

## Test równie efektywnego konkurenta a test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta w ocenie nożyc kosztowo-cenowych na rynku telekomunikacyjnym

### Spis treści

- I. Wstęp
- II. Pojęcie nożyc kosztowo-cenowych
- III. Nożyce kosztowo-cenowe a inne praktyki cenowe
- IV. Test równie efektywnego konkurenta w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej i orzecznictwie
- V. Test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta
- VI. Kwalifikacja prawna nożyc kosztowo-cenowych w sektorze telekomunikacji – test równie efektywnego czy dość efektywnego konkurenta?
- VII. Konkluzje

### Streszczenie

W artykule ukazano istotę testu równie efektywnego konkurenta w kontekście oceny nożyc kosztowo-cenowych w sektorze telekomunikacji. Zwrócono też uwagę na różnice między testem równie efektywnego konkurenta i testem hipotetycznie dość efektywnego konkurenta oraz przedstawiono uwarunkowania związane z ich stosowaniem w sektorach regulowanych na przykładzie telekomunikacji.

**Słowa kluczowe:** nadużycie pozycji dominującej; nożyce kosztowo-cenowe; test równie efektywnego konkurenta; test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta.

### I. Wstęp

Nożyce kosztowo-cenowe są najczęściej spotykane w sektorach regulowanych, w których istnieje monopol na urządzenia kluczowe na poziomie hurtowym. Występowanie tego monopolu często stanowi bodziec do wprowadzenia regulacji sektorowych wymuszających na przedsiębiorstwach dominujących na wyższym szczeblu rynku (ang. *upstream market*) dostarczanie usług konkurentom prowadzącym działalność gospodarczą na niższym szczeblu rynku (ang. *downstream market*), co może skłaniać do nadużycia pozycji dominującej w formie nożyc kosztowo-cenowych<sup>1</sup>.

\* Autorka jest adiunktem na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

<sup>1</sup> Przypadki nożyc występują również w przemysłach, w których zobowiązania regulacyjne co do podaży dóbr lub usług nie występują. Zob. np. orzeczenie w sprawie T-5/97 *Industrie des Poudres Sphériques v. Radzie UE*, Zb. Orz. 2000, s. II-3755; Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 18.07.1988 w sprawie IV/30.178 *Napier Brown v. British Sugar*, Dz. Urz., 1988, L 284/41.

Test równie efektywnego konkurenta stanowi narzędzie służące do kwalifikacji prawnej praktyk wykluczających dominanta, do których należą m.in. nożyce kosztowo-cenowe. Ich skutkiem może być wykluczenie z rynku równie efektywnego konkurenta przedsiębiorstwa zintegrowanego wertykalnie. Zgodnie z powyższym testem, zachowanie przedsiębiorstwa polegające na stosowaniu nożyc kosztowo-cenowych jest sprzeczne z art. 102 TFUE, jeśli jest zdolne do wykluczenia z rynku konkurenta, który jest przynajmniej tak efektywny, jak przedsiębiorstwo dominujące pionowo zintegrowane.

Celem artykułu jest ukazanie istoty testu równie efektywnego konkurenta jako narzędzia prawa konkurencji wykorzystywanego do oceny nadużycia pozycji dominującej w formie nożyc kosztowo-cenowych. W artykule skoncentrowano się na teście równie efektywnego konkurenta, który został zastosowany w orzeczeniu w sprawie *Deutsche Telekom*<sup>2</sup>, *TeliaSonera*<sup>3</sup> i *Telefónica*<sup>4</sup>. We wszystkich przypadkach chodziło o sektor komunikacji elektronicznej. W związku z tym, że w sprawie *Telefónica* wykorzystano nie tylko test równie efektywnego konkurenta (ang. *equally efficient competitor test*), lecz także alternatywny test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta (ang. *hypothetical reasonably efficient competitor test*) – w dalszej części opracowania zostaną przedstawione oba narzędzia oceny nadużycia pozycji dominującej w sektorze telekomunikacji. W artykule podjęto próbę wskazania różnic pomiędzy tymi instrumentami oraz ustalenia, na ile można je traktować jako instrumenty komplementarne.

