



Zbornik sudske prakse

PRESUDA SUDA (peto vijeće)

19. siječnja 2023.*

„Zahtjev za prethodnu odluku – Tržišno natjecanje – Članak 102. UFEU-a –
Vladajući položaj – Pripisivanje proizvođaču postupanja njegovih distributera –
Postojanje ugovornih veza između proizvođača i distributera – Pojam ‚gospodarska cjelina‘ –
Područje primjene – Zlouporaba – Ugovorna odredba o isključivosti – Potreba dokazivanja
učinaka na tržište”

U predmetu C-680/20,

povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a, koji je uputio Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija), odlukom od 7. prosinca 2020., koju je Sud zaprimio 15. prosinca 2020., u postupku

Unilever Italia Mkt. Operations Srl

protiv

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

uz sudjelovanje:

Bomba Snc-a,

SUD (peto vijeće),

u sastavu: E. Regan (izvjestitelj), predsjednik vijeća, D. Gratsias, M. Ilešič, I. Jarukaitis i Z. Csehi, suci,

nezavisni odvjetnik: A. Rantos,

tajnik: C. Di Bella, administrator,

uzimajući u obzir pisani dio postupka i nakon rasprave održane 3. ožujka 2022.,

uzimajući u obzir očitovanja koja su podnijeli:

– za Unilever Italia Mkt. Operations Srl, G. Bitonto, S. Borocci, S. Lembo, L. Perfetti, C. Tesauero i C. Thomas, *avvocati*,

* Jezik postupka: talijanski

- za Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, F. Sclafani, *avvocato dello Stato*,
 - za talijansku vladu, G. Palmieri, u svojstvu agenta, uz asistenciju P. Gentilija, *avvocato dello Stato*,
 - za Vladu Helenske Republike, K. Boskovits, u svojstvu agenta,
 - za Europsku komisiju, G. Conte, N. Khan i C. Sjödin, u svojstvu agenata,
- saslušavši mišljenje nezavisnog odvjetnika na raspravi održanoj 14. srpnja 2022.,
- donosi sljedeću

Presudu

- 1 Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje članaka 101. i 102. UFEU-a.
- 2 Zahtjev je upućen u okviru spora između društva Unilever Italia Mkt. Operations Srl (u daljnjem tekstu: Unilever) i tijela Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Ured za zaštitu tržišnog natjecanja i tržišta, Italija) (u daljnjem tekstu: AGCM) u pogledu kazne koju je to tijelo izreklo navedenom društvu zbog zlouporabe vladajućeg položaja na talijanskom tržištu za distribuciju sladoleda pakiranih u pojedinačna pakiranja u određenim vrstama trgovina kao što su plažni objekti i barovi.

Glavni postupak i prethodna pitanja

- 3 Društvo Unilever bavi se proizvodnjom i prodajom proizvoda široke potrošnje, uključujući pakirane sladolede, koji se stavljaju na tržište pod žigovima Algida i Carte d'Or. U Italiji društvo Unilever distribuira sladolede u pojedinačnim pakiranjima te su oni namijenjeni za konzumiranje „vani”, odnosno izvan boravišta potrošača, u barovima, kafićima, sportskim klubovima, na bazenima ili drugim mjestima za razonodu (u daljnjem tekstu: prodajna mjesta) putem mreže od 150 distributera.
- 4 Konkurentsko društvo je 3. travnja 2013. podnijelo AGCM-u pritužbu zbog zlouporabe vladajućeg položaja od strane društva Unilever na tržištu sladoleda u pojedinačnim pakiranjima. AGCM je pokrenuo istragu.
- 5 Tijekom svoje istrage AGCM je, među ostalim, smatrao da nije imao obvezu analizirati ekonomske studije koje je društvo Unilever podnijelo kako bi dokazalo da prakse koje su predmet istrage nisu mogle isključiti s tržišta konkurente koji su barem jednako učinkoviti jer te studije uopće nisu relevantne ako postoje ugovorne odredbe o isključivosti s obzirom na to da je primjena takvih odredbi od strane poduzetnika u vladajućem položaju dovoljna da bi se utvrdila zlouporaba tog položaja.
- 6 AGCM je u odluci od 31. listopada 2017. smatrao da je društvo Unilever zlouporabilo svoj vladajući položaj na tržištu prodaje sladoleda u pojedinačnim pakiranjima namijenjenih za konzumiranje vani, čime je povrijedilo članak 102. UFEU-a.

