

Czy nadchodzą zmiany w podejściu organów ochrony konkurencji do rabatów warunkowych stosowanych przez podmioty posiadające pozycję dominującą?

Wyrok TSUE z 6 września 2017 r.
w sprawie C-413/14P *Intel Corp. Inc. przeciwko Komisji*

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Praktyki Intel zakwestionowane przez KE
- III. Postępowanie przed Sądem Unii Europejskiej
- IV. Postępowanie przed TSUE
 1. Zarzuty skierowane przeciwko wyrokowi Sądu przez Intel
 2. Opinia Rzecznika Generalnego
 3. Wyrok TSUE
- V. Ocena wyroku TSUE
- VI. Podsumowanie i wnioski

Streszczenie

Niniejszy artykuł stanowi zwięzłe przedstawienie głównych problemów prawnokonkurencyjnych związanych z postępowaniem wszczętym przez Komisję Europejską przeciwko spółce Intel Corporation Inc., światowemu liderowi na rynku procesorów. Celem niniejszego artykułu jest omówienie dotychczasowego przebiegu postępowania w sprawie *Intel/Komisja Europejska* w kontekście stosowania rabatów warunkowych, w tym w szczególności rabatów o charakterze lojalnościowym, przez podmioty posiadające pozycję dominującą. W ramach niniejszego artykułu poczyniona została również próba oceny wyroku TSUE w przedmiotowej sprawie, ze wskazaniem pozytywnych i negatywnych – w ocenie autorki – aspektów tego rozstrzygnięcia.

Słowa kluczowe: pozycja dominująca; rabaty warunkowe; test AEC; *as efficient competitor test*; test równie skutecznego konkurenta.

JEL: K21

I. Wprowadzenie

Sprawa potyczek amerykańskiego giganta z branży nowych technologii, spółki Intel Corporation Inc. (dalej: Intel), specjalizującej się m.in. w produkcji procesorów, z Komisją Europejską (dalej: KE) już od ponad dekady trzyma w napięciu zarówno przedstawicieli doktryny, jak i środowisko praktyków prawa konkurencji co do ostatecznego rozstrzygnięcia sporu. Elementem z pewnością podgrzewającym atmosferę wokół sprawy jest fakt, że grzywna nałożona na Intel przez KE w decyzji z 13 maja 2009 r. była przez wiele lat najwyższą w historii karą finansową nałożoną kiedykolwiek

na indywidualny podmiot z tytułu naruszenia reguł unijnego prawa konkurencji. Niechlubny tytuł rekordzisty w zakresie nałożonej kary został odebrany Intel dopiero w wyniku nałożenia przez KE w decyzji z 27 czerwca 2017 w sprawie AT.39740 *Google Search (Shopping)* grzywny w wysokości 2,42 mld EUR na spółkę Google Inc. należącą do konsorcjum Alphabet.

Niemniej to nie wymiar grzywny nałożonej na Intel stał się podstawą do orzeczenia przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) o uchyleniu wyroku Sądu Unii Europejskiej (dalej: Sąd) z 12 czerwca 2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel/KE* i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd. W ramach niniejszego artykułu usystematyzowane zostaną informacje dotyczące dotychczasowego przebiegu postępowania w sprawie *Intel/Komisja Europejska* oraz omówione zostaną okoliczności, które TSUE wziął pod uwagę, wydając wyrok i które jednocześnie zadecydowały o tym, że na ostateczne rozstrzygnięcie w sprawie *Intel/Komisja Europejska* przyjdzie jeszcze poczekać.

II. Praktyki spółki Intel zakwestionowane przez KE

Bez wątplenia o sprawie *Intel/KE* służył każdy, kto chociaż przez chwilę miał do czynienia z zagadnieniem rabatów warunkowych. Niemniej od chwili wydania decyzji upłynęło już kilka dobrych lat, stąd też warto na chwilę wrócić do etapu postępowania prowadzonego przez KE przeciwko Intel i przypomnieć o co – najprościej ujmując – chodziło w sprawie.

Przyczynkiem do zainicjowania przedmiotowego postępowania była formalna skarga złożona w 2000 r. przez przedsiębiorstwo Advanced Micro Devices, Inc. (dalej: AMD)¹, największego konkurenta Intel na rynku procesorów (*Central Processing Unit*, dalej: CPU) typu x86. W ramach prowadzonego postępowania, KE przeprowadziła w maju 2004 r. kontrole na miejscu² w obiektach Intela zlokalizowanych w Wielkiej Brytanii, Niemczech, we Włoszech i w Hiszpanii, a także w siedzibach kilku klientów Intela we Francji, w Niemczech, we Włoszech, w Hiszpanii i w Wielkiej Brytanii.

Niezależnie od działań podejmowanych przez KE w związku ze skargą AMD z 2000 r. i skargą uzupełniającą tegoż przedsiębiorcy z 2003 r., w dniu 17 lipca 2006 r. AMD wniosła kolejną skargę, tym razem do niemieckiego federalnego urzędu ochrony konkurencji (*Bundeskartellamt*) dotyczącą praktyk wykluczających związanych z wprowadzaniem produktów do obrotu oraz innego rodzaju praktyk podejmowanych przez Intel wspólnie z Media-Saturn-Holding GmbH (dalej: MSH), europejskim dystrybutorem urządzeń elektronicznych i największym europejskim dystrybutorem komputerów stacjonarnych. *Bundeskartellamt* przesłał KE informacje w tej sprawie zgodnie z art. 12