## II. Pojęcie nożyc kosztowo-cenowych

Pojęcie nożyc kosztowo-cenowych (ang. *margin squeeze*) odnosi się do strategii wertykalnie zintegrowanego przedsiębiorstwa sprzedającego czynniki produkcji na wyższym szczeblu rynku i jednocześnie konkurującego z innymi przedsiębiorstwami na niższym szczeblu rynku<sup>5</sup>. Strategia ta polega na znacznym ograniczeniu marży konkurentów na niższym rynku z zamiarem wykluczenia ich z tego rynku. Nożyce kosztowo-cenowe mogą powstać w sytuacji, gdy wertykalnie zintegrowane przedsiębiorstwa posiadają pozycję dominującą na wyższym rynku i jednocześnie oferują produkty (usługi) niezbędne dla prowadzenia działalności gospodarczej przez konkurentów na niższym rynku. Tego typu sytuacja często występuje w sektorach regulowanych, jak np. sektor telekomunikacyjny, gdy dawni monopolisci konkurują z przedsiębiorstwami, którym zobowiązani są dostarczyć usługi na wyższym rynku (np. usługi dostępu do sieci telefonicznych)<sup>6</sup>. Ponieważ wertykalnie zintegrowane przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą mają wpływ na ceny wejścia przedsiębiorstw na niższym rynku, na którym są też konkurentami – mogą ograniczać marżę zysku konkurentów prowadzących działalność gospodarczą na niższym rynku przez podniesienie cen swoich usług na wyższym rynku. W efekcie powstają nożyce kosztowo-cenowe. Aby przedsiębiorstwa działające na niższym poziomie rynku były konkurencyjne, powinny utrzymywać

<sup>2</sup> Orzeczenie w sprawie w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom AG v. Komisji*, Zb. Orz. 2010, s. I-9555.

<sup>3</sup> Orzeczenie w sprawie C-52/09 *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB*, Zb. Orz. 2011, s. I-527.

<sup>4</sup> Orzeczenie w sprawie T-336/07 *Telefónica i Telefónica de España v. Komisji* (orzeczenie jeszcze nie opublikowane w zbiorze orzeczeń). *Telefónica i Telefónica de España* złożyły apelację od wyroku – sprawa C-295/12 P.

<sup>5</sup> A. Jones, B. Surfin, *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, 4th edn., Oxford University Press, Oxford 2011, s. 413 i n; N. Dune, *Margin Squeeze: Theory, Practice, Policy-Part I*, ECLR 2012, No. 1, s. 30–32; L. Hou, *Some aspects of price squeeze within the EU: a case law analysis*, „European Competition Law Review” 2011, 32(5), s. 250–256; D. Jalovietzki, K. Jaros, S. Klaue, H.P. Venneman, *Wspólnotowe reguły konkurencji i ich znaczenie dla polskich sędziów*, UOKiK, Warszawa 2007, s. 40–41; J.G. Sidak, *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, „Journal of Competition Law and Economics” 2008, No. 2, s. 279–309.

<sup>6</sup> H. Aufm'mkolk, *The “Feedback Effect” of Applying EU Competition Law to Regulated Industries: Doctrinal Contamination in the Case of Margin Squeeze*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2012, No. 2, s. 149–159.

ceny sprzedaży na poziomie wertykalnie zintegrowanych przedsiębiorstw. To jednak prowadzi do strat i nie jest opłacalne w długim okresie.

Nożyce stosują najczęściej wertykalnie zintegrowane przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy:

- przedsiębiorstwa na niższym rynku są zmuszone do zaopatrywania się u wertykalnie zintegrowanego przedsiębiorstwa prowadzącego działalność gospodarczą na tym samym (niższym) szczeblu rynku;
- wertykalnie zintegrowane przedsiębiorstwa posiadają znaczny udział w niższym rynku, a zatem osłabienie konkurentów ma istotny wpływ na poziom ich zysków;
- produkty wertykalnie zintegrowanych przedsiębiorstw i ich konkurentów są bliskimi substytutami, co oznacza, że klienci łatwo mogą zmienić dostawcę dóbr lub usług i skorzystać z oferty tych pierwszych.

Nożyce powstają w wyniku rozpiętości między cenami na wyższym i niższym poziomie rynku, w przypadku gdy wertykalnie zintegrowane przedsiębiorstwo posiada pozycję dominującą na wyższym poziomie rynku. Gdy konkurenci dominanta na niższym rynku kupują czynniki produkcji na wyższym rynku od tego dominanta i konkurują z nim na niższym rynku, dominujące przedsiębiorstwo może posiadać motywację do podniesienia cen produktów (usług) na wyższym rynku lub obniżenia cen dla finalnych konsumentów (użytkowników końcowych) na niższym rynku, aby osłabić konkurentów na tym rynku poprzez doprowadzenie do wzrostu ich kosztów lub zmniejszenia ich przychodów. Rozpiętość między ceną dominanta na wyższym i niższym rynku jest nieuczciwa w rozumieniu art. 102 a TFUE, gdy jest on zdolny do wykluczenia konkurenta z niższego rynku, który jest przynajmniej tak efektywny, jak dominujące przedsiębiorstwo<sup>7</sup>.