- 7 Iz te odluke proizlazi da je društvo Unilever na predmetnom tržištu provodilo strategiju isključivanja koja je mogla ometati rast njegovih konkurenata. Ta se strategija temeljila prije svega na tome da su distributeri društva Unilever voditeljima prodajnih mjesta nametali ugovorne odredbe o isključivosti, kojima su ih obvezali da se sladoledima pakiranim a u pojedinačna pakiranja opskrbljuju isključivo kod društva Unilever. Zauzvrat, ti su voditelji imali širok raspon popusta i naknada, čija je dodjela ovisila o uvjetima prometa ili prodaje određene vrste Unileverovih proizvoda. Cilj tih popusta i naknada, koji su se u različitim kombinacijama i uvjetima primjenjivali na gotovo sve klijente društva Unilever, bio je potaknuti ih na to da se nastave opskrbljivati isključivo kod tog poduzetnika, pri čemu ih se odvrćalo od toga da raskinu svoj ugovor kako bi se opskrbljivali kod Unileverovih konkurenata.
- 8 Dva su aspekta AGCM-ove odluke od 31. listopada 2017. relevantna za ovaj zahtjev za prethodnu odluku.
- 9 S jedne strane, iako zlorabe nije stvarno počinilo društvo Unilever, nego njegovi distributeri, AGCM je smatrao da se ta postupanja moraju pripisati isključivo Unileveru zbog toga što su društvo i njegovi distributeri činili jedan te isti gospodarski subjekt. Naime, društvo Unilever je u određenom stupnju zadiralo u poslovnu politiku distributera, tako da potonji nisu djelovali neovisno kada su voditeljima prodajnih mjesta nametnuli ugovorne odredbe o isključivosti.
- 10 S druge strane, AGCM je smatrao da je društvo Unilever, s obzirom na posebna obilježja predmetnog tržišta, a osobito na malen prostor raspoloživ na prodajnim mjestima, kao i ključnu ulogu, u izboru potrošača, opsega ponude na tim prodajnim mjestima, svojim postupanjem isključilo, ili barem ograničilo, mogućnost da se konkurentski subjekti upuste u tržišno natjecanje na temelju zasluga njihovih proizvoda.
- 11 Posljedično, AGCM je svojom odlukom od 31. listopada 2017. društvu Unilever izrekao novčanu kaznu u iznosu od 60 668 580 eura jer je zlorabilo svoj vladajući položaj, čime je povrijedilo članak 102. UFEU-a.
- 12 Društvo Unilever podnijelo je tužbu protiv te odluke Tribunaleu Amministrativo Regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij, Italija) koji je tu tužbu odbio u cijelosti.
- 13 Društvo Unilever podnijelo je žalbu Consigliu di Stato (Državno vijeće, Italija) protiv te presude.
- 14 U prilog toj žalbi društvo Unilever tvrdi da je Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij) trebao utvrditi postojanje nedostataka koje navodno sadržava odluka AGCM-a od 31. listopada 2017., koji se odnose, s jedne strane, na pripisivanje njemu postupanja njegovih distributera i, s druge strane, na učinke predmetnih postupanja koja, prema njegovu mišljenju, ne mogu narušiti tržišno natjecanje.
- 15 Sud koji je uputio zahtjev navodi da prilikom odgovaranja na prethodno navedena dva prigovora ima dvojbe u pogledu tumačenja prava Unije. Konkretno, što se tiče prvog prigovora, on navodi da je potrebno znati je li i pod kojim uvjetima koordinacija između formalno samostalnih i neovisnih gospodarskih subjekata takva da je jednaka postojanju jedinstvenog centra za donošenje odluke, na temelju čega bi se djelovanja jednog mogla pripisati drugomu.

- 16 U tim je okolnostima Consiglio di Stato (Državno vijeće) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:
- „1. Osim slučaja kontrola 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[? K]onkretno, može li se postojanje određenog stupnja zadiranja u poslovne odluke drugog poduzetnika, koji je tipičan za odnose poslovne suradnje između proizvođača i posrednika u distribuciji, smatrati dovoljnim kako bi se ti subjekti kvalificirali kao dio te gospodarske cjeline [? I]li je pak potrebna ‚hijerarhijska‘ povezanost između dvaju 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] [t]ijela za zaštitu tržišnog natjecanja zahtijeva 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] [t]ijelo 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 [neka] stranka podnijela o konkretnoj mogućnosti da sporna postupanja istiskuju s tržišta jednako učinkovite konkurente? Ili ga treba tumačiti tako da, u slučaju postojanja ugovornih odredaba o isključivosti čiji je cilj istisnuti [konkurente] ili postupanja za koja je karakterističan velik broj nepoštenih praksi (rabati kojima se potiče vjernost i ugovorne odredbe o isključivosti), ne postoji nikakva pravna obveza [nadležnog] [t]ijela za zaštitu tržišnog natjecanja da odluku o utvrđenju povrede tržišnog natjecanja temelji na kriteriju jednako učinkovitoga konkurenta?“

O prethodnim pitanjima

Prvo pitanje

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 da, na temelju ustaljene sudske prakse, koja se sada odražava u članku 94. Poslovnika Suda, 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 situacije (presuda od 5. ožujka 2019., Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, t. 49.).

