

KOMUNIKAT KOMISJI**Wytyczne dla sądów krajowych dotyczące sposobu szacowania, jaka część nadmiernego obciążenia została przerzucona na nabywcę pośredniego**

(2019/C 267/07)

SPIS TREŚCI

	<i>Strona</i>
1. WPROWADZENIE	7
1.1. Cel, zakres i struktura niniejszych wytycznych	7
1.2. Czym jest przerzucanie nadmiernych obciążeń?	8
2. KONTEKST PRAWNY	9
2.1. Przerzucanie nadmiernych obciążeń a prawo do pełnego odszkodowania	9
2.2. Scenariusze, w których sądy krajowe mogą napotkać kwestie związane z przerzucaniem	11
2.3. Uprawnienia sądu do oszacowania przerzucenia	13
2.4. Rola dowodów	14
3. TEORIA EKONOMII DOTYCZĄCA PRZERZUCANIA	16
3.1. Informacje ogólne	16
3.2. Przykłady	19
4. KWANTYFIKACJA EFEKTU PRZERZUCANIA I SPADKU WIELKOŚCI SPRZEDAŻY – ASPEKTY OGÓLNE	21
4.1. Dane i informacje wymagane przy ilościowym określaniu efektów przerzucania	22
4.2. Korzystanie z usług biegłych ekonomistów	23
5. KWANTYFIKACJA I SZACOWANIE EFEKTÓW CENOWYCH ZWIĄZANYCH Z PRZERZUCANIEM	24
5.1. Metody oparte na wskaźnikach porównawczych	24
5.1.1. Podejścia	25
5.1.1.1. Podejście oparte na porównaniu przed, w trakcie i po	25
5.1.1.2. Podejście przekrojowe	26
5.1.1.3. Podejście różnicy w różnicach	26
5.1.2. Wdrażanie podejść opartych na wskaźnikach porównawczych w praktyce	28
5.1.3. Wyzwania	30
5.2. Inne metody	31
5.2.1. Podejście oparte na wielkości przerzucenia	31
5.2.2. Wdrażanie podejścia opartego na wielkości przerzucenia w praktyce	32
5.2.3. Podejście symulacyjne	33
6. KWANTYFIKACJA I SZACOWANIE SPADKU WIELKOŚCI SPRZEDAŻY	33
6.1. Wprowadzenie	33
6.2. Podejście oparte na wskaźnikach porównawczych	35
6.2.1. Wymagane informacje	35
6.2.2. Metody i wyzwania	35
6.3. Podejście dotyczące elastyczności	35
6.3.1. Potrzebne metody i informacje	35
6.3.2. Wyzwania	36
7. WYBÓR METODY	36
8. ZAŁĄCZNIK 1 – TEORIA EKONOMII	37
8.1. Wprowadzenie	37

8.2.	Koszty czynników produkcji oraz ich wpływ na decyzje w sprawie ustalania ceny	37
8.3.	Cechy popytu i powiązania z cenami	38
8.4.	Decyzja przedsiębiorstwa w sprawie ustalania ceny	40
8.5.	Intensywność konkurencji i powiązania z przerwaniem	40
8.5.1.	Ciągłość konkurencyjności na rynkach	40
8.5.2.	Nadmierne obciążenie oraz przerzucenie w całym sektorze względem nadmiernego obciążenia i przerzucenia dotyczących konkretnego przedsiębiorstwa	41
8.6.	Kilka dodatkowych czynników wpływających na przerzucenie	41
9.	ZAŁĄCZNIK 2 – GLOSARIUSZ	43

SPIS RAMEK

	<i>Strona</i>
Ramka 1: Przerzucanie wzrostu cen miedzi (hipotetyczny przykład)	8
Ramka 2: Dwa typowe scenariusze przerzucania	11
Ramka 3: Przykład sprawy, w której wykorzystano dowody dostarczone przez biegłych ekonomistów	23
Ramka 4: Przykład sprawy, w której sąd powołuje biegłego ekonomistę	23
Ramka 5: Ilustrowany przykład podejścia opartego na porównaniu przed, w trakcie i po	25
Ramka 6: Ilustrowany przykład podejścia przekrojowego	26
Ramka 7: Ilustracja podejścia różnicy w różnicach	27
Ramka 8: Sprawa dotycząca niemieckiego szkła samochodowego	28
Ramka 9: Szacowanie przerzucenia w oparciu o dowody jakościowe – Cheminova (2015 r.)	29
Ramka 10: Szacowanie przerzucenia w oparciu o dowody jakościowe – DOUX Aliments (2014 r.)	29
Ramka 11: Spadek wielkości sprzedaży	34
Ramka 12: Szacowanie spadku wielkości sprzedaży – Cheminova (2015)	34
Ramka 13: Przykłady kosztów krańcowych i kosztów stałych	37
Ramka 14: Standardowa krzywa popytu – efekt cenowy i spadek wielkości sprzedaży	38
Ramka 15: Inne zakrzywienia popytu	39
Ramka 16: Kompromis między wzrostem ceny i utratą sprzedaży	40

1. WPROWADZENIE

1.1. Cel, zakres i struktura niniejszych wytycznych

- 1) Celem niniejszych wytycznych jest zapewnienie sądom krajowym, sędziom i innym zainteresowanym stronom w powództwach o odszkodowanie z tytułu naruszenia art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”) praktycznych wskazówek dotyczących sposobu szacowania przerzucanej części nadmiernych obciążeń. W niniejszych wytycznych określono w szczególności zasady ekonomiczne oraz metody i terminologię dotyczące przerzucania m.in. poprzez odniesienie do szeregu przykładów. Ponadto niniejsze wytyczne opracowano, aby pomóc w określeniu źródeł istotnych dowodów, ustaleniu, czy wniosek o ujawnienie dowodów jest proporcjonalny, a także w ocenie oświadczeń stron w odniesieniu do przerzucania oraz wszelkich opinii biegłych ekonomistów, które mogą zostać przedstawione sądowi.
- 2) Podstawą prawną wytycznych jest art. 16 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych ⁽¹⁾. Wytyczne są niewiążące i nie zmieniają obowiązujących zasad na mocy prawa Unii lub prawa państw członkowskich. W związku z tym sądy krajowe nie są w żaden sposób zobowiązane do ich przestrzegania. Wytyczne pozostają również bez uszczerbku dla orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”). Odnoszą się one do zharmonizowanych zasad określonych w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych z uwzględnieniem faktu, że w praktyce sądy krajowe będą stosować przepisy krajowe, w tym przepisy transponujące dyrektywę w sprawie roszczeń odszkodowawczych.
- 3) Wytyczne stanowią źródło odniesienia w zakresie dobrych praktyk i zawierają wskazówki dotyczące stosownych parametrów, które można uwzględnić w przypadku postępowania z dowodami ekonomicznymi istotnymi przy ocenie przerzucania nadmiernych obciążeń. Wytyczne te opierają się na stosownych analizach ekonomicznych zebranych przez Komisję i stanowią uzupełnienie Praktycznego przewodnika dotyczącego ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 TFUE („praktyczny przewodnik”) ⁽²⁾ towarzyszącego komunikatowi Komisji w sprawie ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych ⁽³⁾. Podczas gdy w praktycznym przewodniku skoncentrowano się na nadmiernym obciążeniu, w niniejszych wytycznych odniesiono się bardziej szczegółowo do przerzucania nadmiernych obciążeń ⁽⁴⁾. Niniejsze wytyczne należy czytać łącznie z praktycznym przewodnikiem ⁽⁵⁾.
- 4) Jak wyjaśniono w pkt 17–19 poniżej, niniejsze wytyczne mogą być użyteczne, jeśli sprawca naruszenia podnosi w swojej obronie przeciwko roszczeniu odszkodowawczemu argument przerzucenia obciążeń („tarcza”) lub jeśli nabywca pośredni występuje z roszczeniem o odszkodowanie od sprawcy naruszenia, stawiając zarzut przerzucania nadmiernego obciążenia („miecz”). Podobnie jak w każdym powództwie o odszkodowanie stopień, w jakim sąd musi uwzględnić okoliczności sprawy, będzie jednak zależał od sposobu wniesienia sprawy przez powoda oraz od charakteru obrony prowadzonej przez pozwanego. Na przykład w niektórych przypadkach powód może nie dochodzić odszkodowania za utracone korzyści na skutek spadku wielkości sprzedaży z powodu dodatkowego poziomu złożoności, jaki może się z tym wiązać ⁽⁶⁾. Roszczenie nabywcy pośredniego przeciwko sprawcy naruszenia będzie jednak zazwyczaj obejmować uwzględnienie zjawiska przerzucania, gdyż ma ono kluczowe znaczenie dla roszczenia.
- 5) Podobnie charakter i wielkość roszczenia, zasadność argumentów i dostępność danych prawdopodobnie będą miały wpływ na to, w jaki sposób sąd krajowy będzie chciał podejść do oceny i oszacowania zakresu przerzucenia. Przy ocenie proporcjonalności nakazu ujawnienia dowodów taki sąd mógłby wziąć pod uwagę wybór metody ekonomicznej i podejścia spośród poszczególnych wariantów omówionych w wytycznych. To, co może być odpowiednie, jeżeli chodzi o zakres wymaganych danych oraz koszt analiz ekspertów w przypadku roszczenia o kwotę 20 mln EUR, może nie być proporcjonalne w przypadku roszczenia o kwotę 200 000 EUR.

⁽¹⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (Dz.U. L 349 z 5.12.2014, s. 1).

⁽²⁾ Komisja, dokument roboczy służb Komisji – Praktyczny przewodnik dotyczący ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, 11.6.2013, SWD(2013) 205.

⁽³⁾ Komunikat Komisji w sprawie ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. C 167 z 13.6.2013, s. 19).

⁽⁴⁾ W praktycznym przewodniku kwestię przerzucania omówiono jedynie pokrótce, tj. w pkt 161–171.

⁽⁵⁾ W niniejszych wytycznych skoncentrowano się na kwestii przerzucania nadmiernych obciążeń w kontekście naruszenia art. 101 TFUE, w szczególności w kontekście karteli w rozumieniu art. 2 pkt 14 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych oraz innych ograniczeń horyzontalnych. Mogą one jednak stanowić również źródło odniesienia w zakresie dobrych praktyk w powództwach o odszkodowanie przed sądami krajowymi w odniesieniu do ograniczeń wertykalnych, np. narzucania cen odsprzedaży, oraz naruszeń art. 102 TFUE, tj. nadużywania pozycji dominującej, czyli m.in. narzucania wygórowanych cen, pod warunkiem uwzględnienia w odpowiednim stopniu specyfiki mających zastosowanie przepisów unijnych.

⁽⁶⁾ Kwestię spadku wielkości sprzedaży pokrótce wyjaśniono w pkt 10 poniżej. W rozdziale 6 opisano metody kwantyfikacji i szacowania tego spadku.

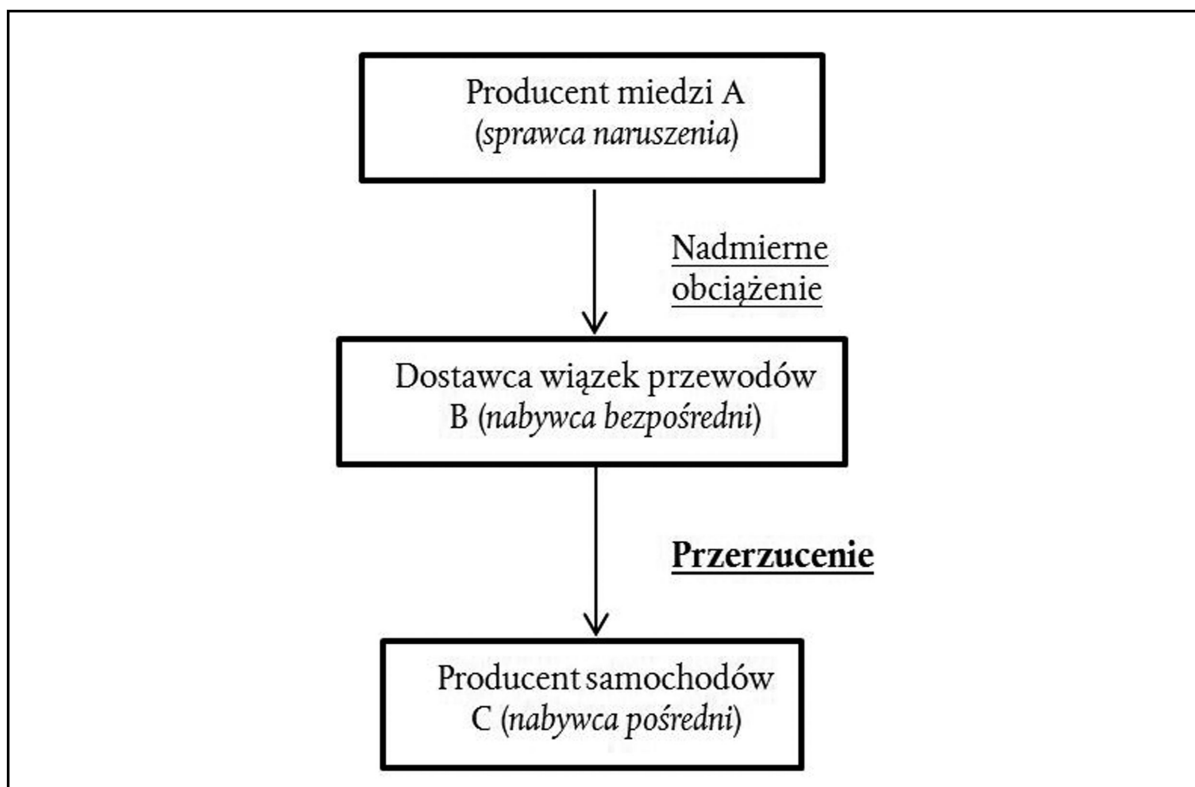
- 6) Poprzez odniesienie do zasad prawnych, utrwalonego orzecznictwa oraz do przepisów dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych niniejsze wytyczne określają kontekst prawny przerwania. W krótkiej sekcji prawnej podsumowano przepisy proceduralne oraz instrumenty, zgodnie z którymi sądy krajowe mogą uwzględniać przerzucanie nadmiernych obciążeń w powództwach o odszkodowanie. Kontekst prawny odnosi się do prawa Unii, prawa krajowego i odpowiednich praktyk. W tym kontekście sędziowie muszą zwracać szczególną uwagę na zasady skuteczności i równoważności⁽⁷⁾. Po pierwsze, oznacza to, że muszą stosować przepisy krajowe w taki sposób, by ich stosowanie praktycznie nie uniemożliwiało lub nadmiernie nie utrudniało wykonywania prawa do pełnego odszkodowania za szkodę spowodowaną naruszeniem unijnego prawa konkurencji (zasada skuteczności)⁽⁸⁾. Po drugie, sędziowie muszą mieć na uwadze, że przepisy i procedury krajowe w sprawie powództw o odszkodowanie z tytułu szkód wynikających z naruszenia art. 101 lub 102 TFUE nie mogą być mniej korzystne dla domniemanych poszkodowanych niż przepisy i procedury regulujące podobne powództwa o odszkodowanie z tytułu szkód wynikających z naruszenia krajowego prawa konkurencji (zasada równoważności).
- 7) W sekcji głównej niniejszych wytycznych zajęto się ekonomicznymi aspektami przerwania, mianowicie teorią ekonomii i metodami kwantyfikacji odpowiednimi do celów oszacowania przerwania. W części dotyczącej teorii ekonomii skoncentrowano się na koncepcjach teoretycznych leżących u podstaw zjawiska przerwania oraz określono czynniki, które mogą mieć na nie wpływ. W części dotyczącej kwantyfikacji ekonomicznej przedstawiono różne podejścia i metody kwantyfikacji efektów przerwania.

1.2. Czym jest przerzucanie nadmiernych obciążeń?

- 8) Przerzucanie nadmiernych obciążeń może wystąpić na różnych poziomach łańcucha dostaw. Zilustrowano to w ramce 1 poniżej poprzez odniesienie do hipotetycznego przykładu. Do celów poglądowych oraz jako punkt wyjścia dla różnych wariantów mających na celu bardziej szczegółowe wyjaśnienie kwestii przerwania przykład przedstawiony w ramce 1 przedstawia stosunkowo prosty przypadek ustalania cen stałych w odniesieniu do miedzi oraz przerwania odpowiedniego wzrostu cen w sektorze motoryzacyjnym. W praktyce przerzucanie może wystąpić w przypadku jeszcze bardziej złożonych łańcuchów dostaw, produkt lub usługa będące przedmiotem kartelu mogą stanowić jeszcze mniej istotny czynnik produkcji, a na produkt końcowy może mieć wpływ więcej niż jedna praktyka antykonkurencyjna.

Ramka 1

Przerzucanie wzrostu cen miedzi (hipotetyczny przykład)



⁽⁷⁾ Zob. art. 4 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽⁸⁾ Jeżeli chodzi o prawo do pełnego odszkodowania, zob. pkt 12 i nast. poniżej.

Przedsiębiorstwo A jest producentem miedzi i utworzyło kartel poprzez ustalenie ze swoimi konkurentami cen sprzedaży miedzi z naruszeniem art. 101 TFUE. Porozumienie umożliwiło przedsiębiorstwu A pobieranie od klientów, w tym od przedsiębiorstwa B, wyższych opłat za miedź.

Nadmierne obciążenie ⁽⁹⁾ to różnica cenowa między ceną faktycznie płaconą a ceną, która przeważałaby w przypadku braku naruszenia unijnego prawa konkurencji.

Przedsiębiorstwo B jest dostawcą części samochodowych i wykorzystywało miedź zakupioną od przedsiębiorstwa A do produkcji wiązek przewodów, które sprzedawało następnie przedsiębiorstwu C. Po wzroście cen miedzi związanym z powstaniem kartelu przedsiębiorstwo B również podniosło ceny sprzedaży wiązek przewodów, które dostarczało przedsiębiorstwu C. Takie działanie stanowi przerzucanie nadmiernych obciążeń – w tym przypadku z przedsiębiorstwa B na C. W oparciu o definicje zawarte w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych przedsiębiorstwo A można określić jako *sprawcę naruszenia*, przedsiębiorstwo B – jako *nabywcę bezpośredniego*, a przedsiębiorstwo C – jako *nabywcę pośredniego* ⁽¹⁰⁾.

- 9) Ponownie należy podkreślić, że istnieją bardziej skomplikowane przykłady przerwania. Niektóre z nich wymieniono w dodatkowych ramkach poniżej. Celem tych ramek jest zwrócenie uwagi na pewne aspekty przerwania oraz sposób, w jaki sądy krajowe wcześniej pochodziły do kwestii szacowania części nadmiernego obciążenia, którą przerzucono na nabywcę pośredniego.
- 10) Jeśli nabywca bezpośredni – w pełni lub częściowo – przerzuca nadmierne obciążenie na nabywcę pośredniego, nabywca pośredni będzie musiał zmierzyć się nie tylko z podwyżką cen, ale w wielu przypadkach będzie musiał również ograniczyć swój popyt, co prowadzi do spadku sprzedaży nabywcy bezpośredniego. Wartość sprzedaży, którą utracono, można określić jako spadek wielkości sprzedaży związany z przerwaniem. Konsekwencje prawne oraz ekonomiczne tego zjawiska omówiono bardziej szczegółowo poniżej.
- 11) Nadmierne obciążenie może być przerzucane w dół całego łańcucha dostaw i dotyczyć produktów lub usług. Na przykład w sytuacji przedstawionej w przykładzie w ramce 1 powyżej producent samochodów C mógł podobnie podnieść opłaty, które pobierał od swojego klienta – niezależnego sprzedawcy detalicznego samochodów D. Następnie sprzedawca D mógł również podnieść swoją cenę dla konsumenta końcowego w przypadku samochodu, w którym znajduje się miedź, której dotyczy kartel. W rozumieniu definicji zawartej w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych ⁽¹¹⁾ producent C, sprzedawca D oraz konsumenci końcowi to nabywcy pośredni.

2. KONTEKST PRAWNY

2.1. Przerzucanie nadmiernych obciążeń a prawo do pełnego odszkodowania

- 12) Zarówno orzecznictwo TSUE, jak i dyrektywa w sprawie roszczeń odszkodowawczych mają duże znaczenie dla oceny przerwania. Po pierwsze, należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE „każdej osobie” przysługuje prawo do żądania naprawienia poniesionej szkody, jeżeli między tą szkodą a naruszeniem art. 101 lub 102 TFUE istnieje związek przyczynowy ⁽¹²⁾. W szczególności w art. 1 ust. 1 i art. 3 ust. 1 i 2 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych jasno wskazano, że każda osoba, która poniosła szkodę wynikającą z naruszenia art. 101 lub 102, musi być w stanie skutecznie skorzystać z prawa do pełnego odszkodowania ⁽¹³⁾. Po drugie, przepisy dotyczące przerwania nadmiernych obciążeń określone w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych opierają się na zasadzie wyrównania szkody, która stanowi podstawę całej dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych, i należy je rozumieć jako wymagające, aby osobę, której przysługuje prawo do żądania naprawienia poniesionej szkody, przywrócono do stanu, w którym osoba ta znajdowałaby się, gdyby nie doszło do naruszenia.

⁽⁹⁾ Zob. art. 2 pkt 20 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽¹⁰⁾ Zob. art. 2 pkt 2, 23 i 24 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽¹¹⁾ Zgodnie z art. 2 pkt 24 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych „nabywca »pośredni« oznacza osobę fizyczną lub prawną, która nabyła, nie bezpośrednio od sprawcy naruszenia, lecz od nabywcy bezpośredniego lub nabywcy kolejnego, produkty lub usługi objęte naruszeniem prawa konkurencji lub produkty lub usługi będące pochodnymi takich produktów lub usług, lub zawierające takie produkty lub usługi”.

⁽¹²⁾ Wyrok TSUE z dnia 14 marca 2019 r., Skanska, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, pkt 26, i wyrok TSUE z dnia 28 marca 2019 r., Cogeco, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, pkt 40 – w obydwu wyrokach odniesiono się do wyroku TSUE z dnia 5 czerwca 2014 r., Kone, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, pkt 22 oraz orzecznictwa w nim przytoczonego, zwłaszcza wyroku TSUE z dnia 13 lipca 2006 r., Manfredi, C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, pkt 61, i wyroku TSUE z dnia 6 listopada 2012 r., Otis i in., C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, pkt 43.

⁽¹³⁾ W braku właściwych uregulowań w Unii w tej dziedzinie, do wewnętrznego porządku prawnego każdego państwa członkowskiego należy ustalenie zasad wykonywania prawa do żądania odszkodowania z tytułu szkody wynikającej z porozumienia lub praktyki zakazanej przez art. 101 TFUE, w tym zasad dotyczących stosowania pojęcia „związku przyczynowego”, przy czym przestrzegane muszą być zasady równoważności i skuteczności (wyrok z dnia 5 czerwca 2014 r., C-557/12 (Kone) ECLI:EU:C:2014:1317, pkt 24; wyrok z dnia 13 lipca 2006 r., C-295/04 (Manfredi), EU:C:2006:461, pkt 64).

- 13) W kontekście przerzucania nadmiernych obciążeń w art. 12 ust. 1 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych określono, że „każdy” oznacza także nabywców bezpośrednich i pośrednich. W związku z tym, w przykładzie opisanym w ramce 1 powyżej producent wiązek przewodów B jako nabywca bezpośredni oraz producent samochodów C jako nabywca pośredni mogą dochodzić odszkodowania od producenta miedzi A jako sprawcy naruszenia. Inni nabywcy pośredni znajdujący się na dalszym etapie łańcucha dostaw również mają prawo do uzyskania odszkodowania od sprawcy naruszenia. Jak wspomniano powyżej w pkt 11, w przykładzie przedstawionym w ramce 1 powyżej byłoby to niezależny sprzedawca detaliczny samochodów D oraz konsumenci końcowi.
- 14) Należy zauważyć, że elementy zasady wyrównania szkody, tj. prawo każdej osoby do dochodzenia pełnego odszkodowania z tytułu szkody związanej przyczynowo z naruszeniem unijnego prawa konkurencji, mają zastosowanie również do dostawców bezpośrednich i pośrednich sprawcy naruszenia. W dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych odniesiono się do sytuacji kartelu nabywców jako przykładu, w którym szkoda mogłaby wynikać z niższej ceny płaconej przez sprawców naruszenia ich dostawcom⁽¹⁴⁾.
- 15) Pełne odszkodowanie obejmuje odszkodowanie z tytułu straty rzeczystwej (*damnum emergens*) i utraconych korzyści (*lucrum cessans*) oraz wypłatę odsetek⁽¹⁵⁾. Ogólnie strata rzeczystwa odnosi się do zmniejszenia aktywów danej osoby, a utracone korzyści odnoszą się do wzrostu tych aktywów, który to wzrost miałby miejsce, jeżeli nie doszłoby do szkodliwego działania⁽¹⁶⁾. W kontekście przerzucania rozróżnienie to odgrywa szczególną rolę w odniesieniu do charakterystycznych efektów ekonomicznych i ich klasyfikacji prawnej. Poniżej określono ogólną zasadę.
- Efekt cenowy związany jest z nadmiernym obciążeniem jako wzrostem ceny, którą nabywca bezpośredni lub pośredni musiał zapłacić za produkt lub usługi ze względu na naruszenie unijnego prawa konkurencji⁽¹⁷⁾. Obejmuje on parasol cenowy⁽¹⁸⁾. Efekt cenowy może być odzwierciedlony w roszczeniu o odszkodowanie z tytułu straty rzeczystwej nabywcy bezpośredniego lub pośredniego. Jest on częścią szkody, którą w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych określa się mianem szkody w postaci nadmiernego obciążenia⁽¹⁹⁾. Nabywca bezpośredni lub pośredni może jednak być w stanie częściowo albo w pełni przerzucić nadmierne obciążenie na dalsze etapy łańcucha dostaw. W związku z tym przy szacowaniu częściowego lub pełnego przerzucenia nadmiernego obciążenia w powództwie o odszkodowanie sądy krajowe będą musiały określić szkodę z tytułu nadmiernego obciążenia, która pozostaje na danym poziomie łańcucha dostaw. W zależności od systemu prawnego sąd krajowy może uznać takie przerzucenie za ograniczenie straty rzeczystwej lub odnieść się do innych przepisów lub zasad, takich jak *compensatio lucri cum damno*⁽²⁰⁾.
 - Spadek wielkości sprzedaży można opisać w ogólniejszym ujęciu jako szkodę powstałą w wyniku zakupu mniejszej liczby produktów lub usług w wyniku nadmiernego obciążenia⁽²¹⁾. Niniejsze wytyczne koncentrują się jednak na spadku wielkości sprzedaży rozumianym jako utrata zysków z powodu zmniejszonej sprzedaży wynikającej z przerzucenia. Jak wskazano w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych, może ona zostać odzyskana jako utracone korzyści⁽²²⁾.

⁽¹⁴⁾ Zob. motyw 43 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych. W sytuacji kartelu nabywców niższą cenę płaconą przez sprawców naruszenia można określić jako „zbyt niskie obciążenie”, przy czym mogą również wystąpić powiązane spadki wielkości sprzedaży na wyższym szczeblu. Należy jednak zauważyć, że dostawcy mogą odczuć negatywny wpływ również w sytuacji kartelu sprzedawców. Może tak być w przypadku, gdy dostarczają oni mniej towarów sprawcom naruszenia ze względu na spadek wielkości sprzedaży, tj. utracone korzyści wynikające z ograniczenia popytu na poziomie bezpośredniego lub nawet pośredniego nabywcy w łańcuchu dostaw. Zmniejszenie popytu w odniesieniu do środka produkcji będącego przedmiotem kartelu może również spowodować zmniejszenie popytu na inne środki produkcji. Dostawcy takich innych środków produkcji mogą również wnieść o odszkodowanie, pod warunkiem że mogą wykazać związek przyczynowy między poniesioną szkodą a naruszeniem unijnego prawa konkurencji.

