

Kamil Bułakowski*

Rabaty stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w latach 2011–2015¹

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Rabaty w kontekście *bardziej ekonomicznego podejścia*
 1. *Bardziej ekonomiczne podejście*
 2. Prokonkurencyjne skutki rabatów
- III. Orzeczenie w sprawie *Tomra*
 1. Decyzja Komisji
 2. Wyrok Trybunału
- IV. Orzeczenie w sprawie *Intel*
 1. Decyzja Komisji
 2. Wyrok Sądu
 3. Przyjęcie orzeczenia
 4. Opinia Rzecznika Generalnego
- V. Orzeczenie w sprawie *Post Danmark II*
 1. Wyrok Trybunału
 2. Przyjęcie orzeczenia
- VI. Ocena stanowiska Trybunału

Streszczenie

Niniejszy artykuł został poświęcony problematyce udzielania rabatów przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle unijnego prawa konkurencji. Zagadnienie przedstawiono w świetle *bardziej ekonomicznego podejścia* (*more economic approach*) oraz w oparciu o wydane w latach 2011–2015 orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – *Tomra* (2011), *Intel* (2014) oraz *Post Danmark II* (2015) oraz uwzględnia opublikowaną w październiku 2016 r. opinię Rzecznika Generalnego Nilsa Wahla.

* Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; Junior Associate w zespole prawa konkurencji kancelarii Dentons; e-mail: bulakowski@gmail.com.

¹ Niniejszy artykuł oparty został na pracy magisterskiej autora pt. *Rabaty stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle unijnego prawa konkurencji* (Uniwersytet Warszawski, 2016).

Słowa kluczowe: Intel; *more economic approach*; nadużywanie pozycji dominującej; Post Danmark II; pozycja dominująca; praktyki wykluczające; rabaty; rabaty lojalnościowe; rabaty warunkowe; Tomra.

JEL: K21

I. Wprowadzenie

Mimo intuicyjnie oczywistego, pozytywnego wpływu rabatów na rynek (w postaci obniżenia cen), dość wcześnie udało się zidentyfikować ich zastosowanie², którego skutkiem może wykluczenie konkurentów z rynku, nie tylko w związku z możliwością wykorzystania rabatów do prowadzenia drapieżnej polityki cenowej, ale przede wszystkim w oparciu o efekt lojalnościowy, objawiający się związaniem klientów z udzielających rabatów podmiotem, który cieszy się szczególnie silną pozycją rynkową.

Wyróżnienie rabatów lojalnościowych od pozostałych rabatów zostało oparte na analizie formy stosowanej praktyki, co okazało się problematyczne, gdyż w rzeczywistości do rzadkości należą sytuacje, w których rabaty udzielane są w „czystej” lojalnościowej bądź ilościowej formie. Szczególnie nieprzewidywalna stała się ocena systemów rabatowych zbliżających się swoim charakterem do domniemanych jako legalne rabatów ilościowych, gdyż w uznaniu Komisji Europejskiej oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej również i one mogą prowadzić do wystąpienia antykonkurencyjnych skutków. Ocena prawna praktyki uzupełniana była o nowe zastrzeżenia wraz kolejnymi orzeczeniami Trybunału, czego konsekwencją była coraz większa niepewność, co do kryteriów oceniania rabatów³.

Wzrastająca krytyka w nurcie *bardziej ekonomicznego podejścia* wywarła znaczący wpływ na Komisję Europejską, która w 2009 r. opublikowała Wytyczne odnoszące się do praktyk o charakterze wykluczającym⁴ (dalej: Wytyczne). W dokumencie poruszono m.in. kwestię oceny rabatów, łącznie określonych jako *warunkowe*, możliwości uzasadniania ich stosowania (obrona poprzez wykazanie tzw. *efficiencies*), zagadnienie utrudniania dostępu do rynku. Wprowadzono także instrument natury ekonomicznej w postaci testu równie efektywnego konkurenta (*as efficient competitor* – test AEC).

Szczególne zainteresowanie wzbudziły orzeczenia Trybunału dotyczące rabatów po dacie publikacji wytycznych, gdyż dawały nadzieję na zmianę dotychczasowej linii orzeczniczej i złagodzenie nastawienia w stosunku do stosowania rabatów przez przedsiębiorstwa dominujące, poprzez uwzględnienie możliwych prokonkurencyjnych efektów wynikających z tego rodzaju praktyki. Podejście Trybunału okazało się jednak dość krytyczne, a głosy dotyczące wydawanych orzeczeń – zachowawcze, co wywołało duże poruszenie pośród przedstawicieli doktryny, generując liczne, głównie krytyczne, głosy dotyczące wydawanych orzeczeń.

² Wyr. ETS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche v. Komisja*, ECLI:EU:C:1979:36.

³ Tak w sprawach *Michelin I* i *Michelin II*: wyr. ETS z 9.11.1983 r. w sprawie 322/81 *Michelin v. Komisja*, ECLI:EU:C:1983:313 (*Michelin I*); wyr. SPI z 30.09.2003 r. w sprawie T-203/01 *Michelin v. Komisja*, ECLI:EU:T:2003:250.

⁴ Komunikat Komisji — wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przystosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Dz. Urz. C 45 z 24.02.2009, s. 7–20.

II. Rabaty w kontekście *bardziej ekonomicznego podejścia*

1. *Bardziej ekonomiczne podejście*

Krytyka dotychczasowej praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej oraz utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału, oparta była przede wszystkim na założeniach *bardziej ekonomicznego podejścia* (*more economic approach*), które, bazując na efektach, postuluje weryfikację wystąpienia zakłócenia lub szkód dla konkurencji.

W założeniu *bardziej ekonomiczne podejście* ma służyć realizacji dwóch uzupełniających się celów (Economic Advisory Group on Competition Policy, 2005, s. 2–6). Pierwszym z nich jest zapewnienie pełnej skuteczności działania prawa konkurencji poprzez utrudnienie prób jego omięcia, co możliwe jest w przypadku oparcia oceny prawnej o formę praktyki. Szeroki wachlarz zachowań o potencjalnie antykonkurencyjnym charakterze stwarza ryzyko niekonsekwentnego traktowania różnorodnych praktyk *de facto* prowadzących do osiągnięcia identycznego rezultatu. Koncentracja analizy na efektach praktyki może przynieść zatem rzeczywistą ochronę mechanizmów konkurencji, w przeciwieństwie do podejścia formalnego, które, bazując na ocenie formy, może gwarantować niekiedy jedynie iluzoryczną gwarancję lepszej ochrony celów prawa konkurencji.

Drugim celem omawianego podejścia jest urzeczywistnienie pozytywnych skutków wiążących się z praktykami, które z uwagi na ich formę, zostałyby uznane za antykonkurencyjne. Zachowania, które ze swojej natury wydają się mieć negatywny wpływ na konkurencję lub sytuację konsumentów mogą w istocie przynosić więcej korzyści niż szkody. Istotne jest zatem sprawdzenie i porównanie wszystkich skutków, jakie pociąga za sobą dana praktyka.

