika u vladajućem položaju sprečava da provede ponašanja kojima može s tržišta isključiti konkurente koji su barem jednako učinkoviti u pogledu kvalitete, inovacije i izbora proizvoda koji se nude te da se zabrana uspostavljena tom odredbom ne odnosi samo na postupanja povezana s cijenom, kao što su rabati za isključivost, nego i na sve druge poslovne prakse koje se ne odnose na cijene, kao što su obveze isključivosti, jer će se na temelju štetnosti tih ponašanja utvrditi zlouporaba, a ne na temelju njihova oblika.

⁶² Moje isticanje

⁶³ Moje isticanje

⁶⁴ Vidjeti mišljenje u predmetu SEN (t. 55. i navedena sudska praksa).

⁶⁵ Vidjeti u tom smislu točku 37. Komunikacije Komisije – Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka 82. [UEZ-a] na postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati zlouporabu u smislu istiskivanja konkurenata s tržišta (SL 2009., C 45, str. 7.) koja određuje da „[p]oduzetnici mogu nuditi [uvjetne rabate] kako bi privukli klijente i kao takvi mogu potaknuti potražnju i biti od koristi potrošačima“.

3. Drugi dio

80. Drugim dijelom sud koji je uputio zahtjev želi znati je li u okviru analize učinaka ugovornih odredbi o isključivosti tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja dužno precizno ispitati ekonomske analize koje je stranka u vladajućem položaju podnijela o konkretnoj mogućnosti da sporna postupanja istiskuju s tržišta jednako učinkovite konkurente.

81. Kao što to proizlazi iz točke 63. ovog mišljenja, radi poštovanja prava obrane i osobito prava na saslušanje, dopuštenost ove vrste dokaza s postupovnog gledišta stajališta nije sporna. Stoga, budući da je teret dokazivanja protutržišnih učinaka istiskivanja na tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja, ta tijela imaju obvezu da pažljivo uzmu u obzir dokaze koje je podnio poduzetnik u vladajućem položaju kada nastoji dokazati da, neovisno o svojoj (navodnoj) apstraktnoj sposobnosti da proizvede ograničavajuće učinke, predmetno postupanje nije stvarno proizvelo takve učinke⁶⁶.

82. Kako bi se pojasnili određeni praktični aspekti dosega te obveze tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, čini mi se korisnim iznijeti sljedeća pojašnjenja.

83. Kao prvo, iako poduzetnik u vladajućem položaju na temelju konkretnih dokaza tvrdi da njegovo postupanje ne može ograničiti tržišno natjecanje na temelju testa AEC, članak 102. UFEU-a tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja nalaže obvezu da provede analizu kako bi utvrdio je li to slučaj⁶⁷. Tu analizu treba temeljiti na opipljivim dokazima⁶⁸ kojima se utvrđuje ograničavajući učinak koji nije samo obična pretpostavka⁶⁹. Ako se po završetku takve analize utvrdi da predmetno postupanje ne može s tržišta isključiti konkurente koji su barem jednako učinkoviti kao poduzetnik u vladajućem položaju, tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja treba zaključiti da ne postoji povreda članka 102. UFEU-a, no ako se zaključi da to postupanje može imati učinke istiskivanja na konkurente koji su barem jednako učinkoviti kao poduzetnik u vladajućem položaju, to tijelo treba uzeti u obzir eventualne elemente koje je u svoju obranu istaknuo predmetni poduzetnik kako bi dokazao da su sporna ponašanja objektivno opravdana ili da ograničavajući učinci koji iz njih proizlaze imaju protutežu, odnosno da ih nadmašuje povećanje učinkovitosti u korist potrošača⁷⁰.

84. Kao drugo, *a fortiori*, ako poduzetnik u vladajućem položaju podnese ekonomske dokaze kako bi dokazao da njegova postupanja ne mogu s tržišta isključiti konkurente koji su jednako učinkoviti, tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja ih ne može zanemariti. Naime, kao što se to navodi u točkama 74. i 75. ovog mišljenja, upravo podnošenje dokaza kojima se dokazuje nepostojanje ograničavajućih učinaka *stvara* obvezu da ih tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja ispita u odnosu na obveze isključivosti i prakse rabata. U tim okolnostima tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja treba ocijeniti ekonomske dokaze koje je podnio poduzetnik tijekom istrage i u okviru svoje analize uzeti u obzir mogućnost da predmetna postupanja mogu s tržišta isključiti konkurente koji su jednako učinkoviti kao poduzetnik u vladajućem položaju.

