



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Rabaty warunkowe udzielane przez
przedsiębiorstwa dominujące w świetle
prawa konkurencji Unii Europejskiej.
W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia

Artur Szmigielski

Warszawa 2016

Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia

Artur Szmigielski



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Warszawa 2016

Wszelkie opinie wyrażone w niniejszym opracowaniu są osobistymi opiniami autora i nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Copyright 2016 Artur Szmigielski. Wszelkie prawa zastrzeżone.

Promotor:

prof. UW dr hab. Robert Grzeszczak

ISBN 978-83-64681-03-5

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
plac Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl

Skład, druk i oprawa:

EXPOL, P. Rybiński, J. Dąbek sp. j.
ul. Brzeska 4, 87-800 Włocławek
tel. 54 232 37 23

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	6
Wstęp	8
Rozdział 1. Rodzaje i charakter prawny programów rabatowych	11
1.1. Wprowadzenie	11
1.2. Rabaty warunkowe i bezwarunkowe	12
1.2.1. Rabaty „czysto” ilościowe	13
1.2.2. Rabaty lojalnościowe i docelowe	14
1.2.3. Rabaty wieloproduktowe	16
1.3. Umowny charakter rabatów	17
1.4. Rabaty jako przejaw nadużycia pozycji dominującej	19
1.4.1. Zakres podmiotowy	20
1.4.2. Zakres przedmiotowy	22
1.5. Specyfika regulacji programów rabatowych w prawie konkurencji UE i USA	26
1.5.1. Przyczyny (cele) regulacji systemów rabatowych	27
1.5.2. Formalne i skutkowe podejście do regulacji systemów rabatowych	31
1.5.3. Regulacja systemów rabatowych w USA	33
1.5.4. Regulacja systemów rabatowych w UE	36
1.6. Podsumowanie	38
Rozdział 2. Ekonomiczna analiza programów rabatowych	40
2.1. Wprowadzenie	40
2.2. Rabaty warunkowe z perspektywy teorii ekonomicznych	41
2.2.1. Amerykańskie szkoły ekonomiczne	41
2.2.1.1. Szkoła harwardzka	41
2.2.1.2. Szkoła chicagowska	43
2.2.1.3. Szkoła postchicagowska	45
2.2.2. Ordoliberalizm	47
2.3. Podstawowe zasady i narzędzia mikroekonomii	50
2.3.1. Strona popytowa (elastyczność popytu, nadwyżka konsumenta)	51
2.3.2. Strona podażowa (koszty i zyski przedsiębiorstwa)	53
2.3.3. Struktura rynku	56
2.3.4. Siła rynkowa	60
2.3.5. Zawodność rynku	61

2.4. Przyczyny (cele) i skutki stosowania rabatów warunkowych	62
2.4.1. Prokonkurencyjne przyczyny stosowania rabatów	63
2.4.1.1. Zmniejszenie kosztów	63
2.4.1.2. Zwiększenie efektywności cenowej	64
2.4.1.3. Zwiększenie świadomości dotyczącej produktu	66
2.4.1.4. Skuteczniejsze motywowanie sprzedawców	67
2.4.1.5. Redukcja podwójnej marży	68
2.4.2. Antykonkurencyjne przyczyny stosowania rabatów	69
2.4.2.1. Efekt wykluczenia	69
2.4.2.2. Efekt „zamknięcia” klienta	71
2.4.2.3. Efekt zasysania (wchłaniania) i efekt dźwigni	72
2.4.3. Skutki programów rabatowych	75
2.5. Podsumowanie	76
Rozdział 3. Prawna analiza programów rabatowych w świetle praktyki orzeczniczej i decyzyjnej	78
3.1. Wprowadzenie	78
3.2. Praktyka unijna przed przyjęciem wytycznych Komisji	79
3.2.1. Rabaty lojalnościowe i wieloproduktowe	79
3.2.1.1. Sprawa <i>Suiker Unie</i> (1975)	79
3.2.1.2. Sprawa <i>Hoffmann-La Roche</i> (1979)	80
3.2.1.2.1. Stan faktyczny	80
3.2.1.2.2. Orzeczenie Trybunału	80
3.2.1.2.3. Krytyka orzeczenia	81
3.2.1.3. Sprawa <i>British Plasterboard</i> (1993)	82
3.2.1.4. Sprawa <i>Hilti</i> (1991)	83
3.2.2. Rabaty docelowe oraz ilościowe	84
3.2.2.1. Sprawa <i>Michelin I</i> (1983)	85
3.2.2.1.1. Stan faktyczny	85
3.2.2.1.2. Doktryna szczególnej odpowiedzialności dominanta	85
3.2.2.1.3. Prawna ocena programów rabatowych	86
3.2.2.2. Sprawa <i>Irish Sugar</i> (1999)	87
3.2.2.3. Sprawa <i>Michelin II</i> (2003)	88
3.2.2.3.1. Stan faktyczny	88
3.2.2.3.2. Charakterystyka programów rabatowych Michelin	88
3.2.2.3.2.1. Rabaty ilościowe	88
3.2.2.3.2.2. Pozostałe rabaty	90
3.2.2.3.3. Prawna ocena programów rabatowych i jej krytyka	92
3.2.2.3.3.1. Ocena rabatów ilościowych	92
3.2.2.3.3.2. Ocena pozostałych rabatów	94

3.2.2.4. Sprawa <i>British Airways</i> (2007)	96
3.2.2.4.1. Stan faktyczny	96
3.2.2.4.2. Orzeczenie Trybunału i jego krytyka	97
3.2.2.4.2.1. Efekt lojalnościowy rabatów	97
3.2.2.4.2.2. Obiektywne, ekonomiczne uzasadnienie	99
3.2.3. Konkluzje. Ocena podejścia formalistycznego	101
3.3. Praktyka amerykańskiego prawa antytrustowego	105
3.3.1. Prawna ocena rabatów jednoproduktowych	106
3.3.1.1. Sprawa <i>Barry Wright</i> (1983) - rabaty lojalnościowe	107
3.3.1.2. Sprawa <i>Brooke Group</i> (1993) - rabaty ilościowe	109
3.3.1.3. Sprawa <i>British Airways</i> (2001) - rabaty docelowe	110
3.3.2. Rabaty wieloproduktowe	111
3.3.3. Konkluzje. Ocena podejścia skutkowego	113
3.4. Praktyka unijna po przyjęciu wytycznych Komisji	115
3.4.1. Sprawa <i>Tomra</i> (2010)	116
3.4.2. Sprawa <i>Intel</i> (2014)	117
3.4.2.1. Stan faktyczny	118
3.4.2.2. Główne tezy orzeczenia	119
3.4.2.3. Komentarz	123
3.4.3. Konkluzje	126
3.5. Wpływ prawa Unii Europejskiej na ocenę programów rabatowych w Polsce	127
3.5.1. Decyzja Prezesa Urzędu w sprawie <i>Wrigley Polska</i> (2010)	129
3.5.1.1. Stan faktyczny	129
3.5.1.2. Prawna ocena programów rabatowych	130
3.5.1.3. Komentarz do wyroku	132
3.6. Podsumowanie	133
ZAKOŃCZENIE	135
BIBLIOGRAFIA	140
SPIS TABEL	152
SPIS RYSUNKÓW	152
SPIS WYKRESÓW	152

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne, dzienniki promulgacyjne i inne

Dz.U.	- Dziennik Ustaw
Dz.Urz.	- Dziennik Urzędowy
ECLI	- European Case Law Identifier
ECR	- European Court Reports
Komisja, KE	- Komisja Europejska
Wytyczne Komisji	- Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 5.12.2008, Przewodnik po priorytetach, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, KOM(2008) 832 wersja ostateczna, Dz.U. UE C 45 z 24.2.2009, s. 7-20
O.J.	- Official Journal
Prezes UOKiK, Prezes Urzędu	- Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
TUE, TFUE	- Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012
TWE	- Wersja skonsolidowana Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, Dz.Urz. UE C 321/E z 29.12.2006
Trybunał, TSUE	- Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
WE	- Wspólnoty Europejskie
Unia, UE	- Unia Europejska
u.o.k.i.k.	- Ustawa z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. 2007 nr 50, poz. 331
u.z.n.k.	- Ustawa z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz.U. 1993 nr 47, poz. 211
U.S.	- United States, Stany Zjednoczone
Ustawa Shermana	- Ustawa z dnia 2.07.1980 r., ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C., § 1-7
Zb.Orz.	- Zbiór Orzeczeń

Wybrane pojęcia ekonomiczne

test AEC	- test równie efektywnego konkurenta (as efficient competitor test)
AAC	- średnie koszty możliwe do uniknięcia (average avoidable cost)
AVC	- średnie koszty zmienne (average variable costs)
CS	- nadwyżka konsumenta (consumer surplus)
E	- cenowa elastyczność popytu
L	- indeks Lerner
MC	- koszt krańcowy (marginal cost)
P	- cena (price)
Q	- ilość (quantity)
RRC	- teoria zwiększania kosztów działalności rywali (raising rivals costs)

WSTĘP

Artykuł 102 TFUE, normujący zakaz nadużywania pozycji dominującej, był obecny od samego początku kształtowania się Unii Europejskiej. Jednakże jego stosowanie, pomimo wielu lat doświadczeń praktyki decyzyjnej i orzeczniczej, nadal wywołuje wiele wątpliwości, zwłaszcza co do należytej oceny poszczególnych jednostronnych praktyk dominanta. Jedną z nich są rabaty warunkowe, stanowiące powszechne działanie handlowe, które występuje na różnych szczeblach kanałów dystrybucji w wielu gałęziach handlu i przemysłu.

Niemal wszystkie hipermarkety, linie lotnicze, księgarnie albo restauracje oferują ten czy inny rodzaj programu lojalnościowego, nagradzając wierność klientów niższymi cenami dóbr lub usług. W zamian za możliwość uzyskania zachęt finansowych przedsiębiorstwa oczekują regularności zakupów. Dzieje się tak, mimo że czynniki pozacenowe, m.in. innowacyjność i reklama, stają się coraz istotniejszymi sposobami rywalizacji handlowej. Atrakcyjna cena niemal zawsze prowadzi do zdobywania wierności klientów. Przedsiębiorstwa dominujące¹ w zależności od swoich indywidualnych potrzeb mogą wdrażać wiele rodzajów systemów rabatowych. Pozwalają one na uzyskanie istotnych korzyści gospodarczych - niedostępnych przy stosowaniu zwykłych zniżek cenowych. Należą do nich m.in. zwiększenie koordynacji w łańcuchu produkcji, motywowanie agentów do zwiększenia wysiłków sprzedażowych i efektywniejsze budowanie lojalności klientów.

Udzielanie rabatów to jedno z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień w unijnym (a także amerykańskim) prawie antymonopolowym. Powodami są m.in. brak zgodności co do ekonomicznych skutków tej praktyki, a także różnorodność form, które może ona przybierać. I chociaż lojalność ma wydźwięk pozytywny, gdyż kojarzy się z wiernością i uczciwością, to w przypadku przedsiębiorstw mających pozycję dominującą tak nie jest. Komisja i Trybunał tradycyjnie postrzegały podobne praktyki dominantów jako odbiegające od metod normalnej konkurencji - stosowanie określonych form rabatowych było sprzeczne z celem niezakłóconej konkurencji, ograniczało wybór klientów i zamykało rynek dla konkurentów. Działo się tak, mimo że rabaty stanowią zazwyczaj zachowanie prokonkurencyjne, prowadzące do obniżenia ceny. Niskie ceny produktów to najbardziej namacalny efekt funkcjonowania wolnej konkurencji.

Problemem badawczym postawionym w niniejszej pracy jest zatem ocena udzielania rabatów warunkowych przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle art. 102 TFUE. Ma to wymiar zarówno praktyczny, jak i teoretyczny. Z pierwszej perspektywy zostaną ocenione poszczególne formy rabatów mających relewantny charakter w świetle reguł konkurencji UE - zbadane w kontekście aktualnych teorii ekonomicznych, a także praktyki decyzyjnej i orzeczniczej. Pozwoli to na wszechstronną ocenę omawianej praktyki i pokazanie, jakie czynniki musi brać pod uwagę przedsiębiorstwo dominujące przy jej projektowaniu i wdrażaniu. Jest to o tyle istotne, że dzięki wiedzy z tego zakresu przedsiębiorstwo może uchronić się przed wysokimi karami finansowymi nakładanymi przez Komisję Europejską i krajowe organy antymonopolowe. To właśnie w przypadku udzielania niedozwolonych rabatów została nałożona największa w historii kara finansowa na pojedyncze przedsiębiorstwo². Z drugiej natomiast perspektywy - teoretycznej

¹ W pracy będą używane - na wzór art. 102 TFUE - pojęcia „przedsiębiorstwo”, „przedsiębiorstwo dominujące”, „przedsiębiorstwo o pozycji dominującej” lub po prostu „dominant”. Termin „przedsiębiorstwo” będzie obejmował swoim desygnatem także pojęcie przedsiębiorcy w znaczeniu art. 33¹ k.c. (podmiot prawa cywilnego, który we własnym imieniu prowadzi działalność zawodową lub gospodarczą); przedsiębiorca mający pozycję dominującą występuje również w art. 9 u.o.k.i.k. A zatem, wbrew treści przepisu art. 55¹ k.c., autor będzie używać tego pojęcia w znaczeniu podmiotowym, a nie przedmiotowym (zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczony do prowadzenia działalności gospodarczej).

² Odnosi się to do sprawy *Intel*, która będzie przedmiotem dokładnej analizy w dalszej części pracy. W sprawie tej Komisja nałożyła na Intel karę finansową w wysokości 1,06 mld €.

- oceniona zostanie reforma art. 102 TFUE, zmierzająca w kierunku bardziej ekonomicznego podejścia. W związku z tym zostaną zaprezentowane wady i zalety podejścia formalistycznego (tradycyjnego) i skutkowego. Rabaty warunkowe jako potencjalne niedozwolone praktyki ograniczające konkurencję to dobry przykład do oceny nowych narzędzi ekonomicznych proponowanych przez Komisję Europejską.

Powyższe cele badawcze wymagały przyjęcia odpowiedniej metodologii pracy. Oparto ją przede wszystkim na metodzie dogmatycznej, tradycyjnie wykorzystywanej w pracach naukowych z zakresu prawa. Ze względu jednak na ubogi materiał normatywny (głównie art. 102 TFUE) bardzo dużo miejsca poświęcono analizie praktyki orzeczniczej i decyzyjnej. Zastosowano także komparatystykę prawniczą, czyli metodę prawnoporównawczą. Chociaż praca koncentruje się na prawie konkurencji Unii Europejskiej, przywołanie doświadczenia amerykańskiego prawa antytrustowego okazuje się zasadne. Wiąże się to przede wszystkim z aspektem teoretycznym pracy, czyli oceną reformy art. 102 TFUE. Amerykańskie sądy od dawna opierają się w swoim orzecznictwie na skutkowym podejściu i oceniają tę praktykę przez pryzmat prokonkurencyjnych skutków. Przywołanie tych doświadczeń może zobrazować, w jakim kierunku potencjalnie podąży prawo konkurencji Unii Europejskiej w omawianym obszarze. W celu dokonania prawidłowej analizy praktyki orzeczniczej i decyzyjnej należało także poświęcić sporo uwagi ekonomicznej analizie prawa. Było to niezbędne, gdyż prawo konkurencji jest nierozzerwalnie związane z myśleniem ekonomicznym. Po pierwsze, należało przybliżyć podstawowe skutki ekonomiczne omawianych praktyk rynkowych, a także testy wykorzystywane przy ich ocenie. Po drugie, najważniejsze szkoły ekonomiczne pozwoliły zilustrować, na jakich podstawach teoretycznych opiera się prawo konkurencji UE. A zatem trzy metody badawcze - dogmatyczna, prawnoporównawcza i ekonomiczna analiza prawa - stanowią bazę metodologiczną niniejszej pracy.

Celom badawczym podporządkowana jest również struktura pracy, która została podzielona na trzy rozdziały. Wnioski płynące z każdego z nich pozwolą scharakteryzować i ocenić badaną praktykę w świetle prawa konkurencji UE.

W pierwszym rozdziale przedstawiono zagadnienia systemowe niezbędne do dalszych rozważań prawnych i ekonomicznych. Przede wszystkim scharakteryzowano podstawowe formy rabatów i elementarne zagadnienia z zakresu art. 102 TFUE. Przybliżono też wstępne informacje dotyczące specyfiki regulacji rabatowej w prawie konkurencji UE i USA. Przeprowadzona analiza służyła udzieleniu odpowiedzi na następujące pytania:

1. Czym są rabaty warunkowe i jaka jest ich specyfika?
2. Jakich wyróżniamy systemy rabatowe i jakie są ich cechy odróżniające?
3. Na czym polega umowny charakter tych praktyk - czy ma to znaczenie dla ich klasyfikacji prawnej?
4. Jaki jest zakres podmiotowy i przedmiotowy badanej praktyki w świetle art. 102 TFUE?
5. Na czym polega specyfika regulacji rabatowej w UE i USA - jakie wyróżniamy przyczyny (cele) analizowanych przepisów i czym różni się podejście formalne od skutkowego?

Kolejny rozdział poświęcono ekonomicznej analizie programów rabatowych. Zawarto w nim informacje o założeniach szkół ekonomicznych, podstawowych narzędziach mikroekonomicznych oraz przyczynach i skutkach stosowania badanej praktyki. Rozdział ten powinien zatem udzielić odpowiedzi na poniższe pytania:

1. Jak są oceniane rabaty warunkowe z perspektywy najważniejszych teorii (szkół) ekonomicznych - czy szkoły te miały wpływ na prawną ocenę rabatów warunkowych w prawie konkurencji UE?

2. Jakie są przyczyny (cele) stosowania omawianej praktyki przez przedsiębiorstwa - czy ma to znaczenie prawne?
3. Jakie są ekonomiczne skutki omawianej praktyki - czy zasadny jest bezwzględny zakaz, a jeśli nie, to w jaki sposób należy oceniać tę praktykę?

Tematem ostatniego rozdziału pracy stała się zaś prawna analiza programów rabatowych w świetle praktyki orzeczniczej i decyzyjnej. Poszukiwano odpowiedzi na osiem kluczowych pytań:

1. Jaka jest rola TSUE i KE w określaniu zakazu nadużywania pozycji dominującej?
2. Dlaczego rabaty warunkowe określane są jako abuzywne - na jakie okoliczności zwraca się szczególną uwagę?
3. W jaki sposób dominant może usprawiedliwić swoją praktykę rabatową?
4. Czy sposób oceny antykonkurencyjnych skutków rabatów był zasadny w świetle aktualnych teorii ekonomicznych?
5. W jaki sposób oceniane były rabaty warunkowe w amerykańskim prawie antytrustowym - na czym polegały różnice względem podejścia UE?
6. Jakie zmiany zaszły po przyjęciu wytycznych Komisji?
7. Jaki wpływ na proces modernizacji art. 102 TFUE może mieć podejście amerykańskie?
8. Jaki wpływ na przepisy krajowe państw członkowskich, w tym na polskie prawo antymonopolowe, ma regulacja rabatów warunkowych w UE?

Autor wyraża nadzieję, że takie ujęcie pozwoli na realizację przyjętych celów badawczych, a także umożliwi przedstawienie trafnych wniosków *de lege lata* oraz *de lege ferenda*.

ROZDZIAŁ I.

RODZAJE I CHARAKTER PRAWNY PROGRAMÓW RABATOWYCH

1.1. WPROWADZENIE

Rabaty należą do praktyk handlowych polegających na obniżeniu ceny towaru lub usługi. Jest to podstawowa forma rozliczenia handlowego, która może być nazywana w różnorodny sposób (np. premia, bonus, opust, dyskonta)³. Rabaty to rodzaj strategii czy - innymi słowy - polityki cenowej przedsiębiorstwa, stosowanej w celu m.in. zwiększania popytu na oferowane towary, wzrostu obrotów handlowych i minimalizowania kosztów stałych. Praktyka ta nakierowana jest na konkurencję cenową, przy czym może wywierać skutki zarówno prokonkurencyjne, jak i antykonkurencyjne⁴. Udzielanie rabatów zależy przeważnie od warunków dostawy i terminów płatności⁵. Programy (systemy) rabatowe (ang. *rebate schemes*) pojawiają się na różnych poziomach dystrybucji, najczęściej jednak stosowane są między producentem a dystrybutorem. Mogą być też oferowane użytkownikom końcowym (np. konsumentom), czego powszechnie spotykanym przykładem są programy lojalnościowe linii lotniczych⁶.

Udzielanie rabatów nie jest zależne od posiadania przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej. Jednakże na gruncie unijnego prawa konkurencji wątpliwości mogą budzić tylko te praktyki wykorzystywania programów rabatowych, które są stosowane przez przedsiębiorstwa dysponujące odpowiednią siłą rynkową na rynku relevantnym, a więc mające pozycję dominanta. Mówiąc obrazowo, nikt nie będzie zarzucał małej kawiarni na rogu ulicy stosowania praktyk wykluczających przez oferowanie darmowego espresso za każde wydane pięć euro. Zupełnie inaczej byłoby, gdyby robiła to międzynarodowa firma posiadająca niemal 90% udziałów w rynku właściwym⁷.

W niniejszym rozdziale zostanie zaprezentowany podział i opis najważniejszych rodzajów systemów rabatowych, czyli zasad i form ich przyznawania, które są badane pod kątem zgodności z prawem konkurencji UE. Ich przedstawienie jest konieczne, gdyż są one różnie oceniane z punktu widzenia tych przepisów. Tradycyjnie niektóre formy rabatów warunkowych są oceniane przez Komisję Europejską i Trybunał Sprawiedliwości UE jako nadużycie pozycji dominującej i zakazane na mocy art. 102 TFUE. Szczególne zaniepokojenie tych instytucji budzą rabaty lojalnościowe i docelowe, oceniane jako praktyki wykluczające. Znacznie mniej restrykcyjne podejście niż Komisja i Trybunał prezentują sądy amerykańskie⁸.

³ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oksford 2011, s. 425.

⁴ Por. m.in. D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oksford 2012, pkt 4.163; R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oksford 2006, s. 374-406.

⁵ A.Ch. Richter, *Mengen- und umsatzbezogene Rabatte marktbeherrschender Unternehmen in den Grenzen des Art. 102 AEUV*, Berlin 2013, s. 8.

⁶ R.A. Duncan, B.S. McCormac, *Loyalty and fidelity discounts and rebates in the U.S. and E.U.: Will divergence occur over cost-based standards of liability?*, „The Sedona Conference Journal” 2008, nr 9, s. 134.

⁷ D. Spector, *Loyalty rebates: an assessment of competition concerns and a proposed structured rule of reason*, „Competition Policy International” 2005, nr 1, s. 92.

⁸ Odnosi się to do sądów federalnych, z tym że nie zapadł dotąd żaden wyrok Sądu Najwyższego USA dotyczący rabatów lojalnościowych. Zob. U.S. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act* (2008), s. 91.

Zaprezentowane zostaną również kluczowe pojęcia unijnego prawa konkurencji, a także ogólna specyfika regulacji rabatowych w USA i UE. Informacje te będą miały charakter jedynie wprowadzający i porządkujący. Jest to niezbędne w celu rozważenia - w dalszej części pracy - bardziej złożonych problemów prawnych i ekonomicznych.

1.2. RABATY WARUNKOWE I BEZWARUNKOWE

Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa nie różnią się w praktyce od bezwarunkowych zniżek, będących procentową redukcją ceny towaru, z tym że oprócz zwykłej obniżki cenowej dążą zazwyczaj do pozyskania klienta i związania go z przedsiębiorstwem na dłuższy okres. Stąd też rabaty dzieli się zwykle na dwie kategorie: rabaty bezwarunkowe i warunkowe⁹.

Rabaty bezwarunkowe (ang. *unconditional rebates*) nie budzą poważnych kontrowersji na gruncie prawa konkurencji, o ile nie dyskryminują kontrahentów ani nie stanowią drapieżnictwa cenowego. W zasadzie nie różnią się od zwykłych obniżek cenowych¹⁰. Często udzielane są ściśle określonym rodzajom konsumentów (np. studentom, emerytom), w zależności od ich zachowań nabywczych. W ekonomii mówi się wówczas o dyskryminacji cenowej trzeciego stopnia¹¹. Przykładem rabatów bezwarunkowych są niższe ceny biletów do kina dla studentów.

Rabaty warunkowe (ang. *conditional rebates*) również mają charakter zniżek cenowych, przy czym dokonuje się ich w dłuższym okresie, tj. po spełnieniu przez nabywcę określonych warunków ustanowionych wcześniej. Taki rodzaj praktyki dominuje w praktyce obrotu gospodarczego¹². Jednakże część programów rabatów warunkowych, które są stosowane przez dominanta, może budzić poważne wątpliwości na gruncie prawa konkurencji. Przyczyną jest potencjalne wystąpienie efektu wykluczenia pozostałych uczestników rynku¹³. Immanentną funkcję tych praktyk stanowi bowiem zachęcenie nabywców do regularnego prowadzenia transakcji gospodarczych z danym przedsiębiorstwem. W zamian oferuje się im zwrot pieniężny za dane produkty lub usługi - w sposób określony w programie rabatowym, przy przekroczeniu określonego progu ilościowego¹⁴.

Systemy rabatów warunkowych obejmują więc premie zawierające różne programy motywacyjne przyznawane przez przedsiębiorstwo dominujące jego klientom, dystrybutorom, agentom czy też sprzedawcom detalicznym. Zrealizowanie określonych warunków przewidzianych w programie rabatowym umożliwia uzyskanie „nagrody” w postaci redukcji opłaty za produkty. Warunkiem jest uzyskanie lub przekroczenie konkretnego progu ilościowego w zakupie bądź sprzedaży produktów danego przedsiębiorstwa¹⁵. Bardziej złożone programy rabatowe mogą przewidywać dalsze wymogi. Praktyka ta występuje na różnych poziomach dystrybucyjnych i nie musi być bezpośrednio kierowana do klientów końcowych (np. konsumentów).

Zgodnie z wytycznymi Komisji Europejskiej rabatów warunkowych udziela się odbiorcom po to, by wynagrodzić ich za określone zachowania nabywcze. Zazwyczaj odbiorca otrzymuje

⁹ D.G. Goyder, *EC Competition Law*, Oksford 2003, s. 291; K. Kohutek, *Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 7, s. 35.

¹⁰ *Ibidem*, s. 35.

¹¹ R. Frank, *Microeconomics and Behavior*, Cornell 2010, s. 391-392. Będzie to przedmiotem dokładnej analizy w podrozdziale 2.4.1.2.

¹² K. Kohutek, *Rabaty udzielane...*, *op. cit.*, s. 35.

¹³ Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Bonn-Warszawa 2007, s. 101-102; W.K. Tom, D.A. Balto, N.W. Averitt, *Anticompetitive aspects of market-share discounts and other incentives to exclusive dealing*, „Antitrust Law Journal” 2000, nr 3, s. 615-639.

¹⁴ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, s. 426-427.

¹⁵ G. Faella, *The antitrust assessment of loyalty discounts and rebates*, „Journal of Competition Law and Economics” 2008, nr 2, s. 375.

rabat warunkowy, jeżeli wolumen dokonywanych przez niego zakupów w ustalonym okresie odniesienia przekroczył pewien próg¹⁶. Definicja używana przez OECD również operuje pojęciem „wielkości progu” (ang. *volume threshold*), który występuje przy rabatach warunkowych¹⁷.

Rabaty te stanowią praktykę nieliniowego kształtowania cen przez przedsiębiorstwa (ang. *nonlinear pricing*), czyli zmiany ceny jednostkowej towaru w zależności od ilości zakupionych produktów¹⁸. Brytyjski ekonomista Arthur Pigou określał to jako zróżnicowanie ceny drugiego stopnia (patrz tabela 1)¹⁹.

Tabela 1

Dyskryminacja cenowa w ekonomii

Dyskryminacja cenowa drugiego stopnia	Dyskryminacja cenowa trzeciego stopnia
różnicowanie cen towarów ze względu na ilość nabywanego dobra	różnicowanie cen towarów ze względu na określone grupy nabywcze
rabaty warunkowe	rabaty bezwarunkowe

Źródło: opracowanie własne na podstawie: A. Pigou, *The Economics of Welfare*, Londyn 1932.

Należy zauważyć, że postać programu rabatowego może mieć również prowizja agenta (system premii za rezultaty). W tym przypadku będzie to dodatkowa premia pieniężna za pośrednictwo w sprzedaży określonej liczby towarów lub usług powyżej ustalonego progu ilościowego, a tym samym - pozyskanie odpowiedniej liczby kupujących. Reguły konkurencji dotyczące rabatów warunkowych będą zatem miały zastosowanie także do premii wykorzystujących ten sam program w przyznawaniu wynagrodzenia agentowi²⁰.

W kolejnych podrozdziałach pracy zostaną przedstawione specyficzne programy rabatów warunkowych, które mogą być stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące.

1.2.1. Rabaty „czysto” ilościowe

Jednym z najprostszych programów rabatowych jest rabat o charakterze „czysto” ilościowym (ang. *standard volume rebates*) - określona zniżka dla wszystkich klientów, którzy przekroczyli dany próg ilościowy kupowanych towarów. Wszystkie rabaty warunkowe są więc rabatami ilościowymi. Jeżeli rabaty te nie mają innych specyficznych cech i są przyznawane wszystkim klientom, bez wyjątku - mówimy o wersji standardowej („czysto” ilościowej, nieskumulowanej)²¹.

Omawiane rabaty charakteryzują się zatem tym, że formalnie nie mają charakteru dyskryminującego. Obowiązuje w nich bowiem standardowy próg ilościowy - ten sam dla wszystkich nabywców. Jednak zasada „te same progi ilościowe dla wszystkich” nie uwzględnia indywidualnej sytuacji różnych nabywców. Można argumentować, że rabaty te stanowią swoistą zachętę do nabywania większej ilości towarów, lecz w praktyce progi ilościowe mogą się

¹⁶ Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 5.12.2008, *Przewodnik po priorytetach, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, KOM(2008) 832 wersja ostateczna, Dz.Urz. UE C 45 z 24.2.2009, s. 7-20, pkt 36 (dalej: wytyczne Komisji).

¹⁷ OECD, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, „Policy Roundtables”, DAF/COMP(2008)29, s. 19.

¹⁸ Ceny nieliniowe występują więc, gdy wydatki nabywcy nie wzrastają liniowo wraz z kwotą zakupu. Zob. W. Dennis, M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Boston 1990, s. 459.

¹⁹ R. Frank, *Microeconomics*, op. cit., s. 395.

²⁰ Wyrok Trybunału z dnia 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P *British Airways przeciwko Komisji Europejskiej*, Zb.Orz. 2007, s. 2331, ECLI:EU:C:2007:166.

²¹ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...*, op. cit., s. 426-427.

okazać na tyle wysokie, że będzie to dotyczyło jedynie dużych nabywców, a nie przeciętnego konsumenta²².

Przykład tworzenia rabatów „czysto” ilościowych stanowi konstrukcja wielkości poszczególnych progów ilościowych na zasadzie schodkowej, co przedstawiono w tabeli 2. Jest to dość prosta metoda, polegająca na ustaleniu liczby stosowanych progów ilościowych i rozpiętości między nimi²³. Taki program rabatowy ma charakter progresywny, gdyż wartość rabatu wzrasta wraz z przekroczeniem wyższych progów ilościowych. Jeżeli zostaną one ustalone w taki sposób, iż będą preferować tylko część największych nabywców, mogą być kwestionowane na gruncie prawa konkurencji jako nieuzasadniona faktyczna dyskryminacja cenowa²⁴.

W handlu detalicznym często spotyka się także konstruowanie rabatów ilościowych przez punktowe ustalanie ceny - bez stosowania kilku progów ilościowych. Rabaty są wówczas określane przez odosobnione wielkości zakupów, przykładowo: „Kupując X sztuk towaru, Y (ostatnią) otrzymasz za darmo”, „Dwanaście za cenę jedenastu”²⁵.

Tabela 2

Przykład stopni rabatu ilościowego

Liczba sztuk zamówionego towaru	Wielkość rabatu w procentach
1-5	0,0
6-10	2,0
11-20	3,0
21-30	4,0
powyżej 30	5,0

Źródło: opracowanie własne.

W dalszej kolejności analizowane będą systemy rabatowe, które dążą do wytworzenia specyficznej więzi między zbywcą a nabywcą, a więc do pozyskania klienta i związania go z przedsiębiorstwem na dłuższy okres.

1.2.2. Rabaty lojalnościowe i docelowe

Obie te formy należą do charakterystycznego rodzaju rabatów ilościowych o charakterze warunkowym. Ich specyfika polega na wytworzeniu więzi między przedsiębiorstwem a klientami. Celem jest zatem przede wszystkim skłonienie klientów do ponownego dokonania zakupów u danego przedsiębiorcy, a tym samym - utrwalenie stosunków handlowych łączących strony²⁶.

Rabaty lojalnościowe (ang. *loyalty/fidelity rebates*) przyznawane są za zaopatrywanie się wyłącznie lub prawie wyłącznie w towary danego przedsiębiorstwa, stąd nazywa się je rabatami „za wierność/ wyłącznieść” (ang. *rebates in return for exclusivity*)²⁷. W ujęciu ogólnym można je zdefiniować jako redukcję ceny katalogowej danego produktu, którą przedsiębiorstwo oferuje nabywcom jako

²² D. Ridyard, *Exclusionary pricing and price discrimination abuses under Article 82 - an economic analysis*, „European Competition Law Review” 2002, nr 23, s. 288-290.

²³ H. Simon, *Zarządzanie cenami*, Warszawa 1996, s. 366.

²⁴ Mowa tu o dyskryminacji cenowej w znaczeniu prawnym, gdyż w znaczeniu ekonomicznym pojęcie to ma szersze znaczenie. Zob. m.in. D. Ridyard, *Exclusionary pricing...*, op. cit., s. 288-290 oraz wyrok Trybunału z dnia 17.12.2009 r. w sprawie T-57/01 *Solvay SA przeciwko Komisji Europejskiej*, Zb.Orz. 2009, s. II-04621, ECLI: ECLI:EU:T:2009:519, pkt 14.

²⁵ H. Simon, *Zarządzanie...*, op. cit., s. 372.

²⁶ A. Maziarsz, *Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w unijnym prawie konkurencji*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 19, s. 1030.

²⁷ K. Kohutek, *Rabaty...*, op. cit.; P. Lowe, *How Different is EU Antitrust?: A Route Map for Advisors, an Overview of EU Competition Law and Policy on Commercial Practices*, Bruksela 2003, s. 3.

wyraźne lub dorozumiane wynagrodzenie w zamian za stosunek znacznej wyłączności. Kluczową różnicą w stosunku do rabatów „czysto” ilościowych jest to, że program lojalnościowy ma na celu zapewnienie znacznej korzyści dla klienta w przypadku, gdy zachowuje on lub zwiększa ilość nabywczą towarów od danego przedsiębiorstwa. Jednocześnie program może nakładać dotkliwe kary za przerzucenie wydatków nabywczych na konkurencyjnego dostawcę²⁸. Rabaty lojalnościowe mogą przyjmować formę zniżek za udział w rynku (ang. *market-share rebates*), w których klienci dostają zniżki pod warunkiem nabycia określonego udziału wszystkich produktów sprzedającego²⁹.

Programy oznaczane jako „programy lojalnościowe” (ang. *loyalty programs*) stosowane są przez przedsiębiorstwa na różnych poziomach dystrybucji, tj. zarówno wobec użytkowników końcowych, jak i dystrybutorów czy sprzedawców detalicznych. Kiedy producent wykorzystuje taki program do sprzedaży własnych produktów i usług sprzedawcom detalicznym i dystrybutorom, rabat lojalnościowy stanowi dla tych sprzedawców silną zachętę do sprzedaży produktów przedsiębiorstwa³⁰.

Jako przykład można podać następującą sytuację: znana sieć handlowa X zajmująca się sprzedażą detaliczną wprowadziła możliwość opłat za pomocą kart płatniczych. Jeśli zgodzi się na ofertę przedsiębiorstwa Y, to w zamian za możliwość obsługiwania transakcji tylko kartą tego przedsiębiorstwa i po przekroczeniu obrotu handlowego w wysokości 3 mld zł rocznie może liczyć na obniżenie opłaty *interchange* z 1% do 0,5 %.

Z kolei rabaty docelowe (ang. *target rebates*) przysługują w razie nabycia - we wcześniej ustalonym przedziale czasowym - danej ilości towarów³¹. Można je określić jako swego rodzaju zniżki cenowe udzielane w sytuacji, gdy klienci osiągną założony cel, ustalony indywidualnie przez dostawcę³². Rabaty te nie są więc generowane automatycznie - przyznaje się je bowiem dopiero wtedy, gdy klient osiągnie odpowiednią wartość sprzedaży. Tym samym rabat realizuje się pod warunkiem zawieszającym przekroczenia przez nabywcę progu ilościowego określonego w umowie.

Naturalnym celem takiego programu rabatowego jest zachęcenie klientów do zwiększania zamówień. W przeciwieństwie więc do rabatów „czysto” ilościowych program rabatów docelowych bardziej skupia się na zwiększeniu wyników sprzedaży przedsiębiorstwa, gdyż płatność rabatów bazuje zwykle na rozszerzeniu zeszłorocznych zamówień. Skłania to klientów do pogłębienia współpracy gospodarczej z przedsiębiorstwem. Rabaty docelowe mają zatem bardziej „inteligentny” mechanizm napędzania wyników handlowych³³.

Przykładowo Lufthansa, czyli największe niemieckie linie lotnicze, oferowała klientom następujący rabat docelowy: pasażerowie byli zachęcani do tego, by ustalili własny cel w postaci przebycia określonej liczby mil w ciągu roku (okres referencyjny). Klienci otrzymywali rabat na wszystkie zakupy tylko wtedy, gdy osiągnęli ustaloną wartość progową³⁴. Kolejnym przykładem jest program Payback, polegający na zbieraniu punktów (służą do tego specjalne karty) w związku z nabywaniem określonych towarów lub usług w punktach sprzedaży danych przedsiębiorstw. Za ustaloną liczbę punktów otrzymuje się rabat na zakupy, przy czym punkty wygasają w określonym czasie.

Program rabatów docelowych może przybrać wiele specyficznych form, do których należą rabaty: retroaktywne (ang. *retroactive*, *rolled back*), przyrostowe (ang. *incremental*), standaryzowane (ang. *standardised*) i ustalane indywidualnie (ang. *individualised*). Zostały one zaprezentowane

²⁸ D. Samà, *The antitrust treatment of loyalty discounts and rebates in the EU competition law: in search of an economic approach and a theory of consumer harm*, „Munich Personal RePEc Archive Paper” 2014, nr 55356, s. 1.

²⁹ N. Petit, *EU Competition Law...*, op. cit., s. 4.161.

³⁰ Por. R.A. Epstein, *Monopoly dominance or level playing field? The new antitrust paradox*, „University of Chicago Law Review” 2005, nr 49, s. 49-72.

³¹ K. Kohutek, *Rabaty...*, op. cit., s. 35.

³² A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...*, op. cit., s. 427.

³³ D. Ridyard, *Exclusionary pricing...*, op. cit., s. 288-290.

³⁴ A. Morell, A. Glöckner, E. Towfigh, *Sticky rebates: target rebates induce non-rational loyalty in consumers*, „Max Planck Institute on Research for Collective Goods” 2009, nr 23, s. 3.

w tabeli 3. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE pojawia się ponadto określenie „rabaty wywołujące skutek lojalnościowy” (ang. *loyalty-inducing rebates*)³⁵. Nie jest to oddzielna kategoria rabatów ani nie są to ściśle rabaty lojalnościowe („za wyłączność”), jednak zdaniem TSUE mogą one wywoływać analogiczne efekty. Termin ten najczęściej odnosi się właśnie do rabatów docelowych³⁶.

Tabela 3

Formy rabatów docelowych

Retroaktywne	Promują zakup po przekroczeniu progu (gdy próg wynosi 100, to po jego przekroczeniu klient dostanie rabat zarówno na pierwsze 100 sztuk towaru, jak i na sztuki następne).
Przyrostowe	Odnoszą się tylko do towarów nabytych powyżej progu rabatowego (gdy próg wynosi 100, a klient nabył 120 sztuk towaru, rabat przysługuje na 20 produktów).
Standaryzowane	Wysokość progu rabatowego jest formalnie identyczna dla wszystkich z nabywców.
Indywidualne	Wysokość progu kształtowana jest odrębnie dla każdego z nabywców (względnie: dla określonej ich kategorii).

Źródło: opracowanie własne na podstawie: A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oksford 2014, s. 455; K. Kohutek, *Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 7, s. 35.

Wśród wymienionych szczególnych form rabatów docelowych duże znaczenie praktyczne mają rabaty retroaktywne³⁷. Jak wskazuje Jarosław Sroczyński, występują one w praktyce gospodarczej w relacjach dostawca-sprzedawca. Stanowią dodatkową premię dla sprzedawcy z tytułu zrealizowania w określonym czasie (np. miesiąca, kwartału) sprzedaży na wyższym poziomie (ilościowym/wartościowym). Premia jest obliczana według stawki procentowej, która - przemnożona przez rzeczywistą wartość sprzedaży (ponad ustalony próg) - wyznacza kwotę „nagrody” dla sprzedawcy. Fakt, że wysokość kwoty rabatu retroaktywnego nie jest znana z góry, wynika wprost z jego istoty. W chwili zawierania umowy rabat odnosi się bowiem do sprzedaży przyszłej, a zatem jego poziom kształtuje się w toku dalszej współpracy. Premia realizuje się pod warunkiem zawieszającym wykonania przez sprzedawcę obrotu określonego w umowie³⁸.

1.2.3. Rabaty wieloproduktowe

Powyższe rozważania dotyczyły rabatów mających zastosowanie do tej samej kategorii towarów, czyli rabatów jednoproduktowych (ang. *single product rebates*). W obrocie handlowym przedsiębiorstwa korzystają także z rabatów wieloproduktowych, inaczej nazywanych zniżkami pakietowymi (ang. *bundled discounts*). Polegają one na tym, że dwa produkty są sprzedawane zarówno łącznie, jak i oddzielnie, lecz zakup pakietu jest dla potencjalnego nabywcy korzystniejszy aniżeli zakup produktów osobno³⁹.

³⁵ Wyrok Trybunału z dnia 9.11.1983 r. w sprawie 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (I) przeciwko Komisji Europejskiej*, ECR 1983, s. 3461, ECLI:EU:C:1983:313.

³⁶ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...*, op. cit., s. 427.

³⁷ W doktrynie amerykańskiego prawa antytrustowego nazywane są one często „first-dollar” discounts, co wyraźnie wskazuje, że zniżka udzielana jest na całe zakupy. Zob. U.S. Department of Justice, *Competition...*, op. cit., s. 106.

³⁸ Tak: J. Sroczyński, *Rabat retroaktywny a tzw. opłata półkowa: potrzeba racjonalizacji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 2, s. 92.

³⁹ Zob. S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, Londyn 2009, s. 276-277; I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji - ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013, s. 10.

W obrocie gospodarczym często wykorzystuje się ten rodzaj rabatu. Przykładem może być zestaw w McDonald's złożony z hamburgera, frytek i napoju. Każdy z tych produktów jest sprzedawany oddzielnie, ale nabycie ich w pakiecie okazuje się korzystniejsze cenowo⁴⁰. Innym przykładem bazującym na tym schemacie rabatowym jest sprzedaż pakietu Microsoft Office, zawierającego programy Word, Excel, PowerPoint. Chociaż można je nabyć oddzielnie, ze względu na cenę bardziej opłacalny będzie zakup pakietu⁴¹.

Rabaty wieloproduktowe należą do *expressis verbis* oddzielnie wymienionej praktyki z art. 101 ust. 1 lit. e oraz art. 102 lit. d TFUE, czyli sprzedaży wiązanej i pakietowej (ang. *tying and bundling*)⁴². Można powiedzieć, że rabaty wieloproduktowe mają janusowe oblicze, gdyż bezpośrednio wiążą się z tymi dwiema praktykami handlowymi.

1.3. UMOWNY CHARAKTER RABATÓW

Pojęcie „rabat” wywodzi się z praktyki handlowej i jest opisywane w ujęciu nauk ekonomicznych. Jednakże przedstawienie rabatów w ujęciu cywilnoprawnym (jako umowy) pomoże w uporządkowaniu dokonanego wyżej podziału programów rabatowych. Pozwoli to na odróżnienie udzielania rabatów jako specyficznej praktyki zakazanej na mocy art. 102 TFUE od innych antykonkurencyjnych praktyk lub porozumień. Należy także wskazać relacje zachodzące na tym gruncie między art. 101 i 102 TFUE.

Możliwość udzielania rabatów wynika ze swobody umów. Swoboda ta ulega ograniczeniu ze względu na publicznoprawne przepisy prawa konkurencji, m.in. te dotyczące nadużywania pozycji dominującej, czyli art. 102 TFUE oraz odpowiadający mu w prawie polskim art. 9 u.o.k.i.k. Nie ma przy tym znaczenia, że kontrahent dobrowolnie zgodził się na uzyskanie rabatu przez przystąpienie do umowy. Dominant ma bowiem ograniczoną możliwość kształtowania polityki rabatowej⁴³.

Wiąże się to ściśle ze swobodą określania przez strony ceny umownej, która zasadniczo stanowi element przedmiotowy istotny umów odpłatnych (*essentialia negotii*). Klauzule o rabacie mogą się znaleźć w wielu rodzajach umów występujących w obrocie gospodarczym: w umowie sprzedaży, umowie agencyjnej czy umowach nienazwanych w polskim prawie cywilnym, takich jak umowa dystrybucyjna. Umowy te zasadniczo mają charakter wzajemny, gdyż świadczenie jednej ze stron („rabatodawcy”) to odpowiednik świadczenia drugiej strony („rabatobiorcy”). Istotą rabatów warunkowych jest to, że ich przyznanie realizuje się pod warunkiem zawieszającym przekroczenia przez „rabatobiorcę” określonego progu ilościowego w określonym czasie (względnie: spełnienia innych warunków)⁴⁴.

Realizacja rabatu przez „rabatodawcę” oznacza zmniejszenie dotychczasowego świadczenia pieniężnego „rabatobiorcy” albo zwrócenie mu pewnej kwoty pieniężnej, związanej bezpośrednio z dokonanymi zakupami. W pierwszym przypadku obniżenie ceny na skutek rabatu następuje w momencie dokonywania zakupów. Rabat przyjmuje więc formę skorygowania ceny ustalonej pierwotnie w umowie. Sytuacja taka występuje w programach rabatowych „czysto”

⁴⁰ D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player* w: D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoftu - studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008, s. 90-91.

⁴¹ I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, *op. cit.*, s. 10.

⁴² Zob. szerzej: I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, *op. cit.*; M. Swora, *Zakaz stosowania transakcji wiązanych przez podmioty dominujące na rynku z perspektywy europejskiego, amerykańskiego i polskiego prawa antymonopolowego*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2005, nr 1, s. 45-66.

⁴³ Nie ma także znaczenia, że dominant robi to na żądanie klientów. Zob. wyrok Trybunału z dnia 13.02.1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG przeciwko Komisji Europejskiej*, ECR 1979, s. 461, ECLI: ECLI:EU:C:1979:36, pkt 89.

⁴⁴ Zob. J. Sroczyński, *Rabat retroaktywny...*, *op. cit.*, s. 92.

ilościowych (zwanymi potocznie rabatami fakturowymi). W drugim przypadku realizacja rabatu, który można traktować jako swego rodzaju premię, jest odłożona w czasie - następuje po spełnieniu przez kontrahenta określonego warunku. Rabat przyjmuje w tym przypadku formę świadczenia pieniężnego. Taki sposób przyznawania rabatów jest cechą charakterystyczną rabatów docelowych o charakterze retroaktywnym.

Udzielanie rabatów może występować zarówno w obrocie mieszanym (konsumenckim), jak i profesjonalnym (między przedsiębiorcami). W praktyce do naruszenia art. 102 TFUE najczęściej dochodzi przez udzielanie antykonkurencyjnych zniżek w przypadku obrotu profesjonalnego⁴⁵. Choć obie strony mają charakter równorzędny, co objawia się brakiem prawnego podporządkowania, równością praw i obowiązków czy też dobrowolnością zawieranych umów, w praktyce gospodarczej dany przedsiębiorca może oczywiście mieć przewagę rynkową nad drugim. W tym kontekście reguły prawa konkurencji będą narzędziami ochrony strony słabszej⁴⁶.

Występowanie strony słabszej może mieć znaczenie praktyczne, gdyż praktyka gospodarcza pokazuje, że rabaty bywają wymuszane, a nie oferowane dobrowolnie przez kontrahenta. Może to stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w postaci utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, gdzie dochodzenie roszczeń następuje w trybie prywatnoprawnym⁴⁷. Organ antymonopolowy może także zaklasyfikować tę praktykę jako narzucanie nieuczciwych warunków umów, przynoszących dominantowi nieuzasadnione korzyści (art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.i.k.). Innym przykładem „wymuszenia” rabatu będzie narzucenie przez producenta jego dystrybutorom (w umowie wertykalnej) klauzuli dotyczącej maksymalnego rabatu na sprzedawane produkty (narzucanie cen odsprzedaży).

Całościowe zbadanie wszystkich postanowień umownych i okoliczności sprawy ma istotne znaczenie dla klasyfikacji niedozwolonej antykonkurencyjnej praktyki. W praktyce oprócz zapisów umowy o danym programie rabatowym mogą występować dalsze postanowienia, które będą stanowiły niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję na mocy art. 101 TFUE⁴⁸. I tak, zależnie od okoliczności sprawy i konkretnej umowy, dany „program rabatowy” może zostać zaklasyfikowany nie jako nadużycie pozycji dominującej, ale jako niedozwolone porozumienie cenowe (zmowa cenowa). Może się tak zdarzyć w przypadku, gdy porozumienie jest zawierane między przedsiębiorstwami znajdującymi się na tym samym poziomie dystrybucji (porozumienie horyzontalne) i wytwarzającymi produkty subsydiarne. Ustalenie wspólnej polityki rabatowej będzie skutkowało ujednoliceniem cen produktów na rynku (kartel cenowy).

Z polskiej praktyki orzeczniczej wynika, że rabaty były często udzielane nie jako przejaw nadużywania pozycji dominującej, ale jako swoista forma systemu kar i nagród stosowanych przez producenta lub dystrybutora wobec odbiorców przy jednoczesnym narzucaniu im cen minimalnych⁴⁹. Gdy dani odbiorcy nie stosowali się do określonych cen minimalnych, producent

⁴⁵ Zasadniczo wszystkie relewantne sprawy rozważane przez Trybunał, które odnosiły się do systemów rabatowych, dotyczyły obrotu profesjonalnego.

⁴⁶ Jednym z celów prawa konkurencji UE jest ochrona konkurentów jako uczestników procesu konkurencji, w tym średnich i małych przedsiębiorstw.

⁴⁷ Przykładem jest „opłata półkowa”, zakazana na mocy art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. Przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony czynem nieuczciwej konkurencji, może dochodzić stosownych roszczeń na mocy art. 18 u.z.n.k.

⁴⁸ Należy zwrócić uwagę na niezwykle szerokie znaczenie porozumienia na gruncie art. 101 TFUE. Może to być m.in. umowa cywilnoprawna w formie pisemnej bądź ustnej, a nawet uzgodnienie nieformalne - *gentleman's agreements*. W porozumieniach muszą jednak partycypować co najmniej dwie strony. Zob. wyroki Trybunału: z dnia 11.09.2008 r. w sprawie C-279/06 *CEPSA Estaciones de Servicio SA przeciwko LV Tobar e Hijos SL*, Zb.Orz. 2008, s. I-6681, ECLI:EU:C:2008:485, pkt 44; z dnia 20.06.1978 r. w sprawie 28/77 *Tepea BV przeciwko Komisji Europejskiej*, ECR 1978, s. 1391, ECLI:EU:C:1978:97, pkt 39-40; z dnia 15.07.1970 r. w sprawie 45/69 *Boehringer Mannheim GmbH przeciwko Komisji Europejskiej*, ECR 1970, s. 769, ECLI:EU:C:1970:73, pkt 32 i 36; z dnia 26.10.2000 r. w sprawie T-41/96 *Bayer AG przeciwko Komisji Europejskiej*, ECR 2000, s. II-3383, ECLI:EU:T:2000:242, pkt 69.

⁴⁹ Praktyka ta dotyczy więc porozumień wertykalnych na linii producent-dystrybutor lub dystrybutor-sprzedawca detaliczny. Zob. decyzje Prezesa UOKiK: z dnia 31.12.2013 r. nr DOK-7/2013, pkt 88; z dnia 31.12.2013 r. nr DOK-6/2013, pkt 33; z dnia 29.12.2011 r. nr DOK-13/2011, s. 29.

lub dystrybutor często groził im odebraniem korzystnego rabatu (tzw. sankcja pogorszenia warunków handlowych). Z kolei stosowanie się do określonych cen minimalnych przez sprzedawców detalicznych pozwalało im na uzyskanie korzystnych rabatów (np. sezonowych), a tym samym - na zwiększenie swojej marży.

Może również dojść do sytuacji, w której konkretne postanowienia umowne zostaną potraktowane równocześnie jako nadużycie pozycji dominującej i niedozwolony kartel. Dzieje się tak, gdy dominant A oferuje dystrybutorowi B zawarcie umowy dystrybucyjnej, zgodnie z którą dystrybutor będzie sprzedawał określone produkty tylko na określonym terytorium w ściśle określonych ilościach (kontyngentach). W zamian za spełnienie powyższych świadczeń przez dystrybutora B dominant A przyznaje mu korzystne opusty cenowe, także uregulowane w umowie.

Przywołane przykłady skłaniają do refleksji dotyczącej relacji między art. 101 i 102 TFUE, które są skierowane do przedsiębiorstw (tj. do sfery dominium). O ile bowiem udzielanie rabatów ma charakter umowny, o tyle praktyka ta klasyfikowana jest jako potencjalne naruszenie pozycji dominującej. Trybunał wyjaśnił, że oba artykuły na różne sposoby dążą do osiągnięcia tego samego celu, czyli utrzymania reguł konkurencji na rynku wewnętrznym. Wymaga to pewnej spójności między nimi⁵⁰. Z tego względu art. 101 i 102 TFUE mogą być stosowane paralelnie. W sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche* Trybunał wyjaśnił, że chociaż strony zawarły umowę na zasadzie wzajemności, która może być przedmiotem oceny na mocy art. 101 TFUE, wolno potraktować ją także jako nadużycie pozycji dominującej. Przepis ten wyraźnie odnosi się do sytuacji pochodzących ze stosunków umownych. Komisja powinna wziąć pod uwagę zarówno charakter wzajemnych zobowiązań stron, jak i pozycję rynkową stron na rynku⁵¹.

Jednocześnie uznanie danej umowy za zgodną z art. 101 TFUE nie oznacza, iż może ona zostać automatycznie uznana za zgodną z art. 102 TFUE. Modyfikując podany wyżej przykład zawarcia umowy dystrybucyjnej, założmy, że choć umowa dystrybucyjna nie podlegała wyłączeniu blokowemu⁵², to po odpowiedniej zmianie spełniała wytyczne Komisji Europejskiej⁵³. Tym samym - mimo że teoretycznie porozumienie spełniałoby przesłanki z art. 101 ust. 3 TFUE i podlegało wyłączeniu indywidualnemu - oferowany program rabatowy mógłby stanowić nadużycie pozycji dominującej⁵⁴. Wskazuje się wręcz, iż przedsiębiorstwo nie może ulec zwolnieniu na mocy art. 101 ust. 3 TFUE, jeżeli miałoby to doprowadzić do nadużycia pozycji dominującej⁵⁵.

1.4. RABATY JAKO PRZEJAW NADUŻYCIA POZYCJI DOMINUJĄCEJ

Chociaż rabaty mają charakter umowny, klasyfikuje się je - w kontekście reguł konkurencji - jako działanie jednostronne, tj. ewentualny przejaw nadużycia pozycji dominującej na rynku właściwym zgodnie z art. 102 TFUE. Można to wytłumaczyć faktem, że antykonkurencyjny

⁵⁰ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law...*, op. cit., s. 38-39.

⁵¹ Wyrok Trybunału w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche*, pkt 116.

⁵² Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20.04.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz.Urz. UE L 102 z 23.4.2010, s. 1-7.

⁵³ Obwieszczenie Komisji z dnia 13.10.2000, Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (2000/C 291/01) Dz.Urz. UE C 291 z 13.10.2000, s. 1-44.

⁵⁴ Por. wyrok Trybunału z dnia 10.07.1990 w sprawie T-51/89 *Tetra Pak Rausing SA przeciwko Komisji Europejskiej*, ECR 1990, s. II-309, ECLI: ECLI:EU:T:1990:41, pkt 25-30. W sprawie tej, chociaż porozumienie podlegało wyłączeniu blokowemu, zarzucano dominantowi nadużywanie pozycji w postaci nabycia wyłącznej licencji na technologię konkurencyjną.

⁵⁵ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law...*, op. cit., s. 39. Zob. też decyzję Komisji z dnia 20.12.1988 w sprawie IV/30.979 i 31.394 *Decca Navigator System*.

skutek porozumienia jest niezależny od dystrybutorów (lub innych adresatów rabatów). Zamykanie rynku wskutek tej praktyki handlowej odbywa się przez pozyskiwanie adresatów, a nie skłanianie ich ku praktyce wykluczającej lub dyskryminującej konkurentów. Co więcej, gdyby przedsiębiorca oferujący rabat nie miał znacznej siły rynkowej, czyli jego konkurenci byłiby w stanie przedstawić równie dobrą ofertę, taka rywalizacja cenowa - przez oferowanie systemów rabatowych - byłaby prokonkurencyjna⁵⁶. Dlatego z tej perspektywy klauzule rabatowe nie są przedmiotem oceny pod kątem zgodności z art. 101 TFUE.

W myśl art. 102 TFUE niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części - w zakresie, w jakim może to wpływać na handel między państwami członkowskimi. Do zastosowania tego przepisu konieczne jest więc kumulatywne spełnienie pięciu warunków, które wymagają, żeby potencjalny naruszciciel: (1) posiadał status przedsiębiorstwa⁵⁷ (ang. *undertaking*), (2) dysponował pozycją dominującą na rynku właściwym i (3) nadużywał swojej pozycji (4) na znacznej części rynku wewnętrznego oraz żeby to zachowanie odznaczało się (5) możliwym wpływem na handel między państwami członkowskimi⁵⁸. Dwie pierwsze przesłanki wskazują zakres podmiotowy zakazu nadużywania pozycji dominującej (patrz tabela 4). Przesłanki czwarta i piąta wyznaczają granicę stosowania prawa UE i prawa krajowego⁵⁹, trzecia zaś określa zasadniczy przedmiot niniejszej pracy, którym jest analiza poszczególnych form programów rabatowych jako ewentualnych przejawów nadużycia pozycji dominującej.

1.4.1. Zakres podmiotowy

Aby ocenić, czy konkretny system rabatowy stanowi nadużycie pozycji dominującej, Komisja Europejska musi ustalić, czy w konkretnej sytuacji dany podmiot jest adresatem przepisu art. 102 TFUE, czyli czy ma status przedsiębiorcy dominującego. W tym celu należy przeprowadzić dwustopniowe badanie⁶⁰.

Pierwszym etapem jest wyznaczenie rynku właściwego (rynku relewantnego, ang. *relevant market*). Musi on zostać wyznaczony przynajmniej w wymiarze produktowym (asortymentowym) i geograficznym (terytorialnym), a niekiedy także (choć rzadko) - czasowym⁶¹. Rynek asortymentowy składa się ze wszystkich produktów bądź usług uważanych przez konsumenta za zamienne lub za substytuty ze względu na ich właściwości, ceny i zamierzone zastosowanie⁶². Z kolei rynek geograficzny to obszar, na którym dane przedsiębiorstwa uczestniczą w podaży i popycie na produkty lub usługi, na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne oraz który można odróżnić od sąsiadujących obszarów ze względu na istotnie odmienne warunki konkurencji⁶³.

⁵⁶ D. Samà, *The antitrust treatment of loyalty discounts...*, op. cit., s. 1.

⁵⁷ Słusznie zauważa się, że rozległość materii traktatowej, w której posłużono się pojęciem przedsiębiorstwa (m.in. przepisy dotyczące konkurencji, swobody przedsiębiorczości, polityki handlowej), wymaga jego odmiennej interpretacji na potrzeby poszczególnych dziedzin prawa. Zob. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie konkurencji*, Warszawa 2009, s. 60.

⁵⁸ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących*, Warszawa 2012, s. 46.

⁵⁹ Ze względu na cele i ramy przedmiotowe pracy problem ten nie będzie poruszany. Zob. Wytyczne Komisji z dnia 27.04.2004 r. dotyczące pojęcia „wpływu na handel między Państwami Członkowskimi”, o którym mowa w art. 81 i 82 TWE, Dz.Urz. WE C 101 z 27.04.2004, s. 81.

⁶⁰ R. Whish, *Competition Law*, Oksford 2009, s. 173-174.

⁶¹ Rynek czasowy wyznaczany jest m.in. w przypadku produktów sezonowych.

⁶² Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego, pkt 7.

⁶³ *Ibidem*, pkt 8. Zob. szerzej: A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...*, op. cit., s. 62-85, K. Korn, *Określanie rynku właściwego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w latach 1997-2010*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2012, nr 2, s. 114-127.

Kolejnym etapem jest określenie siły ekonomicznej (władzy rynkowej) przedsiębiorstwa. Aby podmiotowi dało się przypisać status dominanta, musi on mieć władzę rynkową o charakterze kwalifikowanym - umożliwiającą mu zachowywanie się na rynku w dostatecznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów i klientów⁶⁴.

Zgodnie z wytycznymi Komisji koncepcja niezależności wiąże się z zakresem presji konkurencyjnej wywieranej na dane przedsiębiorstwo. W przypadku dominacji presja konkurencyjna nie jest wystarczająco skuteczna, dane przedsiębiorstwo ma bowiem przez pewien czas istotną i trwałą władzę rynkową⁶⁵ - może zatem wpływać na czynniki rynku, takie jak cena, innowacja, podaż i różnorodność⁶⁶.

Tabela 4

Zakres podmiotowy art. 102 TFUE

Przedsiębiorstwo	Pozycja dominująca
Pojęcie traktatowe (wspólne dla obu zakazów: z art. 101 i 102 TFUE), ale niemające definicji legalnej. Autonomiczne pojęcie prawa Unii - interpretowane przez TSUE bardzo szeroko, jako każdy podmiot gospodarczy, czyli każda jednostka zaangażowana w działalność gospodarczą, niezależnie od jej statusu prawnego i sposobu finansowania ⁶⁷ . Jeżeli istnieje jakikolwiek rynek (towarów lub usług), to aktywne na nim podmioty mają status przedsiębiorstw ⁶⁸ . Za jedno przedsiębiorstwo może zostać uznanych kilka niezależnych podmiotów prawnych ⁶⁹ .	Trybunał zdefiniował to pojęcie na potrzeby art. 102 TFUE jako ekonomiczną siłę przedsiębiorstwa, która umożliwia mu zapobieganie efektywnej konkurencji na rynku właściwym - przez przyznanie mu możliwości zachowywania się w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów i ostatecznie konsumentów ⁷⁰ .
	Rynek właściwy
	Rynek właściwy składa się z produktów lub usług uważanych za substytuty i obejmuje obszar , na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne ⁷¹ .

Źródło: opracowanie własne na podstawie: R. Whish, *Competition Law*, Oxford 2009.

Tak zdefiniowaną pozycję może mieć jedno lub więcej przedsiębiorstw⁷². Nie jest przy tym ważne źródło władzy rynkowej⁷³. Pozycja dominująca nie wyklucza istnienia pewnego zakresu konkurencji, ale umożliwia przedsiębiorstwu przynajmniej znaczący wpływ na warunki, na jakich

⁶⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands przeciwko Komisji*, Zb.Orz. 1978, s. 207, ECLI: ECLI:EU:C:1978:22, pkt. 65.

⁶⁵ Wytyczne Komisji, pkt 10.

⁶⁶ Komisja Europejska, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruksela 2005, pkt 24.

⁶⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23.04.1991 r. w sprawie C-41/90 *Klaus Höfner przeciwko Macroton*, ECR 1991, s. I-1979, ECLI: ECLI:EU:C:1991:161, pkt 21.

⁶⁸ A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 22.

⁶⁹ Zgodnie z doktryną jednego przedsiębiorstwa (ang. *single economic unit*) - jeżeli stanowią jednolitą organizację elementów osobowych, materialnych i niematerialnych, które realizują szczególnie długoterminowy cel gospodarczy. Przykładami mogą być spółka dominująca i spółka zależna lub spółki należące do tej samej grupy. Zob. wyrok Trybunału z dnia 14.07.1972 r. w sprawie 48/69 *ICI przeciwko Komisji*, Zb.Orz. 1972, s. 619, ECLI:EU:C:1972:70. Zob. szerzej: A. Jones, *The boundaries of an undertaking in EU competition Law*, „European Competition Journal” 2012, nr 8, 301-331.

⁷⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *United Brands*, pkt 65.

⁷¹ Obwieszczenie Komisji z dnia 9.12.1997 r. w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz.Urz. WE C 372 z 9.12.1997, s. 5.

⁷² Do istnienia kolektywnej pozycji dominującej dochodzi w sytuacji, kiedy co najmniej dwa podmioty działające na rynku pozostają względem siebie formalnie niezależne, lecz łączą je strukturalne związki gospodarcze (ang. *economic links*). Zob. szerzej: Ł. Wieczorek, *Prawne i ekonomiczne aspekty kolektywnej pozycji dominującej w prawie konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 7, s. 25-39.

⁷³ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op.cit, s. 51. Niemniej w literaturze przedmiotu podkreśla się wiele czynników, od których może ona zależeć, m.in. *know-how* i prawa własności intelektualnej. Zob. M. Górską, *Przesłanki uznania odmowy dostępu do własności intelektualnej za nadużycie pozycji dominującej w: J. Kępiński, K. Klafkowska-Waśniowska, R. Sikorski, Konkurencja a własność intelektualna*, Warszawa 2011, s. 4. Czynniki te mogą stwarzać istotne bariery wejścia na rynek dla konkurentów dominanta.

konkurencja ta może się rozwijać⁷⁴. Bardzo duży udział w rynku stanowi sam w sobie dowód istnienia pozycji dominującej⁷⁵. Domniemanie zajmowania pozycji dominującej występuje w przypadku posiadania przez przedsiębiorcę 50% udziału w rynku właściwym⁷⁶; wówczas to na przedsiębiorstwie spoczywa ciężar udowodnienia, że nie jest ono dominantem⁷⁷.

1.4.2. Zakres przedmiotowy

W świetle art. 102 TFUE samo posiadanie przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej nie jest zakazane - o ile nie towarzyszy temu jednostronne, antykonkurencyjne zachowanie dominanta. Należy zauważyć, że art. 102 TFUE nie zawiera *expressis verbis* odniesienia do systemów rabatowych. Niemniej jednak potencjalny wpływ rabatów na konkurencję uzasadnia ich ocenę w świetle tej regulacji⁷⁸. Oznacza to, że rabaty mogą być sprzeczne z art. 102 TFUE nawet wtedy, gdy nie odpowiadają żadnemu z przykładów podanych w akapicie drugim tego przepisu⁷⁹.

Artykuł 102 TFUE zawiera jedynie przykładowy katalog zakazanych praktyk dominanta. Zakaz udzielania określonych rabatów wynika natomiast z ogólnej klauzuli nadużywania pozycji dominującej, względnie z art. 102 lit. c TFUE (w przypadku dyskryminacji kontrahentów) i art. 102 lit. d TFUE (w przypadku rabatów wieloproduktowych). Ze względu jednak na ubogi materiał normatywny i niezdefiniowanie pojęcia „nadużywanie pozycji dominującej” podstawą rozumienia tego zakazu są dorobek orzeczniczy TSUE i wytyczne Komisji⁸⁰.

W celu usystematyzowania zachowań mogących prowadzić do nadużycia pozycji dominującej wyróżnia się trzy rodzaje praktyk (patrz tabela 5): praktyki wykluczające (ang. *exclusionary abuses*), praktyki eksploatacyjne (ang. *exploitative abuses*) i praktyki strukturalne (ang. *structural abuses*)⁸¹. Obecnie jednak znaczenie mają wyłącznie praktyki wykluczające i eksploatacyjne (praktyki strukturalne dotyczyły bowiem koncentracji przedsiębiorstw)⁸². Podstawową różnicą między tymi dwoma rodzajami praktyk jest to, że bezpośrednio oddziałują one na dwie odrębne kategorie uczestników rynku, mających odrębne (a nierzadko sprzeczne) interesy⁸³.

⁷⁴ Wyrok Trybunału w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche*, pkt 39.

⁷⁵ *Ibidem*, pkt 41.

⁷⁶ Wyrok Trybunału z dnia 3.07.1991 r. w sprawie C-62/86 *AKZO Chemie BV przeciwko Komisji*, ECR 1991, s. I-3359 ECLI: ECLI:EU:C:1991:286, pkt 60.

⁷⁷ Zob. szerzej: D. Bailey, *Presumptions in EU competition law*, „European Competition Law Review” 2010, nr 31, s. 20-27.

⁷⁸ K. Klehr, *Polityka rabatowa przedsiębiorców dominujących w świetle orzecznictwa z zakresu prawa konkurencji - przegląd orzecznictwa*, „Glosa - Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach” 2012, nr 4, s. 87.

⁷⁹ Wyrok Trybunału w sprawie *British Airways*, pkt 58.

⁸⁰ Będzie to przedmiotem dokładnej analizy w kolejnych rozdziałach.

⁸¹ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law*, op. cit., s. 22-23; D. Miąsik, *Komentarz do art. 102 TFUE* w: K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2012, pkt 102.7.3.1.

⁸² W wyroku z dnia 27.02.1973 r. w sprawie 6/72 *Continental Can przeciwko Komisji* TSUE stwierdził, że wzmocnienie pozycji dominującej (przez operację będącą koncentracją) może mieć charakter nadużycia pozycji dominującej. W tym czasie nie istniały bowiem unijne reguły prawa pochodnego w tym obszarze.

⁸³ Zob. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op.cit., s. 102.

Tabela 5

Podział praktyk nadużywania pozycji dominującej

Praktyki wykluczające	Oddziałują przede wszystkim na strukturę rynku, głównie przez osłabianie (wyeliminowanie) konkurentów. Mają charakter priorytetowy. Na konsumentów oddziałują w sposób pośredni.
Praktyki eksploatacyjne	Obejmują działania podmiotów dominujących polegające na bezpośrednim wyzyskiwaniu klientów lub kontrahentów (konsumentów) - m.in. przez nakładanie zawyżanych cen czy też nieuczciwe warunki umów.
Praktyki strukturalne	Nie wyrządzają szkód bezpośrednio konsumentom, ale ich negatywne oddziaływanie przejawia się we wpływie na strukturę skutecznej konkurencji na rynku. Miały znaczenie, gdy nie istniały unijne przepisy dotyczące koncentracji przedsiębiorstw.

Źródło: opracowanie własne na podstawie: D. Miąsik, *Komentarz do art. 102 TFUE* w: K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2012.

Praktyki wykluczające mają charakter priorytetowy, gdyż - jak podkreśla Komisja - najważniejsze znaczenie ma ochrona skutecznego procesu konkurencji, a nie jedynie podmiotów konkurujących⁸⁴. Praktyki eksploatacyjne, czyli działania polegające na bezpośrednim wyzyskiwaniu konsumentów⁸⁵, także mogą stanowić naruszenie art. 102 TFUE. Jednakże Komisja Europejska może zdecydować się na podjęcie interwencji w przypadku takiego zachowania tylko wtedy, gdy nie istnieją inne możliwości zagwarantowania konsumentom odpowiedniej ochrony i właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego⁸⁶.

Jak zauważa Bruce Lyons, obecne stanowisko UE w sprawie praktyk eksploatacyjnych jest paradoksalne. Z jednej bowiem strony nie zostały one uwzględnione w wytycznych Komisji⁸⁷ i są rzadko egzekwowane przez unijne instytucje⁸⁸. Z drugiej - powodują bezpośrednią stratę w dobrobycie konsumentów, będącym głównym celem prawa konkurencji UE⁸⁹. Tymczasem praktyki wykluczające, o charakterze priorytetowym, mają być oceniane z perspektywy dobrobytu konsumentów, podczas gdy są do nich skierowane jedynie pośrednio⁹⁰. Co więcej, z wykazu przykładowych praktyk zawartego w art. 102 TFUE (m.in. narzucanie nieuczciwych warunków umów, dyskryminacja kontrahentów) wynika, że pierwotnym celem tego przepisu było właśnie przeciwdziałanie praktykom eksploatacyjnym⁹¹.

⁸⁴ Wytyczne Komisji, pkt 6. W świetle nowego podejścia do art. 102 TFUE zakaz nadużycia ma być egzekwowany w zasadzie niemal wyłącznie wobec praktyk wykluczających, a same wytyczne Komisji skupiają się tylko na tym rodzaju praktyk.

⁸⁵ Należy jednak zwrócić uwagę na szerokie znaczenie terminu „konsument”. Obejmuje on nie tylko konsumentów końcowych, lecz także podmioty na niższym szczeblu produkcji niż dominant (czyli jego klientów i kontrahentów - dystrybutorów, agentów itd.). Zob. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op. cit., s. 92.

⁸⁶ Wytyczne Komisji, pkt 7. W literaturze podkreśla się, iż takie sformułowanie świadczy o tym, że interwencja w sprawie praktyk eksploatacyjnych na podstawie art. 102 TFUE jest traktowana jako „broń ostatniej szansy” (ang. *weapon of last resort*). Zob. L.F. Pace (red.), *European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102*, Cheltenham-Northampton 2011, s. 70.

⁸⁷ Zgodnie z pkt 7 wytycznych: Komisja, przygotowując przewodnik po przyjętych przez siebie priorytetach w egzekwowaniu prawa, na tym etapie ogranicza się do omówienia działań o charakterze praktyki wyłączającej, a w szczególności do niektórych rodzajów tych działań, które, jak wynika z jej doświadczenia, są podejmowane najczęściej.

⁸⁸ Podaje się, że od 1980 do 2010 r. 40 decyzji Komisji dotyczyło praktyk wykluczających, a tylko 11 - praktyk eksploatacyjnych. Zob. P. Hubert, *Exploitative abuse: the end of the paradox?*, „Concurrences” 2011, nr 1, s. 45.

⁸⁹ Cele prawa konkurencji UE będą rozważane w podrozdziale. 1.5.1.

⁹⁰ Zob. B. Lyons, *The paradox of the exclusion of exploitative abuse* w: Konkurrensverket - Swedish Competition Authority, *The Pros and Cons of High Prices*, Kalmar 2007, s. 65-87. Taka ocena wynika z postulatu bardziej ekonomicznego podejścia. Będzie to przedmiotem rozważań w podrozdziale 1.5.2.

⁹¹ Zob. L.F. Pace (red.), *European Competition Law...*, op. cit., s. 69.

Podejście to można wytłumaczyć faktem, że art. 102 TFUE, należący do unijnych reguł konkurencji, nie jest przepisem z zakresu prawa konsumenckiego. Wymaga więc zastosowania w sytuacjach, w których nie tylko dobro konsumenta, lecz także konkurencja (jako mechanizm rynkowy) są naruszane przez przedsiębiorstwo dominujące⁹². Praktyki eksploatacyjne nie oddziałują na strukturę rynku i tym samym nie stanowią ograniczenia konkurencji podmiotowej⁹³. Niekiedy są wręcz postrzegane jako prokonkurencyjne - jako bodziec do wejścia na rynek nowych konkurentów i dokonania ekspansji przez obecnych rywali⁹⁴.

Tabela 6

Rabaty na tle praktyk cenowych (102 TFUE)

Praktyka handlowa	Szkodliwe skutki gospodarcze	Kwalifikacja prawna
wysokie ceny	eksploatacja klientów	ceny nadmiernie wygórowane
niskie ceny	wykluczenie konkurentów z rynku wyższego szczebla	drapieżnictwo cenowe, rabaty
wysokie ceny hurtowe i niskie ceny detaliczne	wykluczenia konkurentów z rynku niższego szczebla	nożyce cenowe (zaniżanie marży)
zróżnicowane ceny	eksploatacja klientów	dyskryminacja cenowa

■ - możliwa klasyfikacja rabatów
Źródło: opracowanie własne.

Rabaty należą przede wszystkim do pierwszej kategorii, czyli do praktyk wykluczających o charakterze cenowym. Komisja Europejska w swoich wytycznych do art. 102 TFUE zaklasyfikowała rabaty warunkowe do grupy „systemów wyłączności” (transakcji wyłącznych, ang. *exclusive dealings*)⁹⁵ - obok sprzedaży wiązanej i pakietowej, praktyki drapieżnej, odmowy dostaw i zaniżania marży. Z kolei w ramach grupy systemów wyłączności - obok rabatów warunkowych - znalazły się zobowiązania do wyłącznych zakupów (ang. *exclusive purchasing*). Praktyki polegające na udzielaniu rabatów znajdują się wśród priorytetów Komisji w egzekwowaniu unijnego prawa konkurencji⁹⁶.

Transakcje wyłączne (zobowiązania wyłączne, klauzule wyłączności) są przedmiotem oceny na gruncie zarówno art. 101, jak i art. 102 TFUE. Polegają na nakładaniu na kontrahentów przez przedsiębiorcę dominującego klauzul wyłączności zakupu lub dostawy. Zgodnie z art. 101 TFUE nie są zakazane w przypadku niskich udziałów w rynku (do 30%), co wynika z rozporządzenia Komisji w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE⁹⁷.

Historycznie zobowiązania wyłączne stanowiły przedmiot znacznie surowszej oceny na podstawie art. 102 niż art. 101 TFUE⁹⁸. W przypadku przedsiębiorców dominujących egzekwowanie

⁹² Zob. A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne reguły...*, op. cit., s. 85; E. Paulis, *Article 82 and exploitative conduct* w: C.D. Ehlermann, M. Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford-Portland 2008, s. 515-524.

⁹³ Czyli odnoszącej się do konkurentów dominanta. Zob. podrozdział 1.5.1, w którym wyjaśniono znaczenie terminu „konkurencja”.

⁹⁴ Zob. J. Temple Lang, *The Requirements for a Commission Notice on the Concept of Abuse under Article 82 EC*, Centre for European Policy Studies, Bruksela 2008, s. 14.

⁹⁵ Wytyczne Komisji, pkt 32-46. Angielska wersja *exclusive dealings* została przetłumaczona jako „systemy wyłączności”, jednak trafniejszym terminem wydają się „transakcje wyłączne”, co podkreśla umowny charakter klauzul rabatowych.