W orzeczeniu w sprawie *Deutsche Telekom AG*<sup>8</sup> i w orzeczeniu prejudycjalnym w sprawie *TeliaSonera*<sup>9</sup>, TSUE orzekł, że nożyce ze względu na efekt wykluczający, jaki mogą powodować dla konkurentów, tak samo efektywnych jak dominujące przedsiębiorstwo, i w braku obiektywnego uzasadnienia, mogą stanowić nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE.

### III. Nożyce kosztowo-cenowe a inne praktyki cenowe

Nadużycie pozycji dominującej w formie nożyc kosztowo-cenowych może być czasami kwalifikowane jako drapieżnictwo cenowe lub dyskryminacja cenowa<sup>10</sup>. W świetle orzecznictwa TSUE nożyce kosztowo-cenowe stanowią jednak odrębną kategorię nadużycia pozycji dominującej<sup>11</sup>. Mogą one powstać w sytuacji, gdy ceny ani na górnym, ani na dolnym rynku nie naruszają art. 102 TFUE, ale marża nie jest wystarczająca, aby pozwolić na przetrwanie konkurentom. W odróżnieniu od cen nadmiernie wygórowanych na wyższym rynku lub cen drapieżnych na niższym rynku, nożyce kosztowo-cenowe dotyczą różnicy między cenami na dwóch wertykalnie powiązanych rynkach. Nie chodzi tu o indywidualny poziom cen na jednym z tych rynków<sup>12</sup>. Chociaż nożyce

<sup>7</sup> Orzeczenie w sprawie w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji*, op. cit., pkt. 163, 167, 169, 183; orzeczenie w sprawie C-52/09 *Konkurrensverket przeciwko TeliaSonera Sverige AB*, op. cit., pkt. 31, 32, 39, 45.

<sup>8</sup> Orzeczenie w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji*, op. cit., pkt. 183.

<sup>9</sup> Orzeczenie w sprawie C-52/09 *Konkurrensverket przeciwko TeliaSonera Sverige AB*, op. cit., pkt. 31.

<sup>10</sup> Zob. orzeczenie w sprawie T-336/07 *Telefonica*, pkt. 187, 180, 181

<sup>11</sup> Orzeczenie w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom AG*, op. cit., pkt. 104–105; Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 4.07.2007 w sprawie COMP/38.784 *Wanadoo España przeciwko Telefónica*, Dz. Urz. 2008, C 83/06, pkt. 283. Decyzja ta została zaskarżona do TSUE przez spółkę *Telefónica* (orzeczenie w sprawie T-336/07) i Hiszpanię (orzeczenie w sprawie T-398/07); orzeczenie w sprawie T-336/07 *Telefónica i Telefónica de España przeciwko Komisji*, op. cit., pkt. 201.

<sup>12</sup> Zob. K. Kohutek, *Drapieżnictwo cenowe jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w prawie konkurencji - Wytyczne Komisji z 2009 r. a stanowisko sądów wspólnotowych*, EPS 2010, nr 3, s. 4–11.

kosztowo-cenowe mogą zostać spowodowane przez ceny nadmiernie wygórowane lub drapieżne, nie ma potrzeby udowodnienia, że stanowią one nadużycie na każdym z dwóch rynków powiązanych wertykalnie<sup>13</sup>. Indywidualny poziom cen na wyższym i niższym rynku nie ma związku z analizą nożyc kosztowo-cenowych. Istotna jest marża między cenami na rynku wyższym i niższym. Przesądza ona o tym czy dochodzi do nadużycia pozycji dominującej w formie nożyc kosztowo-cenowych. Przy ocenie zgodności z prawem pewnych marż zysku w świetle prawa konkurencji należy sprawdzić zyskowość dominującego przedsiębiorstwa, biorąc pod uwagę jego własne koszty, zgodnie z testem równie efektywnego konkurenta. Taki pogląd potwierdził TSUE w sprawie *Deutsche Telekom* i *TeliaSonera*<sup>14</sup> oraz Sąd Generalny w sprawie *Telefónica*<sup>15</sup>.