85. Međutim, čak i ako tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja smatra, kao u ovom slučaju, da metodologija upotrijebljena za potrebe ekonomske studije nije relevantna, ne može odmah isključiti relevantnost takve studije, osim ako u odluci u kojoj to tijelo kvalificira postupanje kao

⁶⁶ Mišljenje u predmetu SEN (t. 116. i navedena sudska praksa)

⁶⁷ Presuda Intel (t. 139. i 140.)

⁶⁸ Presuda od 6. prosinca 2012., AstraZeneca/Komisija (C-457/10 P, EU:C:2012:770, t. 202.)

⁶⁹ Presuda od 6. listopada 2015., Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, t. 65.)

⁷⁰ Presuda Intel (t. 140.)

„zlouporabu” može navesti razloge zbog kojih smatra da metodologija na kojoj se temelji ta studija ne doprinosi dokazivanju činjenice da ponašanja dovedena u pitanje ne mogu isključiti konkurente koji su jednako učinkoviti.

86. S obzirom na prethodna razmatranja predlažem Sudu da na drugo prethodno pitanje odgovori da članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da je tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja dužno, kako bi se utvrdilo da postoji zlouporaba vladajućeg položaja, s obzirom na sve relevantne okolnosti i osobito elemente koje ističe poduzetnik u vladajućem položaju, dokazati da postupanje tog poduzetnika može ograničiti tržišno natjecanje tako da analizira, po potrebi i u tom pogledu, i dokaze koje je podnio navedeni poduzetnik, u skladu s kojima predmetno postupanje nije proizvelo protutržišne učinke na relevantnom tržištu. Ta obveza jednako vrijedi za ugovorne odredbe o isključivosti i za postupanja za koja je karakterističan velik broj praksi te podrazumijeva dužnost obrazlaganja tijela nadležnog za tržišno natjecanje ako ono smatra da se takvim dokazima ne može dokazati isključivanje s tog tržišta konkurenata koji su jednako učinkoviti kao poduzetnik u vladajućem položaju.

IV. Zaključak

87. S obzirom na prethodno navedeno, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija) odgovori na sljedeći način:

1. Članke 101. i 102. UFEU-a treba tumačiti na način da, osim slučajeva u kojima postoje veze na osnovi vlasništva kapitala, ugovorna koordinacija između proizvođača i njegovih posrednikâ u distribuciji predstavlja „gospodarsku cjelinu” u smislu tih članaka, kada s obzirom na gospodarske, organizacijske i pravne veze između proizvođača i njegovih distributera taj proizvođač izvršava odlučujući utjecaj na te distributere, tako da potonji distributeri smatraju da moraju primijeniti postupanje koje je odredio i provodio navedeni proizvođač i na tržištu ne mogu djelovati samostalno. To je osobito slučaj kada navedeni distributeri na temelju te ugovorne koordinacije, s jedne strane, ne snose nikakve financijske rizike koji su povezani s prodajom proizvoda istog proizvođača ili, s druge strane, kad s potonjim proizvođačem sklapaju isključive ugovore.
2. Članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da je tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja dužno, kako bi se utvrdilo da postoji zlouporaba vladajućeg položaja, s obzirom na sve relevantne okolnosti i osobito elemente koje ističe poduzetnik u vladajućem položaju, dokazati da postupanje tog poduzetnika može ograničiti tržišno natjecanje tako da analizira, po potrebi i u tom pogledu, i dokaze koje je podnio navedeni poduzetnik, u skladu s kojima predmetno postupanje nije proizvelo protutržišne učinke na relevantnom tržištu. Ta obveza jednako vrijedi za ugovorne odredbe o isključivosti i za postupanja za koja je karakterističan velik broj praksi te podrazumijeva dužnost obrazlaganja tijela nadležnog za tržišno natjecanje ako ono smatra da se takvim dokazima ne može dokazati isključivanje s tog tržišta konkurenata koji su jednako učinkoviti kao poduzetnik u vladajućem položaju.