⁽¹⁵⁾ Zob. art. 3 ust. 2 zdanie drugie dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽¹⁶⁾ Opinia rzecznika generalnego Capodotorti wydana w dniu 12 września 1979 r. w sprawie 238/78 (Ireks-Arkady przeciwko Radzie i Komisji), ECLI:EU:C:1979:203, pkt 9.

⁽¹⁷⁾ Motyw 39 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽¹⁸⁾ Parasol cenowy odnosi się do sytuacji, w której „przedsiębiorstwa, które same nie uczestniczą w kartelu (tak zwane podmioty trzecie), korzystając z machinacji tego kartelu, niejako »pod parasolem kartelu«, ustalają ceny wyższe – świadomie lub nieświadomie – niż byłoby to możliwe w przeciwnym wypadku w warunkach konkurencji”, Opinia rzecznika generalnej Kokott przedstawiona w dniu 30 stycznia 2014 r. w sprawie C-557/12, Kone, ECLI:EU:C:2014:45, pkt 2.

⁽¹⁹⁾ Art. 12 ust. 2 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽²⁰⁾ Innymi słowy, niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla możliwości rozpatrywania przerzucenia obciążeń zgodnie z prawem krajowym, pod warunkiem że takie prawo jest zgodne z zasadą równowagi i skuteczności, zob. pkt 6 powyżej. W przypadku gdy odnoszą się one do przerzucenia obciążeń jako zmniejszenia straty rzeczystwej, obejmuje to rozważenie zjawiska przerzucenia obciążeń poprzez odniesienie do innych przepisów lub zasad, takich jak *compensatio lucri cum damno*.

⁽²¹⁾ Praktyczny przewodnik, pkt 128.

⁽²²⁾ Zob. art. 12 ust. 3 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

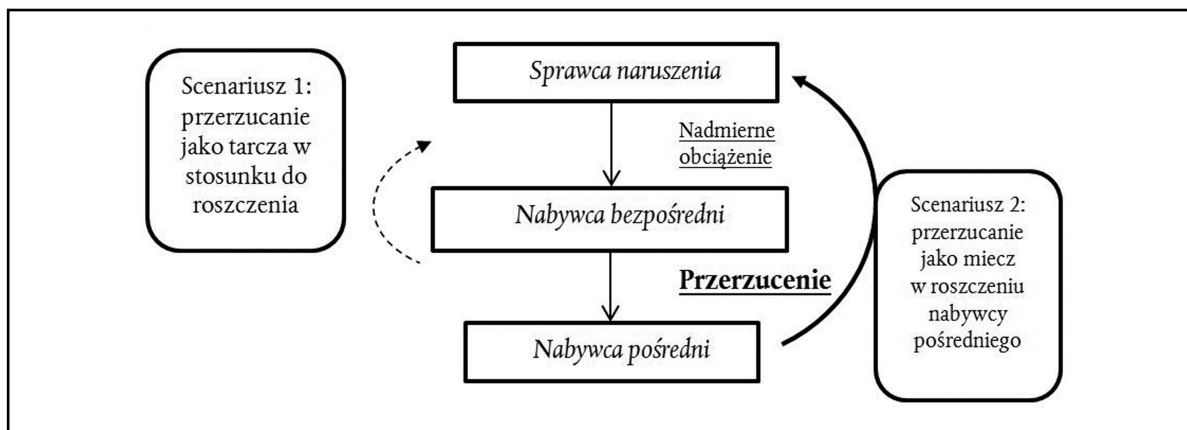
- 16) Chociaż na podstawie dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych można rozróżnić stratę rzeczywistą z powodu nadmiernego obciążenia, z jednej strony, i utracone korzyści z powodu obniżonej sprzedaży, z drugiej strony, istnieje nieodłączny związek między bazowym efektem cenowym a spadkiem wielkości sprzedaży⁽²³⁾. Jeżeli zatem stwierdzi się przerzucanie, należy uwzględnić oba efekty i ich wzajemne oddziaływanie. Służące temu metody ekonomiczne podano poniżej.

2.2. Scenariusze, w których sądy krajowe mogą napotkać kwestie związane z przerzucaniem

- 17) W powództwach o odszkodowanie opartych na naruszeniach unijnego prawa konkurencji sądy krajowe zazwyczaj zajmują się kwestią przerzucania nadmiernych obciążeń w dwóch scenariuszach.
- 18) Po pierwsze, sprawca naruszenia może podnieść przeciwko roszczeniom odszkodowawczym argument przerzucania nadmiernych obciążeń, tj. twierdzić, że nabywca bezpośredni lub pośredni w całości lub częściowo przerzucił nadmierne obciążenie na własnych nabywców⁽²⁴⁾. Sytuację tę, w której przerzucanie można opisać jako tarczę, zilustrowano w ramce 2 poniżej poprzez odniesienie do roszczenia nabywcy bezpośredniego. Należy zauważyć, że argument przerzucania może zostać podniesiony również w odniesieniu do roszczeń nabywców pośrednich na dalszych etapach łańcucha dostaw.
- 19) Po drugie, nabywcy pośredni mogą opierać swoje powództwa o odszkodowanie na argumente, że nabywcy bezpośredni sprawców naruszeń przerzucili na nich (część) nadmiernego obciążenia i że w związku z tym ponieśli oni szkodę. Przy takim scenariuszu przerzucanie można opisać jako miecz. Scenariusz ten zilustrowano również w ramce 2 poniżej.

Ramka 2

Dwa typowe scenariusze przerzucania



- 20) W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w art. 17 ust. 2 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych wprowadzono ogólne domniemanie, że naruszenia kartelowe wyrządzają szkodę. Ponadto art. 13 i 14 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych zawierają przepisy szczególne dotyczące ciężaru dowodu w kontekście przerzucania.
- 21) W pierwszym scenariuszu, tj. jeśli przerzucanie nadmiernych obciążeń wykorzystuje się jako argument przeciwko powództwu opartemu na naruszeniu unijnego prawa konkurencji, pozwany musi udowodnić, że powód dokonał przerzucenia nadmiernego obciążenia⁽²⁵⁾. Ten ciężar dowodu związany jest z istnieniem i zakresem przerzucenia nadmiernego obciążenia. Jeżeli argument dotyczący przerzucania zostanie w pełni lub częściowo uznany, art. 12 ust. 3 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych wymaga aby, zgodnie z krajowym prawem procesowym oraz uwzględniając zasadę skuteczności i równoważności, powód nadal mógł ubiegać się o odszkodowanie z tytułu utraconych korzyści⁽²⁶⁾. W takim przypadku ciężar udowodnienia spadku wielkości sprzedaży związanego z takim przerzucaniem spoczywa na powodzie.

⁽²³⁾ Intuicyjny związek między efektem cenowym a spadkiem wielkości sprzedaży wyjaśniono bardziej szczegółowo w załączniku 1.

⁽²⁴⁾ Zob. motyw 39 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽²⁵⁾ Zob. art. 13 zdanie drugie dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽²⁶⁾ Art. 12 ust. 3 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych stanowi, że przepisy dotyczące przerzucania pozostają bez uszczerbku dla prawa poszkodowanego do dochodzenia i uzyskania odszkodowania za korzyści utracone w wyniku pełnego lub częściowego przerzucenia nadmiernych obciążeń.

- 22) Dyrektywa w sprawie roszczeń odszkodowawczych obejmuje również przepisy mające zastosowanie w przypadku drugiego scenariusza, tj. gdy nabywca pośredni twierdzi, że poniósł szkodę z powodu przerzucania nadmiernych obciążeń. W tym scenariuszu ciężar udowodnienia istnienia i zakresu takiego przerzucania spoczywa na nabywcy pośrednim, który dochodzi odszkodowania od sprawcy naruszenia.
- 23) Dyrektywa w sprawie roszczeń odszkodowawczych odnosi się jednak w szczególności do przeszkód, jakie nabywcy pośredni napotykają, gdy ubiegają się o odszkodowanie za szkody wynikające z przerzucenia nadmiernego obciążenia⁽²⁷⁾. Po pierwsze, art. 14 ust. 1 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych i motyw 41 tej dyrektywy odnoszą się do faktu, że przerzucenie wzrostu cen na niższe poziomy łańcucha dostaw może stanowić praktykę handlową. W przypadku stwierdzenia takiej praktyki handlowej sądy krajowe mogą opierać się na dowodzie *prima facie* potwierdzającym przerzucenie. Na podstawie tego odniesienia w art. 14 ust. 2 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych przewidziano domniemanie wzruszalne, zgodnie z którym uznaje się, że powód (tj. nabywca pośredni) udowodnił, że miało miejsce przerzucenie z nabywcy bezpośredniego na nabywcę pośredniego, pod warunkiem że powód może wykazać spełnienie następujących przesłanek:
- a) pozwany dopuścił się naruszenia unijnego prawa konkurencji⁽²⁸⁾;
 - b) skutkiem naruszenia unijnego prawa konkurencji było nadmierne obciążenie bezpośredniego nabywcy pozwanego; oraz
 - c) nabywca pośredni nabył produkty lub usługi objęte naruszeniem unijnego prawa konkurencji lub nabył produkty lub usługi będące pochodnymi produktów lub usług objętych naruszeniem, lub je zawierające.
- 24) Założenie to nie ma zastosowania, jeżeli sprawca naruszenia może w wiarygodny sposób wykazać przed sądem, że nadmierne obciążenie nie zostało lub nie zostało w całości przerzucone na nabywcę pośredniego⁽²⁹⁾.
- 25) W wyniku (i) zasady wyrównania szkody; (ii) praktyki przerzucania nadmiernych obciążeń; oraz (iii) wyżej wymienionych domniemań istnieje możliwość wystąpienia równoległych roszczeń od nabywców znajdujących się na różnych poziomach łańcucha dostaw. W takich sytuacjach sądy krajowe będą dążyły do uniknięcia zarówno nadmiernego, jak i zbyt niskiego odszkodowania⁽³⁰⁾. Można to osiągnąć m.in. poprzez należyte uwzględnienie (w miarę możliwości) wszystkich powództw o odszkodowanie, które są związane z tym samym naruszeniem unijnego prawa konkurencji, orzeczeń wydanych w związku z takimi powództwami o odszkodowanie i odpowiednich informacji będących własnością publiczną w wyniku publicznego egzekwowania unijnego prawa konkurencji w przedmiotowej sprawie⁽³¹⁾. W interesie stron postępowania z powództwa o odszkodowanie leży zwrócenie uwagi sądowi krajowemu na takie powództwa, orzeczenia lub informacje oraz wyjaśnienie ich istotności w przedmiotowej sprawie.
- 26) Ponadto jeżeli powiązane sprawy zawiśły w sądach różnych państw członkowskich, sądy krajowe mogą zastosować art. 30 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012⁽³²⁾, do którego odnosi się dyrektywa w sprawie roszczeń odszkodowawczych⁽³³⁾. Artykuł ten stanowi, że sądy krajowe inne niż ten, przed którym pierwotnie wytoczono powództwo, mogą zawiesić postępowanie lub w pewnych okolicznościach stwierdzić brak swej jurysdykcji. Sąd państwa członkowskiego może również stosować krajowe przepisy dotyczące zawieszenia, jeżeli istnieją one w prawie krajowym.

⁽²⁷⁾ Motyw 41 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽²⁸⁾ Nabywca pośredni może wykazać spełnienie pierwszej przesłanki w szczególności poprzez odniesienie do wiążących skutków, jakie wywiera decyzja Komisji lub krajowego organu ds. konkurencji. Jeżeli chodzi o decyzje Komisji, art. 16 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1) stanowi, że gdy sądy krajowe orzekają w sprawie porozumień, decyzji lub praktyk na podstawie art. 101 TFUE, które są już przedmiotem decyzji Komisji, nie mogą wydać decyzji pozostających w sprzeczności z decyzją przyjętą przez Komisję. Jeżeli chodzi o ostateczne rozstrzygnięcia stwierdzające naruszenie wydane przez krajowe organy ochrony konkurencji, nabywcy mogą odwołać się do przepisów art. 9 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych. W artykule tym wprowadzono rozróżnienie w zależności od tego, który krajowy organ ochrony konkurencji wydał odpowiednie rozstrzygnięcie stwierdzające naruszenie. Zgodnie z art. 9 ust. 1 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych uznaje się, że ostateczne rozstrzygnięcie krajowego organu ochrony konkurencji państwa członkowskiego dowodzi w sposób niezbity naruszenia prawa konkurencji przed sądami tego konkretnego państwa członkowskiego, natomiast art. 9 ust. 2 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych stanowi, że sądy krajowe są zobowiązane do uwzględnienia ostatecznego rozstrzygnięcia innego krajowego organu ochrony konkurencji państwa członkowskiego co najmniej jako dowodu *prima facie* stwierdzającego istnienie naruszenia.

⁽²⁹⁾ Zob. art. 14 ust. 2 zdanie ostatnie dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽³⁰⁾ Zob. art. 12 ust. 1 i 2 oraz art. 15 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽³¹⁾ Zob. art. 15 ust. 1 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽³²⁾ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.U. L 351 z 20.12.2012, s. 1).

⁽³³⁾ Zob. motyw 44 i art. 15 ust. 2 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

- 27) W celu zachowania spójności między orzeczeniami wydawanymi w powiązanych postępowaniach sądy krajowe powinny również przeprowadzić odpowiednie analizy i zezwolić na korzystanie z odpowiednich środków procesowych, którymi dysponują na podstawie prawa krajowego. Na przykład dyrektywa w sprawie roszczeń odszkodowawczych odnosi się do połączenia roszczeń⁽³⁴⁾. Odnosi się również do możliwości nabycia przez osobę roszczenia innej osoby⁽³⁵⁾. Celem takiego nabycia może być wytoczenie wspólnego powództwa, które może się przyczynić do zapewnienia spójności pomiędzy powództwami o odszkodowanie związanymi z tym samym naruszeniem prawa konkurencji⁽³⁶⁾.
- 28) W zależności od krajowego systemu prawnego można stosować inne instrumenty, takie jak mechanizmy dochodzenia roszczeń zbiorowych, zawiadomienia lub interwencje osób trzecich oraz przepisy dotyczące zawieszenia. Na przykład nabywca bezpośredni może interweniować w postępowaniu z powództwa o odszkodowanie wytoczonego przez nabywcę pośredniego przeciwko sprawcy naruszenia. W takim przypadku zarówno nabywca bezpośredni (interwenient), jak i sprawca naruszenia (pozwany) mogą twierdzić, że nadmierne obciążenie nie zostało lub nie zostało w całości przerzucone na nabywcę pośredniego (powoda).
- 29) Dostępność takich środków procesowych może również mieć znaczenie w przypadku, gdy sąd krajowy orzeka w sprawie proporcjonalności wniosku o ujawnienie dowodów. Na przykład połączenie kilku mniejszych roszczeń może zwiększyć całkowitą wartość roszczeń zawisłych przed sądem w takim stopniu, że sąd ten uzna ilość danych wymaganych do przeprowadzenia droższej analizy biegłego za proporcjonalną.

2.3. Uprawnienia sądu do oszacowania przerzucenia

- 30) W art. 12 ust. 5 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych wyraźnie wymaga się od państw członkowskich, by zapewniły sądom krajowym uprawnienia do oszacowania zgodnie z procedurami krajowymi części nadmiernego obciążenia, którą przerzucono. Takie uprawnienia muszą obejmować wszystkie efekty przerzucania, tj. efekt cenowy i spadek wielkości sprzedaży. Wynika to również z art. 17 ust. 1 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych, który ma bardziej ogólne zastosowanie do ustalania wysokości szkody.
- 31) Kiedy sądy krajowe korzystają z tego uprawnienia do oszacowania, muszą wziąć pod uwagę przepisy i zasady określone w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych oraz stanowiące jego podstawę orzecznictwo TSUE. Oznacza to, że nawet gdy sądy szacują szkodę przyczynowo związaną z naruszeniem art. 101 lub 102 TFUE, muszą się kierować zasadą pełnego odszkodowania. Innymi słowy, celem odpowiedniego przyznania odszkodowania musi być jednak przywrócenie poszkodowanego do stanu, w jakim by się znajdował, gdyby nie doszło do naruszenia (zob. pkt 12 powyżej). W tym celu sądy krajowe muszą również odpowiednio stosować instrumenty procesowe. W szczególności muszą stosować odpowiednie przepisy dotyczące ciężaru i standardu dowodu, aby nie podważać pełnej skuteczności art. 101 TFUE.
- 32) Na przykład TSUE utrzymywał w sprawie dotyczącej Kone, że ofiary parasola cenowego mogą uzyskać naprawienie szkody spowodowanej naruszeniem unijnego prawa konkurencji, i stwierdził, że pełna skuteczność art. 101 TFUE zostałaby podważona, gdyby w prawie krajowym w sposób kategoriyczny i niezależnie od okoliczności szczególnych danej sprawy wykluczono prawo takich osób do żądania naprawienia poniesionej szkody. Ponadto sprawa Kone podkreśla, że w sprawach z powództwa o odszkodowanie z tytułu naruszenia unijnego prawa konkurencji mogą się pojawić faktyczne i prawne kwestie dotyczące związku przyczynowego. Takie kwestie pojawiają się również w kontekście przerzucania⁽³⁷⁾.
- 33) Sądy krajowe muszą przestrzegać wyżej wymienionych zasad równoważności i skuteczności również w przypadku, gdy szacują zgodnie z procedurami krajowymi wysokość szkody i część nadmiernego obciążenia, która została przerzucona, jak przewidziano w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych. Jeżeli chodzi o uprawnienie do oszacowania, oznacza to, że sądy krajowe nie mogą odrzucić uwag dotyczących przerzucania tylko ze względu na fakt, iż dana strona nie jest w stanie precyzyjnie określić ilościowo efektów przerzucania.

⁽³⁴⁾ Motyw 44 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽³⁵⁾ Zob. koniec art. 2 pkt 4 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽³⁶⁾ Zob. DOKUMENT ROBOCZY SŁUŻB KOMISJI towarzyszący BIAŁEJ KSIĘDZE w sprawie roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji, COM(2008) 165 final, pkt 223–224.

⁽³⁷⁾ Potencjalny konflikt między gospodarczym a prawnym związkiem przyczynowym w kontekście przerzucania można odnotować w wyrokach sądów krajowych ograniczających wykorzystywanie przerzucania jako tarczy poprzez odniesienie do prawa krajowego, w szczególności w Zjednoczonym Królestwie (zob. Trybunał Apelacyjny ds. Konkurencji, wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., [2016] CAT 23 (Sainsbury's Supermarkets Ltd przeciwko MasterCard Inc), zwłaszcza pkt 484; oraz Sąd Apelacyjny, wyrok z dnia 4 lipca 2018 r. [2018] EWCA 1536 (Civ) (Sainsbury's Supermarkets Ltd przeciwko Mastercard Inc), w szczególności pkt 332 i 340), a także w Niderlandach (Hoge Raad (Sąd Najwyższy w Niderlandach), wyrok z dnia 8 lipca 2016 r., sprawa 15/00167 (TenneT przeciwko ABB), pkt 4.4.1–4.4.5).

- 34) Ponadto uprawnienie do oszacowania, jak określono w art. 12 ust. 5 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych oraz w art. 17 ust. 1 tej dyrektywy, wymaga po pierwsze, by sądy krajowe opierały swoją ocenę na racjonalnie dostępnych im informacjach, a po drugie, by dążyły do uzyskania przybliżonej kwoty lub części przeliczenia, która jest wiarygodna. Wynika to z dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych, w której podkreśla się istnienie asymetrii informacji oraz przyznaje się, że trudno jest ustalić wysokość szkody z dużą dokładnością⁽³⁸⁾. Wykonywanie oszacowań podlega prawu krajowemu. Wiele państw członkowskich wprowadziło już przepisy ustanawiające uprawnienia, które odpowiadają uprawnieniu do oszacowania przewidzianemu w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych⁽³⁹⁾.
- 35) W praktyce sądy krajowe często będą musiały polegać na założeniach, np. w odniesieniu do hipotetycznych cen, wielkości sprzedaży lub zysku. Mogą one mieć znaczącą swobodę uznania zarówno w zakresie danych liczbowych, jak i danych statystycznych, które należy wybrać, a przede wszystkim w zakresie sposobu ich wykorzystania do obliczenia i oszacowania szkody⁽⁴⁰⁾. Ponadto założenia mają zazwyczaj istotne znaczenie przy tworzeniu scenariusza alternatywnego w celu ustalenia wysokości przeliczenia i określenia spadków wielkości sprzedaży, jak opisano w sekcji 4 poniżej. Ze względu na to istotne znaczenie wskazane może być zwrócenie się o to, by w każdego rodzaju wniosku składanym do sądu dokładnie określano założenia i precyzowano wrażliwość przewidywań na zmiany założeń – zgodnie z wymogami Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji Komisji określonymi w „Najlepszych praktykach w zakresie przedkładania dowodów o charakterze gospodarczym i gromadzenia danych w sprawach dotyczących stosowania postanowień art. 101 i 102 TFUE oraz w sprawach dotyczących połączeń” („najlepsze praktyki”)⁽⁴¹⁾.

2.4. Rola dowodów

- 36) Ocena prawna przeliczenia wymaga zazwyczaj złożonej analizy rzeczowej i ekonomicznej. Chociaż gromadzenie niezbędnych dowodów ogólnie stanowi ważny element każdego powództwa o odszkodowanie z tytułu szkód wynikających z naruszenia art. 101 lub 102 TFUE, rola dowodów dotyczących przeliczenia różni się w zależności od dwóch wyżej wymienionych scenariuszy oraz zakresu, w jakim ma zastosowanie dane domniemanie⁽⁴²⁾. W każdym przypadku fakty, które są rzeczywiście istotne i dostępne, mogą decydować o przeprowadzeniu dowodu oraz o ostatecznej ocenie przeliczenia.
- 37) To, jaki rodzaj dowodów będzie niezbędny, by wykazać nadmierne obciążenie i ustalić jego wysokość, będzie zależało od tego, która z metod ekonomicznych opisanych w sekcjach 5 i 6 poniżej zostanie zastosowana. Dowody można podzielić na różne kategorie, ale zazwyczaj dzieli się je na dowody jakościowe i ilościowe. W samej dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych stwierdzono jasno, że „dowody” oznaczają środki dowodowe wszelkiego rodzaju dopuszczalne przed sądem krajowym⁽⁴³⁾. Mogą one obejmować, co następuje:
- dowody jakościowe umożliwiające zrozumienie zachowania biznesowego przedsiębiorstwa lub jego strategii ustalania cen, obejmujące np. (i) umowy; (ii) dokumenty wewnętrzne; (iii) sprawozdania finansowe i rachunkowe; (iv) oświadczenia świadków; (v) opinie biegłych; oraz (vi) sprawozdania sektorowe i badania rynku lub
 - dowody ilościowe związane w szczególności z danymi wykorzystywanymi w ramach technik ekonometrycznych⁽⁴⁴⁾, np. (i) ceny sprzedaży, ceny detaliczne i ceny dla konsumentów końcowych danego produktu lub usługi oraz porównywalnych produktów lub usług; (ii) sprawozdania finansowe; (iii) opinie biegłych; (iv) ceny regulowane; (v) wielkość sprzedaży; (vi) rabaty oraz (vii) inne koszty czynników produkcji i elementy kosztów.

⁽³⁸⁾ Zob. motyw 46 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych. Aby rozwiązać takie problemy, w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych zawarto m.in. przepisy dotyczące ujawniania (zob. pkt 40 i nast. poniżej), możliwość ubiegania się o pomoc ze strony krajowych organów ochrony konkurencji zgodnie z art. 17 ust. 3 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych oraz obowiązek uwzględniania innych postępowań związanych z tym samym naruszeniem (zob. pkt 25 powyżej).

⁽³⁹⁾ Na przykład sądy krajowe Zjednoczonego Królestwa ustalają wysokości szkody „by the exercise of a sound imagination and the practice of the broad axe” (poprzez wykorzystanie racjonalnej wyobraźni i topora) (zgodnie z zasadą ustanowioną w sprawie *Watson Laidlaw & Co Ltd przeciwko Pott Cassels & Williamson* [1914] S.C. (H.L.) 18, pkt 29–30, a następnie stosowaną również w kontekście powództw o odszkodowanie z tytułu naruszeń prawa konkurencji, zob. np. Sąd Apelacyjny, wyrok z dnia 14 października 2008 r., [2008] EWCA Civ 1086 (*Devenish Nutrition Ltd przeciwko Sanofi-Aventis SA*), pkt 110), zaś w Niderlandach sąd krajowy przyznający odszkodowania ustala wysokość szkody w zakresie, w jakim jest to możliwe [zob. art. 612 kodeksu postępowania cywilnego (nid. *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*)], i szacuje ją w taki sposób, jaki najlepiej odpowiada charakterowi szkody [zob. art. 6:97 kodeksu cywilnego (nid. *Burgerlijk Wetboek*)].

⁽⁴⁰⁾ Praktyczny przewodnik, pkt 16 i przypis 15 zawierający odniesienie do wyroku TSUE z dnia 27 stycznia 2000 r., *Mulder i in. przeciwko Radzie i Komisji*, sprawy połączone C-104/89 i C-37/90, ECLI:EU:C:2000:38, pkt 79. Ogólne podejście do ustalania wysokości szkód w sprawach dotyczących konkurencji określono również w pkt 11–20 praktycznego przewodnika.

⁽⁴¹⁾ Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf

⁽⁴²⁾ Zob. pkt 17 i nast. powyżej.

⁽⁴³⁾ Zob. art. 2 pkt 13 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych, w którym jednoznacznie wyjaśniono, że „dowody” obejmują dokumenty i wszelkie inne przedmioty zawierające informacje – bez względu na rodzaj nośnika, na którym informacje te są przechowywane.

⁽⁴⁴⁾ Techniki ekonometryczne wyjaśniono w sekcji 5 poniżej oraz w załączniku 2.

Jak można wywnioskować z niewyczerpujących wykazów znajdujących się bezpośrednio powyżej, niektóre rodzaje dowodów mogą kwalifikować się zarówno jako dowody jakościowe, jak i ilościowe, np. sprawozdania finansowe i opinie biegłych.