⁹⁶ Wytyczne Komisji, pkt 38.

⁹⁷ Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20.04.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz.Urz. L 102 z 23.4.2010, s. 1-7.

⁹⁸ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law...*, op. cit., s. 352.

zakazu klauzul wyłączności wynika z istnienia na rynku zdominowanym ograniczeń konkurencji o charakterze strukturalnym. Klauzule te prowadzą do zamknięcia rynku (ang. *market foreclosure*), są zatem tym groźniejsze dla konkurencji, im silniejsza jest pozycja rynkowa dominanta⁹⁹.

Udzielanie rabatów warunkowych było traktowane w orzecznictwie TSUE jako słabsza forma zachęty, która może prowadzić do wyłączności¹⁰⁰. Zdaniem Komisji rabat udzielany przez przedsiębiorstwo dominujące może się przekładać na faktyczny lub potencjalny efekt zamknięcia rynku, podobny do efektów zobowiązania do wyłącznego zakupu¹⁰¹. Różnicą między rabatami warunkowymi a zobowiązaniami wyłącznymi jest to, że w przypadku tych pierwszych „system wyłączności” tworzy się ze względu na specyficzną strukturę cenową, promującą lojalność nabywcy. W przeciwieństwie zatem do klauzul wyłączności rabaty warunkowe nie nakładają na odbiorcę bezpośredniego obowiązku dokonywania zakupów jedynie lub w znacznym zakresie od przedsiębiorstwa dominującego¹⁰². Wywierają jednak presję na nabywców i dążą do faktycznego ukształtowania stosunków wyłączności przez zniechęcenie klientów do zaopatrywania się u konkurentów dominanta. Dzieje się tak, gdy rywale nie są w stanie przedstawić lepszej oferty, a przez to zostają wykluczeni z rynku. Powstają także bariery wejścia na rynek dla nowych przedsiębiorców, którzy nie mogą sprostać konkurencji¹⁰³.

Ponieważ rabaty należą do praktyk cenowych i stanowią rodzaj zniżki, łatwo zauważyć ich podobieństwo do drapieżnictwa cenowego (cen rażąco niskich, praktyk drapieżnych, ang. *predatory pricing*). Obie praktyki - postrzegane na tle innych zakazanych praktyk cenowych - łączy oferowanie niskich cen (patrz tabela 6). Praktyka drapieżnictwa polega na oferowaniu przez dominanta towarów lub usług po cenach istotnie zaniżonych (zazwyczaj poniżej kosztów¹⁰⁴) w celu eliminacji konkurentów z rynku oraz stosownym podwyższeniu cen w późniejszym czasie¹⁰⁵. Identyfikację tych praktyk umożliwia test cenowo-kosztowy, wypracowany w sprawie AKZO¹⁰⁶ - zgodnie z tą metodą ustalanie przez dominanta cen poniżej średnich kosztów zmiennych jest nieracjonalne, a jego jedyne ekonomiczne uzasadnienie to eliminacja konkurentów z rynku¹⁰⁷.

Według wytycznych Komisji, aby zaklasyfikować daną praktykę dominanta jako drapieżnictwo, należy udowodnić dwie przesłanki: poświęcanie zysków przez przedsiębiorcę dominującego i skutek w postaci wykluczenia¹⁰⁸. Rabaty warunkowe mogą jednak doprowadzić do wskazanego skutku bez konieczności ponoszenia wyrzeczeń przez przedsiębiorstwo dominujące. Pod tym względem ocena rabatów warunkowych różni się od oceny drapieżnych praktyk cenowych, które zawsze wiążą się z poświęceniem zysków¹⁰⁹.

Rabaty jako forma dyskryminacji kontrahentów mogą być także klasyfikowane jako praktyka eksploatacyjna¹¹⁰ na podstawie art. 102 lit. c TFUE¹¹¹. Należy zauważyć, że chodzi tutaj o naruszenie drugiej linii (ang. *secondary-line injury*), a nie naruszenie pierwszej linii (ang.

⁹⁹ Komentarz do art. 9 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w: T. Skoczny (red.), *Komentarz do Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014.

¹⁰⁰ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law...*, op. cit., s. 352.

¹⁰¹ Wytyczne Komisji, pkt 37.

¹⁰² Tak zostało zdefiniowane przez KE zobowiązanie do wyłącznego zakupu. Zob. wytyczne Komisji, pkt 33.

¹⁰³ D. Hildebrand, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Haga-Londyn-New York 2009, s. 357.

¹⁰⁴ Rodzaje kosztów ponoszonych przed przedsiębiorcą, które mają znaczenie przy klasyfikacji praktyk cenowych dominanta, zostaną opisane w podrozdziale 2.3.2.

¹⁰⁵ K. Kohutek, *Drapieżnictwo cenowe jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w prawie konkurencji - Wytyczne KE z 2009 r. a stanowisko sądów wspólnotowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 3, s. 6.

¹⁰⁶ Wyrok Trybunału z dnia 3.07.1991 r. w sprawie C-62/86 AKZO Chemie przeciwko Komisji, ECLI: ECLI:EU:C:1991:286.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pkt 71-72.

¹⁰⁸ Wytyczne Komisji, pkt 63-74.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pkt 37.

¹¹⁰ Można też traktować dyskryminację (naruszenie drugiej linii) jako oddzielny rodzaj nadużycia pozycji dominującej. Zob. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, s. 96.

¹¹¹ Komisja Europejska, *DG Competition discussion paper...*, op. cit., pkt 141.

primary-line injury). Podział ten został dokonany ze względu na kryterium podmiotu, wobec którego dana praktyka dyskryminacyjna ma zastosowanie, a ściślej - bazuje na ustaleniu relacji rynkowej między podmiotem dyskryminującym (dominantem) a dyskryminowanym¹¹².

W przypadku *primary-line injury* dana praktyka jest skierowana wobec konkurentów przedsiębiorcy zajmującego pozycję dominującą i ma na celu całkowite lub częściowe wyeliminowanie ich z rynku. Chodzi więc zasadniczo o rabaty zaklasyfikowane do transakcji wyłącznej, które wywołują efekt wykluczenia. Efekt dyskryminacyjny występuje natomiast przy okazji¹¹³. Z kolei naruszenie drugiej linii ma na celu wywołanie negatywnych skutków dla niektórych klientów przedsiębiorcy zajmującego pozycję dominującą i są zakazane na mocy art. 102 lit. c TFUE. Nie dotyczy to w żaden sposób rywali, z którymi przedsiębiorca nie ma bezpośredniego kontaktu natury handlowej; odnosi się tylko do zakłócenia konkurencji między jego klientami¹¹⁴.

Oddzielnie należy oceniać rabaty wieloproduktowe, zaklasyfikowane przez Komisję w ramach sprzedaży wiązanej i pakietowej¹¹⁵. W doktrynie odróżnia się oba te pojęcia, lecz ich wspólną cechą jest dążenie do łącznej sprzedaży dwóch lub większej liczby produktów¹¹⁶. Sprzedaż wiązana występuje, gdy od odbiorców kupujących jeden produkt (podstawowy) wymaga się nabycia innego produktu (powiązanego)¹¹⁷. Z kolei pojęcie sprzedaży pakietowej odnosi się do sposobu oferowania i ustalania cen produktów przez przedsiębiorstwo dominujące. Sprzedaż ta zachodzi, kiedy przynajmniej dwa towary są oferowane łącznie, jako pakiet¹¹⁸. W ramach czystej (klasycznej) sprzedaży pakietowej produkty sprzedaje się tylko łącznie, w ustalonych proporcjach. W mieszanej sprzedaży pakietowej (określanej właśnie mianem rabatu wieloproduktowego) produkty udostępnia się też odrębnie, ale ich łączna cena w przypadku oddzielnego zakupu jest wyższa niż w przypadku nabycia w pakiecie¹¹⁹. Kiedy dominant stosuje tę praktykę, istnieje ryzyko, że będzie chciał wykluczyć konkurentów na rynku produktów powiązanych przez wykorzystanie swojej siły rynkowej na rynku produktów podstawowych¹²⁰.

Podsumowując: udzielanie rabatów przez przedsiębiorstwo dominujące jest ściśle powiązane z transakcją wyłączną, drapieżnictwem cenowym, dyskryminacją kontrahentów oraz - w przypadku rabatów wieloproduktowych - z transakcją wiązaną i pakietową. Pomimo różnic analogia do tych praktyk uzasadnia stosowanie podobnych kryteriów oceny. Zależy to jednak od okoliczności danej sprawy i od rodzaju programu rabatowego.

1.5. SPECYFIKA REGULACJI PROGRAMÓW RABATOWYCH W PRAWIE KONKURENCJI UE I USA

Przywołanie doświadczenia prawa amerykańskiego jest zasadne z kilku powodów. Po pierwsze, regulacja amerykańskiego prawa antytrustowego¹²¹ ma analogiczny charakter do prawa konkurencji UE. Po drugie, dzięki przeszło stuletniemu okresowi stosowania prawo amerykańskie

¹¹² Zob. A. Brzezińska-Rawa, *Dyskryminacja jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w unijnym prawie konkurencji*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 1, s. 84-85.

¹¹³ *Ibidem*, s. 85.

¹¹⁴ P. Papadopoulos, *How should price discrimination be dealt with by competition authorities?*, „Concurrences” 2007, nr 3, s. 34-38.

¹¹⁵ Wytyczne Komisji, pkt 59-61.

¹¹⁶ Zob. I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, *op. cit.*, s. 9; R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law...*, *op. cit.*, s. 477.

¹¹⁷ Wytyczne Komisji, pkt 48.

¹¹⁸ I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, *op. cit.*, s. 9-10.

¹¹⁹ Wytyczne Komisji, pkt 48.

¹²⁰ *Ibidem*, pkt 49.

¹²¹ Amerykańskie prawo antymonopolowe zrodziło się z dążenia do ograniczenia karteli, zwanych trustami. Stąd popularne określenie amerykańskiego prawa konkurencji brzmi po prostu „prawo antytrustowe”.

wypracowało standardy, które nie pozostają bez znaczenia dla prawa i polityki konkurencji w Unii. Ścisły związek prawa antymonopolowego z ekonomią powoduje, że stosujący prawo są bardziej skłonni do poszukiwania wzorców rozwiązań problemów praktycznych w systemach o lepiej rozwiniętych tradycjach ochrony tego prawa¹²². Amerykańskie myślenie o prawie konkurencji wyznacza współczesny standard tego prawa¹²³. Po trzecie, te same praktyki handlowe przedsiębiorcy mogą być różnie oceniane na gruncie unijnego i amerykańskiego prawa konkurencji. Międzynarodowe koncerny prowadzą działalność gospodarczą zarówno na rynku amerykańskim, jak i na rynku europejskim, muszą więc przestrzegać obu reżimów prawa konkurencji¹²⁴. Pokazanie doświadczeń amerykańskich to wreszcie wskazówka, w którą stronę może podążać prawo konkurencji UE zgodnie z postulatami bardziej ekonomicznego podejścia. W tym podrozdziale zostanie dokonana - w sposób syntetyczny - analiza porównawcza amerykańskiego i unijnego prawa antytrustowego w kontekście oceny programów rabatowych. Informacje te będą wprowadzeniem do dogłębszych badań, podjętych w dalszej części pracy. Rozważone zostaną w szczególności: przyczyny regulacji systemów rabatowych (nierozzerwalnie związane z aksjologią prawa antymonopolowego), podejście do regulacji tej praktyki (skutkowe i formalistyczne), a następnie - specyfika obu systemów prawa konkurencji w świetle omawianej praktyki handlowej.

1.5.1. Przyczyny (cele) regulacji systemów rabatowych

Zdaniem Roberta Borka *polityka antymonopolowa nie może być racjonalna, dopóki nie jest w stanie dać solidnej odpowiedzi na jedno pytanie: jaki jest sens tego prawa - jakie są jego cele?*¹²⁵. Narzędziem tej polityki jest prawo konkurencji, gwarantujące jej efektywność¹²⁶. Cele prawa konkurencji tłumaczą, dlaczego konkurencja podlega ochronie, a tym samym - dlaczego określone praktyki dominanta kwalifikuje się jako pro- lub antykonkurencyjne¹²⁷. *Raison d'être* ograniczenia wolności działalności gospodarczej dominanta przez niedopuszczenie do pełnej swobody w kształtowaniu polityki rabatowej jest związane z przeświadczeniem, że praktyka ta może być źródłem ograniczenia konkurencji, a w konsekwencji negatywnie oddziaływać na jej cele i wartości¹²⁸. Samo wyjaśnienie, że celem regulacji art. 102 TFUE jest kontrola siły rynkowej przedsiębiorcy, okazuje się zatem niewystarczające. Sprecyzowanie aksjologii instytucji nadużycia pozycji dominującej (i odpowiednio - monopolizacji w prawie amerykańskim) pozwoli określić kryteria, wedle których kontrola ta jest lub powinna być sprawowana¹²⁹.

¹²² Tak: D. Miąsik, *Wpływ prawa UE na stosowanie polskiego prawa ochrony konkurencji przez sądy*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 7, s. 35.

¹²³ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, s. 19. Amerykańskie prawo antytrustowe od początku swego istnienia odgrywa wiodącą rolę w przemianach tej gałęzi prawa na całym świecie. Tak: M. Błachucki, *Rozwój historyczny i cele prawa konkurencji*, „Ekonomia i Prawo” 2013, nr 2, s. 195-196.

¹²⁴ Przykładem mogą być sprawy Trybunału dotyczące przedsiębiorstw Microsoft, Intel czy British Airways.

¹²⁵ Jeśli nie zaznaczono inaczej, tłumaczenia publikacji obcojęzycznych bezpośrednio cytowanych w pracy pochodzą od jej autora. R.H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Oksford 1997, s. 50.

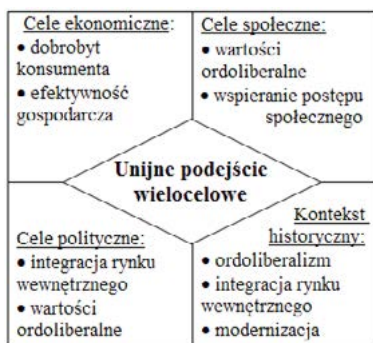
¹²⁶ A.E. Rodriguez, A. Menon, *The Limits of Competition Policy*, Haga 2010, s. 93.

¹²⁷ Tak: D. Miąsik, *Controlled chaos with consumer welfare as the winner - a study of the goals of Polish antitrust law*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2008, nr 1, s. 36.

¹²⁸ D.J. Gerber, *The future of Article 82: dissecting the conflict* w: C.D. Ehlermann, M. Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oksford-Portland 2008, s. 39.

¹²⁹ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, *op. cit.*, s. 13.

Rysunek 1
Cele prawa konkurencji UE



Źródło: opracowanie własne.

Prima facie - skoro zakaz nadużywania pozycji dominującej w postaci udzielania rabatów warunkowych wchodzi w szerszy zakres regulacji antymonopolowych (obok m.in. antykonkurencyjnych porozumień i koncentracji przedsiębiorstw) - dobrem chronionym jest konkurencja jako taka. Pojęcie „konkurencja” nie definiuje jednak żaden z aktów prawnych. Jest to pojęcie wieloznaczne¹³⁰, wywodzące się z nauk ekonomicznych.

Pierwsze znaczenie konkurencji wiąże się z potocznym rozumieniem tego pojęcia, utożsamianego z rywalizacją, czyli współzawodnictwem, co najmniej dwóch samodzielnych przedsiębiorstw¹³¹. Podmioty te tworzą określoną strukturę rynku, w ramach której rywalizują. W tym kontekście można mówić o podmiotowo-strukturalnym ujęciu konkurencji, gdyż oba wskazane podejścia wzajemnie się przenikają¹³². Drugie rozumienie konkurencji utożsamiane jest z mechanizmem umożliwiającym osiągnięcie określonych prokonkurencyjnych celów tego procesu dla konsumentów - m.in. niższych cen, wyższej jakości oraz większego wyboru dóbr i usług - przez najbardziej efektywne funkcjonowanie rynku¹³³. Podejście to ma więc charakter przedmiotowo-skutkowy: akcentuje nie proces konkurowania, lecz jego pożądane efekty, a zatem samą istotę konkurencji¹³⁴.

Różne rozumienie terminu „konkurencja” przekłada się na odmienną ocenę praktyk handlowych, np. rabatów warunkowych. Interpretacja pojęcia determinuje określenie wartości, celów i podmiotów, które są chronione na mocy przepisów prawa konkurencji. Relevantne jest także określenie, czy konkurencja to cel sam w sobie, czy też środek do osiągnięcia innych celów.

¹³⁰ R. Bork, *The Antitrust Paradox...*, op. cit., s. 58. Zwraca się uwagę, że do tej pory nie została skonstruowana satysfakcjonująca definicja konkurencji. Por. M.E. Stucke, *What is competition?* w: D. Zimmer (red.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham-Northampton 2012, s. 28-29. Zob. też dokładne wywody na temat różnych definicji konkurencji - D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2012, s. 79-104.

¹³¹ Termin „konkurencja” pochodzi od łacińskiego słowa *concurrentia*, co oznacza „biec razem” - w kontekście współzawodnictwa.

¹³² M. Stefaniuk, *Pojęcie rynku i konkurencji w publicznoprawnych regułach konkurencji* w: M. Stefaniuk (red.), *Publicznoprawne reguły konkurencji*, Lublin 2005, s. 42-43. Wielu badaczy - zwłaszcza tych, którzy odnoszą do ekonomicznych aspektów konkurencji - krytykuje to ujęcie, podkreślając, że sama wielość podmiotów na rynku (zwłaszcza nieefektywnych przedsiębiorstw) nie przekłada się na prokonkurencyjne skutki. Zob. S. Bishop, M. Walker, *The Economics...*, op. cit., s. 20-28.

¹³³ Takie rozumienie konkurencji można znaleźć w wytycznych Komisji, pkt 5.

¹³⁴ T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, op. cit., Warszawa 2009, s. 40-41. Podkreśla się, że celem prawa konkurencji nie jest - wbrew powszechnemu mniemaniu - ochrona konkurencji. Ochrona ta może być co najwyżej uznana za cel pośredni lub środek do osiągnięcia celu ostatecznego. Konkurencję należy bowiem traktować jako mechanizm efektywnej alokacji środków produkcji. Tak: M. Błachucki, *Rozwój historyczny...*, op. cit., s. 203.

Prawo konkurencji nie obowiązuje przecież w próżni - może współdziałać w realizacji innych polityk i celów, niekoniecznie o charakterze ekonomicznym. Ilustracją jest tu podejście UE, zorientowane na wiele celów, odmienne od podejścia amerykańskiego, zorientowanego na jeden cel prawa antymonopolowego: efektywność gospodarczą¹³⁵.

W literaturze wskazuje się, że Unia realizuje za pomocą polityki i prawa konkurencji „mieszaną różnych celów” (ang. *mixture of goals*)¹³⁶, co bywa też określane jako unijne podejście wielocelowe¹³⁷ albo „europejska wielowartościowa filozofia antymonopolu”¹³⁸ (patrz rysunek 1). Wśród celów unijnego prawa konkurencji wymienia się najczęściej: dobrobyt konsumentów, efektywność gospodarczą, integrację rynku wewnętrznego, ordoliberalną wolność i uczciwość konkurencji, strukturę konkurencji, ochronę małych i średnich przedsiębiorców, a także cele nieekonomiczne (np. postęp społeczny, pełne zatrudnienie, ochronę środowiska)¹³⁹. Z kolei podejście USA zorientowane jest obecnie - pod wpływem szkoły chicagowskiej - na osiągnięcie wyłącznie jednego celu prawa antytrustowego, czyli efektywności ekonomicznej w postaci maksymalizacji dobrobytu konsumentów (ang. *consumer welfare*)¹⁴⁰. Okeoghene Odudu skomentował to następująco: *Kiedyś prawo konkurencji w Stanach Zjednoczonych i Unii Europejskiej było w stanie nieładu*¹⁴¹. Wcześniej badacz zasugerował, iż *zostało one uratowane w Stanach Zjednoczonych przez grupę uczonych powszechnie określanych jako przedstawiciele szkoły chicagowskiej, opowiadających się za tym, by prawo antymonopolowe nie zajmowało się wszystkim, ale dotyczyło tylko dobrobytu konsumentów*¹⁴².

W procesie modernizacji unijnego prawa konkurencji¹⁴³ dobrobyt konsumenta ma szczególne znaczenie m.in. w przypadku zwalczania praktyk wykluczających. Zgodnie z deklaracją Komisji stosowanie art. 102 TFUE będzie się koncentrowało na tych rodzajach praktyk wykluczających, które są najbardziej szkodliwe dla konsumentów (teoria szkody¹⁴⁴). Co jednak ważne, w orzecznictwie TSUE silnie akcentowano szkodę pośrednią wynikającą z naruszeń struktury konkurencji. Według formuły TSUE przyjętej w sprawie *Continental Can*¹⁴⁵ przepis określony

¹³⁵ Spór o cele prawa monopolowego miał w USA charakter doktrynalny i został zdominowany przez dwie główne szkoły ekonomiczne: harwardzką i chicagowską. Ich założenia zostaną przedstawione w podrozdziale 2.2.1.

¹³⁶ Zob. P. Jebsen, R. Stevens, *Assumptions, goals and dominant undertakings: the regulation of competition under Article 86 of the European Union*, „Antitrust Law Journal” 1996, nr 64, s. 447-449.

¹³⁷ Ang. *multipurpose EU approach*. Zob. D.J. Gerber, *Global Competition. Law, Markets and Globalization*, Oksford 2010, s. 185.

¹³⁸ Ang. *European multi-valued antitrust philosophy*. Zob. A. Sullivan, W. Fikentscher, *On the growth of the antitrust idea*, „Berkeley Journal of International Law” 1998, nr 16, s. 230.

¹³⁹ R. Whish, *Competition...*, op. cit., s. 19-24.

¹⁴⁰ Ewolucja celów prawa antytrustowego została opisana w literaturze przedmiotu. Zob. Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce* w: C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, s. 13-38. Podejście to zyskało aprobatę w orzecznictwie sądów amerykańskich w połowie lat 70. Zob. N. Kovacic, C. Shapiro, *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*, „Journal of Economic Perspectives” 2000, nr 1, s. 43-60. Analiza ekonomiczna pojęć „dobrobyt konsumentów” i „efektywność” zostanie przedstawiona w rozdziale II.

¹⁴¹ *Competition law in the United States and the European Union was once in a state of disarray*. O. Odudu, *The wider concerns of competition Law*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2010, nr 3, s. 599.

¹⁴² (...) *was rescued in the United States by a group of scholars, commonly referred to as the 'Chicago School', advocating antitrust law not concerned with everything, but concerned only with consumer welfare*. Zob. *ibidem*.

¹⁴³ W znaczeniu materialnym jest to utożsamiane z dwoma aspektami: po pierwsze, z zawężaniem celów prawa konkurencji UE do dobrobytu konsumentów, a po drugie - do stosowanych metod, czyli szerszego wykorzystywania instrumentów ekonomicznych. Łącznie nawiązuje to do *more economic approach*. Zob. D.J. Gerber, *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, „Fordham International Law Journal” 2007, nr 5, s. 1247.

¹⁴⁴ Teoria szkody (ang. *theory of harm*) to podejście organu antymonopolowego uzasadniające pytania, dlaczego i w jaki sposób konsumenci mogą być poszkodowani w wyniku kwestionowanej antykonkurencyjnej praktyki przedsiębiorców. Por. M. Walker, *Case comment. The importance of a theory of harm*, „European Competition Law Review” 2010, nr 10, s. 410-412.

¹⁴⁵ Wyrok Trybunału z dnia 21.02.1973 r. w sprawie 6/72 *Continental Can przeciwko Komisji*, ECR 1973, s. 215, ECLI: ECLI:EU:C:1973:22.

w art. 102 TFUE nie dotyczy wyłącznie praktyk, które mogą spowodować bezpośrednią szkodę dla konsumentów, lecz również tych, które wyrządzają im szkodę, naruszając strukturę skutecznej konkurencji¹⁴⁶. Takie podejście sprawiło, że szkoda wobec konsumenta była domniemywana przez Trybunał, a nie faktycznie realizowana¹⁴⁷.

Znamienną cechą polityki i prawa konkurencji UE jest ich ścisły związek z celami integracyjnymi, w szczególności zaś - z ustanowieniem rynku wewnętrznego¹⁴⁸. Zgodnie z pierwszym zdaniem protokołu 27 w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji rynek wewnętrzny obejmuje system zapewniający niezakłóconą konkurencję¹⁴⁹. Wskazuje to na funkcjonalny związek tych obszarów prawnych. Twórcy integracji europejskiej dostrzegali bowiem, że funkcjonowanie rynku wewnętrznego może zostać zakłócone nie tylko przez działania państw (bariery publiczne), lecz także przez same przedsiębiorstwa (bariery prywatne). Nie chciano więc dopuścić do sytuacji, w której bariery publiczne zostałyby zastąpione prywatnymi¹⁵⁰. Wynika to również z art. 102 TFUE, zaczynającego się od sformułowania „niezgodne z rynkiem wewnętrznym”; wśród przesłanek stosowania tego przepisu znalazł się wpływ na handel między państwami członkowskimi.

Kolejną cechą unijnego prawa konkurencji jest realizowanie wartości ordoliberalnych, takich jak wolność i uczciwość konkurencji, a także ochrona małych i średnich przedsiębiorstw¹⁵¹. Świadczą o tym słowa Komisji Europejskiej zawarte w pierwszym raporcie dotyczącym polityki konkurencji - zgodnie z nimi konkurencja to najlepszy stymulator działalności gospodarczej, gwarantujący wszystkim możliwie najszerszą wolność działania¹⁵². Realizacja wskazanych wartości wiąże się z postrzeganiem konkurencji w znaczeniu podmiotowo-strukturalnym: jako systemu zapewniającego niezakłócone konkurencje, a nie jako efektu tego procesu w postaci dobrobytu konsumentów. Pojawiają się więc oskarżenia, że unijne prawo konkurencji chroni konkurentów, a nie konkurencję¹⁵³. Między ochroną wolności konkurencji i sprzyjaniem dobrobytowi konsumentów mogą występować napięcia¹⁵⁴. Wolność gospodarcza przedsiębiorstw wiąże się także z wolnością klientów dominanta - chociażby w postaci większego wyboru produktów. Ograniczenie wolności konkurentów było też klasyfikowane przez Trybunał jako zachowanie nieuczciwe¹⁵⁵.

Przedstawione cele mają istotne znaczenie prawne w kontekście regulacji systemów rabatowych, ponieważ Trybunał odwoływał się do nich w argumentacji wyjaśniającej, dlaczego dane praktyki rabatowe są zakazane na mocy ogólnej klauzuli z art. 102 TFUE. Oznacza to, że klauzula „nadużywania pozycji dominującej” jest doprecyzowywana w świetle wartości leżących u podstaw realizacji unijnych celów prawa konkurencji. Nieprzekonywające odwołanie się do tych celów może być jedną z przyczyn braku aprobaty przedsięwzięcia i doktryny wobec stanowiska Trybunału i Komisji.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pkt 26.

¹⁴⁷ Zwraca na to uwagę K. Kohutek: *Praktyki wykluczające...*, op. cit., s. 79.

¹⁴⁸ Zgodnie z art. 26 ust. 2 TFUE rynek wewnętrzny obejmuje obszar bez granic wewnętrznych, na którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału.

¹⁴⁹ Protokół nr 27 w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji, Dz.Urz. UE C 115/309. Do chwili wejścia w życie traktatu z Lizbony cel ten wynikał z ówczesnego art. 3 ust. 1 lit. g TWE. Zob. Wersja skonsolidowana Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, Dz.Urz. UE C 321/E z 29.12.2006, s. 1.

¹⁵⁰ D.J. Gerber, *Law and the abuse of economic power in Europe*, „Tulane Law Review” 1987, nr 62, s. 85.

¹⁵¹ Główne założenia ordoliberalizmu zostaną przedstawione w podrozdziale 2.2.2.

¹⁵² Komisja Europejska, *First Report on Competition Policy*, Bruksela-Luksemburg 1972, pkt 11.

¹⁵³ Zob. P. Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, Oksford 2012, s. 152; E.M. Fox, *We protect competition, you protect competitors*, „World Competition” 2003, nr 26, s. 149-165.

¹⁵⁴ Zob. L.L. Gormsen, *The conflict between economic freedom and consumer welfare in the modernization of Article 82 EC*, „European Competition Journal” 2007, nr 2, s. 329-344.

¹⁵⁵ Wyrok Trybunału w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche*, pkt 104. W literaturze wskazuje się na brak zdefiniowania tego pojęcia w prawie antymonopolowym i jego nieostrość. Zob. G.J. Stigler, *The law and economics of public policy: a plea to the scholars*, „The Journal of Legal Studies” 1972, nr 1, s. 4.

1.5.2. Formalne i skutkowe podejście do regulacji systemów rabatowych

Cele prawa konkurencji mogą wynikać z założeń ekonomicznych, politycznych, a nawet społecznych¹⁵⁶. Współcześnie obserwuje się ekonomizację prawa konkurencji przez stopniowe odchodzenie od celów politycznych oraz większe wykorzystywanie narzędzi ekonomicznych w analizie tego prawa¹⁵⁷. Dało to asumpt do stworzenia podejścia zorientowanego na skutki (podejście skutkowe, ang. *effects-based approach*), innymi słowy - bardziej ekonomicznego podejścia (*more economic approach*). Polega ono na szerszym wykorzystywaniu wybranych założeń ekonomicznych z perspektywy skutków konkretnego zachowania przedsiębiorstwa dla dobrobytu konsumentów¹⁵⁸.

Podejście skutkowe jest przeciwstawiane formalnemu (ang. *formal-based approach*), opartemu na zakazie *per se* lub *quasi per se*. W kontekście stosowania art. 102 TFUE podejście formalne polega na bezwzględnym zakazie określonych praktyk dominanta w przypadku zaklasyfikowania ich jako określonej formy (np. rabaty lojalnościowe). Choć ocena ta bazuje także (jak w przypadku podejścia skutkowego) na zastosowaniu instrumentów ekonomicznych, podejście formalne zostało poddane typologizacji i przełożone na abstrakcyjne zasady ogólne, egzekwowane przez stosowanie prawa¹⁵⁹. *More economic approach* uzależnia natomiast kwalifikację prawną przede wszystkim od rzeczywistych skutków rynkowych danej praktyki. W ramach tego modelu kluczowe znaczenie ma metodologia. O ile analiza na gruncie podejścia formalnego sprowadza się do ustalenia, czy praktyka ma określoną formę, a tym samym - zdolność do wykluczenia, o tyle w świetle podejścia zorientowanego na skutki ekonomiczne wymagane jest zbadanie dodatkowego elementu: wykluczenia, które jest zarazem ekonomicznie szkodliwe dla konsumentów¹⁶⁰. Wskazuje się, że podział na podejście formalne i skutkowe w ramach oceny nadużywania pozycji dominującej - występujący na gruncie prawa konkurencji UE - odpowiada amerykańskiej klasyfikacji na analizę *per se* i analizę bazującą na regule rozsądku (ang. *rule of reason*)¹⁶¹.

Wspomniana reguła jest sposobem oceny praktyk handlowych i przewiduje konieczność zbalansowania skutków zachowania tego typu; pozwala więc określić, które mają charakter legalny, a które są zakazane. Aby zbalansować skutki, należy uwzględnić wszelkie okoliczności sprawy, zwłaszcza te o charakterze ekonomicznym. Reguła rozsądku wywodzi się z amerykańskiego prawa antytrustowego - została sformułowana na gruncie art. 1 ustawy Shermana¹⁶², regulującego zakaz porozumień ograniczających handel. Przepis ten ma analogiczny charakter jak zakaz antykonkurencyjnych porozumień na gruncie 101 TFUE. W wyniku amerykańskiego orzecznictwa standard ten został rozszerzony na art. 2 ustawy Shermana, dotyczący zakazu monopolizacji¹⁶³.

W przypadku prawa UE *rule of reason* wiąże się bezpośrednio z art. 101 ust. 3 TFUE, określającym wyjątki od zakazu antykonkurencyjnych porozumień. Z tego też powodu przepis art. 101 TFUE określa się mianem zakazu względnego. W doktrynie akcentuje się, że regulacja antykonkurencyjnych

¹⁵⁶ Cele o charakterze nieekonomicznym nadal odgrywają jednak znaczącą rolę w kształtowaniu polityki konkurencji w Unii Europejskiej. Państwa członkowskie zdecydowały bowiem, że efektywność gospodarcza nie jest jedynym aspektem brany pod uwagę przy analizowaniu określonych zachowań przedsiębiorstw.

¹⁵⁷ Ch. Decker, *Economics and the Enforcement of European Competition Law*, Cheltenham 2009, s. 182.

¹⁵⁸ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...*, op. cit., s. 273.

¹⁵⁹ P. Behrens, *Teoretyczne i praktyczne problemy stosowania instrumentów ekonomicznych w prawie kartelowym* w: C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, s. 57-58.

¹⁶⁰ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op. cit., s. 196.

¹⁶¹ B.E. Hawk, *The current debate about section 2 of the Sherman Act: judicial certainty versus rule of reason* w: A.M. Mateus, T. Moreira (red.), *Competition Law and Economics. Advances in Competition Policy Enforcement in the EU and North America*, Cheltenham-Northampton 2010, s. 204.

¹⁶² Sherman Act, 15 U.S.C. Chociaż w ustawie tej obowiązuje podział na sekcje, ze względu na spójność pracy będzie używany podział na artykuły.

¹⁶³ Wyrok w sprawie *State Oil Co. przeciwko Khan*, 522 U.S. 3, 10, 118 S.Ct. 275, 139 L.Ed.2d 199 (1997).

porozumień w świetle modernizacji tego przepisu „przewyciężyła” ordoliberalny wpływ, który długo determinował jego stosowanie¹⁶⁴. Po pierwsze, potwierdzono, iż celem przepisu jest ochrona konkurencji rozumiana jako wzmacnianie dobrobytu konsumentów i efektywna alokacja zasobów¹⁶⁵. Po drugie, art. 101 ust. 3 TFUE umożliwia przedsiębiorstwom usprawiedliwienie ich praktyk pod warunkiem spełnienia czterech przesłanek: korzyści pod względem efektywności, słusznego udziału dla konsumentów, nieodzowności ograniczeń, braku eliminowania konkurencji.

Artykuł 102 TFUE ma natomiast charakter bezwzględny, gdyż nie przewidziano żadnych wyjątków traktatowych lub wynikających z prawa pochodnego (tj. wyłączeń indywidualnych i blokowych), których spełnienie legitymizowałoby zachowanie stanowiące nadużycie pozycji dominującej. Sam Trybunał w swoim wczesnym orzecznictwie stwierdzał, że art. 102 TFUE wyklucza jakiegokolwiek wyjątek od zakazu, który został w nim określony¹⁶⁶. Stanowisko to ulegało jednak ewolucji i wykształciło - na gruncie obecnego art. 102 TFUE - koncepcję obiektywnego uzasadnienia (ang. *objective justification*). Przypomina ona doktrynę wymogów imperatywnych, stosowaną na gruncie swobód rynku wewnętrznego i sformułowaną w słynnej sprawie *Cassis de Dijon*¹⁶⁷. Co zrozumiałe, w obu przypadkach mocno akcentuje się zasadę proporcjonalności¹⁶⁸.

Jak zauważyła Ekaterina Rousseva, koncepcja obiektywnego uzasadnienia ma niezwykle wąski zakres - uwzględnia jedynie wzrosty efektywności związane z obniżeniem kosztów¹⁶⁹. Jej podstawową funkcją jest odróżnienie zachowań dominanta kwalifikowanych jako nadużycie od zachowań dążących do ochrony uzasadnionych interesów handlowych¹⁷⁰. Zastosowanie tej koncepcji przypomina kryteria wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust. 3 TFUE, z tą jednak różnicą, że art. 101 TFUE dopuszcza wyjątki od zakazu porozumień ograniczających konkurencję, podczas gdy art. 102 TFUE takich wyjątków nie przewiduje¹⁷¹.

Podejście formalne ściśle wiąże się z ochroną konkurencji w znaczeniu strukturalnym, a nie przedmiotowo-skutkowym. Oznacza to, że jeśli zachowanie dominanta prowadzi lub może doprowadzić do eliminacji albo marginalizacji jego konkurentów, to stanowi nadużycie pozycji dominującej na mocy art. 102 TFUE. Z kolei w przypadku podejścia zorientowanego na skutki ekonomiczne każdorazowo należy ocenić wpływ danej praktyki na dobrobyt konsumenta. Podejście to akcentuje więc ochronę konkurencji w znaczeniu przedmiotowym¹⁷².

Przykładem różnej oceny praktyki handlowej z perspektywy powyższych podejść jest ocena programów rabatowych; rabaty warunkowe to bowiem przedmiot jednej z ożywionych debat w europejskiej polityce konkurencji. Tradycyjnie były postrzegane jako jedno z bardziej zgubnych antykonkurencyjnych zachowań dominanta. Komisja Europejska, wsparta przez TSUE, ustanowiła więc ich niemal bezwzględny zakaz (zakaz *quasi per se*). Wrogie stanowisko wobec programów rabatowych stało się przedmiotem głośnej krytyki. Zwracano uwagę, że nawet w przypadku

¹⁶⁴ E. Rousseva, *The concept of ‘objective justification’ of an abuse of a dominant position: can it help to modernise the analysis under Article 82 EC?*, „Competition Law Review” 2006, nr 2, s. 31.

¹⁶⁵ *The objective of Article 81 is to protect competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources.* Zob. Komisja Europejska, *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, OJ z 27.04.2004, C-101/97, s. 97-118, pkt 13.

¹⁶⁶ Por. wyrok Trybunału z dnia 11.04.1989 r. w sprawie 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen*, ECR 1989, s. 803, ECLI:EU:C:1989:140, pkt 32 (*no exemption may be granted, in any manner whatsoever, in respect of abuse of a dominant position; such abuse is simply prohibited by the Treaty*).

¹⁶⁷ Wyrok Trybunału z dnia 20.02.1979 r. w sprawie C-120/78 *Rewe-Zentral AG przeciwko Bundesmonopolverwaltung für Brantwein (Cassis de Dijon)*, ECR 1979, s. 649, ECLI:EU:C:1979:42.

¹⁶⁸ P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oksford 2003, s. 1030. Koncepcja obiektywnego uzasadnienia - zdaniem tych autorów - stanowiła przeciwwagę dla drakońskiego stosowania zakazu z art. 102 TFUE.

¹⁶⁹ E. Rousseva, *The concept...*, op. cit., s. 56.

¹⁷⁰ Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International 2005, s. 907.

¹⁷¹ A. Maziarz, *Rabaty...*, op. cit., s. 1033. Szczegółowa analiza tej koncepcji (w świetle udzielania rabatów przez przedsiębiorstwa dominujące) zostanie dokonana w dalszej części pracy, przede wszystkim zaś w rozdziale III, w którym analizowane będzie relewantne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości.

¹⁷² K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op. cit., s. 71.

stosowania rabatów przez dominanta praktyka ta przynosiła prokonkurencyjne skutki. Zakaz *per se* przyczyniał się do tworzenia fałszywych pozytywów¹⁷³ i schładzania konkurencji¹⁷⁴.

W przypadku oceny prawnej rabatów warunkowych poziom rozbieżności między orzecznictwem amerykańskim a unijnym jest większy niż w niemal wszystkich innych dziedzinach prawa antymonopolowego. Podczas gdy amerykańskie orzecznictwo tradycyjnie uznaje rabaty za prokonkurencyjną praktykę handlową, KE i TSUE wielokrotnie utrzymywały, że rabaty lojalnościowe lub wywołujące ten skutek są nielegalnym środkiem zakłócenia konkurencji¹⁷⁵. Krytyka przyczyniła się do zapowiedzi złagodzenia podejścia przez Komisję - najpierw w dokumencie dyskusyjnym na temat stosowania art. 102 TFUE względem nadużyć wykluczających¹⁷⁶, a następnie w przewodniku po priorytetach (czyli w wytycznych KE), gdzie zapowiedziano większe uwzględnienie ekonomicznych skutków omawianej praktyki.

1.5.3. Regulacja systemów rabatowych w USA

Historia regulacji rabatów warunkowych sięga uchwalenia ustawy Shermana z 1890 r., uzupełnionej ustawą Clayтона z 1914 r. Praktyki te są regulowane w federalnym prawie antymonopolowym przede wszystkim jako bezprawna monopolizacja lub próba monopolizacji (ang. *unlawful monopolization, attempted monopolization* - art. 2 ustawy Shermana).

Tabela 7

Artykuł 2 ustawy Shermana a artykuł 102 TFUE

Artykuł 2 ustawy Shermana	Artykuł 102 TFUE
Każdy, kto dokonuje monopolizacji lub próby monopolizacji lub łączy się lub spiskuje z inną osobą lub osobami w celu monopolizacji jakiegokolwiek części handlu lub handlu wśród kilku stanów (...) zostanie uznany za winnego przestępstwa ¹⁷⁷ .	Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi.

Źródło: opracowanie własne.¹⁷⁷

Na pierwszy rzut oka „monopolizacja” z art. 2 ustawy Shermana i „nadużycie pozycji dominującej” z art. 102 TFUE to dwa różne pojęcia¹⁷⁸. Termin „monopolizacja” skupia się na tym, jak pozycja rynkowa została uzyskana albo utrzymana, z kolei art. 102 TFUE nie zakazuje posiadania siły rynkowej (statusu dominanta), a jedynie jej nadużywania¹⁷⁹. Jednak gdy wziąć pod uwagę orzecznictwo sądów amerykańskich, okazuje się, że pojęcia te w dużej mierze się pokrywają. Aby można było zakwalifikować dane działanie przedsiębiorstwa jako monopolizację, muszą

¹⁷³ Fałszywe pozytywy (ang. *false positives*) występują w razie zakazywania lub reglamentowania praktyk, które faktycznie nie są antykonkurencyjne. Zob. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op. cit., s. 192.

¹⁷⁴ S. Bishop, *Loyalty rebates and „merger standards”: a roadmap of the practical assessment for Article 82 investigations* w: C.D. Ehlermann, M. Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Portland 2008, s. 291.

¹⁷⁵ H. Zenger, *Loyalty rebates and the competitive process*, „Journal of Competition Law & Economics” 2012, nr 4, s. 717-768.

¹⁷⁶ Komisja Europejska, *DG Competition discussion paper...*, op. cit.

¹⁷⁷ *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, (...) shall be deemed guilty of a felony.*

¹⁷⁸ Porównanie tych regulacji zostało dokonane w literaturze przedmiotu. Zob. szerzej: E. Paulis, *Abuses of dominant position and monopolization: conclusions of the major debates in the EU and USA* w: A.M. Mateus, T. Moreira (red.), *Competition Law and Economics: Advances in Competition Policy Enforcement in the EU and North America*, Northampton 2010, s. 161-169.

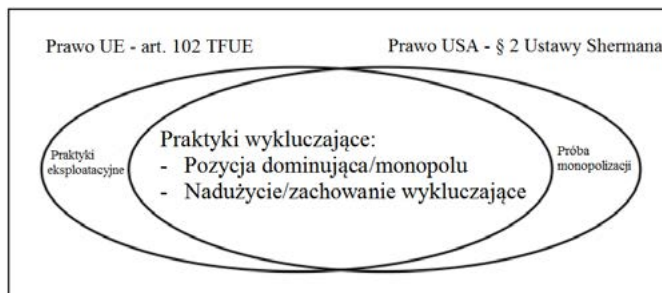
¹⁷⁹ Zob. E. Elhauge, D. Geradin, *Global Antitrust Law and Economics*, Nowy Jork 2011, s. 272.

zostać spełnione kumulatywnie dwa warunki: posiadanie monopolu na rynku właściwym oraz umyślne nabycie lub utrzymanie tej władzy (w odróżnieniu od wzrostu i rozwoju wynikającego z lepszych produktów, przedsiębiorczości czy też historycznego wypadku)¹⁸⁰.

W przypadku pierwszego warunku, dotyczącego posiadania monopolu na rynku właściwym, pojęcie „monopol” ma węższy charakter niż „pozycja dominująca”, gdyż wymaga zazwyczaj znacznie ponad 50% udziałów na rynku właściwym¹⁸¹. Jeżeli chodzi o drugi warunek, to zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego USA posiadanie monopolu nie zostanie zakwestionowane, o ile nie towarzyszy mu element antykonkurencyjnego zachowania, czyli praktyka wykluczająca¹⁸². Artykuł 102 TFUE - w przeciwieństwie do art. 2 ustawy Shermana - obejmuje także praktyki eksploatacyjne¹⁸³. Próba monopolizacji jest z kolei interpretowana w podobny sposób jak monopolizacja, ale nie wymaga, by naruszenie zrealizowało swój cel. Ze względu na trudności dowodowe w wykazywaniu intencji takiego zachowania nie jest to częstym przedmiotem praktyki sądowej. Omawiana kwestia odróżnia jednak art. 2 ustawy Shermana od regulacji art. 102 TFUE, który wymaga posiadania już odpowiedniej siły rynkowej. Relacje między dwoma przepisami przedstawiono w tabeli 4 i na rysunku 1.

Praktyka handlowa polegająca na udzielaniu rabatów jest też regulowana w art. 1 ustawy Shermana i art. 3 ustawy Claytona¹⁸⁴, które zakazują antykonkurencyjnych porozumień. Artykuł 1 zakazuje nieuzasadnionych porozumień ograniczających handel, co zasadniczo dotyczy programów lojalnościowych. Artykuł 3 dotyczy natomiast bezprawnej transakcji wyłącznej i zakazuje rabatów udzielanych pod warunkiem wyłączności¹⁸⁵. Przepisy te określają podobny standard, jeżeli chodzi o jednoproduktowe programy rabatowe, z tym że ustawa Claytona precyzuje i uzupełnia postanowienia ustawy Shermana. Rabaty mogą być oceniane również na podstawie ustawy Robinsona i Patmana¹⁸⁶ - jeżeli nie są dostępne dla wszystkich klientów, czyli stanowią przejaw dyskryminacji cenowej kontrahentów.

Rysunek 2
Artykuł 2 ustawy Shermana a art. 102 TFUE



Źródło: opracowanie własne.

¹⁸⁰ Wyrok w sprawie *United States przeciwko Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 57071 (1966).

¹⁸¹ U.S. Department of Justice, *Competition...*, op. cit., s. 21-22. W orzecznictwie sądów amerykańskich mówi się wręcz o poziomie 70-80%. Zob. m.in. sprawy: *Exxon Corp. przeciwko Berwick Bay Real Estate Partners*, 748 F.2d 937, 940 (5th Cir. 1984); *Colo. Interstate Gas Co. przeciwko Natural Gas Pipeline Co. of Am.*, 885 F.2d 683, 694 n.18 (10th Cir. 1989). Z kolei w przypadku pozycji dominującej dla jej uznania przyjmuje się zazwyczaj próg już ok. 40% - zob. wytyczne Komisji, pkt 14. Oba pojęcia łączy jednak posiadanie przez przedsiębiorcę trwałej siły rynkowej, która umożliwia mu działanie niezależne od konkurentów.

¹⁸² Wyrok w sprawie *Verizon Commc'ns, Inc. przeciwko Law Offices of Curtis przeciwko Trinko, LLP*, 540 U.S. 407 (2004).

¹⁸³ Wynika to z celów unijnego prawa konkurencji, które chroni także konkurentów dominanta i wolność konkurowania. Będzie to przedmiotem rozważań w dalszej części pracy.

¹⁸⁴ Clayton Act, 15 U.S.C.

¹⁸⁵ Zob. 15 U.S.C. § 14 (ang. *making unlawful a discount from, or rebate upon, such price, on the condition, agreement, or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods (...) of a competitor*).

¹⁸⁶ Patman Act, 15 U.S.C.

Chociaż dochodzenie roszczeń można oprzeć tylko na podstawie art. 1 (zakazie antykonkurencyjnych porozumień), to w praktyce nie istnieją sprawy wygrane bez powołania się na art. 2 (zakaz bezprawnej monopolizacji). Oznacza to, że stwierdzenie odpowiedniej siły rynkowej jest niezbędne, aby obarczyć przedsiębiorstwo odpowiedzialnością za niedozwolone praktyki rabatowe. Choć więc porozumienia o transakcję wyłączną są generalnie powoływane na podstawie klauzuli rozsądku z art. 1, sama logika traktowania transakcji wyłącznej wiąże się z niedozwoloną monopolizacją z art. 2¹⁸⁷ Transakcje wyłączne ocenia się na podstawie art. 3 ustawy Claytona, zgodnie z którą takie porozumienie musi mieć rzeczywisty skutek w postaci wykluczenia konkurentów ze „znaczącego udziału” w handlu¹⁸⁸.

Wskazuje się na brak dokładnie określonych ustawowych ram, które pozwalałyby oceniać legalność programów rabatowych. Dlatego też są one traktowane analogicznie - jako potencjalna forma transakcji wyłącznej i drapieżnictwa cenowego¹⁸⁹. Fundamentalne znaczenie przypisuje się praktyce orzeczniczej. Amerykańskie sądy są stosunkowo tolerancyjne wobec rabatów jednoproduktowych. Gdy oceniają dany program jako transakcję wyłączną, robią to na bazie wypracowanych punktów odniesienia i wzorców, które dotyczą procentowego udziału w rynku objętego transakcją wyłączną. Jeżeli transakcja wyłączna obejmowała mniej niż 30% rynku, w większości przypadków uznawana były za legalną¹⁹⁰. Transakcja wyłączna została określona jako taka, w której nabywca zobowiązuje się do zaspokojenia całego lub znacznej części swojego zapotrzebowania na produkt lub usługę u określonego sprzedawcy lub sprzedawców¹⁹¹. Co więcej, rabaty - jako cięcia cen - traktowano jako sprzyjające konkurencji, o ile nie były drapieżne, czyli ustawiane poniżej kosztów w celu wykluczenia konkurencji i zwiększenia siły rynkowej¹⁹².

Należy mieć na względzie zasadnicze różnice między egzekwowaniem prawa antytrustowego USA i prawa konkurencji UE. W Stanach Zjednoczonych należy to do kompetencji dwóch agencji rządowych: Departamentu Sprawiedliwości i Federalnej Komisji ds. Handlu¹⁹³, w UE - Komisji Europejskiej i krajowych organów antymonopolowych. W USA egzekwowanie przepisów prawa konkurencji ma charakter sądowy¹⁹⁴ (prawnokarny i cywilnoprawny), w Unii zaś - charakter administracyjny (decyzja Komisji Europejskiej¹⁹⁵) oraz sądowej kontroli administracyjnej TSUE w postaci skargi na nieważność do Sądu (w pierwszej instancji) i Trybunału Sprawiedliwości (w drugiej instancji). Co więcej, sankcje nakładane przez KE nie mają charakteru karnego. W Stanach Zjednoczonych istnieje rozwinięty system powództw cywilnych o odszkodowanie

¹⁸⁷ Zdaniem Richarda Posnera *the logic of treating exclusive dealing claims under the Sherman Act's Section 2, [15 U.S.C. Section 2] which is concerned with monopolization, is clear: (...) Exclusive dealing may enable a firm to move into a position of dominance that allows it to restrict market output and raise prices.* R.A. Posner, *Antitrust Law*, Chicago 2001, s. 229.

¹⁸⁸ R.A. Duncan, B.S. McCormac, *Loyalty...*, op. cit., s. 137.

¹⁸⁹ S. Gates, *Antitrust by analogy: developing rules for loyalty rebates and bundled discounts*, „Antitrust Law Journal” 2013, nr 1, s. 90 i nast.

¹⁹⁰ Wyrok w sprawie *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 przeciwko Hyde*, 466 U.S. 2, 46 (1984). Zob. S.A. Westrich, *Loyalty discounts and bundled pricing under U.S. antitrust law*, Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP 2010, s. 5.

¹⁹¹ (...) one in which a buyer agrees to purchase all or a significant portion of its requirements of a product or service solely from a particular seller or sellers. Wyrok w sprawie *Stop & Shop Supermarket Co. przeciwko Blue Cross & Blue Shield of Rhode Island*, 239 F. Supp. 2d 180, 185 (D.R.I. 2003).

¹⁹² D.J. Gifford, R.T. Kurdle, *The Atlantic Divide in Antitrust: An Examination of US and EU Competition Policy*, Chicago 2015, s. 118.

¹⁹³ Przy czym jeżeli chodzi o przestępstwa na gruncie ustawy Shermana, to Kongres nadał wyłączne uprawnienia Departamentowi Sprawiedliwości. Zob. H.J. Krent, *Administracyjne egzekwowanie prawa konkurencji w Stanach Zjednoczonych w: Amerykański i europejski system ochrony konkurencji*, Warszawa 2007, s. 9-16.

¹⁹⁴ Departament Sprawiedliwości wszczyna postępowanie sądowe w sądzie federalnym. Ma ono typowe cechy amerykańskiego postępowania karnego. Oskarżycielem jest prokurator z Departamentu, a o winie członków zarządu spółki decyduje ława przysięgłych.

¹⁹⁵ W literaturze angielskojęzycznej określa się to mianem „judge and jury” role. Z jednej bowiem strony Komisja przedstawia oświadczenie o zastrzeżeniach (ang. *statement of objections*), a drugiej - wydaje ostateczną decyzję. Zob. R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law and Economics...*, op. cit., s. 90.

składanych przez konkurentów danego przedsiębiorcy, któremu zarzuca się naruszanie przepisów prawa antytrustowego¹⁹⁶.

1.5.4. Regulacja systemów rabatowych w UE

W unijnym systemie prawnym początki polityki i prawa konkurencji sięgają okresu kształtowania się ówczesnych Wspólnot Europejskich. Tak wczesne uzgodnienie wskazanego obszaru miało związek z gospodarczym podłożem integracji europejskiej. Prawo konkurencji stanowi bowiem podstawowe narzędzie polityki konkurencji - gwarantujące, że zarówno przedsiębiorcy, jak i państwa członkowskie nie będą podejmować działań ograniczających konkurencję na rynku wewnętrznym¹⁹⁷. Przepisy te znalazły miejsce w traktatach założycielskich, czyli w prawie pierwotnym¹⁹⁸. Obecnie programy rabatowe oferowane przez przedsiębiorstwa dominujące są oceniane na podstawie art. 102 TFUE, który zakazuje nadużywania pozycji dominującej¹⁹⁹. Treść tego przepisu zasadniczo nie zmieniała się od początku istnienia traktatów założycielskich. Zmiany miały charakter wyłącznie redakcyjny.

Artykuł 102 TFUE wchodzi w szerszy zakres prawa konkurencji UE, który zawiera regulacje skierowane do przedsiębiorstw (art. 101-106 TFUE) i państw członkowskich (art. 107-109 TFUE). Pierwsza grupa przepisów oprócz zakazu nadużywania pozycji dominującej reguluje zakaz porozumień ograniczających konkurencję, a także przewencyjną kontrolę koncentracji przedsiębiorstw. Do reguł konkurencji skierowanych do państw członkowskich należą z kolei przepisy dotyczące oceny dopuszczalności pomocy publicznej i nakaz przekształcenia państwowych monopolii handlowych.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt b TFUE Unia ma wyłączną kompetencję w zakresie ustanawiania reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego. Oznacza to, że jedynie UE może stanowić prawo i przyjmować akty prawnie wiążące (źródła prawa pochodnego), a państwa członkowskie mogą to czynić wyłącznie z upoważnienia Unii lub w celu wykonania tych aktów (art. 2 ust. 1 TFUE)²⁰⁰. Do podstawowych źródeł prawa pochodnego UE w tym obszarze należą rozporządzenia, które mają zasięg ogólny, wiążą w całości i są bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich (art. 288 zd. 2 TFUE)²⁰¹.

Odnosnie do nadużywania pozycji dominującej nie wydano jednak żadnych przepisów prawa pochodnego, które materialnie doprecyzowałyby treść art. 102 TFUE. Przepis ten pozostaje więc w tyle za art. 101 TFUE i unijnym prawem kontroli koncentracji, które doczekały się ponownej oceny i modernizacji²⁰². Materiał normatywny regulujący systemy rabatowe stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące jest więc bardzo ogólny i ubogi. W związku z tym dużego znaczenie nabierają - wielokrotnie przywoływane w niniejszej pracy - wytyczne Komisji z 5 grudnia 2008 r.,

¹⁹⁶ Zob. A.A. Foer, R. Stutz, *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States*, Cheltenham-Northampton 2012; B. Nowak-Chrząszcz, *Roszczenie odszkodowawcze w postępowaniu w sprawie o naruszenie wspólnotowego prawa konkurencji* w: E. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Warszawa 2008, s. 405-413.

¹⁹⁷ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...*, op. cit., s. 1-3.

¹⁹⁸ Początki sięgają Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali, a następnie - Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej. Zob. R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law...*, op. cit., s. 7-20.

¹⁹⁹ Udzielanie rabatów jako przejaw nadużycia pozycji dominującej zostało omówione w podrozdziale 1.4. W tym miejscu zostaną przedstawione ogólny kontekst i specyfika tego przepisu, które legły u podstaw zakazu określonych form rabatowych. Rozważania będą miały też charakter porządkujący w stosunku do wcześniejszej analizy różnych aspektów udzielania rabatów przez przedsiębiorstwa dominujące w prawie konkurencji UE.

²⁰⁰ Natomiast zgodnie z art. 7 TFUE Unia zapewnia spójność poszczególnych polityk i działań, uwzględniając wszystkie swoje cele i działając według zasady przyznania kompetencji.

²⁰¹ Zob. m.in. rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.Urz. UE L 1 z 16.12.2002, s. 1-25; rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.Urz. L 24 z 20.01.2004, s. 1-22.

²⁰² Chodzi tutaj więc także o modernizację w znaczeniu formalnym, czyli wydanie wiążących aktów prawa pochodnego, które zawiera materialne normy doprecyzowujące treść tych regulacji.

dotyczące priorytetów KE przy egzekwowaniu art. 102 TFUE w ramach praktyk wykluczających. Zawierają one bowiem bezpośrednie odniesienie do analizowanej praktyki handlowej²⁰³.

Wytyczne Komisji to akt prawa miękkiego (ang. *soft law*), niemający formalnie mocy wiążącej. Nie oznacza to jednak, że są one pozbawione mocy prawnej. Jak wyjaśnił Trybunał w sprawie *Grimaldi*²⁰⁴, akty te - chociaż nie tworzą praw, na które jednostka może się powołać przed sądem krajowym - stanowią narzędzie wykładni prawa Unii. Akty prawa miękkiego nabierają szczególnego znaczenia w prawie konkurencji UE, często posługującym się pojęciami ściśle powiązanymi z ekonomią. W związku z tym istnieje potrzeba wyjaśnienia ich na potrzeby analizy prawnej. Istotną funkcją aktów prawa miękkiego jest zatem ułatwienie przedsiębiorstwom oceny własnych praktyk w świetle ogólnych reguł konkurencji²⁰⁵. Słusznie zauważa więc Konrad Kohutek, że omawiane akty nie mogą być niewiążące dla Komisji - w przeciwnym razie realizacja tej funkcji okazałaby się bowiem iluzoryczna²⁰⁶. Teza ta znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie TSUE, potwierdzającym, że akty *soft law* stanowią dla Komisji wiążącą regułę postępowania (ang. *rule of practice*)²⁰⁷. Wymagają tego zasada równego traktowania i pewność prawna (ang. *legal certainty*)²⁰⁸.

Specyfika normatywna regulacji rabatów warunkowych - jej lakoniczność i ogólnikowość - sprawiła, że ciężar wypracowania wzorców oceny tej praktyki handlowej został przeniesiony na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości. W początkowym okresie, czyli w latach 50. i 60. XX w., art. 102 TFUE był „martwą literą”, ponieważ go nie egzekwowano²⁰⁹. Do przyczyn tej sytuacji należały brak definicji pojęcia „nadużycia pozycji dominującej” i specyfika ówczesnej sytuacji gospodarczo-politycznej²¹⁰.

Przełomowe okazały się lata 70. - zapadł wtedy bowiem precedensowy wyrok w sprawie *Continental Can* (1973). Trybunał zauważył w nim, że art. 102 TFUE ma zastosowanie także do praktyk o charakterze wykluczającym (do których należą m.in. rabaty warunkowe) oraz że praktyki wymienione w przepisie (lit. a-d) mają jedynie charakter przykładowy²¹¹. To istotne, ponieważ przykłady te nie zawierają *stricte* odniesienia do systemów rabatowych i nawiązują głównie do praktyk eksploatacyjnych. Jak pokazało jednak późniejsze doświadczenie Komisji, to praktyki wykluczające stanowiły główny przedmiot interwencji na mocy art. 102 TFUE. Fundamentalne znaczenie miał również przywołany już wyrok w sprawie *United Brands* (1978), w którym zdefiniowano pojęcie pozycji dominującej²¹².

W latach 70. zapadły ponadto dwa orzeczenia w sprawach dotyczących rabatów lojalnościowych: *Suiker Unie*²¹³ (1975) i *Hoffmann-La Roche* (1979). Szczególnie ważny był drugi z tych wyroków, wielokrotnie cytowany ze względu na wypracowanie ogólnej definicji nadużycia wykluczającego. Do czasu wydania wyroku w sprawie *Hoffmann-La Roche* Trybunał rozstrzygał o nadużywaniu pozycji dominującej *ad casum*; dopiero po wydaniu omawianego orzeczenia zdecydował się

²⁰³ Wytyczne Komisji, pkt 37-46, 59-62.

²⁰⁴ Wyrok Trybunału z dnia 13.12.1989 r. w sprawie C-322/88 *Salvatore Grimaldi przeciwko Fonds des maladies professionnelles*, ECR 1989, s. 4407, ECLI:EU:C:1989:646.

²⁰⁵ Zob. wytyczne Komisji, pkt 2.

²⁰⁶ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op. cit., s. 172.

²⁰⁷ Wyroki Trybunału: z dnia 18.05.2006 r. w sprawie C-397/03 P *Archer Daniels Midland i Archer Daniels Midland Ingredients przeciwko Komisji*, Zb.Orz. 2006, s. I-4429, ECLI:EU:C:2006:328, pkt 91; z dnia 30.04.2009 r. w sprawie T-18/03 *CD-Contact Data GmbH przeciwko Komisji*, Zb.Orz. 2009, s. II-1021, ECLI:EU:T:2009:132, pkt 94.

²⁰⁸ Wyrok Trybunału z dnia 27.09.2006 r. w sprawie T-59/02 *Archer Daniels Midland Co. przeciwko Komisji*, Zb.Orz. 2006, s. II-327, ECLI:EU:T:2006:272, pkt 43.

²⁰⁹ Zob. I. Samkalden, I.E. Druker, *Legal problems relating to Article 86 of the Rome Treaty*, „Common Market Law Review” 1966, nr 3, s. 158-183.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ Wyrok Trybunału w sprawie 6/72 *Continental Can*, pkt 12.

²¹² Zob. podrozdział 1.4.1.

²¹³ Wyrok Trybunału z dnia 16.12.1975 r. w sprawie 40/73 *Suiker Unie przeciwko Komisji*, ECR 1975, s. 1663, ECLI:EU:C:1975:174.

na sformułowanie abstrakcyjnej definicji „nadużycia dominacji rynkowej”. Punktem wyjścia było założenie, że jeśli na danym rynku działa przedsiębiorstwo dominujące, konkurencja jest naturalnie osłabiona. Według TS *nadużywanie pozycji dominującej jest pojęciem obiektywnym, odnoszącym się do zachowań przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą, które mogą wpływać na strukturę rynku, na którym konkurencja jest osłabiona (...), i które poprzez sięganie do metod odbiegających od tych, które tworzą normalną konkurencję produktów lub usług w transakcjach uczestników rynku, utrudniają zachowanie konkurencji jeszcze istniejącej na rynku lub rozwój konkurencji*²¹⁴.

W późniejszym czasie Trybunał formułował dalsze definicje ogólnej koncepcji nadużycia na gruncie rabatów docelowych. Znalazło to odzwierciedlenie w sprawach *Michelin I* (1983) oraz *Irish Sugar*²¹⁵ (1999). W pierwszej z nich została ustanowiona doktryna szczególnej odpowiedzialności przedsiębiorstwa dominującego (ang. *special responsibility of dominant firms*)²¹⁶, w drugiej zaś Trybunał odwołał się do obiektywnego uzasadnienia, na które może powoływać się dominant²¹⁷. Zostało to potwierdzone w późniejszym rozstrzygnięciu dotyczącym rabatów ilościowych, czyli w sprawie *Michelin II*²¹⁸ (2003). W sprawie dotyczącej drapieżnictwa cenowego (AKZO) Trybunał odwołał się z kolei do terminu „konkurencja merytoryczna” (ang. *competition on the merits*)²¹⁹.

Powstałe wzorce oceny praktyk rabatowych mają zasadnicze znaczenie dla spraw współcześnie rozstrzyganych przez Komisję i Trybunał. Linia orzecznicza wypracowywana przez TSUE od lat 70. przyjęła formalistyczne podejście do programów rabatowych, co przełożyło się w praktyce na ich bezwzględny zakaz. Opierało się to na ogólnie sformułowanych i nieostrych koncepcjach „normalnej konkurencji”, „konkurencji merytorycznej”, „szczególnej odpowiedzialności przedsiębiorstw dominujących” i na „obiektywnym uzasadnieniu”. Chociaż Komisja deklaruje, że jej wytyczne nie naruszają wykładni art. 102 TFUE dokonanej przez Trybunał²²⁰, w niniejszej pracy jako punkt odniesienia przyjęto podział orzecznictwa TSUE na sprawy sprzed wydania tych wytycznych i sprawy późniejsze²²¹. Ma to na celu zbadanie ewentualnej zmiany podejścia Komisji i Trybunału w świetle postulatów modernizacji art. 102 TFUE, związanych z „bardziej ekonomicznym podejściem”.

1.6. PODSUMOWANIE

Zniżki i rabaty to znana od lat praktyka handlowa, stosowana w celu zachęcenia klientów do zakupu produktów. W zasadzie zniżki są oferowane na poszczególne transakcje, rabaty zaś polegają na redukcji pierwotnej ceny lub stanowią świadczenie pieniężne wobec klienta, który w określonych czasie dokonał odpowiedniego zakupu. Jednak w literaturze terminy te stosuje się zamiennie²²². Rabaty warunkowe to klauzule umowne, zgodnie z którymi sprzedawca udziela zniżki cenowej na swoje produkty - zniżka ta zależy od spełnienia warunków nabycia albo

²¹⁴ Wyrok Trybunału w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche*, pkt 91. Tłumaczenie za: D. Miąsik, *Komentarz...*, op. cit., pkt 102.1.7.

²¹⁵ Wyrok Trybunału z dnia 7.10.1999 r. w sprawie T-228/97 *Irish Sugar przeciwko Komisji*, ECR 1999, s. II-2969, ECLI:EU:T:1999:246.

²¹⁶ Wyrok Trybunału w sprawie C-322/81 *Michelin I*, pkt 57.

²¹⁷ Obiektywne uzasadnienie zostało zdefiniowane w podrozdziale 1.5.2.

²¹⁸ Wyrok Trybunału z dnia 30.09.2003 r. w sprawie T-203/01 *Manufacture française des pneumatiques Michelin przeciwko Komisji* (*Michelin II*), ECR 2003, s. II-4071, ECLI:EU:T:2003:250.

²¹⁹ Wyrok Trybunału w sprawie C-62/86 *AKZO*, pkt 70, do którego Trybunał nawiązał w sprawie T-228/97 *Irish Sugar*, pkt 111.

²²⁰ Wytyczne Komisji, pkt 2.

²²¹ Por. rozdział III niniejszej pracy.

²²² Zob. J. Faul, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oksford 2007, s. 381.

przekroczenia określonego progu ilościowego, który może stanowić część lub niemal całość produktów sprzedawcy. Analiza programów rabatowych pokazuje różnorodność omawianej praktyki handlowej, która może być różnie oceniana z perspektywy prawa konkurencji. Co jednak oczywiste, chociaż rabaty mają charakter powszechny, to na gruncie reguł konkurencji relewantna będzie tylko sytuacja, w której przedsiębiorstwo ma odpowiednią siłę rynkową, czyli status dominanta. Tylko wówczas będzie można mu zarzucić nadużywanie pozycji rynkowej przez zakazaną antykonkurencyjną praktykę.

Rabaty mogą być klasyfikowane w rozmaity sposób. Kluczowa różnica występuje między zastosowaniem przez dominanta ceny nieliniowej i liniowej. W pierwszym przypadku jednostka ceny maleje wraz ze wzrostem jednostki zamówienia dla wszystkich klientów, bez wyjątku (dyskryminacja drugiego stopnia). W drugim przypadku jednostka ceny nie maleje wraz ze wzrostem jednostki zamówienia, lecz różnym grupom nabywców oferuje się różną cenę, co stanowi dyskryminację trzeciego stopnia. Komisja Europejska mówi odpowiednio o rabatach warunkowych i bezwarunkowych. Rabaty warunkowe mogą być klasyfikowane dalej ze względu na rodzaj progu rabatowego (rabaty ilościowe, lojalnościowe i docelowe), zakres zastosowania (rabaty retroaktywne i przyrostowe), a także ze względu na zakres produktów (rabaty jedno- i wieloproduktowe) albo sposób uzgodnienia (rabaty standaryzowane i uzgadniane indywidualnie)²²³. Programy rabatów warunkowych zawierają więc subzestaw sposobów nieliniowego kształtowania ceny przez dominanta, które mogą przybierać różnorodną formę w zależności od warunków umowy. Podział ten ma relewantny charakter ze względu na reguły konkurencji.

Omawiana praktyka wykazuje analogię do innych antykonkurencyjnych praktyk dominanta, tj. drapieżnictwa cenowego, dyskryminacji kontrahentów, wiązania produktów, a także - co najważniejsze - transakcji wyłącznych. Jako strategia nakierowana na cenę, może być badana w kontekście wysokości ceny jednostkowej danego towaru (pomniejszonej o wartość danego rabatu). Niedozwolone będą ceny rażąco niskie - zwykle poniżej kosztów, czyli drapieżnictwo cenowe. Kolejne niebezpieczeństwa to nieuzasadnione na gruncie reguł konkurencji faworyzowanie jednych kontrahentów kosztem drugich (dyskryminacja cenowa kontrahentów), a także transakcja wiązana, która dotyczy rabatów wieloproduktowych. Najpoważniejszym jednak zagrożeniem jest program rabatowy przybierający formę transakcji wyłącznej, potencjalnie wykluczającej pozostałych uczestników rynku. Odnosi się to do programów rabatów warunkowych dążących do pozyskania klienta i związania go z przedsiębiorstwem na dłuższy okres, a w szczególności - do rabatów lojalnościowych („za wierność”, „za wyłączność”) i rabatów docelowych, które mogą wywołać analogiczny efekt do wykluczenia.

Jednocześnie typologizacja form rabatowych ma większe znaczenie dla formalistycznej oceny tej praktyki handlowej. Zwolennicy podejścia skutkowego - niezależnie od rodzaju programu rabatowego - będą optować za każdorazowym zbadaniem rabatu pod kątem faktycznego ekonomicznego wpływu na dobrobyt konsumenta. W związku z tym w następnym rozdziale przeprowadzona zostanie ekonomiczna analiza programów rabatowych w celu zbadania ich anty- i prokonkurencyjnych skutków.

²²³ Por. Ch. Ahlborn, D. Bailey, *Discounts and selective pricing by dominant firms: a transatlantic comparison*, „European Competition Journal” 2006, nr 2, s. 103-104.

ROZDZIAŁ II.

EKONOMICZNA ANALIZA PROGRAMÓW RABATOWYCH

2.1. WPROWADZENIE

Prawo konkurencji to jedna z pierwszych dziedzin prawa, do których interpretacji zaczęto wykorzystywać instrumenty ekonomiczne²²⁴. Jak zauważa Richard Whish, prawo antymonopolowe składa się z przepisów mających na celu ochronę procesu konkurencji z myślą o maksymalizacji dobrobytu konsumentów. Ze względu na swoją specyfikę nie może ono mieć w pełni skodyfikowanej formy, inaczej niż chociażby prawo cywilne, precyzyjnie określające prawa i obowiązki najemcy. Analiza problemów konkurencji wymaga bowiem użycia koncepcji ekonomicznych, które służą gospodarce rynkowej²²⁵. Innymi słowy, instrumenty ekonomiczne tworzą normatywne wzorce do oceny obowiązującego prawa konkurencji²²⁶.

Kiedy dane działania handlowe badane są pod kątem zgodności z regulacją antymonopolową, analiza nieuchronnie wiąże się z przyjęciem określonych założeń. Dotyczą one po pierwsze motywów przedsiębiorstwa stojących za badaną praktyką handlową, a po drugie – prawdopodobieństwa negatywnego wpływu na konkurencję. Założenia przyjmuje się przy użyciu odpowiednich instrumentów ekonomicznych²²⁷. Oznacza to, że teorie i narzędzia ekonomiczne są wykorzystywane w analizie prawa konkurencji w dwojaki sposób. Skoro prawo konkurencji ma na celu zaradzenie nieprawidłowościom w funkcjonowaniu rynku, ogólne argumenty teorii ekonomicznych mogą być przydatne w klasyfikacji takich zdarzeń i ocenie ich skutków. Pozwala to na sformułowanie celów i zasad polityki oraz prawa konkurencji. Jednocześnie argumenty mikroekonomiczne mogą być powoływane w każdym indywidualnym przypadku, aby usprawiedliwić interwencję organu antymonopolowego lub bronić pozycji firmy. Próby uniknięcia problemów ekonomicznych – zwłaszcza w prawie konkurencji – bardzo często są przyczyną złego prawa²²⁸.

W niniejszym rozdziale analizowane będą ekonomiczne aspekty stosowania systemów rabatów warunkowych przez przedsiębiorstwo dominujące. Ocena zostanie dokonana z perspektywy zarówno teorii ekonomicznych, jak i podstawowych instrumentów mikroekonomicznej, które są niezbędne do zrozumienia oceny tych praktyk dokonywanej przez Komisję i Trybunał.

²²⁴ R. Stroiński, *Wprowadzenie do analizy ekonomicznej prawa (Law & Economics)* w: M. Bednarski, J. Wilkin (red.), *Ekonomia dla prawników*, Warszawa 2008, s. 482-483.

²²⁵ R. Whish, *Competition...*, op. cit., s. 1-2.

²²⁶ R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011, s. 4.

²²⁷ P. Ibáñez Colomo, *Intel and Article 102 TFEU case law: making sense of a perpetual controversy*, „The Law, Society and Economy Legal Studies Working Paper” 2014, nr 29, s. 6.

²²⁸ M. Furse, *Competition Law of the EU and UK*, Oksford 2011, s. 7-8. Autor jako przykład podaje Restrictive Trade Practices Act 1976, który wprowadził do prawa konkurencji Zjednoczonego Królestwa zbyt legalistyczne podejście, ignorujące kwestie gospodarcze.

2.2. RABATY WARUNKOWE Z PERSPEKTYWY TEORII EKONOMICZNYCH

Teorie ekonomiczne nadają kształt europejskiej polityce konkurencji. Nieustannie się jednak zmieniają, gdyż różni ekonomiści mają odmienne spojrzenia i tym samym mogą różnie oceniać fakty - w zależności od tego, jaką szkołę ekonomiczną preferują. Ekonomiczne teorie konkurencji znacząco wpłynęły na regulację systemów rabatowych w Unii Europejskiej. Niektóre opowiadają się za ich restrykcyjną oceną, inne zaś podkreślają korzyści lub neutralny wpływ na konkurencję.

2.2.1. Amerykańskie szkoły ekonomiczne

Stany Zjednoczone są kolebką ekonomicznej analizy prawa. Amerykański realizm prawny po raz pierwszy rozróżnił prawo w działaniu (ang. *law in action*) od prawa w książkach (ang. *law in books*) i w ten sposób otworzył system prawny na inne dziedziny nauki, w tym - na ekonomię²²⁹. Najważniejsze amerykańskie teorie ekonomiczne powstały na Uniwersytecie Harvarda i Uniwersytecie Chicagowskim.

2.2.1.1. Szkoła harwardzka

Szkoła harwardzka reprezentuje stanowisko, zgodnie z którym istnieje wiele celów prawa konkurencji, nie tylko tych o charakterze ekonomicznym, lecz także natury społecznej. W latach 50. i 60. XX w. była to wiodąca teoria antymonopolowa w Stanach Zjednoczonych, opierająca swoje założenia na koncepcji strukturalnej. Przyczyniła się do restrykcyjnych rozstrzygnięć sądów amerykańskich w sprawach dotyczących względnie zwyczajnych praktyk handlowych²³⁰. Koncentrowano się przede wszystkim na sile rynkowej danego przedsiębiorstwa, pozwalającej mu angażować się w antykonkurencyjne praktyki. Ekonomiczne przyczyny podejmowania konkretnych zachowań nie miały natomiast większego znaczenia²³¹.

Edward Mason, przedstawiciel Uniwersytetu Harvarda, stworzył podwaliny szkoły harwardzkiej, którą później rozwijał Joe Bain²³². Podstawy tej myśli ekonomicznej zostały oparte na paradygmacie S-C-P (ang. *structure-conduct-performance*). Zgodnie z owymi założeniami struktura rynku (ang. *structure*) jest głównym czynnikiem określającym rodzaj działań przedsiębiorców (ang. *conduct*) mających zasadniczy wpływ na wydajność rynku (ang. *performance*)²³³. Innymi słowy, struktura rynku determinuje zachowanie firm, a zachowanie determinuje wyniki rynkowe (m.in. skuteczność, rentowność, postęp techniczny). Na przykład wysoka koncentracja w przemyśle wpływa na działania przedsiębiorstw, czego następstwem są negatywne wyniki, chociażby mniejsza produkcja i rażąco wysokie ceny. Dało to asumpt do rozwinięcia szkoły harwardzkiej o zawodność rynku i negatywne skutki nadmiernej koncentracji. Jednym z głównych celów prawa antymonopolowego miała być ochrona małych i średnich firm oraz swobody działalności gospodarczej przed ekspansją dużych przedsiębiorstw²³⁴.

W związku z powyższym negatywnie oceniano praktyki wykluczające przedsiębiorstw o znacznej sile rynkowej. Nie uwzględniano motywów takiego zachowania ani ich pozytywnego wpływu na gospodarkę (m.in. zwiększenia efektywności). Zdaniem Zbigniewa Jurczyka w interpretacji

²²⁹ R. Stroiński, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 483.

²³⁰ E. Fox, *What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect*, „Antitrust Law Journal” 2002, nr 70, s. 377.

²³¹ M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge 2004, s. 7.

