



Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)

z dnia 19 stycznia 2023 r. *

Odesłanie prejudycjalne – Konkurencja – Artykuł 102 TFUE – Pozycja dominująca – Przepisanie producentowi działań jego dystrybutorów – Istnienie więzi umownych między producentem a dystrybutorami – Pojęcie „jednostki gospodarczej” – Zakres stosowania – Nadużywanie – Klauzula wyłączności – Konieczność wykazania skutków rynkowych

W sprawie C-680/20

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) postanowieniem z dnia 7 grudnia 2020 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 15 grudnia 2020 r., w postępowaniu:

Unilever Italia Mkt. Operations Srl

przeciwko

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

przy udziale:

La Bomba Snc,

TRYBUNAŁ (piąta izba),

w składzie: E. Regan (sprawozdawca), prezes izby, D. Gratsias, M. Ilešič, I. Jarukaitis i Z. Csehi, sędziowie,

rzecznik generalny: A. Rantos,

sekretarz: C. Di Bella, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 3 marca 2022 r.,

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

- w imieniu Unilever Italia Mkt. Operations Srl – G. Bitonto, S. Borocci, S. Lembo, L. Perfetti, C. Tesauro i C. Thomas, avvocati,

* Język postępowania: włoski.

- w imieniu Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – F. Sclafani, avvocato dello Stato,
 - w imieniu rządu włoskiego – G. Palmieri, w charakterze pełnomocnika, którą wspierał P. Gentili, avvocato dello Stato,
 - w imieniu rządu greckiego – K. Boskovits, w charakterze pełnomocnika,
 - w imieniu Komisji Europejskiej – G. Conte, N. Khan i C. Sjödin, w charakterze pełnomocników,
- po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 14 lipca 2022 r.,
wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 101 i 102 TFUE.
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy spółką Unilever Italia Mkt. Operations Srl (zwaną dalej „Unileverem”) a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (organem ochrony konkurencji i rynku, Włochy, zwanym dalej „AGCM”) w przedmiocie kary nałożonej przez ten organ na wspomnianą spółkę za nadużycie pozycji dominującej na włoskim rynku dystrybucji lodów paczkowanych, których odbiorcami są niektóre rodzaje przedsiębiorstw handlowych, takie jak nadmorskie ośrodki wypoczynkowe i bary.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 3 Unilever prowadzi działalność w zakresie produkcji i sprzedaży produktów konsumpcyjnych, w tym lodów konfekcjonowanych, sprzedawanych pod markami Algida i Carte d’Or. We Włoszech Unilever poprzez sieć 150 dystrybutorów rozprowadza lody paczkowane z przeznaczeniem do konsumpcji „na zewnątrz”, czyli poza domem konsumenta, w barach, kawiarniach, klubach sportowych, na basenach lub w innych miejscach spędzania czasu wolnego (zwanym dalej „punktami sprzedaży”).
- 4 W dniu 3 kwietnia 2013 r. konkurencyjna spółka złożyła do AGCM skargę na nadużycie pozycji dominującej ze strony Unilevera na rynku lodów paczkowanych. AGCM wszczął dochodzenie.
- 5 W toku postępowania AGCM uznał w szczególności, że nie ma obowiązku badania analiz ekonomicznych przedstawionych przez Unilever w celu wykazania, że praktyki będące przedmiotem dochodzenia nie wywołały skutków w postaci wykluczenia co najmniej równie skutecznych konkurentów, z tego względu, że analizy te były całkowicie pozbawione znaczenia w przypadku istnienia klauzul wyłączności, ponieważ stosowanie takich klauzul przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą jest wystarczające do stwierdzenia, że doszło do nadużycia tej pozycji.
- 6 Decyzją z dnia 31 października 2017 r. AGCM stwierdził, że Unilever nadużył swej pozycji dominującej na rynku sprzedaży lodów paczkowanych w celu konsumpcji na zewnątrz z naruszeniem art. 102 TFUE.