- 38) Jak wyjaśniono w ogólniejszym zakresie w praktycznym przewodniku, co do zasady szczególne okoliczności danej sprawy oraz przedstawione dowody stanowią punkt wyjścia do ustalenia, czy naruszenie faktycznie wyrządziło szkodę powodowi, oraz do ustalenia wysokości tej szkody w przypadku jej wystąpienia⁽⁴⁵⁾. Istotne dowody mogą obejmować dowody bezpośrednie, które, przynajmniej w kontekście przerzucania, można rozumieć jako obejmujące dokumenty sporządzone przez nabywcę bezpośredniego lub pośredniego, jak również zeznania świadków dotyczące tego, czy nastąpiło przerzucenie nadmiernego obciążenia. Dostępność tego rodzaju dowodów może odegrać ważną rolę w sytuacji, gdy sąd podejmuje decyzję, czy strona może zastosować którąkolwiek metodę opisaną poniżej, a jeżeli tak, to którą z tych metod powinna zastosować, aby spełnić wymagany standard dowodu zgodnie z prawem właściwym.
- 39) Ponadto jeśli chodzi o ocenę przerzucania, sądy krajowe często mają do czynienia z opiniami biegłych ekonomistów. W zależności od środków dostępnych na mocy prawa krajowego opinie te mogą przedkładać biegli powołani przez stronę, biegły powołany przez sam sąd do celów pomocy lub biegli powołani zarówno przez stronę, jak i przez sąd. W miarę możliwości sąd krajowy może udzielić wskazówek każdemu z tych biegłych ekonomistów potencjalnie na wczesnym etapie postępowania, gdy strony zwrócą się o ujawnienie dowodów, oraz zadać konkretniejsze pytania w odniesieniu do metody kwantyfikacji, którą należy zastosować, oraz potrzebnych danych. Takie wskazówki i pytania mogą mieć znaczenie do celów prowadzenia sprawy, ale również do celów oceny merytorycznej. W szczególności, jak wspomniano powyżej, gdy sądy krajowe szacują skutki przerzucenia, mogą one rozważyć, czy opinia biegłego ekonomisty jest zgodna z najlepszymi praktykami, np. czy określono w niej starannie odpowiednie założenia i wrażliwość przewidywań na zmiany tych założeń. W tym samym duchu i po raz kolejny z zastrzeżeniem prawa krajowego sądy krajowe mogą zwrócić się do biegłych ekonomistów o przedstawienie alternatywnych wyjaśnień dotyczących ich ustaleń, zapewnienie możliwości powielania i umożliwienie stronom przedstawienia uwag.
- 40) Celem dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych jest zapewnienie skutecznego wykonywania praw i zasady równości stron poprzez ustanowienie przepisów dotyczących wniosków o ujawnienie dowodów. Takie zasady mają zastosowanie w przypadku obu scenariuszy przerzucania, o których mowa powyżej. Jeżeli chodzi o scenariusz, w którym przerzucanie wykorzystuje się jako argument, w art. 13 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych stwierdzono, że pozwany może zasadnie domagać się ujawnienia dowodów przez powoda lub osoby trzecie. W przypadku scenariusza, w którym nabywca pośredni dochodzi odszkodowania, art. 14 ust. 1 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych stanowi, że taki nabywca pośredni może zasadnie domagać się ujawnienia dowodów od pozwanego lub od osób trzecich.
- 41) Wspomniane przepisy dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych ograniczają ujawnianie dowodów w takim sensie, że strona, na której spoczywa ciężar udowodnienia istnienia oraz zakresu przerzucania, może jedynie zasadnie domagać się ujawnienia dowodów. Zgodnie z ogólnymi przepisami dotyczącymi ujawniania określonymi w art. 5 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych sąd krajowy może wymagać, by strona składająca wniosek przedstawiła w wiarygodny sposób, że szkoda w postaci nadmiernego obciążenia została przerzuczona przez nabywcę bezpośredniego na nabywcę pośredniego. Strona składająca wniosek musi również wykorzystać fakty, które są już jej racjonalnie dostępne. W kontekście przerzucania może to obejmować informacje zebrane w ramach działalności gospodarczej wraz z inną stroną lub informacje w rozsądnym zakresie dostępne od osób trzecich, takich jak dostawcy informacji o rynku.
- 42) W art. 5 ust. 3 zdanie pierwsze dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych ustanowiono ogólną zasadę proporcjonalności w tym sensie, że wymaga się, by sądy krajowe „ograniczyły ujawnianie dowodów, tak by było ono proporcjonalne”. Zasada ta jest istotna w przypadku zarządzania sprawami w powództwach o odszkodowanie z tytułu szkód wynikających z naruszenia art. 101 lub 102 TFUE. Jak stwierdzono powyżej, sędziowie stosują krajowe przepisy proceduralne i muszą zwracać szczególną uwagę na zasady skuteczności i równoważności. Sądy krajowe mogą jednak – w ramach tych przepisów prawnych – uwzględnić koszty i korzyści związane z zarządzaniem wnioskowanego ujawnienia. Oznacza to na przykład, że sądy krajowe mogą dojść do wniosku, iż już dowody przedstawione przez strony umożliwiają im oszacowanie części nadmiernego obciążenia, która została przerzuczona, bez konieczności gromadzenia dalszych danych.

⁽⁴⁵⁾ Zob. również pkt 13 i nast. praktycznego przewodnika.

- 43) Od strony przeciwnej lub od osób trzecich można domagać się dowodów za pośrednictwem sądu krajowego i pod jego ścisłą kontrolą. Wniosek musi dotyczyć konkretnych elementów lub kategorii dowodów⁽⁴⁶⁾. Jeżeli sąd krajowy uwzględni ogólne zasady proporcjonalności i ochrony prawnie uzasadnionych interesów, może nawet nakazać stronie, na której spoczywa ciężar udowodnienia skutków przerzucenia, ujawnienie dowodów zawierających informacje poufne. Informacje te mogą obejmować na przykład dokumenty lub dane dotyczące przychodów, cen lub marż. Przy nakazywaniu ujawnienia takich dowodów dla sądu krajowego kluczowe jest jednak dysponowanie obowiązującymi środkami ochrony informacji poufnych⁽⁴⁷⁾. Na przykład dyrektywa w sprawie roszczeń odszkodowawczych odnosi się do kilku środków, takich jak możliwość usuwania z dokumentów fragmentów szczególnie chronionych, przeprowadzania niejawnych rozpraw, ograniczania kręgu osób mających wgląd w dowody oraz zlecenia biegłym streszczenia informacji i przedstawiania ich w formie zbiorczej lub innej formie nieobjętej klauzulą poufności⁽⁴⁸⁾. Zgodnie z prawem krajowym sądy krajowe mogą również rozważyć wprowadzenie środków, o których mowa w najlepszych praktykach, takich jak procedura biura danych⁽⁴⁹⁾, oraz w art. 9 ust. 2 dyrektywy w sprawie tajemnic przedsiębiorstwa⁽⁵⁰⁾.
- 44) Ujawnienie dowodów zawartych w aktach organu ochrony konkurencji mogło potencjalnie być istotne dla ustalenia wysokości nadmiernego obciążenia, ale ogólnie jest mniej istotne w kontekście przerzucania (w szczególności dlatego, że przerzucanie nadmiernych obciążeń odnosi się do zachowania nabywców związanego z ustalaniem ceny, o którym akta organu ochrony konkurencji zazwyczaj nie zawierają żadnych informacji). Ponadto wersja ogólnodostępna rozstrzygnięcia stwierdzającego naruszenie może zawierać ogólniejsze informacje, które mogą być istotne, takie jak informacje na temat tego, które produkty lub usługi były przedmiotem zachowań antykonkurencyjnych. Jak stanowi art. 6 ust. 10 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych, ujawnienie dowodów organu ochrony konkurencji jest środkiem stosowanym jedynie w ostateczności.
- 45) Ponadto, jak wskazano w art. 15 ust. 1 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych, powództwa o odszkodowanie związane z tym samym naruszeniem unijnego prawa konkurencji oraz orzeczenia wydane w związku z nimi również mogą stanowić źródło informacji istotne dla ustalenia wysokości nadmiernego obciążenia.

3. TEORIA EKONOMII DOTYCZĄCA PRZERZUCANIA

3.1. Informacje ogólne

- 46) Do przerzucenia nadmiernych obciążeń i powiązanego efektu cenowego oraz spadku wielkości sprzedaży dochodzi ze względu na skłonność przedsiębiorstw do reagowania na wzrost kosztów poprzez podniesienie cen⁽⁵¹⁾. Początkowe nadmierne obciążenie można rozumieć jako wzrost kosztów czynników produkcji dla nabywcy bezpośredniego. Aby oszacować efekty przerzucania, sąd musiałby zazwyczaj rozważyć, w jaki sposób taki wzrost kosztów wpłynąłby na: 1) ceny określone przez nabywcę bezpośredniego na rynku niższego szczebla; oraz na 2) wartość sprzedaży utraconej przez nabywcę bezpośredniego.
- 47) Sądy krajowe szacują przerzucanie w oparciu o okoliczności konkretnego przypadku. Ogólne rozumienie teorii ekonomii dotyczącej przerzucania oraz powiązanych efektów może jednak być istotne dla sądu z kilku powodów. Po pierwsze, przewidywania z zakresu teorii ekonomii mogą stanowić jeden z kilku czynników istotnych dla oceny, czy w konkretnym przypadku spełniono wymagany standard dowodu. Przykładowo teoria ekonomii zapewnia sądom ramy, w których można ocenić dowody ilościowe i jakościowe⁽⁵²⁾. Po drugie, szczególnie w początkowym etapie procesu, teoria ekonomii może stanowić dla sędziów pomoc przy podejmowaniu decyzji w związku z ujawnieniem danych lub informacji poprzez ocenę ich istotności. Ponadto rozważania teoretyczne lub koncepcyjne mogą również stanowić podstawę dla rozpoznania wiarygodności i rzetelności różnych wyjaśnień ekonomicznych, na których opiera się wskazywany przez strony związek między nadmiernym obciążeniem a przerzucaniem.

⁽⁴⁶⁾ W motywie 16 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych wyjaśniono, że kategorię dowodów należy określić poprzez podanie wspólnych cech ich elementów konstytutywnych, takich jak charakter, przedmiot lub treść dokumentów, o których ujawnienie wnioskowano, czas, w jakim były sporządzane, lub inne kryteria.

⁽⁴⁷⁾ Zob. art. 5 ust. 4 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽⁴⁸⁾ Motyw 18 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

⁽⁴⁹⁾ Zob. najlepsze praktyki, pkt 45.

⁽⁵⁰⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (Dz.U. L 157 z 15.6.2016, s. 1).

⁽⁵¹⁾ Bardziej szczegółowe wyjaśnienia dotyczące tych skłonności przedstawiono w załączniku 1.

⁽⁵²⁾ Kwestię dowodów objaśniono w sekcji 4.1.

- 48) W dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych nie rozróżnia się szkód wynikających z: 1) wyższych cen (efektów cenowych) i przerzucania nadmiernych obciążeń, w tym spadku wielkości sprzedaży; oraz 2) innych skutków, które mogą wystąpić, takich jak spadek jakości produktów lub ograniczone innowacje (efekty pozacenowe). W niniejszych wytycznych skoncentrowano się na przerzucaniu wzrostu cen i na powiązanych z tym spadkach wielkości sprzedaży ⁽⁵³⁾.
- 49) Według teorii ekonomii istnienie i skala efektów przerzucania, tj. powiązanych efektu cenowego i spadku wielkości sprzedaży, jest determinowana przez szereg czynników ⁽⁵⁴⁾. Czynniki te wpływają jednocześnie na wynik scenariusza przerzucenia obciążeń, zatem należy uwzględnić ich współzależność.
- 50) Ponadto względne znaczenie każdego czynnika może jednak różnić się w zależności od przypadku. W związku z tym istotne może być, aby sędzia zrozumiał, które czynniki w danym przypadku mogą mieć wpływ na stopień przerzucenia. W tym celu – w zależności od prawa krajowego – sędzia może odwołać się do wyjaśnień biegłych ekonomistów powołanych przez strony lub do wyjaśnień biegłego ekonomisty powołanego przez sam sąd. Ponadto w praktyce przedsiębiorstwo nie zawsze może podejmować decyzje dotyczące ustalania cen, które są całkowicie zgodne z przewidywaniami opartymi na teorii ekonomii. Ważne jest zatem, aby ocenić ustalenia wynikające z teorii ekonomii również w świetle rzeczywistych dowodów dostępnych w danej sprawie. Takie dowody mogą mieć charakter zarówno jakościowy, jak i ilościowy – są to m.in. dokumenty wewnętrzne opisujące stopień przerzucenia i metody ilościowe opisane w sekcji 4 poniżej.
- 51) Jak szczegółowo opisano w załączniku 1, zgodnie z teorią ekonomii najważniejsze czynniki wpływające na istnienie i wielkość efektów przerzucania obejmują:
- (i) charakter kosztów czynników produkcji ⁽⁵⁵⁾ podlegających nadmiernemu obciążeniu (niezależnie od tego, czy są to koszty stałe, czy zmienne i czy naruszenie prowadzi do zwiększenia tych kosztów tylko dla jednego klienta, dla wszystkich klientów, czy też znacznej większości klientów na danym rynku);
 - (ii) charakter popytu na produkt, z jakim mają do czynienia klienci bezpośredni lub pośredni (w szczególności związek między popytem a poziomem cen);
 - (iii) siłę oraz intensywność konkurencji na rynkach, na których działają klienci bezpośredni lub pośredni; oraz
 - (iv) inne elementy, takie jak koszty korekty ceny, odsetek kosztów przedsiębiorstwa dotkniętych nadmiernym obciążeniem, siła nabywca, integracja pionowa klientów bezpośrednich i pośrednich, regulacja cen lub momenty podejmowania decyzji dotyczących cen na poszczególnych poziomach łańcucha dostaw.
- 52) Po pierwsze, charakter kosztów czynników produkcji, które podlegają nadmiernemu obciążeniu, wpływa na to, czy oraz w jakim stopniu takie nadmierne obciążenie można przetrzeć. Kiedy nadmierne obciążenie wpływa na koszty nabywcy bezpośredniego, które nie różnią się w zależności od wielkości nakładów (tj. koszty stałe), istnieje mniejsze prawdopodobieństwo, że nastąpi jego przetrzeć, ponieważ takie koszty zazwyczaj nie wpływają na ustalanie cen przez nabywcę bezpośredniego, a przynajmniej nie w krótkiej perspektywie czasowej. W dłuższej perspektywie koszty stałe mogą jednak wpływać również na analizę strategicznych decyzji przedsiębiorstwa, np. jeżeli chodzi o zdolność produkcyjną, co z kolei może wpłynąć (w krótkiej perspektywie) na mechanizm kształtowania cen. W takim przypadku może nastąpić przeniesienie również kosztów stałych. Jeśli natomiast nadmierne obciążenie wpływa na koszty nabywcy bezpośredniego, które różnią się w zależności od wielkości nakładów (tj. koszty zmienne), ogólnie istnieje większe prawdopodobieństwo, że zostanie ono przetrzeć, przynajmniej w pewnym stopniu. Dzieje się tak, ponieważ koszty krańcowe (podkategoria kosztów zmiennych, którą można określić jako przyrost kosztów poniesionych przy zakupie dodatkowego czynnika produkcji) ⁽⁵⁶⁾ zazwyczaj mają wpływ na decyzje nabywcy bezpośredniego dotyczące ustalania cen ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵³⁾ Nie można jednak wykluczyć, że metody i techniki opisane w niniejszych wytycznych można stosować w przypadku powództw o odszkodowanie dotyczących innych rodzajów szkód, tj. efektów pozacenowych.

⁽⁵⁴⁾ W tej sekcji wyjaśniono powody, dla których czynniki wymienione w pkt 51 mogą być istotne w określaniu istnienia i stopnia efektu cenowego związanego z przetrzeć oraz spadku wielkości sprzedaży związanego z przetrzeć. Bardziej szczegółowe wyjaśnienie wpływu każdego czynnika przedstawiono w załączniku 1 wraz z wyjaśnieniem mechanizmu kształtowania standardowych cen.

⁽⁵⁵⁾ Kwestię tę wyjaśniono bardziej szczegółowo w załączniku 1.

⁽⁵⁶⁾ Zob. pkt 159 poniżej.

⁽⁵⁷⁾ Zob. również Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. C 31 z 5.2.2004, s. 5, pkt 80). Możliwe jest jednak, że w niektórych przypadkach przedsiębiorstwo przy określaniu swoich cen uwzględni również koszty stałe. W takim przypadku strona popierająca takie podejście powinna to wykazać, przykładowo stosując metody szacowania, które wyjaśniono w sekcji 4.

- 53) Po drugie, popyt na produkt, z którym to popytem boryka się klient bezpośredni, wpływa na poziom przerzucenia. Mechanizm kształtowania standardowych cen opiera się na tym, że popyt, z jakim ma do czynienia przedsiębiorstwo (tj. ilości, które sprzedaje), spada, gdy przedsiębiorstwo podnosi cenę. Zakres, w jakim nabywca bezpośredni podnosi swoją cenę, kiedy ma do czynienia z nadmiernym obciążeniem, zależy od tego, czy taka zmiana ceny znacząco wpływa na popyt, czy też nie. Na przykład jeśli nabywca bezpośredni jest monopolistą i popyt, z którym ma do czynienia, jest równie wrażliwy na zmianę cen w przypadku wszystkich poziomów cenowych i nabywca bezpośredni mierzy się ze stałymi kosztami krańcowymi, według teorii ekonomii połowa nadmiernego obciążenia zostanie przerzuczona. Jeżeli popyt, z którym ma do czynienia monopolista, spada coraz bardziej (tj. w coraz szybszym tempie), w miarę jak rośnie cena, jest mniej prawdopodobne, że nastąpi przerzucenie nadmiernego obciążenia, niż w sytuacji, w której popyt, z którym taki monopolista ma do czynienia, spada coraz mniej (tj. w coraz wolniejszym tempie), w miarę jak rośnie cena, przy założeniu, że wszystkie inne czynniki są równe⁽⁵⁸⁾.
- 54) Po trzecie, charakter oraz intensywność wzajemnego oddziaływania konkurencyjnego między przedsiębiorstwami na rynku, na którym działają nabywcy bezpośredni, także wpływa na poziom przerzucania. Należy być świadomym faktu, że wpływ, jaki wzrost konkurencji może mieć na stopień przerzucania, zależy od tego, czy początkowe nadmierne obciążenie wpływa tylko na klienta bezpośredniego (tj. czy chodzi o nadmierne obciążenie dotyczące konkretnego przedsiębiorstwa), czy również na konkurencję klienta bezpośredniego (tj. czy jest to nadmierne obciążenie w całym sektorze). Jeżeli nadmierne obciążenie oddziałuje jedynie na jednego nabywcę bezpośredniego, który prowadzi ostrą rywalizację z innymi nabywcami bezpośrednimi, istnieje mniejsze prawdopodobieństwo, że przerzucanie będzie można porównać z sytuacją, w której tylko jeden poszkodowany nabywca bezpośredni ma do czynienia ze słabą konkurencją. Jeżeli jednak dochodzi do nadmiernego obciążenia w całym sektorze, wielu ostro konkurujących nabywców bezpośrednich będzie ogólnie opowiadać się za większym przerzucaniem tego nadmiernego obciążenia w porównaniu z sytuacją, w której istnieje słabsza konkurencja między tymi nabywcami bezpośrednimi⁽⁵⁹⁾.
- 55) W kilku orzeczeniach sądów krajowych podkreślono w przypadku powództw o odszkodowanie znaczenie rozważenia, w jaki sposób popyt reaguje na zmianę cen, intensywność konkurencji oraz czy nadmierne obciążenie miało wpływ na konkurencję nabywcy bezpośredniego⁽⁶⁰⁾.
- 56) Po czwarte, jak wspomniano w pkt 51 oraz w załączniku 1, w pewnych okolicznościach kluczową rolę w mechanizmie kształtowania cen nabywcy bezpośredniego, a tym samym w przerzucaniu przez nabywcę bezpośredniego nadmiernego obciążenia mogą odgrywać również inne elementy. Przykładowo jednym z elementów, który może być istotny w celu ustalenia wysokości przerzucania, jest to, czy czynnik produkcji objęty nadmiernym obciążeniem stanowi wysoki, czy też niski odsetek kosztów zmiennych nabywcy bezpośredniego. Nabywca bezpośredni może ponosić koszty przy zmianie cen, tak zwane „koszty korekty ceny”. Jeżeli nadmierne obciążenie stanowi jedynie niewielką część kosztów zmiennych, nabywca bezpośredni może uznać, że przerzucenie takiego nadmiernego obciążenia nie byłoby opłacalne, ze względu na koszty korekty ceny. Ponadto inne aspekty, które mogą również mieć wpływ na stopień przerzucenia, obejmują na przykład poziom siły nabywczej lub moment podejmowania decyzji dotyczących ustalania cen na poszczególnych poziomach łańcucha dostaw. Niektóre z tych czynników, o których mowa w pkt 51, były również rozważane przez sądy krajowe w sprawach związanych z przerzucaniem⁽⁶¹⁾.
- 57) Istnienie i zakres przerzucenia są związane ze spadkiem sprzedaży, który będzie ogólnie towarzyszył wszelkim wzrostom cen. Jak opisano powyżej, tę utratę sprzedaży można określić jako spadek wielkości sprzedaży, na skutek której nabywca może ubiegać się o odszkodowanie z tytułu utraconych korzyści. Do spadku wielkości sprzedaży dochodzi, ponieważ nabywca zazwyczaj ma do czynienia z krzywą popytu wykazującą tendencję spadkową. Jeżeli początkowe nadmierne obciążenie zostanie przerzucone w dół łańcucha dostaw, spadek wielkości sprzedaży będzie miał miejsce na wszystkich poziomach łańcucha pionowego. W związku z tym, w przypadku gdy roszenie obejmuje odszkodowanie za spadek wielkości sprzedaży, sądy również mogą mieć obowiązek oszacowania takiego efektu.

⁽⁵⁸⁾ Znaczenie krzywej popytu na produkty wyjaśniono dokładniej w przykładzie 3 w rozdziale 3.2 oraz w załączniku 1.

⁽⁵⁹⁾ Te przewidywania z zakresu teorii ekonomii zilustrowano i objaśniono bardziej szczegółowo w przykładzie 2 w rozdziale 3.2.

⁽⁶⁰⁾ Aby zapoznać się z przykładami wyroków dotyczących znaczenia dynamiki rynku oraz tego, w jaki sposób popyt reaguje na zmiany cen, zob. np. niemieckie wyroki Bundesgerichtshof (Trybunał Federalny w Niemczech), wyrok z dnia 28 czerwca 2011 r., sprawa nr KZR 75/10 (ORWI), pkt 59 i 69, oraz Landgericht Düsseldorf (Sąd Krajowy w Düsseldorfie), wyrok z dnia 19 listopada 2015 r., sprawa nr 14d O 4/14 (niemieckie szkło samochodowe), pkt 221. Kwestia znaczenia stopnia konkurencji oraz tego, czy początkowe nadmierne obciążenie dotyczy konkretnego przedsiębiorstwa, czy całego sektora, jest również poruszana w wielu wyrokach sądów krajowych, zob. np. wyrok duński Sø- og Handelsretten (Wyższy Sąd Morski i Gospodarczy w Danii) z dnia 3 października 2002 r., sprawa nr V 15/01 (UfR2004.2600S) (EKKO przeciwko Brandt Group Norden i in.), oraz wyrok hiszpański Tribunal Supremo de España (Sąd Najwyższy w Hiszpanii) z dnia 7 listopada 2013 r., sprawa nr 5819/2013 (Nestle i in. przeciwko Ebro Puleva).

⁽⁶¹⁾ Aby zapoznać się z przykładem sprawy dotyczącej tego, czy przerzucenie jest prawdopodobne, gdy czynniki produkcji objęte nadmiernym obciążeniem stanowią niewielki udział kosztów zmiennych nabywcy bezpośredniego, zob. np. francuski wyrok Cour d'Appel de Paris (Sąd Apelacyjny w Paryżu) z dnia 27 lutego 2014 r., sprawa nr 10/18285 (SNC Doux Aliments Bretagne i in. przeciwko Société Ajinomoto Eurolysine). Sprawę tę opisano również bardziej szczegółowo w ramce 10 poniżej.

- 58) Jak wspomniano powyżej, każda osoba poszkodowana w wyniku naruszenia unijnego prawa konkurencji jest uprawniona do dochodzenia pełnego odszkodowania z tytułu szkody przyczynowo związanej z naruszeniem. W przypadku podniesienia zarzutu przerzucenia ocena spadku wielkości sprzedaży może stać się konieczna, aby ustalić wysokość szkód spowodowanych nadmiernym obciążeniem w ramach powództwa o odszkodowanie. W takim przypadku należy jednak zauważyć, że oszacowanie łącznej szkody poprzez zwykłe odjęcie efektu cenowego związanego z przerzuceniem od efektu nadmiernego obciążenia doprowadziłoby do niedoszacowania szkody poniesionej przez klienta bezpośredniego lub pośredniego, jeżeli spadek wielkości sprzedaży nie zostałby uwzględniony.
- 59) Na utraconą wielkość sprzedaży na skutek nadmiernego obciążenia ma wpływ wrażliwość popytu, z którym mierzy się nabywca, oraz sposób, w jaki konkurenci nabywcy reagują na nadmierne obciążenie. Na przykład jeśli nabywca ma do czynienia z nieelastycznym popytem, tzn. jego klienci są jedynie w małym zakresie wrażliwi na wzrosty cen, wzrost ceny prowadzi do stosunkowo małego spadku wielkości sprzedaży. Przy założeniu, że wszystkie inne czynniki są równe, prowadzi to do mniejszego spadku wielkości sprzedaży niż w przypadku bardziej elastycznego popytu. Jednocześnie, jeśli konkurenci nabywcy również zwiększą ceny po nadmiernym obciążeniu, może to także zmniejszyć wpływ wzrostu cen własnych nabywcy na jego sprzedaż ⁽⁶²⁾.

3.2. Przykłady

- 60) Poniższe hipotetyczne przykłady mają na celu zilustrowanie znaczenia ustaleń wynikających z teorii ekonomii, wyjaśnionych w niniejszej sekcji oraz w załączniku 1.
- 61) W przykładzie 1 opisano nadmierne obciążenia na wysoce konkurencyjnym rynku, które dotyczą konkretnego przedsiębiorstwa.

Przykład 1

Kontekst: Na tym samym rynku właściwym działa 10 producentów soku jabłkowego. Jeden z producentów pozyskuje jabłka od dostawcy zaangażowanego w kartel cenowy. Ten producent soku jabłkowego ubiega się o odszkodowanie jako rekompensatę za nadmierne obciążenie. Pozwany (dostawca jabłek) podnosi jednak argument przerzucania i utrzymuje, że producent soku jabłkowego przerzucił całe nadmierne obciążenie na nabywców pośrednich.

Analiza: Producent soku jabłkowego, który ma do czynienia z nadmiernym obciążeniem, prowadzi silną konkurencję z dziewięcioma pozostałymi przedsiębiorstwami w zakresie produkcji i dostarczania soku jabłkowego. Wszystkie produkty sprzedawane przez te dziesięć przedsiębiorstw są raczej jednorodne z perspektywy konsumentów. Jeżeli pozostali producenci nie pozyskują jabłek od członków kartelu, tylko mają możliwość zakupienia ich po niższej cenie z innego źródła, producent, który jest zmuszony do nabycia jabłek od kartelu, znajduje się w sytuacji niekorzystnej z punktu widzenia konkurencyjności w porównaniu z jego konkurentami. W związku z tym zdolność producenta soku jabłkowego do przerzucania wzrostu kosztu zostałyby ograniczona ze względu na fakt, że w dużym zakresie straciłby sprzedaż (oraz zysk) na rzecz swoich konkurentów, jeśli chociaż częściowo przerzuciłby nadmierne obciążenie. Im silniejsza jest konkurencja między 10 producentami soku jabłkowego, tym większe jest ograniczenie zdolności do przerzucania wzrostu kosztu. W związku z tym w ramach tego scenariusza klient bezpośredni z reguły nie będzie w stanie przerzucić wzrostu kosztu (nadmiernego obciążenia).

- 62) Przykład 2 przedstawia sytuację nadmiernych obciążeń w całym przemyśle oraz intensywność konkurencji.

Przykład 2

Kontekst: Wszyscy z 10 producentów soku jabłkowego z przykładu 1 pozyskują jabłka od dostawców zaangażowanych w kartel cenowy. Członkowie kartelu twierdzą, że wszelkie nadmierne obciążenie jest przerzucane na nabywców pośrednich.

Analiza: Producenci soku jabłkowego są w podobnym stopniu narażeni na nadmierne obciążenie, a rynek określa się jako konkurencyjny. Ponieważ wszyscy producenci mierzą się z nadmiernym obciążeniem, jedno przedsiębiorstwo nie będzie w sytuacji niekorzystnej z punktu widzenia konkurencyjności w stosunku do pozostałych przedsiębiorstw. W związku z tym jest bardziej prawdopodobne, że każdy producent soku jabłkowego w dużym stopniu przerzuci nadmierne obciążenie, w przeciwieństwie do przypadku wyszczególnionego w przykładzie 1 (w którym nadmierne obciążenie dotyczy konkretnego przedsiębiorstwa). Przykładowo, na doskonale konkurencyjnym rynku cena jest równa kosztom krańcowym i w związku z tym wzrost kosztów czynników produkcji prowadzi bezpośrednio do takiego samego wzrostu ceny.

⁽⁶²⁾ Jeśli jedynie nabywca zwiększy ceny, jego klienci mogą przejść na dokonywanie zakupu od konkurentów. Jeśli jednak konkurenci również w pewnym stopniu podniosą ceny, przejście może być mniej atrakcyjne dla klientów, zatem ogólna sprzedaż pierwszego nabywcy może spaść w mniejszym stopniu. Należy jednak zauważyć, że jeśli niektórzy lub wszyscy klienci odpowiedzą na wzrost cen na całym rynku poprzez całkowite zaprzestanie nabywania produktu, spadek wielkości sprzedaży może być jeszcze większy niż w przypadku zwiększenia ceny przez pojedynczego nabywcę.