2. Prokonkurencyjne skutki rabatów

Głównym pozytywnym efektem stosowania systemów rabatowych jest obniżenie cen dla konsumentów, co w sposób oczywisty promuje dalszą intensyfikację konkurencji opartej na cenie produktu, w tym także poprzez wprowadzenie konkurencyjnych systemów rabatowych. Zwiększone ryzyko związane ze stosowaniem rabatów może silnie zniechęcać przedsiębiorców do ich stosowania, uniemożliwiając wystąpienie takich skutków, co z kolei wywołuje konsekwencje dla ogólnego dobrobytu konsumenta (Geradin, 2008, s. 6). Ponadto osłaniani są w ten sposób konkurenci nieefektywni, którzy w obliczu bardziej ożywionej konkurencji cenowej musieliby opuścić rynek (Padilla i Slater, 2005, s. 89). Powiązane z obniżeniem cen zwiększenie popytu, a zarazem produkcji i obrotów, umożliwia efektywniejsze pokrywanie kosztów stałych oraz zredukowanie kosztów jednostkowych produkcji lub sprzedaży towaru (Kohutek, 2010, s. 36). Niższe ceny mogą stanowić również zachętę dla bardziej efektywnego działania dystrybutorów, rozwiązując tym samym istniejące w relacjach wertykalnych problemy, skłaniając sprzedawców do prowadzenia aktywnych działań na rzecz promocji i sprzedaży produktu, także poprzez inwestycje w profesjonalną obsługę lub oferowanie innych, dodatkowych usług. Rabaty umożliwiają tym samym zredukowanie negatywnych skutków tzw. efektu gapowicza, gdyż przy ich zastosowaniu przedsiębiorstwo dominujące może odpowiednio wynagradzać tych kontrahentów, którzy podejmują aktywne działania sprzedażowe. W konsekwencji prowadzić będzie to do intensyfikacji konkurencji między- i wewnątrzmarkowej (Padilla i Slater, 2005, s. 88). W przeciwieństwie do rabatów ilościowych, rabaty o charakterze lojalnościowym mogą wywierać dodatkowy pozytywny

wpływ na konkurencję na niższych szczeblach rynku, umożliwiając małym podmiotom konkurowanie cenami z dużymi, co nie byłoby możliwe przy stosowaniu rabatów ilościowych, z których korzystają przede wszystkim duże podmioty.

III. Orzeczenie w sprawie *Tomra*

1. Decyzja Komisji

Wydane wyrokiem Sądu z dnia 9 września 2010 r. orzeczenie w sprawie *Tomra Systems i in. przeciwko Komisji* było oczekiwane jako mogące dać wczesną wskazówkę, co do tego czy Trybunał jest gotowy do uwzględnienia założeń podejścia opartego na efektach. Wyroki wydane zarówno przez Sąd⁵, jak i następnie przez Trybunał⁶ nie spełniły tych oczekiwań, nie dodając w istocie niczego nowego, co wykraczałoby poza dotychczasową praktykę orzeczniczą.

Grupa Tomra Systems zajmowała się produkcją samoobsługowych urządzeń do odbioru zużytych opakowań po napojach (*reverse vending machines*, RVM) za kaucję zwracaną przez automat klientowi. Tomra w sposób ciągły dysponowała udziałami wykraczającymi ponad 70% w rynku europejskim, a po 1997 r. jej udziały wynosiły nawet 95%⁷. W decyzji Komisja stwierdziła, że dla utrzymania dominującej pozycji i udziałów w rynku spółka opracowała antykonkurencyjną strategię, która była realizowana m.in. poprzez udzielanie zindywidualizowanych i retroaktywnych rabatów.

Komisja stwierdziła również, że Tomra była w stanie ocenić przybliżony popyt swoich klientów i ustalić zindywidualizowane progi rabatów, które odpowiadałyby ich przewidywanemu zapotrzebowaniu. Rabaty przyznawane w odniesieniu do ilości, które odpowiadały całkowitemu lub prawie całości popytu poszczególnych kontrahentów, wywoływały w efekcie taki sam skutek, jak zastosowanie klauzul wyłączności, a mimo różnicy formy rabatu, uzyskany efekt przypominał zdaniem Komisji działanie warunkowych rabatów lojalnościowych. W rezultacie połączenie retroaktywnego systemu rabatowego z dopasowanymi pod poszczególnych klientów progami wywołało sytuację, w której koszt przeniesienia się do innego dostawcy zwiększał się w sposób sztuczny, w miarę zbliżania się do progu rabatowego⁸.

2. Wyrok Trybunału

Decyzja Komisji została utrzymana w mocy przez Sąd, a następnie wyrokiem z dnia 19 kwietnia 2012 r. przez Trybunał, który oddalił apelację Tomry. Trybunał podkreślił, że Komisja nie jest zobligowana do wykazania istnienia zamiaru antykonkurencyjnego przedsiębiorstwa dominującego, który stanowi jedynie jedną z wielu okoliczności faktycznych, które mogą zostać uwzględnione dla stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej⁹. Trybunał, powołując się na orzeczenie w sprawie *TeliaSonera*¹⁰, zaznaczył, że art. 102 TFUE nie wprowadza zróżnicowania ani stopniowania pojęcia „pozycji dominującej”, a stopień siły rynkowej ma wpływ na zasięg skutków działań dominującego

⁵ Wyr. Sądu z 9.09.2010 r. w sprawie T-155/06 *Tomra Systems i in.*, ECLI:EU:T:2010:370.

⁶ Wyr. TS z 19.04.2012 r. w sprawie C-549/10 P *Tomra Systems i in.*, ECLI:EU:C:2012:221.

⁷ Dec. Komisji w sprawie *Tomra*, motyw 60.

⁸ T-155/06 *Tomra*, pkt. 14–15.

⁹ C-549/10 P *Tomra*, pkt 21.

¹⁰ Wyr. TS z 17.02.2012 r. w sprawie C-52/09 *TeliaSonera Sverige p. Konkurrensverket*, ECLI:EU:C:2011:83.

przedsiębiorstwa, nie zaś na samo wystąpienie nadużycia¹¹. Tym samym Trybunał potwierdził, że zamykając dostęp do istotnej części rynku zawartymi porozumieniami, Tomra uniemożliwiła wejście na rynek konkurentom i ograniczyła na nim intensywność konkurencji.

Trybunał przyznał również słuszność Sądowi, który stwierdził, że nie jest usprawiedliwiający wykazanie, że część rynku podlegająca konkurencji jest wciąż wystarczająca, aby znalazło się tam miejsce dla ograniczonej liczby konkurentów¹². Podkreślone zostało, że klienci powinni mieć możliwość korzystania z istnienia konkurencji w pełnym wymiarze, a konkurenci powinni móc konkurować jakością w obrębie całości rynku, a nie jedynie jego części. Nie jest konieczne również określenie dokładnego progu zamknięcia dostępu do rynku, którego przekroczenie dopiero wskazywałoby na nadużycie. Trybunał stwierdził, że stosowanie cen niższych od kosztów nie stanowi warunku wstępnego dla oceny retroaktywnego systemu rabatowego za niezgodny z art. 102 TFUE. Zgodził się także ze stanowiskiem Sądu¹³, który podniósł, że należy rozpatrzyć różne czynniki, które mogły prowadzić do wykluczenia konkurentów z rynku. Do tych okoliczności należą przede wszystkim kryteria i warunki przyznawania rabatów, cel w postaci pozbawienia nabywców możliwości lub ograniczenie wyboru źródła zaopatrzenia, wzmocnienie pozycji dominującej i zamknięcie dostępu do rynku.

System rabatowy stosowany przez Tomrę, który cechował się retroaktywnością oraz zindywidualizowanymi progami przyznawania rabatów, mógł wywierać skutek wykluczający. Przeprowadzenie analizy skutków było zdaniem Trybunału niepotrzebne, ponieważ wystarczające jest wykazanie, że zachowanie przedsiębiorstwa dominującego „zmierza do ograniczenia konkurencji lub może mieć taki skutek”¹⁴.

Metoda oceny systemów rabatowych zaproponowana przez Komisję w Wytycznych została przez Trybunał pominięta. Nie było to jednak zaskoczeniem, ponieważ Trybunał nie jest związany Wytycznymi, które są aktem samowiążącym Komisję, a sama decyzja w została wydana w 2006 r., a zatem trzy lata przed ich opublikowaniem.

IV. Orzeczenie w sprawie *Intel*

1. Decyzja Komisji

13 maja 2009 r., trzy miesiące po ogłoszeniu Wytycznych, Komisja opublikowała decyzję w sprawie *Intel*¹⁵. Chociaż postępowanie zostało wszczęte dużo wcześniej, Komisja uwzględniła w swojej decyzji nowe instrumentarium i zastosowała przewidziany w Wytycznych dla oceny rabatów warunkowych test AEC. Na spółkę nałożono rekordową karę w wysokości 1,06 miliarda euro. Pięć lat później, 12 czerwca 2014 r., został wydany wyrok Sądu¹⁶, który odrzucił zarzuty odwołującej się strony i utrzymał decyzję Komisji w mocy. Od wyroku Sądu Intel odwołał się do Trybunału, a w chwili pisania niniejszego tekstu sprawa nie została jeszcze rozpoznana.

