



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NILSA WAHLA
przedstawiona w dniu 20 października 2016 r.¹

Sprawa C-413/14 P

**Intel Corporation Inc.
przeciwko**

Komisji Europejskiej

Spis treści

I – Ramy prawne	4
II – Okoliczności powstania sporu	4
III – Przebieg postępowania przed Sądem i zaskarżony wyrok	9
IV – Przebieg postępowania przed Trybunałem i żądania stron	9
V – Ocena zarzutów odwołania	9
A – Uwagi wstępne	10
B – W przedmiocie pierwszego zarzutu odwołania: kryterium prawne, jakie należy zastosować do tzw. rabatów za wyłączność	11
1. Główne argumenty stron	11
2. Analiza	12
a) W przedmiocie oceny rabatów i płatności wnoszącej odwołanie dokonanej przez Sąd w części uzasadnienia przedstawionej tytułem głównym	13
i) W przedmiocie ustalonych w orzecznictwie Trybunału podstawowych zasad odnoszących się do rabatów	13
ii) W przedmiocie uwzględnienia okoliczności danej sprawy jako sposobu na ustalenie prawdopodobnych skutków zarzucanego zachowania dla konkurencji	16

¹ Język oryginału: angielski.

iii)	W przedmiocie twierdzenia, zgodnie z którym orzecznictwo wyodrębnia jedynie dwie kategorie rabatów	18
–	W przedmiocie niewzruszalności domniemania niezgodności z prawem ze względu na formę	19
–	W przedmiocie twierdzenia, zgodnie z którym rabaty lojalnościowe nie zawsze są szkodliwe dla konkurencji	19
–	W przedmiocie twierdzenia, zgodnie z którym skutki rabatów lojalnościowych są zależne od kontekstu	20
–	W przedmiocie konieczności badania wszystkich okoliczności w odniesieniu do praktyk powiązanych	21
iv)	Wnioski pośrednie	22
b)	W przedmiocie dokonanej przez Sąd tytułem uzupełnienia oceny zdolności do ograniczenia konkurencji	23
i)	Zdolność lub prawdopodobieństwo	23
ii)	Czynniki przyjęte przez Sąd jako podstawa wyciągniętego wniosku w przedmiocie istnienia nadużycia	25
iii)	Inne okoliczności	26
–	W przedmiocie pokrycia rynku	27
–	W przedmiocie czasu trwania	28
–	W przedmiocie wyników rynkowych konkurenta i obniżek cen	30
–	W przedmiocie testu AEC	30
c)	Wnioski	32
C –	W przedmiocie drugiego zarzutu odwołania: stopień pokrycia rynku przy określaniu, czy przedsiębiorstwo nadużyło swojej pozycji dominującej	33
1.	Główne argumenty stron	33
2.	Analiza	33
D –	W przedmiocie zarzutu trzeciego odwołania: klasyfikacja pewnych rabatów jako „rabatów za wyłączność”	36
1.	Główne argumenty stron	36
2.	Analiza	36
E –	W przedmiocie czwartego zarzutu odwołania: prawo do obrony	38
1.	Główne argumenty stron	38
2.	Analiza	39

a)	W przedmiocie ustalenia, czy sporne spotkanie miało charakter przesłuchania w rozumieniu art. 19 rozporządzenia nr 1/2003	40
b)	W przedmiocie twierdzenia, że włączenie notatki wewnętrznej do akt sprawy nie zaradziło uchybieniu proceduralnemu	42
c)	W przedmiocie konsekwencji niezarejestrowania przebiegu spornego spotkania	43
F –	W przedmiocie piątego zarzutu odwołania: jurysdykcja Komisji	48
1.	Główne argumenty stron	48
2.	Analiza	49
a)	Uwagi ogólne: wprowadzenie w życie czy też skutki?	50
b)	W przedmiocie oceny zastosowania przez Sąd właściwych kryteriów jurysdykcyjnych	54
i)	W przedmiocie wprowadzenia w życie	54
ii)	W przedmiocie skutków „kwalifikowanych”	55
G –	W przedmiocie zarzutu szóstego odwołania: kwota grzywny	58
1.	Główne argumenty stron	58
2.	Analiza	58
VI –	Skutki przeprowadzonej oceny	60
VII –	Wnioski	61

Odwołanie – Artykuł 102 TFUE – Nadużycie pozycji dominującej – Rabaty lojalnościowe – Kwalifikacja jako praktyki stanowiącej nadużycie – Właściwe kryterium prawne – Jednolite i ciągłe naruszenie – Prawo do obrony – Artykuł 19 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 – Przesłuchanie odnoszące się do przedmiotu dochodzenia – Kompetencje Komisji – Wdrożenie – Skutki

1. W odwołaniu spółka Intel Corporation (zwana dalej „Intel” lub „wnoszącą odwołanie”) wnosi do Trybunału o uchylenie wyroku z dnia 12 czerwca 2014 r. w sprawie Intel/Komisja², w drodze którego Sąd oddalił skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji C(2009) 3726 wersja ostateczna z dnia 13 maja 2009 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. 82 [WE] (obecnie art. 102 TFUE) i art. 54 porozumienia EOG (sprawa COMP/C-3/37.990 – Intel) (zwanej dalej „sporną decyzją”)³.

² Zobacz wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., Intel/Komisja, T-286/09, EU:T:2014:547 (zwany dalej „zaskarżonym wyrokiem”).

³ Aby zapoznać się ze streszczeniem tej decyzji, zob. Dz.U. 2009, C 227, s. 13.

2. W sprawie tej podniesiono szereg kwestii o zasadniczym znaczeniu. Dotyczą one m.in. zastosowania pojęcia „jednolitego i ciągłego naruszenia” w kontekście obecnego art. 102 TFUE, dyskrecjonalnych uprawnień, jakie winna posiadać Komisja w zakresie rejestrowania przesłuchań prowadzonych przez nią w toku dochodzenia oraz zakresu przysługujących jej kompetencji do prowadzenia dochodzeń w sprawie naruszeń zapoczątkowanych za granicą.

3. Ponadto sprawa ta daje Trybunałowi sposobność do dopracowania w szczegółach swojego orzecznictwa dotyczącego nadużycia pozycji dominującej na gruncie art. 102 TFUE. W szczególności powstaje pytanie, czy w świetle orzecznictwa opartego na wyroku Hoffmann-La Roche⁴ uzasadnione jest dokonywanie rozróżnienia pomiędzy różnymi rodzajami rabatów. Mając na względzie wspomniane orzecznictwo, Trybunał winien ustalić prawidłowe kryterium prawne, które należy zastosować w odniesieniu do poszczególnych kategorii rabatów, które w zaskarżonym wyroku Sąd określił mianem „rabatów za wyłączność”.

4. W szczególności Trybunał ma rozstrzygnąć, czy Sąd słusznie uznał rabaty takie jak te będące przedmiotem sporu w niniejszej sprawie za z natury rzeczy antykonkurencyjne. Taki bezwzględnie antykonkurencyjny charakter wspomnianych rabatów czyniłby zbędnym rozpatrywanie całokształtu okoliczności sprawy w celu ustalenia, czy rzeczywiście sporne zachowanie może ograniczać konkurencję na danym rynku.

I – Ramy prawne

5. W motywie 25 rozporządzenia (WE) nr 1/2003⁵ wyjaśniono, że Komisja powinna w szczególności posiadać uprawnienia do przesłuchiwania wszelkich osób, które mogą posiadać użyteczne informacje, i rejestrowania złożonych oświadczeń.

6. Artykuł 19 rozporządzenia dotyczy uprawnienia Komisji do przyjmowania oświadczeń. Ustęp 1 tego artykułu stanowi:

„W celu wypełnienia obowiązków wyznaczonych niniejszym rozporządzeniem Komisja może przesłuchiwać wszelkie osoby fizyczne i prawne, które wyrażą zgodę na przesłuchanie, w celu zebrania informacji odnoszących się do przedmiotu postępowania”.

7. Artykuł 27 ust. 2 tego rozporządzenia stanowi:

„W toku postępowania respektuje się prawo stron do obrony. Strony mają prawo wglądu do akt Komisji przy zachowaniu uzasadnionego interesu przedsiębiorstw w zakresie ochrony tajemnicy handlowej. Prawo wglądu do akt nie obejmuje informacji poufnych i wewnętrznych dokumentów Komisji lub organów ochrony konkurencji państw członkowskich [...]”.

8. W motywie 3 rozporządzenia (WE) nr 773/2004⁶ wyjaśniono, że podczas przesłuchań prowadzonych przez Komisję należy poinformować osoby przesłuchiwane o celu przesłuchania i o każdym jego możliwym zarejestrowaniu.

4 Zobacz wyrok z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja, 85/76, EU:C:1979:36 (zwany dalej „wyrokiem Hoffmann-La Roche”).

5 Rozporządzenie Rady z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [101] i [102 TFUE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1, polskie wydanie specjalne: rozdział 08 tom 002 s. 205–229)

6 Rozporządzenie Komisji z dnia 7 kwietnia 2004 r. odnoszące się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. [101] i [102 TFUE] (Dz.U. 2004, L 123, s. 18, polskie wydanie specjalne: rozdział 08 tom 003 s. 81–87).

9. Artykuł 3 tego rozporządzenia związany jest z uprawnieniami Komisji do przyjmowania oświadczeń. Stanowi on, co następuje:

„1. W przypadku, gdy Komisja przesłuchuje osobę za jej zgodą, zgodnie z art. 19 rozporządzenia [nr 1/2003], na początku przesłuchania przedstawia podstawę prawną oraz cel przesłuchania oraz przypomina o jego dobrowolnym charakterze. Informuje także przesłuchiwaną osobę o zamiarze zarejestrowania przesłuchania.

2. Przesłuchanie można przeprowadzić przy użyciu dowolnych środków, w tym telefonu lub środków elektronicznych.

3. Komisja może rejestrować oświadczenia składane przez osoby przesłuchiwane w dowolnej formie. Kopia każdego zapisu jest udostępniana osobie przesłuchiwanej do zatwierdzenia. Tam, gdzie to konieczne, Komisja wyznacza termin, w którym przesłuchiwana osoba może się z nią skontaktować w celu skorygowania oświadczenia”.

II – Okoliczności powstania sporu

10. Okoliczności powstania sporu w postaci przedstawionej w zaskarżonym wyroku można streścić następująco.

11. Intel jest spółką prawa amerykańskiego, która zajmuje się projektowaniem, udoskonalaniem, produkcją i sprzedażą mikroprocesorów (zwanymi dalej „CPU” lub „procesorami”), „chipsetów” (zespołów układów scalonych) i innych komponentów półprzewodnikowych, jak również rozwiązań dla platform w zakresie przetwarzania danych i urządzeń komunikacyjnych.

12. W dniu 18 października 2000 r. spółka Advanced Micro Devices (zwana dalej „AMD”) wniosła do Komisji formalną skargę na podstawie rozporządzenia nr 17⁷, którą uzupełniła nowymi faktami i nowymi zarzutami w ramach skargi uzupełniającej z dnia 26 listopada 2003 r.

13. W maju 2004 r. Komisja wszczęła dochodzenia odnoszące się do zarzutów podniesionych w skardze uzupełniającej AMD.

14. W dniu 17 lipca 2006 r. AMD wniosła do Bundeskartellamt (niemieckiego federalnego urzędu ochrony konkurencji) skargę, w której twierdziła, że Intel wprowadził w szczególności praktyki handlowe polegające na wykluczeniu wspólnie z Media-Saturn-Holding GmbH (zwanym dalej „MSH”), europejskim dystrybutorem urządzeń elektronicznych i największym europejskim dystrybutorem komputerów stacjonarnych. Federalny urząd ochrony konkurencji przesłał Komisji informacje w tej sprawie.

15. W dniu 23 sierpnia 2006 r. Komisja odbyła spotkanie z D1, pracownikiem szczebla kierowniczego z przedsiębiorstwa Dell Inc., klienta Intela⁸. Komisja nie załączyła do akt sprawy orientacyjnego wykazu tematów tego spotkania i nie sporządziła z niego protokołu. Członek zespołu Komisji prowadzącego tę sprawę sporządził dotyczącą tego spotkania notatkę, która została uznana przez Komisję za „wewnętrzna”. W dniu 19 grudnia 2008 r. Komisja przekazała wnoszącej odwołanie wersję jawną tej notatki.

7 Rozporządzenie Rady z dnia 6 lutego 1962 r.: pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. [101 TFUE] i [102 TFUE] (Dz.U. 1962, 13, s. 204, polskie wydanie specjalne: rozdział 08 tom 001 s. 3–10).

8 Dane poufne utajnione. W celu zapewnienia anonimowości nazwisko tej osoby zostanie następnie zastąpione, tak jak uczyniono to w postępowaniu w pierwszej instancji, pierwszą literą nazwy przedsiębiorstwa, dla którego osoba ta pracuje, po której następuje cyfra.

16. W dniu 26 lipca 2007 r. Komisja doręczyła wnoszącej odwołanie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów (zwane dalej „pismem w sprawie przedstawienia zarzutów z 2007 r.”) w przedmiocie jej zachowania wobec pięciu głównych producentów sprzętu informatycznego (Original Equipment Manufacturer, zwanych dalej „OEM”), a mianowicie: Dell, Hewlett-Packard Company (HP), Acer Inc., NEC Corp. i International Business Machines Corp. (IBM).

17. W dniu 17 lipca 2008 r. Komisja doręczyła wnoszącej odwołanie uzupełniające pismo w sprawie przedstawienia zarzutów dotyczące jej zachowania wobec MSH oraz Lenovo Group Ltd. (zwanej dalej „Lenovo”). W piśmie tym uwzględniono nowe dowody w sprawie zachowania Intela wobec niektórych OEM, których dotyczyło pismo w sprawie przedstawienia zarzutów z 2007 r., a które to dowody Komisja uzyskała po jego ogłoszeniu.

18. W następstwie dokonania szeregu różnych kroków proceduralnych w dniu 13 maja 2009 r. Komisja przyjęła sporną decyzję, w której stanęła na stanowisku, że Intel dopuścił się naruszenia art. 82 WE i art. 54 porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) w okresie od października 2002 r. do grudnia 2007 r., polegającego na wdrożeniu strategii mającej na celu wyeliminowanie konkurenta, a mianowicie AMD, z rynku mikroprocesorów o architekturze x86 (zwanych dalej „CPU x86”).

19. Decyzja ta zawierała w szczególności następujące stwierdzenia:

20. Produktami, których dotyczy sporna decyzja, są CPU. Architektura x86 jest standardem opracowanym przez Intela do stosowania w jego CPU. Umożliwia ona działanie systemów operacyjnych Windows i Linux. System Windows jest co do zasady powiązany z ciągiem rozkazów x86. Przed 2000 r. istniało kilku producentów procesorów typu x86. Większość z nich wycofała się jednak z rynku. W spornej decyzji stwierdzono, że Intel i AMD są w praktyce jedynymi producentami CPU x86.

21. Ponadto w spornej decyzji Komisja podniosła, że właściwy rynek produktowy ogranicza się do rynku CPU x86. W spornej decyzji nie rozstrzygnęła ona jednak kwestii tego, czy istnieje jednolity rynek CPU x86 dla wszystkich komputerów, czy też należy wyróżnić trzy odrębne rynki CPU x86, mianowicie dla komputerów stacjonarnych, dla komputerów przenośnych i dla serwerów. Zgodnie ze sporną decyzją, ze względu na udziały rynkowe Intela w odniesieniu do każdego segmentu, wnioski dotyczące pozycji dominującej pozostają bez zmian.

22. W spornej decyzji rynek geograficzny został zdefiniowany jako ogólnoświatowy.

23. Co się tyczy pozycji dominującej, w ciągu dziesięcioletniego okresu, który został zbadany przez Komisję (lata 1997–2007), Intel miał w rynku udział wynoszący co najmniej 70%. Ponadto Komisja wskazała na istnienie znacznych barier wejścia na rynek procesorów x86 i ekspansji na tym rynku. Wynikają one w szczególności z kosztów utopionych związanych z pracami badawczo-rozwojowymi, własnością intelektualną i urządzeniami produkcyjnymi, które są niezbędne do wytwarzania CPU x86. Opierając się na udziale Intela w rynku i istniejących barierach wejścia na omawiany rynek oraz ekspansji na tym rynku, Komisja stwierdziła, że przynajmniej w okresie, którego dotyczy rzeczona decyzja, czyli w okresie od października 2002 r. do grudnia 2007 r., Intel zajmował pozycję dominującą na tym rynku.

24. W spornej decyzji Komisja wskazała dwa rodzaje zachowań Intela w stosunku do jego partnerów handlowych, a mianowicie stosowanie rabatów warunkowych oraz tzw. bezpodstawnych ograniczeń (naked restrictions).

25. Co się tyczy pierwszego z nich, Intel przyznawał rabaty czterem OEM, mianowicie Dellowi, Lenovo, HP i NEC pod warunkiem, że będą oni kupować u niego całość lub prawie całość swych CPU x86. Podobnie, Intel dokonywał wypłat na rzecz MSH pod warunkiem, że będzie on sprzedawał wyłącznie komputery wyposażone w CPU x86 produkcji Intelu.

26. Zgodnie ze sporną decyzją warunkowe rabaty przyznawane przez Intelu opisane są jako rabaty lojalnościowe. W odniesieniu do warunkowych wypłat dokonywanych przez Intelu na rzecz MSH Komisja doszła do wniosku, że mechanizm ekonomiczny takich wypłat jest równoważny z mechanizmem rabatów warunkowych przyznawanych OEM.

27. W spornej decyzji przeprowadzono również analizę ekonomiczną dotyczącą możliwości wykluczenia z rynku, poprzez zastosowanie rabatów i wypłat na rzecz MSH, hipotetycznego konkurenta, który byłby równie skuteczny jak Intel (test „as efficient competitor”, zwany dalej „testem AEC”)⁹.

28. W świetle powyższych rozważań Komisja stwierdziła, że rabaty warunkowe i wypłaty przyznawane przez Intelu zapewniały lojalność strategicznych OEM i MSH. Praktyki te miały skutki wzajemnie się uzupełniające, polegające na znacznym zmniejszeniu zdolności konkurentów do konkurencji niecenowej, prowadzonej w oparciu o zalety produkowanych przez nich CPU x86. Antykonkurencyjne zachowanie Intelu spowodowało tym samym ograniczenie wyboru przysługującego konsumentom oraz zmniejszenie motywacji do innowacji.

29. Co się tyczy drugiego rodzaju zachowania wskazanego w spornej decyzji, mianowicie bezpodstawnych ograniczeń, Komisja uznała, że Intel przyznał trzem OEM, a mianowicie HP, Acerowi i Lenovo, wypłaty, pod warunkiem że owi OEM opóźnią wprowadzenie produktów opartych na procesorach dostarczanych przez AMD lub zrezygnują z ich wprowadzenia lub wprowadzą ograniczenia w dystrybucji tych produktów. Komisja stwierdziła, że to zachowanie Intelu odnoszące się do bezpodstawnych ograniczeń spowodowało szkodę konkurencji, ponieważ klienci zostali pozbawieni możliwości wyboru, którą dysponowaliby w przeciwnym wypadku. Zdaniem Komisji nie stanowiło ono przejawu zwykłej konkurencji niecenowej.

30. W spornej decyzji Komisja stwierdziła, że każdy rodzaj spornego zachowania Intelu w stosunku do wyżej wymienionych OEM oraz MSH stanowi nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE, przy czym wszystkie te nadużycia składają się również na ogólną strategię mającą na celu wykluczenie AMD, jedyne znaczącego konkurenta Intelu, z rynku procesorów x86. Dlatego też poszczególne nadużycia składają się na jednolite naruszenie w rozumieniu art. 102 TFUE.

31. Na podstawie wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 1/2003 (zwanymi dalej „wytycznymi z 2006 r.”)¹⁰, Komisja nałożyła na wnoszącą odwołanie grzywnę w wysokości 1,06 mld EUR.

⁹ Test pozwala na ustalenie ceny CPU, jaką konkurent równie skuteczny jak Intel musiałby zaoferować OEM, aby zrekompensować mu utracony rabat Intelu.

¹⁰ Dz.U. 2006, C 210, s. 2.

32. Sporna decyzja stanowi:

„Artykuł 1

Intel [...] popełnił jednolite i ciągle naruszenie art. [102 TFUE] oraz art. 54 porozumienia o EOG w okresie od października 2002 r. do grudnia 2007 r., wdrażając strategię mającą na celu wykluczenie konkurentów z rynku CPU x86, na którą składały się następujące elementy:

- a) przyznawanie w okresie od grudnia 2002 r. do grudnia 2005 r. na rzecz Della rabatów, których wysokość była uzależniona od pokrywania przez Della całego swego zapotrzebowania na CPU x86 u Intela;
- b) przyznawanie w okresie od listopada 2002 r. do maja 2005 r. na rzecz HP rabatów, których wysokość była uzależniona od pokrywania przez HP u Intela co najmniej 95% swego zapotrzebowania na CPU x86 przeznaczonych do produkowanych przez niego komputerów stacjonarnych dla przedsiębiorstw;
- c) przyznawanie w okresie od października 2002 r. do listopada 2005 r. na rzecz NEC rabatów, których wysokość była uzależniona od pokrywania przez NEC u Intela co najmniej 80% swego zapotrzebowania na CPU x86 przeznaczonych do produkowanych przez niego komputerów osobistych;
- d) przyznawanie w okresie od stycznia 2007 r. do grudnia 2007 r. na rzecz Lenovo rabatów, których wysokość była uzależniona od pokrywania przez Lenovo u Intela całego swego zapotrzebowania na CPU x86 przeznaczonych do produkowanych przez niego komputerów przenośnych;
- e) przyznawanie w okresie od października 2002 r. do grudnia 2007 r. na rzecz [MSH] wypłat, których wysokość była uzależniona od sprzedawania przez [MSH] wyłącznie komputerów wyposażonych w CPU x86 produkcji Intela;
- f) przyznawanie wypłat na rzecz HP w okresie od listopada 2002 r. do maja 2005 r. pod następującymi warunkami: i) HP będzie oferował przeznaczone dla przedsiębiorstw komputery stacjonarne HP wyposażone w CPU x86 produkcji AMD małym i średnim przedsiębiorstwom i klientom z sektorów: administracji państwowej, edukacyjnego i medycznego, a nie – dużym przedsiębiorstwom; (ii) HP zabroni swoim partnerom dystrybucyjnym przechowywania zapasów komputerów stacjonarnych HP wyposażonych w CPU x86 produkcji AMD, przeznaczonych dla przedsiębiorstw, w rezultacie czego owe komputery będą dostępne dla klientów wyłącznie na zamówienie od HP (albo bezpośrednio, albo za pośrednictwem partnerów dystrybucyjnych HP pełniących funkcję agentów handlowych); iii) HP opóźni o sześć miesięcy wprowadzenie swojego komputera stacjonarnego wyposażonego w CPU x86 produkcji AMD, przeznaczonego dla przedsiębiorstw w regionie [Europy, Afryki i Bliskiego Wschodu];
- g) przyznawanie wypłat na rzecz Acera w okresie od września 2003 r. do stycznia 2004 r. pod warunkiem opóźnienia przez Acera wprowadzenia komputera przenośnego wyposażonego w CPU x86 produkcji AMD;
- h) przyznawanie wypłat na rzecz Lenovo w okresie od czerwca 2006 r. do grudnia 2006 r., pod warunkiem że Lenovo opóźni wprowadzenie komputerów przenośnych wyposażonych w CPU x86 produkcji AMD i w końcu zrezygnuje z niego”. [tłumaczenie nieoficjalne]

III – Przebieg postępowania przed Sądem i zaskarżony wyrok

33. W skardze złożonej w dniu 22 lipca 2009 r. Intel wniósł do Sądu o stwierdzenie nieważności spornej decyzji. Association for Competitive Technology. Inc. (zwane dalej „ACT”) przystąpiło do sprawy w charakterze interwenienta popierającego żądania Intela.

34. Zaskarżonym wyrokiem Sąd oddalił tę skargę w całości.

IV – Przebieg postępowania przed Trybunałem i żądania stron

35. W odwołaniu skierowanym do Trybunału w dniu 26 sierpnia 2014 r. Intel wnosi do Trybunału o:

- uchylenie zaskarżonego wyroku w całości lub w części;
- stwierdzenie nieważności spornej decyzji w całości lub w części;
- uchylenie nałożonej grzywny lub znaczne obniżenie jej kwoty;
- tytułem żądania ewentualnego – przekazanie sprawy Sądowi do ponownego rozpoznania zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości;
- obciążenie Komisji kosztami tego postępowania oraz postępowania przed Sądem.

36. Association for Competitive Technology przedłożyło pismo popierające żądania wnoszącej odwołanie.

37. Komisja wnosi do Trybunału o oddalenie odwołania i obciążenie wnoszącej odwołanie kosztami postępowania.

38. Intel, ACT oraz Komisja przedstawili stanowiska ustnie podczas rozprawy w dniu 21 czerwca 2016 r.

V – Ocena zarzutów odwołania

39. Na poparcie odwołania wnosząca odwołanie podnosi sześć zarzutów. Zarzut pierwszy dotyczy naruszenia prawa, jakiego miał dopuścić się Sąd odnośnie do w kwalifikacji prawnej rabatów określonych przezeń mianem „rabatów za wyłączność”. Zarzut drugi odwołania dotyczy naruszenia prawa odnośnie do stwierdzenia naruszenia w latach 2006 i 2007 oraz oceny znaczenia pokrycia rynku przez tę praktykę. Zarzut trzeci dotyczy naruszenia prawa odnośnie do uznania za „rabaty za wyłączność” pewnych uzgodnień w sprawie rabatów obejmujących jedynie mniejszą część zakupów dokonywanych przez klienta. Zarzut czwarty dotyczy zarzucanego błędu proceduralnego, będącego wynikiem nieprawidłowej wykładni art. 19 rozporządzenia nr 1/2003 w związku z art. 3 rozporządzenia nr 773/2004 odnośnie do braku obowiązku rejestrowania przesłuchania. Zarzut piąty odwołania opiera się na naruszeniu art. 102 TFUE i dotyczy kompetencji Komisji do zastosowania art. 102 TFUE do uzgodnień wnoszącej odwołanie z Lenovo, poczynionych w Chinach w latach 2006 i 2007. Wreszcie, zarzut szósty dotyczy wysokości grzywny, która ma być wynikiem naruszenia prawa, jakiego miał dopuścić się Sąd w związku z zastosowaniem z mocą wsteczną wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien z 2006 r.

40. Kolejno rozpatrzę wszystkie te zagadnienia. Niemniej jednak, zanim to uczynię, moim zdaniem użyteczne jest poczynienie pewnych uwag wstępnych odnośnie do systematyki i celu art. 102 TFUE. Uwagi te stanowią punkt wyjścia dla następującej po nich oceny trzech pierwszych zarzutów odwołania.

A – Uwagi wstępne

41. Od początku reguły konkurencji UE mają na celu ustanowienie systemu niezakłóconej konkurencji w ramach rynku wewnętrznego utworzonego przez UE¹¹. W tym względzie należy dobitnie podkreślić, że ochrona na mocy reguł konkurencji UE przyznawana jest w odniesieniu do procesu konkurencyjnego jako takiego, a nie na przykład do konkurentów¹². W tym samym duchu ochroną nie są objęci konkurenci zmuszeni do opuszczenia rynku z uwagi na silną konkurencję, a nie zachowanie antykonkurencyjne. Nie każdy przypadek opuszczenia rynku jest więc koniecznym wynikiem zachowania stanowiącego nadużycie, ale może świadczyć o istnieniu agresywnej, lecz zdrowej i dopuszczalnej, konkurencji¹³. Powodem ku temu jest fakt, że, z uwagi na swój gospodarczy charakter, prawo konkurencji ma ostatecznie na celu zwiększenie efektywności. Znaczenie przypisywane efektywności znajduje, moim zdaniem, wyraźne odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów UE.

42. Z nacisku położonego na tę kwestię można wysnuć logiczny wniosek, że istnienie pozycji dominującej jako takie jest sprzeczne z art. 102 TFUE. Należałoby raczej stwierdzić, że zakazane jest jedynie zachowanie będące wyrazem pozycji rynkowej mającej negatywny wpływ na konkurencję, a tym samym – na konsumentów, i jako takie podlega sankcjom jako *nadużycie* pozycji dominującej.

43. Logiczną konsekwencją ustanowienia celu w postaci poprawy efektywności jest to, że kluczowe znaczenie przypisane zostaje antykonkurencyjnym *skutkom* określonej praktyki. Niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z uproszczonym stosowaniem reguł konkurencji poprzez wykorzystanie pojęcia „ograniczenia ze względu na cel” w kontekście art. 101 TFUE¹⁴, czy z zachowaniem pojedynczego przedsiębiorstwa objętym zakresem art. 102 TFUE, celem tych obowiązujących w UE reguł wychwycenia zachowania wywołującego antykonkurencyjne skutki. Dotychczas formy określonej praktyki nie uznawano za istotną.

44. W zaskarżonym wyroku Sąd wyróżnił trzy kategorie rabatów: rabaty związane z wielkością zakupów, „rabaty za wyłączność” oraz rabaty oparte na mechanizmie potencjalnie wywołującym skutek promujący lojalność. W przeciwieństwie do systemu rabatowego opartego wyłącznie na wielkości zakupów (kategoria pierwsza), będącego odzwierciedleniem zwiększonej efektywności i ekonomii skali, systemy rabatów za wyłączność (kategoria druga), zgodnie z taksonomią zastosowaną przez Sąd, są sprzeczne z celem niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym. Rabaty tego rodzaju wiążą się z warunkiem, że klient będzie zaopatrywał się – celem pokrycia całości lub znacznej części swojego zapotrzebowania – u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą¹⁵.

11 Zobacz wyrok z dnia 17 lutego 2011 r., TeliaSonera, C-52/09, EU:C:2011:83 (zwany dalej „wyrokiem TeliaSonera”), pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo. Jak wskazał Trybunał, UE jest zapobieżenie zniekształcaniu konkurencji ze szkodą dla interesu ogólnego, przedsiębiorstw indywidualnych i konsumentów, przez co przyczyniają się one do dobrobytu w Unii Europejskiej.

12 Jak zauważył Trybunał, art. 102 TFUE nie zmierza do zapewnienia, aby konkurenci mniej skuteczni niż przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą pozostali na rynku. Zobacz wyrok z dnia 27 marca 2012 r., Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172 (zwany dalej „wyrokiem Post Danmark I”), pkt 21, 22.

13 Wyrok Post Danmark I, pkt 21, 22.

14 Zobacz odnośnie do korzyści płynących z zastosowania tego uproszczonego podejścia moją opinię w sprawie CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, pkt 35.

15 Zaskarżony wyrok, pkt 76 i 77. Zobacz także wyrok Hoffmann-La Roche, pkt 89.

45. Oprócz dwóch wspomnianych wcześniej kategorii rabatów w zaskarżonym wyroku poczyniono odniesienia do kategorii pozostałych rabatów, które opierają się na mechanizmie wywołującym skutek promujący lojalność bez bezpośredniego powiązania z zaopatrywaniem się wyłącznie lub prawie wyłącznie u przedsiębiorstwa dominującego (kategoria trzecia). Kategoria ta obejmuje rabaty w rodzaju tych stosowanych z mocą wsteczną¹⁶. Sąd stwierdził, że rabaty należące do kategorii trzeciej należy odróżnić od „rabatów za wyłączność” z uwagi na to, iż nie wiążą się one bezpośrednio ze spełnieniem warunku wyłączności. Z tego względu Sąd przyjął, że w celu ustalenia, czy rabaty te mogą skutkować ograniczeniem konkurencji konieczne jest zbadanie *wszystkich okoliczności* danej sprawy¹⁷.

