



**RADA
UNII EUROPEJSKIEJ**

**Bruksela, 18 lutego 2009 r. (19.02)
(OR. en)**

**17065/1/08
REV 1**

RC 26

PISMO PRZEWODNIE

od:	Sekretarz Generalny Komisji Europejskiej, podpisano przez pana dyrektora Jordiego AYETA PUIGARNAUA
data otrzymania:	9 lutego 2009 r.
do:	Pan Javier SOLANA, Sekretarz Generalny/Wysoki Przedstawiciel
Dotyczy:	KOMUNIKAT KOMISJI Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące

Delegacje otrzymują w załączeniu dokument Komisji C(2009) 864 wersja ostateczna.

Delegacje proszone są o niebranie pod uwagę dok. 17065/08 RC 26 (COM (2008) 832 wersja ostateczna). Obowiązuje jedynie obecna zmieniona wersja „Wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące”.

Załącznik: C(2009) 864 wersja ostateczna



KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH

Bruksela, dnia 9.2.2009
K(2009) 864 wersja ostateczna

KOMUNIKAT KOMISJI

**wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu
art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki
wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące**

KOMUNIKAT KOMISJI

**wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu
art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki
wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące**

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

SPIS TREŚCI

I.	Wprowadzenie	5
II	Cel niniejszego dokumentu	5
III	Ogólne podejście do działań o charakterze praktyki wyłączającej	6
A.	Władza rynkowa	6
a)	Pozycja na rynku przedsiębiorstwa dominującego i jego konkurentów	8
b)	Ekspansja lub wejście na rynek	9
c)	Wyrównawcza siła nabywcza	9
B.	Zamknięcie rynku ze szkodą dla konsumentów („antykonykurencyjne zamknięcie dostępu do rynku”)	10
C.	Działanie o charakterze praktyki wyłączającej polegające na polityce cenowej	13
D.	Obiektywna konieczność i korzyści w postaci wzrostu efektywności	15
IV	Szczególne formy nadużyć	16
A.	Systemy wyłączności	16
a)	Zobowiązanie do wyłącznego zakupu	16
b)	Rabaty warunkowe	18
c)	Korzyści w postaci wzrostu efektywności	20
B.	Sprzedaż wiązana i pakietowa	21
a)	Odrębne produkty	22
b)	Antykonykurencyjne zamknięcia dostępu do rynku produktu podstawowego lub powiązanego	22
c)	Rabaty wieloproduktowe	23
d)	Korzyści w postaci wzrostu efektywności	24
C.	Praktyki drapieżne	24
a)	Poświęcenie zysków	25

b)	Antykonkurencyjne zamknięcia dostępu do rynku.....	26
c)	Korzyści w postaci wzrostu efektywności	27
D.	Odmowa dostaw i zaniżanie marży	28
a)	Obiektywna niezbędność czynników produkcji.....	30
b)	Eliminacja skutecznej konkurencji	31
c)	Szkoda dla konsumentów.....	31
d)	Korzyści w postaci wzrostu efektywności	32

I. WPROWADZENIE

1. Artykuł 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską („art. 82”) wprowadza zakaz nadużywania pozycji dominującej. Zgodnie z orzecnictwem samo zajmowanie przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej nie jest niezgodne z prawem i przedsiębiorstwo dominujące ma prawo konkurować, opierając się na własnych atutach. Jednakże, na takim przedsiębiorstwie spoczywa szczególna odpowiedzialność za niedopuszczenie do tego, by jego działania miały ograniczający wpływ na prawdziwą niezakłóconą konkurencję na wspólnym rynku. Artykuł 82 stanowi podstawę prawną zasadniczego elementu polityki konkurencji, a skuteczne egzekwowanie wykonania jego postanowień pomaga w lepszym funkcjonowaniu rynków z korzyścią dla podmiotów gospodarczych i konsumentów. Ma to szczególnie ważne znaczenie w kontekście szerzej pojętego celu, jakim jest stworzenie zintegrowanego rynku wewnętrznego.

II CEL NINIEJSZEGO DOKUMENTU

2. Niniejszy dokument określa priorytety, którymi Komisji będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 w odniesieniu do działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące. W niniejszym dokumencie Komisja wyjaśnia ogólne zasady analizy (oprócz zasad formułowanych w decyzjach w związku z egzekwowaniem prawa), którą przeprowadza, by stwierdzić, czy powinna podjąć interwencję w sprawach dotyczących różnych form działań o charakterze praktyki wyłączającej, tak by te zasady stały się bardziej zrozumiałe i przewidywalne, a przedsiębiorstwa mogły lepiej ocenić, czy pewne zachowania mogą doprowadzić do podjęcia przez Komisję interwencji na podstawie art. 82.
3. Niniejszy dokument nie ma rozstrzygać kwestii prawnych i nie narusza wykładni art. 82, dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości lub Sąd Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich. Ponadto, ogólne zasady sformułowane w niniejszym dokumencie stosuje się bez uszczerbku dla możliwości oddalenia skargi przez Komisję, jeżeli uzna ona, że sprawa nie ma priorytetowego charakteru ze względów, takich jak brak interesu wspólnotowego.
4. Artykuł 82 stosuje się do przedsiębiorstw zajmujących pozycję dominującą na co najmniej jednym rynku właściwym. Taką pozycję może zajmować jedno przedsiębiorstwo (indywidualna pozycja dominująca) albo dwa przedsiębiorstwa lub większa ich liczba (kolektywna pozycja dominująca). Niniejszy dokument dotyczy wyłącznie nadużyć popełnionych przez przedsiębiorstwa zajmujące indywidualną pozycję dominującą.
5. W stosowaniu art. 82 w odniesieniu do działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Komisja będzie przede wszystkim koncentrowała się na tych rodzajach zachowań, które są najbardziej szkodliwe dla konsumentów. Źródłem korzyści z konkurencji dla konsumentów są niższe ceny, wyższa jakość i szerszy asortyment nowych lub udoskonalonych towarów i usług. Dlatego też Komisja będzie ukierunkowywała swoje działania w zakresie egzekwowania prawa na zapewnienie właściwego funkcjonowania rynków i umożliwienie konsumentom czerpania korzyści płynących z efektywności i

produktywności, które są wynikiem skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami.

6. Najważniejszym aspektem działań Komisji, związanych z egzekwowaniem prawa w odniesieniu do działań o charakterze praktyki wyłączającej, jest ochrona procesu konkurencyjnego na rynku wewnętrznym i dbanie o to, by przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą nie wykluczały z rynku swoich konkurentów w inny sposób niż w drodze konkurencji, opierającej się na atutach dostarczanych produktów lub usług. Przyjmując taką zasadę postępowania, Komisja ma świadomość, że najważniejsze znaczenie ma ochrona skutecznego procesu konkurencji, a nie jedynie podmiotów konkurujących. Może się więc okazać, że konkurenci, których oferta dla konsumentów jest gorsza pod względem ceny, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności, przestaną funkcjonować na rynku.
7. Działania polegające na bezpośrednim wykorzystywaniu konsumentów, na przykład stosowanie nadmiernie wygórowanych cen lub przejawianie pewnych zachowań, które osłabiają skuteczność wysiłków zmierzających do stworzenia zintegrowanego rynku wewnętrznego, mogą również stanowić naruszenie art. 82. Komisja może zdecydować się na podjęcie interwencji w przypadku takiego zachowania, w szczególności, jeżeli nie istnieją inne możliwości zagwarantowania konsumentom odpowiedniej ochrony i właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego. 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.
8. Podczas stosowania ogólnych zasad egzekwowania prawa, określonych w niniejszym komunikacie, Komisja będzie brała pod uwagę fakty i okoliczności specyficzne dla każdej sprawy. Na przykład w sprawach dotyczących rynków regulowanych, przy dokonywaniu oceny Komisja weźmie pod uwagę specyfikę danego otoczenia regulacyjnego¹. Komisja może więc przyjąć podejście określone w niniejszym komunikacie w zakresie, w jakim okaże się ono uzasadnione i odpowiednie z punktu widzenia danej sprawy.

III OGÓLNE PODEJŚCIE DO DZIAŁAŃ O CHARAKTERZE PRAKTYKI WYŁĄCZAJĄCEJ

A. Władza rynkowa

9. Przeprowadzenie oceny w celu stwierdzenia, czy przedsiębiorstwo zajmuje pozycję dominującą, i ustalenie zakresu jego władzy rynkowej, należą do pierwszego etapu działań związanych ze stosowaniem art. 82. Zgodnie z orzecznictwem, na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą spoczywa szczególna odpowiedzialność, której zakres należy rozpatrywać w świetle specyficznych

¹ Zob. na przykład pkt 82.

okoliczności każdej sprawy².

10. Pojęcie dominacji zostało zdefiniowane w prawie wspólnotowym jako pozycja ekonomiczna przedsiębiorstwa, która umożliwia mu utrudnianie skutecznej konkurencji na rynku właściwym, poprzez możliwość przejawiania zachowań w znacznym stopniu niezależnych od innych konkurentów, klientów, a w końcu także od konsumentów³. Ta koncepcja niezależności jest związana z zakresem presji konkurencyjnej, wywieranej na dane przedsiębiorstwo. Dominacja wiąże się z tym, że presja konkurencyjna nie jest wystarczająco skuteczna i w związku z tym dane przedsiębiorstwo posiada przez pewien czas istotną i trwałą władzę rynkową. Oznacza to, że na decyzje podejmowane przez takie przedsiębiorstwo nie mają wpływu ani działania, ani reakcje konkurentów, klientów, ani też konsumentów. Komisja może uznać, że nie istnieje skuteczna presja konkurencyjna, nawet jeżeli utrzymuje się pewna rzeczywista lub potencjalna konkurencja⁴. Ogólnie można stwierdzić, że pozycja dominująca wynika z kilku czynników, które jeżeli są rozpatrywane osobno, niekoniecznie mają charakter decydujący⁵.
11. Komisja uważa, że przedsiębiorstwo, które przez wystarczająco długi czas zachowuje zdolność do podwyższania w sposób opłacalny cen powyżej poziomu konkurencyjnego nie stoi w obliczu wystarczająco skutecznej presji konkurencyjnej, a wobec tego może być na ogół uznane za dominujące⁶. W niniejszym komunikacie, sformułowanie „podwyższanie cen” oznacza zdolność do utrzymania cen na poziomie wyższym od konkurencyjnego i jest stosowane jako skrócone określenie dla różnych sposobów wywierania wpływu na parametry konkurencji – takie jak ceny, wielkość produkcji, innowacyjność, różnorodność lub jakość towarów i usług – z korzyścią dla przedsiębiorstwa dominującego i ze szkodą dla konsumentów⁷.
12. W ocenie dominacji zostanie uwzględniona struktura konkurencji na rynku, a w szczególności następujące czynniki:

² Sprawa 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin* przeciwko Komisji (*Michelin I*) Rec. z 1983 r., s. 3461, pkt 57; sprawa T-83/91 *Tetra Pak International* przeciwko Komisji (*Tetra Pak II*) Rec. z 1993 r., s. II-755, pkt 114; sprawa T-111/96 *ITT Promedia* przeciwko Komisji Rec. z 1998 r., s. II-2937, pkt 139; sprawa T-228/97 *Irish Sugar* przeciwko Komisji Rec. z 1999 r., s. II-2969, pkt 112 i sprawa T-203/01 *Michelin* przeciwko Komisji Rec. z 2003 r., s. II-4071, pkt 97.

³ Zob. sprawa 27/76 *United Brands Company* i *United Brands Continentaal* przeciwko Komisji Rec. z 1978 r., s. 207, pkt 65; sprawa 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co.* przeciwko Komisji Rec. z 1979 r., s. 461, pkt 38.

⁴ Zob. sprawa 27/76 *United Brands Company* i *United Brands Continentaal* przeciwko Komisji Rec. z 1978 r., s. 207, pkt 113–121; sprawa T-395/94 *Atlantic Container Line i inni* przeciwko Komisji Rec. z 2002 r., s. II-875, pkt 330.

⁵ Zob. sprawa 27/76 *United Brands Company* i *United Brands Continentaal* przeciwko Komisji Rec. z 1978 r., s. 207, pkt 65 i 66; sprawa C-250/92 *Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger* przeciwko *Dansk Landbrugs Grovvarereselskab* Rec. z 1994 r., s. I-5641, pkt 47; sprawa T-30/89 *Hilti* przeciwko Komisji Rec. z 1991 r., s. II-1439, pkt 90.

⁶ Dominacja może być wynikiem nadużycia mającego skutek wyłączający. Długość okresu będzie uzależniona od rodzaju produktu i sytuacji na danym rynku, ale zazwyczaj dwa lata wystarczą, by uznać ten okres za wystarczająco długi.

⁷ Zdolność do generowania zysku w ujęciu księgowym może być słabym wyznacznikiem posiadania władzy rynkowej. W tym celu zob. sprawę 27/76 *United Brands Company* i *United Brands Continentaal* przeciwko Komisji Rec. z 1978 r., s. 207, pkt 126.