¹¹ C-549/10 P *Tomra*, pkt 39.

¹² *Ibidem*, pkt 42.

¹³ *Ibidem*, pkt 74.

¹⁴ *Ibidem*, pkt 68.

¹⁵ Dec. Komisji w sprawie COMP/C-3/37.990, *Intel* (Dz. Urz. C 227 z 22.09.2009, s. 13–17).

¹⁶ Wyr. Sądu z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*, ECLI:EU:T:2014:547.

Intel udzielał rabatów czterem dużym firmom produkującym komputery: Dell, HP, NEC i Lenovo. Dla dwóch z nich (Dell, Lenovo) ich przyznanie było uwarunkowane *de facto* wyłącznym pokrywaniem swojego zapotrzebowania produktami Intel¹⁷. Rabaty przyznawane HP były zdaniem Komisji uzależnione od pokrycia co najmniej 95% swojego popytu na procesory dla stacjonarnych komputerów biurowych u Intel¹⁸, natomiast NEC uzyskiwał rabat pod warunkiem realizacji 80% swojego zapotrzebowania u dominanta¹⁹. Intel dokonywała również płatności na rzecz Media-Saturn-Holding, które uzależnione zostały od sprzedaży przez tę sieć handlową komputerów opartych tylko na procesorach Intela²⁰. Komisja zakwalifikowała praktykę Intel jako rabaty lojalnościowe, które w oparciu o dotychczasowe orzecznictwo TSUE, są, przy braku obiektywnego uzasadnienia, same w sobie wystarczające dla stwierdzenia naruszenia art. 102 TFUE²¹.

2. Wyrok Sądu

Sąd, opierając się na dotychczasowym orzecznictwie Trybunału, wyróżnił trzy rodzaje rabatów²². Są to: 1) rabaty ilościowe, które cieszą się domniemaniem legalności ich stosowania; 2) rabaty za wyłączność, polegające na związaniu klienta warunkiem pokrywania u przedsiębiorcy dominującego całości bądź znacznej części swojego zapotrzebowania; 3) inne rabaty, które nie zawierają w sobie bezpośredniego warunku wyłącznego lub prawie wyłącznego zaopatrywania się u przedsiębiorstwa dominującego, które je udziela. Do trzeciej kategorii rabatów Sąd zaliczył m.in. rabaty ze skutkiem retroaktywnym i rabaty o zindywidualizowanych celach sprzedaży.

Praktykę Intel Sąd zakwalifikował jako udzielanie rabatów za wyłączność²³ i odrzucił konieczność oceny wszystkich okoliczności danej sprawy, co mogłoby wynikać z orzeczenia Trybunału w sprawie *Tomra*. Zdaniem Sądu, Trybunał w tej sprawie nie rozszerzył wymogu dokonania takiej oceny na rabaty lojalnościowe²⁴, a w oparciu o wyroki w sprawach *Michelin* i oraz *British Airways* potwierdził, że ocena wszystkich okoliczności wymagana jest w sytuacji dokonywania oceny rabatów trzeciego typu²⁵. Nie uznał również argumentacji Intel, która powoływała się na rozpatrzenie przez Trybunał wszystkich okoliczności w celu stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej w sprawach *Post Danmark*²⁶ i *TeliaSonera*. Sąd zauważył, że przedstawione sprawy dotyczyły praktyk cenowych, natomiast rabaty udzielane przez Intel stanowią przedmiot oceny w związku z powiązaniem z nimi warunkiem wyłączności, a nie samym poziomem cen²⁷.

Sąd podkreślił, że z samej swojej natury rabaty za wyłączność mają zdolność ograniczenia konkurencji, a nawet wykluczania konkurentów. Co więcej koncepcja wykluczenia konkurentów nie wiąże się, zdaniem Sądu, jedynie z uniemożliwieniem dostępu do rynku, ale również z sytuacją

¹⁷ Ibidem, motywy 927, 950, 989.

¹⁸ Ibidem, motywy 951, 972.

¹⁹ Ibidem, motywy 973, 981.

²⁰ Ibidem, motyw 1000.

²¹ Ibidem, motywy 950, 972, 981, 989, 1001.

²² T-286/09 *Intel*, pkt 74–78.

²³ Ibidem, pkt 79.

²⁴ Ibidem, pkt 98.

²⁵ Ibidem, pkt 84.

²⁶ Wyr. TS z 27.03.2012 r. w sprawie C-209/10 *Post Danmark p. Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2012:172.

²⁷ T-286/09 *Intel*, pkt 99.

cją, kiedy dostęp ten zostanie utrudniony²⁸. Zachęta finansowa w postaci rabatów za wyłączność z samego charakteru tej praktyki może prowadzić do utrudnienia dostępu do rynku dla konkurentów.

W ocenie Sądu nie jest konieczne przeprowadzenie analizy konkretnego wpływu rabatów o charakterze wyłączającym na konkurencję²⁹. Wystarczające będzie natomiast wykazanie że dana praktyka może ograniczać konkurencję. Komisja nie musi również udowodnić istnienia związku przyczynowego pomiędzy udzielaniem rabatów a danymi skutkami rynkowymi³⁰. *A fortiori* nie jest zobowiązana również do wykazania bezpośredniej szkody wyrządzonej konsumentom, a także związku przyczynowego pomiędzy wystąpieniem takiej szkody a zachowaniem przedsiębiorstwa dominującego³¹. Wynika to z faktu, że art. 102 TFUE dotyczy nie tylko praktyk, które wywołują bezpośrednią szkodę dla konsumentów, lecz także takich, które szkodzą im w sposób pośredni poprzez naruszenie struktury skutecznej konkurencji³². Nie ma również znaczenia wysokość udzielanych rabatów, ponieważ to nie ich poziom miał wpływ na podjęcie decyzji przez Komisję, ale warunek wyłączności z nimi związany³³. Nie ma również znaczenia wysokość udzielanych rabatów, ponieważ to nie ich poziom miał wpływ na podjęcie decyzji przez Komisję, ale warunek wyłączności z nimi związany³⁴.

Sąd w orzeczeniu odniósł się też do kwestii czy fakt, że jedynie niewielka część rynku, której dotyczyły praktyki stanowiące naruszenie, świadczy o braku zamknięcia dostępu do rynku³⁵. Abstrahując od właściwego sposobu oceny wielkości rynku dotkniętej praktyką, argument ten nie został przyjęty przez Sąd, który uznał, że okoliczność, że konkurencja mogła funkcjonować na pozostałej części rynku niestosowanych praktyk. Zdaniem Sądu zamknięta część rynku nie musi być istotna, aby zaistniał skutek wykluczenia konkurencji z rynku³⁶. Podobną argumentację zastosował Sąd w kontekście oceny zapotrzebowania poszczególnych kontrahentów Intel, którym udzielane były rabaty warunkowe. Wyłączność zaopatrywania się u przedsiębiorstwa dominującego jedynie w zakresie danego segmentu rynku nie może uzasadniać takiego zachowania³⁷.

Test równie efektywnego konkurenta nie został uznany przez Sąd za niezbędny, a przeprowadzony mógł zostać „jedynie tytułem uzupełnienia³⁸”. Sąd odrzucił jego zastosowanie dla stwierdzenia niezgodności z prawem rabatów za wyłączność, gdyż nie wymagają one analizy wszystkich okoliczności w sprawie³⁹. Również w stosunku do rabatów III typu, czyli tych, których ocena zgodności z prawem wymaga uwzględnienia wszystkich okoliczności, Sąd uznał, że nie jest konieczne wykazywanie potencjalnych skutków antykonkurencyjnych za pomocą testu AEC⁴⁰. Zaznaczone także zostało, że test ten umożliwia zweryfikowanie jedynie

²⁸ Ibidem, pkt 85-88.

²⁹ Ibidem, pkt 103.

³⁰ Ibidem, pkt 104.

³¹ Ibidem, pkt 105.

³² Ibidem, pkt 105.