¹ AMD skierowała do KE (wówczas jeszcze Komisji Wspólnot Europejskich) formalną skargę w dniu 18.10.2000 r., którą następnie uzupełniła nowymi faktami i zarzutami w ramach skargi uzupełniającej z 26.11.2003 r.. Podstawą prawną przedmiotowej skargi był art. 3 rozporządzenia nr 17 Rady z 6.02.1962 r., pierwszego rozporządzenia wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu (Dz. Urz. Nr 13 z 21.2.1962 r., s. 204), zgodnie z którym: „(1) Jeśli Komisja, na wniosek lub z urzędu, stwierdzi naruszenie art. 85 lub 86 Traktatu [pierwotne przepisy regulujące zakaz zawierania niedozwolonych porozumień oraz nadużywania pozycji dominującej, zastąpione przez, odpowiednio, art. 81 i 82 TWE, a następnie przez obowiązujące obecnie art. 101 i 102 TFUE – uzup. autorki], może, w decyzji, zobowiązać odnośne przedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw do zaniechania naruszenia. (2) Do złożenia wniosku uprawnione są: a) Państwa Członkowskie; b) osoby fizyczne lub prawne, które wykażą uzasadniony interes. (3) Bez uszczerbku dla innych przepisów niniejszego rozporządzenia, Komisja może, przed wydaniem decyzji zgodnie z ust. 1, skierować do odnośnych przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw zalecenie zaniechania naruszenia.”; pełny tekst rozporządzenia nr 17 Rady z 6.02.1962 r. dostępny jest pod adresem: <http://ec.europa.eu/enlargement/ccvista/pl/31962r0017-pl.doc> (5.01.2018).

² Podstawą przeprowadzenia kontroli na miejscu przez KE (przy wsparciu kilku krajowych organów ds. konkurencji) był art. 20 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu [obecnie art. 101 i 102 TFUE – dop. aut.] (dalej: rozporządzenie 1/2003), zgodnie z którym „[p]rzedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw są zobowiązane do podporządkowania się kontroli nakazanej przez Komisję w drodze decyzji. Decyzja zawiera określenie przedmiotu i celu kontroli, termin jej rozpoczęcia i pouczenie o karach przewidzianych w art. 23 i 24 oraz o prawie do wniesienia odwołania od decyzji do Trybunału Sprawiedliwości. Komisja podejmuje takie decyzje po zasięgnięciu opinii organu ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego, na którego terytorium ma być przeprowadzona kontrola”.

rozporządzenia 1/2003³, na skutek czego KE przeprowadziła kolejne kontrole na miejscu, tym razem w siedzibach kilku europejskich sprzedawców detalicznych sprzętu komputerowego oraz ponownie w siedzibie Intela (luty 2008 r.).

Zakwestionowane przez KE praktyki Intela dotyczyły początkowo zachowania tego przedsiębiorcy wobec pięciu głównych producentów sprzętu komputerowego (*Original Equipment Manufacturer*, dalej: OEM), tj. Dell, Hewlett-Packard Company (dalej: HP), Acer Inc. (dalej: Acer), NEC Corp. (dalej: NEC) i International Business Machines Corp. (dalej: IBM)⁴, po czym zakres kwestionowanych praktyk został rozszerzony o zachowania Intel wobec MSH i Lenovo Group Ltd (dalej: Lenovo)⁵.

Prowadzone przez KE postępowanie w sprawie Intel zostało zakończone wydaniem w dniu 13 maja 2009 r. decyzji⁶, w której unijny organ ochrony konkurencji zakwestionował dwa rodzaje praktyk stosowanych przez Intel w stosunku do swoich partnerów handlowych, tj. (i) stosowanie rabatów warunkowych oraz (ii) stosowanie tzw. bezpodstawnych ograniczeń⁷.

Zdaniem KE Intel nadużył swej pozycji dominującej na światowym rynku procesorów x86⁸ w okresie od października 2002 r. do grudnia 2007 r. poprzez zastosowanie strategii mającej na celu wykluczenie konkurentów z ww. rynku⁹.

Naruszenie, którego zdaniem KE dopuścił się Intel, miało charakter jednolity i ciągły¹⁰. KE stanęła na stanowisku, iż warunkowe rabaty przyznawane przez Intel stanowiły formę rabatów lojalnościowych. Odnosząc się natomiast do warunkowych płatności dokonywanych przez Intel na rzecz MSH, KE uznała, iż mechanizm ekonomiczny tego rodzaju płatności jest równoważny z mechanizmem rabatów warunkowych oferowanych producentom sprzętu komputerowego¹¹.

Na poparcie swojego stanowiska w kwestii negatywnego wpływu na konkurencję rabatów warunkowych o charakterze lojalnościowym stosowanych przez podmiot posiadający pozycję dominującą, KE przywołała tezy wypracowane jeszcze przez poprzednika TSUE – Europejski Trybunał Sprawiedliwości – w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche*, zgodnie z którymi „w przypadku

³ Zgodnie z art. 12 rozporządzenia 1/2003 „(1) W celu stosowania art. 81 i 82 Traktatu [obecnie art. 101 i 102 TFUE – przyp. autorki] Komisja i organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich mają uprawnienia do wzajemnego przekazywania i wykorzystywania jako dowodu wszelkiego rodzaju materiałów o charakterze faktycznym lub prawnym, w tym informacji poufnych. (2) Uzyskane w drodze wymiany informacje można wykorzystywać wyłącznie jako dowód w celu stosowania art. 81 lub 82 Traktatu i w odniesieniu do przedmiotu, w sprawie którego zostały zebrane przez przekazujący organ. Jeżeli w tej samej sprawie stosuje się krajowe prawo konkurencji i równoległe wspólnotowe prawo konkurencji i nie prowadzi to do odmiennego rozstrzygnięcia, informacje podlegające wymianie na mocy niniejszego artykułu można również wykorzystywać do stosowania krajowego prawa konkurencji. (3) Informacja udzielona na mocy ust. 1 może zostać wykorzystana jedynie jako dowód w celu nałożenia sankcji na osoby fizyczne, jeżeli: (i) przepisy prawne organu przekazującego informacje przewidują sankcje podobnego rodzaju w odniesieniu do naruszenia art. 81 lub 82 Traktatu, lub w razie ich braku, (ii) informacja została zebrana w sposób, który odzwierciedla ten sam zakres ochrony prawa do obrony osób fizycznych, jaki przewidziano w krajowych przepisach organu otrzymującego. Jednakże, w takim wypadku udzielona informacja nie może być wykorzystana przez organ ją otrzymujący do nałożenia kary pozbawienia wolności”.