- presja konkurencyjna, która wynika z obecnych dostaw produktów lub usług od aktualnych konkurentów, oraz pozycji, jaką zajmują oni na tym rynku (pozycja na rynku przedsiębiorstwa dominującego i jego konkurentów);
- presja konkurencyjna spowodowana realnym zagrożeniem przyszłą ekspansją aktualnych konkurentów lub wejściem na rynek potencjalnych konkurentów (ekspansja i wejście na rynek);
- presja konkurencyjna spowodowana siłą przetargową klientów przedsiębiorstwa (wyrównawcza siła nabywcza).

a) *Pozycja na rynku przedsiębiorstwa dominującego i jego konkurentów*

13. Kształtowanie się udziałów w rynku jest dla Komisji pierwszą użyteczną informacją na temat struktury rynku i względnego znaczenia różnych, działających na nim przedsiębiorstw⁸. Jednakże, Komisja będzie interpretować poziom udziału w rynku w świetle warunków panujących na rynku właściwym, a w szczególności dynamiki rynku i stopnia zróżnicowania produktów. Rysujące się w czasie tendencje lub zmiany poziomu udziału w rynku mogą być również uwzględnione w przypadku rynków niestabilnych lub rynków przetargowych.
14. Komisja uważa, że niewielkie udziały w rynku są na ogół dobrą przesłanką świadczącą o braku znaczącej władzy rynkowej. Z doświadczenia Komisji wynika, że prawdopodobieństwo wystąpienia dominacji, jeżeli udział przedsiębiorstwa w rynku właściwym wynosi mniej niż 40 %, jest bardzo niewielkie. Mogą jednakże mieć miejsce szczególne przypadki przy progu niższym od podanego powyżej, w których konkurenci nie są w stanie wywierać skutecznej presji konkurencyjnej na działania przedsiębiorstwa dominującego, na przykład wówczas, gdy sami borykają się z poważnymi ograniczeniami własnych mocy. Takie przypadki mogą również zasługiwać na uwagę Komisji.
15. Na podstawie doświadczenia można przyjąć, że im większy jest udział przedsiębiorstwa w rynku i im dłuższy czas posiadania tego udziału, tym większe prawdopodobieństwo, że są to ważne wstępne przesłanki istnienia pozycji dominującej i pojawienia się w pewnych okolicznościach poważnych skutków nadużycia, uzasadniające podjęcie interwencji przez Komisję na mocy art. 82⁹. Niemniej jednak, zgodnie z ogólnie przyjętą zasadą, Komisja nie będzie podejmować ostatecznej decyzji co do kontynuowania lub nie postępowania w danej sprawie bez przeanalizowania wszystkich czynników, które mogą być wystarczające do wywołania presji na zachowanie przedsiębiorstwa.

⁸ Sprawa 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co.* przeciwko Komisji Rec. z 1979 r., s. 461, pkt 39–41; sprawa C-62/86 *AKZO* przeciwko Komisji Rec. z 1991 r., s. I-3359, pkt 60; sprawa T-30/89 *Hilti* przeciwko Komisji Rec. z 1991 r., s. II-1439, pkt 90–92; sprawa T-340/03 *France Télécom* przeciwko Komisji Zb.Orz. z 2007 r., s. II-107, pkt 100.

⁹ Kwestia związku między stopniem dominacji a stwierdzeniem nadużycia została przedstawiona w wyroku w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P *Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge i Dafra-Lines* przeciwko Komisji Rec. z 2000 r., s. I-1365, pkt 119; w sprawie T-228/97 *Irish Sugar* przeciwko Komisji Rec. z 1999 r., s. II-2969, pkt 186.

b) *Ekspansja lub wejście na rynek*

16. Konkurencja jest procesem dynamicznym i ocena presji konkurencyjnej, w obliczu której stoi przedsiębiorstwo, nie może się opierać wyłącznie na sytuacji istniejącej na rynku: ewentualny wpływ ekspansji obecnych konkurentów lub wejście na rynek potencjalnych konkurentów, a także zagrożenie taką ekspansją lub wejściem na rynek, ma również znaczenie. Przedsiębiorstwo może powstrzymywać się przed podwyższaniem cen, jeżeli istnieje możliwość ekspansji lub wejścia na rynek innego podmiotu w odpowiednim czasie i zakresie. By Komisja mogła uznać, że ekspansja lub wejście na rynek są możliwe, takie przedsięwzięcie musi być wystarczająco opłacalne dla konkurenta lub przedsiębiorstwa wchodzącego na rynek, przy uwzględnieniu czynników takich jak: bariery ekspansji lub wejścia na rynek, prawdopodobne reakcje przedsiębiorstwa podejrzanego o posiadanie pozycji dominującej i innych konkurentów, a także ryzyko i koszty niepowodzenia. By uznać, że do ekspansji lub wejścia na rynek doszło w odpowiednim czasie, takie przedsięwzięcia należy zrealizować szybko, żeby nie dopuścić do wykorzystania znaczącej władzy rynkowej lub by się jej przeciwstawić. Ekspansja lub wejście na rynek o wystarczającym zakresie nie mogą być jedynie przedsięwzięciami na niewielką skalę, na przykład wejściem na pewne niszowe części rynku, lecz muszą być dokonywane na taką skalę, która pozwoli zapobiec wszelkim próbom podwyższenia cen przez przedsiębiorstwa rzekomo dominujące na rynku właściwym.
17. Bariery ograniczające ekspansję lub wejście na rynek mogą przybierać różne formy. Mogą to być bariery prawne, takie jak taryfy lub kontyngenty, albo szczególna pozycja, z której korzyści odnosi przedsiębiorstwo dominujące, na przykład korzyści skali i korzyści zakresu, uprzywilejowany dostęp do zasadniczych czynników produkcji lub zasobów naturalnych, ważnych technologii¹⁰ lub uczestnictwo w ugruntowanej sieci dystrybucji lub sprzedaży¹¹. Mogą to być także koszty i innego rodzaju utrudnienia, wynikające na przykład z efektów sieciowych, na które napotykają klienci przy przechodzeniu do nowego dostawcy. Działania własne przedsiębiorstwa dominującego mogą również prowadzić do powstawania barier ograniczających wejście na rynek, na przykład w przypadku, gdy takie przedsiębiorstwo poczyniło istotne inwestycje, do których podmiot wchodzący na rynek lub konkurenci musieliby się dostosować¹², lub jeżeli zawarło długoterminowe umowy z klientami, mające znaczący efekt zamknięcia rynku. Stale utrzymujące się wysokie udziały w rynku mogą wskazywać na istnienie barier utrudniających wejście na rynek i ekspansję.

c) *Wyrównawcza siła nabywcza*

18. Presję konkurencyjną mogą wywoływać nie tylko aktualni czy potencjalni konkurenci, ale także odbiorcy. Nawet przedsiębiorstwo posiadające duży udział w rynku może nie być zdolne do prowadzenia działalności w znacznym zakresie

¹⁰ Sprawa T-30/89 *Hilti* przeciwko Komisji Rec. z 1991 r., s. II-1439 pkt 19.

¹¹ Sprawa 85/76 *Hoffmann-La Roche* przeciwko Komisji Rec. z 1979 r., s. 461, pkt 48.

¹² Sprawa 27/76 *United Brands* przeciwko Komisji Rec. z 1978 r., s. 207, pkt 91.

niezależnie od odbiorców mających wystarczającą siłę przetargową¹³. Taka wyrównawcza siła nabywczą może wynikać z rozmiarów przedsiębiorstw będących odbiorcami albo z ich handlowego znaczenia dla przedsiębiorstwa dominującego, a także z ich zdolności do szybkiego przejścia do konkurencyjnych dostawców, wpierania wejścia na rynek nowego podmiotu lub integracji wertykalnej i stworzenia wiarygodnego zagrożenia zrealizowania takiego przedsięwzięcia. Jeżeli siła wyrównawcza jest wystarczająco duża, może powstrzymać lub udaremnić próby przedsiębiorstwa mające na celu podwyższenie cen w sposób opłacalny. Siła nabywczą nie może jednak zostać uznana za wystarczająco skuteczną presję, jeżeli stanowi ona ochronę przed skutkami władzy rynkowej przedsiębiorstwa dominującego jedynie dla pewnego określonego lub ograniczonego segmentu odbiorców.

B. Zamknięcie rynku ze szkodą dla konsumentów („antykongkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku”)

19. Działania podejmowane przez Komisję w ramach egzekwowania prawa w odniesieniu do działań o charakterze praktyki wyłączającej mają służyć temu, by przedsiębiorstwa dominujące nie ograniczały skutecznej konkurencji poprzez zamykanie dostępu do rynku swoim konkurentom w sposób antykongkurencyjny i działanie tym samym na niekorzyść konsumentów, bez względu na to, czy objawia się to wyższym poziomem cen niż w innym wypadku, pogorszeniem jakości czy ograniczeniem wyboru, jakim dysponują konsumenci. W niniejszym dokumencie termin „antykongkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku” używany jest w odniesieniu do sytuacji, gdy efektywny dostęp aktualnych lub potencjalnych konkurentów do towarów/usług lub rynków jest utrudniony lub uniemożliwiony wskutek działania przedsiębiorstwa dominującego, w związku z czym przedsiębiorstwo dominujące może być w stanie podwyższać ceny w sposób opłacalny¹⁴ ze szkodą dla konsumentów. Podstawą stwierdzenia przypuszczalnej szkody dla konsumentów mogą być dowody jakościowe oraz w miarę możliwości ewentualne dowody ilościowe. Komisja będzie zajmowała się przypadkami tego rodzaju antykongkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku zarówno na szczeblu pośrednim, lub na szczeblu konsumentów końcowych lub na obu szczeblach¹⁵.
20. Komisja będzie na ogół podejmowała interwencje na mocy art. 82 wówczas, gdy na podstawie wiarygodnych i przekonujących dowodów stwierdzi, że domniemane nadużycie może doprowadzić do antykongkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku. Komisja uznaje następujące czynniki za generalnie istotne przy takiej ocenie:

¹³ Zob. sprawa T-228/97 *Irish Sugar* przeciwko Komisji Rec. z 1999 r., s. II-2969, pkt 97–104, w której Sąd Pierwszej Instancji rozpatrywał, czy rzekomy brak niezależności przedsiębiorstwa od jego odbiorców należy traktować jako wyjątkową okoliczność uniemożliwiającą stwierdzenie pozycji dominującej, mimo że przedsiębiorstwo było odpowiedzialne za bardzo dużą część sprzedaży odnotowanej na rynku cukru przemysłowego w Irlandii.

¹⁴ Wyjaśnienie wyrażenia „podwyższone ceny” podano w pkt 11.

¹⁵ Pojęcie „konsumentów” obejmuje wszystkich bezpośrednich lub pośrednich użytkowników produktów, odczuwających skutki, również producentów półproduktów, którzy wykorzystują produkty jako czynniki produkcji, oraz dystrybutorów i końcowych konsumentów zarówno półproduktu, jak i produktów dostarczanych przez producentów półproduktów. Jeżeli użytkownicy pośredni są aktualnymi lub potencjalnymi konkurentami przedsiębiorstwa dominującego, ocena koncentruje się na skutkach działania, wynikających dla użytkowników na dalszych poziomach rynku niższego szczebla.

- *pozycja dominująca przedsiębiorstwa*; ogólnie rzecz biorąc, im silniejsza jest pozycja dominująca, tym większe prawdopodobieństwo, że działanie mające na celu ochronę tej pozycji prowadzi do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku;
- *warunki panujące na rynku właściwym*; obejmują one warunki wejścia na rynek i ekspansji, takie jak istnienie korzyści skali lub zakresu oraz efektów sieciowych; istnienie korzyści skali oznacza, że prawdopodobieństwo wejścia konkurentów na rynek lub pozostawania na nim jest mniejsze, jeżeli przedsiębiorstwo dominujące zamyka dostęp do znacznej części rynku właściwego; działanie może także umożliwić przedsiębiorstwu dominującemu „odwrócenie” na swoją korzyść sytuacji na rynku charakteryzującym się efektami sieciowymi lub dalsze umocnienie własnej pozycji na takim rynku; podobnie, jeżeli bariery ograniczające wejście na rynek wyższego szczebla lub niższego szczebla są znaczące, przeciwstawienie się ewentualnemu zamknięciu dostępu do rynku poprzez integrację pionową może być kosztowne dla konkurentów;
- *pozycja konkurentów przedsiębiorstwa dominującego*; ten czynnik uwzględnia znaczenie konkurentów dla utrzymania skutecznej konkurencji; konkurent może odgrywać ważną konkurencyjną rolę, nawet jeśli ma jedynie niewielki udział w rynku w porównaniu z udziałami innych konkurentów: może on na przykład być najbardziej bezpośrednim konkurentem przedsiębiorstwa dominującego, szczególnie innowacyjnym, lub mieć opinię konkurenta systematycznie obniżającego ceny; przy przeprowadzaniu oceny Komisja może w stosownych przypadkach również rozważyć, opierając się na dostępnych informacjach, czy istnieją realne i skuteczne strategie przeciwdziałania, które we właściwym czasie prawdopodobnie zastosowałby konkurenci;
- *pozycja odbiorców lub dostawców czynników produkcji*; w tym względzie można rozważać ewentualny selektywny charakter danego działania; przedsiębiorstwo dominujące może stosować tę praktykę jedynie w stosunku do wybranych odbiorców lub dostawców czynników produkcji, którzy mogą mieć szczególne znaczenie dla możliwości wejścia na rynek lub ekspansji konkurentów, zwiększając w ten sposób prawdopodobieństwo antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku¹⁶; w przypadku customers, mogą to być na przykład ci, którzy najprawdopodobniej zareagują na oferty alternatywnych dostawców, mogą oni dysponować szczególnymi środkami dystrybucji produktu, które odpowiadałyby nowemu przedsiębiorstwu wchodzącemu na rynek, mogą być zlokalizowani w obszarze geograficznym o dogodnym położeniu dla takiego nowego przedsiębiorstwa lub mają możliwość wywierania wpływu na zachowania innych odbiorców; w przypadku dostawców czynników produkcji, podmioty, z którymi przedsiębiorstwo zawarło wyłączne umowy o dostawy mogą być tymi, które najprawdopodobniej zareagują na zapotrzebowanie odbiorców będących konkurentami przedsiębiorstwa dominującego na rynku niższego szczebla, lub mogą wytwarzać produkt o charakterystyce szczególnie odpowiadającej potrzebom nowego przedsiębiorstwa wchodzącego na rynek lub prowadzić produkcję w dogodnej dla niego lokalizacji; wszelkie strategie odbiorców lub dostawców czynników produkcji, które mogłyby być pomocne w