#### IV. Test równie efektywnego konkurenta w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej i orzecznictwie

Komisja wykorzystała test równie efektywnego konkurenta na niższym szczeblu rynku już w 1988 r., w decyzji w sprawie *Napier Brown/British Sugar*<sup>16</sup>. Test nadużycia pozycji dominującej sprowadzał się do ustalenia czy dominujące przedsiębiorstwo pokrywa swoje koszty zmienne. Komisja stwierdziła, że ceny detaliczne British Sugar mogły powodować, że równie efektywne przedsiębiorstwo nie osiągało zysków<sup>17</sup> (marża zysku wynosiła zero). Dlatego też Komisja przyjęła założenie, że nożyce można udowodnić poprzez wykazanie, że działalność dominanta nie byłaby zyskowna, jeżeli spółkę zależną dominanta prowadzącą działalność gospodarczą na niższym rynku obowiązywałyby ceny takie, jakie pobierane są od konkurentów za usługi hurtowe na wyższym rynku (niezbędne dla prowadzenia działalności na niższym rynku)<sup>18</sup>.

W sektorze telekomunikacji prawdopodobnie pierwszą sprawą, w której Komisja wykorzystała test równie efektywnego konkurenta przy ocenie nożyc kosztowo cenowych była decyzja w sprawie *Deutsche Telekom AG*. W 2003 r. Komisja nałożyła karę pieniężną na spółkę Deutsche Telekom AG (dalej: DT), byłego państwowego monopolistę telekomunikacyjnego w Niemczech, za stosowanie nożyc między cenami hurtowymi dostępu do pętli lokalnej i miesięcznych opłat abonamentowych za usługi telefoniczne i dostęp do Internetu<sup>19</sup>. Wprowadzie ceny zarówno hurtowe, jak i detaliczne były regulowane przez organy krajowe (choć w różnym zakresie), Komisja wskazała, że mimo to DT był zdolny do naruszenia art. 102 TFUE, ponieważ jego celem było stosowanie nożyc na rynku detalicznym<sup>20</sup>. Decyzja ta została utrzymana w całości przez TSUE.

W orzeczeniu w sprawie *Deutsche Telekom AG*, TSUE wykorzystał wcześniejsze orzeczenie w sprawie *AKZO*, aby potwierdzić, że test nożyc kosztowo-cenowych jest oparty nie tylko na cenach, lecz także na strategii dominujących przedsiębiorstw<sup>21</sup>. W decyzji w sprawie *Deutsche Telekom*, Komisja stwierdziła, że w okolicznościach tej sprawy nożyce kosztowo-cenowe wynikały

<sup>13</sup> L. Hou, *Some aspects of price squeeze...*, s. 255.

<sup>14</sup> Orzeczenie w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom*, op. cit., pkt. 200–203; Orzeczenie w sprawie C-52/09 *Konkurrensverket v. TeliaSonera...*, pkt. 41–44;

<sup>15</sup> Orzeczenie w sprawie T-336/07 *Telefónica...*, pkt. 194.

<sup>16</sup> Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 18.07.1988 w sprawie IV/30.178 *Napier Brown v. British Sugar*, Dz. Urz., 1988, L 284/41, pkt. 66.

<sup>17</sup> Ibidem, pkt. 30.; zob. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 546–548.

<sup>18</sup> Obwieszczenie o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym, Dz. Urz. 1998, C 265/2 Ibidem, pkt. 117.

<sup>19</sup> Decyzja KE z dnia 21.05.2003 w sprawie *Deutsche Telekom AG*, Dz. Urz. 2003, L 263/9.

<sup>20</sup> Ibidem, pkt. 163–175.

<sup>21</sup> Orzeczenie w sprawie C-280/08 *Deutsche Telekom*, op. cit., pkt. 198–199; orzeczenie w sprawie C 52/09 *TeliaSonera*, op. cit., pkt. 49; orzeczenie w sprawie C-62/86 *AKZO*, Zb. Orz. 1991, s. I-3359, pkt. 74; decyzja Komisji z dnia 4.07.2007 w sprawie COMP/38.784 *Wanadoo España*, op. cit., pkt. 546.