⁴ W dniu 26.07.2007 r. KE wydała pisemne zgłoszenie zastrzeżeń dotyczące praktyk Intel wobec ww. pięciu OEM.

⁵ W dniu 17.07.2008 r. KE wydała uzupełnienie pisemnego zgłoszenia zastrzeżeń dotyczące postępowania Intel wobec MSH i Lenovo.

⁶ Dec. KE z 13.05.2009 r. w sprawie COMP/C-3/37.990 *Intel*; wersja jawna decyzji dostępna jest w języku angielskim na stronie: http://ec.europa.eu/competition/sectors/ICT/intel_provisional_decision.pdf (6.01.2018); streszczenie decyzji KE z 13.05.2009 r. w sprawie COMP/C-3/37.990 *Intel* zostało opublikowane w języku polskim w Dz.U. UE C 227/07 z 22.09.2009 r. i jest dostępne na stronie: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=OJ:C:2009:227:TOC> (6.01.2018).

⁷ Intel przyznał głównym producentom komputerów płatności, które były uzależnione od opóźnienia wprowadzenia przez te podmioty produktów opartych na procesorach AMD lub rezygnacji z ich wprowadzania oraz od wprowadzania ograniczeń dystrybucji produktów na bazie procesorów AMD.

⁸ W latach 1997–2007 Intel utrzymywał stale bardzo wysoki udział w przedmiotowym rynku, wynoszący około 70%. KE uznała, że Intel zajmował pozycję dominującą z tego względu, iż posiadała wynoszący około 70% lub więcej udział w ww. rynku oraz że wejście na rynek konkurentów i ich ekspansja na tym rynku były nadzwyczaj utrudnione z uwagi na konieczność poczynienia niemożliwych do odzyskania inwestycji związanych z pracami badawczo-rozwojowymi, własnością intelektualną i urządzeniami produkcyjnymi.

⁹ Kwestia wykluczenia konkurentów z rynku procesorów typu x86 sprowadzała się *de facto* do wykluczenia AMD – jedyne go znaczącego konkurenta Intel, gdyż pozostali gracze rynkowi wycofali się z przedmiotowego rynku jeszcze przed rokiem 2000.

¹⁰ Art. 1 dec. KE z 13.05.2009 r. w sprawie nr COMP/C-3/37.990 *Intel*, s. 514–515.

¹¹ Pkt 23 i 25 streszczenia dec. KE z 13.05.2009 r. w sprawie nr COMP/C-3/37.990 *Intel*, Dz. Urz. UE C 227/07 z 22.09.2009 r.

przedsiębiorstwa zajmującego na rynku pozycję dominującą związanie nabywców – nawet na ich wnioski – obowiązkiem lub obietnicą zaopatrywania się wyłącznie w tym przedsiębiorstwie w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 Traktatu WE [obecnie art. 102 TFUE – przyp. autorki], 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 porozumień zawartych z tymi nabywcami albo jednostronnie, system rabatów lojalnościowych, to znaczy upustów przyznawanych pod warunkiem, że klient, niezależnie od wielkości swych zakupów, zaopatruje się celem pokrycia całości lub istotnej części swojego zapotrzebowania u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą¹².

KE nie poprzestała w swoich rozważaniach wyłącznie na przywołaniu utrwalonej linii orzeczniczej w zakresie rabatów warunkowych stosowanych przed przedsiębiorcami posiadającymi pozycję dominującą na określonym rynku. W ramach postępowania przeprowadzona została również analiza ekonomiczna możliwości zamknięcia – poprzez stosowanie przez dominanta rabatów – dostępu do rynku konkurentowi, tj. test równie skutecznego konkurenta (*as efficient competitor test*, dalej: test AEC).

Test AEC stanowi narzędzie służące do kwalifikacji prawnej praktyk wykluczających dominanta (Kostecka-Jurczyk, 2013, s. 66). Opiera się on na założeniu, iż potrzeby konsumentów najlepiej zaspokajane są przez działalność najefektywniejszych przedsiębiorców, czyli zwłaszcza tych mających najniższe koszty. Aby ustalić czy zachowania podmiotu posiadającego pozycję dominującą wykluczają bądź mogą wykluczyć równie efektywnych konkurentów, należy dokonać porównania cen towarów (usług) dominanta z kosztami ich wytworzenia. Miarodajny jest przede wszystkim długookresowy średni koszt przyrostowy (*Long-Run Average Incremental Cost*), a także średni koszt możliwy do uniknięcia (*Average Avoidable Cost*). Co do zasady, jeżeli ceny są poniżej kosztów, to wówczas równie efektywny konkurent może zostać wykluczony z rynku, co stwarza domniemanie antykonkurencyjnego charakteru praktyki wykluczających dominanta (Kohutek, 2010).

W ramach prowadzonego postępowania w sprawie Intel, KE wskazała, że „przeprowadzony test [AEC – przyp. autorki] pozwalana na ustalenie ceny procesora, jaką konkurent „równie efektywny” jak Intel musiałby zaoferować producentowi sprzętu komputerowego, aby zrekompensować mu utracony rabat Intel”¹³.