46. Ze względu na ich warunkowy charakter Sąd zakwalifikował rabaty i płatności oferowane przez wnoszącą odwołanie jako „rabaty za wyłączność”. Powołując się na orzecznictwo wywodzące się z wyroku Hoffmann-La Roche, Sąd uznał, że do ustalenia tego, czy dane przedsiębiorstwo dopuściło się nadużycia pozycji dominującej wystarczy, że udzielane przez nie rabaty mają charakter „rabatów za wyłączność”, należących do kategorii drugiej. Po ustaleniu tego nie było już zdaniem Sądu konieczne rozpatrzenie „wszystkich okoliczności” w celu sprawdzenia, czy dane zachowanie mogło powodować ograniczenie konkurencji. Można więc zakładać istnienie takiej zdolności opierając się wyłącznie na formie zachowania. Zdaniem Sądu powodem tego jest fakt, że rabaty tego rodzaju mają co do zasady za cel pozbawienie nabywcy możliwości wyboru źródła zaopatrzenia lub jej ograniczenie oraz, w tym sensie, zapobieżenie zaopatrywaniu się przez klientów u konkurencyjnych producentów¹⁸.

47. Zgodnie z tą metodologią założenie, że „rabaty za wyłączność” oferowane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą zawsze i bez wyjątku skutkują wykluczeniem o charakterze antykonkurencyjnym mocno wpływa na cały zaskarżony wyrok. To właśnie opierając się na tym założeniu Sąd odrzucił argumenty dotyczące znaczenia kontekstu sprawy oraz, idąc jeszcze dalej, potrzeby rozpatrzenia tego, czy dane zachowanie może wywoływać skutki o charakterze antykonkurencyjnym.

48. Mając powyższe na względzie, ocena zarzutów pierwszego, drugiego i trzeciego zależy ostatecznie od tego, czy Trybunał uzna to założenie za właściwe.

B – W przedmiocie pierwszego zarzutu odwołania: kryterium prawne, jakie należy zastosować do tzw. rabatów za wyłączność

1. Główne argumenty stron

49. Intel, popierany przez ACT, twierdzi przede wszystkim, że Sąd dokonał błędnej kwalifikacji prawnej rabatów określanych przezeń mianem „rabatów za wyłączność”, czyli „rabatów lojalnościowych w rozumieniu orzecznictwa Hoffmann-La Roche”¹⁹. Zdaniem tej spółki Sąd popełnił błąd twierdząc, że, w przeciwieństwie do innych rabatów i praktyk cenowych, swoistą cechą tego rodzaju rabatów jest zdolność do zakłócania konkurencji, a więc – mają one charakter antykonkurencyjny, który to wniosek można wyciągnąć bez potrzeby rozpatrywania istotnych okoliczności dotyczących rozpatrywanych rabatów czy też istnienia prawdopodobieństwa, iż rabaty te mogą ograniczać konkurencję²⁰. W tym kontekście wnosząca odwołanie podnosi, że Sąd popełnił błąd, potwierdzając

¹⁶ Zaskarżony wyrok, pkt 75, 78.

¹⁷ Zaskarżony wyrok, pkt 78, 82.

¹⁸ Zaskarżony wyrok, pkt 76, 77.

¹⁹ Zaskarżony wyrok, pkt 76.

²⁰ Zaskarżony wyrok, pkt 99.

twierdzenie, zgodnie z którym doszło do nadużycia, nie dokonując analizy prawdopodobieństwa wystąpienia szkody o charakterze antykonkurencyjnym. Ponadto Intel twierdzi, że w każdym razie Sąd popełnił błąd, stwierdzając tytułem uzupełnienia uzasadnienia wyroku, iż rabaty będące przedmiotem niniejszej sprawy mogły ograniczać konkurencję²¹.

50. Komisja twierdzi, że pierwszy zarzut odwołania należy oddalić. Jej zdaniem omawiany zarzut odwołania opiera się na błędnym przekonaniu, zgodnie z którym „rabaty za wyłączność” stanowią zwyczajne praktyki cenowe. Komisja podnosi, że z natury rzeczy „rabaty za wyłączność” różnią się od innych praktyk cenowych. Jej zdaniem rabaty, których przyznanie jest uzależnione od spełnienia warunku wyłączności, mają cechy, które czynią zbędnym sprawdzanie tego, czy mogą one ograniczyć konkurencję w konkretnym przypadku. Komisja uważa w szczególności, że orzecznictwo Trybunału dotyczące rabatów nie przemawia za przyjęciem stanowiska wnoszącej odwołanie, zgodnie z którym nie należy wprowadzać rozróżnienia pomiędzy „rabatami za wyłączność” a innymi rabatami wywołującymi skutek promujący lojalność czy też praktykami cenowymi.

51. Co się tyczy dokonanej przez Sąd tytułem uzupełnienia oceny całokształtu okoliczności, w który wpisują się rozpatrywane praktyki, Komisja uważa, że wnosząca odwołanie nie przedstawiła jakiegokolwiek argumentu, za pomocą którego można by było zakwestionować dokonaną przez Sąd w zaskarżonym wyroku ocenę zdolności antykonkurencyjnej rozpatrywanych rabatów.

2. Analiza

52. Ustosunkowując się do zarzutu pierwszego należy w istocie ustalić właściwe kryterium prawne, jakie należy stosować w odniesieniu do tzw. rabatów za wyłączność. Innymi słowy, należy rozstrzygnąć kwestię, czy uzasadnione było twierdzenie Sądu, zgodnie z którym do tego, aby móc stwierdzić, że rabaty te mogą wywoływać skutek antykonkurencyjny, nie ma potrzeby przeprowadzania oceny „wszystkich okoliczności” danej sprawy. Upraszczając: z uwagi na swoją formę, żaden kontekst nie może uchronić „rabatów za wyłączność” przed uznaniem ich za antykonkurencyjne.

53. Przede wszystkim, wbrew temu, co sugeruje Komisja w swych pismach, nie widzę powodu, dla którego Trybunał nie miałby rozpatrzyć pierwszego zarzutu odwołania w całości. Wnosząca odwołanie wyraźnie zmierza do zakwestionowania za jego pomocą naruszeń prawa, jakich jej zdaniem dopuszczono się uznając rabaty i płatności Intela za „rabaty za wyłączność”, odróżniające się od innych rabatów promujących lojalność. W szczególności wnosząca odwołanie kwestionuje uznanie przez Sąd za zbędne dokonanie oceny wszystkich okoliczności, oraz wyciągnięty następnie przezeń wniosek, zgodnie z którym zarzucane zachowanie stanowiło nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE. Intel podważa także dokonaną przez Sąd tytułem uzupełniającym ocenę „zdolności”²². Zdaniem tej spółki dokonując jej Sąd nie uwzględnił w sposób właściwy szeregu okoliczności istotnych dla ustalenia tego, czy zarzucane zachowanie ma zdolność ograniczania konkurencji. Chociaż jest to kwestia blisko związana z oceną okoliczności faktycznych, musi ona zostać poddana kontroli sądowej, ponieważ Trybunał Sprawiedliwości jest na podstawie art. 256 TFUE uprawniony do kontroli dokonanej przez Sąd kwalifikacji prawnej tych okoliczności oraz wywiedzionych na tej podstawie skutków prawnych.

54. Co się tyczy istoty pierwszego zarzutu odwołania, zacznę od zbadania tego, czy Sąd słusznie uznał, że dokonując oceny „rabatów za wyłączność” oferowanych przez Intela rzeczonym OEM oraz uzgodnionych z MSH praktyk handlowych, nie musiał on – mając na celu ustalenie, czy zarzucane zachowanie stanowi nadużycie pozycji dominującej z naruszeniem art. 102 TFUE – rozpatrywać „wszystkich okoliczności faktycznych” tej sprawy. W tym względzie przedstawię podstawowe zasady

21 Zaskarżony wyrok, pkt 172–197.

22 Zobacz bardziej szczegółowo pkt 110 i nast. poniżej.

odpowiedniego orzecznictwa, aby w ten sposób wykazać, że orzecznictwo to ustanawia wymóg przeprowadzenia oceny „wszystkich okoliczności”. Logicznym następstwem tego wniosku będzie dokonanie analizy dokonanej przez Sąd tytułem uzupełniającym oceny tego, czy oferowane przez wnoszącą odwołanie rabaty mogły ograniczać konkurencję.

a) W przedmiocie oceny rabatów i płatności wnoszącej odwołanie dokonanej przez Sąd w części uzasadnienia przedstawionej tytułem głównym

55. Jak wspomniano wyżej (pkt 44–46), Sąd, opierając się na orzecznictwie Trybunału, dokonał rozróżnienia na trzy kategorie rabatów: rabaty związane z wielkością zakupów (kategoria pierwsza), „rabaty za wyłączność” związane z warunkiem, że klient będzie zaopatrywał się – celem pokrycia całości lub znacznej części swojego zapotrzebowania – u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą (kategoria druga) oraz inne rodzaje rabatów, w ramach których zachęta finansowa nie jest bezpośrednio związana z warunkiem wyłącznego lub prawie wyłącznego zaopatrywania się u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą (kategoria trzecia)²³.

56. Sąd stwierdził w szczególności, że rabaty przyznane dla Della, HP, NEC i Lenovo, opisane przez Komisję w szczególności w art. 1 lit. a)–d) spornej decyzji, są „rabatami za wyłączność”, które należą do kategorii drugiej. Powodem ku temu był fakt, że wspomniane rabaty były związane z warunkiem, aby spółki te zaopatrywały się u Intela, przynajmniej w określonym segmencie, zaspokajając u niego albo całość swojego zapotrzebowania na CPU x86, jak było w przypadku Della i Lenovo, albo jego znaczną część, a mianowicie 95% w przypadku HP i 80% w przypadku NEC²⁴. W odniesieniu do wypłat przyznanych na rzecz MSH Sąd stwierdził, że Komisja nie była zobowiązana do zbadania okoliczności sprawy, a musiała tylko wykazać przyznanie przez wnoszącą odwołanie zachęty finansowej uzależnionej od warunku wyłączności²⁵.

57. W szczególności, powołując się twierdzenie poczynione przez Trybunał w wyroku Hoffmann-La Roche²⁶, Sąd stwierdził, że możliwość zakwalifikowania „rabatów za wyłączność” jako nadużycia nie jest uzależniona od przeprowadzenia analizy tego, czy rabaty te mogą ograniczać konkurencję w świetle okoliczności danej sprawy²⁷.

58. Wnosząca odwołanie uważa, że wniosek ten jest błędny z prawnego punktu widzenia. Zarzuca ona w szczególności Sądowi, że błędnie pominął znaczenie stwierdzeń Trybunału poczynionych w innych sprawach dotyczących rabatów na gruncie art. 102 TFUE, a także tych odnoszących się do innych praktyk cenowych.

59. W dalszej części wyjaśnię powody, dla których przychyliam się do stanowiska wnoszącej odwołanie.

i) W przedmiocie ustalonych w orzecznictwie Trybunału podstawowych zasad odnoszących się do rabatów

60. Ogólnie rzecz biorąc Trybunał w swym orzecznictwie daje wyraz nieufnemu stosunkowi wobec szeregu różnych mechanizmów rabatowych oferowanych przez przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą. Taki stan rzeczy można uzasadnić faktem, że co do zasady uważa się, iż na przedsiębiorstwach zajmujących pozycję dominującą ciąży szczególna odpowiedzialność za to, by

²³ Zaskarżony wyrok, pkt 74–78.

²⁴ Zaskarżony wyrok, pkt 79.

²⁵ Zaskarżony wyrok, pkt 171.

²⁶ Wyrok Hoffmann-La Roche, pkt 89 i 90.

²⁷ Zaskarżony wyrok, pkt 81.

swym zachowaniem nie naruszały one konkurencji na rynku wewnętrznym²⁸. Ta szczególna odpowiedzialność powoduje, że mechanizmy, które w ten czy inny sposób przywiązują klientów do źródła zaopatrzenia oferowanego przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, uznaje się za promujące lojalność oraz, z tego względu, w sposób domniemany stanowiące nadużycie.

61. Z orzecznictwa opartego na fundamentalnym w tej dziedzinie wyroku Hoffmann-La Roche wynika domniemanie, że rabaty, których przyznanie wiąże się ze spełnieniem warunku zaopatrywania się przez klienta – celem pokrycia całości lub znacznej części swojego zapotrzebowania – u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, są niezgodne z prawem. Takie domniemanie niezgodnego z prawem charakteru ma zastosowanie również do innych rabatów, które także promują lojalność, mimo że formalnie nie opierają się one na wymogu wyłączności. Rabaty, czy to udzielane z mocą wsteczną i zindywidualizowane, jak te będące przedmiotem spraw Michelin I²⁹, British Airways³⁰ i Tomra³¹, czy też oparte na udziale w rynku i zindywidualizowane, jak w sprawie Hoffmann-La Roche³², zostały uznane przez Trybunał za mające charakter antykonkurencyjny. Jak dotąd jedyny rodzaj rabatu, który nie został objęty domniemaniem niezgodności z prawem, to rabat związany z wielkością zakupów. Są to rabaty związane wyłącznie z wielkością zakupów dokonywanych u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą³³.

62. Rabaty i płatności oferowane przez Intela można opisać jako rabaty lojalnościowe oparte na udziale w rynku³⁴. W celu uzyskania uprawnień do zniżki klient musi pokrywać określoną część swojego zapotrzebowania u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą. Jak wyjaśniono, powołując się na twierdzenie Trybunału przedstawione w wyroku Hoffmann-La Roche, Sąd stanął na stanowisku, że w sytuacji gdy rabat ma charakter rabatu za wyłączność należącego do kategorii drugiej, nie ma potrzeby rozpatrywania tego, czy może on ograniczać konkurencję na gruncie okoliczności danej sprawy³⁵.

63. Sprawa Hoffmann-La Roche dotyczyła systemu rabatowego opartego na udziale w rynku, który wiązał się z pokrywaniem przez klienta określonej części swojego zapotrzebowania u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą. Konkretnie rzecz ujmując, rabaty te miały charakter przyrostowy, będąc uzależnione od odsetka całego osiągniętego dzięki tym zakupom obrotu³⁶. W wyroku tym Trybunał orzekł, że rabaty lojalnościowe nie opierają się – poza wyjątkowymi wypadkami – na żadnym uzasadniającym przyznanie tej korzyści finansowej świadczeniu gospodarczym. Zdaniem Trybunału mają one raczej za cel pozbawienie nabywcy możliwości wyboru źródła zaopatrzenia lub jej ograniczenie i zamknięcie innym producentom dostępu do rynku³⁷. Zdaniem Trybunału zatem

28 Zobacz wyrok z dnia 9 listopada 1983 r., *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja*, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 57 (zwany dalej „wyrokiem Michelin I”); zob. także wyroki: z dnia 2 kwietnia 2009 r., *France Télécom/Komisja*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, pkt 105; z dnia 14 października 2010 r., *Deutsche Telekom/Komisja*, C-280/08 P, EU:C:2010:603 (zwany dalej „wyrokiem Deutsche Telekom”), pkt 176; *TeliaSonera*, pkt 24.

29 Wyrok *Michelin I*, pkt 66–71 w odniesieniu do zniżek uzależnionych od celów sprzedażowych.

30 Zobacz wyrok z dnia 15 marca 2007 r., *British Airways/Komisja*, C-95/04 P, EU:C:2007:166 (zwany dalej „wyrokiem British Airways”), pkt 52 dotyczący premii przyznawanych w oparciu o wyniki całej sprzedaży.

31 Zobacz wyrok z dnia 19 kwietnia 2012 r., *Tomra Systems i in./Komisja*, C-549/10 P, EU:C:2012:221 (zwany dalej „wyrokiem Tomra”), pkt 75, odnośnie do rabatów, których dotyczyło postępowanie odwoławcze.

32 Wyrok *Hoffmann-La Roche*, pkt 92–100.

33 Zobacz wyrok *Hoffmann-La Roche*, pkt 90. Zobacz także wyrok z dnia 30 września 2003 r., *Michelin/Komisja*, T-203/01, EU:T:2003:250 (zwany dalej „wyrokiem Michelin II”), pkt 58. W tym ostatnim Sąd zrelatywizował to domniemanie zgodności z prawem, stając na stanowisku, że nie można go przyjmować w przypadku, gdy rabaty ilościowe wywołują skutek promujący lojalność.

34 Zgodnie z jedną z możliwych definicji rabatu lojalnościowego są uwarunkowane pokrywaniem przez klienta znacznej lub coraz większej części swojego zapotrzebowania u przedsiębiorstwa oferującego zniżki. Wspomniane zniżki mają zastosowanie w sytuacji, gdy klient przekroczy określony cel sprzedażowy w zdefiniowanym okresie. Cel ten może być związany ze wzrostem wolumenu zakupów lub z dokonywaniem zakupów (lub określonej ich części) wyłącznie u danego dostawcy lub dokonywaniem zakupów przekraczających określony próg, ustalony w oparciu o zapotrzebowanie klienta. Innymi słowy, rabat lojalnościowy to zniżka udzielana klientowi przez dostawcę jako nagroda za lojalność wobec tego dostawcy. Zobacz OECD Policy roundtables, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, DAF/COMP(2008)29, 2008, s. 97. Dokument dostępny na stronie internetowej pod adresem: <https://www.oecd.org/competition/abuse/41772877.pdf>.

35 Zaskarżony wyrok, pkt 80, 81.

36 Zobacz na przykład pkt 97 wyroku *Hoffmann-La Roche*.

37 Wyrok *Hoffmann-La Roche*, pkt 90.

„w przypadku przedsiębiorstwa zajmującego na rynku pozycję dominującą związanie nabywców [...] obowiązkiem lub obietnicą zaopatrywania się wyłącznie w tym przedsiębiorstwie w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. [102 TFUE], bez względu na to, czy to zobowiązanie zostało zaciągnięte bez dodatkowych zastrzeżeń, czy też w zamian za przyznanie rabatu”³⁸. Trybunał stwierdził następnie, że „to samo dotyczy sytuacji, w której takie przedsiębiorstwo, nie nakładając na nabywców formalnego obowiązku, stosuje, na mocy porozumień zawartych z tymi nabywcami albo jednostronnie, system rabatów lojalnościowych, to znaczy upustów przyznawanych pod warunkiem, że klient, niezależnie od wielkości swych zakupów, zaopatruje się celem pokrycia całości lub istotnej części swojego zapotrzebowania u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą”³⁹.

64. Poczyniwszy to istotne stwierdzenie, Trybunał nie wspominał o tym, czy przy ustalaniu tego, czy nadużycie pozycji dominującej wykazano w sposób wymagany prawem, należy rozpatrzyć wszystkie okoliczności danej sprawy.

65. Wobec tego nie powinien dziwić fakt, że Sąd doszedł do takich, a nie innych wniosków.

66. Należy jednak już w tym miejscu wskazać, że w wyroku Hoffmann-La Roche wniosek dotyczący niezgodności z prawem rabatów został jednak wyciągnięty w oparciu o pogłębioną analizę odnoszącą się, między innymi, do warunków przyznawania rabatów oraz zakresu tych praktyk na rynku⁴⁰. To powołując się na tę ocenę Trybunał orzekł, że rozpatrywane rabaty lojalnościowe miały w tamtym przypadku za cel zapobieżenie, poprzez przyznanie korzyści finansowej, zaopatrywaniu się klientów u konkurencyjnych producentów.

67. Jak słusznie wskazał Sąd⁴¹, po wydaniu wyroku Hoffmann-La Roche orzecznictwo skupiło się głównie na opracowywaniu kryteriów odpowiednich do ustalenia, czy dane przedsiębiorstwo dopuściło się nadużycia pozycji dominującej poprzez zastosowanie systemów rabatowych, które nie są bezpośrednio związane z warunkiem wyłącznego lub prawie wyłącznego zaopatrywania się u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą. Są to rabaty, które zgodnie z taksonomią zastosowaną w zaskarżonym wyroku należą do kategorii trzeciej.

68. W tym późniejszym orzecznictwie Trybunał stale powtarza stanowisko, mające źródło w wyroku Hoffmann-La Roche, dotyczące przyjętego w odniesieniu do rabatów lojalnościowych domniemania, zgodnie z którym co do zasady stanowią one nadużycie. Niemniej jednak, jak słusznie wskazało ACT podczas rozprawy, w praktyce przy ustalaniu, czy zarzucane zachowanie stanowi nadużycie pozycji dominującej w sposób sprzeczny z art. 102 TFUE Trybunał zawsze bierze pod uwagę „wszystkie okoliczności”.

69. W wyroku Michelin I, wydanym w sprawie dotyczącej rabatów celowych związanych z osiągnięciem celów sprzedażowych, Trybunał orzekł, że w przypadku systemu zniżek, który nie opiera się na zobowiązaniu do wyłączności lub zobowiązaniu do pokrywania określonej części zapotrzebowania u przedsiębiorstwa dominującego, konieczne jest rozpatrzenie wszystkich okoliczności⁴². W kolejnych sprawach dotyczących rabatów, których przyznanie nie zależy bezpośrednio od spełnienia warunku wyłączności, Trybunał orzekał, że przy ustalaniu, czy dane przedsiębiorstwo nadużyło swojej pozycji dominującej, użyteczne jest rozpatrzenie kryteriów i zasad udzielania zniżek oraz tego, czy, poprzez

38 Zobacz wyrok Hoffmann-La Roche, pkt 89.

39 Zobacz wyrok Hoffmann-La Roche, pkt 89.

40 Zobacz wyrok Hoffmann-La Roche, pkt 92 i nast.

41 Zaskarżony wyrok, w szczególności pkt 82, 83.

42 Zobacz wyrok Michelin I, pkt 73.

przyznanie korzyści nieopartej na żadnym mogącym ją uzasadnić świadczeniu gospodarczym, rabat ma na celu pozbawienie nabywcy możliwości wyboru źródeł zaopatrzenia lub ograniczenie jej, zamknięcie dostępu do rynku konkurentom lub umocnienie pozycji dominującej wskutek zakłócenia konkurencji⁴³.

70. Powtarzanie zasadniczego stanowiska w przedmiocie domniemania nadużycia to jednak, jak wynika z orzecznictwa Trybunału, nie to samo, co brak rozpatrzenia okoliczności konkretnej sprawy. W rzeczywistości zaskarżony wyrok stanowi jedną z niewielu spraw, w których przed stwierdzeniem, że przedsiębiorstwo dopuściło się nadużycia swojej pozycji dominującej, twierdzenie Trybunału z wyroku Hoffmann-La Roche zastosowano *dosłownie*, bez badania okoliczności sprawy⁴⁴. W celu uzasadnienia tego rygorystycznego podejścia do „rabatów za wyłączność” Sąd w zaskarżonym wyroku uznał, że rabaty przyznawane przez Intela oraz dokonywane przez tę spółkę wypłaty wiązały się z obowiązkiem zaopatrywania się na zasadzie wyłączności (w podobnym, lecz nie identycznym duchu jak w wyroku Hoffmann-La Roche, a to z uwagi na brak formalnego zobowiązania do zachowania wyłączności). Ta okoliczność umożliwiła dokonanie rozróżnienia pomiędzy niniejszą sprawą a tymi, o których mowa w punkcie poprzednim.

71. Na pierwszy rzut oka można by zatem z łatwością stwierdzić, że Sąd w zaskarżonym wyroku ograniczył się do potwierdzenia istniejącego orzecznictwa i zastosowania go do zachowania Intela.

72. Jednakże wniosek tego rodzaju pomijałby znaczenie, jakie ma zgodnie z tym samym orzecznictwem, kontekst prawny i gospodarczy danej sprawy.

ii) W przedmiocie uwzględnienia okoliczności danej sprawy jako sposobu na ustalenie prawdopodobnych skutków zarzucanego zachowania dla konkurencji

73. W tej części opinii wyjaśnię, dlaczego ustalanie tego, czy doszło do nadużycia pozycji dominującej nigdy nie odbywa się w oderwaniu od kontekstu danego zachowania: nawet w przypadku praktyk o rzekomo niezgodnym z prawem charakterze Trybunał konsekwentnie bada kontekst prawny i gospodarczy zarzucanego zachowania. W tym sensie ocena kontekstu badanego zachowania stanowi element niezbędny do tego, aby móc ustalić, że doszło do nadużycia pozycji dominującej. Nie jest to zaskakujący wniosek. Zachowanie będące przedmiotem kontroli musi – aby móc je objąć zakresem zakazu określonego w art. 102 TFUE – przynajmniej powodować wykluczenie konkurentów z rynku⁴⁵.

74. Nawet po pobieżnym zapoznaniu się z ww. sprawami (pkt 66–69) można stwierdzić, że w orzecznictwie, jeśli sąd Unii chce ustalić, czy przedsiębiorstwo dopuściło się nadużycia swojej pozycji dominującej, nie pomija on analizy kontekstu prawnego i gospodarczego danego zachowania – czy też, aby zastosować formułę, która, w sprawach objętych zakresem art. 102 TFUE, standardowo dotyczy „wszystkich okoliczności”. Dotyczy to zarówno rabatów związanych z warunkiem wyłączności, jak i innych rodzajów praktyk promujących lojalność.

43 Zobacz w szczególności wyroki: British Airways, pkt 67; Tomra, pkt 71.

44 Zobacz odnośnie do dwóch innych odosobnionych przypadków wyroki: z dnia 3 lipca 1991 r., AKZO/Komisja, C-62/86, EU:C:1991:286, pkt 149; z dnia 27 kwietnia 1994 r., Almelo, C-393/92, EU:C:1994:171, pkt 44. Należy jednak wskazać, że sposób, w jaki Trybunał potraktował obowiązek zaopatrywania się na zasadzie wyłączności w wyroku AKZO/Komisja należy rozpatrywać w kontekście licznych praktyk stanowiących nadużycie, jakie stosowała AKZO. Podobnie kateryczne twierdzenie Trybunału zawarte w wyroku Commune d'Amelo i in. stanowiło odpowiedź na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i charakteryzowało się oczywistymi ograniczeniami wynikającymi z okoliczności faktycznych sprawy.

45 Zobacz bardziej szczegółowo pkt 109 i nast. poniżej odnośnie do stopnia prawdopodobieństwa, jaki wymagany jest dla stwierdzenia, że określony rodzaj zachowania stanowi nadużycie.

75. W związku z powyższym, moim zdaniem, wykładnia wyroku Hoffmann-La Roche, jaką zastosował Sąd, pomija pewien istotny aspekt. W przeciwieństwie to twierdzeń przedstawionych w zaskarżonym wyroku⁴⁶, w wyroku Hoffmann-La Roche przedmiotem rozważań Trybunału był szereg okoliczności dotyczących prawnego i gospodarczego kontekstu udzielania rabatów w celu ustalenia, że przedsiębiorstwo, którego sprawa dotyczyła, dopuściło się nadużycia swojej pozycji dominującej. Niewątpliwie we wspomnianym wyroku Trybunał nie stwierdził wyraźnie, że przeprowadzenie tej analizy wszystkich okoliczności jest niezbędne dla ustalenia, czy zarzucane zachowanie ma charakter nadużycia pozycji dominującej. Jednakże, jak wspomniano wyżej (pkt 66), z pogłębionej analizy tego wyroku wynika, że Trybunał z godną uznania dbałością o szczegóły zbadał specyfikę rozpatrywanego rynku farmaceutycznego, zasięg rynkowy rabatów oraz warunki umów zawieranych pomiędzy przedsiębiorstwem zajmującym pozycję dominującą a jego klientami⁴⁷. To właśnie w oparciu o tę dokładną analizę prawnego i gospodarczego kontekstu udzielania rabatów, czyli warunków ich udzielania, ich zasięgu rynkowego oraz czasu trwania praktyk rabatowych, Trybunał doszedł do wniosku, że rabaty lojalnościowe są niezgodne z prawem, z zastrzeżeniem wyjątkowych okoliczności⁴⁸.

76. Jak uznał Sąd w zaskarżonym wyroku⁴⁹, oprócz wyroku Hoffmann-La Roche w orzecznictwie Trybunału odnoszącym się do systemów rabatowych (innych niż te oparte wyłącznie na wielkości sprzedaży) konsekwentnie i wyraźnie wskazywano na szczególne znaczenie, jakie miało to rozpatrzenie wszystkich okoliczności przy ustalaniu tego, czy zarzucane zachowanie ma charakter nadużycia pozycji dominującej z naruszeniem art. 102 TFUE⁵⁰. Takie stanowisko samo w sobie nie jest zaskakujące: nie jestem pewien, czy poza wyrokiem Hoffmann-La Roche Trybunał miał okazję zajmować się innymi sprawami dotyczącymi zobowiązań do wyłączności dostaw, które byłyby podobne do tych będących przedmiotem niniejszej sprawy. Nie dziwi więc, że po raz kolejny zwrócono uwagę na konieczność rozpatrzenia wszystkich okoliczności w orzeczeniu *Post Danmark II*, wydanym w trybie prejudycjalnym później niż zaskarżony wyrok i dotyczącym rabatów udzielanych z mocą wsteczną, których przyznanie nie wiąże się ze spełnieniem warunku zachowania wyłączności⁵¹.

77. Co jednak *implikuje* ocena „wszystkich okoliczności”?

78. W moim przekonaniu analiza „kontekstu” – czy też „wszystkich okoliczności” zgodnie z nomenklaturą stosowaną w orzecznictwie Trybunału – ma prosty, lecz istotny cel, jakim jest potwierdzenie ustalenia, że wykazano w sposób wystarczający pod względem prawnym, iż przedsiębiorstwo nadużyło swojej pozycji dominującej⁵². Nawet w przypadku pozornie oczywistego zachowania wykluczającego, takiego jak stosowanie cen poniżej kosztów, nie należy pomijać kontekstu⁵³. W przeciwnym wypadku takim ogólnym zakazem mogłoby zostać objęte zachowanie, które po prostu nie jest w stanie wywierać skutków ograniczających konkurencję. Istniałoby też ryzyko, że tego rodzaju ogólny zakaz skutkowałby wyłapywaniem i obejmowaniem sankcjami zachowań sprzyjających konkurencji.

79. Dlatego też kontekst ma istotne znaczenie.

46 Zaskarżony wyrok, pkt 81.

47 Wyrok Hoffmann-La Roche, pkt 82.

48 Wyrok Hoffmann-La Roche, pkt 90.

49 Zaskarżony wyrok, pkt 82–84.

50 Zobacz wyroki: *Michelin I*, pkt 73; *British Airways*, pkt 67; *Tomra*, pkt 71. Zobacz także wyrok z dnia 9 września 2010 r., *Tomra Systems i in./Komisja*, T-155/06, EU:T:2010:370, pkt 215.

51 Wyrok z dnia 6 października 2015 r., *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651 (zwany dalej „wyrokiem *Post Danmark II*”), pkt 68.

52 Zobacz pkt 168 i nast. poniżej.

53 Zobacz w tym względzie wyrok *Post Danmark I*, pkt 24.

iii) W przedmiocie twierdzenia, zgodnie z którym orzecznictwo wyodrębnia jedynie dwie kategorie rabatów

80. Dla celów stosowania art. 102 TFUE rabaty lojalnościowe stanowią – w moim przekonaniu – bliski odpowiednik ograniczenia konkurencji ze względu na cel na gruncie art. 101 TFUE. Powodem ku temu jest fakt, że przyjmuje się, iż rabaty lojalnościowe, podobnie jak ograniczenia ze względu na cel, są niezgodne z prawem. Jednakże, jak zasugerowano powyżej (pkt 61), poprzez rabaty lojalnościowe należy rozumieć zarówno te związane z warunkiem zaopatrywania się przez klienta celem pokrycia całości lub znacznej części swojego zapotrzebowania u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, jak również inne struktury cenowe uzależnione od realizacji przez klienta określonego celu.