- 7 Z decyzji tej wynika, że Unilever prowadził na rozpatrywanym rynku strategię wykluczenia, która mogła utrudniać jego konkurentom rozwój. Strategia ta opierała się głównie na narzucaniu przez dystrybutorów Unilevera podmiotom prowadzącym punkty sprzedaży klauzul wyłączności, które zobowiązywały je do zaopatrywania się wyłącznie u Unilevera w celu zaspokojenia całego zapotrzebowania na lody paczkowane. W zamian podmioty te korzystały z szerokiego wachlarza rabatów i prowizji, których przyznanie było uzależnione od wielkości obrotów lub sprzedaży określonej gamy produktów Unilevera. Owe rabaty i prowizje, łączone w różny sposób i stosowane według zmiennych zasad do prawie wszystkich klientów Unilevera, miały motywować tych klientów do dalszego zaopatrywania się wyłącznie u tego przedsiębiorstwa, zniechęcając ich do rozwiązania umowy w celu zaopatrywania się u konkurentów Unilevera.
- 8 Dla niniejszego odesłania prejudycjalnego szczególnie istotne są dwa aspekty decyzji AGCM z dnia 31 października 2017 r.
- 9 Po pierwsze, mimo że nadużycia nie zostały faktycznie popełnione przez Unilever, lecz przez dystrybutorów tej spółki, AGCM uznał, że działania te należy przypisać wyłącznie Unileverowi ze względu na to, że spółka ta wraz z dystrybutorami tworzyła jeden podmiot gospodarczy. Unilever wywierał bowiem pewien wpływ na politykę handlową dystrybutorów, wobec czego ci ostatni, narzucając podmiotom prowadzącym punkty sprzedaży klauzule wyłączności, nie działali w sposób niezależny.
- 10 Po drugie, AGCM uznał, że z uwagi na szczególne cechy rozpatrywanego rynku, a w szczególności niewielką dostępną powierzchnię w punktach sprzedaży, a także decydującą rolę, jaką w wyborach konsumentów odgrywa w tych punktach sprzedaży zakres oferty, zachowanie Unilevera uniemożliwiło lub przynajmniej ograniczyło możliwość konkurowania konkurencyjnym podmiotom gospodarczym pozacenowo, w oparciu o zalety swoich produktów.
- 11 W konsekwencji decyzją z dnia 31 października 2017 r. AGCM nałożył na Unilever grzywnę w wysokości 60 668 580 EUR za nadużycie pozycji dominującej z naruszeniem art. 102 TFUE.
- 12 Unilever wniósł skargę na tę decyzję do Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, Włochy), który oddalił tę skargę w całości.
- 13 Unilever wniósł apelację od tego orzeczenia do Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy).
- 14 Na poparcie tej apelacji Unilever podnosi, że Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum) powinien był stwierdzić istnienie wad obarczających według Unilevera decyzję AGCM z dnia 31 października 2017 r., co się tyczy, po pierwsze, możliwości przypisania tej spółce zachowań jej dystrybutorów, a po drugie, skutków rozpatrywanych zachowań, które jej zdaniem nie mogły zakłócać konkurencji.
- 15 Sąd odsyłający stwierdza, że ma wątpliwości co do wykładni, jaką należy nadać prawu Unii w celu udzielenia odpowiedzi na oba powyższe zarzuty. W szczególności w odniesieniu do pierwszego zarzutu sąd ten wskazuje, że musi wiedzieć, czy i w jakich warunkach koordynacja między formalnie autonomicznymi i niezależnymi podmiotami gospodarczymi może mieć taki charakter, że należy ją uznać za równoznaczną z istnieniem jednego ośrodka decyzyjnego, a w konsekwencji, że działania jednego podmiotu można również przypisać drugiemu podmiotowi.

- 16 W tych okolicznościach 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 [C]zy 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 mających na celu wykluczenie [konkurentów] lub działań charakteryzujących się licznymi praktykami stanowiącymi nadużycie (rabaty lojalnościowe i klauzule wyłączności) nie ma żadnego obowiązku prawnego, aby [właściwy] organ ochrony konkurencji oparł zarzut naruszenia prawa ochrony konkurencji na kryterium równie skutecznego konkurenta?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

W przedmiocie dopuszczalności

- 17 AGCM i rząd włoski twierdzą, że pytanie pierwsze jest niedopuszczalne, ponieważ postanowienie odsyłające nie zawiera niezbędnych wyjaśnień. Ponadto ich zdaniem pytanie to odnosi się do art. 101 TFUE, podczas gdy AGCM nie zastosował tego przepisu.
- 18 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem, odzwierciedlonym obecnie w art. 94 regulaminu postępowania przed Trybunałem, 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 prawne (wyrok z dnia 5 marca 2019 r., Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, pkt 49).