³³ Ibidem, pkt 105.

³⁴ Ibidem, pkt 108.

³⁵ Ibidem, pkt. 114–124.

³⁶ Ibidem, pkt. 119, 124.

³⁷ Ibidem, pkt. 129–132.

³⁸ Ibidem, pkt 159.

³⁹ Ibidem, pkt 143.

⁴⁰ Ibidem, pkt. 144–146.

tezy o uniemożliwieniu dostępu do rynku, nie pomaga natomiast stwierdzić możliwości jego utrudnienia⁴¹.

3. Przyjęcie orzeczenia

Orzeczenie w sprawie *Intel* wywołało burzliwą dyskusję w doktrynie, przez której reprezentantów zostało przyjęte w większości krytycznie. Treść wyroku okazała się rozczarowaniem szczególnie dla tych, którzy mieli nadzieję na zaadaptowanie przez Sąd podejścia opartego na efektach, w tym testu AEC jako nowego, standardowego wyznacznika służącego ocenie rabatów warunkowych w świetle art. 102 TFUE.

Orzeczenie negatywnie oceniono jako zatwierdzające podejście oparte o formę, a nie efekty, co stanowiło sygnał potencjalnie świadczący o zanegowaniu roli podejścia opartego na efektach w kontekście art. 102 TFUE, przynajmniej dla rabatów i innych praktyk o charakterze lojalnościowym (Nihoul, 2014, s. 530). Ze słuszną krytyką spotkało się utrzymanie przez Sąd klasyfikacji rabatów na trzy rodzaje w oparciu o ich formę. Podział ten nie uzasadnia odmiennego ich traktowania, w szczególności w stosunku do rabatów II i III rodzaju, gdyż mogą one przynosić takie same rezultaty, a samo przypisanie praktyki do poszczególnej kategorii nie musi być jednoznaczne. Klasyfikacja ta może zostać uznana wręcz za krok wstecz w stosunku do Wytycznych Komisji, w których zrezygnowano z podziału rabatów ze względu na formę jako podział o niewielkim sensie ekonomicznym, gdyż te same anty- i prokonkurencyjne skutki mogą być wywierane przez rabaty ze względu na inne od ich formy czynniki, takie jak długość ich stosowania, wysokość czy wielkość rynku, który mogą zamykać (Geradin, 2015, s. 599).

Objęcie rabatów za wyłączenie zakazem o charakterze *per se* lub *quasi-per se* wynika zdaniami krytyków z błędnych założeń towarzyszących temu rodzajowi praktyki. Rabaty te uważane są w orzecznictwie unijnym za szkodliwe z samej swojej natury, co oparte jest na założeniach i domniemaniach, że zawsze lub prawie zawsze wprowadzane są one w celach wykluczających, wiążąc się przy tym z wywołaniem antykonkurencyjnych skutków.

W rzeczywistości tego rodzaju rabaty mogą być stosowane z innych powodów, w tym o charakterze prokonkurencyjnym, i nie ma powodu, żeby utrzymywać założenie o ich szkodliwości, niezależnie od siły rynkowej posiadanej przez przedsiębiorstwo (Colomo, 2014, s.4). R. Whish z kolei zwraca uwagę na istniejącą możliwość obrony swojego postępowania przez przedsiębiorstwo dominujące, które ma prawo powołać się na obiektywne uzasadnienie dla wyłącznościowego charakteru praktyki, co wyklucza kwalifikację reguł oceny praktyki jako zakazu *per se*. Odwrócony jest jedynie ciężar dowodu, który spoczywa na przedsiębiorstwie dominującym, którego obowiązkiem jest przedstawienie takiego uzasadnienia (Whish, 2015, s. 2). Obiektywne uzasadnienia, na które może powołać się dominant, jednak są w praktyce interpretowane przez Komisję oraz Trybunał wąsko (Sher, 2015, s. 219), co odrzuca możliwość powoływania się na czynniki oddziałujące na dobrobyt konsumenta. W tym kontekście takie podejście do rabatów o charakterze wyłącznościowym stoi niedaleko od podejścia opartego na zakazie *per se*. Próba takiej obrony jest również problematyczna ze względu na fakt, że istnienie negatywnych efektów wiążących się z rabatami za wyłączność jest założone z góry. Bez znajomości ich rozmiaru i ich wpływu na konkurencję w zasadzie niemożliwe jest skuteczne powołanie się na okoliczności

⁴¹ Ibidem, pkt 150.

uzasadniające, które mogłyby równoważyć negatywne skutki związane z kwestionowaną praktyką (Petit, 2015a, s. 18).

Konsekwencją takiego podejścia Sądu było zakwestionowanie użyteczności testu równie efektywnego konkurenta przy ocenie legalności rabatów za wyłączność. Odrzucenie testu zdaniem J. Venita wynikało ze zbytniego przywiązania się do stwierdzenia, że przez samo istnienie przedsiębiorcy dominującego konkurencja sama z siebie doznaje już osłabienia, a na dominancie spoczywa swoista odpowiedzialność by unikać dalszego jej ograniczania (Venit, 2014, s. 214). Relacje rynkowe, w tym w sprawie *Intel*, są bardziej dynamiczne i złożone, by polegać jedynie na założeniach *a priori*.

Stanowiska Sądu w kwestii użyteczności testu równie efektywnego konkurenta broni W. Wils. Test równie efektywnego konkurenta jego zdaniem może być użyteczny dla celów priorytetyzacji spraw, nie powinien być natomiast stosowany przy ocenie zgodności praktyki z prawem (Wils, 2014, s. 7). Podstawą dla tego testu jest nieuzasadnione zakwalifikowanie rabatów za wyłączność jako praktyki podobnej do drapieżnictwa cenowego, które w przeciwieństwie do tego rodzaju rabatów, opierają się wyłącznie na cenie, pozbawione są natomiast charakteru lojalnościowego. Co więcej test równie efektywnego konkurenta oparty jest na założeniu, że czynnikiem decydującym dla klienta jest cena, przy pominięciu wpływu takich elementów jak jakość czy różnorodność produktów (Wils, 2014, s. 27–28). Wils uważa również, że niesłuszne jest „okazywanie troski” jedynie dla równie efektywnych konkurentów, ponieważ również mniej efektywni konkurenci są w stanie wywierać presję konkurencyjną na przedsiębiorstwie dominującym z korzyścią dla konsumentów (Wils, 2014, s. 29–30). Wskazuje również, że konkurencja ponosi szkodę nie tylko wtedy, kiedy konkurenci zmuszeni są do sprzedaży ze stratą, lecz także wówczas, gdy ich przychody osiągają niższy poziom.

Proponowanym rozwiązaniem problemów, z którymi wiąże się wyrok w sprawie *Intel*, jest odejście od orzekania opartego na orzeczeniu *Hoffmann-La Roche*. Zakaz *quasi-per se*, mógłby zostać zastąpiony kwalifikowaną regułą rozsądku. Takie składające się z trzech kroków rozwiązanie zaproponował D. Geradin. Pierwszym etapem byłoby stwierdzenie, czy rabat wywołuje lub prawdopodobnie może wywoływać wyłączenie segmentu rynku z konkurencji, a zatem czy klienci w danej sytuacji nie są w stanie zwrócić się do konkurentów przedsiębiorstwa dominującego. Następnym krokiem byłoby stwierdzenie czy wyłączony udział rynku ma znaczący charakter. Jeżeli tak, należałoby stwierdzić czy istnieją pozytywne skutki udzielanych rabatów i zbadać, czy równoważą negatywne efekty ich zastosowania (Geradin, 2015, s. 604 i nast.).

4. Opinia Rzecznika Generalnego

Rzecznik Generalny TSUE, Nils Wahl⁴², 20 października 2016 r. opublikował natomiast opinię, w której nie zgodził się z argumentacją Sądu i zwrócił się do Trybunału o uznanie odwołania Intel. Krytyczne uwagi oraz propozycje N. Wahla dotyczące oceny rabatów stosowanych przez przedsiębiorstwa dominujące przyjęte zostały przez komentatorów z zadowoleniem i wzbudziły dodatkowe poruszenie w oczekiwaniu na wyrok Trybunału.