²³² Zob. E.S. Mason, *Economic Concentration and the Monopoly Problem*, Cambridge 1957; J.S. Bain, *Barriers to New Competition*, Cambridge 1956.

²³³ I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 18.

²³⁴ Z. Jurczyk, *Cele polityki...*, op. cit., s. 16.

art. 102 TFUE dominuje filozofia podejścia strukturalnego²³⁵. Do założeń szkoły harwardzkiej Trybunał Sprawiedliwości nawiązał w słynnej formule *Hoffmann-La Roche*, zgodnie z którą konkurencja na danym rynku jest osłabiona z powodu samej obecności przedsiębiorstwa o pozycji dominującej²³⁶. Ten standard oceny znalazł odzwierciedlenie również w nowszym orzecznictwie. Przykładowo w wyroku w sprawie *British Airways* (2003) Trybunał stwierdził, że w celu stwierdzenia naruszenia art. 102 TFUE przez przedsiębiorstwo dominujące nie jest konieczne wykazanie, iż jego polityka rabatowa wywiera rzeczywisty skutek na rynku właściwym²³⁷. W tym kontekście omawiane podejście jest zbliżone do postulatów ordoliberalistów. Oba poglądy sugerowały bezwzględny zakaz praktyk wykluczających dominanta ze względu na samą ich naturę oraz silnie koncentrowały się na konkurencji statycznej, a nie na efektywności dynamicznej²³⁸.

Konkurencja statyczna oznacza stan rynku, w którym występuje optymalny rozdział środków produkcji, pozwalający na pełne zaspokojenie popytu przy możliwie najniższych kosztach wytwarzania. Wiąże się to ze strukturalnym nurtem konkurencji, gdzie dobrami chronionymi są swoboda działania uczestników rynku i wolność wyboru kontrahenta, a także wolność podejmowania działalności gospodarczej i zapewnienie dostępu do rynku każdemu konkurentowi. W tym modelu konkurencji konsument otrzymuje produkt lub usługę po możliwie najniższej cenie. Opisane warunki istnieją w modelu doskonałej konkurencji²³⁹.

Z kolei konkurencja dynamiczna kładzie nacisk na osiągnięcie wysokiego poziomu efektywności (m.in. przez rozwój innowacji). Konkurencja jest więc ciągłym procesem rozwoju technicznego. W rezultacie zwiększa się dobrobyt konsumentów, którzy uzyskują dostęp do coraz nowszych dóbr i usług. Przedsiębiorca może wykorzystywać przewagę techniczną do umocnienia swojej pozycji rynkowej (nawet o charakterze dominacji). Ściśle wiąże się to ze skutkowym nurtem konkurencji, którego istotą jest ochrona konkurencji jako mechanizmu regulującego zachowania rynkowe przedsiębiorstw; mechanizm ten prowadzi do maksymalnej efektywności gospodarczej, a przez to - do wzrostu dobrobytu konsumentów²⁴⁰.

Na gruncie szkoły harwardzkiej ukształtowała się teoria dźwigni (teoria lewarowania, ang. *leverage doctrine*). Zgodnie z nią przedsiębiorstwo mające siłę ekonomiczną na jednym rynku dąży do przeniesienia swej dominacji na inne rynki za pomocą praktyk stanowiących nadużycie pozycji dominującej. Podejście to legło u podstaw bezwzględnego zakazu sprzedaży związanej i pakietowej (w tym rabatów wieloproduktowych)²⁴¹.

Omawianą teorię Trybunał Sprawiedliwości wykorzystywał również w przypadku oceny rabatów warunkowych. W ten sposób TSUE opisał sytuację, w której dominant, wykorzystując swoją siłę ekonomiczną na niepodważalnej części popytu²⁴², zwiększał też dominację na podważalnej części popytu, a tym samym utrudniał konkurentom dostęp do rynku²⁴³.

²³⁵ *Ibidem*, s. 34.

²³⁶ Wyrok Trybunału w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche*, pkt 91.

²³⁷ Wyrok Trybunału z dnia 17.12.2003 r. w sprawie T-219/99 *British Airways przeciwko Komisji*, ECR 2003, s. II-5917, ECLI:EU:T:2003:343, pkt 264 (*Article 82 EC does not require it to be demonstrated that the conduct in question had any actual or direct effect on consumers. Competition law concentrates upon protecting the market structure from artificial distortions because by doing so the interests of the consumer in the medium to long term are best protected*).

²³⁸ D.B. Audretsch, W.J. Baumol, A.E. Burke, *Competition policy in dynamic markets*, „International Journal of Industrial Organization” 2001, nr 19, s. 627.

²³⁹ M. Kępiński, *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji* w: M. Kępiński (red.), *Prawo konkurencji - System Prawa Prywatnego*, t. 15, Warszawa 2013, s. 3.

²⁴⁰ *Ibidem*, s. 3-4.

²⁴¹ Zob. szerzej: I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 19.

²⁴² Czyli tej, która w każdym przypadku była realizowana u dominanta. Zostanie to przedstawione w podrozdziale 2.4.3.3.

²⁴³ Wyrok Trybunału z dnia 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel Corp. przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2014:547, pkt 93.

2.2.1.2. Szkoła chicagowska

Poglądy szkoły harwardzkiej zostały zakwestionowane przez nową myśl o antytyraniu, która pojawiła się w latach 70. XX w. na Uniwersytecie Chicagowskim. Szkoła chicagowska głosiła bowiem, że jedynym celem polityki i prawa konkurencji powinno być sprzyjanie dobrobytowi konsumenta (ang. *consumer welfare*) przez promocję efektywności²⁴⁴. Postulat, by egzekwowanie prawa antymonopolowego dążyło wyłącznie do tego celu, jest najbardziej charakterystyczną cechą szkoły chicagowskiej. W Stanach Zjednoczonych koncepcja ta wiodła prym od lat 70. aż do 90. i przyczyniła się do liberalizacji jednostronnych działań dominantów²⁴⁵.

Czołowymi przedstawicielami szkoły chicagowskiej byli: Robert Bork, Richard Posner, George Stigler, Harold Demsetz i Yale Brozen. Ich zdaniem im bardziej producenci dążą do zwiększania swoich dochodów, tym bardziej maksymalizowany jest dobrobyt konsumentów²⁴⁶. Pojęcie dobrobytu konsumentów interpretowane było więc bardzo szeroko, przez nawiązanie do ogólnej efektywności gospodarki (ang. *total welfare*)²⁴⁷ - najpełniej realizowanej wtedy, gdy zasoby społeczeństwa są alokowane tak, żeby w możliwie największym stopniu zaspokoić potrzeby konsumentów²⁴⁸.

Kwestionowane praktyki handlowe powinny być oceniane na podstawie tego, czy prowadzą do wzrostu cen, redukcji produkcji lub pogorszenia jakości produktów²⁴⁹. Jest to determinowane przez efektywność alokacyjną i produkcyjną. Zgodnie z definicją efektywności alokacyjnej Pareto²⁵⁰ sytuacja taka zachodzi wówczas, gdy zorganizuje się proces produkcji tak, że nikt nie może polepszyć swojej sytuacji, nie pogarszając jednocześnie sytuacji kogoś innego²⁵¹. Innymi słowy, ceny odzwierciedlają koszty produkcji, stąd firmy wytwarzają to, czego pragną konsumenci i za co są skłonni płacić²⁵². Sytuację tę przedstawia model doskonałej konkurencji. Z kolei efektywność produkcyjna to różnica między nakładami ponoszonymi przez przedsiębiorstwo a przychodem uzyskanym wskutek sprzedaży wytworzonych produktów²⁵³; produkcja jest maksymalizowana przez zastosowanie najefektywniejszej kombinacji czynników produkcji²⁵⁴.

Założenia szkoły chicagowskiej zrewolucjonizowały myślenie o prawie konkurencji i zostały w znacznym stopniu przeniesione na praktykę amerykańskich organów antymonopolowych w latach 80 XX w.²⁵⁵ W przeciwieństwie do rygorystycznej szkoły harwardzkiej szkoła chicagowska opowiadała się - w duchu reaganomiki²⁵⁶ - za zasadą nieinterweniowania w praktyki przedsiębiorstw, jeżeli nie można wykazać, że doprowadzą one do redukcji dobrobytu konsumentów. Tym samym zachowania dotychczas zakazywane lub reglamentowane na gruncie

²⁴⁴ Zob. R.H. Bork, *The Antitrust Paradox...*, s. 73-83.

²⁴⁵ Z. Jurczyk, *Cele polityki...*, op. cit., s. 26.

²⁴⁶ R. Posner, *The Chicago school of antitrust analysis*, „University of Pennsylvania Law Review” 1979, nr 127, s. 925-926.

²⁴⁷ Na wieloznaczność tego pojęcia zwraca się uwagę w literaturze przedmiotu. Zob. O. Andriychuk, *Can we protect competition without protecting consumers?*, „Competition Law Review” 2009, nr 1, s. 77-78; K.J. Cseres, *The controversies of the consumer welfare standard*, „Competition Law Review” 2007, nr 2, s. 121-173.

²⁴⁸ I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 20.

²⁴⁹ W.Q.M. Landes, R. Posner, *Market power in antitrust cases*, „Harvard Law Review” 1981, nr 5, s. 937.

²⁵⁰ Termin pochodzi od twórcy koncepcji - włoskiego ekonomisty Vilfredo Pareto (1848-1923), który użył jej w swoich badaniach nad efektywnością i dystrybucją dochodów.

²⁵¹ D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Kraków 2004, s. 43.

²⁵² Z. Jurczyk, *Cele polityki...*, op. cit., s. 20.

²⁵³ H.J. Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Law*, Saint Paul 1985, s. 45.

²⁵⁴ Z. Jurczyk, *Cele polityki...*, op. cit., s. 20.

²⁵⁵ W.H. Page, *The Chicago school and the evolution of antitrust*, „Virginia Law Review” 1989, nr 75, s. 1221.

²⁵⁶ Reaganomika (z ang. *reaganomics* - *Reagan* i *economics*) - polityka prowadzona w latach 80. XX w. przez prezydenta USA Ronalda Reagana, cechująca się m.in. zmniejszaniem wydatków budżetowych i ograniczaniem ingerencji państwa w gospodarkę.

art. 2 ustawy Shermana uznawano za dopuszczalne. W przeciwnym razie nakazywano je oceniać jako przejaw fałszywych pozytywów²⁵⁷.

Opierając się na neoklasycznej teorii cen, przedstawiciele szkoły chicagowskiej głosili (inaczej niż zwolennicy koncepcji strukturalnej), że rynek ma zdolność samoregulacji, a nadmierna ingerencja państwa w działania przedsiębiorstw może się przyczynić do zmniejszenia efektywności gospodarczej. Powyższe twierdzenie opierano na teorii pojedynczego zysku monopolisty (ang. *single monopoly profit theory*), zgodnie z którą przedsiębiorstwo dysponujące znaczącą siłą na rynku jednego produktu nie może wykorzystać swych monopolistycznych zysków do zdominowania innego rynku. Podano więc w wątpliwość teorię dźwigni oraz bezwzględny zakaz sprzedaży związanej i pakietowej (w tym rabatów wieloproduktowych)²⁵⁸. Odnosiło się to do szerszej kategorii chicagowskich założeń ekonomicznych, czyli do teorii niemożliwości (ang. *impossibility theorem*), zgodnie z którą niemożliwe jest, aby przedsiębiorstwa miały bodźce do angażowania się w określone praktyki, nawet jeśli posiadają siłę rynkową, gdyż nie ma to dla nich „ekonomicznego sensu” („*no economic sense*” test)²⁵⁹.

W myśl teorii niemożliwości stosowanie przez dominanta obniżek cenowych (także w formie rabatów) w celu wykluczenia konkurencji postrzegane było na gruncie tej szkoły jako strategia nieracjonalna i niemająca racji bytu. Podawano liczne argumenty: drapieżnik posiadający większy od konkurentów udział w rynku będzie ponosił proporcjonalnie większe straty; drapieżnictwo cenowe jest strategią niezwykle ryzykowną - obejmuje poświęcanie części zysków obecnych w zamian za hipotetyczne zyski monopolistyczne w przyszłości; aktywa ofiary opuszczającej rynek nie znikną i w wypadku podniesienia cen przez drapieżnika będą mogły zostać wykorzystane przez nową firmę lub samą ofiarę²⁶⁰. W związku z tym działanie powinno być zgodne z prawem. Opisane podejście znalazło odzwierciedlenie w amerykańskich wyrokach sądowych. Przykładowo w sprawie *Brooke Group*²⁶¹ praktykę udzielania rabatów ilościowych oceniano z perspektywy drapieżnictwa cenowego. Zdaniem sądu oprócz wykazania, że ceny są poniżej określonego kosztu, należy udowodnić, iż rzekomy drapieżca będzie miał możliwość odzyskania strat dzięki stosowaniu polityki cenowej po wykluczeniu konkurentów (ang. *recoupment test*)²⁶². Korespondowało to z poglądami szkoły chicagowskiej, zwrócono bowiem uwagę na konkretne skutki jednostronnych działań przedsiębiorstwa.

Przedstawiciele szkoły chicagowskiej polemizowali z poglądem, że praktyki dystrybucyjne dominantów w postaci transakcji wyłącznych (w tym rabaty lojalnościowe) są działaniami antykonkurencyjnymi. Na poparcie swojej tezy podawali argumenty dwójakiego rodzaju²⁶³.

Argumenty z pierwszej grupy opierały się na teorii pojedynczego zysku monopolisty. Jeżeli dostawca chce narzucić wyłączność, a sprzedawca się na to nie zgadza, ten pierwszy będzie musiał zmniejszyć cenę produktów i np. zaoferować korzystny rabat, by zyskać przychyłność drugiego. Cena dostawcy jest ograniczona gotowością klienta, który rezygnuje z transakcji, gdy jest ona przeciwko jego interesom. Wyłączność nie jest zatem narzucana, lecz pozyskiwana przez zmniejszanie ceny. Innymi słowy, racjonalny klient nie zgodzi się na podpisanie umowy

²⁵⁷ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op. cit., s. 292.

²⁵⁸ Zob. szerzej: I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 21; E. Elhauge, *Tying, bundled discounts, and the death of single monopoly profit*, „Harvard Law Review” 2009, nr 123, s. 413.

²⁵⁹ D. Evans, J. Padilla, *Designing antitrust rules for assessing unilateral practices: a neo-Chicago approach*, „University of Chicago Law Review” 2005, nr 72, s. 77.

²⁶⁰ J. McGee, *Predatory price cutting: the Standard Oil (N.J.) case*, „Journal of Law and Economics” 1958, nr 1, s. 137-169; N. Szadkowski, *Drapieżnictwo cenowe w teorii ekonomii i w praktyce orzeczniczej polskiego organu antymonopolowego* w: C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce...*, op. cit., s. 291-292.

²⁶¹ Wyrok w sprawie *Brooke Group Ltd. przeciwko Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993). Zob. podrozdział 3.3.1.2, w którym dokonano analizy tego orzeczenia.

²⁶² K. Kohutek, *Drapieżnictwo...*, s. 8-9.

²⁶³ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law...*, op. cit., s. 353.

hamującej konkurencję i dającej dostawcy możliwość podniesienia cen w przyszłości. Zwrócono więc uwagę na to, że klienci mogą odgrywać dużą rolę w stosowaniu zachęt lojalnościowych. Klienci wymieniają zobowiązania lojalnościowe na niższe ceny, czyli muszą być wynagradzani²⁶⁴. Z tej perspektywy rabaty to karta przetargowa w rękach przedsiębiorcy pragnącego skłonić klientów do wyłączności. Jednak dominanci także nie mają interesu w oferowaniu umowy na wyłączność - chyba że wyłączność będzie się wiązała z efektywnością²⁶⁵.

Drugi rodzaj argumentów wiązał się z uzasadnieniem stosowania omawianej praktyki ze względu na efektywność (ang. *efficiency justifications*). Skoro bowiem transakcje wyłączne nie mają charakteru antykonkurencyjnego, muszą wynikać z określonych motywów przedsiębiorstw. Są uzasadnione, jeśli mają cele handlowe, takie jak zapobiegnięcie efektowi *gapowicza* (ang. *free rider*) i ochrona inwestycji związanej z konkretną umową (ang. *relationship-specific investments*)²⁶⁶. Tym samym ekonomiści z Chicago sprzeciwili się harwardzkiemu postulatowi bezwzględnego zakazu transakcji wyłącznych. Stworzyli wspomnianą już regułę rozsądku, która zakłada, że określone zachowania rynkowe oprócz skutków negatywnych dla konkurencji mogą mieć również prokonkurencyjny charakter²⁶⁷.

2.2.1.3. Szkoła postchicagowska

Pod koniec lat 80. grupa ekonomistów pod kierunkiem Carla Shapiro, Michaela Salinger, Jonathana Bakera, Michaela Whinstona i Herberta Hovenkampa zapoczątkowała nową myśl w dziejach teorii konkurencji - szkołę postchicagowską²⁶⁸. Członkowie grupy powrócili do harwardzkich założeń zawodności rynku oraz podobnie jak harwardzcy akcentowali znaczenie nieekonomicznych wartości prawa i polityki konkurencji, chociażby ochrony małych i średnich przedsiębiorstw czy - na gruncie integracji europejskiej - rozwoju rynku wewnętrznego. Zwrócili także uwagę, że wartości te mogą być niekiedy realizowane kosztem celu, jakim jest efektywność gospodarcza²⁶⁹.

Przedstawiciele nowej szkoły za pomocą teorii gier konstruowali modele ekonomiczne podważające zasadność twierdzeń szkoły chicagowskiej. Krytyka teorii chicagowskiej koncentrowała się na zbytnej tolerancji wobec jednostronnych działań przedsiębiorstw o znacznej sile rynkowej przez uproszczenie oceny ich zachowań i niedostrzeganie zagrożeń dla funkcjonowania rynku. Opierając się na teorii podnoszenia kosztów rywali (ang. *raising rivals' costs*, RRC), twórcy szkoły postchicagowskiej dowodzili, że dominant może stosować różnorodne taktyki skutkujące zwiększeniem kosztów działalności gospodarczej obecnych i potencjalnych konkurentów.

Teoria gier (ang. *game theory*), wykorzystywana przy konstrukcji wspomnianych modeli, odwołuje się do strategicznych zachowań podejmowanych przez nieduże grupy wzajemnie uzależnionych konkurentów (graczy). Dany gracz, dążąc do maksymalizacji swej użyteczności, uzależnia własną strategię („ruch”) od tego, w jaki sposób będzie ona postrzegana przez innych graczy. Z kolei reakcja innych graczy (konkurentów) opiera się na obserwowaniu prawdopodobnych reakcji gracza pierwszego²⁷⁰. Za pomocą tej teorii można zobrazować matematycznie proces

²⁶⁴ D.A. Crane, *Bargaining over loyalty*, „Texas Law Review” 2013, nr 2, s. 256.

²⁶⁵ A.L. Director, *Law and the future: trade regulation*, „Northwestern University Law Review” 1956, nr 51, s. 281-296; R.H. Bork, W. Bowman, *The crisis in antitrust*, „Competition Law Review” 1965, nr 3, s. 366-367.

²⁶⁶ C.M. Landeo, K.E. Spier, *Exclusive dealing and market foreclosure: further experimental results*, „Journal of Institutional and Theoretical Economics” 2012, nr 168, s. 150.

²⁶⁷ I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 23.

²⁶⁸ *Ibidem*, s. 23.

²⁶⁹ R. van der Bergh, *Modern industrial organization versus old fashioned European competition law*, „European Competition Law Review” 1996, nr 2, s. 75 i nast.

²⁷⁰ D.G. Baird, *Game Theory and the Law*, Harvard 1994, s. 165-178.

podejmowania strategicznych decyzji. Inaczej niż w przypadku szkoły chicagowskiej analiza ma charakter dynamiczny - pozwala prześledzić kilka ruchów graczy.

Teoria gier okazała się narzędziem użytecznym w rewidowaniu poglądów ekonomicznych na temat drapieżnictwa cenowego, w tym praktyk rabatowych, które w orzecznictwie amerykańskim badane są pod tym kątem. Wskazano, że dominant przez stosowanie rażąco niskich cen może doprowadzić do wykluczenia lub marginalizacji konkurenta - a zarazem ostrzegać innych przedsiębiorców, iż w razie próby wejścia na dany rynek (względnie ekspansji) będą musieli się liczyć z jego agresywną polityką cenową. Takie zachowania dominanty, kreujące efekt sygnalizowania (ang. *signalling effect*), mogą zniechęcić inne przedsiębiorstwa do wywierania społecznie pożądanej presji konkurencyjnej²⁷¹.

Teoria podnoszenia kosztów rywali okazała się z kolei przydatnym narzędziem analitycznym do interpretacji dystrybucyjnych praktyk wykluczających, w tym rabatów lojalnościowych - jako *de facto* tworzących transakcję wyłączną. Wspomniana teoria opisuje strategię dominanty zmierzającą do podniesienia kosztów działalności konkurentów, stosowane po to, aby musieli oni zwiększyć ceny swych towarów (usług), a tym samym umożliwili dominantowi ustalenie ponadkonkurencyjnych cen²⁷². Teoria RRC nakazuje interpretować określone praktyki dominanty (zwłaszcza transakcje wyłączne i sprzedaż wiązaną) nie tyle jako strategię mającą prowadzić do faktycznej eliminacji lub marginalizacji konkurentów, ile jako działania zmierzające do podniesienia kosztów ich produkcji albo dystrybucji²⁷³. Skutkami zwiększenia kosztów działalności rywali są ograniczenie ich zdolności konkurencyjnych i ustanowienie progu („parasola”) cenowego, w ramach którego dominant może podnosić własne ceny²⁷⁴.

Szkola chicagowska pomijała czynnik siły rynkowej przedsiębiorstw, która przejawia się dysponowaniem znaczącymi korzyściami skali²⁷⁵, mogącymi tworzyć silne bariery wejścia dla konkurentów dominanty²⁷⁶. Przykładowo model ekonomiczny stworzony przez Ilyę R. Segalę i Michaela D. Whistona pokazał, że transakcje wyłączne mogą zniechęcać równie efektywnych rywali do wejścia na rynek. Gdyby wystarczająco wielu klientów podpisało taką umowę, potencjalni konkurenci nie mogliby uzyskać minimalnego poziomu efektywności (miary minimalnej wydajności, ang. *minimum viable scale*)²⁷⁷ ze względu na zbyt małą liczbę dostępnych klientów. Wejście na rynek okazałoby się więc nieopłacalne²⁷⁸.

Powyższy problem można zobrazować następującym przykładem: na rynku istnieje 100 potencjalnych kupujących, a w celu uzyskania minimalnego poziomu efektywności należy pozyskać 50 z nich; wystarczy zatem, by dominant zwabił 51 kupujących rabatem za wyłączność po to, by zniechęcić nowych uczestników do wejścia na rynek. Jeśli mu się to uda, może zostać monopolistą kosztem wszystkich kupujących, ale tylko części z nich zostanie to zrekompensowane obniżką ceny w formie rabatu. Kupujący, godząc się na transakcję wyłączną, stworzyli efekt zewnętrzny (ang. *externality*), czyli nałożyli dodatkowe koszty na przedsiębiorstwa chcące wejść na rynek (nastąpiło zwiększenie kosztów rywali). Jeśli produkty potencjalnych konkurentów są zróżnicowane względem oferty dominanty, konsumenci będą poszkodowani

²⁷¹ P. Bolton, *Predatory pricing: strategic theory and legal policy*, „Georgetown Law Journal” 2000, nr 88, s. 2244-2249; K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, s. 303.

²⁷² S.C. Salop, *Exclusionary conduct, effect on consumers, and the flawed profit-sacrifice standard*, „Antitrust Law Journal” 2006, nr 73, s. 315.

²⁷³ H. Hovenkamp, *Post-Chicago antitrust: a review and critique*, „Columbia Business Law Review” 2001, s. 321.

²⁷⁴ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, s. 304-305.

²⁷⁵ Korzyści skali (ang. *economies of scale*) stanowią korzyść w postaci malejących kosztów jednostkowych ze względu na wzrost produkcji.

²⁷⁶ H. Hovenkamp, *Antitrust policy after Chicago*, „Michigan Law Review” 1985, nr 84, s. 227.

²⁷⁷ Minimalny średni roczny poziom sprzedaży, który dany uczestnik musi stale osiągać, aby utrzymać rentowność po wejściu na dany rynek. Zob. American Bar Association, *Antitrust Law Developments*, t. I, Chicago 2007, s. 1569.

²⁷⁸ I.R. Segal, M.D. Whinston, *Naked exclusion: comment*, „American Economic Review” 2000, nr 90, s. 296-309.

przez zmniejszenie różnorodności i możliwości wyboru. Pozycja monopolistyczna pozwala także na eksploatację konsumentów przez podniesienie ceny. Obalono więc domniemanie przyjęte przez przedstawicieli szkoły chicagowskiej, że wszyscy potencjalni kupujący mają silną pozycję w negocjowaniu umowy na wyłączność, w zamian za co otrzymują niższą cenę.

Twórcy teorii chicagowskiej nie zwrócili też uwagi na koszty transakcyjne ciężące na uczestnikach rynku²⁷⁹. Kontynuując powyższy przykład, należy zauważyć, że zmniejszona liczba wolnych odbiorców uniemożliwia pokrycie wysokich kosztów stałych, które występują na rynkach charakteryzujących się znaczącymi korzyściami skali. Aby pozyskać minimalną liczbę 51 kupujących, części z nich trzeba by wynagrodzić straty poniesione z tytułu ewentualnego zerwania umowy z klauzulą wyłączności. Koszt zmiany dostawcy (ang. *switching costs*) to istotny element prawidłowej analizy prawno-ekonomicznej praktyk dominanta - m.in. lojalnościowych systemów rabatowych, traktowanych jak transakcje wyłączne²⁸⁰.

2.2.2. Ordoliberalizm

Pogląd, że rabaty lojalnościowe są aberracją handlową o przypuszczalnie niegodziwym charakterze, jest głęboko zakorzeniony w europejskim egzekwowaniu przepisów prawa konkurencji i sięga do ordoliberalnej tradycji²⁸¹. W literaturze podkreśla się ogromny wpływ ordoliberalnych idei ładu konkurencyjnego w procesie integracji europejskiej²⁸². Czołowi niemieccy reprezentanci zaangażowani w budowę ówczesnych Wspólnot Europejskich byli blisko związani z ordoliberalizmem²⁸³. Ponadto Unia deklaruje wśród swoich celów budowanie rynku wewnętrznego na podstawie społecznej gospodarki rynkowej o wysokiej konkurencyjności²⁸⁴.

Nurt ordoliberalny został zapoczątkowany przez niemieckich ekonomistów i prawników (skupionych wokół szkoły fryburskiej) między 1930 a 1950 r. - w odpowiedzi na kryzysy gospodarcze, polityczne i społeczne, do których doszło po upadku Republiki Weimarskiej w 1933 r. i powstaniu nazistowskich Niemiec. Ta koncepcja stała się „trzecią drogą”, położoną między gospodarką centralnie planowaną a leseferyzmem, głoszącą całkowitą neutralność państwa wobec przebiegu procesów gospodarczych. Ordoliberalizm określono jako ideologię²⁸⁵ *dążącą do osiągnięcia konkurencyjnego ładu, który byłby w stanie kontrolować przedsiębiorstwa prywatne, a także władzę polityczną w celu zapewnienia dobrobytu społeczeństwa, co gwarantują indywidualna wolność gospodarcza i stabilne ceny*²⁸⁶. Indywidualną wolność gospodarczą postrzegano jako konieczne dopełnienie wolności politycznej, a konkurencję - jako niezbędną dla wolności gospodarczej jednostki²⁸⁷. Ład konkurencyjny miał być środkiem

²⁷⁹ A.J. Meese, *Robert Bork's forgotten role in the transaction cost revolution*, „Antitrust Law Journal” 2014, nr 3, s. 953-982.

²⁸⁰ H.J. Hovenkamp, *Quasi Exclusive Dealing*, Uniwersytet Iowa 2011, s. 1; K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op. cit., s. 300.

²⁸¹ Ch. Ahlborn, C. Grave, *Walter Eucken and ordoliberalism: an introduction from a consumer welfare perspective*, „Competition Policy International” 2006, nr 2, s. 197-217.

²⁸² Zob. M. Moszyński, *Problemy teorii i polityki konkurencji w myśli ordoliberalnej*, „Ekonomia i Prawo” 2013, nr 2, s. 221-232; D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oksford 2001, s. 263.

²⁸³ Na przykład Walter Hallstein, pierwszy przewodniczący Komisji Europejskiej.

²⁸⁴ Społeczna gospodarka rynkowa wywodzi się właśnie od przedstawicieli tego nurtu, tj. Waltera Euckena i Alfreda Müllera-Armacka.

²⁸⁵ Termin „ordoliberalizm” jest nieprecyzyjny i problematyczny, gdyż odnosi się do wielu złożonych idei, których nie da się przedstawić w kilku zdaniach bez dokonania generalizacji. W zasadzie trudno uznać ordoliberalizm za jedną szkołę ekonomiczną - ze względu na mnogość przedstawicieli i długi okres rozwoju.

²⁸⁶ (...) *dedicated to achieving a competitive order that is able to control private economic and political power in order to ensure a prosperous and humane society, which guarantees individual economic freedom and price stability*. P. Marsden, L.L. Gormsen, *Guidance on abuse in Europe: the continued concern for rivalry and a competitive structure*, „Antitrust Bulletin” 2010, nr 4, s. 881.

²⁸⁷ F. Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago 1978, s. 179-190.

do osiągania celów zarówno ekonomicznych, jak i pozaekonomicznych (humanistycznych, politycznych)²⁸⁸, co zostało zaprezentowane w tabeli 8.

Omawiana ideologia głosiła potrzebę ochrony procesu konkurencji, który gwarantuje równość i swobody obywatelskie. Możliwość konkurowania traktowano jako prawo podstawowe i wartość samą w sobie, wykraczającą poza efektywność gospodarczą²⁸⁹. Prawdziwymi motywami stojącymi za uchwaleniem prawa antymonopolowego były więc nie tyle ekonomiczna efektywność i skuteczna kontrola gospodarcza, ile sprawiedliwość społeczna i wolności obywatelskie, zagrożone przez monopole. Ordoliberalizm wykorzystywał ekonomię, ale tylko po to, by rozwijać wolność indywidualną²⁹⁰.

Tabela 8

Kluczowe zasady i cele ordoliberalnej teorii konkurencji

Konkurencyjny ład „całkowitej konkurencji” (ang. <i>competitive order of „complete competition”</i>)	Rolą prawa konkurencji jest zapewnienie integralności procesów konkurencji, zagrożonej przez koncentrację władzy gospodarczej. To cel sam w sobie, a nie środek wykorzystywany po to, aby osiągnąć określony efekt gospodarczy (np. dobrobyt konsumentów).
Regulacja monopoli i zakaz „form utrudniania konkurencji” (ang. <i>form of impediment competition</i>)	Prawodawstwo powinno tworzyć sytuację, w której monopoliści zachowują się analogicznie do konkurencji. Formy utrudniania konkurencji, takie jak rabaty lojalnościowe, są zakazane <i>per se</i> . Cena ma być kształtowana tylko przez „grę popytu i podaży”.
Dostęp do rynku dla wszystkich podmiotów gospodarczych - uczciwe cele (ang. <i>fairness goals</i>)	Indywidualna wolność gospodarcza jest podstawą konkurencyjnego ładu. Konkurencja staje się skuteczna tylko wtedy, gdy jest wolna. Prawo powinno chronić konkurentów i proces konkurowania.

Źródło: opracowanie własne na podstawie: D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford 2001; W. Eucken, *The Foundation of Economics - History and Theory in the Analysis of Economic Reality*, Berlin-Nowy Jork 1992.

W związku z tym gospodarka rynkowa stanowi klucz do dobrobytu i humanitarnego społeczeństwa, a konkurencja (i tylko konkurencja) może przyczynić się do osiągnięcia trwałego rozwoju. Jednakże nie każdy rodzaj konkurencji może osiągnąć te korzystne cele - mowa wyłącznie o „całkowitej konkurencji”, gdy żadne przedsiębiorstwo nie może wymusić konkretnego zachowania innych podmiotów prywatnych. Całkowita konkurencja może być określona przez dwa czynniki. Po pierwsze, cena nie jest narzucana w postaci strategii przedsiębiorstw, lecz przyjmowana przez rynek; każdy z uczestników jest „cenobiorcą”. Po drugie, nie ma praktyk, które powodują, że całkowita konkurencja nie istnieje. Rynek zapewnia więc wydajną konkurencję (ang. *performance competition*, niem. *Leistungswettbewerb*).

Chociaż całkowita konkurencja nie jest wiązana z żadnym modelem ekonomicznym, najlepiej oddaje ją model konkurencji doskonałej²⁹¹. Założenia ordoliberalne legły u podstaw unijnego zakazu nadużycia pozycji dominującej oraz miały duży wpływ na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości i praktykę decyzyjną Komisji Europejskiej. Znalazło to wyraz w poszczególnych instytucjach prawnych, które dotyczyły stosowania art. 102 TFUE, w szczególności w doktrynie

²⁸⁸ Zob. W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tybinga 1952, s. 290.

²⁸⁹ W. Sauter, *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Oksford 2003, s. 47.

²⁹⁰ F. Böhm, *Democracy and economic power w: Cartel and Monopoly in Modern Law*, Karlsruhe 1961, s. 28.

²⁹¹ Ch. Ahlborn, A.J. Padilla, *From fairness to welfare: implications for the assessment of unilateral conduct under EC competition law w: C.D. Ehlermann, M. Marquis (red.), European Competition Law...*, op. cit., s. 65-66.

„szczególnej odpowiedzialności” ciążyącej na przedsiębiorstwach dominujących oraz formalnym podejściu do niektórych praktyk dominantów²⁹².

Takie formalistyczne podejście odnosiło się także do udzielania rabatów warunkowych, co stanowiło bezpośrednią realizację ordoliberalnych idei. Już bowiem w 1949 r. Walter Eucken, czołowy przedstawiciel ordoliberalizmu, stwierdził, iż rabaty lojalnościowe *wyrażnie wskazują, że pełna konkurencja nie istnieje, ponieważ środki te nie mogą być realizowane w ramach pełnej konkurencji*²⁹³. Zgodnie z modelem doskonałej konkurencji należy się spodziewać, że rywalizujące przedsiębiorstwa obniżą ceny do kosztów krańcowych, które nie pozostawiają możliwości udzielania dalszych rabatów. Tym samym Eucken uważał, iż firmy z siłą rynkową używają rabatów lojalnościowych, aby zapobiec powstawaniu konkurentów i zamknąć podaż²⁹⁴. W związku z powyższym rabaty powinny być zakazane, gdyż jest to forma utrudniania konkurencji²⁹⁵, a władza państwowa musi zapobiegać praktykom gospodarczym obcym dla tego systemu (m.in. rabatom lojalnościowym), ponieważ zachowanie monopolisty winno być „analogiczne do konkurencji”²⁹⁶. Zakaz praktyk rabatowych to zatem podstawowa zasada wynikająca z konkurencyjnego ładu²⁹⁷.

Jak podkreśla Konrad Kohutek, w orzecznictwie unijnym wolność konkurencji rozumiana jest często ordoliberalnie - jako swoboda uczestniczenia w rynku w sposób niezagrożony przez siłę innych przedsiębiorstw. Taka koncepcja kładzie nacisk na zapobieganie powstawaniu lub kumulowaniu prywatnej siły rynkowej mogącej stanowić zagrożenie dla kluczowych wartości. Beneficjentami tak pojmowanej wolności są klienci dominanta i jego konkurenci. Zakazywanie praktyki dominantów uznawano za ograniczanie klientom wyboru (swobodnego dostępu do rynku zaopatrzenia) lub za ograniczanie konkurentom dostępu do klientów, co można interpretować jako naruszenie ordoliberalnej wolności konkurencji²⁹⁸. Niezwykła waga, jaką przypisywano ochronie tych wartości, uwidoczniła się już w pierwszym raporcie Komisji, który dotyczył polityki konkurencji. Konkurencja została tam przedstawiona jako najlepszy stymulator działalności gospodarczej, gwarantujący wszystkim największą wolność działania²⁹⁹.

Próba wskazania istoty koncepcji ordoliberalnej musi jednak polegać na oddzieleniu sensu konkretnych twierdzeń od historycznego i kulturowego kontekstu³⁰⁰. Gdy definiuje się podejście europejskie jako następstwo szkoły fryburskiej, należy to czynić z aktualnej perspektywy. Podejście to opiera się na ordoliberalizmie wprowadzonym do traktatów założycielskich, ale korzystającym z bardziej nowoczesnych narzędzi ekonomicznych, niedostępnych ok. pół wieku temu³⁰¹. Doris Hildebrand użyła terminu „szkoła europejska” i zdefiniowała go jako *szkołę naukową, która odnosi się do teorii szkody odpowiednio do celów osadzonych w unijnym prawie konkurencji*³⁰². Prawo i polityka konkurencji Unii Europejskiej nie są prostą pochodną modeli i teorii ekonomicznych - są wypadkową poglądów wyrażonych przez ekonomistów, prawników i polityków na podstawie zastanego, historycznego systemu prawa. Podejście europejskie to

²⁹² D. Hildebrand, *The European school in EC competition law*, „World Competition” 2002, nr 1, s. 3; K. Kamińska, *Wpływ ordoliberalizmu na rozwój polityki konkurencji w RFN i Unii Europejskiej*, „Ekonomia i Prawo” 2013, nr 2, s. 240;

²⁹³ (...) clearly indicate that complete competition does not exist because these measures cannot be implemented under complete competition. W. Eucken, *The competitive order and its implementation*, „Competition Policy International” 2006, nr 2, s. 230.

²⁹⁴ *Ibidem*, s. 233.

²⁹⁵ *Ibidem*, s. 234.

²⁹⁶ *Ibidem*, s. 236.

²⁹⁷ *Ibidem*, s. 241.

²⁹⁸ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op. cit., s. 63 i nast.

²⁹⁹ Tak: K. Kamińska, *Wpływ ordoliberalizmu...*, op. cit., s. 241.

³⁰⁰ M. Miszewski, *Ordoliberalizm jako podstawa polityki gospodarczej dla współczesnej Europy*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu” 2011, nr 190, s. 14.

³⁰¹ D. Hildebrand, *The emergence of the European School*, „Concurrences” 2012, nr 2, s. 4.

³⁰² *The European school is school of thought with respect to theories of harm with corresponding to the goals with embedded in EC competition law*. D. Hildebrand, *The Role...*, op. cit., s. 97.

kompilacja dotychczasowych teorii ekonomicznych (szkoły fryburskiej i szkół amerykańskich), stworzona z uwzględnieniem celów, potrzeb i wartości integracji europejskiej³⁰³.

2.3. PODSTAWOWE ZASADY I NARZĘDZIA MIKROEKONOMII

Aby prawidłowo ocenić przyczyny stosowania praktyk rabatowych oraz ich skutki dla konkurencji, należy przybliżyć ekonomiczną siatkę pojęciową i podstawowe zasady mikroekonomii, wykorzystywane w analizie tego złożonego problemu. Prawo konkurencji opiera się bowiem na założeniach neoklasycznej ekonomii, zgodnie z którą wolny i konkurencyjny rynek, będący motorem rozwoju dzięki efektywnej alokacji dostępnych zasobów, stanowi źródło rozwoju społecznego (użyteczności). Konkurencji nie chroni się dla samej idei rywalizacji - bierze się pod uwagę korzyści z niej płynące. Celami współzawodnictwa są stworzenie optymalnych warunków do zawierania umów oraz taki rozdział dóbr i usług, który najlepiej stymuluje rozwój techniki³⁰⁴.

Dążąc do jak największego zysku, przedsiębiorstwa starają się produkować więcej i lepiej niż ich konkurenci oraz możliwie najtaniej (minimalizują jednostkowe koszty produkcji). Wymaga to poszukiwania najtańszych kombinacji czynników produkcji oraz wprowadzania innowacji technicznych i organizacyjnych obniżających koszty. Warunki efektywnej konkurencji między przedsiębiorstwami stwarzają więc silne bodźce do optymalizacji skali produkcji i racjonalnego wykorzystania czynników produkcji³⁰⁵. Państwo winno powstrzymywać się od interwencji w rynek, o ile nie występują na nim nieprawidłowości, np. w postaci monopolizacji. Prawo konkurencji jest zatem remedium na sytuacje, w których prawidłowe funkcjonowanie rynku się załamuje³⁰⁶.

Stąd powszechnie uznaje się, iż celem prawa konkurencji jest maksymalizacja dobrobytu i efektywności, co można zobrazować za pomocą modeli i koncepcji ekonomicznych. Sprawia to, że nieostre zwroty prawne i polityczne są wypełniane ekonomiczną treścią³⁰⁷. W przeciwieństwie do teoretycznej oceny praktyki rabatowej z perspektywy przedstawionych teorii ekonomicznych podstawowe zasady mikroekonomii nie wywołują tylu kontrowersji i są z powodzeniem wykorzystywane przez różnych przedstawicieli szkół ekonomicznych. Problemy i spory ekonomiczne dotyczą głównie sposobu zastosowania tych zasad oraz interpretacji empirycznych dowodów³⁰⁸.

Ekonomia to nauka o prawidłowościach rządzących procesem gospodarowania. Bada, w jaki sposób społeczeństwo decyduje, co, jak i dla kogo wytwarzać. Istotnym uwarunkowaniem jest tutaj ograniczenie zasobów gospodarczych (m.in. zasobów ludzkich, narzędzi, żywności). Mikroekonomia analizuje sposób działania oraz zachowywania się na rynku poszczególnych producentów i konsumentów (sprzedawców i nabywców)³⁰⁹. Do podstawowych narzędzi używanych w mikroekonomii należą modele ekonomiczne, stanowiące uproszczony obraz rzeczywistości ekonomicznej. Modele graficzne umożliwiają szybki wgląd w ekonomiczne związki przyczynowo-skutkowe. Na poziomej osi (X) najczęściej umieszcza się skalę ilościową (ang. *quantity*, Q), a na osi pionowej (Y) - skalę cenową (ang. *price*, P). Następnie do wykresu wprowadza się linie (np.

³⁰³ *Ibidem*, s. 96.

³⁰⁴ M. Kępiński, *Pojęcie...*, op. cit., s. 3.

³⁰⁵ R. Milewski, *Elementarne zagadnienia ekonomii*, Warszawa 1993, s. 93.

³⁰⁶ A. Smith, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Warszawa 1954, s. 9 i nast.

³⁰⁷ Co nie oznacza oczywiście, że różne modele i koncepcje ekonomiczne są doskonale i bezsporne. Fundamentalną kwestią jest możliwość recypowania ich na potrzeby stosowania prawa. Należy uwzględnić m.in. to, czy koszty społeczne nie przewyższają korzyści, które za sobą niosą.

³⁰⁸ E. Gellhorn, *An introduction to antitrust economics*, „Duke Law Journal” 1975, nr 1, s. 3.

³⁰⁹ D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch, *Ekonomia*, Warszawa 1993, s. 28-46.

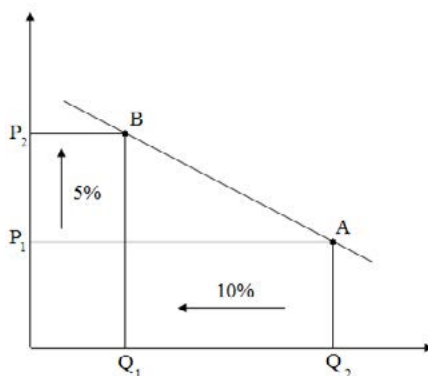
krzywe popytu i podaży), które przedstawiają stosunek wzajemny zmiennych umieszczonych na osiach X i Y³¹⁰. Z kolei dla szybkiej interpretacji i analizy danych statystycznych kluczowe znaczenie mają wskaźniki (indeksy) ekonomiczne. Opisują one wartości względne zmiennych ekonomicznych, czyli relacje między określonymi wielkościami ekonomicznymi. Za pomocą indeksów można analizować daną sytuację ekonomiczną i przewidywać zmiany³¹¹.

2.3.1. Strona popytowa (elastyczność popytu, nadwyżka konsumenta)

Pod pojęciem „rynek” ekonomiści rozumieją abstrakcyjne lub konkretne miejsce spotkania podaży i popytu. Chodzi tu o proces, w którym decyzje dotyczące produkcji i konsumpcji są skoordynowane za pomocą cen³¹². Popyt (ang. *demand*, D) określa z jednej strony zapotrzebowanie określonej osoby (popyt indywidualny), a z drugiej - sumę wszystkich zapotrzebowań w odniesieniu do jednego dobra albo usługi (popyt rynkowy). Z kolei podaż (ang. *supply*, S) jest sumą dóbr i usług oferowanych przez indywidualnego sprzedawcę (podaż indywidualna) oraz wszystkich potencjalnych sprzedawców (podaż rynkowa).

Na wolnym rynku kupujący i sprzedający nie podlegają żadnym ograniczeniom ani przymusowi ze strony podmiotów zewnętrznych (np. władzy publicznej), a warunki transakcji - w szczególności cena - zależą jedynie od obopólnej zgody. W gospodarce wolnorynkowej cenę każdorazowo determinuje związek między popytem na produkt a jego podażą („gra popytu i podaży”). Przy użyciu zasad równowagi podaży i popytu oraz *ceteris paribus*³¹³ można stwierdzić, że po zwiększeniu ceny produktu zmaleje poziom jego sprzedaży (patrz wykres 1).

Wykres 1
Elastyczna krzywa popytu



Objaśnienia podano w tekście.

W wyniku 5-procentowego wzrostu ceny określonego dobra (przesunięcie na osi Y z P_1 na P_2) nastąpiło 10-procentowe zmniejszenie zapotrzebowania (przesunięcie na osi X z Q_2 na Q_1). Tym samym doszło do przesunięcia równowagi na krzywej popytu z punktu A do punktu B. Jednocześnie 5-procentowy spadek cen (z P_2 na P_1) spowodowałby 10-procentowy wzrost popytu,

³¹⁰ Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne...*, op. cit., s. 10.

³¹¹ B. Czarny, *Wstęp do ekonomii*, Warszawa 2006, s. 22.

³¹² D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch, *Ekonomia...*, op. cit., s. 48.

³¹³ Z łac. 'inne takie samo'. Świadome odrzucenie okoliczności, które zaburzałyby zajście pewnych wydarzeń, w modelu ekonomicznym - ukazującym uproszczony obraz rzeczywistości.

tj. zapotrzebowania konsumentów (z Q_1 na Q_2). Punkt równowagi znalazłby się w punkcie A. Zależność między popytem a ceną jest więc zależnością odwrotną. Punkty A i B określają cenę równowagi, czyli cenę równoważącą rynek danego dobra (np. rynek czekolady). Oznacza to, że przy określonych cenach (P_1, P_2) wielkość zapotrzebowania jest równa ilości oferowanej (Q_1, Q_2)³¹⁴.

Stopień wrażliwości popytu na zmianę ceny danego dobra określa cenowa elastyczność popytu (ang. *price elasticity of demand*). Elastyczna krzywa popytu oznacza, że siła reakcji konsumentów na zmianę ceny dobra lub usługi jest procentowo wyższa niż procentowa zmiana tej ceny (patrz wykres 1). W wyniku wzrostu cen o 5% zapotrzebowanie na konkretne dobro zmalało o 10%. Produkt, który ma wiele substytutów³¹⁵, zasadniczo charakteryzuje się elastycznym popytem. Gdy zaś procentowa zmiana popytu jest mniejsza niż procentowy spadek ceny, popyt określa się jako nieelastyczny. Cenowa elastyczność popytu pozwala więc ustalić, o ile procent zmieni się chęć nabycia danego dobra (popyt), jeżeli cena towaru zmieni się o 1%. Im mniej elastyczny jest popyt, tym bardziej monopolista będzie chętny do podnoszenia cen (a jednocześnie nadal będzie w stanie zwiększać swój dochód)³¹⁶. To twierdzenie można zobrazować za pomocą następującego wzoru:

$$E = \frac{\Delta P}{P} \div \frac{\Delta c}{c}$$

Współczynnik cenowej elastyczności popytu (E) jest równy stosunkowi względnej zmiany ilości danego dobra (Δp - zmiana wielkości popytu na skutek zmiany ceny; P - dotychczasowa wielkość popytu na dane dobro przy cenie c) do względnej zmiany jego ceny (Δc - zmiana wysokości ceny danego dobra; c - dotychczasowa cena danego dobra). W przypadku przedstawionym na wykresie 1 cenowa elastyczność popytu wynosi 2 ($E_c = 2$). Z kolei mieszana (krzyżowa) cenowa elastyczność popytu informuje o reakcji popytu na dobro X na zmianę ceny dobra substytucyjnego bądź komplementarnego³¹⁷ (dobra Y). Wysoka elastyczność między dwoma dobrami lub usługami wskazuje, że mają one wysoki stopień substytucyjności (zastępowalności). Na przykład: jeżeli wzrost ceny produktu Y prowadzi do zwiększonego popytu na produkt X , to krzyżowa elastyczność jest pozytywna i te dwa dobra stanowią jeden rynek właściwy³¹⁸. Jeżeli natomiast cena produktu Y i popyt na produkt X maleją - elastyczność jest ujemna, a te dwa produkty są uważane za komplementarne (uzupełniające się). Przykładowo wzrost cen benzyny może doprowadzić do spadku popytu na samochody z wysokim zużyciem paliwa³¹⁹.

³¹⁴ D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch, *Ekonomia...*, op. cit., s. 85.

³¹⁵ Dobra substytucyjne to takie, które mogą się nawzajem zastępować w zaspokajaniu określonych potrzeb (np. masło i margaryna).

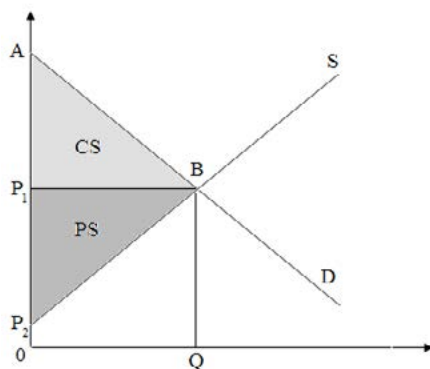
³¹⁶ OECD, *Glossary of industrial organisation economics and competition law*, 1993, s. 41-42. Dostępne na stronie internetowej: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf> (data dostępu: 5.05.2015 r.).

³¹⁷ Dobra komplementarne to takie, które wzajemnie się uzupełniają (np. komputer i klawiatura).

³¹⁸ Na zaletę tego wskaźnika w określaniu struktury rynku zwraca się uwagę w literaturze. Zob. R.L. Bishop, *Elasticities, cross-elasticities, and market relationships*, „American Economic Review” 1952, nr 2, s.779-803.

³¹⁹ P. Prisecaru, *Microeconomic analysis in competition policy*, „Global Economic Observer” 2013, nr 2, s. 52.

Wykres 2
Nadwyżka konsumenta i producenta



Objaśnienia podano w tekście.

Z krzywą popytu wiąże się koncepcja nadwyżki konsumenta (ang. *consumer surplus*, CS), która pozwala ekonomicznie zmierzyć dobrobyt konsumentów. Tę koncepcję obrazuje krańcowa gotowość do płacenia - pozwalająca ustalić (dla dowolnego punktu na krzywej popytu), jaką cenę gotów byłby zapłacić nabywca za każdą dodatkową jednostkę danego dobra³²⁰. Wielkość nadwyżki konsumenta stanowi różnicę między kwotą, jaką nabywca jest skłonny zapłacić za określoną ilość towaru, a kwotą, jaką musi zapłacić w rzeczywistości. Nadwyżka konsumenta to zatem kwota, którą kupujący zatrzymuje dla siebie w sytuacji, gdy przy obowiązującym poziomie cen byłby gotowy zapłacić cenę wyższą³²¹. Wykres 2 pokazuje nadwyżkę konsumenta (CS) w wysokości pola trójkąta ABP₁. Jest to różnica między gotowością do zapłacenia (pole ABQO) a faktycznie zapłaconą ceną (pole AP₁B). Im niższa cena dobra, tym większy dobrobyt konsumentów.

2.3.2. Strona podaźowa (koszty i zyski przedsiębiorstwa)

Podstawą analizy ekonomicznej prawa konkurencji jest założenie o racjonalności wyborów dokonywanych przez przedsiębiorstwa, które dążą do maksymalizacji zysku. Zysk przedsiębiorstwa to jego przychód pomniejszony o poniesione koszty. Z kolei przychody stanowią iloczyn wyprodukowanej ilości dóbr oraz ich ceny. Koszty są sumą iloczynów ilości i cen czynników użytych do produkcji. Przychód krańcowy to przychód przypadający na wyprodukowanie kolejnej jednostki produktu. Można to zobrazować za pomocą dwóch prostych równań:

- przychód całkowity (ang. *total revenue*, TR) - ilość dóbr (Q) × cena (P);
- przychód krańcowy (ang. *marginal revenue*, MR) = $\Delta TR / \Delta Q$, gdzie Δ (delta) oznacza przyrost określonej wielkości³²².

Oznacza to, że polityka kosztowa realizowana przez przedsiębiorstwa jest krokiem pośrednim na drodze do maksymalizacji zysków³²³. W krótkim okresie cel ten zostaje osiągnięty wówczas, gdy

³²⁰ Zgodnie z prawem malejącej użyteczności krańcowej wraz ze wzrostem konsumpcji danego dobra kolejne jego jednostki powodują coraz mniejszy przyrost użyteczności dla konsumenta. W związku z tym będzie on skłonny płacić coraz mniej.

³²¹ Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne...*, op. cit., s. 19.

³²² Przykładowo wzrost TR z 200 tys. zł przy produkowaniu 40 komputerów do 300 tys. zł przy produkowaniu 60 komputerów oznacza, że $\Delta TR = 100$ tys. zł; $\Delta Q = 20$; $MR = 5$ tys. zł - przychód przypadający na produkcję kolejnej jednostki (komputera) wynosi 5 tys. zł.

³²³ *Ibidem*, s. 22.

$MC = MR$, czyli koszt krańcowy jest równy przychodowi krańcowemu³²⁴. Wyróżniamy koszty stałe i koszty zmienne. Pierwsze nie są zależne od wielkości produkcji; nawet gdy przedsiębiorstwo nic nie produkuje, musi ponosić pewne koszty, np. koszt najmu i koszty administracyjne. Koszty zmienne są z kolei bezpośrednio związane z produkcją (np. cena materiałów). Suma tych kosztów daje koszt całkowity. Jeżeli więc producent zwiększy produkcję, koszty stałe pozostaną na tym samym poziomie, a koszty zmienne wzrosną ze względu na ilość czynników produkcji użytych do wytworzenia kolejnej jednostki dobra. Nastąpi tym samym wzrost kosztu całkowitego. Różnica kosztów całkowitych po wzroście produkcji o jednostkę (czyli przed zwiększeniem produkcji i po nim) wyznacza koszt krańcowy. Koszt krańcowy rośnie zatem z powodu wzrostu kosztów zmiennych³²⁵. Najczęściej stosowane pojęcia kosztowe zostały syntetycznie opisane w tabeli 9.

Tabela 9

Pojęcia kosztowe

Pojęcie	Skrót	Definicja
koszty całkowite (ang. <i>total cost</i>)	TC	suma kosztów stałych i kosztów zmiennych (FC + VC)
koszty stałe (ang. <i>fixed cost</i>)	FC	koszty, które powstają niezależnie od wielkości produkcji i aktywności producenta
koszty zmienne (ang. <i>variable cost</i>)	VC	koszty, które zmieniają się wraz z wielkością produkcji
średnie koszty całkowite (ang. <i>average total cost</i>)	ATC	łączne koszty przypadające na jednostkę, tj. podzielone przez liczbę wyprodukowanych jednostek (TC, Q)
średnie koszty zmienne (ang. <i>average variable cost</i>)	AVC	koszty zmienne przypadające na jednostkę, tj. podzielone przez liczbę wyprodukowanych jednostek (VC, Q)
koszty krańcowe (ang. <i>marginal cost</i>)	MC	koszty przypadające na wyprodukowanie kolejnej jednostki produktu (ΔTC , ΔQ)
średnie koszty możliwe do uniknięcia (ang. <i>average avoidable cost</i>)	AAC	koszty, które nie zostałyby poniesione, gdyby określona część produkcji została zrealizowana (wtedy, gdy można uniknąć tylko kosztów zmiennych, średnie koszty możliwe do uniknięcia odpowiadają średnim kosztom zmiennym)

Źródło: opracowanie własne na podstawie: Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Bonn-Warszawa 2007, s. 24.

Analiza kosztowa jest niezbędna przy ocenie praktyk dominanta: drapieżnictwa cenowego i - bardzo często - rabatów³²⁶. Metoda identyfikacji cen drapieżnych ukształtowana w orzecznictwie unijnym bazowała na porównywaniu cen dominanta z określonym rodzajem jego kosztów, czyli na teście cenowo-kosztowym (ang. *price-cost test*). W wyroku w sprawie AKZO TSUE przyjął, że stosowanie przez dominanta cen poniżej średnich kosztów zmiennych (AVC) jest nieracjonalne i tym samym zmierza do wykluczenia konkurencji. Tworzy to samo przez się domniemanie nadużycia pozycji dominującej. Gdy natomiast cena za towary lub usługi znajduje się powyżej AVC, ale jest niższa niż średni koszt całkowity (ATC), przyjęcie tego domniemania wymaga

³²⁴ Mówiąc prościej: gdy przychód wynikający ze zwiększenia produkcji o dodatkową jednostkę przewyższa koszty jej wytworzenia i tym samym przynosi zysk.

³²⁵ R. Milewski, *Elementarne...*, op. cit., s. 188-189.

³²⁶ Ocena rabatów z perspektywy drapieżnictwa cenowego jest charakterystyczne zwłaszcza dla amerykańskiego prawa antytrustowego.

spełnienia przesłanki subiektywnej - polegającej na tym, że dominant dąży do eliminacji konkurentów³²⁷.

Zastosowanie AVC w ocenie cen drapieżnych zaproponowali w połowie lat 70. XX w. Turner i Areeda³²⁸. Chociaż najlepszym wskaźnikiem byłby według nich koszt krańcowy, gdyż w modelu doskonałej konkurencji dąży do niego równowaga rynkowa, w praktyce bardzo trudno go ustalić. Wskaźnik AVC jest zaś najbardziej zbliżony do MC i jednocześnie prostszy do obliczenia³²⁹ - choć w niektórych branżach stosowanie kosztów zmiennych nie będzie odpowiednie. Przykładowo w branży wysokich technologii koszty stałe są bardzo duże, a zmienne - relatywnie niskie, w związku z czym nawet bardzo niskie ceny mogą być od nich wyższe i przyczynić się do eliminacji konkurencji³³⁰.

Obliczenie kosztów zmiennych może czasami nastręczać problemów, w szczególności jeżeli przedsiębiorstwo, którego koszty są badane, wytwarza więcej niż jeden produkt i stosuje rabat wieloproduktowy. Jak podkreśla Nikodem Szadkowski, *wynika to z arbitralności związanej z alokacją kosztów wspólnych dla różnych grup produktów, która powoduje, iż obliczenie „rzeczywistego” kosztu zmiennego związanego z produkcją danego wyrobu jest w zasadzie niemożliwe*³³¹.

Komisja w swoich wytycznych zastąpiła kryterium AVC odwołaniem się do średnich kosztów możliwych do uniknięcia (AAC)³³². Określają one przypadający na dodatkową jednostkę produktu koszt, którego drapieżnik by nie poniósł, gdyby nie wypuścił na rynek dodatkowej produkcji związanej z realizacją drapieżnej strategii. Na AAC składają się zarówno AVC, jak i specyficzne dla wytworzenia danego produktu koszty stałe (FC). Wskaźnik ten ma zatem szerszy zakres i wydaje się bardziej miarodajny dla prawidłowej weryfikacji „poświęcenia zysków” przez dominanta³³³ - nie zawiera bowiem kosztów utopionych poniesionych przed okresem niskich cen i obejmuje wszystkie koszty, których firma mogłaby uniknąć, gdyby nie rozszerzyła produkcji. Rozkłada się też na dodatkowe jednostki produktu, a nie na całość produkcji, jak w przypadku AVC. Lepiej więc niż koszty przeciętne odzwierciedla faktyczne koszty związane z dodatkową produkcją - sprzedawaną po rzekomo rażąco zaniżonych cenach³³⁴.

Analiza kosztowa jest także kluczowa przy ocenie przesłanki antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku za pomocą testu równie efektywnego konkurenta (ang. *as efficient competitor test*, AEC-Test; pol. *test AEC*). Zdaniem Komisji zazwyczaj jedynie stosowanie cen niższych od długookresowego średniego kosztu przyrostowego (ang. *long-run average incremental cost*, LRAIC) może doprowadzić do zamknięcia rynku³³⁵. Jest to średnia wszystkich kosztów (zmiennych i stałych), które przedsiębiorstwo ponosi w celu wytworzenia danego produktu³³⁶. Przy spełnieniu testu kosztowo-cenowego (tj. gdy ceny są poniżej AAC) zostanie także spełniona przesłanka stosowania cen poniżej LRAIC, a zatem test AEC³³⁷.

Co więcej, analogicznie do nadwyżki konsumenta, także nadwyżka producenta jest ważnym instrumentem określania dobrobytu pojedynczego oferenta i oferentów (producentów) łącznie. Nadwyżka producenta wiąże się ściśle z krzywą podaży. Dla indywidualnego oferenta krzywa podaży

³²⁷ K. Kohutek, *Drapieżnictwo...*, s. 4.

³²⁸ P. Areeda, D.P. Tuner, *Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act*, „Harvard Law Review” 1975, nr 88, s. 697-733.

³²⁹ N. Szadkowski, *Drapieżnictwo...*, op. cit., s. 302-303.

³³⁰ M. de la Mano, B. Durand, *A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predatory Pricing under Article 82*, European Commission (Office of the Chief Economist), Discussion Paper 2005, s. 32. Dostępne na stronie internetowej: <http://ec.europa.eu/comm/dgs/competition/pred-art82.pdf> (data dostępu: 5.05.2015 r.).

³³¹ N. Szadkowski, *Drapieżnictwo...*, op. cit., s. 304.

³³² Wytyczne Komisji, pkt 26.

³³³ K. Kohutek, *Drapieżnictwo...*, s. 4-7.

³³⁴ N. Szadkowski, *Drapieżnictwo...*, op. cit., s. 304-305.

³³⁵ Wytyczne Komisji, pkt 67.

³³⁶ *Ibidem*, pkt. 26.

³³⁷ K. Kohutek, *Drapieżnictwo...*, s. 7.

odpowiada krzywej kosztów krańcowych. Nadwyżka ta jest równa temu, co oferent (przedsiębiorstwo) otrzyma przy istniejącym poziomie cen, kiedy odejmiemy od ceny sprzedaży koszty krańcowe ($MC = S$). Na wykresie 2 wysokość nadwyżki producenta (PS) oznacza pole trójkąta P_1BP_2 . Na rynek z ofertą mogą wejść tylko ci producenci, których koszty krańcowe są niższe (ewentualnie równe) od ceny dostarczanego kupującym towaru lub usługi. Suma nadwyżki konsumentów i producentów to nadwyżka ogólna (ang. *total surplus*), która obrazuje dobrobyt społeczny³³⁸.

2.3.3. Struktura rynku

Zgodnie z harwardzką teorią strukturalną sytuacja rynkowa, w której działa przedsiębiorstwo, determinuje jego zachowanie. Typologizacja określonych struktur rynkowych może więc być cennym narzędziem oceny określonych zachowań przedsiębiorstwa. Tabela 10 zawiera zwięzłą charakterystykę alternatywnych struktur rynkowych.

Tabela 10

Cechy alternatywnych struktur rynkowych

Cechy rynku	Modele rynku			
	rynek doskonały (konkurencja doskonała)	rynki niedoskonałe		
		konkurencja monopolistyczna	oligopol	monopol
Liczba firm	bardzo duża	duża	kilka firm	jedna firma
Swoboda wejścia na rynek	nieograniczona	nieograniczona	ograniczona	bardzo ograniczona lub zerowa
Cechy produktów	jednorodne (niezróżnicowane)	zróżnicowane	niezróżnicowane lub niezbyt zróżnicowane	nieporównywalne
Wpływ na cenę	cena niezależna od firmy (doskonała elastyczność)	firma ma pewien wpływ na cenę (popyt jest dość elastyczny)	znaczący wpływ producenta na cenę (popyt jest relatywnie nieelastyczny)	bardzo duży wpływ (popyt jest mniej elastyczny niż w oligopolu)
Przykłady rynków	rynek ziemniaków	restauratorzy, architekci	rynek cementowy	elektrociepłownie

Źródło: opracowanie własne na podstawie: R. Milewski, *Elementarne zagadnienia ekonomii*, Warszawa 1993, s. 197.

Firmy małe, działające w warunkach konkurencyjnych, będą zachowywały się inaczej niż firmy monopolistyczne, dominujące na rynku. Zachowanie przedsiębiorstw na rynku znajduje odzwierciedlenie w ich decyzjach dotyczących wysokości ceny oraz wielkości i struktury produkcji³³⁹. Chociaż obecnie większość ekonomistów nie akceptuje poglądu, że wyłącznie struktura rynku dyktuje wyniki przedsiębiorstw, uważa się, iż wciąż silnie wpływa ona na antykonkurencyjne zachowania. Zdaniem Herberta Hovenkamp'a stosowanie prawa konkurencji bez analizy strukturalnej jest niemożliwe³⁴⁰. W literaturze ekonomicznej wyodrębnia się zazwyczaj cztery typy struktur rynkowych: konkurencję doskonałą, konkurencję monopolistyczną, oligopol i monopol. Jako kryteria wyodrębniania typów rynku przyjmuje się m.in. liczbę przedsiębiorstw

³³⁸ Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne...*, op. cit., s. 25-27.

³³⁹ R. Milewski, *Elementarne...*, op. cit., s. 196.

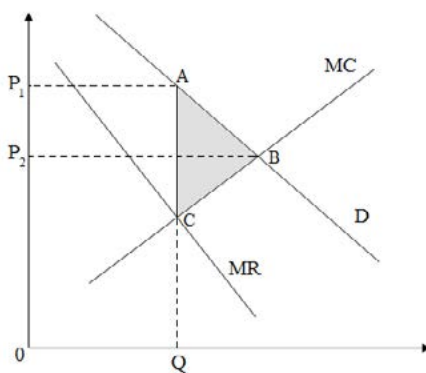
³⁴⁰ H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Practice*, Saint Paul 1994, s. 45.

działających na rynku i swobodę wejścia na rynek³⁴¹. Określone struktury ekonomiczne pozwalają zobrazować równowagę sił między graczami (przedsiębiorstwami i konsumentami).

Korzyści płynące z wolnej konkurencji za sprawą maksymalizacji dobrobytu społecznego obrazuje model doskonałej konkurencji, który wciąż (mimo krytyki³⁴²) służy jako podstawa myślenia o polityce i prawie antymonopolowym³⁴³. Zasadniczo do takiego właśnie modelu odwoływali się przedstawiciele szkoły harwardzkiej i ordoliberalizmu. Obrazuje on optymalną wydajność alokacyjną, gdyż producenci zmuszeni są do produkowania maksymalnej możliwej do sprzedania (po kosztach krańcowych) ilości dobra, a każdy nabywca dopasowuje ilość zakupionego towaru do obowiązującej ceny rynkowej. W takiej sytuacji koszt krańcowy, utarg krańcowy i cena są równe ($MC = MR = P$). Założenia omawianej struktury rynkowej spełnia sytuacja, w której: istnieje wielu oferentów (przedsiębiorstw) i nabywców (konsumentów); towary stanowiące przedmiot obrotu na rynku są jednorodne (homogeniczne), o czym powszechnie wiadomo; nie ma barier wejścia³⁴⁴. W opisanych warunkach wszyscy oferenci i nabywcy traktują cenę rynkową jako daną, ponieważ indywidualny oferent i nabywca ma zbyt mały potencjał, by na nią wpływać. Tym samym cena i koszt marginalny są równe, ponieważ liczba przedsiębiorstw na rynku jest tak duża, że ich polityka cenowa nie może wpłynąć na cenę rynkową³⁴⁵. Siła rynkowa przedsiębiorstw okazuje się zatem równa zero.

Przy monopolistycznej strukturze rynkowej sytuacja jest skrajnie odmienna. Monopolista może zmniejszyć wielkość produkcji i podnieść ceny powyżej konkurencyjnego poziomu. W ten sposób przywłaszcza sobie znaczną część dobrobytu konsumentów, gdyż cena przez nich płacona przewyższa koszty krańcowe, a wielkość produkcji jest mniejsza niż możliwości ekonomiczne. Monopolista działa niezależnie od nabywców (konsumentów), którzy są zmuszeni przyjąć oferowaną cenę. Liczba nabywanych produktów zależy od cenowej elastyczności popytu³⁴⁶. Z uwagi na przewagę rynkową przedsiębiorstwo nie zadowolili się jednak pokryciem kosztów całkowitych przez ustalenie ceny na tym poziomie, tak jak było w przypadku doskonałej konkurencji³⁴⁷. Można to zobrazować za pomocą poniższego wykresu.

Wykres 3
Kształtowanie ceny w monopolu



³⁴¹ R. Milewski, *Elementarne...*, op. cit., s. 197.

³⁴² Modelowi doskonałej konkurencji zarzuca się, że ma on charakter statyczny - nie uwzględnia dynamicznego rozwoju konkurencji, jaki niosą za sobą innowacja i rozwój technologiczny. Zbytnie uproszczenia (jednorodne produkty, pełne poinformowanie) powodują, że model odbiega od *workable competition*, czyli konkurencji, którą da się zrealizować na rynku.

³⁴³ A.J. Meese, *Market failure and non-standard contracting: how the ghost of perfect competition still haunts antitrust*, „Journal of Competition Law & Economics” 2005, nr 1, s. 84.

³⁴⁴ B. Czarny, *Wstęp...*, op. cit., s. 89.

³⁴⁵ Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne...*, op. cit., s. 32.

³⁴⁶ R. Milewski, *Elementarne...*, op. cit., s. 203-204.

³⁴⁷ Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne...*, op. cit., s. 32.

W warunkach wolnej konkurencji cena równowagi rynkowej jest ustalona w punkcie B (gdzie wynosi P_2), w którym nastąpiłoby zrównoważenie popytu i podaży. Monopolista maksymalizuje swój zysk przez zrównoważenie kosztów krańcowych z przychodem krańcowym ($MC = MR$); liczba oferowanych produktów jest na poziomie Q , a cena - na poziomie P_1 ³⁴⁸. Tym samym przedsiębiorstwo oferuje konsumentom mniej produktów za znacznie wyższą cenę. Prowadzi to do zbędnej straty społecznej (ang. *deadweight loss*), przedstawionej na wykresie jako pole ABC. Dochodzi do utraty części dobrobytu społecznego, która wystąpiłaby przy wolnej konkurencji. Monopolista dba bowiem o swój zysk, a nie o efektywność alokacyjną³⁴⁹.

Chociaż za pomocą modeli doskonałej konkurencji i monopolu można zobrazować efektywność, do której odwołują się cele prawa i polityki konkurencji, modele te są odległe od rzeczywistości. Bardziej zbliżone do niej okazują się modele konkurencji monopolistycznej i oligopolu.

W konkurencji monopolistycznej działa wielu producentów i nabywców; istnieje nieograniczona swoboda wejścia na rynek; producenci i konsumenci mają doskonałe informacje o rynku, postępują racjonalnie oraz - czego nie zakładały wcześniej omawiane modele - produkty wytwarzane przez przedsiębiorstwa są heterogeniczne, czyli mają różne cechy użytkowe³⁵⁰ i bliskie substytuty³⁵¹. Cena produktu w konkurencji monopolistycznej jest niższa od tej oferowanej w warunkach monopolu (pod warunkiem że monopolista nie ma przewagi kosztowej), jednak wyższa niż w warunkach konkurencji doskonałej³⁵².

Przedsiębiorstwa, wykorzystujące niejednorodność produktów i różnorodne preferencje nabywców, dysponują pewną siłą rynkową i mogą wpływać na cenę. Jednocześnie nie mają szans na opanowanie rynku i przejęcie nad nim pełnej kontroli. Muszą się również liczyć z tym, że ich wysokie zyski zachęcają konkurencję do wchodzenia na rynek. W długim okresie zmniejsza to ich udziały w rynku, możliwości kształtowania ceny i wysokość zysku. Dążąc do utrzymania pozycji, przedsiębiorstwa stosują różne formy walki konkurencyjnej. Mogą zaoferować niższą cenę (konkurencja cenowa) lub zróżnicować produkty przez poprawę ich jakości, uatrakcyjnienie formy sprzedaży czy popularyzację znaku towarowego³⁵³.

Niektóre formy rynków, ze względu na stosunkowo wysokie bariery wejścia (związane m.in. z kosztem produkcji i potrzebą wykorzystania wysokich technologii³⁵⁴), charakteryzują się małą liczbą producentów i dużą koncentracją rynku. Zazwyczaj są to przedsiębiorstwa działające na rynku światowym - operatorzy telefonów komórkowych, producenci samolotów, samochodów czy komputerów. W takiej sytuacji przedsiębiorstwa nie podejmują niezależnych decyzji i muszą się liczyć z reakcją konkurentów. Zachodzi między nimi istotna współzależność³⁵⁵. Mogą rywalizować m.in. za pomocą konkurencji cenowej, udzielając upustów³⁵⁶. Powstaje zatem pytanie o różnice efektywności między omawianą strukturą a doskonałą konkurencją. Można to zobrazować za pomocą modelu Bertranda z 1883 r.³⁵⁷

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ *Ibidem*.

³⁵⁰ Mimo że realizują podobne funkcje, ze względu na swoje specyficzne właściwości mają różną zdolność do ich realizacji i w różnym stopniu zaspokajają potrzeby użytkowników.

³⁵¹ R. Milewski, *Elementarne...*, op. cit., s. 204.

³⁵² Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne...*, op. cit., s. 36.

³⁵³ R. Milewski, *Elementarne...*, op. cit., s. 204.

³⁵⁴ Korzyści skali ujawniają się dopiero przy bardzo dużych rozmiarach produkcji, co ogranicza dostęp do rynku i liczbę ewentualnych konkurentów.

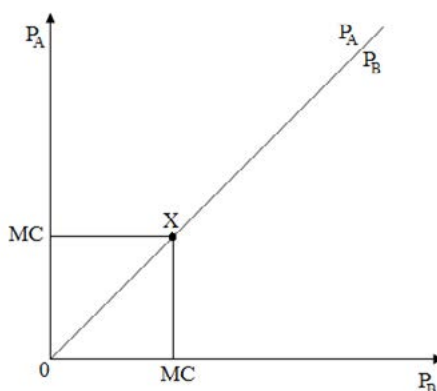
³⁵⁵ Współzależność przedsiębiorstw w oligopolu oznacza, że przy podejmowaniu decyzji firmy muszą brać pod uwagę prawdopodobne zachowania innych przedsiębiorstw.

³⁵⁶ Charakterystyczna jest także konkurencja niecenowa - konkurowanie za pomocą jakości dóbr i formy sprzedaży.

³⁵⁷ J. Bertrand, *Book review of theorie mathematique de la richesse sociale and of recherches sur les principes mathematiques de la theorie des richesses*, „Journal de Savants” 1883, nr 67, s. 499-508.

Założenia opisywanego modelu są spełnione, gdy na rynku jest dwóch producentów (duopol), którzy produkują homogeniczne dobro, działają w sposób racjonalny i w żaden sposób ze sobą nie współpracują, a jednocześnie nabywcy mają pełne informacje o cenach producentów. Model Bertranda obrazuje reakcję producenta B na zmianę ceny przez producenta A³⁵⁸. Podczas ustalania ceny (P_A) producent A bierze pod uwagę to, jaką cenę (P_B) ustala jego konkurent (producent B). W tej sytuacji producent A ma trzy możliwości: (1) $P_A > P_B$; (2) $P_A = P_B$; (3) $P_A < P_B$. W pierwszej sytuacji wszyscy klienci kupowaliby u producenta B, w drugiej A i B dzieliliby się zyskiem, a w trzeciej wszyscy klienci kupowaliby u A. W pierwszym przypadku A nic nie sprzedaje i nie osiągnie zysku, a takie działanie jest nieracjonalne. Chociaż w drugim przypadku podzieliłby zysk z B, największy dochód przyniesie trzecie rozwiązanie - przy minimalnym obniżeniu ceny producentowi A przypadnie w udziale cały popyt rynkowy. W związku z tym, dążąc do maksymalizacji zysku, A zdecyduje się na trzecie rozwiązanie, B zareaguje zaś obniżeniem ceny. Nie będzie jednak mógł zaoferować niższej ceny, gdy konkurent ustali cenę na poziomie kosztów krańcowych ($P_A = MC$). Zaproponowanie niższej ceny oznaczałoby stratę, czyli sprzedaż po cenie niższej od kosztów wytworzenia produktów. W przypadku obu przedsiębiorstw obowiązuje taka sama kalkulacja, oba ustanowią zatem cenę na tym samym poziomie ($P_A = P_B = MC$)³⁵⁹ - co można zilustrować za pomocą poniższego wykresu.

Wykres 4
Funkcje reakcji w oligopolu Bertranda



W ten sposób powstaje równowaga Nasha (ang. *Nash equilibrium*)³⁶⁰, polegająca na tym, że ukształtowana cena stworzyła sytuację optymalną: żaden z graczy (przedsiębiorstwa A i B) nie ma powodów, aby od niej odstąpić. Doszło także do efektywnej alokacji w sensie Pareto, ponieważ nie można poprawić sytuacji jednego z przedsiębiorstw bez pogarszania sytuacji drugiego. Również całkowita zaoferowana ilość produktu odpowiada ilości konkurencyjnej - nie występuje strata dobrobytu społecznego. Wynik rynkowy jest zatem optymalny z perspektywy dobrobytu. Omówiony przykład zaprzecza twierdzeniu, że silna koncentracja rynku i mała liczba przedsiębiorstw są nieefektywne gospodarczo. Pokazuje także, iż polityka cenowa ukierunkowana na obniżkę cen może być gospodarczo efektywna - nawet w przypadku silnej pozycji rynkowej przedsiębiorstw. Sytuację tę nazywa się paradoksem Bertranda (ang. *Bertrand paradox*)³⁶¹.

³⁵⁸ W tym celu zastosowana została teoria gier.

³⁵⁹ Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne...*, op. cit., s. 44.

³⁶⁰ Pokazuje to punkt X na wykresie 4.

³⁶¹ *Ibidem*, s. 45.

W dalszej części rozdziału omówione zostaną siła rynkowa przedsiębiorstw i sposób jej mierzenia oraz zawodność rynku i znaczenie tego zjawiska dla oceny praktyk rabatowych dominanta.