- 19 Nadalje, Sud ne može odgovoriti na prethodno pitanje nacionalnog suda ako je očito da zatraženo tumačenje prava Unije nema nikakve veze s činjeničnim stanjem ili predmetom glavnog postupka ili je problem hipotetski (vidjeti u tom smislu presudu od 13. listopada 2022., Baltijas Starptautiskā Akadēmija i Stockholm School of Economics in Riga, C-164/21 i C-318/21, EU:C:2022:785, t. 33.).
- 20 U ovom slučaju, kao što je to istaknuo nezavisni odvjetnik u točki 19. svojeg mišljenja, s jedne strane, informacije koje sadržava odluka kojom je upućen zahtjev za prethodnu odluku, iako sažete, dovoljne su da se objasni činjenična pretpostavka na kojoj se temelji prvo pitanje. S druge strane, okolnost da sud koji je uputio zahtjev u prvom pitanju ne spominje samo članak 102. UFEU-a, nego i članak 101. UFEU-a, ne može dovesti u pitanje dopuštenost prvog pitanja u cijelosti.
- 21 Suprotno tomu, budući da iz obrazloženja odluke kojom se upućuje prethodno pitanje proizlazi da AGCM u glavnom postupku nije primijenio članak 101. UFEU-a i čak i ako je pojam „poduzetnik” zajednički člancima 101. i 102. UFEU-a, prvo pitanje, u dijelu u kojem se odnosi na tumačenje članka 101. UFEU-a, treba smatrati hipotetskim i stoga nedopuštenim.
- 22 U tim je okolnostima prvo pitanje dopušteno samo u dijelu u kojem se odnosi na tumačenje članka 102. UFEU-a.

Meritum

- 23 Iz zahtjeva za prethodnu odluku proizlazi da je AGCM za zlouporabe koje su počinili distributeri sankcionirao samo društvo Unilever i to zato što je zlopotrijebilo vladajući položaj. U tom kontekstu, prvim pitanjem sud koji je uputio zahtjev želi znati pod kojim se uvjetima postupanja gospodarskih subjekata koji su formalno samostalni i neovisni, odnosno distributera, mogu pripisati drugom samostalnom i neovisnom gospodarskom subjektu, odnosno proizvođaču proizvoda koje oni distribuiraju.
- 24 U tim okolnostima valja smatrati da svojim prvim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 102. UFEU-a tumačiti na način da se postupanja distributera koji su dio distribucijske mreže proizvođača u vladajućem položaju mogu pripisati potonjem i, ako je to tako, pod kojim uvjetima.
- 25 Konkretno, navedeni sud pita se je li postojanje ugovorne koordinacije između proizvođača, oko kojeg je ta ugovorna koordinacija organizirana, i različitih pravno samostalnih distributera dovoljno da omogući takvo pripisivanje ili osim toga treba utvrditi da navedeni proizvođač može izvršavati odlučujući utjecaj na poslovne, financijske i industrijske odluke koje distributeri mogu donijeti u vezi s predmetnom djelatnošću, koji prelazi onaj koji obično obilježava odnose suradnje između proizvođača i posrednika u distribuciji.
- 26 U tom pogledu, svakako je točno da odluke donesene u okviru ugovorne koordinacije, kao što je sporazum o distribuciji, s obzirom na to da njihova provedba podrazumijeva da ih stranke barem prešutno prihvate, načelno nisu obuhvaćene jednostranim postupanjem, nego predstavljaju dio odnosa između stranaka te koordinacije (vidjeti u tom smislu presudu od 17. rujna 1985., Ford-Werke i Ford of Europe/Komisija, 25/84 i 26/84, EU:C:1985:340, t. 20. i 21.). Takve odluke stoga su načelno obuhvaćene pravom zabranjenih sporazuma iz članka 101. UFEU-a.