81. W przeciwieństwie do stwierdzeń Sądu poczynionych w zaskarżonym wyroku, w orzecznictwie wyróżnia się *dwie, a nie trzy* kategorie rabatów. Z jednej strony niektóre rabaty są w dorozumiany zgodne z prawem – na przykład rabaty związane z wielkością zakupów⁵⁴. Jakikolwiek dochodzenie dotyczące (nie)zgodnego z prawem charakteru takich rabatów koniecznie wymaga pełnego zbadania rzeczywistych lub potencjalnych skutków, jakie rabaty te wywołują. Rabaty tego rodzaju nie są przedmiotem niniejszej sprawy.

82. Z drugiej strony w odniesieniu do rabatów lojalnościowych (co do których przyjmuje się domniemanie ich niezgodności z prawem), niezależnie od tego, czy ich przyznanie jest bezpośrednio związane ze spełnieniem warunku wyłączności, Trybunał stosuje podejście w pewien sposób podobne do tego przyjmowanego odnośnie do mechanizmu ograniczeń ze względu na cel na gruncie art. 101 TFUE. Wynika to z tego, że, także w myśl tego postanowienia, ustalając, czy określone zachowanie stanowi ograniczenie ze względu na cel, należy w pierwszej konieczności zbadać kontekst prawny i gospodarczy zarzucanego zachowania, aby w ten sposób wykluczyć jakiegokolwiek inne wiarygodne jego wytłumaczenie. Innymi słowy, nigdy nie należy pomijać szczególnego kontekstu zarzucanego zachowania.

83. Jak już wspomniano wyżej, w wyroku Hoffmann-La Roche Trybunał rzeczywiście rozpatrzył wszystkie okoliczności. Wymóg ten został następnie wyraźnie sformułowany przez Trybunał w wyroku Michelin I w odniesieniu do rabatów niezwiązanych bezpośrednio ze spełnieniem warunku wyłączności. W dalszej kolejności wymóg ten dopracowano w wyrokach wydanych w takich sprawach jak British Airways, Michelin II i Tomra. Analiza wszystkich okoliczności ma na celu ustalenie, czy nadużycie pozycji dominującej wykazano w sposób wystarczający pod względem prawnym oraz tego, czy w rezultacie rabaty te mogą wywoływać skutek w postaci antykonkurencyjnego wykluczenia.

84. Jednakże w zaskarżonym wyroku Sąd poszedł o krok dalej. Poprzez literalne zastosowanie stwierdzenia poczynionego przez Trybunał w wyroku Hoffmann-La Roche, bez osadzenia go w jego kontekście, wyróżnił on jeden podtyp rabatów lojalnościowych, spośród pozostałych rodzajów rabatów promujących lojalność, który określił mianem „rabatów za wyłączność”⁵⁵. Czyniąc to, Sąd utworzył „nadrzędną kategorię” rabatów, w odniesieniu do których nie ma wymogu przeprowadzania oceny wszystkich okoliczności, aby móc stwierdzić, że zarzucane zachowanie stanowi nadużycie pozycji dominującej z naruszeniem art. 102 TFUE. Co więcej, założenie co do naruszającego charakteru tych rabatów przyjęto w abstrakcji, wyłącznie w oparciu o ich formę.

85. Nie jest to w żadnym wypadku krok, który byłby oczywisty z punktu widzenia metodologii. Poniżej przedstawię cztery powody służące wyjaśnieniu tej kwestii.

54 Zobacz wyrok Hoffmann-La Roche, pkt 90. Zobacz także wyrok Michelin II, pkt 58.

55 Zaskarżony wyrok, pkt 92, 93. Ten podtyp rabatów lojalnościowych opisano jako „opcje za wyłączność” działające na zasadzie efektu dźwigni. N. Petit, Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU, *European Competition Journal*, vol. 11, issue 1, 2015, s. 26–28.

– *W przedmiocie niewzruszalności domniemania niezgodności z prawem ze względu na formę*

86. Po pierwsze, gdyby przyjąć, że „rabaty za wyłączność” stanowią osobną kategorię rabatów, którą należy odróżnić od innego rodzaju systemów rabatowych promujących lojalność, założenie, na podstawie którego przyjęto twierdzenie o ich niezgodnym z prawem charakteru nie mogłoby już zostać obalone⁵⁶. Powodem ku temu jest fakt, że zamiast opierać się na *skutkach* zachowania, zakaz tego rodzaju odnosi się do jego *formy*.

87. W rzeczywistości wydaje się, że w zaskarżonym wyroku za punkt wyjścia przyjęto twierdzenie, iż „rabat za wyłączność”, w sytuacji gdy oferowany jest przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, w żadnym wypadku nie może korzystnie wpływać na konkurencję. Wynika to, zdaniem Sądu, z tego, że już sam fakt zajmowania pozycji dominującej powoduje ograniczenie konkurencji⁵⁷. Takie stanowisko jest równoznaczne z zanegowaniem możliwości, którą przyjęto już w wyroku Hoffmann-La Roche⁵⁸, a następnie powtórnie uwzględniono w zaskarżonym wyroku⁵⁹, powołania się na obiektywne (sprzyjające konkurencji) uzasadnienie dla stosowania danych rabatów.

88. W przeciwieństwie do tego, co sugerowała Komisja podczas rozprawy, nie istnieją żadne względy związane z efektywnością czy też innego rodzaju, które mogłyby umożliwić przedsiębiorstwu uzasadnienie zastosowania „rabatów za wyłączność” w przypadku, gdy zakaz dotyczy formy, a nie skutków⁶⁰. Niezależnie bowiem od skutków, forma pozostaje ta sama. Jest to problematyczne. Jak słusznie wskazał Sąd w zaskarżonym wyroku⁶¹, a sama Komisja przyznała w swoich pismach, przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą powinno mieć możliwość przedstawienia uzasadnienia zastosowania systemu rabatów poprzez dostarczenie dowodu na to, że skutek w postaci wykluczenia mogą zrównoważyć, czy też przeważać korzyści związane ze zwiększeniem efektywności⁶².

– *W przedmiocie twierdzenia, zgodnie z którym rabaty lojalnościowe nie zawsze są szkodliwe dla konkurencji*

89. Po drugie, tworzenie „nadrzędnej kategorii” rabatów jest uzasadnione wyłącznie wówczas, gdy uznaje się, że brak jest im cech mogących kompensować praktyki związane z wymogiem wyłączności, bez względu na indywidualne okoliczności danej sprawy. Paradoksalnie jednak sam Sąd przyznał, że warunki wyłączności mogą wywoływać także korzystne skutki. Odrzucił on jednak wszelkie argumenty przemawiające za koniecznością zbadania tych skutków z tego względu, że, z uwagi na zajmowaną przez przedsiębiorstwo na rynku pozycję dominującą, konkurencja jest już w sposób niepodważalny ograniczona⁶³.

56 Zobacz zaskarżony wyrok, pkt 94.

57 Zobacz zaskarżony wyrok, pkt 89.

58 Zobacz wyrok Hoffmann-La Roche, pkt 89.

59 Zobacz twierdzenie w pkt 81 zaskarżonego wyroku.

60 Zaskarżony wyrok, pkt 89.

61 Zaskarżony wyrok, pkt 81.

62 Zobacz wyroki: British Airways, pkt 85, 86 i przytoczone tam orzecznictwo; Post Danmark I, pkt 40, 41 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także wyrok Hoffmann-La Roche, pkt 90. W wyroku tym Trybunał zauważył, że przedsiębiorstwo mogłoby także uzasadnić stosowanie rabatów w sytuacji, gdy, w wyjątkowych okolicznościach, umowa zawarta pomiędzy przedsiębiorstwami objęta jest zakresem wyjątku przewidzianego w art. 101 ust. 3 TFUE.

63 Zaskarżony wyrok, pkt 89–94.

90. Z doświadczenia i analizy gospodarczej nie wynika jednoznacznie, że rabaty lojalnościowe mają, co do zasady, szkodliwy lub antykonkurencyjny charakter, nawet jeżeli oferowane są przez przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą⁶⁴. Wynika to z tego, że rabaty te stymulują rywalizację, samą istotę konkurencji.

91. Prawdą jest jednak, że największe wątpliwości odnośnie do konkurencji powstają w sytuacji gdy klienci przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą muszą nabywać określony odsetek produktów tego przedsiębiorstwa lub gdy rabat wiąże się z warunkiem, że klient będzie zaopatrywał się – celem pokrycia całości (lub znacznej części swojego zapotrzebowania) – u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą. Okoliczność tę można by uznać za argument przemawiający za bardziej rygorystycznym traktowaniem „rabatów za wyłączność”. Niemniej jednak inne rodzaje rabatów mogą wywoływać podobny skutek zakłócający. Dzieje się tak nawet wówczas, gdy system nie jest wyraźnie związany z wyłącznością⁶⁵.

92. Jak bowiem wyraźnie wskazuje orzecznictwo, mechanizm zwiększający lojalność może przybierać różne formy. Tak jak w przypadku wyroków Hoffmann-La Roche⁶⁶ i Tomra⁶⁷, mechanizm promujący lojalność może być nierozzerwalnie związany z wymogiem zaopatrywania się przez klienta u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą – w celu pokrycia całości lub znacznej części zapotrzebowania. Może on także przybrać formę zindywidualizowanych celów sprzedażowych⁶⁸ lub premii⁶⁹, których stosowanie nie musi wiązać się z określoną częścią zapotrzebowania czy wolumenu sprzedaży.

93. Patrząc z tej perspektywy, nie istnieje obiektywny powód, dla którego rabaty należące do kategorii drugiej miałyby być traktowane w sposób bardziej restrykcyjny, niż te należące do kategorii trzeciej.

– *W przedmiocie twierdzenia, zgodnie z którym skutki rabatów lojalnościowych są zależne od kontekstu*

94. Po trzecie, we współczesnej literaturze ekonomicznej powszechnie podkreśla się, że skutki wyłączności są zależne od kontekstu⁷⁰. Niewielu natomiast komentatorów zaprzeczy temu, że rabaty lojalnościowe w szczególności mogą – w zależności od okoliczności – wywoływać antykonkurencyjny skutek w postaci wykluczenia.

95. Świadomość tej kontekstowości może także pomóc w wyjaśnieniu powodów, dla których Trybunał w ostatnim orzecznictwie mającym za przedmiot art. 102 TFUE podkreślał znaczenie rozpatrzenia wszystkich okoliczności. Taki wniosek wysnuł, między innymi, w wyroku Tomra. To prawda, jak zauważył Sąd⁷¹, że rabaty analizowane w toku postępowania odwoławczego w sprawie Tomra dotyczyły zindywidualizowanych rabatów udzielanych z mocą wsteczną, czyli rabatów należących, zgodnie z taksonomią zastosowaną w zaskarżonym wyroku, do kategorii trzeciej. Jednakże w wyroku Tomra Trybunał nie dokonał wyraźnego rozróżnienia pomiędzy rabatami należącymi do kategorii drugiej i trzeciej. Zauważył po prostu, że w przypadku, gdy przyznanie rabatu wiąże się ze spełnieniem

64 OECD Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, op.cit., s. 9, 21. Zobacz także, odnośnie do rabatów warunkowych, Wytoczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. [art. 102 TFUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz.U. 2009, C 45, s. 7), pkt 37. Komisja zauważa, że rabaty tego rodzaju mogą być stosowane w celu pobudzenia większego popytu, a jako takie mogą stymulować popyt i przynosić korzyści konsumentom. Zobacz także D. Neven, A structured assessment of rebates contingent on exclusivity, *Competition Law & Policy Debate*, vol. 1, issue 1, 2015, s. 86.

65 OECD Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, op.cit., s. 9.

66 Wyrok Hoffmann-La Roche, pkt 89.

67 Wyrok Tomra, pkt 70.

68 Zobacz wyrok Michelin I, pkt 72.

69 Zobacz wyrok British Airways, pkt 75.

70 Zobacz na przykład D. Neven, op.cit., s. 39. Wykluczenie zależy, między innymi, od sprzedaży niepodważalnej, siły zachęt oferowanych w związku z wymogiem wyłączności odnośnie do sprzedaży niepodważalnej, wymiaru konkurencji między nabywcami, znaczenia ekonomii skali oraz od tego, czy rabaty skierowane są do nabywców, którzy konkurują z firmami dokonującymi zakupów u rywali.

71 Zaskarżony wyrok, pkt 97.

warunku zaopatrywania się przez klienta – celem pokrycia całości lub znacznej części swojego zapotrzebowania – u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, celem ustalenia, czy zarzucane zachowanie stanowi nadużycie pozycji dominującej, należy zbadać wszystkie okoliczności danej sprawy⁷².

96. Strony wysunęły przeciwstawne wnioski z tego stwierdzenia Trybunału: obydwie zgadzają się, że ostatecznie i definitywnie rozwiązuje ono spór odnośnie do kryterium prawnego, które należy zastosować w przypadku „rabatów za wyłączność”. Niemniej jednak nadal nie ma między nimi zgody co do tego, czego kryterium to winno dotyczyć.

97. Moim zdaniem stwierdzenie Trybunału sformułowane w wyroku Tomra nie jest użyteczne w niniejszej sprawie. Jak świadczy o tym diametralnie różna wykładnia zastosowana przez strony, język, jakim w rzeczonym wyroku opisano typ rabatów, w których przypadku należy przeprowadzać analizę wszystkich okoliczności, jest zwyczajnie zbyt niejednoznaczny.

98. Pozostaje raczej zadać sobie pytanie, czy rozróżnienie, jakiego dokonał Sąd w zaskarżonym wyroku pomiędzy wyrokiem Tomra a wyrokiem Hoffmann-La Roche jest uzasadnione. Pragnę w tym względzie zwrócić uwagę na dwie kwestie.

99. Z jednej strony, podobnie jak w wyroku Tomra, rabaty analizowane w wyroku Hoffmann-La Roche posiadały pewne cechy zindywidualizowanych rabatów udzielanych z mocą wsteczną. W rzeczywistości w szeregu przeanalizowanych w wyroku Hoffmann-La Roche umów zawarto nie tylko klauzulę rabatową wiążącą się z wymogiem pokrywania większości zapotrzebowania przez nabywcę. Włączono do nich także klauzule rabatowe przewidujące zniżkę, której wartość procentowa miała wzrastać w zależności od tego, czy spełniono warunek pokrywania określonego odsetka szacowanego zapotrzebowania nabywcy w okresie odniesienia⁷³. Z drugiej strony nawet przy założeniu – moim zdaniem *błędnym* – że przyjęcie tego rozróżnienia byłoby uzasadnione z uwagi na rzekomo samoistną różnicę pomiędzy rabatami rozpatrywanymi w obu tych sprawach, Trybunał w żadnym wypadku nie pominął kontekstu rabatów będących przedmiotem sporu w sprawie Hoffmann-La Roche. Dlaczego miałby go pominąć w wyroku Tomra, wydanym ponad trzy dekady później?

100. Różnica pomiędzy rabatami będącymi przedmiotem sporu w sprawach Tomra i Hoffmann-La Roche może co najwyżej dotyczyć ich wielkości niż rodzaju. Do takiego samego wniosku można dojść w odniesieniu do wyroku Post Danmark II wydanego w sprawie, w której potwierdzono ostatnio znaczenie kontekstu oraz wszystkich okoliczności przy ustalaniu tego, czy zarzucane zachowanie stanowi nadużycie pozycji dominującej⁷⁴.

– *W przedmiocie konieczności badania wszystkich okoliczności w odniesieniu do praktyk powiązanych*

101. Wreszcie, po czwarte, orzecznictwo dotyczące praktyk cenowych i praktyk w zakresie zaniżania marż ustanawia, jak słusznie wskazuje wnosząca odwołanie, wymóg badania wszystkich okoliczności przy ustalaniu tego, czy dane przedsiębiorstwo dopuściło się nadużycia swojej pozycji dominującej⁷⁵.

102. Sąd nie uznał tego orzecznictwa za istotne z tego względu, że, w przeciwieństwie do zachęt do wyłącznego zaopatrywania się, konkretnej ceny jako takiej nie można samej w sobie uznać za nadużycie⁷⁶. Niemniej jednak w zaskarżonym wyroku rabaty przyznane przez Intela uznano za antykonkurencyjne ze względu na cenę⁷⁷. Moim zdaniem odmowa przypisania temu orzecznictwu

72 Zobacz wyrok Tomra, pkt 70 i 71, wraz z odesłaniem do wyroku Michelin I, pkt 71, 73.

73 Wyrok Hoffmann-La Roche, pkt 97.

74 Wyrok Post Danmark II, pkt 68.

75 Zobacz wyroki: Deutsche Telekom, pkt 175; TeliaSonera, pkt 76; Post Danmark I, pkt 26.

76 Zaskarżony wyrok, pkt 99.

77 Zaskarżony wyrok, pkt 93.

istotnego znaczenia jest problematyczna, ponieważ skutkuje wprowadzeniem nieuzasadnionego rozróżnienia pomiędzy poszczególnymi rodzajami praktyk cenowych. Rabaty lojalnościowe, praktyki w zakresie zaniżania marż oraz drapieżna polityka cenowa mają bowiem wspólną właściwość tworzenia „wykluczenia ze względu na cenę”⁷⁸.

103. Oczywiście jest, że sprawą niezwykle istotną jest to, aby kryterium prawne zastosowane w odniesieniu do jednej kategorii zachowań było spójne z tymi zastosowanymi w odniesieniu do porównywalnych praktyk. Rzetelna i spójna kwalifikacja prawna przynosi korzyści nie tylko przedsiębiorstwom z uwagi na zwiększoną pewność prawa, lecz także wspiera organy ochrony konkurencji w egzekwowaniu prawa konkurencji. Arbitralna kwalifikacja nie rodzi takich skutków.

104. Trybunał wydaje się przychylić do takiego stanowiska. Ostatnio w wyroku *Post Danmark II* powołał się on na orzecznictwo odnoszące się do praktyk cenowych i praktyk w zakresie zaniżania marż w celu uzasadnienia swoich wniosków w przedmiocie systemu rabatów oferowanego przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą⁷⁹. Prawdą jest jednak, że wyrok *Post Danmark II* można by także postrzegać jako wyrażający poparcie dla stanowiska, zgodnie z którym, jeżeli chodzi o „rabaty za wyłączność”, poddawanie ocenie wszystkich okoliczności może nie być konieczne⁸⁰. Powodem ku temu mógłby być fakt, że w tej sprawie Trybunał dokonał rozróżnienia pomiędzy rozpatrywanymi przezeń rabatami a tymi wiążącymi się ze zobowiązaniem do zachowania wyłączności, stając następnie na stanowisku, że, aby ustalić, czy przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą nadużyło tej pozycji, należy poddać ocenie wszystkie okoliczności. Rabaty udzielane z mocą wsteczną analizowane przez Trybunał w tej sprawie mogą bowiem co najwyżej przypominać te, które w zaskarżonym wyroku uznano za promujące lojalność rabaty należące do kategorii trzeciej⁸¹.

105. Jak wyjaśniono powyżej, tego rodzaju rozróżnienie jest pozbawione znaczenia (mając na uwadze, że różnica tkwi w formie, a nie w skutkach). Niemniej jednak, co bardziej istotne, taki sposób odczytywania wspomnianego wyroku stałby w sprzeczności z podejściem przyjętym przez Trybunał – orzekający w wielkiej izbie – w wyroku *Post Danmark I*, w którym stwierdził, że jeżeli chodzi o praktyki cenowe, należy poddać ocenie wszystkie okoliczności⁸². Rzeczywiście znamienne jest to, że w innym miejscu w wyroku *Post Danmark II* – nie czyniąc rozróżnienia pomiędzy poszczególnymi systemami rabatowymi – Trybunał powtórzył, że „oceny tego, czy dany system rabatowy jest w stanie ograniczyć konkurencję, należy dokonywać z uwzględnieniem wszystkich istotnych okoliczności sprawy”⁸³. Z pewnością ma to na celu zapewnienie spójnego podejścia orzecznictwa do oceny zachowania objętego zakresem art. 102 TFUE.

iv) Wnioski pośrednie

106. Mając na uwadze powyższe, „rabatów za wyłączność” nie należy postrzegać jako odrębnej i unikalnej kategorii rabatów, w przypadku której, celem ustalenia, czy zarzucane zachowanie stanowi nadużycie pozycji dominującej, nie ma potrzeby poddawania ocenie wszystkich okoliczności danej sprawy. W związku z tym w moim przekonaniu Sąd naruszył prawo, uznając, że „rabaty za wyłączność” można zakwalifikować jako stanowiące nadużycie bez przeprowadzania analizy tego, czy rabaty te są w stanie ograniczać konkurencję w zależności od okoliczności sprawy.

78 Dokument DG ds. Konkurencji pt. „Discussion paper on the application of Article [102 TFUE] to exclusionary abuses”, 2005, s. 23. Dokument dostępny na stronie internetowej: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Zobacz także OECD Policy roundtables, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, op.cit., s. 26. Także w tym dokumencie uznano rabaty za jedną z form praktyki cenowej.

79 Wyrok *Post Danmark II*, pkt 55 dotyczący testu AEC i przytoczone tam orzecznictwo.

80 Wyrok *Post Danmark II*, pkt 27–29.

81 Wyrok *Post Danmark II*, pkt 23–25.

82 Wyrok *Post Danmark II*, pkt 26.

83 Wyrok *Post Danmark II*, pkt 68.

107. Jednocześnie Sąd w dalszej części zaskarżonego wyroku dokonał, tytułem uzupełnienia, szczegółowej analizy tego, czy rabaty i wypłaty oferowanych przez wnoszącą odwołanie są w stanie ograniczać konkurencji. Innymi słowy, Sąd zbadał „wszystkie okoliczności”. Z tego względu przedstawiony w punkcie poprzednim wniosek o naruszeniu prawa, jakiego dopuścił się Sąd, nie musi powodować uchylecia zaskarżonego wyroku. Przeciwnie, taki wniosek można będzie wyciągnąć wyłącznie pod warunkiem, że okaże się, iż w dokonana tytułem uzupełnienia ocenie Sąd dopuścił się naruszenia prawa.

108. Należy zatem przejść do omówienia wspomnianej oceny dokonanej tytułem uzupełnienia.

b) W przedmiocie dokonanej przez Sąd tytułem uzupełnienia oceny zdolności do ograniczenia konkurencji

109. Wnosząca odwołanie podnosi w istocie szereg argumentów kwestionujących ocenę dokonaną przez Sąd tytułem uzupełnienia. Po pierwsze, wskazuje ona, że Sąd naruszył prawo, potwierdzając twierdzenie Komisji dotyczące nadużycia bez poddania przy tym ocenie prawdopodobieństwa wystąpienia skutków antykonkurencyjnych. Po drugie, czynniki, które Sąd wziął pod uwagę, były zdaniem wnoszącej odwołanie albo pozbawione znaczenia, albo ocenione w błędny sposób. Po trzecie, Sąd miał dokonać błędnej oceny szeregu innych czynników niezbędnych dla stwierdzenia nadużycia.

110. Komisja utrzymuje, że nie istnieje wyższy próg „prawdopodobieństwa”, jaki należy osiągnąć (w porównaniu do normy w zakresie „zdolności”), aby móc ustalić, iż doszło do nadużycia pozycji dominującej: sama zdolność do ograniczania konkurencji jest już wystarczająca. Zdaniem Komisji za pomocą argumentów przedstawionych przez wnoszącą odwołanie nie można zakwestionować przedstawionych w zaskarżonym wyroku twierdzeń w przedmiocie tego, czy zachowanie Intela było w stanie ograniczać konkurencję.

111. Poprzez swoje argumenty wnosząca odwołanie kwestionuje kryterium prawne zastosowane w zaskarżonym wyroku w celu określenia, czy zarzucane zachowanie charakteryzowało się zdolnością do ograniczenia konkurencji. Po pierwsze: Jaki stopień prawdopodobieństwa wymagany jest przy ocenie tej zdolności? Po drugie: Jakie istotne okoliczności należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu, czy dane zachowanie jest w stanie ograniczyć konkurencję? W dalszej części omówię po kolei obie te kwestie.

i) Zdolność lub prawdopodobieństwo

112. Wnosząca odwołanie podnosi, że Sąd naruszył prawo potwierdzając stwierdzenie przez Komisję nadużycia bez przeanalizowania prawdopodobieństwa wystąpienia spowodowanej spornym zachowaniem szkody o charakterze antykonkurencyjnym.

113. W swojej dokonanej tytułem uzupełnienia ocenie Sąd wyjaśnił, że Komisja może ograniczyć się do stwierdzenia, że badane zachowanie było w stanie ograniczyć konkurencję. Wskazał ponadto, że Komisja nie ma obowiązku udowodnienia, że faktycznie doszło do wywołania skutku w postaci wykluczenia, nawet jeśli poddała ocenie wszystkie okoliczności⁸⁴.

114. Rzeczywiście nie ma konieczności przedstawiania dowodów na wystąpienie faktycznych skutków. Wynika to z tego, że w przypadku zachowania, co do którego istnieje domniemanie jego bezprawnego charakteru, wystarczy, iż ma ono zdolność do ograniczania konkurencji. Jest jednak ważne, aby zdolność ta nie była jedynie hipotetyczna czy teoretycznie możliwa. W przeciwnym wypadku nie byłoby nawet potrzeby przeprowadzania badania wszystkich okoliczności danej sprawy.

⁸⁴ Zaskarżony wyrok, pkt 177. W przeciwnym razie bowiem organy ochrony konkurencji mogłyby interweniować wyłącznie w sytuacji, gdy podejrzewanemu nadużyciu wywołało skutek w postaci antykonkurencyjnego wykluczenia.

115. To prawda, że w orzecznictwie zauważyć można pewne rozbieżności odnośnie do zastosowanej terminologii. Orzecznictwo używa czasem pojęć zdolności i prawdopodobieństwa zamiennie⁸⁵. W moim rozumieniu terminy te oznaczają jeden i ten sam obowiązkowy etap analizy zmierzającej do ustalenia, czy zastosowanie rabatów lojalnościowych stanowi nadużycie pozycji dominującej.

116. Jaki jest jednak wymagany stopień prawdopodobieństwa wystąpienia antykonkurencyjnego wykluczenia? Kwestia ta stanowi sedno zaistniałego pomiędzy wnoszącą odwołanie a Komisją sporu w przedmiocie odpowiedniości oceny zdolności dokonanej przez Sąd: podczas gdy Komisja uważa, że ocena była odpowiednia, Intel podnosi, że Sąd nie sprawdził tego, czy zachowanie wnoszącej odwołanie mogło, przy uwzględnieniu okoliczności sprawy, ograniczać konkurencję.

117. Ocena zdolności ma na celu określenie, czy, według wszelkiego prawdopodobieństwa, zarzucane zachowanie wywołuje antykonkurencyjny skutek w postaci wykluczenia. Z tego względu prawdopodobieństwo to musi być znacznie większe niż sama tylko możliwość ograniczenia konkurencji przez określone zachowanie⁸⁶. Z kolei okoliczność, że wystąpienie skutku w postaci wykluczenia wydaje się bardziej prawdopodobne niż jego brak nie jest sama w sobie wystarczająca⁸⁷.

118. Chociaż z pewnością prawdą jest, że Trybunał konsekwentnie podkreśla w swoim orzecznictwie szczególną odpowiedzialność spoczywającą na przedsiębiorstwach zajmujących pozycję dominującą, odpowiedzialności tej nie należy jednak rozumieć w ten sposób, że próg dla zastosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej określonego w art. 102 TFUE można obniżać tak bardzo, aż przestaje on mieć praktycznie rację bytu. Taka sytuacja miałaby miejsce wówczas, gdy stopień prawdopodobieństwa wymagany w celu ustalenia, że zarzucane zachowanie stanowi nadużycie pozycji dominującej, był niczym więcej, jak tylko teoretyczną możliwością wystąpienia skutku w postaci wykluczenia, jak wydaje się sugerować Komisja. Gdyby przyjąć tak niski stopień prawdopodobieństwa, trzeba by przyjąć, że przewidzianym w prawie konkurencji Unii sankcjom podlega forma danych praktyk, a nie – ich antykonkurencyjne skutki.

119. Oczywiście jest, że taki stan rzeczy spowodowałby znaczne utrudnienia w osiągnięciu celów realizowanych przez prawo konkurencji Unii. Zakładanie istnienia nadużycia ostatecznie na tej podstawie, że wystąpienie antykonkurencyjnego wykluczenia wydaje się bardziej prawdopodobne niż jego brak, wiąże się z ryzykiem wychwycenia nie tylko odosobnionych przypadków praktyk stanowiących nadużycie, lecz także znaczącej liczby praktyk, które mogą, w rzeczywistości, wywoływać pozytywne skutki z punktu widzenia konkurencji. Koszty poniesione w wyniku błędów wynikających z zastosowania takiego podejścia byłyby niewspółmiernie wysokie z powodu objęcia zakazem nadmiernej liczby przypadków.

120. W celu uniknięcia objęcia zakazem nadmiernej liczby przypadków, ocenę zdolności, jako odnoszącą się do zachowania o rzekomo niezgodnym z prawem charakterze, należy rozumieć jako pozwalającą określić, że dane zachowanie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności, nie tylko wywołuje ambiwalentne skutki na rynku czy też powoduje jedynie dodatkowe skutki ograniczające konieczne dla wykonania czynności o charakterze prokonkurencyjnym, lecz że jego domniemane skutki ograniczające znajdują potwierdzenie w rzeczywistości. W braku tego rodzaju potwierdzenia należy dokonać zaś przeprowadzić pełną analizę.

85 Zobacz wyrok Post Danmark II, pkt 68, 69 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz z drugiej strony wyrok Tomra, pkt 68. W tamtej sprawie Trybunał zauważył, że, aby dowieść nadużycia pozycji dominującej, wystarczy wykazać, iż stanowiące nadużycie zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą *zmierza do* ograniczenia konkurencji lub *może* mieć taki skutek.

86 Zobacz ostatnio wyroki: Post Danmark II, pkt 69; Post Danmark I, pkt 44.

87 Zobacz jednak opinię rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:343, pkt 82.

121. W związku z powyższym powstaje pytanie, czy ocena zdolności, jakiej dokonał Sąd, jest rozstrzygająca ze względu na to, iż można na niej oprzeć twierdzenie, zgodnie z którym wnosząca odwołanie nadużyła swojej pozycji dominującej z naruszeniem art. 102 TFUE. W szczególności należy określić, czy, zgodnie z wymogami zawartymi w orzecznictwie, ocena ta może służyć potwierdzeniu, że rabaty mają na celu pozbawienie klienta możliwości wyboru źródeł zaopatrzenia lub jej ograniczenie, zamknięcie dostępu do rynku konkurentom lub umocnienie pozycji dominującej wskutek zakłócenia konkurencji⁸⁸.

ii) Czynniki przyjęte przez Sąd jako podstawa wyciągniętego wniosku w przedmiocie istnienia nadużycia

122. W zaskarżonym wyroku Sąd oparł swe twierdzenie, zgodnie z którym rabaty i wypłaty oferowanych przez wnoszącą odwołanie mogą ograniczać konkurencję, na następujących czynnikach: i) wnosząca odwołanie była nieodzownym partnerem handlowym dla zainteresowanych klientów; ii) niskie marże operacyjne OEM powodowały, że rabaty były atrakcyjne i wzmacniały zachętę do spełniania przez nie warunku wyłączności; iii) rabaty wnoszącej odwołanie były przez jej klientów uwzględniane przy podejmowaniu decyzji o zaopatrywaniu się celem pokrycia całego lub prawie całego ich zapotrzebowania u tej spółki; iv) dwie różne praktyki stosowane przez wnoszącą odwołanie były wzajemnie komplementarne i wzajemnie się wzmacniały; v) wnosząca odwołanie kierowała ofertę do przedsiębiorstw o szczególnym znaczeniu strategicznym pod względem dostępu do rynku, i wreszcie vi) rabaty wnoszącej odwołanie stanowiły element długoterminowej strategii zmierzającej do uniemożliwienia AMD dostępu do najważniejszych kanałów sprzedaży⁸⁹.

