



KOMISJA  
EUROPEJSKA

Bruksela, dnia XXXr.  
[...] (2018) XXX draft

## KOMUNIKAT KOMISJI

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

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

### 1. WPROWADZENIE

#### 1.1. Cel i zakres

- 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 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<sup>1</sup>. 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”).
- 3) Wytyczne stanowią źródło odniesienia w zakresie dobrych praktyk i zawierają wskazówki dotyczące stosownych parametrów, które można uwzględniać 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”)<sup>2</sup> towarzyszącego komunikatowi Komisji w sprawie ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych<sup>3</sup>. Podczas gdy w praktycznym przewodniku skoncentrowano się na nadmiernym obciążeniu, w niniejszych wytycznych odniesiono się bardziej szczegółowo do przerzucania nadmiernych obciążeń<sup>4</sup>. Niniejsze wytyczne należy czytać łącznie z praktycznym przewodnikiem<sup>5</sup>.

---

(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 349/1 z 5.12.2014.

(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 167/19 z 13.6.2013.

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

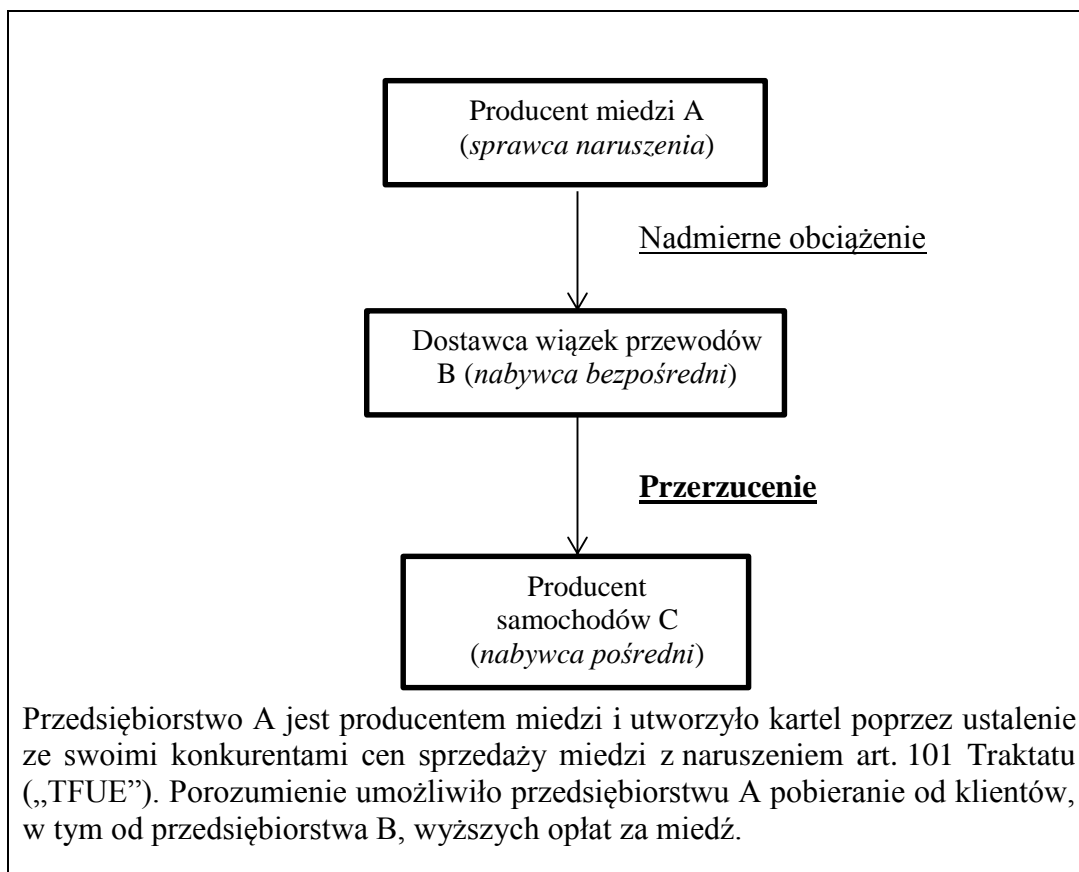
(5) W niniejszych wytycznych skoncentrowano się na kwestii przerzucania nadmiernych obciążeń w kontekście naruszenia art. 101 TFUE. Mogą one jednak stanowić również źródło odniesienia w zakresie dobrych praktyk w powództwach o odszkodowanie przed sądami krajowymi, jeżeli chodzi o naruszenie art. 102 TFUE, np. narzucanie wygórowanych cen, pod warunkiem że w odpowiednim stopniu uwzględniono specyfikę nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE.

- 4) Jak wyjaśniono w pkt 16) i nast. 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. 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 prawdopodobnie będą miały wpływ na to, w jaki sposób sąd będzie chciał podejść do oceny i oszacowania przerzucania. Wybór poszczególnych metod i podejść ekonomicznych objaśnionych w wytycznych powinien być proporcjonalny do sprawy. 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.

#### 1.2. Czym jest przerzucanie nadmiernych obciążeń?

- 6) Przerzucanie nadmiernych obciążeń może wystąpić na różnych poziomach łańcucha dostaw. Zilustrowano to w Ramka 1 poniżej poprzez odniesienie do hipotetycznego przykładu.

##### Ramka 1: Przerzucenie wzrostu cen miedzi



Nadmierne obciążenie<sup>6</sup> 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*<sup>7</sup>.

- 7) 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. Takie ograniczenie nazywa się spadkiem wielkości sprzedaży. Konsekwencje prawne oraz ekonomiczne tego zjawiska omówiono bardziej szczegółowo poniżej. Krótko mówiąc, kiedy dochodzi do przerwania nadmiernego obciążenia, nabywca pośredni jest w stanie nabyć mniej od nabywcy bezpośredniego, a w konsekwencji – sprzedać mniej nabywcom pośrednim znajdującym się na dalszych etapach łańcucha dostaw.
- 8) Nadmierne obciążenie może być przerzucane w dół całego łańcucha dostaw i dotyczyć produktów lub usług. Na przykład w hipotetycznej sytuacji przedstawionej w Ramka 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<sup>8</sup> producent C, sprzedawca D oraz konsumenci końcowi to nabywcy pośredni.

### 1.3. Struktura wytycznych

- 9) Poprzez odniesienie do zasad prawnych, utrwalonego orzecznictwa oraz do przepisów dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych niniejsze wytyczne określają ramy prawne mające zastosowanie do przerwania. W krótkiej sekcji prawnej podsumowano przepisy proceduralne oraz instrumenty, zgodnie z którymi sądy krajowe mogą uwzględniać przerwanie nadmiernych obciążeń w powództwach o odszkodowanie. Ramy prawne łączą prawo Unii i praktyki krajowe. W tym kontekście sędziowie muszą zwracać szczególną uwagę na zasady skuteczności i równowagi<sup>9</sup>. Oznacza to, że muszą stosować przepisy krajowe

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

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

(8) 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”.

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

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)<sup>10</sup>. 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 domniemyanych poszkodowanych niż przepisy i procedury regulujące podobne powództwa o odszkodowanie z tytułu szkód wynikających z naruszenia prawa krajowego (zasada równoważności).

- 10) W sekcji głównej niniejszych wytycznych zajęto się ekonomicznymi aspektami przerzucania, mianowicie teorią ekonomii i metodami kwantyfikacji odpowiednimi do celów oszacowania przerzucania. W części dotyczącej teorii ekonomii skoncentrowano się na koncepcjach teoretycznych leżących u podstaw zjawiska przerzucania oraz określono czynniki, które mogą mieć na nie wpływ. W części dotyczącej kwantyfikacji ekonomicznej przedstawiono różne podejścia i metody kwantyfikacji efektów przerzucania.

## **2. RAMY PRAWNE**

### **2.1. Przerzucanie nadmiernych obciążeń a prawo do pełnego odszkodowania**

- 11) Przepisy dotyczące przerzucania nadmiernych obciążeń określone w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych opierają się na zasadzie wyrównania szkody, która stanowi podstawę całej dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych<sup>11</sup>. Dla przerzucania nadmiernych obciążeń istotne konsekwencje mają dwa elementy tej zasady. Po pierwsze, na podstawie utrwalonego orzecznictwa TSUE oznacza to, że „każda osoba jest uprawniona, by żądać naprawienia wyrządzonej szkody, jeśli między tą szkodą a porozumieniem lub praktyką zakazaną przez art. 101 TFUE istnieje związek przyczynowy”<sup>12,13</sup>. Po drugie, powodowie, którzy doznali takiej szkody, mają prawo do pełnego odszkodowania, co należy rozumieć jako przywrócenie danej osoby do stanu, w którym osoba ta znajdowałaby się, gdyby nie doszło do naruszenia<sup>14</sup>.
- 12) W kontekście przerzucania nadmiernych obciążeń w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych określono, że „każdy” oznacza zarówno nabywców bezpośrednich, jak i pośrednich<sup>15</sup>. Na przykład w hipotetycznej sprawie opisanej w Ramka 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

---

(10) Jeżeli chodzi o prawo do pełnego odszkodowania, zob. pkt 11) i nast. poniżej.

(11) Zob. art. 1 ust. 1 i art. 3 ust. 1 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

(12) Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 czerwca 2014 r., sprawa C-557/12 (*Kone*) EU:C:2014:1317, pkt 22 w odniesieniu do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lipca 2006 r., sprawa C-295/04 (*Manfredi*) EU:C:2006:461, pkt 61.

(13) Sama Komisja już wcześniej przypominała, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej „kładzie nacisk na zasadę wyrównania szkody i jej przesłankę, zgodnie z którą naprawienie szkody przysługuje każdej osobie, która ją poniosła i która może wykazać istnienie wystarczającego związku przyczynowego między szkodą a naruszeniem prawa”, zob. Komisja, BIAŁA KSIĘGA w sprawie roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji, Bruksela, dnia 2 kwietnia 2008 r., COM(2008) 165 final, s. 7.

(14) Art. 3 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

(15) Art. 12 ust. 1 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

znajdujący się na dalszym etapie łańcucha dostaw również mają prawo do uzyskania odszkodowania od sprawcy naruszenia. Jak wspomniano powyżej w pkt 8), w hipotetycznym przykładzie przedstawionym w ramce 1 byłoby to niezależny sprzedawca detaliczny samochodów D oraz konsumenci końcowi.

- 13) Należy zauważyć, że elementy wyżej wspomnianej 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<sup>16</sup>.
- 14) Pełne odszkodowanie obejmuje odszkodowanie z tytułu straty rzeczywistej (*damnum emergens*) i utraconych korzyści (*lucrum cessans*) oraz wypłatę odsetek<sup>17</sup>. Ogólnie strata rzeczywista 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<sup>18</sup>. 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<sup>19</sup>. Należy on do kategorii straty rzeczywistej i jest częścią szkody, którą w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych określa się mianem szkody w postaci nadmiernego obciążenia<sup>20</sup>. Nabywca bezpośredni lub pośredni może jednak być w stanie przerzucić nadmierne obciążenie na dalsze etapy łańcucha dostaw i tym samym albo ograniczyć (przerzucenie częściowe), albo wyeliminować (pełne przerzucenie) swoje straty rzeczywiste. Przy ustalaniu straty rzeczywistej w przypadku przerzucania sądy krajowe będą musiały określić tę szkodę w postaci nadmiernego obciążenia, która pozostaje na danym poziomie łańcucha dostaw.
  - Spadek wielkości sprzedaży odnosi się do utraconych korzyści ze względu na zmniejszoną sprzedaż w wyniku przerzucania, tj. niższą wielkość sprzedaży z powodu wyższych cen. Może ona zostać odzyskana jako utracone korzyści<sup>21</sup>.
- 15) Chociaż w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych wprowadza się rozróżnienie na stratę rzeczywistą z powodu nadmiernego obciążenia, z jednej strony, i utracone korzyści z powodu obniżonej sprzedaży, z drugiej strony, istnieje

---

(16) Zob. motyw 43 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych. Należy jednak zauważyć, że dostawcy mogą odczuć negatywny wpływ również w sytuacji kartelu sprzedawców, mianowicie jeżeli dostarczają oni mniejsze ilości sprawcom naruszeń ze względu na spadek wielkości sprzedaży.

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

(18) Opinia rzecznika generalnego Capotorti z dnia 12 września 1979 r., sprawa 238/78 (*Ireks-Arkady*) ECLI:EU:C:1979:203, pkt 9.

(19) Motyw 39 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

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

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

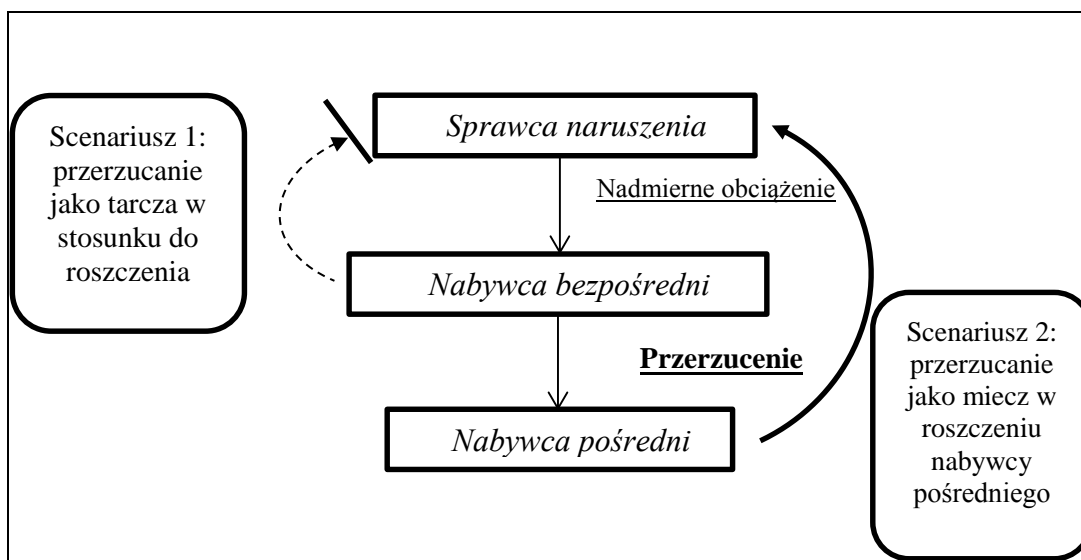


nieodłączny związek między bazowym efektem cenowym a spadkiem wielkości sprzedaży. Jeżeli zatem stwierdzi się przerzucanie, należy uwzględnić oba efekty i ich wzajemne oddziaływanie. Służące temu metody ekonomiczne podano poniżej.