¹⁶

Sprawa T-228/97 *Irish Sugar* przeciwko Komisji Rec. z 1999 r. s. II-2969, pkt 188.

przeciwstawianiu się działaniom przedsiębiorstwa dominującego, będą także brane pod uwagę;

- *zakres domniemanego nadużycia*; ogólnie rzecz biorąc, im wyższy jest procent ogólnej sprzedaży na rynku właściwym, na który działanie ma wpływ, im dłużej ono trwa i im bardziej regularnie jest podejmowane, tym większe jest prawdopodobieństwo wystąpienia efektu zamknięcia dostępu do rynku;
- *możliwe dowody faktycznego zamknięcia dostępu do rynku*; jeżeli działanie jest kontynuowane przez wystarczająco długi okres, wyniki osiągane na rynku przez przedsiębiorstwo dominujące i jego konkurentów mogą być bezpośrednim dowodem antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku; z przyczyn dających się przypisać domniemanemu nadużyciu może nastąpić wzrost udziału przedsiębiorstwa dominującego w rynku lub spowolnienie spadku udziału w rynku; z podobnych przyczyn może dojść do marginalizacji lub odejścia z rynku aktualnych konkurentów albo do podejmowania przez potencjalnych konkurentów prób wejścia na rynek zakończonych niepowodzeniem;
- *bezpośrednie dowody stosowania strategii wyłączającej*; obejmują one wewnętrzne dokumenty zawierające dowody, które bezpośrednio świadczą o stosowaniu strategii mającej na celu wykluczenie konkurentów, takie jak szczegółowy plan zaangażowania się w pewne działania zmierzające do wykluczenia konkurenta, niedopuszczenia do wejścia na rynek lub udaremniania powstania rynku, albo dowody konkretnych gróźb podjęcia działania o charakterze praktyki wyłączającej; takie bezpośrednie dowody mogą być pomocne w interpretacji działania przedsiębiorstwa dominującego.

21. Podczas rozpatrywania sprawy, Komisja przeprowadzi analizę czynników ogólnych wymienionych w pkt 20 i bardziej szczegółowych, opisanych poniżej w sekcjach dotyczących niektórych rodzajów działań o charakterze praktyki wyłączającej, a także wszelkich innych, które może uznać za właściwe. Ta ocena będzie zwykle przeprowadzana w formie porównania sytuacji faktycznej lub mogącej zaistnieć w przyszłości na rynku właściwym (jeżeli będzie miało miejsce działanie przedsiębiorstwa dominującego) z odpowiednimi sytuacjami alternatywnymi, takimi jak brak działań, o których mowa, lub innymi alternatywnymi i realistycznymi scenariuszami, przy uwzględnieniu ustalonych praktyk biznesowych.
22. Mogą zaistnieć okoliczności, w których Komisja nie będzie musiała przeprowadzać szczegółowej oceny przed stwierdzeniem, że dane działanie może przynosić szkody konsumentom. Jeżeli wydaje się, że działanie może jedynie przyczynić się do powstania przeszkód dla konkurencji i że nie prowadzi ono do żadnych korzyści w postaci wzrostu efektywności, można przypuszczać, że wywołuje ono antykonkurencyjne skutki. Taka sytuacja może mieć miejsce na przykład wówczas, gdy przedsiębiorstwo dominujące zniechęca swoich odbiorców do wypróbowywania produktów konkurentów lub stosuje wobec swoich odbiorców zachęty finansowe, pod warunkiem że nie będą oni wypróbowywali takich produktów, lub płaci dystrybutorowi lub odbiorcy za opóźnianie wprowadzania do obrotu produktów konkurenta.

C. Działanie o charakterze praktyki wyłączającej polegające na polityce cenowej

23. Rozważania zawarte w pkt 23 – 27 dotyczą działania o charakterze praktyki wyłączającej polegającego na polityce cenowej. Ożywiona konkurencja cenowa jest na ogół korzystna dla konsumentów. W celu niedopuszczenia do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku Komisja będzie zwykle podejmować interwencje jedynie wówczas, gdy prowadzone działania już utrudniają lub mogą utrudniać konkurencję ze strony konkurentów uznawanych za równie efektywnych jak przedsiębiorstwo dominujące¹⁷.
24. Komisja uważa jednak, że w niektórych okolicznościach mniej efektywny konkurent może również wywoływać presję konkurencyjną, którą należy wziąć pod uwagę w rozważaniach, czy konkretne działanie polegające na polityce cenowej prowadzi do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku. Komisja przeprowadzi analizę takiej presji konkurencyjnej z perspektywy dynamicznej, przyjmując, że przy braku szkodliwych praktyk taki konkurent może czerpać korzyści związane z popytem, takie jak korzyści z udziału w sieci i uczenia się, które mogą przyczyniać się do wzrostu jego efektywności.
25. W celu stwierdzenia, czy omawiane działanie mogłoby doprowadzić do zamknięcia dostępu do rynku nawet hipotetycznemu konkurentowi, równie efektywnemu jak przedsiębiorstwo dominujące, Komisja przeprowadzi analizę danych ekonomicznych dotyczących kosztów i cen sprzedaży, i w szczególności zbada, czy przedsiębiorstwo dominujące stosuje praktykę ustalania cen na poziomie niższym od kosztów. W tym celu niezbędne są odpowiednio wiarygodne dane. Jeśli będą one dostępne, Komisja wykorzysta informacje na temat kosztów przedsiębiorstwa dominującego. W razie braku wiarygodnych informacji o tych kosztach Komisja może podjąć decyzję o wykorzystaniu danych dotyczących kosztów konkurentów lub innych porównywalnych wiarygodnych danych.

¹⁷ Sprawa 62/86 *AKZO Chemie* przeciwko Komisji Rec. z 1991 r., s. I-3359, pkt 72: w związku z ustalaniem cen na poziomie niższym od średnich kosztów łącznych (ATC) Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że: „Takie ceny mogą stosować przedsiębiorstwa rynkowe, które są prawdopodobnie równie efektywne jak przedsiębiorstwo dominujące, lecz ze względu na mniejsze zasoby finansowe, nie mogą przeciwstawić się konkurencji skierowanej przeciwko nim”. Zob. także wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie T-271/03 *Deutsche Telekom* przeciwko Komisji dotychczas nieopublikowany, pkt 194.

26. Punktami odniesienia, które Komisja prawdopodobnie zastosuje przy porównaniu kosztów, będą dwa rodzaje kosztów: średni koszt możliwy do uniknięcia (AAC) i długookresowy średni koszt przyrostowy (LRAIC)¹⁸. Brak możliwości pokrycia średniego kosztu możliwego do uniknięcia świadczy o tym, że przedsiębiorstwo dominujące poświęca zyski w perspektywie krótkoterminowej i że równie efektywny konkurent nie może obsługiwać docelowych odbiorców bez ponoszenia straty. LRAIC jest zazwyczaj wyższy od AAC, ponieważ w przeciwieństwie do tego ostatniego (obejmującego jedynie koszty stałe, jeśli zostały poniesione w okresie poddawanych analizie), LRAIC obejmuje koszty stałe charakterystyczne dla danego produktu wytworzonego w okresie, w którym miało miejsce domniemane nadużycie. Brak możliwości pokrycia długookresowego średniego kosztu przyrostowego świadczy o tym, że przedsiębiorstwo dominujące nie odzyskuje wszystkich (dających się przypisać) kosztów stałych wytworzenia danego produktu lub usług i że mogłoby dojść do zamknięcia dostępu do rynku równie efektywnemu konkurentowi¹⁹.
27. Jeżeli z danych wyraźnie wynika, że równie efektywny konkurent może skutecznie konkurować z praktyką ustalania cen przedsiębiorstwa dominującego, Komisja zasadniczo wyciągnie wniosek, że praktyka ustalania cen stosowana przez przedsiębiorstwo dominujące prawdopodobnie nie będzie miała szkodliwego wpływu na skuteczną konkurencję, a wobec tego także na konsumentów, i z tego względu przypuszczalnie nie podejmie interwencji. Jeżeli natomiast, z danych wynika, że ceny naliczane przez przedsiębiorstwo dominujące mogą spowodować zamknięcie dostępu do rynku równie efektywnym konkurentom, wówczas Komisja uwzględni ten aspekt w ogólnej ocenie antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku (zob. sekcja B powyżej), biorąc pod uwagę inne odpowiednie dowody ilościowe lub jakościowe.

¹⁸ Średni koszt możliwy do uniknięcia to średnia kosztów, których można byłoby uniknąć, gdyby przedsiębiorstwo nie wytwarzało odrębnej (dodatkowej) ilości produktów, w tym przypadku ilości przypuszczalnie będącej przedmiotem nadużycia. Na ogół średni koszt możliwy do uniknięcia i średni koszt zmienny (AVC) będą tymi samymi kosztami, ponieważ często uniknąć można tylko kosztów zmiennych. Długookresowy średni koszt przyrostowy to średnia wszystkich kosztów (zmiennych i stałych), które przedsiębiorstwo ponosi w celu wytworzenia danego produktu. Długookresowy średni koszt przyrostowy i średnie koszty łączne można traktować jako wzajemnie zamienne i są one takie same w przedsiębiorstwie, które wytwarza jeden produkt. Gdyby przedsiębiorstwo wieloproduktowe osiągało korzyści zakresu, długookresowy średni koszt przyrostowy byłby niższy od średnich kosztów łącznych dla każdego produktu, ponieważ faktycznych kosztów, wspólnych dla wszystkich produktów nie bierze się pod uwagę przy wyliczaniu długookresowego średniego kosztu przyrostowego. W przypadku wielu rodzajów produktów, każde koszty, których można byłoby uniknąć poprzez niewytwarzanie konkretnego produktu lub asortymentu produktów nie są traktowane jako koszty wspólne. W sytuacjach, w których wspólne koszty są znaczące, można je uwzględnić w ocenie zdolności przedsiębiorstwa (jako efektywnego konkurenta) do zamknięcia dostępu do rynku.

¹⁹ Może się okazać, że w celu zastosowania takiego porównania kosztów trzeba będzie w szerszym kontekście przeanalizować przychody i koszty przedsiębiorstwa dominującego i jego konkurentów. Samo stwierdzenie, czy cena lub przychody pokrywają koszty danego produktu, może nie być wystarczające i być może trzeba będzie prześledzić przychody przyrostowe, jeżeli dane działanie przedsiębiorstwa dominującego ma negatywny wpływ na jego przychody osiągane na innych rynkach lub z tytułu innych produktów. Również w przypadku rynków dwustronnych może zaistnieć potrzeba przeanalizowania równocześnie przychodów i kosztów po obu stronach.

D. Obiektywna konieczność i korzyści w postaci wzrostu efektywności

28. W egzekwowaniu przestrzegania przepisów art. 82, Komisja również przeanalizuje argumentację przedsiębiorstwa dominującego, że jego działanie jest uzasadnione²⁰. Przedsiębiorstwo dominujące może starać się wykazać albo że jego działanie jest obiektywnie konieczne, albo że korzyści, które to działanie przynosi w postaci znacznego wzrostu efektywności, są większe niż antykonkurencyjne skutki dla konsumentów. W tym kontekście Komisja oceni, czy dane działanie jest niezbędne i proporcjonalne w stosunku do celu, który rzekomo chce osiągnąć przedsiębiorstwo dominujące.
29. Kwestia tego, czy działanie jest obiektywnie konieczne i proporcjonalne musi być rozstrzygnięta na podstawie czynników zewnętrznych. Działanie o charakterze praktyki wyłączającej może na przykład zostać uznane za obiektywnie konieczne ze względów ochrony zdrowia i zapewnienia bezpieczeństwa, mających związek z charakterem danego produktu. Jednakże przy ustalaniu, czy tego rodzaju działanie jest obiektywnie konieczne, należy wziąć pod uwagę to, że ustanawianie i egzekwowanie norm dotyczących zdrowia i bezpieczeństwa publicznego jest domeną władz publicznych. A zatem, do zadań przedsiębiorstwa dominującego nie należy podejmowanie z własnej inicjatywy kroków mających na celu wyeliminowanie produktów, które uważa ono, słusznie lub niesłusznie, za niebezpieczne lub gorsze od swoich²¹.
30. Komisja uważa, że przedsiębiorstwo dominujące może również uzasadniać swoje działanie prowadzące do zamknięcia konkurentom dostępu do rynku względami korzyści, które są na tyle znaczące by zagwarantować, że konsumenci nie poniosą żadnych szkód netto. W tym kontekście od przedsiębiorstwa dominującego będzie się generalnie oczekiwać wykazania w wystarczająco prawdopodobnym stopniu, na podstawie dających się zweryfikować dowodów, że zostały łącznie spełnione następujące warunki²²:
- korzyści w postaci wzrostu efektywności zostały lub przypuszczalnie zostaną osiągnięte w wyniku działania; mogą one mieć na przykład formę udoskonaleń technicznych istotnych dla jakości towarów lub obniżenia kosztów produkcji bądź dystrybucji;
 - działanie jest konieczne dla osiągnięcia tych korzyści: nie mogą istnieć żadne inne mniej antykonkurencyjne rozwiązania alternatywne, które mogłyby przynieść takie same korzyści w postaci wzrostu efektywności;

²⁰ Zob. sprawa 27/76 *United Brands* przeciwko Komisji Rec. z 1978 r., s. 207, pkt 184; sprawa 311/84 *Centre Belge d'études de marché - Télémarcheting (CBEM)* przeciwko *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT)* i *Information publicité Benelux (IPB)* Rec. z 1985 r., s. 3261, pkt 27; sprawa T-30/89 *Hilti* przeciwko Komisji Rec. z 1991 r., s. II-1439, pkt 102–119; sprawa T-83/91 *Tetra Pak International* przeciwko Komisji (*Tetra Pak II*) Rec. z 1994 r., s. II-755, pkt 136 i 207; sprawa C-95/04 *P British Airways* przeciwko Komisji Zb.Orz. z 2007 r., s. I-2331, pkt 69 i 86.