- 19 Ponadto Trybunał nie może orzekać w przedmiocie pytania prejudycjalnego zadanego przez sąd krajowy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wniesiono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem sporu w postępowaniu głównym lub gdy podniesiony problem jest natury hipotetycznej (zob. podobnie wyrok z dnia 13 października 2022 r., Baltijas Starptautiskā Akadēmija i Stockholm School of Economics in Riga, C-164/21 i C-318/21, EU:C:2022:785, pkt 33).
- 20 W niniejszej sprawie, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 19 opinii, po pierwsze, informacje zawarte w postanowieniu odsyłającym, choć lapidarne, są wystarczające dla wyjaśnienia założeń faktycznych, na których opiera się pytanie pierwsze. Po drugie, okoliczność, że sąd odsyłający wymienia w pytaniu pierwszym nie tylko art. 102 TFUE, ale także art. 101 TFUE, nie może podważyć dopuszczalności całego pytania pierwszego.
- 21 Natomiast jako że z uzasadnienia postanowienia odsyłającego wynika, że AGCM nie zastosował art. 101 TFUE w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym, i nawet jeśli pojęcie „przedsiębiorstwa” jest wspólne dla art. 101 i 102 TFUE, pytanie pierwsze w zakresie, w jakim dotyczy wykładni art. 101 TFUE, należy uznać za hipotetyczne, a zatem niedopuszczalne.
- 22 W konsekwencji pytanie pierwsze jest dopuszczalne jedynie w zakresie, w jakim dotyczy wykładni art. 102 TFUE.

Co do istoty

- 23 Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że jeśli chodzi o nadużycia popełnione przez dystrybutorów, AGCM ukarał wyłącznie Unilever ze względu na dopuszczenie się przez tę spółkę nadużycia pozycji dominującej. W tym kontekście w pytaniu pierwszym sąd odsyłający zmierza do ustalenia, pod jakimi warunkami działania formalnie autonomicznych i niezależnych podmiotów gospodarczych, a mianowicie dystrybutorów, można przypisać innemu autonomicznemu i niezależnemu podmiotowi gospodarczemu, a mianowicie producentowi rozprowadzanych przez nich produktów.
- 24 W tych okolicznościach należy uznać, że poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że działania podjęte przez dystrybutorów należących do sieci dystrybucyjnej producenta zajmującego pozycję dominującą można przypisać temu producentowi, a jeśli tak, to pod jakimi warunkami.
- 25 W szczególności sąd ten zastanawia się nad kwestią, czy istnienie koordynacji na podstawie umowy pomiędzy producentem, wokół którego ta koordynacja na podstawie umowy jest zorganizowana, a różnymi niezależnymi pod względem prawnym dystrybutorami, jest wystarczające, aby umożliwić takie przypisanie, czy też należy ponadto stwierdzić, że producent ten ma zdolność wywierania decydującego wpływu na decyzje handlowe, finansowe i przemysłowe, jakie dystrybutorzy mogą podejmować w związku z daną działalnością, który to wpływ wykracza poza wpływ właściwy dla stosunków współpracy między producentami i pośrednikami w dystrybucji.
- 26 W tym względzie jest niewątpliwie prawdą, że decyzje podejmowane w ramach koordynacji na podstawie umowy, takiej jak umowa dystrybucyjna – ponieważ wykonywanie tych decyzji wiąże się z co najmniej milczącą ich akceptacją przez wszystkie strony – nie stanowią co do zasady jednostronnego zachowania, lecz wpisują się w stosunki, jakie utrzymują strony tej koordynacji