2.3.4. Siła rynkowa

Możliwość wpływania na ceny to ważna przesłanka przy określaniu siły rynkowej przedsiębiorstwa i tym samym jego pozycji dominującej³⁶². Cechą charakterystyczną przedsiębiorstw mających znaczną siłę rynkową jest to, że mogą one swobodnie i na różne sposoby ograniczać konkurencję, np. eliminując rywali lub tworząc bariery wejścia na rynek³⁶³. Według Urszuli Dubejko siłę rynkową niejednokrotnie utożsamia się z pozycją dominującą, której istnienie zakłada się według przepisów prawa, gdy podmiot ma 40-50% udziałów w rynku właściwym; jest to jednak zbyt daleko idące uogólnienie³⁶⁴.

Do najbardziej znanych wskaźników umożliwiających zbadanie stopnia siły rynkowej należy indeks Lerner³⁶⁵. Przedstawia go następujący wzór:

$$L = \frac{P - MC}{P}$$

Indeks Lerner to stosunek różnicy ceny danego dobra i kosztów krańcowych jego produkcji do ceny sprzedaży. Wskaźnik ten został zaproponowany przez amerykańskiego ekonomistę Abby'ego Lerner³⁶⁶ w 1934 r. W przypadku doskonałej konkurencji wartość indeksu wynosi 0, gdyż $P = MC$. Zerowa wartość oznacza brak siły rynkowej przedsiębiorstwa, z kolei dodatnie wartości indeksu wskazują na istnienie określonego stopnia siły rynkowej. Im ta wartość jest wyższa, tym większą siłę rynkową ma określone przedsiębiorstwo. Jednocześnie im bardziej indeks odbiega od sytuacji na rynku doskonale konkurencyjnym, tym silniejsza jest pozycja dominująca. W przypadku monopolu indeks Lerner³⁶⁷ wynosi:

$$L = \frac{1}{E}$$

Wartość E oznacza cenową elastyczność popytu. Najwyższą wartością, którą przyjmuje indeks, jest 1. Wysoki poziom nieelastyczności cenowej popytu sprawia, że indeks przyjmuje wartości zbliżające się do 1, co wskazuje na znaczny poziom monopolizacji rynku³⁶⁷.

Na wykresie 3 siłę rynkową przedsiębiorstwa obrazuje odcinek AC, a zatem producent - chociaż w warunkach pełnego monopolu sam wyznacza wielkość produkcji maksymalizującej zysk - musi brać pod uwagę czynniki wpływające na kształtowanie się krzywej popytu. Wysokość ceny monopolowej (a co za tym idzie: zysku monopolowego) zależy przy danych kosztach produkcji przede wszystkim od cenowej elastyczności popytu na oferowany przez monopolistę produkt. Im mniejsza elastyczność popytu, tym bardziej opta się monopolistę ograniczyć rozmiary produkcji. Może on więc swobodnie podnosić cenę bez ryzyka poważniejszego spadku popytu³⁶⁸.

³⁶² S. Stoft, *Power System Economics: Designing Markets for Electricity*, The Institute of Electrical and Electronics Engineers 2002, s. 318.

³⁶³ U. Dubejko, *Wykorzystanie analizy ekonomicznej przy określaniu siły rynkowej przedsiębiorców w sprawach z zakresu nadużywania pozycji dominującej i kontroli łączeń* w: C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce...*, op. cit., s. 326-327.

³⁶⁴ *Ibidem*, s. 327.

³⁶⁵ Nie jest to jedyny indeks. Często wykorzystywanym w praktyce wskaźnikiem jest HHI (*Herfindahl-Hirschman Index*), będący sumą kwadratów udziałów rynkowych poszczególnych przedsiębiorstw.

³⁶⁶ A. Lerner, *The concept of monopoly and the measurement of monopoly power*, „The Review of Economic Studies” 1934, nr 1, s. 157-175.

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ R. Milewski, *Elementarne...*, op. cit., s. 203-204.

2.3.5. Zawodność rynku

Rzeczywistość gospodarcza jest daleka od tej, którą przedstawia model doskonałej konkurencji, zakładający pełną informację o produkcie i brak barier wejścia. Realny rynek cechuje się zawodnością (ang. *market failure*), definiowaną jako ogół sytuacji, które powodują, że osiągnięte wyniki nie są efektywne alokacyjnie w sensie Pareto³⁶⁹. Istotnymi przesłankami braku efektywności mogą być bariery wejścia na rynek, efekty zewnętrzne, asymetria informacji czy też opisana już nadmierna siła rynkowa przedsiębiorstwa.

Występowanie zawodności rynku ma znaczenie w procesie oceny skutków praktyk dominanta. Nierzadko stwarza to możliwość eliminacji konkurentów lub zwiększania barier wejścia na rynek. W tym kontekście zawodność rynku można rozumieć jako scenariusz, w którym indywidualne dążenia przedsiębiorstwa prowadzą do nieefektywnych rezultatów³⁷⁰. Jednocześnie dane zachowanie przedsiębiorstwa może być próbą zaradzenia konsekwencjom zawodności rynku. Uwzględnienie tych czynników ma więc istotny wpływ na ocenę praktyki dominanta pod kątem nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym.

Zawodność może wynikać z natury samego rynku, na którym istnieją określone bariery wejścia, będące istotnym czynnikiem determinującym strukturę. Niskie bariery wejścia to rodzaj presji wywieranej na przedsiębiorstwa o znacznej sile rynkowej, aby podejmowały prokonkurencyjne zachowania (np. nie podnosiły cen). W przeciwnym razie takie przedsiębiorstwo musi się liczyć z wejściem na rynek nowych graczy i osłabieniem własnej pozycji. Wysokie bariery wejścia, determinowane przez strukturę rynku (bariery strukturalne), zasadniczo można tłumaczyć jego technologiczną lub uwarunkowaną popytem charakterystyką. Przykładowo ryzyko części inwestycji wiąże się z istnieniem dużych kosztów utopionych (ang. *sunk costs*). Oznacza to, że aby wejść na dany rynek, należy ponieść koszty, których nie da się już odzyskać (otrzymanie zezwoleń, badania rynku, szkolenia itp.). Inne rodzaje przyczyn barier wejścia wiążą się z występowaniem wysokich korzyści skali i kosztów zmiany dostawcy³⁷¹.

Zdaniem autorów teorii rynków spornych (rynków kontestowanych, ang. *contestable markets*), czyli Williama J. Baumola, Johna C. Panzara i Roberta D. Williga³⁷², istotniejsza od liczby przedsiębiorstw na rynku jest sama możliwość wejścia na rynek, ponieważ strategie ustalane przez dominantów często uwzględniają potencjalne zachowania konkurencji. Potencjalna reakcja istniejącego przedsiębiorcy wpłynie na możliwość pojawienia się nowych przedsiębiorstw w przyszłości³⁷³. Wiąże się to ściśle z kolejnym rodzajem barier wejścia – z barierami strategicznymi. W tym przypadku zasiedziali uczestnicy rynku (ang. *incumbent firms*) świadomie tworzą przeszkody utrudniające wejście lub wywołują efekt „odstraszenia” potencjalnych konkurentów (ang. *entry deterrence*)³⁷⁴.

Przykładowo atutem pierwszego przedsiębiorstwa wchodzącego na rynek (ang. *first-mover advantage*) jest możliwość czerpania korzyści z samego pierwszeństwa w opanowywaniu danego segmentu. Klienci przywiązują się do znaku towarowego i nowej technologii³⁷⁵. Przedsiębiorca

³⁶⁹ F.M. Bator, *The anatomy of market failure*, „Quarterly Journal of Economics” 1958, nr 72, s. 351-379.

³⁷⁰ P. Krugman, R. Wells, *Economics*, Nowy Jork 2006.

³⁷¹ Por. podrozdział 2.1.1.3.

³⁷² Zob. W.J. Baumol, J.C. Panzar, R.D. Willig, *Contestable markets and the theory of industry structure*, „Journal of Political Economy” 1983, nr 6, s. 1055-1066.

³⁷³ W.J. Baumol, J.C. Panzar, R.D. Willig, *Fixed costs, sunk costs, entry barriers, and sustainability of monopoly*, „The Quarterly Journal of Economics” 1981, nr 3, s. 405-431.

³⁷⁴ W szczególności szkoła harwardzka podkreślała w analizie barier dostępu do rynku i potencjalnej konkurencji istnienie strategicznych barier wejścia na rynek, które mogą polegać np. na inwestycjach obejmujących koszty utopione. Zob. Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne...*, op. cit., s. 83.

³⁷⁵ Por. B. Wernerfelt, *Brand loyalty and user skills*, „Journal of Economic Behavior and Organization” 1985, nr 6, s. 381-385.

często działa zatem tak, by w istotny sposób wpłynąć na decyzje potencjalnych konkurentów o wejściu na rynek. Ze względu na zawodność rynku w postaci asymetrii informacji pionier dysponuje większą ilością danych niż jego niedoświadczeni przyszli konkurenci. Za pomocą odpowiednich sygnałów (np. rabatów) ostrzega przed próbą wejścia i ekspansji. Potencjalni konkurenci mogą wtedy uznać, że wejście na dany rynek jest niedochodowe i wiąże się z nadmiernym ryzykiem³⁷⁶.

Jednak zawodność rynku często działa również przeciwko pierwszemu oferentowi. Kolejne przedsiębiorstwa mogą korzystać z efektów przez niego osiągniętych (problem gapowicza, ang. *free-riding problem*). Koszty naśladownictwa są niższe od kosztów związanych z innowacją³⁷⁷. Następni oferenci mogą też korzystać z personelu, agentów lub dystrybutorów przeszkolonych przez pioniera. Omawiany problem łączy się z występowaniem pozytywnych efektów zewnętrznych (ang. *positive externality*), czyli przeniesieniem korzyści z działalności jednego podmiotu na podmioty trzecie bez odpowiedniej rekompensaty³⁷⁸. Asymetria informacji powoduje ponadto zwiększenie trudności koordynacyjnych w wertykalnych relacjach handlowych, co tłumaczy się za pomocą teorii pryncypał-agent (ang. *principal-agent theory*). Kiedy agent (np. dystrybutor) działa na rzecz pryncypała (producenta), istnieje możliwość, że będzie się kierował własnym interesem, a nie dobrem pryncypała. Istotą rozwiązania problemu jest ustrukturyzowanie umowy w taki sposób, by stworzyć bodźce, dzięki którym agent będzie działał w sposób preferowany przez pryncypała³⁷⁹.

Dalsze rozważania będą dotyczyć przyczyn i skutków stosowania rabatów warunkowych. Na konkretnych przykładach zostanie wskazane, dlaczego jest to tak popularna praktyka handlowa.

2.4. PRZYCZYNY (CELE) I SKUTKI STOSOWANIA RABATÓW WARUNKOWYCH

Jak zauważa Gianluca Faella, programy rabatowe balansują na cienkiej linii między antykonkurencyjnym zachowaniem a dozwoloną konkurencją. Z jednej strony praktyka ta może prowadzić do efektu wykluczenia albo w inny sposób szkodzić konsumentom przez osłabienie konkurencji międzymarkowej (ang. *intra-brand competition*). Z drugiej jednak rabaty warunkowe to skuteczne narzędzie konkurencyjne, mogące rozwiązać problem koordynacji w łańcuchu produkcyjnym, a tym samym dać podstawę do skutecznych zysków. Analizowana praktyka handlowa nie jest jednoznaczna, wywołuje więc wiele sporów i debat³⁸⁰.

Przedsiębiorstwa mogą się kierować różnymi motywami stosowania rabatów warunkowych, by osiągnąć cele związane ze zwiększeniem efektywności gospodarczej. Działanie to może również być wymierzone przeciwko konkurentom dominanta, który chce ich osłabić lub wyeliminować. Rabaty mogą wreszcie służyć tworzeniu barier wejścia na rynek.

Przyczyny działania przedsiębiorstwa można rozumieć w znaczeniu subiektywnym lub obiektywnym. W pierwszym przypadku chodzi o zamiar, chęć przedsiębiorstwa, które dąży do osiągnięcia

³⁷⁶ Zob. szerzej: P. Milgrom, J. Roberts, *Limit pricing and entry under incomplete information: an equilibrium analysis*, „Econometrica” 1982, nr 50, s. 443-460.

³⁷⁷ Zob. badania empiryczne prowadzone na ten temat: E. Mansfield, M. Schwartz, S. Wagner, *Imitation costs and patents: an empirical study*, „The Economic Journal” 1981, nr 91, s. 907-918.

³⁷⁸ J.N. Buchanan, *Externality*, „Economica” 1962, nr 29, s. 371-384.

³⁷⁹ American Bar Association, *Antitrust Law and Economics of Product Distribution*, Chicago 2006, s. 168.

³⁸⁰ G. Faella, *The antitrust assessment...*, op. cit., s. 375.

określonych skutków swojej działalności³⁸¹, w drugim zaś mamy do czynienia z pewną obiektywną tendencją, która tkwi w danym jednostronnym działaniu³⁸². Można mówić także o znaczeniu mieszanym, łączącym oba wskazane powyżej³⁸³. Co oczywiste, skutki rabatów warunkowych (czyli efekty ich zastosowania) - choć ściśle związane z celami przedsiębiorstwa - niekoniecznie muszą polegać na rzeczywistym wzroście efektywności czy wykluczeniu konkurentów.

Inaczej niż w przypadku porozumień ograniczających konkurencję, art. 102 TFUE nie odnosi się do znaczenia przyczyny (celu) działania przedsiębiorstwa przy kwalifikacji prawnej nadużycia pozycji dominującej³⁸⁴. Nie oznacza to jednak, że określenie celów jest pozbawione mocy prawnej. Są one istotne przy uwzględnieniu skutków, które mogą wywoływać lub do których wywoływania mają tendencję³⁸⁵. Cel w znaczeniu obiektywnym może okazać się wystarczający do kwalifikacji danego działania jako nadużycia pozycji dominującej³⁸⁶. Liczy się również przy formułowaniu ewentualnych usprawiedliwień, na które przedsiębiorstwo może się powołać w celu wykazania, że jego działanie ma charakter dozwolony. Zupełnie wyjątkowo cel w znaczeniu subiektywnym stanowi element konstytutywny wybranych antykonkurencyjnych praktyk³⁸⁷. Co więcej, cele są ważne przy określaniu wysokości kar pieniężnych nakładanych przez Komisję z tytułu praktyk ograniczających konkurencję.

Ze względu na relewantny charakter powyższego zagadnienia w pierwszej kolejności zostaną omówione pro- i antykonkurencyjne przyczyny stosowania rabatów warunkowych, a następnie - ich rzeczywisty skutek, czyli wpływ na konkurencję.

2.4.1. Prokonkurencyjne przyczyny stosowania rabatów

Istnieje wiele prokonkurencyjnych przyczyn wyjaśniających stosowanie programów rabatowych - co tłumaczy, dlaczego są one tak powszechne zarówno wśród przedsiębiorstw mających pozycję dominującą, jak i wśród podmiotów gospodarczych bez tak silnej pozycji rynkowej. Najbardziej oczywistą przyczyną jest chęć zwiększenia efektywności przedsiębiorstwa przez zastosowanie korzyści skali i zmniejszenie kosztów. Ekonomiści wskazują jednak szereg innych korzyści, które wyjaśniają, dlaczego przedsiębiorstwa wychodzą z tą inicjatywą wobec klientów, agentów czy dystrybutorów (w celu zwiększenia wysiłków sprzedaży).

2.4.1.1. Zmniejszenie kosztów

Dominant może zaprojektować i wdrożyć różne programy rabatowe, aby poprawić swoją wydajność, wykorzystując korzyści skali (ang. *economies of scale*). Korzyści te wiążą się z produkcją masową, czyli spadkiem długookresowych kosztów przeciętnych wraz ze wzrostem rozmiarów produkcji³⁸⁸. W niektórych gałęziach przemysłu koszty stałe są bardzo wysokie, a koszty zmienne - niskie³⁸⁹. W przypadku takiej struktury produkcyjnej koszt przypadający na każdą nową jednostkę produkcyjną maleje, ponieważ koszty stałe są rozłożone na większą jednostkę

³⁸¹ Por. W. Frenz, *Handbuch Europarecht Band 2: Europäisches Kartellrecht*, Berlin 2006, s. 223-224.

³⁸² Jest to więc odejście od potocznego rozumienia celu. Por. R. Lane, *EC Competition Law*, Harlow 2000, s. 78.

³⁸³ D. Miąsik, *Reguła rozsądku...*, op. cit., s. 217.

³⁸⁴ Natomiast art. 101 TFUE odnosi się do wszelkich porozumień, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji. Cel działalności przedsiębiorstw ma charakter konstytutywny przy kwalifikacji prawnej art. 101 TFUE.

³⁸⁵ W tym znaczeniu mówi się, że cel działania przedsiębiorstwa może w strukturze nadużycia pozycji dominującej odgrywać rolę subsydiarną. Zob. M. Szydło, *Nadużycie pozycji dominującej a cel działania przedsiębiorcy (uwagi na tle art. 82 TWE)*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 10, s. 90.

³⁸⁶ Odnosi się to do sytuacji, w której TSUE stwierdza, że dana praktyka dominanta z samej swojej natury ogranicza konkurencję (ang. *by their very nature capable of restricting competition*). Zob. przykładowo wyrok Trybunału w sprawie *Intel*, pkt 85.

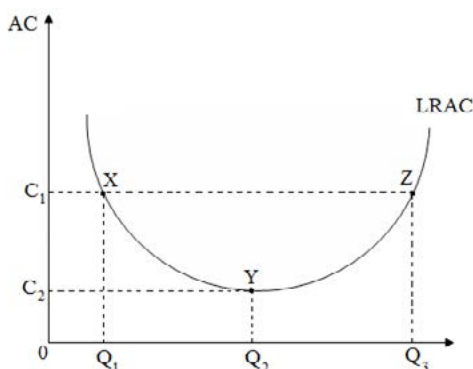
³⁸⁷ Określenie celu w znaczeniu subiektywnym ma znaczenie przy drapieżnictwie cenowym (zob. podrozdział 2.3.2).

³⁸⁸ OECD, *Glossary...*, op. cit., s. 39.

³⁸⁹ Przykładem jest sektor przewozów lotniczych.

produkcji. Powodem występowania korzyści skali jest zatem niepodzielność procesu produkcji; pewna wysokość kosztów stałych jest bowiem niezależna od wolumenu produkcji. W związku z tym podmiot czerpiący zysk z efektów skali może każdą nową jednostkę produkcji wytwarzać w niższej cenie. W rezultacie przedsiębiorstwo ma szansę zwiększyć swoją konkurencyjność na rynku, sprzedając produkty w niższej cenie, gdyż wraz z obniżeniem ceny zwiększy się popyt. Dlatego też programy rabatowe umożliwiają zwiększenie popytu przy jednoczesnym obniżeniu cen. Korzyści skali nie działają jednak w nieskończoność - powiększenie skali produkcji prowadzi do narastania trudności, przez co pojawiają się niekorzyści skali i wzrost kosztów przeciętnych; zarządzanie wzmogoną produkcją rodzi problemy zwane problemami menedżerskimi³⁹⁰. Opisane zjawiska zobrazowano na wykresie 5.

Wykres 5
Korzyści i niekorzyści skali



W wyniku wzrostu produkcji (z Q_1 do Q_2) zmalałyby koszty przeciętne produkcji (z C_1 do C_2). Tym samym nastąpiłoby przesunięcie na długookresowej krzywej kosztów przeciętnych (LRAC) z punktu X do Y. Fragment krzywej wyznaczony przez te dwa punkty pokazuje korzyści skali w postaci spadku długookresowych kosztów przeciętnych wraz ze wzrostem produkcji. Punkt Y wyznacza optimum, po którego przekroczeniu zaczynają się niekorzyści skali. Wraz ze wzrostem produkcji (z Q_2 do Q_3) nastąpiłby wzrost długookresowych kosztów przeciętnych (przesunięcie z punktu Y do Z oraz wzrost kosztów z C_1 do C_2).

Niektóre przedsiębiorstwa korzystają z programów rabatowych, aby obniżyć koszty transakcyjne. Załóżmy, że dominant sprzedaje cztery różne produkty o charakterze komplementarnym, np. kserokopiarki, papier, tusz i części zamienne. Jeżeli wszystkie towary są dostarczane w tym samym czasie do tego samego klienta, przedsiębiorstwo ma szansę obniżyć własne koszty transakcyjne. Analogicznie niższe ceny przy większych zakupach da się uzasadnić zmniejszonymi kosztami transakcyjnymi.

2.4.1.2. Zwiększenie efektywności cenowej

Dominant może użyć programu rabatowego, by korzystać z wysokiej cenowej elastyczności popytu - towary produkowane w wybranych gałęziach przemysłu charakteryzują się bowiem wysokim jej współczynnikiem³⁹¹. Jeżeli więc przedsiębiorstwo zmniejszy cenę towarów o 10%, popyt wzrośnie o ponad 10%. W ten sposób dominant może zwiększyć swoje zyski przez zwiększenie całkowitej sprzedaży. Praktyka ta bywa opłacalna nie tylko dla przedsiębiorcy,

³⁹⁰ D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch, *Mikroekonomia*, Warszawa 2007, s. 200-204.

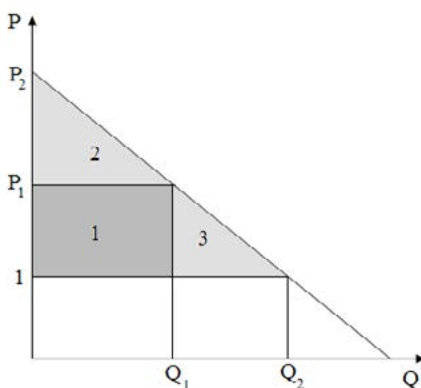
³⁹¹ Zob. S. Bishop, *Loyalty rebates...*, op. cit., s. 304-305.

lecz także dla klientów, którzy mogą kupić więcej produktów. Stosowanie rabatów może zatem prowadzić do efektywniejszej alokacji zasobów³⁹².

Rabaty jako sposób różnicowania ceny mogą też służyć jako narzędzie przechwytywania nadwyżki konsumenta³⁹³ (renty), a co za tym idzie - zwiększania zysku przedsiębiorstwa. Zróżnicowanie ma zatem dwa efekty ekonomiczne. Po pierwsze, jak wskazano wyżej, pozwala zwiększyć produkcję (ang. *output*), a narastające ilości sprzedawać po niższej cenie (zdyskontowanej). Po drugie, daje szansę na przechwycenie większej renty, gdyż pierwsze ilości mogą być sprzedawane po wyższej cenie (niezdyskontowanej). Wykorzystuje się przy tym różną elastyczność cenową nabywców.

Można to zilustrować krzywą popytu na dany produkt producenta, np. mrożoną pizzę sprzedawaną detalistom (patrz wykres 6). Krzywa popytu jest opadająca, co oznacza, że gotowość nabywcy do zapłacenia za pizzę maleje wraz ze wzrostem ceny zamówienia. Załóżmy, że pizza jest dostarczana przez producenta - monopolistę A, który ma koszty krańcowe równe 1 € za każdą pizzę. W przypadku braku rabatów monopolista ustala swoją cenę zgodnie z modelem obrazującym kształtowanie cen w monopolu³⁹⁴, na poziomie P_1 . Jak wskazano w poprzednim podrozdziale, prowadzi to do zbędnej straty społecznej. Na tym poziomie ceny każdy ze sklepów spożywczych zamawia pizzę w ilości Q_1 . Zysk producenta pizzy to różnica między ceną P_1 a kosztem krańcowym 1 €, co ilustruje na wykresie prostokąt 1. W tym przypadku nadwyżkę konsumenta stanowi trójkąt 2, czyli różnica między wyceną (krańcową gotowością płacenia) a zapłaconą ceną P_1 . Jest to standardowy wynik (ang. *outcome*) uzyskiwany w monopolu.

Wykres 6
Różnicowanie ceny



Łatwo jednak zauważyć, że za pomocą rabatu przyrostowego monopolista może zarobić więcej niż tylko pole prostokąta 1. Jeżeli dobrze określi popyt swoich detalistów, ma szansę przejąć całą nadwyżkę. Najpierw ustala cenę na poziomie P_2 (najwyższa cena, po której sklepy spożywcze są gotowe nabyć pierwszą jednostkę produktu). Następnie daje coraz większe rabaty

³⁹² Zgodnie z „problemem Remseya” monopolista w celu maksymalizacji dobrobytu społecznego powinien ustalić marżę w zależności od cenowej elastyczności. Im cenowa elastyczność jest wyższa, tym marża na produkt powinna być niższa. Zob. F. Ramsey, *A contribution to the theory of taxation*, „Economic Journal” 1927, nr 37, s. 47-61.

³⁹³ Należy jednak zwrócić uwagę na szerokie znaczenie terminu „konsument”. Obejmuje on nie tylko konsumentów końcowych, lecz także podmioty na niższym szczeblu produkcji niż dominant (czyli jego klientów i kontrahentów - dystrybutorów, agentów itd.). Zob. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op. cit., s. 92. Por. też podrozdział 2.3.1, w którym omówiono pojęcia używane w tym podrozdziale (popyt, elastyczność cenowa, nadwyżka konsumenta itd.).

³⁹⁴ Zob. wykres 3.

za nabycie większej ilości produktu, odpowiednio do krzywej popytu określającej gotowość do płacenia (ang. *willingness to pay*). Ostatnia ilość produktu (Q_2) jest sprzedawana w cenie 1 €, czyli po kosztach krańcowych producenta.

Za pomocą powyższego systemu rabatowego monopolista może wykorzystać fakt, że sklepy spożywcze mają różną gotowość do płacenia za różną ilość pizzy. Poprzez dostosowanie poszczególnych cen za pomocą rabatów producent realizuje maksymalną liczbę zleceń i sprzedaje największą ilość pizzy. Jak łatwo zauważyć, jest to opłacalne, gdyż teraz zarabia także zysk oznaczony trójkątami 2 i 3 (oprócz prostokąta 1).

Stanowi to przykład dyskryminacji cenowej pierwszego stopnia („doskonałej”), która eliminuje spadek efektywności spowodowany kształtowaniem ceny w monopolu. Oznacza to, że nie następuje zbędna strata społeczna. Dzięki temu dobrobyt społeczny zwiększa się przez polepszenie efektywności alokacyjnej, co ilustruje trójkąt 3³⁹⁵. Co jednak oczywiste, idealna dyskryminacja przedstawiona na wykresie 6 nie jest w pełni osiągalna. Żaden monopolista nie może określić z taką precyzją, jak kształtuje się gotowość płacenia nabywców. Cena ustalona na wykresie 6 jest najwyższą z możliwych (nie występuje nadwyżka sprzedawców detalicznych). Nieco wyższa cena spowodowałaby natomiast, że sklepy spożywcze wycofałyby produkt ze sprzedaży. Niemądra próba przechwycenia całej nadwyżki sprzedawców detalicznych spowodowałaby utratę całego zysku producenta³⁹⁶.

W bardziej realistycznym przypadku monopolista zastosowałby dyskryminację cenową drugiego stopnia („niedoskonałą”), czyli zaoferował swoim sprzedawcom lub dystrybutorom korzystniejsze systemy rabatowe (uzależnione od nabytej ilości produktów), które pozwoliłyby im zachować niewielką nadwyżkę. Nadal byłoby to korzystne dla monopolisty, gdyż różnicowanie ceny pozwala mu przechwycić rentę oznaczoną trójkątem 3. W przypadku niekwestionowanego monopolisty efekt tej dyskryminacji może wywoływać wątpliwości w zakresie jej wpływu na dobrobyt społeczny. Najogólniej rzecz ujmując, zależy to od każdego indywidualnego przypadku³⁹⁷.

Wskazuje się jednak, że w przypadku określonej grupy konsumentów dyskryminacja cenowa drugiego stopnia jest korzystna dla dobrobytu społecznego. Dzieje się tak, gdy omawiana praktyka pozwala na sprzedawanie produktów klientom, którzy nie kupowaliby ich, gdyby nie zastosowano dyskryminacji cenowej³⁹⁸. Zgodnie z wykresem odnosi się to do sprzedaży poniżej ceny P_1 , czyli do sytuacji, gdy producent chce przechwycić rentę oznaczoną trójkątem 3.

2.4.1.3. Zwiększenie świadomości dotyczącej produktu

Kolejnym powodem przyznania rabatu w krótkim okresie jest chęć użycia go w celu zwiększenia świadomości dotyczącej produktów - czyli rodzaj promocji i reklamy. Dominant może przez tę praktykę poznać lub przetestować popyt na swoje towary na danym rynku (uczenie się przez działanie, ang. *learning-by-doing*). Tym samym zmniejsza się ryzyko ich wycofania. Dla dostawców - nawet tych, którzy cieszą się znaczącą pozycją na rynku - mających niskie krańcowe koszty dostaw i wysokie koszty stałe każda groźba wycofania zamówienia lub utrata reputacji (ang. *goodwill*) przez dużych nabywców niesie za sobą znaczące ryzyko handlowe. Rabaty są często reakcją na to ryzyko. Jak wskazano, pomagają zwiększyć popyt i zarazem pomóc dostawcy efektywniej odzyskać utracone koszty stałe. W ten sposób omawiana praktyka

³⁹⁵ Jednocześnie następuje transfer dobrobytu konsumentów końcowych do konsumentów pośrednich (sprzedawców detalicznych). Zob. szerzej: R. Phillips, *Pricing and Revenue Optimization*, Stanford 2006, s. 74 i nast.

³⁹⁶ Zob. M. Motta, *Competition...*, op. cit., s. 493-494.

³⁹⁷ Jest to bowiem zależne od nachylenia funkcji popytu, której nie da się idealnie zmierzyć. Zob. H. Zenger, *Loyalty rebates...*, op. cit., s. 732-773; S. Bishop, M. Walker, *The Economics...*, op. cit., Londyn 2002, s. 196.

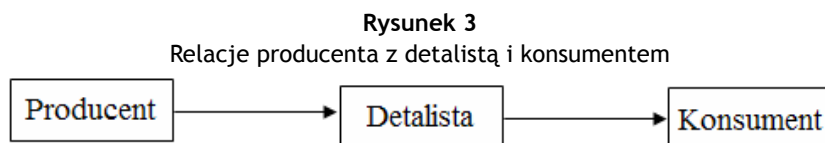
³⁹⁸ D. Geradin, N. Petit, *Price discrimination under EC competition law: the need for a case by case approach*, „The Global Competition Law Centre Working Papers Series” 2005, nr 7, s. 6.

pomaga przedsiębiorstwu minimalizować ryzyko handlowe na danym rynku przez zwiększenie popytu wskutek obniżenia ceny³⁹⁹.

Co oczywiste, z każdym nowym produktem trzeba zaznaczyć konsumentów, aby mogli ocenić jego właściwości. Zapoznanie się klientów z produktem podczas jego promocji może zaowocować stopniowym budowaniem lojalności względem marki. Specyfika poszczególnych produktów sprawia, że niekiedy skuteczniejsze okazują się określone rodzaje programów lojalnościowych, a nie zwykła obniżka w postaci rabatu ilościowego. Oferty promocyjne nie mają na celu wykluczenia konkurentów, ale są postacią konkurencji merytorycznej⁴⁰⁰. Jednocześnie istotą takiej promocji jest jej przemijalność - związek z wprowadzaniem nowego produktu na rynek. Zniżki na dobrze znane produkty lub długotrwałość rabatu mogą wskazywać na cel inny niż promocyjny.

2.4.1.4. Skuteczniejsze motywowanie sprzedawców

Programy rabatowe to skuteczne narzędzie motywowania sprzedawców (dystrybutorów, agentów) przez producenta. Zachęcają ich, by sprzedawali więcej produktów, ponieważ w zamian odnoszą korzyści związane z danym programem rabatowym (redukcję ceny lub większą prowizję). Systemy rabatowe, które występują w obrocie profesjonalnym między producentem a jego dystrybutorami, mogą rozwiązać wiele problemów związanych z pokusą nadużycia (ang. *moral hazard*). Odnosi się to do takich obszarów, jak chociażby inwestycje, promocja produktu czy jego reklama.



Źródło: opracowanie własne.

W przypadku relacji wertykalnej (pryncypał-agent) producent zleca detalistom (dystrybutorom) realizację określonych świadczeń bez możliwości pełnej kontroli ze swojej strony. Nie może w pełni obserwować, jakie działania ktoś podejmie, aby sprzedać jego produkty⁴⁰¹. Niewystarczające wysiłki detalisty mogą spowodować problem niedoboru podaży względem producenta (ang. *dealers undersupply problem*), co może przejawiać się małą inwestycją na promocję produktów.

To producenci często dokonują inwestycji promocyjnych, a nie ich sprzedawcy. Nierzadko zdarza się także, że pragną większego zakresu tych usług, niż są w stanie im zapewnić detaliści⁴⁰². Dzieje się tak, gdy sprzedawcy nie biorą pod uwagę, że decyzja promocyjna zwiększy sprzedaż produktów producenta, a koszt promocji jest mniejszy od dodatkowego dochodu ze zwiększonej sprzedaży. Opisana sytuacja zachodzi zwłaszcza wtedy, kiedy w wyniku sprzedaży to dochód producenta znacznie rośnie, a zwiększone wysiłki sprzedawcy nie są dodatkowo rekompensowane. Wzmocnione inwestycje producenta na promocję własnych produktów stwarzają także okazję do przyjęcia „strategii gapowicza” przez detalistów, m.in. przyłączenia do promocji innych produktów, w tym - towarów rywała, których sprzedaż przynosi wyższą marżę⁴⁰³.

Często prowadzi to „problemu zatoru” (ang. *hold-up problem*), czyli sytuacji, w której obie strony (producent i detalista) mogłyby działać efektywniej dzięki współpracy, ale powstrzymują

³⁹⁹ D. Ridyard, *Exclusionary pricing...*, op. cit., s. 288-290.

⁴⁰⁰ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law...*, op. cit., s. 291.

⁴⁰¹ Zob. Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne...*, op. cit., s. 121-122.

⁴⁰² Problem ten został zilustrowany w sposób matematyczny. Zob. B. Klein, K.M. Murphy, *Vertical restraints as contract enforcement mechanisms*, „The Journal of Law and Economics” 1988, nr 31, s. 265-297.

⁴⁰³ J.D. Wright, *Antitrust law and competition for distribution*, „Yale Journal on Regulation” 2006, nr 2, s. 169-208.

się ze względu na obawę, że pozwoli to zwiększyć siłę przetargową jednej ze stron (ang. *bargaining power*) kosztem zmniejszenia własnych zysków. Generuje to z kolei poważne koszty ekonomiczne związane z niedostateczną inwestycją. Producent obawia się bowiem, że koszt poniesiony na inwestycje się nie zwróci⁴⁰⁴. Przedsiębiorca może być niechętny do zorganizowania szkolenia dla personelu sprzedawcy, ponieważ wie, że część zdobytej wiedzy zostanie wykorzystana do promocji produktów konkurentów⁴⁰⁵.

Zastosowanie odpowiednich programów rabatowych może się przyczynić do rozwiązania powyższych problemów. Programy rabatów lojalnościowych - jako rodzaj transakcji wyłącznych - mogą wyeliminować lub zminimalizować problem gapowicza występujący przy promocji produktów. Producent może wówczas łatwo wykryć naruszenie, czyli zauważyć produkt rywala. Kosztem takiego zabiegu jest jednak zmniejszenie konkurencji międzymarkowej (ang. *inter-brand competition*)⁴⁰⁶ przy jednoczesnym zwiększeniu konkurencji wewnątrzmarkowej (ang. *intra-brand competition*)⁴⁰⁷. Będzie to prowadziło do strat wobec klientów, którzy prezentują duży popyt na różnorodność produktów (ang. *demand for product variety*). Transakcje wyłączne, tworząc niepodzielną lojalność sprzedawcy, zwiększają także motywację do aktywniejszego promowania oferty producenta. Z kolei „czyste” rabaty ilościowe lub rabaty targetowe, chociaż nie są tak skuteczne w eliminacji problemu gapowicza, stanowią dodatkowy bodziec motywujący detalistów do wzmoczonego wysiłku sprzedaży.

2.4.1.5. Redukcja podwójnej marży

W relacji producent-sprzedawca, którą ilustruje rysunek 3, może wystąpić problem podwójnej marży (ang. *double marginalization*)⁴⁰⁸. Dochodzi do tego, gdy oba podmioty dysponują znaczną siłą rynkową. Następuje wtedy znaczny wzrost ceny produktu, gdyż najpierw producent (dostawca) ustala cenę hurtową na poziomie ceny monopolistycznej, a następnie sprzedawca, kierując się maksymalizacją zysku, również istotnie zawyża cenę. W konsekwencji cena końcowa jest znacznie zawyżona, a przez to spada popyt na produkt⁴⁰⁹.

Jednak obaj uczestnicy tego procesu mogą wspólnie zwiększyć swoje zyski, jeżeli cena detaliczna zostanie obniżona. W przypadku ceny liniowej jedynym sposobem na uzyskanie takiego rezultatu byłaby sytuacja, w której dostawca otrzymywałby zerową marżę. W przypadku zastosowania nieliniowego kształtowania ceny dostawca może natomiast pokryć koszty stałe i osiągnąć zysk przy złagodzeniu lub całkowitej eliminacji problemu podwójnej marży. Takie działanie przekłada się również na dobrobyt konsumentów, gdyż ceny detaliczne spadają bardziej niż w przypadku liniowego kształtowania cen⁴¹⁰.

Rabaty retroaktywne (z mocą wsteczną) mogą być szczególnie skutecznym sposobem na zmniejszenie problemu podwójnej marży, gdyż redukują cenę każdej jednostki produktu po przekroczeniu progu przez sprzedawcę. Modele ekonomiczne pokazują, że jest to skuteczniejsze niż stosowanie rabatów przystosowych, działających tylko na dodatkowe jednostki produktu po przekroczeniu progu⁴¹¹.

⁴⁰⁴ T. Ellingsen, M. Johannesson, *Is there a hold-up problem?*, „The Scandinavian Journal of Economics” 2004, nr 3, s. 475-494.

⁴⁰⁵ M.M. Dabbah, *EC and UK Competition Law: Commentary, Cases and Materials*, Cambridge 2004, s. 153-154; R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law...*, op. cit., s. 378.

⁴⁰⁶ Konkurencji między dostawcami konkurencyjnych marek.

⁴⁰⁷ Konkurencji między dystrybutorami produktów tej samej marki. Zob. R.M. Steuer, *Exclusive dealing in distribution*, „Cornell Law Review” 1983, nr 69, s. 101.

⁴⁰⁸ Zob. S. Bishop, *Delivering benefits to consumers or per se illegal? Assessing the competitive effects of loyalty rebates* w: *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket 2007.

⁴⁰⁹ D. Spector, *Loyalty rebates and related pricing practices: when should competition authorities worry?* w: D.S. Evans and J. Padilla (red.), *Global Competition Policy: Economic Issues and Impacts*, LECG 2004.

⁴¹⁰ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law...*, op. cit., s. 378.

⁴¹¹ S. Kolay, S.G. Shaffer, J. Ordovery, *All-unit discounts in retail contracts*, „Journal of Economics and Management Strategy” 2004, nr 13, s. 429-459.

2.4.2. Antykonkurencyjne przyczyny stosowania rabatów

Do podstawowych funkcji rabatów należy wynagrodzenie klientom ich lojalności względem dominanta. Lojalność jako taka jest nacechowana pozytywnie - oznacza uczciwość i wierność w relacjach, więc w różnych gałęziach prawa ocenia się ją jako korzystną⁴¹². Prawo konkurencji stanowi tu wyjątek, gdyż zachowanie lojalności wiąże się często z tworzeniem barier w funkcjonowaniu rynku. Przedsiębiorstwo dominujące, udzielając rabatów warunkowych, może nie kierować się wyłącznie pobudkami związanymi ze zwiększeniem efektywności, lecz mieć na celu także ograniczenie konkurencji na określonym rynku. Rabaty warunkowe to niekiedy „tańszy” sposób wykluczenia niż drapieżnictwo cenowe, ponieważ nie muszą się wiązać z poświęcaniem zysku. W niniejszym podrozdziale zostanie omówiony skutek wykluczenia tradycyjnie przypisywany tej praktyce przez TSUE i KE. W tym celu zostaną opisane także efekty, które towarzyszą wykluczeniu: efekt „zamknięcia” klientów i efekt zasysania.

2.4.2.1. Efekt wykluczenia

Efekt wykluczenia (ang. *foreclosure effect*) jest rodzajem antykonkurencyjnej strategii dominanta i polega na zamknięciu dostępu do rynku obecnym albo potencjalnym konkurentom. Jest to podstawowe kryterium konstrukcyjne praktyk wykluczających stosowanych przez dominanta⁴¹³. Zgodnie z wytycznymi Komisji efekt ten zachodzi, gdy efektywny dostęp aktualnych lub potencjalnych konkurentów do towarów (usług) lub rynków jest utrudniony lub uniemożliwiony wskutek działania przedsiębiorstwa dominującego, w związku z czym może ono podwyższać ceny w sposób opłacalny dla siebie i ze szkodą dla konsumentów⁴¹⁴.

Dotyczy to więc nie tylko zmuszenia konkurentów do całkowitego opuszczenia rynku, lecz także doprowadzenia do ich niekorzystnej sytuacji, a tym samym - zmniejszenia ich ekspansji na rynku (mniej agresywnej konkurencji). Niekorzystna sytuacja objawia się podniesieniem kosztów rywali lub zmniejszeniem popytu na ich produkty⁴¹⁵. Może się to odnosić również do konkurentów potencjalnych - wówczas wykluczenie będzie się objawiało tworzeniem barier wejścia na dany rynek (patrz rysunek 4).

Rysunek 4
Przejawy antykonkurencyjnego wykluczenia



Źródło: opracowanie własne.

⁴¹² Przykładem może być obowiązek lojalnej współpracy państw członkowskich wynikający z art. 4 ust. 3 TUE.

⁴¹³ Por. podrozdział 1.4.2 i tabela 5.

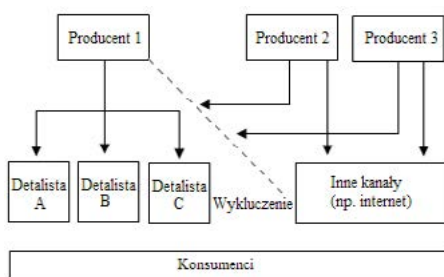
⁴¹⁴ Wytyczne Komisji, pkt 19.

⁴¹⁵ Komisja Europejska, *DG Competition...*, op. cit., pkt 58.

Co ważne, wykluczenie ma charakter antykonkurencyjny, czyli zniekształca funkcjonowanie rynku ze szkodą dla konsumentów, nie ma innego ekonomicznego sensu niż eliminacja konkurencji lub nie wynika z chęci zwiększenia efektywności (a zatem brakuje obiektywnego uzasadnienia)⁴¹⁶.

O antykonkurencyjnym charakterze wykluczenia decyduje kryterium „szkody konsumentów”, będące niejako przeciwieństwem pojęcia „dobrobyt konsumentów”⁴¹⁷. Tradycyjnie TSUE i KE uznawały, że taki właśnie skutek wywołują rabaty warunkowe, zwłaszcza lojalnościowe i o skutku lojalnościowym. Zgodnie z dokumentem przygotowanym przez Komisję wykluczenie może opierać się na praktykach cenowych lub pozacenowych, a także mieć charakter horyzontalny bądź wertykalny⁴¹⁸. Rabaty lojalnościowe należą zasadniczo do kategorii praktyk cenowych, które wywołują wykluczenie o charakterze horyzontalnym (patrz rysunek 5 i tabela 11).

Rysunek 5
Rabaty lojalnościowe a efekt wykluczenia



Źródło: opracowanie własne na podstawie: G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanaghs, *Economics for Competition Lawyers*, Oksford 2011, s. 225.

Tabela 11
Rodzaje wykluczania a rabaty lojalnościowe

Wykluczenie	Horyzontalne	Wertykalne
Pozacenowe	transakcje wyłączne sprzedaż wiązana	odmowa dostaw odmowa kontraktowania
Cenowe	rabaty lojalnościowe rabaty wieloproduktowe drapieżnictwo	nożyce cenowe odmowa kontraktowania

Źródło: opracowanie własne na podstawie: Komisja Europejska, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruksela 2005, pkt 73.

Charakter wykluczenia horyzontalnego zobrazowano na rysunku 5. Przedstawia on producenta 1, który udzielając detalistom A, B, C rabatów „za wierność”, blokuje producentom 2 i 3 dostęp do tych podmiotów. Wykluczenie ma charakter horyzontalny, gdyż przedsiębiorstwa, którym producent 1 zamyka (utrudnia) dostęp do rynku, znajdują się na tym samym poziomie dystrybucji

⁴¹⁶ Por. podrozdział 1.5.2, w którym opisano podejścia do interpretacji antykonkurencyjnych skutków rabatów warunkowych. Zob. też: M. Szydło, *Ekonomiczna analiza nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 TWE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 2, s. 38.

⁴¹⁷ Por. N. Petit, *From formalism to effects? The Commission’s communication on enforcement priorities in applying Article 82 EC*, „World Competition: Law and Economics Review” 2009, nr 4, s. 492. Zob. również: podrozdział 1.5.1.

⁴¹⁸ Komisja Europejska, *DG Competition...*, op. cit., pkt 61-73.

co on. Innymi słowy, jest to wykluczenie z rynku wyższego szczebla. Wykluczenie wertykalne odnosi się natomiast do zamknięcia (utrudnienia) dostępu do rynku przedsiębiorstwu, który znajduje się na niższym poziomie dystrybucji niż podmiot dokonujący wykluczenia - na rynku niższego szczebla. Przykładem może tutaj być odmowa kontraktowania⁴¹⁹.

Podstawą do stwierdzenia antykonkurencyjnego wykluczenia ze szkodą dla konsumentów są dowody ilościowe i jakościowe. W procesie oceny Komisja uwzględnia takie czynniki, jak siła rynkowa przedsiębiorstwa, warunki na rynku właściwym (m.in. warunki wejścia i ekspansji, korzyści skali) czy pozycja konkurentów przedsiębiorstwa dominującego⁴²⁰. W przypadku rabatów warunkowych określenie efektu wykluczenia zależy od ich formy i warunków przyznawania. Generalizując: im mocniej skomplikowany jest system rabatów warunkowych, tym większe prawdopodobieństwo wystąpienia efektu wykluczenia. Bardziej ryzykowne systemy rabatowe mają charakter retroaktywny (a nie przyrostowy) i zindywidualizowany (a nie standardowy). Co więcej, im wyższy procentowy rabat w stosunku do całkowitej ceny i im wyższy próg, tym silniejsza zachęta poniżej progu - istnieje zatem większe prawdopodobieństwo zamknięcia dostępu aktualnym lub potencjalnym konkurentom⁴²¹.

W kolejnych podpunktach zostaną przedstawione przykłady negatywnych efektów wywoływanych przez różne systemy rabatowe. Są to szczególnie wyrazy wykluczenia wskutek działania systemów rabatów warunkowych. Mowa przede wszystkim o efekcie „zamknięcia” klienta i zasysania popytu.

2.4.2.2. Efekt „zamknięcia” klienta

Effekt „zamknięcia” (ang. „*lock-in effect*”) ściśle wiąże się z rabatami retroaktywnymi (z mocą wsteczną). Ich istotą jest to, że po przekroczeniu określonego progu ilościowego zniżka cenowa zostaje przyznana na wszystkie nabyte jednostki produktu, a nie tylko na te, które przekroczyły próg⁴²².

Zdaniem Komisji rabaty z mocą wsteczną mogą przyczyniać się do znaczącego zamknięcia dostępu do rynku. Sprawiają, że przejście do alternatywnego dostawcy w celu zaspokojenia niewielkich potrzeb zaopatrzeniowych może się wydać odbiorcom mniej atrakcyjne - wiązałoby się bowiem z utratą rabatu retroaktywnego⁴²³. Kupujący może być więc narażony na wzrost kosztów zmiany dostawcy. Jeżeli zdecyduje się na zmianę, ryzykuje tym, że nie osiągnie progu nabywczego i straci zniżkę na wszystkie nabyte wcześniej produkty⁴²⁴.

Effekt ten jest spotęgowany w przypadku rabatu „za wierność” i rabatów zindywidualizowanych. W pierwszym przypadku, gdy nabywca musi pokrywać 90-100% swoich potrzeb produktami dominanta, tylko nieznaczna ilość może nabyć od jego konkurentów. Im większa liczba towarów nabytych od rywali - tym większe ryzyko utraty rabatu. W przypadku rabatu zindywidualizowanego program odzwierciedla zazwyczaj potrzeby kupującego. Po ich określeniu próg rabatowy jest ustalany tak, że aby go osiągnąć, nabywca musi zaspokoić wszystkie swoje potrzeby za sprawą oferty dominanta. Zmiana dostawcy bez utraty rabatu jest niemal nierealna, gdyż zaopatrując się u konkurentów, rabatobiorca może nie zdążyć nabyć odpowiedniej ilości produktów w danym okresie referencyjnym u dominanta⁴²⁵.

Z kolei w przypadku rabatów docelowych, ustalanych na podstawie odpowiednich okresów referencyjnych (np. 1 rok), system premiowy może być na tyle wymagający, że aby dostać zniżkę,

⁴¹⁹ *Ibidem*. Por. również tabelę 6.

⁴²⁰ Zob. szerzej: wytyczne Komisji, pkt 19-22 (zwłaszcza w pkt 20 zostały wymienione czynniki oceny).

⁴²¹ *Ibidem*, pkt 40 (ostatnie zdanie).

⁴²² Zob. podrozdział 1.2.2.

⁴²³ Wytyczne Komisji, pkt 40.

⁴²⁴ F.P. Maier-Rigaud, *Switching costs in retroactive rebates - what's time got to do with it?*, „Journal of Competition Law & Economics” 2005, nr 4, s. 377.

⁴²⁵ D. Samà, *The antitrust treatment of loyalty discounts...*, *op. cit.*, s. 4.

należy przekroczyć największą ilość zakupionych produktów sprzed okresu referencyjnego. Wywołuje to presję zwiększenia popytu.

Systemy rabatowe miewają więc silny skutek lojalnościowy - i nie dotyczy to tylko rabatów „za wierność”. Jak wskazano, odpowiednie ukształtowanie programów może zniechęcać klienta do zmiany dostawcy.

2.4.2.3. Efekt zasysania (wchłaniania) i efekt dźwigni

Wraz ze zbliżaniem się ostatniej jednostki produktu przed przekroczeniem progu rabatu retroaktywnego pojawia się kolejny problem, określany jako efekt zasysania (ang. *suction effect*). W takiej sytuacji niewielkie zamówienie skutkuje uzyskaniem zniżki na wszystkie produkty. W konsekwencji cena przyrostowa jednostek niezbędnych do osiągnięcia progu może być znacznie niższa niż zarówno cena z cennika (bazowa), jak i cena zdyskontowana. Można to przedstawić za pomocą wzoru⁴²⁶:

$$P_I = P_L (X_M - r \times X_T) \div X_M, \text{ gdzie:}$$

P_I - cena przyrostowa (cena jednostek niezbędnych do osiągnięcia progu)

P_L - cena z cennika (ang. *price list*)

X_M - jednostki krańcowe niezbędne do osiągnięcia progu;

r - wysokość zniżki;

X_T - wielkość progu.

Powyższą formułę można zastosować do następującego przykładu: przedsiębiorstwo sprzedaje klientowi ołówki, których ATC wynosi 0,90 zł, a cena z cennika - 1 zł; firma przyznaje rabat retroaktywny w wysokości 5% po przekroczeniu progu 1000 sztuk. Jeżeli klient zwiększy liczbę ołówków z 999 do 1000, całkowite wydatki zmniejszą się z 999 zł do 950 zł. Oznacza to, że cena przyrostowa na ostatniej jednostce produktu jest ujemna i wynosi: $1 \times (1 - 5\% \times 1000)$, $1 = -49$. Średnia cena przy 1000 sztukach, czyli 0,95 zł, jest wyższa od ATC, więc ceny zasadniczo nie są drapieżne⁴²⁷.

Mając na uwadze powyższe, można wysunąć wniosek, że w stosunku do okresu referencyjnego⁴²⁸ koszt zmiany dostawcy spowodowany efektem zasysania jest umiarkowanie niski dla pierwszych zakupów, a następnie wzrasta, gdy liczba nabytych produktów zbliża się do progu. W przypadku ilości granicznych koszt zmiany dostawcy może być ekstremalnie wysoki, co zobrazowano za pomocą poniższego wykresu⁴²⁹.

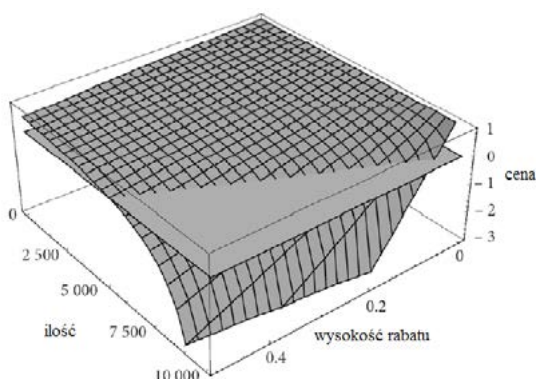
⁴²⁶ G. Faella, *The antitrust assessment...*, op. cit., s. 3.

⁴²⁷ Podany przykład został opracowany na podstawie: D. Samà, *The antitrust treatment of loyalty discounts...*, op. cit., s. 5.

⁴²⁸ Okres, w którym klient ma czas na zrealizowanie progu i uzyskanie rabatu. Por. podrozdział 1.2.2.

⁴²⁹ J. Kallaughier, B. Sher, *Rebates revisited: anti-competitive effects and exclusionary abuse under Article 82*, „European Competition Law Review” 2004, nr 5, s. 267.

Wykres 7
Efekt zasysania



Na wykresie 7 zaprezentowano efekt zasysania powodowany przez rabat retroaktywny, który ma trzy cechy: jego wysokość wynosi od 0 do 50%; podstawą jest cena w wysokości 1 (cena za jednostkę produktu bez zniżki); wielkość progu to 10 000 jednostek. Pole kwadratu przedstawia cenę za produkt, którą konkurent dominanta musi przedstawić klientowi, aby pozostał on obojętny względem dwóch ofert (jego i dominanta). Jak jednak widać, cena, do której musi dopasować się rywal, spada wraz z pojawieniem się stopy rabatowej i staje się ujemna - odgina się poniżej kwadratu o jednolitym kolorze.

Im niższa cena przyrostowa (P_i), tym silniejszy efekt zasysania. Jednocześnie wzrasta efekt „zamknięcia” klienta, gdyż skutek lojalnościowy rabatu jest większy. Działanie dominanta przyczynia się także do zamknięcia rynku, co stanowi przejaw wykluczenia rywali. Wszystkie więc efekty⁴³⁰ są wzajemnie powiązane, gdyż zasadniczo opisują to samo zjawisko, lecz z różnych perspektyw (klienta, konkurenta, praktyki dominanta).

Aby system rabatowy wywoływał rzeczywiście poważny skutek wykluczający, przedsiębiorstwo musi mieć znaczną siłę rynkową w przypadku znacznej części zapotrzebowania klienta, czyli pewną podstawę sprzedaży (ang. *assured base of sales*). Może ona wynikać np. z lojalności klientów wobec marki; charakteryzuje się tym, że rywale nie mają szans konkurować z dominantem na określonej części popytu (niepodważalna część popytu, ang. *non contestable portion of demand*)⁴³¹. Przedsiębiorstwo dominujące może zatem użyć rabatu, aby rozszerzyć swoją pozycję z niepodważalnej części popytu na część podważalną, podlegającą konkurencji⁴³². Innymi słowy, dominant ma możliwość „zasysania” tych jednostek towarów, które są objęte podważalną częścią popytu.

W tym kontekście należy określić, jaką cenę konkurent musiałby zaproponować, by zrekompensować odbiorcy utratę rabatu warunkowego, gdyby ten przeniósł na niego część swego zapotrzebowania⁴³³. Jest to cena efektywna (ang. *effective price*), którą można zdefiniować jako cenę przyrostową (P_i) podważalnej części popytu klienta⁴³⁴.

Test efektu zasysania stanowi modyfikację ogólnego testu cenowo-kosztowego oraz testu równie efektywnego konkurenta (będących ogólną metodą badania praktyk cenowych). Relevantne

⁴³⁰ Efekt zamknięcia klienta i efekt zamknięcia rynku, efekt zasysania i efekt lojalnościowy rabatu.

⁴³¹ G. Faella, *The antitrust assessment...*, op. cit., s. 4.

⁴³² Zob. T.R. Beard, G.S. Ford, L.J. Spiwak, *Quantity-discount contracts as a barrier to entry*, „Phoenix Center Policy Paper” 2004, nr 20, s. 2-15.

⁴³³ Wytyczne Komisji, pkt. 41.

⁴³⁴ G. Faella, *The antitrust assessment...*, op. cit., s. 4.

znaczenie ma bowiem cena efektywna, która różni się od zwykłej ceny produktu stosowanej w przypadku drapieżnictwa⁴³⁵. Omawiany test służy zbadaniu, czy system rabatowy może powstrzymać ekspansję lub wejście na rynek nawet równie efektywnych konkurentów przez utrudnianie im zaspokajania części potrzeb poszczególnych odbiorców⁴³⁶.

Można to przedstawić za pomocą następującego wzoru⁴³⁷:

$$P_E = P_L [X - r(X + Y)] \div X$$

$$D = X + Y = 1$$

$$P_E = P_L (1 - r \div X)$$

P_E - cena efektywna (cena rzeczywista, ang. *effective price*)

P_L - cena z cennika

r - wysokość zniżki

D - całkowity popyt (100%)

X - podważalna część popytu

Y - niepodważalna część popytu.

Powyższą formułę można zastosować do następującego przykładu: producent sprzedaje samochody po 40 tys. zł i udziela rabatu w wysokości 20% na wszystkie auta pod warunkiem nabycia 500 sztuk, a niepodważalna część popytu wynosi 100 sztuk. Klient chciałby nabyć 500 samochodów (całkowity popyt), kupując tyle, ile musi, u dominanta (100 sztuk, czyli 20%), a resztę - u konkurentów (400 sztuk, czyli 80%). W takiej sytuacji cena efektywna będzie równa $40\ 000 \times (1 - 20\% \cdot 80\%) = 30\ 000$ zł.

Cenę efektywną należy następnie porównać do wysokości dwóch rodzajów kosztów: średniego kosztu możliwego do uniknięcia (AAC) i długookresowego średniego kosztu przyrostowego (LRAIC)⁴³⁸. W wyniku tego zabiegu można otrzymać następujące wyniki:

- $P_E < AAC < LRAIC$ - niespełnienie testu równie efektywnego konkurenta, domniemanie niezgodności z prawem (system rabatowy zasadniczo może doprowadzić do zamknięcia dostępu do rynku nawet równie efektywnym konkurentom);
- $LRAIC < P_E < AAC$ - cena rzeczywista mieści się w przedziale między średnim kosztem możliwym do uniknięcia a długookresowym średnim kosztem przyrostowym - należy zbadać inne relewantne czynniki, aby określić zgodność rabatu z prawem;
- $P_E > LRAIC > AAC$ - domniemanie zgodności z prawem.

Im wyższe są zniżka i niepodważalna część popytu, tym mniejsza i bardziej niebezpieczna jest cena efektywna⁴³⁹. Ponadto im większa różnica między podważalną a niepodważalną częścią popytu na korzyść tej drugiej, tym łatwiej dominantowi użyć rabatu retroaktywnego jako dźwigni służącej do przeniesienia pozycji z jednej części popytu na drugą⁴⁴⁰ (patrz rysunek 6).

⁴³⁵ Zob. wytyczne Komisji, pkt 64.

⁴³⁶ *Ibidem*, pkt 41.

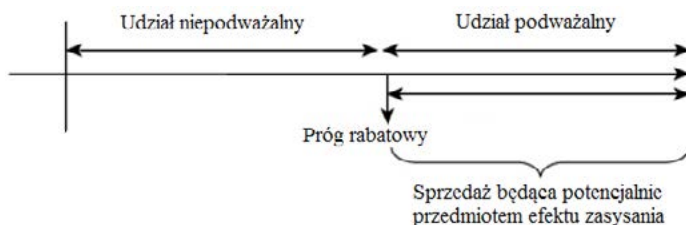
⁴³⁷ D. Samà, *The antitrust treatment of loyalty discounts...*, *op. cit.*, s. 12.

⁴³⁸ Por. podrozdział 2.3.2, w którym analizowano pojęcia kosztowe. Zob. także: wytyczne Komisji, pkt 41.

⁴³⁹ G. Faella, *The antitrust assessment...*, *op. cit.*, s. 4.

⁴⁴⁰ D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, pkt 4.186.

Rysunek 6
Niepodważalna i podważalna część popytu a efekt zasysania



Źródło: opracowanie własne na podstawie: D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oksford 2012, pkt 4.186.

W praktyce określenie niepodważalnej części popytu może być bardzo trudne. Zależy ona bowiem od różnych czynników, m.in. kosztów zmiany dostawcy czy ograniczenia konkurentów w produkcji (ang. *capacity constraints*)⁴⁴¹. W związku z tym Komisja zastrzegła możliwy margines błędu⁴⁴².

Oddzielne zasady wyliczania ceny dotyczą rabatów przyrostowych i wieloproduktowych. W przypadku tych pierwszych analizie zostają poddane po prostu ceny zakupów po przekroczeniu progu - tylko na te produkty udzielana jest zniżka⁴⁴³. W przypadku rabatów wieloproduktowych zachodzi większe prawdopodobieństwo antykonkurencyjnego skutku niż w przypadku rabatów jednoproduktowych, ponieważ oddziałują na większą liczbę rynków, tj. rynki wszystkich produktów objętych rabatem. Miarodajna jest wówczas cena przyrostowa, określona jako cena pakietu pomniejszona o zwykłą (nieobjętą rabatem) cenę każdego z produktów z pakietu⁴⁴⁴. Można tu posłużyć się przykładem przedstawionym przez Konrada Kohutka:

*Dominant wytwarzający trzy produkty „wiąże” je w ramach jednego rabatu. Ceny bez rabatu każdego z produktów wynoszą odpowiednio: X = 30 euro, Y = 20 euro oraz Z = 15 euro. Dominant oferuje rabat w wysokości 10%, pod warunkiem nabycia wszystkich trzech produktów jednocześnie; w takim przypadku cena „pakietu” wynosi 58,5 euro, a cena przyrostowa produktu X wynosi 23,5 euro, zaś produktu Z = 8,5 euro*⁴⁴⁵.

Rabaty wieloproduktowe, inaczej niż jednoproduktowe, porównuje się jedynie do LRAIC (już nie do AAC). Procedura ma więc surowszy charakter⁴⁴⁶.

2.4.3. Skutki programów rabatowych

Zniżki i rabaty są często postrzegane jako pożądane i zgodne z prawem praktyki konkurencyjne. Powodują bowiem obniżenie ceny, a tym samym przyczyniają się do wzrostu dobrobytu konsumentów. Mogą zwiększać efektywność przedsiębiorstwa, które wykorzystuje wysoką cenową elastyczność popytu i efekt skali oraz może zmniejszyć swoje koszty i minimalizować ryzyko sprzedaży. Kolejne korzyści wiążą się z poprawą funkcjonowania łańcucha dystrybucji, gdyż programy rabatowe są skutecznym narzędziem motywowania dystrybutorów lub sprzedawców do zwiększania wysiłków sprzedaży. Udzielanie rabatów zapobiega wielu

⁴⁴¹ D. Geradin, *A proposed test for separating pro-competitive loyalty rebates from anti-competitive ones*, „Tilburg Law and Economics Center Discussion Paper” 2008, nr 41, s. 57.

⁴⁴² Wytyczne Komisji, pkt 41 (zdanie ostatnie).

⁴⁴³ *Ibidem*, pkt 42.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, pkt 60.

⁴⁴⁵ K. Kohutek, *Rabaty udzielane...*, op. cit., s. 39.

⁴⁴⁶ *Ibidem*.

niekorzystnym efektem, chociażby problemowi gapowicza i asymetrii informacji, jak również redukuje nakładanie podwójnej marży.

W doktrynie podkreśla się jednak, że nazwy „zniżka” i „rabat” mogą być mylące. Sugerują bowiem, że każdy program rabatowy oferuje niższą cenę dla nabywców, co nie zawsze jest prawdą. Einer Elhauge i Damien Geradin twierdzą, że taka terminologia sugeruje jedynie istnienie różnicy w cenie zakupu między osobami, które spełniły wymagania programu rabatowego, a tymi, którzy ich nie spełniły. Gdyby dominant rażąco podniósł cenę - niezgodnie z prawem konkurencji - powyżej tej, która istniałaby w konkurencyjnych warunkach rynkowych (ang. *but-for price*), cena zawierałaby dodatkową opłatę wobec osób niespełniających wymagań programu rabatowego. Mogłaby być zawyżona ze względu na wykluczenie konkurentów powstałe wskutek programu lojalnościowego. Cena z rabatem płacona przez lojalnych klientów mogłaby zatem okazać się wyższa od tej, która wystąpiłaby w konkurencyjnych warunkach rynkowych bez systemu rabatowego⁴⁴⁷.

Obniżenie ceny może więc mieć charakter wyłącznie krótkoterminowy. Rabaty bywają bowiem mniej kosztowną formą drapieżnictwa cenowego, niewymagającą ponoszenia aż tak znacznych kosztów przez dominanta⁴⁴⁸. Szczególne zaniepokojenie budzi efekt zamknięcia dostępu do rynku i tym samym wykluczenie konkurentów. Chociaż rabaty lojalnościowe stanowią bodziec do skuteczniejszej koordynacji w łańcuchu dystrybucji, przyczyniają się także do zmniejszenia konkurencji międzymarkowej, co przekłada się na ograniczenie wyboru konsumentom. Dyskryminacja cenowa nie zawsze przyczynia się do wzrostu dobrobytu społecznego. Doskonale różnicowanie ceny, bezsprzecznie mające charakter prokonkurencyjny, nie jest osiągalne w praktyce, a dyskryminacja drugiego stopnia budzi poważne wątpliwości. Niekiedy może być oceniana jako eksploatacja konsumentów lub utrudnienie w funkcjonowaniu przedsiębiorstw działających na rynku niższego szczebla.

Ocena tej praktyki nie jest zatem jednoznaczna - dlatego należy rozpatrywać ją w możliwie indywidualny sposób (ang. *case-by-case approach*).

2.5. PODSUMOWANIE

Ekonomiczna analiza systemów rabatowych wskazuje na dużą złożoność tego zjawiska. Z jednej strony wynika to z samej natury badanej praktyki, mogącej przybierać wiele różnych form i upodabniać się do drapieżnictwa cenowego, transakcji wyłącznej czy sprzedaży związanej lub pakietowej. Z drugiej strony omawiana praktyka jest różnie oceniana w świetle poszczególnych teorii ekonomicznych. Można postawić tezę, że chociaż ekonomiści dostrzegają w niej zagrożenie (m.in. w postaci wykluczenia konkurentów), są dalecy od bezwzględnego zakazu stosowania rabatów warunkowych. Podkreślają ich prokonkurencyjne skutki, które pomagają zwiększyć efektywność przedsiębiorstwa, stymulować konkurencję i obniżyć ceny.

Nienależyte uwzględnienie narzędzi ekonomicznych może prowadzić do dwojakich błędów. Pierwszy rodzaj błędu to fałszywe pozytywy (ang. *false positives*, błąd nr 1), czyli zakazywanie lub reglamentowanie praktyk, które nie są antykonkurencyjne. Drugi rodzaj błędów to fałszywe negatywy (ang. *false negatives*, błąd nr 2), pojawiające się w przypadku oceny praktyk faktycznie antykonkurencyjnych jako nienaruszających konkurencji⁴⁴⁹. Fałszywe pozytywy są powodowane zbyt formalistycznym podejściem do danej praktyki, co może się przejawiać nieuwzględnieniem ekonomicznych skutków danej praktyki i porzuceniem na ogólnych założeniach na jej temat.

⁴⁴⁷ E. Elhauge, D. Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Oksford-Portland-Oregon 2007, s. 570.

⁴⁴⁸ B. Nalebuff, *Exclusionary bundling*, „The Antitrust Bulletin” 2005, nr 3, s. 321.

⁴⁴⁹ E. Rousseva, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Oksford 2010, s. 426.

Z kolei fałszywe negatywy wynikają ze zbyt liberalnej oceny. Paradoksalnie, przyczyną takiej sytuacji może być zbyt przywiązanie do teorii ekonomicznych, które okazują się zawodne ze względu na uproszczone założenia, błędne wyliczenia lub niewystarczające dane potrzebne do ich zastosowania.

Należy także podkreślić koszty społeczne i faktyczne możliwości stosowania określonych teorii ekonomicznych w prawie konkurencji. Pomimo faktycznej ekonomizacji prawa konkurencji, czyli uwzględnienia zdobyczy ekonomii w egzekwowaniu tego prawa, całkowite wdrożenie jej zasad nie jest możliwe, chociażby ze względu na pewność prawa. Indywidualna analiza każdego przypadku powodowałaby duże koszty i znacząco wydłużała czas wydawania wyroku sądowego. Kolejną ważną kwestią jest bezpieczeństwo prawne uczestników rynku. Organ monopolowy ma zasadniczo możliwość uzyskania danych niezbędnych do ekonomicznej oceny danego zachowania - jednak przedsiębiorstwo, które chciałoby *ex ante* określić swoje zachowanie w świetle reguł konkurencji, niekoniecznie ma równy dostęp do informacji, szczególnie tych dotyczących konkurentów. Ogólna typologizacja praktyk dominanta w świetle prawa konkurencji wydaje się zatem wręcz niezbędna - tylko w taki sposób dominant może świadomie podjąć ryzyko określonego zachowania.

Odwołanie się do efektywności jako jedyne go celu prawa konkurencji, a tym samym rezygnacja z celów strukturalnych, może nastroczać wiele wątpliwości w praktyce orzeczniczej. O jaką efektywność ma bowiem chodzić: alokacyjną, produkcyjną czy dynamiczną? Co w przypadku, gdy różne rodzaje efektywności się wykluczają? Podobnie dobrobyt konsumentów traktowany jako podstawowe kryterium prawa konkurencji może powodować zakłopotanie. W amerykańskim prawie antytrustowym do dziś trwa spór, jak należy go rozumieć. Pojęcie to może się odnosić do efektywności całej gospodarki (ang. *total welfare*) w rozumieniu chicagowskim. Inne koncepcje opierają się na definiowaniu dobrobytu konsumentów wyłącznie ich nadwyżkami. Tym samym wszelkie przesunięcia nadwyżki z konsumentów na sprzedawców byłyby oceniane negatywnie. Zdaniem Richarda Posnera efektywność jest ostatecznym celem polityki antymonopolowej, podczas gdy konkurencja - jako cel pośredni - zwykle plasuje się na tyle blisko tego celu, że pozwala sądom na zaprzestanie dalszych dociekań⁴⁵⁰.

Podane argumenty wskazują, że należy szukać złotego środka między skrajnym formalizmem a podejściem zorientowanym na skutki ekonomiczne. Z tego względu sama ekonomiczna analiza systemów rabatowych nie wystarcza, gdyż wnioski z niej płynące niekoniecznie muszą dać się zastosować w praktyce. W następnym rozdziale zostanie więc przedstawiona ocena analizowanej praktyki z perspektywy orzecznictwa i decyzji organów antymonopolowych. Co oczywiste, tylko w ten sposób można wysunąć ostateczne wnioski na temat udzielania rabatów warunkowych w świetle prawa konkurencji, a także ocenić *more economic approach*.

⁴⁵⁰ R.A. Posner, *Antitrust...*, op. cit. s. 29. Tłumaczenie za: P. Behrens, *Teoretyczne...*, op. cit., s. 75.

ROZDZIAŁ III.

PRAWNA ANALIZA PROGRAMÓW RABATOWYCH W ŚWIELE PRAKTYKI ORZECZNICZEJ I DECYZYJNEJ

3.1. WPROWADZENIE

Po przedstawieniu rodzajów i charakteru prawnego rabatów oraz dokonaniu ich analizy ekonomicznej kluczową kwestią jest zbadanie zagadnienia w świetle praktyki orzeczniczej i decyzyjnej. Ze względu na ogólność art. 102 TFUE i brak szczegółowych przepisów prawnych regulujących ocenę systemów rabatowych rola Trybunału i Komisji ma wręcz charakter „prawodawczy”⁴⁵¹. Nie jest to oryginalny pogląd autora niniejszej pracy - powszechnie zwraca się na to uwagę w literaturze. Na przykład Richard Whish, w związku z brakiem wyłączeń grupowych z art. 102 TFUE, uznaje, iż na gruncie tego przepisu prawo jest takie, jakim określają je sądy unijne⁴⁵². Niekiedy stwierdza się nawet, że TSUE i KE to organy „normotwórcze”⁴⁵³.

Praktyka UE nie pozostaje również bez znaczenia dla polskiego prawa antymonopolowego. Można powiedzieć, że art. 102 TFUE i odpowiadający mu art. 9 u.o.k.i.k. łączy „genetyczny związek”⁴⁵⁴. Unijny standard oceny systemów rabatowych powinien być więc traktowany przynajmniej jako punkt odniesienia w przypadku spraw rozstrzyganych wyłącznie na podstawie przepisów krajowych⁴⁵⁵. Warto zwrócić uwagę na długoletnią praktykę UE i Komisji w tym obszarze, której nie ma polski system prawa konkurencji. Uwzględnienia standardów unijnych wymaga wreszcie spójność wyroków w sprawach rozstrzyganych na gruncie przepisów krajowych i wspólnotowych.

Widoczny jest ewolucyjny charakter omawianego zagadnienia, które ściśle wiąże się z przyjęciem wytycznych Komisji i postulowanym dążeniem do bardziej ekonomicznego podejścia. Z tego względu praktyka UE zostanie przedstawiona chronologicznie. Punktem odniesienia dla dokonanego podziału będą - wielokrotnie cytowane w niniejszej pracy - wytyczne Komisji dotyczące oceny praktyk wykluczających⁴⁵⁶. Przywołane zostanie też doświadczenie amerykańskie, od dawna zdominowane przez podejście skutkowe⁴⁵⁷. To istotne, gdyż standard wypracowany w USA jest źródłem inspiracji dla prawa konkurencji UE. Doświadczenie to może posłużyć jako wskazówka - pokazać potencjalne zmiany formalistycznego podejścia KE i TSUE spowodowane zwrotem w stronę *more economic approach*.

⁴⁵¹ Odnosi się to do ogromnego znaczenia praktyki orzeczniczej i decyzyjnej na gruncie art. 102 TFUE. Co oczywiste, Komisja Europejska ma w dziedzinie prawa konkurencji kompetencje prawodawcze *sensu stricto*. Zob. też podrozdział 1.5.4, w którym poruszono ten problem.

⁴⁵² R. Whish, *Competition...*, *op. cit.*, s. 211.

⁴⁵³ D.J. Gerber, *The future of Article 82...*, *op. cit.*, s. 49.

⁴⁵⁴ Przy tworzeniu i stosowaniu polskiej regulacji (art. 9 u.o.k.i.k.) wzorowano się na jej odpowiedniku w systemie UE (art. 102 TFUE). T. Skoczny, *Przedmowa* w: T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. XV.

⁴⁵⁵ Podobnie: K. Kohutek, *Rabaty udzielane...*, *op. cit.*, s. 35.

⁴⁵⁶ Por. podrozdział 1.5.4, w którym przedstawiono ich charakter prawny.

⁴⁵⁷ Por. podrozdział 1.5.3, w którym przedstawiono wstępne informacje na ten temat.

3.2. Praktyka unijna przed przyjęciem wytycznych Komisji

Orzecznictwo Trybunału dotyczące oceny rabatów warunkowych - przed wydaniem wytycznych Komisji z 5.12.2008 r. - rozciąga się od spraw *Suiker Unie* oraz *Hoffmann-La Roche* z drugiej połowy lat 70. po orzeczenia *Michelin II* z 2003 r. i *British Airways* z 2007 r. Zarówno decyzje Komisji, jak i sprawy rozstrzygane przez Trybunał charakteryzowały się formalistycznym podejściem. Zgodnie z nim nielegalność rabatów była określana przede wszystkim ze względu na ich określoną formę, a nie rzeczywiste, ekonomiczne skutki⁴⁵⁸. Wszystkie decyzje Komisji były podtrzymywane przez TSUE.

3.2.1. Rabaty lojalnościowe i wieloproduktowe

W pierwszej kolejności omówione zostaną sprawy dotyczące rabatów lojalnościowych, a następnie wyrok w sprawie *Hilti*, rozstrzygający o legalności stosowania rabatów wieloproduktowych. Kluczowe orzeczenie TSUE zapadło jednak już w 1979 r., w sprawie *Hoffmann-La Roche*. Ten wyrok - wielokrotnie cytowany ze względu na sformułowanie abstrakcyjnej definicji nadużywania pozycji dominującej - zawiera także pierwszą dogłębną ocenę praktyk rabatowych o skutku lojalnościowym. Tezy przedstawione w tej sprawie przywoływano nawet w najnowszych orzeczeniach z tego obszaru⁴⁵⁹.

3.2.1.1. Sprawa *Suiker Unie* (1975)

Omawiana sprawa jest kojarzona głównie z kartelem europejskich producentów cukru, stanowi jednak także pierwsze rozstrzygnięcie, w którym odwołano się do oceny rabatów lojalnościowych⁴⁶⁰. Jeden z producentów z południowej części Niemiec (*Südzucker*), w odpowiedzi na silną presję konkurencyjną z innych państw członkowskich, ustanowił roczne rabaty ilościowe. Klientów, którzy zaspokajali jego produktem całe swoje zapotrzebowanie, nagradzał rabatem - zazwyczaj w wysokości 0,3% rocznego obrotu. Trybunał potwierdził za Komisją, że udzielanie rabatów oparte nie na zakupionej ilości produktu, lecz na tym, czy roczne zapotrzebowanie jest pokrywane wyłącznie za pomocą produktu dominanta, to nieuzasadniona dyskryminacja kupujących, którzy nabywają towary także z innych źródeł. TSUE skupił się zatem na dyskryminacji drugiej linii, co stanowi praktykę eksploatacyjną na podstawie obecnego art. 102 lit. c TFUE⁴⁶¹.

