

Sprawa C-680/20**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

15 grudnia 2020 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Consiglio di Stato (Włochy)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

7 grudnia 2020 r.

Strona wnosząca odwołanie:

Unilever Italia Mkt. Operations Srl

Druga strona postępowania:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Przedmiot postępowania głównego

Odwołanie od wyroku Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum) oddalającego skargę strony wnoszącej odwołanie w niniejszym postępowaniu na decyzję nakładającą na nią sankcję, wydaną przez Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (urząd ochrony konkurencji i rynku) z powodu nadużywania pozycji dominującej na krajowym rynku dystrybucji i wprowadzania do obrotu lodów w opakowaniach na rzecz detalistów.

Przedmiot i podstawa prawna wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

Wykładnia art. 101 i 102 TFUE na podstawie art. 267 TFUE.

Pytania prejudycjalne

„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 jednego podmiotu gospodarczego 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 jednego podmiotu gospodarczego; czy też konieczne jest istnienie »hierarchicznego« związku między dwoma przedsiębiorstwami, które można stwierdzić w przypadku umowy, na mocy której kilka niezależnych spółek »podporządkowuje się« działaniom kierowniczym i koordynacyjnym jednej z nich, w związku z czym Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (urząd ochrony konkurencji i rynku) 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 urząd 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 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato oparł zarzut naruszenia prawa ochrony konkurencji na kryterium równie skutecznego konkurenta?”

Przywołane przepisy prawa Unii

Artykuły 101 i 102 TFUE.

Przywołane przepisy prawa krajowego

Legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (ustawa nr 287 z dnia 10 października 1990 r. ustanawiająca przepisy dotyczące ochrony konkurencji i rynku), art. 3: „Nadużywanie pozycji dominującej przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw na rynku krajowym lub na znacznej jego części jest zakazane [...]”.

Zwięzłe przedstawienie okoliczności faktycznych i postępowania

- 1 Unilever Italia Mkt Operations srl (zwana dalej „Unilever”) jest spółką prowadzącą działalność w zakresie rozwoju i wprowadzania do obrotu produktów powszechnego użytku marek cieszących się dużą renomą, w tym, w sektorze lodów, marek takich jak Algida i Carte d’Or. La Bomba snc jest spółką produkującą lody na patyku, działającą w niektórych regionach środkowych Włoch.
- 2 W skardze wniesionej do Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (zwanego dalej „urzędem ochrony konkurencji”) La Bomba informuje o tym, że w ostatnich latach Unilever zobowiązała będące jej detalistami podmioty prowadzące kąpieliska i bary, aby nie sprzedawały wraz z jej własnymi produktami również lodów na patyku marki La Bomba, nawet w odrębnych ladach chłodniczych, grożąc im zaprzestaniem dalszego stosowania udzielonych rabatów lub rozwiązaniem umów sprzedaży, a także zobowiązując je do zapłaty kar umownych.
- 3 Urząd ochrony konkurencji stwierdził, że Unilever przyjęła strategię wykluczającą konkurencję opartą o jakość; w związku z tym nałożył na Unilever karę pieniężną i nakazał jej zaprzestanie działań uznanych za bezprawne na podstawie następujących ustaleń: a) na rynku właściwym Unilever zajmuje pozycję dominującą; b) 150 lokalnych dystrybutorów Unilever (zwanym dalej „dystrybutorami”) nie jest niezależnymi przedsiębiorstwami, a ich praktyki handlowe można przypisać spółce Unilever; c) działania Unilever i jej dystrybutorów na rynku, polegające w szczególności na nałożeniu obowiązków wyłączności w odniesieniu do określonych kategorii towarów oraz stosowaniu rabatów i wynagrodzenia uzależnionych od osiągnięcia celów w zakresie obrotu, stanowią nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE.
- 4 Unilever zaskarżyła decyzję nakładającą sankcje do Tribunale amministrativo regionale per il Lazio. Przed Consiglio di stato (radą państwa), będącą sądem odsyłającym, toczy się postępowanie w sprawie odwołania wniesionego od wyroku oddalającego tę skargę.

Zasadnicze argumenty wnoszącej odwołanie w postępowaniu głównym

- 5 Wnosząca odwołanie podnosi w szczególności błędy metodologiczne w określeniu rynku właściwego (lody gałkowe należało również uznać za produkt zastępczy dla lodów w opakowaniach) i rynku geograficznego (nie należało uwzględniać całości terytorium kraju, lecz raczej rynek lokalny), a także naruszenie pod wieloma względami art. 102 TFUE: a) Unilever nie zajmuje pozycji dominującej; b) jej lokalni dystrybutorzy odpowiadają osobiście, każdy na swoim obszarze, za wprowadzanie do obrotu produktów Unilever, w związku z czym nie można przypisać tej spółce skutków ich działania; c) urząd ochrony konkurencji nie ustalił in concreto, czy działania zarzucane Unilever mogą doprowadzić do wykluczenia z rynku równie skutecznych konkurentów (umowy