123. Zdaniem Intela opierając się na wspomnianych czynnikach nie można wykazania w sposób wystarczający pod względem prawnym, że oferowane przez nią rabaty i dokonywane wypłaty posiadały były w stanie wywołać antykonkurencyjnego skutku w postaci wykluczenia. Ujmując rzecz bardziej szczegółowo, wnosząca odwołanie twierdzi, że czynniki, na których opierał się Sąd, sprowadzają się do dwóch kwestii: uwzględnienia przez OEM rabatów Intela z uwagi na ich atrakcyjność, oraz zastosowania przez Intela dwóch uzupełniających się naruszeń w celu wykluczenia AMD z grona najważniejszych klientów.

124. Po pierwsze zatem, wnosząca odwołanie podaje w wątpliwość znaczenie okoliczności polegającej na tym, że rozpatrywane rabaty i wypłaty zostały rzeczywiście uwzględnione przy podejmowaniu decyzji handlowych przez ich beneficjentów⁹⁰.

125. Zgadzam się z nią.

126. Atrakcyjna oferta, która przekłada się na zachęty finansowe do pozostania przy przedstawiającym tę ofertę dostawcy, może skutkować promowaniem lojalności na poziomie klienta indywidualnego. Nie jest to jednak element użyteczny dla potrzeb ustalenia tego, czy rabaty wywołują prawdopodobny antykonkurencyjny skutek w postaci wykluczenia. Jak bowiem słusznie zauważa wnosząca odwołanie, uwzględnianie przez klientów przy podejmowaniu decyzji zakupowych niższych cen stanowi sedno konkurencji. Patrząc z innej perspektywy, fakt, że niższa cena jest rzeczywiście brana pod uwagę, czyni skutek w postaci wykluczenia prawdopodobnym, ale z drugiej strony sytuacja odwrotna nie jest niemożliwa. Innymi słowy, czynnik ten jest po prostu nierozstrzygający dla celów wykazania w sposób wystarczający pod względem prawnym, że zarzucane zachowanie może, z wystarczającą dozą prawdopodobieństwa, ograniczać konkurencję.

⁸⁸ Zobacz wyrok Michelin I, pkt 73. Zobacz także wyrok Post Danmark II, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁸⁹ Zaskarżony wyrok, pkt 178–184.

⁹⁰ Zaskarżony wyrok, pkt 180.

127. Po drugie, wnosząca odwołanie twierdzi, że istnienie ogólnej strategii obejmującej dwa rodzaje naruszeń [z jednej strony rabaty i płatności, a z drugiej strony bezpodstawne ograniczenia (naked restrictions)], co do których uznano, że uzupełniają się i wzajemnie się wzmacniają, nie może służyć ustaleniu takiej antykonkurencyjnej zdolności⁹¹.

128. Chociaż strategia mająca na celu wykluczenie może być z pewnością uznana za przesłankę istnienia subiektywnego zamiaru wykluczenia z rynku konkurentów, sama chęć, aby to uczynić, nie przekłada się na zdolność do ograniczania konkurencji. Z toku rozumowania przyjętego przez Sąd można jednak wysnuć wniosek, że mamy do czynienia z problemem bardziej zasadniczym. W istocie z dokładniejszej analizy zaskarżonego wyroku wynika, że Sąd odwrócił kota ogonem: powołał się na istnienie ogólnej strategii opartej na dwóch rodzajach uzupełniających się naruszeń w celu ustalenia zdolności zarzucanego zachowania do ograniczania konkurencji. Czyniąc to, Sąd oparł swój tok rozumowania na założeniu, że rozpatrywana strategia stanowiła nadużycie, zamiast rozpocząć od oceny wszystkich okoliczności w celu sprawdzenia, czy istnienie naruszenia dowiedziono w sposób wystarczający pod względem prawnym.

129. Po przeprowadzeniu analizy dwóch wspomnianych zarzutów szczególnych, przejdę teraz do zbadania przedstawionego przez wnoszącą odwołanie bardziej ogólnego zarzutu dotyczącego oceny zdolności. Wnosząca odwołanie twierdzi, że czynniki, które uznano za istotne, nie są wystarczające do określenia tego, czy zarzucane zachowanie może powodować antykonkurencyjne wykluczenie. W szczególności podnosi ona, że Sąd dokonując tego rodzaju oceny nie przypisał znaczenia innym czynnikom o zasadniczym znaczeniu.

130. Pragnę przypomnieć, że ocena wszystkich okoliczności ma na celu określenie, czy zarzucane zachowanie niesie ze sobą, według wszelkiego prawdopodobieństwa, skutek w postaci wykluczenia. Mając powyższe na uwadze, należy udzielić odpowiedzi na następujące pytanie: czy ustalenia poczynione w zaskarżonym wyroku – zgodnie z którymi Intel był nieodzownym partnerem handlowym oraz, że sporne rabaty i wypłaty kierowane były do przedsiębiorstw o szczególnym znaczeniu strategicznym pod względem dostępu do rynku – były pod względem prawnym wystarczające do tego, aby wykazać odpowiedzialność Intela? Odpowiedź na to pytanie zależy od tego, czy za pomocą okoliczności uznanych przez Intela za kluczowe, a przez Sąd – za pozbawione znaczenia, można zakwestionować domniemanie antykonkurencyjnego charakteru zachowania Intela.

131. Omówię to zagadnienie w dalszej kolejności.

iii) Inne okoliczności

132. Wnosząca odwołanie podnosi, że Sąd w swojej analizie okoliczności sprawy popełnił błąd z uwagi na nieuwzględnienie następujących okoliczności: i) niewystarczającego zasięgu rynkowego spornych rabatów i wypłat; ii) krótkiego czasu obowiązywania spornych rabatów; iii) wyników rynkowych konkurenta i spadających cen; oraz iv) zastosowanego przez Komisję kryterium równie skutecznego konkurenta (testu AEC).

133. Komisja ze swojej strony uważa, że w zaskarżonym wyroku wykazano w sposób wystarczający pod względem prawnym to, iż rabaty i wypłaty oferowane przez Intela były w stanie wywołać skutek w postaci antykonkurencyjnego wykluczenia z rynku. Te niezakwestionowane okoliczności stanowią wystarczające postawy do wyciągnięcia wniosku, zgodnie z którym rabaty i wypłaty oferowane przez Intela były w stanie ograniczać konkurencję.

134. Nie zgadzam się z Komisją.

⁹¹ Zaskarżony wyrok, pkt 181.

135. Jak już wyjaśniono, podobnie jak przy uproszczonym stosowaniu reguł konkurencji w przypadku ograniczeń ze względu na cel w myśl art. 101 TFUE, ocena wszystkich okoliczności na gruncie art. 102 TFUE obejmuje badanie kontekstu zarzucanego zachowania w celu określenia, czy możliwe jest potwierdzenie wystąpienia skutku antykonkurencyjnego. Jeżeli jakiegokolwiek zbadane w ten sposób okoliczności podają w wątpliwość antykonkurencyjny charakter zachowania, należy przeprowadzić dokładniejszą analizę jego skutków.

136. Jak wyjaśnię poniżej, ta ocena wszystkich okoliczności powinna była doprowadzić Sąd do wniosku, że, aby móc ustalić, czy zarzucane zachowanie stanowiło nadużycie pozycji dominującej z naruszeniem art. 102 TFUE, należało przeprowadzić analizę rzeczywistych i potencjalnych skutków tego zachowania.

– W przedmiocie pokrycia rynku

137. Wnosząca odwołanie podnosi, że badanie prawdopodobnego skutku dla konkurencji musi uwzględniać stopień pokrycia rynku przez rozpatrywane rabaty. Zdaniem wnoszącej odwołanie rabaty lojalnościowe nie mogą ograniczać konkurencji w sytuacji gdy stopień pokrycia przez nie rynku jest niewielki, ponieważ konkurenci mogą uzyskać dostęp do większych części rynku bez potrzeby oferowania rabatów w wysokości odpowiadającej tym zniżkom. Wnosząca odwołanie wskazuje ponadto, że w jej przypadku związany udział w rynku był relatywnie znacznie mniejszy niż te rozpatrywane w takich sprawach jak Tomra czy Van den Bergh Foods⁹². Przykładowo w wyroku w sprawie Tomra związany udział w rynku wynosił (przeciętnie) 39%⁹³. Komisja natomiast uważa, że kwestia pokrycia rynku jest pozbawiona znaczenia dla potrzeb ustalenia tego, czy zarzucane zachowanie może skutkować antykonkurencyjnym wykluczeniem.

138. W kontekście dokonywanej tytułem uzupełnienia uzasadnienia oceny zdolności Sąd stwierdził, że pokrycie rynku przez oferowane przez wnoszącą odwołanie rabatów i wypłat wynosiło przeciętnie około 14% w całym okresie naruszenia (jeżeli obliczenia nie ograniczają się wyłącznie do podważalnego udziału zapotrzebowania)⁹⁴. Zdaniem sądu jest to istotna część⁹⁵. Zgodnie z zaskarżonym wyrokiem rabaty i wypłaty oferowane przez Intela można odróżnić od okoliczności leżących u podstaw wyroku Van den Bergh Foods, biorąc po uwagę, że *forma* rozpatrywanego systemu różniła się od tej spornej w niniejszym postępowaniu⁹⁶.

139. Ja osobiście nie jestem przekonany co do tego, że, jak twierdzi Sąd, orzecznictwo, na które powołuje się wnosząca odwołanie, jest pozbawione znaczenia. Mechanizm wyłączności rozpatrywany w wyroku Van den Bergh Foods funkcjonował bowiem w istocie na zasadzie udostępniania nieodpłatnie zamrażarki. Ta odmienność jest jednak pozbawiona znaczenia. Udostępnienie tej zamrażarki było uwarunkowane jej wyłącznym wykorzystaniem do przechowywania lodów pochodzących od przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą. W rezultacie 40% wszystkich sprzedawców detalicznych lodów podlegało warunkowi wyłączności na produkt⁹⁷.

140. Jak wyjaśniono, reguły konkurencji UE konsekwentnie skupiają się na skutkach, a nie na formie. Rozpatrywana w tym świetle wielkość związanej części rynku jest równie istotna, niezależnie od formy systemu. Z tego względu powszechnie przyjmuje się, że prawdopodobieństwo wystąpienia skutków niekorzystnych dla konkurencji rośnie współmiernie do wielkości związanego udziału w rynku⁹⁸.

92 Zobacz wyrok z dnia 23 października 2003 r., Van den Bergh Foods/Komisja, T-65/98, EU:T:2003:281 (zwany dalej „wyrokiem Van den Bergh Foods”).

93 Tomra, pkt 34.

94 Ponadto Sąd zauważa, odnośnie do udziału w rynku Della, że rabaty oferowane Dellowi skutkowały zamknięciem od 14,58% do 16,34% rynku, co zdaniem Sądu jest również „istotne”; zob. zaskarżony wyrok, pkt 190, 191.

95 Zaskarżony wyrok, pkt 194.

96 Zaskarżony wyrok, pkt 121, 122.

97 Wyrok Van den Bergh Foods, pkt 98.

98 Dokument Komisji w sprawie konsultacji dotyczący art. [102 TFUE], op.cit., s. 18, 19, 41.

141. Mając powyższe na uwadze, zdefiniowanie stopnia pokrycia rynku mogącego wywoływać skutki o charakterze antykonkurencyjnym w żadnym wypadku nie jest zadaniem matematycznym. Nie dziwi zatem, że Trybunał odrzucił koncepcję, zgodnie z którą ustalenie dokładnego progu, powyżej którego rozpatrywane praktyki należałoby uznać za stanowiące nadużycie, jest konieczne dla celów zastosowania art. 102 TFUE. Takie stanowisko zostało potwierdzone przezeń w wyroku Tomra⁹⁹.

142. Niewątpliwie prawdą jest, że progi mogą okazać się problematyczne z uwagi na specyfikę poszczególnych rynków oraz indywidualne okoliczności danej sprawy. Przykładowo, w sytuacji gdy rabaty lojalnościowe kierowane są do klientów o szczególnym znaczeniu dla konkurentów, aby mogli wejść na rynek lub zwiększyć swój udział w rynku, nawet skromne pokrycie rynkowe z pewnością może nieść ze sobą skutki w postaci antykonkurencyjnego wykluczenia. To, czy taki stan rzeczy faktycznie ma miejsce, będzie zależało od szeregu czynników charakteryzujących daną sytuację.

143. W tym kontekście pokrycie rynkowe wynoszące 14% może wywoływać skutek w postaci antykonkurencyjnego wykluczenia – ale nie musi. Nie ulega jednak wątpliwości, iż przy tego rodzaju pokryciu rynkowym nie można uznać za całkowicie nieprawdopodobne, że rozpatrywane rabaty *nie będą* wywoływać skutków w postaci antykonkurencyjnego wykluczenia. Jest tak, nawet gdyby założyć, że rozpatrywane rabaty i wypłaty kierowane są do klientów kluczowych¹⁰⁰. Po prostu 14% nie ma charakteru rozstrzygającego.

144. Problemu braku rozstrzygającego charakteru nie rozwiązuje powołanie się w zaskarżonym wyroku na stwierdzoną okoliczność polegającą na tym, że wnosząca odwołanie była nieodzownym partnerem handlowym na rynku CPU. Gwoli przypomnienia, zdaniem Sądu fakt, iż przedsiębiorstwo występuje w charakterze nieodzownego partnera handlowego stanowi co najmniej przesłankę istnienia możliwości ograniczenia konkurencji przez „rabaty za wyłączność” lub wypłaty oferowane przez przedsiębiorstwo¹⁰¹.

145. Wniosek ten jest słuszny jedynie wówczas, jeżeli przyjmiemy, że wymagany stopień prawdopodobieństwa nie wykracza poza samo istnienie możliwości wywołania antykonkurencyjnych skutków przez określone zachowanie. Jednak jak wyjaśniono wcześniej, ocena wszystkich okoliczności ma na celu określenie, czy zarzucane zachowanie, według wszelkiego prawdopodobieństwa, wywołuje skutek o charakterze antykonkurencyjnym.

146. Na tej podstawie twierdzą, że ocena pokrycia rynku dokonana w zaskarżonym wyroku nie jest rozstrzygająca. Co ważne, nie można w stopniu wystarczającym pod względem prawnym ustalić tego, że część rynku objęta rabatami i wypłatami była wystarczająca do tego, aby mogło to pociągnąć za sobą skutek w postaci antykonkurencyjnego wykluczenia.

– *W przedmiocie czasu trwania*

147. Wnosząca odwołanie uważa, że czas trwania praktyki rabatowej jest kluczowy w kontekście analizy jej zdolności do ograniczania konkurencji. W szczególności poddaje ona w wątpliwość ocenę czasu trwania dokonaną w zaskarżonym wyroku, która opiera się na skumulowaniu szeregu porozumień krótkoterminowych.

⁹⁹ Wyrok Tomra, pkt 46.

¹⁰⁰ Sąd zauważył, iż Komisja mogła dojść do wniosku, że, z uwagi na fakt skierowania działań na przedsiębiorstwa mające szczególną wagę strategiczną w zakresie dostępu do rynku, rabaty i wypłaty dotyczyły znaczących OEM i głównego sprzedawcy detalicznego. Zaskarżony wyrok, pkt 182, 183. Zobacz także pkt 1507–1511 w odniesieniu do MSH.

¹⁰¹ Zaskarżony wyrok, pkt 178.

148. Z drugiej strony Komisja podnosi, że Intel popełnia błąd, uznając, iż źródłem potencjalnie wykluczających skutków rabatów lojalnościowych może być wyłącznie zobowiązanie umowne: przeciwnie, pozycja rynkowa przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą znosi potrzebę takich zobowiązań umownych. Krótko mówiąc: czas trwania jest pozbawiony znaczenia.

149. W szczególności Sąd orzekł, że istotnym kryterium nie jest długość okresu wypowiedzenia umowy ani określony czas obowiązywania danej umowy będącej elementem szeregu kolejnych umów. Zdaniem Sądu bowiem istotnym kryterium był łączny okres, w którym wnosząca odwołanie stosowała rabaty za wyłączność i wypłaty za wyłączność wobec klienta¹⁰². Okres ten wynosił około pięciu lat w przypadku MSH, trzy lata w przypadku Della i NEC, ponad dwa lata w przypadku HP i około roku w przypadku Lenovo. Przyznanie „rabatów za wyłączność” i wypłat w tych okresach *może zasadniczo ograniczyć konkurencję*. W opinii Sądu jest tak tym bardziej na rynku takim jak rynek CPU, który charakteryzuje się wysoką dynamiką i krótkimi cyklami życia produktów¹⁰³.

150. Na wstępie pragnę zauważyć, że krótki czas trwania praktyki nie wyklucza możliwości wywoływania przez nią skutków o charakterze antykonkurencyjnym. Podobnie nie ma sensu rozpatrywanie w oderwaniu od kontekstu kwestii tego, czy łączny okres naruszenia jest krótki czy długi.

151. W sytuacji gdy, tak jak w niniejszej sprawie, objęcie obowiązkiem wyłączność zależy, w ostatecznej analizie, od dokonanego przez klienta *wyboru*, aby pokrywać większość swojego zapotrzebowania u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, nie można ograniczyć się do przyjęcia – *ex post* – założenia, że kumulacja porozumień krótkoterminowych świadczy o tym, iż te rabaty mogą ograniczać konkurencję.

152. Powody ku temu są przynajmniej dwojakiego rodzaju.

153. Po pierwsze, w przeciwieństwie do systemu opartego na wyłączności, zmiana dostawców nie pociąga za sobą kary finansowej. Dzieje się tak pod warunkiem, że konkurent może, przynajmniej co do zasady, zaoferować rabat w wysokości odpowiadającej temu utraconemu. Jeżeli jednak konkurent nie może sprzedać danych towarów bez poniesienia straty, klient jest *de facto* związany z przedsiębiorstwem zajmującym pozycję dominującą. Patrząc z tej perspektywy, również wielkości rabatu nie można uznać za całkiem pozbawioną znaczenia.

154. Bardziej szczegółowo rzecz ujmując, w przypadku analizy czasu trwania przeprowadzanej *ex post*, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, konieczne jest ustalenie, czy inny dostawca mógł zrekompensować stratę poniesioną w związku z rabatami. W przeciwnym wypadku wybór, aby pozostać przy przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą stanowiłby automatycznie przesłankę świadczącą o istnieniu nadużycia pomimo faktu, że klienci mogliby swobodnie zrezygnować z umów zawartych z przedsiębiorstwem zajmującym pozycję dominującą.

155. Oczywiście nie można po prostu założyć, na podstawie dokonanego przez klienta wyboru, aby pozostać przy przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą, że wybór ten jest wyrazem zachowania stanowiącego nadużycie. Można bowiem wskazać inne wiarygodne wytłumaczenie dla tego wyboru. Może ono być przykładowo związane z względami dotyczącymi jakości, bezpieczeństwa dostaw oraz preferencji użytkowników końcowych.

¹⁰² Zaskarżony wyrok, pkt 112–113, 195.

¹⁰³ Zaskarżony wyrok, pkt 195.

156. Po drugie, długi łączny okres stosowania danej praktyki stanowi niewątpliwie przesłankę tego, że mechanizm rabatowy wywołuje na poziomie klienta indywidualnego skutek promujący lojalność. Jednakże, w braku przedstawienia dalszych przekonujących dowodów w tym względzie, okoliczność polegająca na tym, że klient zdecydował się pozostać przy przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą, nie wystarcza do ustalenia w wymagany sposób tego, czy oferowane rabaty mogą ograniczać konkurencję. Należy bowiem mieć na uwadze, że w sytuacji gdy klient ma możliwość systematycznego dokonywania zmiany dostawców, nawet jeżeli nie skorzysta z tej opcji, rabaty lojalnościowe wpłyną także na zwiększenie rywalizacji. Mogą zatem także wywoływać skutek sprzyjający konkurencji.

157. Uważam zatem, że dokonana w zaskarżonym wyroku ocena czasu trwania badanych praktyk – która ograniczała się do łącznego czasu ich trwania – nie ma charakteru rozstrzygającego. Mówiąc prościej, ocena ta nie jest użyteczna do celów określenia, czy rzeczone zachowanie wywołuje, według wszelkiego prawdopodobieństwa, skutek antykonkurencyjny.

– *W przedmiocie wyników rynkowych konkurenta i obniżek cen*

158. Wnosząca odwołanie podaje w wątpliwość odrzucenie przez Sąd wyników rynkowych AMD oraz dowodu dotyczącego braku wykluczenia (obniżka cen x86 CPU) jako pozbawionych znaczenia w kontekście oceny zdolności.

159. Zdaniem Sądu sukces konkurenta i spadające ceny nie oznaczają, że praktyki wnoszącej odwołanie były bezskuteczne. Sąd zauważył, że można by zasadnie uznać, iż w braku tychże praktyk zwiększenie udziału konkurenta w rynku i realizowanych przezeń inwestycji w dziedzinie badania i rozwoju, a także – obniżenie cen CPU x86 mogłyby mieć szerszy zakres¹⁰⁴.

160. Moim zdaniem Sąd słusznie uznał, że wyniki rynkowe AMD oraz obniżka cen CPU x86 nie są rozstrzygające dla celów określenia, czy zarzucane zachowanie może ograniczać konkurencję. Ten sam wniosek należałoby jednak wyciągnąć również w sytuacji, gdyby wyniki konkurenta były słabe. W moim przekonaniu uwzględnienie tego rodzaju okoliczności faktycznych może być użyteczne jedynie wówczas, gdy stanowi ono część składową szczegółowej oceny rzeczywistych lub potencjalnych skutków dla konkurencji. Nie jest ono w żaden sposób pomocne przy określaniu tego, czy rzekomo bezprawny system rabatów ma zdolność ograniczania konkurencji.

– *W przedmiocie testu AEC*

161. Wnosząca odwołanie uważa, że w sytuacji gdy, tak jak w niniejszej sprawie, Komisja przeprowadziła wnikliwą analizę okoliczności gospodarczych odnoszących się do zachowania mającego rzekomo znamiona nadużycia, naruszeniem prawa jest ignorowanie tej analizy tylko z tego powodu, że nie pomaga ona w ustaleniu, iż doszło do naruszenia.

162. Komisja podnosi, że test AEC nie jest istotny dla ustalenia tego, czy zarzucane zachowanie może ograniczać konkurencji. Zdaniem tej instytucji orzecznictwo Trybunału nie przemawia za przyjęciem podniesionego przez wnoszącą odwołanie argumentu, zgodnie z którym test AEC powinien stanowić składową część oceny wszystkich okoliczności.

163. W zaskarżonym wyroku Sąd odrzucił twierdzenie, zgodnie z którym test AEC ma, w kontekście oceny wszystkich okoliczności, znaczenie dla celów ustalenia, czy zarzucane zachowanie może ograniczać konkurencję. Sąd nie zweryfikował więc kryterium zastosowanego przez Komisję w rozpatrywanej decyzji. Po pierwsze, uznał, że test AEC jest pozbawiony znaczenia, ponieważ, biorąc pod uwagę formę „rabatów za wyłączność”, Komisja nie jest zobowiązana do wykazania ich zdolności

¹⁰⁴ Zaskarżony wyrok, pkt 186.

wykluczającej w każdym konkretnym przypadku. W zaskarżonym wyroku odrzucono znaczenie testu AEC przede wszystkim z tego względu, że służy on jedynie zbadaniu, czy zarzucane zachowanie nie uniemożliwia dostępu do rynku. Zgodnie z zaskarżonym wyrokiem „rabaty za wyłączność” mogą utrudniać dostęp do rynku konkurentom przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, nawet jeżeli dostęp ten nie jest ekonomicznie niemożliwy, a jedynie utrudniony¹⁰⁵. Po drugie, Sąd zauważył, że nawet w przypadku rabatów należących do trzeciej kategorii orzecznictwo nie ustanawia wymogu zastosowania testu AEC. Po trzecie, Sąd zauważył, że wspomniany test uznawany był przez Trybunał za istotny wyłącznie w sprawach mających za przedmiot praktyki cenowe i praktyki w zakresie zaniżania marż, które ze swojej natury różnią się od spraw dotyczących „rabatów za wyłączność”¹⁰⁶.

164. W pierwszej kolejności, jak wskazałem powyżej (pkt 122–160), w celu określenia, czy dane zachowanie może wykluczać konkurentów z rynku, także jeżeli chodzi o „rabaty za wyłączność”, należy zbadać wszystkie okoliczności sprawy. Innymi słowy, tę zdolność wykluczającą należy wykazać w każdym konkretnym przypadku. Oczywiście można zrezygnować z przeprowadzenia testu AEC jako pozbawionego znaczenia, gdyby przyjąć, że sama hipotetyczna czy teoretyczna możliwość wywołania przez zarzucane zachowanie skutku w postaci antykonkurencyjnego wykluczenia wystarcza do tego, aby móc wykazać dopuszczenie się nadużycia. W teorii bowiem jakikolwiek rabat oferowany przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą może, w niektórych okolicznościach, wywoływać skutek antykonkurencyjny.

165. Jednakże, biorąc pod uwagę, że wymagany jest skutek wykluczający, testu AEC nie można pominąć. Jak zauważył Sąd, test ten służy zidentyfikowaniu takiego zachowania, wskutek którego z ekonomicznego punktu widzenia niemożliwe jest, aby równie skuteczny konkurent zdobył podważalny udział popytu klienta. Innymi słowy, może on pomóc we wskazaniu zachowania, które, według wszelkiego prawdopodobieństwa, wywołuje skutek antykonkurencyjny. Natomiast w przypadku, gdy w ramach tego testu wykazane zostanie, że równie skuteczny konkurent jest w stanie pokryć swoje koszty, prawdopodobieństwo wystąpienia skutku antykonkurencyjnego znacząco maleje. Z tego względu test AEC jest szczególnie użyteczny do tego, aby wyłapać zachowanie, które *może* wywoływać skutek w postaci antykonkurencyjnego wykluczenia.

166. Co się tyczy dwóch kolejnych względów, powyżej (pkt 101–105) wyjaśniłem powody, dla których nie należy pomijać orzecznictwa dotyczącego praktyk cenowych i tych związanych z zaniżaniem marż. W każdym razie wszelka niepewność w tym temacie została rozwiana w wyniku wydania wyroku Post Danmark II. Wynika zeń, że orzecznictwo odnoszące się do innych typów polegających na polityce cenowej praktyk wyłączających nie może zostać bez żadnego uzasadnienia pominięte w kontekście spraw mających za przedmiot rabaty. Jak potwierdził Trybunał, powołując się m.in. na wspomniane orzecznictwo, test AEC może okazać się użyteczny także w kontekście oceny systemu rabatów¹⁰⁷.

167. Warto jednak zauważyć, że w wyroku Post Danmark II Trybunał przedstawił swoje stanowisko odnośnie do testu AEC z pewną dozą ostrożności. Zauważył on w szczególności, że o ile test AEC może okazać się użyteczny w określonych sytuacjach, brak jest obowiązku prawnego do zastosowania tego testu¹⁰⁸. Jest to zgodne z twierdzeniem o takiej samej treści zawartym w wyroku Tomra. Trybunał uznał w nim, że Komisja nie ma obowiązku wykazania, iż rabaty lojalnościowe zmuszają konkurentów przedsiębiorstwa dominującego do stosowania cen niższych od ponoszonych kosztów celem konkurowania o podważalny udział w rynku. Trybunał orzekł bowiem, że Komisja mogła wykazać, że rozpatrywane rabaty mogły ograniczać konkurencję na podstawie elementów jakościowych wskazujących na ich antykonkurencyjny charakter.¹⁰⁹

105 Zaskarżony wyrok, pkt 93, 150.

106 Zaskarżony wyrok, pkt 143, 144, 152.

107 Wyrok Post Danmark II, pkt 55–58.

108 Wyrok Post Danmark II, pkt 57 i przytoczone tam orzecznictwo.

109 Wyrok Tomra II, pkt 73–80.

168. Z tego względu mógłby nasuwać się wniosek, że w niniejszej sprawie nie ma potrzeby uciekania się do testu AEC. Idąc tym samym tokiem rozumowania za Komisją, Sąd, dokonując oceny tej zdolności do ograniczenia konkurencji, nie dopuścił się naruszenia prawa rezygnując z przeprowadzenia testu AEC jako pozbawionego znaczenia.

169. Przyjmując takie stanowisko pomijamy jednak dwie kwestie. W przeciwieństwie do wyroku Tomra, w spornej decyzji Komisja w istocie przeprowadziła wnikliwą analizę AEC. Co więcej, pozostałe przeanalizowane przez Sąd okoliczności nie przemawiają jednoznacznie za przyjęciem twierdzenia o wpływie na konkurencję. W tym kontekście wydaje mi się jasne, że testu AEC nie można bez żadnych dodatkowych wyjaśnień pominąć jako pozbawionego znaczenia.

170. W związku z powyższym Sąd naruszył prawo, nie uwzględniając analizy AEC przeprowadzonej przez Komisję w spornej decyzji w ramach oceny wszystkich okoliczności.

171. Podsumowując moją analizę oceny zdolności do ograniczenia konkurencji dokonanej przez Sąd tytułem uzupełnienia uzasadnienia wyroku, pragnę zwrócić uwagę na następujące kwestie.

172. Okoliczności uwzględnione w tej ocenie nie przemawiają za przyjęciem twierdzenia o wpływie na konkurencję. Z oceny tej wynika co najwyżej pokazuje, że wywarcie przez zarzucane zachowanie skutku w postaci antykonkurencyjnego wykluczenia jest teoretycznie możliwe, ale nie zostało ono jako takie potwierdzone. Co do zasady w ocenie wszystkich okoliczności należy uwzględnić co najmniej pokrycie rynku przez zarzucane zachowanie i czas jego trwania. Ponadto konieczne może okazać się rozpatrzenie innych okoliczności, które mogą różnić się w zależności od przypadku. Właśnie z uwagi na to, że test AEC został przeprowadzony przez Komisję w spornej decyzji, nie można go nie zastosować w niniejszej sprawie podejmując próbę określenia, czy zarzucane zachowanie może wywoływać skutek w postaci antykonkurencyjnego wykluczenia. Ocena całokształtu istotnych okoliczności powinna pozwalać na ustalenie tego czy, z wymaganą dozą prawdopodobieństwa, dane przedsiębiorstwo nadużyło swojej pozycji dominującej z naruszeniem art. 102 TFUE. Jeśli nie zostanie to potwierdzone ze względu na, przykładowo, niewielkie pokrycie rynkowe, krótki czas trwania zarzucanych praktyk czy też pozytywny wynik testu AEC, do wykazania, że doszło do nadużycia, konieczne jest dokonanie bardziej szczegółowej oceny gospodarczej rzeczywistych lub potencjalnych skutków dla konkurencji.

c) Wnioski

173. Podsumowując moje rozważania: Sąd naruszył prawo, twierdząc, po pierwsze, że „rabaty za wyłączność” stanowią odrębną i unikalną kategorię niewymagającą przeprowadzenia badania wszystkich okoliczności w celu wykazania nadużycia pozycji dominującej z naruszeniem art. 102 TFUE. Po drugie, w swojej przeprowadzonej tytułem uzupełnienia uzasadnienia wyroku ocenie Sąd naruszył też prawo nie ustalając na podstawie wszystkich okoliczności, że rabaty i wypłaty oferowane przez wnoszącą odwołanie mogły wedle wszelkiego prawdopodobieństwa wywołać skutek w postaci antykonkurencyjnego wykluczenia.