z różnicy między ceną hurtową i detaliczną. Marża zysku konkurentów prowadzących działalność gospodarczą na niższym szczeblu rynku nie wystarczała do pokrycia kosztów produkcji<sup>22</sup>. Chodziło tu o koszty niezbędne dla prowadzenia działalności w zakresie sprzedaży detalicznej z wyłączeniem kosztów sieci, ale z uwzględnieniem kosztów szczególnego wyposażenia wymaganego do dostarczania dostępu sieciowego dla użytkowników końcowych, konserwacji, obsługi klientów i kosztów fakturowania<sup>23</sup>. Przeciętny koszt różnych usług był uzależniony od ilości linii telefonicznych sprzedanych przez dominujące przedsiębiorstwo i ich ceny<sup>24</sup>. Koszty zmienne obejmowały średnią długość abonamentu<sup>25</sup>. Takie podejście jest spójne z testem drapieżności, który zakłada wykluczenie równie efektywnych konkurentów, gdy dominujące przedsiębiorstwo pobiera ceny poniżej AAC (przeciętny koszt możliwy do uniknięcia). AAC można określić jako zachowanie polegające na poświęceniu zysków<sup>26</sup>. Jeżeli ceny dominanta ustalane są na poziomie niższym niż AAC, można uznać, że dominant poświęca swoje zyski (rezygnuje z zysku)<sup>27</sup>. AAC w tym przypadku było takie samo, jak AVC (przeciętny koszt zmienny) w czasie trwania abonamentu. Dominujące przedsiębiorstwo zakwestionowało tę metodologię przed TSUE, który utrzymał w mocy decyzję Komisji. Nie miał on bowiem wątpliwości co do prawidłowości analizy kosztów przeprowadzonej przez Komisję. Biorąc pod uwagę, że AAC i AVC jest najniższym kosztem, jaki można wykorzystać przy ocenie praktyk wykluczających, podejście to wydaje się w pełni uzasadnione. Ceny poniżej AAC i AVC mogą dowodzić nadużycia pozycji dominującej.

W kolejnej decyzji w 2007 r. Komisja Europejska stwierdziła nadużycie pozycji dominującej przez hiszpańską spółkę Telefónica<sup>28</sup>, które wynikało z różnic w cenach hurtowych dostępu ADSL (asymetryczna cyfrowa linia abonencka) na poziomie krajowym i regionalnym oraz cenach detalicznych szerokopasmowego dostępu do Internetu. Ceny sprzedaży hurtowej na poziomie regionalnym zostały uznane przez krajowy organ regulacyjny za maksymalne. Komisja stwierdziła, że system regulacyjny nie wyklucza zaprzestania stosowania nożyc przez spółkę Telefónica poprzez zaproponowanie niższych cen za dostęp hurtowy do rynku na poziomie krajowym dla konkurentów i przez wymóg obniżenia przez krajowy organ regulacyjny cen dostępu hurtowego na poziomie regionalnym<sup>29</sup>.

Aby potwierdzić nożyce kosztowo-cenowe w sprawie *Telefónica*, Komisja przeprowadziła test równie efektywnego konkurenta, tzn. zbadała czy ustalanie cen przez spółkę *Telefónica* na usługi dostarczane tak samo efektywnemu konkurentowi ograniczy jego działalność na niższym rynku. W tym przypadku Komisja wykorzystowała długookresowy przeciętny koszt krańcowy (ang. *Long-Run Average Incremental Cost* – LRAIC) na niższym rynku<sup>30</sup>. Uzasadniał to fakt, że decyzje konkurentów w kwestii inwestycji były oparte na całkowitym koszcie krańcowym produkcji i w analizie nożyc kosztowo-cenowych konieczna była ocena zdolności konkurentów do rywalizacji w długim

<sup>22</sup> Decyzja KE z dnia 21.05.2003 w sprawie *Deutsche Telekom*, op. cit., pkt. 107.

<sup>23</sup> Ibidem, pkt. 139, 155–158.

<sup>24</sup> Ibidem, pkt. 116 i 159.

<sup>25</sup> Ibidem, pkt. 148, 151 i 159.

<sup>26</sup> K. Kohutek, *Drapieżnictwo...*, s. 5–6.

<sup>27</sup> Zob. Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 WE [aktualnie art. 102 TFUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Dz. Urz. 2009, C 45/2, pkt. 67.

<sup>28</sup> Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 4.07.2007 w sprawie COMP/38.784 *Wanadoo España v. Telefónica...*

<sup>29</sup> Ibidem, pkt. 675.