²¹ Zob. na przykład sprawa T-30/89 *Hilti* przeciwko Komisji Rec. z 1991 r., s. II-1439, pkt 118–119; sprawa T-83/91 *Tetra Pak International* przeciwko Komisji (*Tetra Pak II*) Rec. z 1994 r., s. II-755, pkt 83–84 i 138.

²² Zob. w innym kontekście art. 81 komunikat Komisji – obwieszczenie – Wytoczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu (Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97).

- prawdopodobne korzyści w postaci wzrostu efektywności, wynikające z danego działania, przeważają nad wszelkimi przypuszczalnymi negatywnymi skutkami dla konkurencji i dobra konsumentów na rynkach, na które działanie ma wpływ;
- działanie nie przyczynia się do stłumienia skutecznej konkurencji, poprzez eliminację wszystkich lub większości źródeł faktycznej lub potencjalnej konkurencji. Konkurencja między przedsiębiorstwami jest zasadniczym czynnikiem stymulującym efektywność ekonomiczną, w tym także dynamiczne korzyści z wzrostu efektywności w formie innowacyjności. Przy braku konkurencji przedsiębiorstwo dominujące nie będzie miało odpowiednich bodźców do dalszego generowania i przenoszenia przyrostu efektywności. Jeżeli nie ma konkurencji rezydualnej, ani dającej się przewidzieć groźby wejścia innego podmiotu na rynek, ochrona konkurencji i procesu konkurencyjnego może mieć większe znaczenie od ewentualnego przyrostu efektywności. Zdaniem Komisji działania o charakterze praktyki wyłączającej, które przyczynia się do utrzymania, powstania lub wzmocnienia pozycji rynkowej zbliżonej do monopolu, na ogół nie da się uzasadnić tym, że prowadzi ono także do przyrostu efektywności.

31. Przedsiębiorstwo dominujące ma obowiązek przedstawić wszystkie dowody niezbędne do wykazania, że dane działanie jest obiektywnie uzasadnione. Następnie do Komisji należy dokonanie ostatecznej oceny, czy badane działanie nie jest obiektywnie konieczne i, poprzez wyważenie wszelkich widocznych antykonkurencyjnych skutków i wszystkich podanych i uzasadnionych korzyści w postaci wzrostu efektywności, stwierdzenie, czy może ono przynieść szkodę konsumentom.

IV SZCZEGÓLNE FORMY NADUŻYĆ

A. Systemy wyłączności

32. Przedsiębiorstwo dominujące może podejmować próby zamknięcia swoim konkurentom dostępu do rynku, utrudniając im sprzedaż poprzez stosowanie zobowiązań do wyłącznego zakupu lub udzielanie rabatów, czyli praktyk zwanych łącznie systemami wyłączności²³. W tej części zostały przedstawione okoliczności, które mogą na ogół skłonić Komisję do podjęcia interwencji w odniesieniu do systemów wyłączności stosowanych przez przedsiębiorstwo dominujące.

a) Zobowiązanie do wyłącznego zakupu

33. Zobowiązanie do wyłącznego zakupu nakłada na odbiorcę na danym rynku obowiązek dokonywania zakupów wyłącznie lub w znacznym zakresie od

²³ Pojęcie „systemy wyłączności” również obejmuje zobowiązanie do dostawy wyłącznej lub środki zachęty wywołujące taki sam skutek, za pomocą których przedsiębiorstwo dominujące próbuje zamknąć swoim konkurentom dostęp do rynku, utrudniając im dokonywanie zakupów od dostawców. Komisja uważa, że takie zamknięcie dostępu do czynników produkcji może zasadniczo doprowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku, jeżeli zobowiązanie do dostawy wyłącznej lub środki zachęty wiążą większość efektywnych dostawców czynników produkcji i odbiorcy konkurujący z przedsiębiorstwem dominującym nie mogą znaleźć alternatywnych efektywnych źródeł dostaw czynników produkcji.

przedsiębiorstwa dominującego. Niektóre inne zobowiązania, takie jak wymóg utrzymania określonego poziomu zapasów, które pozornie nie jest obciążone obowiązkiem wyłącznego zakupu, w praktyce może wywołać taki sam skutek²⁴.

34. W celu przekonania klientów do zaakceptowania zobowiązania do wyłącznego zakupu, przedsiębiorstwo dominujące może mieć obowiązek zrekompensowania im, w całości lub części, strat wynikających z pogorszenia konkurencji spowodowanego wyłącznością. Jeżeli taka rekompensata jest przyznawana, w indywidualnym interesie odbiorcy może leżeć zawarcie porozumienia o zobowiązaniu do wyłącznego zakupu z przedsiębiorstwem dominującym. Błędem byłoby jednak automatyczne wyciąganie wniosku, że wszystkie zobowiązania dotyczące wyłączności są korzystne dla klientów, także dla tych, którzy aktualnie nie dokonują zakupów od przedsiębiorstwa dominującego, oraz dla końcowych konsumentów. Komisja będzie zwracać uwagę na takie przypadki, w których istnieje prawdopodobieństwo, że konsumenci, jako cała grupa, nie będą osiągać żadnych korzyści. Tego rodzaju sytuacje będą w szczególności miały miejsce, jeżeli jest wielu klientów, a zobowiązania do wyłącznego zakupu nakładane przez przedsiębiorstwo dominujące, traktowane łącznie, skutkują niedopuszczeniem do wejścia na rynek lub ekspansji nowych konkurujących przedsiębiorstw.
35. Oprócz czynników określonych w pkt 20, także wskazane poniżej czynniki będą szczególnie istotne przy rozstrzyganiu, czy Komisja podejmie interwencję w odniesieniu do porozumień o zobowiązaniu do wyłącznego zakupu.
36. Zobowiązania do wyłącznego zakupu mogą powodować antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku w szczególności wówczas, gdy przy braku takiego zobowiązania, konkurenci albo jeszcze nieobecni na rynku w czasie zawarcia zobowiązań, albo nie mający możliwości konkurowania o pełne zaspokajanie potrzeb zaopatrzeniowych odbiorców, stwarzają poważną presję konkurencyjną. Konkurenci mogą nie mieć możliwości konkurowania o cały popyt indywidualnego odbiorcy, ponieważ przedsiębiorstwo dominujące jest nieuniknionym partnerem handlowym przynajmniej w odniesieniu do części popytu na rynku, na przykład dlatego, że produkty oznaczone jego marką są „absolutnie niezbędną pozycją w zapasach” i wielu konsumentów końcowych woli je od innych lub dlatego, że zdolności innych dostawców są ograniczone do tego stopnia, że część popytu może być zapewniona tylko przez dostawcę dominującego²⁵. Jeżeli konkurenci mogą konkurować na równorzędnych warunkach o cały popyt indywidualnego odbiorcy, zobowiązana do wyłącznego zakupu na ogół prawdopodobnie nie będą utrudniać skutecznej konkurencji, chyba że zmiana dostawcy przez odbiorcę jest trudna z uwagi na okres ważności zobowiązania do wyłącznego zakupu. Generalnie im dłuższy jest okres ważności zobowiązania, tym większe prawdopodobieństwo wystąpienia efektu zamknięcia rynku. Jeżeli jednak przedsiębiorstwo dominujące jest nieuniknionym partnerem handlowym dla wszystkich lub dla większości odbiorców, nawet krótkotrwałe zobowiązanie do wyłącznego zakupu może doprowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku.

²⁴ Sprawa T-65/98 *Van den Bergh Foods* przeciwko Komisji Rec. z 2003 r., s. II-4653. W tej sprawie zobowiązanie do przechowywania w chłodniach wyłącznie produktów przedsiębiorstwa dominującego zostało uznane za prowadzące do sytuacji wyłączności w punkcie sprzedaży.

²⁵ Sprawa T-65/98 *Van den Bergh Foods* przeciwko Komisji Rec. z 2003 r., s. II-4653, pkt 104 i 156.

b) *Rabaty warunkowe*

37. Rabatów warunkowych udziela się odbiorcom, by wynagrodzić ich za przejawianie określonych zachowań nabywczych. Zazwyczaj odbiorcy udziela się rabatu warunkowego, jeżeli wolumen dokonywanych przez niego zakupów w ustalonym okresie odniesienia przekroczył pewien próg; rabatów udziela się albo od wszystkich zakupów (rabaty z mocą wsteczną), albo tylko od ilości przekraczającej ilość wymaganą do osiągnięcia progu (rabaty przyrostowe). Udzielanie rabatów warunkowych nie jest praktyką wyjątkową. Przedsiębiorstwa mogą oferować je w celu pobudzania większego popytu, a rabaty jako takie mogą stymulować popyt i przynosić korzyści konsumentom. Jednakże rabat – jeśli udziela go przedsiębiorstwo dominujące – może mieć także faktyczny lub potencjalny efekt zamknięcia rynku podobny do efektu będącego konsekwencją zobowiązania do wyłącznego zakupu. Rabaty warunkowe mogą prowadzić do takich skutków bez konieczności ponoszenia wyrzeczeń przez przedsiębiorstwo dominujące²⁶.
38. Oprócz czynników już określonych w pkt 20, czynniki określone poniżej mają szczególne znaczenie dla Komisji przy ustalaniu, czy dany system rabatów warunkowych może prowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku i w związku z tym praktyki polegające na ich udzielaniu znajdują się wśród priorytetów Komisji w egzekwowaniu prawa.
39. Podobnie jak w przypadku zobowiązań do wyłącznych zakupów, prawdopodobieństwo antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku jest większe wówczas, gdy konkurenci nie są zdolni do konkurowania na równorzędnych warunkach o pełne zaspokajanie potrzeb zaopatrzeniowych każdego klienta. Rabat warunkowy przyznany przez przedsiębiorstwo dominujące może umożliwiać temu przedsiębiorstwu wykorzystywanie „niepodważalnej” części popytu każdego odbiorcy (to jest ilości towarów, które tak czy inaczej byłyby zakupione przez odbiorcę od przedsiębiorstwa dominującego) jako dźwigni w celu obniżenia ceny do zapłacenia za „podważalną” część popytu (to jest ilość towarów, których substytuty odbiorca może chcieć lub móc znaleźć)²⁷.
40. Ogólnie rzecz biorąc, rabaty z mocą wsteczną mogą przyczyniać się do zamknięcia w znaczącym stopniu dostępu do rynku, ponieważ mogą sprawić, że przejście do alternatywnego dostawcy w celu zaspokojenia niewielkich potrzeb zaopatrzeniowych może się wydać odbiorcom mniej atrakcyjne, gdyby miało się wiązać z utratą rabatów z mocą wsteczną²⁸. Potencjalny efekt zamknięcia rynku, spowodowany rabatami z mocą wsteczną, jest zasadniczo najsilniejszy w przypadku ostatniej jednostki produktu zakupionej przed przekroczeniem progu. Jednakże, zdaniem Komisji, istotną kwestią w ocenie efektu lojalnościowego rabatu jest nie tylko wpływ na konkurencję o dostarczenie ostatniej jednostki produktu, lecz efekt zamknięcia rynku, jaki system rabatowy ma dla (aktualnych lub potencjalnych) konkurentów

²⁶ W tym względzie ocena rabatów warunkowych różni się od oceny drapieżnych praktyk cenowych, które zawsze wiążą się z poświęceniem zysków.

²⁷ Zob. sprawa T-203/01 *Michelin przeciwko Komisji (Michelin II)* Rec. z 2003 r., s. II-4071, pkt 162–163. Zob. także sprawa T-219/99 *British Airways przeciwko Komisji* Rec. z 2003 r., s. II-5917, pkt 277 i 278.

²⁸ Sprawa 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji (Michelin I)* Rec. z 1983 r., s. 3461, pkt 70–73.

dominującego dostawcy. Im wyższy jest procentowy rabat w stosunku do całkowitej ceny i im wyższy jest próg, tym rabat stanowi silniejszą zachętę poniżej progu, a w związku z tym istnieje większe prawdopodobieństwo zamknięcia dostępu do rynku aktualnym lub potencjalnym konkurentom.