- 27 Međutim, taj zaključak ne isključuje mogućnost da se poduzetniku u vladajućem položaju može pripisati postupanje distributera njegovih proizvoda ili usluga s kojima održava samo ugovorne odnose i da se zatim utvrdi da je to društvo počinilo zlouporabu vladajućeg položaja u smislu članka 102. UFEU-a.
- 28 Naime, na svakom poduzetniku u vladajućem položaju osobita je odgovornost da svojim postupanjem ne ugrozi djelotvorno i nenarušeno tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu (presuda od 6. rujna 2017., Intel/Komisija, C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 135. i navedena sudska praksa).
- 29 Međutim, kao što je to naveo nezavisni odvjetnik u točki 48. svojeg mišljenja, takva obveza nema za cilj spriječiti samo narušavanja tržišnog natjecanja do kojih je došlo izravno zbog postupanja poduzetnika u vladajućem položaju, nego i povrede koje proizlaze iz postupanja koje je taj poduzetnik prenio na samostalne pravne subjekte koji su dužni izvršiti njegove upute. Stoga, kada se postupanje koje se stavlja na teret poduzetniku u vladajućem položaju u stvarnosti provodi putem posrednika koji je dio distribucijske mreže, to se postupanje može pripisati tom poduzetniku ako se pokaže da je ono usvojeno u skladu s njegovim posebnim uputama i stoga u sklopu provedbe politike koju je navedeni poduzetnik donio jednostrano, a u skladu s kojom su predmetni distributeri bili dužni postupati.
- 30 U takvom slučaju, s obzirom na to da je poduzetnik u vladajućem položaju jednostrano donio odluku o postupanju koje mu se stavlja na teret, potonji se može smatrati njegovim počiniteljem te ga se stoga, ovisno o slučaju, može smatrati jedinim odgovornim za primjenu članka 102. UFEU-a. Naime, u takvom slučaju, distributere i, posljedično, distribucijsku mrežu koju oni čine zajedno s tim poduzetnikom, treba smatrati samo instrumentom teritorijalnog grananja poslovne politike navedenog poduzetnika i, po toj osnovi, instrumentom kojim se, ovisno o slučaju, predmetna praksa istiskivanja provodi.
- 31 To osobito vrijedi kada takvo postupanje ima oblik tipskih ugovora, koje u cijelosti sastavlja proizvođač u vladajućem položaju i koji sadržavaju ugovorne odredbe o isključivosti u korist njegovih proizvoda koje su distributeri tog proizvođača obvezni dati na potpis voditeljima prodajnih mjesta, a da ih bez izričitog pristanka tog navedenog proizvođača ne mogu izmijeniti. Naime, u takvim okolnostima isti proizvođač ne može razumno zanemariti činjenicu da će, s obzirom na pravne i gospodarske veze koje ga povezuju s tim distributerima, potonji provoditi njegove upute i, slijedom toga, politiku koju je on uspostavio. Stoga se mora smatrati da je takav proizvođač spreman preuzeti rizike takvog postupanja.
- 32 U tom slučaju pripisivanje poduzetniku u vladajućem položaju postupanja koje provode distributeri koji su dio distribucijske mreže njegovih proizvoda ili usluga nije uvjetovano ni dokazivanjem da su dotični distributeri također dio tog poduzetnika u smislu članka 102. UFEU-a, pa čak ni postojanjem „hijerarhijske” veze koja proizlazi iz niza sustavnih i ustaljenih smjernica upućenih tim distributerima koje mogu utjecati na odluke o upravljanju koje oni donose u pogledu svojih djelatnosti.
- 33 S obzirom na prethodno navedeno, na prvo pitanje valja odgovoriti tako da članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da se postupanja distributera koji su dio distribucijske mreže proizvoda ili usluga proizvođača u vladajućem položaju mogu pripisati potonjem ako se utvrdi da navedeni distributeri nisu samostalno usvojili ta postupanja, nego da su ona dio politike koju taj proizvođač donosi jednostrano i provodi je posredstvom navedenih distributera.