- (zob. podobnie wyrok z dnia 17 września 1985 r., Ford-Werke i Ford of Europe/Komisja, 25/84 i 26/84, EU:C:1985:340, pkt 20, 21). Tego rodzaju decyzje podlegają zatem co do zasady prawu antymonopolowemu określone w art. 101 TFUE.
- 27 Wniosek ten nie wyklucza jednak możliwości przypisania przedsiębiorstwu zajmującemu pozycję dominującą odpowiedzialności za zachowanie dystrybutorów jego produktów lub usług, z którymi utrzymuje ono jedynie stosunki umowne, i w konsekwencji stwierdzenia, że przedsiębiorstwo to nadużyło pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE.
- 28 Na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą ciąży bowiem szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszało ono skutecznej i niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym (wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 135 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 29 Otóż, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 48 opinii, taki obowiązek ma na celu zapobieżenie nie tylko naruszeniom konkurencji spowodowanym bezpośrednio zachowaniem przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, ale także naruszeniom spowodowanym zachowaniami, których wprowadzenie w życie zostało powierzone przez to przedsiębiorstwo niezależnym podmiotom prawnym, zobowiązanym do wykonywania jego instrukcji. Tak więc gdy zachowanie zarzucane przedsiębiorstwu zajmującemu pozycję dominującą jest faktycznie wprowadzane w życie przez pośrednika należącego do sieci dystrybucyjnej, zachowanie to można przypisać temu przedsiębiorstwu, gdy okaże się, że zostało ono przyjęte zgodnie z konkretnymi instrukcjami, których udzieliło, a zatem w ramach realizacji polityki ustalonej jednostronnie przez to przedsiębiorstwo, do której odnośni dystrybutorzy byli zobowiązani się stosować.
- 30 W takiej sytuacji, ponieważ o przyjęciu zachowania zarzucanego przedsiębiorstwu zajmującemu pozycję dominującą zdecydowano jednostronnie, przedsiębiorstwo to można uznać za autora tego zachowania, a zatem w danym przypadku za jedynie odpowiedzialne za to zachowanie do celów stosowania art. 102 TFUE. W takim bowiem wypadku dystrybutorów, a w konsekwencji sieć dystrybucyjną, którą tworzą oni wraz z tym przedsiębiorstwem, należy po prostu uznać za instrument terytorialnego oddziaływania polityki handlowej tego przedsiębiorstwa i z tego względu za instrument, za pomocą którego w danym przypadku doszło do wprowadzenia w życie rozpatrywanej praktyki wykluczającej.
- 31 Jest tak w szczególności wtedy, gdy takie zachowanie przybiera formę standardowych umów, sporządzonych w całości przez producenta zajmującego pozycję dominującą i zawierających klauzule wyłączności na rzecz jego produktów, które to umowy dystrybutorzy tego producenta są zobowiązani podpisywać z podmiotami prowadzącymi punkty sprzedaży, nie mając możliwości ich zmiany, chyba że za wyraźną zgodą tego producenta. W takich okolicznościach producent ten nie może bowiem racjonalnie pomijać faktu, że ze względu na łączące go z tymi dystrybutorami więzi prawne i gospodarcze ci ostatni będą wykonywali jego instrukcje, a tym sposobem przyjętą przez niego politykę. Takiego producenta należy zatem uznać za gotowego do poniesienia ryzyka takiego zachowania.
- 32 W takim wypadku możliwość przypisania przedsiębiorstwu zajmującemu pozycję dominującą zachowania wprowadzonego w życie przez dystrybutorów należących do sieci dystrybucyjnej jego produktów lub usług nie jest uzależniona ani od wykazania, że odnośni dystrybutorzy również należą do tego przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 102 TFUE, ani nawet od istnienia

„hierarchicznego” związku wynikającego z systematycznej i stałej wielości wytycznych kierowanych do tych dystrybutorów, które mogą mieć wpływ na decyzje w zakresie zarządzania, jakie podejmują oni w swojej działalności.

33 W świetle powyższych rozważań na pytanie pierwsze trzeba odpowiedzieć, że art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że działania podjęte przez dystrybutorów należących do sieci dystrybucyjnej produktów lub usług producenta posiadającego pozycję dominującą można przypisać temu producentowi, jeżeli zostanie stwierdzone, że działania te nie zostały podjęte w sposób niezależny przez tych dystrybutorów, lecz stanowią część polityki ustalonej jednostronnie przez tego producenta i realizowanej za pośrednictwem wspomnianych dystrybutorów.

W przedmiocie pytania drugiego

34 Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że w przypadku istnienia klauzul wyłączności zawartych w umowach dystrybucyjnych właściwy organ ochrony konkurencji jest zobowiązany, w celu stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej, do ustalenia, że klauzule te skutkują wykluczeniem z rynku równie skutecznych konkurentów jak przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, oraz czy w każdym razie w przypadku istnienia wielu spornych praktyk organ ten jest zobowiązany do zbadania w sposób szczegółowy analiz ekonomicznych, które zostały przedstawione w danym przypadku przez zainteresowane przedsiębiorstwo, w szczególności gdy opierają się one na teście zwanym „testem równie skutecznego konkurenta”.

35 W tym względzie należy przypomnieć, że art. 102 TFUE przewiduje, że niezgodne z rynkiem wewnętrznym jest nadużywanie przez przedsiębiorstwo lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części w zakresie, w jakim może ono wpływać na handel między państwami członkowskimi, oraz zakazuje takiego nadużywania.

36 Pojęcie to ma zatem na celu ukaranie zachowań przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, które to zachowania – na rynku, na którym ze względu na obecność tego przedsiębiorstwa konkurencja jest już osłabiona – stwarzają przeszkodę w utrzymaniu struktury skutecznej konkurencji (wyrok z dnia 12 maja 2022 r., Servizio Elettrico Nazionale i in., C-377/20, EU:C:2022:379, pkt 68 i przytoczone tam orzecznictwo).