41. Stosując metodę opisaną w pkt 23–27, Komisja zamierza badać – w zakresie, w jakim dostępne są wiarygodne dane – czy system rabatowy może powstrzymywać ekspansję lub wejście na rynek nawet równie efektywnych konkurentów poprzez utrudnianie im zaspokajania części potrzeb zaopatrzeniowych poszczególnych odbiorców. W tym kontekście Komisja określi szacunkowo, jaką cenę konkurent musiałby zaproponować, by zrekompensować odbiorcy utratę rabatu warunkowego, gdyby ten przeniósł część swego popytu („odpowiedni wolumen”), rezygnując z dostaw przedsiębiorstwa dominującego. Cena rzeczywista, którą konkurent musi zaproponować, nie jest średnią ceną naliczaną przez przedsiębiorstwo dominujące, lecz zwykłą ceną (z cennika) pomniejszoną o rabat, który klient traci wraz ze zmianą dostawcy, wyliczoną dla stosownego wolumenu sprzedaży i stosownego okresu. Komisja weźmie pod uwagę margines błędu, który może być spowodowany wątpliwościami nieodłącznie związanymi z tego rodzaju analizą.
42. Odpowiedni wolumen, który stanowi podstawę wyliczenia ceny rzeczywistej w konkretnym przypadku, zależy od okoliczności faktycznych w danym przypadku oraz od tego, czy rabat ma charakter przyrostowy czy jest udzielany z mocą wsteczną. W przypadku rabatu przyrostowego, odpowiednim wolumenem są zazwyczaj zakupy przyrostowe poddawane analizie. W przypadku rabatów z mocą wsteczną, trzeba będzie na ogół ocenić w kontekście danego rynku, jaka część potrzeb zaopatrzeniowych odbiorcy może być realnie przeniesiona do konkurenta („podważalny udział” lub „podważalna część”). Jeżeli istnieje prawdopodobieństwo, że odbiorcy będą skłonni i zdolni do przeniesienia stosunkowo szybko znacznej części popytu do (potencjalnego) konkurenta, odpowiedni wolumen będzie prawdopodobnie stosunkowo duży. Jeżeli natomiast istnieje prawdopodobieństwo, że odbiorcy byłiby skłonni i mogliby przenieść stopniowo jedynie niewielkie ilości, wówczas odpowiedni wolumen będzie stosunkowo mały. W przypadku konkurentów obecnych na rynku ich zdolność do zwiększenia sprzedaży na rzecz odbiorców i fluktuacje poziomu tej sprzedaży w czasie również mogą być przydatne przy ustalaniu odpowiedniego wolumenu. W przypadku potencjalnych konkurentów w miarę możliwości można spróbować stwierdzić, przy jakiej skali nowe przedsiębiorstwo wchodzące na rynek byłoby realnie zdolne do takiego wejścia. Można ewentualnie przyjąć historyczny model wzrostu udziału w rynku nowych przedsiębiorstw wchodzących na takie same lub podobne rynki jako wskaźnik realnego udziału w rynku nowo wchodzącego przedsiębiorstwa²⁹.

²⁹

Odpowiedni wolumen zostanie określony szacunkowo na podstawie danych, które mogą się różnić stopniem dokładności. Komisja weźmie ten aspekt pod uwagę przy wyciąganiu wszelkich wniosków dotyczących zdolności przedsiębiorstwa dominującego do wykluczenia z rynku równie efektywnych konkurentów. Użyteczne może być również wyliczenie, jak duży udział w zaopatrzeniowych potrzebach odbiorców powinno jako minimum średnio zdobyć przedsiębiorstwo wchodzące na rynek, by cena rzeczywista była przynajmniej na poziomie długookresowego średniego kosztu przyrostowego przedsiębiorstwa dominującego. W wielu wypadkach wielkość tego udziału, w porównaniu z rzeczywistymi udziałami w rynku posiadanymi przez konkurentów i ich udziałami w potrzebach zaopatrzeniowych odbiorców, może być wyraźnym wskaźnikiem, czy system rabatowy może wywołać skutek w formie antykonkurencyjnego wykluczenia.

43. Im niższa jest szacunkowa cena rzeczywista w przypadku odpowiedniego wolumenu w porównaniu z średnią ceną naliczaną przez dominującego dostawcę, tym większy efekt zwiększenia lojalności. Jednakże, dopóki cena rzeczywista stale utrzymuje się na poziomie wyższym od długookresowego średniego kosztu przyrostowego przedsiębiorstwa dominującego, dopóty równie efektywny konkurent będzie mógł konkurować w sposób opłacalny, niezależnie od istnienia systemu rabatowego. W tych okolicznościach rabat zazwyczaj nie może przyczynić się do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku.
44. Jeżeli cena rzeczywista jest niższa od średnich kosztów możliwych do uniknięcia, system rabatowy generalnie może doprowadzić do zamknięcia dostępu do rynku nawet równie efektywnym konkurentom. Jeżeli cena rzeczywista mieści się w przedziale między średnim kosztem możliwym do uniknięcia a długookresowym średnim kosztem przyrostowym, Komisja zbada, czy inne czynniki wskazują na to, że stosowanie systemu rabatowego może mieć wpływ na wejście na rynek lub ekspansję nawet równie efektywnych konkurentów. W tym kontekście, Komisja zbada, czy i w jakim stopniu konkurenci mają do dyspozycji realne i skuteczne strategie przeciwdziałania, na przykład zdolność do wykorzystania „niepodważalnej” części popytu nabywców swoich produktów lub usług jako dźwigni do obniżenia ceny dla odpowiedniego wolumenu. Jeżeli konkurenci nie dysponują takimi strategiami przeciwdziałania, Komisja uzna, że system rabatowy może doprowadzić do zamknięcia dostępu do rynku równie efektywnym konkurentom.
45. Zgodnie z pkt 27, analiza ta zostanie włączona do ogólnej oceny, przy uwzględnieniu innych odpowiednich dowodów ilościowych i jakościowych. Zazwyczaj istotne znaczenie ma zbadanie, czy system rabatowy jest stosowany w oparciu o indywidualny czy standardowy próg obrotów. Stosując indywidualny próg obrotów – oparty na procentowym udziale potrzeb zaopatrzeniowych odbiorcy w jego całkowitym popycie lub na indywidualnie określonych ilościach docelowych – dominujący dostawca może go ustalić na takim poziomie, by odbiorcy trudno było przejść do innych dostawców, i w ten sposób maksymalnie zwiększyć poziom lojalności³⁰. Natomiast standardowy próg obrotów – jeżeli taki sam został ustalony dla wszystkich odbiorców lub ich grup – może się okazać zbyt wysoki dla niektórych niewielkich odbiorców lub zbyt niski dla większych, by można było osiągnąć wzrost lojalności. Jeżeli natomiast można będzie ustalić, że standardowy próg obrotów jest zbliżony do poziomu potrzeb zaopatrzeniowych znaczącej części odbiorców, Komisja może być skłonna uznać, że taki ustandaryzowany system rabatów może wywołać efekt antykonkurencyjnego zamknięcia rynku.
- c) *Korzyści w postaci wzrostu efektywności*
46. Jeżeli warunki określone w sekcji III D są spełnione, Komisja rozważy argumenty przedsiębiorstwa dominującego, że dzięki stosowaniu systemów rabatowych osiągają oni korzyści kosztowe lub innego rodzaju, które zostają przeniesione na konsumentów³¹. Osiągnięcie korzyści kosztowych z tytułu transakcji jest często

³⁰ Zob. sprawa 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. przeciwko Komisji* Rec. z 1979 r., s. 461, pkt 89–90; sprawa T-288/97 *Irish Sugar przeciwko Komisji* Rec. z 1999 r., s. II-2969, pkt 213; sprawa T- 219/99 *British Airways przeciwko Komisji* Rec. z 2003 r., s. II-5917, pkt 7–11 i 270–273.

³¹ Na przykład kwestia rabatów została poruszona w sprawie C-95/04 P *British Airways przeciwko Komisji* Zb.Orz. z 2007 r., s. I-2331, pkt 86.

bardziej prawdopodobne przy stosowaniu standardowych progów obrotów niż indywidualnych progów obrotów. Podobnie systemy rabatów przyrostowych zazwyczaj bardziej motywują odsprzedających do produkowania i odsprzedaży większych ilości niż systemy rabatów z mocą wsteczną³². Kierując się takimi samymi kryteriami Komisja przeanalizuje dowody świadczące o tym, że porozumienia w sprawie systemów wyłączności przynoszą korzyści konkretnym odbiorcom, jeżeli te porozumienia są niezbędne przedsiębiorstwu dominującemu do podjęcia pewnych inwestycji niezwiązanych z konkretną umową, by móc zaopatrywać tych odbiorców.

B. Sprzedaż wiązana i pakietowa

47. Przedsiębiorstwo dominujące może próbować zamknąć dostęp do rynku swoim konkurentom za pomocą sprzedaży związanej lub pakietowej. W tej części zostały przedstawione okoliczności, które mogą na ogół skłonić Komisję do podjęcia interwencji, w wyniku oceny sprzedaży związanej i pakietowej prowadzonej przez przedsiębiorstwa dominujące.
48. „Sprzedaż wiązana” zwykle ma miejsce wtedy, gdy od odbiorców kupujących jeden produkt (produkt podstawowy) wymaga się również nabycia od przedsiębiorstwa dominującego innego produktu (produkt powiązany). U podstaw sprzedaży związanej mogą leżeć aspekty techniczne lub warunki umowne³³. Pojęcie sprzedaży pakietowej na ogół odnosi się do sposobu oferowania i ustalania cen produktów przez przedsiębiorstwo dominujące. W przypadku czystej sprzedaży pakietowej produkty sprzedaje się tylko łącznie w ustalonych proporcjach. W mieszanej sprzedaży pakietowej, często określanej mianem rabatu wieloproduktowego, produkty udostępnia się również odrębnie, lecz suma ich cen, jeśli są sprzedawane odrębnie, jest wyższa, niż jeżeli są oferowane w pakiecie.
49. Sprzedaż wiązana i pakietowa należą do powszechnie stosowanej praktyki mającej na celu zaopatrywanie odbiorców w lepsze produkty lub oferowanie ich w bardziej kosztowo opłacalny sposób. Jednakże, przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą na rynku jednego produktu (lub większej ich liczby) objętego sprzedażą związaną lub pakietową (zwanego rynkiem produktu podstawowego), prowadząc sprzedaż związaną lub pakietową, może wyrządzić szkodę konsumentom poprzez zamknięcie dostępu do rynku dla innych produktów, które są oferowane w sprzedaży związanej lub pakietowej (zwanego rynkiem produktu powiązanego) i pośrednio rynku produktu podstawowego.

³² Zob. w tym względzie sprawa T-203/01 *Michelin* przeciwko *Komisji* (*Michelin II*) Rec. z 2003 r., s. II-4071, pkt 56-60 i 74-75.

³³ Sprzedaż wiązana opierająca się na aspektach technicznych ma miejsce wówczas, gdy produkt podstawowy został zaprojektowany w taki sposób, że funkcjonuje właściwie jedynie wraz z produktem powiązanym (i nie funkcjonuje w połączeniu z jego substytutami oferowanymi przez konkurentów). Sprzedaż wiązana opierająca się na warunkach umownych ma miejsce wtedy, gdy klient, który nabywa produkt podstawowy, zobowiązuje się również do zakupu produktu powiązanego (a nie jego substytutów oferowanych przez konkurentów).

50. Komisja zwykle będzie podejmować działanie na mocy art. 82, jeżeli przedsiębiorstwo zajmuje pozycję dominującą na rynku produktu podstawowego³⁴ i jeśli spełnione są również następujące warunki: (i) produkty podstawowy i powiązany są odrębnymi produktami oraz (ii) praktyka sprzedaży wiązanej może doprowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku³⁵.

a) *Odrębne produkty*

51. To, czy produkty zostaną uznane przez Komisję za odrębne, zależy od popytu odbiorców. Dwa produkty uważa się za odrębne, jeżeli przy braku sprzedaży wiązanej lub pakietowej znaczna liczba odbiorców nabyłaby lub już nabyła produkt podstawowy, nie kupując również produktu powiązanego od tego samego dostawcy, i wobec tego istnieje możliwość prowadzenia odrębnej produkcji obu produktów, podstawowego i powiązanego³⁶. Potwierdzeniem, że oba produkty są odrębne, mogą być dowody bezpośrednie świadczące o tym, że odbiorcy, mając wybór, kupują produkt podstawowy i powiązany niezależnie od różnych dostawców, lub dowody pośrednie, do których zaliczają się na przykład: obecność na rynku przedsiębiorstw specjalizujących się w produkcji lub sprzedaży produktu powiązanego bez produktu podstawowego³⁷, bądź każdego z produktów będących przedmiotem sprzedaży pakietowej prowadzonej przez przedsiębiorstwo dominujące, lub brak skłonności przedsiębiorstw o niewielkiej władzy rynkowej, w szczególności na rynkach konkurencyjnych, do sprzedaży wiązanej lub pakietowej takich produktów.

b) *Antykonkurencyjne zamknięcia dostępu do rynku produktu podstawowego lub powiązanego*

52. Sprzedaż wiązana lub pakietowa może mieć antykonkurencyjny wpływ na rynku produktu powiązanego, produktu podstawowego lub na obu rynkach równocześnie. Jednakże nawet wówczas, gdy celem sprzedaży wiązanej lub pakietowej jest ochrona pozycji dominującej przedsiębiorstwa na rynku produktu podstawowego, dąży się do tego pośrednio poprzez zamykanie dostępu do rynku produktu powiązanego. Komisja uważa, że oprócz czynników już określonych w pkt 21, czynniki podane poniżej mają na ogół szczególnie ważne znaczenie w identyfikacji przypadków prawdopodobnego lub rzeczywistego antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku.