174. W związku z powyższym zarzut pierwszy należy uwzględnić.

C – W przedmiocie drugiego zarzutu odwołania: stopień pokrycia rynku przy określaniu, czy przedsiębiorstwo nadużyło swojej pozycji dominującej

1. Główne argumenty stron

175. Podnosząc zarzut drugi odwołania wnosząca odwołanie twierdzi, że, niezależnie od wniosków wyciągniętych odnośnie do zarzutu pierwszego, pokrycie rynku przez zachowanie Intela w żadnym wypadku nie umożliwił tej spółce ograniczania konkurencji w latach 2006 i 2007. W tym okresie naruszenie dotyczyło jedynie MSH i Lenovo. Zdaniem wnoszącej odwołanie Sąd naruszył prawo uznając, że skoro Komisja w spornej decyzji stwierdziła istnienie jednolitego i ciągłego naruszenia w okresie od 2002 r. do 2007 r., stwierdzenie naruszenia w odniesieniu do lat 2006 i 2007 mogło opierać się na przeciętnym pokryciu rynku w całym okresie od 2002 r. do 2007 r. (a nie na pokryciu rynku przez zachowanie w okresie tych dwóch lat)¹¹⁰.

176. Komisja wskazuje, że zarzut drugi odwołania pełni jedynie rolę uzupełnienia zarzutu pierwszego. Opiera się on całkowicie na tych samych przesłankach co zarzut pierwszy. Instytucja ta uważa, że pokrycie rynku jest nieistotne dla celów określenia tego, czy rabaty Intela mogły ograniczać konkurencję: pokrycie rynku przez praktyki Intela dotyczy jedynie stopnia, w jakim te praktyki faktycznie ograniczały konkurencję. Zasięgu praktyk Intela nie można określić przez samo odniesienie do pokrycia rynku, a to z uwagi na znaczenie strategiczne OEM, do których skierowane były te praktyki w latach 2006 i 2007. W tym kontekście Komisja podnosi, że pokrycie rynku we wspomnianym dwuletnim okresie należy rozpatrywać jako jednolite i ciągle naruszenie odnoszące się do ogólnej strategii wykluczenia AMD ze światowego rynku CPU.

2. Analiza

177. Przedstawiłem wyżej wniosek, zgodnie z którym Sąd popełnił błąd w swojej dokonanej tytułem uzupełnienia uzasadnienia ocenie zdolności [do ograniczenia konkurencji] na podstawie wszystkich okoliczności sprawy. W szczególności błędna była dokonana przezeń ocena pokrycia rynku, ponieważ nie uwzględniała ona faktu, że na podstawie związanego udziału w rynku wynoszącego 14% nie można w wystarczający pod względem prawnym sposób wykazać, iż zarzucane zachowanie ma zdolność ograniczania konkurencji. Nawet tylko na tej podstawie należy także uwzględnić zarzut drugi odwołania.

178. Niemniej jednak uważam, że zarzut ten zasługuje na krótkie omówienie. Powodem ku temu jest fakt, iż ustalenia Sądu poczynione odnośnie do istnienia jednolitego i ciągłego naruszenia stanowią podstawę dla stwierdzenia naruszenia w latach 2006 i 2007. Sąd uznał bowiem, że w kontekście jednolitego i ciągłego naruszenia opartego na strategii wykluczenia, całościowa ocena przeciętnego związanego udziału w rynku była wystarczająca do tego, aby móc określić, czy sporne zachowanie mogło skutkować antykonkurencyjnym wykluczeniem¹¹¹.

179. W związku z powyższym sedno niniejszego zarzutu odwołania polega na zdefiniowaniu znaczenia, jakie ma pojęcie jednolitego i ciągłego naruszenia przy ocenie zdolności zachowania pojedynczego przedsiębiorstwa do ograniczania konkurencji. W szczególności powstaje pytanie, czy odwołanie się do tego pojęcia może zaradzić temu, że pokrycie rynkowe jest zbyt małe, aby samo w sobie wystarczało do wykazania, iż zarzucane zachowanie mogło ograniczać konkurencję w konkretnym okresie.

¹¹⁰ Zaskarżony wyrok, pkt 192, 193.

¹¹¹ Zaskarżony wyrok, pkt 193, 1561, 1562.

180. W orzecznictwie Trybunału pojęcie jednolitego i ciągłego naruszenia stosuje się, w szczególności, w kontekście art. 101 TFUE by ująć za jego pomocą, celem egzekwowania przepisów, szereg elementów danego antykonkurencyjnego zachowania. Logika leżąca u podstaw takiego działania polega na zapewnieniu skutecznego egzekwowania przepisów w sprawach, gdzie na naruszenie składa się zbiór praktyk antykonkurencyjnych, które mogą przybierać różne formy, czy nawet ewoluować w miarę upływu czasu¹¹².

181. Inaczej rzecz ujmując, działanie to ma na celu uniknięcie sytuacji, gdy poszczególne porozumienia i praktyki uzgodnione w rozumieniu art. 101 TFUE, które w rzeczywistości stanowią część ogólnego planu mającego na celu ograniczanie konkurencji, traktuje się i karze odrębnie. Z tego względu odwołanie się do pojęcia jednolitego i ciągłego naruszenia łagodzi ciężar spoczywającego co do zasady na organach ścigania dowodu na okoliczność ciągłego charakteru badanych praktyk antykonkurencyjnych. W szczególności w sytuacji gdy ten całokształt porozumień i praktyk realizowany był przez długi okres, zachodzące w okresie zmiany odnośnie do zakresu, formy i uczestników rzeczonych porozumień lub praktyk nie są niczym niezwykłym. Nie dysponując pomocą w postaci pojęcia jednolitego i ciągłego naruszenia Komisja stanęłaby w obliczu obowiązku spełnienia wyższych standardów dowodowych. Musiałaby ona wskazać i udowodnić istnienie szeregu odrębnych porozumień lub praktyk uzgodnionych o charakterze antykonkurencyjnym, jak również wskazać każdorazowo uczestników poszczególnych praktyk. Rozpatrywanie zarzucanych praktyk osobno mogłoby także w niektórych przypadkach spowodować przedawnienie prawa do ścigania dawniejszych porozumień lub praktyk uzgodnionych. Taki stan rzeczy spowodowałby zmniejszenie skuteczności egzekwowania prawa.

182. Pojęcie jednolitego i ciągłego naruszenia stanowi zatem zasadę proceduralną.

183. Ze względu zmniejszenie ciężaru dowodu spoczywającego na organach ochrony konkurencji pojęcie to jest szczególnie istotne w kontekście grzywien. Dokładniej mówiąc, brak dowodu odnoszącego się do niektórych konkretnych okresów naruszenia nie stoi jednak na przeszkodzie temu, by można było uznać naruszenie to za wykazane w dłuższym całościowym okresie. Wymagane jest jednak, aby takie stwierdzenie opierało się na obiektywnych i zgodnych poszlakach. Zwykle w przypadku naruszenia trwającego kilka lat okoliczność polegająca na tym, że kartel przejawiał się w różnych okresach rozdzielonych krótszymi lub dłuższymi przerwami, pozostaje bez wpływu na jego istnienie, o ile tylko poszczególne działania, które składają się na to naruszenie, służą osiągnięciu tego samego celu i wpisują się w ramy naruszenia o jednolitym i ciągłym charakterze¹¹³. Szczególnie bowiem znaczenie ma bowiem fakt, że Komisja była w stanie udowodnić istnienie ogólnego planu mającego na celu ograniczanie konkurencji¹¹⁴.

184. Zastosowanie pojęcia jednolitego i ciągłego naruszenia nie rozszerza natomiast – i nie może rozszerzać – zakresu zakazów przewidzianych w traktatach.

185. W rozpatrywanym przypadku pojęcie jednolitego i ciągłego naruszenia stanowi element składowy całkowicie odmiennego kontekstu¹¹⁵. W zaskarżonym wyroku pojęcie to zastosowano w celu stwierdzenia naruszenia dotyczącego zachowania pojedynczego przedsiębiorstwa, co do którego nie sprawdzono, czy może ono samo w sobie ograniczać konkurencję na rynku wewnętrznym.

186. Pragnę przedstawić moje wątpliwości co do prawidłowości tej operacji logicznej.

112 Zobacz w tym względzie na przykład wyrok z dnia 6 grudnia 2012 r., Komisja/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778 (zwany dalej „wyrokiem Verhuizingen Coppens”), pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo.

113 Zobacz wyrok z dnia 6 grudnia 2012 r., Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778 pkt 72 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r., Aalborg Portland i in./Komisja, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6 (zwany dalej „wyrokiem Aalborg”), pkt 260.

114 Zobacz na przykład wyrok Aalborg, pkt 260.

115 Odnośnie do zastosowania tego pojęcia w kontekście jurysdykcji, zob. pkt 319 i nast. poniżej.

187. Co do zasady użycie pojęcia jednolitego i ciągłego naruszenia nie może, jak zauważa wnosząca odwołanie, przekształcić zachowania zgodnego z prawem w naruszenie.

188. Jednakże z uwagi na to, iż Komisja doszła do wniosku, że miało miejsce jednolite i ciągłe naruszenie, Sąd uznał za wystarczające dokonanie ogólnej oceny części rynku objętej wykluczeniem w okresie od 2002 r. do 2007 r.¹¹⁶. Na tej podstawie za pozbawioną znaczenia Sąd uznał okoliczność polegającą na tym, że pokrycie rynku w latach 2006 i 2007 było znacznie mniejsze niż przeciętny związany udział w rynku (14%).

189. Innymi słowy, Sąd zastąpił kryterium materialne kryterium proceduralnym. Zrezygnował on z zastosowania kryterium wystarczającego pokrycia rynku – które paradoksalnie uznał za nadające się do określenia tego, czy zarzucanie zachowanie mogło skutkować antykonkurencyjnym wykluczeniem – po czym zastąpił je kryterium jednolitego i ciągłego naruszenia. Takiego rozwiązania zwyczajnie nie można zaakceptować. Albo przyjmujemy, że pokrycie rynku nie ma żadnego znaczenia oraz że zgodnie z regułami konkurencji Unii sankcjom podlega forma a nie skutki (wyjaśniłem wyżej powody, dla których takie rozwiązanie jest niemożliwe do przyjęcia), albo będziemy traktować ten aspekt poważnie przy dokonywaniu oceny wszystkich okoliczności.

190. W ramach opisanego wyżej procesu logicznego Sąd nie określił, czy rozpatrywane zachowanie mogło ograniczać konkurencję w całym rozpatrywanym okresie.

191. W każdym razie, gdyby Sąd faktycznie określił, czy tak było, musiałby wyciągnąć wniosek, że tak niewielki związany udział w rynku nie ma rozstrzygającego znaczenia dla celów ustalenia, czy zarzucane zachowanie mogło skutkować ograniczeniem konkurencji.

192. Jak już wspomniano w pkt 143 powyżej w odniesieniu do udziału w rynku wynoszącego 14%, nie można wykluczyć, że związany udział w rynku wynoszący mniej niż 5% może także w określonych okolicznościach okazać się wystarczający do wykluczenia konkurentów. W każdym razie w kontekście oceny zdolności do ograniczenia konkurencji taki udział w rynku nie może po prostu mieć rozstrzygającego charakteru. Jak wyjaśniono powyżej, nie można założyć (na podstawie formy zachowania), że określone praktyki są objęte ustanowionym w art. 102 TFUE zakazem bez odpowiedniego uwzględnienia związanego udziału w rynku. W sytuacji gdy ten związany udział w rynku nie stanowi dowodu rozstrzygającego o prawdopodobieństwie wywoływania skutku dla konkurencji, do wykazania, że doszło do nadużycia, konieczne jest zbadanie rzeczywistych lub potencjalnych skutków danego zachowania.

193. Raz jeszcze pragnę podkreślić, że w sytuacji gdy pokrycie rynku należy uznać za nierozstrzygające dla celów ustalenia, iż istniało prawdopodobieństwo wywarcia skutku dla konkurencji w konkretnym okresie, kwestii tej nie można rozwiązać poprzez odniesienie do pojęcia jednolitego i ciągłego naruszenia. Jak wydaje się wynikać z samego tego pojęcia, aby szereg przejawów zachowania można było uznać za jednolite i ciągłe naruszenie, każde z nich musi także stanowić naruszenie samo w sobie. Inaczej rzecz ujmując, zachowanie to musi mieć charakter naruszenia przez cały rozpatrywany okres.

194. Zarzut drugi odwołania należy zatem także uwzględnić.

¹¹⁶ Zaskarżony wyrok, pkt 193.

D – W przedmiocie zarzutu trzeciego odwołania: klasyfikacja pewnych rabatów jako „rabatów za wyłączność”

1. Główne argumenty stron

195. Wnosząca odwołanie, wspierana przez ACT, podnosi, że Sąd naruszył prawo, klasyfikując praktyki rabatowe stosowane przez Intela w odniesieniu do HP i Lenovo jako „rabaty za wyłączność”. Chociaż wspomniane rabaty obejmowały 95% komputerów stacjonarnych HP dla przedsiębiorstw i 80% notebooków Lenovo, stanowią one mniejszą część zakupów CPU dokonywanych przez te dwa przedsiębiorstwa w ujęciu całościowym. Intel twierdzi w istocie, że z uwagi na to, iż zobowiązanie do wyłączności dotyczyło rabatów odnoszących się do określonych *segmentów* zapotrzebowania na CPU tych dwóch OEM, klasyfikacja spornych rabatów jako „rabatów za wyłączność” jest błędna pod względem prawnym. Zdaniem wnoszącej odwołanie Sąd popełnił błąd uznając, że niesie to ze sobą taki sam skutek, jak pokrycie „całości lub znacznej części” *całkowitego* zapotrzebowania klienta. Dokładniej mówiąc, takie podejście skutecznie pozbawia wymóg pokrywania „całości lub znacznej części” zapotrzebowania jakiegokolwiek precyzji: prowadzi do nieuzasadnionego rozszerzenia zakresu pojęcia „rabatów za wyłączność”, które byłyby automatycznie zabronione zgodnie z przyjętą przez Sąd wykładnią art. 102 TFUE.

196. Komisja wnosi o oddalenie rozpatrywanego zarzutu z dwóch powodów. Z jednej strony Komisja podnosi, że swoboda w zakresie zaopatrywania się OEM w określonych segmentach nie może równoważyć ograniczenia swobody OEM w zakresie wyboru źródła zaopatrzenia w jednym segmencie rynku CPU. Z drugiej strony Komisja twierdzi, że Intel dokonał błędnej interpretacji odpowiedniego orzecznictwa Trybunału, w którym określono wymóg, zgodnie z którym konkurenci przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą muszą mieć możliwość niecenowego konkurowania na całym rynku.

2. Analiza

197. Podobnie jak zarzut drugi odwołania, zarzut trzeci jest ściśle związany z pierwszym. W istocie wnosząca go podniosła w nim kwestię tego, czy Sąd słusznie uznał, że rabaty oferowane przez nią HP i Lenovo można by zaliczyć do kategorii „rabatów za wyłączność”¹¹⁷.

198. Wyjaśniłem już powyżej powody, dla których nie istnieje osobna kategoria „rabatów za wyłączność”. Domniemanie bezprawnego charakteru dotyczy rabatów lojalnościowych, w tym (między innymi) tych określonych przez Sąd jako „rabaty za wyłączność”. Jednym z możliwych powodów, dla których dany rabat uznaje się za rabat lojalnościowy jest to, że opiera się on na wymogu pokrycia przez klienta „całości lub znacznej części” zapotrzebowania u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą¹¹⁸. Jednakże sama forma nie przesądza o losie takich rabatów. Wyciągnięcie wniosku, że zarzucane zachowanie stanowi nadużycie pozycji dominującej, musi zostać poprzedzone analizą wszystkich okoliczności. Jeżeli zatem, zgodnie z moją sugestią, Trybunał uwzględni pierwszy zarzut odwołania, rozpatrywanie zarzutu trzeciego nie będzie konieczne.

199. Zarzut trzeci byłby jednak istotny, gdyby Trybunał oddalił zarzut pierwszy i uznał, że „rabaty za wyłączność” należy odróżnić od pozostałych rodzajów rabatów lojalnościowych.

¹¹⁷ Zaskarżony wyrok, pkt 134, 137.

¹¹⁸ Zobacz wyroki: Hoffmann-La Roche, pkt 89; Tomra, pkt 70.

200. Gdyby Trybunał doszedł do takiego wniosku, wymóg pokrycia „całości lub znacznej części” zapotrzebowania odgrywałby kluczową rolę przy ocenie tych rabatów. Powodem ku temu jest fakt, że wtedy w zakres pojęcia „rabatów za wyłączność” wchodziłyby wyłącznie rabaty uzależnione od spełnienia obowiązku pokrywania przez klienta „całości lub znacznej części” zapotrzebowania u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą.

201. Mając powyższe na uwadze, pragnę poczynić następujące uwagi:

202. Jeżeli chodzi na przykład o HP, zobowiązanie do wyłączności związane było z wymogiem nabywania przez HP od wnoszącej odwołanie co najmniej 95% CPU x86 przeznaczonych do komputerów stacjonarnych dla przedsiębiorstw. Nie ulega wątpliwości, że wielkość ta odpowiada „całości lub znacznej części” zapotrzebowania na CPU w tym segmencie. Obraz sytuacji zaciemnia jednak fakt, że wspomniane 95% wydaje się odpowiadać około 28% całkowitego zapotrzebowania HP na CPU¹¹⁹. Jak podnosi wnosząca odwołanie, trudno uznać to za „całość lub znaczną część” zapotrzebowania.

203. W tym względzie Sąd w zaskarżonym wyroku stanął na stanowisku, że bez znaczenia jest to, czy warunek pokrywania przez klienta „całości lub znacznej części” zapotrzebowania u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą odnosi się do całego rynku czy jego konkretnego segmentu¹²⁰. Uzasadniając takie podejście, Sąd powołał się na wyrok Tomra. Zgodnie z twierdzeniem Trybunału przedstawionym w tej sprawie konkurenci powinni móc być w stanie konkurować niecenowo w obrębie całego rynku, nie zaś jedynie w obrębie jego części. Twierdzenie to nie daje jednak żadnych wskazówek odnośnie do tego, jak należy interpretować kryterium pokrycia „całości lub znacznej części” zapotrzebowania. Odnosi się ono raczej do kwestii tego, czy zamknięcie przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą dostępu do istotnej części rynku może być mimo wszystko usprawiedliwione, jeżeli podważalna część rynku jest wystarczająca, aby znalazło się tam miejsce dla ograniczonej liczby konkurentów¹²¹.

204. Ta kwestia nie jest przedmiotem rozważań w niniejszej sprawie. W niniejszej sprawie chodzi bowiem o ustalenie, czy wymóg pokrycia „całości lub znacznej części” zapotrzebowania może odnosić się także do określonej części właściwego rynku produktowego.

205. W spornej decyzji Komisja, definiując właściwy rynek produktowy, nie wprowadziła żadnego rozróżnienia pomiędzy CPU stosowanymi w komputerach stacjonarnych przeznaczonych dla przedsiębiorstw i w komputerach przeznaczonych dla klientów indywidualnych. Było to spowodowane przez okoliczność, że w przypadku określonego typu komputera te same CPU mogą być stosowane w segmencie biznesowym/komercyjnym i w segmencie prywatnym/konsumenckim¹²². Ta zamiennność pomiędzy segmentami wydaje się sugerować, że podział rynku nie jest możliwy.

206. W tym względzie Sąd w zaskarżonym wyroku zauważył, że kwestia ewentualnych różnic istniejących pomiędzy CPU stosowanymi w segmencie biznesowym i CPU x86 stosowanymi w komputerach przeznaczonych dla konsumentów jest pozbawiona znaczenia w kontekście niniejszej sprawy. Zdaniem Sądu, nawet gdyby istniała możliwość zamiennego stosowania wspomnianych CPU, wybór odnośnie do zakupu rozpatrywanych OEM byłby w ramach danego segmentu znacznie ograniczony¹²³.

207. Argument ten jest na pierwszy rzut oka przekonujący.

¹¹⁹ Zobacz zaskarżony wyrok, w szczególności pkt 126 i 129 odnośnie do HP i pkt 137 odnośnie do Lenovo.

¹²⁰ Zaskarżony wyrok, w szczególności pkt 132, 133.

¹²¹ Wyrok Tomra, pkt 42.

¹²² Sporna decyzja, motyw 831. Zobacz także zaskarżony wyrok, pkt 133.

¹²³ Zaskarżony wyrok, pkt 133.

208. Pomija on jednak istotną kwestię: punktem wyjścia dla rozumowania przedstawionego w zaskarżonym wyroku jest stanowisko HP (i Lenovo), a nie AMD. Z perspektywy AMD całkowicie bez znaczenia jest to, czy swoboda wyboru HP i Lenovo jest poważnie ograniczona w jednym segmencie, biorąc pod uwagę, że HP i Lenovo są klientami, a nie konkurentami Intela.

209. Należy bowiem podkreślić to, że przedmiotem niniejszej sprawy jest zachowanie prowadzące do wykluczenia konkurenta wnoszącej odwołanie, AMD, a nie – wykorzystywanie jej klientów. Tym, co się liczy z perspektywy AMD (a więc, dla celów określenia, czy zarzucane zachowanie stanowi mającą znamiona nadużycia pozycji dominującej i sprzeczną z art. 102 TFUE praktykę wykluczającą), jest ogólny odsetek zapotrzebowania związanego rabatami i dokonany przez Intela wypłatami.

210. Jak wskazuje ACT, nie ma znaczenia to, czy dana część zapotrzebowania jest pokrywana w ramach jednego określonego segmentu. Istotne jest to, czy rozpatrywane OEM nadal mogą nabywać znaczne ilości od konkurencji Intela. W niniejszej sprawie wydaje się, że tak właśnie było: HP i Lenovo nadal mogły kupować znaczne ilości CPU x86 od AMD. Kwestia ewentualnego nadużycia pozycji dominującej przez zajmujące je przedsiębiorstwo nie może zależeć od na pozór arbitralnej segmentacji rynku.

211. Patrząc z tej perspektywy, trudno utrzymywać, że w przypadku HP zobowiązanie do wyłączności odnoszące się do 95% komputerów stacjonarnych przeznaczonych dla przedsiębiorstw mogłyby w ogóle przekraczać 28% całkowitego zapotrzebowania HP. Idąc tym tokiem rozumowania, wyłączność w zakresie dotyczącym notebooków Lenovo nie jest równoznaczna z wyłącznością *całkowitą*. Po prostu wymóg pokrycia „całości lub znacznej całości” nie może zostać w takich okolicznościach spełniony.

212. Ryzykując stwierdzenie rzeczy oczywistej, podejście przyjęte w zaskarżonym wyroku prowadzi do skutku, który trudno uznać za uzasadniony: nawet „rabat za wyłączność” odnoszący się do segmentu właściwego rynku odpowiadającego nieznacznej części całkowitego zapotrzebowania klienta (powiedzmy, na potrzeby argumentacji, 3%) mógłby zostać z zasady objęty zakazem.

213. Podsumowując zatem, jestem zdania, że Sąd naruszył prawo odnośnie do klasyfikacji rabatów oferowanych przez wnoszącą odwołanie HP i Lenovo.

214. Niezależnie od tego, czy Trybunał przychylił się do mojego stanowiska w przedmiocie zarzutów pierwszego i drugiego, zarzut trzeci odwołania należy zatem uwzględnić.

E – W przedmiocie czwartego zarzutu odwołania: prawo do obrony

1. Główne argumenty stron

215. Czwarty zarzut odwołania dotyczy praw do obrony przysługujących wnoszącej odwołanie na gruncie art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”). Intel twierdzi, że Sąd naruszył prawo stwierdzając, że nie popełniono żadnego błędu proceduralnego w związku ze spotkaniem z D1, członkiem kierownictwa Della, które odbyło się w 2006 r. w ramach prowadzonego dochodzenia zakończonego przyjęciem spornej decyzji (zwanym dalej „spornym spotkaniem”).

216. W tym względzie wnosząca odwołanie twierdzi, po pierwsze, że Sąd popełnił błąd rozstrzygając, iż sporne spotkanie nie miało charakteru przesłuchania w rozumieniu art. 19 rozporządzenia nr 1/2003. Po drugie, wnosząca odwołanie twierdzi, że Sąd popełnił błąd, twierdząc, iż, pomimo tego, że Komisja winna była sporządzić protokół ze spornego spotkania ze względu na jego wagę, wiążącemu się z tym faktem naruszeniu zasady dobrej administracji zaradzono poprzez dołączenie do akt sprawy wersji jawnej notatki wewnętrznej (wewnętrznej aide memoire Komisji) (zwanej dalej „notatką wewnętrzną”),

którą udostępniono wnoszącej odwołanie. Po trzecie, wnosząca odwołanie twierdzi, że Sąd popełnił błąd w dokonanej tytułem uzupełnienia uzasadnienia ocenie tego, czy błąd proceduralny, w rodzaju tego wskazanego w zaskarżonym wyroku, stanowi podstawę stwierdzenia nieważności spornej decyzji w odniesieniu do Della.

217. Komisja podnosi przede wszystkim, że zarzut czwarty odwołania jest pozbawiony znaczenia dla sprawy, ponieważ Intel nie podał w wątpliwość poczynionego w zaskarżonym wyroku stwierdzenia, zgodnie z którym rabaty przyznane Dellowi miały charakter „rabatów za wyłączność”. Zarzut ten jest zdaniem Komisji także niedopuszczalny, ponieważ kwestia tego, czy naruszeniu zasady dobrej administracji można było zaradzić poprzez udostępnienie Intelowi wersji jawnej notatki wewnętrznej, zależy od oceny wagi spornego spotkania oraz charakteru sporządzonej notatki. Są to kwestie natury faktycznej, niepodlegające kontroli w postępowaniu odwoławczym.

218. Tytułem ewentualnym Komisja podnosi, że argumenty Intela są bezzasadne: Intel nie przedstawił żadnych istotnych argumentów, za pomocą których można by było poddać w wątpliwość dokonaną w zaskarżonym wyroku ocenę notatki wewnętrznej. Komisja podnosi także, że sporna decyzja opierała się w głównej mierze na dowodach z dokumentów, których sporne spotkanie w żadnym wypadku nie mogło postawić w innym świetle.

2. Analiza

219. Od samego początku należy podkreślić, że czwartego zarzutu odwołania w żadnym wypadku nie można uznać za pozbawiony znaczenia dla sprawy czy też, tym bardziej, niedopuszczalny, jak twierdzi Komisja.

220. W ramach tego zarzutu odwołania Intel twierdzi w szczególności, że należy stwierdzić nieważność ustalenia w odniesieniu do Della z uwagi na to, iż ustalenia faktyczne, na których opiera się wspomniane naruszenie, obarczone są błędem w postaci naruszenia praw do obrony. Jest to kwestia prawna, w przedmiocie której Trybunał może i powinien orzec. Dokonana w zaskarżonym wyroku ocena rabatów oferowanych Dellowi przez Intela jako uwarunkowanych wyłącznością, niezależnie od tego, czy została zakwestionowana, jest w tym względzie bez znaczenia. Wyjaśniłem już wyżej, że nie można stwierdzić bezprawnego charakteru rozpatrywanych rabatów (niezależnie od ich „oznakowania”) nie można bez rozpatrzenia wszystkich istotnych okoliczności. Sama Komisja przyznała podczas rozprawy, że co do zasady nawet „rabaty za wyłączność” mogłyby być uzasadnione przez dane przedsiębiorstwo. Podobnie bez znaczenia jest fakt, że strony są zgodne co do tego, iż Komisja nie opierała obciążenia Intela na informacjach uzyskanych podczas spornego spotkania: nie ma on znaczenia w kontekście możliwej wartości *odciążającej* tego spotkania¹²⁴. Co jeszcze bardziej istotne, stwierdzenie tego, czy doszło do naruszenia praw do obrony w żadnej mierze nie zależy od ewentualnego wpływu, jaki rzezone (potencjalne) naruszenie wywarło na materialną treść spornej decyzji.

221. Mówiąc najprościej, sposób, w jaki zaklasyfikowano rabaty Intela, czy też dowody, jakie przedstawiono w celu obciążenia wnoszącej odwołanie mają niewielkie – o ile w ogóle jakiegokolwiek – znaczenie, jeżeli doszło do naruszenia jej praw do obrony. Trybunał musi upewnić się jedynie co do tego, czy wnosząca odwołanie wykazała, że byłaby w stanie zapewnić sobie lepszą obronę, gdyby uzyskała dostęp do protokołu ze spornego spotkania. Aby wyjaśnić tę kwestię, Trybunał musi także rozważyć, czy notatka wewnętrzna – ujawniona wnoszącej odwołanie z opóźnieniem dopiero w postępowaniu w pierwszej instancji – mogłaby „naprawić” jakąkolwiek wcześniejszą

¹²⁴ Zobacz w tej kwestii zaskarżony wyrok, pkt 611.

nieprawidłowość proceduralną wynikającą z decyzji Komisji o niesporządzaniu protokołu ze spornego spotkania. Z tego względu nie przekonuje mnie argument Komisji, zgodnie z którym argumenty wnoszącej odwołanie w przedmiocie odpowiedniości notatki wewnętrznej zmierzają, w rzeczywistości, do zakwestionowania ustaleń faktycznych.

222. Jak wyjaśnię w dalszej części, zarzut czwarty zasługuje zatem na uwzględnienie.

a) W przedmiocie ustalenia, czy sporne spotkanie miało charakter przesłuchania w rozumieniu art. 19 rozporządzenia nr 1/2003

223. Wnosząca odwołanie twierdzi, że Sąd naruszył prawo, dochodząc do wniosku, iż nie doszło do naruszenia art. 19 rozporządzenia nr 1/2003 w związku art. 3 rozporządzenia nr 773/2004¹²⁵. W tym względzie Intel podnosi, że zastosowane w zaskarżonym wyroku rozróżnienie pomiędzy przesłuchaniem „formalnym” a „nieformalnym” jest błędne pod względem prawnym. Zdaniem wnoszącej odwołanie to samo tyczy się ustalenia, że Komisja nie jest zobowiązana do sporządzania protokołu z „nieformalnych” przesłuchań¹²⁶.

224. Zanim przejdę do rozważań w przedmiocie wspomnianego rozróżnienia, pragnę w związku sposób przypomnieć etapy (proceduralne), które doprowadziły do ujawnienia wnoszącej odwołanie notatki wewnętrznej dotyczącej spornego spotkania.

225. Z zaskarżonego wyroku wynika, że w toku postępowania administracyjnego Komisja najpierw zaprzeczyła faktowi zorganizowania spotkania z D1. Instytucja ta przyznała jedynie, że do spotkania doszło po tym, jak Intel wykazał istnienie orientacyjnego wykazu tematów dotyczących spornego spotkania. W tamtym czasie Komisja w dalszym ciągu zaprzeczała, że sporządzono z niego protokół. Kilka miesięcy później funkcjonariusz ds. przesłuchań potwierdził jednak istnienie notatki wewnętrznej, wskazując, że wnosząca odwołanie nie miała dostępu do tej notatki. Niemniej jednak w grudniu 2008 r. Komisja „z uprzejmości” przesłała Intelowi kopię wersji jawnej notatki wewnętrznej, w której usunięto wiele fragmentów. Na wniosek Sądu wersja poufna tej notatki została w końcu przekazana wnoszącej odwołanie w toku postępowania przed Sądem w styczniu 2013 r.¹²⁷.