- 63) Przykład 3 przedstawia kwestię wielkości przerzucenia w przypadku monopolistów, którzy mają do czynienia z różnym popytem.

Przykład 3

Kontekst: Producent soku jabłkowego A jest monopolistą na rynku produkcji soku jabłkowego w państwie członkowskim 1, podczas gdy producent soku jabłkowego B jest monopolistą na rynku tego samego produktu w państwie członkowskim 2. Koszt produkcji jednej dodatkowej partii soku jabłkowego jest stały i podobny w przypadku A i B.

Obaj producenci soku jabłkowego pozyskiwali jabłka od C, dostawcy zaangażowanego w kartel cenowy. W konsekwencji zarówno A, jak i B miały do czynienia z nadmiernym obciążeniem 6 EUR za skrzynkę jabłek, ponieważ kupowały jabłka od C.

A i B mierzyły się z różnym popytem ze strony sieci sprzedaży detalicznej artykułów spożywczych w danych państwach członkowskich. W państwie członkowskim 1 popyt był w równym stopniu wrażliwy na zmianę cen na wszystkich poziomach cen (popyt był liniowy, zob. ramka 15). Sytuacja ta nie miała miejsca w państwie członkowskim 2. W państwie tym popyt spadał coraz mniej (w coraz wolniejszym tempie), w miarę jak rosła cena (popyt był wypukły, zob. również ramka 15).

A i B ubiegają się o rekompensatę od C (członka kartelu) za szkodę spowodowaną nadmiernym obciążeniem. C podnosi argument przerzucenia, twierdząc, że A i B przerzuciły połowę nadmiernego obciążenia.

Analiza: Monopoliści w państwie członkowskim 1 i państwie członkowskim 2 mieli do czynienia z różnym popytem ze strony sieci sprzedaży detalicznej artykułów spożywczych w danych państwach członkowskich. Ich koszty w przypadku produkcji jednej dodatkowej partii soku jabłkowego były stałe. Nadmierne obciążenie w wysokości 6 EUR za skrzynkę jabłek uznano za wzrost kosztów krańcowych w przypadku każdego z nich. W następstwie takiego wzrostu kosztu, możliwość dostosowania cen w górę zależałaby od tego, jak wiele produktu każdy musiałby poświęcić, aby przerzucić daną kwotę zmiany ceny, tzn. podnieść ceny.

Jest to spowodowane tym, że jeśli utrata wolumenu przy podnoszeniu cen jest stosunkowo niska, wzrost ceny będzie bardziej atrakcyjny w porównaniu z sytuacją, w której utrata wielkości sprzedaży jest wysoka. Utrata wielkości sprzedaży przy podnoszeniu cen jest związana z zakrzywieniem popytu, z którym ma do czynienia monopolista, tzn. popytem liniowym, wypukłym lub wklęsłym. Sytuacja ta została również dokładniej omówiona w ramce 15 poniżej.

Jeżeli chodzi o monopolistę A w państwie członkowskim 1, na podstawie teorii ekonomii możliwe jest twierdzenie, że monopolista ten przerzucił połowę nadmiernego obciążenia, czyli 3 EUR. Ponieważ jednak monopolista B miał do czynienia z popytem wypukłym, pozostały popyt stałby się mniej wrażliwy na ceny wraz z ich wzrostem. W porównaniu z A, mierzącym się z popytem liniowym, B utraciłby mniejszą wielkość sprzedaży przy podnoszeniu cen o 3 EUR. Oznacza to, że B otrzymał bodziec zachęcający, aby przerzucić więcej niż 3 EUR.

- 64) W przykładzie 4 opisano kwestię kosztów korekty ceny oraz kosztów zmiennych w porównaniu z kosztami stałymi w perspektywie krótko- i długoterminowej.

Przykład 4

Kontekst: Przedsiębiorstwa A i B są jedynymi przedsiębiorstwami, które posiadają i wydierżawiają żurawie wieżowe w państwie członkowskim 1. W latach 2005–2015 przedsiębiorstwa A i B uczestniczyły w kartelu, uzgadniając podniesienie cen dzierżawy żurawi wieżowych o 80 %. Przedsiębiorstwo C to przedsiębiorstwo budowlane działające w miastach na terenie całego państwa członkowskiego 1. Przedsiębiorstwo C projektuje, buduje i sprzedaje mieszkania w wieżowcach na rzecz odbiorców końcowych. Ceny mieszkań są reklamowane w wielu różnych mediach i miejscach, w tym w internecie, w gazetach i na ulicznych plakatach. Krajowy organ ochrony konkurencji w państwie członkowskim 1 stwierdził, że zмова cenowa w sektorze budowlanym narusza prawo konkurencji, przy czym ani przedsiębiorstwo A, ani przedsiębiorstwo B nie zaskarżyły jego decyzji o nałożeniu grzywny na członków kartelu.

Przedsiębiorstwo C jest bezpośrednim klientem kartelu. Dochodzi ono odszkodowania od członków kartelu A i B. Przedsiębiorstwa A i B podniosły jednak zarzut przerzucania, twierdząc, że przedsiębiorstwo C przerzuciło całość nadmiernego obciążenia na nabywców pośrednich, tj. odbiorców końcowych kupujących mieszkania w wieżowcach.

Analiza: Koszty dzierżawy żurawi wieżowych stanowią jedne z wielu kosztów czynników produkcji, które przedsiębiorstwo C musi ponieść podczas projektowania i budowy wieżowców. Przykłady innych kosztów czynników produkcji obejmują koszty surowców, takich jak stal czy beton, koszty pracy i koszty finansowe. W związku z tym prawdopodobne jest, że dzierżawa żurawi wieżowych stanowi jedynie niewielką część kosztów całkowitych. Z uwagi na to, że ceny mieszkań są szeroko reklamowane, przedsiębiorstwo C może ponieść znaczne koszty korekty ceny. Ponieważ jednak kartel działał przez 10 lat, koszty korekty ceny mogłyby być znikome w porównaniu z nadmiernym obciążeniem po upływie pewnego okresu, co w efekcie mogłoby stanowić dla przedsiębiorstwa C zachętę do uwzględnienia nadmiernego obciążenia przy ustalaniu cen mieszkań. W związku z tym może się zdarzyć, że z powodu kosztów korekty ceny przedsiębiorstwo C nie miałoby motywacji do przerzucenia nadmiernego obciążenia w perspektywie krótkoterminowej. Motywacja do przerzucania nadmiernego obciążenia może jednak ulec zmianie w okresie występowania naruszenia. Aby ocenić przerzucenie, które faktycznie miało miejsce w rozpatrywanym okresie, sąd powinien zatem oszacować efekt przerzucania w oparciu o dostępne dowody, na przykład stosując jedną z metod określonych w sekcji 4.

4. KWANTYFIKACJA EFEKTU PRZERZUCANIA I SPADKU WIELKOŚCI SPRZEDAŻY – ASPEKTY OGÓLNE

- 65) Celem rekompensaty za poniesioną szkodę jest przywrócenie poszkodowanej strony do stanu, w którym znajdowałyby się, gdyby nie doszło do naruszenia. Aby móc dokonać oceny tego stanu, konieczne jest porównanie zaobserwowanej sytuacji, tzn. sytuacji, w której doszło do naruszenia, z sytuacją hipotetyczną, tzn. sytuacją, w której nie doszło do naruszenia. Tę hipotetyczną sytuację określa się mianem „scenariusza alternatywnego”.
- 66) Opracowanie scenariusza alternatywnego ma na celu odizolowanie efektu naruszenia od innych czynników mających wpływ na ceny produktów lub usług, które to czynniki wpływałyby na takie ceny, nawet gdyby nie doszło do naruszenia⁽⁶³⁾. Na przykład wzrost popytu zazwyczaj doprowadziłby do wzrostu ceny nawet w przypadku braku kartelu. Nabywcy bezpośredni lub pośredni nie powinni otrzymywać rekompensaty za ten efekt. W związku z tym opracowanie scenariusza alternatywnego wymaga przeprowadzenia kontroli pod kątem czynników, które nie są związane z naruszeniem⁽⁶⁴⁾.
- 67) Ponieważ scenariusz alternatywny jest hipotetyczny, nie można go bezpośrednio zaobserwować. Jak opisano poniżej, w ekonomii i praktyce prawnej opracowano różne metody i techniki, aby ustalić scenariusz alternatywny. Są one zróżnicowane pod względem założeń leżących u ich podstaw, a także rodzaju wymaganych danych.
- 68) Chociaż metody te służą odtworzeniu sposobu rozwoju rynku w sytuacji, w której nie doszłoby do naruszenia, bezpośrednie dowody dostępne stronom i sądowi (np. dokumenty wewnętrzne, w których opisano, jak nabywca bezpośredni przerzucił początkowe nadmierne obciążenie w konkretnej sytuacji) również mogą dostarczyć informacji przydatnych do oceny wysokości odszkodowania w konkretnej sprawie zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami prawa krajowego⁽⁶⁵⁾.
- 69) W przypadku przerzucania związanego z powództwem o odszkodowanie z tytułu naruszenia prawa konkurencji sądy krajowe mogą być zmuszone rozważyć trzy elementy, które odnoszą się do szkody, z tytułu której nabywca bezpośredni lub pośredni może ubiegać się o odszkodowanie, a mianowicie nadmierne obciążenie, efekt cenowy związany z przerzuceniem oraz spadek wielkości sprzedaży związany z przerzuceniem⁽⁶⁶⁾. Sądy krajowe i biegle ekonomiści mogą zdecydować się na oszacowanie tych trzech elementów kolejno, tj. w ramach trzyetapowej procedury określonej poniżej.
- 70) Pierwszym krokiem będzie ustalenie wysokości nadmiernego obciążenia lub jego oszacowanie. W tym celu można zastosować szereg różnych metod. Metodami najczęściej stosowanymi przez strony i sądy w celu oszacowania początkowego nadmiernego obciążenia są jednak tzw. metody oparte na wskaźnikach porównawczych. Poszczególne metody szacowania nadmiernego obciążenia omówiono szczegółowo w praktycznym przewodniku.

⁽⁶³⁾ Należy zauważyć, że wymóg stworzenia scenariusza alternatywnego przy dokonywaniu oceny przerzucenia jest zgodny z orzecznictwem TSUE dotyczącym przerzucania w kontekście zwrotu opłat i ceł pobranych niezgodnie z prawem przez państwo członkowskie, zob. wyrok TSUE z dnia 4 października 1979 r., Ireks-Arkady przeciwko Radzie i Komisji, C-238/78, ECLI:EU:C:1979:226, pkt 14; wyrok TSUE z dnia 21 grudnia 2000 r., Michailidis, C-441/98, ECLI:EU:C:2000:479, pkt 33 i nast.; wyrok TSUE z dnia 6 września 2011 r., Lady & Kid i in., C-398/09, ECLI:EU:C:2011:540. Ponadto w opinii rzecznika generalnego Geelhoeda przedstawionej w dniu 3 czerwca 2003 r. w sprawie Komisja przeciwko Republice Włoskiej, C-129/00, ECLI:EU:C:2003:319, pkt 78, rzecznik generalny zwrócił uwagę na fakt, że scenariusz alternatywny byłby wymagany, aby wykazać, co by się stało z cenami na rynku niższego szczebla w przypadku braku początkowego nadmiernego obciążenia.

⁽⁶⁴⁾ Zob. powiązane omówienie w pkt 77.

⁽⁶⁵⁾ Zob. również pkt 14 i 30 praktycznego przewodnika.

⁽⁶⁶⁾ Zob. ramka 16 w załączniku 1.

- 71) Drugi krok obejmuje oszacowanie wielkości efektu cenowego związanego z przeliczeniem. Zakres tego efektu można oszacować bezpośrednio, stosując metody oparte na wskaźnikach porównawczych, tj. podobne metody jak przy ilościowym określaniu nadmiernego obciążenia. Jeśli spełnione zostaną określone założenia, zakres tego efektu można również oszacować pośrednio, poprzez uzyskanie szacunku stawki, według której należało przeliczyć wzrost poniesionych kosztów czynników produkcji oraz połączenie tego szacunku z informacjami na temat nadmiernego obciążenia i sprzedaży. W sekcjach 5.1–5.2 przedstawiono przegląd różnych podejść dotyczących oznaczenia ilościowego tych efektów.
- 72) W trzecim kroku oszacowuje się spadek wielkości sprzedaży związany z przeliczeniem. Podobnie jak przy szacowaniu efektu cenowego związanego z przeliczeniem spadek wielkości sprzedaży można oszacować bezpośrednio lub pośrednio. Różne podejścia dotyczące oznaczenia ilościowego tych efektów omówiono w sekcjach 6.2 i 6.3.
- 73) Aby w ramach powództw o odszkodowanie z tytułu naruszenia unijnego prawa konkurencji wytaczanych przed sądy krajowe określić ilościowo szkodę, można również zastosować inne podejścia, takie jak podejście symulacyjne rozliczające jednocześnie efekt cenowy i spadek wielkości sprzedaży związane z przeliczeniem. Podejście symulacyjne opisano pokrótce w sekcji 5.2.

4.1. Dane i informacje wymagane przy ilościowym określaniu efektów przeliczenia

- 74) Jak wyjaśniono w sekcji 2.2, dyrektywa w sprawie roszczeń odszkodowawczych zawiera przepisy regulujące ujawnianie dowodów. Dane i informacje będące w posiadaniu stron lub osób trzecich to istotne czynniki w przeprowadzeniu rzetelnej analizy ekonomicznej efektów przeliczenia. W związku z tym przydatnym pierwszym krokiem przy ilościowym określaniu efektu cenowego związanego z przeliczeniem może być określenie potrzeby i dostępności danych do opracowania scenariusza alternatywnego.
- 75) Dla sędziego podejmującego decyzję o tym, który rodzaj danych i informacji ma znaczenie w konkretnej sprawie, pomocne może być uwzględnienie ogólnych ustaleń wynikających z teorii ekonomii, wyjaśnionych w sekcji 3. Ustalenia te mogą być również istotne, jeżeli sędzia będzie musiał ocenić sprzeczne opinie biegłych ekonomistów⁽⁶⁷⁾. Ponadto dokonanie wyboru rodzaju danych niezbędnych do oszacowania przeliczenia będzie zazwyczaj wymagało dobrej znajomości przedmiotowego sektora oraz przeważających cech rynku w rozpatrywanej sprawie. W związku z tym przydatne może okazać się wstępne rozpatrzenie dokumentów, które w pierwszej kolejności wskazują wiarygodność przeliczenia, takich jak orzeczenia sądowe, równorzędne postępowania cywilne na tym samym lub innym poziomie łańcucha dostaw na tym samym rynku, badania rynku lub decyzje organów ds. konkurencji opisujące dynamikę rynku właściwego⁽⁶⁸⁾.
- 76) Sąd może być zmuszony, aby rozważyć dowody o charakterze zarówno jakościowym, jak i ilościowym⁽⁶⁹⁾. Dowody jakościowe, takie jak dokumenty wewnętrzne dotyczące ustalania ceny, strategii, umów i sprawozdawczości finansowej, można analizować w kontekście teorii ekonomii. Dowody te mogą również dostarczyć informacji na temat tego, czy istnieją dowody potwierdzające związek między ustalaniem ceny na niższym szczeblu i nadmiernym obciążeniem na wyższym szczeblu, które wynikają z naruszenia.
- 77) Aby jednak opracować scenariusz alternatywny i przeprowadzić kontrolę pod kątem różnych czynników mających wpływ na przeliczenie, w wielu przypadkach przydatne mogą być również dowody ilościowe. Takie dowody mogą obejmować dane na temat cen rzeczywistych, kosztów lub marży, jak również wskaźniki zewnętrzne, które wpłynęłyby na decyzje przedsiębiorstw w zakresie ustalania ceny, np. zagregowane wskaźniki działalności gospodarczej (m.in. wzrost PKB, inflacja i wskaźniki zatrudnienia). W niektórych przypadkach przydatne mogą być zmienne opisujące działalność gospodarczą na poziomie regionalnym, aby przeprowadzić kontrolę pod kątem różnych tendencji regionalnych, które nie są związane z naruszeniem.
- 78) Sąd może również uwzględnić więcej czynników, które dotyczą konkretnego sektora lub przedsiębiorstwa i mają wpływ na kształtowanie cen. Na przykład w sytuacji opisanej w ramce 1 powyżej, jeśli tworzywo sztuczne miałyby również istotne znaczenie dla wytwarzania wiązki przewodów w trakcie okresu występowania naruszenia, gdy producent miedzi A uzgodnił ze swoimi konkurentami, aby ustalić ceny miedzi jako drugiego kluczowego składnika dla dostawcy wiązki przewodów B, prawdopodobnie B przeliczyłby na swojego klienta również wzrost cen tworzywa sztucznego, co nie podlegało naruszeniu unijnego prawa konkurencji. W tym przypadku oszacowanie przeliczenia, które nie uwzględnia efektów związanych ze wzrostem cen tworzywa sztucznego, mogłoby istotnie zawyżyć przeliczenie nadmiernego obciążenia poprzez błędne przypisanie naruszeniu całego wzrostu ceny. Podobne rozumowanie ma zastosowanie do potencjalnego spadku innych kosztów czynników produkcji, które – jeśli nie zostały rozliczone i przeliczone w dół łańcucha dostaw – sztucznie zmniejszyłyby oszacowane przeliczenie nadmiernego obciążenia spowodowanego przez kartel.

⁽⁶⁷⁾ Zob. pkt 39 powyżej.

⁽⁶⁸⁾ Zob. pkt 25 powyżej.

⁽⁶⁹⁾ Zob. pkt 37 powyżej i przykłady w ramce 9 oraz ramce 10 poniżej.

- 79) W poniższych przykładach zastosowanie metod koncentruje się na cenie. W zależności od dostępności danych i okoliczności danej sprawy sąd może również rozważyć zastosowanie tych samych metod, aby oszacować inne zmienne ekonomiczne, takie jak marże zysku lub poziom kosztów przedsiębiorstwa. Dane wykorzystane w celu porównania rynku, na który dane naruszenie miało wpływ, z rynkiem alternatywnym mogą odnosić się do całego rynku (np. średnia ceny wiązek przewodów dla wszystkich klientów na innych rynkach produktowych lub geograficznych) lub do niektórych klientów lub grup klientów.

4.2. Korzystanie z usług biegłych ekonomistów

- 80) W wielu przypadkach, gdy dokonuje się oceny przerzucania nadmiernych obciążeń, w sprawach z powództwa o odszkodowanie toczących się przed sądami krajowymi można powołać biegłych ekonomistów. Przepisy dotyczące dowodu z opinii biegłego znacznie różnią się między państwami członkowskimi⁽⁷⁰⁾. W każdym razie sądy krajowe mogą uznać za pomocne posiadanie wskazówek w zakresie ogólnych zasad i narzędzi istotnych w przypadku powoływania biegłych ekonomistów.
- 81) Na wczesnym etapie postępowania, o ile taką możliwość dopuszczają przepisy krajowe, sąd może ułatwić rozmowy między biegłymi reprezentującymi zaangażowane strony. Celem takich rozmów może być zawężenie obszarów porozumienia i sporu odnoszących się do kwestii istotnych dla sprawy, w tym kwestii związanych z wymogami dotyczącymi ujawniania. Przykład takiego podejścia przedstawiono w ramce 3 poniżej.

Ramka 3

Przykład sprawy, w której wykorzystano dowody dostarczone przez biegłych ekonomistów⁽⁷¹⁾

W sprawie toczącej się przed sądem w Zjednoczonym Królestwie biegli ekonomiści reprezentujący każdą stronę (sprawcę naruszenia i powoda) zaproponowali własną odrębną metodę oszacowania przerzucenia. Sędzia wyraził obawy co do potencjalnej złożoności dowodu z opinii biegłego oraz wezwał biegłych powołanych przez strony, aby osiągnęli porozumienie w sprawie zaproponowanego podejścia do dowodów gospodarczych dotyczących przerzucenia, zanim zostało nakazane jakiegokolwiek ujawnienie informacji. Jeśli biegli nie osiągnęliby porozumienia w sprawie podejścia, sędzia wysłuchałby uwag dotyczących odnośnych podejść, w tym wyjaśnienia, co zaproponował każdy biegły, wymaganych informacji oraz kosztu wykonania, i wtedy zdecydowałby, którą metodę należy zastosować.

- 82) W niektórych jurysdykcjach sądy krajowe mogą powołać biegłych ekonomistów, którzy pomagają sędziemu przy szacowaniu przerzucenia, oraz tradycyjnie przyjmowały to podejście w odniesieniu do oszacowania początkowego nadmiernego obciążenia. Sąd może przyjąć podobne podejście przy szacowaniu przerzucenia, np. wykorzystując tzw. metody oparte na wskaźnikach porównawczych. W związku z tym doświadczenie wynikające z korzystania z pomocy biegłych powołanych przez sąd przy szacowaniu nadmiernego obciążenia może również być istotne dla oszacowania przerzucenia. Przykład podejścia, w ramach którego sąd powołał biegłego ekonomistę, przedstawiono w ramce 4 poniżej.

Ramka 4

Przykład sprawy, w której sąd powołuje biegłego ekonomistę⁽⁷²⁾

W sprawie przed sądem niemieckim sąd powołał biegłego ekonomistę. Zadaniem biegłego było zaprezentowanie metodyki, a następnie określenie ilościowe nadmiernego obciążenia. Biegły jako pierwszy krok zaproponował metodę empiryczną do oszacowania nadmiernego obciążenia. Zanim sąd podjął decyzję, które podejście przyjąć, podejście zasugerowane przez biegłego omówiono w formie pisemnej oraz podczas składania ustnych wyjaśnień na spotkaniu wyjaśniającym.

W kolejnym kroku zastosowano wybraną metodę i obliczono nadmierne obciążenie. Dane bazowe wykorzystane do obliczeń przedłożono sądowi oraz stronom.

Trzeci krok obejmował weryfikację wiarygodności, w ramach której strony otrzymały możliwość przedstawienia uwag i zadawania pytań. Uwagi te wzięto pod uwagę w ostatecznej ocenie przekazanej sądowi. W ostatecznej ocenie uwzględniono również wiarygodność oszacowanych wyników, wiarygodność oszacowanych efektów oraz jakość danych bazowych.

⁽⁷⁰⁾ Na przykład sądy we Francji, w Niderlandach i Zjednoczonym Królestwie mają w dużym zakresie bezpośredni kontakt z biegłymi ekonomistami powołanymi przez strony. W innych państwach członkowskich, takich jak Belgia, Dania, Niemcy, Węgry i Włochy, sądy w wielu sprawach zwracały się o poradę do biegłych powołanych przez sąd. Istnieją również różnice w przepisach krajowych odnośnie do tego, wobec kogo biegły ma obowiązek. W niektórych państwach członkowskich, takich jak Zjednoczone Królestwo i Irlandia, biegły ma obowiązek wobec sądu, nawet jeśli jego wynagrodzenie opłacają strony. W Hiszpanii biegli powołani przez strony mają obowiązek zachować bezstronność i niezależność, podczas gdy w niektórych państwach członkowskich, takich jak Niemcy i Włochy, nie ma tak wyraźnego wymogu.

⁽⁷¹⁾ Wyrok Wysokiego Trybunału Anglii i Walii z dnia 4 października 2017 r., Emerald Supplies/British Airways Plc, [2017] EWHC 2420 (Ch).

⁽⁷²⁾ Wyrok Oberlandesgericht Düsseldorf (Wyższy Sąd Krajowy w Düsseldorfie) z dnia 26 czerwca 2009 r., sprawa nr VI-2a Kart 2 – 06/08, (Zement).

- 83) W przypadku gdy biegli ekonomiści reprezentujący strony mają sprzeczne poglądy dotyczące tego, które podejście zastosować, aby oszacować przerzucenie, sąd krajowy może również zwrócić się do krajowego organu ochrony konkurencji o poradę w sprawie tego, którą metodę przyjąć⁽⁷³⁾. Ponadto, aby ocenić stopień przerzucania, sąd krajowy może zasadniczo opierać się również na informacjach zawartych w decyzji wydanej przez organ ochrony konkurencji, np. dotyczących początkowego nadmiernego obciążenia⁽⁷⁴⁾.

5. KWANTYFIKACJA I SZACOWANIE EFEKTÓW CENOWYCH ZWIĄZANYCH Z PRZERZUCANIEM

- 84) Przy szacowaniu efektu cenowego związanego z przerzucaniem sądy krajowe mogą opierać się na różnych rodzajach podejść ekonomicznych do kwantyfikacji, w szczególności na podejściu opartym na wskaźnikach porównawczych, ale również podejściu opartym na wielkości przerzucenia⁽⁷⁵⁾ lub podejściu symulacyjnym. Podejścia te, opisane w niniejszym rozdziale, opierają się na danych ilościowych, aby oszacować efekt przerzucania. W wielu przypadkach sąd przy szacowaniu efektu przerzucania może również uznać, że użyteczne będzie przeprowadzenie oceny dowodów jakościowych, takich jak dokumenty wewnętrzne lub zeznania świadków. Dostępność tego rodzaju dowodów jakościowych może odegrać ważną rolę w sytuacji, gdy sąd podejmuje decyzję, czy strona może zastosować którąkolwiek technikę, a jeżeli tak, to którą z tych technik powinna zastosować, aby spełnić wymagany standard dowodu zgodnie z prawem właściwym⁽⁷⁶⁾.

5.1. Metody oparte na wskaźnikach porównawczych

- 85) Efekt cenowy związany z przerzucaniem na różnych etapach łańcucha dostaw można obliczyć poprzez bezpośrednie oszacowanie wzrostu cen lub zmiany marż, która wynika z wpływu początkowego nadmiernego obciążenia. Przy ocenie tego, czy nadmierne obciążenie jest przerzucane z nabywcy bezpośredniego, w ramach tej metody porównuje się cenę ustaloną przez nabywcę bezpośredniego w okresie występowania naruszenia z ceną ustaloną na rynku porównawczym (rynkach porównawczych).
- 86) Przy szacowaniu efektu cenowego związanego z przerzucaniem sąd może oszacować różnice między cenami odnotowanymi a cenami alternatywnymi lub marżami⁽⁷⁷⁾ przy użyciu takich samych metod opartych na wskaźnikach porównawczych, jakie zastosował w celu obliczenia początkowego nadmiernego obciążenia. Podczas gdy koncepcję leżącą u podstaw tych metod opisano szczegółowo w przewodniku praktycznym, w poniższej sekcji przedstawiono dalsze wytyczne dotyczące stosowania takich metod w kontekście przerzucania.
- 87) Zaletą metod opartych na wskaźnikach porównawczych jest fakt, że wykorzystują one rzeczywiste dane odnotowane na takim samym lub podobnym rynku⁽⁷⁸⁾. Metody te opierają się na fakcie, że porównywalny scenariusz można uznać za reprezentatywny w odniesieniu do scenariusza braku naruszenia. Metody te zostały również uznane i zastosowane przez organy ochrony konkurencji w Europie w celu przeprowadzenia analiz o podobnym charakterze do szacowania przerzucania, np. podczas przeprowadzania oceny ex post polityki konkurencji⁽⁷⁹⁾.
- 88) Przy stosowaniu metody opartej na wskaźnikach porównawczych najlepiej byłoby porównać cenę lub marżę w okresie występowania naruszenia z dokładnie takim samym rynkiem, na którym nie doszło do naruszenia. Na ogół nie jest jednak możliwe dokładne określenie sposobu, w jaki zmieniłby się rynek, gdyby nie doszło do naruszenia. Na przykład może się zdarzyć, że istotne czynniki wpływające na ceny ustalone przez nabywcę bezpośredniego, takie jak zmiany popytu lub cen innych czynników produkcji, nie będą miały podobnego wpływu na ceny w okresie występowania naruszenia i w scenariuszu alternatywnym.