W drugiej kolejności odniesiono się do efektu lojalnościowego rabatów i jego wpływu na konkurencję pierwszej linii, czyli między *Südzuckerem* a jego konkurentami. Według Komisji konkurentom bardzo trudno było przebić rabat wyliczany na podstawie rocznego obrotu. Nawet korzystne oferty rywali dominanta były praktycznie wykluczone, gdyż nie stanowiły wystarczającej zachęty dla klientów⁴⁶². W związku z tym Trybunał po raz pierwszy miał okazję odróżnić rabaty lojalnościowe od rabatów ilościowych. Te pierwsze nakładane są po to, aby powstrzymać klientów od zaopatrywania się u rywali⁴⁶³. Komisja i Trybunał nie podzieliły więc opinii dominanta, zgodnie z którą stosowany przez niego rabat był zgodną z prawem obniżką cenową, uwzględniającą racjonalizację sprzedaży w konkurencyjnej gospodarce.

⁴⁵⁸ Por. podrozdział 1.5.2, w którym scharakteryzowano istotę tego podejścia.

⁴⁵⁹ Zob. wyrok Trybunału w sprawie *Intel*, pkt 71-73, 76, 77, 81, 83, 90, 91, 94 i inne.

⁴⁶⁰ Wyrok Trybunału w sprawie *Suiker Unie*, pkt 499-528.

⁴⁶¹ Por. tabelę 5 i podrozdział 1.4.2, w którym zdefiniowano dyskryminację pierwszej i drugiej linii.

⁴⁶² L. Gyselen, *Rebates: competition on the merits or exclusionary practice?*, 8th EU Competition Law and Policy Workshop: What is an Abuse of a Dominant Position?, Europejski Instytut Uniwersytecki 2003, s. 13.

⁴⁶³ (...) to prevent customers obtaining their supplies from competing producers. Wyrok Trybunału w sprawie 40/73 *Suiker Unie*, pkt 518.

Praktyka producenta miała też wpływ na handel między państwami członkowskimi, ponieważ spowodowała zmniejszenie importu cukru do Niemiec. Nawet jeżeli kupujący nie tracili rabatu z powodu nabywania konkurencyjnych towarów, to zdaniem Komisji system rabatowy zniechęcał klientów do systematycznych zakupów od rywali; klienci obawiali się, że albo będą musieli zwrócić rabat, albo nie zostanie on udzielony w przyszłości⁴⁶⁴.

Argumentacja Komisji i TSUE korespondowała z celem integracyjnym w postaci ochrony rynku wewnętrznego. Instytucje te silnie akcentowały, że udzielanie rabatów wpływało na handel między państwami członkowskimi, gdyż zniechęcało nabywców do zaopatrywania się u zagranicznych konkurentów. Intencjami dominanta miały być obrona przed liberalizacją handlu i utrzymanie pozycji na rynku niemieckim przez niezgodne z prawem wiązanie klientów. Takie uzasadnienie Trybunału przypomina argumentację odnoszącą się do środków równoważnych do ograniczeń ilościowych⁴⁶⁵.

3.2.1.2. Sprawa *Hoffmann-La Roche* (1979)

3.2.1.2.1. Stan faktyczny

Hoffman-La Roche (dalej: Roche), szwajcarski producent witamin, zawierał w latach 1964-1974 umowy handlowe z 22 podmiotami zajmującymi się sprzedażą i dystrybucją jego produktów. Większość klientów wyraziła zgodę na zaopatrywanie się wyłącznie lub niemal wyłącznie u Roche w określonym czasie (zwykle przez rok), w zamian za co otrzymywała zniżki. Wysokość rabatu różniła się w zależności od kontrahenta, ale przeważnie wynosiła 1-5%⁴⁶⁶.

Chociaż nie wynikało to ze zobowiązania umownego, Roche szacował wielkość zapotrzebowania każdego ze swoich klientów w celu określenia progu rabatowego. W ten sposób weryfikował też, czy klienci dokonali odpowiednio dużego zamówienia, a tym samym - czy przysługuje im zniżka. Rabat miał charakter progresywny, gdyż jego wartość wzrastała wraz z przekraczaniem kolejnych progów. Przykładowo: gdy nabywca pokrywał 60% swojego szacunkowego zapotrzebowania produktami marki Roche, dostawał 1% rabatu, a gdy osiągnął próg 70% - rabat rósł do 1,5%⁴⁶⁷.

W 1976 r. Komisja wydała decyzję, w której stwierdziła, że Roche dopuścił się nadużywania pozycji dominującej na rynku witamin. Zdaniem KE zachowanie to doprowadziło do zakłócenia konkurencji przez pozbawianie klientów dominanta możliwości wyboru źródła zaopatrzenia i stosowanie nierównych warunków handlowych. Dwóch klientów, którzy nabywali tę samą ilość produktów, płaciło różną cenę w zależności od tego, czy zgodzili się nie zaopatrywać u konkurentów dominanta. Według Komisji Europejskiej Roche stawiał ich tym samym w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej (ang. *competitive disadvantage*)⁴⁶⁸.

3.2.1.2.2. Orzeczenie Trybunału

Trybunał przychylił się do stanowiska Komisji. Stwierdził, że przedsiębiorstwo dominujące, wiążąc nabywców - nawet na ich wniosek - przez zobowiązanie do zaopatrywania się wyłącznie lub w znacznej części w jego produkty, narusza art. 102 TFUE. Naruszenie jest niezależne od dalszej klasyfikacji i udzielonego rabatu. Nieważne też, czy dzieje się to na podstawie formalnej umowy, czy też jest jednostronnym działaniem dominanta. Zdaniem Trybunału analizowane działanie jest nie do pogodzenia z celem niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym. Nakładanie obowiązku niekonkurowania w zamian za określone inicjatywy rabatowe nie opiera się bowiem na transakcji gospodarczej, która usprawiedliwia prawa i obowiązki świadczone

⁴⁶⁴ *Ibidem*, pkt 513.

⁴⁶⁵ Zob. szerzej: V. Brisimi, *The Interface between Competition and the Internal Market*, Oksford 2014.

⁴⁶⁶ Wyrok Trybunału w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche*, pkt 2.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, pkt 97.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, pkt 80.

przez strony umowy. W istocie umowa jest zaprojektowana tak, że ogranicza lub uniemożliwia klientom wybór źródła zaopatrzenia i blokuje innym producentom dostęp do rynku⁴⁶⁹.

Przedstawiona argumentacja koresponduje z poglądami przedstawicieli ordoliberalizmu na temat rynku, który zapewnia wydajną konkurencję⁴⁷⁰. Według ich postulatów, aby dane zachowanie dominanta można było uznać za nadużycie, musi ono stanowić konkurencję niewydajną (ang. *non-performance competition*) i zakłócenie konkurencji (ang. *distort competition*). Trybunał doszedł do takiego wniosku bez zbadania, czy rabaty rzeczywiście negatywnie wpływają na funkcjonowanie rynku. Stwierdził jedynie, że zachowanie przedsiębiorstwa stanowi zakłócenie, ponieważ rabaty jako takie były powiązane z wyłącznością zakupów⁴⁷¹.

TSUE ponownie odróżnił rabaty lojalnościowe od „zwykłych”, dozwolonych rabatów ilościowych. Kryterium odróżniającym jest odmienny skutek stosowania tych dwóch zachęt finansowych. Rabaty lojalnościowe mają uniemożliwić klientom zaopatrywanie się u konkurentów dominanta i stworzyć im nierówne warunki handlowe. Co więcej, każdy z rabatów jest inaczej naliczany. Wysokość rabatów ilościowych zależy wyłącznie od wielkości zakupów (stałe oprocentowanie), co stanowi kryterium obiektywne. Z kolei rabaty udzielane przez Roche były wyliczane na podstawie szacunków dominanta dotyczących możliwości absorpcji jego produktów przez poszczególnych klientów. Charakteryzowały się więc dwiema cechami: były zindywidualizowane i odnosiły się do określonego okresu referencyjnego. System rabatowy łączył zatem cechy transakcji wyłącznej i rabatów docelowych. Przez jego zastosowanie dominant bezpośrednio dążył nie do maksymalizacji wielkości zamówienia, ale do zaspokojenia całego zapotrzebowania nabywców⁴⁷².

Jak podkreśla się w doktrynie, w niemal wszystkich sprawach „post-Roche” będzie trzeba poradzić sobie z pytaniem, kiedy dany system rabatowy stanowi zachętę na tyle silną, by wzbudzać - w swoim praktycznym *modus operandi* - zaniepokojenie na podstawie art. 102 TFUE⁴⁷³. Ostatecznie Trybunał doszedł do wniosku, że praktyka ta pozwalała na umocnienie pozycji dominującej dzięki formie konkurencji, która nie opierała się na zrealizowanych transakcjach, przez co miała charakter zniekształcający⁴⁷⁴. Takie założenie bazowało na abstrakcyjnej definicji nadużycia pozycji dominującej, określonej przez odwołanie się do jeszcze ogólniejszego sformułowania „normalna konkurencja” (ang. *normal competition*)⁴⁷⁵.

3.2.1.2.3. Krytyka orzeczenia

Jedną z najbardziej kontrowersyjnych kwestii w przywołanym orzeczeniu było stwierdzenie, że dominant nie może udzielać rabatów lojalnościowych ze względu na samą naturę tej praktyki. Została ona uznana za zakazaną *per se*, niezależnie od indywidualnej oceny efektów rabatu lojalnościowego. Przypuszcza się, że skoro dominant udziela zniżki, aby klienci nie kupowali nigdzie indziej, musi to wywoływać efekt wykluczenia konkurentów. Trybunał uznał przedstawioną klasyfikację za uzasadnioną wtedy, gdy dany system zaprojektowano po to, by osiągnąć efekt wyłączności zakupu lub podobny do niego⁴⁷⁶. Dominant nie może powoływać się na to, że udzielił danego rabatu na wyraźne żądanie klientów. Wobec tak wrogiego nastawienia do rabatów lojalnościowych dominant przypuszczalnie mógłby się bronić, podobnie jak Roche,

⁴⁶⁹ *Ibidem*, pkt 89-90.

⁴⁷⁰ Por. podrozdział 2.2.2.

⁴⁷¹ L.L. Gormsen, *Article 82 EC: where are we coming from and where are we going to?*, „Competition Law Review” 2006, nr 2, s. 18.

⁴⁷² Wyrok Trybunału w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche*, pkt 100.

⁴⁷³ L. Gyselen, *Rebates: competition on the merits...*, *op. cit.*, s. 14.

⁴⁷⁴ Wyrok Trybunału w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche*, pkt 90.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, pkt 91.

⁴⁷⁶ Zob. J. Temple Lang, R. O'Donoghue, *Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under Article 82 EC*, „Fordham International Law Journal” 2002, nr 26, s. 94 i nast.

że jego system ma charakter rabatu ilościowego - polega na ocenie zapotrzebowania klientów i ustaleniu pod tym kątem progów rabatowych. Trybunał wyraźnie jednak odróżnił oba programy ze względu na potencjalne skutki i sposób naliczania wysokości rabatu. Jeżeli więc przedsiębiorstwo dokłada starań, by klienci zaopatrywali się wyłącznie u niego i nie kupowali u jego konkurentów, mamy do czynienia z rabatami lojalnościowymi⁴⁷⁷.

Krytycznej analizie należy poddać także ogólne założenie dotyczące słynnej formuły nadużywania pozycji dominującej⁴⁷⁸. Trybunał stwierdził, że stopień konkurencji na danym rynku jest osłabiony z powodu samej obecności dominanta, co koresponduje z założeniami szkoły harwardzkiej⁴⁷⁹. To jednak zbyt duże uproszczenie, ponieważ nawet w przypadku koncentracji rynku mechanizm konkurencji może działać efektywnie⁴⁸⁰. Ponadto TSUE odwołał się do kryterium wpływu zachowania dominanta na strukturę rynku. Pozostaje to w ścisłym związku z postulatami ordoliberałów, którzy również kładli nacisk na ochronę samej struktury rynku. Jednak według postulatu *more economic approach* nie może to być kryterium decydującym. Należałoby bowiem ocenić również faktyczne skutki działania dominanta związane z dobrobytem konsumentów. W orzeczeniu Trybunał nie odwołał się - nawet pośrednio - do tego kryterium.

3.2.1.3. Sprawa *British Plasterboard* (1993)

British Plasterboard (dalej: BPB) to holding zlokalizowany w Wielkiej Brytanii, który kontrolował około połowy produkcji płyt gipsowych w Unii Europejskiej. W Wielkiej Brytanii BPB działał przez spółkę zależną British Gypsum Ltd.⁴⁸¹ Przed 1982 r. nie było regularnego importu płyt gipsowych do Wielkiej Brytanii, ale w późniejszym czasie - wraz z pojawieniem się importu z Francji i Hiszpanii - konkurencja zaczęła stopniowo narastać. Wobec tej presji BPB zdecydował się na przyznawanie dodatkowych rabatów sklepom budowlanym, które zawarły transakcje wyłączne na jego płyty gipsowe, zamiast importować je z Francji lub Hiszpanii. Pieniądze zaoszczędzone w związku z przyznaniem rabatem miały być przeznaczane na promocję produktów dominanta⁴⁸².

Na wstępie Trybunał Sprawiedliwości uznał, że promocyjne płatności polegające na opustach cenowych kupującym są normalną praktyką handlową i stanowią istotny element współpracy między dostawcą a jego dystrybutorami. W normalnej sytuacji konkurencyjnej na rynku takie umowy są wprowadzane w interesie obu stron. W ten sposób dostawca stara się zabezpieczyć swoją sprzedaż przez zapewnienie lojalności popytu (ang. *loyalty of demand*). Z kolei dystrybutor może polegać na bezpieczeństwie dostaw i związanych z tym udogodnień handlowych⁴⁸³. W związku z tym gdy przedsiębiorstwo nie ma pozycji dominującej, wyłączność dostaw, co do zasady, nie może być zabroniona. W opinii Trybunału skutki konkretnego zobowiązania wyłącznego należy ocenić w jego specyficznym kontekście. Wpływ takiego zachowania zależy bowiem od charakterystyki rynku⁴⁸⁴.

Jednakże powyższe rozważania mają zdaniem TSUE zastosowanie tylko w sytuacji normalnej konkurencji na rynku, czyli gdy żadne z przedsiębiorstw nie posiada znacznej siły rynkowej. Nie jest to natomiast akceptowane w przypadku rynku, na którym konkurencja jest i tak ograniczona ze względu na fakt, że dane przedsiębiorstwo zajmuje pozycję dominującą. Trybunał odwołał się do natury spornego zachowania polegającego na wiązaniu klientów i tworzeniu niedopuszczalnej przeszkody wejścia na dany rynek. Fakt, iż udzielanie rabatów stanowi odpowiedź na wyraźne

⁴⁷⁷ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...*, op. cit., 2014, s. 458.

⁴⁷⁸ Zob. podrozdział 1.5.4, w którym przytoczono pełną treść tej formuły.

⁴⁷⁹ Por. podrozdział 2.2.1.1.

⁴⁸⁰ Zob. S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law...*, op. cit., s. 66.

⁴⁸¹ Wyrok Trybunału z dnia 1.04.1993 r. w sprawie T-65/89 *BPB Industries Plc* oraz *British Gypsum Ltd* przeciwko Komisji, ECR 1993, s. II-389, ECLI:EU:T:1993:31, pkt 2.

⁴⁸² Zob. decyzję Komisji z dnia 5.12.1988 r. w sprawie 89/22 *BPB Industries plc.*, O.J. L 10 z 13.01.1989 r., s. 55-72.

⁴⁸³ Wyrok Trybunału w sprawie T-65/89 *British Gypsum*, pkt 65.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, pkt 66.

żądania klientów, w żadnym wypadku nie może uzasadniać włączenia do umowy dostawy klauzul wyłączności⁴⁸⁵.

Trybunał przypomniał również, że samo posiadanie pozycji dominującej nie pozbawia przedsiębiorstwa prawa do obrony własnych interesów handlowych oraz - w przypadku, gdy są one zagrożone - podejmowania wszelkich kroków służących ich ochronie. Nie jest to jednak dozwolone, gdy rzeczywisty cel stanowi wzmocnienie pozycji dominującej lub jej nadużycie. TSUE nie podzielił zatem argumentu BPB o kierowaniu się potrzebą zapewnienia ciągłości i niezawodności dostaw w Wielkiej Brytanii, a także opinii, że nieregularny import produktów konkurentów nie mógłby tego zapewnić⁴⁸⁶. Koncepcja nadużycia pozycji dominującej ma charakter obiektywny, a więc argument BPB, zgodnie z którym przedsiębiorca ten nigdy nie miał zamiaru zniechęcać ani osłabiać konkurentów, nie wpływał na kwalifikację prawną okoliczności faktycznych. Trybunał podzielił zdanie Komisji, że lojalność jest formą wyłączności - niezależną od intencji i motywacji dominanta. Nie ma przy tym znaczenia, iż klienci BPB nie przejawiali lojalności wobec marki skarżącego i mogli wypowiedzieć daną umowę⁴⁸⁷. Przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą jest wystarczająco silne, aby żądać od swoich klientów nie tylko zawarcia umów, lecz także ich utrzymania. W praktyce sprawia to, że prawna możliwość rozwiązania umowy ma charakter iluzoryczny⁴⁸⁸. Dominant nie może powoływać się na klauzulę rozsądku (art. 101 ust. 3 TFUE), ponieważ udzielanie rabatów regulowane jest przepisem art. 102 TFUE, który się do niej nie odwołuje. Ponadto wyłączenie na mocy art. 101 ust. 3 TFUE nie wyklucza stosowania art. 102 TFUE⁴⁸⁹.

Podobnie więc jak w wyżej omawianych sprawach, Komisja i Trybunał ustanowiły domniemanie niezgodności z prawem rabatów lojalnościowych bez rozwinięcia systematycznej analizy wpływu ocenianych praktyk na konkurencję⁴⁹⁰. Ponadto odwołano się do sprawy *Hoffman-La Roche*, mimo że oba programy rabatowe się różniły, a jedyną cechą wspólną była klauzula wyłączności⁴⁹¹.

3.2.1.4. Sprawa *Hilti* (1991)

Sprawa dotyczyła mieszanej sprzedaży pakietowej, czyli udzielania rabatów wieloproduktowych. Hilti to ówczesna wiodąca spółka handlowa zajmująca się produkcją gwoździarek (pistoletów do wbijania gwoździ) oraz akcesoriów z nimi związanych (gwoździ i magazynków). Spółka korzystała z monopolu patentowego na niektóre modele gwoździarek i magazynków (taśm), ale nie samych gwoździ. Dzięki temu niezależni producenci (m.in. Eurofix i Bauco) mogli produkować i sprzedawać gwoździe kompatybilne z urządzeniami Hilti⁴⁹².

W związku z pojawieniem się konkurencji spółka Hilti podjęła kroki mające na celu uniemożliwienie ekspansji rynku przez producentów gwoździ kompatybilnych z jej urządzeniami. Przyjęła politykę rabatową sprzyjającą klientom, którzy nie nabywali gwoździ u niezależnych producentów. Działania polegały m.in. na uzależnieniu sprzedaży magazynków od zakupu odpowiedniej liczby gwoździ, odbieraniu rabatów nabywcom, którzy kupowali same magazynki bez gwoździ, oraz dawaniu specjalnych zniżek tym, którzy zaopatrywali się w te dwa produkty łącznie⁴⁹³. Postępowanie zostało zainicjowane przez konkurentów dominanta, którzy zaskarżyli jego działanie do Komisji Europejskiej. Wydała ona decyzję stwierdzającą naruszenie pozycji

⁴⁸⁵ *Ibidem*, pkt 67-68.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, pkt 69.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, pkt 70-71.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, pkt 73.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, pkt 75.

⁴⁹⁰ J. Faul, A. Nikpay, *The EC Law...*, op. cit., s. 383.

⁴⁹¹ L. Gyselen, *Rebates: Competition on the merits...*, op. cit., s. 23.

⁴⁹² D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 98.

⁴⁹³ L. Gyselen, *Rebates: competition on the merits...*, op. cit., s. 19.

dominującej⁴⁹⁴. Następnie, w wyniku złożonej przez Hilti skargi na nieważność decyzji Komisji, sprawę rozpatrywał także Sąd⁴⁹⁵.

Komisja i TSUE uznały, że w badanej sprawie występują trzy rynki produktów - pistolety, magazynki i gwoździe - na których Hilti ma pozycję dominującą⁴⁹⁶. Następnie stwierdzono, że praktyka polegająca na odmowie rabatów klientom, którzy nabywali wyłącznie magazynek, miała na celu wykluczenie niezależnych producentów gwoździ. Praktyka ta miała zbliżony efekt jak udzielanie rabatów lojalnościowych. Uznano, że ograniczało to wybór klientom, a także stanowiło ich dyskryminację i eksploatację⁴⁹⁷.

Ani Komisja, ani Trybunał nie dały wiary, że praktyka ta była nakierowana na bezpieczeństwo produktów. Według ustaleń KE spółka Hilti nigdy nie wydała żadnego komunikatu w przedmiotowej sprawie, nie podjęła też żadnych działań mających na celu ostrzeżenie przed rzekomym niebezpieczeństwem używania gwoździ konkurentów⁴⁹⁸. Ostatecznie TSUE przychylił się do stanowiska KE - również jego zdaniem działanie Hilti stanowiło naruszenie art. 102 lit. d TFUE. Chociaż dominant bronił się potrzebą zapewnienia bezpieczeństwa produktów, postępowanie spółki służyło ochronie jej własnych interesów⁴⁹⁹.

W literaturze podkreślono, że omawiana sprawa to klasyczny przykład sytuacji, w której *transakcje wiązane wykorzystywane są przez przedsiębiorstwo dominujące do przeniesienia swojej siły rynkowej na konkurencyjny rynek w celu maksymalizacji zysków oraz wykluczenia konkurencji*⁵⁰⁰. Według przedstawicieli szkoły chicagowskiej, opierających się na teorii pojedynczego zysku monopolisty, Hilti nie osiągnęłoby żadnej istotnej korzyści ze sprzedaży wiązanej i pakietowej. Z kolei według szkoły harwardzkiej zachowanie dominanta mogło doprowadzić do efektu dźwigni - przez wykorzystanie przewagi technologicznej spółka utrudniała konkurencję na rynku gwoździ⁵⁰¹. Instytucje unijne przychyliły się więc do poglądów drugiej szkoły.

Podsumowując: uznanie rabatów wieloproduktowych za nadużycie pozycji dominującej wymaga spełnienia szeregu kryteriów. Po pierwsze, przedsiębiorstwo powinno mieć pozycję dominującą na rynku produktu podstawowego. Po drugie, musi istnieć odrębny rynek towaru powiązanego. Po trzecie, dominant musi zmuszać klientów do nabywania kilku produktów jednocześnie, oferując niższą cenę w przypadku łącznego zakupu. Działanie to musi stanowić ograniczenie konkurencji na rynku towaru powiązanego, a sprzedaż nie ma żadnego obiektywnego uzasadnienia⁵⁰².

3.2.2. Rabaty docelowe oraz ilościowe

Chociaż systemy rabatów docelowych i ilościowych nie zawierają bezpośredniej klauzuli wyłączności, zdaniem Komisji i Trybunału mogą wywoływać podobny efekt lojalnościowy. Szczególnie zaskakujący był wyrok sprawie *Michelin II*, w której po raz pierwszy badano rabaty ilościowe. Wbrew wcześniejszym zapewnieniom o legalności tej formy zniżek została ona uznana - w pewnych okolicznościach - za niezgodną z prawem konkurencji UE. Instytucje

⁴⁹⁴ Decyzja Komisji z dnia 22.12.1987 r. w sprawie 89/22 *Eurofix-Bauco przeciwko Hilti*, O.J. L 65 z 11.03.1988, s. 19-44.

⁴⁹⁵ Wyrok Trybunału z dnia 12.12.1991 r. w sprawie T-30/89 *Hilti AG przeciwko Komisji*, ECR 1991, s. II-1439.

⁴⁹⁶ I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 68.

⁴⁹⁷ Decyzja Komisji w sprawie *Hilti*, pkt 75, 83.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, pkt 89-96.

⁴⁹⁹ Wyrok Trybunału w sprawie T-30/89 *Hilti*, pkt 99-100.

⁵⁰⁰ I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 69.

⁵⁰¹ *Ibidem*.

⁵⁰² Por. D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 99. Zob. także: I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 62-67; Komisja Europejska, *DG Competition...*, op. cit., pkt 182-206; wytyczne Komisji, pkt 47-61; podrozdział 1.4.2 niniejszej pracy, w którym opisano relacje między praktyką rabatową a sprzedażą wiązaną i pakietową.

unijne rozwinęły także doktrynę obiektywnych, ekonomicznych uzasadnień, na które wcześniej bezskutecznie próbowały się powoływać przedsiębiorstwa dominujące w celu usprawiedliwienia swoich systemów rabatowych. Nawet gdy dany system był rzeczywiście uzasadniony ze względów ekonomicznych - jak w przypadku *British Airways* - nie uzyskiwał aprobaty TSUE.

3.2.2.1. Sprawa *Michelin I* (1983)

3.2.2.1.1. Stan faktyczny

W omawianej sprawie zapadł pierwszy wyrok TSUE, w którym dokonano oceny rabatów docelowych (targetowych) w świetle art. 102 TFUE. Skarżąca spółka holenderska wchodziła w skład francuskiej grupy kapitałowej zajmującej się produkcją i sprzedażą opon samochodowych. Była odpowiedzialna za ich produkcję i sprzedaż w Holandii, gdzie znajdowała się także fabryka opon do ciężarówek. Polityka cenowa spółki Michelin polegała m.in. na przyznawaniu zmiennych zniżek cenowych warunkowanych osiągnięciem przez dealerów rocznych celów sprzedaży⁵⁰³. Podobnie jak Hoffman-La Roche, Michelin dokonywał wcześniej oceny potencjału nabywczego każdego z kupujących, program rabatowy miał więc charakter zindywidualizowany i retroaktywny⁵⁰⁴. Chociaż bonus rabatowy miał stały charakter, indywidualne cele sprzedaży były zazwyczaj z roku na rok coraz wyższe. Generalnie wysokość premii zależała od wartości wszystkich nabytych produktów, bez dzielenia ich na różne kategorie⁵⁰⁵. Dealerzy opon nie wiedzieli jednak dokładnie, według jakich kryteriów wyliczany był ich rabat, a co za tym idzie - jaką zniżkę dostaną przy sprzedaży opon dominanta. Jedyną kwestią precyzyjnie ustalaną podczas spotkań dystrybutorów z przedstawicielami Michelin był roczny cel sprzedaży. Wyników rozmów nie utrwalano formalnie na piśmie⁵⁰⁶.

3.2.2.1.2. Doktryna szczególnej odpowiedzialności dominanta

Trybunał odwołał się po raz pierwszy do szczególnej odpowiedzialności dominanta. Na początku stwierdził, że przedsiębiorstwo o pozycji dominującej nie jest przez ten fakt w stanie oskarżenia - posiadanie pozycji dominującej nie stanowi samo w sobie przedmiotu sankcji prawnych. Jednak niezależnie od przyczyn tej pozycji przedsiębiorstwo ponosi szczególną odpowiedzialność (ang. *special responsibility*) za to, by swym zachowaniem nie naruszać prawdziwej, niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym⁵⁰⁷.

Powyższe stwierdzenie dało asumpt do wypracowania doktryny szczególnej odpowiedzialności dominanta. W literaturze zwraca się uwagę, iż ma ona źródło w ordoliberalnej ochronie uczciwości⁵⁰⁸. Podkreśla się także nieprecyzyjność wskazanej doktryny. Na jej podstawie można jedynie wnioskować, iż wolność gospodarcza dominanta jest ograniczona bardziej niż przedsiębiorstw niemających tej pozycji⁵⁰⁹. Dominant staje się zatem słoniem w składzie porcelany - musi szczególnie uważać, by nie naruszyć kruchego otoczenia⁵¹⁰. Teorie ekonomiczne potwierdzają jednak, że konkurencja może funkcjonować skutecznie także w przypadku obecności przedsiębiorstw ze znaczną siłą rynkową. Co więcej, mogą one poprawiać dynamikę konkurencji. Opieranie się na omawianej formule prowadzi zatem do paradoksu

⁵⁰³ Decyzja Komisji z dnia 7.10.1981 r. w sprawie 81/969 *Michelin I*, O.J. L 353/33 z 9.12.1981, s. 33-47, pkt 23.

⁵⁰⁴ L. Gyselen, *Rebates: competition on the merits...*, op. cit., s. 27-28.

⁵⁰⁵ Decyzja Komisji w sprawie *Michelin I*, pkt 22-26.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, pkt 28.

⁵⁰⁷ Wyrok Trybunału w sprawie *Michelin I*, pkt 57.

⁵⁰⁸ G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power*, Oxford 1997, s. 65-66.

⁵⁰⁹ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op. cit., s. 162.

⁵¹⁰ G. Niels, H. Jenkins, *Reform of Article 82 EC: where the link between dominance and effects breaks down*, „European Competition Law Review” 2005, nr 11, s. 605.

antymonopolowego, na który zwracał uwagę m.in. Robert Bork: zbyt interwencyjne prawo może nie tylko nie chronić konkurencji, lecz także ją ograniczać i osłabiać⁵¹¹.

3.2.2.1.3. Prawna ocena programów rabatowych

Trybunał zaczął swoje rozważania od odróżnienia systemu rabatowego spółki Michelin od programu dyskontowego opisanego w sprawie *Hoffman-La Roche*. W przypadku tego pierwszego zniżki nie zależały od zawarcia transakcji na wyłączność. Jednocześnie polityka cenowa Michelin różniła się od „zwykłego” systemu rabatów ilościowych, opartego wyłącznie na ilości nabytych produktów. Rosnąca skala obrotów sprzedaży wyznaczała jedynie ramy do ustalania programu zniżek przez producenta⁵¹². Zdaniem Trybunału omawiany sposób udzielania premii klasyfikował się między zakazanym *per se* rabatem lojalnościowym (à la Hoffman-La Roche) a dozwolonym - chociaż nie w pełni sprecyzowanym w orzecznictwie - systemem rabatów „czysto” ilościowych⁵¹³.

W związku z powyższym TSUE stwierdził, że aby ustalić, czy praktyka ta stanowi nadużycie pozycji dominującej, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, a zwłaszcza kryteria i zasady przyznawania rabatu, oraz zbadać, czy oferowane korzyści nie bazują na uzasadnieniu ekonomicznym. Trybunał wymienił potencjalne negatywne skutki stosowania rabatu docelowego dyskredytujące jego legalność: ograniczenie kupującym swobody wyboru źródeł zaopatrzenia, utrudnienie konkurentom dostępu do rynku, stosowanie wobec partnerów handlowych nierównych warunków świadczeń równoważnych, wzmocnienie pozycji dominującej przez zakłócenie konkurencji⁵¹⁴. Następnie TSUE zauważył, iż każdy system rabatowy, który uzależnia przyznanie zniżki od ilości produktów sprzedanej w dość długim okresie referencyjnym, pod koniec tego okresu nieuchronnie wywołuje wzrost presji na kupujących⁵¹⁵. Ściśle koresponduje to z efektami „zamknięcia” klienta i zasysania⁵¹⁶. Powyższe ustalenie było kluczowo istotne dla omawianej sprawy⁵¹⁷.

Program rabatowy może więc okazać się bezprawny, mimo że udzielanie zniżek nie zależy bezpośrednio od zaspokojenia większości lub całości zapotrzebowania klienta. Podobnie jak w sprawie *Hoffman-La Roche*, Trybunał zidentyfikował czynniki, które wpływały na ograniczenie wolności wyboru źródła zaopatrzenia i utrudniały konkurentom dostęp do rynku: fakt posiadania przez Michelin znacznych udziałów w rynku i rozliczanie rabatów w rocznym okresie referencyjnym, pokrywającym się z obrotem handlowym dealerów. Konkurenci sprzedający mniej produktów, udzielając zniżek w miesięcznym okresie referencyjnym, nie byłiby w stanie - ze względu na proporcjonalnie mniejszy obrót handlowy - oferować tak wysokiego rabatu⁵¹⁸. Kolejnym czynnikiem był brak transparentności programu rabatowego: dealerzy nie mieli pewności, jaką dokładnie dostaną zniżkę. Wiązało się to ściśle z częstymi zmianami progu i stopy rabatowej oraz brakiem potwierdzenia warunków na piśmie⁵¹⁹.

Podsumowując, czynniki brane pod uwagę przy ocenie rabatów docelowych to: okres referencyjny (okres odniesienia), na którego podstawie są one rozliczane; udział rynkowy dominanta i jego konkurentów; transparentność systemu rabatowego (w szczególności zasad jego przyznawania i określania wysokości); wysokość stopy dyskontowej. Im dłuższy okres referencyjny, tym większe prawdopodobieństwo jego negatywnego wpływu na konkurencję.

⁵¹¹ G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanaghs, *Economics for Competition...*, op. cit., s. 19.

⁵¹² Wyrok Trybunału w sprawie *Michelin I*, pkt 72.

⁵¹³ L. Gyselen, *Rebates: competition on the merits...*, op. cit., s. 28-29.

⁵¹⁴ Wyrok Trybunału w sprawie *Michelin I*, pkt 73.

⁵¹⁵ *Ibidem*, pkt 81.

⁵¹⁶ Por. podrozdziały 2.4.3.2 i 2.4.3.3.

⁵¹⁷ L. Gyselen, *Rebates: competition on the merits...*, op. cit., s. 29.

⁵¹⁸ Wyrok Trybunału w sprawie *Michelin I*, pkt 82.

⁵¹⁹ *Ibidem*, pkt 83.

Instytucje unijne bardziej podejrzliwie patrzą na rabaty zindywidualizowane i retroaktywne niż na rabaty standardowe i przyrostowe⁵²⁰. Na tej podstawie można argumentować, że przejrzyste i przyrostowe systemy rabatowe, z krótkim okresem referencyjnym, stosowane jednakowo wobec wszystkich klientów mają dużo większą szansę na obronę pod kątem zgodności z art. 102 TFUE⁵²¹.

3.2.2.2. Sprawa *Irish Sugar* (1999)

Ze względu na zwiększenie importu cukru do Irlandii z innych państw członkowskich jedyny krajowy producent - Irish Sugar - posunął się do wielu antykonkurencyjnych zachowań. Działania te polegały na udzielaniu zakazanych rabatów i dyskryminacji kontrahentów. Producent chciał w ten sposób utrzymać pozycję dominującą na irlandzkim rynku cukru. Komisja Europejska potępiła jego system rabatowy, który uzależniał przyznawanie zniżek kupującym od nabywania rokrocznie coraz większej ilości produktów. Program dyskontowy miał więc szczególnie charakter - promował wyłącznie wzrost nabywcy. Jednocześnie, podobnie jak wcześniej omawiane systemy, miał wiązać klientów i zamykać rynek konkurentom⁵²².

Producent podejmował też ewidentne działania dyskryminacyjne, które zostały w literaturze przedmiotu nazwane „szczególną formą geograficznej dyskryminacji cenowej” (ang. *peculiar form of a geographic price discrimination*)⁵²³. Polegało to na przyznawaniu rabatów przedsiębiorstwom mającym siedzibę niedaleko granicy z Irlandią Północną, które eksportowały cukier do innych państw członkowskich (rabaty eksportowe, ang. *export rebates*)⁵²⁴. Miało to na celu ograniczenie taniego importu cukru do Irlandii⁵²⁵.

Kluczową kwestią w analizowanej sprawie było odwołanie się do obiektywnego, ekonomicznego uzasadnienia (ang. *objective economic justification*) praktyk rabatowych dominanta⁵²⁶. Wypowiadając się na temat rabatu eksportowego, Trybunał stwierdził, że nie opiera się on na takim usprawiedliwieniu. Rabat był przyznawany jedynie ze względu na miejsce prowadzenia działalności gospodarczej (siedziba przy granicy z Irlandią Północną). TSUE wymienił też przykładowe uzasadnienia, na które mógłby się powołać dominant w związku z przyznawaniem rabatu: związek udzielania zniżki z ilością zakupionych produktów, zmniejszenie kosztów transportu, sprzedaży lub promocji, magazynowanie produktów albo świadczenie innych usług na rzecz producenta przez klienta⁵²⁷. Powody te odnoszą się do szeroko pojętego wzrostu efektywności działalności gospodarczej. Co oczywiste, przy powoływaniu się na dane uzasadnienie należy udowodnić jego związek z przyznawaną zniżką.

Następnie Trybunał orzekł, że stosowanie danego systemu rabatowego, zwłaszcza tak specyficznego, musi opierać się na określonej przyczynie gospodarczej. Dominant usprawiedliwiał stosowanie kwestionowanego systemu niewystarczającymi środkami finansowymi. Jego zdaniem udzielanie zniżek prowadziło do poprawy zysków ze sprzedaży produktów wskutek wystąpienia korzyści skali⁵²⁸. TSUE odrzucił to uzasadnienie - częściowo ze względu na bardzo wysokie udziały dominanta w rynku, wynoszące ponad 88%⁵²⁹. Nie wyjaśnił jednak, dlaczego wysokie udziały w rynku miałyby automatycznie przesądzać o braku możliwości powoływania się

⁵²⁰ Por. tabelę 3.

⁵²¹ Por. A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...*, op. cit., s. 493.

⁵²² *Ibidem*.

⁵²³ J. Faul, A. Nikpay, *The EC Law...*, op. cit., pkt 4.409.

⁵²⁴ Zob. szerzej: D. Geradin, N. Petit, *Price discrimination...*, op. cit., s. 40-41.

⁵²⁵ Zob. wyrok Trybunału w sprawie *Irish Sugar*, pkt 173; A. Ezrachi, *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Oksford 2014, s. 279.

⁵²⁶ Co jednak oczywiście, koncepcja ta ma zastosowanie także do innych praktyk dominanta.

⁵²⁷ Wyrok Trybunału w sprawie *Irish Sugar*, pkt 173.

⁵²⁸ Zob. podpunkt 2.4.1.1.

⁵²⁹ Wyrok Trybunału w sprawie *Irish Sugar*, pkt 186.

na ten argument. Jednocześnie potwierdził, że nawet przy tak silnej pozycji dominującej przedsiębiorstwo nie jest pozbawione prawa do obrony własnych interesów, o ile działa zgodnie z prawem i interesami konsumentów oraz bazuje na kryterium efektywności ekonomicznej⁵³⁰.

3.2.2.3. Sprawa *Michelin II* (2003)

3.2.2.3.1. Stan faktyczny

Francuski producent opon ponownie naraził się na postępowanie Komisji. W 1996 r. z własnej inicjatywy rozpoczęła ona dochodzenie w sprawie, a rok później przeprowadziła kontrolę w siedzibie przedsiębiorstwa. Po uznaniu wcześniejszego systemu rabatowego (rabatu docelowego) za niezgodny z art. 102 TFUE Michelin postanowił zaprojektować i wdrożyć system rabatów ilościowych. Według wcześniejszych orzeczeń TSUE przedmiotowy program, był dozwolony i zgodny z prawem, ponieważ opierał się na obiektywnym kryterium: stałym oprocentowaniu w zależności od wielkości zakupów⁵³¹. Tymczasem w 2001 r. Komisja uznała, że Michelin przez większość lat 90. dopuszczał się nadużywania pozycji dominującej na rynku wymiany opon pojazdów ciężkich we Francji, i nałożyła karę grzywny w wysokości 19,76 mln €⁵³². KE doszła do wniosku, iż system rabatów ilościowych wdrożony przez Michelin wiązał dealerów i powodował wykluczenie konkurentów dominanta.

Zdaniem Komisji naruszenie było tym poważniejsze, że przedsiębiorstwo po raz drugi dopuściło się podobnego zachowania - bezprawnego udzielania rabatów warunkowych. Badany program określono jako nakłaniający do lojalności i nieuczciwy system (ang. *loyalty-inducing and unfair system*). W okresie 1990-1998 Michelin miał pozbawiać swoich dealerów swobody wyboru dostawców opon i sztucznie ograniczać konkurentom dostęp do rynku⁵³³. W 2003 r. decyzja Komisji została utrzymana przez Sąd. Wyrok w sprawie *Michelin II* był bardziej rygorystyczny od wcześniejszych orzeczeń i decyzji - po raz pierwszy stwierdzono, że w pewnych okolicznościach dominant nie może używać nawet niezindywidualizowanych rabatów ilościowych.

3.2.2.3.2. Charakterystyka programów rabatowych Michelin

Zaprojektowana i wdrożona polityka cenowa Michelin miała złożony charakter. Opierała się na ogólnych warunkach cenowych (określających sposób płatności, cenę produktów i rodzaje rabatów) oraz umowach specjalistycznych (przysługujących dalsze premie i zniżki). Ten system rabatów ilościowych zostanie poddany szczegółowej analizie, ponieważ jako pierwszy został uznany za niezgodny z unijnym prawem konkurencji. Następnie opisane zostaną pozostałe programy rabatowe stosowane przez Michelin.

3.2.2.3.2.1. Rabaty ilościowe

Program rabatów ilościowych Michelin opierał się na dwóch oddzielnych systemach: dla nowych opon i dla opon bieżnikowych (regenerowanych). Wielkość poszczególnych progów rabatowych miała charakter schodkowy i progresywny - wartość rabatu wzrastała nieproporcjonalnie wraz z przekroczeniem kolejnych progów. Chociaż omawiany program bazował na schemacie standardowego rabatu ilościowego, miał także charakter retroaktywny. Obejmował zatem wszystkie jednostki produktu zakupione przez dealerów po przekroczeniu określonego progu. W latach 1990-1996 system rabatowy dla nowych opon miał od 47 do 54 stopni. Tabela 12 prezentuje 52 stopnie rabatowe stosowane w tym systemie w 1995 r. W lewej kolumnie

⁵³⁰ *Ibidem*, pkt 189. Zob. też: V. Tjarda Desiderius, *Objective Justification and Prima Facie Anti-competitive Unilateral Conduct: An Exploration of EU Law and Beyond*, Uniwersytet w Lejdzie 2014, s. 97-168.

⁵³¹ Zob. podpunkt 3.2.1.2.2.

⁵³² Decyzja Komisji z dnia 20.06.2001 r. w sprawie 2002/405 *Michelin II*, O.J. L 143 z 31.05.2002, s. 1-53.

⁵³³ Informacja prasowa Komisji Europejskiej (IP/01/873), *Commission fines Michelin for abusive commercial behavior*, Bruksela 2001.

znajduje się próg rabatowy, czyli roczny obrót sprzedaży (ang. *turnover*, T/O 95) wyrażony we frankach francuskich (F), który miał być osiągnięty przez dealera w 1995 r. W prawej kolumnie umieszczono informacje o stawce (ang. *rate*) otrzymanego rabatu - wyrażonego w procentach - po osiągnięciu danego progu.

Tabela 12

System rabatowy nowych opon Michelin

T/O 95	Rate	T/O 95	Rate	T/O 95	Rate	T/O 95	Rate
<9000	7.50	172000	10.65	5855000	11.85	10660000	12.45
15000	8.50	241000	10.75	6242000	11.90	11170000	12.50
25000	9.00	492000	10.85	6604000	11.95	11730000	12.55
30000	9.25	757000	10.95	6934000	12.00	12520000	12.60
35000	9.50	1030000	11.05	7280000	12.05	13380000	12.65
45000	9.85	1306000	11.15	7640000	12.10	14314000	12.70
60000	10.00	1656000	11.25	8020000	12.15	15314000	12.75
80000	10.10	2100000	11.35	8415000	12.20	16385000	12.80
100000	10.20	2663000	11.45	8830000	12.25	17532000	12.85
118000	10.35	3376000	11.55	9260000	12.30	18792000	12.90
142000	10.50	4280000	11.65	9710000	12.35	20145000	12.95
		5136000	11.75	10180000	12.40	22000000	13.00

Źródło: wyrok Trybunału w sprawie *Michelin II*, pkt 69.

Jeżeli w 1995 r. sprzedawca osiągnął obrót w wysokości 10 000 F, otrzymywał rabat w wysokości 8,5%, co przekładało się na premię w wysokości 850 F⁵³⁴. A zatem przy założeniu, że cena katalogowa opony wynosiła 100 F, a dealer nabył 100 opon przez cały rok, cena jednostkowa uległaby obniżeniu z 100 F do 91,5 F⁵³⁵. Choć system rabatowy miał charakter rocznego ryczałtu, można było - w przypadku odpowiedniego zaplanowania zakupów - określić obniżoną jednostkową cenę produktu.

Z kolei gdyby dealerowi udało się zwiększyć obrót do 20 000 F, cena jednostkowa spadłaby (przy założeniu takiej samej ceny katalogowej) z 91,5 F do 91 F⁵³⁶. Jak wynikało z rozważań na temat ceny przyrostowej, cena nabycia dodatkowych jednostek stała się coraz mniejsza przy zbliżaniu się do kolejnego progu rabatowego⁵³⁷. I tak w przypadku osiągnięcia obrotu 9000 F (90 opon × 100 F) dealer otrzymywał rabat w wysokości 7,5%, cena jednostkowa wynosiła więc 92,5 F. Jednak w przypadku nabycia dodatkowej jednostki produktu obrót wyniósłby 9100 F (91 opon × 100 F), a rabat wzrósłby o 1% (z 7,5% do 8,5%). Cena jednostkowa wynosiłaby wówczas, jak wyliczono wyżej, 91,5 F (czyli o 1 F mniej za każdą sztukę). Tym samym cena przyrostowa dodatkowej jednostki produktu wynosiłaby 1,5 F⁵³⁸. Stanowiłoby to aż 98,5% zniżki w porównaniu do ceny katalogowej 100 F⁵³⁹.

⁵³⁴ Ten stopień rabatu otrzymuje się po przekroczeniu 9000 F do wartości 15 000 F.

⁵³⁵ $[10\,000 - (10\,000 \times 8,5\%)] \div 100 = 91,5$.

⁵³⁶ M. Motta, *Michelin II - The treatment of rebates* w: B. Lyons (red.), *Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis*, Cambridge 2009, s. 34-35.

⁵³⁷ Zob. podrozdział 2.4.3.3.

⁵³⁸ $100 - (100 \times 8,5\%) - (9000 \times 1\%) = 1,5$, gdzie 100 to jednostka ceny za dodatkowy produkt, 8,5% to wysokość zniżki mająca zastosowanie do tej dodatkowej jednostki produktu, a 1% to dodatkowy rabat do poprzednio zakupionych jednostek o wartości 9000 F.

⁵³⁹ M. Motta, *Michelin II - The treatment...*, op. cit., s. 34-35.

Tabela 13

System rabatowy opon bieżnikowych Michelin

Retreading Turnover Excluding VAT	Discount rate
< 7 000	0
7 000	2
7 400	3
8 000	3.5
10 800	4
14 700	4.50
19 600	4.75
29 400	5
49 000	5.1
88 200	5.2
166 600	5.3
323 400	5.4
637 000	5.5
1 127 000	5.6
1 813 000	5.7
2 499 000	5.8
3 185 000	5.9
3 920 000	6

Źródło: wyrok Trybunału w sprawie *Michelin II*, pkt 70.

Tabela 13 przedstawia 18 stopni, które obowiązywały dla opon bieżnikowych w 1995 r.⁵⁴⁰ Oba te systemy rabatowe różniły się od programów z wcześniej omówionych wyroków TSUE, gdyż nie były zindywidualizowane. *A contrario* - opierały się na standardowych, stosowanych wobec wszystkich jednakowo wielkościach zniżek, które były uzyskiwane po przekroczeniu określonych progów (rocznych obrotów).

3.2.2.3.3.2. Pozostałe rabaty

Oprócz powyższego systemu dominant wdrożył wiele innych praktyk rabatowych, określonych łącznie jako „ogólne warunki cenowe stosowane wobec profesjonalnych dealerów”. Należały do nich bonusy serwisowe (ang. *service bonus*) i premie za sprzedaż nowych opon (ang. *progress bonus*)⁵⁴¹.

Bonusy serwisowe polegały na wypłacaniu premii sprzedawcom w celu poprawy ich usług wobec klientów. Aby uzyskać premię, należało osiągnąć określony roczny próg obrotów handlowych⁵⁴². Rabat nazwany premią za postęp miał z kolei na celu wynagrodzenie dealerów za ich wzmożone wysiłki sprzedażowe. Aby go otrzymać, dealer musiał na początku każdego roku pisemnie zobowiązać się do przekraczania minimalnej wartości zamówienia i sprzedaży opon Michelin. Umowa między producentem a sprzedawcą ustalana była za obopólną zgodą na podstawie wcześniej osiągniętych wyników i zgodnie z określonymi na przyszłość perspektywami sprzedaży. O przyznaniu zniżki decydowała realizacja ustalonych warunków⁵⁴³. Ponadto dealerzy, którzy w ciągu dwóch kolejnych lat przekroczyli określony maksymalny obrót, mogli negocjować umowy indywidualne, pozwalające na uzyskanie najwyższych zniżek. W latach 1993-1996 od 16 do 18 głównych dealerów podpisało umowy tego typu⁵⁴⁴.

W 1997 r. Michelin zmienił politykę cenową: wycofał wcześniejsze kategorie zniżek i wprowadził zamiast nich nowe systemy. Rabaty ilościowe zostały zastąpione fakturowymi, a premie za postęp - rabatami za osiągnięte cele (ang. *achieved target bonus*). Dodatkowo wprowadzono

⁵⁴⁰ Wyrok Trybunału w sprawie *Michelin II*, pkt 69-70.

⁵⁴¹ Wyrok Trybunału w sprawie *Michelin II*, pkt 6-11.

⁵⁴² Wyrażony, podobnie jak rabaty ilościowe, w rocznych obrotach sprzedaży.

⁵⁴³ Wyrok Trybunału w sprawie *Michelin II*, pkt 6-11.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, pkt 12.

rabaty wieloproduktowe i rabaty „pod koniec roku” (ang. *end-of-year rebate*). Ogólnie rzecz ujmując, rabaty ilościowe i fakturowe miały charakter rabatów standardowych: były stosowane jednakowo wobec wszystkich dealerów. Różniły się przede wszystkim wielkością progów i sposobem ustalania rabatu. W przeciwieństwie do rabatów ilościowych, opisanych w poprzednim podrozdziale, rabaty fakturowe miały tylko dwa progi: 15 i 19%. Określano je według średnich obrotów sprzedaży z 2 lub 3 lat - w zależności od tego, który okres był korzystniejszy dla sprzedawcy. Oba systemy miały jednak charakter retroaktywny; zniżkę wypłacano z rocznym opóźnieniem, w lutym. Wszystkie te programy syntetycznie przedstawiono w tabeli 14.

Tabela 14

Charakterystyka programów rabatowych Michelin

Ogólne warunki cenowe (1980-1996): dokonywanie zamówień według oficjalnego cennika; miesięczne płatności dealerów; rabaty przyznawane z rocznym opóźnieniem, w lutym.	Nowy system rabatów (1987-1988): zlikwidowano lub zamieniono wcześniejsze systemy rabatowe, a także wprowadzono nowe programy zniżek.
Rabaty ilościowe: stosowane jednakowo wobec wszystkich dealerów, progresowe, z bardzo dużą liczbą szczebli, retroaktywne.	Rabaty fakturowe: 15 lub 19 %, według średniej sprzedaży produktów z 2-3 lat.
Premia za postęp (ang. <i>progress rebates</i>): ustalane indywidualnie z dealerem określone cele sprzedaży.	Rabaty za osiągnięte cele: udzielane tym, którzy chcieli uzyskać rabaty wyższe od fakturowych, ustalane indywidualnie według zafakturowanych obrotów netto.
Indywidualne umowy handlowe: udzielane dealerom, którzy osiągnęli bardzo wysokie obroty handlowe. Pozwalało to na uzyskanie szczególnie wysokich rabatów.	
Rabaty serwisowe: premia na poprawienie jakości usług; zależała od rocznego obrotu i opierała się na punktach naliczanych za spełnianie określonych zobowiązań z różnych obszarów. W przeciwieństwie do rabatów ilościowych minimalny obrót handlowy był ustalany w każdej indywidualnej sprawie przez Michelin.	Rabaty na koniec roku: wieloszczeblowa skala zniżek przyznawanych progresywnie w zależności od całkowitego obrotu netto określonych produktów.
	Rabaty wieloproduktowe: znaczny udział kilku rodzaju produktów Michelin w całkowitym obrocie dealera.
Specjalistyczne umowy - <i>PRO agreement</i> i <i>Michelin Friends Club</i>	

Źródło: opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji w sprawie *Michelin II*.

Niezależnie od ogólnych warunków cenowych i nowych systemów rabatowych stosowanych po 1997 r. dealerzy mogli podpisać również dwojakiego rodzaju umowy specjalistyczne: *PRO agreement* i *Michelin Friends Club* (fr. *Club des amis Michelin*)⁵⁴⁵.

Umowy pierwszego rodzaju zostały zaprojektowane w 1993 r. w celu optymalnej sprzedaży nowych opon do samochodów ciężarowych. Na mocy takich umów dealerzy przekazywali producentowi zużyte opony do bieżnikowania, w zamian za co dostawali zniżkę na zakup nowych opon. Bonus nie miał więc charakteru *stricte* pieniężnego. Dodatkowe premie za poddawanie opon bieżnikowaniu były poza tym ograniczone i zależały od liczby nowych opon nabytych w poprzednim roku przez danego sprzedawcę. Umowa stanowiła zatem rodzaj transakcji wiązanej⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, pkt 13-21.

⁵⁴⁶ M. Motta, *Michelin II - The treatment...*, op. cit., s. 36-37.

Z kolei umowy drugiego rodzaju miały na celu nawiązanie ściślejszej relacji sprzedawców z dominantem. Transakcje te miały charakter bilateralny. W 1997 r. podpisano 375 takich umów, co odpowiadało ok. 20% udziałów w rynku sprzedaży opon do samochodów ciężarowych. Michelin oferował pomoc w zapewnieniu odpowiedniej jakości usług, m.in. przez organizację darmowych szkoleń i transfer *know-how*. W zamian za to dealerzy musieli zagwarantować odpowiedni poziom sprzedaży produktów dominanta, czyli *Michelin temperature*, co przekładało się na wystarczającą wielkość sprzedaży i udziałów w rynku. Ponadto sprzedawcy zostali zmuszeni do przekazywania producentowi poufnych informacji biznesowych⁵⁴⁷.

Dalsze rozważania będą skupione przede wszystkim na nowych kwestiach podjętych przez Komisję i Trybunał odnośnie do opisanych programów rabatowych. W dużym stopniu powoływano się bowiem na sprawy już tu omówione.

3.2.2.3.3. Prawna ocena programów rabatowych i jej krytyka

Komisja i Trybunał uznały, że Michelin od początku lat 80. aż do końca lat 90. prowadził złożoną politykę rabatową wobec sprzedawców, której celem było utrzymanie pozycji gospodarczej wobec wzrostu konkurencji na rynku francuskim. Zdaniem instytucji UE działania spółki opierały się na metodach odbiegających od tych tworzących normalną konkurencję, a zatem stanowiły naruszenie art. 102 TFUE⁵⁴⁸.

Przed przystąpieniem do głębszej analizy rabatów ilościowych KE powołała się na ostatnie orzeczenia (ang. *more recent cases*)⁵⁴⁹. Interpretacja ugruntowanego orzecznictwa dokonana przez Komisję jest nadzwyczajna z co najmniej kilku powodów. Po pierwsze, wcześniejsze orzecznictwo dotyczyło rabatów indywidualnych (niestandardyzowanych), a KE nie wyjaśniła, dlaczego ten fakt nie miał dla niej znaczenia. Po drugie, orzecznictwo to zostało przywołane w celu stwierdzenia, że rabaty przekraczające rozsądny termin 3 miesięcy (jak w omawianej sprawie) nie stanowią normalnej konkurencji cenowej⁵⁵⁰. Problem w tym, że Trybunał nigdy nie sprecyzował, jaki okres referencyjny jest długi albo krótki. Przykładowo w sprawie *Michelin I* roczny okres określono jako „relatywnie długi”, a w sprawie *Irish Sugar* potępiono również cotygodniowe premie⁵⁵¹. Ponadto Komisja zaakceptowała trzymiesięczny okres referencyjny w przypadku zniżki udzielanej przez Coca-Cola Corporation⁵⁵². Po trzecie, KE przypisała utrwalonemu orzecznictwu zasadę niemającą śladu w żadnej z wcześniejszych spraw - że udzielanie rabatów może być usprawiedliwione tylko zastosowaniem korzyści skali w związku z dodatkowymi zamówieniami klientów⁵⁵³. Przeczy to wcześniej omówionej sprawie *Irish Sugar*, w której TSUE odwoływał się też do innych uzasadnień, m.in. zmniejszenia kosztów transportu i promocji produktów⁵⁵⁴.

Poniżej zostaną przeanalizowane bardziej szczegółowe argumenty, które legły u podstaw krytyki poszczególnych programów rabatowych w świetle unijnych reguł konkurencji.

3.2.2.3.3.1. Ocena rabatów ilościowych

Badane rabaty zostały zakwestionowane z trzech przyczyn: nieuczciwości, zwiększania lojalności i podziału rynku. Podobnie jak w sprawie *Michelin I*, Trybunał oparł się na argumentach, zgodnie

⁵⁴⁷ *Ibidem*.

⁵⁴⁸ Decyzja Komisji w sprawie *Michelin II*, pkt 212-213.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, pkt 216.

⁵⁵⁰ *Ibidem*.

⁵⁵¹ L. Gyselen, *Rebates: competition on the merits...*, op. cit., s. 40-41.

⁵⁵² Informacja prasowa Komisji Europejskiej (IP/90/7), *Coca-Cola press release*, Bruksela 1990.

⁵⁵³ Decyzja Komisji w sprawie *Michelin II*, pkt 216 (ostatnie zdanie); L. Gyselen, *Rebates: competition on the merits...*, op. cit., s. 41. Zob. też: podrozdział 2.4.1.1 niniejszej pracy, w którym omówiono pojęcie „korzyści skali”.

⁵⁵⁴ Inną kwestią jest to, że Komisja mogła uznać, iż w przedmiotowej sprawie odpowiednie jest tylko usprawiedliwienie opierające się na korzyści skali. Decyzja nie dostarcza jednak w tym względzie bardziej szczegółowych informacji.

z którym rabaty powodują zwiększenie presji wywieranej na klientów i wzmagają ich lojalność. Przychylił się do stanowiska Komisji, że nabycie nawet niewielu jednostek produktu przez dealerów przekładało się na uzyskanie wyższego rabatu na całe wcześniejsze zamówienie⁵⁵⁵.

Komisja uznała również, że system Michelin jest nieuczciwy, ponieważ udzielanie rabatów odbywało się z rocznym opóźnieniem, co powodowało problemy z przepływem pieniężnym dealerów (ang. *cash flow problems*), a także zmuszało ich do działania ze stratą aż do momentu przyznania premii pieniężnej⁵⁵⁶. Sprzedawcy, którzy przed uzyskaniem rabatu ilościowego chcieli pozyskać fundusze, mogli negocjować ewentualną premię za postęp⁵⁵⁷. Stawiało ich to jednak w słabszej pozycji negocjacyjnej (ang. *weak psychological position*), byli bowiem zdani na dobrą wolę dominanta⁵⁵⁸. W opinii Komisji i Trybunału takie ukształtowanie rabatów stawiało sprzedawców w pozycji niepewności i braku bezpieczeństwa, co skłaniało do minimalizowania ryzyka i kupowania głównie od Michelin⁵⁵⁹.

Odwołanie się przez Komisję do uczciwości i ochrony klientów producenta można odbierać jako podejście paternalistyczne. Wątpliwości budzą pojęcie „uczciwość w biznesie” i fakt, że klientami Michelin nie byli konsumenci, tylko profesjonalni dealerzy⁵⁶⁰. Nie odbierając słuszności argumentom tego rodzaju, należy podkreślić, że w dużej mierze odwoływały się one do długości okresu referencyjnego. Komisji zabrakło precyzji w jego ocenie - roczny okres referencyjny określano jako „długi”, „relatywnie długi”, a nawet „ekstremalnie długi”⁵⁶¹. Należy się jednak zgodzić co do kluczowego charakteru tej okoliczności. Bywa ona istotna również w sprawach, w których okres referencyjny jest krótszy niż rok⁵⁶².

Kolejną nieścisłością w argumentacji KE było to, że - analogicznie do indywidualnie udzielanych rabatów docelowych - uznano, iż standaryzowany system dyskontowy też wywołuje niepewność co do rezultatów. Tymczasem Komisja powinna rozróżnić oba systemy. Co oczywiste, system przedstawiony na piśmie i stosowany jednakowo wobec wszystkich jest bardziej przejrzysty i przewidywalny niż rabaty ustalane dla każdego sprzedawcy z osobna, bez precyzyjnego określenia warunków. Taka argumentacja przypomina zarzut z wcześniej analizowanej sprawy *Michelin I*, w której dealerzy nie dysponowali pisemnym potwierdzeniem sposobu naliczania rabatów i w której zależały one od indywidualnie określanych wyników handlowych. Choć Michelin, wprowadzając rabaty ilościowe, skorygował te mankamenty, Komisja powołała się na podobny rodzaj zarzutów. Brak wystarczających wyjaśnień i rozróżnienia systemów rabatowych (indywidualnych i standaryzowanych) okazuje się więc słabym punktem omawianej decyzji.

Ostatecznie KE stwierdziła również, że zastosowany system wpływał na podział rynku (ang. *market-partitioning effects*), ponieważ był stosowany jedynie do opon nabywanych we Francji. Utrudniało to import równoległy, gdyż opony Michelin zakupione przez dealerów poza granicami Francji nie kwalifikowały się do uwzględnienia w rocznych obrotach handlowych, na których podstawie ustalano poszczególne progi rabatowe⁵⁶³. Kolejny raz przy ocenie rabatów warunkowych odwołano się do celu integracyjnego - ochrony rynku wewnętrznego.

⁵⁵⁵ Koresponduje to z wcześniej omówioną charakterystyką systemu rabatowego przedstawionego w tabeli 12.

⁵⁵⁶ Jak wynikało z wcześniejszej analizy, system rabatowy umożliwiał obliczenie ceny jednostkowej produktu, co mogło być uwzględniane w działalności handlowej sprzedawców. Jednocześnie nieodzownym elementem rocznego okresu referencyjnego była niepewność co do tego, jaki dokładnie obrót zostanie zrealizowany i jaką zniżkę osiągnie dealer. Potęgował to fakt, że w sektorze występowały niskie marże dla sprzedawców. Por. decyzję Komisji w sprawie *Michelin II*, pkt 218, 224.

⁵⁵⁷ Zob. tabelę 14.

⁵⁵⁸ Decyzja Komisji w sprawie *Michelin II*, pkt 223.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, pkt 220.

⁵⁶⁰ Por. M. Motta, *Michelin II - The treatment...*, op. cit., s. 39-40.

⁵⁶¹ Decyzja Komisji w sprawie *Michelin II*, pkt 226, 228, 229.

⁵⁶² L. Gyselen, *Rebates: competition on the merits...*, op. cit., s. 42.

⁵⁶³ Decyzja Komisji w sprawie *Michelin II*, pkt 242-246.

Trybunał Sprawiedliwości przychylił się do argumentów Komisji. Na samym początku przypomniał jednak, że system rabatów ilościowych zależy wyłącznie od liczby produktów nabytych od dominanta jest dozwolony, ponieważ nie wywołuje zakazanego na gruncie art. 102 TFUE wykluczania konkurentów⁵⁶⁴. Wyjątek stanowi sytuacja, w której z kryteriów i zasad przyznawania rabatów wynika, że system nie został oparty na ekonomicznie uzasadnionej korzyści wyrównawczej (ang. *economically justified countervailing advantage*). Wówczas należy zbadać, czy dana praktyka - na wzór rabatu lojalnościowego i docelowego - uniemożliwia klientom dominanta zaopatrywanie się u jego konkurentów. W związku z tym znaczenie mają wszelkie okoliczności sprawy związane z danym systemem rabatowym⁵⁶⁵.

Michelin w swojej skardze podniósł m.in., że stosowane rabaty miały charakter ilościowy, korzystający z domniemania legalności⁵⁶⁶. Zdaniem przedsiębiorstwa nieodróżnienie przedmiotowego programu rabatowego od systemów zniżek lojalnościowych i docelowych świadczyło o zlekceważeniu podstawowej cechy i zignorowaniu zupełnie przejrzystego charakteru wdrożonego programu⁵⁶⁷. Jednak według Trybunału ten fakt nie wystarcza, podobnie jak nie każdy system rabatowy pozbawiony charakteru dyskryminującego jest *per se* dozwolony⁵⁶⁸. Ostatecznie TSUE doszedł do konkluzji, że system rabatowy dominanta, chociaż formalnie miał charakter ilościowy, został ukształtowany tak, że wywoływał skutki podobne do skutków rabatu docelowego - za sprawą bardzo licznych szczebli rabatowych, retroaktywnego charakteru rabatu i długiego okresu referencyjnego⁵⁶⁹.

Krytyka orzeczenia koncentrowała się na zarzutach przeciwko formalistycznemu podejściu Trybunału, który nie uwzględnił ekonomicznych skutków systemów rabatowych, czyli ich faktycznego wpływu na rynek i dobrobyt konsumentów⁵⁷⁰. Jednocześnie na aprobatę zasługuje odwołanie się przez TSUE do wszelkich okoliczności sprawy. Trybunał wypowiedział się w duchu legalności rabatów ilościowych, gdyż tylko wyjątkowo mogą one naruszać art. 102 TFUE. Z dokonanej wcześniej analizy tych zniżek - przedstawionych w tabeli 12 - wynika, że miały one podobny charakter jak rabaty docelowe. Choć dominant nie ustalał indywidualnie z każdym dealerem celów sprzedaży, duża liczba progów (ponad 50) została prawdopodobnie zaprojektowana po to, by uwzględnić potencjał absorpcyjny każdego sprzedawcy. Dodatkowo retroaktywny charakter, podobnie jak w rabatach docelowych, tworzył ryzyko wystąpienia efektu zasysania. Mimo że krytyka takiego podejścia jest słuszna ze względu na zbytni formalizm i brak precyzji Komisji i Trybunału, autor niniejszej pracy uważa stanowisko tych instytucji za spójne z wcześniej przyjętą linią decyzyjną i orzecznictwem.

3.2.2.3.3.2. Ocena pozostałych rabatów

W dalszej kolejności Komisja dokonała oceny pozostałych systemów rabatowych stosowanych przez dominanta. Wiele powołanych argumentów powtórzyło się lub zostało zaczerpniętych z wcześniej omówionych spraw. Z tego względu zostaną opisane przede wszystkim kwestie, które rzuciły nowe światło na ocenę omawianej praktyki handlowej.

⁵⁶⁴ Zob. wyrok Trybunału z dnia 29.03.2001 r. w sprawie C-163/99 *Portugalia przeciwko Komisji*, ECR 2001, s. I-2613, ECLI:EU:C:2001:189, pkt. 50.

⁵⁶⁵ Trybunał odwołał się tu do sprawy *Michelin I*, pkt 73.

⁵⁶⁶ Wyrok Trybunału w sprawie *Michelin II*, pkt 61.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, pkt 67.

⁵⁶⁸ TSUE odwołał się do swojego wcześniejszego punktu, który dotyczył potrzeby uwzględnienia wszystkich okoliczności, przypominając jednocześnie, że wynika to z utrwalonego orzecznictwa. Trudno jednak zgodzić się z takim stanowiskiem - cytowany wyrok dotyczył rabatów docelowych, które były wówczas pierwszy raz oceniane przez Trybunał. Wyrok Trybunału w sprawie *Michelin II*, pkt 65, 67.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, pkt 66 i nast.

⁵⁷⁰ Zob. D. Waelbroeck, *Michelin II: a per se rule against rebates by dominant companies?*, „Journal of Competition Law and Economics” 2006, nr 1, s. 149-171.

Rabaty fakturowe, które pojawiły się w 1987 r. zamiast rabatów ilościowych, oceniono jako mniej nieuczciwe, gdyż wywierały mniejszą presję na dealerów⁵⁷¹. Miały one tylko dwa progi i opierały się na wcześniejszych średnich obrotach handlowych sprzedawców z 2-3 lat⁵⁷², co zdaniem Komisji było dla nich korzystniejsze⁵⁷³. Nadal jednak rabaty były niezgodne z art. 102 TFUE - ze względu na to, że wywoływały efekt lojalnościowy. Opieranie progu rabatowego na rocznych obrotach handlowych stwarzało presję do nabycia większej ilości produktów po to, by zakwalifikować się do wyższego progu⁵⁷⁴.

W odniesieniu do rabatów serwisowych Komisji uznała, że bonus ten miał takie same funkcje jak rabaty ilościowe, przy czym minimalne progi obrotów handlowych były nakładane indywidualnie. Wysokość premii wiązała się z liczbą punktów uzyskiwanych w ramach oceny, która bazowała na kryteriach co do zasady związanych z jakością usług⁵⁷⁵. Rabaty uznano za niezgodne z prawem, gdyż sposób ustalania premii był nieuczciwy. Przyznawanie punktów miało charakter subiektywny i dawało producentowi duży zakres swobody w ocenianiu. Poza tym niektóre punkty przyznawano za przekazywanie informacji o strategicznym znaczeniu - dotyczących funkcjonowania rynku. Dzielenie się tymi informacjami nie było w interesie dealerów⁵⁷⁶. Podobnie jak inne, rabaty serwisowe miały funkcję lojalnościową, która wynikała z samej ich natury. Komisja doszukała się też elementów wiązania, ponieważ część punktów przyznawano za systematyczne zwracanie nowych opon Michelin do bieżnikowania przez dominanta⁵⁷⁷.

Bonusy za postęp i później zastosowane zamiast nich rabaty za osiągnięte cele były odmianą rabatów docelowych (targetowych). Zostały uznane za szczególnie abuzywne (ang. *abusive*), gdyż aby je otrzymać, dealer musiał się zobowiązać do minimalnej wielkości zamówienia (podstawy zamówienia)⁵⁷⁸. Oprócz wywierania presji dotyczącej zwiększania zakupów⁵⁷⁹ Michelin mógł kontrolować - przez niektóre czynniki - ustalanie podstawy zamówienia⁵⁸⁰. Udzielając tych rabatów, dominant miał się ponownie dopuścić podobnej, niezgodnej z prawem praktyki, za którą został ukarany karą pieniężną w decyzji Komisji *Michelin I*⁵⁸¹. W podobnym duchu KE oceniła również rabaty „na koniec roku”. Zależnie więc od stopnia złożoności danego programu rabatowego wszystkie praktyki dominanta oceniono mniej lub bardziej rygorystycznie⁵⁸².

Równie surowo potraktowano specjalistyczne umowy Michelin. Komisja uznała bowiem, że praktyka *PRO agreement* prowadziła do podwójnego efektu sprzedaży związanej (ang. *double tied-sales effect*). Po pierwsze, spółka nadużywała pozycji dominującej na rynku nowych opon, aby poprawić swoją pozycję na rynku opon bieżnikowanych. Po drugie, Michelin przy użyciu swojej pozycji na rynku bieżnikowania umacniał pozycję na rynku nowych opon⁵⁸³. Innymi słowy: przedsiębiorstwo wykorzystywało pozycję dominującą na rynku nowych opon do samochodów ciężarowych jako dźwignię - w celu zachowania lub poprawy pozycji na sąsiednim rynku bieżnikowania. Drugi efekt był odwrotnością pierwszego: Michelin przy użyciu siły rynkowej

⁵⁷¹ Ang. *less unfair and less loyalty-inducing*.

⁵⁷² W zależności od tego, który okres był dla nich korzystniejszy.

⁵⁷³ Decyzja Komisji w sprawie *Michelin II*, pkt 282.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, pkt 283-285.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, pkt 248.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, pkt 250.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, pkt 256.

⁵⁷⁸ Zależała ona od poprzednich obrotów i perspektyw na przyszłość oraz była co roku negocjowana z Michelin.

⁵⁷⁹ Według decyzji Komisji (pkt 261): *The spirit of the system is summed up in a circular to the Michelin sales force*.

⁵⁸⁰ Czynniki te zostały wymienione w pkt 262 decyzji Komisji w sprawie *Michelin II*.

⁵⁸¹ *Ibidem*, pkt 263. Dalej Komisja przytoczyła podobne argumenty - nawiązujące do uczciwości, wywoływania efektu lojalności (*loyalty-inducing effect*) i podziału rynku.

⁵⁸² Stopień złożoności rabatu zależy m.in. od tego, czy ma on charakter indywidualny i retroaktywny, czy opiera się na różnych kryteriach ustalania progu, czy przyznawana zniżka ma formę pieniężną, czy można przewidzieć jej wysokość oraz czy rabat przewiduje jakieś kryteria dyskryminacyjne (np. obszar nabywania produktów).

⁵⁸³ W celu otrzymania premii należało dostarczać opony do bieżnikowania, ale jej wysokość zależała z kolei od wcześniejszego zakupu nowych opon. Zob. decyzję Komisji w sprawie *Michelin II*, pkt 298.

na rynku bieżnikowania, gdzie także był dominantem, wzmacniał pozycję na rynku nowych opon do samochodów ciężarowych⁵⁸⁴.

Abuzywny charakter miała także umowa *Michelin Friends Club*, uznana za narzędzie usztywniające albo nawet poprawiające pozycję na rynku nowych opon do samochodów ciężarowych. Przez określone zachęty - niejako substytuty rabatów - Michelin miał nie dopuszczać do odwrócenia się klientów od spontanicznego popytu (ang. *spontaneous demand*)⁵⁸⁵ na jego produkty. Klauzulę dotyczącą zapewnienia wystarczającej wielkości sprzedaży i udziałów producenta w rynku opon (*Michelin temperature*) Komisja oceniła jako wywołującą podobny efekt lojalnościowy jak rabaty za wierność⁵⁸⁶.

Trybunał w zasadzie przychylił się do wszystkich argumentów KE i doszedł do podobnych konkluzji. Warto jednak przywołać opinię TSUE, zgodnie z którą rabaty są dozwolone, gdy przyznaje się je w zależności od wielkości zamówienia na fakturze (rabaty „czysto” ilościowe, zwane potocznie fakturowymi). Kiedy zaś są one powiązane z okresem referencyjnym, rabaty przyrostowe okazują się bezpieczniejsze pod kątem zgodności z regułami konkurencji niż rabaty retroaktywne⁵⁸⁷.

3.2.2.4. Sprawa *British Airways* (2007)

3.2.2.4.1. Stan faktyczny

Największe brytyjskie linie lotnicze, czyli British Airways (dalej: BA), oferowały swoim agentom określone korzyści i prowizje oparte na systemie rabatowym. Dotyczyło to w szczególności systemu premii za rezultaty (ang. *performance reward scheme*), który obok zasadniczej premii (do 7%) umożliwiał agentowi uzyskanie dodatkowych prowizji (do 3%). Dodatkowa prowizja zależała od indywidualnych wyników uzyskiwanych ze sprzedaży biletów BA. Wyniki te mierzono przez porównanie całkowitych wpływów ze sprzedaży biletów w danym miesiącu do analogicznego okresu poprzedniego roku. Innymi słowy: wysokość premii zależała od poprawienia wyników sprzedaży w danym miesiącu i od wielkości sprzedaży za poprzedni okres. Był to zatem rodzaj premii (rabatów) retroaktywnych⁵⁸⁸.

Komisja Europejska wszczęła postępowanie w sprawie tego programu na skutek skargi złożonej w 1993 r. przez konkurencyjne przedsiębiorstwo - Virgin Atlantic Airways. Następnie (14.07.1999 r.) KE wydała decyzję, w której stwierdziła nadużycie przez BA pozycji dominującej na brytyjskim rynku pośrednictwa w zakresie transportu lotniczego, i nałożyła karę w wysokości 6,8 mln €. Spółka British Airways złożyła skargę od tej decyzji do Sądu, który w 2003 r. ją oddalił. Następnie do Trybunału trafiło odwołanie od wyroku Sądu; w 2007 r. TSUE podzielił stanowisko Sądu i Komisji⁵⁸⁹.

Zdaniem instytucji unijnych nadużycie pozycji dominującej przez BA polegało na stosowaniu systemu prowizji, który eliminował konkurencję z rynku lotniczego Wielkiej Brytanii przez wynagradzanie lojalności agentów podróży oraz ich różnicowane traktowanie. A zatem stanowisko Komisji i TSUE znów okazało się formalistyczne - nie uwzględniało prokonkurencyjnych przyczyn stosowania rabatów ani ich wpływu na dobrobyt konsumentów. W literaturze przedmiotu zarzuca

⁵⁸⁴ *Ibidem*, pkt 300.

⁵⁸⁵ Spontaniczny popyt (automatyczny popyt) - bezpośredni impuls do zaspokojenia zapotrzebowania na określone produkty przedsiębiorstwa. Koresponduje to z niepodważalną częścią popytu. Zob. T.R. Jain, O.P. Khanna, *Microeconomics (for BBA)*, Nowe Delhi 2010, s. 47.

⁵⁸⁶ Decyzja Komisji w sprawie *Michelin II*, pkt 317-318.

⁵⁸⁷ Wyrok Trybunału w sprawie *Michelin II*, pkt 85.

⁵⁸⁸ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 14.07.1999 r. w sprawie *Virgin przeciwko British Airways* (IV/D-2/34.780), O.J. L 30 z 4.02.2000, s. 1-24.

⁵⁸⁹ *Ibidem*.

się, że rozstrzygając tę sprawę, Trybunał nie chronił efektywnej konkurencji, tylko konkurentów dominanta. Co ciekawe, w tej samej sprawie zapadło też orzeczenie sądu amerykańskiego, który uznał praktykę nagradzania agentów za zgodną z prawem antytrustowym (wątek ten zostanie poruszony w kolejnej części pracy).

Trybunał Sprawiedliwości zasadniczo odwołał się do swej wcześniejszej linii orzeczniczej, czyli do argumentów przedstawionych w omówionych już sprawach. Z tego względu dalsze rozważania będą się koncentrować głównie na krytycznej analizie poszczególnych punktów uzasadnienia TSUE. Zostanie przy tym wskazane, że Trybunał i Komisja nie wzięły pod uwagę specyficznej sytuacji gospodarczej dominanta ani ewentualnych prokonkurencyjnych skutków omawianej praktyki rabatowej.

3.2.2.4.2. Orzeczenie Trybunału i jego krytyka

3.2.2.4.2.1. Efekt lojalnościowy rabatów

Linie lotnicze British Airways podważyły twierdzenie Komisji, że sporne systemy premiowe doprowadziły do dyskryminacji wśród agentów podróży (na mocy obecnego art. 102 lit. c TFUE) oraz wywołały skutek w postaci wykluczenia konkurencyjnych przedsiębiorstw⁵⁹⁰. W odwołaniu do Trybunału znalazł się również zarzut, że Sąd naruszył prawo, gdyż nie zbadał, czy w sprawie powstała szkoda dla konsumentów⁵⁹¹.