<sup>30</sup> Ibidem, pkt. 316–324.

okresie<sup>31</sup>. Innym uzasadnieniem było to, że w przemyśle sieciowych koszty stałe są wysokie, a koszty zmienne – niskie. Aby utrzymać rentowność, przedsiębiorstwo musi ustalić ceny powyżej kosztów zmiennych<sup>32</sup>. Ceny poniżej kosztów zmiennych mogą mieć charakter wykluczający. Komisja przyjęła założenie, że dominujące przedsiębiorstwo powinno ustalać ceny na poziomie pozwalającym równie efektywnemu konkurentowi stosować taką marżę, która umożliwi mu prowadzenie działalności w długim okresie<sup>33</sup>. Oznacza to, że marża zysku powinna być wyższa od zera<sup>34</sup>.

W związku z tym, że test równie efektywnego konkurenta nie stanowi narzędzia wyznaczającego granicę legalności zachowań dominantów, a raczej służy on do wstępnej oceny praktyk cenowych, w decyzji w sprawie *Telefónica* Komisja obok analizy marż zysku i ustalania cen, sprawdziła inne czynniki, istotne z ekonomicznego punktu widzenia. Mianowicie zbadała ona wzrost pozycji *Telefónica* na rynku właściwym. W okresie 2002–2004 na rynku szerokopasmowego dostępu do Internetu na poziomie krajowym rozwijała się ona sześć razy szybciej niż wszyscy konkurenci na rynku usług ADSL łącznie. Lokalny rozwój konkurentów był bardzo ograniczony. W roku 2004 znaczna liczba mniejszych konkurentów i oferentów dostępu ADSL do Internetu opuściła rynek. Koszty dostępu ADSL w Hiszpanii w badanym okresie kształtowały się powyżej przeciętnej europejskiej. Komisja stwierdziła, że nie było żadnego uzasadnienia takiego zachowania *Telefónica*. Nie nastąpił też wzrost efektywności spółki, który mógłby zrównoważyć negatywne skutki z punktu widzenia prawa konkurencji.

Badanie oparte na koszcie AAC w sprawie *Deutsche Telekom AG* i LRAIC w sprawie *Telefónica* jest zbieżne z testem kosztów w analizach drapieżności cen<sup>35</sup>. Miara kosztów wykorzystana w sprawie *Telefónica* skłania do pytania, czy samo zastosowanie testu kosztów jest wystarczające do ustalenia nadużycia pozycji dominującej. W przypadku nożyc, podobnie jak w przypadku cen drapieżnych, gdy ceny są poniżej ATC (przeciętny koszt całkowity) lub LRAIC, ale powyżej AVC (przeciętny koszt zmienny)<sup>36</sup> lub AAC, wymagane jest udowodnienie zamiaru zachowania antykonkurencyjnego. Stwierdzenie naruszenia art. 102 TFUE jest możliwe wówczas, gdy poświęcenie zysku nastąpi w celu antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku konkurentom dominanta. Wykluczenie konkurentów na skutek poświęcenia zysków jest kluczowym elementem w tzw. skutkowym podejściu do zakazu nadużywania pozycji dominującej. Ma ono zastosowanie przy ocenie zarówno drapieżnictwa cenowego, jak i nożyc kosztowo-cenowych. Prawdopodobieństwo drapieżnictwa jest jednak ograniczone, ponieważ jest ono strategią ryzykowną. Praktyki wykluczające oparte na rezygnacji z zysków są z natury mniej atrakcyjne dla dominującego przedsiębiorstwa niż praktyki, które mogą wykluczyć równie efektywnego konkurenta, bez zmuszania dominującego przedsiębiorstwa do poniesienia strat, co z kolei stanowi motyw skłaniający do korzystania z nożyc<sup>37</sup>.

Skutkowe podejście do nożyc kosztowo-cenowych wymaga udowodnienia antykonkurencyjnych skutków przy zastosowaniu opartego na kosztach testu równie efektywnego konkurenta. Kwestie oceny zasadności domniemania nożyc kosztowo-cenowych sprowadzają się do tego, jak efektywny

<sup>31</sup> Ibidem, pkt. 317–318.

<sup>32</sup> Ibidem, pkt. 317.

<sup>33</sup> L. Hou, *Some aspects...*, s. 255.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> LRAIC nie może być niższy niż AAC.

<sup>36</sup> Całkowity koszt produkcji przypadający na jednostkę produktu.