⁽⁷³⁾ Z art. 17 ust. 3 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych wynika, że krajowy organ ochrony konkurencji może, na wniosek sądu krajowego, udzielić pomocy temu sądowi krajowemu w ustaleniu wysokości szkody, jeżeli krajowy organ ochrony konkurencji uzna to za stosowne.

⁽⁷⁴⁾ Zob. np. wyrok Oberlandesgericht Düsseldorf (Wyższy Sąd Krajowy w Düsseldorfie) z dnia 15 kwietnia 2013 r., sprawa nr VI-4 Kart 2-6/10 (OWI), a następnie wyrok Bundesgerichtshof (Trybunał Federalny w Niemczech) z dnia 9 października 2018 r., sprawa KRB 51/16 (Flüssiggas I) dotycząca niemieckiego krajowego organu ochrony konkurencji (Bundeskartellamt), orzeczenia z dnia 14 grudnia 2007 r., 26 lutego 2008 r., 12 lutego 2009 r. i 9 kwietnia 2009 r., sprawa B11-20/50 (Flüssiggas), w której Bundeskartellamt wziął pod uwagę dodatkowe przychody uzyskane w wyniku naruszenia (kartellbedingter Mehrerlös), a także omówienie różnych metod obliczania nadmiernego obciążenia.

⁽⁷⁵⁾ Podejście oparte na wielkości przerzucenia polega między innymi na założeniu, że zmiany w kosztach czynników produkcji są przerzucane w identycznym stopniu niezależnie od istotności kosztów czynników produkcji i zakresu zmiany w takich kosztach czynników produkcji. Założenie to może być zbyt daleko idące. Jak wyjaśniono dokładniej w pkt 120 i nast. poniżej, podejście oparte na wielkości przerzucenia należy zwykle brać pod uwagę wyłącznie wówczas, gdy założenie jest wiarygodne na podstawie okoliczności faktycznych sprawy.

⁽⁷⁶⁾ Zob. również pkt 14 praktycznego przewodnika.

⁽⁷⁷⁾ Podejście, w którym wykorzystuje się dane dotyczące marży, wyjaśniono bardziej szczegółowo w poniższej sekcji 6.3 dotyczącej szacowania spadku wielkości sprzedaży.

⁽⁷⁸⁾ Fakt ten podkreślono w pkt 37 praktycznego przewodnika i cytowanym w nim orzecznictwie dotyczącym szacowania nadmiernego obciążenia. Sąd niemiecki, również w kontekście szacowania nadmiernego obciążenia, podtrzymuje opinię, że metody oparte na wskaźnikach porównawczych mogą być bardziej odpowiednie niż pozostałe podejścia, zob. wyrok Oberlandesgericht Düsseldorf (Wyższy Sąd Krajowy w Düsseldorfie) z dnia 26 czerwca 2009 r., sprawa nr VI-2a Kart 2 – 06/08 (Zement), pkt 469 i nast.

⁽⁷⁹⁾ Zob. np. „Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies” [„Przewodnik referencyjny dotyczący oceny ex post decyzji wykonawczych wydawanych przez urzędy ds. ochrony konkurencji”], OECD, 2016 r.

- 89) Czynniki te mają kluczowe znaczenie przy analizowaniu tego, czy dany rynek porównawczy jest odpowiedni jako scenariusz alternatywny. Jak objaśniono dokładniej w sekcji 5.1.1, dostępne są różne techniki służące uwzględnianiu różnic między rynkiem, na który miało wpływ naruszenie, a rynkami porównawczymi. Decyzja o tym, czy poziom podobieństwa między rynkiem, na którym wystąpiło naruszenie, a rynkami porównawczymi uznaje się za wystarczający, aby wyniki takiego porównania można było wykorzystać do oszacowania przerzucania, zależy od krajowych systemów prawnych⁽⁸⁰⁾.

5.1.1. Podejścia

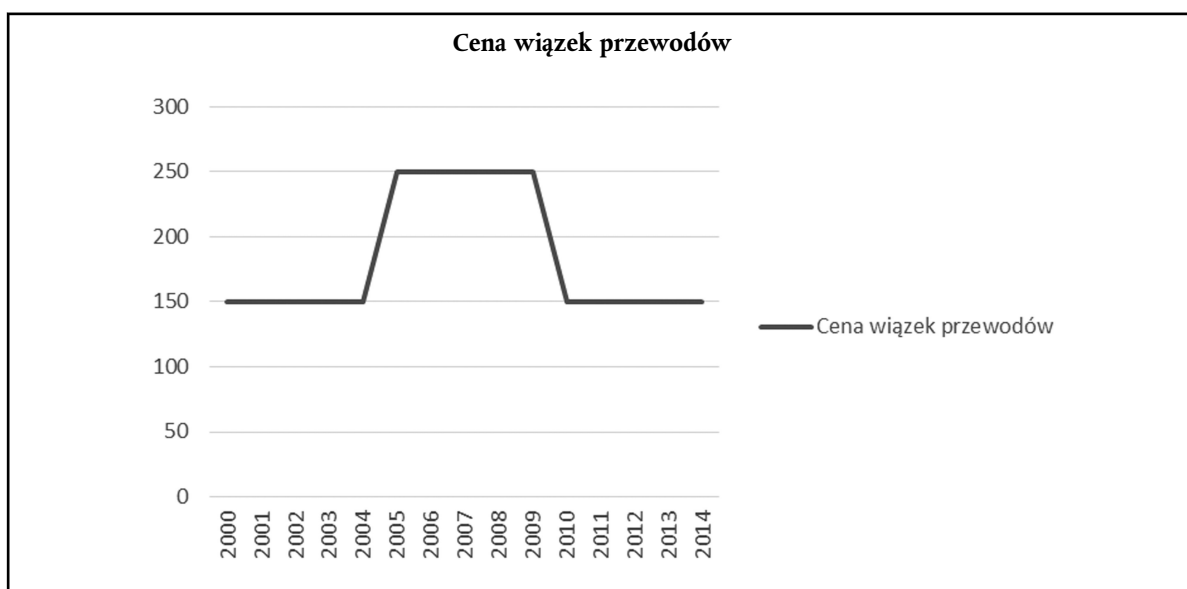
- 90) W przypadku zastosowania metody opartej na wskaźnikach porównawczych w celu oszacowania efektu przerzucenia cenę ustaloną przez nabywcę bezpośredniego lub pośredniego w okresie występowania naruszenia porównuje się ze scenariuszem braku naruszenia lub scenariuszem alternatywnym. Scenariusz alternatywny można ustalić na podstawie⁽⁸¹⁾:
- danych na temat ceny lub marży dotyczących tego rynku przed naruszeniem lub po nim, przy czym takie podejście zazwyczaj określane jako podejście oparte na porównaniu przed, w trakcie i po,
 - danych dotyczących takiego samego rynku (produktowego), ale na innym obszarze geograficznym lub na innym rynku produktowym, jeżeli uznano, że ewoluuje on w podobny sposób co rynek, na którym działa nabywca bezpośredni lub pośredni, przy czym takie podejście zazwyczaj określane jako podejście przekrojowe, lub
 - połączenia porównań między różnymi okresami i porównań między rynkami, przy czym takie podejście zazwyczaj określane jest jako podejście różnicy w różnicach.

5.1.1.1. Podejście oparte na porównaniu przed, w trakcie i po

- 91) Podejście często stosowane przy szacowaniu początkowego nadmiernego obciążenia polega na porównaniu cen z różnych okresów na tym samym rynku, tj. na porównaniu przed, w trakcie i po (zilustrowanym w ramce 5 poniżej)⁽⁸²⁾. W ramach tego podejścia do szacowania przerzucenia rynek porównawczy jest dokładnie tym samym rynkiem produktowym, na którym nabywca bezpośredni lub pośredni działał w momencie, gdy doszło do naruszenia, lecz analizowanym w innym czasie. W związku z tym przyjmuje się założenie, że dany rynek produktowy w okresie braku naruszenia stanowi dobre przybliżenie scenariusza alternatywnego, tj. sytuacji, która panowałaby na rynku produktowym, gdyby w okresie występowania naruszenia nie doszło do żadnego naruszenia. Założenie to może być błędne, ponieważ w praktyce nie istnieje żaden rynek porównawczy, niezależnie od położenia geograficznego czy produktu, który mógłby stanowić dodatkowy element izolacji w odniesieniu do efektu wynikającego z naruszenia.

Ramka 5

Ilustrowany przykład podejścia opartego na porównaniu przed, w trakcie i po⁽⁸³⁾



⁽⁸⁰⁾ W praktycznym przewodniku poruszono tę kwestię w kontekście oceny nadmiernych obciążeń, zob. na przykład pkt 37 i 59–95.

⁽⁸¹⁾ Jeżeli na potrzeby scenariusza alternatywnego bierze się pod uwagę zagraniczne rynki porównawcze, sąd krajowy powinien również mieć na względzie możliwe różnice w przepisach. Ma to szczególnie duże znaczenie w przypadku rynków regulowanych, np. produktów leczniczych lub energii.

⁽⁸²⁾ Zob. pkt 38–48 praktycznego przewodnika.

⁽⁸³⁾ W celu uproszczenia na wykresie przedstawiono jedynie wpływ na ceny wynikający z naruszenia. W prawdziwym scenariuszu na ceny będą mieć wpływ również czynniki inne niż wielkość przerzucenia, takie jak inflacja i pozostałe szoki kosztowe.

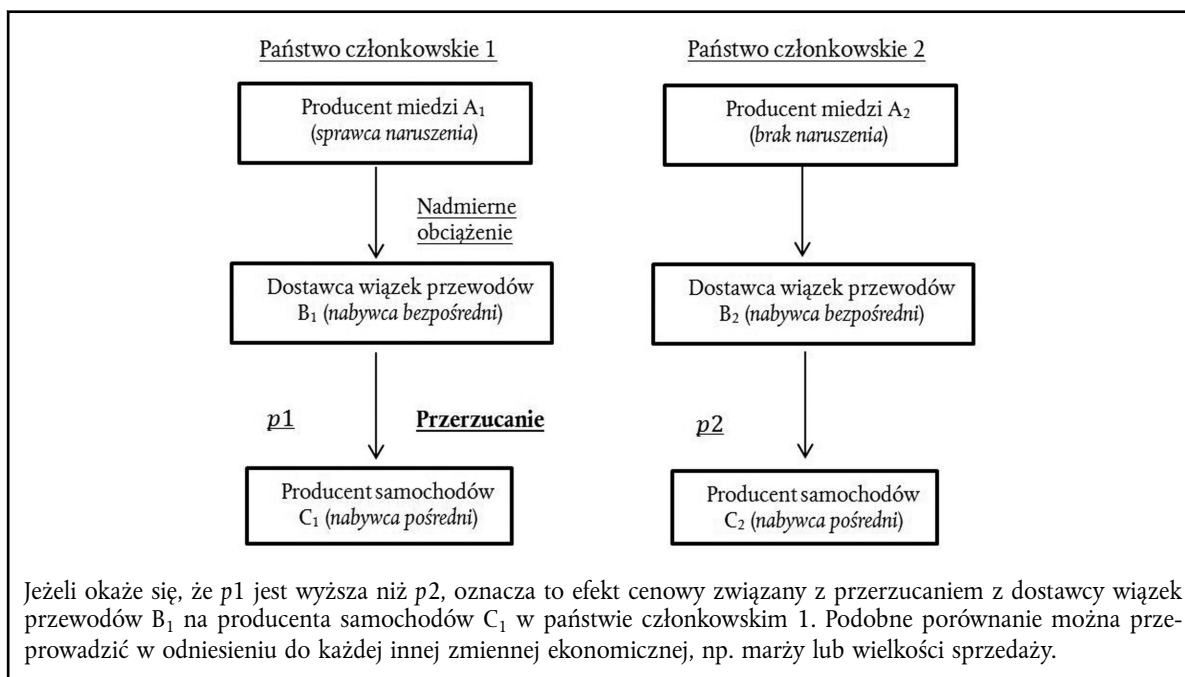
- 92) W przykładzie zilustrowanym w ramce 5 powyżej zakłada się, że niezgodne z prawem ustalanie cen w przemyśle miedziowym trwało pięć lat – w latach 2005–2010. W tym okresie⁽⁸⁴⁾ początkowe nadmierne obciążenie przerzucono na producenta samochodów C. W ramach tej metody cenę płaconą przez producenta samochodów w okresie występowania naruszenia porównuje się z ceną płaconą przez producenta samochodów w okresie, w którym nie wystąpiło naruszenie ani przerzucenie, np. w 2003 r. i 2004 r. Przykład sprawy, w której powód zastosował to podejście, przedstawiono w ramce 8 poniżej.

5.1.1.2. Podejście przekrojowe

- 93) W niektórych przypadkach zanotowanie zachodzącego w czasie rozwoju cen na rynku porównawczym lub na rynku, na którym miało miejsce naruszenie, może być trudne. W takim przypadku można zastosować inną metodę opartą na wskaźnikach porównawczych, a mianowicie metodę, która umożliwia porównanie różnych rynków geograficznych. Podstawowe założenie tego podejścia jest takie, że drugi rynek geograficzny jest podobny do rynku, na którym miało miejsce naruszenie, we wszystkich aspektach z wyjątkiem naruszenia. Założenie to również może być zbyt daleko idące.
- 94) Na przykład, jak przedstawiono w ramce 6 poniżej, sąd krajowy może rozważyć porównanie cen płaconych przez producenta samochodów C₁ w trakcie okresu występowania naruszenia w państwie członkowskim 1 (p1) ze średnią ceną płaconą przez podobnych producentów samochodów w państwie członkowskim 2, tj. na odrębnym rynku geograficznym, na który naruszenie nie miało wpływu (p2). Metodę tę nazywa się porównaniem międzyrynkowym⁽⁸⁵⁾.

Ramka 6

Ilustrowany przykład podejścia przekrojowego



5.1.1.3. Podejście różnicy w różnicach

- 95) Z ekonomicznego punktu widzenia najdokładniejszą metodą spośród metod opartych na wskaźnikach porównawczych jest metoda, która łączy podejście oparte na porównaniu przed, w trakcie i po z podejściem przekrojowym. Metodą tą jest podejście różnicy w różnicach⁽⁸⁶⁾. W ramach tej metody analizuje się rozwój właściwej zmiennej ekonomicznej na rynku, na który ma wpływ przerzucenie, w ustalonym okresie (różnica na przestrzeni czasu na rynku, na który ma wpływ przerzucenie) i porównuje go z rozwojem takiej samej zmiennej w takim samym okresie na rynku porównawczym, na który nie miało wpływu przerzucenie (na przykład na innym rynku geograficznym).

⁽⁸⁴⁾ Należy jednak zauważyć, że kwestia opóźnionego przerzucenia, o której wspomniano w załączniku 1, może mieć znaczenie podczas porównywania cen w trakcie naruszenia z ceną przed naruszeniem i po naruszeniu.

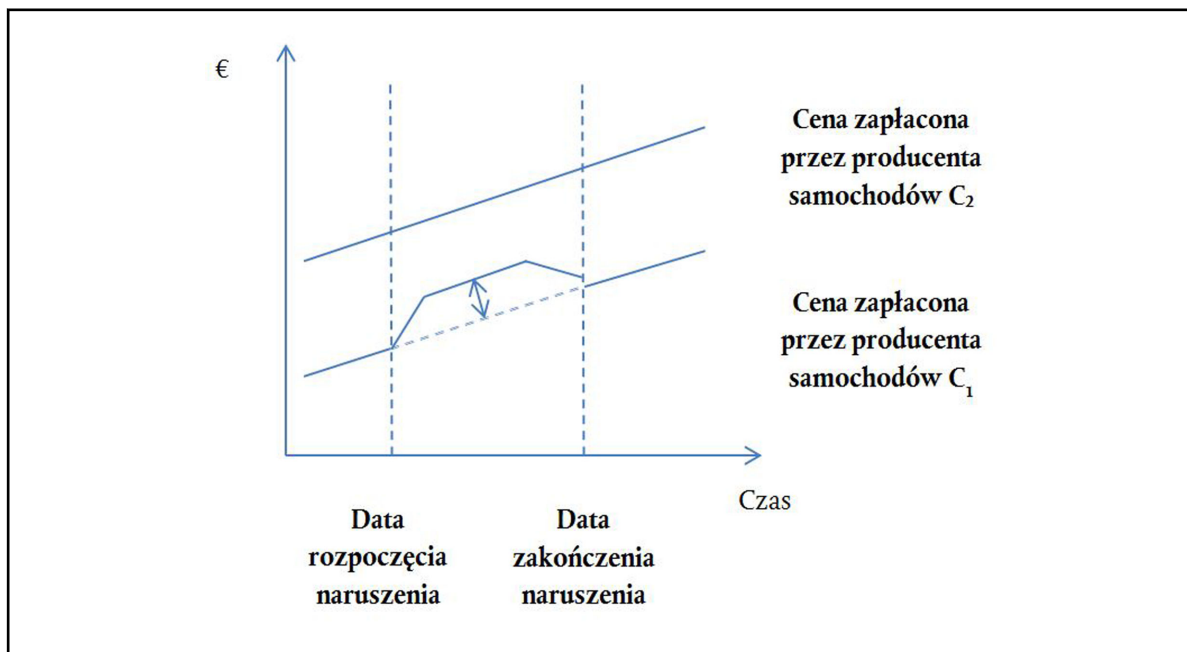
⁽⁸⁵⁾ Metodę tę stosowano często w celu oceny początkowego nadmiernego obciążenia w powództwach o odszkodowanie, zob. na przykład sprawę przywołaną w przypisie 45 praktycznego przewodnika.

⁽⁸⁶⁾ Zob. również pkt 112 poniżej.

- 96) W ramce 7 zilustrowano podejście różnicy w różnicach.

Ramka 7

Ilustracja podejścia różnicy w różnicach



- 97) Zakładamy, w przypadku, na którym opierają się ramka 5 oraz ramka 6, że producent samochodów C₁ w państwie członkowskim 1 (nabywca pośredni) występuje z roszczeniem o odszkodowanie od producenta miedzi A₁ (sprawcy naruszenia). Jak wyjaśniono w pkt 8, jakkolwiek szkoda, jaką ponosi C₁, wynika z przerzucania nadmiernego obciążenia z dostawcy wiązek przewodów B₁. Zastosowanie podejścia różnicy w różnicach obejmowałoby ocenę rozwoju ceny płaconej przez producenta samochodów C₁ w państwie członkowskim 1 (rynek, na którym występuje efekt cenowy związany z przerzucaniem) w ustalonym okresie i porównanie go z rozwojem ceny płaconej przez producenta samochodów C₂ w państwie członkowskim 2 (na który naruszenie nie miało wpływu, a zatem na którym nie wystąpiły żadne efekty cenowe związane z przerzucaniem) w tym samym okresie. Porównanie ukazuje różnicę między tymi dwiema różnicami w czasie. Zapewnia to oszacowanie zmiany w cenie płaconej przez producenta samochodów z wyłączeniem wszystkich czynników, które miały taki sam wpływ na rynki w państwie członkowskim 1 i państwie członkowskim 2. Metoda ta pozwala zatem oddzielić efekt cenowy związany z przerzucaniem od innych czynników mających wpływ na cenę wiązek przewodów wspólnych dla obu rynków.
- 98) Inny wariant przypadku, na którym opierają się ramka 6 oraz ramka 7, może zilustrować tę metodę. Zakładamy, że porównanie przed, w trakcie i po wykazuje wzrost ceny jednostkowej wiązek przewodów o 100 EUR w państwie członkowskim 1 (w którym wystąpiło naruszenie i przerzucanie) w latach 2005–2010. Analiza rynku, na który nie miało wpływu przerzucanie, w państwie członkowskim 2 w tym samym okresie może wykazać, że cena jednostkowa wiązek przewodów wzrosła o jedynie 10 EUR w związku ze wzrostem innych kosztów czynników produkcji, np. tworzywa sztucznego. Przy założeniu, że wyższy koszt czynników produkcji (tworzywa sztucznego) dotyczył również państwa członkowskiego 1 oraz że wszystkie pozostałe warunki są takie same, porównanie różnego rozwoju cen wiązek przewodów w państwie członkowskim 1 i 2 powinno wykazać, że wzrost ceny był spowodowany efektem przerzucania. W tym przykładzie byłoby to 90 EUR.
- 99) Znaczącą silną stroną podejścia różnicy w różnicach stanowi zatem fakt, że pozwala ono wyodrębnić zmiany niepowiązane z efektem cenowym związanym z przerzucaniem, które wystąpiły w tym samym okresie co przerzucanie. Podejście to opiera się jednak na założeniu, że inne czynniki, w powyższym przykładzie cena tworzywa sztucznego, wpływają na rynki w podobny sposób. W innym przypadku konieczne może być ekonometryczne wdrożenie techniki różnicy w różnicach. Wdrażanie takich technik omówiono bardziej szczegółowo w sekcji 5.1.2 poniżej.

5.1.2. Wdrażanie podejść opartych na wskaźnikach porównawczych w praktyce

- 100) Dostępne są zróżnicowane techniki oceny efektów cenowych związanych z przeliczaniem w oparciu o podejście oparte na wskaźnikach porównawczych. Niektóre czynniki, takie jak zwiększenie kosztów surowców w powyższym przykładzie, w wielu przypadkach mogą mieć wpływ wyłącznie na rynek porównawczy lub wyłącznie na rynek, na który ma wpływ przeliczenie. Jak wyjaśniono powyżej, należy przeprowadzić korekty odnotowanych danych w celu uwzględnienia takich wpływów. Mogą to być proste korekty danych w przypadkach, w których możliwe jest stosunkowo łatwe uwzględnienie czynnika mającego wpływ oraz skali jego wpływu.
- 101) W niektórych przypadkach, jeżeli umożliwiają to dostępność i jakość danych, korekty danych porównawczych można przeprowadzić w oparciu o techniki ekonometryczne, w szczególności poprzez stosowanie analizy regresji. Analiza regresji jest techniką statystyczną, która pomaga przeprowadzić analizę prawidłowości relacji zachodzących między zmiennymi ekonomicznymi.
- 102) W analizie regresji bada się szereg obserwacji danych w odniesieniu do rozważanej zmiennej i prawdopodobnych zmiennych niezależnych. Stwierdzony związek zazwyczaj wyraża się w postaci równania. Równanie to umożliwia oszacowanie wpływu zmiennych niezależnych na rozważaną zmienną i odizolowanie ich od skutków naruszenia. W oparciu o analizę regresji możliwe jest oszacowanie, jak blisko właściwe zmienne są ze sobą skorelowane, co w niektórych przypadkach może sugerować związek przyczynowy między jedną zmienną a drugą⁽⁸⁷⁾.
- 103) Poszczególne dostępne techniki przeprowadzenia korekt danych porównawczych opisano szczegółowo w praktycznym przewodniku⁽⁸⁸⁾. Dzięki odniesieniom do przykładów i ilustracji praktyczny przewodnik przedstawia wskazówki dotyczące koncepcji, podejść do stosowania poszczególnych technik i warunków ich stosowania. Powinien stanowić podstawę rozwiązywania kwestii, jeżeli chodzi o dostępne podejścia do wdrażania metod opartych na wskaźnikach porównawczych.
- 104) Sąd powinien mieć świadomość, że wykorzystanie analiz regresji może zwiększyć stopień dokładności oszacowanej wysokości odszkodowania, a zatem pomóc w spełnieniu wymaganego standardu dowodu⁽⁸⁹⁾. Sądy krajowe rozpatrywały kwestię wartości dowodowej danych statystycznych, takich jak analizy regresji, w przypadkach, w których przyznano odszkodowanie⁽⁹⁰⁾.
- 105) Co do zasady wartość dowodowa danych statystycznych zależy od tego, czy są one w stanie uniknąć ryzyka tak zwanych błędów pierwszego typu, tj. wykrycia efektu przeliczenia w przypadku, gdy taki efekt faktycznie nie występuje, oraz tak zwanych błędów drugiego typu, tj. niewykrycia efektu przeliczenia w przypadku, gdy taki efekt faktycznie występuje. Aby wyeliminować to ryzyko, w modelu statystycznym można stosować koncepcje poziomu istotności i mocy statystycznej. Koncepcja poziomu istotności wiąże się z ustanowieniem wysokiego progu, po przekroczeniu którego należy uznać, że efekt przeliczenia faktycznie występuje. Powszechnie stosowanym podejściem jest określenie 5-procentowego ryzyka błędu pierwszego typu przy zastosowaniu tak zwanego 95-procentowego przedziału ufności⁽⁹¹⁾. Modele regresji mogą jednak również zmniejszyć ryzyko błędów drugiego typu⁽⁹²⁾. W szczególnym przypadku, gdy szacuje się przeliczenie, to sąd decyduje o tym, czy model regresji, który został mu przedstawiony, pozwala uniknąć ryzyka błędu pierwszego i drugiego typu w takim stopniu, że model ma wartość dowodową.
- 106) Potencjalne znaczenie przeprowadzania korekt danych porównawczych za pomocą technik ilościowych, takich jak analizy regresji, można zilustrować poprzez odniesienie do wyroku sądu niemieckiego przedstawionego w ramce 8.

Ramka 8

Sprawa dotycząca niemieckiego szkła samochodowego⁽⁹³⁾

W tym powództwie o odszkodowanie powodem był nabywca pośredni zakupujący towar od członków kartelu producentów szkła samochodowego. Członkowie kartelu naruszyli art. 101 TFUE i w 2008 r. Komisja Europejska nałożyła na nich grzywnę.

Biegli powołani przez powoda przeprowadzili analizę rozwoju cen przed okresem, w którym istniał kartel, w trakcie tego okresu i po tym okresie. Nie przeprowadzono żadnych analiz regresji ani korelacji, natomiast biegli starali się ustalić powiązanie między ceną szkła samochodowego (produkt będący przedmiotem kartelu) i wymienianego szkła samochodowego wyłącznie poprzez obserwację wzorców ceny.

⁽⁸⁷⁾ Analizy regresji wyjaśniono szczegółowo w pkt 69 i nast. praktycznego przewodnika.

⁽⁸⁸⁾ Ibid., rozdział II B.

⁽⁸⁹⁾ Zob. również pkt 92 praktycznego przewodnika.

⁽⁹⁰⁾ Zob. np. sprawa ze Zjednoczonego Królestwa: wyrok Wysokiego Trybunału Anglii i Walii z dnia 9 października 2018 r., Britned przeciwko ABB, [2018] EWHC 2616 (Ch), udzielono zezwolenia na wniesienie środka zaskarżenia.

⁽⁹¹⁾ Stosowanie przedziałów ufności przy szacowaniu wysokości odszkodowania wyjaśniono również w pkt 86 i nast. praktycznego przewodnika.

⁽⁹²⁾ Między dwoma typami błędów występuje pewna zależność rozumiana następująco: w przypadku danej liczebności próby danych dalsze ograniczanie ryzyka błędów pierwszego typu (np. poprzez zastosowanie węższego, 99-procentowego przedziału ufności zamiast przedziału 95-procentowego) zasadniczo zwiększa ryzyko błędów drugiego typu. Ogólnie rzecz biorąc, ograniczenie obydwu rodzajów błędów jest możliwe jedynie poprzez zwiększenie liczebności próby. Dlatego też w praktyce ważne jest, aby ocenić, czy omawiane metody są stosowane w odniesieniu do wystarczająco obszernego zbioru danych.

⁽⁹³⁾ Wyrok Landgericht Düsseldorf (Sąd Krajowy w Düsseldorfie) z dnia 19 listopada 2015 r., sprawa nr 14d O 4/14 (niemieckie szkło samochodowe).

Sąd uznał jednak, że analiza nie wykazała w wystarczającym stopniu żadnego bezpośredniego związku przyczynowego między ustalaniem ceny dwóch wymienionych wyżej produktów. Miało to w szczególności związek z danymi wykorzystanymi w analizie biegłych powołanych przez powoda oraz tym, że nie uwzględniono w niej innych efektów w zakresie cen oraz tendencji rynkowych. Sąd uwzględnił również warunki rynkowe w przedmiotowej sprawie, aby oddalić argumenty związane z przerzucaniem.