## 2.2. Scenariusze, w których sąd zajmuje się kwestiami przerzucania

- 16) W powództwach o odszkodowanie opartych na naruszeniach unijnego prawa konkurencji sądy krajowe zazwyczaj zajmują się kwestią przerzucania nadmiernych obciążeń w dwóch scenariuszach.
- 17) Po pierwsze, sprawca naruszenia może podnieść przeciwko roszczeniu argument przerzucenia nadmiernych obciążeń, tj. twierdzić, że powód zmniejszył swoje straty rzeczywiste poprzez przerzucenie ich – w pełni lub częściowo – na własnych klientów<sup>22</sup>. Sytuację tę, w której przerzucanie można opisać jako tarczę, zilustrowano w Ramka 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.
- 18) 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 Ramka 2 poniżej.

### Ramka 2 Typowe scenariusze przerzucania



- 19) Jeśli przerzucanie nadmiernych obciążeń wykorzystuje się jako argument przeciwko powództwu opartemu na naruszeniu unijnego prawa konkurencji, pozwany musi zasadniczo udowodnić, że powód dokonał przerzucenia nadmiernego obciążenia<sup>23</sup>. Ten ciężar dowodu związany jest z istnieniem i zakresem przerzucenia nadmiernego obciążenia. Jeżeli argument dotyczący przerzucania zostanie w pełni lub częściowo uznany, powód może w dalszym ciągu

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

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

ubiegać się o odszkodowanie z tytułu utraconych korzyści w wyniku przerzucenia<sup>24</sup>. W takim przypadku ciężar udowodnienia spadku wielkości sprzedaży związanego z takim przerzucaniem spoczywa na powodzie.

- 20) Dyrektywa w sprawie roszczeń odszkodowawczych obejmuje również konkretne przepisy w przypadku drugiego scenariusza, w którym nabywca pośredni twierdzi, że poniósł szkodę z powodu przerzucania nadmiernych obciążeń. Ciężar udowodnienia istnienia i zakresu takiego przerzucania ogólnie spoczywa na nabywcy pośrednim, który dochodzi odszkodowania od sprawcy naruszenia. W dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych uznano jednak trudności praktyczne, jakich doświadcza ten rodzaj powoda na dalszych etapach łańcucha dostaw<sup>25</sup>. Aby usunąć przeszkody praktyczne dla nabywców pośrednich, dyrektywa w sprawie roszczeń odszkodowawczych obejmuje przepisy, które ułatwiają im wywiązanie się ze spoczywającego na nich ciężaru dowodu. Dotyczą one domniemań wzruszalnych prawa, przede wszystkim art. 14 ust. 2 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych<sup>26</sup>, oraz domniemań dotyczących faktów w oparciu o standardowy rozwój wydarzeń, np. w art. 14 ust. 1 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych i w motywie 41 tej dyrektywy wskazuje się, że ze względu na warunki, w jakich działają przedsiębiorstwa, przerzucanie wzrostu cen na dalsze etapy łańcucha dostaw może stanowić praktykę handlową. W art. 17 ust. 2 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych wprowadzono bardziej ogólne domniemanie, że naruszenia kartelowe wyrządzają szkodę.
- 21) Domniemania dotyczące faktów można określić zgodnie z prawem krajowym poprzez odniesienie do ekonomii i typowych zmian na rynku, w tym pogląd, że w niektórych sektorach przerzucanie wzrostu cen na dalsze etapy łańcucha dostaw stanowi praktykę handlową<sup>27</sup>.
- 22) To założenie faktyczne stanowi również podstawę domniemania prawnego, które zawarto w art. 14 ust. 1 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych. Na podstawie ustanowionych tam warunków nabywca pośredni może skorzystać z domniemania wzruszalnego, zgodnie z którym uznaje się, że powód (tj. nabywca pośredni) udowodnił, że miało miejsce przerzucanie z nabywcy bezpośredniego na nabywcę pośredniego. Warunki, które zostały określone w art. 14 ust. 2 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych oraz które mają zostać wykazane przez powoda, są następujące:
- a) pozwany dopuścił się naruszenia unijnego prawa konkurencji;
  - 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

---

(24) 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.

(25) Motyw 41 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

(26) W art. 14 ust. 2 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych zawarto specjalne domniemanie w odniesieniu do roszczeń nabywcy pośredniego, które zostanie bardziej szczegółowo omówione w pkt 22) i nast. poniżej.

(27) Zob. art. 14 ust. 1 oraz motyw 41 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.



pochodnymi produktów lub usług objętych naruszeniem, lub je zawierające.

- 23) 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<sup>28</sup>. Jeżeli sprawca naruszenia spełni ten wymóg, ciężar dowodu – bez uszczerbku dla stosowania domniemań faktycznych – spoczywa na powodzie.
- 24) W wyniku zasady wyrównania szkody, praktyki przerzucania nadmiernych obciążeń oraz 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<sup>29</sup>. Można to osiągnąć m.in. poprzez należyte uwzględnienie 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<sup>30</sup>. Przykładowo, jeżeli powiązane sprawy zawisły w sądach różnych państw członkowskich, sądy krajowe mogą zastosować art. 30 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012<sup>31</sup>, do którego odnosi się dyrektywa w sprawie roszczeń odszkodowawczych<sup>32</sup>. 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.
- 25) Sądy krajowe powinny stosować również odpowiednie środki proceduralne, którymi dysponują na podstawie prawa krajowego. Połączenie roszczeń jest narzędziem, o którym mowa w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych<sup>33</sup>. W zależności od krajowego systemu prawnego można stosować inne instrumenty, takie jak interwencje osób trzecich i przepisy dotyczące zawieszenia.

### **2.3. Rola dowodów**

- 26) Ocena prawna przerzucania 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 przerzucania różni się w zależności od wyżej wymienionych scenariuszy oraz zakresu, w jakim ma zastosowanie dane domniemanie<sup>34</sup>. Ocena i gromadzenie dowodów są uwarunkowane zróżnicowanymi faktami, które są istotne i dostępne w ramach oceny przerzucania. Na przykład rozwój rzeczywistych cen stosowanych przez

---

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

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

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

(31) 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).

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

(33) Motyw 44 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych.

(34) Zob. pkt 16) i nast. powyżej.

nabywcę bezpośredniego w następstwie nadmiernego obciążenia może być określany bezpośrednio poprzez odniesienie do tabeli cen przedstawionych przez strony.

- 27) 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. Takie ujawnienie może być szczególnie ważne, ponieważ na nabywcy ogólnie spoczywa ciężar udowodnienia istnienia i zakresu przerzucania, o czym mowa powyżej.
- 28) Wspomniane wyżej przepisy dotyczące ujawniania ograniczają wnioski o ujawnienie do zakresu, w jakim strona, na której spoczywa ciężar udowodnienia istnienia oraz zakresu przerzucania, może jedynie „zasadnie” domagać się ujawnienia dowodów. Analizując ogólne przepisy dotyczące ujawniania określone 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 przerzucona przez nabywcę bezpośredniego na nabywcę pośredniego. Strona składająca wniosek musi również wykorzystać fakty, które są już jej „racjonalnie” dostępne. W kontekście przerzucania odnosi się to do informacji zebranych w ramach działalności gospodarczej wraz z inną stroną lub do informacji w rozsądnym zakresie dostępnych od osób trzecich, takich jak dostawcy informacji o rynku.
- 29) W art. 5 ust. 3 zdanie pierwsze dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych ustanowiono zasadę proporcjonalności w tym sensie, że wymaga się, by sądy krajowe „ograniczały 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 równowagi. W tych ramach prawnych zasada proporcjonalności określona w art. 5 ust. 3 zdanie pierwsze dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych umożliwia jednak sędziom stosującym przepisy dotyczące ujawniania uwzględnienie kosztów i korzyści nakazania wnioskowanego ujawnienia. Oznacza to na przykład, że sędziowie mogą dojść do wniosku, iż już dowody przedstawione przez strony umożliwiają im oszacowanie części nadmiernego obciążenia, która została przerzucona, bez konieczności gromadzenia dalszych danych. W zależności od instrumentów dostępnych na podstawie prawa krajowego mogą oni również wyznaczać własnych specjalistów ekonomistów lub zawęzać kwestie, którymi mają się zajmować specjaliści wyznaczeni przez strony. Bardziej szczegółowe wskazówki znajdują się w rozdziale 4 poniżej.
- 30) Od drugiej strony można domagać się dowodów za pośrednictwem sądu krajowego i pod jego ścisłą kontrolą. Wniosek musi dotyczyć konkretnych elementów lub kategorii dowodów. Jeżeli jednak sąd krajowy uwzględni ogólne zasady

proporcjonalności i ochrony uzasadnionego interesu, jak określono w art. 5 ust. 3 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych, może zaistnieć konieczność ujawnienia stronie, która musi udowodnić efekty przerzucania, nawet pewnych części informacji poufnych. Przy nakazywaniu ujawnienia takich informacji dla sądu kluczowe jest posiadanie obowiązujących środków ochrony informacji poufnych. Przykłady takich środków to np. dzielenie się informacjami poprzez kręgi zaufania lub poprzez biura danych, w których przedstawiciele stron uzyskują dostęp do informacji poufnych istotnych w przedmiotowej sprawie<sup>35</sup>.

- 31) 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). Jak stanowi art. 6 ust. 10 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych, ujawnienie dowodów organu ochrony konkurencji jest środkiem stosowanym jedynie w ostateczności.
- 32) To, jaki rodzaj dowodów będzie niezbędny, by wykazać nadmierne obciążenie i ustalić jego wysokość, będzie w dużej mierze zależało od zastosowanej metody ekonomicznej. Jak opisano bardziej szczegółowo poniżej, strony ogólnie mogą opierać swoją analizę na teorii ekonomii i ekonomii ilościowej. Niezależnie od faktu, iż istnieją inne sposoby kategoryzowania, dowody zazwyczaj dzieli się w związku z tym 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<sup>36</sup>. Mogą one obejmować co następuje:
- dowody jakościowe obejmujące np. (i) kontakty; (ii) dokumenty wewnętrzne dotyczące zachowania przedsiębiorstwa lub strategii ustalania cen; (iii) sprawozdania finansowe i rachunkowe; (iv) oświadczenia świadków; (iii) opinie biegłych; oraz (iv) sprawozdania sektorowe i badania rynku;
  - dowody ilościowe związane w szczególności z danymi wykorzystywanymi w ramach technik ekonometrycznych<sup>37</sup>, 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 nakładów i elementy kosztów.
- 33) 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.

---

(35) Komisja wykorzystuje biura danych, aby dać stronom w sprawach połączeń i sprawach dotyczących ochrony konkurencji dostęp do informacji poufnych, zob. np. dokument roboczy służb Komisji dotyczący najlepszych praktyk w zakresie przedstawiania jako dowodów danych gospodarczych oraz gromadzenia danych w sprawach dotyczących stosowania art. 101 i 102 TFUE oraz łączenia przedsiębiorstw, pkt 47.

(36) 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.

(37) Techniki ekonometryczne wyjaśniono w sekcji 4.3 poniżej oraz w załączniku 2.

- 34) 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.

#### **2.4. Ustalanie wysokości przerzucania: Uprawnienia sądu do szacowania**

- 35) 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 obejmują 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.
- 36) Kiedy państwo członkowskie wprowadza do przepisów krajowych uprawnienie do oszacowania, musi brać pod uwagę przepisy i zasady określone w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych oraz stanowiące jego podstawę orzecznictwo TSUE. Sądy krajowe muszą odpowiednio stosować swoje instrumenty proceduralne. W szczególności, jak podano wyżej, muszą stosować przepisy dotyczące ciężaru i standardu dowodu, aby nie podważać pełnej skuteczności art. 101 TFUE.
- 37) Na przykład w oparciu o zasadę skuteczności TSUE utrzymywał w sprawie dotyczącej Kone, że ofiary tzw. 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 kategoryczny i niezależnie od okoliczności szczególnych danej sprawy wykluczono prawo takich osób do żądania naprawienia poniesionej szkody. Co więcej, wyżej wymieniona sprawa uwydatnia fakt, że orzecznictwo unijne oraz dyrektywa w sprawie roszczeń odszkodowawczych mają znaczenie przy przeprowadzaniu oceny związku przyczynowego w powództwach o odszkodowanie z tytułu naruszenia unijnego prawa konkurencji. Aspekt ten jest istotny w odniesieniu do przerzucania nadmiernych obciążeń, gdyż wątpliwości faktyczne i prawne odnoszące się do związku przyczynowego zazwyczaj występują, gdy nabywca bezpośredni od sprawcy naruszenia rzekomo w pełni lub częściowo przerzucił nadmierne obciążenie na nabywcę pośredniego.
- 38) 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 ze względu na fakt, iż dana strona nie jest w stanie precyzyjnie określić ilościowo efektów przerzucania.
- 39) Ponadto uprawnienie do oszacowania, jak określono w art. 12 ust. 5 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych oraz w art. 17 ust. 3 tej dyrektywy, wymaga, by sądy krajowe opierały swoją ocenę przede wszystkim na racjonalnie dostępnych im informacjach, a po drugie, by dążyły do uzyskania przybliżonej kwoty lub części przerzucania, 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<sup>38</sup>. W praktyce sądy krajowe będą musiały polegać na założeniach<sup>39</sup>.

- 40) Zasada pełnego odszkodowania wymaga jednak od sądów krajowych zapewnienia najlepszego oszacowania. W art. 101 i 102 TFUE przyznano każdej osobie, która jest ofiarą naruszenia unijnego prawa konkurencji, ni mniej, ni więcej, tylko prawo do bycia przywróconym do stanu, w którym dana osoba by się znajdowała, gdyby nie doszło do naruszenia (zob. pkt 11) powyżej). Z tego względu art. 15 ust. 1 dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych stanowi, że należy unikać zarówno zbyt niskiego, jak i nadmiernego odszkodowania.
- 41) Wykonywanie oszacowań podlega prawu krajowemu. Wiele państw członkowskich posiada już nawet przepisy, które odpowiadają uprawnieniu do oszacowania przewidzianemu w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych<sup>40</sup>.