Konkludując rozważania w sprawie zakwestionowanych praktyk Intel, KE podniosła, że „rabaty warunkowe i płatności oferowane przez Intel wykształciły lojalność kluczowych producentów sprzętu komputerowego i głównego detalisty [MSH – przyp. autorki], której skutki wzajemnie się uzupełniały, znacznie zmniejszając zdolność konkurentów do konkutowania w oparciu o zalety ich procesorów x86”¹⁴. W ocenie KE, „antykonkurencyjne postępowanie Intel spowodowało (...) ograniczenie wyboru konsumentów oraz zmniejszenie motywacji do innowacji”¹⁵.

¹² Wyr. ETS z 13.02.1979 r. w sprawie w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche*, pkt 89.

¹³ Pkt 28 streszczenia dec. KE z 13.05.2009 r. w sprawie nr COMP/C-3/37.990 *Intel*, Dz. Urz. UE C 227/07 z 22.09.2009 r.; zgodnie z pkt. 30 streszczenia, na potrzeby analizy uwzględniono trzy następujące czynniki: podważalny udział (część potrzeb zaopatrzeniowych nabywcy, która w dowolnym momencie może być faktycznie przeniesiona do nowego konkurenta), właściwy odcinek czasu (nie dłuższy niż rok) oraz właściwy pomiar opłacalnych kosztów (średnie koszty możliwe do uniknięcia, AAC).

¹⁴ Pkt 33 streszczenia dec. KE z 13.05.2009 r. w sprawie nr COMP/C-3/37.990 *Intel*, Dz. Urz. UE C 227/07 z 22.09.2009 r.

¹⁵ *Ibidem*; zob. także pkt 39 streszczenia dec. KE z 13.05.2009 r. w sprawie nr COMP/C-3/37.990 *Intel*, Dz. Urz. UE C 227/07 z 22.09.2009 r.

Z tytułu stwierdzonego naruszenia, KE nałożyła na Intel grzywnę w wysokości 1,06 mld EUR, która to kara – jak wspomniano w uwagach wprowadzających do niniejszego artykułu – przez wiele lat, była najwyższą w historii karą pieniężną nałożoną na pojedyncze przedsiębiorstwo za naruszenie unijnych reguł prawa konkurencji.

III. Postępowanie przed Sądem Unii Europejskiej

Nie zgadzając się ze stanowiskiem KE, w dniu 22 lipca 2009 r. Intel złożył skargę do Sądu, w której żądał stwierdzenia nieważności decyzji KE z 13 maja 2009 r. w sprawie nr COMP/C-3/37.990, podnosząc szereg zarzutów¹⁶. Z uwagi na złożony charakter zarzutów sformułowanych przez Intel, wielość podnoszonych przez Intel argumentów oraz obszerne stanowisko Sądu w kontekście zarzutów i argumentacji Intel, na potrzeby niniejszego artykułu przywołane zostaną jedynie ogólne kategorie zarzutów Intel oraz wnioski końcowe Sądu.

Pierwszy zarzut odnosił się do kwestii horyzontalnych dotyczących ocen prawnych dokonanych przez KE w przedmiocie: (i) rozłożenia ciężaru dowodu i wymaganego poziomu dowodu¹⁷; (ii) kwalifikacji prawnej rabatów lub wypłat przyznawanych w zamian za wyłączność zaopatrywania się¹⁸ oraz (iii) kwalifikacji prawnej praktyk określanych jako „bezpodstawne ograniczenia”¹⁹.

Drugi zarzut dotyczył niewykazania przez KE jej właściwości terytorialnej do zastosowania art. 101 i 102 TFUE odnośnie do praktyk ustanowionych względem Acer i Lenovo²⁰.

Trzeci zarzut dotyczył uchybień proceduralnych w przedmiocie: (i) odmowy przez KE przyznania Intel drugiego przesłuchania²¹ oraz (ii) odmowy przez KE uzyskania określonych dokumentów od AMD²². W ramach tego zarzutu Intel podnosił naruszenie przysługującego mu prawa do obrony w związku z okolicznością braku protokołu przedstawiającego spotkanie KE z pracownikiem Dell. W ocenie Intel, pewne elementy odnoszące się do tego spotkania mogły być wykorzystane jako dowody zwalniające Intel z odpowiedzialności. W ramach tego zarzutu Intel podnosił również, że KE niesłusznie odmówiła przeprowadzenia drugiego przesłuchania Intel, jak również przekazania pewnych dokumentów pochodzących od spółki AMD, które mogły być istotne dla obrony Intel.

W ramach czwartego zarzutu Intel wskazał na błędy w ocenie dotyczącej praktyk stosowanych przez Intel wobec poszczególnych OEM i MSH²³. Piąty zarzut związany był z kwestionowaniem przez Intel istnienia ogólnej strategii zmierzającej do uniemożliwienia AMD dostępu do

¹⁶ Streszczenie zarzutów i głównych argumentów Intel zawartych w skardze wniesionej w dniu 22.07.2009 r. zostało opublikowane w Dz. Urz. UE C 220 z 12.09.2009 r., s. 41–42; na potrzeby niniejszego artykułu autorka przywołuje również treść zarzutów ze skargi wniesionej w dniu 22.02.2009 r. w brzmieniu, w jakim zarzuty te zostały przywołane w treści wyr. Sądu w sprawie T-286/06 *Intel/KE* z 12.06.2014 r. oraz wyr. TSUE w sprawie C-413/14 P *Intel/KE* z 6.09.2017 r., pkt 15–27.

¹⁷ Szczegóły dotyczące treści zarzutu pierwszego w przedmiocie ciężaru dowodu i wymaganego standardu dowodu oraz stanowiska Sądu w tym zakresie zostały przedstawione w pkt 61–71 wyr. Sądu w sprawie T-286/06 *Intel/KE* z 12.06.2014 r.