- 107) Techniki oparte na analizach ekonometrycznych mogą jednak w pewnych przypadkach pociągać za sobą znaczne koszty. W takich przypadkach sąd może uznać za wystarczające, aby oszacować przerzucenie, przeprowadzając jednocześnie ocenę danych ilościowych bez stosowania analizy regresji i uwzględniając dowody jakościowe. Ponadto w większości przypadków sąd może również uznać, że należy przeprowadzić ocenę dowodów jakościowych, takich jak bezpośrednie dowody przerzucania, również w przypadku stosowania metod ilościowych opisanych w niniejszej sekcji.
- 108) Przy szacowaniu przerzucania w oparciu o dowody jakościowe szczególne znaczenie mogą mieć dokumenty wewnętrzne, w których opisano politykę cenową przedsiębiorstwa. Podczas oceny dokumentów wewnętrznych sąd powinien zdawać sobie sprawę z faktu, że przedsiębiorstwa działające w różnych sektorach lub nawet w tym samym sektorze mogą przyjmować różne polityki cenowe. W niektórych przypadkach w przedsiębiorstwie może obowiązywać jasna polityka lub utrwalona praktyka, w ramach której określono korekty ceny, które będą wynikać z poszczególnych zmian w kosztach. Na przykład w niektórych przypadkach nabywcy mogą łączyć korekty cen ze zmianami niektórych wskaźników, na które może nie mieć wpływu antykonkurencyjne zachowanie sprawcy naruszenia, np. wskaźników cen konsumpcyjnych. W innych przypadkach nabywcy mogą dążyć do osiągnięcia określonych celów dotyczących wyników, np. stosować szczególną marżę w odniesieniu do ustalania cen produktów, które dostarczają. Co do zasady pierwsza polityka może zaprzeczać temu, że doszło do przerzucania, natomiast druga może sugerować przerzucanie zmian kosztów przez nabywcę.
- 109) Ponadto podczas oceny polityk cenowych sąd powinien również zbadać, czy właściwe przedsiębiorstwo faktycznie wdrożyło politykę cenową, np. poprzez zbadanie danych dotyczących ceny w celu określenia, czy odpowiadają one danej polityce cenowej.
- 110) Poniżej przedstawiono przykłady spraw, w których sądy krajowe wzięły pod uwagę dowody jakościowe.

Ramka 9

Szacowanie przerzucenia w oparciu o dowody jakościowe – Cheminova (2015 r.)⁽⁹⁴⁾

W tym wyroku sąd orzekł, że producent pestycydów przerzucił 50 % początkowego nadmiernego obciążenia na klientów pośrednich. Ustalenie to oparto na teorii ekonomii. W tej sprawie sąd mógł opierać się na publicznie dostępnych badaniach rynku, w których określono rynek, na jakim działał klient bezpośredni, jako rynek monopolistyczny. W sprawozdaniu przedstawionym przez klienta bezpośredniego dowodzono, że rynek należało w rzeczywistości określić jako konkurencyjny, a nie monopolistyczny. Klient bezpośredni utrzymywał między innymi, że wiele produktów konkurowało na rynku, a umiarkowane udziały w rynku świadczyły o rynku konkurencyjnym. W związku z okolicznościami faktycznymi sprawy sąd nie zgodził się jednak z tym podejściem.

Ramka 10

Szacowanie przerzucenia w oparciu o dowody jakościowe – DOUX Aliments (2014 r.)⁽⁹⁵⁾

W tym wyroku sąd uznał, że powód wykazał brak przerzucania. Nadmierne obciążenie w tej sprawie dotyczyło lizyny, stanowiącej wkład w produkcję kurcząt. Sąd uznał, że lizyna stanowiła wyłącznie 1 % kosztów produkcji kurcząt. Tak mały wzrost kosztów nie stanowił wystarczającego powodu, aby przekonać sąd, że doprowadziłyby on również do wzrostu ceny kurcząt. Sąd stwierdził, że ceny wynikały z reakcji na inne czynniki, takie jak konkurencja z innymi produktami mięsnymi i siła nabywcza. Uznając, że nadmierne obciążenie nie było przerzucane na pośrednich detalistów, sąd odniósł się do faktu, że kurczęta były sprzedawane na międzynarodowym rynku, który był konkurencyjny, a siła nabywcza sieci sklepów spożywczych była znaczna.

⁽⁹⁴⁾ Wyrok Sø- og Handelsretten (Wyższy Sąd Morski i Gospodarczy w Danii) z dnia 15 stycznia 2015 r., sprawa SH2015.U-0004-07 (Cheminova A/S przeciwko Akzo Nobel Functional Chemicals BV i in.).

⁽⁹⁵⁾ Wyrok Cour d'Appel de Paris (Sąd Apelacyjny w Paryżu) z dnia 27 lutego 2014 r., sprawa nr 10/18285 (SNC Doux Aliments Bretagne i in. przeciwko Société Ajinomoto Eurolysine).

111) Podczas stosowania metod opartych na wskaźnikach porównawczych w ramach szacunku nadmiernego obciążenia sądy stosowały również czasem tak zwaną zniżkę bezpieczeństwa. Oznacza to, że odejmowały od odnotowanych wartości danych kwotę wystarczającą, aby uwzględnić wątpliwości co do szacunku wysokości odszkodowania⁽⁹⁶⁾. Jeżeli przeprowadzenie analizy ekonometrycznej jest niewykonalne, podejście takie można również stosować podczas szacowania przerzucenia. Takie podejście ma na celu wyodrębnienie wpływu innych możliwych czynników na rozważaną zmienną, przykładowo cenę oferowaną przez klienta pośredniego.

5.1.3. Wyzwania

112) Podczas oceny efektu cenowego związanego z przerzucaniem sąd może w szczególności brać pod uwagę techniki, które w największym możliwym zakresie umożliwiają kontrolę pod kątem czynników innych niż te, które wynikają z naruszenia. Taką techniką jest na przykład metoda różnicy w różnicach. Wymaga ona informacji lub danych z rynku porównawczego (na przykład innego rynku geograficznego) oraz danych dotyczących szeregów czasowych z rynku, na który ma wpływ przerzucenie. Sąd musi jednak zdawać sobie sprawę, że istnieją potencjalne wyzwania, które mogą mieć wpływ na wiarygodność metod opartych na wskaźnikach porównawczych.

113) W idealnym rozwiązaniu rynek porównawczy jest podobny do rynku, na którym miało miejsce naruszenie, przy czym na rynku porównawczym do takiego naruszenia nie doszło. Nabywcy na każdym z rynków często stosują jednak te same czynniki produkcji. W takim przypadku znalezienie rynku porównawczego, na którym nie miało miejsca naruszenie, może być trudne. W szczególności, jeżeli zakres naruszenia obejmuje szeroki obszar geograficzny, istnieje prawdopodobieństwo, że naruszenie miało również wpływ na produkty podobne do danego produktu i uwzględniające takie same czynniki produkcji. W związku z tym znalezienie odpowiedniego rynku porównawczego może być trudne.

114) W innych okolicznościach na rynek porównawczy może pośrednio wpłynąć początkowe nadmierne obciążenie. W hipotetycznym przykładzie kartelu producentów miedzi, o którym wspomniano w ramce 6, dostawca wiązek przewodów B_1 dokonuje zakupu miedzi od sprawcy naruszenia A_1 . Mimo że dostawca wiązek przewodów B_2 na rynku porównawczym nie dokonuje zakupu od sprawcy naruszenia A_1 , dostawcy wiązek przewodów B_2 i B_1 mogą być konkurentami na tych samych rynkach geograficznych niższego szczebla. Oznacza to, że jeżeli dostawca wiązek przewodów B_1 podniesie ceny w odpowiedzi na początkowe naruszenie, jego konkurenci również mogą podnieść ceny. W takim przypadku naruszenie mogło mieć pośredni wpływ na cenę, którą oferuje dostawca wiązek przewodów B_2 , a w konsekwencji cena ta może nie być właściwą ceną porównawczą⁽⁹⁷⁾.

115) Jeżeli chodzi o porównanie na przestrzeni czasu, określenie z wystarczającą precyzją okresu, w którym na rynek miało wpływ określone naruszenie, może okazać się trudnym zadaniem. Strony mogą przedstawić decyzję wydaną przez organ ochrony konkurencji, w której wskazano okres występowania naruszenia, tj. określono daty rozpoczęcia i zakończenia się naruszenia. Okres ten może jednak nie odpowiadać okresowi, w którym na rynek faktycznie miało wpływ naruszenie. Należy również zauważyć, że określenie dat rozpoczęcia i zakończenia okresu występowania naruszenia albo okresu, w którym miało ono wpływ na rynek, może mieć znaczący wpływ na wynik analizy. W rzeczywistości wpływ naruszenia może nie ograniczać się do okresu przedstawionego w takiej decyzji⁽⁹⁸⁾. Z jednej strony, data rozpoczęcia określona przez organ ochrony konkurencji może być późniejsza niż data rzeczywistego rozpoczęcia naruszenia, na przykład z powodu braku wiarygodnych dowodów⁽⁹⁹⁾. Z drugiej strony, data zakończenia przedstawiona w decyzji dotyczącej naruszenia może być wcześniejsza niż data zakończenia rzeczywistego naruszenia.

116) Skutki naruszenia mogą również nie ograniczać się do czasu trwania naruszenia. Możliwe jest, że naruszenie będzie miało wpływ na dany rynek nawet po ustaniu postępowania zakazanego na mocy prawa konkurencji UE. W szczególności może to mieć miejsce na rynkach oligopolistycznych, jeżeli informacje zgromadzone w trakcie okresu występowania naruszenia umożliwiają dostawcom pewnego produktu podejmowanie po zakończeniu naruszenia stałych działań ukierunkowanych na sprzedaż po cenach wyższych niż cena konkurencyjna, tj. cena, którą pobierano by w przypadku niewystąpienia naruszenia, bez angażowania się w praktyki zabronione na mocy prawa konkurencji UE⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁶⁾ Zob. również pkt 95 praktycznego przewodnika.

⁽⁹⁷⁾ Efekt ten jest podobny do efektów parasola cenowego, o którym wspomniano w pkt 32 powyżej.

⁽⁹⁸⁾ Zob. również pkt 43 praktycznego przewodnika.

⁽⁹⁹⁾ Innymi słowy, sądy krajowe mogą uznać, że stosunkowo duży ciężar dowodu, którym obarczone są organy ochrony konkurencji w postępowaniach o naruszenie, *de facto* nie jest wykorzystywany na niekorzyść poszkodowanego z tytułu naruszenia prawa konkurencji, gdy sądy te szacują szkodę w sprawie z powództwa o odszkodowanie wytoczonej przez takiego poszkodowanego.

⁽¹⁰⁰⁾ Zob. również pkt 153 praktycznego przewodnika. Na przykład sprawa, w której sąd krajowy orzekł, że kartel miał wpływ na pobierane ceny pięć miesięcy po zakończeniu naruszenia, zob. wyrok Oberlandesgericht Karlsruhe (Wyższy Sąd Krajowy w Karlsruhe) z dnia 11 czerwca 2010 r., sprawa nr 6 U 118/05, przywołana również w pkt 44 praktycznego przewodnika.

- 117) Prawdopodobieństwo, że nabywcy na różnych etapach łańcucha dostaw mogą opóźnić przerzucanie nadmiernego obciążenia, może mieć również znaczący wpływ na porównanie⁽¹⁰¹⁾. Zjawisko to może zilustrować przykład w ramce 1 powyżej. Załóżmy, że producent samochodów C negocjuje ceny z dostawcą wiązek przewodów B w ujęciu rocznym. Dostawca wiązek przewodów B koryguje ceny jedynie raz w roku, po zakończeniu negocjacji z producentem samochodów C. Jeżeli kartel cenowy na rynku miedzi powstał zaraz po zakończeniu negocjacji między dostawcą wiązek przewodów i producentem samochodów, dostawca wiązek przewodów może mieć szansę na przerzucenie wzrostu ceny miedzi w swoich cenach dopiero podczas rocznych negocjacji odbywających się w roku kolejnym.
- 118) Opóźnienie przerzucenia na dalsze etapy łańcucha dostaw może zatem spowodować trudności podczas wyboru właściwego okresu do porównania cen w trakcie naruszenia i przed nim lub w trakcie naruszenia i po nim (lub obu porównań). Sąd może skorygować analizę, biorąc pod uwagę charakter każdego przypadku, na przykład poprzez analizę polityki cenowej stron, i na tej podstawie wprowadzić pewne opóźnienie czasowe podczas analizy wzorców ceny na poszczególnych poziomach łańcucha dostaw.
- 119) Przeprowadzanie analiz regresji przy stosowaniu podejścia opartego na wskaźnikach porównawczych może zwiększyć dokładność szacowanego efektu przerzucania. Sędzia powinien mieć świadomość, że choć te modele regresji umożliwiają bezpośrednie oszacowanie efektu przerzucania, nie określają one ilościowo zakresu, w jakim poszczególne czynniki teoretyczne mające wpływ na przerzucanie, omówione w sekcji 3 powyżej (np. charakter kosztów czynników produkcji oraz charakter popytu na produkt), przyczyniły się do tego efektu. Zaletą korzystania z analiz regresji jest mniejsze prawdopodobieństwo przyjęcia błędnych założeń związanych z teorią ekonomii. O ile szacowanie efektu przerzucania nie wymaga zazwyczaj takiego ilościowego podziału szacowanych efektów przerzucania według poszczególnych czynników, należy zauważyć, że dzięki technikom opisanym w sekcji 5.2.3 poniżej można uzyskać ilościowy podział tych czynników.

5.2. Inne metody

5.2.1. Podejście oparte na wielkości przerzucenia

- 120) W powyższej sekcji opisano metody i techniki stosowane w podejściach opartych na wskaźnikach porównawczych w celu oszacowania efektu cenowego związanego z przerzucaniem. Podejście oparte na wskaźnikach porównawczych jest na ogół preferowane, jeżeli jego wdrożenie jest wykonalne i proporcjonalne. Wynika to z wyraźnej przewagi metody, która umożliwia szacowanie przerzucenia w oparciu o rzeczywiste ceny ustalone przez nabywcę bezpośredniego lub pośredniego w trakcie okresu występowania naruszenia. Zależy to jednak między innymi od dostępności danych na temat tych cen – oprócz cen na jednym rynku porównawczym lub kilku takich rynkach. Takie informacje mogą być dostępne w wielu przypadkach. Jeżeli jednak w sądzie nie można przedstawić takich informacji dotyczących rzeczywistych cen na rynku, na którym miało miejsce naruszenie, oraz rynku lub rynkach porównawczych, na przykład jeżeli sąd uzna, że ujawnienie takich informacji jest nieproporcjonalne do wartości roszczenia w przedmiotowej sprawie, przerzucanie można oszacować na podstawie innych metod, takich jak podejście oparte na wielkości przerzucenia.
- 121) Takie podejście oparte na wielkości przerzucenia można wdrożyć poprzez analizę wpływu poprzednich zmian kosztów przedsiębiorstwa na jego ceny przed okresem występowania naruszenia lub po takim okresie. Na przykład w sytuacji przedstawionej w ramce 1 powyżej wielkość przerzucenia można oszacować, analizując wpływ historycznych zmian kosztu miedzi na cenę wiązek przewodów. Mówiąc prościej, jeżeli w następstwie wzrostu ceny miedzi o 10 EUR ceny wiązek przewodów rosły o 5 EUR, wielkość przerzucenia szacuje się na 50 %. Aby oszacować przerzucenie w trakcie okresu występowania naruszenia, sąd mógłby zatem połączyć tę szacowaną wielkość przerzucenia z informacjami na temat nadmiernego obciążenia i sprzedaży.
- 122) Podejście oparte na wielkości przerzucenia nie jest jednak pozbawione ryzyka, a w niektórych przypadkach jego zastosowanie może nawet przynieść mylące wyniki. Wynika to z faktu, że podczas stosowania tego podejścia w celu oszacowania wielkości przerzucenia sąd nie może ani ustalić, czy nadmierne obciążenie zostało rzeczywiście przerzucone, ani nie może stwierdzić, czy zmiany w koscie czynnika produkcji, na który ma wpływ naruszenie, znalazły odzwierciedlenie w cenach na rynkach niższego szczebla. Kluczowe jest zatem, aby sąd zdawał sobie sprawę, że podejście oparte na wielkości przerzucenia opiera się na założeniu, iż w trakcie okresu występowania naruszenia zmiany kosztów czynników produkcji znajdują odzwierciedlenie w cenach na rynkach niższego szczebla. Jeżeli założenie to jest niewłaściwe, takie podejście może doprowadzić do osiągnięcia szacunków, które są mylące, ponieważ pozwoliły stwierdzić przerzucenie nadmiernego obciążenia w przypadku, gdy w rzeczywistości nie miało ono miejsca.

⁽¹⁰¹⁾ Ponadto przedsiębiorstwa mogą zdawać sobie sprawę, że istnieje ryzyko zgłoszenia roszczenia odszkodowawczego oraz że zakres takiego roszczenia można oszacować na podstawie cen po naruszeniu. W związku z tym mogą one być skłonne do utrzymania poziomu cen po zakończeniu naruszenia.

- 123) Podczas stosowania podejścia opartego na wielkości przerzucenia sąd zazwyczaj dokłada starań, aby oszacować przerzucenie na podstawie sposobu, w jaki zmiany w koszcie czynnika produkcji, którego dotyczy naruszenie, znalazły już odzwierciedlenie w cenach na rynkach niższego szczebla. Jeżeli jednak takie informacje nie są dostępne, sąd może wziąć pod uwagę rozwój pozostałych składników kosztów krańcowych nabywcy i dokonać analizy wpływu zmian takich kosztów na ceny na rynkach niższego szczebla. W hipotetycznej sytuacji określonej w pkt 8, którą zmodyfikowano i wyjaśniono w pkt 78 i 98 powyżej, oznacza to, że sąd może wziąć pod uwagę analizę związku między ceną wiązek przewodów a kosztem tworzywa sztucznego (na który nie miało wpływu naruszenie) i oszacować wielkość przerzucenia na podstawie tego związku.
- 124) W większości przypadków przedmiotowe naruszenie dotyczy kosztu czynników produkcji, który stanowi tylko jeden element kosztu krańcowego nabywcy. Jeżeli nakłady, na które miało wpływ naruszenie, stanowią jedynie niewielki ułamek kosztu krańcowego, nawet znaczący wzrost kosztu tego czynnika produkcji może być bardzo trudny do wykrycia w danych nabywcy dotyczących cen, nawet jeśli został on przerzucony w całości. Mimo że alternatywne podejście może polegać na szacowaniu wielkości przerzucania w oparciu o zmiany kosztów bardziej znaczących czynników produkcji, a nie tylko kosztu mniej znaczącego czynnika produkcji, na który miało wpływ naruszenie, takie podejście musi opierać się na założeniu – które może być zbyt daleko idące – że poziom przerzucania wzrostu kosztu krańcowego jest taki sam niezależnie od źródła wzrostu kosztu. Ponadto, jeśli przy zastosowaniu metody opartej na wskaźnikach porównawczych, tj. szacunku opartego na cenie rzeczywistej, nie stwierdzono żadnych statystycznie istotnych przerzuceń, można to uznać za dowód potwierdzający hipotezę, że faktycznie nie miało miejsca żadne przerzucenie. Innymi słowy, stwierdzenie braku przerzucania na podstawie metod opartych na wskaźnikach porównawczych nie jest zasadniczo ani właściwym, ani wystarczającym argumentem do przyjęcia metody opartej na wielkości przerzucenia.
- 125) Jak wyjaśniono w załączniku 1, istnieją również zasadne powody, dla których przedsiębiorstwa nie zawsze mogą przerzucić niewielkie zmiany kosztów krańcowych, przynajmniej w perspektywie krótkoterminowej, nawet jeśli przerzuciłyby większe zmiany kosztów. Założenie, że wielkość przerzucania będzie podobna w przypadku różnych zmian w kosztach czynników produkcji, może zatem nie być zasadne. Jednym wyjaśnieniem może być to, że przedsiębiorstwo może ponosić tzw. koszty korekty ceny, a tym samym może preferować poczekanie do momentu, aż wzrost kosztu krańcowego skumuluje się powyżej pewnego progu, zanim zmieni ceny.
- 126) Podczas oceny pośrednich dowodów przerzucania w oparciu o rozwój składników kosztu, na które nie miało wpływu nadmierne obciążenie, należy wziąć pod uwagę również dowody jakościowe, które mogą wskazywać, że przerzucanie niewielkich wzrostów kosztu jest w tym konkretnym przypadku zgodne z praktykami handlowymi nabywcy bezpośredniego lub pośredniego.
- 127) W niektórych przypadkach dostępne mogą być informacje o cenach ustalonych przez nabywcę bezpośredniego w okresie występowania naruszenia i tylko w odniesieniu do tego okresu. Podejście oparte na wielkości przerzucenia może prowadzić do mylących wyników również w takich scenariuszach. Wynika to z faktu, że mogłoby ono pozwolić na stwierdzenie efektów cenowych związanych z przerzucaniem na podstawie zmian kosztów czynników produkcji, których dotyczyło naruszenie prawa konkurencji. W wielu przypadkach istnieje prawdopodobieństwo, że w okresie występowania naruszenia zmiany kosztów czynników produkcji, których dotyczyło naruszenie prawa konkurencji, są znacznie mniejsze niż wzrost kosztu wynikający z naruszenia. Jak wyjaśniono powyżej, niewielkie wzrosty kosztu nie mogą być przerzucane w takim samym stopniu jak znaczne wzrosty kosztu, a zatem uwzględnianie stosunkowo niewielkich zmian kosztu i ceny w okresie występowania naruszenia mogłoby doprowadzić do niedokładnego oszacowania efektu przerzucania.

5.2.2. *Wdrażanie podejścia opartego na wielkości przerzucenia w praktyce*

- 128) Podejście oparte na wielkości przerzucenia wymaga informacji na temat początkowego nadmiernego obciążenia i odnośnej wielkości przerzucenia. Jeżeli nie jest dostępne żadne wcześniejsze oszacowanie nadmiernego obciążenia, sąd może rozważyć techniki wymienione w praktycznym przewodniku⁽¹⁰²⁾.
- 129) Zaletą metody opartej na wskaźnikach porównawczych jest to, że pozwala ona na tworzenie scenariusza alternatywnego. Jak wspomniano w pkt 66 powyżej, celem tego działania jest oddzielenie efektu naruszenia od innych czynników, które również mają wpływ na ceny. Choć metoda oparta na wielkości przerzucenia nie pozwala na takie podejście, ważne jest, aby kontrolować pod kątem czynników, które nie są związane z naruszeniem. Jednym z podejść może być wykorzystanie technik ilościowych, np. analizy regresji⁽¹⁰³⁾. Na przykład w sytuacji opisanej w ramce 1 powyżej sąd może brać pod uwagę analizę związku między cenami stosowanymi przez dostawcę wiązek przewodów a zmianami w kosztach czynników produkcji wiązek przewodów. Również inne czynniki mogły jednak wpłynąć na cenę na niższym szczeblu, np. wahania popytu u producentów samochodów. Jeśli sąd nie weźmie pod uwagę takich dodatkowych czynników, szacowana wielkość przerzucania będzie najprawdopodobniej nieobiektywna.

⁽¹⁰²⁾ Zob. pkt 26 i nast. praktycznego przewodnika.

⁽¹⁰³⁾ Zob. pkt 101 i nast. powyżej. Koncepcję analizy regresji wyjaśniono szczegółowo w rozdziale II pkt 2 praktycznego przewodnika.

- 130) Analiza regresji zazwyczaj wymaga dużej ilości danych dotyczących kosztów i cen. W celu oszacowania wielkości przerzucenia sąd może zatem rozważyć również, czy szacunki z innych źródeł mogłyby stanowić wiarygodne oszacowanie wielkości przerzucenia. Przykłady takich innych źródeł mogą obejmować wielkości przerzucenia ustalone w innych sprawach dotyczących tego samego sektora lub w innych sektorach, badaniach naukowych istotnych dla sektora w przedmiotowej sprawie lub dowody przekazane w zeznaniach świadków. Jest to szczególnie opłacalna alternatywa, jeśli nie są dostępne potrzebne dane lub jeśli metody ilościowe nie obejmują istotnych czynników kontroli.
- 131) Kluczowa jest jednak świadomość, iż w przypadku szacunków opartych na innych źródłach istnieje ryzyko, że nie będą one uwzględniały czynników istotnych dla wielkości przerzucenia w przedmiotowej sprawie. Szczególnie ważne może być rozważenie metodyki stanowiącej podstawę szacunku ustalonego w innych źródłach oraz wrażliwość wszelkich wyników na potencjalne różnice między takim oszacowaniem a wielkością przerzucenia. W tym celu sąd może uwzględnić odnośne ustalenia wynikające z teorii ekonomii, jak wyjaśniono w sekcji 2.3 powyżej i w załączniku 1, takie jak poziom konkurencji. Metoda oparta na wielkości przerzucenia może nie być odpowiednia, jeśli istnieją jedynie ograniczone informacje, np. dotyczące poszczególnych warunków rynkowych lub tego, w jaki sposób określono wielkość przerzucenia.

5.2.3. Podejście symulacyjne

- 132) W praktycznym przewodniku wprowadzono również tak zwane podejście symulacyjne jako inny sposób umożliwiający ustalanie wysokości szkody wyrządzonej naruszeniem prawa konkurencji⁽¹⁰⁴⁾. Podejście to można zastosować również w celu oszacowania efektu cenowego oraz spadku wielkości sprzedaży związanych z przerzuceniem. Uwzględnia ono jednocześnie efekt cenowy oraz spadek wielkości sprzedaży związane z przerzuceniem. Aby zastosować tę metodę, biegły ekonomista będzie musiał opracować model konkurencji na tym szczeblu dystrybucji, na którym działa powód, oraz przeprowadzić symulację wpływu odpowiedniego nadmiernego obciążenia na zysk powoda w okresie występowania naruszenia. Biegły ekonomista może na przykład zbadać, w jaki sposób różne krzywy popytu i podaży mogą wpływać na stopień przerzucania. Na podstawie specyfikacji strony popytu i strony podaży można obliczyć ceny równowagi na rynku właściwym. Ponadto na kolejnym etapie można ocenić, jaki wpływ na te ceny wywiera nadmierne obciążenie.
- 133) Istotne jest, aby sędzia miał świadomość, że podejście to wymaga obszernych danych na temat cen i ilości na przedmiotowym rynku. Ponadto opiera się ono na założeniach dotyczących zachowania przedsiębiorstw i konsumentów, które mogą być zbyt daleko idące i trudne do potwierdzenia. Dlatego też przy stosowaniu tej metody w wielu przypadkach trudno może być spełnić standard dowodu wymagany zgodnie z obowiązującymi przepisami.