o wyłączności między Unilever a detalistami obejmowały zaledwie 0,8% całkowitej liczby punktów sprzedaży działających we Włoszech, w porównaniu do 8% objętych umowami o wyłączności zawartymi przez dystrybutorów z ich klientami), ani nie wyważył rzekomo sprzecznych z regułami konkurencji skutków owych działań ze skutkami sprzyjającymi konkurencji, polegającymi na rozszerzeniu rozpowszechnienia produktów i obniżeniu cen dla podmiotów prowadzących sprzedaż i konsumentów.

Zwięzłe uzasadnienie odesłania prejudycjalnego

- 6 W niniejszej sprawie, mimo iż stanowiące nadużycie działania zarzucane przez urząd ochrony konkurencji zostały podjęte faktycznie nie przez Unilever, lecz przez jej dystrybutorów, zostały one przypisane wyłącznie spółce Unilever w oparciu o założenie, że spółka ta i jej dystrybutorzy stanowią jeden podmiot gospodarczy. Z zastrzeżeniem, że do sądu krajowego należy ustalenie na podstawie okoliczności faktycznych treści stosunku umownego między Unilever a jej dystrybutorami, z punktu widzenia prawa powstaje konieczność wyjaśnienia pojęcia „przedsiębiorstwa” i „podmiotu gospodarczego” w prawie ochrony konkurencji oraz kryteriów subiektywnego przypisania naruszenia. Należy w szczególności wyjaśnić, w jakich warunkach koordynacja pomiędzy formalnie autonomicznymi i niezależnymi podmiotami gospodarczymi może stanowić jeden ośrodek decyzyjny, w związku z czym działania jednego z nich można również przypisać drugiemu.
- 7 Sąd odsyłający powołuje się przede wszystkim na utrwalone orzecznictwo Trybunału dotyczące określenia jednego ośrodka decyzyjnego w odniesieniu do zjawiska grup przedsiębiorstw, skupiając się na konieczności wykazania in concreto rzeczywistego wywierania przez spółkę dominującą decydującego wpływu na jej spółkę zależną (wyroki: Areva i in., sprawy połączone C-247/11 P i C-253/11 P; Schindler Holding Ltd, sprawa C-501/11; Dow Chemical, sprawa C-179/12 P). Następnie wskazuje on, że we włoskim prawie handlowym w sytuacjach faktycznej lub prawnej kontroli sprawowanej przez akcjonariuszy działalnie polegające na kierowaniu i koordynacji spółek stanowi domniemanie prawne, natomiast w przypadku gdy opiera się ono na umowie z tymi spółkami lub na postanowieniach ich statutów, musi zostać wykazane (art. 2497 *sexies* i *septies* oraz art. 2359 kodeksu cywilnego).
- 8 W odniesieniu do przypadków koordynacji na podstawie umowy, takich jak rozpatrywany w niniejszej sprawie, sąd odsyłający zauważa, że wszystkie stosunki współpracy handlowej, w tym również te – mające znaczenie w niniejszej sprawie – leżące u podstaw umowy dystrybucji sprzedaży, charakteryzują się pewnym stopniem ingerencji zleceńodawcy w warunki wykonania usługi przez pośrednika. Wspomniane stosunki współpracy handlowej niekoniecznie prowadzą jednak do działań kierowniczych gdyż mogą ograniczać się do regulowania szczególnej formy podziału pracy między dużymi przedsiębiorstwami a małymi i średnimi przedsiębiorstwami. Autonomia może nie

być bezwzględna, na przykład gdy dystrybutor napotyka ograniczenia w niektórych otrzymanych instrukcjach, ale nie podważa to faktu, że przedsiębiorca jest niezależny pod względem handlowym i decyzyjnym oraz ponosi bezpośrednią odpowiedzialność za koszty i ryzyko związane z jego działalnością. W klasycznym przypadku dystrybutor prowadzący sprzedaż nie tylko nawiązuje kontakt między stronami, które zawierają umowę sprzedaży, jak czyni to agent, który ułatwia zawieranie przyszłych umów między zleceniodawcą a osobami trzecimi, lecz sam kupuje od udzielającego prawa do sprzedaży i odsprzedaje osobom trzecim, zobowiązując się do promowania towarów i pobierając różnicę między ceną zakupu a ceną odsprzedaży.