Drugo pitanje

- 34 Svojim drugim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 102. UFEU-a tumačiti na način da je, u slučaju postojanja ugovornih odredbi o isključivosti u ugovorima o distribuciji, nadležno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja dužno, kako bi utvrdilo zlouporabu vladajućeg položaja, utvrditi da te ugovorne odredbe imaju učinak isključenja s tržišta konkurenata koji su jednako učinkoviti kao poduzetnik u vladajućem položaju i, u svakom slučaju, ako postoji više spornih praksi, da je to tijelo dužno detaljno ispitati ekonomske analize, koje je, ovisno o slučaju, izradio dotični poduzetnik, posebno kada se temelje na takozvanom testu „jednako učinkovitog konkurenta”.
- 35 U tom pogledu valja podsjetiti na to da članak 102. UFEU-a predviđa da je svaka zlouporaba vladajućeg položaja od strane jednog poduzetnika ili više njih na unutarnjem tržištu ili njegovu znatnom dijelu zabranjena kao nespojiva s unutarnjim tržištem u mjeri u kojoj bi mogla utjecati na trgovinu među državama članicama.
- 36 Cilj je tog pojma kažnjavanje postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koje na tržištu na kojem je, upravo zbog prisutnosti predmetnog poduzetnika, stupanj tržišnog natjecanja već oslabljen, stvara prepreku održavanju strukture učinkovitog tržišnog natjecanja (presuda od 12. svibnja 2022., Servizio Elettrico Nazionale i dr., C-377/20, EU:C:2022:379, t. 68. i navedena sudska praksa).
- 37 S obzirom na navedeno, cilj članka 102. UFEU-a nije ni na koji način spriječiti poduzetnika da vlastitim zaslugama, osobito vlastitim sposobnostima, osvoji vladajući položaj na tržištu niti osigurati da konkurenti koji su manje učinkoviti od poduzetnika u takvom položaju ostanu na tržištu. Naime, svaki učinak istiskivanja ne narušava nužno tržišno natjecanje jer tržišno natjecanje na temelju zasluga po definiciji može dovesti do nestanka s tržišta ili marginalizacije konkurenata koji su manje učinkoviti i stoga manje zanimljivi potrošačima osobito u pogledu cijena, izbora, kvalitete ili inovacije (presuda od 12. svibnja 2022., Servizio Elettrico Nazionale i dr., C-377/20, EU:C:2022:379, t. 73.).
- 38 Međutim, na poduzetniku u vladajućem položaju, neovisno o uzrocima takvog položaja, osobita je odgovornost da svojim postupanjem ne ugrozi djelotvorno i nenarušeno tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu (vidjeti osobito presude od 9. studenoga 1983., *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija*, 322/81, EU:C:1983:313, t. 57. i od 6. rujna 2017., *Intel/Komisija*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 135.).
- 39 Stoga se zlouporaba vladajućeg položaja može posebno utvrditi kada je postupanje koje se stavlja na teret proizvelo učinke istiskivanja u odnosu na konkurente koji su jednako učinkoviti kao počinitelj tog postupanja u smislu strukture troškova, sposobnosti za inovaciju ili kvalitete ili kada se navedeno postupanje temelji na upotrebi drugih sredstava osim onih obuhvaćenih „normalnim” tržišnim natjecanjem, odnosno na temelju zasluga (vidjeti, u tom smislu, presudu od 12. svibnja 2022., Servizio Elettrico Nazionale i dr., C-377/20, EU:C:2022:379, t. 69, 71, 75 i 76 i navedenu sudsku praksu).
- 40 U tom je pogledu na tijelima nadležnima za tržišno natjecanje da dokažu zlouporabnu narav postupanja s obzirom na sve relevantne činjenične okolnosti predmetnog postupanja (presude od 19. travnja 2012., *Tomra Systems i dr./Komisija*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 18., kao i od 12. svibnja 2022., Servizio Elettrico Nazionale i dr., C-377/20, EU:C:2022:379, t. 72.), što uključuje one koje ističe poduzetnik u vladajućem položaju.