37 Niemniej art. 102 TFUE nie ma na celu uniemożliwienia przedsiębiorstwu zdobycia, dzięki jego własnym zasługom, a w szczególności z powodu jego kompetencji i zdolności, pozycji dominującej na rynku ani zapewnienia, aby konkurenci mniej skuteczni niż przedsiębiorstwo zajmujące taką pozycję pozostali na rynku. Nie każdy skutek w postaci wykluczenia musi bowiem koniecznie prowadzić do naruszenia konkurencji, ponieważ z definicji konkurencja pozacenowa 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 (wyrok z dnia 12 maja 2022 r., Servizio Elettrico Nazionale i in., C-377/20, EU:C:2022:379, pkt 73 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 38 Natomiast na przedsiębiorstwach zajmujących pozycję dominującą, niezależnie od przyczyn takiej pozycji, ciąży obowiązek, by nie naruszać swoim zachowaniem skutecznej i niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym (zob. w szczególności wyroki: z dnia 9 listopada 1983 r., *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja*, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 57; z dnia 6 września 2017 r., *Intel/Komisja*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 135).
- 39 Zatem nadużycie pozycji dominującej może być w szczególności stwierdzone, gdy zarzucane zachowanie wywołało skutki w postaci wykluczenia wobec konkurentów równie skutecznych jak podmiot, który dopuścił się tego zachowania, pod względem struktury kosztów, potencjału innowacyjnego lub jakości, lub też gdy wspomniane zachowanie opierało się na wykorzystaniu środków innych niż środki wchodzące w zakres „normalnej” konkurencji, czyli pozacenowej (zob. podobnie wyrok z dnia 12 maja 2022 r., *Servizio Elettrico Nazionale i in.*, C-377/20, EU:C:2022:379, pkt 69, 71, 75, 76 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 40 W tym względzie do organów ochrony konkurencji należy wykazanie, że dane zachowanie ma charakter nadużycia, w świetle wszystkich istotnych okoliczności faktycznych towarzyszących danemu zachowaniu (wyroki: z dnia 19 kwietnia 2012 r., *Tomra Systems i in./Komisja*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 18; a także z dnia 12 maja 2022 r., *Servizio Elettrico Nazionale i in.*, C-377/20, EU:C:2022:379, pkt 72), w tym tych, które zostały wskazane w materiale dowodowym przedstawionym w ramach obrony przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą.
- 41 Prawdą jest, że aby ustalić, czy dane zachowanie ma charakter nadużycia, organ ochrony konkurencji niekoniecznie musi wykazać, że zachowanie to rzeczywiście wywołało skutki antykonkurencyjne. Artykuł 102 TFUE ma bowiem na celu ukaranie faktu, że przedsiębiorstwo lub wiele przedsiębiorstw wykorzystywało w sposób stanowiący nadużycie pozycję dominującą na rynku wewnętrznym lub na znacznej części tego rynku, niezależnie od tego, czy to nadużywanie okazało się skuteczne (wyrok z dnia 12 maja 2022 r., *Servizio Elettrico Nazionale i in.*, C-377/20, EU:C:2022:379, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo). W związku z tym organ ochrony konkurencji może stwierdzić naruszenie art. 102 TFUE, ustalając, że w okresie, w którym rozpatrywane zachowanie miało miejsce, miało ono w okolicznościach danej sprawy zdolność do ograniczenia konkurencji pozacenowej pomimo braku skutków.
- 42 Jednakże owo wykazanie powinno co do zasady opierać się na konkretnych dowodach, które wykazują, wykraczając poza zwykłą hipotezę, rzeczywistą zdolność danej praktyki do wywołania takich skutków, przy czym istniejące w tym względzie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść przedsiębiorstwa stosującego taką praktykę (zob. podobnie wyroki: z dnia 14 lutego 1978 r., *United Brands i United Brands Continentaal/Komisja*, 27/76, EU:C:1978:22, pkt 265; a także z dnia 31 marca 1993 r., *Ahlström Osakeyhtiö i in./Komisja*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i od C-125/85 do C-129/85, EU:C:1993:120, pkt 126).
- 43 W konsekwencji danej praktyki nie można zakwalifikować jako stanowiącej nadużycie, jeżeli pozostała ona na etapie projektu. Ponadto organ ochrony konkurencji nie może opierać się na skutkach, które ta praktyka mogłaby lub mogła byłaby wywołać, gdyby urzeczywistniły się pewne szczególne okoliczności, które nie były okolicznościami panującymi na rynku w momencie wprowadzenia jej w życie i których realizacja wydawała się zatem mało prawdopodobna.
- 44 Poza tym, o ile w celu dokonania oceny zdolności zachowania przedsiębiorstwa do ograniczenia skutecznej konkurencji na rynku organ ochrony konkurencji może oprzeć się na ustaleniach nauk ekonomicznych potwierdzonych badaniami empirycznymi lub behawioralnymi, o tyle