53. Ryzyko antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku jest przypuszczalnie większe, jeżeli przedsiębiorstwo dominujące realizuje strategię sprzedaży wiązanej lub pakietowej w sposób trwały, na przykład poprzez sprzedaż wiązaną opartą na aspektach technicznych, od której odejście wymaga poniesienia wysokich kosztów.

³⁴ Przedsiębiorstwo powinno zajmować pozycję dominującą na rynku produktu podstawowego, chociaż zajmowanie takiej pozycji na rynku produktu powiązanego nie jest konieczne. W przypadku sprzedaży pakietowej, przedsiębiorstwo musi zajmować pozycję dominującą na jednym z rynków produktów wchodzących w skład pakietu. W szczególnych przypadkach sprzedaży wiązanej na rynkach części zamiennych i usług posprzedażnych, musi być spełniony warunek dominacji przedsiębiorstwa na rynku produktu podstawowego lub na rynku powiązanych części zamiennych i usług posprzedażnych.

³⁵ Sprawa T-201/04 *Microsoft przeciwko Komisji* Zb.Orz. z 2007 r., s. II-3601, w szczególności pkt 842, 859–862, 867 i 869.

³⁶ Sprawa T-201/04 *Microsoft przeciwko Komisji* Zb.Orz. z 2007 r., s. II-3601 w szczególności, pkt 917, 921 i 922.

³⁷ Sprawa T-30/89 *Hilti przeciwko Komisji* Rec. z 1991 r., s. II-1439, pkt 67.

Sprzedaż wiązana oparta na aspektach technicznych charakteryzuje się tym, że w jej przypadku możliwości odsprzedaży produktów składających się na ofertę są ograniczone.

54. W przypadku sprzedaży pakietowej przedsiębiorstwo może zajmować pozycję dominującą w odniesieniu do więcej niż jednego produktu objętego pakietem. Im więcej produktów składa się na pakiet, tym większe jest prawdopodobieństwo antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku. Ten wniosek potwierdza się szczególnie wtedy, gdy pakiet jest trudny do powielenia przez konkurenta, samodzielnie albo wspólnie z innymi.
55. Sprzedaż wiązana może doprowadzić do mniejszej konkurencji, jeżeli odbiorcy zainteresowani kupnem produktu powiązanego nie są zainteresowani nabyciem produktu podstawowego. Jeżeli nie ma wystarczającej liczby odbiorców, którzy będą kupować tylko produkt powiązany w ilościach pozwalających utrzymać się konkurentom przedsiębiorstwa dominującego na rynku produktu powiązanego, sprzedaż wiązana może doprowadzić do tego, że tacy klienci będą zmuszeni zapłacić wyższe ceny.
56. Jeżeli produkty podstawowy i powiązany mogą być wykorzystywane w różnych proporcjach jako czynniki w procesie produkcji, odbiorcy mogą zareagować na wzrost cen produktu podstawowego zwiększeniem swego popytu na produkt powiązany i równoczesnym ograniczeniem popytu na produkt podstawowy. Poprzez sprzedaż wiązaną dwóch produktów przedsiębiorstwo dominujące może starać się nie dopuścić do takiej substytucji i w rezultacie być w stanie podnieść ceny.
57. Jeżeli ceny, które przedsiębiorstwo dominujące może naliczać na rynku produktu podstawowego, są uregulowane, takie przedsiębiorstwo może, dzięki sprzedaży związanej, zyskać możliwość podniesienia cen na rynku produktu powiązanego w celu rekompensowania sobie utraty przychodów, spowodowanej regulacją rynku produktu podstawowego.
58. Jeżeli produkt powiązany jest ważnym produktem komplementarnym dla odbiorców produktu podstawowego, ograniczenie liczby alternatywnych dostawców produktu powiązanego, a co za tym idzie zmniejszenie dostępności tego produktu, może bardziej utrudniać wejście tylko na rynek produktu podstawowego.

c) Rabaty wieloproduktowe

59. Stosowanie rabatów wieloproduktowych może mieć antykonkurencyjny wpływ na rynek produktu powiązanego lub podstawowego, jeżeli są one tak wysokie, że równie efektywny konkurent oferujący jedynie niektóre produkty składowe nie może konkurować z dostawcami sprzedającymi pakiet z rabatem.
60. Z teoretycznego punktu widzenia byłoby idealnie, gdyby można było ocenić wpływ rabatu poprzez zbadanie, czy przychód przyrostowy pokrywa koszty przyrostowe każdego produktu wchodzącego w skład pakietu stworzonego przez przedsiębiorstwo dominujące. W praktyce jednak ocena struktury przychodu przyrostowego jest złożona. Dlatego też Komisja w stosowanej przez siebie praktyce egzekwowania prawa będzie w większości przypadków posługiwała się w zamian ceną przyrostową, która jest także dobrym wskaźnikiem. Jeżeli cena przyrostowa, którą odbiorcy płacą za każdy produkt przedsiębiorstwa dominującego składający się

na pakiet, utrzymuje się na poziomie wyższym niż długookresowy średni koszt przyrostowy przedsiębiorstwa dominującego, związany z włączeniem tego produktu do pakietu, Komisja nie będzie na ogół podejmować interwencji, ponieważ równie efektywny konkurent, oferujący tylko jeden produkt, powinien w zasadzie móc opłacalnie konkurować z dostawcami sprzedającymi pakiet. Interwencja związana z egzekwowaniem prawa może być jednak uzasadniona, jeżeli cena przyrostowa jest niższa od długookresowego średniego kosztu przyrostowego, ponieważ może to uniemożliwiać nawet równie efektywnemu konkurentowi ekspansję lub wejście na rynek³⁸.

61. Jeżeli dowody sugerują, że konkurenci przedsiębiorstwa dominującego sprzedają identyczne pakiety lub w odpowiednim czasie mogą rozpocząć taką sprzedaż, nie zrażając się ewentualnymi dodatkowymi kosztami, Komisja będzie generalnie traktować taki pakiet jako konkurencyjny względem pakietu pierwotnego i wówczas właściwym pytaniem, na które należy odpowiedzieć, nie jest, czy przychód przyrostowy pokrywa koszty przyrostowe każdego produktu składającego się na pakiet, lecz, czy cena całego pakietu jest rażąco zaniżona.

d) Korzyści w postaci wzrostu efektywności

62. Pod warunkiem, że zostaną spełnione warunki określone w sekcji III D, Komisja zapozna się z argumentami przedsiębiorstw dominujących, że ich praktyki polegające na sprzedaży związanej i pakietowej mogą prowadzić do oszczędności w sferze produkcji i dystrybucji, a te z kolei przyniosą korzyści konsumentom. Komisja może również rozważyć, czy takie praktyki przyczyniają się do zmniejszenia kosztów transakcyjnych dla odbiorców, którzy w przeciwnym razie byłiby zmuszeni kupować produkty składowe oddzielnie, i stwarzają dostawcom możliwość uzyskania znacznych oszczędności na kosztach pakowania i dystrybucji. Komisja może również zbadać, czy połączenie dwóch niezależnych produktów w jeden nowy produkt mogłoby wpłynąć na zwiększenie zdolności do wprowadzenia takiego produktu na rynek z pożytkiem dla konsumentów. Komisja może również przeanalizować, czy praktyka sprzedaży związanej i pakietowej umożliwia dostawcy przeniesienie korzyści w postaci wzrostu efektywności, wynikających z produkcji lub zakupu dużych ilości produktu powiązanego.

C. Praktyki drapieżne

63. Zgodnie z priorytetami w egzekwowaniu prawa Komisja będzie generalnie podejmować interwencje, jeżeli istnieją dowody na to, że przedsiębiorstwo stosuje praktyki drapieżne polegające na celowym ponoszeniu strat lub rezygnacji z zysków w krótkim okresie (zwane dalej poświęcaniem zysków) w celu zamknięcia lub ewentualnego zamknięcia dostępu do rynku co najmniej jednemu ze swoich aktualnych lub potencjalnych konkurentów i wzmocnienia lub utrzymania swojej

³⁸ Zasadniczo przyjęcie długookresowego średniego kosztu przyrostowego za punkt odniesienia jest tu odpowiednie, dopóki konkurenci nie są jeszcze zdolni do sprzedaży pakietów (zob. pkt 23 do 27 i pkt 61).

władzy rynkowej, i tym samym działa na szkodę konsumentów³⁹.

a) *Poświęcenie zysków*

64. Działanie zostanie poddane badaniu przez Komisję jako mające znamiona poświęcania zysków, jeżeli poprzez naliczanie niższych cen na wszystkie produkty lub na ich określoną część w odpowiednim okresie, albo w drodze rozszerzenia produkcji w odpowiednim okresie, przedsiębiorstwo dominujące poniosło bądź ponosi straty, których można było uniknąć. Za odpowiedni punkt wyjścia do oceny, czy przedsiębiorstwo dominujące ponosi lub poniosło możliwe do uniknięcia straty, Komisja przyjmie średnie koszty możliwe do uniknięcia. Jeżeli przedsiębiorstwo dominujące stosuje cenę niższą od średnich kosztów możliwych do uniknięcia w odniesieniu do całości lub części swojej produkcji, nie pokrywa ono kosztów, których można byłoby uniknąć, nie podejmując takiej produkcji: jest to ponoszenie strat, których można byłoby uniknąć⁴⁰. Ustalanie cen na poziomie niższym od średnich kosztów możliwych do uniknięcia będzie więc w większości przypadków postrzegane przez Komisję jako jawny znak poświęcania zysków⁴¹.
65. Niemniej jednak, pojęcie poświęcania zysków obejmuje nie tylko ustalanie cen na poziomie niższym od średnich kosztów możliwych do uniknięcia⁴². W celu wykazania, że stosowana jest strategia drapieżna, Komisja może także zbadać, czy domniemane drapieżne działanie doprowadziło w krótkim czasie do osiągnięcia niższych przychodów netto niż należałoby oczekiwać w rezultacie rozsądnego alternatywnego działania, tzn. czy przedsiębiorstwo dominujące poniosło stratę, której mogło uniknąć⁴³. Komisja nie będzie porównywać rzeczywistego działania z hipotetycznymi lub alternatywnymi przedsięwzięciami, które mogłyby być bardziej opłacalne. Weźmie pod uwagę jedynie ekonomicznie racjonalne i możliwe do

³⁹ Komisja może także podejmować interwencje w stosunku do drapieżnych praktyk stosowanych przez przedsiębiorstwa dominujące na rynkach wtórnych, na których nie zajmują one jeszcze pozycji dominującej. W szczególności Komisja będzie z dużym prawdopodobieństwem mogła stwierdzić takie nadużycia w sektorach, w których działania są chronione monopolem prawnym. Jakkolwiek przedsiębiorstwo dominujące nie ma potrzeby bronić własnej pozycji dominującej na rynku chronionym monopolem prawnym, może ono jednak wykorzystywać zyski osiągnięte na zmonopolizowanym rynku na krzyżowe subsydiowanie swojej działalności na innym rynku i w ten sposób stwarzać zagrożenie eliminacji konkurencji na tym innym rynku.

⁴⁰ W większości przypadków średnie koszty zmienne i średnie koszty możliwe do uniknięcia będą takie same, ponieważ często tylko kosztów zmiennych można uniknąć. Jednakże jeżeli średnie koszty zmienne i średnie koszty możliwe do uniknięcia są różne, te ostatnie lepiej odzwierciedlają ewentualną praktykę poświęcania zysku: na przykład, jeżeli przedsiębiorstwo dominujące musiało zwiększyć moce, by móc podejmować działania drapieżne, wówczas koszty utopione tych dodatkowych mocy należy wziąć pod uwagę przy analizie strat przedsiębiorstwa. Te koszty znajdą odzwierciedlenie w średnich kosztach możliwych do uniknięcia, ale nie będą wykazane w średnich kosztach zmiennych.

⁴¹ W sprawie 62/86 *AKZO Chemie* przeciwko *Komisji* Rec. z 1991 r., s. I-3359, pkt 71, ETS stwierdził w odniesieniu do praktyki ustalania cen na poziomie poniżej średnich kosztów zmiennych, że: „Przedsiębiorstwo dominujące generalnie nie jest zainteresowane stosowaniem takich cen, a takie działanie może podejmować jedynie po to, by wyeliminować konkurentów, a następnie móc podnieść swoje ceny, korzystając z pozycji monopolistycznej, ponieważ każda sprzedaż generuje stratę ...”.

⁴² Jeżeli koszt szacunkowy opiera się na kosztach bezpośrednich produkcji (ujętych w księgach rachunkowych przedsiębiorstwa), może on nie wskazywać w sposób właściwy, czy nastąpiło poświęcenie zysków czy też nie.