<sup>37</sup> K. Kohutek, *Drapieżnictwo...*, s. 10.

musi być konkurent na niższym rynku, aby ochronić się przed nożycami. Jedno z podejść wskazuje na wymóg, że konkurent na niższym rynku musi być tak efektywny, jak spółka zintegrowana wertykalnie. Istotą testu równie efektywnego konkurenta jest pytanie, czy konkurent na niższym rynku, który jest przynajmniej tak efektywny, jak wertykalnie zintegrowana spółka pokrywa swoje koszty na właściwym niższym rynku, biorąc pod uwagę ceny ustalone przez wertykalnie zintegrowane przedsiębiorstwo. Wymaga to porównania różnicy między ustalonymi przez wertykalnie zintegrowaną spółkę cenami na wyższym i niższym szczeblu rynku z jej kosztami na niższym rynku<sup>38</sup>.

Naruszenie prawa konkurencji poprzez stosowanie nożyc kosztowo-cenowych jest więc definiowane w oparciu o różnice cenowe między produktami dominującego przedsiębiorstwa na dwóch wertykalnie powiązanych rynkach<sup>39</sup>.

## V. Test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta

Alternatywną metodą ustalenia nadużycia pozycji dominującej poprzez nożyce kosztowo-cenowe jest test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta. W wytycznych w sprawie stosowania reguł konkurencji do oceny porozumień w sektorze telekomunikacji opublikowanych w 1998 r., Komisja wskazała, że w pewnych okolicznościach nożyce kosztowo-cenowe można także udowodnić poprzez wykazanie, że różnica między ceną wejścia (dostępu) i ceną dominanta na dolnym rynku jest niewystarczająca, aby pozwolić hipotetycznie dość efektywnemu dostawcy usług na niższym rynku osiągnąć zyski, chyba że dominujące przedsiębiorstwo może wykazać, iż jego działalność na niższym rynku jest wyjątkowo efektywna<sup>40</sup>.

Komisja ani nie wyjaśniła, kiedy są właściwe okoliczności, aby wykorzystać ten test, ani nie zdefiniowała dostatecznej efektywności w wytycznych<sup>41</sup>. Na podstawie decyzji w sprawie *British Sugar* można sformułować wniosek, że Komisja przyjęła założenie, iż hipotetycznie dość efektywny konkurent jest tak samo efektywny, jak przedsiębiorstwo dominujące i z tego względu uznała oba testy za równorzędne z punktu widzenia materialnoprawnego<sup>42</sup>.

Test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta został zastosowany przez Komisję obok testu równie efektywnego konkurenta w omawianej wcześniej decyzji w sprawie *Telefónica*<sup>43</sup>. Komisja miała na celu ustalenie czy konieczność pozyskania czynników produkcji na wyższym rynku przez konkurentów dominanta prowadzących działalność na niższym rynku będzie miała wpływ na ich sytuację rynkową. Tym samym Komisja potwierdziła, że dąży do zapobiegania wykluczeniu nowo wchodzących na rynek<sup>44</sup>.

Zgodnie ze standardem hipotetycznie dość efektywnego konkurenta, przedsiębiorstwo zintegrowane wertykalnie ustala swoje ceny w taki sposób, że pozostawia przestrzeń konkurentom na niższym rynku, którzy nie są tak efektywni, jak przedsiębiorstwo zintegrowane wertykalnie, ale są uznawani za dość efektywnych, biorąc pod uwagę mniejszą skalę ich działalności. Zatem hipotetycznie dość efektywny konkurent może być mniej efektywny niż spółka dominująca, ponieważ np.

<sup>38</sup> Orzeczenie w sprawie T-336/07 *Telefónica*..., pkt. 191 i 194.

<sup>39</sup> Zob. G. Edwards, *Margin squeezes and the "equally efficient" operator*, „European Competition Law Review 2011”, No. 8, s. 404.

<sup>40</sup> Obwieszczenie o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym, Dz. Urz. 1998 C 265/2, pkt. 118.

<sup>41</sup> K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących*..., s. 541.

<sup>42</sup> D. Geradin, R. O'Donoghue, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in Telecommunication Sector*, „Journal of Competition Law & Economics” 2005, No. 1, s. 391.

<sup>43</sup> Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 4.07.2007 w sprawie COMP/38.784 *Wanadoo*..., pkt. 112.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pkt. 392.

produkuje (świadczy usługi) na mniejszą skalę w porównaniu z dominantem<sup>45</sup>. Może to dotyczyć sytuacji, gdy wertykalnie zintegrowane przedsiębiorstwa odnoszą korzyści skali i dlatego mniejsi konkurenci lub przedsiębiorstwa wchodzące na rynek – przynajmniej krótkookresowo – nie będą tak samo efektywne. Decyzja w sprawie *Telefónica* wskazuje, że istotą takiego podejścia jest pozwolenie, aby na rynku funkcjonowały mniej efektywne przedsiębiorstwa, co skłania do pytania, który test jest właściwy przy ocenie nożyc kosztowo-cenowych.