Zdaniem dominanta sporne rabaty stanowiły normalną konkurencję cenową. Należy przy tym odróżnić lojalność będącą zwykłą konsekwencją obniżki ceny od lojalności wynikającej ze stosowania praktyki antykonkurencyjnej. W związku z tym przedsiębiorstwo podniosło, iż *niejednoznaczność pojęcia „zdobycie lojalności” zastosowanego przez Sąd oznacza, że w praktyce nie można było uniknąć zakwestionowania spornych systemów premiowania, skoro skutkowały one zdobyciem lojalności z uwagi na większe i bardziej atrakcyjne prowizje dla agentów podróży*⁵⁹². Trybunał nie podzielił tego stanowiska, odwołując się do swojego utrwalonego orzecznictwa, a zwłaszcza do sprawy *Michelin II*. Ze względu na retroaktywny charakter premiowania agentów działania BA rzekomo powodowały silne skutki lojalnościowe⁵⁹³ - co potęgował fakt, że te linie lotnicze miały znacznie większe udziały w rynku niż ich konkurenci. Zdaniem instytucji UE rywalom było zatem szczególnie trudno stworzyć lepszą ofertę premii za sprzedaż biletów; dominant stał się w zasadzie nieuniknionym partnerem rynkowym. W konkluzji TSUE stwierdził, że konkurencyjne linie lotnicze nie mogły przedstawić lepszej oferty - nawet gdyby zaproponowały agentom relatywnie niskie ceny. Inne przedsiębiorstwa nie miały na tyle silnej pozycji, by wprowadzić system premiowy porównywalnie skuteczny do systemu BA. Trybunał uznał przy tym, iż praktyki dominanta nie opierały się na ekonomicznym uzasadnieniu. *Ergo* - system ten wywoływał silny skutek lojalnościowy, powodujący wykluczenie konkurentów.

Rozumowanie TSUE budzi wątpliwości: zdobywanie lojalności (ang. *fidelity building*) nabywców stanowi przecież istotę rywalizacji handlowej. Niemal każda strategia podmiotów gospodarczych, oparta na maksymalizacji zysku, dąży do zdobywania coraz większej klienteli przy jednoczesnym utrzymaniu dotychczasowych kupujących. Kwestionowanie budowania lojalności przez dominanta wydaje się więc wątpliwe. Praktyka BA, polegająca na premiowaniu wyników sprzedażowych agentów, a przez to - na zdobywaniu ich lojalności, jest odmianą konkurencji cenowej. Niskie ceny, ze względu na swoją atrakcyjność, zawsze prowadzą do wierności klientów względem przedsiębiorstwa je oferującego. Słusznie podkreśla się zatem,

⁵⁹⁰ Wyrok Trybunału w sprawie C-95/04 *British Airways*, pkt 15.

⁵⁹¹ *Ibidem*, pkt 46.

⁵⁹² *Ibidem*, pkt 43.

⁵⁹³ Tzn. wywieranie dużej presji na agentów podróży do poprawy wyników sprzedaży.

że Trybunał, posługując się tym terminem, nie dokonał ścisłego rozróżnienia lojalności zdobywanej dzięki prawnie dozwolonej niskiej cenie produktu oraz praktyki cenowej opartej na antykonkurencyjnych przesłankach, zmierzającej do wykluczenia konkurentów i szkodzącej konsumentom⁵⁹⁴.

W związku z powyższym argument TSUE, zgodnie z którym konkurentom BA trudno było przedstawić lepszą ofertę, nie jest do końca przekonywający. Nabywca, decydując się na skorzystanie z określonej oferty, analizuje przede wszystkim wysokość ceny efektywnej - obliczanej za jednostkę produktu. Cena ta określa bowiem atrakcyjność netto oferowanego rabatu⁵⁹⁵. Zgodnie z poglądami szkoły chicagowskiej klienci nie zdecydowaliby się na zawarcie danej umowy z dominantem, gdyby było to dla nich niekorzystne i stanowiło stratę finansową. Nieprzekonywający wydaje się zatem argument TSUE, który przyrównuje system premiowy do kary nakładanej na agentów, gdy nie zrealizują celów sprzedażowych⁵⁹⁶. Zdaniem autora niniejszej pracy należy to oceniać jako możliwość uzyskania przez nich korzyści finansowej w przypadku osiągnięcia progu rabatowego. Jest to więc rodzaj zachęty, a nie sankcji.

Brak chęci lub możliwości zaoferowania równie atrakcyjnych ofert przez konkurentów BA może wynikać albo z mniejszej efektywności przedsiębiorstw, albo też z niskiej skłonności do redukcji własnych zysków handlowych przez obniżenie ceny za świadczone usługi⁵⁹⁷. Bez dokładnego zbadania tej kwestii nie można *in abstracto* stwierdzać, że takie działanie jak omawiany system premiowy stanowi zniekształcenie konkurencji. Nie można jednak zgodzić się także z poglądem Konrada Kohutka, którego zdaniem forma i sposób kalkulacji ceny efektywnej *nie ma (...) większego znaczenia*⁵⁹⁸. By nie powtarzać wcześniejszych rozważań, wystarczy przypomnieć, iż ze względu na potencjalny efekt zasysania popytu cena efektywna - pochodna ceny przyrostowej - może mieć charakter ujemny, co istotnie zwiększa koszty zmiany dostawcy. Tym samym udzielanie rabatów bywa dźwignią stosowaną w celu przeniesienia pozycji dominującej z niepodważalnej części popytu na część podważalną⁵⁹⁹. Całkowite ignorowanie formy rabatu trzeba zatem ocenić równie krytycznie jak formalistyczne podejście Trybunału i Komisji.

Prawo konkurencji powinno chronić efektywną konkurencję, a nie konkurencję jakąkolwiek, aby tylko utrzymać na rynku - za wszelką cenę - jak największą liczbę rywalizujących przedsiębiorstw i przybliżyć się do modelu konkurencji doskonałej. Trybunał winien odwołać się do konkurencji w znaczeniu przedmiotowo-skutkowym, a nie skupiać się na jej konotacji strukturalnej⁶⁰⁰. W przeciwnym razie nadal będzie oskarżany o to, że nie chroni istoty konkurencji, lecz jedynie konkurentów dominanta.

Zgodnie ze stanowiskiem TSUE w celu stwierdzenia naruszenia art. 102 TFUE nie jest konieczne wykazanie, że rozpatrywane nadużycie spowodowało konkretny skutek na danym rynku. Wystarczy wykazać, iż celem noszącego znamiona nadużycia zachowania dominanta jest ograniczenie konkurencji - lub, innymi słowy, że dane zachowanie może mieć taki skutek⁶⁰¹. Odnosi się to więc do znaczenia celu w sensie obiektywnym, nie zaś subiektywnym⁶⁰². Jak

⁵⁹⁴ K. Kohutek, *Nadużycie pozycji dominującej - glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P British Airways*, „Glosa - Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach” 2009, nr 2, s. 87; wyrok Trybunału w sprawie C-95/04 *British Airways*, s. 42.

⁵⁹⁵ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law...*, op. cit., s. 396.

⁵⁹⁶ Wyrok Trybunału w sprawie T-219/99 *British Airways*, pkt 273.

⁵⁹⁷ Tak (słusznie): K. Kohutek, *Nadużycie...*, op. cit., s. 88.

⁵⁹⁸ *Ibidem*.

⁵⁹⁹ Por. wcześniejsze rozważania na ten temat, zawarte w podrozdziale 2.4.3.3.

⁶⁰⁰ Por. podrozdział 1.5.1, w którym zdefiniowano te pojęcia.

⁶⁰¹ Zob. wyrok Trybunału w sprawie T-219/99 *British Airways*, pkt 293.

⁶⁰² Por. wstępne rozważania na temat znaczenia prawnego celu działania przedsiębiorstwa w kontekście nadużywania pozycji dominującej - przedstawione w podrozdziale 2.4.

bowiem stwierdzono w omówionej już sprawie *British Plasterboard*⁶⁰³, koncepcja nadużycia pozycji dominującej ma charakter obiektywny. Argument dominanta, zgodnie z którym nigdy nie zamierzał on zniechęcać ani osłabiać konkurentów, nie ma wpływu na kwalifikację prawną okoliczności faktycznych. Samo zatem wskazanie subiektywnego znaczenia celu nie ma doniosłości prawnej do przesądzania o niezgodności ocenianej praktyki z art. 102 TFUE.

3.2.2.4.2.2. Obiektywne, ekonomiczne uzasadnienie

System premii za rezultaty należałoby uznać za dopuszczalny, pod warunkiem że jest on obiektywnie, ekonomicznie uzasadniony⁶⁰⁴. Wymaga to ustalenia, czy ewentualne niekorzystne skutki tej praktyki mogą zostać zrównoważone przez efektywność, z której mają korzyść także konsumenci. Spółka *British Airways* podniosła, że jej system, służący zwiększeniu wyników sprzedaży, przyczyniał się również do pokrycia wysokich kosztów stałych⁶⁰⁵. Według BA uzyskane oszczędności w tym zakresie były korzystne dla konsumentów, ponieważ pozwalały na obniżanie cen biletów i oferowanie większej liczby lotów⁶⁰⁶. A zatem:

*Rozsądna polityka ekonomiczna zachęca przedsiębiorstwo do stosowania systemu rabatów niezależnie od ewentualnego czynienia oszczędności. Porozumienia lojalnościowe są praktycznym środkiem przyznawania korzyści związanych z efektywnością, bez konieczności przeprowadzania trudnych, o ile nie niemożliwych, obliczeń dokładnego, bardzo zmiennego stosunku ceny biletu do jego kosztu. Ze względu na poziom przeważających w sektorze transportu lotniczego kosztów stałych wzrost wykorzystania zdolności produkcyjnych zmniejszył średni koszt jednostkowy i umożliwił BA poczynienie oszczędności w zakresie kosztów, które spółka ma prawo dzielić z agentami podróży i klientami*⁶⁰⁷.

Trybunał odrzucił jednak powyższy argument - jako podważający środki dowodowe Sądu⁶⁰⁸. Według ustaleń dokonanych przez tę instytucję system stosowany przez *British Airways* stanowił karę ponoszoną przez agentów, ponieważ:

*(...) im większe były wpływy ze sprzedaży biletów BA, tym silniejsza była kara ponoszona przez zainteresowanych w formie nieproporcjonalnego obniżenia stawek premii za rezultaty, nawet w przypadku niewielkiego spadku sprzedaży biletów BA w stosunku do poprzedniego okresu odniesienia*⁶⁰⁹.

Oceniając tę praktykę pod kątem obiektywnego uzasadnienia, Sąd stwierdził dodatkowe wynagradzanie agentów podróży za pozbawione jakiegokolwiek obiektywnego związku ze świadczeniem wzajemnym wynikającym dla BA ze sprzedaży dodatkowych biletów lotniczych⁶¹⁰. Według Sądu dominant nie mógł więc mieć:

*(...) żadnego innego interesu w stosowaniu swoich systemów premii niż wyparcie konkurencyjnych spółek lotniczych z rynku i utrudnianie tym samym utrzymania konkurencji na istniejącym poziomie lub rozwoju tejże konkurencji na brytyjskim rynku usług pośrednictwa w zakresie transportu lotniczego*⁶¹¹.

Tak rygorystyczne stanowisko Trybunału wiąże się - po pierwsze - z bardzo wąskim określeniem koncepcji obiektywnego, ekonomicznego uzasadnienia i - po drugie - z uznaniem, iż szkoda

⁶⁰³ Zob. podrozdział 3.2.1.3.

⁶⁰⁴ Wyrok Trybunału w sprawie C-95/04 *British Airways*, pkt 67.

⁶⁰⁵ Por. podrozdział 2.4.1.1.

⁶⁰⁶ Wyrok Trybunału w sprawie T-219/99 *British Airways*, pkt 256.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, pkt 260.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, pkt 88.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, pkt 273.

⁶¹⁰ *Ibidem*, pkt 283.

⁶¹¹ *Ibidem*, pkt 288.

dla konsumentów (strata w ich dobrobycie) może być domniemana. Oddają to następujące słowa z wyroku TSUE:

*Artykuł 102 TFUE nie nakłada obowiązku wykazania jakiegokolwiek rzeczywistego lub bezpośredniego skutku zachowania krytykowanego przez konsumentów. Celem prawa konkurencji jest ochrona struktury rynku przed sztucznymi zakłóceniami, w ten sposób chroni ono najlepiej średnio- i długoterminowe interesy konsumentów*⁶¹².

Obiektywne uzasadnienie odnosi się przede wszystkim do wzrostu efektywności, trudnego do zweryfikowania⁶¹³. W sprawie *Michelin I* TSUE stwierdził, że nie jest wystarczające odwołanie się do usprawnienia produkcji lub dystrybucji⁶¹⁴. Nie wypracowano jednolitego stanowiska, jak należy rozumieć tę koncepcję. W zasadzie jednak jest ona niezwykle restrykcyjna. Nigdy bowiem nie udało się z powodzeniem powołać na nią w przypadku obrony udzielania rabatów warunkowych przez dominanta - a zatem nie udało się skutecznie zaskarżyć decyzji Komisji ani odwołać się od wyroku Sądu do Trybunału. Wiąże się to ściśle z faktem, że konstrukcja przepisu art. 102 TFUE ma charakter bezwzględny.

Powołując się na swój „wiekowy” wyrok w sprawie *Continental Can*, TSUE przypomniał, iż art. 102 TFUE nie dotyczy wyłącznie praktyk, które mogą spowodować bezpośrednią szkodę dla konsumentów, lecz także do tych, które mogą im wyrządzać szkodę przez naruszenie struktury skutecznej konkurencji⁶¹⁵.

Praktyka BA została uznana za formę dyskryminacji przez naruszenie art. 102 lit. c TFUE. Zdaniem Trybunału sporne systemy premiowania miały charakter dyskryminujący, gdyż:

*(...) doprowadziły do różnego wynagrodzenia sprzedaży identycznej liczby biletów przez agentów podróży z siedzibą w Zjednoczonym Królestwie w zależności od tego, czy wspomniani agenci osiągnęli wyznaczone im cele wzrostu sprzedaży w stosunku do okresu odniesienia, czy też ich nie osiągnęli*⁶¹⁶.

Trybunał nie uwzględnił jednak faktu, że na rynku działało bardzo wielu agentów, którzy prowadzili działalność w miejscach o różnej gęstości zaludnienia, w związku z czym nie znajdowali się w identycznej sytuacji. Gdyby system premiowy miał charakter bezwzględny, faworyzowałby „dużych” agentów i nie uwzględniał postępów agentów „małych”. Odwołanie się do kategorii względnej, czyli poprawy wyników sprzedaży w stosunku do okresu odniesienia, było dla BA systemem bardziej efektywnym, w większym stopniu promującym skuteczność sprzedaży kontrahentów⁶¹⁷.

Jak piszą Robert O’Donoghue i Atilano Jorge Padilla, TSUE uznał omawiany system za abuzywny bez dogłębnego rozważenia jego aktualnych skutków i tego, czy inny system funkcjonowałby lepiej⁶¹⁸. Stwierdzając dyskryminacyjny charakter omawianej praktyki, Trybunał zignorował wiele pozytywnych cech systemu stosowanego przez BA. System ten był bowiem przemyślany, ponieważ w „inteligentny” sposób motywował nabywców do sprzedaży biletów. Określenie premii na absolutnych wartościach prowadziłoby do faktycznej dyskryminacji agentów prowadzących działalność gospodarczą na obszarze o mniejszym zaludnieniu - nigdy nie mieliby oni szansy osiągnąć tak wysokich wyników jak sprzedawcy z dużych aglomeracji.

⁶¹² *Ibidem*, pkt 264.

⁶¹³ L. Gyselen, *Rebates: competition on the merits...*, op. cit., s. 9; E. Østerud, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law: The Spectrum of Tests*, Alphen aan den Rijn 2010, s. 289.

⁶¹⁴ Wyrok Trybunału w sprawie *Michelin I*, pkt 85-86.

⁶¹⁵ Wyrok Trybunału w sprawie C-95/04 *British Airways*, pkt 106.

⁶¹⁶ *Ibidem*, pkt 139.

⁶¹⁷ K. Kohutek, *Nadużycie...*, op. cit., s. 93-94.

⁶¹⁸ R. O’Donoghue, A.J. Padilla, *The Law...*, op. cit., s. 377.

Konkludując: można stwierdzić, że TSUE skupił się jedynie na strukturalnym znaczeniu konkurencji i nie dostrzegł wielu prokonkurencyjnych skutków systemu premii za rezultaty. W rzeczywistości taka ocena Trybunału mogła doprowadzić co najwyżej do ochrony konkurentów dominanta, a nie do promowania efektywnej konkurencji, która przyczynia się do wzrostu dobrobytu konsumentów.

3.2.3. Konkluzje. Ocena podejścia formalistycznego

Jak dobitnie pokazuje przeanalizowane orzecznictwo, tradycyjne (formalistyczne) podejście Trybunału i Komisji jest słusznie krytykowane w literaturze przedmiotu⁶¹⁹. Doprowadziło ono bowiem do bezwzględnego zakazu określonych form rabatów warunkowych - bez potrzeby wykazywania ich rzeczywistego wpływu na konkurencję (patrz tabela 15).

Tabela 15

Rodzaje rabatów i ocena Trybunału

Rodzaj rabatów	Ocena Trybunału
lojalnościowe	zakaz <i>per se</i> (sprawa <i>Hoffmann-La Roche</i>)
wieloproduktowe	zakaz <i>per se</i> (sprawa <i>Hilti</i>)
docelowe	konieczność uwzględnienia wszystkich okoliczności sprawy, m.in. długości okresu referencyjnego i przejrzystości systemu (sprawa <i>Michelin I</i>)
ilościowe	dozwolone <i>per se</i> , o ile nie są udzielane z mocą wsteczną - w przeciwnym wypadku mogą być w swoich skutkach podobne do rabatów docelowych (sprawa <i>Michelin II</i>)

Źródło: opracowanie własne.

Przedmiotem szczególnej krytyki instytucji unijnych okazały się rabaty lojalnościowe i te o skutku lojalnościowym, stanowiące odmianę rabatów docelowych. W przypadku gdy udzielanie zniżek wiązało się z wyłącznością zakupów, uznawano je za bezwzględnie zakazane ze względu na efekt lojalnościowy i „wiązaną klientów”. Trybunał w pierwszej kolejności badał więc, czy dany system zawiera warunek tego rodzaju. Jeżeli nie, TSUE badał, czy program może wywoływać podobny efekt. Kluczowy element oceny stanowił wówczas sposób ustalania progu rabatowego. Gdy określano go wobec każdego klienta indywidualnie, w zależności od jego zdolności absorpcyjnej, takie działanie również oceniano jako niedozwoloną praktykę. Systemy standaryzowane, lecz retroaktywne były uznawane za abuzywne, jeżeli udzielanie premii opierało się na długim okresie referencyjnym, trwającym przykładowo rok. Dodatkowymi okolicznościami obciążającymi były wysokie udziały dominanta w rynku i brak transparentności przyznawania zniżek. Im bardziej skomplikowany był system (np. zawierał elementy wiązania), tym surowiej oceniały go unijne instytucje.

Trybunał uzasadniał omawiany zakaz ochroną wolności konkurencji oraz swobody klientów w wyborze źródła zaopatrzenia. W przypadku stosowania długich okresów referencyjnych TSUE powoływał się także na cel w postaci ordoliberalnej uczciwości. Gdy praktyka rabatowa była odpowiedzią na napływ konkurencyjnych towarów z innych państw członkowskich, jej zakaz też uzasadniano celem integracyjnym - ochroną rynku wewnętrznego. Surowa ocena praktyk wiązała się ponadto z bardzo ograniczoną możliwością powołania się na ekonomiczne, obiektywne

⁶¹⁹ Zob. m.in. N. Petit, *From formalism..., op. cit.*, s. 485-503.

uzasadnienie⁶²⁰. Trybunał nie wypracował przejrzystych kryteriów oceny i odrzucił praktycznie wszystkie argumenty podnoszone przez przedsiębiorstwa dominujące. Wydaje się, że obecnie jednym z nielicznych argumentów, na które może powołać się dominant, jest udzielanie rabatów ze względu na wzrost efektywności sprzedaży - związanych z obniżeniem kosztów ze względu na korzystne efekty skali. Przedsiębiorstwo musi zastosować przy tym możliwie najprostszy program rabatów. W przeciwnym razie system - w świetle przytoczonego orzecznictwa - nie opierałby się na ekonomicznie uzasadnionej korzyści wyrównawczej, usprawiedliwiającej jego stosowanie.

Wyrok w sprawie *Suiker Unie*, podobnie jak kolejne omawiane orzeczenia, pokazuje charakterystyczną tendencję do oceniania rabatów jako praktyki dyskryminacyjnej⁶²¹. Chociaż dominującym poglądem jest to, że art. 102 lit. c TFUE służy ochronie w przypadku naruszenia drugiej linii (czyli praktyki eksploatacyjnej), Trybunał powoływał się na ten przepis także w przypadku naruszenia pierwszej linii (czyli praktyki wykluczającej)⁶²². Kwestię tę wyjaśnili Nicolas Petit i Damien Geradin, wskazując, że większość form praktyk cenowych jest w pewnej mierze dyskryminacyjna, a stosowanie standardów oceny właściwych dla art. 102 lit. c TFUE było łatwiejsze dowodowo⁶²³. Poza tym efekt w postaci dyskryminacji przywoływano niejako przy okazji głównego zarzutu, mówiącego o wykluczeniu konkurentów z danego rynku.

Jak stwierdził Herbert Hovenkamp, społeczny koszt nadmiernie interwencyjnych reguł konkurencji to nie tylko odszkodowanie wypłacone przez jednego pechowego pozwanego. To również miliardy dolarów, które konsumenci będą musieli stracić, gdy firmy zostaną zniechęcone do agresywnych, ale prokonkurencyjnych obniżek cenowych⁶²⁴. Słowa te można odnieść do bezwzględnego zakazu określonych form rabatów warunkowych. Wszystkie bowiem rodzaje rabatów rodzą istotne korzyści w postaci obniżenia ceny. W związku z tym zakazywanie tych praktyk bez potrzeby przedkładania dowodów prawdopodobnych negatywnych skutków ekonomicznych jest w znacznej liczbie przypadków szkodliwe dla dobrobytu konsumentów⁶²⁵. Ochrona przed skuteczną konkurencją między przedsiębiorstwami szkodzi maksymalizacji efektywności gospodarczej, która powinna być jednym z głównym celów prawa i polityki konkurencji⁶²⁶. Takie podejście Trybunału jest określane jako nieuzasadnione i anachroniczne⁶²⁷. W doktrynie słusznie postuluje się ustanowienie domniemania legalności wszelkich form rabatowych, o ile nie wykaże się ich antykonkurencyjnych skutków⁶²⁸. Autor niniejszej pracy nie zgadza się jednak ze stwierdzeniem, iż określenie formy rabatu nie ma żadnego znaczenia dla jego ekonomicznego wpływu na konkurencję⁶²⁹. Nawet dość proste obliczenia matematyczne pokazują, że konkretna forma rabatu ma znaczenie przy występowaniu efektu zasysania⁶³⁰. Trafniejsze wydaje się więc stwierdzenie, że nie może ona być decydująca przy prawnej ocenie

⁶²⁰ Sama terminologia dotycząca quasi-wymogów imperatywnych art. 102 TFUE nie jest jednolita. Zbliżonymi pojęciami stosowanymi przez TSUE są: ekonomicznie uzasadniona korzyść wyrównawcza, efektywność, obrona uzasadnionych interesów dominanta.

⁶²¹ Dyskryminacją można nazwać odmienne traktowanie identycznych stanów faktycznych lub równe traktowanie różnych stanów faktycznych. Jest to pojęcie szersze niż sformułowanie art. 102 lit. c TFUE: „nierówne warunki”. Zob. J. Boyle, *Cruel, mean nor lavish? Economic analysis, price discrimination and digital intellectual property*, „Vanderbilt Law Review” 2007, nr 6, s. 2021.

⁶²² Przepis ten *expressis verbis* odnosi się do partnerów handlowych (klientów i kontrahentów), a nie do konkurentów. A. Brzezińska-Rawa, *Dyskryminacja...*, *op. cit.*, s. 92. Zob. też podrozdział 1.4.2, w którym analizowano te pojęcia.

⁶²³ D. Geradin, N. Petit, *Price discrimination under EC competition law: another antitrust doctrine in search of limiting principles?*, „Journal of Competition Law and Economics” 2006, nr 2, s. 499-502.

⁶²⁴ H.J. Hovenkamp, *Discounts and exclusions*, „Utah Law Review” 2006, nr 3, s. 861.

⁶²⁵ Podobnie: J. Kallaugher, B. Sher, *Rebates revisited...*, *op. cit.*, s. 282.

⁶²⁶ Zob. M. Motta, *Competition...*, *op. cit.*, s. 20.

⁶²⁷ G. Faella, *The antitrust assessment...*, *op. cit.*, s. 391

⁶²⁸ P. Areeda, H. Hovenkamp, *Fundamentals of antitrust law*, Chicago-New York 2010, s. 7 i nast.

⁶²⁹ Inaczej: R. Nazzini, *Anticompetitive rebates in EC competition law: a way forward?*, „Global Competition Policy” 2008, s. 6.

⁶³⁰ Por. podrozdział 2.4.3.3, w którym przedstawiono takie kalkulacje.

praktyki rabatowej. Rodzaj rabatu należy uwzględniać wraz z innymi istotnymi okolicznościami faktycznymi, m.in. pozycją rynkową kupujących (dystrybutorów, detalistów) i wysokością kosztów zmiany dostawcy. Co ważne, upraszcza to samoocenę systemów rabatowych dokonywaną przez przedsiębiorstwa dominujące.

Podejście formalistyczne nie jest jednak pozbawione zalet. Znacznie poprawia poziom egzekwowania art. 102 TFUE i niemal całkowicie eliminuje problem fałszywych negatywów, czyli dozwolenia praktyk w rzeczywistości antykonkurencyjnych. Jest także dużo prostsze do zastosowania przez TSUE i KE. Pozwala dokonywać schematycznej oceny bez dogłębnej analizy ekonomicznej każdego indywidualnego przypadku. Ponadto dobrobyt konsumentów jest trudno mierzalny. W związku z tym dzięki bazowaniu na ochronie struktury rynku - zgodnie z podejściem formalistycznym - można niekiedy uzyskać podobny efekt w postaci efektywności w dłuższej perspektywie. Paradoksalnie odejście od podejścia formalistycznego, rodzące potrzebę rewizji dotychczasowego orzecznictwa, mogłoby wywoływać duże wątpliwości prawne co do oceny programów dyskontowych, ponieważ formy rabatowe jako swego rodzaju punkty odniesienia utraciłyby znaczenie.

Według Woutera Wilsa, broniącego tradycyjnego podejścia Trybunału, w tworzeniu i egzekwowaniu przepisów prawa konkurencji od początku kształtowania się Wspólnot Europejskich obowiązywało podejście ekonomiczne - a zatem nawoływanie do podejścia „bardziej ekonomicznego” jest nieporozumieniem. Zdaniem Wilsa oparcie się na ochronie struktury rynku (a nie na specyficznych skutkach procesu konkurencji) jest wartością pozwalającą na osiągnięcie efektów, które nie mogłyby zostać uzyskane przy podejściu *case-by-case*. W ramach uzasadnienia badacz powołał się na koncepcję Friedricha Augusta von Hayeka: *competition as a discovery procedure*⁶³¹. Zgodnie z nią konkurencja to procedura odkrywania tego, co dostępne dla indywidualnych osób, lecz niedostępne razem dla ogółu. Opowiadając się przeciwko chicagowskiemu dobrobytowi, Hayek uznał, że nie można z góry zweryfikować jego efektów. Konkurencja jest cenna tylko w zakresie, w jakim jest nieprzewidywalna, zupełnie inna od planowanej⁶³². Z kolei inny noblista z dziedziny ekonomii - Amartya Kumar Sen - w opozycji do kategorii dobrobytu przeformułował problem oceny konkurencyjnego rynku w świetle promowania indywidualnego wyboru⁶³³. Tym samym podstawy teoretyczne, a w szczególności założenia szkoły chicagowskiej, na których opiera się podejście skutkowe, nie są pozbawione wątpliwości⁶³⁴.

Wouter Wils słusznie wskazywał także, że cel art. 102 TFUE należy oceniać w kontekście całego systemu prawnego Unii. Wolność konkurencji wynika z wolności prowadzenia działalności gospodarczej, chronionej na mocy art. 16 Karty Praw Podstawowych⁶³⁵. Zdaniem autora niniejszej pracy można jednak równie dobrze argumentować, że na mocy tego przepisu nie należy ograniczać praktyk handlowych dominanta, które nie wywołują negatywnych skutków w zakresie konkurencji; w przeciwnym razie bezpodstawnie narusza się wolność działalności gospodarczej. Brak indywidualnego oceniania ekonomicznych skutków praktyk rabatowych

⁶³¹ F.A. Hayek, *New Studies in Philosophy...*, op. cit.; F.A. Hayek, *Competition as a discovery procedure*, „The Quarterly Journal of Austrian Economics” 2002, nr 3.

⁶³² *Ibidem*, s. 180.

⁶³³ A. Sen, *Markets and freedoms: achievements and limitations of the market mechanism in promoting individual freedoms*, „Oxford Economic Papers” 1993, nr 45, s. 536.

⁶³⁴ Oczywiście jest to słuszna uwaga, jednak równie dobrze można ją odnieść do krytyki podejścia formalnego i oparcia się na modelu doskonałej konkurencji.

⁶³⁵ W.P.J. Wils, *The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance*, „World Competition: Law and Economics Review” 2014, nr 4, s. 405-437.

mógłby naruszać standard określony w art. 47 Karty, gwarantujący prawo do skutecznego środka prawnego, prawo do obrony (art. 48 KPP) i zasadę *nullum crimen sine lege* (art. 49 KPP)⁶³⁶.

Argumentem przemawiającym za podejściem formalistycznym jest to, że ludzkie myślenie zawsze opiera się na pewnej kategoryzacji. Używanie określonych kategorii jest powszechnie stosowane w ekonomii i uzasadnione prawnie, sprzyja przejrzystości i możliwości egzekwowania przepisów. Można ponadto uzasadniać, że formalistyczne podejście Unii Europejskiej bazuje na trafnych i logicznych przesłankach, których brakuje w ocenie skutkowej. Pojęcie dobrobytu jest bowiem kategorią sporną. Co więcej, podział na podejście formalne i skutkowe okazuje się mylący, ponieważ to pierwsze także opiera się na ekonomicznych skutkach i umożliwia uzasadnienie praktyk rabatowych przedsiębiorstw dominujących⁶³⁷. Takie stanowisko budzi jednak wątpliwości, gdyż - jak już wskazywano - możliwość ta jest bardzo ograniczona (jeśli nie iluzoryczna).

W jaki sposób przedsiębiorstwa miałyby oceniać, czy ich systemy rabatowe są dozwolone? Należałoby stworzyć klauzulę rozsądku, na której opierałaby się ocena danej praktyki. Stworzenie swoistej bezpiecznej przystani (ang. *safe harbour*) dla praktyk rabatowych jest uzasadnione troską o bezpieczeństwo obrotu handlowego i potrzebą sprzyjania dobrobytowi konsumentów. Chroniłoby to bowiem koszt prowadzonej działalności gospodarczej, a jednocześnie zapobiegało efektowi schłodzenia konkurencji (ang. *chilling effect*). W przypadku tak istotnej pozycji TSUE i KE przy konkretyzacji art. 102 TFUE i wysokich nakładanych kar finansowych zakazywanie rabatów warunkowych mocno zniechęca dominantów do ich udzielania. Podejście formalne nieuchronnie prowadzi do występowania fałszywych pozytywów - przez zakazanie praktyk, które w żaden sposób nie są szkodliwe dla konsumentów lub wręcz są dla nich korzystne⁶³⁸. Dzieje się tak zwłaszcza w przypadku praktyk o wysokiej częstotliwości występowania. Udzielanie rabatów jest natomiast bardzo powszechne. Na podstawie przywołanego orzecznictwa dobrze widać, że może to dotyczyć różnych sektorów sprzedaży, m.in. opon samochodowych, witamin, artykułów spożywczych (cukru) i przemysłowych, a także wynagradzania agentów.

Należy zgodzić się z poglądami, które sformułowali Frédéric Marty i Julien Pilot: unijna polityka konkurencji zмирzająca w tym kierunku sprzyjać będzie jedynie konkurentom dominantą - zamiast chronić efektywną konkurencję⁶³⁹. Trybunał powinien więc odejść od ordoliberalnej ochrony ładu całkowitej konkurencji w stronę nowocześniejszych koncepcji ekonomicznych. Postulat stworzenia klauzuli rozsądku służącej do oceny omawianych praktyk nie jest zresztą odosobnioną opinią autora niniejszej pracy. Już w raporcie EAGCP⁶⁴⁰, przygotowanym na zlecenie Komisji, proponowano wprowadzenie takiego rozwiązania⁶⁴¹.

Kolejne części pracy będą dotyczyć praktyki amerykańskiego prawa antytrustowego i pozwolą dokonać oceny podejścia zorientowanego na skutki ekonomiczne.

⁶³⁶ W związku z wyznaczonym zakresem pracy wątek ten nie może zostać tu rozwinięty. Zob. szerzej: K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych. W kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2012.

⁶³⁷ W.P.J. Wils, *The judgment...*, op. cit., s. 405437.

⁶³⁸ J. Kallaugh, B. Sher, *Rebates revisited...*, op. cit., s. 277.

⁶³⁹ F. Marty, J. Pilot, *Remises de fidélité et abus d'éviction: quelles évolutions dans la pratique décisionnelle de la Commission européenne?*, „Revue internationale de droit économique” 2011, nr 3, s. 3.

⁶⁴⁰ Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP) - forum dyskusyjne przedstawicieli akademickich wspierających Dyрекcję Generalną KE ds. Konkurencji w zakresie poprawy ekonomicznej oceny działań Komisji w obszarze konkurencji.

⁶⁴¹ EAGCP, *An economic approach to Article 82*, lipiec 2008. Raport dostępny na stronie internetowej: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf (data dostępu 3.06.2015 r.).

3.3. PRAKTYKA AMERYKAŃSKIEGO PRAWA ANTYTRUSTOWEGO

Rozbieżność między amerykańskim i unijnym podejściem do rabatów warunkowych jest ogromna - być może większa niż we wszystkich innych dziedzinach prawa antymonopolowego. Podczas gdy TSUE i KE uznały tę praktykę za niezgodną z art. 102 TFUE, amerykańskie orzecznictwo tradycyjnie postrzegało ją jako prokonkurencyjną⁶⁴².

W USA istnieje silne domniemanie zgodności praktyk rabatowych z prawem antytrustowym, o ile nie mają one charakteru drapieżnictwa cenowego. Uzasadnieniem jest zwykle ocenianie obniżek cenowych jako sposobu na poprawę działalności gospodarczej, co stanowi istotę konkurencji - a prawo antytrustowe zaprojektowano przecież po to, by ową poprawę wspierać⁶⁴³.

Poziom rozbieżności dobrze ilustruje sprawa *British Airways*, oceniana po obu stronach Atlantyku. W przeciwieństwie do orzeczenia TSUE, które było przedmiotem wcześniejszej analizy, sąd amerykański stwierdził, że *nagradzanie lojalności klientów promuje konkurencję co do meritum*⁶⁴⁴.

Unijne podejście, znacznie mniej liberalne wobec rabatów lojalnościowych, znacząco wpływało zarówno na działalność gospodarczą przedsiębiorstw europejskich, jak i na ich wielu amerykańskich konkurentów. Ze względu na globalne implikacje prawa konkurencji UE sugerowano amerykańskim korporacjom, iż stanowisko Unii w sprawach dotyczących ochrony konkurencji nie tylko jest istotne, ale nawet ma większe znaczenie - wzmożone egzekwowanie tych przepisów i surowsza ich ocena skutecznie wyznaczają granicę między dozwolonym a niedozwolonym zachowaniem przedsiębiorstw na rynkach światowych⁶⁴⁵.

W ostatnim czasie współzależność ta uwidoczniła się ponownie w sprawie *Intel*, w której KE nałożyła największą w historii karę pieniężną (1,06 mld €) na amerykańskiego producenta procesorów⁶⁴⁶. Sprawa ta została zainicjowana przez jego największego konkurenta - Advanced Micro Devices (ADM), który złożył skargę jednocześnie w Unii i USA. W grudniu 2009 r., po długotrwałym procesie prowadzonym w Stanach Zjednoczonych, Intel zgodził się wypłacić ADM świadczenie pieniężne (1,25 mld \$) tytułem ugody sądowej⁶⁴⁷.

W niniejszym podrozdziale zbadane zostanie amerykańskie podejście do praktyk rabatowych, a w szczególności - jego specyfika i odmiennosć od regulacji unijnej⁶⁴⁸. W pierwszej kolejności opisane zostaną rabaty jednoproduktowe, a następnie rabaty wieloproduktowe.

⁶⁴² H. Zenger, *Loyalty rebates...*, op. cit., s. 717.

⁶⁴³ Wyrok w sprawie *Concord Boat Corp. przeciwko Brunswick Corp.* 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000).

⁶⁴⁴ (...) *rewarding customer loyalty promotes competition on the merits*. Zob. wyrok w sprawie *Virgin Atlantic Airways Ltd. przeciwko British Airways PLC*, 257 F.3d 256 (2nd Cir. 2001), pkt 265.

⁶⁴⁵ (...) *the EU position on antitrust issues is not just relevant but generally matters more because, as the more aggressive antitrust enforcement agency, it effectively defines the line between legality and illegality in global markets*. E. Elhauge, *Why above-cost price cuts to drive out entrants are not predatory - and the implications for defining costs and market power*, „Yale Law Journal” 2003, nr 112, s. 697-698.

⁶⁴⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 13.05.2009 r. w sprawie *Advanced Micro Devices, Inc. przeciwko Intel* (COMP/37.990), O.J. C 227 z 22.09.2009, s. 13 (dalej: decyzja Komisji w sprawie Intel).

⁶⁴⁷ Ch.T. Conlon, J.H. Mortimer, *All Units Discount: Experimental Evidence from the Vending Industry*, Uniwersytet Columbia w Nowym Jorku 2013, s. 1.

⁶⁴⁸ Ze względu na zakres niniejszej pracy i w związku z tym, że główny przedmiot badań stanowi prawo konkurencji UE, nie jest możliwe wyczerpujące omówienie tego zagadnienia. Analiza komparatystyczna może jednak pozwolić na wyciągnięcie wniosków, w którym kierunku przypuszczalnie podąży unijne prawo konkurencji w świetle postulatów *more economic approach*. Dlatego poruszone zostaną kwestie niezbędne w celu osiągnięcia tego celu - wraz z odesłaniem do literatury przedmiotu i orzecznictwa sądów amerykańskich.

3.3.1. Prawna ocena rabatów jednoproduktowych

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że ekonomia zdominowała amerykańskie orzecznictwo. Przenika ona decyzje i wyroki sądowe, a tak czy inaczej pojmowany dobrobyt stanowi główny cel prawa antytrustowego⁶⁴⁹. Nie oznacza to jednak, że ugruntowała się jednolita praktyka względem rabatów jednoproduktowych (ilościowych, lojalnościowych i docelowych). Jest to spowodowane kilkoma czynnikami. Po pierwsze, nie zapadła do tej pory żadna decyzja Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, która wyznaczałaby jednolity standard oceny rabatów lojalnościowych i docelowych⁶⁵⁰, z kolei sądy apelacyjne wypowiadały się na ich temat zaledwie trzy razy⁶⁵¹. Po drugie, wśród badaczy amerykańskich nie ma konsensusu co do tego, jakie dokładnie kryteria należy przyjąć i stosować, aby prawidłowo ocenić daną praktykę. Zazwyczaj proponuje się określony rodzaj testu cenowo-kosztowego, stosowany w przypadku drapieżnictwa cenowego⁶⁵². Takie stanowisko wyraża Departament Sprawiedliwości w oficjalnym raporcie, sugerując jednocześnie, że test jest prostszy do zastosowania przez sądy niż opieranie się na ocenie niepodważalnej części popytu⁶⁵³.

Niektórzy jednak badacze i sądy federalne uznali, że bardziej odpowiednim testem jest posłużenie się regułą rozsądku - jak przy ocenie transakcji wyłącznych⁶⁵⁴. Opiera się to na przekonaniu, że podobnie jak klauzule wyłączności, mogą one pozbawiać konkurentów z dostępu do rynku. Sądy rozpoznały podobne prokonkurencyjne skutki obu praktyk, np. stabilizację popytu i zapobieganie problemowi gapowicza⁶⁵⁵. W związku z tym w sprawach z zakresu transakcji wyłącznej powód musi wykazać, że dana umowa rzeczywiście narusza wydajność i może spowodować podniesienie ceny⁶⁵⁶.

Niniejszy problem znalazł odzwierciedlenie w części wyroków sądowych. Przykładowo w sprawie *Concord Boat Corp.*⁶⁵⁷ kilku producentów łodzi zaskarżyło rabaty udzielane na silniki zaburtowe przez ich konkurenta - Brunswick - mającego w 1983 r. 75% udziałów w rynku. Udzielał on zniżek z zależności od zapotrzebowania na produkty; klienci mogli przystąpić do programu na dowolny okres, a wielu z nich zmieniło dostawcę ze względu na lepszą ofertę. Zdaniem sądu system ten nie wykazywał żadnych antykonkurencyjnych skutków. Powołując się na wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Brooke Group*⁶⁵⁸, sąd stwierdził, że oferowanie cen produktów (po odliczeniu rabatu) powyżej kosztów jest dozwolone.

Z kolei w jednej z nowszych spraw - *ZF Meritor*⁶⁵⁹ z 2012 r. - sąd obwodowy oceniał system rabatowy w świetle transakcji wyłącznej i klauzuli rozsądku. Zauważył, że pozwane przedsiębiorstwo (Eaton Corp.) może wykorzystać swoją pozycję jako dostawca niezbędnych produktów, by umocnić pozycję na rynku skrzyń biegów do samochodów ciężarowych⁶⁶⁰. Przedsiębiorstwo

⁶⁴⁹ S. Gates, *Antitrust by analogy...*, op. cit., s. 99.

⁶⁵⁰ Sąd Najwyższy USA wypowiedział się jednak na temat rabatów ilościowych w sprawie *Brooke Group Ltd.*

⁶⁵¹ Sprawy: *Barry Wright Corp. przeciwko ITT Grinnell Corp.*; *Concord Boat Corp. przeciwko Brunswick Corp.*; *Virgin Atlantic Airways Ltd. przeciwko British Airways PLC.*

⁶⁵² Inaczej niż w przypadku rabatów wieloproduktowych, literatura w tym zakresie nie jest obszerna. Zob. m.in. W.K. Tom, *Anticompetitive aspects of market-share discounts and other incentives to exclusive dealing*, „Antitrust Law Journal” 2000, nr 67, s. 615-627; A. Lambert, *Appropriate liability rules for tying and bundled discounting*, „Ohio State Law Journal” 2011, nr 72, s. 980-981; H. Hovenkamp, E. Hovenkamp, *Complex bundled discounts and antitrust policy*, „Buffalo Law Review” 2009, nr 57, s. 1234-1237; E. Elhauge, *Tying, bundled discounts, and the death of the single monopoly profit theory*, „Harvard Law Review” 2009, nr 123, s. 461-469.

⁶⁵³ U.S. Department of Justice, *Competition...*, op. cit., s. 117.

⁶⁵⁴ S. Gates, *Antitrust by analogy...*, op. cit., s. 99 i nast.

⁶⁵⁵ Wyrok w sprawie *Ryko Mfg. Co. przeciwko Eden Servs.*, 823 F.2d 1215, 1234 n.17 (8th Cir. 1987).

⁶⁵⁶ Wyrok w sprawie *NicSand, Inc. przeciwko 3M Co.*, 457 F.3d 534, 543 (6th Cir. 2006).

⁶⁵⁷ Wyrok w sprawie *Concord Boat Corp. przeciwko Brunswick Corp.*, 207 F.3 1039 (8th Cir. 2000).

⁶⁵⁸ Wyrok w sprawie *Brooke Group Ltd. przeciwko Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S.

⁶⁵⁹ Wyrok w sprawie *ZF Meritor, LLC przeciwko Eaton Corp.*, 696 F.3d 254 (3rd Cir. 2012).

⁶⁶⁰ W bezpośredni sposób nawiązał więc do efektu dzwigni.

zawierało długoterminowe kontrakty z producentami oryginalnego wyposażenia (OEMs)⁶⁶¹, udzielając rabatów lojalnościowych⁶⁶². W przypadku nieosiągnięcia celu rabatowego producent mógł wypowiedzieć umowę. Skarżący podniósł, że zobowiązanie to miało na celu zwiększenie sprzedaży pozwanego na jego szkodę, ponieważ zniżka była udzielana wówczas, gdy OEMs nie zamawiali konkurencyjnych produktów. Zdaniem sądu Eaton był nieuniknionym partnerem handlowym, gdyż bez jego produktów OEMs nie mogliby zaspokoić popytu konsumentów. W związku z tym oceniono m.in. długość trwania umowy oraz interesy stron w świetle klauzuli rozsądku.

Co do zasady amerykańskie orzecznictwo nie różnicuje jednak oceny rabatów warunkowych w zależności od ich formy. Takiej samej ocenie poddawane są rabaty ilościowe, przyrostowe czy retroaktywne. Niektórzy badacze z USA sugerują jednak, że „zwykły” test drapieżnictwa cenowego nie zawsze wystarcza. Odnosi się to do sytuacji, kiedy ze względu na niepodważalną część popytu konkurenci są wyłączeni z rywalizacji w części rynku obejmującej produkty, które muszą być nabywane wyłącznie od dominanta („*must stock*” items)⁶⁶³.

Jest to znacząca różnica w stosunku do podejścia unijnego, ponieważ w prawie konkurencji UE forma rabatu ma kluczowe znaczenie dla kwalifikacji prawnej tej praktyki. W przypadku niepodważalnej części popytu rabaty warunkowe o charakterze retroaktywnym mogą być wykorzystane przez dominanta do wywołania efektu dźwigni. Takie stanowisko zostało przyjęte w wytycznych Komisji⁶⁶⁴. Tymczasem Departament Sprawiedliwości USA uznał, że podejście to nie tylko jest trudne do zastosowania dla sądów, lecz także *nie zapewni przedsiębiorstwom decydującym się na udzielanie zniżek przejrzystości w ocenie, czy mogą one schłodzić pożądaną konkurencję cenową*⁶⁶⁵.

Pomimo wskazanych problemów w amerykańskiej doktrynie dominuje pogląd, iż praktyki rabatowe są co do zasady prokonkurencyjne i tylko wyjątkowo mogą wywoływać antykonkurencyjny efekt w postaci wykluczenia⁶⁶⁶. Z tego względu oceniane były jako dozwolone. Sądy bardzo niechętnie zakazywały tej praktyki, ponieważ nie chciały powodować wzrostu cen produktów. Co charakterystyczne, większość precedensowych wyroków zapadała w wyniku powództw prywatnych, a nie działań organów antymonopolowych⁶⁶⁷.

Poniżej zostaną opisane trzy sprawy rozstrzygnięte przez amerykańskie sądy. Każda z nich dotyczy innego rodzaju rabatu: lojalnościowego, docelowego, ilościowego. Za ich pomocą można zilustrować różnicę w podejściu UE i USA do jednoproduktowych rabatów warunkowych.

3.3.1.1. Sprawa *Barry Wright* (1983) - rabaty lojalnościowe

Jedno z pierwszych precedensowych orzeczeń zapadło w sprawie *Barry Wright Corp.*, dotyczącej udzielania przez Pacific Scientific Company (dalej: Pacific) rabatów na mechaniczny ogranicznik prędkości⁶⁶⁸ do amerykańskich elektrowni jądrowych. Udziały rynkowe tego przedsiębiorstwa, jako jedyne go producenta urządzenia, wynosiły ponad 80%. Największy klient - Grinnell

⁶⁶¹ Producenci oryginalnego wyposażenia (ang. *original equipment manufacturer*, OEMs) to przedsiębiorstwa sprzedające pod własną firmą produkty wytworzone przez inne przedsiębiorstwa. Niekiedy, wbrew nazwie, są to zwykły detaliści, a ich udział w produkcji ogranicza się do zaprojektowania produktów.

⁶⁶² A dokładnie - rabatów za udział w rynku. Zob. podrozdział 1.2.2.

⁶⁶³ W.K. Tom, *Anticompetitive aspects...*, op. cit., s. 615; R.H. Lande, *Should predatory pricing rules immunize exclusionary discounts?*, „Utah Law Review” 2006, s. 863.

⁶⁶⁴ Wytyczne Komisji, pkt 40. Zob. też: podrozdział 2.4.3.3, w którym analizowano ten problem; wyrok Trybunału w sprawie *Michelin II*, pkt 162-163; wyrok Trybunału w sprawie T-219/99 *British Airways*, pkt 277-278.

⁶⁶⁵ U.S. Department of Justice, *Competition...*, op. cit., s., s. 117.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, s. 106-107, wraz z przywołaną tam bogatą literaturą przedmiotu.

⁶⁶⁷ OECD, *Fidelity...*, op. cit., s. 137-138.

⁶⁶⁸ Jest to urządzenie mechaniczne przeznaczone do ochrony elementów przed nadmiernym prądem i wstrząsami spowodowanymi przez inne czynniki.

Corporation (dalej: Grinnell) - wybudował system rur do elektrowni jądrowych i używał urządzeń Pacific w celu ochrony systemu przed wstrząsami. Przedsiębiorstwo Barry Wright Corporation (dalej: Wright) próbowało wejść na rynek i dążyło do pozyskania największego odbiorcy tych urządzeń (Grinnell). Pacific zdawał sobie sprawę, że w przyszłości może to spowodować spadek sprzedaży jego produktów. Zdecydował się więc na przyznanie klientowi rabatu na kolejne zamówienia (wynoszącego 25-30%) w zamian za wyłączność zakupów. Na mocy porozumienia Grinnell zgodził się zaopatrywać w większość produktów Pacific przez okres 2 lat. Ze względu na wysokie korzyści skali i małą liczbę odbiorców znacznie zwiększyło to bariery wejścia na rynek. W związku z tym Wright pozwał Pacific, wnosząc, że producent naruszył art. 2 ustawy Shermana⁶⁶⁹.

Zarówno sąd obwodowy (District Court), jak i sąd apelacyjny (U.S. Court of Appeal) odrzuciły powództwo. Omawiana praktyka była badana zwykłym testem cenowo-kosztowym (drapieźnictwa cenowego). Według wspomnianych sądów nie można wnosić powództwa bez wykazania, że stosowane ceny - obniżone na skutek rabatu - są powyżej kosztów produkcji. Teoretyczna możliwość, że taka praktyka narusza konkurencję, nie usprawiedliwia wysokiego ryzyka związanego ze zniechęceniem przedsiębiorstwa do prokonkurencyjnych obniżek cen. Konsekwencją błędu jest nie tylko zmuszenie firmy do rezygnacji z legalnej działalności gospodarczej, którą pragnie ona realizować, lecz także penalizacja prokonkurencyjnych obniżek cen, czyli jednej z najbardziej pożądanых - z perspektywy prawa antytrustowego - aktywności⁶⁷⁰. Podkreślono też niebezpieczeństwo wynikające z nieprawidłowego zastosowania teorii ekonomicznych. Chociaż pomagają one prawu antytrustowemu, nie można wymagać, żeby przepisy prawne były ich powieleniem. Różne teorie ekonomiczne prezentują często sprzeczne poglądy, których nie da się zastosować w praktyce sądowej. Przepisy próbujące wcielić w życie każdą ekonomiczną złożoność i kwalifikację mogą osiągnąć efekt przeciwny do zamierzonego⁶⁷¹. Zdaniem sądu apelacyjnego prawo antytrustowe rzadko odrzuca korzyści w postaci „wróbla w garści” na rzecz spekulacyjnych korzyści (niskich cen w przyszłości), czyli „gołębia na dachu”⁶⁷².

Sąd apelacyjny nie przychylił się również do argumentu skarżącego, zgodnie z którym rabat lojalnościowy był transakcją wyłączną prowadzącą do naruszenia konkurencji. Na początku swoich rozważań sąd przypomniał, iż niekiedy praktyki te mogą wiązać klientów i wywoływać efekt wykluczający. Pod wpływem określonych okoliczności mogą także zwiększać bariery wejścia i uniemożliwiać wejście na rynek nowym konkurentom, a zatem zmniejszać zakres konkurencji. Według sądu ma to jednak charakter odległy i zależy od tego, jak potencjalni konkurenci postrzegają prawdopodobny wpływ wykluczenia na ich działalność gospodarczą. Każdy rodzaj umowy wiąże się z zamknięciem lub wykluczeniem konkurentów z jakiejś części rynku, a mianowicie z części związanej z kupnem określonych produktów. Należy więc oceniać umowę nie według zakazu *per se*, ale według klauzuli rozsądku⁶⁷³ - co determinuje wpływ danej umowy na skuteczną konkurencję. Należy zatem ocenić nie tylko ryzyko wykluczenia konkurentów, lecz także uzasadnienie ekonomiczne kupującego i sprzedającego - dlaczego zawarli umowę. Sąd wziął pod uwagę kilka czynników, m.in. długość trwania umowy, możliwość zaopatrywania się w pewną ilość konkurencyjnych produktów, stabilność popytu

⁶⁶⁹ Wyrok w sprawie *Barry Wright Corp. przeciwko ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227 (1st Cir. 1983), pkt 1-10.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, pkt 26.

⁶⁷¹ *Ibidem*, pkt 23.

⁶⁷² *The antitrust laws very rarely reject such beneficial „birds in hand” for the sake of more speculative (future low-price) „birds in the bush”*. *Ibidem*, pkt 24.

⁶⁷³ *Ibidem*, pkt 32-33.

dla sprzedającego i niższe ceny dla kupującego. W podsumowaniu doszedł do wniosku, że w świetle tych okoliczności umowa nie miała charakteru wykluczającego⁶⁷⁴.

Bez wątpienia stanowisko sądów amerykańskich należy ocenić jako przeciwieństwo podejścia Trybunału Sprawiedliwości. W obawie przed fałszywymi negatywami sądy te nie zakazały praktyki rabatowej, ponieważ niskie ceny stanowią istotę konkurencji. Ewentualny antykonkurencyjny efekt musiałby zostać stwierdzony na podstawie niezbitych dowodów. Niewystarczające okazało się stwierdzenie, że praktyka dominanta z samej swej natury ograniczała konkurencję i że ze względu na samą formę powinna być zakazana.

Najłatwiejszy w ocenie praktyki rabatowej był „zwykły” test cenowo-kosztowy, taki sam jak przy badaniu drapieżnictwa cenowego. Sąd apelacyjny miał świadomość, że zakazanie rabatu za wyłączność mogłoby przynieść korzyść w dłuższym okresie. Jednak zdaniem sądu spekulacyjne korzyści nie mogą być ważniejsze od ewidentnego pozytywnego skutku w postaci niższych cen produktów. W związku z powyższym pierwszeństwo zostało przyznane efektywnej konkurencji, a nie konkurencji i celom w ujęciu strukturalnym⁶⁷⁵.

Bardzo ważną kwestię stanowiła ocena praktyki rabatowej pod kątem klauzuli rozsądku, dużo bardziej elastyczna niż w przypadku ekonomicznego, obiektywnego uzasadnienia stosowanego przez TSUE. Po pierwsze, według art. 102 TFUE rabaty lojalnościowe były bezwzględnie zakazane (nie dało się ich usprawiedliwić). Po drugie, nawet gdy Trybunał odwoływał się już do ekonomicznego uzasadnienia, interpretował je niezwykle wąsko. Gdy danej praktyce towarzyszyło wiązanie klientów i utrudnianie (nawet potencjalne) funkcjonowania konkurentów na rynku, TSUE nie brał pod uwagę korzyści, które czerpał dominant.

3.3.1.2. Sprawa *Brooke Group* (1993) - rabaty ilościowe

Sprawa ta dotyczyła konkurencji między dwoma producentami papierosów: Brooke Group (dalej: BG) i Williamson Tobacco (dalej: WT). Po wprowadzeniu papierosów z opakowaniem generycznym⁶⁷⁶ pierwszy z producentów zaczął promować swoje towary, udzielając rabatów ilościowych. Zniżka była przyznawana na szczeblu hurtowym i rosła wraz ze wzrostem zamówienia. W odpowiedzi na to działanie firma WT wprowadziła własną linię papierosów „generycznych” i także zaczęła udzielać rabatów. Po rozpętaniu się wojny cenowej, w wyniku której większość rabatów oferowano hurtownikom, przedsiębiorstwo WT wytoczyło BG proces - działanie tego producenta rzekomo naruszało ustawę Robinsona i Patmana, zakazującą dyskryminacji w amerykańskim prawie antymonopolowym: praktyki rabatowe miały charakter drapieżnictwa cenowego, zmierzającego do wykluczenia konkurentów z rynku (naruszenie pierwszej linii)⁶⁷⁷.

Rabaty udzielane przez BG wykazywały kilka cech, które różniły je od standardowych rabatów ilościowych. Po pierwsze, miały charakter dyskryminacyjny, gdyż największe zniżki kierowano do hurtowników, którzy do tej pory nabywali papierosy „generyczne” od BG. Po drugie, udzielanie rabatów prowadziło do faktycznej wyłączności, ponieważ ze względu na brak zróżnicowania papierosów (pozbawionych znaków towarowych i innych oznaczeń) oraz zniżki dystrybutorzy woleli kupować od jednego dostawcy.

Według Sądu Najwyższego USA w przypadku wniesienia powództwa na podstawie zarzutu, iż rabaty mają charakter drapieżnictwa cenowego, skarżący musi udowodnić dwie przesłanki.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, pkt 35-40.

⁶⁷⁵ W tym świetle efektywna konkurencja utożsamiana była ze skutkami dla konsumentów, czyli zmniejszeniem ceny. Z kolei danie przewagi konkurencji w znaczeniu strukturalnym - czyli dążeniu do określonego modelu ekonomicznego (np. struktury doskonałej konkurencji) - polegałoby na utrzymaniu na rynku jak największej liczby przedsiębiorstw.

⁶⁷⁶ Czyli pozbawionym wszelkich oznaczeń (np. znaków towarowych), często mającym charakter odstrasżający.

⁶⁷⁷ Wyrok w sprawie *Brooke Group Ltd. przeciwko Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

Najpierw powinien wskazać, że ceny konkurenta są poniżej określonego kosztu produkcji, a następnie - udowodnić, iż rzekomy drapieżca będzie miał możliwość odzyskania strat dzięki stosowaniu polityki cenowej po wykluczeniu konkurentów (ang. *recoupment test*). Niewystarczające jest zatem stwierdzenie, że zaszły zmiany rynkowe niekorzystne dla interesów skarżącego⁶⁷⁸. Jak zauważa się w doktrynie, drapieżnictwo cenowe to najpopularniejsza analogia stosowana przy ocenie rabatów przez amerykańskie sądy⁶⁷⁹. Nie budzi to wątpliwości, są one przecież formą zniżki cenowej. W porównaniu jednak do orzecznictwa unijnego jest to dość zasadnicza różnica. Przykładowo w sprawie *Intel* Trybunał odróżnił rabaty za wyłączność od praktyk cenowych i uzasadnił to następująco: *W odróżnieniu od zachęty do zaopatrywania się na zasadzie wyłączności, poziomu cen, jako takiego, nie można uznać za bezprawny*⁶⁸⁰.

Kolejnym charakterystycznym elementem omawianego orzeczenia było stwierdzenie, że drapieżnictwo cenowe jest praktyką bardzo nieprawdopodobną, zwłaszcza gdy wymaga to koordynacji kilku firm. Sąd Najwyższy wypowiedział się w duchu chicagowskiej teorii braku ekonomicznego sensu⁶⁸¹: przedsiębiorstwo nie angażowałoby się w antykonkurencyjną praktykę, ponieważ nawet w przypadku posiadania znacznej siły rynkowej potencjalny efekt wykluczenia konkurencji jest nieprawdopodobny, a zatem istnieje zbyt duże ryzyko. Daleko idący sceptycyzm wobec antykonkurencyjnego charakteru praktyk cenowych, w tym - udzielania rabatów warunkowych, to podejście całkowicie odmienne od stanowiska przedstawicieli ordoliberalizmu, którzy uważali owe praktyki za niezgodne z celem niezakłóconej konkurencji. W tym duchu wypowiedział się Trybunał m.in. w sztandarowej sprawie *Hoffmann-La Roche*⁶⁸².

Poniżej zostanie omówiony wyrok w sprawie *British Airways*, który był także przedmiotem oceny Sądu i Trybunału.

3.3.1.3. Sprawa *British Airways* (2001) - rabaty docelowe

W 1994 r., rok po wniesieniu skargi do Komisji Europejskiej⁶⁸³, linie lotnicze Virgin Atlantic, powołując się na art. 1 i 2 ustawy Shermana, wniosły powództwo do sądu amerykańskiego przeciwko swojemu konkurentowi - British Airways. Ich zdaniem dominant, ustanawiając system premii za rezultaty dla agentów podróży, dążył do ograniczenia rynku przewozów lotniczych (z Wielkiej Brytanii do USA), dokonywał jego monopolizacji i opóźniał wejście rywali na ten rynek⁶⁸⁴. Sąd Apelacyjny podtrzymał wyrok drugiego sądu obwodowego - uznał, że spółka Virgin nie przedstawiła wystarczających dowodów, a w szczególności nie dowiodła, iż zgodnie z klauzulą rozsądku pozwane przedsiębiorstwo szkodziło konsumentom⁶⁸⁵. Sąd nie został przekonany, że ze względu na system premii ceny sprzedaży biletów spadły poniżej kosztów. Nie spełniono także *recoupment test*, zgodnie z którym dominant miałby możliwość odzyskania strat po wykluczeniu konkurentów⁶⁸⁶.

Sprawa ta pokazuje, iż podejście oparte na ekonomicznych skutkach może dawać zupełnie inne wyniki niż rozstrzyganie w świetle formalnego podejścia⁶⁸⁷. Według sądów amerykańskich system lojalnościowy BA nie przeszkodził Virgin w rozwijaniu działalności gospodarczej. Co więcej,

⁶⁷⁸ *Ibidem*.

⁶⁷⁹ S. Gates, *Antitrust by analogy...*, op. cit., s. 111.

⁶⁸⁰ Wyrok Trybunału w sprawie *Intel*, pkt 99.

⁶⁸¹ Por. podrozdział 2.1.1.2.

⁶⁸² Wyrok Trybunału w sprawie *Hoffmann-La Roche*, pkt 89-90.

⁶⁸³ Spółka Virgin Atlantic zaskarżyła działanie British Airways zarówno w Europie, jak i w USA. Skarga do Komisji Europejskiej zainicjowała wydanie przez nią decyzji, od której linie lotnicze BA odwołały się do Sądu i Trybunału. Zob. podrozdział 3.2.2.4.

⁶⁸⁴ Stan faktyczny jest analogiczny do sprawy rozstrzyganej przez TSUE.

⁶⁸⁵ Wyrok w sprawie *Virgin Atl. Airways Ltd. przeciwko British Airways PLC*, 257 F.3d 256 (2nd Cir. 2001), pkt 36.

⁶⁸⁶ *Ibidem*.

⁶⁸⁷ G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanaghs, *Economics for Competition Lawyers*, Oksford 2011, s. 182-183.

w 1995 r. to druga z firm była liderem lotów na trasie Londyn-Nowy Jork. Komisja Europejska stwierdziła natomiast, że system prowizji jest nielegalny, niezależnie od faktycznego wpływu na konkurencję⁶⁸⁸. Jej zdaniem wolno domniemywać, że konkurenci mogliby odnieść większy sukces w przypadku braku tego abuzywnego systemu⁶⁸⁹.

Amerykański sąd apelacyjny orzekł, iż udzielanie prowizji mogło mieć tylko marginalny wpływ na konkurencję między agentami podróży, gdyż prawdziwie lojalni agenci (którzy bukowali ok. 80% biletów BA) nabyli jedynie 5% wszystkich sprzedanych biletów⁶⁹⁰.

Istotną różnicą między podejściem unijnym i amerykańskim okazała się też ocena możliwości usprawiedliwienia praktyki dominanta. W USA sądy uznały, że prokonkurencyjne usprawiedliwienie BA jest oczywiste i ważne - promowanie agentów było naturalną konsekwencją konkurencji między liniami lotniczymi, pożądaną z perspektywy klientów korporacyjnych i biur podróży. Ostatecznie stwierdzono, iż nagradzanie lojalności klientów stanowi konkurencję merytoryczną⁶⁹¹. Tymczasem Komisja, a wraz z nią TSUE uznały, że oferowanie zniżek może zgodnie z prawem wynikać jedynie z efektywności (przez obniżenie kosztów ze względu na wzrost zamówienia), nie zaś z zachęcania do lojalności⁶⁹².

Dysonans w rozstrzygnięciach w sprawie *British Airways*, które zapadły po obu stronach Atlantyku, może prowadzić do wniosku, iż prawo konkurencji UE i prawo antytrustowe USA realizują różne cele. Według stanowiska amerykańskiego ustawa Shermana i inne przepisy antymonopolowe mają na celu ochronę konkurencji, a nie poszczególnych uczestników rynku. Amerykańskie sądy odwoływały się także do pojęcia efektywnej konkurencji i ochrony konsumentów⁶⁹³. Tymczasem UE, skupiająca się na celach strukturalnych i rozumiejąca konkurencję podmiotowo - jako rywalizację przedsiębiorstw, jest oskarżana o to, że w istocie chroni konkurentów, nie zaś konkurencję⁶⁹⁴.

3.3.2. Rabaty wieloproduktowe

Jak podkreśla Departament Sprawiedliwości USA, rabaty wieloproduktowe, chociaż w krótkim okresie prowadzą do obniżenia cen dla konsumentów, w pewnych sytuacjach mogą szkodzić konkurencji. Ze względu na stosunkowo małą liczbę orzeczeń standard ich oceny nie jest jednolity⁶⁹⁵. Z jednej strony amerykańskie sądy oceniają te praktyki analogicznie do drapieżnictwa cenowego, z drugiej - jak sprzedaż wiązaną.

W przeciwieństwie do rabatów jednoproduktowych, ocenianych stosunkowo liberalnie, mieszana sprzedaż pakietowa była traktowana znacznie surowiej. Nie został na nią rozszerzony test ustanowiony w sprawie *Brooke Group*, co oznacza, iż nawet spełnienie testu cenowo-kosztowego nie przesądza o jej legalności. Zdaniem amerykańskich sądów przedsiębiorstwo może naruszyć konkurencję nawet wtedy, gdy jego rabaty wieloproduktowe nie stanowią drapieżnictwa cenowego. Takie podejście można tłumaczyć faktem, że oddziałują one na większą liczbę rynków właściwych.

⁶⁸⁸ Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *British Airways*, pkt 102.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, pkt 107.

⁶⁹⁰ Wyrok w sprawie *Virgin Atl. Airways Ltd. przeciwko British Airways PLC*, pkt 52.

⁶⁹¹ *Ibidem*, 37.

⁶⁹² P.R. Willis, *Introduction to EU Competition Law*, Londyn 2013, s. 37.

⁶⁹³ Wyrok w sprawie *Virgin Atl. Airways Ltd. przeciwko British Airways PLC*, pkt 31, 39.

⁶⁹⁴ Zob. E.M. Fox, *We protect competition...*, op. cit., s. 149-165; D. Sinclair, *Abuse of dominance at a crossroad - potential effect, object and appreciability under Article 82 EC*, „European Competition Law Review” 2004, nr 25, s. 491-501.

⁶⁹⁵ U.S. Department of Justice, *Competition...*, op. cit., s. 91.

Jedno z pierwszych rozstrzygnięć w tym obszarze zapadło w sprawie *Smithkline Corp.*⁶⁹⁶, dotyczącej programu rabatowego na antybiotyki wprowadzonego przez przedsiębiorstwo farmaceutyczne Eli Lilly. Kiedy skarżący - SmithKline - opatentował swój antybiotyk, firma Eli Lilly wprowadziła konkurencyjny lek o nazwie Kefzol, a jednocześnie zmodyfikowała wcześniejszy program rabatowy tak, żeby szpitale zaopatrywały się w pewną minimalną ilość tego leku. Sąd doszedł do wniosku, że skarżący musiaby zaoferować 20% rabatu na jeden produkt, aby dorównać niższe pozwanego. Wówczas jednak cena sprzedaży nie byłaby opłacalna i nie pozwalałaby utrzymać się na rynku. Sąd orzekł zatem, że przedsiębiorstwo Eli Lilly było w stanie za pomocą programu rabatowego wykluczyć nawet równie efektywnego konkurenta⁶⁹⁷. Oparto się więc na analogii do drapieżnictwa cenowego, aby rozwinąć test równie efektywnego konkurenta.

Dwadzieścia lat później, w sprawie *Ortho Diagnostic Systems*⁶⁹⁸, sąd amerykański orzekł, iż aby stwierdzić naruszenie art. 2 ustawy Shermana, należy udowodnić, że ceny monopolisty są poniżej AVC⁶⁹⁹ albo że skarżący, jako równie efektywny konkurent, nie może zaoferować porównywalnej ceny, gdyż w takim wypadku nie zdoła utrzymać się na rynku.

Z kolei w sprawie *LePage's*⁷⁰⁰ sąd amerykański uznał za najlepszy standard oceny zbadanie rabatu wieloproduktowego w świetle transakcji związanej. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego kluczowym elementem sprzedaży związanej jest wykorzystanie kontroli sprzedającego nad produktem podstawowym, by zmusić kupującego do nabycia produktu związanego, który mogą dostarczyć też inni sprzedawcy. W związku z tym prawo antymonopolowe chroni przed użyciem siły rynkowej związanej z jednym produktem w celu zdobycia władzy nad kolejnym. Niezbędne jest spełnienie kilku warunków. Po pierwsze, producent wiąże dwa oddzielne produkty. Po drugie, ma siłę rynkową w przypadku produktu podstawowego. Po trzecie, nie pozostawia kupującym wyboru - zmusza ich do nabycia produktu związanego. Po czwarte wreszcie, takie działanie zamyka znaczną część rynku⁷⁰¹. Opisane stanowisko jest podobne do podejścia unijnego⁷⁰².

W sprawie *LePage's* skarżący zarzucił przedsiębiorstwu 3M używanie władzy monopolistycznej na rynku taśm klejących w celu wzmocnienia pozycji na innych rynkach taśm. 3M udzielało klientom rabatów w przypadku nabycia różnych produktów łącznie. Zdaniem skarżącego wpłynęło to na spadek popytu na jego produkty, gdyż klienci woleli kupować od 3M pod presją utraty zniżki. Aby zwalczyć tę tendencję, konkurent musiaby wynagrodzić konsumentom stratę niższej ceny nie tylko taśm, lecz także innych produktów, których nie sprzedawał. Sąd uznał, że działanie to naruszyło art. 2 ustawy Shermana, gdyż uniemożliwiałoby rywalom udział w uczciwej konkurencji. Sąd nie wymagał od skarżącego wykazania, iż równie efektywny konkurent nie mógłby sprostać konkurencji bez obniżenia ceny poniżej kosztów⁷⁰³. Nie przychyłono się do argumentu pozwanego, że - według wyroku w sprawie *Brooke Group* - oferowanie ceny powyżej kosztów przesądza *per se* o legalności udzielanych rabatów. W doktrynie wskazuje się, iż sprawa *LePage's* nie dała jasnych

⁶⁹⁶ Wyrok w sprawie *SmithKline Corp. przeciwko Eli Lilly & Co.*, 427 F. Supp. 1089 (E.D. Pa. 1976), *aff.d.*, 575 F.2d 1056 (3rd Cir.).

⁶⁹⁷ U.S. Department of Justice, *Competition...*, *op. cit.*, s. 92.

⁶⁹⁸ Wyrok w sprawie *Ortho Diagnostic Systems, Inc. przeciwko Abbott Laboratories, Inc.*, 920 F. Supp. 455 (S.D.N.Y. 1996).

⁶⁹⁹ Zob. tabelę 9.

⁷⁰⁰ Wyrok w sprawie *LePage's Inc. przeciwko 3M*, 2000 WL 280350, 227 F.3d 365 (3rd Cir. 2002).

⁷⁰¹ Wyrok w sprawie *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 przeciwko Hyde*, 466 U.S. 2, 12 (1984).

⁷⁰² Por. podrozdział 3.2.1.4.

⁷⁰³ U.S. Department of Justice, *Competition...*, *op. cit.*, s. 94.

wskazówek, jak należy traktować tę praktykę, przez co podzieliła amerykańskie sądy. Część z nich rozstrzygała kolejne sprawy w jej duchu, inne odeszły od niej całkowicie⁷⁰⁴.

Przykładowo w sprawie *PeaceHealth*⁷⁰⁵ sąd obwodowy odszedł od powyższego podejścia i wrócił do analogii drapieżnictwa cenowego. Rozwinięto wówczas test przypisania (ang. *attribution test*), inaczej zwany - od tej sprawy - „testem *Cascade*”⁷⁰⁶. Stosowanie owej formuły polega na przypisaniu (*attribute*) i alokowaniu (*allocate*) rabatu pakietowego tylko do jednego produktu lub produktów oferowanych na rynku konkurencyjnym. Test bazuje na cenie przyrostowej danego produktu, czyli cenie pakietu pomniejszonej o zwykłą cenę (nieuwzględniającą rabatu) każdego z produktów składowych⁷⁰⁷. Takim testem posługuje się także Komisja Europejska⁷⁰⁸. W doktrynie zauważa się, że test przypisania jest odmianą testu cenowo-kosztowego (drapieżnictwa cenowego)⁷⁰⁹.

Podsumowując: w przypadku omówionej praktyki stanowisko UE i USA nie jest aż tak rozbieżne jak w odniesieniu do rabatów jednoproduktowych. Amerykańskie sądy nie wypracowały jednolitego testu służącego do oceny tej praktyki. Przy badaniu rabatów wieloproduktowych istnieje jednak tendencja do stosowania zmodyfikowanej wersji testu drapieżnictwa cenowego.

3.3.3. Konkluzje. Ocena podejścia skutkowego

Przedstawione amerykańskie orzecznictwo charakteryzuje się dużą wstrzeźliwością. Sądy nie zakazywały praktyk rabatowych, gdyż nie chciały zniechęcać przedsiębiorstw do prokonkurencyjnych zniżek cenowych. Na aprobatę zasługuje ocena tego zachowania rynkowego w świetle klauzuli rozsądku. Za jej pomocą uwzględniano wiele czynników, m.in. interesy stron umowy. Amerykańskie sądy nie przywiązywały tak dużej wagi jak europejskie do formy rabatu. Wszystkie rabaty oceniano pod kątem testu cenowo-kosztowego lub w świetle transakcji na wyłączność. Nic więc dziwnego, że podobne sprawy doczekały się po obu stronach Atlantyku całkowicie różnych rozstrzygnięć, co dobitnie ilustruje sprawa *British Airways*. W ocenie rabatów wieloproduktowych pojawiły się jednak podobieństwa. Według autora niniejszej pracy podejście amerykańskie może stanowić inspirację dla TSUE w świetle postulatu bardziej ekonomicznego podejścia. Podobnie jak sądy w Stanach Zjednoczonych, Trybunał powinien oceniać całokształt sprawy w świetle klauzuli rozsądku.

Odwoływanie się do rzekomej natury danych praktyk i szczególnej odpowiedzialności dominatorów należy uznać za anachroniczne i nieuzasadnione w kontekście najnowszych teorii ekonomicznych. Nie wystarczy stwierdzić, że praktyka rabatowa może ograniczać konkurencję - jednak w takiej sytuacji Trybunał przechylał szalę na stronę spekulacyjnej ochrony niezakłóconej konkurencji, kosztem ochrony ewidentnych prokonkurencyjnych skutków w postaci niższych cen produktów. Nie oznacza to, że możliwe jest proste recypowanie modelu amerykańskiego na grunt europejski ani że ordoliberalna wolność i uczciwość konkurowania są pozbawione znaczenia.

⁷⁰⁴ J.H. Kilper, *Bundle of trouble: an analysis of how the lower courts have handled bundled discounts since LePage's Inc. v. 3M, A.*, „Missouri Law Review” 2007, nr 72, s. 1 i nast.

⁷⁰⁵ Wyrok w sprawie *Cascade Health Solutions przeciwko PeaceHealth*, 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008).

⁷⁰⁶ J. Shahar Dillbary, *Predatory bundling and the exclusionary standard*, „Washington and Lee Law Review” 2010, nr 67, s. 1249.

⁷⁰⁷ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op. cit., s. 570-571.

⁷⁰⁸ Wytyczne Komisji, pkt 192. Zob. podrozdział 2.4.3.3 (pod koniec tej części pracy omówiono zastosowanie testu).

⁷⁰⁹ N. Economides, I. Lianos, *The elusive antitrust standard on bundling in Europe and in the United States in the aftermath of the Microsoft cases*, „Antitrust Law Journal” 2009, nr 2, s. 491.

Wręcz przeciwnie - Unia Europejska różni się od innych „typowych” organizacji gospodarczych właśnie tym, że przywiązuje wagę do ochrony wartości nieekonomicznych⁷¹⁰. Na mocy art. 2 TUE unijny aksjologiczny fundament tworzą m.in. wolność oraz poszanowanie praw człowieka i godności osoby ludzkiej. W świetle art. 3 ust. 1 TUE ich wspieranie jest celem Unii. Zgodnie z założeniami ordoliberalizmu wolność konkutowania stanowi cel, który należy utożsamiać z wolnością jako prawem człowieka wynikającym z jego godności. Cele ekonomiczne zostały zaprojektowane właśnie po to, aby chronić wskazane wartości⁷¹¹. Koresponduje to z Kantowskim imperatywem praktycznym, zgodnie z którym człowiek powinien być celem samym w sobie, a nie środkiem do osiągnięcia innych celów. Wiąże się to również z wolnością w znaczeniu pozytywnym („wolnością do”), koncentrującą się na wewnętrznej swobodzie wyboru, a nie na zewnętrznych ograniczeniach w odniesieniu do działania lub zaniechania⁷¹². Zgodnie z koncepcją społeczną gospodarki rynkowej, na której opiera się Unia, oprócz ochrony wolności ekonomicznej jako przejawu leseferyzmu należy chronić wartości społeczne⁷¹³.

W przeciwieństwie więc do prawa antytrustowego unijne prawo konkurencji zostało oparte na konkretnych podstawach aksjologicznych i celach wyznaczających kryteria interpretacji art. 102 TFUE, które TSUE musi brać pod uwagę. Poza wskazanymi wartościami ordoliberalnymi, na których bazuje funkcjonowanie Unii Europejskiej, należy uwzględnić kontekst integracyjny, czyli ochronę rynku wewnętrznego. Wszystko to sprawia, że recypowanie modelu amerykańskiego na grunt europejski nie jest w pełni osiągalne.