226. Przechodząc teraz do kwestii wykładni art. 19 rozporządzenia nr 1/2003, uprawnienie w zakresie przeprowadzania dochodzeń stanowi logiczną konsekwencję szerokich uprawnień dochodzeniowych przyznanych Komisji na mocy rozporządzenia nr 1/2003. Powstaje w tym miejscu pytanie, czy niemniej jednak istnieją jakieś ograniczenia tych uprawnień.

227. Ograniczenia te można wyraźnie wskazać w oparciu o brzmienie właściwych przepisów. W pierwszej kolejności art. 19 rozporządzenia nr 1/2003 stanowi, że Komisja może przesłuchiwać wszelkie osoby (fizyczne i prawne), które wyrażą zgodę na przesłuchanie, w celu zebrania informacji odnoszących się do przedmiotu postępowania. Podczas gdy w art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 773/2004 ustanowiony został prawny obowiązek rejestrowania przesłuchań, art. 3 ust. 3 przewiduje, że Komisja może decydować o tym, *w jaki sposób* rejestrować oświadczenia składane przez osoby przesłuchiwane.

228. W świetle powyższego wydaje mi się rzeczą raczej oczywistą, że w sytuacji gdy Komisja decyduje się na przeprowadzenie przesłuchania, nie może zrezygnować z zarejestrowania jego istotnej treści. Dysponuje natomiast swobodą wyboru *sposobu*, w jaki zostanie ono zarejestrowane (rodzaju zastosowanego nośnika).

¹²⁵ Zaskarżony wyrok, pkt 612.

¹²⁶ Zaskarżony wyrok, pkt 614, 615.

¹²⁷ Zaskarżony wyrok, pkt 601, 606.

229. Sąd w zaskarżonym wyroku nie zakwestionował tej koncepcji jako takiej¹²⁸.

230. Problem dotyczy raczej dokonanego przez Sąd w zaskarżonym wyroku rozróżnienia pomiędzy przesłuchaniem nieformalnym i formalnym. Takiego rozróżnienia nie przewidziano w ramach prawnych określonych rozporządzeniem nr 1/2003.

231. Rozróżnienie to jest w moim przekonaniu bardzo problematyczne. Wypracowanie dla Komisji w drodze orzecznictwa nowego narzędzia do prowadzenia dochodzeń pozwoliłoby tej instytucji na obejście przepisów ustanowionych przez prawodawcę, w szczególności w celu uregulowania uprawnień przyznanych jej w kontekście dochodzeń dotyczących naruszeń reguł konkurencji.

232. Jak jasno wynika z art. 19 rozporządzenia nr 1/2003 w związku z art. 3 rozporządzenia nr 773/2004 należy rejestrować gromadzone podczas przesłuchań informacje dotyczące przedmiotu dochodzenia. Moim zdaniem wszelkie organizowane z osobami trzecimi spotkania w mające szczególnie cel zdobycia istotnych informacji, które mają zostać wykorzystane przy ocenie okoliczności sprawy, muszą być objęte zakresem art. 19 rozporządzenia nr 1/2003.

233. Z drugiej strony nie oznacza to jednak, że Komisja nie mogłaby w żadnym wypadku kontaktować się z osobami trzecimi w sposób nieformalny. Jak jasno wynika z samego brzmienia art. 19 rozporządzenia nr 1/2003, przepis ten obejmuje jedynie wymianę informacji odnoszących się do przedmiotu dochodzenia. W sytuacji gdy wymiana informacji pomiędzy Komisją a osobami trzecimi *nie* odnosi się do przedmiotu konkretnego (zwykle toczącego się) dochodzenia, nie istnieje żaden obowiązek rejestrowania.

234. Nie widzę jednak możliwości, aby w niniejszej sprawie sporne spotkanie można było interpretować inaczej, niż jako przesłuchanie w rozumieniu art. 19 rozporządzenia nr 1/2003.

235. Spotkanie było nie tylko związane z przedmiotem prowadzonego przez Komisję dochodzenia w sprawie praktyk stosowanych przez Intela. Jak wynika z notatki wewnętrznej, tematy omawiane podczas spotkania, które, jak się wydaje, trwało pięć godzin, odnosiły się do spraw mających związek z istotą dochodzenia (a mianowicie tego, czy oferowanie przez Intela Dellowi rabatów było uzależnione od spełnienia warunku wyłączności). Ponadto osoba przesłuchiwana należała do kierownictwa najwyższego szczebla Della¹²⁹.

236. W tym względzie bez znaczenia jest to, czy sporne spotkanie miało na celu zebranie dowodów w postaci kontrasygnowanego sprawozdania lub oświadczeń, czy też nie – jak utrzymuje Komisja¹³⁰.

237. Gdyby przyjąć, że jedynie takie kontakty z osobami trzecimi objęte są zakresem art. 19 rozporządzenia nr 1/2003, skutkowałoby to znacznym rozszerzeniem uprawnień Komisji w zakresie prowadzenia przesłuchań bez konieczności ich rejestrowania. Umożliwiłoby to także Komisji zastosowanie bardziej wybiórczego podejścia do dowodów, jakie mają być ujawnione przedsiębiorstwu podejrzanym o naruszenie reguł konkurencji Unii: członkowie służb Komisji wzywający osobę na przesłuchanie mogliby, według własnego subiektywnego uznania, decydować o tym, jakie treści zostaną włączone do akt.

238. Nie takie było jednak w zamierzeniu prawodawcy unijnego znaczenie przyjętego przezeń pojęcia „dostępu do akt sprawy”. Jak wskazano w art. 27 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003, ujawnianie *wszystkich* dowodów stanowi regułę, a nieujawnienie określonych elementów materiału dowodowego – wyjątek. Wykładnia art. 19 zaproponowana przez Komisję wiązałaby się z ryzykiem pozbawienia art. 27 ust. 2 skuteczności.

¹²⁸ Zaskarżony wyrok, pkt 617.

¹²⁹ Zaskarżony wyrok, pkt 621. Zobacz także pkt 636 odnośnie do tematów poruszonych podczas spotkania.

¹³⁰ Zobacz także zaskarżony wyrok, pkt 617.

239. Podczas rozprawy Komisja czyniła starania, aby wyjaśnić, które kontakty z osobami trzecimi wymagają rejestracji, a które nie. Uderzające, że podejmując próbę wyjaśnienia swojego stanowiska, Komisja wydawała się sugerować, iż mogła zdecydować o powołaniu się na art. 19 rozporządzenia nr 1/2003 całkowicie według własnego uznania. Fakt, że Komisja nie była w stanie przedstawić Trybunałowi jasnej odpowiedzi w tym zakresie, jest zrozumiałe: wydaje się, że bardzo trudno jest wskazać kryterium, które umożliwiłoby rozróżnienie pomiędzy przesłuchaniami formalnymi a nieformalnymi, które różniłyby się od tego przewidzianego w przepisach prawa i związanego z tym, czy przesłuchanie dotyczy przedmiotu dochodzenia.

240. Równie istotny jest fakt, że decyzja o rejestracji przesłuchania nie podlegałaby ponadto jakiegokolwiek potencjalnej kontroli sądowej. Powstałoby pytanie, jak w braku jakiegokolwiek pisemnej dokumentacji sądy Unii miałyby sprawdzać, czy Komisja postępowała zgodnie z przepisami rozporządzenia nr 1/2003, oraz, w ujęciu bardziej ogólnym, czy prawa przedsiębiorstw i osób fizycznych, których dotyczy dochodzenie, są w pełni respektowane?

241. Ostatecznie bowiem wymóg rejestracji przesłuchań przewidziany w art. 3 rozporządzenia nr 773/2004 obowiązuje przynajmniej z dwóch powiązanych ze sobą powodów. Z jednej strony gwarantuje on, że przedsiębiorstwa podejrzane o naruszanie reguł konkurencji Unii mogą zorganizować swoją linię obrony, a z drugiej strony sądy Unii mają możliwość przeprowadzania ex post kontroli tego, czy Komisja wykonała przysługujące jej uprawnienia do prowadzenia dochodzenia w dopuszczalnym przez prawo zakresie.

242. Z tych względów w moim głębokim przekonaniu Sąd naruszył prawo, gdy stwierdził, że Komisja nie dopuściła się naruszenia art. 19 rozporządzenia nr 1/2003 poprzez niezorganizowanie spornego spotkania jako przesłuchania w rozumieniu wspomnianego przepisu i niezarejestrowanie go w odpowiedni sposób.

b) W przedmiocie twierdzenia, że włączenie notatki wewnętrznej do akt sprawy nie zaradziło uchybieniu proceduralnemu

243. Jak wspomniano wyżej (pkt 216), w zaskarżonym wyroku Sąd nie stwierdził naruszenia art. 19 rozporządzenia nr 1/2003. Wskazał on jednak, że – biorąc pod uwagę treść i znaczenie informacji otrzymanych podczas spornego spotkania – Komisja powinna była sporządzić jego zapis. Zdaniem Sądu stanowiło to naruszenie zasady dobrej administracji¹³¹. W tym względzie Sąd uznał, że, zważywszy na okoliczności niniejszej sprawy, do akt sprawy należało włączyć co najmniej zwięzłą notatkę zawierającą nazwiska uczestników oraz streszczenie omawianych tematów. Wówczas wnosząca odwołanie mogłaby zażądać dostępu do tego dokumentu.

244. Jednakże zdaniem tego sądu wspomniane uchybienie proceduralne naprawiono z uwagi na fakt, że w toku postępowania administracyjnego wersja jawna notatki wewnętrznej została udostępniona Intelowi, a spółka ta zyskała możliwość przedłożenia uwag w przedmiocie tego dokumentu. Wspomniana notatka, która w zamierzeniu miała stanowić streszczenie omawianych tematów na użytek wewnętrzny członków służb Komisji zajmujących się sprawą, zawierała nazwiska uczestników spotkania oraz „streszczenie omawianych tematów”¹³².

245. Wnosząca odwołanie podnosi, że oceny tej dokonano z naruszeniem prawa, nie tylko dlatego, iż Komisja miała obowiązek zarejestrowania treści stanowiących istotę spornego spotkania, lecz także z tego powodu, iż notatka, wbrew temu, co rozstrzygnął Sąd, nie zawierała „streszczenia omawianych tematów”.

¹³¹ Zaskarżony wyrok, pkt 621.

¹³² Zaskarżony wyrok, pkt 622.

246. Zgadzam się z tym stanowiskiem.

247. Co do zasady notatka w rodzaju tej opisanej w zaskarżonym wyroku nie może w żaden sposób zaradzić naruszeniu istotnego wymogu formalnego. Należy podkreślić, że jak przyznał Sąd w zaskarżonym wyroku, notatka ta stanowi związane streszczenie tematów omawianych podczas spotkania¹³³. Nie stanowi ona jednak zapisu istoty przesłuchania. Fakt ten potwierdza sama Komisja. Kwestią najbardziej fundamentalną jest jednak to, że w notatce nie ma mowy o treści przekazanych przez D1 podczas tego spotkania informacji odnoszących do kwestii poruszanych podczas tego spotkania.

248. W moim przekonaniu tego rodzaju notatka nie może zaradzić naruszeniu art. 19 rozporządzenia nr 1/2003 w związku z art. 3 rozporządzenia nr 773/2004.

249. Należy dobitnie podkreślić, że zawarte w aktach sprawy informacje odnoszące się do przesłuchania muszą być wystarczające dla zapewnienia poszanowania praw do obrony przysługujących przedsiębiorstwom, którym zarzuca się naruszanie reguł konkurencji Unii. Oczywiście jest, że w niniejszej sprawie tak się nie stało. Dalsze rozważania w tej kwestii przedstawię w pkt 257 i nast. poniżej.

250. W związku z tym powstaje pytanie, czy uchybienie proceduralne wynikający z naruszenia art. 19 rozporządzenia nr 1/2003 w związku z art. 3 rozporządzenia nr 773/2004 może pociągać za sobą bezprawność spornej decyzji w zakresie ustaleń dotyczących Della. Wbrew temu, co orzekł Sąd¹³⁴, wnosząca odwołanie uważa, że powinno tak być. Pogląd ten podziela także ACT. To prawda, że argumenty wnoszącej odwołanie odnoszą się do rozumowania przedstawionego w zaskarżonym wyroku tytułem uzupełnienia uzasadnienia. Można zatem twierdzić, że argumenty te są nieistotne dla sprawy i nie mogą prowadzić do uchylenia tego wyroku¹³⁵. Jednakże w zakresie, w jakim Trybunał zgodzi się ze mną co do tego, że Sąd naruszył prawo, twierdząc, że 1) sporne spotkanie nie stanowiło przesłuchania w rozumieniu art. 19 rozporządzenia nr 1/2003; oraz że 2) notatka wewnętrzna zaradziła wszelkim uchybieniom proceduralnym wynikającym z podjęcia przez Komisję decyzji o nierejestrowaniu przebiegu tego spotkania, Trybunał winien także przeanalizować przeprowadzone w zaskarżonym wyroku rozumowanie odnoszące się do skutków potencjalnych uchybień proceduralnych.

c) W przedmiocie konsekwencji niezarejestrowania przebiegu spornego spotkania

251. Zgodnie z zaskarżonym wyrokiem rozpatrywana sytuacja różni się od okoliczności leżących u podstaw wyroku Solvay¹³⁶, wydanego w sprawie, na którą w głównej mierze powołuje się wnosząca odwołanie. We wspomnianej sprawie Komisja zagubiła szereg dokumentów po zamknięciu postępowania administracyjnego. Przedsiębiorstwo, którego sprawa dotyczyła, nie uzyskało dostępu do tych dokumentów w toku postępowania przed Komisją. W tych okolicznościach Trybunał orzekł, że tego rodzaju błąd proceduralny uzasadnia stwierdzenie nieważności decyzji Komisji. Przesłanki stwierdzenia nieważności decyzji były następujące: uchybienie proceduralne stanowi podstawę do stwierdzenia nieważności w sytuacji gdy nie można wykluczyć, że (zagubiony) materiał dowodowy z dokumentów mógłby umożliwić przedsiębiorstwu, którego dotyczy, przedstawienie interpretacji faktów odmiennej od tej, której dokonała Komisja, i mógłby być przydatny do jej obrony¹³⁷.

133 Zaskarżony wyrok, pkt 635, 636.

134 Zaskarżony wyrok, pkt 664.

135 Zobacz na przykład wyrok z dnia 28 czerwca 2005 r., Dansk Rørindustri i in./Komisja, C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P, C-213/02 P, EU:C:2005:408 (zwany dalej „wyrokiem Dansk Rørindustri”), pkt 148 i przytoczone tam orzecznictwo.

136 Zobacz wyrok z dnia 25 października 2011 r., Solvay/Komisja, C-109/10 P, EU:C:2011:686 (zwany dalej „wyrokiem Solvay”).

137 Wyrok Solvay, pkt 57–62.

252. W opinii Sądu jednak stwierdzenia Trybunału przedstawione w wyroku Solvay nie mogły znaleźć przełożenia w okolicznościach niniejszej sprawy. Powodem ku temu był fakt, że, w przeciwieństwie do sprawy Solvay, treść spornego spotkania można było odtworzyć¹³⁸. Z tego względu, biorąc pod uwagę orzecznictwo mające za przedmiot dostęp do akt sprawy¹³⁹, Sąd zobowiązał Intela do dostarczenia pierwszej poszlaki faktu, że Komisja „zaniechała zarejestrowania dowodów odciążających, które pozostają w sprzeczności z treścią bezpośrednich dowodów z dokumentów, na których Komisja oparła się w zaskarżonej [spornej] decyzji, lub przynajmniej stawiają je w odmiennym świetle”. Sama hipoteza co do znaczenia, jakie mają dla sprawy informacje przedstawione podczas spornego spotkania, została uznana za niewystarczającą¹⁴⁰.

253. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem w sytuacji gdy część akt sprawy, która nie została ujawniona w toku postępowania administracyjnego, ale mimo wszystko została udostępniona w toku postępowania sądowego, istotnym kryterium jest co do zasady to, czy nieujawnione informacje *mogły być przydatne*, w ten czy inny sposób, do obrony przedsiębiorstwa. Nie jest konieczne, aby posiadanie rzeczonych informacji miało prowadzić do przyjęcia decyzji o odmiennej treści¹⁴¹. Należy raczej wykazać, że gdyby nie popełniono uchybienia, przedsiębiorstwo byłoby w większym stopniu w stanie zapewnić sobie obronę¹⁴².

254. Zasada ta ma jednak zastosowanie tylko wówczas, gdy w celach dowodowych nie przedstawiono żadnych *bezpośrednich dowodów z dokumentów*. W sytuacji gdy w spornej decyzji Komisja opierała się na *bezpośrednich dowodach z dokumentów*, przedsiębiorstwo musi wykazać, że instytucja ta zrezygnowała z zarejestrowania tych dowodów odciążających, *które pozostają w sprzeczności z treścią bezpośrednich dowodów z dokumentów lub przynajmniej stawiają je w odmiennym świetle*¹⁴³. Innymi słowy, w zakresie, w jakim Komisja powołała się na bezpośrednie dowody z dokumentów w celu obciążenia danego przedsiębiorstwa, zadośćuczynienie ciężarowi dowodu wiąże się ze szczególnymi trudnościami.

255. Pytanie, czy takie podejście jest, ogólnie rzecz biorąc, uzasadnione, wykracza poza zakres niniejszej opinii. Niemniej jednak nałożenie takiego wymogu na wnoszącą odwołanie w niniejszej sprawie stanowi, moim zdaniem, ewidentne naruszenie prawa. Powodem ku temu jest fakt, że zadośćuczynienie ciężarowi dowodu nałożonemu na to przedsiębiorstwo jest więc w jego przypadku zwyczajnie niemożliwe. Właściwym podejściem jest postawienie pytania, zgodnie ze stwierdzeniem Trybunału zawartym w wyroku Solvay, czy od samego początku można było wykluczyć to, że informacje, do których zainteresowane przedsiębiorstwo nie uzyskało dostępu, mogły być przydatne do jego obrony.

256. W niniejszej sprawie odpowiedź na to pytanie powinna być moim zdaniem przecząca.

257. W sprawie Solvay nie istniała żadna możliwość odtworzenia treści zagubionych dokumentów na podstawie innych źródeł. Ponadto sama Komisja przyznała, że zagubione dokumenty według wszelkiego prawdopodobieństwa zawierały informacje istotne dla obrony przedsiębiorstwa (konkretnie odpowiedzi na żądania udzielenia informacji)¹⁴⁴.

138 Zaskarżony wyrok, pkt 630.

139 Zobacz w szczególności wyrok Aalborg, pkt 133.

140 Zaskarżony wyrok, pkt 629.

141 Wyrok z dnia 15 października 2002 r., Limburgse Vinyl Maatschappij i in./Komisja, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, od C-250/99 P do C-252/99 P, C-254/99 P, EU:C:2002:582 (zwany dalej „wyrokiem Limburgse Vinyl Maatschappij”), pkt 318 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także wyrok Aalborg, pkt 75.

142 Zobacz wyrok z dnia 2 października 2003 r., Thyssen Stahl/Komisja, C-194/99 P, EU:C:2003:527, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo.

143 Zobacz wyrok Aalborg, pkt 133. Zobacz także wyrok z dnia 1 lipca 2010 r., Knauf Gips/Komisja, C-407/08 P, EU:C:2010:389 (zwany dalej wyrokiem „Knauf Gips”), pkt 23, 24 i przytoczone tam orzecznictwo.

144 Punkty 62, 64.

258. Jak wyjaśniłem powyżej, w niniejszej sprawie przebieg spornego spotkania nie został odpowiednio zarejestrowany. Niemniej jednak w toku postępowania administracyjnego wnoszącej odwołanie udostępniono wersję jawną notatki wewnętrznej oraz tzw. dokumentu ze spotkania. Dokument ten zawierał pisemne odpowiedzi Della na pytania skierowane do pana D1 podczas spornego spotkania. Następnie, w toku postępowania przed Sądem wnoszącej odwołanie udostępniono wersję poufną notatki. W opinii Sądu te dwa dokumenty zawierały wystarczające informacje dotyczące treści omawianych podczas tego spotkania. Na podstawie tych dokumentów sąd ten stwierdził, że spotkanie nie doprowadziło do ujawnienia żadnych nowych dowodów odciążających, które wnosząca odwołanie mogła wykorzystać na potrzeby swojej obrony¹⁴⁵.

259. Jednakże wynikające z tych dokumentów informacje dotyczące przebiegu spornego spotkania mają charakter czystych spekulacji, jak obszernie wskazano w zaskarżonym wyroku¹⁴⁶. Na podstawie analizy dostępnych Sądowi dowodów można stwierdzić, że w sytuacji gdy nie istnieje odpowiedni zapis przebiegu spotkania, nie jest możliwe wskazanie z całą pewnością, jakie tematy były przedmiotem prowadzonych na nim dyskusji oraz w jakim stopniu informacje te miały charakter odciążający, obciążający, czy wręcz neutralny¹⁴⁷.

260. Kontrola sądowa nie może opierać się na domniemaniach odnośnie do dowodów.

261. Niewątpliwie prawdą jest, że, jak wskazuje Komisja, punktem wyjścia dla analizy mającej na celu stwierdzenie, czy naruszenie praw do obrony powinno prowadzić do stwierdzenia nieważności decyzji Komisji, jest zbadanie zarzutów skierowanych przeciwko danemu przedsiębiorstwu oraz dowodów przedstawionych na ich poparcie¹⁴⁸. W przeciwnym wypadku zawsze byłoby twierdzić, że informacje, które nie zostały zawarte w aktach sprawy, mogły być przydatne do obrony tego przedsiębiorstwa¹⁴⁹.

262. Mając na uwadze zarzuty skierowane przeciwko Intelowi przez Komisję w niniejszej sprawie, sporne spotkanie miało niewątpliwie istotne znaczenie. Jak bowiem zauważył Sąd, notatka wewnętrzna oraz dokument ze spotkania pozwalają stwierdzić, że podczas tego spotkania omawiano kwestie istotne dla ustalenia, czy wnosząca odwołanie zaoferowała Dellowi antykonkurencyjne rabaty lojalnościowe¹⁵⁰.

263. W takich sytuacjach ciężar dowodu spoczywa – ogólnie rzecz biorąc – na zainteresowanym przedsiębiorstwie¹⁵¹. Jak zauważa Komisja, przedsiębiorstwo to musi przedstawić fakty i dowody wskazujące na to, że mogło by ono wykorzystać do swojej obrony dokumenty, do których nie uzyskało dostępu w toku postępowania administracyjnego. Dotyczy to jednak sytuacji gdy dostępu do dokumentów odmówiono w toku postępowania administracyjnego, a treść rzeczonych dokumentów mogła być następnie ustalona i zbadana przez Trybunał¹⁵². Zgodnie z twierdzeniem rzecznik generalnej J. Kokott w opinii w sprawie Solvay powodem ku temu jest fakt, że w takich okolicznościach zainteresowane przedsiębiorstwo może wskazać autorów i charakter dokumentu, który nie został jej udostępniony. Ale nie tylko to. Co istotniejsze, przedsiębiorstwo to jest także w takich okolicznościach w stanie określić *treść* rzeczonych dokumentów¹⁵³.

145 Zobacz zaskarżony wyrok, przykładowo pkt 631, 644, 658, 660.

146 Zobacz zaskarżony wyrok, w szczególności pkt 646, 658.

147 Zaskarżony wyrok, pkt 632–660.

148 Zobacz wyrok Solvay, pkt 59.

149 Opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Solvay/Komisja, C-109/10 P, EU:C:2011:256 (zwana dalej „opinią w sprawie Solvay”), pkt 191.

150 Zaskarżony wyrok, pkt 632 i nast.

151 W celu zapoznania się z krytyką tego podejścia zob. moja opinia w sprawie SKW Stahl-Metallurgie i SKW Stahl-Metallurgie Holding/Komisja, C-154/14 P, EU:C:2015:543, pkt 76, 77.

152 Wyroki: Limburgse Vinyl Maatschappij, pkt 318, 324; Aalborg, pkt 74, 75, 131; Knauf Gips, pkt 23, 24.

153 Opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Solvay, C-109/10 P, EU:C:2011:256, pkt 193.

264. W niniejszej sprawie sytuacja przedstawia się inaczej. Tożsamość autora i charakter spotkania zostały ustalone na podstawie notatki wewnętrznej. Jednakże treść odpowiedzi udzielonych przez pana D1 na pytania skierowane do niego przez Komisję pozostaje nieznana. To prawda, że Sąd zauważył, iż notatka wewnętrzna oraz dokument ze spotkania rzucają nieco światła na konkretne tematy poruszone podczas spornego spotkania. Niemniej jednak dokumenty te nie są wystarczające do tego, aby odtworzyć *ex post* przedstawione dowody, czyli to, co rzeczywiście zostało powiedziane podczas tego spotkania.

265. Chociaż kwestia ta nie została wyraźnie podniesiona w zaskarżonym wyroku, wyciągnięcie wniosku przeciwnego jest możliwe jedynie przyjmując założenie, że pan D1 i Dell prezentują jedno i to samo stanowisko oraz że D1 mógł powtórzyć jedynie opinię Della na omawiane tematy. Biorąc pod uwagę status pana D1 jako członka kadry kierowniczej w Dellu, założenie to jest wysoce prawdopodobne.

266. Może się jednak także okazać, że założenie to jest błędne.

267. W przeciwieństwie do tego, co wydawała się twierdzić podczas rozprawy Komisja, równie prawdopodobne jest to, że D1 wyraził swój osobisty pogląd odnośnie do tematów poruszonych podczas spornego spotkania¹⁵⁴. Po prostu tego nie wiemy. Nie można zatem wykluczyć, że spotkanie to mogło rzucić inne, czy wręcz nowe, światło na warunkowy charakter rabatów oferowanych Dellowi. Zamiast uwzględnić taką możliwość, Sąd obarczył wnoszącą odwołanie prawdopodobnie niemożliwym do wykonania zadaniem polegającym na udowodnieniu, że podczas spotkania, którego przebiegu nie zarejestrowano, ujawniono dowody odciążające, które mogły postawić w innym świetle dowody przedstawione przez Komisję na poparcie swoich zarzutów. Z oczywistych przyczyn Sąd stwierdził, że Intel nie był w stanie wykonać tego zadania.

268. Na tej podstawie muszę stwierdzić, że zarzut czwarty odwołania także zasługuje zatem na uwzględnienie.

269. Na wypadek gdyby Trybunał postanowił nie podzielić mego stanowiska w tej kwestii, przestrzegalbym mimo wszystko przed oddaleniem zarzutu czwartego odwołania z powodów, które omówię poniżej.

270. Załóżmy, na potrzeby argumentacji, że sporne dowody można byłoby odtworzyć w sposób wystarczający pod względem prawnym *ex post*, jak twierdził Sąd w zaskarżonym wyroku. Zdaniem Sądu wnosząca odwołanie miała zatem wykazać, że rozpatrywane dowody mogły podważać „bezpośrednie dowody z dokumentów”, które uznano już za wystarczające do oskarżenia Intela o nadużycie pozycji dominującej w związku z rabatami oferowanymi Dellowi¹⁵⁵. Podejście to zasada się na błędnej przesłance. Opiera się ono na mylnym założeniu, zgodnie z którym dowody, do których dostępu odmówiono w toku postępowania administracyjnego, muszą posiadać wartość dowodową niższą niż te przedstawione przez Komisję na poparcie twierdzenia, zgodnie z którym doszło do nadużycia. W szczególności źródłem problemu jest przyjęta w zaskarżonym wyroku nadmiernie rozszerzająca wykładnia pojęcia „bezpośrednich dowodów z dokumentów”.

271. Według mojej wiedzy pojęcie to nie zostało wyraźnie zdefiniowane przez Trybunał. Z orzecznictwa można jednak wysunąć pożyteczne wnioski odnośnie do jego zakresu.

154 Zobacz w tym względzie zaskarżony wyrok, pkt 572–575.

155 Zobacz w szczególności zaskarżony wyrok pkt 651–653.

272. Ogólnie rzecz ujmując, pojęcie bezpośrednich dowodów z dokumentów stosuje się w orzecznictwie w kontekście art. 101 TFUE w celu opisanie określonych rodzajów dowodów (w przeciwieństwie do na przykład poszlak lub dowodów gospodarczych), które Komisja może wykorzystać w celu ustalenia, czy popełniono naruszenie, czyli na przykład tego, czy określone przedsiębiorstwa brały udział w kartelu lub praktyce powiązanej z naruszeniem art. 101 TFUE¹⁵⁶.

273. W przeciwieństwie do poszlak¹⁵⁷ bezpośrednie dowody z dokumentów pochodzą, co do zasady, od przedsiębiorstwa (przedsiębiorstw) podejrzanego (podejrzanych) o naruszenie reguł konkurencji Unii, a w szczególności art. 101 TFUE. Zwykle tego rodzaju dowody przyjmują formę dokumentu, który sam w sobie wskazuje na istnienie kartelu lub praktyki powiązanej (lub uczestnictwo określonych przedsiębiorstw w takiej praktyce). Taką funkcję pełniły na przykład protokoły porozumienia pomiędzy uczestnikami, wymiana e-maili pomiędzy uczestnikami w przedmiocie praktyk cenowych czy wręcz protokoły ze spotkań poświęconych takim praktykom¹⁵⁸. W sytuacji gdy Komisja powołuje się na tego rodzaju dowody w celu stwierdzenia naruszenia lub uczestnictwa przedsiębiorstw w naruszeniu, na przedsiębiorstwach tych spoczywa obowiązek udowodnienia – dla celów stwierdzenia nieważności spornej decyzji – że dowody, do których dostępu im odmówiono w toku postępowania administracyjnego, pozostawały w sprzeczności z treścią przedstawionych bezpośrednich dowodów z dokumentów¹⁵⁹.

274. Dowody, na których oparła się Komisja w spornej decyzji w celu ustalenia warunkowego charakteru rabatów przyznanych Dellowi można, w najlepszym przypadku, uznać za poszlaki lub dowody oparte na przypuszczeniach¹⁶⁰. Nie należy w istocie zapominać, że będące przedmiotem sporu w niniejszej sprawie „rabaty za wyłączność” (w tym rabaty przyznane Dellowi) uznano za de facto związane z warunkiem wyłączności. Wynika to z tego, że rabaty te nie opierały się na formalnym obowiązku zaopatrywania się na zasadzie wyłączności¹⁶¹. Wniosek o warunkowym charakterze rabatów oferowanych Dellowi można było raczej (pozornie) wyciągnąć biorąc pod uwagę ich wysokość¹⁶². Szczególne znaczenie przypisano także odczuciu Della odnośnie do ryzyka związanego z przeniesieniem realizacji części jego zapotrzebowania do konkurenta Intela¹⁶³. Ryzykując stwierdzenie rzeczy oczywistej, tego rodzaju dowody trudno określić mianem „bepośrednich dowodów z dokumentów” świadczących o warunkowym charakterze spornych rabatów.