⁴³ Jednakże przedsiębiorstwa nie powinny ponosić kary za straty *ex post*, jeżeli decyzja *ex ante* dotycząca danego działania została podjęta w dobrej wierze to jest jeżeli przekażą przekonujące dowody na to, że miały uzasadnione podstawy do tego, by oczekiwać, że ich działanie będzie opłacalne.

zrealizowania alternatywne rozwiązania, które, przy uwzględnieniu warunków rynkowych i realiów prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorstwo dominujące, mogą, według realnych oczekiwań, być bardziej opłacalne.

66. W niektórych przypadkach będzie można oprzeć się na dowodach bezpośrednich w formie dokumentów uzyskanych od przedsiębiorstwa dominującego, wyraźnie świadczących o stosowaniu strategii drapieżnej⁴⁴, takich jak szczegółowy plan poświęcenia zysków w celu wykluczenia konkurenta, niedopuszczenia do wejścia na rynek nowego podmiotu lub udaremnienia powstania rynku, bądź dowody konkretnych gróźb dotyczących podjęcia drapieżnego działania⁴⁵.

b) *Antykonkurencyjne zamknięcia dostępu do rynku*

67. Jeżeli dostępne są wystarczająco wiarygodne dane, Komisja zastosuje metodę analizy równie efektywnego konkurenta, opisaną w pkt 25–27, w celu ustalenia, czy działanie może wyrządzić szkodę konsumentom. Zazwyczaj jedynie stosowanie praktyki polegającej na ustalaniu cen na poziomie niższym od długookresowego średniego kosztu przyrostowego może doprowadzić do zamknięcia dostępu do rynku równie efektywnym konkurentom.
68. Oprócz czynników już określonych w pkt 20, Komisja generalnie będzie badać, czy i w jaki sposób podejmowane działanie może ograniczyć prawdopodobieństwo konkurencji ze strony konkurentów. Jeżeli na przykład przedsiębiorstwo dominujące jest lepiej poinformowane o kosztach lub innych warunkach rynkowych albo ma możliwość zniekształcać sygnały z rynku na temat poziomu rentowności, może ono podejmować działania drapieżne po to, by oddziaływać na oczekiwania przedsiębiorstw, które potencjalnie mogą wejść na rynek, i w ten sposób powstrzymywać ich wejście na rynek. Jeżeli działanie i jego prawdopodobne skutki dają się odczuć na wielu rynkach lub w kolejnych okresach ewentualnego wejścia nowych podmiotów na rynek, przedsiębiorstwu dominującemu można wykazać, że stara się zdobyć sobie opinię angażującego się w działania drapieżne. Jeżeli docelowy konkurent jest uzależniony od finansowania zewnętrznego, znaczne obniżki cen lub innego rodzaju działania drapieżne przedsiębiorstwa dominującego mogą mieć negatywny wpływ na wyniki osiągane przez konkurenta do tego stopnia, że jego dostęp do dalszych środków finansowych może być poważnie utrudniony.
69. Komisja uważa, że nie trzeba wykazywać, że konkurenci opuścili rynek po to, by udowodnić, że miało miejsce antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku. Nie można wykluczyć, że przedsiębiorstwo dominujące może raczej chcieć powstrzymać konkurenta przed intensywną konkurencją i skłonić go do stosowania przyjętych przez siebie zasad ustalania cen, niż doprowadzić do całkowitego wykluczenia go z rynku. Takie dyscyplinowanie pozwala uniknąć ryzyka nieodłącznie związanego z eliminacją konkurentów, w szczególności ryzyka, że aktywa konkurenta zostaną

⁴⁴ Zob. sprawa T-83/91 *Tetra Pak International przeciwko Komisji (Tetra Pak II)* Rec. z 1994 r., s. II-755, pkt 151 i 171 oraz sprawa T-340/03 *France Télécom przeciwko Komisji* Zb.Orz. z 2007 r., s. II-107, pkt 198 do 215.

⁴⁵ W sprawie 62/86 *AKZO Chemie przeciwko Komisji* Rec. z 1991 r., s. I-3359 Trybunał uznał, że są ewidentne dowody na to, że na dwóch spotkaniach AKZO groziło ECS ustaleniem cen na poziomie poniżej kosztów, jeżeli ECS nie wycofa się z rynku nadtlenuków organicznych. Ponadto został opracowany szczegółowy plan z danymi liczbowymi, zawierający opis środków, które AKZO zastosuje, jeżeli ECS nie wycofa się z rynku (zob. pkt 76–82, 115 i 131–140).

sprzedane po niskiej cenie i pozostaną na rynku, na którym pojawi się nowe wchodzące przedsiębiorstwo o niskich kosztach.

70. Mówiąc ogólnie, prawdopodobieństwo wyrządzenia szkody konsumentom istnieje, jeżeli przedsiębiorstwo dominujące może w uzasadniony sposób oczekiwać, że jego władza rynkowa, po zakończeniu drapieżnego działania, będzie większa niż ta, którą miałyby ono, gdyby w pierwszym rzędzie tego działania nie podjęło, tzn. jeżeli przedsiębiorstwo może osiągnąć korzyści z tytułu poświęcenia zysków.
71. Nie oznacza to, że Komisja będzie interweniować tylko wtedy, jeżeli przedsiębiorstwo dominujące mogłoby podnieść swoje ceny powyżej poziomu utrzymującego się na rynku przed podjęciem działania. Wystarczy na przykład, że działanie mogłoby powstrzymać lub opóźnić spadek cen, który w przeciwnym razie by nastąpił. Identyfikacja szkody konsumenta nie polega na mechanicznym wyliczeniu zysków i strat, a dowód łącznych zysków nie jest konieczny. Prawdopodobna szkoda dla konsumenta może być wykazana w drodze oceny prawdopodobieństwa efektu zamknięcia rynku spowodowanego działaniem, przeprowadzonej łącznie z analizą innych czynników, takich jak bariery wejścia na rynek⁴⁶. W tym kontekście Komisja również zbada możliwości ponownego wejścia na rynek.
72. Przedsiębiorstwu dominującemu może być łatwiej angażować się w praktyki drapieżne, jeżeli w sposób selektywny oferuje niskie ceny niektórym odbiorcom, ponieważ dzięki temu straty poniesione przez to przedsiębiorstwo będą mniejsze.
73. Prawdopodobieństwa angażowania się przez przedsiębiorstwo dominujące w praktyki drapieżne jest natomiast mniejsze, jeżeli działanie polega na powszechnym stosowaniu niskich cen przez długi czas.

c) *Korzyści w postaci wzrostu efektywności*

74. Generalnie uznaje się, że istnieje znikome prawdopodobieństwo, że stosowanie drapieżnych praktyk przyczyni się do korzyści w postaci wzrostu efektywności. Jeżeli jednak warunki określone w sekcji III D są spełnione, Komisja rozważy argumenty przedsiębiorstw dominujących, że ustalanie cen na niskim poziomie umożliwia osiągnięcie korzyści skali lub wzrostu efektywności w związku z poszerzeniem rynku.

⁴⁶

Zostało to potwierdzone orzeczeniem w sprawie T-83/91 *Tetra Pak International* przeciwko Komisji (*Tetra Pak II*) Rec. z 1994 r., s. II-755, podtrzymanym w odwołaniu w sprawie C-333/94 P *Tetra Pak International* przeciwko Komisji Rec. z 1996 r., s. I-5951, w której Sąd Pierwszej Instancji stwierdził, że dowód rzeczywistego odzyskania przez przedsiębiorstwo stosujące ceny ustalone poniżej kosztów strat poniesionych z tego tytułu (*recoupment*) nie był wymagany (pkt 150 w części dotyczącej grzywny). Ujmując tę kwestię bardziej ogólnie, należy stwierdzić, że ponieważ stosowanie drapieżnej praktyki cenowej może się okazać trudniejsze niż się wydawało na początku działania, łączne koszty przedsiębiorstwa dominującego, związane z drapieżną praktyką, mogą przekraczać późniejsze zyski, a wobec tego odzyskanie kosztów strat poniesionych wskutek takiego działania może nie być możliwe, podczas gdy wciąż racjonalnym rozwiązaniem może być decyzja o kontynuacji strategii drapieżnej, którą przedsiębiorstwo zaczęło stosować jakiś czas temu. Zob. również COMP/38.233 *Wanadoo Interactive*, decyzja Komisji z dnia 16 lipca 2003 r., pkt 332–367.

D. Odmowa dostaw i zaniżanie marży

75. Przy określaniu priorytetów w egzekwowaniu prawa Komisja przede wszystkim kieruje się przekonaniem, że generalnie rzecz biorąc, każde przedsiębiorstwo, bez względu na to czy jest dominujące czy nie, powinno mieć prawo wyboru partnerów handlowych i swobodnego dysponowania swoją własnością. Dlatego też Komisja uważa, że interwencja podejmowana na mocy prawa konkurencji wymaga starannego rozważenia, kiedy zastosowanie art. 82 prowadziłoby do nałożenia obowiązku realizacji dostaw na przedsiębiorstwo dominujące⁴⁷. Istnienie takiego obowiązku – wypełnianego nawet za godziwym wynagrodzeniem – może osłabić motywację przedsiębiorstwa do podejmowania inwestycji i wprowadzania innowacji, i tym samym może wyrządzić szkodę konsumentom. Przedsiębiorstwa dominujące lub takie, które przewidują, że mogą osiągnąć pozycję dominującą, wiedząc, że mają obowiązek realizować dostawy wbrew własnej woli, mogą nie podejmować inwestycji lub inwestować mniej w daną działalność. Konkurenci natomiast mogą wykazywać skłonność do bazowania na inwestycjach przedsiębiorstwa dominującego, zamiast samodzielnie podejmować inicjatywy o charakterze innowacyjnym. Ani jedna, ani druga z tych konsekwencji na dłuższą metę nie leży w interesie konsumentów.
76. Zazwyczaj problemy związane z konkurencją powstają wówczas, gdy przedsiębiorstwo dominujące konkuruje na rynku „niższego szczebla” z nabywcą, któremu odmawia dostaw. Termin „rynek niższego szczebla” jest stosowany w odniesieniu do rynku, na którym potrzebne są czynniki produkcji będące przedmiotem odmowy, w celu wytwarzania produktu lub świadczenia usług. Niniejsza sekcja dotyczy wyłącznie tego rodzaju odmowy.
77. Niniejsza sekcja nie dotyczy innych rodzajów ewentualnie niezgodnej prawem odmowy dostaw, gdy dostawę uzależnia się od wyrażenie przez kupującego zgody na ograniczenie jego swobody działania. Na przykład, przypadki wstrzymania dostaw w celu ukarania odbiorców za utrzymywanie stosunków handlowych z konkurentami lub odmowy dostaw odbiorcom nie wyrażającym zgody na sprzedaż związaną zostaną zbadane przez Komisję zgodnie z zasadami określonymi w sekcjach dotyczących systemów wyłączności oraz sprzedaży związanej i pakietowej. W niniejszej sekcji nie omawia się również kwestii odmowy dostawy, która ma na celu uniemożliwienie nabywcy angażowania się w handel równoległy⁴⁸ lub obniżania przez niego cen odsprzedaży.
78. Pojęcie odmowy dostaw obejmuje szeroki zakres praktyk, takich jak odmowa dostawy produktów obecnym lub nowym odbiorcom⁴⁹, odmowa udzielenia licencji

⁴⁷ Sprawy połączone C-241/91 P i C-242/91 *Radio Telefís Éireann (RTE) i Independent Television Publications (ITP) przeciwko Komisji (Magill)* Rec. z 1995 r., s. I-743, pkt 50; sprawa C-418/01 *IMS Health przeciwko NDC Health* Zb.Orz. z 2004 r., s. I-5039, pkt 35; sprawa T-201/04 *Microsoft przeciwko Komisji* Zb.Orz. z 2007 r., s. II-3601 dotychczas nieopublikowany, pkt 319, 330–332 i 336.

⁴⁸ Zob. wyrok z dnia 16 września 2008 r. w sprawach połączonych C 468/06 i C 478/06 *Sot. Léllos kai Sia i inni przeciwko GlaxoSmithKline*, dotychczas nieopublikowany.

⁴⁹ Sprawy połączone 6/73 i 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano i Commercial Solvents przeciwko Komisji* Rec. z 1974 r., s. 223.

na prawa własności intelektualnej⁵⁰, w tym w razie konieczności licencji na zapewnienie informacji dotyczących interfejsów⁵¹, lub odmowa przyznania dostępu do niezbędnych urządzeń bądź sieci⁵².