¹⁸ Szczegóły dotyczące treści zarzutu pierwszego w przedmiocie kwalifikacji prawnej rabatów lub wypłat przyznawanych w zamian za wyłączność zaopatrywania się oraz stanowiska Sądu w tym zakresie zostały przedstawione w pkt 69–197 wyr. Sądu w sprawie T-286/06 *Intel/KE* z 12.06.2014 r.

¹⁹ Szczegóły dotyczące treści zarzutu pierwszego w przedmiocie kwalifikacji prawnej praktyk określanych jako „bezpodstawne ograniczenia” oraz stanowiska Sądu w tym zakresie zostały przedstawione w pkt 198–220 wyr. Sądu w sprawie T-286/06 *Intel/KE* z 12.06.2014 r.

²⁰ Szczegóły dotyczące treści zarzutu drugiego w przedmiocie kompetencji KE oraz stanowiska Sądu w tym zakresie zostały przedstawione w pkt 221–321 wyr. Sądu w sprawie T-286/06 *Intel/KE* z 12.06.2014 r.

²¹ Szczegóły dotyczące treści zarzutu trzeciego w przedmiocie odmowy przez KE przyznania Intel drugiego przesłuchania oraz stanowiska Sądu w tym zakresie zostały przedstawione w pkt 322–339 wyroku Sądu w sprawie T-286/06 *Intel/KE* z 12.06.2014 r.

²² Szczegóły dotyczące treści zarzutu trzeciego w przedmiocie odmowy przez KE uzyskania określonych dokumentów od AMD oraz stanowiska Sądu w tym zakresie zostały przedstawione w pkt 340–436 wyr. Sądu w sprawie T-286/06 *Intel/KE* z 12.06.2014 r.

²³ Szczegóły dotyczące treści zarzutu czwartego odnoszącego się do błędów w ocenie dotyczącej praktyk stosowanych przez Intel wobec poszczególnych OEM i MSH oraz stanowiska Sądu w tym zakresie zostały przedstawione w pkt 437–1522 wyr. Sądu w sprawie T-286/06 *Intel/KE* z 12.06.2014 r.

w świetle art. 102 TFUE (Bułakowski, 2017, s. 35). Wśród przedstawicieli doktryny nie brakowało również bardziej zdecydowanych głosów, zgodnie z którymi wyrok Sądu w sprawie *Intel/KE* stanowił swoisty „krok w tył” w przedmiocie antymonopolowych instrumentarium analizy praktyk rabatowych (bądź szerzej praktyk cenowych) dominantów (Kohutek, 2014, s. 87).

IV. Postępowanie przed TSUE

1. Zarzuty skierowane przeciwko wyrokowi Sądu przez Intel

W dniu 26 sierpnia 2014 r. Intel wniósł odwołanie do TSUE, w którym żądał uchylenia wyroku Sądu w sprawie T-286/09 *Intel/KE* z 12 czerwca 2014 r. i stwierdzenia nieważności decyzji KE z 13 maja 2009 r. w sprawie nr COMP/C-3/37.990, formułując sześć zarzutów przeciwko rozstrzygnięciu Sądu³⁴.

Treść zarzutów ujętych w odwołaniu Intel z 26 sierpnia 2014 r. w pełni korespondowała z treścią zarzutów skargi Intel z 22 lipca 2009 r. i w istotnej części stanowiła powtórzenie – przynajmniej co do *meritum* – argumentów powołanych przez Intel na etapie postępowania przed Sądem.

2. Opinia Rzecznika Generalnego

W dniu 20 października 2016 r. swoją opinię w sprawie przedstawił Rzecznik Generalny, Nils Wahl, w której nie zgodził się ze stanowiskiem Sądu i zwrócił się do TSUE o uchylenie wyroku Sądu oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przed Sądem³⁵.

W ocenie Rzecznika Generalnego, aż pierwszych pięć z podniesionych przez Intel zarzutów zasługuje na uwzględnienie, przy czym: (i) konieczne jest zbadanie przez Sąd wszystkich okoliczności sprawy oraz, jeśli zajdzie taka potrzeba, rzeczywistych lub potencjalnych skutków zachowań Intela dla konkurencji na rynku wewnętrznym, a także (ii) strony powinny uzyskać odpowiednią możliwość przedstawienia swoich stanowisk odnośnie do konsekwencji będących wynikiem rozpatrywanego uchybienia proceduralnego, a dokładniej – kwestii czy sporna decyzja wymaga unieważnienia w całości, czy tylko w zakresie, w jakim dotyczy ona zachowania Intel względem Dell³⁶.

Rzecznik Generalny słusznie zwrócił uwagę, iż przyjęte przez Sąd założenie, zgodnie z którym „rabaty za wyłączność” oferowane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą zawsze i bez wyjątku skutkują wykluczeniem o charakterze antykonkurencyjnym, w sposób istotny wpłynęło na cały zaskarżony wyrok, ponieważ – opierając się na tym założeniu – Sąd całościowo odrzucił argumenty Intel dotyczące znaczenia kontekstu sprawy oraz, idąc jeszcze dalej, potrzeby rozpatrzenia czy kwestionowane zachowanie może wywoływać skutki o charakterze antykonkurencyjnym³⁷.

Stanowisko Rzecznika Generalnego przedstawione w jego opinii z 20 października 2016 r. należy ocenić pozytywnie. Na co w pierwszej kolejności zwraca się uwagę, analizując opinię Rzecznika Generalnego, to niezwykła przenikliwość i szczegółowość poczynionych rozważań.

³⁴ Streszczenie zarzutów i głównych argumentów Intel zawartych w skardze wniesionej w dniu 26.08.2014 r. zostało opublikowane w Dz. Urz. UE C 395 z 10.11.2014 r., s. 25–26.