Co więcej, skutkowe podejście prawa antytrustowego może budzić wątpliwości w zakresie bardzo dużej liberalizacji omawianych praktyk. Domniemanie legalności udzielania rabatów warunkowych i wymóg wskazania przez skarżącego ich negatywnego wpływu na konkurencję są oczywiście uzasadnione. Jednak nieprzywiązywanie wagi do formy rabatów i prawdopodobieństwa wystąpienia efektu wykluczenia może powodować fałszywe negatywy, czyli przyzwolenie na praktyki faktycznie szkodzące konkurencji.

Przykładowo w sprawie *Barry Wright* dałoby się argumentować, że dominant mógł wybrać mniej agresywną praktykę cenową niż rabaty lojalnościowe - zgodnie z teorią RRC w istotny sposób wpłynęło to bowiem na powstanie barier wejścia i nie pozwoliło na rozpoczęcie działalności gospodarczej przez skarżącego⁷¹⁴. Wydaje się więc, że wybór tego, a nie innego systemu rabatowego miał znaczenie praktyczne, a sam argument, zgodnie z którym każda umowa sprzedaży powoduje pewien rodzaj wyłączności, nie był do końca trafny. Jeżeli dominantowi rzeczywiście zależałoby na pozyskaniu wierności klienta jedynie za pomocą atrakcyjnie niskich cen produktów, mógłby zaproponować „czysty” rabat ilościowy - bez klauzuli wyłączności. W świetle teorii rynków spornych takie zachowanie znacznie zwiększyło bariery wejścia na rynek⁷¹⁵. Ponadto przy podejściu indywidualnym (*case-by-case*) trudniej opracować jednolite narzędzia analityczne, pod których kątem badałoby się później rabaty warunkowe. Amerykańskie sądy nie wypracowały dotąd jednolitych kryteriów oceny tych praktyk: wahają się między analogią do drapieżnictwa cenowego a klauzulą rozsądku transakcji wyłącznych. Nie sprzyja to stabilności działalności konkurentów monopolisty, którzy w przypadku prywatnego egzekwowania prawa antytrustowego nie są w stanie przedstawić niepodważalnych dowodów, przesądzających o antykonkurencyjnych skutkach danej praktyki. Nie mają oni uprawnień dostępnych organom antymonopolowym, takich jak przeszukiwanie siedziby przedsiębiorstwa i żądanie wydania określonych dokumentów.

⁷¹⁰ Por. rysunek 1.

⁷¹¹ Por. podrozdział 2.2.2.

⁷¹² H. Izdebski, *Doktryny polityczno-prawne*, Warszawa 2012, s. 189.

⁷¹³ *Ibidem*, s. 291.

⁷¹⁴ Zob. podrozdział 2.1.1.3.

⁷¹⁵ Są to bariery wejścia o charakterze strategicznym. Zob. podrozdział 2.3.5.

Pomimo wskazanych problemów autor pracy uważa, że unowocześnienie metod stosowanych obecnie przez UE jest bardzo pożądane. Dążąc do wspierania dobrobytu narodów (art. 2 ust. 1 TUE) przez ochronę efektywnej konkurencji, Unia nie może trwać przy przestarzałym paradygmacie sprawy *Hoffmann-La Roche*. Koszt społeczny podejścia formalistycznego jest zbyt duży⁷¹⁶. Reforma art. 102 TFUE w kierunku bardziej ekonomicznego podejścia musi jednak uwzględniać wskazaną aksjologiczną specyfikę Unii. Ponadto zgodnie z wytycznymi Komisji Europejskiej dokument ten nie ma rozstrzygać kwestii prawnych ani wykładni art. 102 TFUE dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości⁷¹⁷. Niemniej wytyczne - jako że ustalają ogólne zasady analizy i priorytety interwencji Komisji - w istotny sposób rzutują na praktykę udzielania rabatów warunkowych⁷¹⁸.

3.4. PRAKTYKA UNIJNA PO PRZYJĘCIU WYTYCZNYCH KOMISJI

W literaturze zauważa się, iż podjęta przez KE próba modernizacji zasad stosowania zakazu nadużyć wykluczających była niezwykle trudnym zadaniem. Należało bowiem zaprezentować podejście, które odpowiednio unowocześnia dotychczasowe stanowisko, przy jednoczesnym uwzględnieniu wcześniejszej wykładni art. 102 TFUE dokonanej przez TSUE. Trafnie porównano to do godzenia ognia z wodą⁷¹⁹. W ujęciu ogólnym dokument zyskał aprobatę doktryny, ponieważ mimo niewdzięcznej materii miękkiego prawa i wspomnianych ograniczeń Komisja wykonała swoje zadanie poprawnie⁷²⁰. Marek Szydło słusznie zauważa, iż przedmiotowe wytyczne mogą znacząco wpłynąć na stosowanie polskiego przepisu art. 9 u.o.k.i.k.⁷²¹

Poszczególne elementy wytycznych KE - charakter prawny oraz testy i zasady służące ocenie praktyk rabatowych - zostały już szeroko omówione w rozdziałach I oraz II. Nie ma potrzeby powielania przedstawionych tam informacji, zadaniem badawczym niniejszego podrozdziału jest bowiem dokonanie oceny wytycznych w świetle najnowszego orzecznictwa TSUE. Kluczową kwestią okazuje się więc zbadanie, jak wpłynęły one na sposób oceny rabatów warunkowych i czy nastąpiła zmiana w kierunku bardziej ekonomicznego podejścia. Ze względu na małą liczbę spraw bardzo trudno jednak kompleksowo ocenić to zagadnienie. W przypadku rabatów do dyspozycji są jedynie sprawy *Tomra*⁷²² oraz *Intel* (które ze względów proceduralnych nie musiały być rozstrzygane według nowych zasad). Przed omówieniem tych orzeczeń warto odwołać się do spraw dotyczących nożyc cenowych (*TeliaSonera*⁷²³, *Deutsche Telekom*⁷²⁴) i stosowania

⁷¹⁶ Czyli wskazane w podrozdziale 3.2.3 fałszywe pozytywne i efekt schładzania konkurencji.

⁷¹⁷ Wytyczne Komisji, pkt 2.

⁷¹⁸ Por. ogólne rozważania na ten temat zawarte w podrozdziale 1.5.4.

⁷¹⁹ L. Lovdahl Gormsen, *The European Commission's priority guidelines on Article 82 EC*, „Communication Law Journal” 2009, nr 3, s. 84; K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op. cit., s. 177.

⁷²⁰ Por. M. Motta, *The European Commission's guidance communications on Article 82*, „European Competition Law Review” 2009, nr 12, s. 599.

⁷²¹ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 108.

⁷²² Wyroki Trybunału: z dnia 9.10.2010 r. w sprawie T-155/06 *Tomra przeciwko Komisji*, Zb.Orz. 2010, s. II-4361, ECLI:EU:T:2010:370 oraz z dnia 19.04.2012 r. w sprawie C-549/10 P *Tomra przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:2012:221.

⁷²³ Wyrok Trybunału z dnia 17.02.2011 r. w sprawie C-52/09 *Konkurrensverket przeciwko TeliaSonera Sverige AB*, Zb.Orz. 2011, s. I-527, ECLI:EU:C:2011:83.

⁷²⁴ Wyrok Trybunału z dnia 14.10.2010 r. w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom przeciwko Komisji*, Zb.Orz. 2010, s. I-9555, ECLI:EU:C:2010:603.

wybiórczo niskich cen (*Post Danmark*⁷²⁵). Nie odnosiły się one wprost do omawianej praktyki, ale dostarczają wiedzy na temat oceniania praktyk cenowych po wydaniu wytycznych Komisji⁷²⁶. We wszystkich wymienionych sprawach test AEC stanowił kluczowy element oceny. Jest to o tyle istotne, że został on wprowadzony w wyniku zmian postulowanych przez Komisję - a zatem badane praktyki oceniano w duchu *more economic approach*⁷²⁷. Przykładowo Trybunał stwierdził, że art. 102 TFUE nie zmierza do zapewnienia sytuacji, w której konkurenci mniej skuteczni niż przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą pozostaną na rynku⁷²⁸. Nie każdy skutek w postaci wykluczenia musi prowadzić do naruszenia konkurencji⁷²⁹. Konkurencja między świadczeniami z definicji może doprowadzić do zniknięcia z rynku lub odsunięcia na dalszy plan konkurentów mniej skutecznych, a zatem mniej interesujących dla konsumentów - w szczególności pod względem cen, możliwości wyboru, innowacyjności i jakości⁷³⁰. Powyższe tezy wyraźnie zasygnalizowały ewentualną zmianę podejścia Trybunału w zakresie oceny rabatów warunkowych.

3.4.1. Sprawa *Tomra* (2010)

Tomra, spółka dominująca z siedzibami w wielu państwach członkowskich, produkowała samoobsługowe urządzenia do odbioru opakowań po napojach (ang. *reverse vending machines*, RVMs)⁷³¹.

Dwudziestego dziewiątego marca 2006 r. Komisja wydała decyzję, w której stwierdziła, iż Tomra naruszyła w latach 1998-2002 art. 102 TFUE, wdrażając strategię wykluczenia na kilku rynkach RVMs: niemieckim, niderlandzkim, austriackim, szwedzkim i norweskim. Zdaniem KE firma zamykała rynek na konkurencję przez udzielanie zindywidualizowanych retroaktywnych rabatów i stosowanie umów na wyłączność⁷³². Po odwołaniu dominanta od wyroku Sądu sprawę rozpatrywał Trybunał. Nowe wątki, które pojawiły się w sprawie, dotyczą dwóch istotnych argumentów przedstawionych przez przedsiębiorstwo.

Po pierwsze, zdaniem Tomry Komisja powinna była ustalić, jaka część popytu musiała być objęta porozumieniem, aby stanowiło ono nadużycie, a także przyjąć kryterium miary minimalnej wydajności lub inną odpowiednią metodę pozwalającą na ustalenie, czy sporne porozumienia mogły zamknąć dany rynek na konkurencję. Po drugie - zgodnie z wytycznymi w sprawie praktyk wykluczających - Komisja powinna była dokonać analizy kosztowej badanej praktyki. Tomra podniosła, że nie stosowała ujemnych cen (cen poniżej kosztów)⁷³³.

Pierwszy argument koresponduje z teorią RRC szkoły postchicagowskiej, jak również z modelem ekonomicznym Segala i Whistona⁷³⁴. To oczywiste, że przy zawieraniu transakcji wyłącznych z małą liczbą kupujących znaczna część rynku pozostaje dostępna dla konkurentów. Należy też

⁷²⁵ Wyrok Trybunału z dnia 27.03.2012 r. w sprawie C-209/10 *Post Danmark A/S przeciwko Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2012:172.

⁷²⁶ Por. tabelę 6, w której zaprezentowano rabaty warunkowe na tle innych praktyk cenowych. Por. też D. Kostecka-Jurczyk, *Test równie efektywnego konkurenta a test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta w ocenie nożyc kosztowo-cenowych na rynku telekomunikacyjnym*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2014, nr 9, s. 121-131.

⁷²⁷ D. Geradin, *Loyalty rebates after Intel: time for the European Court of Justice to overrule Hoffmann-La Roche*, „Journal of Competition Law & Economics” 2015, nr 11.

⁷²⁸ Wyrok Trybunału w sprawie *Post Danmark*, pkt 21.

⁷²⁹ Wyrok Trybunału w sprawie *TeliaSonera Sverige*, pkt 43.

⁷³⁰ Wyrok Trybunału w sprawie *Post Danmark*, pkt 22.

⁷³¹ Są to urządzenia do zbierania zużytych opakowań po napojach, identyfikujące dostarczone opakowania na podstawie parametrów takich jak kształt lub kod kreskowy i obliczające wysokość kaucji, która powinna zostać zwrócona klientowi. Wyrok Trybunału w sprawie *Tomra*, pkt 2.

⁷³² Decyzji Komisji nr COMP/E-1/38.113 z dnia 29.03.2006 r. w sprawie C-277/02 *Prokent-Tomra*, Dz.Urz. UE z 22.09.2009 r.

⁷³³ Wyrok Trybunału w sprawie *Tomra*, pkt 29-30 i 49-52.

⁷³⁴ Zostało to omówione w podrozdziale 2.1.1.3.

przywołać opinię amerykańskiego sądu z omówionej sprawy *Barry Wright* - każdy rodzaj umowy oznacza zamknięcie lub wykluczenie konkurentów z jakiejś części rynku, a mianowicie z części związanej z kupnem określonych produktów. Tymczasem TSUE kontrowersyjnie stwierdził, że: (...) *zamknięcie przez przedsiębiorstwo dominujące dostępu do istotnej części rynku nie może być usprawiedliwione poprzez wykazanie, że część rynku podlegająca konkurencji jest wciąż wystarczająca, aby znalazło się tam miejsce dla ograniczonej liczby konkurentów. Po pierwsze, klienci znajdujący się w części rynku, do której dostęp jest zamknięty, powinni mieć możliwość korzystania z konkurencji w pełnym wymiarze, w jakim jest to możliwe na rynku, a konkurenci powinni móc konkurować jakością w obrębie całości rynku, nie zaś jedynie w obrębie jego części. Po drugie, to nie do dominującego przedsiębiorstwa należy określanie, ilu wydajnych konkurentów ma prawo konkurować z nim o część popytu podlegającą konkurencji. (...) ustalenie dokładnego progu, powyżej którego rozpatrywane praktyki należałyby uznać za stanowiące nadużycie, nie jest konieczne dla celów zastosowania art. 102 TFUE*⁷³⁵.

Powyższe słowa jednoznacznie wskazują, iż zamknięcie nawet nieznacznej części rynku nie zmienia abuzywnego charakteru rabatów lojalnościowych. W związku z tym TSUE uznał, że określenie kryterium miary minimalnej wydajności nie jest istotne przy kwalifikacji konkretnej praktyki na podstawie art. 102 TFUE. Jest to zasadnicza różnica względem podejścia przyjętego w amerykańskim orzecznictwie - w większości spraw rozstrzyganych przez sądy w USA uznawano bowiem, że jeśli transakcja wyłączna obejmowała mniej niż 30% rynku, była legalna⁷³⁶.

Odnosnie do drugiego argumentu Trybunał stwierdził, że test cenowo-kosztowy nie jest niezbędny do oceny omawianej praktyki. Ze względów formalnych uznano też, że nie należy stosować wytycznych Komisji, gdyż decyzja w sprawie została wydana kilka lat przed opublikowaniem dokumentu. Było to niespójne, ponieważ we wcześniejszych sprawach, np. *Deutsche Telekom*, do oceny nożyc cenowych użyto testu AEC. Rabaty lojalnościowe także należą do praktyk cenowych i w świetle wytycznych stosuje się do nich test równie efektywnego konkurenta⁷³⁷. Nawiązano jednak do wytycznych Komisji, o czym świadczy przywołanie takich koncepcji, jak efekt zasysania (wchłonięcia), cena efektywna czy niepodważalny popyt⁷³⁸.

3.4.2. Sprawa *Intel* (2014)

Sprawa ta stała się głośna za sprawą najwyższej w historii (do czasu przygotowania niniejszej pracy) kary pieniężnej - 1,06 mld € - nałożonej na pojedyncze przedsiębiorstwo za naruszenie przepisów prawa konkurencji. Na uwagę zasługuje jednak nie tyle sama kara, ile podejście do rabatów warunkowych w świetle art. 102 TFUE. Otóż Komisja Europejska po raz pierwszy w tak dużym zakresie dokonała analizy praktyk rabatowych na podstawie testu AEC, będącego jednym z kluczowych elementów wytycznych KE⁷³⁹.

Wyrok Sądu z 12.06.2014 r., który potwierdził decyzję Komisji mówiącą o naruszeniu przez Intel art. 102 TFUE, wywołał falę komentarzy w literaturze przedmiotu⁷⁴⁰. Część autorów oceniła

⁷³⁵ Wyrok Trybunału w sprawie *Tomra*, pkt 42 i 46.

⁷³⁶ Por. podrozdział 1.5.3.

⁷³⁷ Zwraca się na to uwagę w literaturze. Zob. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op. cit., s. 563.

⁷³⁸ Wyrok Trybunału w sprawie *Tomra*, pkt 78-79.

⁷³⁹ K. Kohutek, *Zachowanie formalnego podejścia do oceny rabatów stosowanych dominantów oraz deprecjacja testu równie efektywnego konkurenta - glosa do wyroku Sądu z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09, Intel Corp. przeciwko Komisji*, „Glosa - Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach” 2014, nr 4, s. 82.

⁷⁴⁰ Por. m.in. J.S. Venit, *Case T-286/09 Intel v Commission - the judgment of the General Court: all steps backward and no steps forward*, „European Competition Journal” 2014, nr 2, s. 203-230; P. Rey, J.S. Venit, *An effects-based approach to Article 102: a response to Wouter Wils*, „World Competition” 2015, nr 38, s. 3-28; P. Nihoul, *The ruling of the General Court in Intel: towards the end of an effect-based approach in European competition law?*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2014, nr 5, s. 521-530.

orzeczenie krytycznie, zarzucając mu krok wstecz w stosunku do wytycznych i powrót do starej linii orzeczniczej z *Hoffmann-La Roche*⁷⁴¹. Inni natomiast dostrzegali pozytywne zmiany w duchu bardziej ekonomicznego podejścia⁷⁴².

3.4.2.1. Stan faktyczny

Intel Corp. to amerykańska spółka⁷⁴³, której głównym przedmiotem działalności są projektowanie i produkcja procesorów typu x86, stanowiących podstawowy element każdego komputera. Przed 2000 r. istniało kilka firm wytwarzających procesory typu x86, jednak większość z nich wycofała się z rynku. Od 2000 r. Intel i Advanced Micro Devices, Inc. (dalej: AMD) były w zasadzie ich jedynymi producentami⁷⁴⁴.

W maju 2004 r. Komisja, w odpowiedzi na skargę złożoną w 2000 r. przez konkurencyjną spółkę AMD, wszczęła dochodzenie w związku z praktykami stosowanymi przez Intel w relacjach z producentami oryginalnego sprzętu komputerowego (ang. *original equipment manufacturers*, OEMs - Dell, HP, Acer, IBM). Dwudziestego szóstego lipca 2007 r. Komisja skierowała do spółki Intel pismo w sprawie postawienia zarzutów (ang. *statement of objections*), a 13.05.2009 r. wydała decyzję stwierdzającą naruszenie zakazu nadużywania pozycji dominującej na światowym rynku procesorów x86⁷⁴⁵. Nadużycie to miało polegać na stosowaniu przez Intel strategii zmierzającej do wykluczenia AMD z rynku mikroprocesorów. Kwestionowane przez Komisję praktyki to stosowanie rabatów lojalnościowych wobec wyżej wymienionych producentów komputerów. W latach 2002-2005 i w 2007 r. spółka Intel przyznawała wiodącym producentom sprzętu komputerowego rabaty uzależnione od zaopatrywania się wyłącznie w procesory Intel (w przypadku Dell i Lenovo) lub znacznego pokrycia zapotrzebowania u tego producenta (95% w przypadku HP i 80% w przypadku NEC)⁷⁴⁶.

Komisja nałożyła na Intel karę w wysokości 1,06 mld €, ponieważ stwierdziła, że przyznawane rabaty warunkowe były rabatami lojalnościowymi i z uwagi na brak obiektywnego uzasadnienia naruszały art. 102 TFUE. Ich celem było wiązanie producentów sprzętu komputerowego przez wywołanie efektu lojalnościowego. W ocenie Komisji strategia przyjęta przez Intel miała na celu wykluczenie konkurencji z rynku procesorów x86. Antykonkurencyjne postępowanie przełożyło się na ograniczenie wyboru dla konsumentów i zmniejszenie motywacji do wprowadzania innowacji⁷⁴⁷.

Spółka Intel złożyła skargę na nieważność decyzji. Skarga została oddalona przez Sąd - i właśnie to orzeczenie będzie przedmiotem dalszej analizy. Wyrok został również zaskarżony do Trybunału, który jeszcze nie rozstrzygnął przedmiotowej sprawy⁷⁴⁸.

W skardze na nieważności decyzji Komisji⁷⁴⁹ spółka Intel zarzuciła, że KE nie wykazała, iż udzielane rabaty mogły rzeczywiście doprowadzić do wyeliminowania konkurencji z rynku procesorów. Miały one abuzywny charakter jedynie ze względu na swoją formę. Komisja miała też naruszyć wymogi w zakresie oceny dowodów - nie wykazała, że warunkiem udzielania rabatów było nabywanie produktów w ilości zaspokajającej całe lub prawie całe zapotrzebowanie kontrahentów. Zdaniem spółki Intel w decyzji popełniono liczne błędy z zakresu analizy i oceny dowodów w związku z zastosowaniem testu AEC oraz pominięto dowód prowadzący do wniosku,

⁷⁴¹ Por. D. Geradin, *Loyalty rebates after Intel...*, op. cit.

⁷⁴² N. Petit, *Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU*, „European Competition Journal” 2015, nr 1.

⁷⁴³ Jest to globalnie działające przedsiębiorstwo zatrudniające łącznie prawie 100 tys. osób. W 2008 r. przychody netto tej spółki wniosły ponad 37,5 mld \$.

⁷⁴⁴ Decyzja Komisji w sprawie *Intel*, pkt 14 i 15.

⁷⁴⁵ W badanym okresie przez Komisję Intel posiadała udziały w rynku mikroprocesorów x86 w wysokości ok. 70%.

⁷⁴⁶ Decyzja Komisji w sprawie *Intel*, pkt 23.

⁷⁴⁷ *Ibidem*, pkt 33-44.

⁷⁴⁸ Sprawie nadano sygnaturę C-43/14 P.

⁷⁴⁹ Skarga Intel z dnia 22 września 2009 r., Dz.Urz. UE C 220 z dnia 12 września 2009 r., s. 41.

iz w okresie zarzucanego naruszenia konkurent (AMD) znacząco zwiększył udział w rynku i zysk. Nie wykazano istnienia związku przyczynowego między praktyką rabatową a decyzjami kontrahentów dominanta o rezygnacji z zakupów u AMD, wreszcie - nie oceniono dowodu dotyczącego antykonkurencyjnego oddziaływania rabatów na dobrobyt konsumentów⁷⁵⁰.

3.4.2.2. Główne tezy orzeczenia

Orzeczenie jest niezwykle długie (zawiera 1647 punktów), jednak kluczowe tezy dotyczące systemu rabatowego Intel znalazły się w punktach 72-197. Można je pogrupować w dziewięć tez, co ułatwi ich ocenę przez odnoszenie się do konkretnych problemów.

Po pierwsze, Sąd - opierając się na wcześniejszych wyrokach - podzielił systemy rabatowe na trzy rodzaje: (1) rabaty ilościowe, których przyznanie zależy wyłącznie od wielkości zakupów dokonanych u dominanta; (2) rabaty lojalnościowe (za wyłączność), przyznawane w zamian za zaopatrywanie się w całości lub większości od przedsiębiorstwa dominującego; (3) inne systemy rabatowe, w ramach których zachęta finansowa nie jest bezpośrednio związana z warunkiem wyłącznego albo prawie wyłącznego zaopatrywania się u dominanta, lecz mechanizm przyznawania rabatu również może mieć skutek promujący lojalność (rabaty docelowe). Następnie określono legalność rabatów na podstawie ich formy.

Pierwszą kategorię zazwyczaj uważa się za niewywołującą skutku wykluczającego, zakazanego przez art. 102 TFUE. Rabaty ilościowe powinny odzwierciedlać zwiększoną efektywność i korzyści skali osiągnięte przez przedsiębiorstwo o pozycji dominującej⁷⁵¹.

Druga kategoria jest sprzeczna z celem niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym, ponieważ rabaty lojalnościowe nie opierają się - poza wyjątkowymi okolicznościami - na żadnym usprawiedliwiającym tę korzyść finansową świadczeniu gospodarczym, lecz mają na celu pozbawienie nabywcy możliwości wyboru źródła zaopatrzenia lub jej ograniczenie i zamknięcie innym producentom dostępu do rynku⁷⁵².

W przypadku trzeciej kategorii, aby ustalić, czy stosowanie rabatu stanowi nadużycie pozycji dominującej, trzeba ocenić wszystkie okoliczności, a zwłaszcza kryteria i warunki przyznawania rabatu, oraz zbadać, czy ma on na celu - przez przyznanie korzyści, która nie opiera się na żadnym usprawiedliwiającym ją świadczeniu gospodarczym - pozbawienie nabywcy możliwości wyboru źródła zaopatrzenia lub jej ograniczenie, zamknięcie konkurentom dostępu do rynku czy wzmocnienie pozycji dominującej przez naruszenie konkurencji⁷⁵³. Dokonany podział i ocena pokrywają się z informacjami przedstawionymi w tabeli 15.

Po drugie, Sąd odniósł się bezpośrednio do systemu rabatowego Intel i stwierdził, że należy on do drugiej kategorii - rabatów lojalnościowych. Oceniono je na bazie sztandarowych argumentów podejścia formalistycznego, uzależniającego legalność rabatów wyłącznie od ich formy. Obrazują to poniższe tezy:

- *Uznanie za nadużycie rabatu za wyłączność nie zależy od oceny okoliczności danego przypadku, pozwalającej wykazać potencjalny skutek w postaci wykluczenia*⁷⁵⁴;
- (...) *rabaty za wyłączność przyznawane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą mają ze swej natury zdolność ograniczenia konkurencji*⁷⁵⁵;

⁷⁵⁰ E. Wardęga, *Systemy rabatowe stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące - czy najnowsze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE można obronić?*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2014, nr 9, s. 122.

⁷⁵¹ Wyrok Trybunału w sprawie Intel, pkt 75.

⁷⁵² Ibidem, pkt 77.

⁷⁵³ Ibidem, pkt 78.

⁷⁵⁴ Ibidem, pkt 80.

⁷⁵⁵ Ibidem, pkt 85.

- Zdolność do wiązania klientów z przedsiębiorstwem zajmującym pozycję dominującą jest nierozłącznie związana z rabatami za wyłączność⁷⁵⁶;
- (...) rabaty za wyłączność przyznawane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą posiadają ze swej natury zdolność wykluczania konkurentów⁷⁵⁷.

Tok rozumowania był więc następujący: dominant ze względu na samą swoją pozycję nie może stosować zakazanych rabatów za wyłączność, co wynika z doktryny *special responsibility*⁷⁵⁸. Nie jest istotne ustalenie potencjalnego wykluczenia, ponieważ z góry wiadomo, że rabaty z tej kategorii mają zdolność do ograniczania konkurencji: stanowią zachętę finansową do zaopatrywania się wyłącznie u dominanta, więc równocześnie zachęcają do niezaopatrywania się u konkurentów, wykluczając ich z danej części rynku. Efekt wykluczenia rozumie się przy tym bardzo szeroko, także jako utrudnienie dostępu do rynku⁷⁵⁹. Ergo badana praktyka z samej swojej natury ogranicza konkurencję. Tok rozumowania jest więc podobny do tego, który prezentowali ordoliberalowie⁷⁶⁰.

Po trzecie, Sąd uzasadnił własne stanowisko, powołując się na koncepcje zamieszczone w wytycznych Komisji Europejskiej. Punktem wyjścia było stwierdzenie, że dominant ma na tyle silną pozycję, iż jest nieodzownym partnerem handlowym (ang. *unavoidable trading partner*)⁷⁶¹. W punktach 92-93 opisano efekt dźwigni i efekt zasysania popytu. Jak uznał Sąd, przyznanie rabatu za wyłączność pozwala przedsiębiorstwu zajmującemu pozycję dominującą wykorzystywać swoją siłę gospodarczą w zakresie niepodważalnego udziału w popycie ze strony klienta jako dźwignię pozwalającą zdobyć również udział podważalny, utrudniając w ten sposób konkurentowi dostęp do rynku⁷⁶².

Po czwarte, nawet w przypadku rabatów za wyłączność przedsiębiorstwo może uzasadniać swoje zachowanie. W szczególności służy temu wykazanie, że dana praktyka jest obiektywnie konieczna lub że jej potencjalne skutki w postaci wykluczenia mogą zostać zrównoważone przez korzyści związane z efektywnością, z których mają pożytek również konsumenci; te drugie mogą wręcz okazać się większe⁷⁶³. Jednak - jak zostanie wskazane niżej - możliwości uzasadnienia są w przypadku tych programów tylko iluzoryczna.

Po piąte, Sąd odróżnił orzeczenie w sprawie *Deutsche Telekom* od badanej sytuacji:

Zakres tego orzecznictwa jest ograniczony do praktyk cenowych i nie ma wpływu na kwalifikację prawną rabatów za wyłączność. (...) niniejsza sprawa nie dotyczy praktyki cenowej (...), zarzut czyniony (...) w zaskarżonej decyzji nie opiera się na konkretnej wysokości rabatów, a zatem na cenach stosowanych przez skarżącą, ale na tym, że ich przyznanie było uzależnione od spełnienia warunku zaopatrywania się wyłącznie lub prawie wyłącznie u skarżącej. Odmienne traktowanie rabatów za wyłączność i praktyk cenowych jest uzasadnione faktem, że w odróżnieniu od

⁷⁵⁶ *Ibidem*, pkt 86.

⁷⁵⁷ *Ibidem*, pkt 87.

⁷⁵⁸ Została ona przywołana w pkt 90 słowami: *Rozwiązanie to uzasadnione jest szczególną odpowiedzialnością, która ciąży na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą, aby nie naruszać skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku, oraz faktem, że jeżeli podmiot gospodarczy ma silną pozycję na rynku, warunki dostaw na zasadzie wyłączności dotyczące znacznej części zakupów klienta stanowią niedopuszczalną przeszkodę w dostępie do rynku.*

⁷⁵⁹ Por. rysunek 4, który schematycznie prezentuje ten efekt.

⁷⁶⁰ A zatem: prezentowany w sposób niekiedy absurdalny. Ilustracją niech będzie jeden z pomysłów czołowego przedstawiciela ordoliberalizmu - Euckena, który stwierdził, że należy zakazać elektryczności w celu ochrony przemysłu produkującego świeczki. Zob. K. Kamińska, *Wpływ...*, op. cit., s. 236 - z przywołaną tam literaturą źródłową.

⁷⁶¹ Wyrok w sprawie *Intel*, pkt 91.

⁷⁶² *Ibidem*, pkt 93. Zob. też dokładniejszy opis tego efektu i obliczenia matematyczne przedstawione w podrozdziale 2.4.3.3.

⁷⁶³ *Ibidem*, pkt 94.

*zachęty do zaopatrywania się na zasadzie wyłączności, poziomu cen, jako takiego, nie można uznać za bezprawny*⁷⁶⁴.

Sąd w sposób kontrfaktyczny odróżnił rabaty lojalnościowe od praktyk cenowych - to jeden z najbardziej spornych punktów prezentowanego orzeczenia.

Po szóste, wskazano na brak potrzeby wykazywania konkretnych skutków w postaci wykluczenia i związku przyczynowego między zarzucanymi praktykami a skutkami na rynku. Zdaniem Sądu Komisja musi jedynie wykazać, czy praktyka może ograniczyć konkurencję. W przypadku występowania efektu dźwigni nie ma potrzeby przeprowadzania analizy konkretnego wpływu rabatów na konkurencję⁷⁶⁵. Z tego też względu nie trzeba ustalać wskazanego związku przyczynowego⁷⁶⁶. *A fortiori* Komisja nie jest zobowiązana do wykazania bezpośredniej szkody wyrządzonej konsumentom ani związku przyczynowego między taką szkodą a praktykami zarzucanymi w zaskarżonej decyzji⁷⁶⁷.

Po siódme, Sąd odniósł się do argumentu o braku formalnego obowiązku skorzystania z oferty przez klientów. Sąd zgodził się z Komisją, która stwierdziła, że:

*(...) zachęta do działań antykonkurencyjnych wiążąca się z rabatami za wyłączność nie wynika z formalnego obowiązku zaopatrywania się wyłącznie lub niemalże wyłącznie u przedsiębiorstwa dominującego, lecz z uzyskanych korzyści finansowych lub strat finansowych, których uniknęło się dzięki tym transakcjom kupna. Tak więc wystarczy, że przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą w wiarygodny sposób zasygnalizuje klientowi, że przyznanie korzyści finansowej zależy od tego, aby klient ten zaopatrywał się wyłącznie lub prawie wyłącznie w tym przedsiębiorstwie*⁷⁶⁸.

Po ósme, Sąd odrzucił argumenty skarżącego mówiące o istotnych okolicznościach sprawy, a więc o *de minimis* rabatów, krótkim czasie ich wypowiedzenia, sile nabywczej klientów i fakcie, że sporna praktyka obejmowała niewielką część rynku. Według skarżącego Komisja nie uwzględniła wielkości rabatów przyznawanych przez spółkę Intel na rzecz OEMs w zamian za wyłączne lub prawie wyłączne zaopatrywanie się. Według dominanta nielogiczne jest karanie za bardzo niskie rabaty (w wysokości np. 1 \$), które firma AMD mogła przebić⁷⁶⁹. Podobnie Intel podniósł, że nie wzięto pod uwagę czasu umowy z klauzulą rabatową, czyli możliwości rozwiązania części umów z zachowaniem krótkiego okresu wypowiedzenia⁷⁷⁰, a także niewielkiej części rynku objętej zarzucanym zachowaniem (między 0,3% a 2% rocznie)⁷⁷¹. Ponadto skarżący zauważył, iż siła nabywczą klientów wyklucza nadużycie. W omawianej sprawie klienci posłużyli się swoją siłą nabywczą jak dźwignią - w celu otrzymania wyższych rabatów⁷⁷². Co ciekawe, większość tych okoliczności była badana dość często w amerykańskim orzecznictwie, m.in. w sprawie *ZF Meritor*⁷⁷³ z 2012 r.

Zdaniem Sądu przywołane okoliczności nie były relewantne dla sprawy. Konsekwentnie - a przy tym nielogicznie - stwierdzono, że nie poziom rabatów jest rozpatrywany w zaskarżonej decyzji, lecz wyłączność, w zamian za którą je przyznano. Poziom ceny nie ma znaczenia⁷⁷⁴, podobnie jak czas wypowiedzenia umowy, gdyż wszelka zachęta finansowa do zaopatrywania się na zasadzie

⁷⁶⁴ *Ibidem*, pkt 99.

⁷⁶⁵ *Ibidem*, pkt 103.

⁷⁶⁶ *Ibidem*, pkt 104.

⁷⁶⁷ *Ibidem*, pkt 105.

⁷⁶⁸ *Ibidem*, pkt 106.

⁷⁶⁹ *Ibidem*, pkt 107.

⁷⁷⁰ *Ibidem*, pkt 110.

⁷⁷¹ *Ibidem*, pkt 114.

⁷⁷² *Ibidem*, pkt 138.

⁷⁷³ Wyrok w sprawie *ZF Meritor, LLC przeciwko Eaton Corp.*, 696 F.3d 254 (3rd Cir. 2012).

⁷⁷⁴ Wyrok Trybunału w sprawie *Intel*, pkt 108.

wyłącznie stanowi dodatkowe naruszenie struktury konkurencyjnej rynku⁷⁷⁵. Odnosnie do niewielkiej części rynku objętej zaskarżonym zachowaniem Sąd, odwołując się do sprawy *Tomra*, stwierdził, iż klienci znajdujący się w części rynku, do której dostęp jest zamknięty, powinni mieć możliwość korzystania z konkurencji w pełnym wymiarze, a konkurenci powinni móc konkurować jakością w obrębie całego rynku⁷⁷⁶. Sąd przypomniał także, że zgodnie z wyrokiem w sprawie *Hoffmann-La Roche* (pkt 71) nie można usprawiedliwiać rabatów na wyłączność faktem, że była to odpowiedź na żądanie klientów. Co więcej, zgodnie z pkt 120 przywołanego orzeczenia:

(...) okoliczność, że kontrahent przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą jest również przedsiębiorstwem o znaczącej pozycji, a umowa nie jest w oczywisty sposób wynikiem presji wywieranej przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą na swojego partnera, nie wyklucza istnienia nadużycia pozycji dominującej, ponieważ takie nadużycie polega na dodatkowym naruszeniu, przez wyłączność zaopatrywania się, struktury konkurencyjnej rynku, na którym w wyniku obecności przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą stopień konkurencji jest już osłabiony⁷⁷⁷.

Po dziewiąte, Sąd dokonał aprecjacji testu AEC - sztandarowego testu do oceny praktyk wykluczających przedstawionego w wytycznych Komisji⁷⁷⁸. Według Sądu punktem wyjścia tego testu jest stwierdzenie, iż równie skuteczny konkurent, próbując zdobyć podważalny udział w zamówieniach⁷⁷⁹, musi zaoferować klientowi rekompensatę za rabat za wyłączność, który ów klient utraci, jeśli kupi część mniejszą niż określona przez warunek wyłączności lub prawie wyłączności. Test AEC zmierza do ustalenia, czy konkurent równie skuteczny jak przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, który ponosi te same koszty co owo przedsiębiorstwo, może nadal pokrywać swoje koszty⁷⁸⁰. Najważniejsza część oceny testu została przedstawiona w punktach 143-158. Ilustrują to następujące fragmenty:

- *(...) stwierdzenie niezgodności z prawem rabatu za wyłączność nie wymaga analizy okoliczności danej sprawy (...), nie ma zatem obowiązku wykazania zdolności wykluczającej rabatów za wyłączność w każdym konkretnym przypadku⁷⁸¹;*
- *W celu ustalenia potencjalnego skutku antykonkurencyjnego wystarczy wykazać istnienie mechanizmu zmierzającego do zapewnienia lojalności⁷⁸²;*
- *Skutek w postaci wykluczenia występuje nie tylko wtedy, gdy dostęp do rynku zostanie uniemożliwiony konkurentom. Wystarczy bowiem, że ów dostęp zostanie utrudniony⁷⁸³;*
- *(...) test AEC pozwala jedynie zweryfikować tezę o uniemożliwieniu dostępu do rynku, a nie wykluczyć możliwość jego utrudnienia⁷⁸⁴;*
- *(...) wynik negatywny oznacza, iż z ekonomicznego punktu widzenia jest niemożliwe, aby równie skuteczny konkurent zdobył podważalny udział w popycie ze strony klienta. Aby zaoferować klientowi rekompensatę za utratę rabatu za wyłączność, wspomniany konkurent musiałby bowiem sprzedawać swoje wyroby po cenie, która nie pozwalałaby mu nawet na pokrycie jego kosztów⁷⁸⁵;*

⁷⁷⁵ *Ibidem*, pkt 111. Prawdopodobnie odnosiło się to do przyjętej tezy, że struktura jest i tak osłabiona, gdyż działa na niej dominant.

⁷⁷⁶ *Ibidem*, pkt 117.

⁷⁷⁷ *Ibidem*, pkt 139.

⁷⁷⁸ Test ten został przeanalizowany w podrozdziałach 2.3.2 i 2.4.3.3.

⁷⁷⁹ Do tej pory realizowany przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, które jest nieodzownym partnerem handlowym. Wyrok Trybunału w sprawie *Intel*, pkt 141.

⁷⁸⁰ *Ibidem*.

⁷⁸¹ *Ibidem*, pkt 143.

⁷⁸² *Ibidem*, pkt 145.

⁷⁸³ *Ibidem*, pkt 149.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, pkt 150.

⁷⁸⁵ *Ibidem*, pkt 150.

- (...) wynik pozytywny oznacza jedynie, że równie skuteczny konkurent jest w stanie pokryć swoje koszty⁷⁸⁶.

Z powyższych fragmentów uzasadnienia jednoznacznie wynika, że test AEC miał charakter subsydiarny i nie był właściwie wymagany w przypadku oceny rabatów Intel. To, że Komisja zadeklarowała, iż badając omawianą praktykę, skorzystała z testu, nie zmienia tego faktu. Sąd odniósł się jednak do aspektu czasowego wydanej decyzji i przyjęcia wytycznych Komisji Europejskiej. Otóż nie mają one zastosowania do spraw (m.in. *Intel*), które Komisja wszczęła jeszcze przed ich opublikowaniem⁷⁸⁷. Istnieje więc szansa na to, że rola testu AEC wzrośnie w przyszłości. Odróżnienie praktyki nożyc cenowych (sprawa *Deutsche Telekom*) od spornych rabatów lojalnościowych⁷⁸⁸ pozwoliło także na wzmocnienie argumentu mówiącego o braku potrzeby stosowania owego testu w omawianym przypadku⁷⁸⁹.

3.4.2.3. Komentarz

Wyrok w sprawie *Intel* plasuje się między bezwzględnym zakazem rabatów lojalnościowych (à la *Hoffmann-La Roche*) a ich skutkową oceną prezentowaną w wytycznych Komisji⁷⁹⁰. Z jednej bowiem strony argumenty przedstawione w ramach dwóch pierwszych tez⁷⁹¹ zostały zaczerpnięte ze „sztandarowego” orzecznictwa⁷⁹², z drugiej zaś – w trzeciej tezie Sąd posłużył się koncepcjami przyjętymi w wytycznych KE⁷⁹³. Na podstawie ostatnio rozstrzyganych spraw⁷⁹⁴ (m.in. *Post Danmark* z 2010 r.) można jednak było spodziewać się orzeczenia bardziej zgodnego z podejściem opartym na skutkach ekonomicznych, postulowanym przez prawników i ekonomistów.

Połączenie obu podejść w sprawie *Intel* mogło wynikać z dużych oczekiwań względem nowo przyjętych wytycznych Komisji i wielokrotnego postulowania skutkowej oceny badanych rabatów. Nie bez znaczenia były także trafne argumenty podniesione przez prawników reprezentujących Intel, które będą przedmiotem dalszej analizy. Kurczowe trzymanie się przez Sąd tradycyjnego podejścia w świetle dokonanej modernizacji art. 102 TFUE wymagało przyjęcia skomplikowanej konstrukcji prawnej, pozwalającej odróżnić rabaty lojalnościowe od innych praktyk cenowych, co do których zastosowano test AEC⁷⁹⁵. Autor będzie argumentował, że zabieg ten był sztuczny i mało przekonujący.

Tezy nr 1 i 2 stały się już przedmiotem krytyki w tej pracy, ponieważ stanowią powtórzenie argumentów z wcześniejszych orzeczeń TSUE. Wystarczy więc stwierdzić, że jest to stanowisko przestarzałe i nieuzasadnione w świetle najnowszych teorii ekonomicznych. Czynienie z formy rabatu kluczowego argumentu przemawiającego za nielegalnością praktyk jest krokiem wstecz w stosunku do nowych zasad ustanowionych przez Komisję, nie ma również większego sensu ekonomicznego. Zdaniem autora niniejszej pracy forma rabatu może być co najwyżej jednym z elementów oceny tej praktyki – obok innych okoliczności sprawy⁷⁹⁶.

Bezwzględny zakaz powinien być zarezerwowany dla najcięższych praktyk ograniczających konkurencję (np. karteli cenowym), o których można z góry stwierdzić, iż prowadzą do antykonkurencyjnych skutków. W takim duchu wypowiedział z Trybunał w sprawie *Cartes Bancaires*⁷⁹⁷:

⁷⁸⁶ *Ibidem*, pkt 150.

⁷⁸⁷ *Ibidem*, pkt 155.

⁷⁸⁸ Zgodnie z argumentem piątym przedstawionym w niniejszym podrozdziale.

⁷⁸⁹ Wyrok Trybunału w sprawie *Intel*, pkt 152.

⁷⁹⁰ Nicolas Petit nazwał to zmodyfikowanym podejściem *per se*. N. Petit, *Intel, leveraging rebates...*, op. cit.

⁷⁹¹ Podział na tezy odnosi się do argumentów TSUE, które w poprzednim podrozdziale zostały pogrupowane tak, aby można było jak najprzejrzystej zobrazować sporne punkty wyroku w sprawie *Intel*.

⁷⁹² Na przykład *Hoffmann-La Roche* oraz *Michelin II*.

⁷⁹³ Zob. wytyczne Komisji, pkt 38-40.

⁷⁹⁴ Odwołano się do nich we wstępie do niniejszego podrozdziału.

⁷⁹⁵ Zob. D. Geradin, *Loyalty rebates after Intel...*, op. cit., s. 21.

⁷⁹⁶ Por. argumenty, które zostały przedstawione np. w podrozdziałach 3.2.2.1.2 i 3.2.2.4.2.1.

⁷⁹⁷ Wyrok Trybunału z dnia 11.09.2014 r. C-67/13 P *Groupeement des cartes bancaires (CB) przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:C:2014:2204.

Pojęcia „ograniczenia konkurencji ze względu na cel” nie można zastosować do niektórych rodzajów współpracy między przedsiębiorstwami, które są szkodliwe dla konkurencji w stopniu wystarczającym do tego, aby nie było konieczności badania ich skutków, nie zwalniając jednocześnie Komisji z obowiązku dowiedzenia konkretnych skutków, jakie pociągają za sobą na rynku te porozumienia, w odniesieniu do których nie wykazano, iż ze względu na swój charakter są szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej gry rynkowej⁷⁹⁸.

Chociaż przywołana teza odnosiła się do art. 101 TFUE, nie oznacza to, że wniosków z niej płynących nie można odnieść do art. 102. Ponieważ oba artykuły dążą do osiągnięcia tego samego celu, czyli utrzymania reguł konkurencji na rynku wewnętrznym, wymaga się pewnej spójności między nimi⁷⁹⁹. Odniesienie się do „ograniczenia konkurencji ze względu na cel”⁸⁰⁰ to nic innego, jak odpowiednik bezwzględnego zakazu określonych praktyk ze względu na samą ich formę na gruncie art. 101 TFUE. Powyższe słowa TSUE oznaczają, że zakaz *per se* należy interpretować bardzo restrykcyjnie oraz że trzeba również uwzględnić kontekst ekonomiczny i prawny danego porozumienia⁸⁰¹. Zdaniem autora w takim samym duchu powinno się oceniać rabaty warunkowe na gruncie art. 102 TFUE.

Ze względu na przyjęcie tak rygorystycznego podejścia względem omawianej praktyki teza nr 4, mówiąca o możliwości powołania się na obiektywne uzasadnienie, ma charakter iluzoryczny. Skoro istotą konkurencji jest zdobywanie i utrzymywanie nabywców, to zachęcanie ich do lojalności przez prokonkurencyjne obniżki cenowe jest niejako istotą rywalizacji cenowej⁸⁰². Tymczasem „wiązaną klientów” tradycyjnie stanowi koronny argument TSUE za uznaniem antykonkurencyjnych skutków rabatów lojalnościowych. Jest to twierdzenie wystarczające, które nie wymaga dalszej analizy stanu faktycznego. W związku z tym - zgodnie z tezą nr 8 - wiele istotniejszych argumentów, m.in. wielkość rabatu czy długość trwania umowy, okazuje się bez znaczenia. Nie ma także potrzeby wykazywania konkretnych skutków w postaci wykluczenia i związku przyczynowego między zarzucanymi praktykami a skutkami na rynku (teza nr 6). Z samej natury rabatów lojalnościowych wynika ich skutek w postaci zachęcania do budowania lojalności, a przy tym nie jest ważne, czy ma to negatywny wpływ na dobrobyt konsumentów - kontrfaktycznie zakłada się odpowiedź twierdzącą. Nasuwa się pytanie: w jaki sposób dominant miałby powołać się na to, że potencjalne skutki w postaci wykluczenia mogą zostać zrównoważone przez korzyści pod względem efektywności, z których mają pożytek również konsumenci? Zdaniem autora w przypadku rabatów lojalnościowych możliwość taka jest wewnętrznie sprzeczna i nie zmienia ich bezwzględnego zakazu. Tezy nr 1, 2, 6, 8 przeczą bowiem tezie nr 4.

Problem, przed którym stanął Sąd w omawianej sprawie, to swoiste echo dylematu amerykańskich sądów. Polega on na określeniu, czy bardziej prawidłowym kryterium oceny badanej praktyki jest analogia do translacji wyłącznej (ocena pod kątem klauzuli rozsądku), czy też analogia do drapieżnictwa cenowego (ocena pod kątem testu cenowo-kosztowego). Przy rozstrzyganiu sprawy *Intel* Sąd korzystał z obu tych analogii, lecz niekonsekwentnie. Przede wszystkim odróżnił rabaty lojalnościowe od praktyk cenowych (np. nożyc cenowych), powołując się na to, iż nie wysokość cen były przedmiotem badania Komisji, ale sposób oferowania rabatów (teza nr 5). Można więc odnieść wrażenie, że badaną praktykę potraktowano analogicznie do transakcji wyłącznej, przy jednoczesnym odrzuceniu analogii drapieżnictwa cenowego. W związku z tym Sąd powinien - analogicznie do amerykańskiej judykatury - odwołać się do

⁷⁹⁸ *Ibidem*, pkt 58.

⁷⁹⁹ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law...*, op. cit., s. 38-39.

⁸⁰⁰ Cel można rozumieć w znaczeniu subiektywnym, obiektywnym i mieszanym. Zob. ogólne uwagi na ten temat przedstawione w podrozdziale 2.4.

⁸⁰¹ Wyrok Trybunału w sprawie *Cartes Bancaires*, pkt 53.

⁸⁰² W podobnym duchu wypowiadają się amerykańskie sądy. Wyrok w sprawie *Virgin Atlantic Airways Ltd. przeciwko British Airways PLC*, pkt 265.

klauzuli rozsądku. Tymczasem odrzucił wszelkie relewantne okoliczności, które bada się właśnie w takim przypadku: okres trwania umowy, wysokość rabatów czy ich udział w popycie (teza nr 8). Odszedł więc od standardu transakcji wyłącznych, który został wypracowany na gruncie art. 101 TFUE (sprawa *Delimitis*⁸⁰³) i 102 TFUE (sprawa *Van den Bergh Foods*⁸⁰⁴), ocenianych właśnie w świetle *rule of reason*.

Zdaniem Sądu, chociaż warunki wyłączności mogą mieć skutki korzystne dla konkurencji, czyli w normalnej sytuacji wolnej konkurencji należy oceniać wpływ na rynek w ich szczególnym kontekście⁸⁰⁵, względów tych nie można dopuścić w przypadku rynku, na którym z uwagi na pozycję dominującą zajmowaną przez jeden z podmiotów konkurencja jest już ograniczona⁸⁰⁶. W przeciwieństwie więc do sprawy *Delimitis*, gdzie należało zbadać kontekst danej transakcji wyłącznej⁸⁰⁷, w sprawie *Intel* taka potrzeba została odrzucona z uwagi na doktrynę szczególnej odpowiedzialności dominanta. Jak już jednak wskazywano, nie ma potrzeby sądzić, że w przypadku koncentracji rynku - choćby silnej - konkurencja będzie funkcjonować nieefektywnie⁸⁰⁸. Gdyby Sąd uwzględnił dynamikę rynku elektronicznego, cechującego się nieustannym rozwojem technologicznym, mógłby dojść do wniosku, że pozycja ta nie jest przecież trwała i niezagrożona⁸⁰⁹.

Nawet w przypadku art. 102 TFUE Trybunał dopuszczał możliwość zastosowania klauzuli rozsądku na wzór art. 101 ust. 3 TFUE w sprawie *Van den Bergh Foods*. Sąd jednak stwierdził, iż:

*Wyrok ten nie dotyczył praktyki, w ramach której zachęta finansowa była bezpośrednio związana z warunkiem zaopatrywania się przez klienta - celem pokrycia całości lub znacznej części jego zapotrzebowania - u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą. W tej sprawie przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą udostępniło nieodpłatnie zamrażarki irlandzkim sprzedawcom detalicznym lodów, pod warunkiem że będą one wykorzystywane wyłącznie do przechowywania lodów dostarczanych przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą. Owi sprzedawcy detaliczni zachowali jednak swobodę w zakresie sprzedaży lodów dostarczanych przez konkurentów, o ile przechowywali je we własnych zamrażarkach lub w zamrażarkach udostępnionych przez innych producentów lodów*⁸¹⁰.

W sprawie *Intel* kupujący także zachowali prawo do zaopatrywania się u konkurentów. Jednakże zgodnie z tezą nr 6 Sąd utożsamia faktyczny przymus wyłączności zakupów z „opcją wyłączności”, czyli jedynie możliwością ukształtowania takiej umowy w zamian za wynagrodzenie finansowe⁸¹¹. A zatem wystarczy, jeśli dominant w wiarygodny sposób zasygnalizuje klientowi, że przyznanie korzyści finansowej zależy od tego, aby klient ten zaopatrywał się wyłącznie lub prawie wyłącznie w tym przedsiębiorstwie⁸¹². Skoro więc zachęta finansowa stanowi główną oś problemu, logiczne wydaje się, że należy ocenić jej wysokość i wysokość udziałów spornej praktyki w rynku. Jednak według Sądu nie ma to znaczenia. Tym samym odrzucono najważniejsze okoliczności, które powinny być badane w takiej sytuacji⁸¹³.

⁸⁰³ Wyrok Trybunału z dnia 28.02.1991 r. w sprawie C-234/89 *Delimitis*, ECR 1991, s. I-935, ECLI:EU:C:1991:91.

⁸⁰⁴ Wyrok Trybunału z dnia 23.10.2003 r. w sprawie T-65/98 *Van den Bergh Foods przeciwko Komisji*, ECR 2003, s. II-4653, ECLI:EU:T:2003:281.

⁸⁰⁵ Wyrok Trybunału w sprawie *Delimitis*, pkt 14-27.

⁸⁰⁶ Wyrok Trybunału w sprawie *Intel*, pkt 89.

⁸⁰⁷ Wyrok Trybunału w sprawie *Delimitis*, pkt 14.

⁸⁰⁸ Zob. rozważania na ten temat zawarte w podrozdziale 3.2.2.1.2.

⁸⁰⁹ *The winners of yesterday are the losers of today, and the winners of today may fade away tomorrow*. Por. D. Geradin, *Loyalty rebates after Intel...*, op. cit., s. 24.

⁸¹⁰ Wyrok w sprawie *Intel*, pkt 121.

⁸¹¹ Por. E. Petit, *Intel, leveraging rebates...*, op. cit., s. 14. Podano tam dobry przykład na odróżnienie obu pojęć.

⁸¹² Wyrok w sprawie *Intel*, pkt 106.

⁸¹³ Podobnie: D. Geradin, *Loyalty rebates after Intel...*, op. cit., s. 34.

Nawet Richard Whish, popierający analizowany wyrok, stwierdził, że nieuwzględnienie reguły *de minimis* w kontekście wysokości rabatów jest niepokojące. Wyraził nadzieję, iż TSUE rozważy, czy taka teza - oparta na wyroku *Hoffmann-La Roche*, napisanym 35 lat temu - pozostaje aktualna⁸¹⁴.

Stwierdzenie, że rabaty lojalnościowe nie są praktyką cenową, przeczy wytycznym Komisji, które kwalifikują je w ramach tej kategorii. Dlatego Komisja proponuje ocenę systemów rabatowych pod kątem testu AEC, będącego pochodną testu cenowo-kosztowego stosowanego przy badaniu drapieżnictwa cenowego. Zresztą sam Sąd nie zaprzecza, iż Komisja będzie związana tym testem w przyszłości⁸¹⁵. Co więcej, jak pokazuje teza nr 3, w rozstrzyganej sprawie odwołano się do wytycznych. Warto powołać się tu na pkt 93 wyroku:

*Do złożenia atrakcyjnej oferty nie wystarczy zatem, aby konkurent przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą zaoferował atrakcyjne warunki dotyczące produktów, które może sam dostarczyć klientowi, ale musi on również zaoferować temu klientowi rekompensatę za utratę rabatu za wyłączność. W celu złożenia atrakcyjnej oferty konkurent musi więc przyznać rabat, który przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą przyznaje w zakresie całego lub prawie całego zapotrzebowania klienta, w tym za udział niepodważalny, wyłącznie w ramach udziału podważalnego. W ten sposób przyznanie rabatu za wyłączność przez nieodzownego partnera handlowego utrudnia ze strukturalnego punktu widzenia konkurentowi przedstawienie oferty po atrakcyjnej cenie, a co za tym idzie, utrudnia dostęp do rynku*⁸¹⁶.

Świadczy to o pewnym paradoksie. Z jednej strony rabaty lojalnościowe zostały odróżnione od praktyki cenowej, a zatem test AEC nie był niezbędny, gdyż stosuje się go właśnie w przypadku praktyk tego typu. Z drugiej strony Sąd uznaje i wspiera logikę owego testu, odwołując się do efektu zasysania i efektu dźwigni. Jednocześnie samego zbadania (za pomocą m.in. właśnie testu AEC), czy z ekonomicznego punktu widzenia skutki te są prawdopodobne, nie uznano już za potrzebne.

3.4.3. Konkluzje

Dokonanie generalnej oceny zmian, które nastąpiły po wydaniu wytycznych Komisji Europejskiej, nie jest możliwe - ze względu na zbyt małą praktykę decyzyjną i orzeczniczą w tym zakresie. Można jednak wyciągnąć wnioski na podstawie pierwszych spraw rozstrzyganych przez TSUE (*Tomra*, *Intel*). Chociaż w obu sprawach aspekt formalny zadecydował o tym, że oparcie rozstrzygnięcia na przedmiotowym dokumencie nie było wymagane, w argumentach przywoływanych przez Trybunał (np. „niepodważalny udział w rynku”, „efekt dźwigni”) widać było wyraźną inspirację wytycznymi. Z tego względu powstała hybryda - mówiąc obrazowo, jedną nogą TSUE był już w oświeceniu (czyli nowych zasadach wypracowanych przez KE), a drugą wciąż tkwił w średniowieczu (zasadach wypracowanych na wzór ordoliberalnej tradycji). Spowodowało to nielogiczne konstrukcje i wewnętrzne sprzeczności. Zdecydowanie należy opowiedzieć się za tym, by TSUE przy najbliższej okazji (a zatem przy rozstrzyganiu odwołania od wyroku Sądu w sprawie *Intel*) odszedł od linii wypracowanej w sprawie *Hoffmann-La Roche* w kierunku narzędzi i teorii zawartych w wytycznych. Choć pełne wdrożenie podejścia skutkowego na wzór amerykańskiego orzecznictwa nie jest możliwe⁸¹⁷, trzeba dążyć do unowocześnienia obecnej

⁸¹⁴ R. Whish, *Intel v Commission: keep calm and carry on!*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2015, nr 6, s. 3.

⁸¹⁵ Sugeruje to odwołanie się do czasu rozpatrywanej sprawy - przed wydaniem wytycznych. Zob. wyrok w sprawie *Intel*, pkt 156.

⁸¹⁶ *Ibidem*, pkt 93.

⁸¹⁷ Por. argumenty przywołane w podrozdziałach: 2.3.2, 2.5 i 3.3.3.

praktyki decyzyjnej i orzeczniczej w Unii Europejskiej. Wymagają tego pewność prawna i potrzeba zapewnienia „bezpiecznego portu” dla działalności gospodarczej przedsiębiorstw dominujących.

De lege ferenda należy opowiedzieć się za stworzeniem klauzuli rozsądku, która uwzględniłaby argumenty odrzucone przez Sąd w sprawie *Intel*. Jako ilustracja takiej klauzuli niech posłuży koncepcja przedstawiona przez Damiena Geradina. Jego zdaniem *rule of reason* mogłaby się składać z trzech pytań⁸¹⁸:

1. Czy badany rabat wyklucza równie efektywnego konkurenta, który jest w stanie ponieść koszty zmiany dostawcy?
2. Jeżeli tak - czy udział rynku objęty kwestionowaną praktyką (mierzony wielkością zgłaszanego popytu na produkt) uniemożliwia wejście na rynek/ekspansję potencjalnych/obecnych rywali?
3. Jeżeli odpowiedź na oba pytania jest twierdząca - czy skutki wykluczające rabatu są równoważone przez wzrost efektywności i zwiększenie dobrobytu konsumentów?

W ramach klauzuli rozsądku należałoby stosować test AEC i opcjonalnie inne dostępne narzędzia, a także uwzględniać okoliczności sprawy, które mają relewantne znaczenie dla badanej praktyki. Na wzór sądów amerykańskich trzeba by oceniać wysokość rabatu, czas trwania umowy i okresu wypowiedzenia, udziały w rynku objęte kwestionowaną praktyką itp.

Na koniec warto zauważyć, że istnieją już sprawy, w których Komisja pomimo skierowania skargi na rzekomo niedozwolone rabaty stwierdziła, iż zgodnie z wytycznymi nie należy stawiać zarzutów w sprawie o naruszenia art. 102 TFUE. Przykładem jest skarga złożona przez polskiego producenta okien (Fakro) na spółkę duńską (Velux). Oceniając kwestionowaną praktykę (rabaty przyrostowe), KE skorzystała z testów cenowych zawartych w wytycznych. Sprawa ta pokazała, że dokument jest możliwy do zastosowania w praktyce oraz że zgodnie z wytycznymi Komisja skupi się na praktykach najbardziej szkodliwych dla konsumentów. Badania Komisji wykazały, iż rabaty warunkowe stosowane przez Velux nie były w stanie wywołać efektu wykluczenia równie efektywnego konkurenta⁸¹⁹.

3.5. WPŁYW PRAWA UNII EUROPEJSKIEJ NA OCENĘ PROGRAMÓW RABATOWYCH W POLSCE

Polska ustawa antymonopolowa⁸²⁰, tak jak prawo UE, nie zawiera *explicite* oddzielnej regulacji dotyczącej oceny programów rabatowych. Z tego względu podstawę stanowi ogólna klauzula nadużywania pozycji dominującej. Odpowiednikiem art. 102 TFUE jest art. 9 ust. 1 u.o.k.i.k., zgodnie z którym zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców⁸²¹.

Podobnie jak w prawie Unii, w ocenie tego zachowania handlowego można powoływać się na praktyki nazwane. Ich katalog w przypadku polskich przepisów antymonopolowych jest szerszy. Oprócz nierównego traktowania partnerów handlowych oraz sprzedaży związanej i pakietowej

⁸¹⁸ D. Geradin, *Loyalty rebates after Intel...*, *op. cit.*, s. 27 i nast.

⁸¹⁹ S. Albanek, A. Claici, *The Velux case - an in-depth look at rebates and more*, „Competition Policy Newsletter”, nr 2, s. 44-47.

⁸²⁰ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. z 2007 r. nr 50, poz. 331 ze zm.; dalej: u.o.k.i.k.

⁸²¹ Co oczywiste, art. 9 u.o.k.i.k. był wzorowany na art. 102 TFUE. Zob. D. Miąsik, *Wpływ prawa UE...*, *op. cit.*, s. 35.

udzielanie rabatów potencjalnie klasyfikuje się jako przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji⁸²².

Zgodnie z art. 10 ust. 1 u.o.k.i.k. Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazów określonych w art. 6 lub art. 9 polskiej ustawy bądź w art. 101 lub art. 102 TFUE - stosuje zatem równolegle przepisy polskie i unijne. Co oczywiste, Unia Europejska ma wyłączne kompetencje w zakresie ustanawiania reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego. Kryterium przesądzającym o stosowaniu art. 102 TFUE jest więc spełnienie przesłanki wpływu na handel między państwami członkowskimi. W przypadku niespełnienia tego kryterium stosowane są wyłącznie polskie przepisy antymonopolowe⁸²³. Nie oznacza to jednak, że unijna regulacja systemów rabatowych jest bez znaczenia.

Zgodnie z poglądem wyrażonym w literaturze przedmiotu harmonizacja prawa polskiego z prawem konkurencji UE nakazuje uwzględnianie unijnego dorobku prawnego w całości - również w przypadku, gdy nie zostało spełnione kryterium wpływu na handel między państwami członkowskimi⁸²⁴. Bardziej formalistyczne podejście, uwzględniające konstytucyjny katalog źródeł prawa, zajął Sąd Najwyższy - orzeczenia sądów unijnych, decyzje Komisji, wytyczne i inne unijne akty prawne mogą stanowić jedynie inspirację podczas stosowania polskiego prawa antymonopolowego⁸²⁵. Oczywiście jest to zgodne z prawem Unii Europejskiej. W wyroku w sprawie *Pfleiderer*⁸²⁶ TSUE zajął stanowisko, że akty miękkiego prawa z dziedziny prawa konkurencji nie są wiążące dla krajowych organów. Podobnie więc wytyczne Komisji nie mają takiego charakteru. Krajowe organy antymonopolowe i sądy krajowe mogą zatem przyjąć własną doktrynę do odnośnie badanej praktyki. W praktyce jest to jednak mało prawdopodobne - ze względu na obowiązki wynikające z rozporządzenia 1/2003⁸²⁷. Jak się podaje, w wyniku decentralizacji unijnego prawa konkurencji 90% spraw z zarzutu nadużywania pozycji dominującej toczy się przed krajowymi organami antymonopolowymi⁸²⁸.

Jednak stosowanie standardu UE w przypadku oceny praktyk rabatowych jest nieodzowne, chociażby tylko ze względów pragmatycznych. Wynika to z prostego faktu: porządek unijny ma bogate doświadczenie w tym zakresie, którego pozbawiony jest polski system prawny. Prezes UOKiK stosunkowo rzadko badał programy rabatowe pod kątem zgodności z zakazem nadużywania pozycji dominującej⁸²⁹. Nie oznacza to, iż w przyszłości rabaty nie będą częstszym przedmiotem oceny; przeciwnie - jest to bardzo możliwe ze względu na powszechność omawianej praktyki rynkowej.

Należy podkreślić, że w związku ze zmianami podejścia Komisji Europejskiej (a co za tym idzie - brakiem stabilności) w omawianym obszarze brakuje jednolitości oceny wśród różnych państw członkowskich. Jedne jurysdykcje oceniają rabaty w świetle tradycyjnego

⁸²² Odpowiednio art. 9 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 u.o.k.i.k.

⁸²³ Zob. szerzej: M. Minkiewicz, *Pojęcie wpływu na handel i reguła konwergencji w praktyce stosowania prawa UE przez polskie sądy i Prezesa UOKiK*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2014, nr 3, s. 8-20 (wraz z przywołaną tam literaturą przedmiotu).

⁸²⁴ D. Miąsik, *Wpływ prawa UE...*, op. cit., s. 36.

⁸²⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9.08.2006 r. (III SK 6/06), OSNP 2008, z. 1-2, poz. 25; 6.12.2007 r. (III SK 16/07), OSNP 2009, z. 1-2, poz. 31 (brak obowiązku prounijnej wykładni, gdy nie jest spełnione kryterium handlu). M. Minkiewicz, *Pojęcie wpływu...*, op. cit., s. 14.

⁸²⁶ Wyrok Trybunału z 14.06.2011 r. w sprawie *Pfleiderer AG przeciwko Bundeskartellamt*, Zb.Orz. 2011, s. I-05161, ECLI:EU:C:2011:389.

⁸²⁷ Zgodnie z tym aktem prawnym Komisja i krajowe organy antymonopolowe stosują unijne prawo konkurencji i w tym celu ze sobą współpracują.

⁸²⁸ T. Skoczny, *W sprawie modernizacji stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej* w: C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno-ekonomiczne)*, Warszawa 2005, s. 105-132.

⁸²⁹ W całości temu zagadnieniu poświęcona była w zasadzie tylko jedna decyzja Prezesa Urzędu, która będzie przedmiotem dalszej analizy.

podejścia formalistycznego, co ilustrują m.in. francuska sprawa *NMPP*⁸³⁰ i szwedzka sprawa *Bring CityMail*⁸³¹. Inne natomiast opowiadają się za postulowanym w wytycznych podejściem skutkowym, czego doskonałym przykładem jest duńska sprawa *CRV Holding*⁸³².

Rozważania o wpływie prawa Unii na krajową praktykę państw członkowskich wiążą się z refleksją prof. Ewy Łętowskiej o multicentryczności współczesnego prawa, czyli o tym, że *różne ośrodki, i to nie tylko krajowe, tworzą wiążące prawo i mają własne kompetencje w zakresie jego interpretacji*⁸³³.

W kolejnej części pracy zostanie przeanalizowana decyzja Prezesa Urzędu z dnia 26.08.2010 r. w sprawie *Wrigley Polska*⁸³⁴ - jako ilustracja oceny systemów rabatowych w polskim porządku prawnym. Ze względu na niewielki materiał decyzyjny nie można oczywiście wysunąć jednoznacznych wniosków co do tego, w którą stronę podąży polska praktyka w omawianym obszarze.

3.5.1. Decyzja Prezesa Urzędu w sprawie *Wrigley Polska* (2010)

3.5.1.1. Stan faktyczny

Firma Wrigley Company była największym na świecie producentem i dystrybutorem gumy do żucia (m.in. Orbit, Winterfresh). Dwudziestego szóstego grudnia 2006 r. Prezes UOKiK wszczął przeciwko niej postępowanie w związku z potencjalnym nadużywaniem pozycji dominującej na krajowym rynku tego produktu. Wątpliwości polskiego organu antymonopolowego wzbudziło stosowanie w umowach z niektórymi kontrahentami rabatów lojalnościowych. Przedsiębiorstwu postawiono zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 3 i 5 u.o.k.i.k. oraz art. 102 TFUE⁸³⁵.

Prezes Urzędu ustalił, że spółka współpracowała z hurtowniami i sieciami sklepów typu *cash & carry*, które zaopatrują punkty handlu detalicznego, a także bezpośrednio z sieciami sklepów detalicznych⁸³⁶. W przypadku pierwszej grupy kontrahentów przedsiębiorstwo udzielało rabatów zgodnie z ustalonymi przez siebie zasadami, stanowiącymi załącznik do wzorca umownego. Na jego mocy Wrigley dzielił swoich klientów na cztery hierarchiczne kategorie: brązową, srebrną, złotą i platynową⁸³⁷. Przynależność do wyższych kategorii zależała od spełnienia kryteriów kategorii niższej i dodatkowych warunków, takich jak nabywanie większej ilości produktów, przekazywanie określonych informacji handlowych, posiadanie aktywnych sprzedawców itp.

W zależności od kategorii kontrahent mógł uzyskać odpowiedni rodzaj rabatu - zwany Programem Wsparcia Detalu (dalej: PWD). Program ten obejmował rabaty liczone od wartości zakupów towarów przeznaczonych do odsprzedaży na terytorium kraju i dzielił się na trzy części (PWD

⁸³⁰ Decyzja Francuskiej Rady Konkurencji (ang. French Competition Council, fr. Conseil de la concurrence) z dnia 27.02.2009 r. nr 09-D-04, *Messageries Lyonnaises de Presse przeciwko Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (pratiques mises en oeuvre par le groupe Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne dans le secteur de la distribution de la presse)*.

⁸³¹ Wyrok szwedzkiego Sądu ds. Rynku (ang. Swedish Market Court) z dnia 8.06.2011 r. w sprawie MD 2011:14 *Bring CityMail Sweden AB/Posten Meddelande AB*.

⁸³² Wyrok Duńskiego Sądu Apelacyjnego Handlu i Przemysłu (ang. Dutch Trade and Industry Appeals Tribunal, duń. College van Beroep voor het bedrijfsleven) z dnia 7.10.2010 r. w sprawie LJN:BN9947 *CRV Holding B.V. przeciwko Nederlandse Mededingingsautoriteit (duński organ antymonopolowy)*.

⁸³³ E. Łętowska, *Między Scyllą a Charybdą - sędzia polski między Strasburgiem a Luksemburgiem*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 1, s. 3.

⁸³⁴ Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK-8/2010 z dnia 26.08.2010 r. w sprawie *Wrigley Poland*, DOK1-411/11/06/AZ.

⁸³⁵ *Ibidem*, pkt 2.

⁸³⁶ *Ibidem*, pkt 21.

⁸³⁷ *Ibidem*, pkt 32.

I, II, III). Możliwość uzyskania określonej premii pieniężnej zależała od spełnienia warunków, m.in. posiadania pełnego asortymentu produktów, wykonania planów zakupowych, jakości dystrybucji, liczby aktywnych sprzedawców⁸³⁸.

Przykładowo w ramach PWD II można było uzyskać zniżki dzięki realizacji planów zakupów - odbiorcy samodzielnie przedkładali spółce Wrigley miesięczne i tygodniowe plany⁸³⁹. Z kolei rabat za jakość dystrybucji przyznawano zgodnie z punktami przyznawanymi przez przedstawiciela producenta. Kontrola obejmowała ocenę wielkości zapasów produktów Wrigley w punktach sprzedaży detalicznej oraz ich zaopatrzenia w te towary. W zależności od liczby uzyskanych punktów kontrolowany otrzymywał upust na odpowiednim poziomie⁸⁴⁰. Oddzielną premię przyznawano za jakość dystrybucji mierzoną przez podmiot zewnętrzny⁸⁴¹.

Klienci kategorii platynowej mogli zaś korzystać z PWD III i uzyskiwać upust za „udział w biznesie”. Spółka oferowała konkretną zniżkę za każde 10% udziału sprzedaży produktów Wrigley do punktów sprzedaży detalicznej w obrocie kupującym⁸⁴².

Niezależnie od przynależności do kategorii każdy kontrahent mógł uzyskać zniżkę zgodnie z warunkami transakcyjnymi. Zależała ona od odpowiedniego sposobu płatności (rabaty finansowe) i wielkości zamówienia (rabaty ilościowe). Rabaty finansowe uzyskiwało się w związku z dokonaniem przedpłaty i zabezpieczeniem wierzytelności, a zniżki ilościowe zależały od wielkości pojedynczego zamówienia⁸⁴³.

Oprócz rabatów udzielanych na podstawie wzorca przedsiębiorstwo udzielało zniżek na podstawie indywidualnych umów⁸⁴⁴.

3.5.1.2. Prawna ocena programów rabatowych

Zarzuty stawiane programom rabatowym Wrigley opierały się na ewentualnym dopuszczeniu się nieuzasadnionej dyskryminacji kontrahentów, a także na stosowaniu zakazanych rabatów lojalnościowych - czyli przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji. W ramach drugiego zarzutu wątpliwości wzbudziły rabat za wykonanie planów zakupów (udzielany w ramach PWD II) i rabat za udział w biznesie (PWD III)⁸⁴⁵.

Prezes Urzędu podejrzewał, że powyższe rabaty mogą wywoływać negatywne efekty lojalnościowe przez zniechęcenie dotychczasowych kontrahentów Wrigley do współpracy z innymi producentami gum do żucia lub powstrzymanie ich od takiej współpracy. Na wstępie zauważył, iż wzorcowe umowy nie były umowami na wyłączność, a tym samym nie zawierały wprost zakazu podejmowania przez hurtowników współpracy z innymi producentami gum. Mogły jednak odwozić kontrahentów dominanta od szukania innych źródeł zaopatrzenia, a tym samym przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji między producentami tego produktu⁸⁴⁶.

Przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji zostało zdefiniowane w decyzji jako praktyka wymierzona bezpośrednio w konkurencję, polegająca na podejmowaniu przez przedsiębiorstwo dominujące działań prowadzących do utrwalenia niekonkurencyjnej struktury rynku, na którym zajmuje ono uprzywilejowaną

⁸³⁸ *Ibidem*, pkt 38.

⁸³⁹ *Ibidem*, pkt 39.

⁸⁴⁰ *Ibidem*, pkt 40.

⁸⁴¹ *Ibidem*, pkt 41.

⁸⁴² *Ibidem*, pkt 43.

⁸⁴³ *Ibidem*, pkt 35.

⁸⁴⁴ *Ibidem*, pkt 45 i nast.

⁸⁴⁵ *Ibidem*, pkt 130.

⁸⁴⁶ *Ibidem*, pkt 131.

pozycję⁸⁴⁷. Przepis ten uznawany jest za małą klauzulę generalną ustanawiającą zakaz stosowania przez dominanta praktyk godzących w stan aktualnej lub potencjalnej konkurencji, a także tworzenia barier dostępu do rynku i rozwoju konkurencji⁸⁴⁸. Zakaz ustanowiony w omawianym przepisie odnosi się więc do konkurencji rozumianej strukturalnie⁸⁴⁹.

Według organu antymonopolowego działania spółki Wrigley - przyznawanie rabatów lojalnościowych - dotyczyły relacji z kontrahentami, jednak pośrednio mogły wpływać na sytuację konkurentów. Przez praktyki wykluczające przedsiębiorca osiąga efekt częściowego lub całkowitego zamknięcia rynku, w odniesieniu zarówno do podmiotów już na nim działających, jak i do potencjalnych uczestników. Wobec powyższego Prezes UOKiK wskazał, że istotną kwestią w ocenie tej praktyki jest zbadanie efektu zamknięcia rynku dla konkurentów dominującego przedsiębiorstwa.

Kluczowy był 136 punkt decyzji, w którym bezpośrednio odwołano się do oceny rabatów zgodnie z podejściem skutkowym:

Dokonując oceny niniejszej sprawy, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z postulowanym przez Komisję Europejską ekonomicznym podejściem (more economic approach) rabaty lojalnościowe stosowane przez przedsiębiorstwo posiadające na określonym rynku pozycję dominującą nie mogą być uznane jako per se antykonkurencyjne. Co więcej, niektórzy autorzy⁸⁵⁰ postulują, aby wobec rabatów lojalnościowych domniemywać, iż są one per se prokonkurencyjne, tak długo dopóki nie znajdą się nieodparte dowody na to, że konkretny rabat lojalnościowy, w konkretnej sytuacji rynkowej, jest zdolny wykluczyć z rynku równie efektywnego konkurenta, ze szkodą dla dobrobytu finalnych konsumentów. Ekonomiczne podejście wymaga w związku z powyższym zbadania faktycznych skutków, jakie tego rodzaju rabaty wywołują na rynku. Innymi słowy, decydująca dla stwierdzenia praktyki jest nie forma stosowanych rabatów, ale ich efekty rynkowe⁸⁵¹.

W związku z powyższym Prezes Urzędu odniósł się w pierwszej kolejności do panującej na rynku sytuacji faktycznej. W decyzji ustalono, że największy konkurent dominanta współpracował także z klientami, którzy pomimo udzielonego rabatu zaprzestali współpracy z Wrigley. Dało to podstawę do przyjęcia, iż konkurenci nie napytali przeszkód we współpracy z klientami dominanta. Wskazano przykład spółki, która weszła na rynek mimo funkcjonowania spornych systemów rabatowych. Ustalono ponadto, że istnieje wielu potencjalnych kontrahentów niewspółpracujących z przedsiębiorstwem dominującym⁸⁵².

Następnie w decyzji odniesiono się do poszczególnych rabatów, które wzbudziły wątpliwości organu antymonopolowego. Odnośnie do rabatów za realizację planów zakupów (PWD II) punktem początkowym były odwołanie się do wytycznych Komisji oraz charakterystyka rabatów docelowych⁸⁵³. Słusznie wzięto pod uwagę, iż plany zakupów były ustalane samodzielnie przez kupujących. W decyzji stwierdzono, że:

Plany zakupów wyznaczane przez samych odbiorców odpowiadają faktycznemu zapotrzebowaniu tych podmiotów i nie zamykają im możliwości nabywania towarów substytucyjnych od aktualnych lub potencjalnych konkurentów Wrigley. Należy bowiem wskazać, że dla

⁸⁴⁷ W decyzji powołano się na publikację: C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 272.