79. Komisja nie uważa, że produkt będący przedmiotem odmowy musi już znajdować się w obrocie: wystarczy, że istnieje zapotrzebowanie potencjalnych nabywców i że można zidentyfikować potencjalny rynek danych czynników produkcji⁵³. Podobnie nie musi mieć miejsca faktyczna odmowa ze strony przedsiębiorstwa dominującego; wystarczy „odmowa konstruktywna”. Odmowa konstruktywna może na przykład przyjąć formę nadmiernego opóźniania dostawy, obniżenia jakości dostarczanego produktu lub żądania spełnienia bezzasadnych warunków w zamian za dostawę.
80. Ponadto, zamiast odmawiać dostawy przedsiębiorstwo dominujące może stosować ceny za produkt na rynku wyższego szczebla, które, w porównaniu z cenami stosowanymi na rynku niższego szczebla⁵⁴, nie pozwalają nawet równie efektywnemu konkurentowi prowadzić w sposób trwały opłacalnego handlu na rynku niższego szczebla (tak zwane „zaniżanie marży”). W przypadku zaniżania marży podstawą porównania, które Komisja będzie przeprowadzać w celu określenia kosztów równie efektywnego konkurenta, będzie na ogół długookresowy średni koszt przyrostowy tej części zintegrowanego przedsiębiorstwa dominującego, która funkcjonuje na rynku niższego szczebla⁵⁵.
81. Komisja uzna takie praktyki za priorytety w egzekwowaniu prawa, jeżeli wystąpią wszystkie następujące okoliczności:
- odmowa dostawy dotyczy produktu lub usługi, obiektywnie niezbędnych do skutecznego konkurencyjnego działania na rynku niższego szczebla;
 - odmowa może doprowadzić do wyeliminowania skutecznej konkurencji na rynku niższego szczebla; oraz
 - odmowa może przynieść szkody konsumentom.
82. W niektórych szczególnych przypadkach może być oczywiste, że nałożenie obowiązku realizacji dostaw zdecydowanie nie może mieć negatywnego wpływu na

⁵⁰ Sprawy połączone C-241/91 P i C-242/91 P *Radio Telefís Éireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd (ITP)* przeciwko Komisji (Magill) Rec. z 1995 r., s. 743; sprawa C-418/01 *IMS Health* przeciwko *NDC Health* Zb.Orz. z 2004 r., s. I-5039. Wyroki te pokazują, że w wyjątkowych okolicznościach odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej stanowi nadużycie.

⁵¹ Sprawa T-201/04 *Microsoft* przeciwko Komisji Zb.Orz. z 2007 r., s. II-3601.

⁵² Zob. decyzje Komisji 94/19/WE z 21 grudnia 1993 r. w sprawie IV/34.689 *Sea Containers* przeciwko *Stena Sealink – Interim Measures* (Dz.U. L 15 z 18.1.1994, s. 8) oraz decyzja Komisji 92/213/EWG z 26 lutego 1992 r. w sprawie IV/33.544 *British Midland* przeciwko *Aer Lingus* (Dz.U. L 96 z 10.4.1992, s. 34).

⁵³ Sprawa C-418/01 *IMS Health* przeciwko *NDC Health* Zb.Orz. z 2004 r., s. I-5039, pkt 44.

⁵⁴ Dotyczy to także sytuacji, w której zintegrowane przedsiębiorstwo sprzedające „zestaw” komplementarnych produktów odmawia sprzedaży jednego z takich produktów poza pakietem konkurentowi wytwarzającemu pozostałe produkty komplementarne.

⁵⁵ W niektórych przypadkach jednak długookresowy średni koszt przyrostowy konkurenta niezintegrowanego na rynku niższego szczebla mógłby być wykorzystany do porównania, na przykład wtedy, gdy nie ma możliwości wyraźnego przyporządkowania kosztów przedsiębiorstwa dominującego do operacji prowadzonych na rynku niższego i wyższego szczebla.

motywację właściciela czynników produkcji lub innych podmiotów do podejmowania działań inwestycyjnych i innowacyjnych *ex ante* lub *ex post* na rynku wyższego szczebla. Komisja uważa, że jest szczególnie prawdopodobne, że taka sytuacja ma miejsce, jeżeli uregulowanie zgodne z prawem wspólnotowym już nakłada obowiązek realizacji dostaw na przedsiębiorstwo dominujące i jeżeli ze względów leżących u podstaw takiego uregulowania jasno wynika, że niezbędna analiza czynników motywujących i demotywuujących została już przeprowadzona przez organ publiczny na etapie wprowadzania takiego obowiązku realizacji dostaw. Tego rodzaju sytuacja może także zaistnieć, gdy przedsiębiorstwo dominujące osiągnęło swoją pozycję na rynku wyższego szczebla dzięki ochronie specjalnych lub wyłącznych praw lub też dzięki finansowaniu z zasobów państwowych. Nie ma powodu, by Komisja w takich szczególnych przypadkach odstępowała od swoich ogólnych standardów w egzekwowaniu prawa, i może ona wykazać istnienie antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku bez stwierdzania, czy mają miejsce trzy okoliczności wymienione w pkt 81.

a) *Obiektywna niezbędność czynników produkcji*

83. Podczas badania, czy odmowa dostaw zasługuje na uwagę jako kwestia priorytetowa, Komisja rozważy, czy dostawa czynników produkcji będących przedmiotem odmowy jest obiektywnie konieczna do tego, by podmioty gospodarcze mogły skutecznie konkurować na rynku. Nie oznacza to, że bez odmówionych środków produkcji żaden konkurent nigdy nie będzie zdolny wejść na rynek niższego szczebla lub na nim przetrwać⁵⁶. Uważa się raczej, że czynniki produkcji są niezbędne wówczas, gdy nie istnieje żaden faktyczny lub potencjalny substytut, na którym mogliby się oprzeć konkurenci na rynku niższego szczebla, by przeciwdziałać – przynajmniej w perspektywie długookresowej – negatywnym skutkom odmowy⁵⁷. W tym względzie, Komisja na ogół przeprowadzi ocenę, czy konkurenci mają możliwość skutecznego odwzorowania czynników produkcji wytwarzanych przez przedsiębiorstwo dominujące w dającej się przewidzieć przyszłości⁵⁸. Pojęcie odwzorowania oznacza, że zostanie stworzone alternatywne źródło efektywnych dostaw, dzięki któremu konkurenci będą mogli wywierać presję konkurencyjną na przedsiębiorstwo dominujące na rynku niższego szczebla⁵⁹.
84. Kryteria przedstawione powyżej w pkt 81 mają zastosowanie zarówno do przypadków przerwania dotychczasowych dostaw, jak i odmowy dostaw produktu lub usługi, których przedsiębiorstwo poprzednio nie realizowało na rzecz innych

⁵⁶ Sprawa T-201/04 *Microsoft* przeciwko Komisji, Zb.Orz. z 2007 r., s. II-3601, pkt 428 i 560–563.

⁵⁷ Sprawy połączone C-241/91 P i C-242/91 *Radio Telefis Eireann (RTE) i Independent Television Publications LTD (ITP)* przeciwko Komisji (Magill) Rec. z 1995 r., s. 743, pkt 52 i 53; sprawa 7/97 *Oscar Bronner* przeciwko *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft and Mediaprint Anzeigengesellschaft* Rec. z 1998 r., s. I-7791, pkt 44–45; Sprawa T-201/04 *Microsoft* przeciwko Komisji, Zb.Orz. z 2007 r., s. II-3601, pkt 421.

⁵⁸ Generalnie nie ma raczej możliwości odwzorowania czynników produkcji w przypadku naturalnego monopolu, z uwagi na korzyści skali i zakresu, gdy istnieją silne efekty sieciowe lub w grę wchodzi tak zwane informacje „jednego źródła”. Jednakże we wszystkich przypadkach należy wziąć pod uwagę dynamiczny charakter przemysłu i w szczególności to, czy władza rynkowa może szybko ulec rozproszeniu, czy nie.

⁵⁹ Sprawa 7/97 *Oscar Bronner* przeciwko *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft i Mediaprint Anzeigengesellschaft* Rec. z 1998 r., s. I-7791, pkt 46; sprawa C-418/01 *IMS Health* przeciwko *NDC Health* Zb.Orz. z 2004 r., s. I-5039, pkt 29.

podmiotów (odmowy nowych dostaw). Niemniej jednak, prawdopodobieństwo uznania przypadku przerwania dotychczasowych dostaw za nadużycie jest większe niż w przypadku odmowy nowych dostaw. Jeżeli na przykład przedsiębiorstwo dominujące realizowało dostawy na rzecz przedsiębiorstwa zgłaszającego zapotrzebowanie, a to podjęło inwestycje związane z konkretną umową, by następnie wykorzystać do produkcji środki będące przedmiotem odmowy, Komisja może być bardziej skłonna uznać takie czynniki produkcji za niezbędne. Podobnie fakt, że właściciel niezbędnych czynników produkcji wcześniej uznał, że realizacja dostaw leży w jego interesie, sugeruje, że dostawy czynników produkcji nie wiążą się z żadnym ryzykiem niezyskania przez właściciela odpowiedniego wynagrodzenia za pierwotną inwestycję. Przedsiębiorstwo dominujące musiałoby wykazać, z jakich przyczyn okoliczności zmieniły się na tyle, że kontynuacja dotychczasowych dostaw wiązałaby się z ryzykiem niezyskania przez niego odpowiedniego wynagrodzenia.

b) Eliminacja skutecznej konkurencji

85. Jeżeli wymogi określone w pkt 83 i 84 są spełnione, Komisja uważa, że odmowa przez przedsiębiorstwo dominujące realizacji dostaw niezbędnych czynników produkcji generalnie może się przyczynić do wyeliminowania, natychmiast lub po pewnym czasie, skutecznej konkurencji na rynku niższego szczebla. Prawdopodobieństwo wyeliminowania skutecznej konkurencji jest na ogół tym wyższe, im większy udział ma przedsiębiorstwo dominujące w rynku niższego szczebla; w im mniejszym stopniu ograniczone są możliwości przedsiębiorstwa dominującego w stosunku do możliwości konkurentów na rynku niższego szczebla; im większa jest substytucyjność produkcji przedsiębiorstwa dominującego i jego konkurentów na rynku niższego szczebla; tym większa część konkurentów na rynku niższego szczebla odczuwa skutki i tym większe jest prawdopodobieństwo, że popyt, który mogliby obsłużyć konkurenci, którym zamknięto dostęp do rynku, zostałby przez nich utracony na rzecz przedsiębiorstwa dominującego.

c) Szkoda dla konsumentów

86. Podczas badania przypuszczalnego wpływu odmowy dostaw na dobro konsumentów, Komisja zbada, czy prawdopodobne negatywne konsekwencje odmowy dostaw na rynku właściwym przeważają w miarę upływu czasu nad negatywnymi konsekwencjami nałożenia obowiązku realizacji dostaw. Jeżeli tak, Komisja z reguły podejmie postępowanie w danej sprawie.
87. Komisja uważa, że szkoda dla konsumentów może na przykład wystąpić wówczas, gdy konkurentom, którym przedsiębiorstwo dominujące zamyka dostęp do rynku, uniemożliwia się w wyniku odmowy wprowadzanie na rynek innowacyjnych produktów i usług lub gdy kontynuacja innowacyjnych działań może być utrudniona⁶⁰. Taka sytuacja może mieć w szczególności miejsce, jeżeli przedsiębiorstwo zgłaszające zapotrzebowanie na dostawę w zasadzie nie zamierza ograniczać się do odwzorowywania towarów lub usług już oferowanych przez przedsiębiorstwo dominujące na rynku niższego szczebla, lecz chce wytwarzać nowe

⁶⁰ Sprawa T-201/04 *Microsoft przeciwko Komisji*, Zb.Orz. z 2007 r., s. II-3601, pkt 643, 647–649, 652–653 i 656.

lub udoskonalone produkty bądź usługi, na które istnieje potencjalny popyt konsumentów, albo zamierza wносить wkład w rozwój techniczny⁶¹.

88. Komisja uważa również, że odmowa dostawy może wyrządzić szkodę konsumentom, jeżeli cena na rynku czynników produkcji wyższego szczebla jest regulowana, cena na rynku niższego szczebla nie jest regulowana i przedsiębiorstwo dominujące, poprzez wykluczenie konkurentów z rynku niższego szczebla w drodze odmowy dostaw, może osiągnąć większe zyski na nieuregulowanym rynku niższego szczebla niż w innym przypadku.

d) Korzyści w postaci wzrostu efektywności

89. Komisja rozważy argumenty przedsiębiorstwa dominującego, że odmowa sprzedaży jest niezbędna w celu umożliwienia temu przedsiębiorstwu uzyskania odpowiedniego zwrotu z inwestycji wymaganych do rozwinięcia swojej działalności w zakresie czynników produkcji i w ten sposób wzbudzenia motywacji do kontynuacji inwestycji w przyszłości, przy uwzględnieniu ryzyka niepowodzenia projektów. Komisja przeanalizuje również argumenty przedsiębiorstwa dominującego, że obowiązek realizacji dostaw lub zmiany struktury warunków rynkowych, które spowoduje nałożenie takiego obowiązku, wśród nich na przykład wprowadzanie dalszych innowacji przez konkurentów, będą miały negatywny wpływ na jego własną innowacyjność.
90. Niemniej jednak podczas analizy tych argumentów, Komisja zadba o to, by spełnione zostały warunki określone w sekcji III D. W szczególności do przedsiębiorstwa dominującego należy udowodnienie wszelkich negatywnych skutków, które mogą wynikać z obowiązku realizacji dostaw dla poziomu jego własnych innowacji⁶², a to, że przedsiębiorstwo dominujące dotychczas realizowało dostawy danych czynników produkcji, może mieć znaczenie dla oceny wszelkich argumentów, że odmowa dostawy jest uzasadniona względami efektywności.

⁶¹ Sprawa C-418/01 *IMS Health* przeciwko *NDC Health* Rec. z 2004 r., s. I-5039, pkt 49; Sprawa T-201/04 *Microsoft* przeciwko *Komisji*, Zb.Orz. z 2007 r., s. II-3601, pkt 658.

⁶² Sprawa T-201/04 *Microsoft* przeciwko *Komisji*, Zb.Orz. z 2007 r., s. II-3601, pkt 659.