### 3. TEORIA EKONOMII DOTYCZĄCA PRZERZUCANIA

#### 3.1. Informacje ogólne

- 42) Do przerzucenia nadmiernych obciążeń i powiązanego efektu cenowego i spadku wielkości sprzedaży dochodzi ze względu na skłonność przedsiębiorstw do reagowania na wzrost kosztów poprzez podniesienie cen. Początkowe nadmierne obciążenie można rozumieć jako wzrost kosztów nakładów dla nabywcy bezpośredniego. Aby oszacować efekty przerzucania sąd musiałby rozważyć, w jaki sposób taki wzrost kosztów wpłynąłby na: 1) ceny określone przez nabywcę bezpośredniego na rynku niższego szczebla; oraz na 2) wolumen dostarczany przez nabywcę bezpośredniego.
- 43) 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, teoria ekonomii zapewnia sądowi ramy, w których można ocenić dowody ilościowe i jakościowe. Kwestię dowodów objaśniono w sekcji 4.2. 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.

---

(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 27) 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 24) poniżej).

(39) Praktyczny przewodnik, pkt 16. Ogólne podejście do ustalania wysokości szkód w sprawach dotyczących konkurencji określono również w pkt 11–20 praktycznego przewodnika.

(40) 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 toporu) (*Gibson v Pride Mobility Products Ltd* [2017] CAT 9); 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*)].



- 44) W dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych nie ma rozróżnienia między odszkodowaniem z tytułu 1) wyższych cen (efekty cenowe) i przerzucenia takich nadmiernych obciążeń oraz z tytułu 2) obniżonej jakości produktów lub ograniczonych innowacji (efekty pozacenowe), a potencjalnymi efektami takich odszkodowań w całym łańcuchu dostaw. Wytyczne nie będą obejmowały przerzucenia w kontekście efektów pozacenowych.
- 45) Według teorii ekonomii istnienie i skala efektów przerzucania, tj. powiązanych efektu cenowego i spadku wielkości sprzedaży, jest determinowana przez szereg czynników<sup>41</sup>. Należą do nich:
- (i) charakter kosztów nakładów<sup>42</sup> podlegających nadmiernemu obciążeniu (niezależnie od tego, czy są to koszty stałe, czy zmienne i czy naruszenie zwiększyło te koszty tylko dla jednego klienta, czy dla wszystkich klientów na danym rynku);
  - (ii) charakter popytu na produkt, z jakim mają do czynienia klienci bezpośredni i pośredni (w szczególności związek między popytem a poziomem cen);
  - (iii) charakter oraz intensywność wzajemnego oddziaływania konkurencyjnego między przedsiębiorstwami na rynku, na którym działają klienci bezpośredni lub pośredni; oraz
  - (iv) jak wyjaśniono bardziej szczegółowo w załączniku 1, inne elementy, takie jak charakterystyka klienta (konsumenci lub przedsiębiorstwa), odsetek różnych nakładów 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<sup>43</sup>.
- 46) Po pierwsze, charakter kosztów nakładów nabywcy bezpośredniego, które to nakłady podlegają nadmiernemu obciążeniu, wpływa na to, czy oraz w jakim stopniu takie nadmierne obciążenie można przerzucić. Kiedy nadmierne obciążenie wpływa na koszty nabywcy bezpośredniego, które nie różnią się w zależności od wielkości nakładów (tj. koszty stałe), prawdopodobnie nie będzie ono przerzucane, ponieważ takie koszty zazwyczaj nie wpływają na ustalanie cen przez nabywcę bezpośredniego, a przynajmniej nie w krótkiej perspektywie czasowej<sup>44</sup>. 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 przerzucone, przynajmniej w pewnym stopniu. Dzieje się tak, ponieważ koszty krańcowe (podkategoria

---

(41) W tej sekcji wyjaśniono powody, dla których czynniki wymienione w pkt 45) mogą być istotne w określaniu istnienia i stopnia efektu cenowego związanego z przerzuceniem oraz spadku wielkości sprzedaży związanego z przerzuceniem. Bardziej szczegółowe wyjaśnienie wpływu każdego czynnika przedstawiono w załączniku 1 wraz z wyjaśnieniem mechanizmu kształtowania standardowych cen.

(42) Objaśniono to dokładniej w załączniku I.

(43) Momenty podejmowania decyzji dotyczących cen mogą mieć wpływ m.in. na okres naruszenia i potencjalnie opóźnione rozłożenie w czasie przerzucania nadmiernych obciążeń.

(44) W dłuższej perspektywie koszty stałe mogą jednak wpływać na analizę strategicznych decyzji przedsiębiorstwa, aby np. dostosować zdolność produkcyjną, co z kolei może wpłynąć (w krótkiej perspektywie) na mechanizm kształtowania cen.



kosztów zmiennych) zazwyczaj mają wpływ na decyzje nabywcy bezpośredniego dotyczące ustalania cen<sup>45</sup>.

- 47) 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, zazwyczaj połowa nadmiernego obciążenia zostanie przerzucona. Jeśli popyt, z którym ma do czynienia monopolista, spada coraz bardziej (tj. w coraz szybszym tempie), w miarę jak rośnie cena, nabywca bezpośredni zazwyczaj przetrzuci nie więcej niż połowę nadmiernego obciążenia. Jeśli natomiast popyt, z którym ma do czynienia monopolista, spada coraz mniej (tj. w coraz wolniejszym tempie), w miarę jak rośnie cena, nabywca bezpośredni przetrzuci zwykle ponad połowę nadmiernego obciążenia.
- 48) Po trzecie, charakter oraz intensywność wzajemnego oddziaływania konkurencyjnego między przedsiębiorstwami na rynku, na którym działają klienci sprawcy naruszenia, także wpływa na poziom przerzucania. Należy być świadomym faktu, że wpływ wzrostu konkurencji na stopień przerzucania zależy od tego, czy początkowe nadmierne obciążenie wpływa tylko na klienta bezpośredniego (tj. nadmierne obciążenie dotyczące konkretnego przedsiębiorstwa), czy również na konkurencję klienta bezpośredniego (tj. 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 konkurujących nabywców bezpośrednich będzie ogólnie opowiadać się za większym przerzucaniem tego nadmiernego obciążenia w porównaniu z rynkami charakteryzującymi się słabszą konkurencją<sup>46</sup>.
- 49) 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 klienta bezpośredniego<sup>47</sup>.
- 50) Po czwarte, jak wspomniano w pkt 45) oraz w załączniku 1, w pewnych okolicznościach kluczową rolę w mechanizmie kształtowania cen nabywcy

(45) 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, pkt 80.

(46) Te przewidywania z zakresu teorii ekonomii zilustrowano i objaśniono bardziej szczegółowo w przykładzie 3 w rozdziale 3.2.

(47) Przykłady wyroków dotyczących znaczenia dynamiki rynku oraz tego, w jaki sposób popyt reaguje na zmiany cen, zob. np. Trybunał Federalny (niem. *Bundesgerichtshof*), orzeczenie z dnia 28 czerwca 2011 r., sprawa nr KZR 75/10 (ORWI) pkt 59 i 69; oraz Sąd Rejonowy w Düsseldorf, orzeczenie 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. orzeczenie duńskiego sądu gospodarczego i handlowego, sprawa nr V 15/01, EKKO, 2002 r.; oraz orzeczenie hiszpańskiego sądu najwyższego, wyrok z dnia 7 listopada 2013 r., sprawa nr 5819/2013 (Nestlé i ors/Ebro Puleva).

bezpośredniego, a tym samym w przerzucaniu przez nabywcę bezpośredniego nadmiernego obciążenia mogą odgrywać również inne elementy. Przykładowo elementy te mogą mieć wpływ nie tylko na zakres związanego z przerzuceniem efektu cenowego, ale także na spadek wielkości sprzedaży (np. nadmierne obciążenie nałożone na jeden produkt może wpływać również na ceny innych produktów sprzedawanych przez nabywcę bezpośredniego, jeśli produkty te są zamiennikami) lub jeśli takie efekty by się zmaterializowały (np. przerzucanie nadmiernych obciążeń opóźnione w czasie lub przypadek, w którym nabywca bezpośredni, który miałby do czynienia z kosztem zmiany swoich cen, mógłby zdecydować, by nie przerzucać małego nadmiernego obciążenia z powodu tego rodzaju tzw. kosztów zmiany menu). Innym elementem, który może być istotny w celu ustalenia wysokości przerzucania nadmiernego obciążenia, jest to, czy nakład objęty nadmiernym obciążeniem stanowi wysoki, czy też niski odsetek kosztów zmiennych nabywcy bezpośredniego. Niektóre z tych czynników były również rozważane przez sądy krajowe w sprawach związanych z przerzucaniem<sup>48</sup>.

- 51) Ponadto istotne jest również, aby zauważyć, że wyżej wspomniane czynniki wpływają jednocześnie na wynik scenariusza przerzucania, oraz że należy uwzględnić także ich współzależność. Względne znaczenie każdego czynnika może jednak różnić się w zależności od przypadku.
- 52) 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. 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 roszczenie obejmuje odszkodowanie za spadek wielkości sprzedaży, sądy również powinny oszacować taki efekt.
- 53) Jak wspomniano powyżej, każda osoba poszkodowana w wyniku naruszenia unijnego prawa konkurencji może dochodzić pełnego odszkodowania z tytułu szkody przyczynowo związanej z naruszeniem. W przypadku podniesienia zarzutu przerzucenia, ocena spadku wielkości sprzedaży jest konieczna, aby ustalić wysokość szkód spowodowanych nadmiernym obciążeniem. Oszacowanie łącznej szkody poprzez zwykłe odjęcie efektu cenowego związanego z przerzuceniem od efektu nadmiernego obciążenia prowadzi do niedoszacowania szkody poniesionej przez klienta bezpośredniego lub pośredniego, ponieważ nie zostaje uwzględniony spadek wielkości sprzedaży.
- 54) 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, doprowadzi to do mniejszego spadku wielkości sprzedaży niż w przypadku bardziej

---

(48) Aby zapoznać się z przykładem sprawy dotyczącej tego, czy przerzucenie jest prawdopodobne, gdy nakłady objęte nadmiernym obciążeniem stanowią niewielki udział kosztów zmiennych nabywcy bezpośredniego, zob. np. orzeczenie francuskiego Sądu Apelacyjnego w Paryżu, wyrok z dnia 27 lutego 2014 r., sprawa nr 10/18285 (DOUX/Ajinomoto & CEVA). Wyrok ten został również dokładniej omówiony w **Error! Reference source not found.** poniżej.

elastycznego popytu. Jednocześnie, jeśli konkurenci nabywcy również zwiększą ceny po nadmiernym obciążeniu, może to także zmniejszyć wpływ wzrostu cen własnych nabywcy na jego sprzedaż<sup>49</sup>.

### 3.2. Przykłady

- 55) W przykładzie 1 poniżej opisano nadmierne obciążenia na rynku o silnej konkurencji, 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. 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 nabywcę pośredniego.

**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 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 zostałaby 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 jabłek, 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).

- 58) Przykład 2 poniżej 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.

---

(49) 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.

**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 nakładu prowadzi bezpośrednio do takiego samego wzrostu ceny.

- 60) Wielkość przerzucenia w przypadku monopolistów mierzących się 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 pozyskują jabłka od C, dostawcy zaangażowanego w kartel cenowy. W konsekwencji A i B mierzą się z nadmiernym obciążeniem 6 EUR za skrzynkę jabłek, które kupują od C.

A i B mierzą się z różnym popytem ze strony sieci sprzedaży detalicznej artykułów spożywczych w danych państwach członkowskich. W państwie członkowskim 1 popyt jest w równym stopniu wrażliwy na zmianę cen na wszystkich poziomach cen (tj. popyt jest liniowy, zob. również Ramka 9). Sytuacja ta nie ma miejsca w państwie członkowskim 2. W państwie tym popyt spada coraz mniej (tj. w coraz wolniejszym tempie), w miarę jak rośnie cena (tj. popyt jest wypukły, zob. również Ramka 9). 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 przerzucą połowę nadmiernego obciążenia.

**Analiza:** Monopoliści w państwach członkowskich 1 i 2 mają 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 są stałe. Nadmierne obciążenie w wysokości 6 EUR za skrzynkę uznaje się za wzrost kosztów krańcowych w przypadku każdego z nich. W następstwie takiego wzrostu kosztu, możliwość dostosowania cen w górę będzie zależeć od tego, jak wiele produktu każdy będzie musiał poświęcić, aby przerzucić daną kwotę zmiany ceny, tzn. podnieść ceny. 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 Ramka 10 poniżej.

Jeżeli chodzi o monopolistę A w państwie członkowskim 1, teoria ekonomii przewiduje, że taki monopolista przerzuciłby połowę nadmiernego obciążenia, czyli 3 EUR. Ponieważ jednak monopolista B ma do czynienia z popytem wypukłym, pozostały popyt stanie się mniej wrażliwy na ceny, gdy pójdą one w górę. W porównaniu z A (mierzącym się z popytem liniowym) B utraci mniejszą wielkość sprzedaży przy podnoszeniu cen o 3 EUR. Oznacza to, że B otrzyma bodziec zachęcający, aby przerzucić ponad połowę początkowego nadmiernego obciążenia.