uwzględnienie tych ustaleń nie jest wystarczające. Aby stwierdzić, czy w świetle tych ustaleń dane zachowanie należy uznać za mające zdolność do wywołania skutków w postaci wykluczenia na danym rynku przynajmniej przez część okresu, w którym zostało ono wprowadzone w życie, trzeba uwzględnić inne czynniki właściwe dla okoliczności sprawy, takie jak skala tego zachowania na rynku, ograniczenia zdolności produkcyjnych ciążące na dostawcach surowców lub okoliczność, że przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą jest przynajmniej w odniesieniu do części popytu partnerem, którego nie można pominąć.

- 45 Podobne podejście należy zresztą przyjąć w odniesieniu do dowodu na istnienie zamiaru antykonkurencyjnego ze strony przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą. Zamiar ten stanowi bowiem wskazówkę co do charakteru i celów, do jakich zmierza strategia prowadzona przez to przedsiębiorstwo, i z tego powodu można go uwzględnić. Istnienie zamiaru antykonkurencyjnego może mieć również znaczenie do celów obliczania grzywny. Jednakże wykazanie istnienia takiego zamiaru nie jest ani wymagane, ani samo w sobie wystarczające do ustalenia istnienia nadużycia pozycji dominującej, ponieważ pojęcie „nadużywania” w rozumieniu art. 102 TFUE opiera się na obiektywnej ocenie rozpatrywanego zachowania (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 kwietnia 2012 r., Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 19, 21; a także z dnia 12 maja 2022 r., Servizio Elettrico Nazionale i in., C-377/20, EU:C:2022:379, pkt 61, 62).
- 46 W tym kontekście, jeśli chodzi konkretnie o klauzule wyłączności, Trybunał orzekł wprawdzie, że klauzule, na mocy których kontrahenci zobowiązali się do zaopatrywania się celem pokrycia całości lub znacznej części swojego zapotrzebowania u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, nawet jeśli nie towarzyszą im rabaty, stanowią ze swej natury nadużywanie pozycji dominującej i że to samo dotyczy rabatów lojalnościowych przyznawanych przez takie przedsiębiorstwo (wyrok z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja, 85/76, EU:C:1979:36, pkt 89).
- 47 Jednakże w wyroku z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 138), Trybunał, po pierwsze, uściślił to orzecznictwo, w wypadku gdy dane przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą w toku postępowania administracyjnego podnosi dowody na poparcie swoich twierdzeń, że jego zachowanie nie miało zdolności do ograniczenia konkurencji, a w szczególności – wywołania zarzucanych skutków w postaci wykluczenia.
- 48 W tym względzie Trybunał wskazał, że w takiej sytuacji organ ochrony konkurencji nie tylko jest zobowiązany do zbadania z jednej strony wagi pozycji dominującej przedsiębiorstwa na rynku właściwym, a z drugiej strony stopnia objęcia rynku kwestionowaną praktyką, jak również warunków i sposobów przyznawania analizowanych rabatów, okresu ich ważności i ich wysokości, lecz także ma on obowiązek przeprowadzenia oceny ewentualnego istnienia strategii mającej na celu wykluczenie z rynku konkurentów przynajmniej równie skutecznych jak przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą (wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 139).
- 49 Po drugie, Trybunał dodał, że analiza zdolności wykluczającej jest również istotna dla oceny kwestii, czy system rabatów wchodzący zasadniczo w zakres zakazu określonego 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. Otóż takie wyważenie skutków kwestionowanej praktyki – korzystnych i niekorzystnych dla konkurencji – może być dokonane dopiero po przeprowadzeniu związanego z analizowaną praktyką badania zdolności w zakresie

wykluczenia konkurentów przynajmniej równie skutecznych jak przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą (wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 140).