Podstawowym zagadnieniem poruszonym przez Rzecznika Generalnego w opinii była zastosowana przez Sąd klasyfikacja rabatów ze względu na ich formę. N. Wahl zanegował słusność

⁴² Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie *Intel*, ECLI:EU:C:2016:788.

wyodrębniania osobnej kategorii rabatów „za wyłączność”, wskazując, że rabaty te są jedynie podtypem „rabatów promujących lojalność⁴³”. Wyróżnienie rabatów za wyłączność jako osobnego typu uzasadnione byłoby, zdaniem Rzecznika, jedynie w sytuacji, kiedy brakowałyby im „cech mogących kompensować praktyki związane z wymogiem wyłączności, bez względu na indywidualne okoliczności danej sprawy⁴⁴”. W rzeczywistości warunek ten nie jest jednoznacznie spełniony, ponieważ klauzule wyłączności mogą wiązać się z pozytywnymi efektami. Równocześnie N. Wahl zauważył, że inne typy rabatów („trzeciego rodzaju”) są w stanie wywoływać podobne skutki. W tym świetle wyróżnienie odrębnej kategorii rabatów, istnienie której uzasadnione byłoby jedynie jej formą, jest nieprawidłowe. Niedokonanie pełnej analizy kontekstu stosowanych rabatów Rzecznik Generalny uznał za naruszenie prawa⁴⁵. Niemniej jednak zaznaczył, że nie musi się to wiązać z koniecznością uchylania wyroku, o ile dokonana przez Sąd uzupełniająca ocena także nie stanowiła naruszenia.

Następnie przedmiotem analizy N. Wahla była wykładnia pojęć „zdolności” i „prawdopodobieństwa” w kontekście wywierania antykonkurencyjnych skutków przez zachowanie przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą. W dotychczasowym orzecznictwie prezentowany był pogląd, zgodnie z którym dla stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej wystarczy, żeby rabaty były zdolne do wywarcia antykonkurencyjnego efektu. Zdolność ta nie powinna być natomiast hipotetyczna lub tylko teoretycznie możliwa. Rzecznik Generalny zauważył, że pojęcia „prawdopodobnego wystąpienia efektów” i „zdolności do wywołania takich skutków” nierzadko stosowane są przez Trybunał zamiennie i powinny być rozumiane jednakowo⁴⁶. Chociaż z punktu widzenia analizy językowej zastosowanie odmiennych pojęć wskazuje na celowe nadanie im innego znaczenia, pożądane byłoby jednak ujednoczenie rozumienia tych wyrażen bądź odstąpienie od stosowania pojęcia zdolności do wywoływania antykonkurencyjnych efektów. Słusznie Rzecznik Generalny wskazuje, że przy tak szerokim podejściu „próg dla zastosowania zakazu nadużywania [pozycji dominującej] [...] można obniżyć tak bardzo, że przestaje on mieć praktycznie rację bytu⁴⁷”. N. Wahl nie tylko zaznacza, że przez zdolność należy rozumieć znacznie większe prawdopodobieństwo ograniczenia konkurencji niż sama teoretyczna możliwość, lecz także dodaje, że przy ocenie zdolności konieczne jest, że nawet przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności, „domniemane skutki ograniczające znajdują potwierdzenie w rzeczywistości⁴⁸”.

W dalszej kolejności Rzecznik Generalny podjął się analizy przeprowadzonej tytułem uzupełnienia uzasadnienia wyroku oceny Sądu w zakresie innych okoliczności towarzyszących zachowaniu Intel. Należą do nich zagadnienie pokrycia rynku przez przedmiotowe rabaty, okres trwania praktyki, wyniki rynkowe konkurenta i obniżenie cen oraz test równie efektywnego konkurenta.

Problematyka pokrycia rynku wiąże się z oceną istotności wielkości rynku, do którego dostęp miałby być uniemożliwiony w następstwie stosowanej antykonkurencyjnej praktyki. W sprawie *Tomra* Trybunał przedstawił wyraźne stanowisko, zgodnie z którym konkurenci powinni móc

⁴³ Ibidem, pkt. 44–46.

⁴⁴ Ibidem, pkt 89.

⁴⁵ Ibidem, pkt 106.

⁴⁶ Ibidem, pkt 115.

⁴⁷ Ibidem, pkt 118.

⁴⁸ Ibidem, pkt 120.

konkurować w obrębie całości rynku, a nie jedynie jego części, a w rezultacie, nie istnieje swoisty próg *de minimis* dla pokrycia rynku praktyką. Stanowisko to zostało powtórzone przez Sąd w wyroku w sprawie *Intel*. Ustalenie stałego progu, po którego przekroczeniu stwierdzany byłby antykonkurencyjny charakter praktyki, Rzecznik Generalny uznał za nieuzasadniony⁴⁹. Niemniej jednak stwierdził, że ze względu na indywidualne okoliczności danej sprawy, konieczne jest przeprowadzenie odpowiedniej analizy. Wystarczające nie będzie natomiast poprzestanie na stwierdzeniu faktu, że przedsiębiorstwo było nieodzownym partnerem handlowym.

Rzecznik Generalny nie uznał kryterium łącznego czasu trwania praktyki za użyteczną dla oceny prawdopodobieństwa wywołania skutku antykonkurencyjnego. Co więcej, dotyczy to zarówno długiego, jak i krótkiego okresu trwania praktyki, gdyż jest to okoliczność oderwana od jej kontekstu⁵⁰. N. Wahl zgodził się natomiast z Sądem, stwierdzając, że pozytywne wyniki finansowe AMD nie oznaczają, że zachowanie dominanta nie ograniczało konkurencji. Tak samo w odwrotnej sytuacji, zdaniem Rzecznika, słabe wyniki finansowe konkurencji nie mogłyby same w sobie, w oderwaniu od bardziej złożonej analizy, świadczyć o zdolności rabatów do wywołania antykonkurencyjnych skutków⁵¹.

Test równie efektywnego konkurenta N. Wahl uznał za szczególnie użyteczny dla uchwycenia antykonkurencyjnego charakteru praktyki, a jego przeprowadzenie za niezbędne⁵² w celu określenia skutku wykluczającego. Rozważając stanowisko, zgodnie z którym test równie efektywnego konkurenta może zostać pominięty, jeśli antykonkurencyjne skutki wykazane zostaną w oparciu o pozostałe kryteria, Rzecznik Generalny wskazał, że w sytuacji, w której Komisja przeprowadza test równie efektywnego konkurenta, choćby „tytułem uzupełnienia”, Sąd nie może pominąć go w swojej ocenie jako pozbawionego znaczenia, w szczególności gdy pozostałe inne okoliczności nie wykazują jednoznacznie antykonkurencyjnych efektów stosowanej praktyki⁵³.

Wreszcie wartym podkreślenia zagadnieniem poruszonym przez N. Wahla była klasyfikacja niektórych rabatów stosowanych przez Intel jako rabaty za wyłączność, podczas gdy warunek wyłączności dotyczył *de facto* jedynie części zapotrzebowania kontrahenta na towar dominanta. Sytuacja ta wystąpiła przy rabatach udzielanych na rzecz HP, która zobowiązana była do instalacji procesorów Intel w co najmniej 95% stacjonarnych komputerów biurowych. Segment ten odpowiadał jednak jedynie 28% całkowitego zapotrzebowania HP na procesory. Nie jest to ilość zbliżająca się do pokrycia znacznej części zapotrzebowania spółki na towar oferowany przez przedsiębiorstwo dominujące, co byłoby kluczowe dla oceny praktyki. Dzielenie rynku właściwego na dalsze segmenty odpowiadające nieznaczącej części całkowitego zapotrzebowania spółki, prowadzić będzie, zdaniem Rzecznika Generalnego, do nieuzasadnionych rezultatów⁵⁴.

⁴⁹ Ibidem, pkt. 141–143.

⁵⁰ Ibidem, pkt 150.

⁵¹ Ibidem, pkt 160.

⁵² Ibidem, pkt 165.