#### **4. KWANTYFIKACJA EFEKTU CENOWEGO ORAZ SPADKU WIELKOŚCI SPRZEDAŻY ZWIĄZANYCH Z PRZERZUCENIEM**

##### **4.1. Wprowadzenie**

- 62) Celem rekompensaty za poniesioną szkodę jest przywrócenie poszkodowanej strony do stanu, w którym znajdowałaby się, gdyby nie doszło do naruszenia. Aby móc dokonać oceny tej sytuacji, 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.
- 63) Opracowanie scenariusza alternatywnego ma na celu odizolowanie efektu naruszenia od innych czynników mających wpływ na ceny, które to czynniki wpływałyby na ceny na rynku, na który dane naruszenie miało wpływ, nawet jeśli naruszenie nie miałoby miejsca<sup>50</sup>. 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 i stworzenie scenariusza alternatywnego wymaga przeprowadzenia kontroli pod kątem czynników, które nie są związane z naruszeniem<sup>51</sup>.
- 64) 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. Te metody i techniki są zróżnicowane pod względem założeń leżących u ich podstaw, a także rodzaju wymaganych danych.
- 65) W danym przypadku wybór techniki będzie zazwyczaj zależał od szeregu aspektów. Jak wyjaśniono w sekcji 2 powyżej, sądy krajowe mają obowiązek przestrzegać zasady skuteczności i proporcjonalności w trakcie oszacowywania

(50) Należy zauważyć, że wymóg stworzenia scenariusza alternatywnego przy dokonywaniu oceny przerzucenia jest zgodny z orzecznictwem TSUE dotyczącym przerzucania w kontekście zwrotu opłat i cel pobranych niezgodnie z prawem przez państwo członkowskie, zob. wyrok TSUE z dnia 4 października 1979 r., Ireks-Arkady/Rada i Komisja, C-238/78, EU:C:1979:226, pkt 14; wyrok TSUE z dnia 21 grudnia 2000 r. (Michailidis), C-441/98, EU:C:2000:479, pkt 33 i nast.; wyrok TSUE z dnia 6 września 2011 r., (Lady & Kid i inni), C-398/09, EU:C:2011:540. Ponadto w wyroku TSUE z dnia 9 grudnia 2003 r., Komisja Wspólnot Europejskich/Republika Włoska, C-129/00, 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.

(51) Zob. powiązane omówienie w pkt 79).



części nadmiernego obciążenia, które przerzucono. Ponadto uprawnienie do oszacowania wymaga, aby sądy krajowe opierały swoją ocenę przede wszystkim na racjonalnie dostępnych im informacjach, a po drugie, aby dążyły do uzyskania przybliżonej kwoty lub części przerzucania, która jest wiarygodna.

- 66) 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<sup>52</sup>.
- 67) W kolejnych sekcjach przedstawiono przegląd różnych technik szacowania efektu cenowego oraz spadku wielkości sprzedaży związanych z przerzucaniem. Jak wyjaśniono poniżej, techniki różnią się pod względem złożoności i wymaganych danych – od analiz opartych na dowodach jakościowych, z jednej strony, po techniki ekonometryczne<sup>53</sup> oparte na danych ilościowych, z drugiej strony. W każdym przypadku podejście do oszacowania musi być zgodne z mającymi zastosowanie przepisami krajowymi podlegającymi zasadzie równoważności i skuteczności<sup>54</sup>.
- 68) 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, które mogą być nieproporcjonalne do wysokości przedmiotowego odszkodowania.
- 69) Do kosztów, jakie należy uwzględnić w tym kontekście, należą nie tylko koszty ponoszone w związku z zastosowaniem danej metody przez stronę, na której spoczywa ciężar dowodu, ale również koszty ponoszone przez drugą stronę w celu obalenia wniosku, koszty stron trzecich oraz koszty na rzecz systemu sądowego, jeżeli sąd szacuje przerzucenie, w tym koszty potencjalnego specjalisty ekonomisty wyznaczonego przez sąd. Jeśli wyżej wspomniane koszty są zbyt wysokie, może to sprawić, że skorzystanie z prawa do pełnego odszkodowania<sup>55</sup> będzie praktycznie niemożliwe lub nadmiernie utrudnione.
- 70) 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 przerzucenia (efekt

---

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

(53) Pojęcie technik ekonometrycznych wyjaśniono w sekcji 4.3 poniżej oraz w załączniku 2.

(54) Zob. pkt 9) powyżej.

(55) Znaczenie zasady skuteczności zostało również podkreślone w praktycznym przewodniku w kontekście oszacowania nadmiernego obciążenia.



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 kolejnych sekcjach lub którą z tych technik zastosować, aby spełnić wymagany standard dowodu zgodnie z prawem właściwym<sup>56</sup>.

- 71) Jak przedstawiono na Wykres 5 w załączniku 1, trzy elementy składowe szkody wynikają z nadmiernego obciążenia, efektu cenowego związanego z przerzuceniem i spadku wielkości sprzedaży związanego z przerzuceniem. Sędziowie i specjaliści ekonomiści mogą kolejno oszacować trzy elementy odszkodowania. Pierwszym krokiem będzie ustalenie wysokości nadmiernego obciążenia lub jego oszacowanie. Aby uzyskać szacunek tego efektu, można zastosować szereg różnych metod. Metody te omówiono szczegółowo w praktycznym przewodniku.
- 72) Drugi krok obejmuje oszacowanie wielkości efektu cenowego związanego z przerzucaniem. Zakres tego efektu można oszacować bezpośrednio, stosując podobne metody jak przy ilościowym określaniu nadmiernego obciążenia, lub pośrednio – jeśli spełnione zostaną określone założenia – poprzez uzyskanie szacunku stawki, według której należało przerzucić wzrost poniesionych kosztów nakładów oraz połączenie tego szacunku z informacjami na temat nadmiernego obciążenia i sprzedaży. W sekcjach 4.3.1–4.3.2 przedstawiono przegląd różnych podejść dotyczących oznaczenia ilościowego tych efektów.
- 73) W trzecim kroku oszacowuje się spadek wielkości sprzedaży związany z przerzucaniem. Podobnie jak efekt cenowy związany z przerzucaniem, spadek wielkości sprzedaży można oszacować bezpośrednio lub pośrednio. Różne podejścia dotyczące oznaczenia ilościowego tych efektów omówiono w sekcji 4.4.2 i 4.4.3.
- 74) Aby w ramach prowadzonych przed sądami krajowymi powództw o odszkodowanie z tytułu naruszenia unijnego prawa konkurencji określić ilościowo szkodę, można również zastosować inne podejścia, takie jak podejście całościowe rozliczające jednocześnie efekty przerzucenia i spadek wielkości sprzedaży.

#### **4.2. Dane i informacje wymagane przy ilościowym określaniu efektów przerzucania**

- 75) Jak wyjaśniono w sekcji 2.2, celem dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych jest zapewnienie skutecznego wykonywania praw i zasady równości stron poprzez ustanowienie przepisów regulujących ujawnianie dowodów. Dane i informacje będące w posiadaniu stron lub osób trzecich to istotne czynniki w przeprowadzeniu rzetelnej analizy ekonomicznej przerzucania. W związku z tym przydatnym pierwszym krokiem przy ilościowym określaniu efektu cenowego związanego z przerzucaniem może być określenie potrzeb i dostępności danych.
- 76) Jak wspomniano powyżej, nadrzędną zasadą ekonomiczną przy szacowaniu przerzucenia w tym kontekście jest porównanie scenariusza rzeczywistego ze scenariuszem, który miałby miejsce w przypadku braku naruszenia, tzn.

---

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

scenariuszem alternatywnym. W związku z tym gromadzenie danych i informacji powinno koncentrować się na gromadzeniu dowodów ilościowych i jakościowych istotnych dla stworzenia scenariusza alternatywnego.

- 77) Dokonanie wyboru dotyczącego rodzaju danych niezbędnych do oszacowania przerzucenia 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 przerzucania, 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.
- 78) Jak wspomniano powyżej, sąd może być zmuszony, aby rozważyć dowody o charakterze zarówno jakościowym, jak i ilościowym. 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 lub związki między ustalaniem ceny na niższym szczeblu i nadmiernym obciążeniem na wyższym szczeblu, które wynikają z naruszenia.
- 79) Aby móc opracować scenariusz alternatywny i kontrolę pod kątem różnych czynników mających wpływ na przerzucanie, w większości przypadków strony potrzebują jednak dowodów ilościowych. 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 (w tym wzrost PKB, inflacja i wskaźniki zatrudnienia). W niektórych przypadkach przydatne mogą być regionalne zmienne działalności gospodarczej, aby przeprowadzić kontrolę pod kątem różnych tendencji regionalnych, które nie są związane z naruszeniem.
- 80) Sąd może również uwzględnić więcej czynników, które dotyczą konkretnego sektora lub przedsiębiorstwa i mają wpływ na kształtowanie cen. Na przykład w hipotetycznym przypadku określonym w ramce 1, jeśli tworzywo sztuczne miałooby 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 głównego składnika dla dostawcy wiązki przewodów B, prawdopodobnie B przerzuciłby na swojego klienta również wzrost cen tworzywa sztucznego, co nie podlegało naruszeniu unijnego prawa konkurencji. W tym przypadku oszacowanie przerzucania, które nie uwzględnia efektów związanych ze wzrostem cen tworzywa sztucznego mogłoby istotnie zawyżyć przerzucanie nadmiernego obciążenia poprzez błędne przypisanie naruszeniu całego wzrostu ceny. Podobne rozumowanie ma zastosowanie do potencjalnego spadku innych kosztów nakładów, które – jeśli nie zostały rozliczone i przerzucone w dół łańcucha dostaw – sztucznie zmniejszyłyby oszacowane przerzucenie nadmiernego obciążenia spowodowanego przez kartel.
- 81) Znaczenie danych różni się nie tylko w zależności od zastosowanej metodyki lub techniki, ale może również zależeć od odnośnej rozpatrywanej sprawy. Poszczególne wymogi dotyczące każdej metody opisano bardziej szczegółowo poniżej. 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.

- 82) Nakazując ujawnienie danych na podstawie prawa krajowego, sąd musi uwzględnić zasadę racjonalności i proporcjonalności, jak określono w dyrektywie w sprawie roszczeń odszkodowawczych<sup>57</sup>. Zgodnie z tymi zasadami sąd może np. rozważyć dostępność, ilość i koszt odzyskania oraz ewentualnie oczyszczania danych<sup>58</sup> lub bardziej ogólnie, nakładów czasowych.
- 83) W wielu przypadkach, gdy dokonuje się oceny przerzucania nadmiernych obciążeń, specjaliści ekonomiści mogą być zaangażowani w powództwo o odszkodowanie przed sądami krajowymi. Przepisy dotyczące dowodu z opinii biegłego znacznie różnią się między państwami członkowskimi<sup>59</sup>. Sądy krajowe mogą jednak uznać za pomocne posiadanie wskazówek w zakresie ogólnych zasad i narzędzi istotnych w przypadku angażowania specjalistów ekonomistów. W każdym przypadku sądy powinny stosować procedury krajowe w taki sposób, aby zarządzać wykorzystaniem dowodów pozyskanych od biegłego w celu zapewnienia skutecznego i proporcjonalnego zastosowania prawa Unii.
- 84) Na wczesnym etapie postępowania sąd może ułatwić rozmowy między specjalistami 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 informacji. Przykład takiego podejścia przedstawiono w Ramka 3 poniżej.

**Ramka 3: Przykład sprawy, w której wykorzystano dowody dostarczone przez specjalistów ekonomistów<sup>60</sup>**

W sprawie toczącej się przed sądem w Zjednoczonym Królestwie specjaliści 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 specjalistów stron, aby osiągnęli porozumienie w sprawie zaproponowanego podejścia do dowodów gospodarczych dotyczących przerzucenia, zanim zostało nakazane jakiegokolwiek ujawnienie informacji. Jeśli specjaliści nie osiągnęliby porozumienia w sprawie podejścia, sędzia wysłuchałby uwag dotyczących odnośnych podejść, w tym wyjaśnienia, co zaproponował każdy specjalista, wymaganych informacji oraz kosztu wykonania, i wtedy zdecydowałby, którą

(57) Zob. pkt 28) i 29) powyżej.

(58) Oczyszczanie danych odnosi się do procesu wykrycia i usunięcia logicznych niespójności w danych.

(59) Na przykład sądy we Francji, Niemczech i Zjednoczonym Królestwie mają w dużym zakresie bezpośredni kontakt ze specjalistami ekonomistami wyznaczonymi przez strony. W innych państwach członkowskich, takich jak Belgia, Dania, Niemcy, Węgry i Włochy sądy w wielu sprawach zwracały się o poradę do specjalistów wyznaczonych przez sąd. Istnieją również różnice w przepisach krajowych odnośnie do tego, wobec kogo specjalista ma obowiązek. W niektórych państwach członkowskich, takich jak Irlandia i Zjednoczone Królestwo, specjalista ma obowiązek wobec sądu, nawet jeśli jego wynagrodzenie opłacają strony. W Hiszpanii specjaliści wyznaczeni przez strony mają obowiązek zachować bezstronność i niezależność, podczas gdy w niektórych państwach członkowskich, takich jak Niemcy i Włochy, nie ma tak wyraźnego wymogu.

(60) Wysoki Trybunał Anglii i Walii, Emerald Supplies/British Airways Plc, HC-2008-000002.

metodę należy zastosować.

- 85) W niektórych jurysdykcjach sądy krajowe mogą wyznaczyć specjalistów ekonomistów, którzy pomagają sędziemu przy szacowaniu przerzucenia, oraz tradycyjnie przyjmowały to podejście w odniesieniu do oszacowania początkowego nadmiernego obciążenia. Jak wyjaśniono poniżej, 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 specjalistów wyznaczonych przez sąd przy szacowaniu nadmiernego obciążenia może również być istotne dla oszacowania przerzucania. Przykład podejścia, w ramach którego sąd wyznaczył specjalistę ekonomistę przedstawiono w Ramka 4 poniżej.

**Ramka 4: Przykład sprawy<sup>61</sup>, w której sąd wyznacza specjalistę ekonomistę**

W tej sprawie specjalistę ekonomistę wyznaczył sąd. Zadaniem specjalisty było zaprezentowanie metodyki, a następnie określenie ilościowe nadmiernego obciążenia. Specjalista jako pierwszy krok zaproponował metodę empiryczną do oszacowania nadmiernego obciążenia. Zanim sąd podjął decyzję, które podejście przyjąć, podejście zasugerowane przez specjalistę 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 różne strony (pozwani, prokurator oraz krajowy organ ochrony konkurencji) 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.

- 89) W przypadku gdy specjaliści 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<sup>62</sup>. 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<sup>63</sup>.

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

(62) 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.

(63) Na przykład w wyroku wydanym przez sąd gospodarczy w Nanterre, sprawa nr 2004FO22643, Arkopharma/Group Hoffman La Roche, 2006 r. sąd francuski odniósł się do ustaleń Komisji Europejskiej w sprawie COMP/E-1/37.512, Witaminy, dotyczących wpływu kartelu na rynek i konsumentów, aby potwierdzić wniosek, że prawdopodobnie miało miejsce przerzucanie na konsumentów.

- 90) Oszacowanie efektów cenowych związanych z przerzucaniem opiera się na analizie informacji lub danych finansowych przedsiębiorstwa. Takie dane są często historyczne, jednak w niektórych przypadkach wykorzystane dane mogą być szczególnie chronionymi informacjami handlowymi dla stron zaangażowanych w daną sprawę i w związku z tym uznane za informacje poufne. Jak wyjaśniono w sekcji 2 powyżej, sąd może jednak nakazać ujawnienie dowodów zawierających informacje poufne, pod warunkiem że istnieją środki ochrony informacji poufnych.

#### 4.3. Kwantyfikacja i szacowanie efektów cenowych związanych z przerzucaniem

- 91) Przy szacowaniu efektu cenowego związanego z przerzucaniem sądy krajowe mogą opierać się na różnych rodzajach podejść ekonomicznych do kwantyfikacji, w szczególności na podejściu bezpośrednim, jak opisano w pkt 92) i nast., ale również na podejściu pośrednim<sup>64</sup>, jak opisano w pkt 4.3.2.1 i nast.

##### 4.3.1. Podejścia bezpośrednie – metody oparte na wskaźnikach porównawczych

- 92) Efekt cenowy związany z przerzucaniem na różnych etapach łańcucha dostaw można obliczyć poprzez bezpośrednie oszacowanie wzrostu cen lub zmiany marży, która wynika z wpływu początkowego nadmiernego obciążenia.
- 93) Zaletą metod opartych na wskaźnikach porównawczych jest fakt, że wykorzystują one rzeczywiste dane odnotowane na takim samym lub podobnym rynku<sup>65</sup>. Metody te opierają się na fakcie, że porównywalny scenariusz można uznać za reprezentatywny w odniesieniu do scenariusza braku naruszenia. 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 podczas ustalania wysokości przerzucenia, zależy od krajowych systemów prawnych<sup>66</sup>.

##### 4.3.1.1. Metody

- 94) Podczas oceny efektu cenowego związanego z przerzucaniem przy użyciu metody bezpośredniej sądy krajowe mogą stosować zróżnicowane podejścia. Pod warunkiem dostępności danych sąd może oszacować wzrost ceny na rynku niższego szczebla, który wynika bezpośrednio ze zwiększenia kosztów, lub wydedukować przerzucanie przy użyciu danych dotyczących marży<sup>67</sup>. W przypadku stosowania pierwszego podejścia sąd może oszacować różnice między cenami odnotowanymi i alternatywnymi przy użyciu takich samych metod, jakie zastosował w celu obliczenia początkowego nadmiernego obciążenia, tj.

(64) Podejście pośrednie polega między innymi na silnym założeniu, że zmiany w kosztach nakładów są przerzucane w identycznym stopniu niezależnie od istotności kosztów nakładów i zakresu zmiany w takich kosztach nakładów. Jak wyjaśniono dokładniej w poniższym pkt **Error! Reference source not found.**, metodę pośrednią należy zwykle brać pod uwagę wyłącznie wówczas, gdy założenie jest wiarygodne na podstawie okoliczności faktycznych sprawy.

(65) 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, jest zdania, że metody oparte na wskaźnikach porównawczych mogą być bardziej odpowiednie niż pozostałe podejścia, zob. Wyższy Sąd Krajowy w Düsseldorfie, sprawa VI-2a Kart 2 – 06/08, 2009 r., pkt 469 i nast.

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

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



metod ustalenia wysokości nadmiernego obciążenia opartych na wskaźnikach porównawczych.

- 95) Jak wyjaśniono powyżej, techniki i metody stosowane podczas szacowania przerzucania powinny umożliwiać kontrolę pod kątem czynników innych niż te pochodzące z naruszenia. Idealnym rozwiązaniem byłoby porównanie rynku, na który dane naruszenie miało wpływ, z takim samym rynkiem, na którym nie doszło do naruszenia. Jednak, jak zaznaczono w praktycznym przewodniku, na ogół nie jest możliwe dokładne określenie sposobu, w jaki zmieniałby się rynek, gdyby nie doszło do naruszenia. W związku z tym w praktyce rynek „podobny” należy traktować jako porównawczy.
- 96) Rynki porównawcze mogą różnić się od rynku, na którym miało miejsce naruszenie, pod dwoma względami – w odniesieniu do wymiaru czasowego albo wymiaru związanego z produktem. Porównanie danych w czasie oznacza, że sytuację na rynku, na którym miało miejsce naruszenie, porównuje się z sytuacją na tym samym rynku w innym czasie. Porównanie według produktu oznacza, że sytuację na rynku, na którym miało miejsce naruszenie, porównuje się z sytuacją na takim samym rynku na innym obszarze geograficznym albo z sytuacją na innym rynku produktowym, jeżeli uznano, że ewoluuje on w podobny sposób, co rynek, na którym miało miejsce naruszenie<sup>68</sup>.
- 97) W idealnym rozwiązaniu należałoby zastosować metodę łączącą oba wymiary, tj. wymiar czasowy oraz wymiar związany z produktem. Metodę tę nazywa się metodą „różnicy w różnicach”. 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).
- 98) Aby zrozumieć sposób stosowania tej metody, należy rozważyć stylizowane przykłady kartelu producentów miedzi przedstawione na Wykres 1 i Wykres 3 poniżej.
- 99) Zakładając w hipotetycznym przypadku, że producent samochodów  $C_1$  w państwie członkowskim 1 (nabywca pośredni) występuje z roszczeniem o odszkodowanie od producenta miedzi  $A_1$  (sprawcy naruszenia), jak wyjaśniono w pkt 19), jakkolwiek szkoda, jakiej doświadcza  $C_1$ , wynika z przerzucania nadmiernego obciążenia z dostawcy wiązek przewodów  $B_1$ . Zastosowanie podejścia różnicy w różnicach obejmowałoby ocenę rozwoju ceny płaconej przez producenta samochodów  $C_1$  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  $C_2$  w państwie członkowskim 2 (na które naruszenie nie miało wpływu, a zatem w 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.

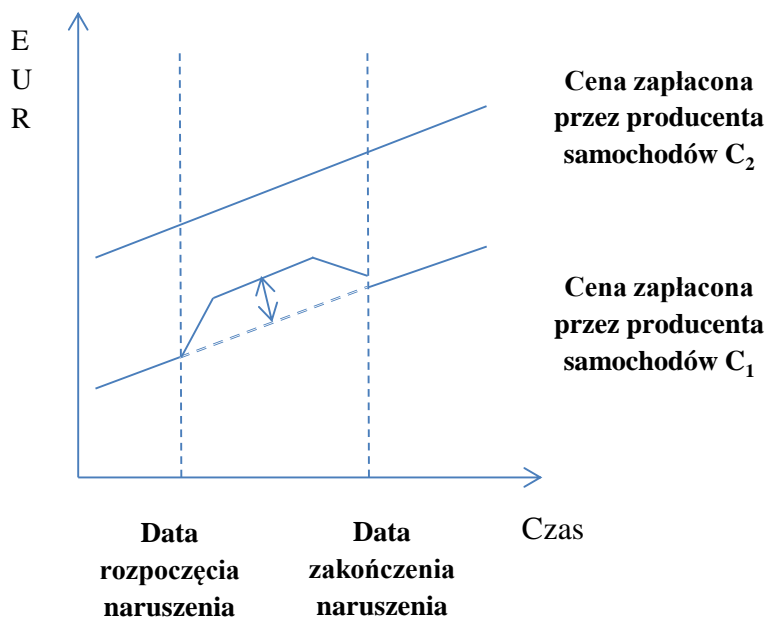
---

(68) 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.



Metoda ta pozwala zatem oddzielić efekt cenowy związany z przerzucaniem od innych czynników mających wpływ na cenę wiązek przewodów wspólnych dla obu rynków. Podejście to zilustrowano na Wykres 1 poniżej.

**Wykres 1: Ilustracja podejścia różnicy w różnicach**

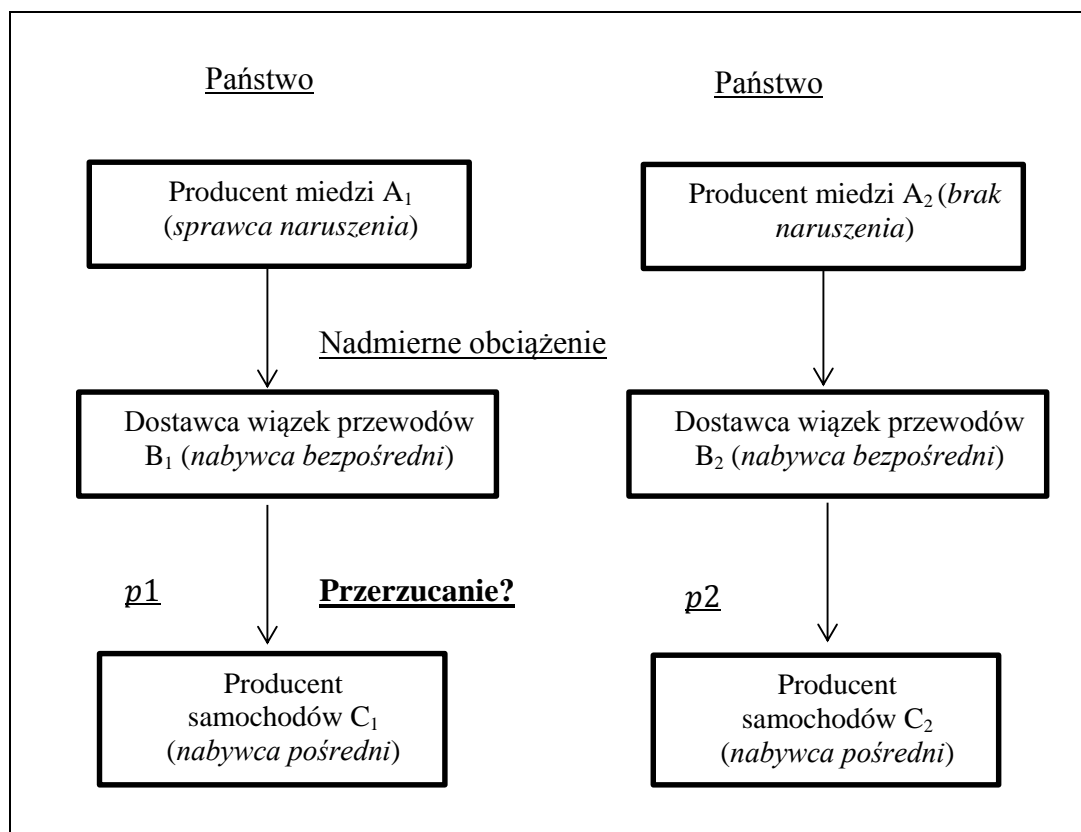


- 100) Przedmiotową metodę może zilustrować prosty przykład pochodzący z przypadku kartelu producentów miedzi wspomnianego w pkt 6) powyżej. Należy założyć, że porównanie przed, w trakcie i po wykazuje wzrost ceny jednostkowej wiązek przewodów o 100 EUR w państwie członkowskim 1 (w którym wystąpiło naruszenie i przerzucanie) w latach 2005–2010. Analiza rynku, na który nie miało wpływu przerzucanie, w państwie członkowskim 2 w tym samym okresie wykazuje, że cena jednostkowa wiązek przewodów wzrosła o jedynie 10 EUR w związku ze wzrostem innego kosztu nakładów, np. tworzywa sztucznego. Przy założeniu, że wyższy koszt nakładów (tworzywa sztucznego) dotyczył również państwa członkowskiego 1, 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.
- 101) Znaczącą silną stroną tej metody stanowi zatem fakt, że pozwala ona wyodrębnić zmiany niepowiązane z efektem cenowym związanym z przerzucaniem, które wystąpiły w tym samym okresie, co przerzucanie. Metoda ta 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 metody różnicy w różnicach. Poniżej szczegółowo omówiono takie podejścia.
- 102) Jak wskazano w praktycznym przewodniku<sup>69</sup>, w celu utworzenia scenariusza alternatywnego można zastosować również inne metody. Są one szczególnie pomocne w przypadku, gdy nie są dostępne dane historyczne dotyczące cen na rynku, na którym miało miejsce naruszenie, albo na rynku porównawczym.

(69) Zob. pkt 49 i nast. praktycznego przewodnika.

W praktyce oznacza to, że zanotowanie zachodzącego w czasie rozwoju cen na rynku porównawczym lub na rynku, na którym miało miejsce naruszenie, może być niemożliwe. W takim przypadku można zastosować inną metodę opartą na wskaźnikach porównawczych, a mianowicie metodę, która umożliwia porównanie różnych rynków geograficznych. Na przykład, jak przedstawiono na Wykres 2 poniżej, sąd krajowy może rozważyć porównanie cen płaconych przez producenta samochodów  $C_1$  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<sup>70</sup>.

**Wykres 2: Metody ustalania wysokości przerzucania oparte na wskaźnikach porównawczych**

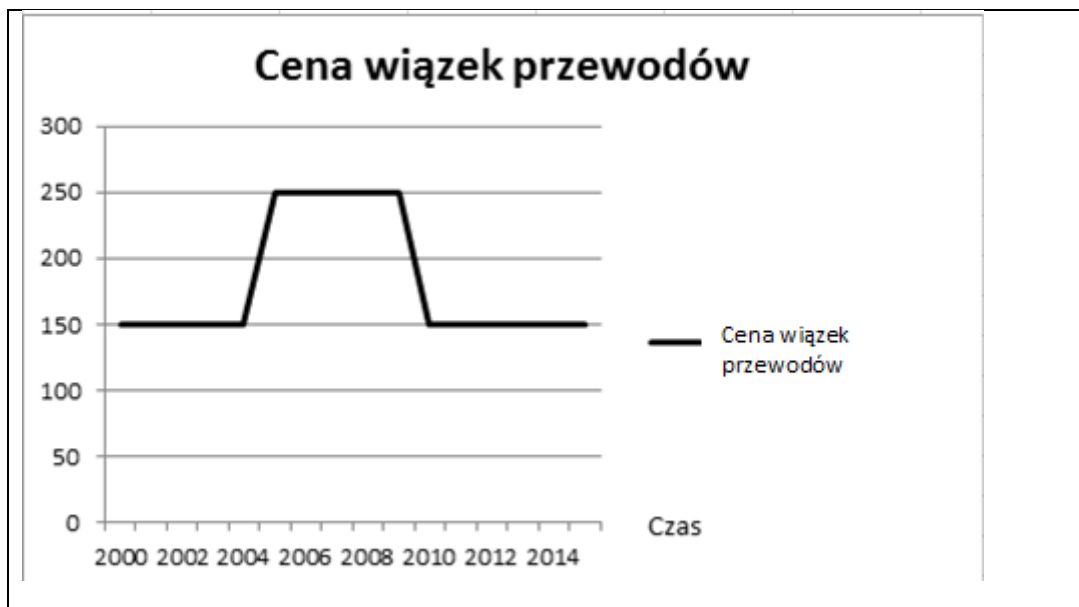


- 103) Jeżeli okaże się, że  $p1$  jest wyższa niż  $p2$ , oznacza to efekt cenowy związany z przerzucaniem z dostawcy wiązek przewodów  $B_1$  na producenta samochodów  $C_1$  w państwie członkowskim 1. Podobne porównanie można przeprowadzić w odniesieniu do każdej innej zmiennej ekonomicznej, np. marży lub wielkości sprzedaży.
- 104) Znalezienie innego rynku produktowego podobnego w wystarczającym stopniu do rynku, na którym miało miejsce naruszenie, w celu przeprowadzenia porównania międzyrynkowego, może być niemożliwe. Inne podejście oparte na wskaźnikach porównawczych, które można zastosować, polega na porównaniu cen na tym

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

samym rynku w różnym czasie, tj. porównanie przed-po<sup>71</sup>. W tym przypadku rynek porównawczy jest dokładnie tym samym rynkiem produktowym, co rynek, na którym miało miejsce naruszenie, ale analizowanym w innym czasie. Podejście to zilustrowano na Wykres 3 poniżej.

**Wykres 3: Metody ustalania wysokości przerzucania w czasie oparte na wskaźnikach porównawczych<sup>72</sup>**



- 105) W tym przykładzie zakłada się, że niezgodne z prawem ustalanie cen w przemyśle miedziowym trwało pięć lat – w latach 2005–2010. W tym okresie<sup>73</sup> 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 **Error! Reference source not found.** poniżej.
- 106) Podczas stosowania metod opisanych powyżej konieczna jest kontrola pod kątem czynników innych niż te wynikające z naruszenia, które mogły mieć wpływ na stopień przerzucania. Na przykład podczas ustalania, czy inne rynki lub okresy są odpowiednie jako alternatywa, sąd powinien uwzględnić również inne czynniki mające wpływ na przerzucanie, o których mowa powyżej w sekcji 3 (odnoszącej się do teorii ekonomii dotyczącej przerzucania). Ponadto inne czynniki, takie jak różnice w kosztach nakładów, inflacja itd., mogą również różnić się między poszczególnymi rynkami. W celu stworzenia wiarygodnego scenariusza alternatywnego kluczowe jest zatem uwzględnienie takich czynników. Poniżej opisano różne techniki wdrażania tego podejścia.

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

(72) 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.

(73) 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.

**Ramka 5: Porównanie przed, w trakcie i po – sprawa dotycząca niemieckiego szkła samochodowego<sup>74</sup>**

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.

Sąd uznał jednak, że analiza nie wykazała w wystarczającym stopniu żadnego bezpośredniego związku przyczynowego między ustalaniem ceny dwóch wymienionych wyżej produktów. W tej sprawie uznano zatem, że podejście to zapewnia niewystarczające dowody przerzucenia.

4.3.1.2. Wdrażanie bezpośrednich podejść w praktyce

- 107) Dostępne są zróżnicowane techniki oceny efektów cenowych związanych z przerzucaniem w oparciu o podejścia bezpośrednie opisane powyżej. Niektóre czynniki, takie jak zwiększenie kosztów surowców w powyższym przykładzie, w wielu przypadkach będą miały wpływ wyłącznie na rynek porównawczy lub wyłącznie na rynek, na który ma wpływ przerzucenie. 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.
- 108) 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.
- 109) W analizie regresji za pomocą technik statystycznych 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<sup>75</sup>.

(74) Sąd Krajowy w Düsseldorfie, wyrok z dnia 19 listopada 2015 r., sprawa nr 14d O 4/14 (*niemieckie szkło samochodowe*).

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

- 110) Poszczególne dostępne techniki przeprowadzenia korekt danych porównawczych opisano szczegółowo w praktycznym przewodniku<sup>76</sup>. Dzięki odniesieniom do przykładów i ilustracji praktyczny przewodnik przedstawia wskazówki dotyczące koncepcji, podejść do stosowania poszczególnych technik i warunków ich stosowania oraz powinien stanowić podstawę rozwiązywania kwestii, jeżeli chodzi o dostępne podejścia do wdrażania metod opartych na wskaźnikach porównawczych.
- 111) Jak wspomniano powyżej, techniki oparte na analizach ekonometrycznych mogą w pewnych przypadkach pociągać za sobą znaczne koszty, które mogą być nieproporcjonalne w stosunku do wartości szkód, których dotyczy roszczenie. W takich przypadkach sąd może uznać za wystarczające, aby oszacować przerzucenie, przeprowadzając jednocześnie ocenę danych ilościowych bez stosowania analizy regresji i uwzględniając dowody jakościowe.
- 112) W kontekście szacowania przerzucenia 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. W innych przypadkach przedsiębiorstwo może dążyć do osiągnięcia określonych celów dotyczących wyników. Na przykład nabywca bezpośredni może stosować szczególną marżę w odniesieniu do ustalania cen produktów, które dostarcza. Taka polityka oznacza zasadniczo, że przedsiębiorcy będą przerzucać zmiany kosztów.
- 113) 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.
- 114) Poniżej przedstawiono przykłady spraw, w których sądy krajowe wzięły pod uwagę dowody jakościowe.

**Ramka 6: Szacowanie przerzucenia w oparciu o dowody jakościowe – Cheminova (2015 r.)**

W tym wyroku Sąd orzekł, że producent pestycydów przerzucił 50 % początkowego nadmiernego obciążenia na klientów pośrednich. Ustalenie oparto na teorii ekonomii, która przewiduje, że 50 % nadmiernego obciążenia zostanie przerzucone, jeżeli klient bezpośredni jest monopolistą doświadczającym popytu liniowego. 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 na przykład, że wiele produktów konkurowało na rynku, a umiarkowane udziały w rynku świadczyły o rynku konkurencyjnym. W związku z okolicznościami

(76) Ibid., rozdział II B.

faktycznymi sprawy sąd nie zgodził się jednak z tym podejściem.

**Ramka 7: Szacowanie przerzucenia w oparciu o dowody jakościowe – DOUX Aliments (2014 r.)**

W tym wyroku sąd uznał, że powód udowodnił brak przerzucenia. Nadmierne obciążenie w tej sprawie dotyczyło lizyny, stanowiącej wkład w produkcję kurcząt. Sąd uznał, że lizyna stanowiła wyłącznie 1 % kosztów produkcji kurcząt, a tak mały wzrost kosztów nie stanowił wystarczającego powodu, aby przekonać sąd, że doprowadziłby 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 nabywca. 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 nabywca sieci sklepów spożywczych była znaczna.

- 115) Ponadto podczas stosowania metod opartych na wskaźnikach porównawczych w ramach szacunku nadmiernego obciążenia sądy stosowały również czasem tak zwaną zniżkę bezpieczeństwa, tj. odejmowały od odnotowanych wartości danych kwotę wystarczającą, aby uwzględnić wątpliwości co do szacunku wysokości odszkodowania<sup>77</sup>. Jeżeli przeprowadzenie analizy ekonometrycznej jest niewykonalne, podejście takie można również stosować podczas szacowania przerzucenia. Takie podejście ma na celu wyodrębnienie wpływu na rozważaną zmienną, przykładowo cenę oferowaną przez klienta pośredniego, innych możliwych czynników.

#### 4.3.1.3. Wyzwania

- 116) 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.
- 117) Jak wyjaśniono powyżej, 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 nakłady. 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 taki sam nakład. W związku z tym znalezienie odpowiedniego rynku porównawczego może być trudne.

(77) Zob. również pkt 95 praktycznego przewodnika.



- 118) W innych okolicznościach na rynek porównawczy może pośrednio wpłynąć początkowe nadmierne obciążenie. W stylizowanym przykładzie kartelu producentów miedzi, o którym wspomniano na Wykres 2, dostawca wiązek przewodów B<sub>1</sub> dokonuje zakupu miedzi od sprawcy naruszenia A<sub>1</sub>. Mimo że dostawca wiązek przewodów B<sub>2</sub> na rynku porównawczym nie dokonuje zakupu od sprawcy naruszenia A<sub>1</sub>, dostawcy wiązek przewodów B<sub>2</sub> i B<sub>1</sub> mogą być konkurentami na tych samych rynkach geograficznych niższego szczebla. Oznacza to, że jeżeli dostawca wiązek przewodów B<sub>1</sub> 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<sub>2</sub>, a w konsekwencji cena ta może nie być właściwą ceną porównawczą<sup>78</sup>.
- 119) Jeżeli chodzi o porównanie na przestrzeni czasu, określenie z wystarczającą precyzją okresu, w którym na rynek miało wpływ naruszenie, może okazać się trudnym zadaniem. Strony mogą przedstawić decyzję wydaną przez organ ochrony konkurencji, w której przedstawiono 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.
- 120) Jak wspomniano powyżej, w rzeczywistości wpływ naruszenia może nie ograniczać się do okresu przedstawionego w takiej decyzji<sup>79</sup>. 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. Z drugiej strony, data zakończenia przedstawiona w decyzji dotyczącej naruszenia może być wcześniejsza niż data zakończenia rzeczywistego naruszenia.
- 121) 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<sup>80</sup>.
- 122) Prawdopodobieństwo, że nabywcy na różnych etapach łańcucha dostaw mogą opóźniać przerzucanie nadmiernego obciążenia, może mieć również znaczący wpływ na porównanie<sup>81</sup>. Zjawisko to może zilustrować przykład kartelu

(78) Efekt ten jest podobny do efektów parasola cenowego, o którym wspomniano w pkt 37) powyżej.

(79) Zob. również pkt 43 praktycznego przewodnika.

(80) 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. Wyższy Sąd Krajowy w Karlsruhe, wyrok z dnia 11 czerwca 2010 r., sprawa nr 6 U 118/05, przywołana również w pkt 44 praktycznego przewodnika.

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

producentów miedzi, o którym wspomniano w Ramka 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.

- 123) 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.

#### 4.3.2. *Podejścia pośrednie – szacowanie wielkości przerzucenia*

##### 4.3.2.1. Informacje ogólne

- 124) W powyższej sekcji opisano metody i techniki bezpośredniego szacowania efektu cenowego związanego z przerzucaniem. Metoda bezpośrednia jest na ogół preferowana, jeżeli jej wdrożenie jest wykonalne i proporcjonalne. Wynika to z wyraźnej przewagi metody bezpośredniej, 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. Takie informacje mogą być dostępne w wielu przypadkach. Jeżeli jednak w sądzie nie można przedstawić takich informacji dotyczących rzeczywistych cen, na przykład jeżeli sąd uzna, że ujawnienie takich informacji jest nieproporcjonalne do wartości roszczenia w przedmiotowej sprawie, przerzucanie można oszacować *pośrednio*.
- 125) Takie podejście pośrednie można wdrożyć poprzez analizę wpływu poprzednich zmian kosztów przedsiębiorstwa na jego ceny przed okresem występowania naruszenia lub po takim okresie. Na przykład w przypadku kartelu producentów miedzi, o którym wspomniano w pkt 6) powyżej, wielkości 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 rosną 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.
- 126) Metoda pośrednia nie jest jednak pozbawiona ryzyka, a w niektórych przypadkach jej zastosowanie może nawet przynieść mylące wyniki. Wynika to z faktu, że podczas stosowania metody pośredniej w celu oszacowania wielkości przerzucenia sąd nie może ani ustalić, czy nadmierne obciążenie zostało rzeczywiście przerzucone, ani nie może stwierdzić, czy zmiany w koszcie nakładu, na który ma wpływ naruszenie, znalazły odzwierciedlenie w cenach na rynkach niższego szczebla. Kluczowe jest zatem, aby sąd zdawał sobie sprawę, że metoda pośrednia opiera się na założeniu, iż w trakcie okresu występowania naruszenia zmiany kosztów nakładów znajdują odzwierciedlenie w cenach na rynkach niższego

szczebla. Jeżeli założenie to jest niewłaściwe, takie podejście może doprowadzić do osiągnięcia szacunków, które są mylące, ponieważ pozwoliłyby stwierdzić przerzucenie nadmiernego obciążenia w przypadku, gdy w rzeczywistości nie miało ono miejsca.

- 127) Podczas stosowania metody pośredniej sąd powinien dłożyć starań, aby oszacować przerzucenie na podstawie sposobu, w jaki zmiany w koszcie nakładu, 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 6), którą zmodyfikowano i wyjaśniono w pkt 80) 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.
- 128) W większości przypadków przedmiotowe naruszenie dotyczy kosztu nakładów, który stanowi tylko jeden element kosztu krańcowego nabywcy. Na przykład możliwe jest, że dostawca wiązek przewodów będzie musiał zapłacić więcej za miedź, jeśli miało na nią wpływ naruszenie. Koszt miedzi będzie jednak stanowił jedynie część łącznego kosztu krańcowego.
- 129) Jeżeli nakłady, na które miało wpływ naruszenie, stanowią jedynie niewielki ułamek kosztu krańcowego, nawet znaczący wzrost kosztu tego nakładu 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 nakładów, a nie tylko kosztu mniej znaczącego nakładu, na który miało wpływ naruszenie, takie podejście musi opierać się na mocnym założeniu, że poziom przerzucania wzrostu kosztu krańcowego jest taki sam niezależnie od źródła wzrostu kosztu. Ponadto, jeśli przy zastosowaniu metody bezpośredniej, 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 przerzucenia przy zastosowaniu metody bezpośredniej nie jest samo w sobie ważnym ani wystarczającym argumentem, by przyjąć metodę pośrednią.
- 130) 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 nakładów, może zatem nie być zasadne. Jednym wyjaśnieniem może być to, że przedsiębiorstwo może ponosić tzw. koszty zmiany menu, a tym samym może preferować poczekanie do momentu, aż wzrost kosztów krańcowych skumuluje się powyżej pewnego progu, zanim zmieni ceny. Inne wyjaśnienie polega na tym, że nabywca bezpośredni mógł nie zauważyć, że miała miejsce znacząca zmiana kosztów nakładów.
- 131) Podczas oceny pośrednich dowodów przerzucania w oparciu o rozwój składników kosztu, na które nie miało wpływu nadmierne obciążenie, sąd krajowy powinien w konkretnych przypadkach wziąć pod uwagę również dowody jakościowe,

wykazujące, że przerzucanie niewielkich wzrostów kosztu jest zgodne z praktykami handlowymi nabywcy bezpośredniego lub pośredniego.

#### 4.3.2.2. Metody

- 132) Podejście pośrednie wymaga informacji na temat początkowego nadmiernego obciążenia i odnośnej wielkości przerzucenia. Punktem wyjścia może być oszacowanie nadmiernego obciążenia dokonane już w ramach innych postępowań lub wynikające z wcześniejszych spraw sądowych. Jeżeli nie jest dostępne żadne wcześniejsze oszacowanie nadmiernego obciążenia, sąd może rozważyć techniki wymienione w praktycznym przewodniku<sup>82</sup>. W takich sprawach sąd może na wniosek powoda nakazać sprawcy naruszenia ujawnienie istotnych danych.
- 133) Zaletą metody *bezpośredniej* jest to, że pozwala ona na tworzenie scenariusza alternatywnego. Jak wspomniano w pkt 63) powyżej, celem tego działania jest oddzielenie efektu naruszenia od innych czynników, które również mają wpływ na ceny. Choć metoda *pośrednia* 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<sup>83</sup>. W przykładzie z kartelem miedzi sąd może brać pod uwagę analizę związku między cenami stosowanymi przez dostawcę wiązek przewodów a zmianami w kosztach nakładów wiązek przewodów. Również inne czynniki mogą jednak wpływać na cenę na niższym szczeblu, np. na cenę wiązek przewodów mogą wpływać także wahania popytu u producentów samochodów. Jeśli sąd nie weźmie pod uwagę takich dodatkowych czynników, szacowana wielkość przerzucania będzie najprawdopodobniej nieobiektywna.
- 134) 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 w przedmiotowej sprawie. 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.
- 135) Kluczowa dla sądu jest jednak świadomość faktu, 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 przedmiotowej sprawie. W tym celu sąd może uwzględnić odnośne ustalenia wynikające z teorii ekonomii, jak wyjaśniono w sekcji 2.4 powyżej i w załączniku 1, takie jak poziom konkurencji. Metoda pośrednia może nie być odpowiednia, jeśli istnieją jedynie ograniczone informacje, np. dotyczące poszczególnych warunków rynkowych lub tego, w jaki sposób określono wielkość przerzucenia.

---

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

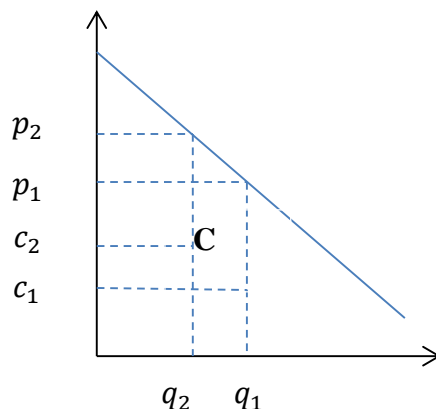
(83) Koncepcję analizy regresji wyjaśniono szczegółowo w rozdziale II pkt 2 praktycznego przewodnika.

#### 4.4. Kwantyfikacja i szacowanie spadku wielkości sprzedaży

##### 4.4.1. Wprowadzenie

- 136) Jak określono w pkt 11) powyżej, ofiary naruszeń unijnego prawa konkurencji mają prawo do pełnego odszkodowania. Jeżeli bierze się pod uwagę przerzucanie bez spadku wielkości sprzedaży, rzeczywista szkoda zostanie oszacowana zbyt nisko. Oszacowanie spadku wielkości sprzedaży jest zatem tak samo istotne, jak oszacowanie efektu cenowego związanego z przerzucaniem<sup>84</sup>.
- 137) Jak przedstawiono na Wykres 4 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 71), trzecim krokiem w procesie pełnego ustalenia wielkości odszkodowania z tytułu nadmiernych obciążeń jest oszacowanie skali spadku wielkości sprzedaży.

**Wykres 4: Spadek wielkości sprzedaży**



- 138) Spadek wielkości sprzedaży odpowiada różnicy między  $q_1$  i  $q_2$ . Utracony zysk wynikający ze spadku wielkości sprzedaży przedstawiono w obszarze C, który otrzymano poprzez przemnożenie tej utraconej wielkości przez marżę zysku  $(p_1 - c_1)$  osiągniętą przez nabywcę w przypadku scenariusza alternatywnego, tj. marżę, którą uzyskalby nabywca w przypadku braku naruszenia bez żadnego przerzucania.
- 139) 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. Również dostępność danych jest dla sądu kluczowym elementem do rozważenia przy szacowaniu spadku wielkości sprzedaży. W zależności od dostępnych danych można stosować różne metody. Opisano je bardziej szczegółowo poniżej.

(84) Sądy krajowe w UE w kilku sprawach potwierdziły znaczenie oszacowania spadku wielkości sprzedaży. Na przykład w sprawie U 2014/15 Oberlandsgericht Karlsruhe (Wyższy Sąd Krajowy w Karlsruhe) w 2016 r. niemiecki sąd ustalił, że przerzucanie nadmiernego obciążenia może w efekcie prowadzić do zmniejszenia sprzedawanych ilości przez nabywcę bezpośredniego.



#### 4.4.2. *Podejście bezpośrednie*

##### 4.4.2.1. Potrzebne dane/informacje

- 140) Podejście bezpośrednie 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. Na wniosek drugiej strony sąd może nakazać odpowiedniemu nabywcy ujawnienie takich danych. 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.
- 141) Ponadto sąd powinien mieć świadomość, że odpowiednia marża do oszacowania spadku wielkości sprzedaży niekoniecznie odpowiada standardowym pomiarom marży w rachunkowości firmy, np. wynikowi finansowemu przed odsetkami i opodatkowaniem lub dochodowi netto przedsiębiorstwa.
- 142) 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 oceny, 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.

##### 4.4.2.2. Metody i wyzwania

- 143) Utracony zysk związany ze spadkiem wielkości sprzedaży można oszacować bezpośrednio poprzez pomnożenie marży ze scenariusza alternatywnego przez spadek wielkości sprzedaży wynikający z przerzucenia nadmiernych obciążeń.
- 144) Wykorzystując odpowiednie dane od powoda, 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. Sąd powinien zatem dołożyć starań, aby przyjąć jedno z podejść opisanych powyżej w celu przeprowadzenia kontroli pod kątem czynników niezwiązanych z naruszeniem, np. poprzez rozwinięcie analizy regresji.
- 145) Jeżeli nie są dostępne dane potrzebne do przeprowadzenia podejścia różnicy w różnicach, sąd może 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.

- 146) 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. Założenia te są trudne do zweryfikowania, gdyż istnieje duże prawdopodobieństwo, że o marżach przedsiębiorstwa decyduje wiele czynników i decyzji strategicznych.

#### 4.4.3. *Podjęcie dotyczące elastyczności*

- 147) 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.

##### 4.4.3.1. Potrzebne metody i informacje

- 148) Ogólnie na zmniejszenie wielkości, zilustrowane przez spadek w sprzedaży z  $q_1$  do  $q_2$  na Wykres 4 powyżej, wpłyną podniesienie ceny przez samo przedsiębiorstwo, jak również zmiany cen konkurentów<sup>85</sup>. 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 zastosowaniu tej metody spadek wielkości sprzedaży<sup>86</sup> szacuje się poprzez pomnożenie straty wielkości sprzedaży przez marżę ze scenariusza alternatywnego.
- 149) Wymogi dotyczące danych podczas szacowania spadku wielkości sprzedaży poprzez zastosowanie 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. Jeśli tak jest, każda strata pod względem sprzedaży zazwyczaj będzie dotyczyła produktów i przedsiębiorstw poza rynkiem. Ponadto 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 i ilości podane przez  $p_1$  i  $q_2$ .
- 150) Marżę ze scenariusza alternatywnego można oszacować również poprzez przyjęcie podejścia bezpośredniego. 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

(85) Zakładając, że przedsiębiorstwa konkurują pod względem ceny.

(86) Spadek wielkości sprzedaży przedstawiono na obszarze C w Wykres 5 załącznika 1.

dokumentów wewnętrznych zapewniających informacje na temat odnośnej elastyczności<sup>87</sup>.

- 151) Jak wyjaśniono w pkt 179) i nast., przedsiębiorstwa mogą również być skłonne do podnoszenia cen i ograniczania produkcji w reakcji na nadmierne obciążenia dotyczące konkretnego przedsiębiorstwa. W takich przypadkach konieczne może być oszacowanie zarówno własnej elastyczności cenowej przedsiębiorstwa, jak i krzyżowej elastyczności cenowej, tzn. sposobu, w jaki wielkość sprzedaży przedsiębiorstwa zmienia się, gdy przedsiębiorstwo zmienia własne ceny, oraz sposobu, w jaki zmiany cen przez inne przedsiębiorstwa działające na rynku wpływają na wielkość sprzedaży przedsiębiorstwa. Zakres drugiego efektu będzie zależał od tego, czy produkty dostępne na rynku są bliskimi substytutami, czy nie. W związku z tym, jeśli produkty konkurencji nie są bliskimi substytutami, można uznać, że reakcje konkurentów prawdopodobnie wpłyną na wielkość sprzedaży jedynie nieznacznie, nawet jeśli niemożliwe jest dokładne zmierzenie tych efektów, na przykład z powodu dostępności danych.

#### 4.4.3.2. Wyzwania

- 152) 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.
- 153) Jak wspomniano we wstępie do niniejszej sekcji dotyczącej kwantyfikacji, trzy potencjalne elementy szkody w sprawie o odszkodowanie wynikają z początkowego nadmiernego obciążenia, efektu przerzucenia i spadku wielkości sprzedaży<sup>88</sup>. 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.

## 5. ZAŁĄCZNIK 1 – TEORIA EKONOMII

### 5.1. Wprowadzenie

- 154) W niniejszym dodatku wyjaśniono bardziej szczegółowo elementy teorii ekonomii istotne w kontekście szacowania przerzucenia. Jak opisano w pkt 45) i nast. powyżej, różne czynniki mogą wpłynąć na stopień przerzucania w danej sprawie, takie jak charakter kosztów nakładów podlegających nadmiernemu obciążeniu, charakter popytu na produkt, z jakim ma do czynienia klient bezpośredni i pośredni, charakter i intensywność interakcji konkurencyjnej między

---

(87) Zob. np. sprawa nr U-4-07 – Cheminova/Akzo Nobel, wyrok z dnia 15 stycznia 2015 r.

(88) Zob. pkt 71).

przedsiębiorstwami na rynku, na którym działają klienci bezpośredni i pośredni oraz inne elementy, takie jak udział różnych nakładów przedsiębiorstwa, których dotychczas nadmierne obciążenie, lub okres naruszenia.

## **5.2. Koszty nakładów oraz ich wpływ na decyzje w sprawie ustalania ceny**

- 155) Jak wyjaśniono w pkt 42) powyżej, początkowe nadmierne obciążenie skutkuje wzrostem kosztu nakładów 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. Poniżej wyjaśniono dokładniej wpływ kosztów stałych i zmiennych oraz strukturę umów między przedsiębiorstwami na różnych poziomach łańcucha dostaw na stopień przerzucenia nadmiernego obciążenia.
- 156) Aby zidentyfikować efekty przerzucania, istotne jest określenie, czy koszt nakładów poniesiony przez nabywcę mierzącego się z nadmiernym obciążeniem różni się w zależności od ilości nakładów, które on zamawia (tj. zmienne koszty nakładów), czy nie (tj. stałe koszty nakładów). 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 nakładu (zob. Ramka 8 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 8: Przykłady kosztów krańcowych i kosztów stałych**

Aby wyjaśnić pojęcie kosztów krańcowych (zmiennych) i kosztów stałych, należy rozważyć stylizowane przykłady kartelu producentów miedzi wspomniane już w Ramka 1.

Na przykład koszty zmienne dostawcy wiązki przewodów byłyby kosztami związanymi z produkcją jednej dodatkowej wiązki przewodów. Takie koszty mogą obejmować nakłady 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.

- 157) Zazwyczaj właściwym punktem wyjścia dla oceny efektów przerzucania byłby wpływ nadmiernego obciążenia na krańcowe lub zmienne koszty nabywcy.
- 158) 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 przerzucenia istotne jest ustalenie, czy z punktu widzenia nabywcy części składowe ceny, na którą naruszenie miało wpływ, są stałe, czy nie.

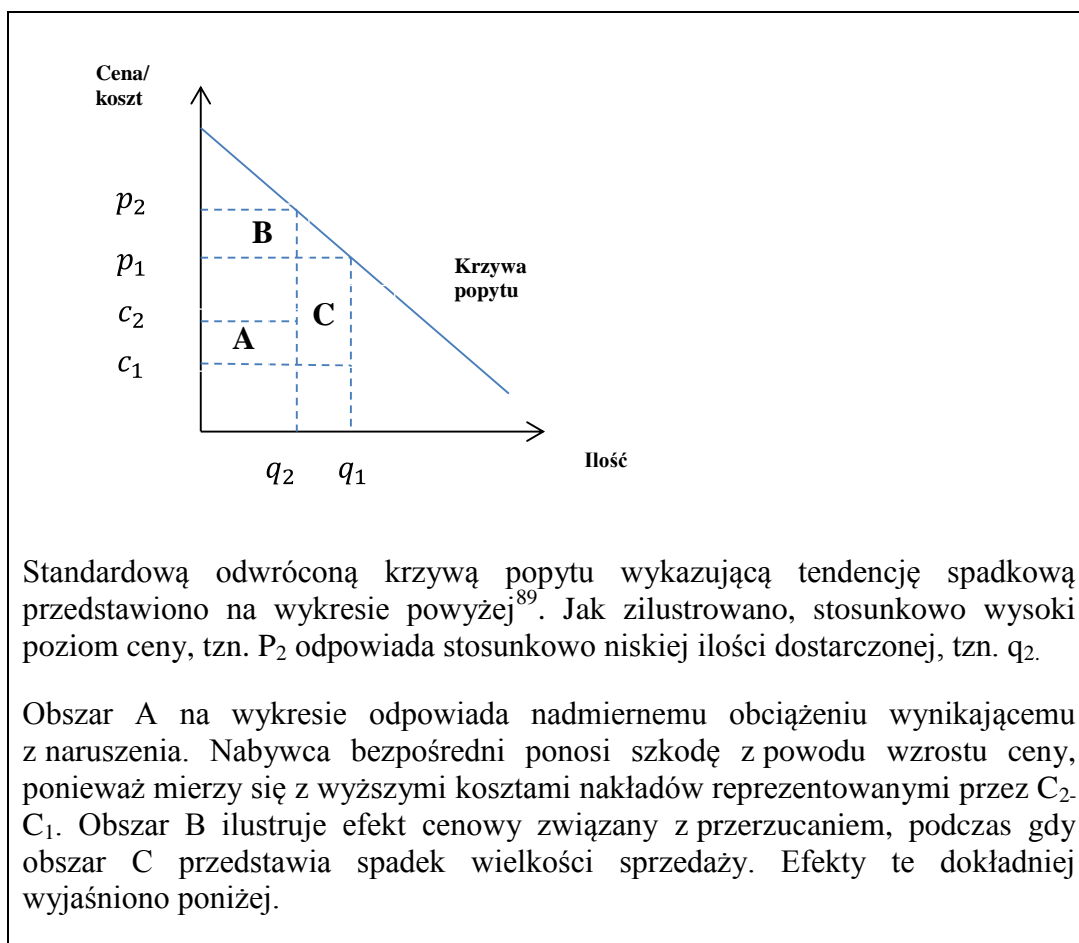
- 159) W skrajnym przypadku, w którym jedynie stała część składowa ceny jest zwiększona przez sprawcę naruszenia, w krótkookresowej perspektywie nie należy oczekiwać przerzucania w formie wzrostu ceny ustalonej przez nabywcę na jego własny produkt. W perspektywie długookresowej stałe części składowe ceny nakładów mogą jednak wpłynąć na decyzje strategiczne przedsiębiorstw. W związku z tym efekt zwiększonych stałych cen nakładów również może być istotny z punktu widzenia przerzucania. Na przykład jeśli wysoka stała część składowa ceny nakładów ustalona przez sprawców naruszenia skłania jednego z ich nabywców bezpośrednich lub większą ich liczbę do opuszczenia rynku, na którym działają, konkurencyjność rynku zostaje zmniejszona, tym samym doprowadzając do wyższych cen ustalonych przez pozostałych nabywców. Innymi słowy, wyższe koszty nakładów wynikające ze zwiększonych stałych części składowych w pewnym stopniu wpływają na ceny aktywnych nabywców i w związku z tym również są przerzucane na nabywcę pośredniego.
- 160) 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.
- 161) Rozważania dotyczące kosztów stałych i zmiennych mają szczególne znaczenie dla sądu, gdy szacuje się spadek wielkości sprzedaży, ponieważ oszacowanie tego efektu wymaga przeprowadzenia oceny marży przedsiębiorstw zaangażowanych w rozpatrywaną sprawę.

### 5.3. Cechy popytu i powiązania z cenami

- 162) Innym czynnikiem kluczowym dla oszacowania efektów przerzucenia 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 rynku. Na każdym rynku popyt określa się jako ilość danego towaru lub usługi, którą nabywcy na tym rynku kupiliby przy określonym poziomie cenowym.
- 163) Najczęściej związek między popytem i poziomem ceny jest ujemny. To znaczy, 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.



## Wykres 5: Krzywa popytu



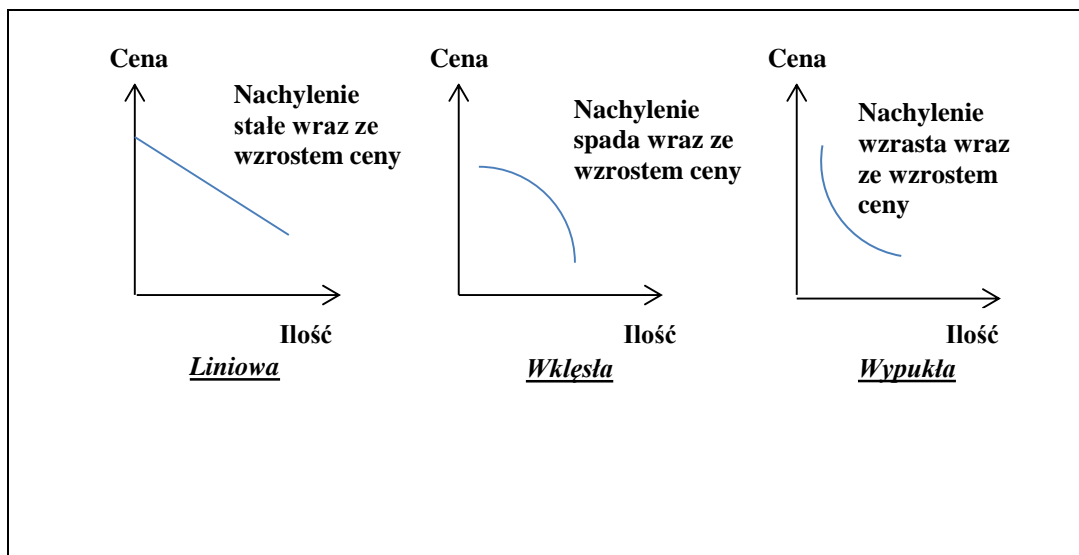
- 164) Powszechnie stosowane określenie własnej wrażliwości cenowej popytu to tzw. elastyczność cenowa popytu. Elastyczność cenowa popytu pokazuje zmianę procentową ilości, na którą jest popyt, związaną ze wzrostem ceny o jeden procent. Na przykład własna elastyczność cenowa popytu przedsiębiorstwa wynosząca -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.
- 165) W kontekście przerzucania z klienta bezpośredniego na pośredniego przedmiotem zainteresowania jest popyt, z jakim mierzy się klient bezpośredni. Klienci pośredni mogą obniżyć popyt w reakcji na podniesienie ceny przez klienta bezpośredniego. W prowadzonym przed sądem krajowym powództwie o odszkodowanie z tytułu naruszenia unijnego prawa konkurencji ten wzrost ceny może wynikać z przerzucenia części lub całości wzrostu kosztów nakładów z nabywcy bezpośredniego na nabywcę pośredniego.

(89) 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”.

- 166) 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.
- 167) Zakres przerzucania, a w związku z tym rozmiar efektów przerzucania, jest również związany z powiązaniem między popytem i poziomem ceny. W tym przypadku jednak to nie wrażliwość cenowa popytu jest bezpośrednio istotna. Jest to 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.
- 168) 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, jak pokazano po lewej stronie w ramce 9, nie ma ona zakrzywienia i nachylenie jest stałe. W przypadku wypukłej krzywej popytu, zilustrowanej po prawej stronie w ramce 9, 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, określa się jako towary podstawowe. Przykładem może być popyt na wodę pitną, ponieważ klient może być w coraz mniejszym stopniu wrażliwy na wzrost ceny w miarę jak zmniejsza się dostępna ilość.
- 169) Z kolei jeśli krzywa popytu jest wklęsła, jak pokazano na środkowym wykresie w Ramka 9, 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.
- 170) 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 9: Zakrzywienie popytu**

W zależności od cech rynku krzywa popytu może być liniowa, wypukła lub wklęsła, jak zilustrowano poniżej. Krzywa popytu skierowana w dół oznacza, że popyt klientów na produkt rośnie w miarę spadku cen. Nachylenie krzywej popytu ilustruje, w jaki sposób wraz z ceną zmienia się ilość, na którą jest popyt. Bardziej nachylona krzywa popytu oznacza, że popyt jest mniej wrażliwy na wzrosty ceny.

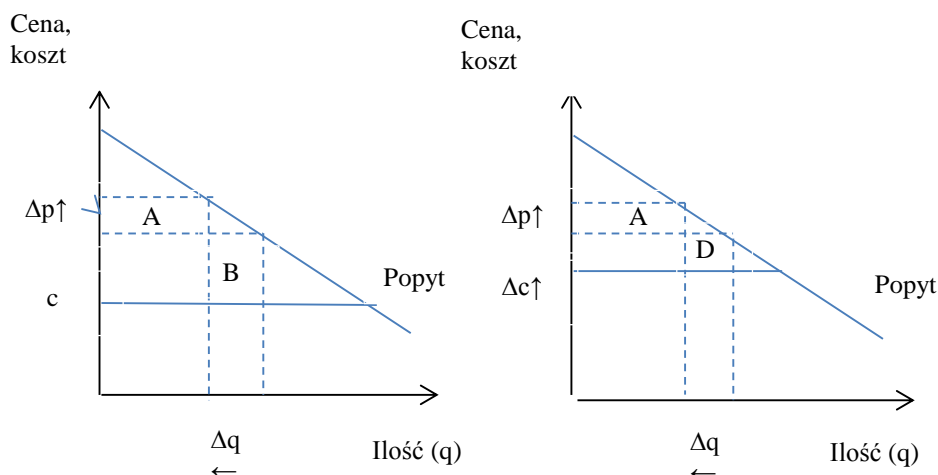


#### 5.4. Decyzja przedsiębiorstwa w sprawie ustalania ceny

- 171) Jak wyjaśniono powyżej w pkt 46) i 47), o skłonności danego przedsiębiorstwa do przerzucenia nadmiernego obciążenia na klientów decyduje rodzaj popytu i powiązane koszty<sup>90</sup>. 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 przerzucania w powództwach o odszkodowanie.
- 172) Kompromis ten przedstawiono w stylizowany sposób w Ramka 10 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 Ramka 10. Towarzyszący 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.
- 173) 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 172) powyżej. Wzrost kosztów klienta 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 Ramka 10 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.

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

## Ramka 10 Kompromis między wzrostem ceny i utratą sprzedaży



### 5.5. Intensywność konkurencji i powiązania z przerzucaniem

#### 5.5.1. Ciągłość konkurencyjności na rynkach

- 174) 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 koszt krańcowy 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.
- 175) 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. W związku z tym w takim przypadku, poza nadmiernym obciążeniem należy ilościowo określić jedynie spadki wielkości sprzedaży. 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).
- 176) Natomiast w ramach monopolu lub różnych scenariuszy pośrednich przerzucenie nadmiernego obciążenia może nie wynieść 100 procent, jednak zamiast tego może znaleźć się poniżej lub powyżej tego progu. W związku z tym w każdym przypadku, w którym struktura rynku odbiega od stanowiącej punkt odniesienia konkurencji doskonałej, przy prowadzeniu przed sądami krajowymi powództw o odszkodowanie z tytułu naruszenia unijnego prawa konkurencji oprócz

szacowania nadmiernego obciążenia istotne jest ogólnie szacowanie przerzucania i spadku wielkości sprzedaży.

- 177) 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, tj. jakości, którą zauważają klienci nabywający produkt. Ewentualnie, ze względu na różną lokalizację nabywców bezpośrednich, koszt transportu oferowanych towarów może 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.
- 178) 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 175) 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.

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

- 179) 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.
- 180) 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.
- 181) 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 nakładów, 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 poszczególnych konkurentów w różnym stopniu.



## 5.6. Kilka dodatkowych czynników wpływających na przerzucenie

- 182) 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 przeniesienie kosztu na rynkach, na których przedsiębiorstwa sprzedają liczne produkty.
- 183) 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 przerzucanie 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, jak wyjaśniono w pkt 159) powyżej.
- 184) Ponadto, jak wspomniano w pkt 50), przedsiębiorstwa mogą ponieść tzw. koszty zmiany menu przy zmianie cen, tj. koszty związane z procesem korekty ceny. W takiej sytuacji przedsiębiorstwo będzie wołało ograniczyć liczbę zmian ceny, których dokonuje, i może przerzucić nadmierne obciążenie dopiero po pewnym czasie, na przykład może poczekać, aż wzrosty kosztów krańcowych skumulują się powyżej pewnego 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. Potencjalny wpływ istnienia kosztów zmiany menu na oszacowanie efektów przerzucenia omówiono dokładniej w pkt 4.3.2.1 i nast.
- 185) 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<sup>91</sup>. Siła nabywczą nie ogranicza się jedynie do zdolności do przejścia do innych dostawców, ale obejmuje również, np. zintegrowanie się na rynku wyższego szczebla lub siłę przetargową nabywców.
- 186) 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 wchłonął nadmierne obciążenie i tym samym ograniczył przerzucanie. Z drugiej strony, można również rozważyć scenariusz, w którym

---

(91) Ocena wyrównawczej siły nabywczej 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 dostawcy.

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.

- 187) Ponieważ poziom siły nabywczej 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.
- 188) 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. W takiej sytuacji nabywca bezpośredni mierzący się z nadmiernym obciążeniem (tj. wzrostem kosztów krańcowych) zazwyczaj przerzuci całe nadmierne obciążenie w ramach 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.
- 189) 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 44), 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.

## **6. ZAŁĄCZNIK 2 – GŁOSARIUSZ**

- 190) 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.

## PROJEKT

- 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.
- Koszt krańcowy: wzrost kosztów całkowitych, który wynika z dodatkowej jednostki produkcji.
- 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.