- 41 Točno je da, kako bi se utvrdila zlouporabna narav postupanja, tijelo nadležno za tržišno natjecanje ne mora nužno dokazati da je to postupanje stvarno proizvelo protutržišne učinke. Naime, člankom 102. UFEU-a nastoji se sankcionirati činjenica da jedan poduzetnik ili više njih zlorabe vladajući položaj na unutarnjem tržištu ili njegovu znatnom dijelu, neovisno o tome je li se takvo iskorištavanje pokazalo uspješnim ili ne (presuda od 12. svibnja 2022., Servizio Elettrico Nazionale i dr., C-377/20, EU:C:2022:379, t. 53. i navedena sudska praksa). Stoga tijelo nadležno za tržišno natjecanje može utvrditi povredu članka 102. UFEU-a tako da utvrdi da je tijekom razdoblja u kojem je predmetno postupanje provedeno ono u okolnostima konkretnog slučaja moglo ograničiti tržišno natjecanje na temelju zasluga unatoč tome što nije imalo učinka.
- 42 Međutim, to se dokazivanje načelno mora temeljiti na opipljivim dokazima kojima se, nadilazeći običnu pretpostavku, dokazuje stvarna sposobnost predmetne prakse da proizvede takve učinke pri čemu postojanje sumnje u tom pogledu mora ići u korist poduzetniku koji koristi takvu praksu (vidjeti u tom smislu presude od 14. veljače 1978., United Brands i United Brands Continentaal/Komisija, 27/76, EU:C:1978:22, t. 265. i od 31. ožujka 1993., Ahlström Osakeyhtiö i dr./Komisija, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i C-125/85 do C-129/85, EU:C:1993:120, t. 126.).
- 43 Posljedično, praksa se ne može smatrati zlouporabom ako je ostala u stanju projekta. Osim toga, tijelo nadležno za tržišno natjecanje ne može se osloniti na učinke koje ta praksa može ili je mogla proizvesti da su se ostvarile određene posebne okolnosti, koje nisu bile one koje su prevladavale na tržištu u trenutku njezine provedbe i čija je realizacija stoga bila malo vjerojatna.
- 44 Usto, iako se tijelo nadležno za tržišno natjecanje u svrhu ocjene sposobnosti postupanja poduzetnika da ograniči učinkovito tržišno natjecanje na tržištu može osloniti na podatke iz gospodarske znanosti, potvrđene empirijskim studijama ili praksom, uzimanje u obzir tih podataka ipak ne može biti dovoljno. Druge elemente svojstvene okolnostima ovog slučaja, poput opsega navedenog postupanja na tržištu, ograničenja kapaciteta koje snose dobavljači sirovina ili činjenice da je poduzetnik u vladajućem položaju barem za jedan dio potražnje neizbježan partner, treba uzeti u obzir kako bi se utvrdilo treba li, s obzirom na te podatke, smatrati da je predmetno postupanje, barem u dijelu razdoblja u kojem je provedeno, imalo na dotičnom tržištu sposobnost proizvesti učinke istiskivanja.
- 45 Slično stajalište usto treba slijediti kad je riječ o dokazivanju protutržišne namjere poduzetnika u vladajućem položaju. Naime, ta namjera predstavlja indiciju u vezi prirode i ciljeva strategije koju provodi navedeni poduzetnik i, kao takva, može se uzeti u obzir. Postojanje protutržišne namjere može također biti relevantno za izračun novčane kazne. Međutim, dokazivanje postojanja takve namjere nije ni samo po sebi nužno ni dovoljno kako bi se utvrdilo postojanje zlouporabe vladajućeg položaja s obzirom na to da se pojam „zlouporaba” u smislu članka 102. UFEU-a temelji na objektivnoj ocjeni predmetnog postupanja (vidjeti, u tom smislu, presude od 19. travnja 2012., Tomra Systems i dr./Komisija, C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 19. i 21. i od 12. svibnja 2022., Servizio Elettrico Nazionale i dr., C-377/20, EU:C:2022:379, t. 61. i 62.).
- 46 U tom kontekstu, što se konkretno tiče ugovornih odredbi o isključivosti, točno je da je Sud presudio da odredbe kojima su se suugovaratelji obvezali da će sve svoje potrebe ili njihov znatan dio zadovoljavati kod poduzetnika u vladajućem položaju, čak i bez rabata, po svojoj naravi predstavljaju iskorištavanje vladajućeg položaja i da isto vrijedi za rabate za vjernost koje odobrava takav poduzetnik (presuda od 13. veljače 1979., Hoffmann-La Roche/Komisija, 85/76, EU:C:1979:36, t. 89.).

- 47 Međutim, u presudi od 6. rujna 2017., Intel/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 138.), Sud je pojasnio, kao prvo, tu sudsku praksu u slučaju u kojem poduzetnik u vladajućem položaju tijekom upravnog postupka podnoseći dokaze koji idu u prilog njegovim navodima tvrdi da njegovo postupanje nije moglo ograničiti tržišno natjecanje i konkretno proizvesti učinke istiskivanja koji mu se stavljaju na teret.
- 48 U tu svrhu, Sud je naveo da u takvoj situaciji tijelo nadležno za tržišno natjecanje nije samo dužno 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 dužno ocijeniti eventualno postojanje strategije kojoj je cilj istisnuti konkurente koji su u najmanju ruku jednako učinkoviti (presuda od 6. rujna 2017., Intel/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 139.).
- 49 Kao drugo, sud je dodao da je analiza mogućnosti istiskivanja također 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 sustava rabata može imati protutežu, odnosno mogu ga nadmašiti pogodnosti u pogledu učinkovitosti od koje koristi imaju i potrošači. Međutim, takvo odvagivanje povoljnih i nepovoljnih učinaka za tržišno natjecanje osporavane prakse može se izvršiti samo nakon analize mogućnosti istiskivanja u najmanju ruku jednako učinkovitih konkurenata, svojstvene predmetnoj praksi (presuda od 6. rujna 2017., Intel/Komisija, C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 140.).
- 50 Točno je da je Sud, prilikom davanja tog drugog pojašnjenja, spomenuo samo sustave rabata. Međutim, s obzirom na to da i prakse rabata i ugovorne odredbe o isključivosti mogu biti objektivno opravdane ili se njihovi nedostaci mogu kompenzirati, odnosno mogu ih nadmašiti prednosti u pogledu učinkovitosti od koje koristi imaju i potrošači, takvo pojašnjenje treba shvatiti kao da vrijedi i za jednu i drugu od tih praksi.
- 51 Uostalom, osim što je takvo tumačenje u skladu s prvim pojašnjenjem koje je Sud dao u navedenoj presudi od 6. rujna 2017., Intel/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 139.), valja utvrditi da, iako ugovorne odredbe o isključivosti zbog svoje naravi uzrokuju opravdanu zabrinutost u pogledu tržišnog natjecanja, njihova sposobnost istiskivanja konkurenata nije automatska, kao što to, uostalom, prikazuje Komunikacija Komisije “Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka 102. UFEU-a na postupanje poduzetnika u vladajućem položaju koje za posljedicu može imati zlouporabu u smislu istiskivanja konkurenata s tržišta” (SL 2009., C 45, str. 7., t. 36.).
- 52 Iz toga slijedi da se, s jedne strane, kada tijelo nadležno za tržišno natjecanje sumnja da je poduzetnik povrijedio članak 102. UFEU-a koristeći ugovorne odredbe o isključivosti i kada taj poduzetnik tijekom postupka osporava konkretnu sposobnost navedenih ugovornih odredbi da isključe iz tržišta jednako učinkovite konkurente, uz dokaze koji to podupiru, to tijelo mora uvjeriti, u stadiju kvalifikacije te povrede, da su te ugovorne odredbe, u okolnostima konkretnog slučaja, stvarno bile u stanju isključiti s tržišta konkurente koji su jednako učinkoviti kao taj poduzetnik.
- 53 S druge strane, tijelo nadležno za tržišno natjecanje koje je pokrenulo taj postupak također je dužno konkretno ocijeniti sposobnost tih ugovornih odredbi da ograniče tržišno natjecanje kada tijekom upravnog postupka osumnjičeni poduzetnik tvrdi da postoje opravdanja za njegovo postupanje, a da pritom formalno ne osporava da je njegovo ponašanje moglo ograničiti tržišno natjecanje.