6. KWANTYFIKACJA I SZACOWANIE SPADKU WIELKOŚCI SPRZEDAŻY

6.1. Wprowadzenie

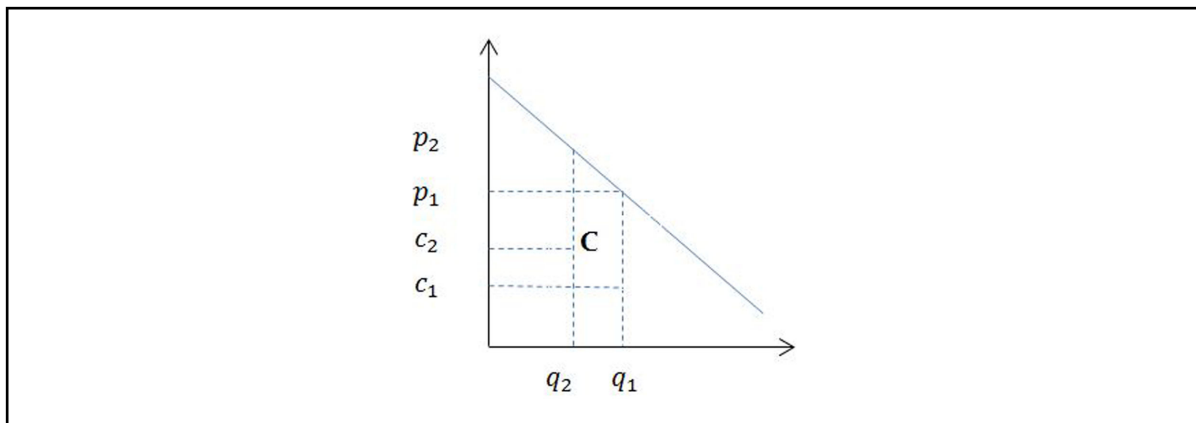
- 134) Jeżeli występuje efekt cenowy związany z przerzuceniem, oznacza to, przynajmniej teoretycznie, występowanie spadku wielkości sprzedaży⁽¹⁰⁵⁾. W związku z tym jeżeli uwzględnia się efekt cenowy bez spadku wielkości sprzedaży, rzeczywista szkoda może zostać oszacowana zbyt nisko. Aby uniknąć nadmiernego lub zbyt niskiego odszkodowania, oszacowanie spadku wielkości sprzedaży jest zatem tak samo istotne jak oszacowanie efektu cenowego związanego z przerzuceniem, o ile nabywca dochodzi odszkodowania za utracone korzyści z tytułu spadku wielkości sprzedaży⁽¹⁰⁶⁾.
- 135) Jak przedstawiono w ramce 11 poniżej, spadek wielkości sprzedaży odnosi się do utraty korzyści ze względu na ograniczoną sprzedaż w wyniku przerzucania, tj. niższą wielkość sprzedaży z powodu wyższych cen. W podejściu sekwencyjnym, o którym mowa powyżej w pkt 69, trzecim krokiem w procesie ustalenia wielkości odszkodowania z tytułu nadmiernego obciążenia jest oszacowanie skali spadku wielkości sprzedaży.

⁽¹⁰⁴⁾ Przewodnik praktyczny, pkt 96 i nast.

⁽¹⁰⁵⁾ Ponieważ nabywca zazwyczaj ma do czynienia z krzywą popytu wykazującą tendencję spadkową. Przemawiającą za tym intuicję gospodarczą omówiono szerzej w załączniku 1.

⁽¹⁰⁶⁾ Sądy krajowe w państwach członkowskich UE w kilku sprawach potwierdziły znaczenie oszacowania spadku wielkości sprzedaży. Na przykład niemiecki sąd Oberlandesgericht Karlsruhe (Wyższy Sąd Krajowy w Karlsruhe) w swoim wyroku z dnia 9 listopada 2016 r. w sprawie nr 6 U 204/15 Kart 2 ustalił, że przerzucanie nadmiernego obciążenia może w efekcie prowadzić do zmniejszenia sprzedawanych ilości przez nabywcę bezpośredniego.

Ramka 11

Spadek wielkości sprzedaży

- 136) Spadek wielkości sprzedaży odpowiada różnicy między q_1 i q_2 . Obszar C oznacza utracony zysk wynikający ze spadku wielkości sprzedaży. Można go otrzymać poprzez przemnożenie utraconej wielkości przez marżę zysku ($p_1 - c_1$), którą uzyskalby nabywca w przypadku braku naruszenia bez żadnego przerzucania.
- 137) Oszacowanie spadku wielkości sprzedaży wymaga oceny dwóch czynników, mianowicie (i) zmiany w ilości ze względu na podwyższone ceny; oraz (ii) marży ze scenariusza alternatywnego. Oszacowanie tych czynników wymaga danych dotyczących parametrów innych niż te konieczne do oszacowania efektu cenowego związanego z przerzucaniem. W zależności od dostępnych danych można stosować różne metody. Jeżeli chodzi o szacowanie efektu cenowego związanego z przerzucaniem, przy szacowaniu spadku wielkości sprzedaży sąd może uwzględnić dowody jakościowe o bezpośrednim charakterze ⁽¹⁰⁷⁾. Istnienie takich dowodów może odegrać istotną rolę w przypadku, gdy sąd decyduje, którą ewentualnie z poszczególnych metod opisanych bardziej szczegółowo poniżej można zastosować w konkretnej sprawie.
- 138) Do tej pory sądy krajowe szacowały spadek wielkości sprzedaży jedynie w ograniczonej liczbie przypadków. Jeden z przykładów podano w ramce 12 poniżej. W tym przypadku biegły ekonomista powołany przez sąd zastosował zarówno dane jakościowe, jak i ilościowe do oszacowania spadku wielkości sprzedaży.

Ramka 12

Szacowanie spadku wielkości sprzedaży – Cheminova (2015) ⁽¹⁰⁸⁾

Jak wyjaśniono w ramce 9 powyżej, sprawa ta dotyczy sprzedaży pestycydów w Danii. Sąd uznał, że połowa początkowego nadmiernego obciążenia została przerzucona przez bezpośredniego nabywcę. W oparciu o ocenę biegłego powołanego przez sąd oszacowano również spadek wielkości sprzedaży. Biegły oszacował, że spadek wielkości sprzedaży odpowiada marży ze scenariusza alternatywnego pomnożonej przez wielkość sprzedaży, której nie dokonano ze względu na przerzucenie.

Aby oszacować wielkość sprzedaży, której nie dokonano w okresie występowania naruszenia, biegły zastosował zmodyfikowaną wersję podejścia dotyczącego elastyczności, które szczegółowo wyjaśniono w sekcji 6.3 poniżej. Ponieważ dane ilościowe dotyczące cen i wielkości sprzedaży nie były dostępne, biegły uzyskał miarę elastyczności poprzez uśrednienie elastyczności stwierdzonej w 23 badaniach rynku pestycydów. Ponadto biegły oszacował marżę ze scenariusza alternatywnego poprzez dostosowanie osiągniętej marży w okresie występowania naruszenia. Na tej podstawie sąd stwierdził, że szkody wynikające ze spadku wielkości sprzedaży były równe 20 % kwoty nadmiernego obciążenia.

⁽¹⁰⁷⁾ Na przykład dokumenty wewnętrzne pochodzące od bezpośredniego lub pośredniego klienta, w których wyjaśnia się, w jaki sposób wzrost ceny produktu, którego dotyczy naruszenie, w czasie trwania naruszenia wpłynął na dostarczoną ilość.

⁽¹⁰⁸⁾ Wyrok Sø- og Handelsretten (Wyższy Sąd Morski i Gospodarczy w Danii) z dnia 15 stycznia 2015 r., sprawa SH2015.U-0004-07 (Cheminova A/S przeciwko Akzo Nobel Functional Chemicals BV i in.).

6.2. Podejście oparte na wskaźnikach porównawczych

6.2.1. Wymagane informacje

- 139) Podejście oparte na wskaźnikach porównawczych do celu oszacowania spadku wielkości sprzedaży wymaga informacji dotyczących (i) odnotowanej ilości sprzedanej przez przedsiębiorstwo dotknięte nadmiernym obciążeniem; (ii) ilości, która zostałaby sprzedana w przypadku scenariusza alternatywnego; oraz (iii) marży cena–koszt, którą osiągnąłby nabywca, gdyby nie miało miejsca naruszenie. Należy jednak zauważyć, że odnotowana marża cena–koszt nie jest odpowiednią marżą wymaganą do oszacowania spadku wielkości sprzedaży. Na przykład jeśli nabywca przerzuca połowę nadmiernego obciążenia, spowoduje to zmniejszenie jego marży, co oznacza, że odnotowana marża będzie mniejsza niż pomiar ze scenariusza alternatywnego. W tym przypadku zastosowanie odnotowanej marży zaniżyłoby wielkość spadku wielkości sprzedaży.
- 140) Ponadto sąd powinien mieć świadomość, że odpowiednia marża do oszacowania spadku wielkości sprzedaży niekoniecznie odpowiada standardowym pomiarom marży w rachunkowości przedsiębiorstwa, np. wynikowi finansowemu przed odsetkami i opodatkowaniem lub dochodowi netto przedsiębiorstwa.
- 141) Odpowiednie marże do oceny spadków wielkości sprzedaży określono poprzez ceny odpowiednich produktów, od których odjęto koszty nieponiesione, tj. koszty, które zaoszczędzono w wyniku zmniejszenia produkcji. Zatem oprócz ceny, które koszty uznaje się za możliwe do uniknięcia, sąd może nakazać ujawnienie cen odpowiednich produktów. W tym kontekście może on również nakazać ujawnienie dokumentów wewnętrznych zawierających informacje na temat marży na pokrycie kosztów, które wykorzystuje nabywca do dokonywania własnych decyzji dotyczących ustalania cen.

31) 6.2.2. Metody i wyzwania

- 142) Utracony zysk związany ze spadkiem wielkości sprzedaży można oszacować za pomocą podejścia opartego na wskaźnikach porównawczych poprzez pomnożenie marży ze scenariusza alternatywnego przez spadek wielkości sprzedaży wynikający z przerzucenia nadmiernych obciążeń.
- 143) Wykorzystując odpowiednie dane od nabywcy, sąd może rozważyć techniki porównawcze opisane powyżej, aby oszacować marżę oraz ilość ze scenariusza alternatywnego. Ponieważ na odnotowaną marżę zysku oraz ilość mogły wpłynąć inne czynniki niezwiązane z naruszeniem, w wielu przypadkach konieczne będzie przeprowadzenie kontroli pod kątem takich dodatkowych czynników. Zasadniczo należałoby zatem przyjąć jedno z podejść opisanych powyżej w celu przeprowadzenia kontroli pod kątem czynników niezwiązanych z naruszeniem, np. poprzez analizę regresji.
- 144) Jeżeli nie są dostępne dane potrzebne do przeprowadzenia podejścia różnicy w różnicach, można rozważyć inne techniki opisane powyżej, tj. porównanie międzyrynkowe lub porównanie w czasie. Jeżeli jednak zastosuje się takie techniki, istotne jest również przygotowanie rzetelnego scenariusza alternatywnego, uwzględniając czynniki różniące się między poszczególnymi rynkami lub przedziałami czasowymi.
- 145) U podstaw metod opartych na wskaźnikach porównawczych leży założenie, że okres lub rynek odniesienia są wystarczająco podobne, w szczególności w odniesieniu do cech rynku, które są istotne dla marż zysku, takich jak poziom konkurencji na rynku lub struktura kosztów dostawców. Założenie to jest trudne do zweryfikowania, gdyż istnieje duże prawdopodobieństwo, że o marżach przedsiębiorstwa decyduje wiele czynników i decyzji strategicznych.

6.3. Podejście dotyczące elastyczności

- 146) Spadek wielkości sprzedaży można również oszacować poprzez połączenie wzrostu ceny odnotowanego w wyniku efektu cenowego związanego z przerzucaniem i oszacowania wrażliwości cenowej danego popytu. Jak wspomniano powyżej, wrażliwość cenowa popytu decyduje o sile związku między ceną i popytem. Na przykład jeżeli wzrost ceny o 1 EUR jest związany ze znacznym ograniczeniem nabywanej ilości, popyt uznaje się za bardziej wrażliwy cenowo niż w przypadku, gdy ograniczenie nabywanej ilości jest mniej znaczące dla tego samego wzrostu ceny o 1 EUR. Tzw. elastyczność cenowa popytu pokazuje zmianę procentową żądanej ilości związaną ze wzrostem ceny o jeden procent ⁽¹⁰⁹⁾.

6.3.1. Potrzebne metody i informacje

- 147) Ogólnie na zmniejszenie wielkości, zilustrowane przez spadek w sprzedaży z q_1 do q_2 w ramce 11 powyżej, wpłyną podniesienie ceny przez samo przedsiębiorstwo, jak również zmiany cen konkurentów, biorąc pod uwagę, że przedsiębiorstwa konkurują ceną. Zatem, aby oszacować skalę straty w wielkości sprzedaży, konieczna będzie ocena tego, w jaki sposób przerzucanie wpłynęło na ceny wszystkich konkurentów na rynku, jak również wrażliwości popytu na te zmiany cen. Przy ocenie tej metody spadek wielkości sprzedaży ⁽¹¹⁰⁾ szacuje się poprzez pomnożenie straty wielkości sprzedaży przez marżę ze scenariusza alternatywnego.

⁽¹⁰⁹⁾ Zob. również pkt 167 załącznika 1.

⁽¹¹⁰⁾ Spadek wielkości sprzedaży przedstawiono na obszarze C w ramce 11 powyżej i w ramce 14 poniżej.

- 148) Wymogi dotyczące danych podczas szacowania spadku wielkości sprzedaży poprzez odniesienie do podejścia dotyczącego elastyczności będą zależały od tego, czy nadmierne obciążenie miało jednakowy wpływ na odpowiednie przedsiębiorstwa, tj. od tego, czy jest to nadmierne obciążenie w całym sektorze. Spadki wielkości sprzedaży zarówno prostej, jak i mieszanej elastyczności cenowej można uchwycić w ramach elastyczności cenowej na rynku. W takich okolicznościach spadek wielkości sprzedaży można oszacować w oparciu o marżę ze scenariusza alternatywnego, elastyczność rynkową popytu oraz odnotowane ceny (p_1) i ilości (q_2).
- 149) Marżę ze scenariusza alternatywnego można oszacować również poprzez przyjęcie podejścia opartego na wskaźnikach porównawczych. Oszacowanie ilościowe elastyczności rynkowej popytu może wymagać dużej ilości danych na temat cen i ilości, które to dane mogą nie być dostępne lub proporcjonalne w danym przypadku. W takich okolicznościach sąd może uznać za wystarczające wykorzystanie innych źródeł dowodów, np. informacji z poprzednich badań rynku w odniesieniu do odnośnego rynku lub dokumentów wewnętrznych zapewniających informacje na temat odnośnej elastyczności⁽¹¹⁾.
- 150) Innym uproszczonym podejściem może być wykorzystanie ustaleń wynikających z teorii ekonomii do oszacowania spadku wielkości sprzedaży. Takie podejście może być oparte na cenie ustalonej przez nabywcę bezpośrednio w okresie występowania naruszenia (efekt cenowy związany z przerzucaniem) oraz na ilości, która zostałaby sprzedana w przypadku scenariusza alternatywnego. Ponieważ zdolność przedsiębiorstwa do podniesienia cen zależy od stopnia wrażliwości cenowej popytu na produkt tego przedsiębiorstwa, między marżą przedsiębiorstwa a własną elastycznością cenową popytu przewiduje się zazwyczaj odwrotną zależność. Na tej podstawie można „zniwelować” własną elastyczność cenową i marżę ze scenariusza alternatywnego. Ponieważ informacje na temat ceny ustalonej przez nabywcę bezpośrednio (spadek wielkości sprzedaży związany z przerzucaniem) będą już dostępne na tym etapie postępowania, jedynym dodatkowym wkładem wymaganym do oszacowania spadku wielkości sprzedaży jest ilość, która zostałaby sprzedana w przypadku scenariusza alternatywnego.

6.3.2. Wyzwania

- 151) Stosując podejście dotyczące elastyczności, sąd może oszacować istotne parametry elastyczności. Jednym ze sposobów, aby tego dokonać, jest opracowanie modelu popytu i wykorzystanie ekonometrii. Jak wspomniano powyżej, takie podejście jest jednak wymagające pod względem wymogów dotyczących danych i pod względem założeń. Jeśli dane nie są dostępne i wykorzystuje się inne źródła, np. badania rynku lub informacje z poprzednich spraw, istotne jest, aby zauważyć, że takie źródła mogą być niewłaściwe, jeśli rynek w rozpatrywanej sprawie różni się od rynku opisanego w badaniach pod względem struktury rynku. W takich okolicznościach podejście dotyczące elastyczności może nie zapewnić właściwego oszacowania spadku wielkości sprzedaży.
- 152) Jak wspomniano we wstępie do niniejszej sekcji dotyczącej kwantyfikacji, trzy potencjalne elementy szkody w sprawie o odszkodowanie wynikają z początkowego nadmiernego obciążenia, efektu cenowego związanego z przerzucaniem i spadku wielkości sprzedaży⁽¹¹²⁾. Sąd może zdecydować, że kolejno oszacuje trzy elementy, przy czym ustalenie wysokości nadmiernego obciążenia stanowiłoby pierwszy krok, oszacowanie efektu cenowego związanego z przerzucaniem – drugi krok, a oszacowanie spadku wielkości sprzedaży związanego z przerzucaniem – krok trzeci.

7. WYBÓR METODY

- 153) Wybór metody szacowania efektu cenowego i spadku wielkości sprzedaży związanych z przerzucaniem będzie zazwyczaj zależał od szeregu aspektów. Na przykład jeśli powód i pozwany polegają na różnych metodach i stosowanie tych metod prowadzi do sprzecznych wyników, z zasady nie jest właściwe, aby uznać oszacowane przerzucenie jako średnią dwóch wyników, ani nie byłoby właściwe uznanie, że sprzeczne wyniki wzajemnie się unieważniają w takim znaczeniu, że obie metody należy wykluczyć. Jak wspomniano w praktycznym przewodniku, w takiej sytuacji należy raczej zbadać przyczyny otrzymania rozbieżnych wyników oraz rozważyć mocne i słabe strony każdej metody i sposób jej realizacji⁽¹¹³⁾.
- 154) Poszczególne techniki szacowania efektu cenowego oraz spadku wielkości sprzedaży związanych z przerzucaniem przedstawione w sekcjach 5 i 6 różnią się pod względem złożoności i wymogów dotyczących danych – od analiz opartych na dowodach jakościowych, z jednej strony, po techniki ekonometryczne⁽¹¹⁴⁾ oparte na danych ilościowych, z drugiej strony. Poszczególne techniki zakładają również różną dokładność w szacowaniu poszczególnych efektów.

⁽¹¹⁾ Zob. np. wyrok Sø- og Handelsretten (Wyższy Sąd Morski i Gospodarczy w Danii) z dnia 15 stycznia 2015 r., sprawa SH2015.U-0004-07 (Cheminova A/S przeciwko Akzo Nobel Functional Chemicals BV i in.).

⁽¹¹²⁾ Zob. pkt 69.

⁽¹¹³⁾ Zob. również praktyczny przewodnik, pkt 125.

⁽¹¹⁴⁾ Pojęcie technik ekonometrycznych wyjaśniono bardziej szczegółowo w sekcji 5 powyżej oraz w załączniku 2.

- 155) W tym kontekście nie jest możliwe wyodrębnienie jednej techniki, która byłaby bardziej odpowiednia niż inne metody w odniesieniu do wszystkich spraw. Przykładem tego jest stosowanie technik ekonometrycznych. W większości przypadków zastosowanie takich technik może zwiększyć poziom dokładności oszacowania. Takie techniki zazwyczaj wymagają jednak znacznej ilości danych, które mogą nie zawsze być dostępne. W związku z tym zgromadzenie danych i ich analizy ekonomiczne mogą pociągać za sobą znaczne koszty dla stron, osób trzecich i sądu. Koszty te mogą być nieproporcjonalne do wysokości przedmiotowego odszkodowania.
- 156) Oszacowując efekty przerzucania, sądy krajowe mogą wykorzystać elementy dowodów bezpośrednich istotnych dla sprawy. Na przykład dokumenty wewnętrzne lub inne dokumenty o charakterze jakościowym sporządzone przez nabywcę bezpośredniego lub pośredniego dotyczące związku między nadmiernym obciążeniem i zmianami w jego cenach. Jeśli dostępny jest ten rodzaj dowodów, sąd może uznać je za wystarczające, aby oszacować efekty związane przerzuceniem (efekt cenowy i spadek wielkości sprzedaży), biorąc pod uwagę dowody jakościowe lub dokonując zmian w danych ilościowych bez stosowania analizy regresji. W związku z tym dostępność dowodów jakościowych może odgrywać istotną rolę, gdy sąd podejmuje decyzję, czy strona może zastosować którąkolwiek technikę ilościową określoną w powyższych sekcjach lub którą z tych technik zastosować, aby spełnić wymagany standard dowodu zgodnie z prawem właściwym⁽¹¹⁵⁾.

8. ZAŁĄCZNIK 1 – TEORIA EKONOMII

8.1. Wprowadzenie

- 157) W niniejszym załączniku wyjaśniono bardziej szczegółowo elementy teorii ekonomii istotne w kontekście szacowania przerzucenia. Jak opisano w pkt 49 i nast. powyżej, różne czynniki mogą wpłynąć na stopień przerzucania, takie jak charakter kosztów czynników produkcji podlegających nadmiernemu obciążeniu, charakter popytu na produkt, z jakim ma do czynienia klient bezpośredni i pośredni, charakter i intensywność interakcji konkurencyjnej między przedsiębiorstwami na rynku, na którym działają klienci bezpośredni i pośredni oraz inne elementy, takie jak udział różnych czynników produkcji przedsiębiorstwa, których dotyczy nadmierne obciążenie, lub okres naruszenia.

8.2. Koszty czynników produkcji oraz ich wpływ na decyzje w sprawie ustalania ceny

- 158) Jak wyjaśniono w pkt 46 powyżej, początkowe nadmierne obciążenie skutkuje wzrostem kosztu czynników produkcji dla nabywców produktów lub usług nadmiernie obciążonych. To, czy ci nabywcy są zdolni i skłonni do przerzucenia nadmiernego obciążenia na ich własnych klientów – a jeśli są, to w jakim zakresie – zależy, poza innymi czynnikami, od struktury kosztów nabywców.
- 159) Aby zidentyfikować efekty przerzucania, istotne jest określenie, czy koszt czynników produkcji poniesiony przez nabywcę mierzącego się z nadmiernym obciążeniem różni się w zależności od ilości czynników produkcji, które on zamawia (tj. zmienne koszty czynników produkcji), czy nie (tj. stałe koszty czynników produkcji). Teoria ekonomii rzeczywiście wskazuje, że odnośna kategoria kosztów dotycząca krótkookresowego ustalania ceny to koszt zmienny, a dokładniej koszt krańcowy; tzn. przyrost kosztów poniesiony przy zakupie jednego dodatkowego czynnika produkcji (zob. ramka 13 poniżej). Przeciwnieństwem takich kosztów są koszty stałe, które z kolei zazwyczaj wpływają na długookresowe decyzje strategiczne przedsiębiorstw, takie jak decyzje dotyczące udziału w rynku, wprowadzenia produktu i poziomu inwestycji.

Ramka 13

Przykłady kosztów krańcowych i kosztów stałych

Aby wyjaśnić pojęcie kosztów krańcowych (zmiennych) i kosztów stałych, należy rozważyć przykład w ramce 1 powyżej.

W tym przykładzie koszty zmienne dostawcy wiązki przewodów byłyby kosztami związanymi z produkcją jednej dodatkowej wiązki przewodów. Takie koszty mogą obejmować czynniki produkcji wymagane do produkcji dodatkowej wiązki przewodów, w tym miedź i tworzywa sztuczne, energię elektryczną i koszty pracy związane z dodatkową produkcją.

Dostawca wiązek przewodów ponosi jednak także koszty stałe w swojej produkcji, takie jak wprowadzanie produktów na rynek oraz inwestycje w nowe maszyny. Na koszty te nie wpływa produkcja jednej dodatkowej wiązki przewodów i w związku z tym uznaje się je za stałe.

- 160) Zazwyczaj właściwym punktem wyjścia dla oceny efektów przerzucania byłby wpływ nadmiernego obciążenia na krańcowe lub zmienne koszty nabywców.

⁽¹¹⁵⁾ Wskazano to również w praktycznym przewodniku, pkt 14.

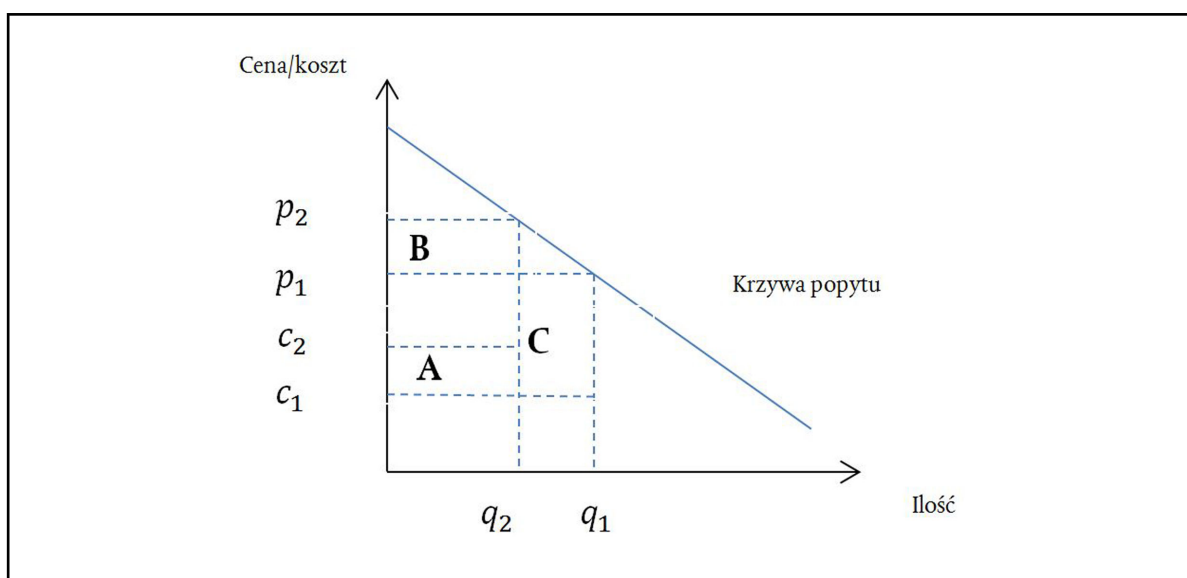
- 161) Umowy między przedsiębiorstwami na różnych poziomach łańcucha dostaw, określające warunki, na których przedsiębiorstwa dostarczyłyby swoje produkty lub usługi nabywcom, mogą dotyczyć elementów uznanych za koszty zmienne albo koszty stałe. Na przykład często niektóre części składowe ceny, którą płaci nabywca, nie zależą od wielkości zakupu, podczas gdy inne części składowe zależą. Wynika z tego, że w sprawie o odszkodowanie obejmującej jakikolwiek argument dotyczący przerwania istotne jest ustalenie, czy z punktu widzenia nabywcy części składowe ceny, na którą naruszenie miało wpływ, są kosztami stałymi, czy nie.
- 162) Ramy czasowe, w których rozważa się ustalanie ceny, wpłyną na to, czy koszty zostaną sklasyfikowane jako zmienne, czy stałe. Ogólnie teoria ekonomii sugeruje, że im dłuższe są odnośne ramy czasowe, tym większy odsetek kosztów całkowitych, które należy uznać za zmienne. Innymi słowy, dana kategoria kosztów postrzegana jako stała w perspektywie krótkookresowej, przy rozważaniu dłuższych ram czasowych może zostać uznana przez przedsiębiorstwo za zmienną. Dokonując oceny odnośnych ram czasowych w konkretnej sprawie, sąd może uwzględnić informacje z dokumentów wewnętrznych strony, np. informacje na temat tego, które koszty przedsiębiorstwo uwzględnia przy podejmowaniu własnych decyzji dotyczących ustalania cen.
- 163) Rozważania dotyczące kosztów stałych i zmiennych mają szczególne znaczenie, gdy szacuje się spadek wielkości sprzedaży, ponieważ oszacowanie tego efektu wymaga przeprowadzenia oceny marży przedsiębiorstw zaangażowanych w rozpatrywaną sprawę.

8.3. Cechy popytu i powiązania z cenami

- 164) Innym czynnikiem kluczowym dla oszacowania efektów przerwania jest charakter popytu, z jakim mierzą się nabywcy bezpośredni na rynku, na którym działają. W ekonomii związek między popytem i poziomem ceny jest istotnym czynnikiem w opisywaniu funkcjonowania rynków. Na każdym rynku popyt określa się jako ilość danego towaru lub usługi, którą nabywcy na tym rynku kupiliby przy określonym poziomie cenowym.
- 165) Najczęściej oznacza to, że im wyższy poziom ceny, tym mniejsza zagregowana ilość produktów, które nabywcy na rynku są gotowi kupić. Wrażliwość cenowa popytu decyduje o sile stosunku między ceną i popytem. Na przykład jeżeli wzrost ceny o 1 EUR jest związany ze znacznym ograniczeniem nabywanej ilości, popyt uznaje się za bardziej wrażliwy cenowo niż w przypadku, gdy ograniczenie nabywanej ilości jest mniej znaczące dla tego samego wzrostu ceny o 1 EUR.
- 166) Standardową odwróconą krzywą popytu wykazującą tendencję spadkową przedstawiono w ramce 14 poniżej⁽¹¹⁶⁾. W tej ramce obszar A odpowiada nadmiernemu obciążeniu wynikającemu z naruszenia. Wzrost cen, który wyrządza szkodę nabywcy bezpośrednio, uwzględnia się jako wzrost kosztów czynników produkcji tego nabywcy. Jest on reprezentowany przez c_2 i c_1 . Obszar B ilustruje efekt cenowy związany z przerwaniem, podczas gdy obszar C przedstawia spadek wielkości sprzedaży. Jak zilustrowano, stosunkowo wysoki poziom ceny (p_2) odpowiada stosunkowo niskiej ilości dostarczonej (q_2).