275. W braku jakiegokolwiek pisemnego dokumentu potwierdzającego istnienie obowiązku zaopatrywania się na zasadzie wyłączności, uznawanie jakiegokolwiek pisemnego dowodu za „bepośredni dowód z dokumentu” potwierdzający, że doszło do nadużycia pozycji dominującej z naruszeniem art. 102 TFUE, poważnie naruszyłyby, w moim przekonaniu, prawa do obrony przysługujące zainteresowanemu przedsiębiorstwu: nie wystarczyłyby, aby przedsiębiorstwo wykazało, że materiał dowodowy, którego nie udostępniono w toku postępowania administracyjnego, mógł być

156 Aby zapoznać się z dyskusją na temat bezpośrednich dowodów z dokumentów w sprawach dotyczących karteli, zob. M. Guerrin, G. Kyriazis, *Cartels: Proof and Procedural Issues*, *Fordham International Law Journal*, Volume 16, Issue 2, 1992, s. 266–341, 299–301.

157 Zobacz na przykład wyroki: z dnia 14 lipca 1972 r., *Imperial Chemical Industries/Komisja*, 48/69, EU:C:1972:70, pkt 65–68; z dnia 16 grudnia 1975 r., *Suiker Unie i in./Komisja*, od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73, 114/73, EU:C:1975:174, pkt 164, 165 odnośnie do wykorzystania w charakterze dowodu korespondencji prowadzonej pomiędzy osobami trzecimi.

158 Zobacz na przykład wyrok *Aalborg*, pkt 158 odnoszący się do wyroku zaskarżonego w tej sprawie. Zobacz także wyrok z dnia 19 marca 2003 r., *CMA CGM i in./Komisja*, T-213/00, EU:T:2003:76, pkt 136 i nast.

159 Zobacz wyrok *Aalborg*, pkt 133, w którym Trybunał wyraźnie ustanowił tę zasadę.

160 W celu ustalenia warunkowego charakteru spornych rabatów w spornej decyzji Komisja powołała się na określone dokumenty wewnętrzne Intela, mianowicie prezentacje i wiadomości przesłane pocztą elektroniczną (sporna decyzja, motywy 238–242); odpowiedź Della udzieloną na podstawie art. 18 rozporządzenia nr 1/2003 (sporna decyzja, motywy 233 i 234); oraz określone dokumenty wewnętrzne Della, a mianowicie wewnętrzne prezentacje i wiadomości przesłane pocztą elektroniczną (sporna decyzja, w szczególności motywy 222–227, 229, 231). Zobacz także zaskarżony wyrok, pkt 444–515.

161 Co się tyczy Della zob. zaskarżony wyrok, pkt 440.

162 Sporna decyzja, motyw 950; zaskarżony wyrok, pkt 504–514.

163 Sporna decyzja, w szczególności motywy 221, 323.

przydatny do jego obrony. Ponadto przedsiębiorstwo to zobowiązane byłoby wykazać (zgodnie z wymogiem określonym przez Sąd w zaskarżonym wyroku), że dowody, do których dostępu mu odmówiono, pozostawały w sprzeczności z treścią dowodów przedstawionych przez Komisję na poparcie jej twierdzenia, zgodnie z którym doszło do nadużycia.

276. Mając powyższe na uwadze, jestem głęboko przekonany, że *poszlaki* w rodzaju tych, o których mowa w spornej decyzji, należy oceniać całościowo (zanim możliwe będzie ustalenie, czy *przeważająca część* przedstawionych dowodów wystarczy do udowodnienia, że doszło do nadużycia pozycji dominującej). Dla celów stwierdzenia nieważności spornej decyzji zainteresowane przedsiębiorstwo musi w takich okolicznościach po prostu wykazać, że mogło wykorzystać, w ten, czy inny sposób, dowody, do których dostępu mu odmówiono, do celów swojej obrony, a nie – że dowody te pozostają w sprzeczności z treścią dowodów przedstawionych przez Komisję dla celów ustalenia, iż dopuszczono się naruszenia¹⁶⁴.

277. Jestem zatem zdania, że zarzut czwarty odwołania zasługuje na uwzględnienie choćby z tych względów przedstawionych tytułem uzupełnienia.

F – W przedmiocie piątego zarzutu odwołania: jurysdykcja Komisji

1. Główne argumenty stron

278. Poprzez zarzut piąty odwołania Intel, wspierany przez ACT, podnosi, że Sąd naruszył prawo stwierdzając właściwość Komisji do zastosowania art. 102 TFUE w odniesieniu do porozumień zawartych przez Intela z Lenovo w latach 2006 i 2007 (zwanym dalej, odpowiednio, „porozumieniem z 2006 r.” i „porozumieniem z 2007 r.” lub łącznie „porozumieniami z Lenovo”). Z jednej strony porozumienie z 2006 r. miało na celu skłonienie Lenovo, poprzez przyznanie zachęty finansowej, do opóźnienia wprowadzenia na rynek światowy produktów opartych na procesorach od AMD (i ostatecznie rezygnacji z wprowadzenia ich na rynek)¹⁶⁵. Z drugiej strony porozumienie z 2007 r. odnosiło się do rabatów oferowanych przez Intela pod warunkiem, że Lenovo zdecyduje się pokrywać zapotrzebowanie na CPU do swoich komputerów przenośnych wyłącznie u Intela¹⁶⁶. Wnosząca odwołanie podnosi, że bezpodstawne ograniczenia i rabaty, w zakresie dotyczącym Lenovo, nie zostały wprowadzone w życie w EOG ani nie wywoływały istotnego, natychmiastowego czy przewidywalnego skutku na tym obszarze.

279. Komisja uważa, że zarzut piąty odwołania jest bezzasadny: Sąd nie popełnił błędu, twierdząc, iż była ona uprawniona do zastosowania art. 102 TFUE w odniesieniu do porozumień z Lenovo. Komisja podnosi, że na gruncie prawa międzynarodowego publicznego właściwość może być ustalona w oparciu o szereg czynników, pod warunkiem, że istnieje wystarczające powiązanie pomiędzy zarzucanym zachowaniem a właściwymi przepisami obowiązującymi na danym terytorium. W tym względzie kryterium wprowadzenia w życie oraz kryterium „kwalifikowanych” skutków to jedynie dwa możliwe sposoby służące ustaleniu takiego powiązania. Komisja jest zdania, że zastosowanie tych kryteriów w zaskarżonym wyroku nie pociągnęło za sobą naruszenia prawa.

164 Wyrok z dnia 2 października 2003 r., Thyssen Stahl/Komisja, C-194/99 P, EU:C:2003:527, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo.

165 Sporna decyzja, motyw 560.

166 Sporna decyzja, motyw 561.

2. Analiza

280. Niniejszy zarzut w żadnym wypadku nie jest mniej istotny od tych dotychczas przeanalizowanych. Stanowi on dla Trybunału dobrą okazję do uściślenia linii orzeczniczej wywodzącej się z wyroku ICI, następnie rozwiniętej w wyroku Celuloza¹⁶⁷, i dotyczącej terytorialnego zakresu stosowania prawa konkurencji Unii. Umożliwi to Trybunałowi dopracowanie tej linii orzeczniczej i dostosowanie jej do aktualnych warunków, dla których typowe są gospodarki zglobalizowane, zintegrowane rynki i złożona struktura handlu.

281. Warto w tym miejscu pamiętać o dalej idących konsekwencjach, jakie mogą wynikać z orzeczenia Trybunału. Nadmiernie rozszerzająca wykładnia przepisów dotyczących właściwości terytorialnej nadal bowiem budzi kontrowersje z punktu widzenia prawa międzynarodowego publicznego, które należy interpretować w sposób spójny z prawem Unii¹⁶⁸. Warto zatem umieścić ten zarzut odwołania w szerszym kontekście.

282. Ogólnie rzecz biorąc, właściwość ta ma (przynajmniej) trzy różne postaci: jurysdykcji ustawodawczej (do stanowienia prawa), wykonawczej (egzekucyjnej) oraz sądowniczej (do wydawania orzeczeń sądowych). Intel kwestionuje właściwość Komisji do stosowania prawa konkurencji Unii w odniesieniu do jednostronnego zachowania będącego wynikiem porozumień, które bez wątpienia wywołują skutki o zasięgu wykraczającym poza terytorium Unii Europejskiej. Przedmiotem niniejszego postępowania nie jest zatem fizyczne egzekwowanie przepisów poza terytorium UE, a więc kwestia, z którą z perspektywy prawa międzynarodowego publicznego wiąże się szereg trudności.

283. Pragnę także zauważyć, że prawo międzynarodowe publiczne dopuszcza w określonych przypadkach wykonywanie przez państwa swojej właściwości poza ich terytorium. Jednakże chociaż nie jest to oczywiście wiążące *per se*¹⁶⁹, wzajemne uznawanie zakresów jurysdykcji zarówno Unii Europejskiej, jak i zainteresowanych państw trzecich¹⁷⁰, czy też kurtuazja międzynarodowa, pozwalają zasugerować, że przy podnoszeniu twierdzenia o jurysdykcji sięgającej poza terytorium wymagana jest powściągliwość. Nie dziwi fakt, że sama Unia Europejska sprzeciwia się takiemu ekstraterytorialnemu stosowaniu przepisów prawnych państw trzecich, w sytuacji gdy uważa takie działanie za niezgodne z prawem¹⁷¹.

284. Z analizy orzecznictwa Trybunału wynika, że stosowanie prawa Unii odbywa się przy założeniu odpowiedniego powiązania z terytorium UE¹⁷². W ten sposób zapewnia się zgodność z podstawową zasadą terytorialności na gruncie prawa międzynarodowego publicznego. Nie jest wcale rzadkością, że państwo lub organizacja międzynarodowa podczas wykonywania swoich władczych kompetencji uwzględnia okoliczności, które mają lub miały miejsce poza ich właściwością terytorialną¹⁷³.

167 Zobacz wyrok z dnia 27 września 1988 r., Ahlström Osakeyhtiö i in./Komisja, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, od 125/85 do 129/85, EU:C:1988:447 (zwany wyrokiem „Celuloza”).

168 Zobacz między innymi wyrok z dnia 24 listopada 1992 r., Poulsen i Diva Navigation, C-286/90, EU:C:1992:453 (zwany „wyrokiem Poulsen”), pkt 9.

169 Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 29 czerwca 2006 r., SGL Carbon/Komisja, C-308/04 P, EU:C:2006:433, pkt 34.

170 Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 14 lipca 1972 r., Geigy/Komisja, 52/69, EU:C:1972:73, pkt 11.

171 Odnoszę się tutaj w szczególności do rozporządzenia Rady (WE) nr 2271/96 z dnia 22 listopada 1996 r. zabezpieczającego przed skutkami eksterytorialnego stosowania ustawodawstwa przyjętego przez państwo trzecie oraz działaniami opartymi na nim lub z niego wynikającymi (Dz.U. 1996, L 309, s. 1, w szczególności motywy trzeci i czwarty).

172 Zobacz między innymi wyroki: Poulsen, pkt 28; z dnia 29 czerwca 1994 r., Aldewereld, C-60/93, EU:C:1994:271, pkt 14; z dnia 9 listopada 2000 r., Ingmar, C-381/98, EU:C:2000:605, pkt 25; z dnia 24 czerwca 2008 r., Commune de Mesquer, C-188/07, EU:C:2008:359, pkt 60–63; z dnia 21 grudnia 2011 r., Air Transport Association of America i in., C-366/10, EU:C:2011:864 (zwany dalej „wyrokiem ATAA”), pkt 125; z dnia 13 maja 2014 r., Google Spain i Google, C-131/12, EU:C:2014:317, pkt 54 i 55. Zobacz także wyrok z dnia 23 kwietnia 2015 r., Zuchtvieh-Export, C-424/13, EU:C:2015:259, pkt 56.

173 Zobacz opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Air Transport Association of America i in., C-366/10, EU:C:2011:637, pkt 148 i 149.

285. Z istniejącego orzecznictwa Trybunału wynika, że prawo konkurencji Unii jest stosowane w oparciu o wymóg odpowiedniego powiązania z terytorium UE, czy to w formie obecności na nim spółki zależnego, czy też wprowadzenia w życie zachowania antykonkurencyjnego na tym terytorium. Jednakże we wcześniej rozpatrywanych sprawach powiązanie to było bardziej widoczne niż w przedmiotowej sprawie.

286. W niniejszej sprawie Sąd uznał, że roszczenie sobie właściwości można oprzeć na dwojakiego rodzaju kryteriach: kryterium wprowadzenia w życie oraz kryterium kwalifikowanych skutków praktyk na terenie EOG¹⁷⁴. Zdaniem tego sądu zastosowanie obu tych kryteriów doprowadziło do wyciągnięcia tego samego wniosku, zgodnie z którym należy przyjąć, że Komisji posiadała kompetencje do wydania rozstrzygnięcia w odniesieniu do porozumień zawartych z Lenovo¹⁷⁵.

287. W dalszej części rozpocznę od wyjaśnienia mojego stanowiska w przedmiocie kwestii powierzonych organom publicznym Unii uprawnieniom do egzekwowania jej reguł konkurencji¹⁷⁶. W dalszej kolejności przedstawię powody, dla których uważam, że niniejszy zarzut odwołania jest uzasadniony.

a) Uwagi ogólne: wprowadzenie w życie czy też skutki?

288. Pierwsza kwestia, którą pragnę poruszyć, jest prosta i oczywista. Punktem wyjścia dla ustalenia, czy Komisja może stosować reguły konkurencji Unii w odniesieniu do określonego zachowania, powinno być brzmienie art. 101 TFUE i 102 TFUE. O ile cel tych przepisów daleki jest od przyznania Komisji *carte blanche* dla stosowania prawa konkurencji Unii w odniesieniu do zachowania niezależnie od tego, gdzie ono występuje i czy istnieje jakiegokolwiek wyraźne powiązanie pomiędzy nim a terytorium UE, przepisy te dotyczą zbiorowego lub jednostronnego zachowania o charakterze antykonkurencyjnym *w ramach rynku wewnętrznego*: art. 101 TFUE zakazuje porozumień lub praktyk, „których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego”, a z kolei art. 102 TFUE zakazuje „nadużywania[a] [...] na rynku wewnętrznym”.

289. Wspomniane postanowienia zawierają więc w sobie jasną zasadę jurysdykcyjną dotyczącą stosowania reguł konkurencji Unii. Chociaż brzmienie art. 102 TFUE jest nieco mniej jasne, w art. 101 TFUE wskazano bardzo wyraźnie, że postanowienie to ma zastosowanie do wszelkich zachowań wywołujących *antykonkurencyjne skutki* na rynku wewnętrznym.

290. Ponadto, podobnie jak Komisja, wyroku Celuloza nie rozumiem w taki sposób, jakoby implikował on, że *wprowadzenie w życie* ma stanowić jedyne właściwe kryterium jurysdykcyjne. Jestem raczej zdania, że w sytuacji gdy zachowanie antykonkurencyjne jest wprowadzane w życie w Unii Europejskiej, zastosowanie art. 101 TFUE i 102 TFUE jest poza wszelką wątpliwością. Innymi słowy, bezdyskusyjny jest fakt, że zachowanie wprowadzone w życie w Unii Europejskiej może wywoływać skutki na rynku wewnętrznym i, w związku z tym musi być objęte kontrolą na gruncie reguł konkurencji Unii. Kryterium wprowadzenia w życie jest więc silnie związane z zasadą terytorialności, efektem czego, jeżeli jest ono spełnione, stanowić czynnik decydujący przy stwierdzenia przysługującej Komisji kompetencji do stosowania rzeczonych reguł w odniesieniu do określonego zachowania¹⁷⁷.

174 Zaskarżony wyrok, pkt 231–236, 244.

175 Zaskarżony wyrok, pkt 296, 310.

176 W niniejszej opinii przedmiotem moich rozważań nie będzie właściwość sądów Unii Europejskiej do orzekania w sprawach dotyczących egzekwowania reguł konkurencji Unii z powództwa prywatnego ani też uprawnienia prawodawcy Unii do stanowienia prawa w sprawach dotyczących konkurencji.

177 Zobacz wyrok Celuloza, pkt 16, 18.

291. W tym względzie nieistotny jest fakt, że jedynie część rozpatrywanego zachowania ma miejsce w Unii Europejskiej¹⁷⁸. W wyroku Celuloza przedmiotem rozważań Trybunału był szereg praktyk mających na celu ustalanie cen celulozy – co zdaniem Komisji było niezgodne z obecnym art. 101 TFUE – które zostały przyjęte przez zagranicznych producentów celulozy poza terytorium (obecnej) Unii. W tym kontekście Trybunał wyjaśnił, dlaczego to raczej wprowadzenie w życie, a nie zawarcie czy utworzenie kartelu lub powiązanej praktyki miało istotne znaczenie dla ustalenia właściwości. Gdyby zakazy przewidziane w traktatach miały mieć zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy utworzenie kartelu miało miejsce w ramach terytorium UE, stanowiłoby to dla przedsiębiorstw prosty sposób na pominięcie stosowania reguł konkurencji Unii. W tamtej sprawie kryterium wprowadzenia w życie zostało spełnione ze względu na sprzedaż bezpośrednią produktów objętych kartelem: zainteresowane przedsiębiorstwa dokonywały sprzedaży bezpośredniej celulozy nabywcom w Unii Europejskiej¹⁷⁹.

292. W przeciwieństwie do Intela nie uważam jednak, że za spełniającą kryterium wprowadzenia w życie dla celów orzecznictwa opartego na wyroku Celuloza można uznać wyłącznie sprzedaż bezpośrednią w Unii Europejskiej. W potocznym rozumieniu „wprowadzenie w życie” oznacza wykonanie lub realizację. Aby wspomniane kryterium mogło zostać spełnione, jednym z niezbędnych elementów składowych zachowania antykonkurencyjnego jest więc to, by miało ono miejsce w Unii Europejskiej. Ustalenie, tak było, zależy głównie od charakteru, formy i zakresu danego zachowania. Dokonanie oceny bezprawnego zachowania w danym konkretnym przypadku jest konieczne do tego, aby móc zweryfikować, czy zachowanie to zostało wprowadzone w życie w Unii Europejskiej. Nie jestem na przykład przekonany co do tego, czy pośrednia sprzedaż danego produktu nigdy nie może zostać uznana za wprowadzanie w życie¹⁸⁰. W moim przekonaniu zależy to od indywidualnych okoliczności danej sprawy. Do elementów, które należy wziąć pod uwagę w tym kontekście można zaliczyć na przykład kwestia tego, czy jedno z przedsiębiorstw, które objęły produkt kartelem i przedsiębiorstwo, które włączyło go do innego produktu sprzedawanego następnie w Unii, stanowią jeden podmiot gospodarczy lub, w przeciwnym wypadku, kwestia tego, czy istnieją inne korporacyjne lub strukturalne powiązania pomiędzy tymi przedsiębiorstwami.

293. Podsumowując tę kwestię, w sytuacji gdy istnieje wewnętrzny element zachowania, zachowanie zbiorowe lub jednostronne jest wprowadzane w życie na rynku wewnętrznym – co bez wątplenia pociąga za sobą zastosowanie art. 101 TFUE i 102 TFUE¹⁸¹. Innymi słowy, chodzi o sytuację, w której część składowa bezprawnego zachowania jest wykonywana, stosowana lub wprowadzana w życie na rynku wewnętrznym ze względu na to, że jeden z istotnych elementów składowych tego zachowania ma miejsce właśnie na tym rynku.

294. Jednakże gdyby wprowadzenie w życie uznać za jedyne kryterium jurysdykcyjne skutkujące zastosowaniem reguł konkurencji Unii, wiele typów zachowań, których cel lub skutek z łatwością można by uznać za zapobiegający konkurencji na rynku wewnętrznym, ograniczający ją lub zakłócający, nie byłoby objętych zakresem zastosowania tych reguł. Mam tu na myśli zachowanie charakteryzujące się bezprawnym zaniechaniem, takie jak odmowa zawarcia umowy lub bojkot. Jak wspomniano w pkt 288 i 289 powyżej, taka wykładnia art. 101 TFUE i 102 TFUE byłaby sprzeczna z brzmieniem tych postanowień.

178 Z moich obserwacji wynika, że Trybunał przyjmował takie podejście w szeregu spraw, w których stosowanie właściwych przepisów prawa Unii kwestionowane było przez pewne podmioty prywatne ze względu na rzekomy skutek poza terytorium Wspólnoty: zob. wyroki: z dnia 24 listopada 1992 r., Poulsen i Diva Navigation, C-286/90, EU:C:1992:453; z dnia 21 grudnia 2011 r., Air Transport Association of America i in., C-366/10, EU:C:2011:864, a także z dnia 13 maja 2014 r., Google Spain i Google, C-131/12, EU:C:2014:317).

179 Wyrok Celuloza, pkt 12–18.

180 Zajmuję więc w tej kwestii odmienne stanowisko niż rzecznik generalny M. Wathelet. Zobacz opinia rzecznika generalnego M. Watheleta w sprawie InnoLux/Komisja, C-231/14 P, EU:C:2015:292, pkt 46.

181 Porównaj V. Lowe, C. Staker, Jurisdiction, w: ed. M.D. Evans, *International Law*, wyd. 3., Oxford University Press 2010, s. 322, 323.

295. W rzeczywistości kilku rzeczników generalnych sugerowało już, aby Trybunał przyjął w zakresie prawa konkurencji w odniesieniu do jurysdykcji podejście oparte na skutkach¹⁸². Jak dotąd Trybunał nie poparł ani nie odrzucił wyraźnie takiego podejścia¹⁸³.

296. W świetle powyższego uważam, że Trybunał powinien wyraźnie odnieść się do tej kwestii w niniejszej sprawie i, zgodnie z sugestią rzeczników generalnych, o których mowa w punkcie poprzednim, przyjąć w odniesieniu do zastosowania art. 101 TFUE i 102 TFUE podejście oparte na skutkach.

297. Nie jest kwestią rozstrzygającą, czy takie podejście opiera się na (szerokim) pojęciu terytorialności, czy też, przeciwnie, wiąże się z pewnego rodzaju możliwością zastosowania przepisów unijnych poza terytorium Unii¹⁸⁴. Kluczowe znaczenie ma natomiast to, czy, z zastrzeżeniem spełnienia określonych warunków, skutki stanowią kryterium jurysdykcyjne, które, jeżeli chodzi o ten rodzaj prawodawstwa, może zostać co do zasady zaakceptowane na mocy przepisów prawa międzynarodowego publicznego¹⁸⁵ oraz stosuje się je w wielu jurysdykcjach na całym świecie¹⁸⁶. W doktrynie prawnej często przyjmuje się bowiem, że jakiegokolwiek kontrowersje związane z jego akceptowalnością należą, na chwilę obecną, do przeszłości¹⁸⁷.

298. W tym kontekście warto zauważyć, że szereg innych przepisów prawa Unii reguluje kwestię zachowania za granicą, jakiego dopuszczają się podmioty niebędące obywatelami państwa członkowskiego UE czy też niebędące fizycznie ani prawnie obecne w Unii, z uwagi na skutek, jaki to zachowanie wywołuje na rynku wewnętrznym. Dotyczy to przykładowo szeregu przepisów regulujących transakcje na instrumentach finansowych lub zachowania gospodarcze innego rodzaju¹⁸⁸.

299. Nie oznacza to jednak, że reguły konkurencji Unii podlegają zastosowaniu niezależnie od tego, jak nieznacny jest dany skutek, czy też jak bardzo pośredni ma on charakter. W warunkach zglobalizowanej gospodarki zachowanie, które ma miejsce w dowolnym miejscu na świecie, na przykład w Chinach, niemal na pewno wywoła jakiegoś rodzaju skutek w Unii Europejskiej. Niemniej jednak zastosowanie art. 101 TFUE i 102 TFUE nie może opierać się na zbyt odległym czy też czysto hipotetycznym powiązaniu lub skutku.

300. Uważam, że szczególnie istotne jest zachowanie powściągliwości przy ustalaniu właściwości w odniesieniu do zachowania, które, ściśle rzecz ujmując, nie miało miejsca na terenie Unii Europejskiej. W celu zachowania zgodności z określoną formą kurtuazji międzynarodowej oraz, w tym samym duchu, w celu zapewnienia przedsiębiorstwom możliwości prowadzenia działalności

182 Aby zapoznać się ze stanowiskami popierającymi podejście oparte na skutkach, zob. w szczególności opinia rzecznika generalnego H. Mayrasa w sprawie Imperial Chemical Industries/Komisja, 48/69, EU:C:1972:32, pkt 693 i nast.; opinia rzecznika generalnego M. Darmona w sprawach połączonych Ahlström Osakeyhtiö i in./Komisja 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, od 125/85 do 129/85, EU:C:1988:258 (zwana dalej „opinią w sprawie Celuloza”), pkt 19 i nast. W podobnym duchu opinia rzecznika generalnego M. Watheleta w sprawie Innolux/Komisja, C-231/14 P, EU:C:2015:292, pkt 49 i nast.

183 Strony szczegółowo omówiły kwestię tego, czy ostatni wyrok z dnia 9 lipca 2015 r., InnoLux/Komisja, C-231/14 P, EU:C:2015:451, wspiera takie podejście, nawet jeśli tylko w sposób dorozumiany. Jednakże w moim rozumieniu Trybunał postanowił nie zajmować stanowiska w kwestii właściwości, uznając ją za nieistotną dla rozstrzygnięcia sprawy. Zobacz pkt 71–73 wyroku.

184 Kwestia ta jest bowiem przedmiotem debaty w doktrynie prawnej: zob. między innymi International Bar Association, *Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction*, 2009, s. 12, 13.

185 Zobacz *OECD Revised recommendation of the Council Concerning Cooperation between Member countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade*, 1995, dokument dostępny na stronie internetowej pod adresem: <https://www.oecd.org/daf/competition/21570317.pdf>. Zobacz także opinia w sprawie Celuloza, pkt 19–31; wyrok z dnia 25 marca 1999 r., Gencor/Komisja, T-102/96, EU:T:1999:65, pkt 90.

186 Zobacz na przykład International Bar Association, *Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction*, 2009, s. 39–77.

187 Zobacz między innymi, F. Wagner-von Papp, *Competition Law, Extraterritoriality & Bilateral Agreement*, w: *Research handbook on International Competition Law*, Edward Elgar Publishing 2012, s. 41 i kolejne odesłania.

188 Aby zapoznać się z tymi przepisami oraz ich krytyczną oceną, zob. J. Scott, *The New EU „Extraterritoriality”*, *Common Market Law Review*, vol. 51, Wolters Kluwer Law and Business 2014, s. 1343–1380.

w przewidywalnych ramach prawnych, skutek zarzucanego działania może bowiem stanowić kryterium jurysdykcyjne wyłącznie pod warunkiem zachowania dużej ostrożności. Jest to szczególnie istotne w dzisiejszych czasach. Na całym świecie funkcjonuje ponad 100 organów krajowych i ponadnarodowych, które uważają się za właściwe w kwestiach praktyk antykonkurencyjnych.

301. Jak stwierdził Sąd w wyroku *Gencor/Komisja* (T-102/96, EU:T:1999:65), uzasadnienie zastosowania reguł konkurencji Unii do jakiegoś konkretnego zachowania możliwe jest wyłącznie w sytuacji gdy zachowanie to wywołuje natychmiastowy, istotny i przewidywalny skutek na rynku wewnętrznym¹⁸⁹. Można w tym miejscu zwrócić uwagę na oczywiste podobieństwo do reguł konkurencji mających zastosowanie w Stanach Zjednoczonych Ameryki (zwanymi dalej „Stanami Zjednoczonymi”): sekcja 1 Sherman Act (amerykańskiej ustawy Shermana) ustanawia powszechny zakaz podejmowania działań powstrzymujących rozwój handlu bez jakichkolwiek ograniczeń geograficznych. Z tego względu w 1982 r. Kongres Stanów Zjednoczonych uchwalił Foreign Trade Antitrust Improvement Act (zwaną dalej „ustawą FTAIA”)¹⁹⁰ w celu wyjaśnienia kwestii (i możliwe ograniczenia) zastosowania ustawy Shermana poza terytorium amerykańskim. Ustawa FTAIA stanowi między innymi, że, co do zasady, przepisy antymonopolowe obowiązujące w Stanach Zjednoczonych nie mają zastosowania do zachowania stwierdzonego za granicą – chyba że zachowanie to wywołuje bezpośredni, istotny i racjonalnie przewidywalny skutek w Stanach Zjednoczonych. W wyroku *Empagran* Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych – dokonując wykładni ustawy Shermana oraz ustawy FTAIA – wskazał, że nieuzasadnione było zastosowanie przepisów obowiązujących w Stanach Zjednoczonych do zachowania stwierdzonego za granicą, w sytuacji gdy zarzucana szkoda będąca wynikiem tego zachowania powstała niezależnie od jakiegokolwiek szkody wyrządzonej w kontekście krajowym¹⁹¹.

302. Podobne zasady powinny przyświecać Trybunałowi przy dokonywaniu wykładni i stosowaniu art. 101 TFUE i 102 TFUE do zbiorowego lub jednostronnego zachowania przedsiębiorstw umiejscowionego całkowicie poza granicami Unii Europejskiej. W moim przekonaniu zachowanie tego rodzaju wchodzi w zakres zastosowania tych postanowień wyłącznie wówczas, gdy możliwe jest wykazanie jego bezpośredniego (lub natychmiastowego), istotnego i przewidywalnego skutku antykonkurencyjny na rynku wewnętrznym. Wspomniane kryterium skutków „kwalifikowanych” (oznaczające w moim rozumieniu to, że skutki te są wystarczająco odczuwalne, aby uzasadnić jurysdykcję Komisji) nie jest spełnione, w sytuacji gdy na przykład skutek w Unii Europejskiej ma charakter czysto hipotetyczny lub, w każdym razie, ma on niewielkie znaczenie. Nie jest ono także spełnione wówczas, gdy danemu przedsiębiorstwu nie można zarzucić zakłócenia konkurencji na rynku wewnętrznym, gdyż wspomniane szkodliwe skutki nie były dla tego przedsiębiorstwa przewidywalne.

303. Brzmienie art. 101 TFUE i 102 TFUE nie uzasadnia zastosowania przez Komisję reguł konkurencji Unii w odniesieniu do zachowania, które nie wywołuje żadnego „kwalifikowanego” skutku na terytorium Unii Europejskiej. Przeciwnie twierdzenie byłoby także problematyczne w świetle przepisów prawa międzynarodowego publicznego. Nadmierne rozszerzenie zakresu stosowania reguł konkurencji Unii wiązałoby się z ryzykiem ingerencji w suwerenne interesy innych państw i byłoby trudne do egzekwowania pod względem prawnym i praktycznym¹⁹². Powodowałoby także sytuacje, w których w znacznie większym stopniu jurysdykcje czy polityki poszczególnych państw pokrywałyby się ze sobą, zwiększając tym samym niepewność z punktu widzenia przedsiębiorstw oraz ryzyko zastosowania do tego samego zachowania sprzecznych ze sobą przepisów (lub rozstrzygnięć) sądowych. Wreszcie, może

189 Zaskarżony wyrok, pkt 243.

190 15 U.S.Code, title 15, chapter 1, §6a.

191 Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, *Hoffmann-La Roche Ltd. przeciwko Empagran S.A.*, 124 S.Ct. 2359 (2004).

192 Właśnie z takich powodów instytucje UE zawarły umowy z władzami szeregu krajów spoza Unii Europejskiej w celu utworzenia form współpracy w dziedzinie prawa konkurencji. Przykładowo przynajmniej aż dwie tego rodzaju umowy zostały zawarte z rządem Stanów Zjednoczonych, a interesujące jest to, że przedmiotem obu tych umów jest kwestia jurysdykcji. Aby zapoznać się z tekstami tych umów oraz dalszymi odniesieniami: zob. <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral>.

to powodować powstanie problemu na gruncie zasady dobrej administracji: jaki byłby interes w egzekwowaniu reguł prawa Unii w odniesieniu do zachowania, które nie wywołuje żadnego istotnego skutku w Unii Europejskiej? Czy stanowiłoby to efektywne i odpowiednie wykorzystanie ograniczonych zasobów Unii Europejskiej?

