



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
ATHANASIOSA RANTOSA
przedstawiona w dniu 14 lipca 2022 r.¹

Sprawa C-680/20

Unilever Italia Mkt. Operations Srl
przeciwko
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,
przy udziale:
La Bomba S.n.c.

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy)]

Odesłanie prejudycjalne – Konkurencja – Pozycja dominująca – Artykuł 102 TFUE – Pojęcie „jednostki gospodarczej” – Przepisanie producentowi działań dystrybutorów, z którymi ma on wyłącznie więzi umowne – Nadużywanie – Klauzula wyłączności – Konieczność wykazania skutków rynkowych

I. Wprowadzenie

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w niniejszej sprawie, sformułowany przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy), został złożony w ramach sporu między spółką Unilever Italia Mkt. Operations Srl (zwaną dalej „Unileverem”) a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (zwanym dalej „AGCM”)², którego przedmiotem jest kara nałożona przez ten organ na wspomnianą spółkę za nadużycie pozycji dominującej na włoskim rynku dystrybucji lodów konfekcjonowanych, których odbiorcami są niektóre rodzaje przedsiębiorstw handlowych, takie jak nadmorskie ośrodki wypoczynkowe i bary, które z kolei sprzedają te lody konsumentom końcowym.

2. Niniejsza sprawa obejmuje dwa pytania prejudycjalne, które dają Trybunałowi sposobność uściślenia pewnych aspektów odnoszących się do wykładni i stosowania art. 102 TFUE.

3. Pierwsze pytanie prejudycjalne dotyczy stosowania pojęcia „jednej jednostki gospodarczej” (zwanej dalej „jednostką gospodarczą”) w odniesieniu do spółek, między którymi istnieją wyłącznie więzi umowne. Ścisłej rzecz ujmując, sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o doprecyzowanie zakresu tego pojęcia do celów stosowania art. 102 TFUE, a w szczególności jego wdrożenia w kontekście sieci dystrybucyjnej zorganizowanej wyłącznie na podstawie

¹ Język oryginału: francuski.

² Krajowym organem ochrony konkurencji i rynku (Włochy).

umowy. O ile orzecznictwo Trybunału odnoszące się do grup spółek daje wiele użytecznych wskazówek, o tyle pytanie to umożliwi określenie istotnych kryteriów do celów zdefiniowania jednostki gospodarczej poza sytuacjami, w których zachodzą powiązania kapitałowe³. To uściślenie ma duże znaczenie praktyczne, ponieważ korzystanie z instytucji franczyzy (franchising), zlecenie na zewnątrz (outsourcing) lub podwykonawstwo (subcontracting) niektórych etapów dystrybucji jest często praktykowane przez duże przedsiębiorstwa, które mogłyby być objęte art. 102 TFUE.

4. Drugie pytanie prejudycjalne dotyczy możliwości uznania przez organ ochrony konkurencji, że praktyka polegająca na stosowaniu klauzul wyłączności w umowach dystrybucyjnych ze swej natury ma zdolność do ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 102 TFUE, przy czym w konkretnej sytuacji nie trzeba wykazywać, w oparciu o kryterium „równie skutecznego konkurenta”⁴, iż tak jest w przypadku rozpatrywanych umów.

II. Postępowanie główne, pytania prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem

5. Unilever jest przedsiębiorstwem, które prowadzi działalność w zakresie produkcji i handlu towarami masowej konsumpcji, wśród których znajdują się, jeśli chodzi o rynek lodów konfekcjonowanych, lody „Algida” i „Carte d’Or”. We Włoszech przedsiębiorstwo to rozprowadza, poprzez sieć 150 dystrybutorów, te lody paczkowane z przeznaczeniem do konsumpcji „na zewnątrz”, czyli w barach, kawiarniach, klubach sportowych, na basenach lub w innych miejscach spędzania czasu wolnego (zwanym dalej „punktami sprzedaży”).

6. W dniu 3 kwietnia 2013 r. konkurencyjna spółka La Bomba Snc złożyła do AGCM skargę dotyczącą nadużywania przez Unilever pozycji dominującej⁵.

7. Decyzją z dnia 31 października 2017 r. (zwaną dalej „sporną decyzją”) AGCM orzekł, że Unilever nadużył swej pozycji dominującej na rynku dystrybucji i sprzedaży lodów konfekcjonowanych w stosunku do podmiotów prowadzących punkty sprzedaży w celu konsumpcji „poza domem” (zwanym dalej „rozpatrywanym rynkiem”), z naruszeniem art. 102 TFUE. Organ ten nałożył zatem na Unilever grzywnę w kwocie 60 668 850,00 EUR oraz nakazał zaniechanie działań uznanych za bezprawne.

8. Zdaniem AGCM Unilever stosował na rozpatrywanym rynku strategię wykluczenia, która mogła utrudniać rozwój jego konkurentów. Strategia ta opierała się głównie na stosowaniu względem podmiotów prowadzących punkty sprzedaży klauzul wyłączności polegających na obowiązku zaopatrywania się wyłącznie u spółki Unilever w celu zaspokojenia całego zapotrzebowania na lody konfekcjonowane. Oprócz klauzul wyłączności strategia mająca na celu wykluczenie obejmowała jednocześnie stosowanie wobec tych podmiotów licznych rabatów i prowizji uzależnionych od takich warunków jak osiągnięcie konkretnych celów wyrażonych wysokością obrotu lub utrzymywanie w ich asortymencie określonej gamy towarów Unilevera.

³ Jeśli chodzi o pojęcie „jednostki gospodarczej”, zob. opinia rzecznika generalnego G. Pitruzzelli w sprawie Sumal (C-882/19, zwana dalej „opinią rzecznika generalnego w sprawie Sumal”, EU:C:2021:293, pkt 23–31) oraz, co się tyczy poglądów doktryny, W. Wils, *The Undertaking as Subject of E.C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons*, *European Law Review*, vol. 25, 2000, s. 99–116; O. Odudu, D. Bailey, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, *Common Market Law Review*, vol. 51, nr 6, 2014, s. 1721–1758.

⁴ Znanego pod angielską nazwą „as efficient competitor test”, zwanego dalej „testem AEC”.

⁵ Zdaniem spółki La Bomba w ostatnich latach Unilever zakazywał podmiotom prowadzącym punkty sprzedaży oferowania lodów na patyku La Bomba obok towarów Unilevera, z zagrożeniem, iż w razie naruszenia tego zakazu nie zastosuje rabatów przewidzianych w zawartej wcześniej umowie, a ponadto stosuje kary umowne lub wypowiedzie umowę.

Te rabaty i prowizje łączone w różny sposób i stosowane według zmiennych zasad do prawie wszystkich punktów sprzedaży miały motywować prowadzących je do zachowania wyłączności, zniechęcając ich do rozwiązania umowy w celu zaopatrywania się u konkurentów Unilevera.

9. Unilever stosował te praktyki w przeważającej części za pośrednictwem swojej sieci 150 dystrybutorów (zwanymi dalej „dystrybutorami”), z którymi Unilever nawiązał relacje wyłączności, polegającą na tym, że: (i) Unilever sprzedawał swoje towary tylko jednemu z tych dystrybutorów, po to by odsprzedawał on je na danym terytorium, a (ii) ten dystrybutor, mający z związku z tym status dystrybutora wyłącznego w sensie prawnym tego pojęcia, podlegał jednocześnie zakazowi aktywnej sprzedaży na terytoriach przydzielonych na wyłączność innym dystrybutorom oraz zakazowi produkcji lub sprzedaży towarów podmiotów konkurencyjnych. Ponadto dystrybutor miał obowiązek nabycia wyposażenia przeznaczonego do przechowywania i prezentacji lodów w punktach sprzedaży oraz materiałów marketingowych, które miały następnie być przekazywane nieodpłatnie podmiotom prowadzącym te punkty sprzedaży.

10. Dla odesłania prejudycjalnego w niniejszej sprawie istotne są dwa aspekty spornej decyzji.

11. Po pierwsze, wskazywane przez AGCM działania stanowiące nadużycie, mimo że zostały faktycznie popełnione przez dystrybutorów, zostały przypisane wyłącznie Unileverowi, ponieważ spółka ta stanowiła wraz z dystrybutorami jeden podmiot gospodarczy, czyli „jednostkę gospodarczą”. Unilever wywierał bowiem „pewien wpływ na politykę handlową dystrybutorów”, w związku z czym owi dystrybutorzy, przyjmując politykę handlową opartą na klauzulach wyłączności i udzielaniu zachęt ekonomicznych w celu uzyskania lojalności punktów sprzedaży albo wyłączności dla towarów Unilevera, a także na wywieraniu nacisków służących ochronie tej wyłączności, nie działali w sposób niezależny.

12. Po drugie, AGCM uznał, że z uwagi na charakterystyczne cechy rozpatrywanego rynku zachowanie Unilevera uniemożliwiło lub przynajmniej ograniczyło konkurencyjnym podmiotom gospodarczym możliwość stosowania konkurencji pozacenowej. Korzystając ze swej pozycji dominującej, Unilever nakłaniał bowiem podmioty prowadzące punkty sprzedaży, by zachowywały w swoich asortymentach tak długo jak to możliwe wyłącznie jego towary, tak by ograniczyć sytuacje, w których różne marki konkurują o konsumenta, przez co pozbawiał konkurentów możliwości rozwoju proporcjonalnie do pozacenowych atutów oferty każdego z nich.

13. Unilever zaskarżył sporną decyzję do sądu pierwszej instancji, tj. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, Włochy, zwanego dalej „TAR”). Ponieważ TAR oddalił skargę w całości, Unilever wniósł apelację do Consiglio di Stato (rady stanu), czyli do sądu odsyłającego. Na poparcie tej apelacji Unilever zarzucił między innymi TAR, że nie stwierdził on istnienia wad obarczających sporną decyzję, dotyczących, po pierwsze, możliwości przypisania Unileverowi zachowań jego dystrybutorów, a po drugie, skutków rozpatrywanych zachowań, które jego zdaniem nie mogły zakłócać konkurencji.