- 54 U svakom slučaju, podnošenje dokaza kojima se može dokazati nepostojanje sposobnosti proizvođenja ograničavajućih učinaka tijekom postupka stvara obvezu navedenog tijela nadležnog za tržišno natjecanje da ih ispita. Naime, poštovanje prava na saslušanje, koje je prema ustaljenoj sudskoj praksi opće načelo prava Unije zahtijeva od tijela nadležnih za tržišno natjecanje da saslušaju dotičnog poduzetnika u vladajućem položaju, što znači da pružaju svu dužnu pažnju koja se zahtijeva očitovanjima koja je on iznio te pažljivo i nepristrano ispituju sve relevantne okolnosti konkretnog slučaja i dokaze koje je podnio navedeni poduzetnik (vidjeti u tom smislu presudu od 12. svibnja 2022., Servizio Elettrico Nazionale i dr., C-377/20, EU:C:2022:379, t. 52.).
- 55 Iz toga slijedi da, kada poduzetnik u vladajućem položaju podnese ekonomsku studiju kako bi dokazao da praksa koja mu se stavlja na teret ne može dovesti do istiskivanja konkurenata, tijelo nadležno za tržišno natjecanje ne može isključiti relevantnost te studije, a da ne iznese razloge zbog kojih smatra da ona ne može pridonijeti dokazivanju nemogućnosti praksi koje se preispituju da nanesu štetu stvarnom tržišnom natjecanju na predmetnom tržištu i da, slijedom toga, ne omogući navedenom poduzetniku da podnese dokazni prijedlog koji bi je mogao zamijeniti.
- 56 Što se tiče testa jednako učinkovitog konkurenta koji je sud koji je uputio zahtjev izričito naveo u svojem zahtjevu, valja podsjetiti da taj pojam upućuje na različite testove kojima je zajednički cilj ocijeniti sposobnost prakse da proizvede protutržišne učinke isključenja pozivajući se na sposobnost hipotetskog konkurenta poduzetnika u vladajućem položaju koji je jednako učinkovit kao i on u pogledu strukture troškova, da ponudi klijentima dovoljno povoljnu tarifu kako bi ih se potaknulo na promjenu dobavljača unatoč neugodnostima koje to može izazvati, a da to ne dovede do toga da taj konkurent pretrpi gubitke. Ta sposobnost općenito se određuje s obzirom na strukturu troškova samog poduzetnika u vladajućem položaju.
- 57 Međutim, test takve naravi može biti neprikladan, osobito kada postoje određene necjenovne prakse, kao što je odbijanje isporuke robe ili kada je predmetno tržište zaštićeno znatnim preprekama. Osim toga, takav je test samo jedna od metoda na temelju koje se može ocijeniti može li praksa proizvesti učinke istiskivanja, koja uostalom uzima u obzir samo tržišno natjecanje na temelju cijena. Osobito, korištenje, od strane poduzetnika u vladajućem položaju, sredstava različitih od onih koja uređuju tržišno natjecanje koje se temelji na zaslugama, u određenim okolnostima može biti dovoljno da se utvrdi postojanje takve zlouporabe (u tom smislu također vidjeti presudu od 12. svibnja 2022., Servizio Elettrico Nazionale i dr., C-377/20, EU:C:2022:379, t. 78.).
- 58 Slijedom toga, tijela nadležna za tržišno natjecanje ne mogu imati pravnu obvezu koristiti se testom jednako učinkovitoga konkurenta kako bi utvrdila zlouporabnu narav određene prakse (vidjeti u tom smislu presude od 6. listopada 2015., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, t. 57.).
- 59 Međutim, čak i ako postoje prakse koje nisu cjenovne, relevantnost takvog testa ne može se isključiti. Naime, test te vrste može se pokazati korisnim jer se posljedice predmetne prakse mogu kvantificirati. Osobito, u slučaju ugovornih odredbi o isključivosti, takav test teoretski može poslužiti za utvrđivanje može li hipotetski konkurent čija je struktura troškova slična strukturi poduzetnika u vladajućem položaju ponuditi svoje proizvode ili usluge na drugi način osim tako da pritom ostvaruje gubitke ili nedostatnu maržu ako bi preuzeo naknade koje bi distributeri trebali platiti kako bi promijenili dobavljača ili gubitke koje bi pretrpjeli nakon takve promjene nakon povlačenja prethodno dogovorenih popusta (vidjeti po analogiji presudu od 25. ožujka 2021., Slovak Telekom/Komisija, C-165/19 P, EU:C:2021:239, t. 110.).