304. W świetle powyższego uważam, że Sądowi nie można zarzucać, jak czyni to Intel, zbadania kompetencji Komisji do zastosowania art. 102 TFUE zarówno w kontekście kryterium wprowadzenia w życie, jak i kryterium skutków „kwalifikowanych”. Na pewno bardziej logicznym rozwiązaniem byłoby dokonanie w pierwszej kolejności oceny tego, czy zachowanie Intela zostało wprowadzone w życie w Unii Europejskiej, i tylko wówczas, gdyby tak nie było – zbadanie, czy zachowanie to mimo wszystko wywoływało skutki „kwalifikowane” na rynku wewnętrznym.

305. Niemniej jednak fakt, iż Intel nie zakwestionował kompetencji Komisji w toku postępowania administracyjnego – co podkreśla Sąd w pkt 246 zaskarżonego wyroku – nie ma znaczenia dla sprawy. Jak konsekwentnie twierdzi Trybunał, zakresem przewidzianej w art. 263 TFUE kontroli zgodności z prawem objęta jest całość elementów wydanych przez Komisję decyzji w postępowaniach prowadzonych w zastosowaniu art. 101 TFUE i 102 TFUE, których pogłębioną pod względem prawnym i faktycznym kontrolę w świetle przedstawionych przez skarżące w pierwszej instancji zarzutów zapewnia Sąd i biorąc pod uwagę cały materiał dowodowy przedłożony przez skarżące, niezależnie od tego, czy jest on wcześniejszy lub późniejszy od wydanej decyzji, czy został wcześniej przedstawiony w postępowaniu administracyjnym lub po raz pierwszy w ramach rozpatrywanej przez Sąd skargi w zakresie, w jakim dowody te są istotne dla kontroli zgodności z prawem decyzji Komisji¹⁹³.

306. Podsumowując, ramy prawne zastosowane przez Sąd nie mogą zostać skutecznie zakwestionowane. Niemniej jednak zastosowanie w zaskarżonym wyroku wspomnianych kryteriów jurysdykcyjnych w odniesieniu do zarzucanych nadużyć, mających swoje źródło w porozumieniach z Lenovo wymaga przedstawienia następujących uwag krytycznych.

b) W przedmiocie oceny zastosowania przez Sąd właściwych kryteriów jurysdykcyjnych

307. Rozpocznę od analizy ustaleń poczynionych przez Sąd odnośnie do wprowadzenia w życie w EOG bezpodstawnych ograniczeń i rabatów za wyłączność, mających swoje źródło w porozumieniach z Lenovo.

i) W przedmiocie wprowadzenia w życie

308. W zaskarżonym wyroku¹⁹⁴ Sąd stwierdził, że porozumienia z Lenovo w zamierzeniu miały być przez Lenovo wprowadzone w życie na całym świecie, w tym w EOG. W świetle tych porozumień Intel nie mógł skutecznie twierdzić, że nie miał wpływu na korzystanie przez Lenovo z CPU Intela. Ponadto Intel miał świadomość, że Lenovo był obecny na rynku wewnętrznym i sprzedawał na nim swoje komputery przenośne.

309. Uważam, że ten tok rozumowania jest błędny pod względem prawnym. Gdyby Komisja doszła do wniosku, że Intel wspólnie z Lenovo dopuścili się naruszenia art. 101 TFUE, słusznym byłoby zbadanie przez Sąd, czy celem zawartych przez te przedsiębiorstwa porozumień było wprowadzenie ich w życie w EOG przez którąkolwiek ze stron. Jednakże sporna decyzja dotyczy zachowania, które Komisja zaskarżyła w trybie art. 102 TFUE: jednostronnego zachowania Intela. W związku z tym to właśnie rzeczony zachowanie jednostronne – zarzucane nadużycie – musi być wprowadzone w życie w EOG.

¹⁹³ Zobacz wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., Galp Energía España i in./Komisja, C-603/13 P, EU:C:2016:38, pkt 72.

¹⁹⁴ Zaskarżony wyrok, pkt 310–314.

310. Zaskarżony wyrok w żadnym punkcie nie zawiera jednak odniesienia do zachowania zainicjowanego lub realizowanego przez Intela na terytorium EOG w celu wprowadzenia w życie ustaleń poczynionych w treści porozumień z Lenovo. Nie stanowi to zaskoczenia. Wspomniane porozumienia, zawarte pomiędzy spółką ze Stanów Zjednoczonych i spółką z Chin, dotyczyły sprzedaży CPU wyprodukowanych i sprzedawanych poza terytorium Unii, przeznaczonych do zainstalowania w komputerach wyprodukowanych w Chinach. Ograniczenie możliwości sprzedaży CPU na rynku chińskim wprowadzono wyłącznie w odniesieniu do AMD, innej spółki z siedzibą w Stanach Zjednoczonych.

311. Zamiast skupić się na potencjalnym wprowadzeniu w życie przez Intela, Sąd skoncentrował się na zachowaniu klienta na rynku niższego szczebla w celu ustalenia powiązania z terytorium EOG. Sam fakt, że Lenovo powstrzymywał się, przez określony okres, od sprzedaży pewnego modelu komputera na poziomie światowym, w tym potencjalnie w EOG, stanowił dla Sądu przykład wprowadzenia w życie nadużyć, których dopuścił się Intel.

312. Ten tok rozumowania nie jest przekonujący. Poprzez powiązanie wprowadzenia w życie z zachowaniem klienta przedsiębiorstwa, któremu zarzuca się naruszenie art. 102 TFUE, niemal każde zachowanie – niezależnie od tego, jak luźny jest jego związek z terytorium UE – można by interpretować jako objęte jurysdykcją Komisji ustaloną w oparciu o kryterium wprowadzenia w życie. Pozostałe elementy brane pod uwagę przez Sąd są równie nieprzekonujące. Po pierwsze, sam fakt, że Intel miał wpływ na sposób, w jaki Lenovo wykorzystuje CPU Intela, nie wydaje mi się istotny w tym względzie. Wniosek mógłby być odmienny, gdyby Lenovo miał jakieś powiązania korporacyjne lub strukturalne z Intel. Po drugie, w moim przekonaniu fakt, że Intel miał świadomość obecności Lenovo na rynku wewnętrznym i prowadzenia przezeń sprzedaży komputerów przenośnych na tym rynku także nie ma większego znaczenia. Pragnę raz jeszcze podkreślić, że znamion bezprawności nie miała sprzedaż komputerów przenośnych, tylko wykluczenie AMD z rynku CPU. Sama świadomość istnienia klienta w EOG nie może być postrzegana jako przykład wprowadzenia w życie nadużyć na rynku wyższego szczebla.

313. W świetle elementów wskazanych w zaskarżonym wyroku nie jestem więc przekonany co do tego, czy można uznać zarzucane Intelowi nadużycie za wprowadzone w życie w EOG w rozumieniu wyroku Celuloza. Nie dostrzegam w rozpatrywanym zachowaniu niczego, co można by było uznać za działania wprowadzone w życie, wykonane lub wdrożone na rynku wewnętrznym.

314. Nie wyklucza to jednak możliwości wywoływania przez zachowanie Intela skutków antykonkurencyjnych na rynku wewnętrznym, które objęte są zakresem zastosowania art. 102 TFUE. Przejdę więc teraz do ustaleń dokonanych przez Sąd w przedmiocie kwalifikowanych skutków nadużycia Intela w EOG.

ii) W przedmiocie skutków „kwalifikowanych”

315. W zaskarżonym wyroku¹⁹⁵ Sąd w pierwszej kolejności wyjaśnił, że kryterium, jakie należało zastosować, dotyczyło tego, czy zachowanie Intela mogło wywoływać natychmiastowe, istotne i przewidywalne skutki na rynku wewnętrznym. Zdaniem tego sądu nie oznacza to, że skutki na rynku muszą być rzeczywiste, a jedynie – że można z wystarczającym prawdopodobieństwem wykazać, iż rozpatrywane zachowanie może wywoływać skutek, który jest znaczny i odczuwalny na tym rynku. Następnie Sąd poddał osobnej analizie skutki dwóch rodzajów zachowań.

¹⁹⁵ Zaskarżony wyrok, pkt 250–258, 283–297.

316. Co się tyczy bezpodstawnych ograniczeń, Sąd zauważył, że prognozowana wielkość sprzedaży w regionie EBWA (Europy, Bliskiego Wschodu i Afryki) w czwartym kwartale 2006 r. w odniesieniu do dwóch modeli komputerów przenośnych objętych opóźnieniem wprowadzenia wynosiła 5400 i 4250 sztuk. Sąd dodał, że EOG stanowi ważną część tego regionu. Z uwagi na to, że Intel nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swojego twierdzenia, zgodnie z którym istniała możliwość, iż wszystkie wspomniane komputery były przeznaczone do sprzedaży na obszarach znajdujących się poza EOG, Sąd stanął na stanowisku, że skutki w EOG były przynajmniej potencjalne. Sąd ten w dalszej kolejności podniósł, że liczba sztuk objętych naruszeniem w regionie EBWA była niewielka, dodając jednak, że zachowanie Intelu stanowiło część jednolitego i ciągłego naruszenia¹⁹⁶. Sąd stwierdził także, że zachowanie Intelu miało wywołać natychmiastowe skutki w EOG (w sytuacji gdy komputery wyposażone w CPU produkcji AMD były przez pewien czas niedostępne) oraz skutki bezpośrednie (zachowanie Intelu dotyczyło bezpośrednio sprzedaży komputerów przez Lenovo)¹⁹⁷.

317. Co się tyczy rabatów za wyłączność, Sąd uznał skutki za mające charakter natychmiastowy, ponieważ nigdzie na świecie, w tym w EOG, nie oferowano komputerów przenośnych Lenovo wyposażonych w CPU x86 wyprodukowane przez konkurenta Intelu. Sąd dodał następnie, że ten skutek antykonkurencyjny był przewidywalny, a nawet – zamierzony przez Intelu. Co się tyczy istotnego charakteru skutku, Sąd wskazał, że rabaty za wyłączność składały się na jednolite i ciągłe naruszenie¹⁹⁸.

318. Tok rozumowania Sądu jest nie tylko zwięzły. Jest on również błędny pod względem prawnym.

319. W odniesieniu do obu typów zachowań, jedyny argument Sądu dotyczący istotnego charakteru skutku na rynku wewnętrznym jest taki, że stanowiły one część jednolitego i ciągłego naruszenia. Jednakże, jak wyjaśniono w pkt 179 i nast. powyżej, pojęcie jednolitego i ciągłego naruszenia jest jedynie zasadą proceduralną, mającą na celu złagodzenie ciężaru dowodu spoczywającego na organach ochrony konkurencji. Pojęcie to nie rozszerza – i nie może rozszerzać – zakresu zastosowania zakazów przewidzianych w traktatach.

320. Niemniej to właśnie uczynił Sąd w zaskarżonym wyroku. Zamiast zbadać to, czy poszczególne rabaty za wyłączność i bezpodstawne ograniczenia mogły wywoływać odczuwalny skutek antykonkurencyjny na rynku wewnętrznym, co powodowałoby zastosowanie art. 102 TFUE, Sąd jedynie połączył te zjawiska z zachowaniem, które miało miejsce w Unii Europejskiej, uznając je za jednolite i ciągłe naruszenie, którego skutek jest, zdaniem Sądu, istotny. W rezultacie dwa odrębne rodzaje zachowań stwierdzonych za granicą, które, co do zasady, mogły nie być każde z osobna objęte zakresem art. 102 TFUE, zostały nagle uznane za wchodzące w zakres jego zastosowania z uwagi na fakt, że zostały przeanalizowane wspólnie z innym zachowaniem jako element całościowego planu ograniczenia konkurencji.

321. Gdyby Sąd w sposób właściwy zastosował kryterium skutków „kwalifikowanych” (przeprowadzające ocenę tego, czy poszczególne typy zachowań objęte były właściwością Komisji), wynik analizy mógł być zgoła odmienny. Przykładowo sam Sąd stwierdził, że liczba komputerów objętych bezpodstawnymi ograniczeniami była „niewielka” oraz, że kwestią niejasną pozostało to, czy wszystkie te komputery – a może tylko część z nich – miały być sprzedawane w EOG. Co się tyczy tego ostatniego argumentu, muszą także wskazać inne naruszenie prawa, jakiego dopuścił się Sąd: jasne jest, że to do Komisji należy udowodnienie, iż skutki spornego zachowania na rynku wewnętrznym mogą być odczuwalne. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecnictwem ciężar udowodnienia, że

¹⁹⁶ Zaskarżony wyrok, pkt 290.

¹⁹⁷ Zaskarżony wyrok, pkt 277, 278.

¹⁹⁸ Zaskarżony wyrok, pkt 293–295.

w danej sprawie spełnione zostały wszystkie przesłanki wymagane dla zastosowania art. 101 TFUE i 102 TFUE spoczywa na Komisji¹⁹⁹. Błędem było więc zatem nałożenie na Intela obowiązku obalenia twierdzenia Komisji dotyczącego możliwości sprzedaży w EOG komputerów przeznaczonych do sprzedaży w znacznie szerszym regionie.

322. Niewątpliwie porozumienia z Lenovo wywoływały natychmiastowy i bezpośredni skutek, jeżeli przez te pojęcia należy rozumieć, że wspomniane porozumienia wywierały wpływ na zachowanie Lenovo odnośnie do zakupu CPU, a następnie – na sprzedaż komputerów przenośnych wymagających zainstalowania CPU x86. Niemniej jednak kluczową kwestią pozostaje to, czy skutki antykonkurencyjne wywołane przez te porozumienia były w EOG natychmiastowe i bezpośrednie. Innymi słowy, Sąd powinien był zadać pytanie: czy wspomniane porozumienia mogły w sposób natychmiastowy lub bezpośredni ograniczać możliwości konkurentów Intela w zakresie konkutowania w odniesieniu do CPU x86 w ramach rynku wewnętrznego? Sąd w ogóle nie zbadał tego aspektu. Stwierdził on jedynie, że rzeczony porozumienia wpływały na decyzje biznesowe Lenovo. Taki zaś skutek w zamierzeniu rodzi każde porozumienie handlowe.

323. Podobnie błędne rozumowanie przyjął Sąd w odniesieniu do przewidywalności skutków wywoływanych przez porozumienia z Lenovo. Także tym razem skupił się on na skutkach, jakie porozumienia te wywierały (lub miały wywierać) na decyzje handlowe Lenovo. W zaskarżonym wyroku nie została podniesiona kwestia przewidywalności antykonkurencyjnego skutku wspomnianych porozumień (rzekomo) wywołanego na rynku wewnętrznym.

324. W świetle elementów, do których odniesienia zawarto w zaskarżonym wyroku, jakkolwiek antykonkurencyjny skutek wywoływany przez porozumienia z Lenovo, daleki od natychmiastowego, istotnego i przewidywalnego, wydaje się raczej hipotetyczny, spekulacyjny i nieuzasadniony. Nie oznacza to jednak, że porozumienia z Lenovo nie wywoływały, czy też nie mogły wywoływać, jakiegokolwiek skutku kwalifikowanego na rynku wewnętrznym.

325. Z jednej strony uzasadnione obawy może budzić na przykład to, czy możliwe jest stwierdzenie, że zachowanie, które wpływało na sprzedaż kilku tysięcy komputerów w EOG, co stanowi niezwykle mały odsetek światowego rynku CPU, w bardzo krótkim okresie mogłoby wywoływać jakkolwiek natychmiastowy, istotny i przewidywalny skutek w EOG. Z drugiej strony nie można wykluczyć, że porozumienia z Lenovo mogły mieć istotny wpływ na długoterminową zdolność AMD do opracowywania, wytwarzania i wprowadzania CPU na rynki światowe, w tym w EOG. Patrząc z perspektywy Intela, wykluczenie jedyne go realnego konkurenta z rynku CPU można osiągnąć niezależnie od tego, czy środkiem do tego celu będą klienci prowadzący działalność w EOG czy też gdzie indziej. Zamierzony skutek pozostaje ten sam.

326. Niestety Sąd nie przeprowadził żadnej analizy tego rodzaju. Podstawowe pytanie, czy porozumienia z Lenovo mogły wywoływać jakkolwiek natychmiastowy, istotny i przewidywalny skutek antykonkurencyjny w EOG pozostaje więc bez odpowiedzi. Kwestia ta ma zaś kluczowe znaczenie w kontekście wydania orzeczenia w przedmiocie zastosowania art. 102 TFUE do nadużycia mającego być wynikiem wspomnianych porozumień.

327. Na podstawie powyższych rozważań twierzę, że Sąd naruszył prawo, stosując – w celu oddalenia argumentów Intela (i ACT) odnoszących się do braku jurysdykcji Komisji do zastosowania art. 102 TFUE w odniesieniu do nadużyć będących wynikiem porozumień z Lenovo – kryteria wprowadzenia w życie i „kwalifikowanych” skutków. W związku z tym zarzut piąty odwołania zasługuje na uwzględnienie.

¹⁹⁹ Zobacz art. 2 rozporządzenia nr 1/2003.

G – W przedmiocie zarzutu szóstego odwołania: kwota grzywny

1. Główne argumenty stron

328. Zarzut szósty odwołania dotyczy kwoty grzywny ustalonej w pierwszej instancji. Dzieli się on na dwie części. Po pierwsze, Intel podnosi, że grzywna jest nieproporcjonalna, niezależnie od jakiegokolwiek dalszego obniżenia wysokości grzywny w efekcie naruszeń prawa, jakich miał dopuścić się Sąd. Po drugie, Intel twierdzi, że Sąd naruszył prawo, stosując wytyczne z 2006 r. w odniesieniu do zachowania, które miało miejsce przed przyjęciem tych wytycznych. Zastosowanie z mocą wsteczną wytycznych z 2006 r. jako uzasadnienia dla grzywny opiewającej na kwotę ponad 50-krotnie wyższą niż ta przewidziana w przepisach obowiązujących w czasie, kiedy doszło w przeważającej mierze do danego zachowania pozostaje, jak twierdzi wnosząca odwołanie, w sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa Unii. W szczególności wnosząca odwołanie podaje w wątpliwość zgodność tego podejścia z art. 7 EKPC i art. 49 karty.

329. Komisja staje na stanowisku, że niniejszy zarzut odwołania należy częściowo odrzucić jako niedopuszczalny i częściowo oddalić jako bezskuteczny lub, ewentualnie, oddalić w całości jako bezzasadny.

2. Analiza

330. Wnosząca odwołanie podnosi niniejszy zarzut odwołania jako samodzielną podstawę uchylenia zaskarżonego wyroku. Zarzuca ona Sądowi naruszenie zasady proporcjonalności i błędne (z mocą wsteczną) zastosowanie przy ustalaniu przedmiotowej grzywny przezeń wytycznych Komisji z 2006 r. w sprawie metody ustalania grzywien.

331. Pierwsza część szóstego zarzutu odwołania dotyczy (nie)proporcjonalności grzywny nałożonej na Intel w spornej decyzji, której wysokość została następnie potwierdzona przez Sąd. Poprzez zarzut ten w istocie podniesiona została kwestia tego, jakie są właściwe parametry umożliwiające dokonanie oceny proporcjonalności grzywny nałożonej przez Komisję w ramach prowadzonych przez nią dochodzeń?

332. Nie jest to w żadnym wypadku kwestia nieciekawa. Co do zasady dotyczy ona samego sedna uprawnień przyznanych Komisji w zakresie prowadzenia dochodzeń i sankcjonowania naruszeń reguł konkurencji Unii. Ponadto wpływa ona na sposób, w jaki sądy Unii wykonują swoje nieograniczone kompetencje w kontekście ustalania grzywien.

333. Szczegółowa odpowiedź na to pytanie wymagałaby wzięcia pod uwagę szeregu delikatnych kwestii. Mam tu na myśli, w szczególności, wzajemne powiązanie pomiędzy skutkiem odstraszającym a wysokością grzywien, punkt odniesienia, jaki należy przyjąć przy obliczaniu proporcjonalności (czyli: proporcjonalność w odniesieniu do czego?) oraz limity, jakie na gruncie art. 49 ust. 3 karty mogą zostać określone dla grzywien nakładanych na przedsiębiorstwa, które dopuściły się naruszenia reguł konkurencji Unii.

334. Niestety niniejsze odwołanie nie umożliwia jednak prowadzenia dyskusji na tym polu. Oprócz pojedynczych uwag dotyczących nieproporcjonalnego charakteru grzywny, w szczególności w porównaniu do grzywien nałożonych we wcześniejszych sprawach dotyczących rabatów na gruncie art. 102 TFUE, wnosząca odwołanie nie wyjaśnia, w jaki sposób Sąd narusza zasadę

proporcjonalności²⁰⁰. Intel zwraca się jedynie do Trybunału z wnioskiem, aby Trybunał sam ustalił, jaka kara, jeżeli w ogóle, jest proporcjonalna, biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy.

335. W związku z powyższym, jak powszechnie wiadomo, nie jest obowiązkiem Trybunału zastąpienie własną, bardziej słuszną oceną dokonaną przez Sąd oceny wysokości grzywien. W wyjątkowych przypadkach, gdy Trybunał uzna, że poziom sankcji jest nie tylko niewłaściwy, lecz również nadmierny, a w efekcie nieproporcjonalny, może on stwierdzić, iż doszło do naruszenia prawa przez Sąd ze względu na niewłaściwy charakter kwoty grzywny²⁰¹. Sam fakt, że grzywna nałożona w drodze spornej decyzji (1,06 mld EUR) była w swoim czasie rekordowo wysoka, nie czyni jej nieodpowiednią czy też nieproporcjonalną, jak wydaje się sugerować wnosząca odwołanie.

336. W rzeczywistości za pomocą argumentów odnoszących się do proporcjonalności można zakwestionować określone ustalenia faktyczne, w szczególności ocenę dowodów dokonaną w pierwszej instancji²⁰². W przeciwieństwie do pozostałych zarzutów niniejszego odwołania, trudno jest wykazać zarzucane Sądowi naruszenie *prawa* na podstawie przedstawionej przez wnoszącą odwołanie argumentacji. Jak już wskazano, zadaniem Trybunału nie jest ponowna ocena, w kontekście odwołania, okoliczności faktycznych lub dowodów. W niniejszej sprawie nie przedstawiono żadnego popartego dowodami zarzutu odnośnie do naruszenia prawa, jakiego miał dopuścić się Sąd w ocenie okoliczności faktycznych. Również przeinaczenie dowodów takie jak to zarzucane przez Intela nie wynika jasno z dokumentów zawartych w aktach sprawy. Aby bowiem Trybunał mógł przeanalizować zarzucane przeinaczenie w postępowaniu odwoławczym, musi ono być możliwe do stwierdzenia bez przeprowadzania ponownej oceny okoliczności faktycznych²⁰³.

337. Z tego względu zgadzam się z Komisją, że argumenty przedstawione przez wnoszącą odwołanie w odniesieniu do proporcjonalności grzywny należy uznać za niedopuszczalne.

338. Część druga szóstego zarzutu odwołania odnosi się do zastosowania z mocą wsteczną wytycznych Komisji z 2006 r. w sprawie metody ustalania grzywien do zachowań, które częściowo miały miejsce przed przyjęciem tych wytycznych. W związku z tym powstaje kwestia: w jakim zakresie Komisja związana jest swoimi wytycznymi w sprawie metody ustalania grzywien?

339. Z orzecznictwa Trybunału można wyprowadzić jasne stanowisko w tej kwestii, które nie przemawia za przyjęciem twierdzeń podnoszonych przez wnoszącą odwołanie.

200 W tym względzie należy pamiętać, że dotychczasowa praktyka decyzyjna Komisji w ujęciu ogólnym nie stanowi ram prawnych dla grzywien nakładanych w dziedzinie konkurencji. Komisja dysponuje bowiem szerokim zakresem swobodnego uznania przy ustalaniu kwoty grzywien i zasadniczo nie jest ona związana ocenami, jakich dokonała wcześniej. Zobacz między innymi wyrok z dnia 19 marca 2009 r., Archer Daniels Midland/Komisja, C-510/06 P, EU:C:2009:166, pkt 82 i przytoczone tam orzecznictwo.

201 Zobacz między innymi wyroki: z dnia 10 lipca 2014 r., Telefónica i Telefónica de España/Komisja, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, pkt 205 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 4 września 2014 r., YKK i in./Komisja, C-408/12 P, EU:C:2014:2153, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także wyroki: z dnia 29 kwietnia 2004 r., British Sugar/Komisja, C-359/01 P, EU:C:2004:255, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 19 grudnia 2013 r., Koninklijke Wegenbouw Stevin/Komisja, C-586/12 P, niepublikowany, EU:C:2013:863, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo.

202 W tym względzie wnosząca odwołanie powołuje się na szereg czynników, które jej zdaniem zostały niewłaściwie ocenione w zaskarżonym wyroku. Ponadto kwestionuje ona sposób, w jaki Sąd potraktował dowody odnoszące się do utajenia kartelu, a więc – czynnika, który stanowił podstawę do podwyższenia grzywny.

203 Zobacz na przykład wyroki: z dnia 6 kwietnia 2006 r., General Motors/Komisja, C-551/03 P, EU:C:2006:229, pkt 51–53 i przytoczone tam orzecznictwo; 8 marca 2016 r., Grejca/Komisja, C-431/14 P, EU:C:2016:145, pkt 31, 32 i przytoczone tam orzecznictwo.

340. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, Komisja ma możliwość dostosowania (podniesienia) poziomu grzywnien w granicach wskazanych w rozporządzeniu nr 1/2003, jeżeli jest to konieczne, aby zapewnić wdrożenie polityki konkurencji Unii. Wynika to z tego, że właściwe stosowanie unijnych reguł konkurencji wymaga, by Komisja mogła w każdym momencie dostosować poziom grzywnien do potrzeb tej polityki²⁰⁴. W tym kontekście zasada niedziałania prawa wstecz może mieć wpływ na uprawnienia Komisji w zakresie ustalania grzywnien, wyłącznie jeżeli dana zmiana nie była logicznie do przewidzenia w czasie, w którym dokonano naruszeń²⁰⁵.

341. Co bardziej istotne, Trybunał orzekł, że przedsiębiorstwa uczestniczące w postępowaniu administracyjnym, które może zakończyć się nałożeniem grzywny, nie mogą mieć uzasadnionych oczekiwań co do konkretnej metody obliczania grzywnien. Przedsiębiorstwa te muszą raczej brać pod uwagę możliwość, że w każdej chwili Komisja może podnieść wysokość grzywnien w stosunku do poziomu stosowanego w przeszłości. Dotyczy to nie tylko przypadku, gdy Komisja podnosi wysokość grzywnien, nakładając je w indywidualnych decyzjach, lecz także, gdy do podniesienia grzywnien dochodzi na skutek stosowania w konkretnych przypadkach ogólnie obowiązujących norm postępowania takich jak wytyczne z 2006 r. w sprawie metody ustalania grzywnien²⁰⁶.

342. Moim zdaniem powyższe twierdzenia sugerują, że o ile nałożona grzywna mieści się w granicach określonych w art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003, wnosząca odwołanie nie może skutecznie powoływać się na zasadę niedziałania prawa wstecz w celu zakwestionowania grzywny nałożonej w oparciu o wytyczne z 2006 r. w sprawie metody ustalania grzywnien. Dzieje się tak nie tylko z uwagi na to, że wspomniane wytyczne były już w mocy, zanim zakończyło się zarzucane zachowanie. To bowiem rozporządzenie nr 1/2003 określa, jako prawo właściwe, granice uprawnień dyskrecyjnych Komisji w zakresie nakładania grzywnien za naruszenie reguł konkurencji Unii – a nie wytyczne w sprawie metody ustalania grzywnien, które bardziej szczegółowo określają to, w jaki sposób Komisja zamierza korzystać z tych uprawnień.

343. W świetle powyższego część drugą szóstego zarzutu odwołania należy oddalić jako bezzasadną. Wobec tego zarzut szósty odwołania należy oddalić.

VI – Skutki przeprowadzonej oceny

344. Zgodnie z art. 61 akapit pierwszy statutu Trybunału Sprawiedliwości Trybunał uchyła orzeczenie Sądu, jeśli odwołanie jest zasadne. Może on wydać orzeczenie ostateczne w sprawie, jeśli stan postępowania na to pozwala. Może też skierować sprawę do ponownego rozpoznania przez Sąd.

345. Doszedłem do wniosku, że pierwszych pięć z podniesionych zarzutów zasługuje na uwzględnienie. Należy zatem uchylić zaskarżony wyrok.

346. W świetle charakteru naruszenia prawa, jakiego dopuścił się Sąd w odniesieniu do zarzutów pierwszego, drugiego, trzeciego i piątego odwołania, stan niniejszego postępowania nie pozwala, w moim przekonaniu, na wydanie ostatecznego rozstrzygnięcia. Powodem ku temu jest fakt, że warunkiem wydania orzeczenia co do istoty sprawy (w przedmiocie tego, czy rabaty i wypłaty oferowane przez Intela stanowią nadużycie pozycji dominującej z naruszeniem art. 102 TFUE, jak również tego, czy porozumienia z Lenovo wywołały jakikolwiek natychmiastowy, istotny

204 Zobacz ostatni wyrok z dnia 18 lipca 2013 r., Schindler Holding i in./Komisja, C-501/11 P, EU:C:2013:522, pkt 75 i przytoczone tam orzecznictwo.

205 Zobacz wyrok Dansk Rørindustri, pkt 224.

206 Zobacz wyrok Dansk Rørindustri, pkt 228–231.

i przewidywalny skutek antykonkurencyjny w EOG) jest zbadanie wszystkich okoliczności sprawy oraz, jeśli zajdzie taka potrzeba, rzeczywistych lub potencjalnych skutków zachowań Intela dla konkurencji na rynku wewnętrznym. To wymaga zaś zbadania okoliczności faktycznych, do czego Sąd jest najwłaściwszym organem.

347. Z drugiej strony, jeżeli chodzi o zarzut czwarty odwołania dotyczący naruszenia przysługującego wnoszącej odwołanie prawa do obrony, na początku wydawało się, że Trybunał dysponuje wystarczającą ilością informacji, aby móc orzec w przedmiocie stwierdzenia nieważności spornej decyzji. Niemniej jednak dostępne dane faktyczne oraz wymienione przed Trybunałem argumenty skłaniają mnie do tego, aby zaproponować przekazanie sprawy, także w tej kwestii, do Sądu. W szczególności strony winny uzyskać odpowiednią możliwość przedstawienia swoich stanowisk odnośnie do konsekwencji będących wynikiem rozpatrywanego uchybienia proceduralnego, a dokładniej – kwestii, czy sporna decyzja wymaga unieważnienia w całości (tak jak w wyroku Solvay²⁰⁷), czy tylko w zakresie, w jakim dotyczy ona zachowania Intela względem Della.

348. W związku z powyższym proponuję, aby Trybunał przekazał sprawę do Sądu do ponownego rozpoznania.

VII – Wnioski

349. Wobec powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał:

- 1) uchylił wyroku Sądu Unii Europejskiej z dnia 12 czerwca 2014 r., Intel/Komisja, T-286/09;
- 2) przekazał sprawę Sądowi do ponownego rozpoznania;
- 3) orzekł, że rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

207 Wyrok z dnia 25 października 2011 r., Solvay/Komisja (C-109/10 P, EU:C:2011:686), pkt 71, 72.