- 9 Mając powyższe na uwadze, w ramach pytania pierwszego sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, jaki związek strukturalny powinien istnieć in abstracto pomiędzy producentem a jego pośrednikami, aby w świetle prawa konkurencji stanowili oni jeden podmiot gospodarczy. Sąd odsyłający zwraca się z pytaniem, czy wystarczająca jest zwykła ingerencja w wyżej wspomniane stosunki handlowe, czy też raczej konieczne jest faktyczne podporządkowanie jednego lub większej liczby przedsiębiorstw innemu przedsiębiorstwu, które to podporządkowanie należy wykazać na podstawie aktów formalnych (takich jak uchwały lub umowy) lub nawet zwykłych poleceń (instrukcje, zasady postępowania, zlecenia świadczenia usług), mogących mieć istotny wpływ na decyzje w zakresie zarządzania podejmowane przez pośrednika handlowego.

Takie ustalenie jest tym bardziej istotne, że rozpatrywana kara pieniężna ma również charakter „karny” (jest „dotkliwa” ze względu na jej całkowitą kwotę) w rozumieniu art. 7 EKPC, w związku z czym mogłaby zostać wymierzona jedynie w przypadkach i na okres przewidzianych w ustawie.

- 10 Druga wątpliwość interpretacyjna wyrażona przez sąd odsyłający w pytaniu drugim dotyczy obiektywnego elementu naruszenia, w szczególności standardu dowodu, jakiego powinny przestrzegać organy ochrony konkurencji w celu stwierdzenia działań stanowiących nadużycie o charakterze praktyki wykluczającej. Podobnie jak w sprawie C-377/20, obecnie zawisłej przed Trybunałem, Consiglio di stato zmierza do ustalenia, czy – nawet w przypadku zachowania, które w sposób abstrakcyjny może wywołać skutki ograniczające konkurencję – ukarane przedsiębiorstwo może jednak udowodnić, że w rzeczywistości nie doszło do żadnego skutku ograniczającego.
- 11 W celu ustalenia znaczenia, jakie należy przypisać rzeczywistemu lub potencjalnemu wpływowi na konkurencję w ramach oceny na podstawie art. 102 TFUE, sąd odsyłający powołuje się w szczególności na wyrok Intel (sprawa C-413/14 P). Spółka Intel, lider na rynku procesorów komputerowych, stosowała zdaniem Komisji system rabatów i płatności w celu zaopatrywania producentów komputerów na zasadzie wyłączności i wykluczenia konkurencyjnego przedsiębiorstwa z rynku tych samych towarów. Uznając takie zachowania za z założenia sprzeczne z regułami konkurencji, Sąd wykluczył, aby w celu ustalenia ich charakteru nadużycia konieczne było dokonanie oceny ich

rzeczywistego lub potencjalnego wpływu na konkurencję w świetle wszystkich okoliczności sprawy. Natomiast Trybunał zakwestionował powyższy wniosek dotyczący braku konieczności dokonania oceny i stwierdził, że należy wziąć pod uwagę argumenty spółki Intel zmierzające do wykazania rzekomych błędów popełnionych przez Komisję w analizie zdolności rozpatrywanego systemu rabatów lojalnościowych do wykluczenia z rynku co najmniej równie skutecznych konkurentów [„test AEC” (as efficient competitor)].

- 12 Powołując się na wspomniany wyrok Intel, wnosząca odwołanie zarzuca urzędowi ochrony konkurencji, że nie przeprowadził on żadnej analizy konkretnych skutków działań Unilever (a zatem analizy dotyczącej braku skutków wykluczających w stosunku do jej równie skutecznych konkurentów) oraz analizy związanych z tymi działaniami skutków sprzyjających konkurencji (jak wynika z badania zleconego przez Unilever autorytatywnej spółce doradztwa biznesowego). Urząd ochrony konkurencji uważa natomiast, że zasady określone w wyroku Intel nie mają zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ mają one zastosowanie wyłącznie do nadużyć dokonywanych za pomocą rabatów lojalnościowych; Trybunał stwierdził jedynie „uchybiecie formalne” Sądu, który nie wypowiedział się w przedmiocie zarzutów podniesionych przez wnoszącą odwołanie w odniesieniu do testu AEC; w każdym razie żaden test nie byłby w stanie zapewnić przeprowadzenia jednocześnie analizy wielu praktyk stanowiących nadużycie.
- 13 Na tej podstawie sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy – jak twierdzi wnosząca odwołanie – zasady określone w wyroku Intel mogą zostać rozszerzone na klauzule wyłączności lub na działania polegające na licznych praktykach stanowiących nadużycie, a jeśli tak, to w jakich przypadkach lub na jakich warunkach można wykluczyć znaczenie testu AEC lub badań i analiz przedstawionych przez przedsiębiorstwo. W szczególności sąd odsyłający zwraca się z pytaniem, czy w świetle wyroku Intel ocena urzędu ochrony konkurencji, wykluczająca znaczenie testu AEC i badań mających podobną funkcję w przypadku działań takich jak te, które są przedmiotem niniejszej sprawy, jest zgodna z prawem.