⁵³ Ibidem, pkt 169.

⁵⁴ Ibidem, pkt. 210–212.

V. Orzeczenie w sprawie *Post Danmark II*

1. Wyrok Trybunału

Wyrok Trybunału w sprawie *Post Danmark II*⁵⁵ ogłoszony został 6 października 2015 r. i jest najnowszym orzeczeniem poruszającym kwestię rabatów. Jest to również pierwsza sprawa dotycząca tego zagadnienia, która trafiła do Trybunału w trybie odesłania prejudycjalnego. Pytania przedstawione Trybunałowi przez duński sąd morski i handlowy⁵⁶ wzbudziły nadzieje na rozjaśnienie podejścia Trybunału do rabatów ilościowych i ich odróżnienie od rabatów „innego” rodzaju, zastosowanie testu równie efektywnego konkurenta oraz podejścia opartego o efekty.

Post Danmark A/S, duńska spółka oferująca usługi pocztowe i będąca pod kontrolą państwa duńskiego, zobowiązana była do świadczenia powszechnych usług pocztowych polegających na doręczaniu w ciągu jednego dnia na obszarze całego kraju listów i paczek o wadze nieprzekraczającej 2 kg i do stosowania przy tym systemu stawek niezależnego od miejsca przeznaczenia przesyłki. *Post Danmark* uprzywilejowana była natomiast w zamian monopolem ustawowym na doręczanie listów o wadze do 50 gramów.

W 2003 r. *Post Danmark* ustanowiła system rabatowy przeznaczony dla przesyłek reklamy bezpośredniej, będący segmentem rynku przesyłek adresowych. Udzielane rabaty były warunkowane liczbą przesyłek nadawanych przez klientów. Minimalne progi stanowiły liczba sztuk nadanych jednorazowo, całkowita liczba przesyłek nadanych w ciągu roku bądź roczny wydatek w wysokości co najmniej 300 000 koron duńskich. Poziomy rabatu były zmienne w zależności od dodatkowych progów, a stawki te były jednakowo udzielane wszystkim klientom spełniającym założone warunki. Rabaty miały charakter retroaktywny i udzielane były na ogół przesyłek, wliczając te, które podlegały monopolowi ustawowemu *Post Danmark*, a nie jedynie na liczbę przekraczającą wyznaczony próg. Obniżki były udzielane z góry, a po zakończeniu okresu referencyjnego następowało rozliczenie, co wiązało się także z koniecznością zwrotu pieniędzy przez klienta, gdy w rzeczywistości nadał mniejszą liczbę przesyłek od wcześniej zadeklarowanej wartości.

Duńska Rada ds. Konkurencji⁵⁷ uznała, że *Post Danmark* nadużywała pozycji dominującej, ponieważ udzielane przez nią rabaty w sposób nieuzasadniony względami wzrostu efektywności ograniczały dostęp do rynku. Organ wskazał przede wszystkim na znaczący udział spółki w rynku, charakterystykę rynku, który cechuje się szczególnymi barierami wejścia i występowaniem czynnika ekonomii skali oraz posiadaną przez *Post Danmark* pozycję wynikającą z nadanego jej monopolu ustawowego. Organ antymonopolowy odrzucił konieczność zastosowania testu równie efektywnego konkurenta., gdyż nie można wymagać od nowego konkurenta, by w krótkim czasie stał się równie efektywny jak przedsiębiorstwo dominujące. Stanowisko to potwierdziła duńska Komisja Odwoławcza ds. Konkurencji, a *Post Danmark* zaskarżyła tę decyzję do duńskiego sądu morskiego i handlowego, który ze względu na wątpliwości co do kryteriów, w jaki sposób powinien ocenić system rabatowy stosowany przez *Post Danmark*, zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi oceny rabatów o skutku lojalnościowym, roli

⁵⁵ Wyr. TS z 6.10.2015 r. w sprawie C-23/14 *Post Danmark p. Konkurrenserådet*, ECLI:EU:C:2015:651.

⁵⁶ Søg og Handelsretten.

⁵⁷ Konkurrenserådet.

testu równie efektywnego konkurenta i cech charakterystycznych rynku oraz szczególnych okoliczności wpływających na wywarcie skutku w postaci wykluczenia.

Trybunał stwierdził, że systemu rabatów stosowanego przez Post Danmark nie można zaklasyfikować ani jako rabaty ilościowe, ani jako rabaty lojalnościowe, gdyż nie były związane z obowiązkiem pokrywania swojego zapotrzebowania na usługi u dominanta. W konsekwencji należy ocenić wszystkie okoliczności towarzyszące danej praktyce, w tym uwzględniając kryteria i zasady przyznawania rabatów czy jej celem nie jest pozbawienie lub ograniczenie źródeł zaopatrzenia, zamknięcie dostępu do rynku konkurentom, czy też umocnienie pozycji dominującej. Trybunał dodał również, że w sprawie *Post Danmark* konieczne jest uwzględnienie panujących na rynku szczególnych warunków konkurencji.

Przy ocenie systemu rabatowego stosowanego przez Post Danmark Trybunał wskazał moc wsteczną rabatów, roczny okres referencyjny objęcie systemem przesyłek podlegających ustawowemu monopolowi oraz szczególnie duży udział w rynku dominanta jako te okoliczności, które wpływają na negatywną ocenę praktyki. W ocenie Trybunału ustandaryzowanie stawek rabatowych, czyli umożliwienie uzyskania rabatu na równych warunkach przez wszystkich klientów, chociaż pozbawia system rabatowy charakteru dyskryminującego, to wciąż umożliwia wywołanie na rynku efektów wykluczenia. Nie uznał natomiast za poszlakę wskazującą na nadużycie pozycji dominującej faktu, że rabaty dotyczyły znacznej części klientów na rynku. Może on stanowić natomiast wskazówkę „co do wagi, jaką należy przypisać tej praktyce i wywieranemu przez nią na rynku wpływowi”⁵⁸. Trybunał potwierdził również możliwość wykazania przez przedsiębiorstwo dominujące, że dzięki stosowanym rabatom zaistniał wzrost efektywności, który równoważy lub przeważa negatywne skutki wiążące się ze stosowaną praktyką. W tym celu dominant powinien wykazać, że zneutralizowane zostają wszelkie przypuszczalne szkodliwe skutki dla konkurencji i interesów konsumentów, wzrost efektywności mógł być osiągnięty dzięki danemu zachowaniu, że było ono niezbędne, a także że „nie wyklucza ono skutecznej konkurencji poprzez wyeliminowanie wszystkich lub większości źródeł rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji”⁵⁹.

W odniesieniu do zastosowania testu równie efektywnego konkurenta Trybunał wskazał na wstępie, że Wytyczne dotyczą jedynie Komisji, i nie obejmują praktyki krajowych organów antymonopolowych i sądów. Podkreślił również, że dokonanie oceny w oparciu o test AEC nie może być określone jako wymóg prawny, ponieważ jak Trybunał stwierdził w sprawie *Tomra*, stosowanie cen ujemnych „nie stanowi wstępnego warunku pozwalającego stwierdzić, że stosowany przez przedsiębiorstwo [...] system rabatów z mocą wsteczną ma charakter naruszenia”⁶⁰. Trybunał uznał, że przeprowadzenie testu równie efektywnego konkurenta nie będzie użyteczne w rozpatrywanej sprawie, jednak nie odrzucił jego znaczenia w ogóle, stwierdzając, że stanowi on „jeden spośród wielu instrumentów”⁶¹, który może pomóc w stwierdzeniu nadużycia pozycji dominującej poprzez zastosowanie systemu rabatowego.

Odpowiadając na pytanie dotyczące tego, jak prawdopodobny i poważny musi być antykonkurencyjny efekt, aby stwierdzić naruszenie art. 102 TFUE, Trybunał orzekł, że konieczne jest

⁵⁸ Wyr. Trybunału w sprawie *Post Danmark II*, pkt 46.

⁵⁹ Ibidem, pkt 49.

⁶⁰ Wyr. Trybunału w sprawie *Tomra*, pkt 73.