- 50 Prawdą jest, że przedstawiając to drugie uściślenie, Trybunał wspominał jedynie o systemach rabatów. Jednakże ze względu na to, że zarówno praktykowanie rabatów, jak i klauzule wyłączności mogą być obiektywnie uzasadnione lub powodowane przez nie niedogodności mogą zrównoważyć, czy też przeważać korzyści pod względem efektywności, z których ma pożytek również konsument, takie uściślenie należy rozumieć jako odnoszące się do obu praktyk.
- 51 Ponadto poza tym, że taka wykładnia wydaje się spójna z pierwszym uściśleniem poczynionym przez Trybunał we wspomnianym wyroku z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 139), należy stwierdzić, że o ile klauzule wyłączności budzą ze względu na swój charakter uzasadnione obawy w zakresie konkurencji, o tyle ich zdolność do wykluczenia konkurentów nie jest automatyczna, jak zresztą ilustruje Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. [102 TFUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz.U. 2009, C 45, s. 7, pkt 36).
- 52 Wynika z tego, że, po pierwsze, gdy organ ochrony konkurencji podejrzewa, że przedsiębiorstwo naruszyło art. 102 TFUE poprzez stosowanie klauzul wyłączności, a przedsiębiorstwo to kwestionuje w toku postępowania konkretną zdolność tych klauzul do wykluczenia z rynku równie skutecznych konkurentów, przedstawiając na tę okoliczność dowody, organ ten musi upewnić się na etapie kwalifikacji naruszenia, że klauzule te miały w okolicznościach danej sprawy rzeczywistą zdolność do wykluczenia z rynku konkurentów równie skutecznych jak przedsiębiorstwo.
- 53 Po drugie, organ ochrony konkurencji, który wszczął to postępowanie, jest również zobowiązany ocenić w konkretny sposób zdolność tych klauzul do ograniczenia konkurencji, jeżeli w toku postępowania administracyjnego podejrzewane przedsiębiorstwo, nie kwestionując formalnie, że jego zachowanie miało zdolność do ograniczenia konkurencji, utrzymuje, że jego zachowanie jest uzasadnione.
- 54 W każdym wypadku przedstawienie w toku postępowania dowodów mogących wykazać brak zdolności wywołania skutków ograniczających konkurencję rodzi po stronie tego organu ochrony konkurencji obowiązek ich zbadania. Poszanowanie prawa do bycia wysłuchanym, które zgodnie z utrwalonym orzecnictwem stanowi ogólną zasadę prawa Unii, wymaga bowiem od organów ochrony konkurencji wysłuchania przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, co oznacza, że powinny one zwrócić należytą uwagę na przedstawione przez to przedsiębiorstwo uwagi i zbadać w sposób staranny i bezstronny wszystkie istotne dowody w danej sprawie, a w szczególności dowody przedłożone przez to przedsiębiorstwo (zob. podobnie wyrok z dnia 12 maja 2022 r., Servizio Elettrico Nazionale i in., C-377/20, EU:C:2022:379, pkt 52).
- 55 Wynika z tego, że gdy przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą przedstawiło analizę ekonomiczną w celu wykazania, że zarzucana mu praktyka nie mogła spowodować wykluczenia konkurentów, właściwy organ ochrony konkurencji nie może wykluczyć znaczenia tej analizy bez podania powodów, dla których uważa, że analiza ta nie może przyczynić się do wykazania niezdolności naruszenia przez kwestionowane praktyki skutecznej konkurencji na danym rynku, a w konsekwencji bez umożliwienia temu przedsiębiorstwu określenia, jakie wnioski dowodowe mogłyby ją zastąpić.