14. W tych okolicznościach, powziąwszy wątpliwość co do wykładni prawa Unii, jeśli chodzi o dwa przytoczone wyżej zarzuty, Consiglio di Stato (rada stanu) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Poza przypadkami kontroli korporacyjnej jakie kryteria są istotne dla ustalenia, czy koordynacja na podstawie umowy między formalnie autonomicznymi i niezależnymi podmiotami gospodarczymi prowadzi do powstania jednej jednostki gospodarczej w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE; w szczególności: czy istnienie pewnego stopnia ingerencji w decyzje handlowe innego przedsiębiorstwa, właściwej dla stosunków współpracy handlowej między producentem a pośrednikami w dystrybucji, może zostać uznane za wystarczające do uznania tych podmiotów za część jednej jednostki gospodarczej; czy też konieczne jest istnienie »hierarchicznego« związku między dwoma przedsiębiorstwami, który można stwierdzić w przypadku umowy, na mocy której kilka niezależnych spółek »podporządkowuje się« działaniom kierowniczym i koordynacyjnym jednej z nich, w związku z czym [właściwy] organ ochrony konkurencji musi przedstawić dowód systematycznej i stałej wielości wytycznych mogących mieć wpływ na decyzje w zakresie zarządzania przedsiębiorstwem, to znaczy na decyzje strategiczne i operacyjne o charakterze finansowym, przemysłowym i handlowym?
- 2) Czy w celu dokonania oceny istnienia nadużycia pozycji dominującej wynikającego z klauzul wyłączności art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że [właściwy] organ ochrony konkurencji jest zobowiązany do ustalenia, czy skutkiem takich klauzul jest wykluczenie z rynku równie skutecznych konkurentów, oraz do zbadania w sposób szczegółowy analiz ekonomicznych przedstawionych przez stronę, dotyczących tego, czy rozpatrywane działania mogą *in concreto* doprowadzić do wykluczenia z rynku równie skutecznych konkurentów, czy też w przypadku klauzul wyłączności lub działań charakteryzujących się licznymi praktykami stanowiącymi nadużycie (rabaty lojalnościowe i klauzule wyłączności) nie ma żadnego obowiązku prawnego, aby [AGCM] oparł zarzut naruszenia prawa ochrony konkurencji na kryterium równie skutecznego konkurenta?”.

15. Unilever, AGCM, rządy włoski i grecki oraz Komisja Europejska przedstawiły Trybunałowi uwagi na piśmie. Wszystkie te strony wypowiedziały się ponadto na rozprawie, która odbyła się w dniu 3 marca 2022 r.

III. Analiza

A. W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego

16. W ramach pierwszego pytania prejudycjalnego sąd odsyłający zastanawia się nad tym, jaka strukturalna więź powinna istnieć między producentem a niezależnymi pośrednikami, aby można było ich uznać za „jednostkę gospodarczą” w rozumieniu prawa konkurencji Unii. Ścisłej rzecz biorąc, sąd ten pyta w istocie, czy w przypadku braku powiązań kapitałowych producent i jego dystrybutorzy mogą stanowić taką „jednostkę gospodarczą” (i) jedynie z powodu istnienia „pewnego stopnia ingerencji” tego producenta „w decyzje handlowe” jego dystrybutorów, czy też (ii) konieczne jest istnienie w tym kontekście „hierarchicznego związku”, w ramach którego producent podporządkowuje sobie swoich dystrybutorów poprzez „systematyczną i stałą wielość wytycznych” mogących mieć wpływ na ich „decyzje strategiczne i operacyjne”.

1. W przedmiocie dopuszczalności

17. AGCM i rząd włoski twierdzą, że pytanie pierwsze jest niedopuszczalne, ponieważ wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie zawiera niezbędnych wyjaśnień. Twierdzą oni również, że pytanie to odnosi się do art. 101 TFUE, podczas gdy AGCM nie stosował tego postanowienia.

18. Jeśli chodzi o tę kwestię, należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem konieczność dokonania użytecznej dla sądu krajowego wykładni prawa Unii wymaga, by sąd ten określił faktyczne i prawne ramy, w jakich mieszczą się stawiane przez niego pytania, lub by przynajmniej wyjaśnił założenia faktyczne, na których owe pytania są oparte. Wymogi te odnoszą się w szczególności do dziedziny konkurencji, w której występują złożone stany faktyczne i prawne⁶.

19. W niniejszym przypadku uważam, po pierwsze, że informacje zawarte w postanowieniu odsyłającym, chociaż lapidarne, są wystarczające dla wyjaśnienia założeń faktycznych, na których opiera się pierwsze pytanie prejudycjalne, dotyczące stosowania pojęcia „jednostki gospodarczej” do sieci dystrybucyjnej utworzonej przez spółki nieposiadające żadnych powiązań kapitałowych z przedsiębiorstwem dominującym⁷. Po drugie, nie wydaje mi się, aby powyższe stwierdzenie mogła podważyć okoliczność, że sąd odsyłający, formułując pierwsze pytanie prejudycjalne, poza art. 102 TFUE wskazał art. 101 TFUE, tym bardziej że pojęcie „jednostki gospodarczej”, będące przedmiotem tego pytania, jest wspólne dla art. 101 i 102 TFUE.

20. W związku z powyższym proponuję uznać pierwsze pytanie prejudycjalne za dopuszczalne.

2. Co do istoty

a) Uwagi wstępne

21. Aby bardziej przybliżyć problematykę poruszoną przez sąd odsyłający, przypomnę, że AGCM przypisał rozpatrywanie w postępowaniu głównym działania wyłącznie spółce Unilever, mimo iż dopuścili się ich faktycznie dystrybutorzy, uznając, że Unilever i dystrybutorzy tej spółki stanowili „jednostkę gospodarczą”, głównie z tego powodu, że Unilever wywierał pewien wpływ na politykę handlową wspomnianych dystrybutorów. Z kolei Unilever twierdzi zasadniczo, że dystrybutorzy są niezależnymi przedsiębiorcami (Unilever nie ma żadnego udziału w ich kapitale ani żadnego przedstawiciela w ich organach zarządzających), którzy swobodnie określają swoją politykę handlową, każdy w swojej branży, i sami ponoszą ryzyko związane z prowadzoną działalnością, w związku z czym spółce tej nie można przypisywać działań stanowiących nadużycie⁸.

⁶ Wyrok z dnia 5 marca 2019 r., Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172, pkt 49 i przytoczone tam orzecznictwo, które aktualnie znajdują odzwierciedlenie w treści art. 94 regulaminu postępowania przed Trybunałem).

⁷ Niemniej należy zauważyć, że pierwsze pytanie prejudycjalne, zgodnie z tym, jak zostało sformułowane, zawiera odniesienia do dwóch kryteriów oceny jednostki gospodarczej, a mianowicie kryteriów „pewnego wpływu” i „hierarchicznego związku” między przedsiębiorstwami. Kryteria te wymagają siłą rzeczy oceny ilościowej w oparciu o konkretną treść relacji między spółkami, których dotyczy sprawa. Nie można zatem oceniać istotności wspomnianych kryteriów z góry i in abstracto, jak chciałby tego sąd odsyłający. Poza tym o ile zadaniem Trybunału jest udzielenie użytecznych odpowiedzi poprzez dostarczenie wskazówek umożliwiających sądowi odsyłającemu wydanie orzeczenia, o tyle nie może on udzielić odpowiedzi, które polegałyby głównie na sprawdzeniu, na podstawie okoliczności faktycznych przedstawionych w postanowieniu odsyłającym, czy Unilever i dystrybutorzy stanowią „jednostkę gospodarczą” w rozumieniu prawa Unii.

⁸ Poza tym Unilever podnosi, że własne działania Unilevera nie mogłyby stanowić nadużycia o charakterze wykluczającym, ponieważ porozumienia dotyczące wyłączności zawarte bezpośrednio między Unileverem a operatorami punktów sprzedaży obejmują jedynie 0,8% wszystkich punktów sprzedaży działających we Włoszech.

22. Właśnie w tym kontekście sąd odsyłający stara się zasadniczo ustalić, poza przypadkami, gdy istnieją powiązania kapitałowe, jakie są istotne kryteria dla ustalenia, czy koordynacja na podstawie umowy między producentem a jego pośrednikami w zakresie dystrybucji powoduje powstanie jednostki gospodarczej w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE. Sąd odsyłający dostrzega w szczególności trudności w zakresie wykładni i stosowania pojęcia „jednostki gospodarczej”, dotyczące o charakteru i znaczenia wskazówek świadczących o strukturalnej więzi, jaka musi zaistnieć między producentem a jego dystrybutorami, tak aby powstał między nimi wspólny ośrodek decyzyjny, co skutkuje możliwością przypisania jednemu z nich odpowiedzialności za działania drugiego.

23. Aby udzielić odpowiedzi na to pytanie, należy na wstępie wyjaśnić znaczenie pojęć „przedsiębiorstwa” i „jednostki gospodarczej”, na których opiera się logika przypisania odpowiedzialności za naruszenie reguł konkurencji⁹ [lit. b) poniżej]. Następnie należy wyjaśnić, w jaki sposób stosowano pojęcie „jednostki gospodarczej” w kontekście przypisania odpowiedzialności w sytuacji istnienia powiązań kapitałowych [lit. c) poniżej]. Wywodzące się z tego orzecznictwa zasady można według mnie przenieść również na grunt spraw, w których, tak jak w postępowaniu głównym, nie występują powiązania kapitałowe, w szczególności dlatego, że w orzecznictwie Trybunału można znaleźć jedynie niewiele przykładów stosowania pojęcia „jednostki gospodarczej” w przypadku więzi umownych [lit. d) poniżej].

b) W przedmiocie pojęć „przedsiębiorstwa” i „jednostki gospodarczej” oraz ich znaczenia dla egzekwowania prawa konkurencji Unii

24. Pojęcie „przedsiębiorstwa” zawarte w art. 101 i 102 TFUE stanowi odzwierciedlenie decyzji autorów traktatów o zastosowaniu autonomicznego pojęcia dla wskazania sprawcy naruszenia prawa konkurencji, które to pojęcie miało się różnić od pojęć istniejących w traktacie FUE¹⁰. Mimo że pojęcie „przedsiębiorstwa” nie jest zdefiniowane w traktacie, treść tego pojęcia została stopniowo wypracowana przez orzecznictwo Trybunału. W myśl tego orzecznictwa pojęcie „przedsiębiorstwa” obejmuje każdy podmiot złożony z elementów osobowych, materialnych i niematerialnych prowadzący działalność gospodarczą, niezależnie od formy prawnej i sposobu jego finansowania¹¹.

25. Inspirując się podejściem funkcjonalnym, Trybunał uznał również, że pojęcie „przedsiębiorstwa” oznacza *jednostkę gospodarczą*, nawet jeżeli z prawnego punktu widzenia ta jednostka gospodarcza składa się z kilku osób fizycznych lub prawnych. Prawo konkurencji Unii, mając na względzie działalność przedsiębiorstw, ustanawia bowiem jako kryterium rozstrzygające istnienie *jednolitego zachowania na rynku*, przy czym formalny rozdział różnych spółek wynikający z ich odrębnej osobowości prawnej nie może stać na przeszkodzie przyjęciu tego rodzaju jednolitości do celów zastosowania reguł konkurencji¹².

26. To pojęcie „jednostki gospodarczej” zostało wypracowane i było stosowane w ramach dążenia do dwójakiego celu: po pierwsze, aby wyłączyć z zakresu stosowania art. 101 TFUE porozumienia zawierane między podmiotami należącymi do tego samego przedsiębiorstwa (przykładowo

⁹ Jeśli chodzi o analizę zasad dotyczących możliwości przypisania odpowiedzialności mających zastosowanie w przypadku grupy spółek, zob. moja opinia w sprawie Servizio Elettrico Nazionale i in. (C-377/20, zwana dalej „opinią rzecznika generalnego w sprawie SEN”, EU:C:2021:998, pkt 146–152 i przytoczone tam orzecznictwo).

¹⁰ Takich jak „spółka” lub „osoba prawna”. Zobacz podobnie wyrok z dnia 18 lipca 2013 r., Schindler Holding i in./Komisja (C-501/11 P, EU:C:2013:522, pkt 102).

¹¹ Wyrok z dnia 27 kwietnia 2017 r., Akzo Nobel i in./Komisja (C-516/15 P, EU:C:2017:314, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo).

¹² Wyrok z dnia 6 października 2021 r., Sumal (C-882/19, zwany dalej „wyrokiem Sumal”, EU:C:2021:800, pkt 41).

w ramach tej samej grupy spółek), ponieważ art. 101 ust. 1 TFUE odnosi się do relacji między dwoma lub większą liczbą podmiotów gospodarczych zdolnych do konkutowania ze sobą¹³, a po drugie, aby w ramach grupy spółek przypisać spółce dominującej antykonkurencyjne zachowania spółki zależnej.

27. O ile pojęcie „jednostki gospodarczej” w kontekście pierwszego celu należy co do zasady interpretować w sposób ścisły, ponieważ chodzi o wyjątek ograniczający zakres stosowania art. 101 TFUE¹⁴, o tyle powstaje pytanie, czy to pojęcie, do celów przypisania odpowiedzialności za dane zachowanie, mogłoby uzasadniać szerszą koncepcję, skoro pojęcie „jednostki gospodarczej” ma przede wszystkim na celu zapewnienie większego znaczenia praktycznego i wzmocnienie skutku odstraszającego i zapobiegawczego przepisów prawa konkurencji¹⁵.

28. Po pierwsze, zastosowanie pojęcia „jednostki gospodarczej” może bowiem skutkować z mocy prawa powstaniem odpowiedzialności solidarnej między podmiotami tworzącymi daną jednostkę gospodarczą w chwili popełnienia naruszenia¹⁶. W ujęciu historycznym pojęciem „jednostki gospodarczej” posłużono się w związku ze stosowaniem art. 101 TFUE, w szczególności w kontekście karteli, ponieważ pojęcie to umożliwia przypisanie zachowania spółek zależnych prowadzących działalność na terytorium Unii spółce dominującej znajdującej się poza Unią, aby nałożyć na nią karę na podstawie przepisów prawa konkurencji Unii¹⁷. Ta metoda przypisania odpowiedzialności poprzez zastosowanie pojęcia „jednostki gospodarczej” ma na celu uniemożliwienie przedsiębiorstwom obchodzenia zarówno art. 101 TFUE, jak i art. 102 TFUE. Przykładowo przedsiębiorstwo dominujące mogłoby przeprowadzić wewnętrzną reorganizację, dzieląc swoją działalność między poszczególne spółki zależne (niedominujące), aby zmniejszyć udział w rynku, jaki posiada każdy odrębny podmiot prawny, nie wywołując jakiegokolwiek reakcji na podstawie art. 102 TFUE. Gdyby nie było możliwości przypisania działania spółek zależnych spółce dominującej, przedsiębiorstwo dominujące mogłoby z łatwością obejść zakaz wynikający z art. 102 TFUE.

29. Po drugie, pojęcie „jednostki gospodarczej” pozwala znacząco podwyższyć kwotę grzywny, a tym samym jej odstraszający skutek. Odwołanie się do pojęcia jednostki gospodarczej umożliwia obliczenie maksymalnej kwoty grzywny przewidzianej w art. 23 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003¹⁸, a mianowicie w wysokości 10% obrotu, na podstawie obrotu podmiotów stanowiących „jednostkę gospodarczą”, a nie tylko obrotu podmiotu, który faktycznie dopuścił się naruszenia. Poza tym pojęcie to umożliwia szersze oznaczenie kwoty podstawowej grzywny i ułatwia podwyższenie tej kwoty z powodu wystąpienia okoliczności obciążających, to jest ponownego naruszenia, oraz podwyższenie dla osiągnięcia skutku odstraszającego¹⁹.

¹³ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 10 marca 1992 r., SIV i in./Komisja (T-68/89, T-77/89 i T-78/89, EU:T:1992:38, pkt 357); z dnia 24 października 1996 r., Viho/Komisja (C-73/95 P, EU:C:1996:405, pkt 54); i opinia rzecznika generalnego A.L. Duthilleta de Lamothe'a w sprawie Béguelin Import (22/71, niepublikowana, EU:C:1971:103, s. 967).

¹⁴ Zobacz podobnie pkt 30 wytycznych Komisji z dnia 28 czerwca 2022 r. w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz.U. 2022, C 248, s. 1).

¹⁵ Jeśli chodzi o tę kwestię, zob. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 10th ed., Oxford, 2021, s. 100, 101.

¹⁶ Zobacz wyroki: z dnia 25 marca 2021 r., Deutsche Telekom/Komisja (C-152/19 P, zwany dalej „wyrokiem Deutsche Telekom II”, EU:C:2021:238, pkt 73); z dnia 12 maja 2022 r., Servizio Elettrico Nazionale i in. (C-377/20, zwany dalej „wyrokiem SEN”, EU:C:2022:379, pkt 107 i przytoczone tam orzecznictwo). Co się tyczy teoretycznej podstawy wspólnej odpowiedzialności spółki dominującej i spółki zależnej, która to podstawa wynika z jedności gospodarczej, zob. opinia rzecznika generalnego w sprawie Sumal (pkt 35–38).

¹⁷ Zobacz wyroki: z dnia 14 lipca 1972 r., Imperial Chemical Industries/Komisja (48/69, zwany dalej „wyrokiem ICI”, EU:C:1972:70, pkt 129–141); z dnia 6 marca 1974 r., Istituto Chemioterapico Italiano i Commercial Solvents/Komisja (6/73 i 7/73, EU:C:1974:18, pkt 41), jak również orzecznictwo przytoczone w przypisie 17 do opinii rzecznika generalnego w sprawie Sumal.

¹⁸ Rozporządzenie Rady z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [81 WE] i [82 WE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1).

¹⁹ Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywnien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 1/2003 (Dz.U. 2006, C 210, s. 2, pkt 28, 30).

30. Po trzecie, na poziomie egzekwowania prawa konkurencji w sferze prywatnej (private enforcement) osoba, która poniosła szkodę w wyniku praktyki antykonkurencyjnej, może wytoczyć powództwo odszkodowawcze przeciwko któremukolwiek z przedsiębiorstw tworzących jednostkę gospodarczą²⁰.

31. Czy okoliczność, że pojęcie „jednostki gospodarczej” można interpretować w sposób ścisły lub szeroki w zależności od zamierzonego celu, oznacza, iż znaczenie tego pojęcia jest „zmienne”?

32. Moim zdaniem należy odpowiedzieć przecząco.

33. Przede wszystkim, z punktu widzenia przewidywalności i bezpieczeństwa prawnego, istnienie takiej „zmienności” jeśli chodzi o pojęcie „jednostki gospodarczej”, niemające zresztą żadnego oparcia w aktualnym orzecznictwie, wydaje mi się trudne do uzasadnienia. Następnie z pkt 25 niniejszej opinii wynika, że rozstrzygającym kryterium jest istnienie „jednolitego zachowania na rynku”, która to koncepcja powinna być wspólna zarówno jeśli chodzi o stosowanie art. 101 TFUE, jak i przypisanie odpowiedzialności za zachowania innego podmiotu. Wreszcie, z perspektywnego punktu widzenia, zbyt szeroka koncepcja „jednostki gospodarczej” mogłaby nieść ze sobą ryzyko wyłączenia z zakresu stosowania art. 101 TFUE szkodliwych dla konkurencji porozumień, nie tylko horyzontalnych, lecz również wertykalnych²¹.

34. O ile zatem niniejsze pytanie wymaga analizy dotyczącej głównie przypisania odpowiedzialności za zachowania antykonkurencyjne, o tyle nie należy zapominać, że zakwalifikowanie danego podmiotu jako jednostki gospodarczej w ramach przypisania odpowiedzialności siłą rzeczy sprawia, że w odniesieniu do podmiotów tworzących tę jednostkę gospodarczą nie jest możliwe zastosowanie art. 101 ust. 1 TFUE.

c) W przedmiocie stosowania pojęcia „jednostki gospodarczej” w ramach spółek powiązanych kapitałowo

35. Pojęcie „jednostki gospodarczej” było stosowane głównie w odniesieniu do spółek z jednej grupy, które uczestniczyły w kartelach. W kontekście takich grup Trybunał ustalił, że odpowiedzialność za zachowanie spółki zależnej może zostać przypisana spółce dominującej, w szczególności jeżeli nie określa ona *samodzielnie* swojego zachowania na rynku, lecz co do zasady stosuje się do wskazówek udzielanych jej przez spółkę dominującą, przy uwzględnieniu w szczególności *powiązań gospodarczych, organizacyjnych i prawnych łączących te dwa podmioty prawne*²². Aby zatem można było uznać, że grupa spółek stanowi jednostkę gospodarczą, a tym samym możliwe jest przypisanie spółce dominującej odpowiedzialności za zachowania spółki zależnej, wymagane jest spełnienie dwóch kumulatywnych przesłanek: spółka dominująca musi mieć możliwość wywierania *decydującego wpływu na spółkę zależną*, a przede wszystkim musiała ona korzystać z tej możliwości w praktyce²³.

²⁰ Zobacz podobnie wyrok Sumal (sentencja i pkt 48).

²¹ Stosowanie art. 101 TFUE byłoby zatem wyłączone w odniesieniu do porozumień wertykalnych, które stanowią „najpoważniejsze ograniczenia” (hardcore restrictions) w rozumieniu art. 4 rozporządzenia Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 [TFUE] do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.U. 2010, L 102, s. 1), które utraciło moc w dniu 31 maja 2022 r., oraz art. 4 rozporządzenia Komisji (UE) 2022/720 z dnia 10 maja 2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 [TFUE] do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.U. 2022, L 134, s. 4), które zastąpiło rozporządzenie nr 330/2010.

²² Wyrok Deutsche Telekom II (pkt 74 i przytoczone tam orzecznictwo).

²³ Wyrok z dnia 26 września 2013 r., The Dow Chemical Company/Komisja (C-179/12 P, niepublikowany, EU:C:2013:605, pkt 55).

36. Jeśli chodzi o zasady przypisania odpowiedzialności w przypadku powiązań kapitałowych, można rozważać dwie sytuacje: sytuację, w której spółka dominująca posiada cały lub prawie cały kapitał spółki zależnej, oraz sytuację, w której udział spółki dominującej w kapitale spółki zależnej jest niższy i nie umożliwia takiego samego stopnia kontroli.

37. Co się tyczy pierwszej sytuacji, w przypadku gdy spółka dominująca posiada (pośrednio lub bezpośrednio) cały lub prawie cały kapitał swojej spółki zależnej, która dopuściła się naruszenia reguł Unii w dziedzinie konkurencji, po pierwsze, spółka dominująca może wywierać decydujący wpływ na zachowanie tej spółki zależnej, i po drugie, istnieje wrzuszalne domniemanie, zgodnie z którym rzeczona spółka dominująca rzeczywiście wywiera taki wpływ, chyba że ta spółka dominująca udowodni, że jest inaczej²⁴. To domniemanie posiadania decydującego wpływu opiera się na przesłance, zgodnie z którą posiadanie całkowitej kontroli nad spółką zależną zakłada z konieczności (gospodarczą) możliwość wywierania takiego wpływu. Trybunał stwierdził bowiem, że to nie samo posiadanie kapitału spółki zależnej jako takie uzasadnia to domniemanie, lecz stopień kontroli, z jakim wiąże się to posiadanie²⁵. Takie domniemanie, o ile nie zostanie obalone za pomocą dostatecznych dowodów mogących wykazać, że spółka zależna działa na rynku w sposób samodzielny²⁶, oznacza, że rzeczywiste wywieranie decydującego wpływu przez spółkę dominującą na spółkę zależną jest uważane za dowiedzione, tak że można przypisać tej pierwszej spółce odpowiedzialność za zachowanie tej drugiej spółki bez konieczności przedstawienia jakichkolwiek dodatkowych dowodów²⁷.

38. Co się tyczy drugiej sytuacji – poza stosowaniem tego domniemania organ ochrony konkurencji będzie musiał opierać wnioski dotyczące odpowiedzialności na innych konkretnych dowodach świadczących o *decydującym wpływie*. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w celu zbadania, czy spółka dominująca może wywierać decydujący wpływ na zachowanie swej spółki zależnej na rynku, należy wziąć pod uwagę wszystkie *istotne okoliczności dotyczące powiązań gospodarczych, organizacyjnych i prawnych łączących spółkę zależną z jej spółką dominującą, a zatem uwzględnić rzeczywistą sytuację gospodarczą*. Zatem o ile wydawane przez spółkę dominującą jej spółce zależnej instrukcje wpływające na zachowanie tej drugiej na rynku mogą stanowić wystarczający dowód takiego decydującego wpływu, o tyle nie stanowią one jedyne dopuszczalne dowodu. Rzeczywiste wywieranie decydującego wpływu przez spółkę dominującą na zachowanie jej spółki zależnej może zostać również wywiedzione ze *zbioru zgodnych elementów*, nawet w przypadku, gdy żaden z tych elementów rozważany z osobna nie wystarcza, by stwierdzić istnienie takiego wpływu²⁸. Moim zdaniem właśnie takie podejście należy zastosować *mutatis mutandis* w przypadku spółek, między którymi istnieją więzi umowne.

²⁴ Zobacz wyroki: z dnia 10 września 2009 r., Akzo Nobel i in./Komisja (C-97/08 P, EU:C:2009:536, pkt 61); z dnia 15 kwietnia 2021 r., Italmobiliare i in./Komisja (C-694/19 P, niepublikowany, zwany dalej „wyrokiem Italmobiliare”, EU:C:2021:286, pkt 47, 55 i przytoczone tam orzecznictwo).

²⁵ Zobacz opinia rzecznika generalnego w sprawie SEN (pkt 155 i przytoczone tam orzecznictwo).

²⁶ Sąd Unii uznał, że dowody te mogą odnosić się do aspektów polityki handlowej spółki zależnej, przykładowo: czy spółka dominująca mogła wpływać na politykę cenową, produkcję i dystrybucję, cele sprzedaży, marże brutto, koszty sprzedaży, „cash-flow”, zapasy i marketing (zob. podobnie wyrok z dnia 12 grudnia 2007 r., Akzo Nobel i in./Komisja, T-112/05, EU:T:2007:381, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo).

²⁷ Wyrok Italmobiliare (pkt 55). Dla przypomnienia: nawet w przypadku gdy spółka dominująca posiada cały kapitał swojej spółki zależnej, nic nie stoi na przeszkodzie, aby organ ochrony konkurencji wykazał rzeczywiste wywieranie przez spółkę dominującą decydującego wpływu na spółkę zależną innymi dowodami lub poprzez połączenie takich dowodów ze wspomnianym domniemaniem (zob. podobnie wyrok z dnia 27 stycznia 2021 r., The Goldman Sachs Group/Komisja, C-595/18 P, EU:C:2021:73, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

²⁸ Wyrok Deutsche Telekom II (pkt 75–77 i przytoczone tam orzecznictwo).

d) *W przedmiocie stosowania pojęcia „jednostki gospodarczej” w kontekście spółek, między którymi istnieją wyłącznie więzi umowne*

39. Mimo że koncepcja ta została wypracowana na tle relacji między spółką dominującą a jej spółkami zależnymi, które stanowią „typowy” kontekst, w którym istnieje jednostka gospodarcza, pojęcie to może mieć zastosowanie poza sferą grupy spółek²⁹. Jak stwierdził Sąd, jednostka gospodarcza istnieje nie tylko w przypadkach, gdy spółki utrzymują powiązania kapitałowe, lecz w pewnych okolicznościach pojęcie to obejmuje również relacje między spółką a jej przedstawicielem handlowym lub między zleceniodawcą a zleceniobiorcą³⁰.

40. W pierwszej kolejności – pytanie, czy zleceniodawca i pośrednik stanowią jednostkę gospodarczą, w sytuacji gdy ten drugi stanowi komórkę pomocniczą zintegrowaną z przedsiębiorstwem pierwszego, zostało zadane w celu ustalenia, czy dane postępowanie jest objęte zakresem stosowania art. 101 TFUE lub art. 102 TFUE. I tak Trybunał orzekł w wyroku Suiker Unie i in./Komisja, że „[...] jeżeli pośrednik prowadzi działalność *na rzecz zleceniodawcy*, może on co do zasady zostać uznany za komórkę pomocniczą zintegrowaną z przedsiębiorstwem zleceniodawcy, zobowiązaną do wykonywania jego wskazówek i tworzącą w ten sposób z tym przedsiębiorstwem, na wzór pracownika handlowego, jednostkę gospodarczą”³¹. Wynika z tego, że niezależny pośrednik może stanowić jednostkę gospodarczą z przedsiębiorstwem zleceniodawcy, jeżeli wykonuje czynności na jego rzecz³².

41. Jeśli chodzi o tę kwestię, w wyroku Minoan Lines Sąd uznał dwa czynniki za główne wskaźniki odniesienia dla potrzeb ustalenia, czy dane podmioty stanowią jednostkę gospodarczą, a mianowicie, po pierwsze, ponoszenie przez pośrednika *ryzyka gospodarczego*, a po drugie, świadczenie przez pośrednika usług *na zasadzie wyłączności*³³.

42. Co się tyczy *ponoszenia ryzyka gospodarczego*, Trybunał orzekł w wyroku Suiker Unie, że pośrednik nie może zostać uznany za komórkę pomocniczą zintegrowaną z przedsiębiorstwem zleceniodawcy, jeżeli zawarta z nim umowa powierza lub pozostawia mu zadania zbliżone pod względem gospodarczym do zadań działającego na własny rachunek przedsiębiorstwa handlowego, z uwagi na fakt, że umowa ta przewiduje przejście przez tego pośrednika ryzyka finansowego towarzyszącego sprzedaży lub wykonaniu umów zawartych z osobami trzecimi³⁴. Jeżeli zatem dystrybutor bierze na siebie ryzyko finansowe wiążące się ze sprzedażą, przykładowo nabywając towary i związane z nimi prawo własności, aby następnie odsprzedać je na własne ryzyko, dystrybutor ten co do zasady nie działa jak komórka pomocnicza zintegrowana z przedsiębiorstwem producenta, a więc jako element jednostki gospodarczej³⁵.

43. Jeśli chodzi o *wyłączny charakter usług świadczonych przez pośrednika*, Trybunał uznał, że okoliczność, iż pośrednik równoległe z działalnością prowadzoną na rachunek zleceniodawcy zawiera jako niezależny przedsiębiorca duże transakcje na rynku rozpatrywanego towaru lub usługi, wskazuje, że nie mamy do czynienia z sytuacją jednostki gospodarczej³⁶.

²⁹ Zobacz podobnie: wyrok z dnia 21 lipca 2016 r., VM Remonts i in. (C-542/14, zwany dalej „wyrokiem Remonts”, EU:C:2016:578, pkt 20, 27, 33); opinia rzecznika generalnego M. Watheleta w sprawie VM Remonts i in. (C-542/14, EU:C:2015:797, pkt 48).

³⁰ Wyrok z dnia 11 grudnia 2003 r., Minoan Lines/Komisja (T-66/99, zwany dalej „wyrokiem Minoan Lines”, EU:T:2003:337, pkt 125–128).

³¹ Wyrok 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 i 114/73, zwany dalej „wyrokiem Suiker Unie”, EU:C:1975:174, pkt 480). Wyróżnienie moje.

³² Zobacz podobnie wyrok z dnia 15 lipca 2015 r., voestalpine i voestalpine Wire Rod Austria/Komisja (T-418/10, EU:T:2015:516, pkt 153).

³³ Wyrok Minoan Lines (pkt 125–128).

³⁴ Wyrok Suiker Unie (pkt 482).

³⁵ Zobacz podobnie wyrok z dnia 15 września 2005 r., DaimlerChrysler/Komisja (T-325/01, EU:T:2005:322, pkt 118).

³⁶ Zobacz wyroki: Suiker Unie (pkt 544); Minoan Lines (pkt 128).

44. Trybunał zasadniczo potwierdził analizę Sądu w wyroku Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, orzekając, że usługodawca może utracić status niezależnego podmiotu gospodarczego, gdy nie określa w niezależny sposób swojego zachowania na rynku, lecz jest całkowicie uzależniony od swojego zleceniodawcy, *ponieważ nie ponosi jakiegokolwiek ryzyka finansowego i gospodarczego wynikającego z działalności zleceniodawcy i działa jako komórka pomocnicza, zintegrowana z przedsiębiorstwem tego zleceniodawcy*³⁷. Jednakże te dwa kryteria nie mogą być wyczerpujące ani decydujące same w sobie o tym, czy zleceniodawcy można przypisać odpowiedzialność za antykonkurencyjne zachowania zleceniobiorcy³⁸.

45. W drugiej kolejności – w wyroku Remonts³⁹ Trybunał miał za zadanie dokonanie bardziej ogólnej analizy pojęcia „jednostki gospodarczej” w kontekście działalności niezależnego usługodawcy świadczącego usługi na rzecz przedsiębiorstwa. Wyrok ten zapadł na gruncie okoliczności faktycznych odmiennych od okoliczności sporu w postępowaniu głównym – dotyczył bowiem uzgodnionych praktyk w postępowaniu przetargowym (bid rigging) – ale umożliwia on określenie użytecznych wskaźników odniesienia, które pokrywają się częściowo ze wskaźnikami określonymi wcześniej. W sprawie tej Trybunał orzekł, że co do zasady przedsiębiorstwo może ponosić odpowiedzialność za uzgodnioną praktykę, w której uczestniczy niezależny usługodawca świadczący usługi dla tego przedsiębiorstwa, wyłącznie w przypadku gdy spełniona zostanie jedna z następujących przesłanek: (i) usługodawca ten *działał w rzeczywistości pod kierownictwem lub kontrolą przedsiębiorstwa*, którego dotyczy zarzut⁴⁰ albo (ii) przedsiębiorstwo to *miało wiedzę o antykonkurencyjnych celach* realizowanych przez swych konkurentów i wspomnianego usługodawcę i zamierzało własnym zachowaniem przyczynić się do ich realizacji⁴¹, albo też (iii) *przedsiębiorstwo to mogło racjonalnie przewidzieć antykonkurencyjne działania swych konkurentów i tego usługodawcy i było gotowe zaakceptować wynikające stąd ryzyko*⁴².

46. To w świetle powyższych rozważań, uwzględniając specyfikę zachowań rozpatrywanych w postępowaniu głównym, należy udzielić odpowiedzi sądowi odsyłającemu.

e) W przedmiocie stosowania pojęcia „jednostki gospodarczej” w ramach wertykalnych relacji umownych w świetle art. 102 TFUE

47. Jeśli chodzi o tę kwestię, pragnę zauważyć, że Trybunał, o ile mi wiadomo, nie musiał jeszcze oceniać możliwych do przypisania przedsiębiorstwu dominującemu zachowań niezależnych dystrybutorów w związku ze stosowaniem art. 102 TFUE. Pojęcie „jednostki gospodarczej” poza kontekstem powiązań kapitałowych jest siłą rzeczy uwarunkowane kontekstem faktycznym, w który wpisuje się więź umowna. Nie jest zatem możliwe ustalenie z góry oraz in abstracto, jakie czynniki pozwalają stwierdzić, że pewna konfiguracja umowna wchodzi w zakres pojęcia „jednostki gospodarczej”. Bez uszczerbku dla oceny, której dokonanie spoczywa na sądzie odsyłającym, wyłącznie właściwym do dokonywania oceny okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym, uważam, że poniżej wskazane elementy mogą okazać się użyteczne.

³⁷ Wyrok z dnia 14 grudnia 2006 r., Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, pkt 43, 44). Zobacz również wyrok z dnia 24 października 1995 r., Volkswagen et VAG Leasing (C-266/93, EU:C:1995:345, pkt 16).

³⁸ Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego M. Watheleta w sprawie VM Remonts i in. (C-542/14, EU:C:2015:797, pkt 53).

³⁹ Zobacz wyrok Remonts (pkt 31).

⁴⁰ Wyrok Remonts (pkt 25).

⁴¹ Wyrok Remonts (pkt 29, 30).

⁴² Wyrok Remonts (pkt 31).

48. W pierwszej kolejności stwierdzam, że odwoływanie się do pojęcia „jednostki gospodarczej” nie jest w praktyce częste w kontekście stosowania art. 102 TFUE, co wyjaśnia, dlaczego zagadnienia dotyczące możliwości przypisania odpowiedzialności były rzadko analizowane przed sądami Unii⁴³. Wynika to częściowo z faktu, że taka klasyfikacja nie zawsze jest konieczna. Uważam bowiem, że w konfiguracji, gdy zachowanie stanowiące nadużycie ma faktycznie miejsce za pośrednictwem osoby trzeciej będącej dystrybutorem, zachowanie to mogłoby niewątpliwie zostać przypisane przedsiębiorstwu dominującemu, gdyby okazało się, że dystrybutor ten stosował je *zgodnie z konkretnymi instrukcjami udzielonymi przez to przedsiębiorstwo, a zatem w ramach wdrażania jednolitej polityki handlowej*. Gdyby bowiem było inaczej, przedsiębiorstwo dominujące mogłoby z łatwością obejść zakaz ustanowiony w art. 102 TFUE poprzez delegowanie na swoich dystrybutorów lub innych pośredników obowiązanych do podporządkowania się jego instrukcjom pewnych praktyk stanowiących nadużycie, takich jak te, które w niniejszej sprawie kwestionuje AGCM. Na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą (a nie na jego dystrybutorach) ciąży bowiem szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszało ono skutecznej i niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym, czy to bezpośrednio, poprzez praktyki stanowiące nadużycie stosowane przez samo to przedsiębiorstwo, czy też pośrednio, poprzez praktyki, które delegowało ono na niezależnych przedsiębiorców obowiązanych do podporządkowania się jego instrukcjom⁴⁴. Poza tym, stosując w drodze analogii kryterium wypracowane przez Trybunał w wyroku Remonts, należy zweryfikować, czy przedsiębiorstwo dominujące mogło racjonalnie przewidzieć antykonkurencyjne działania swych dystrybutorów i było gotowe zaakceptować wynikające stąd ryzyko⁴⁵.

49. W drugiej kolejności, jeżeli organ uważa, że należy jednak przypisać odpowiedzialność również dystrybutorom, w myśl orzecznictwa przytoczonego w pkt 38 niniejszej opinii, ocena dotycząca istnienia jednostki gospodarczej powinna zostać przeprowadzona z uwzględnieniem *powiązań gospodarczych, organizacyjnych i prawnych* łączących producenta z tymi dystrybutorami, by móc stwierdzić w oparciu o *zbiór poszlak*, że producent rzeczywiście wywiera decydujący wpływ na dystrybutorów, oraz wykazać, że dystrybutorzy zasadniczo działali jako *longa manus* producenta. Jest tak między innymi w sytuacji, gdy dystrybutorzy powielają lub uznają, że mają obowiązek powielać, względem operatorów punktów sprzedaży praktyki wykluczające opracowane i wprowadzone w życie przez producenta.

50. Jeśli chodzi o tę kwestię, po pierwsze, w odniesieniu do powiązań *gospodarczych*, a w szczególności w kontekście relacji między przedsiębiorstwem dominującym a jego dystrybutorami, istotne mogą być również czynniki odnoszące się do równowagi sił gospodarczych. W tym kontekście można wyróżnić następujące czynniki: (i) znaczenie pozycji dominującej producenta w zakresie, w jakim może ona powodować uzasadnione obawy dystrybutora, że poza jego relacją z tym producentem trudno mu będzie znaleźć innego producenta, aby zapewnić dystrybucję swoich towarów; (ii) wielkość obrotu pochodzącego ze sprzedaży towarów producenta dominującego w całkowitym obrocie dystrybutora, który w związku z tym może kierować się uzasadnionymi obawami utraty istotnej części całkowitego obrotu w przypadku zerwania relacji z tym producentem; (iii) gospodarcza wartość zachęt takich jak rabaty lub bonifikaty przyznawane dystrybutorom przez producenta, warunkujących decyzje

⁴³ Zobacz jednakże wyroki: z dnia 1 lipca 2010 r., AstraZeneca/Komisja (T-321/05, EU:T:2010:266, pkt 818–822); Deutsche Telekom II (pkt 68–87); SEN (pkt 104–123).

⁴⁴ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, zwany dalej „wyrokiem Intel”, EU:C:2017:632, pkt 135); z dnia 6 grudnia 2012 r., AstraZeneca/Komisja (C-457/10 P, EU:C:2012:770), który potwierdza, że takie nadużycie może zostać stwierdzone nawet jeżeli skutki antykonkurencyjne mogą wystąpić wyłącznie w wyniku działania osób trzecich.

⁴⁵ Zobacz pkt 45 niniejszej opinii.

dystrybutora, który może obawiać się odmowy lub zmniejszenia takich świadczeń jako sankcji za naruszenie przez niego klauzul wyłączności narzuconych przez tego producenta lub za zaniechanie przeniesienia na operatorów punktów sprzedaży tych klauzul lub innych praktyk wykluczających (takich jak rabaty lojalnościowe), określonych z góry przez wspomnianego producenta. Należy również uwzględnić presję konkurencyjną ze strony przedsiębiorstwa dominującego, a w szczególności okoliczność, czy dystrybutorzy są w stanie bez trudu zwrócić się do innych producentów, jak również siłę rynku kompensacyjnego tych dystrybutorów (zwłaszcza jeśli chodzi o sklepy wielkopowierzchniowe).

51. Po drugie, jeśli chodzi o powiązania *organizacyjne*, uważam, że do celów badania kwestii jedności gospodarczej istotna jest weryfikacja, czy istnieją ewentualne praktyki kontroli (monitorowania) sprawowanej in situ lub w inny sposób przez producenta w odniesieniu do przestrzegania klauzul wyłączności i innych klauzul wykluczających (takich jak rabaty lojalnościowe lub przesłanki rozwiązania umowy) w relacjach między dystrybutorami a operatorami punktów sprzedaży.

52. Po trzecie, jeśli chodzi o powiązania *prawne*, istotne mogą być następujące czynniki: (i) określenie przez producenta z góry wzorów umów, jakie dystrybutor będzie miał obowiązek stosować w relacjach z operatorami punktów sprzedaży, oraz (ii) określenie przez producenta z góry konkretnych zasad sprzedaży na rzecz operatorów punktów sprzedaży. Wymaga to poczynienia dwóch uwag.

53. Z jednej strony uważam, że nie ma potrzeby wykazywania, iż między przedsiębiorstwem dominującym a jego dystrybutorami istnieje „hierarchiczne podporządkowanie” (nawiązując do sformułowań użytych w pytaniu prejudycjalnym), w oparciu o które przedsiębiorstwo dominujące podporządkowuje sobie dystrybutorów przy pomocy „systematycznej i stałej wielości wytycznych” mogących wpływać na ich „decyzje strategiczne i operacyjne”. O ile istnienie takiej hierarchicznej więzi sprawia, że nie ma żadnej wątpliwości, iż dystrybutor podlega decydującemu wpływowi producenta, o tyle istotne jest, by niezależnie od więzów hierarchicznych – sformalizowanych w postaci wytycznych – dystrybutor ten nie miał swobody decyzji odnośnie do wszelkich aspektów, które mogłyby ograniczać skuteczność praktyk wykluczających z góry ustalonych przez dominującego producenta, gdyż słuszenie obawia się dotkliwych konsekwencji gospodarczych grożących mu, gdyby systematycznie nie wspierał takiego postępowania.

54. Z drugiej strony, jeśli chodzi o kwestię „stopnia ingerencji”, należy stwierdzić, że wszystkie relacje wertykalne zakładają istnienie porozumienia, które do pewnego stopnia daje zleciodawcy wpływ na inny podmiot. Stopień tego wpływu może być wysoki i rozciągać się na różne aspekty działalności handlowej będącej przedmiotem stosunku umownego, lecz nie jest to samo w sobie wystarczające dla powstania jednostki gospodarczej. Zwykła koordynacja lub ingerencje w decyzje podejmowane przez inny podmiot, nawet jeżeli są istotne i mogą stanowić praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 101 TFUE, nie mogą bowiem same w sobie wskazywać, że dystrybutor nie działa samodzielnie.

55. Mając na względzie powyższe rozważania, proponuję, by Trybunał odpowiedział na pierwsze pytanie prejudycjalne, że art. 101 i 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że poza przypadkami, gdy istnieją powiązania kapitałowe, koordynacja na podstawie umowy między producentem a jego pośrednikami w zakresie dystrybucji prowadzi do powstania „jednostki gospodarczej” w rozumieniu tych postanowień, w przypadku gdy ze względu na powiązania gospodarcze, organizacyjne i prawne między producentem a jego dystrybutorami producent ten wywiera decydujący wpływ na swoich dystrybutorów, tak że ci ostatni uznają, iż mają obowiązek

powielać zachowanie opracowane i wprowadzone w życie przez tego producenta i nie mogą działać na rynku w sposób niezależny. Jest tak między innymi w przypadku, gdy w wyniku tej koordynacji na podstawie umowy wspomniani dystrybutorzy, po pierwsze, nie ponoszą żadnego ryzyka finansowego związanego ze sprzedażą towarów tego producenta, lub, po drugie, zawierają umowy na wyłączność z tym producentem.

B. W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego

56. Poprzez drugie pytanie prejudycjalne sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy w przypadku klauzul wyłączności lub zachowań łączących w sobie różne praktyki (takie jak rabaty i klauzule wyłączności) organ ochrony konkurencji jest obowiązany oprzeć swe ustalenia dotyczące naruszenia art. 102 TFUE na kryterium równie skutecznego konkurenta i szczegółowo badać analizy ekonomiczne przedstawione, w razie potrzeby, przez przedsiębiorstwo dominujące, dotyczące tego, czy rozpatrywane działania mają *in concreto* zdolność do wykluczenia z rynku równie skutecznych konkurentów. Z uzasadnienia postanowienia odsyłającego wynika, że powodem tego pytania są między innymi wątpliwości sądu odsyłającego co do zakresu stosowania zasad mających swe źródło w wyroku Intel.

57. Aby przybliżyć kontekst wątpliwości, jakie powziął ten sąd, przypomnę, że w toku postępowania AGCM uznał, iż nie miał obowiązku badania analiz ekonomicznych przedstawionych przez Unilever w celu wykazania, że rozpatrywane praktyki nie mogą wykluczać z rynku co najmniej równie skutecznych konkurentów, ponieważ analizy te były zupełnie nieistotne dla stwierdzenia rozpatrywanego naruszenia⁴⁶. Przychylając się do analizy AGCM, TAR uznał, że zasady mające swe źródło w wyroku Intel mają zastosowanie wyłącznie w przypadku rabatów za wyłączność, a nie w przypadku obowiązków zachowania wyłączności połączonych z różnymi rabatami. TAR uznał w związku z tym, że nie było potrzeby uwzględniania wspomnianych analiz przedstawionych przez Unilever.

58. Pytanie zadane przez sąd odsyłający składa się z dwóch części:

- pierwsza dotyczy ustalenia, czy nawet w przypadku klauzul przewidujących obowiązek wyłączności należy badać, czy mają one zdolność do wykluczenia z rynku konkurentów co najmniej równie skutecznych jak przedsiębiorstwo dominujące; a
- druga dotyczy ustalenia, czy w ramach takiego badania organ ochrony konkurencji ma obowiązek uwzględnienia analiz przedstawionych przez przedsiębiorstwo, którego dotyczą zarzuty.

1. Uwagi wstępne

59. Zanim przejdę do omówienia tych dwóch części, chciałbym zwrócić uwagę, że niniejsze pytanie prejudycjalne stanowi bezpośrednią kontynuację trzeciego pytania prejudycjalnego, które ten sam sąd zadał w sprawie, w której zapadł wyrok SEN. Istotą tamtego pytania było to, czy do celów ustalenia, że zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą ma charakter nadużycia, za istotne należy uznać dowody przedstawione przez to przedsiębiorstwo mające na celu wykazanie, iż mimo abstrakcyjnej zdolności wywołania przez to zachowanie skutków

⁴⁶ Zdaniem Unilevera AGCM z tego samego powodu odmówił udziału w spotkaniu z ekonomistami, którzy wnioskowali o zorganizowanie takiego spotkania w celu określenia zasad sporządzenia tych analiz ekonomicznych.

ograniczających w praktyce zachowanie to nie wywołało takich skutków, a w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej – czy organ ochrony konkurencji jest zobowiązany zbadać szczegółowo te dowody⁴⁷.

60. O ile pytanie zadane w sprawie SEN miało charakter bardziej ogólny, o tyle analiza przeprowadzona w mojej opinii, w świetle wniosków płynących z wyroku SEN, pozwala umieścić obecne pytanie prejudycjalne w otoczeniu normatywnym art. 102 TFUE i udzielić częściowej odpowiedzi na pytania sądu odsyłającego.

61. W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału aby ustalić, iż zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą stanowi nadużycie, nie ma konieczności wykazywania, iż sporne zachowanie rzeczywiście wywołało skutki antykonkurencyjne. Organ ochrony konkurencji jest zobowiązany wyłącznie do wykazania potencjalnie (możliwie) szkodliwego charakteru zarzucanego zachowania, niezależnie od urzeczywistnienia się skutków antykonkurencyjnych. Z wewnętrzną logiką art. 102 TFUE, który ma również charakter zapobiegawczy i prognostyczny, sprzeczna byłaby bowiem konieczność czekania, aż antykonkurencyjne skutki wystąpią na rynku, aby móc zgodnie z prawem stwierdzić wystąpienie nadużycia⁴⁸.

62. Wynika z tego, że dowody przedstawione przez przedsiębiorstwo w celu wykazania braku antykonkurencyjnych skutków, takie jak analizy ekonomiczne, nie mogą zwalniać z odpowiedzialności ani przenosić ciężaru dowodu na organ ochrony konkurencji w ten sposób, że to na nim spoczywałby ciężar wykazania zmaterializowania się szkody wynikającej z zarzucanego przedsiębiorstwu zachowania. Ponadto antykonkurencyjny charakter zachowania należy oceniać w momencie, w którym do tego zachowania doszło, co jest również zgodne z ogólną zasadą pewności prawa, ponieważ przedsiębiorstwo dominujące powinno mieć możliwość dokonania oceny zgodności z prawem swojego zachowania w oparciu o istniejące elementy⁴⁹.

63. Niemniej Trybunał orzekł również, że zdolność do ograniczenia konkurencji, a w szczególności wywołania potencjalnych skutków w postaci wykluczenia, należy oceniać w świetle wszystkich istotnych okoliczności faktycznych związanych z rozpatrywanym zachowaniem, co według mnie obejmuje również dowody przedstawione przez przedsiębiorstwo dominujące w celu wykazania, że mimo abstrakcyjnej zdolności do wywołania przez to zachowanie skutków ograniczających, w praktyce nie wywołało ono takich skutków. Poza tym ze względu na poszanowanie prawa do obrony, a w szczególności prawa do bycia wysłuchanym, dopuszczalność tego typu dowodów jest niezaprzeczalna z punktu widzenia proceduralnego⁵⁰.

64. Jeśli chodzi o moc dowodową tego rodzaju dowodów, jest ona zróżnicowana w zależności od okoliczności faktycznych. Przykładowo dowód o charakterze ekonomicznym wykazujący, po zakończeniu kwestionowanego zachowania, brak skutków w postaci wykluczenia mógłby potwierdzać czysto hipotetyczny charakter tego zachowania. Takiego czysto hipotetycznego zachowania nie można uznać za nadużywanie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE⁵¹. Właśnie w tym kontekście Trybunał uznał w wyroku SEN, że dowód braku konkretnych skutków w postaci wykluczenia „może stanowić wskazówkę co do tego, że sporne

⁴⁷ Zobacz wyrok SEN (pkt 49–58), i opinia rzecznika generalnego w sprawie SEN (pkt 109–121).

⁴⁸ Jeśli chodzi o tę kwestię, zob. opinia rzecznika generalnego w sprawie SEN (pkt 110, 112 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁴⁹ Jeśli chodzi o tę kwestię, zob. opinia rzecznika generalnego w sprawie SEN (pkt 114 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁵⁰ Zobacz wyrok SEN (pkt 52) i opinia rzecznika generalnego w sprawie SEN (pkt 116 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁵¹ Zobacz opinia rzecznika generalnego w sprawie SEN (pkt 41, 116 i przytoczone tam orzecznictwo).

zachowanie nie mogło wywołać zarzucanych [przedsiębiorstwu] skutków w postaci wykluczenia” oraz że „[t]o uprawdopodobnienie musi być jednak uzupełnione przez zainteresowane przedsiębiorstwo dowodami służącymi wykazaniu, że ten brak konkretnych skutków był faktycznie konsekwencją braku zdolności wywołania takich skutków przez wspomniane zachowanie”⁵².

2. W przedmiocie części pierwszej

65. Poprzez część pierwszą pytania sąd odsyłający pragnie w istocie ustalić, czy w następstwie wyroku Intel organ ochrony konkurencji, nawet w przypadku klauzuli wyłączności, ma obowiązek analizować zdolność tej klauzuli do wykluczenia z rynku konkurentów co najmniej równie skutecznych jak przedsiębiorstwo dominujące.

66. Aby lepiej zrozumieć to pytanie, należy w zwięzły sposób przypomnieć okoliczności i zagadnienia, jakie były podnoszone w sprawie zakończonej wydaniem wyroku Intel.

67. W 2009 r. Komisja wydała decyzję wobec spółki Intel, uznając w niej, że spółka ta w okresie od października 2002 r. do grudnia 2007 r. dopuściła się jednolitego i ciągłego naruszenia art. 102 TFUE, wdrażając strategię mającą na celu wykluczenie konkurenta, to jest spółki AMD, z rynku mikroprocesorów (CPU x86). W decyzji tej opisano dwa rodzaje zachowań spółki Intel w stosunku do jej partnerów handlowych, mianowicie stosowanie rabatów warunkowych oraz „jawnych ograniczeń”. Pierwszy rodzaj zachowania, który jest istotny do celów niniejszej analizy, polegał na przyznawaniu rabatów czterem producentom sprzętu informatycznego (OEM), a mianowicie spółkom Dell, Lenovo, HP i NEC, pod warunkiem że będą one kupować od spółki Intel całość lub prawie całość potrzebnych im CPU x86. Podobnie Intel dokonywał wypłat na rzecz MSH, największego europejskiego dystrybutora komputerów stacjonarnych, pod warunkiem że MSH będzie sprzedawała wyłącznie komputery wyposażone w CPU x86 produkcji Intela. Komisja uznała, że owe przyznawane przez Intel rabaty warunkowe były rabatami lojalnościowymi oraz że mechanizm ekonomiczny wypłat warunkowych, jakich dokonywał Intel na rzecz MSH, był odpowiednikiem mechanizmu rabatów warunkowych przyznawanych OEM. W zaskarżonej decyzji Komisja przeprowadziła również analizę ekonomiczną dotyczącą zdolności rabatów do wykluczenia konkurenta, który byłby równie skuteczny jak Intel, chociaż nie miałby pozycji dominującej⁵³.

68. Intel zakwestionował analizę Komisji przed Sądem, który oddalił skargę⁵⁴, orzekając zasadniczo, że przyznane rabaty były rabatami za wyłączność, ponieważ były związane z warunkiem, że klient będzie zaopatrywał się u Intela albo w zakresie całości swojego zapotrzebowania na CPU x86, albo w zakresie znacznej części swojego zapotrzebowania. Sąd orzekł, że zakwalifikowanie takiego rabatu jako „nadużycia” nie zależy od analizy okoliczności danej sprawy mającej na celu wykazanie zdolności tego rabatu do ograniczenia konkurencji⁵⁵. Tytułem uzupełnienia Sąd stwierdził, że w oparciu o analizę okoliczności sprawy Komisja wykazała w sposób wystarczający pod względem prawnym, że przyznane rabaty i wypłaty za wyłączność miały zdolność do ograniczenia konkurencji⁵⁶.

⁵² Zobacz wyrok SEN (pkt 56).

⁵³ Konkretnie rzecz biorąc, przeprowadzona analiza polegała na ustaleniu ceny, za jaką konkurent równie skuteczny jak Intel musiałby sprzedawać OEM swoje CPU, aby zrekompensować mu utracony rabat Intela. Podobną analizę przeprowadzono w odniesieniu do wypłat na rzecz MSH.

⁵⁴ Wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., Intel/Komisja (T-286/09, zwany dalej „pierwszym wyrokiem w sprawie Intel”, EU:T:2014:547, pkt 79).

⁵⁵ Pierwszy wyrok w sprawie Intel (pkt 80–89).

⁵⁶ Pierwszy wyrok w sprawie Intel (pkt 172–197).

69. Intel wniósł odwołanie do Trybunału, podnosząc na jego poparcie, że Sąd naruszył prawo, gdyż nie zbadał spornych rabatów w świetle wszystkich istotnych okoliczności (zarzut pierwszy). W wyroku Intel Trybunał uwzględnił ten zarzut, uchylił pierwszy wyrok w sprawie Intel i przekazał sprawę Sądowi do ponownego rozpoznania, ten zaś kolejnym wyrokiem stwierdził częściową nieważność decyzji Komisji⁵⁷. W ramach swojej analizy pierwszego zarzutu Trybunał wyjaśnił zasadniczo, że wypadku gdy dane przedsiębiorstwo w toku postępowania administracyjnego podnosi dowody na poparcie tego, że jego zachowanie nie miało zdolności do ograniczenia konkurencji, a w szczególności – wywołania skutków zarzucanego mu wykluczenia, właściwy organ ochrony konkurencji ma *obowiązek* zbadania między innymi, czy objęte dochodzeniem praktyki istotnie mają zdolność do wykluczenia z rynku co najmniej równie skutecznych konkurentów⁵⁸.

70. Przedmiotem niniejszego pytania prejudycjalnego jest właśnie zakres tej zasady. Sąd odsyłający zadaje sobie bowiem w istocie pytanie, czy wspomniana zasada obowiązuje wyłącznie w przypadku, gdy dochodzenie dotyczy rabatów za wyłączność, czy też ma ona zastosowanie również w przypadku, gdy zarzuty dotyczą zachowań w szerszym zakresie i obejmują również obowiązek zachowania wyłączności oraz inne rodzaje rabatów i rekompensat określanych jako „lojalnościowe”.

71. Z następujących powodów – jak już wskazałem w pkt 63 niniejszej opinii – uważam, że zasada ta ma znaczenie ogólne, *niezależnie od rodzaju ograniczeń*, w sytuacji gdy przedsiębiorstwo dominujące przedstawia dowody w celu wykazania, że rozpatrywane zachowanie nie mogło wywołać takich skutków.

72. W pierwszej kolejności wynika to z treści pkt 137–140 wyroku Intel.

73. Przede wszystkim, w pkt 137 tego wyroku, Trybunał podkreślił, że „w przypadku przedsiębiorstwa zajmującego dominującą pozycję na rynku fakt związania nabywców – nawet na ich wnioski – *obowiązkiem lub obietnicą zaopatrywania się wyłącznie w tym przedsiębiorstwie celem pokrycia całości* lub znacznej części ich zapotrzebowania stanowi nadużywanie dominującej pozycji w rozumieniu art. 102 TFUE, *bez względu na to, czy to zobowiązanie zostało zaciągnięte bez dodatkowych zastrzeżeń, czy też w zamian za przyznanie rabatu*. To samo dotyczy sytuacji, w której takie przedsiębiorstwo, nie nakładając na nabywców formalnego obowiązku, stosuje, na mocy umów zawartych z tymi nabywcami albo jednostronnie, *system rabatów lojalnościowych*, to znaczy upustów przyznawanych pod warunkiem, że klient [niezależnie od kwoty dokonywanych przez niego zakupów] zaopatruje się celem pokrycia całości lub istotnej części swojego zapotrzebowania wyłącznie w przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą”⁵⁹. Trybunał uznał zatem obydwie kategorie klauzul, czyli przewidziane wprost zobowiązanie do wyłączności oraz rabaty uzależnione od obowiązku zachowania wyłączności, za „klauzule stanowiące potencjalne nadużycie”, nie czyniąc żadnego rozróżnienia jeśli chodzi o ich szkodliwość dla konkurencji.

74. Następnie, w pkt 138 wyroku Intel, Trybunał orzekł: „Niemniej jednak to orzecznictwo należy uściślić, w wypadku gdy *dane przedsiębiorstwo* w toku postępowania administracyjnego *podnosi dowody* na poparcie tego, że jego zachowanie nie miało zdolności do ograniczenia konkurencji, w szczególności – wywołania skutków zarzucanego wykluczenia”⁶⁰. Trybunał wskazał w związku

⁵⁷ Wyrok z dnia 26 stycznia 2022 r., Intel Corporation/Komisja (T-286/09 RENV, EU:T:2022:19).

⁵⁸ Wyrok Intel (pkt 138, 139).

⁵⁹ Wyróżnienie moje.

⁶⁰ Wyróżnienie moje.

z tym, że uściślenie zawarte w kolejnych punktach tego wyroku odnosi się do *każdego* przedsiębiorstwa, które w toku postępowania administracyjnego powołuje się na brak zdolności do ograniczenia konkurencji, niezależnie od rodzaju zarzucanego przedsiębiorstwu zachowania. Uściślenie to odnosi się oczywiście do obydwu kategorii praktyk określonych we wcześniejszym punkcie wspomnianego wyroku.

75. I tak w pkt 139 wyroku Intel Trybunał orzekł, że „[w] takim wypadku Komisja jest nie tylko zobowiązana do zbadania z jednej strony wagi pozycji dominującej przedsiębiorstwa na rynku właściwym i z drugiej strony stopnia objęcia rynku zarzucaną praktyką, jak również warunków i sposobów przyznawania analizowanych rabatów, okresu ich ważności i ich wysokości, *lecz także ma ona obowiązek przeprowadzenia oceny istnienia strategii mającej na celu wykluczenie z rynku konkurentów przynajmniej o takiej samej skuteczności*”⁶¹. Trybunał ponownie zatem rozważył analizę, jaką Komisja obowiązana jest przeprowadzić w odpowiedzi na podnoszone przez dane przedsiębiorstwo argumenty, zgodnie z którymi rozpatrywane zachowanie nie może ograniczać konkurencji. Jest jasne, że ma to zastosowanie zarówno do obowiązków zachowania wyłączności, jak i do rabatów uzależnionych od spełnienia obowiązku zachowania wyłączności.

76. Wreszcie w pkt 140 wyroku Intel Trybunał dodał, że „[a]naliza zdolności wykluczającej jest również istotna dla oceny kwestii, czy system rabatów wchodzący zasadniczo w zakres zakazu ustanowionego w art. 102 TFUE może być obiektywnie uzasadniony. Ponadto wynikające z systemu rabatów skutki wykluczenia, niekorzystne dla konkurencji, mogą zrównoważyć czy też przeważać korzyści pod względem efektywności, z których ma pożytek również konsument [...]. Takie wyważenie skutków kwestionowanej praktyki – korzystnych i niekorzystnych dla konkurencji – *może być dokonane w decyzji Komisji dopiero po przeprowadzeniu związanego z analizowaną praktyką badania potencjału w zakresie wykluczenia konkurentów przynajmniej tak samo skutecznych jak przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą*”⁶². Innymi słowy Trybunał wyjaśnił, że ocena argumentów obronnych podniesionych przez przedsiębiorstwo dominujące, a mianowicie ocena uzasadnienia obiektywnymi względami lub korzyści pod względem efektywności, może być dokonana *dopiero po* przeprowadzeniu analizy dotyczącej zdolności do wykluczenia przynajmniej tak samo skutecznych konkurentów. Mimo że Trybunał odnosił się wprost do rabatów, ratio tego punktu wyroku Intel jest takie, że należy badać tego rodzaju argumenty, gdy zostanie wykazane, iż rozpatrywane zachowanie może wywołać skutki w postaci wykluczenia przynajmniej tak samo skutecznych konkurentów, co ma zastosowanie niezależnie od rodzaju rozpatrywanego zachowania.

77. W drugiej kolejności – literalna wykładnia tych punktów wyroku Intel znajduje oparcie w wykładni celowościowej art. 102 TFUE. Trybunał potwierdził w istocie w pkt 133 i 134 tego wyroku, że „art. 102 TFUE nie ma bowiem na celu uniemożliwienia przedsiębiorstwu zdobycia, dzięki *jego własnym świadczeniom*, dominującej pozycji na rynku. Przepis ten *nie zmierza także do zapewnienia, aby konkurenci mniej skuteczni niż przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą pozostali na rynku* [...]. Nie każdy skutek w postaci wykluczenia musi koniecznie prowadzić do naruszenia konkurencji. Z definicji konkurencja oparta na jakości może doprowadzić do zniknięcia z rynku lub do odsunięcia na dalszy plan konkurentów mniej skutecznych, a zatem – *mniej interesujących dla konsumentów w szczególności pod względem cen, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności*”⁶³.

⁶¹ Wyróżnienie moje.

⁶² Wyróżnienie moje.

⁶³ Wyróżnienie moje.

78. Te dwa punkty wymagają poczynienia dwóch uwag. Po pierwsze, zgodnie z bardziej szczegółową analizą zawartą w opinii rzecznika generalnego w sprawie SEN pojęcie „konkurencji pozacenowej”, do której odnosi się Trybunał, nie wiąże się z określonym rodzajem praktyk, pozostaje pojęciem abstrakcyjnym i nie może zostać zdefiniowane w sposób pozwalający na ustalenie z góry, czy dane zachowanie wchodzi w zakres takiej konkurencji, czy nie. Pojęcie „konkurencji pozacenowej” wyraża bowiem ideał gospodarczy w kontekście obecnej tendencji w prawie konkurencji Unii do promowania analizy antykonkurencyjnych skutków zachowania bardziej niż analizy opartej na jego formie⁶⁴, zwłaszcza że obecnie przyjmuje się, iż rabaty lojalnościowe niekoniecznie są szkodliwe dla konkurencji⁶⁵.

79. Po drugie, konkretniej rzecz ujmując, z pkt 138–140 wyroku Intel wynika, że art. 102 TFUE należy interpretować jako postanowienie uniemożliwiające przedsiębiorstwu dominującemu stosowanie praktyk mogących wykluczać z rynku konkurentów co najmniej równie skutecznych pod względem jakości, innowacyjności i wyboru oferowanych towarów oraz że ustanowiony na mocy tego postanowienia zakaz nie odnosi się jedynie do praktyk dotyczących cen, takich jak rabaty za wyłączność, lecz także do wszystkich innych praktyk handlowych, które nie dotyczą cen, takich jak obowiązek zachowania wyłączności, ponieważ to szkodliwość tych praktyk sprawia, że będą one stanowiły nadużycie, a nie ich forma.

3. W przedmiocie części drugiej

80. Poprzez część drugą pytania sąd odsyłający pragnie ustalić, czy w ramach analizy skutków klauzul wyłączności organ ochrony konkurencji jest obowiązany szczegółowo zbadać przedstawione przez stronę dominującą analizy ekonomiczne dotyczące kwestii, czy rozpatrywane zachowania mają *in concreto* zdolność do wykluczenia z rynku równie skutecznych konkurentów.

81. Jak wynika z pkt 63 niniejszej opinii, ze względu na poszanowanie prawa do obrony, a w szczególności prawa do bycia wysłuchanym, dopuszczalność tego typu dowodów jest niezaprzeczalna z punktu widzenia proceduralnego. Skoro zatem ciężar dowodu odnośnie do antykonkurencyjnych skutków w postaci wykluczenia spoczywa na organach ochrony konkurencji, organy te mają obowiązek starannie rozważyć dowody przedstawione przez przedsiębiorstwo dominujące, gdy stara się ono wykazać, że pomimo jego (domniemanej) abstrakcyjnej zdolności do wywarcia skutku ograniczającego rozpatrywane zachowanie w rzeczywistości nie wywarło tego skutku⁶⁶.

82. Aby wyjaśnić niektóre praktyczne aspekty zakresu tego obowiązku spoczywającego na organach ochrony konkurencji, wydaje mi się słuszne poczynić poniższe uściślenia.

83. W pierwszej kolejności – jeżeli przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą twierdzi, w oparciu o konkretne dowody, że jego zachowanie nie może ograniczać konkurencji w oparciu o test AEC, art. 102 TFUE nakłada na właściwy organ ochrony konkurencji obowiązek przeprowadzenia analizy w celu ustalenia, czy tak jest⁶⁷. Analiza ta powinna opierać się na

⁶⁴ Zobacz opinia rzecznika generalnego w sprawie SEN (pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁶⁵ Zobacz podobnie pkt 37 komunikatu Komisji – wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 [WE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz.U. 2009, C 45, s. 7), który stanowi, że „[p]rzedsiębiorstwa mogą oferować [rabaty warunkowe] w celu pobudzenia większego popytu, a rabaty jako takie mogą *stymulować popyt i przynosić korzyści konsumentom*”.

⁶⁶ Opinia rzecznika generalnego w sprawie SEN (pkt 116 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁶⁷ Wyrok Intel (pkt 139, 140).

wiarygodnych dowodach⁶⁸ wykazujących skutek ograniczający, który wykracza poza zwykłą hipotezę⁶⁹. Jeżeli po przeprowadzeniu takiej analizy zostanie stwierdzone, że rozpatrywane zachowanie nie może prowadzić do wykluczenia z rynku co najmniej równie skutecznych jak przedsiębiorstwo dominujące konkurentów, organ ochrony konkurencji powinien stwierdzić, że art. 102 TFUE nie został naruszony, natomiast jeżeli zostanie stwierdzone, że zachowanie to może wywierać skutki wykluczające wobec równie skutecznych jak przedsiębiorstwo dominujące konkurentów, organ ten powinien wziąć pod uwagę ewentualne argumenty obronne podniesione przez dane przedsiębiorstwo w celu wykazania, że kwestionowane zachowania są obiektywnie uzasadnione lub że korzyści pod względem efektywności przynoszące pożytek konsumentom równoważą, ograniczające skutki wynikające z tych zachowań, a nawet przeważają nad nimi⁷⁰.

84. W drugiej kolejności, a fortiori, w sytuacji gdy przedsiębiorstwo dominujące przedstawia dowody o charakterze ekonomicznym w celu wykazania, że jego zachowania nie mają zdolności do wykluczenia równie skutecznych konkurentów, organ ochrony konkurencji nie powinien ich pomijać. Jak bowiem wskazałem w pkt 74 i 75 niniejszej opinii, to właśnie przedstawienie dowodów braku skutków ograniczających powoduje *powstanie obowiązku* po stronie organu ochrony konkurencji, aby zbadać te dowody w powiązaniu z obowiązkiem zachowania wyłączności i praktykami w zakresie rabatów. W tych okolicznościach organ ochrony konkurencji powinien przeprowadzić ocenę dowodów o charakterze ekonomicznym przedstawionych przez przedsiębiorstwo w toku postępowania i wziąć je pod uwagę w ramach prowadzonej przez siebie analizy hipotezy, że kwestionowane praktyki mogą wykluczać z rynku konkurentów równie skutecznych jak przedsiębiorstwo dominujące.

85. Nawet jeżeli organ ochrony konkurencji uważa, tak jak w niniejszym przypadku, że metodologia zastosowana do przeprowadzenia analizy ekonomicznej nie jest odpowiednia, nie może on z góry wykluczyć znaczenia takiej analizy, chyba że wskaże w decyzji, w której zakwalifikował dane zachowanie jako „stanowiące nadużycie”, przyczyny, dla których uznaje, iż metodologia, na której opiera się ta analiza, nie pozwala na wykazanie okoliczności, że kwestionowane praktyki nie mogą wykluczać równie skutecznych konkurentów.

86. W świetle powyższych rozważań proponuję, by Trybunał odpowiedział na drugie pytanie prejudycjalne, że art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że w celu ustalenia, iż doszło do nadużycia pozycji dominującej, organ ochrony konkurencji jest obowiązany wykazać, w świetle całokształtu istotnych okoliczności oraz biorąc pod uwagę między innymi dowody powoływane przez przedsiębiorstwo dominujące, że zachowanie tego przedsiębiorstwa miało zdolność do ograniczenia konkurencji, analizując w danym przypadku i w tym zakresie również powołane przez to przedsiębiorstwo dowody świadczące o tym, że rozpatrywane zachowanie nie wywołało antykonkurencyjnych skutków na rynku właściwym. Obowiązek ten odnosi się zarówno do klauzul wyłączności, jak i do zachowań łączących w sobie różne praktyki, i obejmuje wymóg przedstawienia uzasadnienia przez organ ochrony konkurencji, jeśli organ ten uzna, że takie dowody nie wystarczają, by wykazać wykluczenie z tego rynku konkurentów równie skutecznych jak przedsiębiorstwo dominujące.

⁶⁸ Wyrok z dnia 6 grudnia 2012 r., AstraZeneca/Komisja (C-457/10 P, EU:C:2012:770, pkt 202).

⁶⁹ Wyrok z dnia 6 października 2015 r., Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, pkt 65).

⁷⁰ Wyrok Intel (pkt 140).

IV. Wnioski

87. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby na pytania prejudycjalne przedłożone mu przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

- 1) Artykuły 101 i 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że poza przypadkami, gdy istnieją powiązania kapitałowe, koordynacja na podstawie umowy między producentem a jego pośrednikami w zakresie dystrybucji prowadzi do powstania „jednostki gospodarczej” w rozumieniu tych postanowień, w przypadku gdy ze względu na powiązania gospodarcze, organizacyjne i prawne między producentem a jego dystrybutorami producent ten wywiera decydujący wpływ na swoich dystrybutorów, tak że ci ostatni uznają, iż mają obowiązek powielać zachowanie opracowane i wprowadzone w życie przez tego producenta i nie mogą działać na rynku w sposób niezależny. Jest tak między innymi w przypadku, gdy w wyniku tej koordynacji na podstawie umowy wspomniani dystrybutorzy, po pierwsze, nie ponoszą żadnego ryzyka finansowego związanego ze sprzedażą towarów tego producenta, lub, po drugie, zawierają umowy na wyłączność z tym producentem.
- 2) Artykuł 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że w celu ustalenia, iż doszło do nadużycia pozycji dominującej, organ ochrony konkurencji jest obowiązany wykazać, w świetle całokształtu istotnych okoliczności oraz biorąc pod uwagę między innymi dowody powoływane przez przedsiębiorstwo dominujące, że zachowanie tego przedsiębiorstwa miało zdolność do ograniczenia konkurencji, analizując w danym przypadku i w tym zakresie również powołane przez to przedsiębiorstwo dowody świadczące o tym, że rozpatrywane zachowanie nie wywołało antykonkurencyjnych skutków na rynku właściwym. Obowiązek ten odnosi się zarówno do klauzul wyłączności, jak i do zachowań łączących w sobie różne praktyki, i obejmuje wymóg przedstawienia uzasadnienia przez organ ochrony konkurencji, jeśli organ ten uzna, że takie dowody nie wystarczają, by wykazać wykluczenie z tego rynku konkurentów równie skutecznych jak przedsiębiorstwo dominujące.