⁸⁴⁸ W decyzji powołano się na publikację: A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 670.

⁸⁴⁹ Por. podrozdział 1.5.1.

⁸⁵⁰ W decyzji powołano się na publikację: J. Padilla, D. Slater, *Rebates as an abuse of dominance under Article 82 EC*, „Global Competition Law Center Research Papers on Article 82 EC” 2005, s. 104.

⁸⁵¹ Decyzja w sprawie *Wrigley Poland*, pkt 136.

⁸⁵² *Ibidem*, pkt 137-138.

⁸⁵³ W decyzji zostały one nazwane rabatami celowymi. *Ibidem*, pkt 141.

*osiągnięcia antykonkurencyjnych skutków konieczne jest ustalenie progu zakupów produktów (pozwalającego osiągnąć rabat celowy) na poziomie przewyższającym ilość lub wartość towarów dominanta, na które istnieje zapotrzebowanie ze strony odbiorcy*⁸⁵⁴.

Pod uwagę wzięto wysokość progu rabatowego⁸⁵⁵. Kluczowe było też uwzględnienie długości okresu referencyjnego - stwierdzono, że system rabatowy mógłby wykluczyć również efektywnego konkurenta, gdyby okres ten był długi. Odwołanie się do również efektywnego konkurenta świadczy o tym, iż przedmiotem ochrony nie ma być jakakolwiek konkurencja, tylko efektywna konkurencja. Słusznie stwierdzono, iż okres referencyjny był krótki (tydzień lub miesiąc)⁸⁵⁶. Odwołano się także do obiektywnego, ekonomicznego uzasadnienia:

*[Ustalanie rabatów] w oparciu o plany zakupów tworzone przez kontrahenta dominanta jest ekonomicznie uzasadnione, bowiem takie plany zakupów poprawiają efektywność przedsiębiorców poprzez stworzenie hurtownikom bodźców do lepszego prognozowania własnego zapotrzebowania, co pozwala stronie postępowania usprawnić planowanie produkcji i dystrybucji*⁸⁵⁷.

Odnosząc się do rabatów za udział w biznesie, Prezes Urzędu trafnie stwierdził:

*Zgodnie z ekonomicznym podejściem dla stwierdzenia stosowania antykonkurencyjnej praktyki koniecznym jest wykazanie nie tyle formy przyznawanych rabatów, co ich efektów rynkowych. W niniejszym postępowaniu organ antymonopolowy przeanalizował wpływ rabatu na sytuację na rynku i doszedł do przekonania, że nie ma on antykonkurencyjnego charakteru*⁸⁵⁸.

W konkluzjach podano, że:

*(...) liczba odbiorców, z którymi współpracuje Wrigley, jest ograniczona, a tym samym istnieje duża liczba hurtowników, z którymi Wrigley nie ma podpisanej umowy współpracy, co pozwala konkurentom Wrigley budować własne sieci dystrybucji. Wobec powyższego należy wskazać, że omówione powyżej postanowienia wzorcowej umowy Wrigley nie mają charakteru antykonkurencyjnego*⁸⁵⁹.

Teza ta jest jednoznacznie sprzeczna ze stwierdzeniem TSUE w sprawie *Tomra*, zgodnie z którym konkurenci dominanta mają prawo do rywalizacji na pełnym rynku, dlatego nie jest ważne, że współpraca z dużą liczbą klientów pozostaje dostępna⁸⁶⁰.

3.5.1.3. Komentarz do wyroku

Co oczywiste, na podstawie jednej decyzji Prezesa UOKiK nie można stwierdzić, w jaki sposób ukształtuje się w Polsce regulacja dotycząca rabatów warunkowych. Widać jednak, że rabaty zostały ocenione w duchu podejścia skutkowego. Wyraźnie stwierdzono, iż forma rabatów nie może być decydująca, uwzględniono obiektywne, ekonomiczne uzasadnienie oraz odwołano się do pojęcia również efektywnego konkurenta. Co charakterystyczne, a jednocześnie zaskakujące, Prezes UOKiK ani razu nie odwołał się do orzecznictwa TSUE dotyczącego rabatów warunkowych. Zamiast tego odniesiono się do doktryny, która wyraźnie wskazywała na potrzebę oceny skutkowej⁸⁶¹. Ponadto przywołano wytyczne Komisji, które wskazują na podejście zorientowane na ekonomiczne skutki. W przeciwieństwie do sprawy *Tomra* wzięto pod uwagę istnienie dużej grupy kontrahentów, z którymi dominant nie współpracował.

⁸⁵⁴ *Ibidem*, pkt 142.

⁸⁵⁵ W decyzji odwołano się do: J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition...*, op. cit., pkt 4.307.

⁸⁵⁶ Decyzja w sprawie *Wrigley Poland*, pkt 143.

⁸⁵⁷ *Ibidem*, pkt 145.

⁸⁵⁸ *Ibidem*, pkt 146.

⁸⁵⁹ *Ibidem*, pkt 147.

⁸⁶⁰ Wyrok w sprawie *Tomra*, pkt 42.

⁸⁶¹ Chociażby w pkt 136 i 142.

Chociaż należy opowiedzieć się za spójnością orzecznictwa krajowego i unijnego, omówiona decyzja - paradoksalnie - zasługuje na aprobatę. Uwzględniono bowiem wiele kluczowych elementów sprawy (długość okresu referencyjnego, wielkość progu, sposób udzielania rabatów) oraz zastanowiono się nad faktycznymi, a nie jedynie potencjalnymi skutkami ekonomicznymi.

3.6. PODSUMOWANIE

Analiza art. 102 TFUE w świetle praktyki orzeczniczej i decyzyjnej przywołuje refleksje na temat otwartej struktury języka prawnego (ang. „*open texture*” of language) Herberta L.A. Harta⁸⁶². Problemy napotymane przy ocenie regulacji rabatowych w świetle prawa konkurencji są dwojakiego rodzaju - dotyczą niewiedzy co do faktów i niedookreślenia celów. Po pierwsze, dominanci mogą stosować wiele form rabatowych, wywołujących potencjalnie różny efekt w określonej strukturze rynku. Mnogość ważnych elementów - m.in. wysokość progu, długość okresu referencyjnego, wielkość udziałów rynkowych dominanta i konkurentów, zawodność rynku - sprawia, że nie można z góry dokonać jednoznacznej, schematycznej oceny tej praktyki. Wymaga to zastosowania podejścia w pewnej mierze indywidualnego, jednak typizacja wydaje się niezbędna ze względu na pewność prawa i szybkość postępowania sądowego. Po drugie, rodzi się pytanie o cele regulacji rabatów warunkowych, które to cele wyznaczają standard oceny. Czy należy dać przewagę celom strukturalnym (np. wolności wyboru klientów), czy też opierać się na chicagowskim dobrobycie konsumentów? Kto ma o tym decydować i jaka powinna być praktyka Komisji Europejskiej?

W systemie prawa UE, opartym na rządach prawa, zadanie to należy do TSUE. Zgodnie z art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE zapewnia on poszanowanie prawa w wykładni i stosowaniu traktatów. Komisja, jako „strażnik traktatów”, ma gwarantować stosowanie przepisów prawa antymonopolowego, jednak robi to pod kontrolą Trybunału - i jego wykładnia art. 102 TFUE jest dla niej wiążąca. Dobrze oddają to słowa Juliane Kokott, rzecznik generalnej, która w opinii do sprawy *British Airways* stwierdziła, że nawet w przypadku zmiany praktyki administracyjnej przez Komisję w kierunku bardziej ekonomicznego podejścia nadal musi ona poruszać się w ramach wyznaczonych przez Trybunał interpretujący art. 102 TFUE⁸⁶³.

W świetle koncepcji wewnętrznej moralności prawa Lona L. Fullera prawo powinno spełniać szereg warunków, m.in. być stabilne, jasne i bezsprzeczne⁸⁶⁴. Ewolucyjny charakter omawianego zagadnienia temu nie służy. Jurysdykcje różnych państw członkowskich są podzielone między podejściem skutkowym a formalistycznym, co wynika m.in. z braku jednolitych standardów ustalonych w prawie konkurencji UE. Pomimo wytycznych Komisji, utrzymanych w duchu podejścia bardziej ekonomicznego, TSUE nadal tkwi w swojej starej linii orzeczniczej, ustalonej w sprawie *Hofmann-La Roche*. Nie wiadomo więc do końca, jak ostatecznie ukształtuje się na podstawie tego dokumentu praktyka decyzyjna i orzecznicza. Ocena rabatów lojalnościowych okazuje się także niespójna w relacji do oceny antykonkurencyjnych porozumień, opartej na klauzuli rozsądku. Dotychczasowa linia Trybunału nie jest jednak możliwa do utrzymania ze względu na zbyt duże koszty społeczne generowane przez zakazywanie prokonkurencyjnych praktyk rabatowych - przede wszystkim fałszywe pozytywy i efekt schłodzenia konkurencji.

⁸⁶² H.L.A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, Oxford 1953.

⁸⁶³ Opinia rzecznika generalnego Juliane Kokott przedstawiona 23.02.2006 r. w sprawie C-95/04 P *British Airways przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:2006:133, pkt 28.

⁸⁶⁴ L.L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale 1977.

Należy opowiedzieć się za modyfikacją bezwzględnego zakazu TSUE i dokonywaniem oceny według klauzuli rozsądku, która pozwoliłaby równoważyć prokonkurencyjne i antykonkurencyjne skutki omawianych praktyk handlowych. Zdaniem autora niniejszej pracy całkowite odejście od podejścia formalistycznego nie jest możliwe z uwagi na szybkość postępowania sądowego i pewność prawa. Trzeba jednak zmodyfikować tradycyjne podejście zgodnie z nowymi zasadami ustanowionymi przez Komisję. Przywołane argumenty wskazują, że należy szukać złotego środka między skrajnym formalizmem a podejściem zorientowanym na ekonomiczne skutki.

ZAKOŃCZENIE

Podsumowując przedstawione wnioski i obserwacje, należy podkreślić praktyczne znaczenie omawianego zagadnienia z perspektywy działalności gospodarczej przedsiębiorstw dominujących. Rabaty (premie, bonusy, dyskonta) są bowiem jednymi z najstarszych praktyk handlowych stosowanych po to, by skłonić klientów do zakupu określonych produktów lub skorzystania z określonych usług. Polegają najczęściej na obniżeniu ceny towaru bądź usługi, a od zwykłej zniżki cenowej różnią się tym, że celem ich stosowania jest pozyskanie klienta i związanie go z przedsiębiorstwem na dłuższy okres. Podejmowanie takich rynkowych zachowań wymaga szczególnej uwagi ze względu na możliwość nadużycia pozycji dominującej. Udzielanie rabatów przez przedsiębiorstwa dominujące to jedno z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień prawa konkurencji UE⁸⁶⁵.

Analiza systemów rabatowych pokazuje ich kompleksowość, można je więc klasyfikować na różne sposoby. Przede wszystkim Komisja Europejska odróżnia rabaty warunkowe od bezwarunkowych. Różnica polega na odmiennych zasadach ich przyznawania. Rabaty bezwarunkowe, które stanowią w ekonomii dyskryminację trzeciego stopnia, polegają na przyznawaniu zniżek określonej grupie osób (np. studentom, emerytom). W świetle reguł konkurencji legalność tej praktyki nie budzi wątpliwości. Z kolei rabatów warunkowych, nazywanych w ekonomii dyskryminacją drugiego stopnia, udziela się wszystkim klientom, jeśli spełnią ustalone z góry warunki. Zasadniczo wymogi te polegają na przekroczeniu określonego progu. Można dokonać dalszej klasyfikacji rabatów warunkowych ze względu na:

- rodzaj progu rabatowego (rabaty ilościowe, lojalnościowe i docelowe);
- zakres zastosowania (rabaty retroaktywne i przyrostowe);
- zakres produktów (rabaty jedno- i wieloproduktowe);
- sposób uzgodnienia (rabaty indywidualne i standardowe).

Rabaty „czysto” ilościowe są udzielane wyłącznie w związku z ilością zakupionych produktów. Rabaty lojalnościowe zawierają klauzulę wyłączności. Oznacza to, że klient, aby otrzymać rabat, musi zobowiązać się do wyłącznego lub niemal wyłącznego zaopatrywania się w produkty dominanta - stąd rabaty z tej grupy określa się również mianem rabatów za wierność. Rabaty docelowe są przyznawane na podstawie ustalonych wyników sprzedaży i okresów referencyjnych, w których wyniki te mają zostać osiągnięte. Jeżeli zniżka przyznawana jest tylko na produkty przekraczające dany próg, ma ona charakter przyrostowy; jeżeli natomiast dotyczy wszystkich zakupionych dóbr - ma charakter retroaktywny (rabat z mocą wsteczną). Wszystkie wymienione formy dotyczą rabatów jednoproduktowych. Przedsiębiorca może ponadto udzielać zniżki za łączne nabycie kilku produktów dostępnych także osobno (rabaty wieloproduktowe).

Możliwość udzielania rabatów wynika ze swobody umów, która ulega ograniczeniu ze względu na przepisy prawa konkurencji. Klauzule rabatowe mogą być zatem umieszczane w umowie sprzedaży, dostawy, dystrybucyjnej itp. Całościowe zbadanie wszystkich postanowień umownych i okoliczności sprawy ma istotne znaczenie w klasyfikacji niedozwolonej antykonkurencyjnej praktyki na podstawie art. 101 lub 102 TFUE. Jeżeli dane porozumienie zawierające klauzulę rabatową zostanie zwolnione spod zakazu art. 101 TFUE, nie oznacza to równoczesnego zwolnienia spod zakazu wyrażonego w art. 102 TFUE. O ile bowiem udzielanie rabatów ma charakter umowny, praktyka ta klasyfikowana jest jako potencjalne naruszenie pozycji dominującej. Wszystkie rozpatrywane przez TSUE sprawy z obszaru udzielania rabatów warunkowych dotyczyły obrotu profesjonalnego, czyli umów między podmiotami gospodarczymi.

⁸⁶⁵ K. Klehr, *Polityka rabatowa...*, op. cit., s. 87.

Omawianą praktykę należy oceniać w świetle zakresu podmiotowego i przedmiotowego art. 102 TFUE. W odniesieniu do pierwszego zakresu, tak jak przy innych potencjalnie antykonkurencyjnych praktykach, należy zbadać, czy dane przedsiębiorstwo ma status dominanta na rynku właściwym - tylko w takim przypadku może bowiem dojść do zakazanego nadużywania tej pozycji. Na przedsiębiorstwach dominujących spoczywa szczególna odpowiedzialność za to, by ich zachowanie nie naruszyło skutecznej i niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym⁸⁶⁶. Słusznie zauważa się więc, że posiadanie przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej stanowi warunek *sine qua non* możliwości kwalifikacji polityki rabatowej jako praktyki ograniczającej konkurencję⁸⁶⁷. *A contrario* w przypadku braku statusu dominanta podmiot gospodarczy ma swobodę w kształtowaniu tej polityki cenowej⁸⁶⁸.

Zasadniczy problem stanowi określenie zakresu przedmiotowego, czyli ustalenie, czy dana rabat to nadużycie pozycji dominującej. Nie jest przy tym istotne, że wśród przykładów wymienionych w art. 102 TFUE brakuje bezpośredniego odwołania do rabatów warunkowych - wystarczy powołać się na ogólną klauzulę zakazu nadużywania pozycji dominującej. Udzielanie rabatów klasyfikowane jest przede wszystkim jako praktyka wykluczająca. Oddziałuje ona bezpośrednio na konkurentów dominanta - osłabia ich lub eliminuje z rynku. W wyniku stosowania tej praktyki może zatem dojść do zamknięcia rynku przed konkurentami, czyli do skutku wykluczającego. Rabaty warunkowe wykazują ścisły związek z transakcją wyłączną, dyskryminacją cenową, drapieżnictwem, sprzedażą wiążaną i pakietową. Zakaz ich udzielania oparto na ogólnych koncepcjach wypracowanych na gruncie art. 102 TFUE: abstrakcyjnej definicji nadużywania pozycji dominującej, szczególnej odpowiedzialności dominanta, obiektywnym, ekonomicznym uzasadnieniu i konkurencji merytorycznej. Wszystkie te koncepcje są bardzo nieostre, nie ułatwiają więc oceny omawianych praktyk.

Ze względu na abstrakcyjny charakter przepisów ustanawiających zakaz praktyk ograniczających konkurencję niezwykle istotna jest wykładnia przepisów dokonywana w orzecznictwie TSUE, będącym konkretyzacją i dopełnieniem reguł unijnego dorobku prawnego. Ponadto wobec ubogiej polskiej praktyki orzeczniczej i decyzyjnej w tym zakresie, daleko idącej zbieżności obu regulacji antymonopolowych oraz zasady bezpośredniego stosowania prawa UE - standardy wypracowane przez Trybunał mogą, jako swoisty wzorzec, służyć ocenie zgodności systemów rabatowych także w polskim prawie konkurencji na podstawie art. 9 u.o.k.i.k.⁸⁶⁹ Jest to o tyle istotne, że - jak podaje Tadeusz Skoczny - w wyniku dokonanej decentralizacji art. 102 TFUE ok. 90% spraw z zarzutu nadużywania pozycji dominującej toczy się przed krajowymi organami antymonopolowymi⁸⁷⁰.

Do znamiennych cech regulacji rabatów warunkowych w świetle prawa konkurencji UE należy ich ocena według podejścia formalnego. Uznawano, że są one zakazane, jedynie ze względu na ich formę i potencjalną tendencję do wywoływania antykonkurencyjnych skutków. Zastrzeżenia budzą zwłaszcza rabaty lojalnościowe i docelowe, które wywołują podobny skutek lojalnościowy. Przyczynami takiej oceny są cel i charakter badanych praktyk, czyli ich natura zmierzająca do „budowania lojalności” i „wiązania klientów”. Według instytucji UE prowadzi to do ograniczenia możliwości dokonywania zakupów u konkurentów dominanta i zamknięcia dostępu do rynku. W odniesieniu do retroaktywnych rabatów docelowych zwraca się uwagę również na to, iż rzeczywista cena ostatnich sztuk jest dla klienta bardzo niska ze względu na

⁸⁶⁶ Stanowi to wyraz doktryny szczególnej odpowiedzialności dominanta. Por. wyrok Trybunału w sprawie *Michelin II*, pkt 229.

⁸⁶⁷ K. Klehr, *Polityka rabatowa...*, op. cit., s. 88.

⁸⁶⁸ O ile nie stanowi to oczywiście przejawu innej praktyki zakazanej na gruncie 101 TFUE. np. narzucania cen minimalnych.

⁸⁶⁹ K. Klehr, *Polityka rabatowa...*, op. cit., s. 87.

⁸⁷⁰ T. Skoczny, *W sprawie modernizacji...*, op. cit., s. 105-132.

efekt zasysania (wchłonięcia)⁸⁷¹. Stosowanie długiego okresu referencyjnego ocenia się także jako zachowanie nieuczciwe wobec kontrahentów, którzy - jeśli chcą uzyskać premię - mogą być zmuszeni do działania ze stratą, dopóki nie dostaną obiecanej nagrody finansowej⁸⁷². W przypadku udzielania rabatów wieloproduktowych (pakietowych) stwierdza się, że pozwalają dominantowi wykorzystać pozycję rynkową w celu ekspansji sąsiednich rynków (efekt dźwigni). Najmniejsze zastrzeżenia budzą rabaty ilościowe, co do zasady uznawane za legalne. Wprowadzenie tego systemu rabatowego nie przesądza jednak z góry o jego legalności pod kątem art. 102 TFUE. Decyduje o tym prawny i ekonomiczny kontekst badanego zachowania rynkowego. Rabaty ilościowe mogą niekiedy być ukształtowane tak, że mimo standardowego charakteru są zbliżone do programów docelowych. Dzieje się tak w szczególności wtedy, gdy mają charakter retroaktywny, długi okres referencyjny i wiele progów. Generalizując: im bardziej skomplikowana forma danego rabatu, tym surowsza ocena w świetle unijnych reguł konkurencji.

A zatem w przypadku rabatów lojalnościowych można uznać, że w świetle praktyki orzeczniczej i decyzyjnej UE są one bezwzględnie zakazane. Z kolei w przypadku rabatów docelowych i ilościowych bada się także inne elementy: długość okresu referencyjnego, wielkość i liczbę progów rabatowych, sposób uzgodnienia tych progów, transparentność systemu rabatowego, wielkość udziałów dominanta w rynku itp. Zasadniczo jednak elementem przesądzającym jest zidentyfikowanie zakazanego typu programu rabatowego, który zawiera określone niepożądane elementy (m.in. długi okres referencyjny, retroaktywny charakter, indywidualnie uzgadniane progi). W takim przypadku domniemywa się ich abuzywny charakter bez uwzględnienia specyficznej sytuacji dominanta, np. potrzeby efektywnego nagradzania agentów podróży prowadzących działalność w miejscach o różnych gęstościach zaludnienia. Ściśle wiąże się to z problemem możliwości usprawiedliwienia praktyki rabatowej przez powołanie się na obiektywne, ekonomiczne uzasadnienie. Koncepcja ta jest określana niezwykle wąsko - na tyle, że w przypadku omawianego obszaru przedsiębiorstw dominującym, które wnosili skargę na nieważność decyzji Komisji, nie udało się dotąd skutecznie na takie uzasadnienie powołać.

W Stanach Zjednoczonych sytuacja przedstawia się odmiennie: do uznania praktyk monopolizacyjnych za zakazane na gruncie art. 2 ustawy Shermana konieczne jest wykazanie rzeczywistych antykonkurencyjnych skutków. Stanowi to wyraz podejścia skutkowego, czyli opartego właśnie na skutkach ekonomicznych. Niewystarczające jest zatem stwierdzenie, że dana praktyka ze swej natury ogranicza konkurencję i ze względu na samą formę powinna być zakazana. W USA istnieje silne domniemanie zgodności praktyk rabatowych z prawem antytrustowym, o ile nie mają one charakteru drapieżnictwa cenowego. Uzasadnieniem takiego stanowiska jest zwykle traktowanie obniżek cenowych jako sposobu na poprawę działalności gospodarczej. Poziom rozbieżności między orzecnictwem unijnym i amerykańskim dobrze ilustruje sprawa *British Airways*, oceniana po obu stronach Atlantyku. W przeciwieństwie do TSUE sąd amerykański stwierdził, iż *nagradzanie lojalności klientów promuje konkurencję co do meritum*⁸⁷³. W amerykańskim prawie antytrustowym bardzo ważną kwestią jest ocenienie praktyki rabatowej pod kątem klauzuli rozsądku. Ocena taka ma dużo elastyczniejszy charakter niż w ekonomiczne, obiektywne uzasadnienie stosowane przez TSUE. Pozwala zbalansować interesy stron i wpływ badanej praktyki na konkurencję.

Kolejną cechą odróżniającą oba systemy prawne jest różnica celów realizowanych przez unijne prawo konkurencji i amerykańskie prawo antytrustowe. Instytucje Unii Europejskiej, zakazując udzielania rabatów warunkowych, odwołują się do celów strukturalnych i ordoliberalnych wartości

⁸⁷¹ Wyrok Trybunału w sprawie *Tomra*, pkt 78.

⁸⁷² Por. decyzję Komisji w sprawie *Michelin II*, pkt 218, 224.

⁸⁷³ *Rewarding customer loyalty promotes competition on the merits*. Zob. wyrok w sprawie *Virgin Atlantic Airways Ltd. przeciwko British Airways PLC*, pkt 265.

- niezakłóconej konkurencji, wolności wyboru po stronie klientów, wolności konkutowania rywali dominanta, uczciwości - oraz do celu integracyjnego w postaci ochrony rynku wewnętrznego. Dobrobyt konsumentów może być zdaniem instytucji unijnych promowany także w sposób pośredni: przez ochronę struktury rynku. W przypadku amerykańskiego prawa antytrustowego realizowany jest wyłącznie jeden cel, a mianowicie efektywność rozumiana jako ochrona dobrobytu konsumentów.

W związku z powyższym można dojść do oczywistej konstatacji, że badanie tych samych zachowań dominanta w świetle podejścia formalistycznego i skutkowego bardzo często przynosi zupełnie różne rozwiązania. Skłania to do refleksji na temat oceny obu podejść, ich założeń aksjologicznych i przyjętych podstaw ekonomicznych. Innymi słowy: należy zadać pytanie, czy bezwzględny zakaz omawianej praktyki jest zasadny. Niezwykle trudno udzielić odpowiedzi, gdyż zależy ona od istoty rozumienia podstawowych pojęć oraz wartości przyświecających prawu konkurencji i prawu jako takiemu. Fakt, że między teoriami ekonomicznymi istnieje duża rozbieżność w ocenie badanego zachowania dominanta, potęguje tę trudność.

Ekonomia i prawo konkurencji są nierozdzielnie związane. Teorie ekonomiczne nadają kształt unijnej polityce konkurencji, a przez to wywierają znaczący wpływ na regulację systemów rabatowych w UE. Niektóre szkoły ekonomiczne opowiadają się za restrykcyjną oceną omawianej praktyki, inne - podkreślają jej prokonkurencyjne skutki.

Z perspektywy ekonomicznej rabaty i zniżki są często postrzegane jako pożądane, ponieważ przyczyniają się do obniżenia cen towarów i usług oraz poprawy dobrobytu konsumentów. Ponadto zwiększają efektywność przedsiębiorstwa: korzysta ono z wysokiej cenowej elastyczności popytu i efektu skali, dzięki czemu może zmniejszyć swoje koszty i minimalizować ryzyko sprzedaży. Kolejne korzyści wiążą się z lepszym funkcjonowaniem łańcucha dystrybucji, gdyż programy rabatowe są skutecznym narzędziem motywowania dystrybutorów lub sprzedawców do zwiększania wysiłków sprzedaży. Udzielanie rabatów zapobiega wielu niekorzystnym efektom, chociażby problemowi gapowicza i asymetrii informacji, redukuje też nakładanie podwójnej marży.

Mimo tych bezsprzecznych atutów zauważa się także potencjalne negatywne skutki rabatów. Szczególne zaniepokojenie budzi efekt zamknięcia rynku i tym samym wykluczenie konkurentów. Chociaż rabaty lojalnościowe stanowią bodziec do skuteczniejszej koordynacji w łańcuchu dystrybucji, przyczyniają się też do zmniejszenia konkurencji międzymarkowej, co ogranicza wybór konsumentom - bezpośrednio oddziałują zatem na strukturę danego rynku. Przedsiębiorstwo dominujące może użyć rabatu, aby rozszerzyć swoją pozycję z niepodważalnej części popytu na część podważalną, podlegającą konkurencji ze strony rywali. Innymi słowy, dzięki programowi rabatowemu dominant ma szansę „zasysać” te jednostki towarów, które są objęte podważalną (podlegającą konkurencji) częścią popytu.

Przedstawiciele szkoły harwardzkiej i szkoły fryburskiej (ordoliberalizmu) koncentrowali się na strukturze rynku zbliżonej do modelu doskonałej konkurencji. Ich zdaniem jak największa liczba podmiotów gospodarczych na rynku sprzyja efektywności alokacyjnej oraz sprawia, że dobra są sprzedawane po możliwie najniższej cenie. Zgodnie z modelem kształtowania się ceny w monopolu⁸⁷⁴ zdominowanie rynku przez jedno przedsiębiorstwo prowadzi do bezpowrotnej straty społecznej. Najnowsze teorie ekonomiczne pokazują jednak, że również przy małej liczbie przedsiębiorstw rynek może funkcjonować efektywnie. Obrazuje to chociażby model Bertranda, dotyczący funkcji reakcji w oligopolu. Zgodnie z tym modelem polityka cenowa nakierowana na obniżkę cen może być gospodarczo efektywna - nawet w przypadku silnej koncentracji rynku. Z tego względu pojawia się pytanie, jaka konkurencja chroniona jest w systemie prawnym Unii Europejskiej - konkurencja w znaczeniu podmiotowo-strukturalnym czy też efektywna konkurencja, koncentrująca się na korzystnym wpływie na dobrobyt konsumentów. Ochrona niezakłóconej konkurencji rozumianej

⁸⁷⁴ Por. wykres 3.

w duchu ordoliberalnym promuje dostęp do rynku dla wszystkich pomiotów gospodarczych. Instytucje UE, skupiające się na takim rozumieniu konkurencji, są zasadnie oskarżane, że chronią jedynie rywali dominanta, a nie dobrobyt konsumentów.

W związku z powyższym należy negatywnie ocenić regulację systemów rabatowych w myśl podejścia formalistycznego. Bezwzględny zakaz programów rabatowych nie jest zasadny w świetle najnowszych koncepcji ekonomicznych. Chociaż ekonomiści dostrzegają zagrożenia (m.in. ryzyko wykluczenia konkurentów), są dalecy od bezwzględnego zakazu stosowania rabatów warunkowych. Zasadniczo podkreślają ich prokonkurencyjne skutki, pomagające zwiększyć efektywność przedsiębiorstwa, stymulować konkurencję i obniżyć ceny. Nie dziwi zatem fakt, że tak rygorystyczne stanowisko TSUE stało się przedmiotem obszernej krytyki⁸⁷⁵. W szczególności podkreślano, iż społeczny koszt nadmiernie interwencyjnych reguł konkurencji to nie tylko odszkodowanie wypłacone przez jednego pechowego pozwanego. To także bezpowrotna strata, która zmniejsza dobrobyt konsumentów w sytuacji, gdy firmy zostaną zniechęcone do agresywnych, ale prokonkurencyjnych obniżek⁸⁷⁶. Formalistyczne podejście instytucji UE przyczynia się do powstawania fałszywych pozytywów, czyli zakazywania lub reglamentowania praktyk, które nie są antykonkurencyjne, co prowadzi do efektu schłodzenia konkurencji. Jest to swoisty paradoks - prawo antymonopolowe, mające chronić konkurencję, przez swą rygorystyczność powoduje jej osłabienie. Kryterium efektywności należy wywodzić z istoty procesu konkurowania, który ze swojej natury prowadzi do zjawiska „kreatywnej destrukcji”: mniej efektywne przedsiębiorstwa przegrywają w konfrontacji z efektywniejszymi rywalami i są zmuszone do opuszczenia rynku⁸⁷⁷.

Krytyka ta przyczyniła się do zapowiedzenia przez Komisję Europejską złagodzenia tak rygorystycznego podejścia - najpierw w dokumencie dyskusyjnym na temat stosowania art. 102 TFUE względem nadużyć wykluczających, a następnie w przewodniku po priorytetach (zwanym wytycznymi Komisji). Zapowiedziano większe uwzględnienie ekonomicznych skutków omawianej praktyki handlowej, co stanowi wyraz specyficznej modernizacji art. 102 TFUE w świetle nowych teorii ekonomicznych. Owa specyfika polega na tym, że przedmiotowy dokument jest aktem miękkiego prawa i nie może naruszyć wykładni art. 102 TFUE dokonanej przez Trybunał. Można to porównać do próby pogodzenia ognia z wodą.

Czy wytyczne spełnią swoje zadanie i doprowadzą do złagodzenia podejścia Trybunału do omawianej praktyki? Odpowiedź na to pytanie będzie możliwa dopiero w przyszłości - na razie istnieje zbyt mało rozstrzygnięć TSUE. Obecnie można jedynie wyciągać wstępne wnioski ze spraw *Tomra* i *Intel*. Na ich podstawie należy stwierdzić, że chociaż TSUE inspirował się wytycznymi Komisji, w ocenie rabatów warunkowych nadal dominowało formalistyczne podejście. Należałoby opowiedzieć się za stworzeniem klauzuli rozsądku, która byłaby „bezpiecznym portem” dla działalności gospodarczej dominanta. Wypracowanie jednolitych standardów oceny na bazie nowych zasad i narzędzi zaproponowanych przez Komisję jest bardzo pożądane.

⁸⁷⁵ Zob. K. Kohutek, *Rabaty udzielane...*, op. cit., s. 36 (wraz z przywołaną tam obszerną literaturą przedmiotu).

⁸⁷⁶ H.J. Hovenkamp, *Discounts...*, op. cit., s. 861.

⁸⁷⁷ Por. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, s. 538; G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanaghs, *Economics...*, op. cit., s. 20.

Bibliografia

Pozycje książkowe

1. Ahlborn Ch., Padilla A.J., *From fairness to welfare: implications for the assessment of unilateral conduct under EC Competition Law* w: C.D. Ehlermann, M. Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford-Portland 2008.
2. Akman P., *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, Oksford 2012.
3. Amato G., *Antitrust and the Bounds of Power*, Oksford 1997.
4. American Bar Association, *Antitrust Law and Economics of Product Distribution*, Chicago 2006.
5. American Bar Association, *Antitrust Law Developments*, t. I, Chicago 2007.
6. Areeda P., Hovenkamp H., *Fundamentals of Antitrust Law*, Chicago-Nowy Jork 2010.
7. Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International 2005.
8. Bain J.S., *Barriers to New Competition*, Cambridge 1956.
9. Baird D.G., *Game Theory and the Law*, Harvard 1994.
10. Begg D., Fischer S., Dornbusch R., *Ekonomia*, Warszawa 1993.
11. Begg D., Fischer S., Dornbusch R., *Mikroekonomia*, Warszawa 2007.
12. Behrens P., *Teoretyczne i praktyczne problemy stosowania instrumentów ekonomicznych w prawie kartelowym* w: C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007.
13. Bishop S., *Delivering benefits to consumers or per se illegal? Assessing the competitive effects of loyalty rebates w: The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket 2007.
14. Bishop S., *Loyalty rebates and „merger standards”: a roadmap for the practical assessment of Article 82 investigations* w: C.D. Ehlermann, M. Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oksford-Portland 2008.
15. Bishop S., Walker M., *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, Londyn 2009.
16. Bongard Ch., Möller D., Reimann A., Szadkowski N., Dubejko U., *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Bonn-Warszawa 2007.
17. Bork H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Oksford 1997.
18. Böhm F., *Democracy and Economic Power w: Cartel and Monopoly in Modern Law*, Karlsruhe 1961.
19. Brisimi V., *The Interface between Competition and the Internal Market*, Oksford 2014.
20. Cooper R., Ulen T., *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011.
21. Craig P., Búrca G., *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oksford 2003.
22. Czarny B., *Wstęp do ekonomii*, Warszawa 2006.
23. Dabbah M.M., *EC and UK Competition Law: Commentary, Cases and Materials*, Cambridge 2004.
24. Decker Ch., *Economics and the Enforcement of European Competition Law*, Cheltenham 2009.
25. Dennis W., Perloff M., *Modern Industrial Organization*, Boston 1990.
26. Elhauge E., Geradin D., *Global Antitrust Law and Economics*, Nowy Jork 2011.
27. Elhauge E., Geradin D., *Global Competition Law and Economics*, Oksford-Portland-Oregon 2007.
28. Eucken W., *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tybinga 1952.
29. Eucken W., *The Foundation of Economics - History and Theory in the Analysis of Economic Reality*, Berlin-Nowy Jork 1992.
30. Ezrachi A., *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Oksford 2014.
31. Faul J., Nikpay A., *The EC Law of Competition*, Oksford 2007.
32. Foer A.A., Stutz R., *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States*, Cheltenham-Northampton 2012.

33. Frank R., *Microeconomics and Behavior*, Cornell 2010.
34. Frenz W., *Handbuch Europarecht Band 2: Europäisches Kartellrecht*, Berlin 2006.
35. Fuller L.L., *The Morality of Law*, Yale 1977.
36. Furse M., *Competition Law of the EU and UK*, Oxford 2011.
37. Geradin D., Layne-Farrar A., Petit N., *EU Competition Law and Economics*, Oksford 2012.
38. Gerber D.J., *Global Competition. Law, Markets and Globalization*, Oksford 2010.
39. Gerber D.J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oksford 2001.
40. Gerber D.J., *The future of Article 82: dissecting the conflict w: C.D. Ehlermann, M. Marquis (red.), European Competition Law Annual 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oksford-Portland 2008.
41. Gifford D.J., Kurdle R.T., *The Atlantic Divide in Antitrust: An Examination of US and EU Competition Policy*, Chicago 2015.
42. Goyder D.G., *EC Competition Law*, Oksford 2003.
43. Górka M., *Przesłanki uznania odmowy dostępu do własności intelektualnej za nadużycie pozycji dominującej w: J. Kępiński, K. Klafkowska-Waśniowska, R. Sikorski, Konkurencja a własność intelektualna*, Warszawa 2011.
44. Hawk B.E., *The current debate about section 2 of the Sherman Act: judicial certainty versus rule of reason w: A.M. Mateus, T. Moreira (red.), Competition Law and Economics. Advances in Competition Policy Enforcement in the EU and North America*, Cheltenham-Northampton 2010.
45. Hayek F., *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago 1978.
46. Hildebrand D., *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Haga-Londyn-Nowy Jork 2009.
47. Hovenkamp H.J., *Economics and Federal Antitrust Law*, Saint Paul 1985.
48. Hovenkamp H., *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Practice*, Saint Paul 1994.
49. Jain T.R., Khanna O.P., *Microeconomics (for BBA)*, Nowe Delhi 2010.
50. Jones A., Sufrin B., *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oksford 2011.
51. Jurczyk Z., *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce w: C. Banasiński, E. Stawicki (red.), Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007.
52. Jurkowska-Gomułka A., Skoczny T., *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2010.
53. Kępiński M. (red.), *Prawo konkurencji - System Prawa Prywatnego*, t. 15, Warszawa 2013.
54. Kohutek K., *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących*, Warszawa 2012.
55. Kowalik-Bańczyk K., *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych. W kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2012.
56. Krent H.J., *Administracyjne egzekwowanie prawa konkurencji w Stanach Zjednoczonych w: Amerykański i europejski system ochrony konkurencji*, Warszawa 2007.
57. Krugman P., Wells R., *Economics*, Nowy Jork 2006.
58. Lane R., *EC Competition Law*, Harlow 2000.
59. Lyons B., *The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse w: The Pros and Cons of High Prices*, Kalmar 2007.
60. Małobęcki I., *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji - ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013.
61. Mason E.S., *Economic Concentration and the Monopoly Problem*, Cambridge 1957.
62. Materna G., *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie konkurencji*, Warszawa 2009.
63. Miąsik D., *Komentarz do art. 102 TFUE w: K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, A. Wróbel (red.), Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2012.
64. Miąsik D., *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Kraków 2004.

65. Miąsik D., *Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player* w: D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoftu - studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008.
66. Milewski R., *Elementarne zagadnienia ekonomii*, Warszawa 1993.
67. Motta M., *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge 2004.
68. Motta M., *Michelin II - The treatment of rebates* w: B. Lyons (red.), *Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis*, Cambridge 2009.
69. Niels G., Jenkins H., Kavanagh J., *Economics for Competition Lawyers*, Oksford 2011.
70. Nowak-Chrząszcz B., *Roszczenie odszkodowawcze w postępowaniu w sprawie o naruszenie wspólnotowego prawa konkurencji* w: E. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Warszawa 2008.
71. O'Donoghue R., Padilla A.J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oksford 2006.
72. Østerud E., *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law: The Spectrum of Tests*, Alphen aan den Rijn 2010.
73. Pace L.F. (red.), *European Competition Law: The Impact of The Commission's Guidance On Article 102*, Cheltenham-Northampton 2011.
74. Paulis E., *Abuses of dominant position and monopolization: conclusions of the major debates in the EU and USA* w: A.M. Mateus, T. Moreira (red.), *Competition Law and Economics: Advances in Competition Policy Enforcement in the EU and North America*, Northampton 2010.
75. Paulis E., *Article 82 and exploitative conduct* w: C.D. Ehlermann, M. Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oksford-Portland 2008.
76. Phillips R., *Pricing and Revenue Optimization*, Stanford 2006.
77. Posner R.A., *Antitrust Law*, Chicago 2001.
78. Richter A.Ch., *Mengen- und umsatzbezogene Rabatte marktbeherrschender Unternehmen in den Grenzen des Art. 102 AEUV*, Berlin 2013.
79. Rodriguez A.E., Menon A., *The Limits of Competition Policy*, Haga 2010.
80. Roussea E., *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Oksford 2010.
81. Sauter W., *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Oksford 2003.
82. Simon H., *Zarządzanie cenami*, Warszawa 1996.
83. Skoczny T. (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009.
84. Skoczny T., *W sprawie modernizacji stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej* w: C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno-ekonomiczne)*, Warszawa 2005.
85. Smith A., *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Warszawa 1954.
86. Spector D., *Loyalty rebates and related pricing practices: when should competition authorities worry?* w: D.S. Evans, J. Padilla (red.), *Global Competition Policy: Economic Issues And Impacts*, LECG 2004.
87. Stefaniuk M., *Pojęcie rynku i konkurencji w publicznoprawnych regułach konkurencji* w: M. Stefaniuk (red.), *Publicznoprawne reguły konkurencji*, Lublin 2005.
88. Stroiński R., *Wprowadzenie do analizy ekonomicznej prawa (Law & Economics)* w: M. Bednarski, J. Wilkin (red.), *Ekonomia dla prawników*, Warszawa 2008.
89. Stucke M.E., *What is competition?* w: D. Zimmer (red.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham-Northampton 2012.
90. Szadkowski N., *Drapieżnictwo cenowe w teorii ekonomii i w praktyce orzeczniczej polskiego organu antymonopolowego* w: C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007.
91. Szydło M., *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010.
92. Whish R., *Competition Law*, Oksford 2009.
93. Willis P.R., *Introduction to EU Competition Law*, Londyn 2013.

Artykuły

1. Ahlborn Ch., Bailey D., *Discounts and selective pricing by dominant firms: a transatlantic comparison*, „European Competition Journal” 2006, nr 2.
2. Ahlborn Ch., Grave C., *Walter Eucken and ordoliberalism: an introduction from a consumer welfare perspective*, „Competition Policy International” 2006, nr 2.
3. Andriychuk O., *Can we protect competition without protecting consumers?*, „Competition Law Review” 2009, nr 1.
4. Areeda P., Tuner D.P., *Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act*, „Harvard Law Review” 1975, nr 88.
5. Audretsch D.B., Baumol W.J., Burke A.E., *Competition policy in dynamic markets*, „International Journal of Industrial Organization” 2001, nr 19.
6. Bailey D., *Presumptions in EU competition law*, „European Competition Law Review” 2010, nr 31.
7. Bator F.M., *The anatomy of market failure*, „Quarterly Journal of Economics” 1958, nr 72.
8. Baumol W.J., Panzar J.C., Willig R.D., *Contestable markets and the theory of industry structure*, „Journal of Political Economy” 1983, nr 6.
9. Baumol W.J., Panzar J.C., Willig R.D., *Fixed costs, sunk costs, entry barriers, and sustainability of monopoly*, „The Quarterly Journal of Economics” 1981, nr 3.
10. Beard T.R., Ford G.S., Spiwak L.J., *Quantity-discount contracts as a barrier to entry*, „Phoenix Center Policy Paper” 2004, nr 20.
11. Bergh R., *Modern industrial organization versus old fashioned European competition law*, „European Competition Law Review” 1996, nr 2.
12. Bertrand J., *Book review of theorie mathematique de la richesse sociale and of recherches sur les principes mathematiques de la theorie des richesses*, „Journal de Savants” 1883, nr 67.
13. Bishop R.L., *Elasticities, cross-elasticities, and market relationships*, „American Economic Review” 1952, nr 2.
14. Błachucki M., *Rozwój historyczny i cele prawa konkurencji*, „Ekonomia i Prawo” 2013, nr 2.
15. Bolton P., *Predatory pricing: strategic theory and legal policy*, „Georgetown Law Journal” 2000, nr 88.
16. Bork R.H., Bowman W., *The crisis in antitrust*, „Competition Law Review” 1965, nr 3.
17. Brzezińska-Rawa A., *Dyskryminacja jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w unijnym prawie konkurencji*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 1.
18. Buchanan J.N., *Externality*, „Economica” 1962, nr 29.
19. Crane D.A., *Bargaining over loyalty*, „Texas Law Review” 2013, nr 2.
20. Cseres K.J., *The controversies of the consumer welfare standard*, „Competition Law Review” 2007, nr 2.
21. Director A.L., *Law and the future: trade regulation*, „Northwestern University Law Review” 1956, nr 51.
22. Duncan R.A., McCormac B.S., *Loyalty and fidelity discounts and rebates in the U.S. and E.U.: will divergence occur over cost-based standards of liability?*, „The Sedona Conference Journal” 2008, nr 9.
23. Elhauge E., *Tying, bundled discounts, and the death of single monopoly profit*, „Harvard Law Review” 2009, nr 123.
24. Economides N., Lianos I., *The elusive antitrust standard on bundling in Europe and in the United States in the aftermath of the Microsoft cases*, „Antitrust Law Journal” 2009, nr 2.
25. Elhauge E., *Tying, bundled Discounts, and the death of the single monopoly profit theory*, 123 „Harvard Law Review” 2009, nr 123.
26. Elhauge E., *Why above-cost price cuts to drive out entrants are not predatory - and the implications for defining costs and market power*, „Yale Law Journal” 2003, nr 112.
27. Ellingsen T., Johannesson M., *Is there a hold-up problem?*, „The Scandinavian Journal of Economics” 2004, nr 3.

28. Epstein R.A., *Monopoly dominance or level playing field? The new antitrust paradox*, „University of Chicago Law Review” 2005, nr 49.
29. Eucken W., *The competitive order and its implementation*, „Competition Policy International” 2006, nr 2.
30. Evans D., Padilla J., *Designing antitrust rules for assessing unilateral practices: a neo-Chicago approach*, „University of Chicago Law Review” 2005, nr 72.
31. Faella G., *The antitrust assessment of loyalty discounts and rebates*, „Journal of Competition Law and Economics” 2008, nr 2.
32. Fox E., *What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect*, „Antitrust Law Journal” 2002, nr 70.
33. Gates S., *Antitrust by analogy: developing rules for loyalty rebates and bundled discounts*, „Antitrust Law Journal” 2013, nr 1.
34. Gellhorn E., *An introduction to antitrust economics*, „Duke Law Journal” 1975, nr 1.
35. Geradin D., *A proposed test for separating pro-competitive loyalty rebates from anti-competitive ones*, „Tilburg Law and Economics Center Discussion Paper” 2008, nr 41.
36. Geradin D., *Loyalty rebates after Intel: time for the European Court of Justice to overrule Hoffmann-La Roche*, „Journal of Competition Law & Economics” 2015, nr 11.
37. Geradin D., Petit N., *Price discrimination under EC competition law: another antitrust doctrine in search of limiting principles?*, „Journal of Competition Law and Economics” 2006, nr 2.
38. Geradin D., Petit N., *Price discrimination under EC competition law: the need for a case by-case approach*, „The Global Competition Law Centre Working Papers Series” 2005, nr 7.
39. Gerber D.J., *Law and the abuse of economic power in Europe*, „Tulane Law Review” 1987, nr 62.
40. Gerber D.J., *Two forms of modernization in European competition law*, „Fordham International Law Journal” 2007.
41. Gormsen L.L., *Article 82 EC: where are we coming from and where are we going to?*, „Competition Law Review” 2006, nr 2.
42. Gormsen L.L., *The conflict between economic freedom and consumer welfare in the modernisation of Article 82 EC*, „European Competition Journal” 2007, nr 2.
43. Hayek F.A., *Competition as a discovery procedure*, „The Quarterly Journal of Austrian Economics” 2002, nr 3.
44. Hildebrand D., *The emergence of the European school*, „Concurrences” 2012, nr 2.
45. Hildebrand D., *The European school in EC competition law*, „World Competition” 2002, nr 1.
46. Hovenkamp H., *Antitrust policy after Chicago*, „Michigan Law Review” 1985, nr 84.
47. Hovenkamp H.J., *Discounts and exclusions*, „Utah Law Review” 2006, nr 3.
48. Hovenkamp H., *Post-Chicago antitrust: a review and critique*, „Columbia Business Law Review” 2001, s. 321.
49. Hovenkamp H., Hovenkamp E., *Complex bundled discounts and antitrust policy*, „Buffalo Law Review” 2009, nr 57.
50. Hubert P., *Exploitative abuse: the end of the paradox?*, „Concurrences” 2011, nr 1.
51. Ibáñez Colomo P., *Intel and Article 102 TFEU case law: making sense of a perpetual controversy*, „The Law, Society and Economy Legal Studies Working Paper” 2014, nr 29.
52. Jebsen P., Stevens R., *Assumptions, goals and dominant undertakings: the regulation of competition under Article 86 of the European Union*, „Antitrust Law Journal” 1996, nr 64.
53. Jones A., *The boundaries of an undertaking in EU competition law*, „European Competition Journal” 2012, nr 8.
54. Kallaugh J., Sher B., *Rebates revisited: anti-competitive effects and exclusionary abuse under Article 82*, „European Competition Law Review” 2004, nr 5.
55. Kamińska K., *Wpływ ordoliberalizmu na rozwój polityki konkurencji w RFN i Unii Europejskiej*, „Ekonomia i Prawo” 2013, nr 2.

56. Kilper J.H., *Bundle of trouble: an Analysis of how the lower courts have handled bundled discounts since. LePage's Inc. v. 3M, A.*, „Missouri Law Review” 2007, nr 72.
57. Klehr K., *Polityka rabatowa przedsiębiorców dominujących w świetle orzecznictwa z zakresu prawa konkurencji - przegląd orzecznictwa*, „Glosa - Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach” 2012, nr 4.
58. Klein B., Murphy K.M., *Vertical restraints as contract enforcement mechanisms*, „The Journal of Law and Economics” 1988, nr 31.
59. Kohutek K., *Drapieżnictwo cenowe jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w prawie konkurencji - Wytyczne KE z 2009 r. a stanowisko sądów wspólnotowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 3.
60. Kohutek K., *Nadużycie pozycji dominującej - glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P British Airways*, „Glosa - Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach” 2009, nr 2.
61. Kohutek K., *Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 7.
62. Kohutek K., *Zachowanie formalnego podejścia do oceny rabatów stosowanych dominatorów oraz deprecjacja testu równie efektywnego konkurenta - glosa do wyroku Sądu z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09, Intel Corp. przeciwko Komisji*, „Glosa - Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach” 2014, nr 4, s. 82.
63. Kolay S., Shaffer S.G., Ordover J., *All-unit discounts in retail contracts*, „Journal of Economics and Management Strategy” 2004, nr 13.
64. Korn K., *Określanie rynku właściwego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w latach 1997-2010*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2012, nr 2.
65. Kostecka-Jurczyk D., *Test równie efektywnego konkurenta a test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta w ocenie nożyc kosztowo-cenowych na rynku telekomunikacyjnym*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2014, nr 9.
66. Kovacic N., Shapiro C., *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*, „Journal of Economic Perspectives” 2000, nr 1.
67. Lambert A., *Appropriate liability rules for tying and bundled discounting*, „Ohio State Law Journal” 2011, nr 72.
68. Lande R.H., *Should predatory pricing rules immunize exclusionary discounts?*, „Utah Law Review” 2006, nr 63.
69. Landeo C.M., Spier K.E., *Exclusive dealing and market foreclosure: further experimental results*, „Journal of Institutional and Theoretical Economics” 2012, nr 168.
70. Landes W.Q.M., Posner R., *Market power in antitrust cases*, „Harvard Law Review” 1981, nr 5.
71. Lerner A., *The concept of monopoly and the measurement of monopoly power*, „The Review of Economic Studies” 1934, nr 1.
72. Lovdahl Gormsen L., *The European Commission's priority guidelines on Article 82 EC*, „Communication Law Journal” 2009, nr 3.
73. Maier-Rigaud F.P., *Switching costs in retroactive rebates - what's time got to do with it?*, „Journal of Competition Law & Economics” 2005, nr 4.
74. Mansfield E., Schwartz M., Wagner S., *Imitation costs and patents: an empirical study*, „The Economic Journal” 1981, nr 91.
75. Marsden P., Gormsen L.L., *Guidance on abuse in Europe: the continued concern for rivalry and a competitive structure*, „Antitrust Bulletin” 2010, nr 4.
76. Marty F., Pilot J., *Remises de fidélité et abus d'éviction: quelles évolutions dans la pratique décisionnelle de la Commission européenne?*, „Revue internationale de droit économique” 2011, nr 3.
77. Maziarz A., *Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w unijnym prawie konkurencji*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 19.

78. McGee J., *Predatory price cutting: the Standard Oil (N.J.) case*, „Journal of Law and Economics” 1958, nr 1.
79. Meese A.J., *Market failure and non-standard contracting: how the ghost of perfect competition still haunts antitrust*, „Journal of Competition Law & Economics” 2005, nr 1.
80. Meese A.J., *Robert Bork’s forgotten role in the transaction cost revolution*, „Antitrust Law Journal” 2014, nr 3.
81. Miąsik D., *Controlled chaos with consumer welfare as the winner - a study of the goals of Polish antitrust law*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2008, nr 1.
82. Miąsik D., *Wpływ prawa UE na stosowanie polskiego prawa ochrony konkurencji przez sądy*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 7.
83. Milgrom P., Roberts J., *Limit pricing and entry under incomplete information: an equilibrium analysis*, „Econometrica” 1982, nr 50.
84. Miszewski M., *Ordoliberalizm jako podstawa polityki gospodarczej dla współczesnej Europy*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu” 2011, nr 190.
85. Morell A., Glöckner A., Towfigh E., *Sticky rebates: target rebates induce non-rational loyalty in consumers*, „Max Planck Institute on Research for Collective Goods” 2009, nr 23.
86. Moszyński M., *Problemy teorii i polityki konkurencji w myśli ordoliberalnej*, „Ekonomia i Prawo” 2013, nr 2, s. 221-232.
87. Motta M., *The European Commission’s guidance communications on Article 82*, „European Competition Law Review” 2009, nr 12.
88. Nazzini R., *Anticompetitive rebates in EC competition law: a way forward?*, „Global Competition Policy” 2008.
89. Niels G., Jenkins H., *Reform of Article 82 EC: where the link between dominance and effects breaks down*, „European Competition Law Review” 2005, nr 11.
90. Nihoul P., *The ruling of the general court in Intel: towards the end of an effect-based approach in European competition law?*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2014, nr 5.
91. Odudu O., *The wider concerns of competition law*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2010, nr 3.
92. Page W.H., *The Chicago school and the evolution of antitrust*, „Virginia Law Review” 1989, nr 75.
93. Papadopoulos P., *How should price discrimination be dealt with by competition authorities?*, „Concurrences” 2007, nr 3.
94. Petit N., *From formalism to effects? The Commission’s communication on enforcement priorities in applying Article 82 EC*, „World Competition: Law and Economics Review” 2009, nr 4.
95. Petit N., *Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU*, „European Competition Journal” 2015, nr 1.
96. Posner R., *The Chicago school of antitrust analysis*, „University of Pennsylvania Law Review” 1979, nr 127.
97. Prisecaru P., *Microeconomic analysis in competition policy*, „Global Economic Observer” 2013, nr 2.
98. Ramsey F., *A contribution to the theory of taxation*, „Economic Journal” 1927, nr 37.
99. Rey P., Venit J.S., *An effects-based approach to Article 102: a response to Wouter Wils*, „World Competition” 2015, nr 38.
100. Ridyard D., *Exclusionary pricing and price discrimination abuses under Article 82 - an economic analysis*, „European Competition Law Review” 2002, nr 23.
101. Rousseva E., *The concept of ‘objective justification’ of an abuse of a dominant position: can it help to modernise the analysis under Article 82 EC?*, „Competition Law Review” 2006, nr 2.
102. Salop S.C., *Exclusionary conduct, effect on consumers, and the flawed profit-sacrifice standard*, „Antitrust Law Journal” 2006, nr 73.
103. Samà D., *The antitrust treatment of loyalty discounts and rebates in the EU competition law: in search of an economic approach and a theory of consumer harm*, „Munich Personal RePEc Archive Paper” 2014, nr 55356.

104. Samkalden I., Druker I.E., *Legal problems relating to Article 86 of the Rome Treaty*, „Common Market Law Review” 1966, nr 3.
105. Segal I.R., Whinston M.D., *Naked exclusion: comment*, „American Economic Review” 2000, nr 90.
106. Sen A., *Markets and freedoms: achievements and limitations of the market mechanism in promoting individual freedoms*, „Oxford Economic Papers” 1993, nr 45.
107. Shahar Dillbary J., *Predatory bundling and the exclusionary standard*, „Washington and Lee Law Review” 2010, nr 67.
108. Sinclair D., *Abuse of dominance at a crossroad - potential affect, object and appreciability under Article 82 EC*, „European Competition Law Review” 2004, nr 25.
109. Spector D., *Loyalty rebates: an assessment of competition concerns and a proposed structured rule of reason*, „Competition Policy International” 2005, nr 1.
110. Sroczyński J., *Rabat retroaktywny a tzw. opłata półkowa: potrzeba racjonalizacji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 2.
111. Steuer R.M., *Exclusive dealing in distribution*, „Cornell Law Review” 1983, nr 69.
112. Stigler G.J., *The law and economics of public policy: a plea to the scholars*, „The Journal of Legal Studies” 1972, nr 1.
113. Sullivan A., Fikentscher W., *On the growth of the antitrust idea*, „Berkeley Journal of International Law” 1998, nr 16.
114. Swora M., *Zakaz stosowania transakcji wiązanych przez podmioty dominujące na rynku z perspektywy europejskiego, amerykańskiego i polskiego prawa antymonopolowego*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2005, nr 1.
115. Szydło M., *Ekonomiczna analiza nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 TWE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 2.
116. Szydło M., *Nadużycie pozycji dominującej a cel działania przedsiębiorcy (uwagi na tle art. 82 TWE)*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 10.
117. Temple Lang J., O'Donoghue R., *Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under Article 82 EC*, „Fordham International Law Journal” 2002, nr 26.
118. Tom W.K., *Anticompetitive aspects of market-share discounts and other incentives to exclusive dealing*, „Antitrust Law Journal” 2000, nr 67.
119. Tom W.K., Balto D.A., Averitt N.W., *Anticompetitive aspects of market-share discounts and others incentives to exclusive dealing*, „Antitrust Law Journal” 2000, nr 3.
120. Venit J.S., *Case T-286/09 Intel v Commission - the judgment of the General Court: all steps backward and no steps forward*, „European Competition Journal” 2014, nr 2.
121. Waelbroeck D., *Michelin II: a per se rule against rebates by dominant companies?*, „Journal of Competition Law and Economics” 2006, nr 1.
122. Walker M., *Case comment. The importance of a theory of harm*, „European Competition Law Review” 2010, nr 10.
123. Wardęga E., *Systemy rabatowe stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące - czy najnowsze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE można obronić?*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2014, nr 9.
124. Wernerfelt B., *Brand loyalty and user skills*, „Journal of Economic Behavior and Organization” 1985, nr 6.
125. Wieczorek Ł., *Prawne i ekonomiczne aspekty kolektywnej pozycji dominującej w prawie konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 7.
126. Whish R., *Intel v Commission: keep calm and carry on!*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2015, nr 6.
127. Wright J.D., *Antitrust law and competition for distribution*, „Yale Journal on Regulation” 2006, nr 2.
128. Zenger H., *Loyalty rebates and the competitive process*, „Journal of Competition Law & Economics” 2012, nr 4.

Akty normatywne i akty *soft law*

1. Komisja Europejska, *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, O.J. C-101/97 z 27.04.2004.
2. Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 5.12.2008, *Przewodnik po priorytetach, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, KOM(2008) 832 wersja ostateczna, Dz.U. UE C 45 z 24.2.2009.
3. Obwieszczenie Komisji z dnia 13.10.2000, *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych* (2000/C 291/01), Dz.Urz. UE C 291 z 13.10.2000.
4. Obwieszczenie Komisji z dnia 9.12.1997 r. w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz.Urz. WE 1997 C 372 z 9.12.1997.
5. Rozporządzenie Komisji nr 330/2010 z dnia 20.04.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz.Urz. UE L 102 z 23.4.2010.
6. Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.Urz. UE L 1 z 16.12.2002.
7. Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.Urz. L 24 z 20.01.2004, s. 1-22.
8. Ustawa Claytona (Clayton Act), 15 U.S.C.
9. Ustawa Patmana (Patman Act), 15 U.S.C.
10. Ustawa Shermana (Sherman Act), 15 U.S.C.
11. Ustawa z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. 2007 nr 50, poz. 331.
12. Ustawa z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz.U. 1993 nr 47, poz. 211.
13. Wersja skonsolidowana Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, Dz.Urz. UE C 321/E z 29.12.2006.
14. Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012.

Pozostałe publikacje i dokumenty

1. Albanek S., Claici A., *The Velux case - an in-depth look at rebates and more*, „Competition Policy Newsletter”, nr 2.
2. Conlon Ch.T., Mortimer J.H., *All Units Discount: Experimental Evidence from the Vending Industry*, Uniwersytet Columbia w Nowym Jorku 2013.
3. EAGCP: *An economic approach to Article 82*, lipiec 2008.
4. Gyselen L., *Rebates: competition on the merits or exclusionary practice?*, 8th EU Competition Law and Policy Workshop: What is an Abuse of a Dominant Position?, Europejski Instytut Uniwersytecki.
5. Hovenkamp H.J., *Quasi Exclusive Dealing*, Uniwersytet Iowa 2011.
6. Komisja Europejska, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruksela 2005.
7. Komisja Europejska, *First Report on Competition Policy*, Bruksela-Luksemburg 1972.
8. Lowe P., *How Different is EU Antitrust?: A Route Map for Advisors, an Overview of EU Competition Law and Policy on Commercial Practices*, Bruksela 2003.
9. Mano M., Durand B., *A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predatory Pricing under Article 82*, European Commission - Office of the Chief Economist Discussion Paper 2005.
10. OECD, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, „Policy Roundtables”, DAF/COMP(2008)29.
11. OECD, *Glossary of industrial organisation economics and competition law*, 1993.
12. Stoft S., *Power System Economics: Designing Markets for Electricity*, The Institute of Electrical and Electronics Engineers 2002.

13. Temple Lang J., *The Requirements for a Commission Notice on the Concept of Abuse under Article 82 EC*, Centre for European Policy Studies, Bruksela 2008.
14. Tjarda Desiderius V., *Objective Justification and Prima Facie Anticompetitive Unilateral Conduct: An Exploration of EU Law and Beyond*, Uniwersytet w Lejdzie 2014.
15. U.S. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act (2008)*.
16. Westrich S.A., *Loyalty discounts and bundled pricing under U.S. antitrust law*, Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP 2010.

Orzecznictwo i decyzje Unii Europejskiej

1. Wyrok Trybunału z dnia 15.07.1970 r. w sprawie 45/69 *Boehringer Mannheim GmbH przeciwko Komisji Europejskiej*, ECR 1970, s. 769, ECLI: ECLI:EU:C:1970:73.
2. Wyrok Trybunału z dnia 14.07.1972 r. w sprawie 48/69 *ICI przeciwko Komisji*, Zb.Orz. 1972, s. 619, ECLI:EU:C:1972:70.
3. Wyrok Trybunału z dnia 21.02.1973 r. w sprawie 6/72 *Continental Can przeciwko Komisji*, ECR 1973, s. 215, ECLI: ECLI:EU:C:1973:22.
4. Wyrok Trybunału z dnia 16.12.1975 r. w sprawie 40/73 *Suiker Unie przeciwko Komisji*, ECR 1975, s. 1663, ECLI:EU:C:1975:174.
5. Wyrok Trybunału z dnia 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands przeciwko Komisji*, Zb.Orz. 1978, s. 207, ECLI: ECLI:EU:C:1978:22.
6. Wyrok Trybunału z dnia 20.06.1978 r. w sprawie 28/77 *Tepea BV przeciwko Komisji Europejskiej*, ECR 1978, s. 1391, ECLI: ECLI:EU:C:1978:97.
7. Wyrok Trybunału z dnia 13.02.1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG przeciwko Komisji Europejskiej*, ECR 1979, s. 461, ECLI: ECLI:EU:C:1979:36.
8. Wyrok Trybunału z dnia 20.02.1979 r. w sprawie C-120/78 *Rewe-Zentral AG przeciwko Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, ECR 1979, s. 649, ECLI:EU:C:1979:42.
9. Decyzja Komisji z dnia 7.10.1981 r. w sprawie 81/969 *Michelin I*, O.J. L 353/33 z 9.12.1981, s. 33-47.
10. Wyrok Trybunału z dnia 9.11.1983 r. w sprawie 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (II) przeciwko Komisji Europejskiej*, ECR 1983, s. 3461, ECLI:EU:C:1983:313.
11. Decyzja Komisji z dnia 5.12.1988 r. w sprawie 89/22 *BPB Industries plc.*, O.J. L 10 z 13.01.1989 r.
12. Decyzja Komisji z dnia 20.12.1988 w sprawie IV/30.979 i 31.394 *Decca Navigator System*.
13. Wyrok Trybunału z dnia 11.04.1989 r. w sprawie 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen*, ECR 1989, s. 803, ECLI:EU:C:1989:140.
14. Wyrok Trybunału z dnia 13.12.1989 r. w sprawie C-322/88 *Salvatore Grimaldi przeciwko Fonds des maladies professionnelles*, ECR 1989, s. 4407, ECLI:EU:C:1989:646.
15. Wyrok Trybunału z dnia 10.07.1990 w sprawie T-51/89 *Tetra Pak Rausing SA przeciwko Komisji Europejskiej*, ECR 1990, s. II-309, ECLI: ECLI:EU:T:1990:41.
16. Wyrok Trybunału z dnia 28.02.1991 r. w sprawie C-234/89 *Delimitis*, ECR 1991, s. I-935, ECLI:EU:C:1991:91.
17. Wyrok Trybunału z dnia 3.07.1991 r. w sprawie C-62/86 *AKZO Chemie BV przeciwko Komisji*, ECR 1991, s. I-3359, ECLI: ECLI:EU:C:1991:286.
18. Wyrok Trybunału z dnia 23.04.1991 r. w sprawie C-41/90 *Klaus Höfner przeciwko Macroton*, ECR 1991, s. I-1979, ECLI: ECLI:EU:C:1991:161.
19. Wyrok Trybunału z dnia 1.04.1993 r. w sprawie T-65/89 *BPB Industries Plc oraz British Gypsum Ltd przeciwko Komisji*, ECR 1993, s. II-389, ECLI:EU:T:1993:31.
20. Wyrok Trybunału z dnia 7.10.1999 r. w sprawie T-228/97 *Irish Sugar przeciwko Komisji*, ECR 1999, s. II-2969, ECLI:EU:T:1999:246.
21. Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 14.07.1999 r. w sprawie *Virgin przeciwko British Airways (IV/D-2/34.780)*, O.J. L 30 z 4.02.2000, s. 1-24.

22. Wyrok Trybunału z dnia 26.10.2000 r. w sprawie T-41/96 *Bayer AG przeciwko Komisji Europejskiej*, ECR 2000, s. II-3383, ECLI:EU:T:2000:242.
23. Wyrok Trybunału z dnia 29.03.2001 r. w sprawie C-163/99 *Portugalia przeciwko Komisji*, ECR 2001, s. I-2613, ECLI:EU:C:2001:189.
24. Decyzja Komisji z dnia 20.06.2001 r. w sprawie 2002/405 *Michelin II*, O.J. L 143 z 31.05.2002, s. 1-53.
25. Wyrok Trybunału z dnia 30.09.2003 r. w sprawie T-203/01 *Manufacture française des pneumatiques Michelin przeciwko Komisji (Michelin II)*, ECR 2003, s. II-4071, ECLI:EU:T:2003:250.
26. Wyrok Trybunału z dnia 23.10.2003 r. w sprawie T-65/98 *Van den Bergh Foods przeciwko Komisji*, ECR 2003, s. II-4653, ECLI:EU:T:2003:281.
27. Wyrok Trybunału z dnia 17.12.2003 r. w sprawie T-219/99 *British Airways przeciwko Komisji*, ECR 2003, s. II-5917, ECLI:EU:T:2003:343.
28. Decyzja Komisji nr COMP/E-1/38.113 z dnia 29.03.2006 r. w sprawie C-277/02 *Prokent-Tomra*, Dz.Urz. UE z 22.09.2009 r.
29. Wyrok Trybunału z dnia 18.05.2006 r. w sprawie C-397/03 P *Archer Daniels Midland i Archer Daniels Midland Ingredients przeciwko Komisji*, Zb.Orz. 2006, s. I-4429, ECLI:EU:C:2006:328.
30. Wyrok Trybunału z dnia 27.09.2006 r. w sprawie T-59/02 *Archer Daniels Midland Co. przeciwko Komisji*, Zb.Orz. 2006, s. II-327, ECLI:EU:T:2006:272.
31. Wyrok Trybunału z dnia 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P *British Airways przeciwko Komisji*, Zb.Orz. 2007, s. 2331, ECLI:EU:C:2007:166.
32. Wyrok Trybunału z dnia 11.09.2008 r. w sprawie C-279/06 *CEPSA Estaciones de Servicio SA przeciwko LV Tobar e Hijos SL*, Zb.Orz. 2008, s. I-6681, ECLI:EU:C:2008:485, pkt 44.
33. Wyrok Trybunału z dnia 30.04.2009 r. w sprawie T-18/03 *CD-Contact Data GmbH przeciwko Komisji*, Zb.Orz. 2009, s. II-1021, ECLI:EU:T:2009:132.
34. Decyzja Komisji z dnia 13.05.2009 r. w sprawie *Advanced Micro Devices, Inc. przeciwko Intel (COMP/37.990)*, O.J. C 227 z 22.09.2009, s. 13.
35. Wyrok Trybunału z dnia 17.12.2009 r. w sprawie T-57/01 *Solvay SA przeciwko Komisji Europejskiej*, Zb.Orz. 2009, s. II-04621, ECLI: EU:T:2009:519, pkt 14.
36. Wyrok Trybunału z dnia 9.10.2010 r. w sprawie T-155/06 *Tomra przeciwko Komisji*, Zb.Orz. 2010, s. II-4361, ECLI:EU:T:2010:370.
37. Wyrok Trybunału z dnia 14.10.2010 r. w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom przeciwko Komisji*, Zb.Orz. 2010, s. I-9555, ECLI:EU:C:2010:603.
38. Wyrok Trybunału z dnia 17.02.2011 r. w sprawie C-52/09 *Konkurrensverket przeciwko TeliaSonera Sverige AB*, Zb.Orz. 2011, s. I-527, ECLI:EU:C:2011:83.
39. Wyrok Trybunału z dnia 27.03.2012 r. w sprawie C-209/10 *Post Danmark A/S przeciwko Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2012:172.
40. Wyrok Trybunału z dnia 19.04.2012 r. w sprawie C-549/10 P *Tomra przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:2012:221.
41. Wyrok Trybunału z dnia 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel Corp. przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2014:547.

Orzecznictwo sądów amerykańskich

94. Wyrok w sprawie *Barry Wright Corp. przeciwko ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227 (1st Cir. 1983).
95. Wyrok w sprawie *Brooke Group Ltd. przeciwko Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).
96. Wyrok w sprawie *Cascade Health Solutions przeciwko PeaceHealth*, 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008).
97. Wyrok w sprawie *Colo. Interstate Gas Co. przeciwko Natural Gas Pipeline Co. of Am.*, 885 F.2d 683, 694 n.18 (10th Cir. 1989).
98. Wyrok w sprawie *Concord Boat Corp. przeciwko Brunswick Corp.* 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000).
99. Wyrok w sprawie *Exxon Corp. przeciwko Berwick Bay Real Estat es Partners*, 748 F.2d 937, 940 (5th Cir. 1984).

100. Wyrok w sprawie *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 przeciwko Hyde*, 466 U.S. 2, 46 (1984).
101. Wyrok w sprawie *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 przeciwko Hyde*, 466 U.S. 2, 12 (1984).
102. Wyrok w sprawie *LePage's Inc. przeciwko 3M*, 2000 WL 280350, 227 F.3d 365 (3rd Cir. 2002).
103. Wyrok w sprawie *NicSand, Inc. przeciwko 3M Co.*, 457 F.3d 534, 543 (6th Cir. 2006).
104. Wyrok w sprawie *Ortho Diagnostic Systems, Inc. przeciwko Abbott Laboratories, Inc.*, 920 F. Supp. 455 (S.D.N.Y. 1996).
105. Wyrok w sprawie *Ryko Mfg. Co. przeciwko Eden Servs.*, 823 F.2d 1215, 1234 n.17 (8th Cir. 1987).
106. Wyrok w sprawie *SmithKline Corp. przeciwko Eli Lilly & Co.*, 427 F. Supp. 1089 (E.D. Pa. 1976), *aff.d.*, 575 F.2d 1056 (3rd Cir.).
107. Wyrok w sprawie *State Oil Co. przeciwko Khan*, 522 U.S. 3, 10, 118 S.Ct. 275, 139 L.Ed.2d 199 (1997).
108. Wyrok w sprawie *Stop & Shop Supermarket Co. przeciwko Blue Cross & Blue Shield of Rhode Island*, 239 F. Supp. 2d 180, 185 (D.R.I. 2003).
109. Wyrok w sprawie *United States przeciwko Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 57071 (1966).
110. Wyrok w sprawie *Verizon Commc'ns, Inc. przeciwko Law Offices of Curtis przeciwko Trinko, LLP*, 540 U.S. 407 (2004).
111. Wyrok w sprawie *Virgin Atlantic Airways Ltd. przeciwko British Airways PLC*, 257 F.3d 256 (2nd Cir. 2001).
112. Wyrok w sprawie *ZF Meritor, LLC przeciwko Eaton Corp.*, 696 F.3d 254 (3rd Cir. 2012).

Orzecznictwo i decyzje wybranych państw członkowskich

1. Decyzja Francuskiej Rady Konkurencji (ang. French Competition Council, fr. Conseil de la concurrence) z dnia 27.02.2009 r. nr 09-D-04, *Messageries Lyonnaises de Presse przeciwko Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (pratiques mises en oeuvre par le groupe Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne dans le secteur de la distribution de la presse)*.
2. Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta nr DOK-8/2010 z dnia 26.08.2010 r. w sprawie nr DOK1-411/11/06/AZ *Wrigley Poland*.
3. Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29.12.2011 r. w sprawie nr DOK-13/2011.
4. Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31.12.2013 r. w sprawie nr DOK-6/2013.
5. Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31.12.2013 r. w sprawie nr DOK-7/2013.
6. Wyrok Duńskiego Sądu Apelacyjnego Handlu i Przemysłu (ang. Dutch Trade and Industry Appeals Tribunal, duń. College van Beroep voor het bedrijfsleven) z dnia 7.10.2010 r. w sprawie LJN:BN9947 *CRV Holding B.V. przeciwko Nederlandse Mededingingsautoriteit* (duński organ antymonopolowy).
7. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9.08.2006 r. (III SK 6/06), OSNP 2008, z. 1-2, poz. 25.
8. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6.12.2007 r. (III SK 16/07), OSNP 2009, z. 1-2, poz. 31.
9. Wyrok Szwedzkiego Sądu ds. Rynku - sąd ostatniej instancji (ang. Swedish Market Court - court of last instance) z dnia 8.06.2011 r. w sprawie MD 2011:14 *Bring CityMail Sweden AB/Posten Meddelande AB*.

SPIS TABEL

Tabela 1. Dyskryminacja cenowa w ekonomii	13
Tabela 2. Przykład stopni rabatu ilościowego	14
Tabela 3. Formy rabatów docelowych	16
Tabela 4. Zakres podmiotowy art. 102 TFUE	21
Tabela 5. Podział praktyk nadużywania pozycji dominującej	23
Tabela 6. Rabaty na tle praktyk cenowych (102 TFUE)	24
Tabela 7. Artykuł 2 ustawy Shermana a artykuł 102 TFUE	33
Tabela 8. Kluczowe zasady i cele ordoliberalnej teorii konkurencji	48
Tabela 9. Pojęcia kosztowe	54
Tabela 10. Cechy alternatywnych struktur rynkowych	56
Tabela 11. Rodzaje wykluczania a rabaty lojalnościowe	70
Tabela 12. System rabatowy nowych opon Michelin	89
Tabela 13. System rabatowy opon bieżnikowych Michelin	90
Tabela 14. Charakterystyka programów rabatowych Michelin	91
Tabela 15. Rodzaje rabatów i ocena Trybunału	101

SPIS RYSUNKÓW

Rysunek 1. Cele prawa konkurencji UE	28
Rysunek 2. Artykuł 2 ustawy Shermana a art. 102 TFUE	34
Rysunek 3. Relacje producenta z detalistą i konsumentem	67
Rysunek 4. Przejawy antykonkurencyjnego wykluczenia	69
Rysunek 5. Rabaty lojalnościowe a efekt wykluczenia	70
Rysunek 6. Niepodważalna i podważalna część popytu a efekt zasysania	75

SPIS WYKRESÓW

Wykres 1. Elastyczna krzywa popytu	51
Wykres 2. Nadwyżka konsumenta i producenta	53
Wykres 3. Kształtowanie ceny w monopolu	57
Wykres 4. Funkcje reakcji w oligopolu Bertranda	59
Wykres 5. Korzyści i niekorzyści skali	64
Wykres 6. Różnicowanie ceny	65
Wykres 7. Efekt zasysania	73

Wydawnictwo powstało w ramach serii „Biblioteka UOKiK”. Niniejsza publikacja została nagrodzona w konkursie UOKiK na najlepszą pracę magisterską w 2016 roku.

Artur Szmigielski - doktorant w Katedrze Prawa Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego oraz pracownik Departamentu Ochrony Konkurencji w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Absolwent prawa oraz europeistyki Uniwersytetu Warszawskiego. Stypendysta ministra za wybitne osiągnięcia (2014/2015). Otrzymał wyróżnienie Stowarzyszenia Prawa Konkurencji w VII edycji konkursu na najlepszą pracę magisterską poświęconą ochronie konkurencji. Zwycięzca X edycji Ogólnopolskiego Konkursu Prawa Europejskiego organizowanego przez Europejskie Stowarzyszenie Studentów Prawa (ELSA) oraz laureat III miejsca w IV edycja konkursu na najlepszą pracę licencjacką i magisterską z zakresu współczesnych stosunków międzynarodowych Unii Europejskiej organizowanego przez Europe Direct w Bydgoszczy.

„Praca ma charakter bardzo starannej analizy prawniczej. Autor w sposób klarowny i precyzyjny omawia problematykę na tle bogatego i najnowszego, co ważne, orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Tezy pracy zostały przekonywająco i rzeczowo udokumentowane”.

Z recenzji prof. UW dr hab. Robert Grzeszczak

ISBN 978-83-64681-03-5

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
plac Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl