

Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w prawie konkurencji Unii Europejskiej

Wprowadzenie

Artykuł 102 TFUE normujący zakaz nadużywania pozycji dominującej był obecny od samego początku kształtowania się Unii Europejskiej¹. Jednakże pomimo wielu lat doświadczeń praktyki decyzyjnej i orzecznictwa jego stosowanie nadal wywołuje wiele wątpliwości, zwłaszcza co do należytej oceny poszczególnych jednostronnych praktyk dominanta. Jedną z nich są rabaty warunkowe, stanowiące powszechne działanie handlowe, które występuje na różnych szczeblach kanałów dystrybucji w wielu gałęziach handlu oraz przemysłu. Niemal każdy hipermarket, linie lotnicze, księgarnie czy restauracje oferują ten czy inny rodzaj programu lojalnościowego, nagradzając wierność klientów niższymi cenami dóbr lub usług. Oferując możliwość uzyskania zachęt finansowych, oczekują oni regularności zakupów². Dzieje się tak pomimo tego, że czynniki pozacenowe, m.in. innowacyjność oraz reklama, stanowią coraz istotniejszy sposób rywalizacji handlowej. Atrakcyjna cena niemal zawsze prowadzi do zdobywania wierności klientów. Przedsiębiorstwa dominujące w zależ-

* Mgr Artur Szmigielski – absolwent Centrum Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego, doktorant w Katedrze Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

¹ Tak wczesne uzgodnienie tego obszaru związane było z gospodarczym podłożem kształtowania się integracji europejskiej. Prawo konkurencji stanowi bowiem podstawę

² narzędzie służące polityce konkurencji gwarantujące, że zarówno przedsiębiorstwa, jak i państwa członkowskie nie będą podejmować działań ograniczających konkurencję na rynku wewnętrznym. Zob.: A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford 2014, s. 1–3.

³ G. Faella, *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates*, „Journal of Competition Law and Economics”, nr 2/2008, s. 375.

ności od swoich indywidualnych potrzeb mogą wdrażać wiele rodzajów systemów rabatowych. Pozwalają one na uzyskanie istotnych korzyści gospodarczych, które są niedostępne przy stosowaniu zwykłych zniżek cenowych. Należą do nich m.in. zwiększenie koordynacji w łańcuchu produkcji, motywowanie agentów do zwiększenia wysiłków sprzedaży czy też efektywniejsze budowanie lojalności klientów³.

Udzielanie rabatów stanowi jedno z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień w unijnym prawie antymonopolowym⁴. Powodem jest m.in. fakt braku zgodności co do ekonomicznych skutków tej praktyki, a także różnorodność form, które może przybierać. I chociaż lojalność ma wydźwięk pozytywny, gdyż kojarzy się z wiernością i uczciwością, to jednak w przypadku przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą tak nie jest. Takie praktyki dominantów tradycyjnie były postrzegane przez Komisję oraz Trybunał jako odbiegające od metod normalnej konkurencji. W ich opinii stosowanie określonych form rabatowych było sprzeczne z celem niezakłóconej konkurencji, ograniczało wybór klientów, a także stanowiło zamknięcie rynku konkurentom⁵. Działo się tak pomimo tego, że rabaty stanowią zazwyczaj prokonkurencyjne zachowanie rynkowe prowadzące do obniżenia ceny. Niskie ceny produktów to najbardziej namacalny efekt funkcjonowania wolnej konkurencji. Rozbieżność między amerykańskim a unijnym podejściem do rabatów warunkowych jest ogromna – niemal większa niż w każdej innej dziedzinie prawa antymonopolowego. Podczas gdy TSUE i KE uznali tę praktykę za niezgodną z art. 102 TFUE, to amerykańskie orzecznictwo tradycyjnie postrzegało ją jako prokonkurencyjną. W USA istnieje silne domniemanie zgodności praktyk rabatowych z prawem antytrustowym, o ile nie mają one charakteru drapieżnictwa cenowego. Uzasadnieniem takiego stanowiska jest zwykle fakt oceniania obniżek cenowych jako sposobu na poprawę działalności gospodarczej. Stanowi to istotę konkurencji, a prawo antytrustowe zostało zaprojektowane, aby to wspierać⁶.

W artykule zostanie dokonana ocena stosowania art. 102 TFUE na przy-

³ Por. m.in.: D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oxford 2012, pkt 4.163; R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford 2006, s. 374–406.

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

⁵ Zob.: wyrok w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG przeciwko Komisji* z 13.02.1979 r., ECR 1979, s. 461.

⁶ Wyrok w sprawie *Concord Boat Corp. przeciwko Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039, 8th Cir. 2000.

kładzie praktyki orzeczniczej TSUE dotyczącej systemów rabatowych. To właśnie w przypadku udzielania niedozwolonych rabatów została nałożona największa w historii kara finansowa na pojedyncze przedsiębiorstwo⁷. Celem tego zabiegu ma być odpowiedź na pytanie, czy stanowisko instytucji UE jest zbieżne z postulatem *more economic approach*, tj. podejściem zorientowanym na ocenę skutków ekonomicznych.

Celowi temu podporządkowana została struktura artykułu. W pierwszej kolejności zaprezentowano rodzaje programów rabatowych oraz ich analogie do innych jednostronnych praktyk dominanta. Ma to o tyle istotny charakter, o ile właśnie forma rabatów stanowi główną podstawę oceny tej praktyki w świetle tzw. podejścia formalistycznego. Następnie scharakteryzowano teoretyczne podstawy prawa konkurencji Unii, w szczególności jej ordoliberalną tradycję oraz strukturalizm szkoły harwardzkiej. Na tym tle zostanie przeanalizowana linia orzecznicza Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) ukształtowana na gruncie pierwszych orzeczeń z tego obszaru; krytyka tego stanowiska i jej różnice względem amerykańskiego orzecznictwa antymonopolowego oraz ewentualne zmiany w podejściu TSUE po przyjęciu tzw. wytycznych Komisji⁸. W ostatniej części zostanie dokonana próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy obecne stosowanie art. 102 TFUE w przypadku rabatów warunkowych jest zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych.

Rodzaje programów rabatowych oraz ich analogia do innych praktyk dominanta

Zniżki i rabaty to dobrze znana praktyka handlowa stosowana w celu zwabienia klientów do zakupu produktów. W zasadzie zniżki są oferowane na poszczególne transakcje, natomiast rabaty stanowią redukcję pierwotnej ceny lub też stanowią świadczenie pieniężne wobec klienta, który w określonym czasie dokonał odpowiedniego zakupu. Pomimo tego w literaturze terminy te stosuje się zamiennie⁹. Analiza programów rabatowych pokazuje różnorodność omawianej praktyki handlowej i z tego też powodu może być różnie oceniana z perspektywy prawa konkurencji. Co

⁷ Zob.: wyrok w sprawie T-286/09 *Intel Corp. przeciwko Komisji* z 12.06.2014 r., EU:T:2014:547.

⁸ Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 5.12.2008, *Przewodnik po priorytetach, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, KOM(2008) 832 wersja ostateczna, Dz. Urz. UE C 45 z 24.2.2009, s. 7–20 (dalej: wytyczne Komisji).

⁹ Zob.: J. Faul, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford 2007, s. 381.

jednak oczywiste, chociaż ma ona powszechny charakter, to na gruncie reguł konkurencji relewantna będzie tylko ta sytuacja, w której przedsiębiorstwo posiada odpowiednią siłę rynkową, czyli status dominanta. Tylko wówczas będzie można mu zarzucić nadużywanie swojej pozycji rynkowej przez stosowanie zakazanej antykonkurencyjnej praktyki¹⁰.

Komisja Europejska dokonuje podziału na rabaty warunkowe oraz bezwarunkowe¹¹. Rabaty warunkowe, będące przedmiotem oceny na gruncie art. 102 TFUE, stanowią klauzule umowne, zgodnie z którymi sprzedawca udziela zniżki cenowej na swoje produkty. Uzależnione jest to jednak od spełnienia warunków nabycia lub przekroczenia określonego progu ilościowego, który może stanowić część lub niemal całość produktów sprzedawcy¹². Rabaty te klasyfikowane są na dalsze podkategorie ze względu na: rodzaj progu rabatowego – rabaty ilościowe, lojalnościowe i docelowe; zakres zastosowania – rabaty retroaktywne i przyrostowe; a także ze względu na zakres produktów – rabaty jedno- i wieloproduktowe oraz wreszcie sposób uzgodnienia – rabaty standaryzowane i uzgadniane indywidualnie¹³.

Rabaty „czystoilościowe” są udzielane wyłącznie od liczby zakupionych produktów. Z kolei rabaty lojalnościowe zawierają dodatkowo klauzulę wyłączności. Oznacza to, że klient, aby otrzymać rabat, musi zobowiązać się do wyłącznego lub niemal wyłącznego zaopatrywania się w produkty dominanta. Stąd też rabaty te określa się również mianem rabatów za wierność lub wyłączność¹⁴. Rabaty docelowe są natomiast przyznawane na podstawie określania wyników sprzedaży i okresów referencyjnych, w których wyniki te mają być osiągnięte. Jeżeli zniżka przyznawana jest tylko na liczbę produktów przekraczających dany próg, to wówczas ma ona charakter przyrostowy – jeżeli natomiast na całość zakupionych dóbr, to wówczas ma ona charakter retroaktywny (tzw. rabat z mocą wsteczną). Wszystkie te formy dotyczą tzw. rabatów jednoproduktowych. Zniżka może być także udzielana za łączne nabycie kilku produktów, które można kupić także osobno (tzw. rabaty wieloproduktowe)¹⁵. Programy rabatów

¹⁰ D. Spector, *Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason*, „Competition Policy International”, nr 1/2005, s. 92.

¹¹ Wytoczne Komisji, pkt 36.

¹² J. Sroczyński, *Rabat retroaktywny a tzw. opłata półkowa: potrzeba racjonalizacji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny”, nr 2/2013, s. 92.

¹³ K. Kohutek, *Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 7/2010, s. 35.

¹⁴ Zob.: D. Ridyard, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82 – an Economic Analysis*, „European Competition Law Review”, nr 23/2002, s. 288–290.

¹⁵ I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego*

warunkowych zawierają więc subzestaw różnych sposobów nieliniowego kształtowania ceny przez dominanta, które mogą przybierać różnorodną formę w zależności od warunków umowy. Podział ten ma relewantny charakter ze względu na reguły konkurencji, ponieważ identyfikacja określonej formy rabatu powodowała w ocenie TSUE uznanie jej za nielegalną.

Omawiana praktyka wykazuje analogię do innych antykonkurencyjnych praktyk dominanta, tj. drapieżnictwa cenowego, dyskryminacji kontrahentów, wiązania produktów, a także – co najważniejsze – transakcji wyłącznych. Z jednej strony jako strategia nakierowana na cenę może być badana z perspektywy wysokości ceny jednostkowej danego towaru (pomniejszonego o wartość danego rabatu). Niedozwolone będą ceny rążąco niskie – zwykle poniżej kosztów, czyli tzw. drapieżnictwo cenowe¹⁶. Kolejnym niebezpieczeństwem może być także nieuzasadnione na gruncie reguł konkurencji faworyzowanie jednych kontrahentów kosztem drugich (tj. dyskryminacja cenowa kontrahentów)¹⁷, a także transakcja wiązana, która dotyczy rabatów wieloproduktowych. Najpoważniejszym jednak zagrożeniem jest ocena danego programu rabatowego jako transakcja wyłączna¹⁸ – potencjalnie wykluczająca pozostałych uczestników rynku. Dotyczy to tych programów rabatów warunkowych, które dążą do pozyskania i związania klienta z przedsiębiorstwem na dłuższy okres. W szczególności odnosi się to do rabatów lojalnościowych oraz rabatów docelowych, które mogą wywołać analogiczny efekt do wykluczenia¹⁹. Z drugiej strony odróżnienie i typologizacja określonych form rabatowych ma większe znaczenie dla formalistycznej oceny tej praktyki handlowej. Zwolennicy skutkowego podejścia – niezależnie od rodzaju programu rabatowego – będą optować za każdorazowym zbadaniem określonych form rabatowych pod kątem ich faktycznego, ekonomicznego wpływu na dobrobyt konsumenta. W związku z tym w następnej części przedstawione zostanie podejście zorientowane na skutki ekonomiczne oraz teoretyczne podstawy unijnego prawa konkurencji, które dostarczają kryteriów oceny jednostronnych praktyk dominanta, w tym udzielania rabatów warunkowych.

prawa konkurencji – ekonomiczna i prawna analiza problemu, Warszawa 2013, s. 10.

¹⁶ K. Kohutek, *Drapieżnictwo cenowe jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w prawie konkurencji – Wytyczne KE z 2009 r. a stanowisko sądów wspólnotowych*, „Europejski Przegląd Sądowy”, nr 3/2010, s. 6.

¹⁷ A. Brzezińska-Rawa, *Dyskryminacja jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w unijnym prawie konkurencji*, „Państwo i Prawo”, nr 1/2011, s. 84–85.

¹⁸ Wytyczne Komisji, pkt 32–46.

¹⁹ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, op.cit., s. 352.

Teoretyczne podstawy unijnego prawa konkurencji

Cele prawa konkurencji mogą wynikać z założeń ekonomicznych, politycznych, a nawet społecznych. Współcześnie obserwuje się zachodzącą ekonomizację prawa konkurencji przez stopniowe odchodzenie od celów politycznych oraz większe wykorzystywanie narzędzi ekonomicznych w analizie prawa konkurencji²⁰. Dało to asumpt do sformułowania tzw. podejścia zorientowanego na skutki (podejście skutkowe, ang. *effects-based approach*) czy – innymi słowy – bardziej ekonomicznego podejścia (ang. *more economic approach*). Podejście to polega na wykorzystywaniu w szerszym zakresie wybranych założeń ekonomicznych z perspektywy skutków konkretnego zachowania przedsiębiorstwa na dobrobyt konsumentów²¹. Przeciwstawia się je podejściu formalnemu (ang. *formal-based approach*) opartemu na zakazie *per se* lub *quasi per se*. W kontekście stosowania art. 102 TFUE formalistyczne podejście polega na bezwzględny zakazie określonych praktyk dominanta w przypadku zaklasyfikowania ich jako określona forma (np. rabaty lojalnościowe). Pomimo że ocena ta oparta jest także (jak w przypadku podejścia skutkowego) na zastosowaniu instrumentów ekonomicznych, podejście to zostało poddane typologizacji oraz przełożone na abstrakcyjne zasady ogólne egzekwowane przez stosowanie prawa²². W przeciwieństwie do tego *more economic approach* uzależnia kwalifikację prawną przede wszystkim od rzeczywistych skutków rynkowych danej praktyki. W ramach tego modelu wiodące znaczenie odgrywa metodologia, na jakiej oparta jest reguła rozsądku. O ile analiza na gruncie formalnego podejścia sprowadza się do ustalenia, czy praktyka ta ma określoną formę i tym samym zdolność do wykluczenia, o tyle w świetle podejścia zorientowanego na skutki ekonomiczne wymagane jest zbadanie jeszcze dodatkowego elementu, tj. wykluczenia, które jest zarazem ekonomicznie szkodliwe dla konsumentów²³.

W literaturze wskazuje się, że Unia Europejska realizuje – za pomocą polityki i prawa konkurencji – „mieszankę różnych celów” (ang. *mixture of goals*)²⁴. W przeciwieństwie do tego podejście USA zorientowane jest

²⁰ Ch. Decker, *Economics and the enforcement of European competition law*, Cheltenham 2009, s. 182.

²¹ A. Jones, B. Sufrin, op.cit., s. 273.

²² P. Behrens, *Teoretyczne i praktyczne problemy stosowania instrumentów ekonomicznych w prawie kartelowym*, w: *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, red. C. Banasiński, E. Stawicki, Warszawa 2007, s. 57–58.

²³ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących*, Warszawa 2012, s. 196.

²⁴ Przede wszystkim dobrobyt konsumentów, efektywność gospodarczą, integrację rynku wewnętrznego, ordoliberalną wolność oraz uczciwość konkurencji, strukturę

obecnie pod wpływem szkoły chicagowskiej na zapewnienie tylko jednego celu, tj. efektywności ekonomicznej w postaci maksymalizacji dobrobytu konsumentów (ang. *consumer welfare*)²⁵. W świetle modernizacji unijnego prawa konkurencji dobrobyt konsumenta nabiera także szczególnego znaczenia w zwalczaniu praktyk wykluczających²⁶. Zgodnie z deklaracją Komisji stosowanie art. 102 TFUE będzie przede wszystkim koncentrowało się na tych rodzajach praktyk wykluczających, które są najbardziej szkodliwe dla konsumentów (tzw. teoria szkody)²⁷. Co jednak ważne, w orzecznictwie TSUE silnie akcentowano tzw. szkodę pośrednią, która wynikała z naruszeń struktury konkurencji. Według formuły przyjętej w sprawie *Continental Can* przepis określony w art. 102 TFUE nie dotyczy wyłącznie praktyk, które mogą spowodować bezpośrednią szkodę dla konsumentów, lecz również tych, które wyrządzają im szkodę, naruszając strukturę skutecznej konkurencji²⁸. Takie podejście spowodowało, że szkoda wobec konsumenta była przez Trybunał domniemywana, a nie faktycznie realizowana²⁹.

Prawo konkurencji to jedno z pierwszych dziedzin prawa, do którego interpretacji zaczęto wykorzystywać instrumenty ekonomiczne³⁰. Teorie ekonomiczne nadają kształt europejskiej polityce konkurencji. Przechodzą one jednak nieustanną przemianę, gdyż różni ekonomiści mają odmienną optykę patrzenia i tym samym mogą odmiennie oceniać fakty empiryczne w zależności od tego, jaką szkołę ekonomiczną preferują. Ekonomiczne teorie konkurencji wywarły znaczący wpływ na regulację systemów rabatowych w Unii Europejskiej. Niektóre z nich opowiadają się za ich restrykcyjną oceną, natomiast inne podkreślają ich korzyści lub neutralny wpływ na konkurencję.

konkurencji oraz ochronę małych i średnich przedsiębiorstw, a także cele nieekonomiczne, zob.: P. Jebsen, R. Stevens, *Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union*, „Antitrust Law Journal”, nr 64/1996, s. 447–449.

²⁵ N. Kovacic, C. Shapiro, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, „Journal of Economic Perspectives”, nr 1/2000, s. 43–60.

²⁶ D.J. Gerber, *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, „Fordham International Law Journal” 2007, nr 5, s. 1247.

²⁷ M. Walker, *The Importance of a Theory of Harm*, „European Competition Law Review” 2010, nr 10, s. 410–412.

²⁸ Wyrok w sprawie 6/72 *Continental Can przeciwko Komisji* z 21.02.1973 r., ECR 1973, s. 215, pkt 26.

²⁹ Por.: K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, op.cit., s. 79.

³⁰ Analiza problemów konkurencji wymaga bowiem użycia ekonomicznych koncepcji, które służą gospodarce rynkowej. Innymi słowy instrumenty ekonomiczne tworzą normatywne wzorce do oceny obowiązującego prawa konkurencji. R. Whish, *Competition Law*, Oxford 2009, s. 1–2.

Pogląd, że rabaty lojalnościowe są aberracją handlową o przypuszczalnie niegodziwym charakterze, jest głęboko zakorzeniony w europejskim egzekwowaniu przepisów prawa konkurencji i sięga do ordoliberalnej tradycji³¹. W literaturze podkreśla się ogromny wpływ ordoliberalnych idei ładu konkurencyjnego (tzw. szkoły fryburskiej) w procesie integracji europejskiej³². Założenia te legły u podstaw unijnego zakazu nadużycia pozycji dominującej oraz miały duży wpływ na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości oraz praktykę decyzyjną Komisji Europejskiej. Znalazło to wyraz w poszczególnych instytucjach prawnych, które dotyczą stosowania art. 102 TFUE, w szczególności w tzw. doktrynie „szczególnej odpowiedzialności” ciążyącej na przedsiębiorstwach dominujących oraz formalnym podejściu do niektórych praktyk rynkowych dominantów³³.

Takie formalistyczne podejście dotyczyło także udzielania rabatów warunkowych, co stanowiło bezpośrednią realizację ordoliberalnych idei. Już bowiem w 1949 r. Walter Eucken, czołowy przedstawiciel ordoliberalizmu, stwierdził, że rabaty lojalnościowe „wyraźnie wskazują, że pełna konkurencja nie istnieje, ponieważ środki te nie mogą być realizowane w ramach pełnej konkurencji”³⁴. Zgodnie z modelem doskonałej konkurencji należy spodziewać się, że rywalizujące przedsiębiorstwa obniżą swoje ceny do kosztów krańcowych, które nie pozostawiają możliwości udzielania dalszych rabatów. Eucken tym samym twierdził, że rabaty lojalnościowe są używane przez firmy z siłą rynkową, aby zapobiec powstawaniu konkurentów oraz zamknąć podaż³⁵. Zgodnie z tym paradygmatem władza państwowa musi zapobiegać praktykom gospodarczym, które są obce dla tego systemu (m.in. rabaty lojalnościowe), ponieważ zachowanie monopolisty powinno być „analogiczne do konkurencji”³⁶.

Założenie szkoły fryburskiej, a w szczególności jej strukturalne ujmowanie konkurencji, koresponduje z założeniami przedstawicieli tzw. szkoły harwardzkiej. W latach 50. i 60. XX w. była ona wiodącą teorią antymonopolową w Stanach Zjednoczonych, opierając swoje założenia na

³¹ Ch. Ahlborn, C. Grave, *Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective*, „Competition Policy International”, nr 2/2006, s. 197–217.

³² Zob.: M. Moszyński, *Problemy teorii i polityki konkurencji w myśli ordoliberalnej*, „Ekonomia i Prawo”, nr 2/2013, s. 221–232; D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford 2001, s. 263.

³³ D. Hildebrand, *The European School in EC Competition Law*, „World Competition”, nr 1/2002, s. 3; K. Kamińska, *Wpływ ordoliberalizmu na rozwój polityki konkurencji w RFN i Unii Europejskiej*, „Ekonomia i Prawo”, nr 2/2013, s. 240.

³⁴ W. Eucken, *The Competitive Order and Its Implementation*, „Competition Policy International”, nr 2/2006, s. 230.

³⁵ Ibidem, s. 233.

³⁶ Ibidem, s. 236.

koncepcji strukturalnej. Przyczyniła się do restrykcyjnych rozstrzygnięć sądów amerykańskich wobec względnie zwyczajnych praktyk handlowych³⁷. Zgodnie z tym podejściem koncentrowano się przede wszystkim na posiadanej przez dane przedsiębiorstwo sile rynkowej, pozwalającej mu na angażowanie się w antykonkurencyjne praktyki. Znaczenie ekonomicznych przyczyn podejmowania tych zachowań nie miały natomiast większego znaczenia³⁸. Zgodnie z jej założeniami struktura rynku determinuje zachowanie firm, a zachowanie determinuje wyniki rynkowe (m.in. skuteczność, rentowność, postęp techniczny)³⁹.

Próba doszukania się istoty koncepcji ordoliberalnej musi jednak polegać na oddzieleniu sensu ich twierdzeń od historycznego i kulturowego kontekstu⁴⁰. Aby zdefiniować „podejście europejskie” jako następstwo szkoły fryburskiej, należy to czynić z aktualnej perspektywy. Podejście to opiera się na ordoliberalizmie wprowadzonym do traktatów założycielskich, ale przy użyciu bardziej nowoczesnych narzędzi ekonomicznych, niedostępnych pół wieku temu⁴¹. Doris Hildebrand użyła terminu „szkoła europejska”, określając go jako „szkołę naukową, która odnosi się do teorii szkody odpowiednio do celów osadzonych w unijnym prawie konkurencji”⁴². Prawo i polityka konkurencji Unii Europejskiej nie są prostą pochodną modeli i teorii ekonomicznych. Stanowią one wynik poglądów wyrażonych przez ekonomistów, prawników oraz polityków, bazujący na zastanym historycznym systemie prawa. Podejście europejskie stanowi kompilację dotychczasowych teorii ekonomicznych z perspektywy celów, potrzeb i wartości integracji europejskiej.

Tradycyjne podejście Trybunału Sprawiedliwości UE względem rabatów warunkowych

Chociaż rabaty mają charakter umowny, to jednak klasyfikuje się je – w świetle reguł konkurencji – jako działanie jednostronne, tj. ewentualny przejaw nadużycia pozycji dominującej na rynku właściwym zgodnie z art. 102 TFUE. Można to wytłumaczyć faktem, że antykonkurencyjny skutek porozumienia jest niezależny od dystrybutorów (lub innych adre-

³⁷ E. Fox, *What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect*, „Antitrust Law Journal”, nr 70/2002, s. 377.

³⁸ M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge 2004, s. 7.

³⁹ I. Małobęcki, op.cit., s. 18.

⁴⁰ M. Miszewski, *Ordoliberalizm jako podstawa polityki gospodarczej dla współczesnej Europy*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu”, nr 190/2011, s. 14.

⁴¹ D. Hildebrand, *The emergence of the European School*, „Concurrences”, nr 2/2012, s. 4.

⁴² D. Hildebrand, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Haga-Londyn–Nowy Jork 2009, s. 97.

satów rabatów). Zamykanie rynku na skutek tej praktyki handlowej odbywa się przez pozyskiwanie ich samych, a nie skłanianie ich ku praktyce wykluczającej lub dyskryminującej konkurentów.

Aby ocenić, czy dany system rabatowy stanowi nadużycie pozycji dominującej, należy ustalić, czy w konkretnej sytuacji dany podmiot jest adresatem przepisu art. 102 TFUE, czyli czy posiada status przedsiębiorstwa dominującego. W tym celu należy przeprowadzić dwustopniowe badanie, tj. wyznaczyć rynek właściwy oraz siłę rynkową przedsiębiorstwa⁴³. W świetle art. 102 TFUE samo posiadanie przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej nie jest zakazane. Towarzyszyć musi temu jednostronne, antykonkurencyjne zachowanie dominanta. Należy przy tym zauważyć, że art. 102 TFUE nie zawiera *expressis verbis* odniesienia do systemów rabatowych. Niemniej jednak potencjalny wpływ rabatów na konkurencję uzasadnia ich ocenę w świetle tej regulacji⁴⁴. Oznacza to, że mogą być one sprzeczne z art. 102 TFUE nawet wtedy, gdy nie odpowiadają żadnemu z przykładów podanych w akapicie drugim tego przepisu⁴⁵. Artykuł ten zawiera jedynie przykładowy katalog zakazanych praktyk dominanta. Zakaz udzielania określonych form rabatowych wynika natomiast z ogólnej klauzuli nadużywania pozycji dominującej, względnie z art. 102 lit. c TFUE – w przypadku dyskryminacji kontrahentów, oraz art. 102 lit. d TFUE – w przypadku rabatów wieloproduktowych. Ze względu jednak na ubogi materiał normatywny oraz niezdefiniowanie pojęcia „nadużywania” pozycji dominującej podstawą rozumienia tego zakazu są dorobek orzeczniczy TSUE oraz wytyczne Komisji Europejskiej. Praktyka UE nie pozostaje również bez znaczenia dla polskiego prawa antymonopolowego. Można powiedzieć, że art. 102 TFUE oraz odpowiadający jemu art. 9 u.o.k.i.k. łączy „genetyczny związek”⁴⁶. Ze względu na ten związek unijny standard oceny systemów rabatowych powinien być traktowany przynajmniej jako punkt odniesienia w przypadku spraw rozstrzyganych wyłączenie na podstawie przepisów krajowych⁴⁷.

Orzecznictwo Trybunału dotyczące oceny rabatów warunkowych – przed wydaniem wytycznych Komisji z 5 grudnia 2008 r. – rozciąga się

⁴³ R. Whish, *op.cit.*, s. 173–174.

⁴⁴ K. Klehr, *op.cit.*, s. 87.

⁴⁵ Wyrok w sprawie C-95/04 P *British Airways przeciwko Komisji* z 15.03.2007 r., Zb. Orz. 2007, s. 2331, pkt 58.

⁴⁶ Związek ten polega na tym, że przy tworzeniu oraz stosowaniu polskiej regulacji (art. 9 u.o.k.i.k.) wzorowano się na jej odpowiednika w systemie UE (art. 102 TFUE), zob.: T. Skoczny, *Przedmowa*, w: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, Warszawa 2009, s. XV.

⁴⁷ Podobnie: K. Kohutek, *Rabaty udzielane...*, *op.cit.*, s. 35.

od spraw *Suiker Unie*⁴⁸ oraz *Hoffman-La Roche* z drugiej połowy lat 70. po orzeczeniu *Michelin II*⁴⁹ z 2003 r. oraz *British Airways* z 2007 r. Zarówno decyzje Komisji, jak i sprawy rozstrzygane przez Trybunał charakteryzowały się formalistycznym podejściem. Zgodnie z nim nielegalność rabatów była określana przede wszystkim ze względu na ich określoną formę, a nie rzeczywiste, ekonomiczne skutki. Wszystkie decyzje Komisji były podtrzymywane przez TSUE.

Przedmiotem szczególnej krytyki instytucji Unii okazały się rabaty lojalnościowe oraz rabaty o skutku lojalnościowym, stanowiące odmianę rabatów docelowych. W przypadku gdy udzielanie zniżek wiązało się z wyłącznością zakupów, były one uznawane za bezwzględnie zakazane ze względu na wiążący się z tym efekt lojalnościowy oraz „wiązaną klientów”. Założenia te zostały ukształtowane w wielokrotnie cytowanym, ze względu na wypracowanie ogólnej definicji nadużycia wykluczającego, orzeczeniu *Hoffman-La Roche*. Tezy przedstawione w tej sprawie były przywoływane nawet w najnowszych orzeczeniach z tego obszaru⁵⁰. Zgodnie z nim przedsiębiorstwo dominujące, wiążąc nabywców – nawet na ich wnioski – przez zobowiązanie ich do zaopatrywania się wyłącznie lub w znacznej części w jego produkty, narusza art. 102 TFUE. Naruszenie to jest niezależne od dalszej klasyfikacji czy też z uwagi na udzielony rabat. Nie jest także ważne, czy dzieje się to na podstawie formalnej umowy czy też jest to jednostronne działanie dominanta. Zdaniem Trybunału takie działanie jest nie do pogodzenia z celem niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym. Nakładanie obowiązku niekonkurowania w zamian za określone inicjatywy rabatowe nie jest bowiem oparte na transakcji gospodarczej, która usprawiedliwia prawa i obowiązki świadczone przez strony tej umowy. W istocie transakcja ta jest zaprojektowana w ten sposób, że ogranicza lub uniemożliwia klientom dokonanie wyboru źródła zaopatrzenia oraz blokuje innym producentom dostęp do rynku⁵¹.

Trybunał w pierwszej kolejności bada więc, czy dany system nie jest zakazany *per se* rabatem za wierność. Jeżeli nie, w dalszej kolejności ocenia, czy dany program może wywoływać podobny efekt lojalnościowy. Trybunał opiera się przy tym na założeniu, że przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, niezależnie od przyczyn tej pozycji, ponosi szczegól-

⁴⁸ Wyrok w sprawie 40/73 *Suiker Unie przeciwko Komisji* z 16.12.1975 r., ECR 1975, s. 1663.

⁴⁹ Wyrok w sprawie T-203/01 *Manufacture française des pneumatiques Michelin przeciwko Komisji (Michelin II)* z 30.09.2003 r., ECR 2003, s. II-4071.

⁵⁰ Zob.: wyrok w sprawie T-286/09 *Intel*, op.cit., pkt 71–73, 76, 77, 81, 83, 90, 91, 94 i inne.

⁵¹ Wyrok w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche*, op.cit., pkt 89–90.

ną odpowiedzialność (ang. *special responsibility*) za to, aby swym zachowaniem nie naruszać prawdziwej i niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym⁵². W przypadku rabatów docelowych – w celu stwierdzenia, czy praktyka ta stanowi nadużycie pozycji dominującej – należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, a zwłaszcza kryteria i zasady przyznawania rabatu, a także zbadać, czy oferowane korzyści nie są oparte na uzasadnieniu ekonomicznym⁵³.

Kluczowym elementem oceny jest wówczas sposób ustalania progu rabatowego. Gdy jest on określany wobec każdego klienta indywidualnie – w zależności od jego zdolności absorpcyjnej – takie działanie również stanowi niedozwoloną praktykę. W przypadku systemów standaryzowanych – lecz retroaktywnych – są one uznawane za abuzywne, jeżeli udzielanie premii opiera się na podstawie długiego okresu referencyjnego, przykładowo – jeden rok. Dodatkowymi okolicznościami obciążającymi są wysokie udziały dominanta w rynku oraz brak transparentności przyznawania zniżek. Im system jest bardziej złożony, przykładowo zawiera elementy wiązania, tym surowiej jest oceniany przez unijne instytucje.

Trybunał uzasadniał omawiany zakaz ochroną wolności konkurowania oraz swobody klientów w wyborze źródła zaopatrzenia. W przypadku stosowania długich okresów referencyjnych Trybunał powoływał się także na cel w postaci „ordoliberalnej” uczciwości. Argumentowano to tym, że udzielanie rabatów z opóźnieniem, jak to jest w przypadku rabatów retroaktywnych, powoduje problemy z przepływem pieniężnym, a także zmusza „rabatobiorców” do działania ze stratą, aż do przyznania im premii pieniężnej. Przykładowo, w sprawie *Michelin II* dealerzy chcący pozyskać przed uzyskaniem rabatu ilościowego wcześniejsze fundusze mogli negocjować premię za postęp. W opinii Komisji i Trybunału takie ukształtowanie rabatów stawiało sprzedawców w słabszej pozycji negocjacyjnej, ponieważ byli oni wówczas zdani na dobrą wolę dominanta. Stawiało to ich też w pozycji niepewności oraz braku bezpieczeństwa, co przyczyniało się do minimalizowania przez nich ryzyka oraz kupowania głównie od Michelin⁵⁴. Gdy praktyka rabatowa była odpowiedzią na napływ konkurencyjnych towarów z innych państw członkowskich, jej zakaz był również uzasadniany celem integracyjnym w postaci ochrony rynku wewnętrznego⁵⁵.

⁵² Wyrok w sprawie 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin przeciwko Komisji Europejskiej* (Michelin I) z 9.11.1983 r., ECR 1983, s. 3461, pkt 57.

⁵³ Ibidem, pkt 73.

⁵⁴ Decyzja Komisji w sprawie 2002/405 *Michelin II* z 20.06.2001 r., O.J. L 143 z 31.05.2002, s. 1–53, pkt 220.

⁵⁵ Wyrok w sprawie T-65/89 *BPB Industries Plc oraz British Gypsum Ltd przeciwko Komisji* z 1.04.1993 r., ECR 1993, s. II-389.

Surowa ocena omawianych praktyk wiązała się z bardzo ograniczoną możliwością powołania się na ekonomiczne, obiektywne uzasadnienie. Trybunał nie wypracował jasnych i przejrzystych kryteriów oceny oraz odrzucił praktycznie wszelkie argumenty podnoszone przez przedsiębiorstwa dominujące. Wydaje się, że obecnie jednym z nielicznych argumentów, na które może powołać się dominant, to udzielanie rabatów ze względu na wzrost efektywności sprzedaży związanej z obniżeniem kosztów (ze względu na korzystny efekt skali). Przedsiębiorstwo musi zastosować przy tym możliwie „najprostszy” program rabatów. W przeciwnym razie taki system – w świetle przytoczonego orzecznictwa – nie byłby oparty na ekonomicznie uzasadnionej korzyści wyrównawczej, usprawiedliwiającej jego stosowanie.

Wyrok w sprawie *Suiker Unie*, podobnie jak kolejne omawiane orzeczenia, pokazują charakterystyczną tendencję oceniania rabatów jako praktyki dyskryminacyjnej. Chociaż dominującym poglądem jest to, że art. 102 lit. c TFUE służy ochronie w przypadku tzw. naruszenia drugiej linii (czyli praktyki eksploatacyjnej), to jednak Trybunał powoływał się na ten przepis także w przypadku naruszenia tzw. pierwszej linii (czyli praktyki wykluczającej)⁵⁶. Kwestię tę wyjaśnili Nicolas Petit oraz Damien Geradin, wskazując, że większość form praktyk cenowych jest w pewnej mierze dyskryminacyjna, a stosowanie standardów oceny właściwych dla art. 102 lit. c TFUE było łatwiejsze dowodowo. Poza tym efekt w postaci dyskryminacji był przywoływany niejako przy okazji głównego zarzutu, jakim było wykluczenie konkurentów z danego rynku⁵⁷.

Ocena praktyki orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości w świetle podejścia sądów amerykańskich

Formalistyczne podejście TSUE i Komisji, które doprowadziło do niemal bezwzględnego zakazu programów rabatowych dominantów, stało się przedmiotem głośnej krytyki⁵⁸. Zarzucano, że takie podejście jest nie do

⁵⁶ Przepis ten *expressis verbis* odnosi się do partnerów handlowych (klientów i kontrahentów), a nie do konkurentów, zob.: A. Brzezińska-Rawa, op.cit., s. 92.

⁵⁷ D. Geradin, N. Petit, *Price discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?*, „Journal of Competition Law and Economics”, nr 2/2006, s. 499–502.

⁵⁸ Zob. m.in.: N. Petit, *From Formalism to Effects? The Commission's communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC*, „World Competition: Law and Economics Review”, nr 4/2009, s. 485–503; G. Faella, op.cit., s. 384–391; J. Kallaugher, B. Sher, *Rebates revisited: anti-competitive effects and exclusionary conduct abuse under Article 82*, „European Competition Law Review”, nr 5/2004, s. 263–275; W. Nazzini, *Anticompetitive Rebates in*

pogodzenia ze współczesnymi poglądami ekonomicznymi. Konkurencji nie chroni się bowiem dla samej idei rywalizacji, lecz bierze się pod uwagę korzyści, które ona przynosi⁵⁹. Społeczny koszt nadmiernie interwencyjnych reguł konkurencji to nie tylko odszkodowanie wypłacone przez jednego pechowego pozwanego. To także bezpowrotna strata, która zmniejsza dobrobyt konsumentów w sytuacji, gdy firmy zostaną zniechęcone do agresywnych, ale prokonkurencyjnych obniżek cenowych⁶⁰.

Dobrze oddaje to podejście sądów amerykańskich. W sprawie *Barry Wright*⁶¹, która dotyczyła wyłączności zakupów, wiodący producent technologii zabezpieczającej do elektrowni jądrowej w celu zapobieżenia wejścia na rynek nowych przedsiębiorstw udzielił największemu odbiorcy jego produktu rabatu lojalnościowego. Na mocy porozumienia ów odbiorca zgodził się zaopatrywać w większość jego produktów przez dwa lata. Bardzo wysokie korzyści skali (charakterystyczne dla tego typu produktów o wysokiej technologii) oraz mała liczba odbiorców w znaczący sposób zwiększyły bariery wejścia na rynek. Jednakże w opinii sądów amerykańskich teoretyczna możliwość, że taka praktyka narusza konkurencję, nie usprawiedliwia wysokiego ryzyka związanego ze zniechęceniem przedsiębiorstwa do prokonkurencyjnych obniżek cen. Konsekwencją błędu jest nie tylko zmuszenie firmy do rezygnacji z legalnej działalności gospodarczej, którą chce realizować, lecz także stanowi to penalizację prokonkurencyjnych obniżek cen, będących jedną z najbardziej pożądanych – z perspektywy prawa antytrustowego – aktywności. Podkreślono także niebezpieczeństwo wynikające z nieprawidłowego zastosowania teorii ekonomicznych. Chociaż dostarczają one pomocy prawu antytrustowemu, to nie można wymagać, żeby przepisy prawne były ich powieleniem. Różne teorie ekonomiczne prezentują często sprzeczne poglądy, które nie dają się zastosować w praktyce sądowej. Przepisy starające się wcielić w życie każdą ekonomiczną złożoność oraz kwalifikacje mogą osiągnąć efekt przeciwny do zamierzonego. Zdaniem sądu apelacyjnego prawo antytrustowe rzadko odrzuca korzyść w postaci „wróbla w garści” na rzecz spekulacyjnych korzyści (niskich cen w przyszłości), czyli przysłowiowego „gołębia na dachu”⁶².

EC Competition Law: A Way Forward?, “The Online Magazine for Competition Policy”, nr 6/2008, s. 4–7.

⁵⁹ M. Kępiński, *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji*, w: *Prawo konkurencji. System Prawa Prywatnego*, Tom 15, red. M. Kępiński, Warszawa 2013, s. 3.

⁶⁰ H.J. Hovenkamp, *Discounts and Exclusions*, “Utah Law Review”, nr 3/2006, s. 861.

⁶¹ Wyrok w sprawie *Barry Wright Corp. przeciwko ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 1st Cir. 1983.

⁶² Ang. “The antitrust laws very rarely reject such beneficial »birds in hand« for the sake of more speculative (future low-price) »birds in the bush»”, *ibidem*, pkt 24.

Poziom rozbieżności po obu stronach Atlantyku dobrze ilustruje sprawa *British Airways*, która była przedmiotem oceny zarówno w UE, jak i USA. W przeciwieństwie do orzeczenia TSUE⁶³ amerykański sąd stwierdził, że: „nagradzanie lojalności klientów promuje konkurencję co do meritum”⁶⁴. Sprawa ta dotyczyła systemu premii za rezultat wprowadzonego przez *British Airways* – największe brytyjskie linie lotnicze – celem nagradzania swoich agentów za zwiększenie wysiłków sprzedaży. Obok zasadniczej premii (do 7%) system ten umożliwiał uzyskanie przez agenta podróży dodatkowej prowizji (do 3%). Dodatkowa prowizja zależała od indywidualnych wyników uzyskiwanych przez danego agenta ze sprzedaży biletów. Wyniki te były mierzone przez porównanie całkowitych wpływów ze sprzedaży biletów przez agenta podróży z danego miesiąca do tego samego okresu z ubiegłego roku. Innymi słowy, wysokość premii zależała od poprawienia wyników sprzedaży w danym miesiącu oraz od wielkości sprzedaży za poprzedni okres. Był zatem rodzaj premii ukształtowany na bazie rabatów retroaktywnych⁶⁵.

Trybunał zasadniczo odwołał się do swojej wcześniejszej linii orzeczniczej. W opinii TSUE nadużycie pozycji dominującej przez *British Airways* polegało na stosowaniu systemu prowizji, który rzekomo eliminował konkurencję z rynku lotniczego Wielkiej Brytanii przez wynagradzanie lojalności agentów podróży oraz ich zróżnicowane traktowanie. System prowizji był nielegalny niezależnie od faktycznych skutków na konkurencję. Zdaniem TSUE można bowiem domniemywać, że konkurenci mogliby odnieść większy sukces w przypadku braku tego „abuzywnego” systemu. Trybunał, oceniając badaną praktykę pod kątem obiektywnego uzasadnienia, stwierdził, że dodatkowe wynagradzanie agentów podróży jest pozbawione jakiegokolwiek obiektywnego związku ze świadczeniem wzajemnym wynikającym ze sprzedaży dodatkowych biletów lotniczych⁶⁶. W związku z tym praktyka *British Airways* została uznana za formę dyskryminacji przez naruszenie art. 102 lit. c TFUE⁶⁷. Trybunał nie uwzględnił jednak faktu, że na

⁶³ Wyrok w sprawie T-219/99 *British Airways przeciwko Komisji* z 17.12.2003 r., ECR 2003, s. II-5917.

⁶⁴ Ang. „rewarding customer loyalty promotes competition on the merits”, zob.: wyrok w sprawie *Virgin Atlantic Airways Ltd. przeciwko British Airways PLC*, 257 F.3d 256, 2nd Cir. 2001, pkt 265.

⁶⁵ K. Kohutek, *Nadużycie pozycji dominującej – glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P British Airways*, „Glosa – Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach”, nr 2/2009, s. 87.

⁶⁶ Wyrok w sprawie T-219/99 *British Airways*, op.cit., pkt 283.

⁶⁷ „Sporne systemy premiowania doprowadziły do różnego wynagrodzenia sprzedaży identycznej liczby biletów przez agentów podróży z siedzibą w Zjednoczonym Królestwie w zależności od tego, czy wspomniani agenci osiągnęli wyznaczone im cele wzrostu sprzedaży w stosunku do okresu odniesienia, czy też ich nie osiągnęli”, ibidem, pkt 139.

rynku działało bardzo dużo agentów, którzy prowadzili działalność w miejscach o różnej gęstości zaludnienia. W związku z tym nie znajdowali się oni w identycznej sytuacji faktycznej. Gdyby system premiowy miał wyłącznie charakter bezwzględny, to wówczas faworyzowałby tylko „dużych” agentów oraz nie uwzględniałby postępów „małych” agentów. Z kolei odwołanie się do względnej kategorii, czyli poprawy wyników sprzedaży w stosunku do okresu odniesienia, było bardziej efektywnym systemem dla dominanta, gdyż w większym stopniu promował skuteczność sprzedaży jego kontrahentów⁶⁸.

Tymczasem amerykański sąd apelacyjny orzekł, że udzielanie prowizji mogło mieć tylko marginalny wpływ na konkurencję między agentami podróży, gdyż „prawdziwie lojalni” agenci (którzy bukowali ok. 80% biletów BA) generowali jedynie 5% całkowitej sprzedaży biletów⁶⁹. Istotną różnicą podejścia unijnego oraz amerykańskiego była także ocena możliwości usprawiedliwienia praktyki dominanta. Amerykańskie sądy uznały, że prokonkurencyjne usprawiedliwienie British Airways jest oczywiste i ważne. Promowanie agentów podróży było naturalną i pożądaną konsekwencją konkurencji między liniami lotniczymi dla klientów korporacyjnych i biur podróży. Ostatecznie stwierdziły, że nagradzanie lojalności klientów stanowi konkurencję merytoryczną⁷⁰. Natomiast Komisja oraz TSUE uznali, że oferowanie zniżek może wynikać jedynie z efektywności (przez obniżenie kosztów ze względu na wzrost zamówienia), a nie zachęcania do lojalności⁷¹.

Omawiana sprawa ilustruje, że podejście oparte na skutkach ekonomicznych może przynosić zupełnie inne wyniki niż rozstrzygnięcie danej sprawy w świetle formalnego podejścia⁷². Dysonans w rozstrzygnięciach w sprawie *British Airways* może prowadzić do wniosku, że prawo konkurencji UE oraz prawo antytrustowe USA realizują różne cele. Zgodnie ze stanowiskiem sądów amerykańskich ustawa Shermana⁷³ oraz inne przepisy antymonopolowe mają na celu ochronę konkurencji, nie zaś poszczególnych uczestników rynku. W związku z tym sądy te odwoływały się do pojęcia efektywnej konkurencji, a także ochrony konsumentów⁷⁴.

⁶⁸ Zob.: K. Kohutek, *Nadużycie...*, op.cit., s. 93–94; R. O’Donoghue, A.J. Padilla, op.cit., s. 377.

⁶⁹ Wyrok w sprawie *Virgin Atl. Airways Ltd.*, op.cit., pkt 52.

⁷⁰ Ibidem, pkt 37.

⁷¹ P.R. Willis, *Introduction to EU Competition Law*, Londyn 2013, s. 37.

⁷² G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanaghs, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford 2011, s. 182–183.

⁷³ Ustawa Shermana (Sherman Act), 15 U.S.C.

⁷⁴ Wyrok w sprawie *Virgin Atl. Airways Ltd.*, op.cit., pkt 31, 39.

Tymczasem UE, skupiając się na celach strukturalnych oraz utożsamiając konkurencję podmiotowo – jako rywalizację przedsiębiorstw, jest oskarżana o to, że w istocie chroni konkurentów (nawet tych nieefektywnych ekonomicznie), a nie konkurencję jako dynamiczny proces przynoszący korzyści gospodarcze w postaci niskich cen produktów⁷⁵.

Wytyczne Komisji i wyrok w sprawie Intel – zmiana formalistycznego podejścia względem praktyk rabatowych?

Krytyka względem stosowania unijnego zakazu nadużywania pozycji dominującej, m.in. w przypadku rabatów warunkowych, przyczyniła się do zapowiedzi złagodzenia przez Komisję Europejską tak rygorystycznego podejścia. Dało to asumpt do przyjęcia – początkowo – dokumentu dyskusyjnego na temat stosowania art. 102 TFUE względem nadużyć wykluczających⁷⁶, a następnie tzw. wytycznych Komisji z dnia 5 grudnia 2008 r. dotyczących priorytetów KE przy egzekwowaniu art. 102 TFUE w ramach praktyk wykluczających. Zapowiedziano w nich większe uwzględnienie skutków ekonomicznych omawianej praktyki handlowej, co stanowi wyraz specyficznej modernizacji art. 102 TFUE w świetle nowych teorii ekonomicznych. Specyfika ta polega na tym, że przedmiotowy dokument stanowi akt miękkiego prawa (ang. *soft law*), który nie może naruszyć wykładni art. 102 TFUE dokonanej przez TSUE. Obrazowo można porównać to do próby pogodzenia „ognia z wodą”. Jeśli wziąć pod uwagę ubogi materiał normatywny dotyczący zakazu stosowania pozycji dominującej, w zasadzie wyłącznie art. 102 TFUE, dokument ten nabiera szczególnego znaczenia. I chociaż wytyczne Komisji formalnie nie mają mocy wiążącej, to jednak nie oznacza to, że są pozbawione mocy prawnej. Znajduje to odzwierciedlenie w orzecznictwie TSUE, które potwierdza, że stanowią one wiążącą dla Komisji regułę postępowania (ang. *rule of practice*)⁷⁷.

Okazją do zastosowania nowych instrumentów w przypadku rabatów warunkowych była sprawa *Intel*. Komisja Europejska po raz pierwszy w tak obszernym zakresie dokonała analizy tej praktyki na podstawie testu równie efektywnego konkurenta⁷⁸, będącego jednym z kluczowych elementów

⁷⁵ E. Fox, *We Protect Competition, You Protect Competitors*, “World Competition”, nr 26/2003, s. 149–165.

⁷⁶ Komisja Europejska, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruksela 2005.

⁷⁷ Zob. wyroki w sprawach: C–397/03 P *Archer Daniels Midland i Archer Daniels Midland Ingredients przeciwko Komisji* z 18.05.2006 r., Zb. Orz. 2006, s. I–4429, pkt 91; T–18/03 CD–*Contact Data GmbH przeciwko Komisji* z 30.04.2009 r., Zb. Orz. 2009, s. II–1021, pkt 94.

⁷⁸ Wytyczne Komisji, pkt 22–26.

wytocznych. Zmierzają one do ustalenia, czy konkurent, równie skuteczny, co przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, który ponosi te same koszty, co owo przedsiębiorstwo, może nadal w tym przypadku pokrywać swoje koszty⁷⁹. Sąd w swoim wyroku dokonał jednak deprecjacji tego testu, przypisując mu stosunkowo nieduże znaczenie analityczne⁸⁰. Sprawa *Intel* stała się także głośna za sprawą najwyższej w historii kary pieniężnej (tj. 1,06 mld euro). Jest to najwyższa kara, jaka została nałożona na pojedyncze przedsiębiorstwo za naruszenie przepisów prawa konkurencji. Wyrok Sądu z dnia 12 czerwca 2014 r., który potwierdził decyzję Komisji stwierdzającą naruszenie przez Intel art. 102 TFUE, wywołał falę komentarzy w literaturze przedmiotu⁸¹. Część autorów tych komentarzy oceniła orzeczenie krytycznie, zarzucając mu krok wstecz w stosunku do wytycznych Komisji oraz powrót do starej linii orzeczniczej z *Hoffman–La Roche*⁸². Inni natomiast dostrzegali pozytywne zmiany w duchu bardziej ekonomicznego podejścia⁸³.

Intel Corp. to amerykańska spółka, której głównym przedmiotem działalności jest projektowanie oraz produkcja procesorów komputerowych typu x86, które stanowią podstawowy element każdego komputera. W latach 2002–2005 oraz w 2007 r. spółka Intel przyznawała wiodącym producentom sprzętu komputerowego rabaty uzależnione od całkowitego zaopatrzenia się w procesory Intel.

Wyrok w sprawie *Intel* plasuje się gdzieś między bezwzględny zakazem rabatów lojalnościowych (*à la Hoffman–La Roche*) a ich skutkową oceną prezentowaną w wytycznych. Z jednej bowiem strony odwołano się do argumentów zaczerpniętych ze „sztandarowego” orzecznictwa⁸⁴, a z drugiej strony Sąd posłużył się koncepcjami przyjętymi w nowym do-

⁷⁹ Wyrok w sprawie T–286/09 *Intel*, op.cit., pkt 141.

⁸⁰ K. Kohutek, *Zachowanie formalnego podejścia do oceny rabatów stosowanych dominatorów oraz deprecjacja testu równie efektywnego konkurenta – glosa do wyroku Sądu z 12.06.2014 r. w sprawie T–286/09, Intel Corp. przeciwko Komisji*, „Glosa – Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach”, nr 4/2014, s. 82.

⁸¹ Por. m.in.: J.S. Venit, *Case T–286/09 Intel v Commission – The Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward*, „European Competition Journal”, nr 2/2014, s. 203–230; P. Rey, P. Nihoul, *The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?*, „Journal of European Competition Law & Practice”, nr 5/2014, s. 521–530.

⁸² D. Geradin, *Loyalty Rebates after Intel: Time for The European Court of Justice to overrule Hoffman–La Roche*, „Journal of Competition Law & Economics”, nr 11/2015, s. 579–615.

⁸³ N. Petit, *Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU*, „University of Liege – School of Law” 2015.

⁸⁴ Przykładowo, podział rabatów ze względu na ich formę oraz niemal bezwzględny zakaz rabatów lojalnościowych, zob.: wyrok w sprawie T–286/09 *Intel*, op.cit., pkt 75–78.

kumencie⁸⁵. Na podstawie wcześniej rozstrzyganych spraw⁸⁶ spodziewać się jednak można było orzeczenia zgodniejszego z podejściem opartym na skutkach ekonomicznych, postulowanym przez ostatnie lata przez prawników i ekonomistów. Z tego względu powstał rodzaj hybrydy, gdyż – mówiąc obrazowo – jedną nogą Sąd był w „oświeceniu” (tj. nowych zasadach wypracowanych przez KE), a drugą nogą wciąż tkwił w „średniowieczu” (zasadach wypracowanych na wzór ordoliberalnej tradycji).

Obecne stanowisko Trybunału Sprawiedliwości UE – próba podsumowania

Dokonanie generalnej oceny stanowiska TSUE względem rabatów warunkowych, badanych na gruncie art. 102 TFUE, jest trudne ze względu na ewolucyjny charakter omawianego obszaru. *De lege lata* należy jednak stwierdzić, że podejście Trybunału jest formalistyczne i nie uwzględnia postulatów podejścia zorientowanego na ocenę skutków ekonomicznych. Opiera się bowiem na zakazie określonych praktyk rabatowych w dużej mierze ze względu na formę danego systemu – bez potrzeby badania innych istotnych okoliczności sprawy, rzutujących na ekonomiczną ocenę badanej praktyki⁸⁷.

Takie podejście jest słusznie przedmiotem głośnej krytyki, ponieważ przyczynia się do powstawania tzw. fałszywych pozytywów, czyli zakazywania lub reglamentowania praktyk, które nie są antykonkurencyjne. Prowadzi to z kolei do efektu schłodzenia konkurencji, stanowiąc swoisty paradoks – prawo antymonopolowe, którego zadaniem jest ochrona konkurencji, ze względu na swoją rygorystyczność powoduje jej osłabienie. Czy przyjęte przez Komisję wytyczne spełnią swoje zadanie i doprowadzą do złagodzenia podejścia Trybunału względem omawianej praktyki?

Odpowiedź na to pytanie będzie dopiero możliwe w przyszłości, gdyż na razie mamy zbyt mało rozstrzygnięć. Na podstawie sprawy *Intel* można jednak stwierdzić, że chociaż TSUE inspirował się wytycznymi Komisji, to jednak nadal w ocenie rabatów warunkowych dominowało podejście formalistyczne, czyli ocena tej praktyki pod kątem jej formy. Należy opo-

⁸⁵ Chociażby tzw. efektem dźwigni, zob.: wyrok w sprawie T-286/09 *Intel*, op.cit., pkt 93.

⁸⁶ Zob.: wyroki w sprawach: C-280/08 P *Deutsche Telekom przeciwko Komisji* z 14.10.2010 r., Zb. Orz. 2010, s. I-9555; C-52/09 *Konkurrensverket przeciwko TeliaSonera Sverige AB* z 17.02.2011 r., Zb. Orz. 2011, s. I-527; C-209/10 *Post Danmark A/S przeciwko Konkurrencerådet* z 27.03.2012 r., EU:C:2012:172. W sprawach tych TSUE w większym stopniu podkreślał ekonomiczne skutki badanych praktyk.

⁸⁷ Przykładowo, udział rynku objęty porozumieniem z klauzulą rabatową.

wiedzieć się za stworzeniem klauzuli rozsądku, która stanowiłaby rodzaj „bezpiecznego portu” dla działalności gospodarczej dominanta. Wypracowanie jednolitych standardów oceny na podstawie nowych zasad i narzędzi zaproponowanych przez Komisję jest zatem bardzo pożądane.

Bibliografia

- Jones Alison, Sufrin Brenda, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Brzezińska-Rawa Anna, *Dyskryminacja jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w unijnym prawie konkurencji*, „Państwo i Prawo”, nr 1/2011, s. 83–93.
- Banasiński Cezary, Stawicki Edward, *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2007.
- Ahlborn Christian, Grave Carsten, *Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective*, “Competition Policy International”, nr 2/2006, s. 197–217.
- Decker Christopher, *Economics and the enforcement of European competition law*, Elgar, Cheltenham 2009.
- Geradin Damien, Layne-Farrar Anne, Petit Nicolas, *EU Competition Law and Economics*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Geradin Damien, *Loyalty Rebates after Intel: Time for The European Court of Justice to overrule Hoffman-La Roche*, “Journal of Competition Law & Economics”, nr 11/2015, s. 579–615.
- Geradin Damien, Petit Nicolas, *Price discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?*, “Journal of Competition Law and Economics”, nr 2/2006, s. 479–531.
- Gerber David Jason, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, Oxford 2001.
- Gerber David Jason, *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, “Fordham International Law Journal”, nr 5/2007, s. 1235–1265.
- Spector David, *Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason*, “Competition Policy International”, nr 1/2005, s. 89–114.
- Decyzja Komisji w sprawie 2002/405 *Michelin II* z 20.06.2001 r., O.J. L 143 z 31.05.2002, s. 1–53.
- Ridyard Derek, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82 – an Economic Analysis*, “European Competition Law Review”, nr 23/2002, s. 286–303.