⁶¹ Wyr. Trybunału w sprawie *Post Danmark II*, pkt 61.

wywieranie antykonkurencyjnego wpływu, zastrzegając, że wystarczające jest wykazanie jedynie potencjalnego skutku antykonkurencyjnego⁶². Nie może mieć on jednak czysto hipotetycznego charakteru⁶³. Powołując się na orzeczenie *Hoffmann-La Roche*, Trybunał odrzucił jednak koncepcję minimalnego progu przy analizie, czy dane zachowanie stanowi nadużycie pozycji dominującej, gdyż przez sam swój charakter, zachowanie może znacząco ograniczyć konkurencję z uwagi na już osłabioną jej strukturę, wynikającą z istnienia na rynku podmiotu posiadającego pozycję dominującą⁶⁴.

2. Przyjęcie orzeczenia

Trybunał nie zdecydował się na przełomowy krok, poruszając się w obrębie utrwalonego orzecznictwa, niemniej jednak w sposób jednoznaczny odniósł się do problematycznych kwestii, wyjaśniając stanowisko Trybunału względem rabatów ilościowych i o skutkach lojalnościowych, pozycji krajowych organów antymonopolowych względem Wytocznych, progu *de minimis* w sprawach dotyczących art. 102 TFUE. Poruszone w orzeczeniu zagadnienie zastosowania testu AEC zostało ocenione przez Trybunał przychylniej niż przez Sąd w sprawie *Intel*.

Ważnym elementem orzeczenia jest umocnienie domniemania legalności rabatów o charakterze ilościowym i doprecyzowanie ich kwalifikacji. Rozpatrując sprawę *Post Danmark II*, Trybunał potwierdził, że rabaty oparte wyłącznie na ilości sztuk w danym zamówieniu są domniemane jako legalne. Jeżeli charakterystyka danego systemu rabatowego wykraczałaby jednak poza ten warunek, wówczas należy zbadać wszystkie okoliczności. Fakt, że system rabatowy jest ustandaryzowany, to znaczy dostępny na równych warunkach dla wszystkich klientów, nie świadczy o tym, że stosowane rabaty mają domniemany legalny charakter.

Pewną nowością jest uznanie przez Trybunał zasięgu rynku, jaki został objęty przez praktykę, za istotny czynnik służący ocenie prawdopodobieństwa i rozmiaru wystąpienia efektu zamknięcia dostępu do rynku. Niemniej jednak ograniczenie roli tego elementu jedynie do oceny siły i rozmiaru wystąpienia efektu, wyłączając możliwość użycia go jako argumentu świadczącego o samym występowaniu lub braku antykonkurencyjnego efektu ocenione zostało negatywnie (Venit, 2016a, s. 167).

J. Venit stanowisko Trybunału względem testu AEC ocenił jako „zachęcające”, chociaż zauważył, że Trybunał pozostawia możliwość jego zastosowania jako narzędzie służące potwierdzeniu zaistnienia naruszenia, i nie widzi możliwości wykorzystania testu jako argumentu wykazującego brak efektów lojalnościowego lub wykluczenia. W tym świetle test, który mógłby służyć jedynie pomocniczo przy ocenie stopnia zamknięcia dostępu do rynku, bez możliwości stanowienia dowodu na brak jego wystąpienia, znajduje się w opinii J Venita w gorszej sytuacji od tej, która wystąpiła po odrzuceniu użyteczności testu w sprawie *Intel*.

Bardziej optymistyczne stanowisko zajął P. Colomo, który stwierdził, że *Post Danmark II* nadało testowi AEC znaczenie, które pozwoli w przyszłości na jego wykorzystanie w analizach kolejnych spraw (Colomo, 2016, s. 114). Jego rola w stwierdzaniu szkodliwości danych praktyk może być wykorzystana na poziomie nie tylko Trybunału, lecz także krajowym. Zdaniem N. Petita

⁶² C-23/14 *Post Danmark*, pkt 66.

⁶³ *Ibidem*, pkt 65.

⁶⁴ *Ibidem*, pkt 70–73.

sprawa *Post Danmark II* potwierdziła, że zastosowanie testu równie efektywnego konkurenta jest wciąż aktualne i możliwe (Petit, 2015b, s. 11). Szczególną uwagę zwrócił on na znaczenie wyroku dla dalszego postępowania Komisji przypominając, że wciąż związana jest ona Wytycznymi, a zatem w dalszym ciągu zobligowana jest do ich stosowania i nie może odejść od stosowania testu w inny sposób, niż poprzez wycofanie Wytycznych (Petit, 2015b, s. 12).

Orzeczenie pozostawiło wrażenie, że Trybunał wydaje się być wciąż niezdecydowany czy pozostać przy dotychczasowym stanowisku wobec naruszeń art. 102 TFUE, czy zwrócić się w kierunku podejścia opartego o efekty (Venit, 2016a, s. 176). Zabrakło również wskazania jasnej podstawy, na której Trybunał opierał się, decydując czy dla danego rodzaju zachowania należy zastosować test AEC, pozostawiając rabaty nieobjęte tym wymogiem, chociaż ekonomiczne uzasadnienie nie jest w tym wypadku słabsze niż dla praktyk, takich jak drapieźnictwo cenowe (Subiotto QC, Little i Lepetska., 2016, s. 296). Stanowiska Trybunału broni natomiast P. Colomo, znajdując orzeczenie w sprawie *Post Danmark II* użytecznym, gdyż rozjaśnia stanowisko Trybunału względem podejścia opartego o efekty. Uwzględnienie, oprócz natury i sposobu działania systemu rabatowego, także jego wpływu na rynek właściwy, przybliżają to orzeczenie do wyroków wprowadzających w życie podejście oparte o efekty (jak np. *TeliaSonera*), mogąc stanowić zarazem powolne odejście od standardów wynikających ze starszych orzeczeń dotyczących rabatów (Colomo, 2016, s. 114).

VI. Ocena stanowiska Trybunału

Spoglądając na omówione wyroki, w sposób wyraźny można zauważyć konsekwentne podejście Trybunału w dokonywaniu podziału rabatów na ich formę. Przypisanie rabatu do jednej z trzech kategorii stanowi jeden z pierwszych kroków dokonywanej oceny, dzięki któremu już na wczesnym etapie, w przypadku uznania praktyki za rabaty lojalnościowe, Trybunał może zwolnić się niejako od przeprowadzenia głębszej analizy kontekstu ekonomicznego praktyki. Trybunał przyjmuje tym samym, że sama forma rabatu decyduje o jego antykonkurencyjnym charakterze. Tymczasem stwierdzenie negatywnego wpływu rabatów, także w „czystej” lojalnościowej formie, w dużej mierze zależy od okoliczności, w których są stosowane, w tym od charakterystyki rynku właściwego i szczególnych warunków konkurencji. Ma to szczególne znaczenie w świetle nowoczesnej gospodarki poddawanej nieustannym przemianom technologicznym, gdzie pozycja poszczególnych produktów i podmiotów gospodarczych staje się szczególnie nieprzewidywalna i trudna do utrzymania.

Rabaty mogą wywoływać pozytywne skutki na każdym szczeblu rynkowym, zarówno dla rabatodawców, rabatobiorców, jak i konsumentów. Przyjęcie zakazu *quasi-per se* w odniesieniu do rabatów lojalnościowych wiąże się z nieuzasadnionym odrzucaniem potencjalnie korzystnych praktyk. Temu rezultatowi sprzyja także rygorystyczne rozumienie prawdopodobnego wystąpienia antykonkurencyjnych skutków jako samej zdolności do ich wywoływania. W efekcie mamy do czynienia z przewagą występowania błędu I rodzaju, czyli uznawania za antykonkurencyjne tych praktyk, które w rzeczywistości pozbawione są tego charakteru, a które wiążą się nawet z pozytywnymi skutkami.