³⁵ Tekst opinii Rzecznika Generalnego z 20.10.2016 r. w sprawie C-413/14 P *Intel/KE* dostępny jest na stronie internetowej pod adresem: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=184682&pageIndex=0&doclang=pl&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=989149> (07.01.2017).

³⁶ Pkt 345-347 opinii Rzecznika Generalnego z 20.10.2016 r. w sprawie C-413/14 P *Intel/KE*.

³⁷ Pkt 47 opinii Rzecznika Generalnego z 20.10.2016 r. w sprawie C-413/14 P *Intel/KE*.

W treści swojej opinii Rzecznik Generalny nie boi się stawiać odważnych tez, jakby chociaż ta dotycząca kwestii wymogu pokrycia „całości lub znacznej części” zapotrzebowania, który – w ocenie Rzecznika Generalnego – powinien odnosić się do całkowitego zapotrzebowania klienta, a nie do segmentu właściwego rynku odpowiadającego nieznacznnej części tegoż zapotrzebowania³⁸.

Przedstawione przez Rzecznika Generalnego argumenty – spójne i logiczne zarówno w formie, jak i w treści – doskonale oddają intencję ekonomicznego podejścia do kwestii prawno-konkurencyjnych, wskazując na konieczność uwzględnienia kontekstu prawnego i gospodarczego zachowania przedsiębiorcy będącego przedmiotem analizy organu ochrony konkurencji. Z całą stanowczością Rzecznik Generalny odcina się od sztywnego, formalistycznego podejścia w kwestii stosowania rabatów warunkowych przez podmioty posiadające pozycję dominującą na rynku, zgodnie z którym takie praktyki mają zawsze antykonkurencyjny skutek.

3. Wyrok TSUE

Długo wyczekiwany wyrok TSUE w sprawie *Intel/KE* zapadł 6 września 2017 r. Prasa i media obwieściły wszem i wobec, że Intel nie musi płacić rekordowej grzywny. Wiadomo, że przekaz medialny rządzi się swoimi prawami, a szczegóły proceduralne nie interesują przeciętnego odbiorcy. Trochę szkoda, bo być może najciekawsze jeszcze przed nami. TSUE uchylając bowiem zaskarżony wyrok Sądu, przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Tak więc kwestia ostatecznego rozstrzygnięcia pozostaje nadal otwartą.

Wracając do wyroku TSUE, wskazać należy, że zaskarżony wyrok Sądu został uchylony „w zakresie, w jakim Sąd niesłusznie powstrzymał się w ramach swojego badania potencjału spornych rabatów w zakresie ograniczenia konkurencji od uwzględnienia argumentacji spółki Intel mającej na celu ujawnienie błędów popełnionych przez Komisję w ramach testu AEC”³⁹. W ocenie TSUE, test AEC miał realne znaczenie przy dokonywaniu przez KE oceny zdolności praktyki przedmiotowych rabatów do wywołania skutku w postaci wykluczenia równie skutecznych konkurentów, a Sąd miał obowiązek zbadania wszystkich argumentów Intel sformułowanych na temat przedmiotowego testu⁴⁰. TSUE zakwestionował wyrok Sądu w zakresie, w jakim Sąd orzekł, że nie było konieczności zbadania czy KE przeprowadziła test AEC w sposób zgodny z zasadami sztuki i bez popełnienia błędów, i że nie było też konieczne zbadanie kwestii, czy alternatywne obliczenia zaproponowane przez Intel zostały dokonane w prawidłowy sposób⁴¹.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że wśród przyczyn uchylecia zaskarżonego wyroku były kwestie proceduralne, tj. brak analizy argumentów Intel w zakresie zidentyfikowanych przez tenże podmiot błędów KE w ramach testu AEC oraz brak ustosunkowania się Sądu do krytyki względem niego wyrażonej przez Intel.

Niemniej nie można również pominąć istotnych kwestii materialnoprawnych ujętych w analizowanym orzeczeniu, a odnoszących się do wykładni art. 102 TFUE, o czym szerzej w dalszej części niniejszego artykułu

³⁸ Zob. pkt 208–212 opinii Rzecznika Generalnego z 20.10.2016 r. w sprawie C-413/14 P *Intel/KE*.

³⁹ Pkt 147 wyr. TSUE w sprawie C-413/14 P *Intel/KE* z 06.09.2017 r.

⁴⁰ Pkt 143-144 wyr. TSUE w sprawie C-413/14 P *Intel/KE* z 06.09.2017 r.

⁴¹ Pkt 145 wyr. TSUE w sprawie C-413/14 P *Intel/KE* z 06.09.2017 r.

TSUE przekazał sprawę Sądowi do ponownego rozpoznania w celu zbadania przez Sąd zdolności spornych rabatów do ograniczenia konkurencji w świetle argumentów wysuniętych przez Intel. TSUE oddalił natomiast argumenty Intel odnoszące się do braku właściwości terytorialnej KE w kontekście zastosowania art. 102 TFUE do uzgodnień poczynionych przez Lenovo w latach 2006 i 2007 (zarzut piąty), jak również do istnienia uchybień proceduralnych, które w opinii Intel naruszyły jej prawo do obrony (zarzut czwarty)⁴². TSUE nie orzekł w przedmiocie zarzutów drugiego, trzeciego i szóstego.

V. Ocena wyroku TSUE

Szczegółowa analiza dotychczasowego postępowania toczącego się w sprawie praktyk Intel z pewnością ułatwi dokonanie oceny wyroku TSUE z perspektywy pozytywnych i negatywnych aspektów tego rozstrzygnięcia.