Ramka 14

Standardowa krzywa popytu – efekt cenowy i spadek wielkości sprzedaży

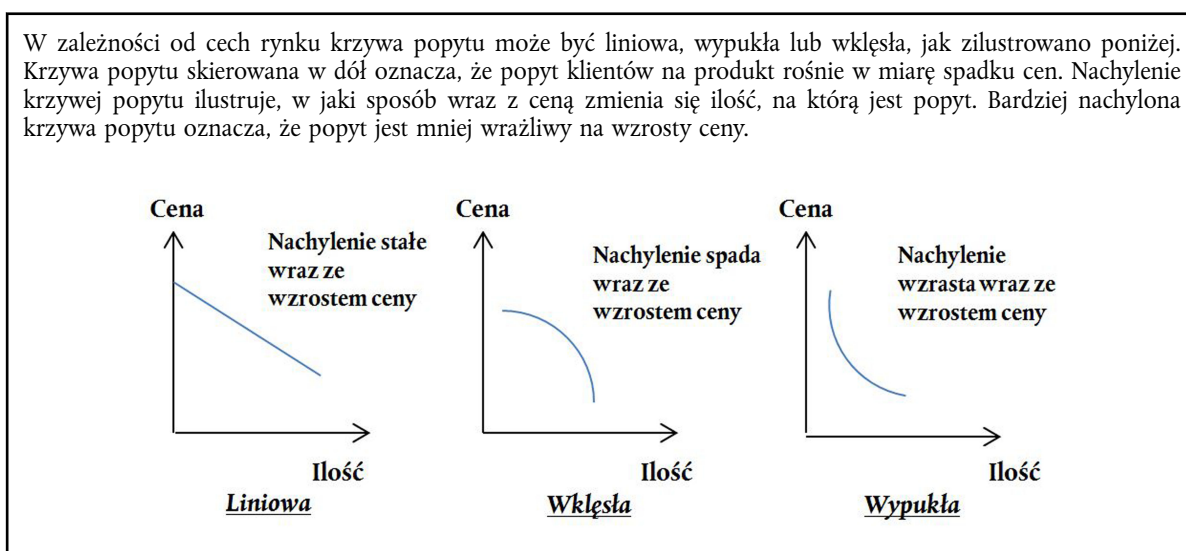


⁽¹¹⁶⁾ Wykres ilustruje ceny (oś pionowa) jako funkcję ilości, na którą jest popyt (oś pozioma). Tę krzywą popytu często określa się jako „odwróconą krzywą popytu”, podczas gdy krzywą przedstawiającą popyt na osi pionowej jako funkcję cen na osi poziomej nazywa się po prostu „krzywą popytu”. Na kolejnych przykładach graficznych pokazano odwrócone krzywe popytu. W celu uproszczenia językowego nazywa się je jednak „krzywymi popytu”.

- 167) Powszechnie stosowane określenie tej wrażliwości cenowej to tzw. elastyczność cenowa popytu. Pokazuje ona zmianę procentową ilości, na którą jest popyt, związaną ze wzrostem ceny o jeden procent. Na przykład własna elastyczność cenowa popytu przedsiębiorstwa wynosząca $-0,5$ oznacza, że wzrost ceny o jeden procent jest związany ze zmniejszeniem popytu o $0,5$ procent. Z drugiej strony, elastyczność wynosząca $-0,2$ oznacza zmniejszenie popytu jedynie o $0,2$ procent w przypadku wzrostu ceny o jeden procent. W drugim przypadku popyt uznaje się za mniej elastyczny niż w pierwszym przypadku, tzn. mniej wrażliwy cenowo, ponieważ ilość zakupu reaguje na wzrost ceny w mniej istotny sposób.
- 168) Przy ocenie przerwania nadmiernego obciążenia z nabywcy bezpośredniego na nabywcę pośredniego przedmiotem zainteresowania jest popyt, z jakim mierzy się nabywca bezpośredni. Nabywca pośredni może obniżyć popyt w reakcji na podniesienie ceny przez nabywcę pośredniego.
- 169) Na zakres spadku wielkości sprzedaży bezpośrednio wpływa wrażliwość cenowa popytu. Wynika to z faktu, że wrażliwość cenowa określa zmniejszenie popytu w następstwie wzrostu ceny. W przypadku danego wzrostu zmniejszenie produkcji jest tym większe, im bardziej wrażliwy cenowo jest popyt. W związku z tym spadek wielkości sprzedaży, tzn. zysk utracony przez klienta sprawcy naruszenia ze względu na zmniejszenie produkcji (popytu), jest ściśle związany z wrażliwością cenową popytu.
- 170) Zakres przerwania, a w związku z tym rozmiar efektów przerwania, jest również związany z powiązaniem między popytem i poziomem ceny. W tym przypadku jednak to nie wrażliwość cenowa popytu jest bezpośrednio istotna, lecz raczej zmiana wrażliwości cenowej popytu w miarę jak zmienia się poziom ceny. Tę zmianę wrażliwości cenowej w odniesieniu do poziomu ceny określa się jako zakrzywienie popytu.
- 171) Zakrzywienie popytu to tempo, w jakim odpowiedź popytu na zmiany ceny różni się, w miarę jak zmienia się cena lub produkcja. W przypadku gdy krzywa popytu jest liniowa, nie ma ona zakrzywienia i nachylenie jest stałe. W przypadku wypukłej krzywej popytu popyt staje się coraz mniej wrażliwy na zmianę ceny w miarę wzrostu ceny. Może to mieć miejsce, w przypadku gdy produkty lub usługi, na które wpływa nadmierne obciążenie, określają się jako towary podstawowe. Hipotetycznym przykładem może być popyt na wodę pitną na pustyni, ponieważ przeciętny klient może być w coraz mniejszym stopniu wrażliwy na wzrost ceny, w miarę jak zmniejsza się dostępna ilość. Z drugiej strony taki klient może być w coraz większym stopniu wrażliwy na wzrost cen, w miarę jak wzrasta dostępna ilość.
- 172) Jeśli krzywa popytu jest wklęsła, jak pokazano na środkowym wykresie w ramce 15, popyt staje się bardziej wrażliwy na zmiany ceny, w miarę jak rośnie cena. Może to mieć miejsce, na przykład jeśli substytut produktu, na który ma wpływ nadmierne obciążenie, jest dostępny dla klienta. Przykładem może być popyt na benzynę. Przy pewnym poziomie ceny klienci mogą przenieść zużycie z samochodów napędzanych benzyną na samochody elektryczne. Oznaczałoby to, że popyt na benzynę stałby się bardziej wrażliwy na zmiany ceny, ponieważ więcej klientów zmienia źródło zaopatrzenia, jeśli cena benzyny wzrasta.
- 173) Zakrzywienie krzywej popytu może mieć znaczący wpływ na przerzucanie nadmiernego obciążenia. W przypadku danego poziomu konkurencji przerzucenie nadmiernego obciążenia w całym sektorze wzrośnie tym bardziej, im bardziej wypukła jest krzywa popytu. Jeśli krzywa popytu jest wystarczająco wypukła, wielkość przerzucenia może przekroczyć 100 procent.

Ramka 15

Inne zakrzywienia popytu

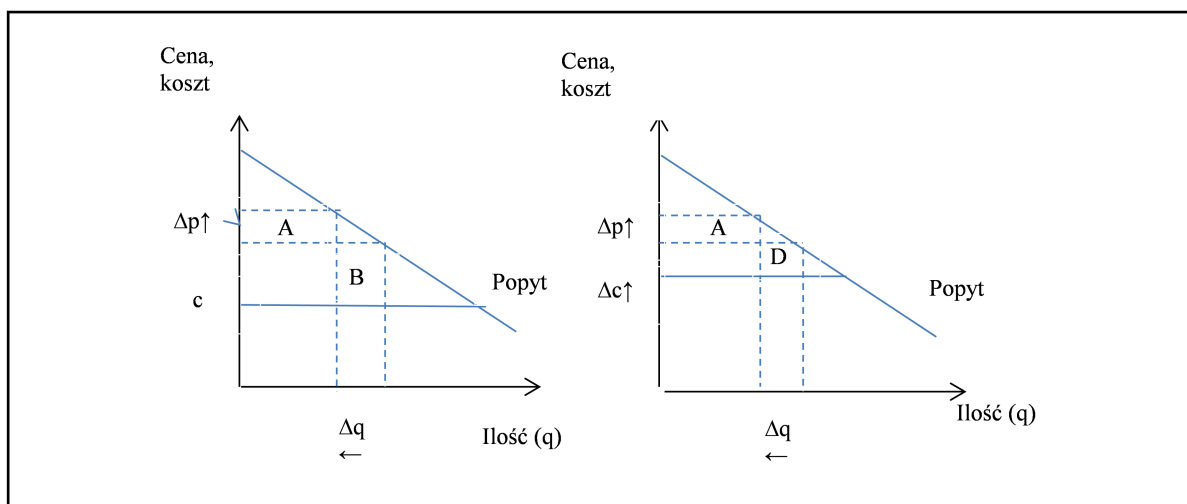


8.4. Decyzja przedsiębiorstwa w sprawie ustalania ceny

- 174) Jak wyjaśniono powyżej w pkt 52 i 53, o skłonności danego przedsiębiorstwa do przerwania nadmiernego obciążenia na nabywców decyduje rodzaj popytu i powiązane koszty⁽¹⁷⁾. Zgodnie z teorią ekonomii przedsiębiorstwo dostosuje ceny jedynie w sytuacji, gdy zwiększy to zysk. Aby otrzymać wyższą cenę, przedsiębiorstwa zazwyczaj będą musiały jednak zaakceptować ograniczoną sprzedaż. Ocena kompromisu między zwiększonym zyskiem z wyższych cen i zmniejszonym zyskiem ze zmniejszonej sprzedaży jest istotna, aby zrozumieć zakres efektów przerwania w powództwach o odszkodowanie.
- 175) Kompromis ten zilustrowano w ramce 16 poniżej. Jeśli przedsiębiorstwo, na przykład bezpośredni klient producenta surowców, podniesie ceny, wpływ na zysk z wyższych cen można zilustrować w ramach obszaru A na lewym wykresie w ramce 16. Odpowiadający temu utracony zysk wynikający ze spadku sprzedaży jest równy obszarowi B. W przypadku, gdy efekt kolejnego niewielkiego wzrostu ceny sprawi, że obszar A będzie równy obszarowi B, nie ma możliwości osiągnięcia dodatkowego zysku poprzez dalsze korekty ceny. W przypadku wzrostu cen powyżej tego poziomu marża zysku utracona poprzez wynikający ze wzrostu spadek wielkości sprzedaży przewyższy zwiększone marże zyskane na pozostałej sprzedaży.
- 176) Jeżeli nabywca bezpośredni ma do czynienia z wyższymi kosztami surowców, na przykład gdy dostawcy surowców podniosą ceny, naruszając art. 101 TFUE, może to zmienić warunki kompromisu opisanego w pkt 175 powyżej. Wzrost kosztów nabywcy bezpośredniego zmniejszy marże zyskane na sprzedaży po przeważającej cenie. Pod względem zysku sprawia to, że podniesienie ceny kosztem utraty części sprzedaży jest mniej kosztowne. Utracony zysk z powodu niższej sprzedaży w przypadku wzrostu kosztów to obszar D na prawym wykresie w ramce 16 poniżej. Ponieważ obszar D jest mniejszy niż obszar B, bezpośredni klient ma motywację, aby podnieść cenę w reakcji na wzrost kosztu, tzn. przerzucić zmianę kosztu, przynajmniej w pewnym zakresie.

Ramka 16

Kompromis między wzrostem ceny i utratą sprzedaży



8.5. Intensywność konkurencji i powiązania z przerwaniem

8.5.1. Ciągłość konkurencyjności na rynkach

- 177) Na danym poziomie łańcucha dostaw konkurencja między przedsiębiorstwami może być mniej lub bardziej intensywna. Z jednej strony, jeżeli przedsiębiorstwo jest monopolistą na swoim poziomie łańcucha dostaw, konkurencja nie istnieje. Z drugiej strony, konkurencja między przedsiębiorstwami może być bardzo intensywna (np. jeśli wiele przedsiębiorstw sprzedaje raczej jednorodne produkty na rynku o niskich barierach wejścia) w takim sensie, że każde przedsiębiorstwo działa jako biorca ceny i nie ma wpływu na ceny rynkowe, które będą takie same jak koszty krańcowe produkcji lub bardzo zbliżone. Ten drugi przypadek określa się jako konkurencję doskonałą. Między tymi dwoma skrajnymi przypadkami znajduje się szeroki zakres scenariuszy pośrednich, w przypadku których konkurencja może być mniej lub bardziej intensywna, w zależności np. od liczby przedsiębiorstw w sektorze lub w zależności od tego, czy produkty sprzedawane przez różne przedsiębiorstwa są bliskimi substytutami, czy nie.

⁽¹⁷⁾ Zob. również „Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu” (2004/C 101/08), pkt 98.

- 178) Taka konkurencyjność rynku ma bezpośredni wpływ na przerzucanie. W stanowiącym punkt odniesienia przypadku konkurencji doskonałej wstrząsy związane z kosztem w całym sektorze przerzuca się w 100 procentach na klientów bezpośrednich. Tak stylizowana struktura rynku konkurencji doskonałej może funkcjonować jako punkt odniesienia dla sądu przy przeprowadzaniu oceny efektów przerzucania (choć na rzeczywistych rynkach jest ona obserwowana rzadziej). Natomiast w ramach monopolu lub różnych scenariuszy pośrednich przerzucenie nadmiernego obciążenia nie może wynieść 100 procent, jednak zamiast tego może znaleźć się powyżej lub poniżej tego prognozy, z uwzględnieniem wielkości przerzucenia równej 0 procent.
- 179) Jednym z przykładów struktury rynku charakteryzującej się konkurencją niedoskonałą jest rynek o zróżnicowanych produktach. Zróżnicowanie może wynikać z cech produktu albo geografii. Na przykład nabywcy bezpośredni mogą oferować produkty, które różnią się od siebie pod względem faktycznej jakości lub pod względem jakości, którą zauważają klienci nabywający produkt. Ewentualnie, ze względu na różną lokalizację nabywców bezpośrednich, koszty transportu oferowanych towarów mogą różnić się w przypadku poszczególnych klientów (których lokalizacja również może się różnić). Zróżnicowanie może sprawić, że produkty nie będą w stosunku do siebie doskonałymi substytutami. Klienci mogą nie postrzegać wszystkich produktów jako w pełni zamiennych.
- 180) Ta niedoskonała substytucyjność może skutkować zmniejszoną presją konkurencyjną względem dostawców, którzy mogą nie mierzyć się z konkurentami oferującymi produkty będące bliskimi zamiennikami. Innymi słowy, zgodnie z teorią ekonomii, intensywność konkurencji zmniejszy się, gdy wzrośnie zróżnicowanie produktów. Jak wyjaśniono w pkt 177 i nast. powyżej, słabsza konkurencja zmniejszy wielkość przerzucenia nadmiernego obciążenia w całym sektorze, tj. w miarę jak rośnie zróżnicowanie produktów nabywców bezpośrednich, wielkość przerzucenia nadmiernego obciążenia w całym sektorze, któremu podlegali ci nabywcy, zbliży się do wielkości, w przypadku której każdy nabywca bezpośredni jest monopolistą. Z kolei jeśli zróżnicowanie produktu jest ograniczone, wielkość przerzucenia nadmiernego obciążenia w całym sektorze będzie większa.

8.5.2. *Nadmierne obciążenie oraz przerzucenie w całym sektorze względem nadmiernego obciążenia i przerzucenia dotyczących konkretnego przedsiębiorstwa*

- 181) Przerzucanie nadmiernych obciążeń przez danego nabywcę w stosunku do własnych klientów jest zwykle zróżnicowane, w zależności od tego, czy nadmierne obciążenie wpłynęło również na konkurentów nabywcy. W przypadku gdy nadmierne obciążenie wpływa na pojedynczego nabywcę, przerzucanie z konieczności będzie dotyczyło konkretnego przedsiębiorstwa. Jeśli natomiast nadmierne obciążenie wpływa na wszystkich nabywców na danym poziomie łańcucha dostaw, można rozważyć wielkość przerzucenia w przypadku każdego przedsiębiorstwa, ale również przerzucenie dotyczące całego sektora.
- 182) Jeśli nadmierne obciążenie wpływa jedynie na jednego nabywcę, tzn. dotyczy konkretnego przedsiębiorstwa, efekty przerzucania mogą być raczej ograniczone, w szczególności jeśli ten nabywca nie jest w stanie wpłynąć na ceny sprzedaży ze względu na silną presję ze strony konkurentów.
- 183) Z kolei w przypadku, gdy nadmierne obciążenie wpływa na wszystkie przedsiębiorstwa na rynku, tj. nadmierne obciążenie dotyczy całego sektora, wszystkie przedsiębiorstwa staną przed wyższymi kosztami czynników produkcji, co oznacza, że mogą być w stanie przerzucić co najmniej część nadmiernego obciążenia na własnych klientów. Nadmierne obciążenie w całym sektorze może jednak nadal wpłynąć na konkurentów w różnym stopniu.

8.6. **Kilka dodatkowych czynników wpływających na przerzucenie**

- 184) Na niektórych rynkach przedsiębiorstwa sprzedają liczne produkty, np. na rynkach sprzedaży detalicznej artykułów spożywczych. Na takich rynkach produkty mogą być powiązane poprzez popyt na te produkty, na przykład jeśli sprzedawca detaliczny sprzedaje konkurencyjne marki wielu kategorii produktów. Jeśli produkty są substytutami, wstrząs związany z kosztem jednego produktu może wpłynąć również na ceny innych produktów sprzedawanych przez sprzedawcę detalicznego. Zmianę ceny produktu, na który bezpośrednio wpłynął wstrząs związany z kosztem, może również spowodować zmiana ceny innych produktów. W związku z tym tego rodzaju efekty zwrotne ze strony innych produktów mogą zwiększyć początkowe przerzucenie kosztów na rynkach, na których przedsiębiorstwa sprzedają liczne produkty.
- 185) Zakres, w jakim można zaobserwować efekt przerzucania, może zależeć również od okresu uwzględnionego przy szacowaniu takiego efektu. W szczególności z wielu powodów może się opóźnić przerzucenie nadmiernego obciążenia w dół łańcucha dostaw. Po pierwsze początkowe nadmierne obciążenie może wpłynąć jedynie na koszty stałe przedsiębiorstw mierzących się z nadmiernym obciążeniem. Chociaż właściwym punktem wyjścia dla oceny efektów przerzucania jest wpływ nadmiernego obciążenia na krańcowe lub zmienne koszty nabywcy, wzrost kosztów stałych może wpłynąć na strategiczne decyzje przedsiębiorstwa i w związku z tym również na efekty przerzucania.

- 186) Ponadto, jak wspomniano w pkt 56, przedsiębiorstwa mogą ponieść tzw. koszty korekt cen, tj. koszty związane z procesem korekty ceny. W takiej sytuacji przedsiębiorstwo będzie wolało ograniczyć liczbę zmian ceny, których dokonuje, i może przerzucić nadmierne obciążenie dopiero po pewnym czasie. Na przykład takie przedsiębiorstwo mogłoby czekać, aż wzrost kosztów krańcowych przekroczy pewien próg, i dokonać korekty ceny dopiero po przekroczeniu tego progu. W niektórych przypadkach nadmierne obciążenie może stanowić tak niewielki wzrost kosztów krańcowych, że nabywca, na którego wpłynęło nadmierne obciążenie, może uznać jego przerzucenie za nieopłacalne. Z kolei istnienie kosztów korekty ceny może również prowadzić do przerzucania na większą skalę niż tylko początkowego nadmiernego obciążenia⁽¹¹⁸⁾. Może to mieć miejsce w przypadku, gdy nabywca bezpośredni będzie na granicy zmiany swoich cen przy braku jakichkolwiek nadmiernych obciążeń. W związku z tym samo niewielkie nadmierne obciążenie może spowodować znaczny wzrost cen, który odzwierciedla nie tylko nadmierne obciążenie, ale również wszelkie inne wzrosty kosztów, które miały miejsce od ostatniej korekty ceny. Chociaż takich innych wzrostów kosztów nie można przypisać sprawcy naruszenia, sąd krajowy może chcieć mieć świadomość faktu, że w takim przypadku nawet stosunkowo niewielkie nadmierne obciążenie może prowadzić do znacznego wzrostu cen.
- 187) Inny przykład sposobu, w jaki koszty korekty ceny mogą wpłynąć na stopień przerzucania, jest związany z tzw. „psychologicznym ustalaniem ceny”. Na wielu rynkach, zwykle na rynkach detalicznych, częste są ceny nieco niższe niż okrągła kwota, np. 99 EUR lub 19 900 EUR. Ceny te mogą wydawać się konsumentom niższe, niż są w rzeczywistości. Zastosowanie takiej strategii ustalania ceny może zwiększyć prawdopodobieństwo, że nabywca bezpośredni zdecyduje się nie przerzucić nadmiernego obciążenia, ponieważ zmiana ceny – np. z 19 900 EUR na 20 000 EUR – doprowadziłaby do znacznego spadku popytu nabywcy bezpośredniego. Potencjalny wpływ istnienia kosztów korekty ceny na oszacowanie efektów przerzucenia omówiono dokładniej w sekcji 5.2.1.
- 188) Ponadto w pewnych okolicznościach nabywca pośredni może być w stanie wykorzystać swoją siłę negocjacyjną, aby ograniczyć zdolność nabywcy bezpośredniego do przerzucenia nadmiernego obciążenia. Możliwości negocjacyjne nabywcy pośredniego można określić jako wyrównawczą siłę nabywczą⁽¹¹⁹⁾. Siła nabywczą nie ogranicza się jedynie do zdolności do przejścia do innych dostawców, ale obejmuje również, np. zintegrowanie się na rynku wyższego szczebla.
- 189) Ogólnie siła nabywczą nie powstrzyma przerzucania, jeśli istnieje nadmierne obciążenie w całym sektorze, ale wpłynie na stopień przerzucania. Z jednej strony, można rozważyć scenariusz, w którym duża siła nabywczą zmusza nabywcę bezpośredniego, aby przyjął nadmierne obciążenie i tym samym ograniczył przerzucanie. Z drugiej strony, można również rozważyć scenariusz, w którym duża siła przetargowa nabywcy pośredniego zmusza nabywcę bezpośredniego do osiągnięcia zerowej marży zysku i sprzedaży po cenie obejmującej jedynie jego koszty krańcowe, tym samym doprowadzając do wielkości przerzucenia wynoszącej 100 % w przypadku nadmiernego obciążenia.
- 190) Ponieważ poziom siły nabywczą i jej konsekwencje dla efektów przerzucania będą zależeć od charakteru indywidualnych negocjacji i szczególnego kontekstu, w jakim są prowadzone, sąd może przeprowadzić ocenę tej kwestii indywidualnie w odniesieniu do każdego przypadku.
- 191) Ponadto, jeśli nabywca bezpośredni mierzący się z nadmiernym obciążeniem, jest zintegrowany pionowo z rynkiem detalicznym niższego szczebla, tj. jest również aktywny na rynku, na którym działają nabywcy pośredni, może to wpłynąć na motywację nabywcy bezpośredniego do przerzucenia początkowego nadmiernego obciążenia. Ponadto w takiej sytuacji nabywca bezpośredni mierzący się z nadmiernym obciążeniem może mieć motywację do przerzucenia całego nadmiernego obciążenia w ramach swojego przedsiębiorstwa zintegrowanego. Tym niemniej wielkość przerzucenia na niezintegrowanych nabywców pośrednich ogólnie odbiegałaby od tej tendencji, np. w zależności od poziomu kosztów lub marży zysku poszczególnych nabywców pośrednich.
- 192) W niektórych sektorach cena oferowana przez nabywcę bezpośredniego lub pośredniego może podlegać regulacji, np. regulacji ceny przez agencje rządowe. Regulacja ceny może wpłynąć na zakres przerzucania. Na przykład jeśli cena regulowana jest ustalona niezależnie od konkretnych kosztów produktu podlegającego nadmiernemu obciążeniu przy ustalaniu ceny, efekt cenowy związany z przerzucaniem może być ograniczony lub zerowy. Jak również wspomniano w pkt 48, szkoda wynikająca z naruszenia unijnego prawa konkurencji może jednak wpłynąć także na czynniki pozacenowe. Z drugiej strony, jeśli organ regulacyjny w pełni uwzględni koszt produktu podlegającego nadmiernemu obciążeniu przy ustalaniu ceny regulowanej, stopień przerzucania może być znaczny również na rynkach regulowanych.

⁽¹¹⁸⁾ Należy zauważyć, że teoria ekonomii wskazuje również, iż nawet w przypadku braku jakichkolwiek kosztów korekt cen może dojść do przerzucania na większą skalę niż tylko początkowego nadmiernego obciążenia. Dzieje się tak na przykład wówczas, gdy krzywa popytu jest wystarczająco wypukła (zob. omówienie w sekcji 8.3 powyżej).

⁽¹¹⁹⁾ Ocena wyrównawczej siły nabywczą jest istotnym czynnikiem w obszarze unijnej kontroli połączeń. W wytycznych Komisji w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw w pkt 64 wyrównawczą siłę nabywczą zdefiniowano jako siłę przetargową, którą posiada nabywca wobec sprzedawcy w negocjacjach handlowych ze względu na swoją wielkość, znaczenie handlowe dla sprzedawcy i możliwość zmiany dostawy.

9. ZAŁĄCZNIK 2 – GLOSARIUSZ

- 193) W niniejszym załączniku zamieszczono przegląd terminów ekonomicznych stosowanych w całym tekście wytycznych.
- Zakrzywienie popytu: zmiana elastyczności popytu w miarę jak zmienia się poziom ceny.
 - Popyt: ilość towaru lub usługi, którą nabywcy na rynku kupiliby po cenie na określonym poziomie.
 - Krzywa popytu: zilustrowanie związku między ilością, na którą jest popyt, a ceną produktu.
 - Technika ekonometryczna: określana również jako analiza regresji, technika ta ma charakter statystyczny i pomaga w przeprowadzeniu analizy wzorów w związku między zmiennymi ekonomicznymi, na przykład sposobu, w jaki zmiana kosztów wpływa na zmianę cen na danym rynku.
 - Elastyczność popytu: procentowa zmiana ilości, na którą jest popyt, w reakcji na wzrost ceny o jeden procent.
 - Nadmierne obciążenie dotyczące konkretnego przedsiębiorstwa: wpływ nadmiernego obciążenia jedynie na pojedynczego nabywcę.
 - Koszty stałe: koszty, które nie zmieniają się w zależności od ilości wytworzonego produktu.
 - Nadmierne obciążenie w całym sektorze: wpływ nadmiernego obciążenia na wszystkich nabywców na danym poziomie łańcucha dostaw.
 - Koszty krańcowe: wzrost kosztów całkowitych, który wynika z dodatkowej jednostki produkcji.
 - Analiza regresji: zob. technika ekonometryczna.
 - Nachylenie krzywej popytu: stosunek zmiany ilości do zmiany cen między dwoma punktami na krzywej popytu wybranymi arbitralnie blisko siebie.
 - Koszty zmienne: koszty, które zmieniają się w zależności od ilości wytworzonego produktu.
-