- 60 Posljedično, kada poduzetnik u vladajućem položaju koji je osumnjičen za zlouporabu podnese tijelu nadležnom za tržišno natjecanje analizu koja se temelji na testu jednako učinkovitoga konkurenta, navedeno tijelo ne može isključiti taj dokaz, a da ne ispita njegovu dokaznu vrijednost.
- 61 Ta okolnost nije dovedena u pitanje postojanjem više spornih praksi. Naime, čak i pod pretpostavkom da se kumulativni učinci tih praksi ne mogu obuhvatiti takvim testom, rezultat takvog testa može ipak predstavljati indiciju o učincima određenih od njih i stoga biti relevantan za utvrđivanje mogu li se utvrditi određene kvalifikacije u pogledu predmetnih praksi.
- 62 S obzirom na prethodna razmatranja, na drugo pitanje valja odgovoriti tako da članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da je, u slučaju postojanja ugovornih odredbi o isključivosti u ugovorima o distribuciji, tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja, kako bi utvrdilo zlouporabu vladajućeg položaja, s obzirom na sve relevantne okolnosti i uzimajući u obzir, među ostalim, gospodarske analize koje je, ovisno o slučaju, podnio poduzetnik u vladajućem položaju u pogledu nepostojanja sposobnosti predmetnog postupanja da istisne s tržišta konkurente koji su jednako učinkoviti kao on, dužno utvrditi da te ugovorne odredbe imaju sposobnost ograničavanja tržišnog natjecanja. Korištenje testom jednako učinkovitoga konkurenta je fakultativno. Međutim, ako predmetni poduzetnik tijekom upravnog postupka predstavi rezultate takvog testa, tijelo nadležno za tržišno natjecanje dužno je ispitati njegovu dokaznu vrijednost.

Troškovi

- 63 Budući da ovaj postupak ima značaj prethodnog pitanja za stranke glavnog postupka pred sudom koji je uputio zahtjev, na tom je sudu da odluči o troškovima postupka. Troškovi podnošenja očitovanja Sudu, koji nisu troškovi spomenutih stranaka, ne nadoknađuju se.

Slijedom navedenog, Sud (peto vijeće) odlučuje:

- 1. Članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da se postupanja distributera koji su dio distribucijske mreže proizvoda ili usluga proizvođača u vladajućem položaju mogu pripisati potonjem ako se utvrdi da navedeni distributeri nisu samostalno usvojili ta postupanja, nego da su ona dio politike koju taj proizvođač donosi jednostrano i provodi je posredstvom navedenih distributera.**
- 2. Članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da je, u slučaju postojanja ugovornih odredbi o isključivosti u ugovorima o distribuciji, tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja, kako bi utvrdilo zlouporabu vladajućeg položaja, s obzirom na sve relevantne okolnosti i uzimajući u obzir, među ostalim, gospodarske analize koje je, ovisno o slučaju, podnio poduzetnik u vladajućem položaju u pogledu nepostojanja sposobnosti predmetnog postupanja da istisne s tržišta konkurente koji su jednako učinkoviti kao on, dužno utvrditi da te ugovorne odredbe imaju sposobnost ograničavanja tržišnog natjecanja. Korištenje testom jednako učinkovitoga konkurenta je fakultativno. Međutim, ako predmetni poduzetnik tijekom upravnog postupka predstavi rezultate takvog testa, tijelo nadležno za tržišno natjecanje dužno je ispitati njegovu dokaznu vrijednost.**

Potpisi