Dotychczasowa pozycja sądów unijnych w zakresie rabatów powodowała, że rabaty lojalnościowe (lub każde inne mogące mieć podobne do nich efekty) stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące stanowiły naruszenie unijnych reguł prawa konkurencji i były zabronione *per se* (Rokita, 2015). Powyższe stanowisko opierało się przede wszystkim na tezach wypracowanych w wyroku w sprawie *Hoffmann-La Roche*⁴³. Natomiast w kontekście rabatów innych niż lojalnościowe, sądy unijne stosowały dotychczas test wymagający rozważenia wszystkich okoliczności, sformułowany w wyroku *Michelin I*⁴⁴. Zgodnie z tym testem, aby ustalić czy przedsiębiorstwo dominujące naruszyło pozycję dominującą, należy rozważyć wszystkie okoliczności, a w szczególności – kryteria i zasady przyznawania rabatu, a następnie ustalić czy przez przyznanie korzyści niemającej pokrycia w żadnym świadczeniu wzajemnym kontrahenta rabat może: (i) ograniczyć lub wyeliminować wolność kontrahenta w zakresie wyboru źródeł zaopatrzenia; (ii) zamknąć konkurentom dostęp do rynku; (iii) skutkować zastosowaniem odmiennych warunków do równorzędnych transakcji z innymi kontrahentami lub też (iv) wzmacniać pozycję dominującą przez zniekształcenie konkurencji.

Niemniej w doktrynie zwraca się uwagę, że wskazany test również nie jest obiektywną analizą skutków systemu rabatowego. Jest to jedynie zabieg mający na celu ustalenie, że – pomimo użycia innego mechanizmu rabatowego – poddane analizie zachowanie ma znamiona rabatu lojalnościowego i może być traktowane jako jego funkcjonalny odpowiednik. Nadal jednak nie dokonuje się tu obiektywnej analizy skutków rynkowych danego rabatu (Rokita, 2015).

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że w ramach dotychczasowej praktyki orzeczniczej, sądy unijne skupiały swoją uwagę na ustaleniu czy dany mechanizm rabatowy ma charakter bądź wywołuje skutek (efekt) lojalnościowy, gdyż tego typu rabaty były uznawane za antykonkurencyjne za swej natury. Tym samym dotychczasowa linia orzecznicza w kwestii rabatów oferowanych przez przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą mogła prowadzić do ochrony mniej efektywnych konkurentów (Rokita, 2015).

Z analizy wyroku TSUE w sprawie *Intel/KE* można wyciągnąć wniosek, zgodnie z którym unijne reguły prawa konkurencji dopuszczają sytuację, w której przedsiębiorstwo posiadające

⁴² Komunikat prasowy TSUE nr 90/17 z 06.09.2017 r. dostępny na stronie: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-09/cp170090pl.pdf> (06.01.2018).

⁴³ Główne tezy dotyczące stosowania rabatów lojalnościowych przed przedsiębiorstwa dominujące z wyr. ETS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche* zostały przywołane w pkt II niniejszego artykułu.

⁴⁴ Wyr. ETS z 9.11.1983 r. w sprawie C-322/81, *Michelin I*, pkt 73.

pozycję dominującą konkuruje z innymi uczestnikami rynku przy użyciu środków innych niż jakościowe, co może wiązać się z wykluczeniem z rynku mniej efektywnych konkurentów. Jak trafnie wskazał TSUE, „art. 102 TFUE nie ma (...) 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”⁴⁵. Co więcej, TSUE zwraca uwagę, że zniknięcie z rynku lub odsunięcie na dalszy plan konkurentów mniej skutecznych – a zatem mniej interesujących dla konsumentów w szczególności pod względem cen, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności – jest wpisane w definicję konkurencji⁴⁶. Tak więc nie każdy skutek w postaci wykluczenia musi prowadzić do naruszenia unijnych reguł prawa konkurencji⁴⁷.

Przedstawione przez TSUE stanowisko w kontekście wykładni art. 102 TFUE zasługuje na pełną aprobatę, umożliwia bowiem przedsiębiorstwom posiadającym pozycję dominującą usprawiedliwienie swojej praktyki, powołując się na obiektywną konieczność albo względy efektywności ekonomicznej. Jak wskazuje TSUE, zapewnienie takiej możliwości jest wręcz konieczne, 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”⁴⁸.

W analizowanym orzeczeniu TSUE wyraźnie wskazał, iż KE jest zobowiązana do zbadania wszystkich okoliczności dotyczących rabatów za wyłączność w danej sprawie, wskazując w szczególności na konieczność zbadania: (i) wagi pozycji dominującej przedsiębiorstwa na rynku właściwym; (ii) stopnia objęcia rynku zarzucaną praktyką; (iii) warunków i sposobów przyznawania analizowanych rabatów; (iv) okresu ważności analizowanych rabatów; (v) wysokości analizowanych rabatów; (vi) istnienia strategii mającej na celu wykluczenie z rynku konkurentów przynajmniej o takiej samej skuteczności⁴⁹.

Wyrok TSUE w sprawie *Intel/KE* spotkał się z pozytywnym odbiorem ze strony przedstawicieli doktryny prawa konkurencji. Komentatorzy zwracają uwagę, iż analizowany wyrok TSUE „uchylił orzeczenie, które opierało się na (zbyt) formalistycznym podejściu w zakresie antymonopolowej oceny praktyk wykluczających dominatów, ignorując test równie efektywnego konkurenta (AEC-Test)” (Kohutek, 2017). Analizowany wyrok pozostawia jednak pewien niedosyt w kontekście braku szczegółowego rozważenia przez TSUE poszczególnych elementów testu równie efektywnego konkurenta w kontekście sprawy *Intel/KE*. Wskazać bowiem należy, że TSUE ograniczył swoje rozważania w tym zakresie jedynie do stwierdzenia, że: (i) „test AEC miał realne znaczenie przy dokonywaniu przez Komisję oceny zdolności praktyki przedmiotowych rabatów do wywołania skutku w postaci wykluczenia równie skutecznych konkurentów”⁵⁰ oraz (ii) „Sąd miał obowiązek zbadania wszystkich argumentów spółki Intel sformułowanych na temat wspomnianego testu”⁵¹.