- Hildebrand Doris, *The emergence of the European School*, "Concurrences", nr 2/2012, s. 4–8.
- Hildebrand Doris, *The European School in EC Competition Law*, "World Competition", nr 1/2002, s. 3–23.
- Hildebrand Doris, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer Law International, Haga–Londyn–Nowy Jork 2009.
- Fox Eleanor, *We Protect Competition, You Protect Competitors*, "World Competition", nr 26/2003, s. 149–165.
- Fox Eleanor, *What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anti-competitive Effect*, "Antitrust Law Journal", nr 70/2002, s. 371–411.
- Faella Gianluca, *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates*, "Journal of Competition Law and Economics", nr 2/2008, s. 384–391.
- Niels Gunnar, Jenkins Helen, Kavanaghs James, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 640.
- Hovenkamp Herbert, *Discounts and Exclusions*, "Utah Law Review", nr 3/2006, s. 409–432.
- Małobęcki Iwo, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji – ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2013.
- Venit James, *Case T–286/09 Intel v Commission – The Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward*, "European Competition Journal", nr 2/2014, s. 203–230.
- Sroczyński Jarosław, *Rabat retroaktywny a tzw. opłata półkowa: potrzeba racjonalizacji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny”, nr 2/2013, s. 90–100.
- Kallaugher John, Sher Brian, *Rebates revisited: anti-competitive effects and exclusionary conduct abuse under Article 82*, "European Competition Law Review", nr 5/2004, s. 263–275.
- Faul Jonathan, Nikpay Ali, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Klehr Karolina, *Polityka rabatowa przedsiębiorców dominujących w świetle orzecznictwa z zakresu prawa konkurencji – przegląd orzecznictwa*, „Glosa – Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach”, nr 4/2012, s. 87–93.
- Kamińska Katarzyna, *Wpływ ordoliberalizmu na rozwój polityki konkurencji w RFN i Unii Europejskiej*, „Ekonomia i Prawo”, nr 2/2013, s. 233–243.
- Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 5.12.2008, Przewodnik po priorytetach, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa domi-

- nujące, KOM(2008) 832 wersja ostateczna, Dz.Urz. UE C 45 z 24.2.2009, s. 7–20.
- Kohutek Konrad, *Drapieżnictwo cenowe jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w prawie konkurencji – Wytyczne KE z 2009 r. a stanowisko sądów wspólnotowych*, „Europejski Przegląd Sądowy”, nr 3/2010, s. 4–10.
- Kohutek Konrad, *Nadużycie pozycji dominującej – glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 15.03.2007 r. w sprawie C–95/04 P British Airways*, „Glosa – Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach”, nr 2/2009, s. 84–98.
- Kohutek Konrad, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących*, Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012.
- Kohutek Konrad, *Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 7/2010, s. 35–41.
- Kohutek Konrad, *Zachowanie formalnego podejścia do oceny rabatów stosowanych dominantów oraz deprecjacja testu również efektywnego konkurenta – glosa do wyroku Sądu z 12.06.2014 r. w sprawie T–286/09, Intel Corp. przeciwko Komisji*, „Glosa – Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach”, nr 4/2014, s. 79–87.
- Miszewski Maciej, *Ordoliberalizm jako podstawa polityki gospodarczej dla współczesnej Europy*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu”, nr 190/2011, s. 9–23.
- Kępiński Marian, *Prawo konkurencji. System Prawa Prywatnego*, Tom 15, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2013.
- Motta Massimo, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Moszyński Michał, *Problemy teorii i polityki konkurencji w myśli ordoliberalnej*, „Ekonomia i Prawo”, nr 2/2013, s. 221–232.
- Walker Mike, *The Importance of a Theory of Harm*, „European Competition Law Review”, nr 10/2010, s. 392–415.
- Petit Nicolas, *From Formalism to Effects? The Commission’s communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC*, „World Competition: Law and Economics Review”, nr 4/2009, s. 485–503.
- Petit Nicolas, *Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU*, „University of Liege – School of Law” 2015, s. 1–35.
- Nihoul Paul, *The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?*, „Journal of European Competition Law & Practice”, nr 5/2014, s. 521–530.
- Jebsen Per, Stevens Robert, *Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union*, „Antitrust Law Journal”, nr 64/1996, s. 440–504.

- Willis Peter, *Introduction to EU Competition Law*, Londyn 2013.
- Nazzini Renato, *Anticompetitive Rebates in EC Competition Law: A Way Forward?*, "The Online Magazine for Competition Policy", nr 6/2008, s. 4–20.
- Whish Richard, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- O'Donoghue Robert, Jorge Padilla Atilano, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford 2006.
- Skoczny Tadeusz, Jurkowska Agata, Miąsik Dawid, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2009.
- Eucken Walter, *The Competitive Order and Its Implementation*, "Competition Policy International", nr 2/2006, s. 220–265.
- Kovacic William, Shapiro Carl, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, "Journal of Economic Perspectives", nr 1/2000, s. 43–60.
- Wyrok w sprawie 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin przeciwko Komisji Europejskiej* („Michelin I”) z 9.11.1983 r., ECR 1983, s. 3461, pkt 57.
- Wyrok w sprawie 40/73 *Suiker Unie przeciwko Komisji* z 16.12.1975 r., ECR 1975, s. 1663.
- Wyrok w sprawie 6/72 *Continental Can przeciwko Komisji* z 21.02.1973 r., ECR 1973, s. 215.
- Wyrok w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG przeciwko Komisji* z 13.02.1979 r., ECR 1979, s. 461.
- Wyrok w sprawie *Barry Wright Corp. przeciwko ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 1st Cir. 1983.
- Wyrok w sprawie C-209/10 *Post Danmark A/S przeciwko Konkurrenserådet* z 27.03.2012 r., EU:C:2012:172.
- Wyrok w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom przeciwko Komisji* z 14.10.2010 r., Zb. Orz. 2010, s. I-9555.
- Wyrok w sprawie C-397/03 P *Archer Daniels Midland i Archer Daniels Midland Ingredients przeciwko Komisji* z 18.05.2006 r., Zb. Orz. 2006, s. I-4429, pkt 91.
- Wyrok w sprawie C-52/09 *Konkurrensverket przeciwko TeliaSonera Sverige AB* z 17.02.2011 r., Zb. Orz. 2011, s. I-527.
- Wyrok w sprawie C-95/04 P *British Airways przeciwko Komisji* z 15.03.2007 r., Zb. Orz. 2007, s. 2331.
- Wyrok w sprawie *Concord Boat Corp. przeciwko Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039, 8th Cir. 2000.
- Wyrok w sprawie T-18/03 *CD-Contact Data GmbH przeciwko Komisji* z 30.04.2009 r., Zb. Orz. 2009, s. II-1021.

Wyrok w sprawie T-203/01 *Manufacture française des pneumatiques Michelin przeciwko Komisji* („Michelin II”) z 30.09.2003 r., ECR 2003, s. II-4071.

Wyrok w sprawie T-219/99 *British Airways przeciwko Komisji* z 17.12.2003 r., ECR 2003, s. II-5917.

Wyrok w sprawie T-286/09 *Intel Corp. przeciwko Komisji* z 12.06.2014 r., EU:T:2014:547.

Wyrok w sprawie T-65/89 *BPB Industries Plc oraz British Gypsum Ltd przeciwko Komisji* z 1.04.1993 r., ECR 1993, s. II-389.

Wyrok w sprawie *Virgin Atlantic Airways Ltd. przeciwko British Airways PLC*, 257 F.3d 256, 2nd Cir. 2001, pkt 265.

Słowa kluczowe: prawo konkurencji, pozycja dominująca, rabaty warunkowe

Key words: Competition Law, Dominant Position, Conditional Rebates

Abstract

Conditional Rebates Granted by Dominant Undertakings under European Union Competition Law

While the granting of rebates is a common commercial practice largely used by dominant and non-dominant firms, the assessment of rebates is one of the most complex and unsettled areas of competition law. In the European Union, the decisional practice of the case-law of the Court of Justice of the European Union has been harshly criticized as unnecessarily strict, following a form-based approach that sits uneasily with modern economic theory. The degree of divergence between US and European case law on the proper legal treatment of loyalty rebates is larger than in almost any other field of international antitrust law. Whereas US jurisprudence has traditionally considered loyalty rebates to be a pro-competitive business practice, the Court of Justice of the European Union has repeatedly held that loyalty rebates are an illegal means of distorting competition.