Jednocześnie nie wydaje się, aby było pożądane, by wszystkie rabaty były traktowane identycznie. Korzystne byłoby chociażby pozostawienie wyodrębnionej „ilościowej” formy rabatu domniemanego jako jednoznacznie dozwoloną formę praktyki. Wartą uwagi jest nomenklatura

przyjęta przez Rzecznika Generalnego N. Wahla, który, obok rabatów ilościowych, zastosował pojęcie „rabatów promujących lojalność”, zawierające w sobie znane z orzecznictwa Trybunału rabaty za wyłączność oraz rabaty „trzeciego rodzaju”. W tym kontekście można spróbować odczytać również orzeczenie w sprawie *Post Danmark II*, w którym, jak zwrócono uwagę (Venit, 2016b, s. 1–2), Trybunał pozostawił miejsce na analizę wszystkich okoliczności także dla rabatów za wyłączność, nie wskazując na istotne różnice w podejściu pomiędzy takimi rabatami a rabatami „trzeciego rodzaju”.

Kolejnym problematycznym zagadnieniem w ocenie systemów rabatowych jest test równie efektywnego konkurenta, który w oczach Trybunału stał się *jednym z wielu narzędzi*, które mogą pomóc w stwierdzeniu wystąpienia antykonkurencyjnych skutków. Znamienna jest asymetryczność wniosków, jakie mogą być wyciągane na podstawie wyników testu AEC – negatywny rezultat stanowi wyraźny dowód istnienia antykonkurencyjnych skutków, podczas gdy pozytywny dla przedsiębiorstwa dominującego wynik nie decyduje o ich niewystępowaniu.

Sam pozytywny wynik testu AEC nie powinien jednak bezwzględnie decydować o dozwolonym charakterze rabatów. Trudno byłoby wymagać chociażby od nowego na rynku podmiotu, by był on równie efektywny, jak dominujący przedsiębiorca; wątpliwe może wydawać się również założenie, zgodnie z którym cena ma wyłączny wpływ na dobrobyt konsumenta. Niemniej jednak należy uznać, że „zdanie” testu przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą wiąże się z istotnym zmniejszeniem prawdopodobieństwa występowania skutków negatywnych, co powinno mieć wpływ przy ocenie antykonkurencyjnego potencjału praktyki.

Zasygnalizowane zagadnienie wiąże się również z ryzykiem wybiórczego stosowania testu przez Komisję. Test AEC nie powinien tym samym stanowić jednego z *wielu narzędzi*, które służyłoby w celu „ostatecznego” wykazania niedozwolonego charakteru rabatu. Pożądane byłoby stwierdzenie przez Trybunał większej roli testu oraz wskazanie jasnych kryteriów, kiedy powinien znajdować zastosowanie. W sytuacji, w której Komisja zdecyduje się na przeprowadzenie testu AEC, poprawność jego zastosowania powinna podlegać dalszej kontroli sądowej.

W dalszej perspektywie pochylić należałoby się nad problemami związanymi z przeprowadzaniem samego testu, którego wynik uzależniony jest od przyjętych założeń i danych. Problem ujawnia się w szczególności przy próbie oszacowania podważalnej części popytu, gdzie różnica zaledwie kilku punktów procentowych może decydować o wyniku testu. Słusznie podkreśla się (Geradin, 2010, s. 119), że dane służące tej analizie powinny być dostępne dla przedsiębiorstwa dominującego, aby było w stanie móc we własnym zakresie ocenić charakter swoich praktyk. Kluczowe dla efektywności postępowania w tym świetle wydaje się zagadnienie sposobu rozstrzygnięcia potencjalnych sporów na tle ekonomicznym na etapie kontroli sądowej. Jako przykładowe rozwiązania można by wskazać wspólną ocenę panelu ekonomistów, wiążące wyznaczenie zewnętrznego ekonomisty/ekonomistów przez sąd lub ustalenie obiektywnych reguł oceny analiz przytaczanych przez strony.

Niewątpliwie decydującym dla poruszonego zagadnienia okaże się wyrok w sprawie *Intel*. Zachowawcze stanowisko Trybunału może na dłuższy czas pogrzebać nadzieje na uwzględnienie bardziej ekonomicznego podejścia w kontekście systemów rabatowych stosowanych przez przedsiębiorstwa dominujące. Równocześnie wydana przez Rzecznika Generalnego opinia rozbudziła oczekiwania doktryny, a dla Trybunału może stanowić dodatkową zachętę, by dokonać przełomu

w ocenie praktyk wykluczających, w tym poprzez odrzucenie klasyfikacji rabatów w oparciu o ich formę, szersze uwzględnienie potencjalnych pozytywnych skutków stosowanych rabatów oraz wzmocnienie roli instrumentów ekonomicznych przy dokonywanej ocenie.

Bibliografia

- Colomo, P. (2014). Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*. Pozyskano z: https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2014-29_Colomo.pdf.
- Colomo, P. (2016). Post Danmark II: The Emergence of a Distinct 'Effects-Based Approach' to Article 102 TFEU. *Journal of European Competition Law & Practice*, 7(2), <http://dx.doi.org/10.1093/jeclap/lpw003>.
- Economic Advisory Group on Competition Policy (2005). Economic approach to Article 82. Pozyskano z: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf.
- Geradin, D. (2008). A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1315292>.
- Geradin, D. (2010). The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where Is the Foreclosure and Consumer Harm? *Journal of European Competition Law & Practice* 1(2), <http://dx.doi.org/10.1093/jeclap/lpp016>.
- Geradin, D. (2015). Loyalty Rebates After Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche. *Journal of Competition Law & Economics*, 11(3), <http://dx.doi.org/10.1093/joclec/nhv023>.
- Kohutek, K. (2010). Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji. *Przegląd Prawa Handlowego*, lipiec.
- Nihoul, P. (2014). The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law? *Journal of Competition Law & Practice*, 5(8), <http://dx.doi.org/10.1093/jeclap/lpu088>.
- Özkan, A. (2015). The Intel judgment: the Commission threw the first stone but the EU courts will throw the last. *European Competition Journal*, 11(1), <http://dx.doi.org/1080/17441056.2015.1033213>.
- Padilla, J. i Slater, D. (2005). Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82 EC, GCLC Research Papers on Article 82 EC. Pozyskano z: <https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20Research%20Papers%20on%20Article%2082%20EC.pdf>.
- Petit, N. (2015a). Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU. Pozyskano z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2567628.
- Petit, N. (2015b). Rebates and Article 102 TFEU: The European Commission's Duty to Apply the Guidance Paper. Pozyskano z: <http://www.ssrn.com/abstract=2695732>.
- Sher, B. (2015). Keep Calm – Yes; Carry on – No! A Response to Whish on Intel. *Journal of Competition Law & Practice*, 6(4), <http://dx.doi.org/10.1093/jeclap/lpv020>.
- Subiotto QC, R., Little, D. i Lepetska, R. (2016). The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts, *Journal of European Competition Law and Practice*, 7(4), <http://dx.doi.org/10.1093/jeclap/lpv007>.
- Usai, A. (2014). The Intel Case: Between Tomra Systems ASA, the Commission's Guidance on Enforcement Priorities and the Alleged Infringement of Procedural Requirements – No Fat Left on the Bone. *European Competition Law Review*, 35(8). Pozyskano z: <https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/theintelcase.pdf>.
- Venit, J. (2014). Case T-286/09 Intel v. Commission – The Judgment of the General Court: All Steps Backwards and No Steps Forward. *European Competition Journal*, 10(2), <http://dx.doi.org/10.5235/17441056.10.2.203>.

- Venit, J. (2016a). Making Sense of Post Danmark i and II: Keeping the Hell Fires Well Stoked and Burning. *Journal of Competition Law & Practice*, 7(3), <http://dx.doi.org/10.1093/jeclap/lpw002>.
- Venit, J. (2016b). Post Danmark II and the Intel Opinion Much More in Common Than First Meets the Eye. Pozyskano z: <https://www.skadden.com/-/media/files/publications/2016/10/postdanmarkiiandtheintelopinionmuchmoreincommonha.pdf>.
- Whish, R. (2015). Intel v Commission: Keep Calm and Carry on! *Journal of European Competition Law & Practice*, 6(1), <http://dx.doi.org/10.1093/jeclap/lpv020>.
- Wils, W. (2014). 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*, 37(4). Pozyskano z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407.