- 56 Jeśli chodzi o test równie skutecznego konkurenta, o którym sąd odsyłający wyraźnie wspomniał w swoim wniosku, należy przypomnieć, że pojęcie to odnosi się do różnych testów, których wspólnym celem jest ocena zdolności danej praktyki do wywołania antykonkurencyjnych skutków w postaci wykluczenia, poprzez odwołanie się do zdolności hipotetycznego konkurenta przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, równie skutecznego jak ono pod względem struktury kosztów, do zaoferowania klientom ceny wystarczająco korzystnej, aby ich skłonić do zmiany dostawcy, pomimo powstałych niedogodności, tak aby ów konkurent nie poniósł przy tym strat. Zdolność tę określa się na ogół w świetle struktury kosztów samego przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą.
- 57 Jednakże test tego rodzaju może być nieodpowiedni w szczególności w przypadku pewnych praktyk pozacenowych, takich jak odmowa dostaw, lub gdy rynek właściwy chronią znaczące bariery. Ponadto taki test stanowi tylko jedną z wielu metod pozwalających ocenić, czy dana praktyka ma zdolność wywołania skutków w postaci wykluczenia, która to metoda uwzględnia zresztą jedynie konkurencję cenową. W szczególności wykorzystywanie przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą zasobów innych niż te, które stosuje się w ramach konkurencji pozacenowej, może w pewnych okolicznościach wystarczyć do stwierdzenia istnienia takiego nadużycia (zob. także podobnie wyrok z dnia 12 maja 2022 r., Servizio Elettrico Nazionale i in., C-377/20, EU:C:2022:379, pkt 78).
- 58 W konsekwencji organy ochrony konkurencji nie mogą być prawnie zobowiązane do stosowania testu równie skutecznego konkurenta w celu stwierdzenia, że dana praktyka stanowi nadużycie (zob. podobnie wyrok z dnia 6 października 2015 r., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, pkt 57).
- 59 Jednakże nawet w przypadku praktyk pozacenowych nie można wykluczyć przydatności takiego testu. W istocie, taki test może być przydatny, gdy skutki rozpatrywanej praktyki można określić ilościowo. W szczególności w przypadku klauzul wyłączności taki test może teoretycznie posłużyć do ustalenia, czy hipotetyczny konkurent mający strukturę kosztów analogiczną do struktury kosztów przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą byłby w stanie oferować swoje produkty lub usługi w inny sposób niż ze stratą lub z niewystarczającą marżą, gdyby musiał pokryć koszty rekompensaty, jaką dystrybutorzy musieliby zapłacić w celu zmiany dostawcy, lub straty, jakie musieliby ponieść po takiej zmianie w wyniku wycofania wcześniej udzielonych rabatów (zob. analogicznie wyrok z dnia 25 marca 2021 r., Slovak Telekom/Komisja, C-165/19 P, EU:C:2021:239, pkt 110).
- 60 W konsekwencji, jeżeli przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą podejrzewane o praktykę stanowiącą nadużycie dostarczy organowi ochrony konkurencji analizę opartą na teście równie skutecznego konkurenta, organ ten nie może pominąć tego dowodu, nie badając nawet jego mocy dowodowej.
- 61 Okoliczności tej nie podważa istnienie wielu spornych praktyk. Nawet bowiem przy założeniu, że za pomocą takiego testu nie można ocenić łącznych skutków tych praktyk, wynik tego rodzaju testu może jednak stanowić wskazówkę w zakresie skutków niektórych z tych praktyk, a tym samym mieć znaczenie dla ustalenia, czy w odniesieniu do rozpatrywanych praktyk można dokonać pewnych kwalifikacji.
- 62 W świetle powyższych rozważań na pytanie drugie trzeba odpowiedzieć, iż art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że w przypadku istnienia klauzul wyłączności zawartych w umowach dystrybucyjnych organ ochrony konkurencji jest zobowiązany, w celu stwierdzenia nadużycia

pozycji dominującej, do ustalenia, w świetle wszystkich istotnych okoliczności i z uwzględnieniem w szczególności analiz ekonomicznych przedstawionych w danym przypadku przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą co do braku zdolności rozpatrywanych zachowań do wykluczenia z rynku równie skutecznych konkurentów jak to przedsiębiorstwo, że klauzule te mają zdolność do ograniczenia konkurencji. Zastosowanie testu równie skutecznego konkurenta ma charakter fakultatywny. Jednakże jeżeli wyniki takiego testu zostaną przedstawione przez zainteresowane przedsiębiorstwo w toku postępowania administracyjnego, organ ochrony konkurencji jest zobowiązany zbadać jego moc dowodową.

W przedmiocie kosztów

- 63 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniach głównych, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (piąta izba) orzeka, co następuje:

- 1) Artykuł 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że działania podjęte przez dystrybutorów należących do sieci dystrybucyjnej produktów lub usług producenta posiadającego pozycję dominującą można przypisać temu producentowi, jeżeli zostanie stwierdzone, że działania te nie zostały podjęte w sposób niezależny przez tych dystrybutorów, lecz stanowią część polityki ustalonej jednostronnie przez tego producenta i realizowanej za pośrednictwem wspomnianych dystrybutorów.
- 2) Artykuł 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że w przypadku istnienia klauzul wyłączności zawartych w umowach dystrybucyjnych organ ochrony konkurencji jest zobowiązany, w celu stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej, do ustalenia, w świetle wszystkich istotnych okoliczności i z uwzględnieniem w szczególności analiz ekonomicznych przedstawionych w danym przypadku przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą co do braku zdolności rozpatrywanych zachowań do wykluczenia z rynku równie skutecznych konkurentów jak to przedsiębiorstwo, że klauzule te mają zdolność do ograniczenia konkurencji. Zastosowanie testu zwanego „testem równie skutecznego konkurenta” ma charakter fakultatywny. Jednakże jeżeli wyniki takiego testu zostaną przedstawione przez zainteresowane przedsiębiorstwo w toku postępowania administracyjnego, organ ochrony konkurencji jest zobowiązany zbadać jego moc dowodową.

Podpisy