⁴⁵ Pkt 133 wyr. TSUE w sprawie C-413/14 P *Intel/KE* z 06.09.2017 r.

⁴⁶ Pkt 134 wyr.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Pkt 138 wyr.

⁴⁹ Pkt 139 wyr.

⁵⁰ Pkt 143 wyr.

⁵¹ Pkt 144 wyr.

VI. Podsumowanie i wnioski

Po wyroku TSUE w sprawie *Intel/KE* z pewnością mogą odetchnąć przede wszystkim zwolennicy ekonomicznej analizy prawa konkurencji. Można pokusić się o twierdzenie, iż przedmiotowy wyrok stanowi krok ku temu, aby przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą, w ramach prowadzonych postępowań antymonopolowych, miały możliwość przedstawienia obiektywnego uzasadnienia zastosowania przez te podmioty rabatów mogących mieć antykonkurencyjne skutki. Jednocześnie organy ochrony konkurencji winny odstąpić od dotychczasowej praktyki, zgodnie z którą rabaty o charakterze lojalnościowym są zakazane *per se* i każdorazowo przeprowadzać pogłębioną analizę wszystkich okoliczności sprawy w kontekście danego mechanizmu rabatowego.

To, co niepokoi, to fakt, że TSUE w sposób bardzo ogólnikowy odniósł się do zarzutów Intel w zakresie istotnego ograniczenia prawa do obrony w związku z uniemożliwieniem zapoznania się Intel ze szczegółowym przebiegiem spotkania KE z przedstawicielem Dell.

Wyrok TSUE pozostawia pewien niedosyt w zakresie analizy prawnej sprawy. Ta przeprowadzona przez TSUE wypada dosyć blado chociażby w porównaniu z wnikliwą i bardzo ciekawą opinią Rzecznika Generalnego. Kwestią co najmniej zastanawiającą jest również fakt, że TSUE w swoich rozważaniach w żaden sposób nie odniósł się do stanowiska Rzecznika Generalnego przedstawionego w opinii z 20 października 2016 r.

Wyrok TSUE nie przybliżył w żaden sposób kierunku ostatecznego rozstrzygnięcia w sprawie. Niemniej przedmiotowy wyrok niejako „przywrócił” kryterium efektywności w ramy analitycznej oceny zachowań dominantów w świetle art. 102 TFUE, słusznie stwierdzając, iż nie każde wykluczenie z rynku jest szkodliwe dla konkurencji (Kohutek, 2017). Rabaty lojalnościowe, poddane analizie w zakresie ich rzeczywistego potencjału do wywołania skutków wykluczających, nie muszą być uznane za niedozwolone. Jest to znak, iż prawo konkurencji zmierza do bardziej ekonomicznego podejścia w zakresie antymonopolowej oceny praktyk ograniczającej konkurencję, ale następuje to bardzo powoli, a możliwość wykazania przez dominantą braku antykonkurencyjnych skutków lub ich równoważenia przez efekty prokonkurencyjne wydaje się – póki co – nadal teoretyczna (Perska, 2017). Należy przyłączyć się do postulatów przedstawicieli doktryny, zgodnie z którymi pozostaje mieć nadzieję, że taki – prawidłowy kierunek interpretacji art. 102 TFUE – zostanie przez sądy unijne podtrzymany w dalszych orzeczeniach.

Bibliografia

- Buławowski, K. (2017). Rabaty stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w latach 2011–2015, *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 5(6).
- Jones, A. i Sufrin, B. (2016). *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*. Oksford: Oxford University Press.
- Kohutek, K. (2010). Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji. *Przegląd Prawa Handlowego*, 7.
- Kohutek, K. (2014). Glosa do wyroku S(PI) z dnia 12 czerwca 2014 r., T-286/09. Zachowanie formalnego podejścia do oceny rabatów stosowanych dominantów oraz deprecjacja testu równie efektywnego konkurent. *Glosa*, 4.

- Kohutek, K. (2017). *Wyrok TSUE w sprawie Intel (2017): „przywrócenie” testu równie efektywnego konkurenta*. Pozyskano z: <http://kohutek.pl/wyrok-tsue-sprawie-intel-2017-przywrocenie-testu-rownie-efektywnego-konkurenta/> (6.01.2018).
- Kostecka-Jurczyk, D. (2013). Test równie efektywnego konkurenta a test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta w ocenie nożyc kosztowo-cenowych na rynku telekomunikacyjnym. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 8(2).
- Perska, N. (2017). *Pozycja dominująca a rabaty lojalnościowe*. Pozyskano z: <http://doradztwoantymonopolowe.pl/pozycja-dominujaca-a-rabaty-lojalnosciove/> (6.01.2018).
- Rokita, K. (2015). Systemy rabatowe przedsiębiorstw dominujących w prawie konkurencji Unii Europejskiej. *Europejski Przegląd Sądowy*, 8.
- Szmigielski, A. (2016). *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*. Pozyskano z: <https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=18469> (6.01.2018).
- Wardęga, E. (2014). Systemy rabatowe stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące – czy najnowsze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE można obronić? Glosa do wyroku Sądu (siódma izba w składzie powiększonym) z dnia 12 czerwca 2014 r. w sprawie T-286/09 Intel Corp. przeciwko Komisji Europejskiej. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 9(3).

Teresa Kaczyńska-Kochaniec

doktorantka w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

aplikantka adwokacka w Izbie Warszawskiej; prawnik w kancelarii Allen & Overy

e-mail: teresa_kaczynska@wp.pl.