## VI. Kwalifikacja prawna nożyc kosztowo-cenowych w sektorze telekomunikacji – test równie efektywnego czy hipotetycznie dość efektywnego konkurenta?

Orzeczenie prejudycjalne w sprawie *TeliaSonera* wywołało ożywioną dyskusję odnośnie tego, który test jest właściwy do oceny nożyc kosztowo-cenowych w sektorze telekomunikacji<sup>46</sup>. TSUE potwierdził, że co do zasady test równie efektywnego konkurenta powinien umożliwić sprawdzenie czy dominujące przedsiębiorstwo byłoby w stanie wystarczająco efektywnie oferować swoje usługi sprzedaży detalicznej użytkownikom końcowym i czy nie poniosłoby strat, gdyby samo musiało płacić według swoich stawek hurtowych za usługi pośrednie.

Z jednej strony istnieją silne argumenty przemawiające za stosowaniem testu równie efektywnego konkurenta. Jest on oparty na cenach hurtowych pobieranych od konkurentów, które mogą stanowić formę ich dyskryminacji cenowej przez dominanta. Test ten zwykle jest preferowany w nadużyciach sankcjonowanych *ex post*, jak np. nożyce kosztowo-cenowe, chociaż jest także wykorzystywany *ex ante* przy ocenie innych praktyk cenowych<sup>47</sup>. Jedną z istotnych kwestii jest to, że test równie efektywnego konkurenta w analizie zachowań przedsiębiorstw dokonywanej *ex post* – zapewnia większą pewność prawną, gdyż wertykalnie zintegrowane przedsiębiorstwo zna własne koszty. Ponadto w przeciwieństwie do testu hipotetycznie dość efektywnego konkurenta promuje on efektywność. Oznacza to, że ochronie podlegają tylko konkurenci prowadzący działalność gospodarczą na niższym rynku, którzy są przynajmniej tak efektywni, jak firma zintegrowana wertykalnie oraz, że konsumenci nie będą musieli ponosić wysokich kosztów w związku z obecnością nieefektywnego operatora na niższym rynku.

Z drugiej jednak strony wydaje się, że specyfika rynku telekomunikacyjnego przemawia za wykorzystaniem testu hipotetycznie dość efektywnego konkurenta<sup>48</sup>. Uzasadnia to choćby sam fakt, że dominujące przedsiębiorstwo może odnosić korzyści skali, a test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta pozwala na ich neutralizowanie. Oznacza to, że organ antymonopolowy z dużą swobodą może chronić mniej efektywnych konkurentów przed presją cenową na dolnym rynku. W literaturze można jednak spotkać silne argumenty przeciwne. Mianowicie wskazuje się, że subsydiowanie nieefektywnego wejścia w krótkim okresie w oparciu o założenie, że wchodzący będzie efektywny w długim okresie, może być uzasadnionym celem polityki regulacyjnej, ale taki obowiązek nie istnieje w świetle prawa konkurencji<sup>49</sup>. Pojawiają się więc obawy, że Komisja zamie-

<sup>45</sup> Ibidem., pkt. 314.

<sup>46</sup> Orzeczenie w sprawie C-52/09 *Konkurrensverket przeciwko TeliaSonera Sverige AB*...

<sup>47</sup> Orzeczenie w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji*...; K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 543.

<sup>48</sup> Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 4.07.2007 w sprawie COMP/38.784 *Wanadoo España v. Telefónica*..., pkt. 311–315.

<sup>49</sup> D. Geradin, R. O'Donoghue, *The Concurrent Application of Competition*..., s. 395.



rza wprowadzić do prawa konkurencji elementy polityki regulacyjnej (promowanie nieefektywnych wejść, które mogą generować zyski dopiero w długim okresie). Istotne wątpliwości dotyczą też kwestii czy pozwolenie na nieefektywne wejście w krótkim okresie będzie prowadziło do korzyści dla finalnych konsumentów ze względu na większą rywalizację i czy wzrośnie efektywność na niższym szczeblu rynku. Ponadto wykluczenie mniej efektywnego konkurenta nie zawsze powoduje szkodę dla konsumentów. Jest to kolejny argument przemawiający za ograniczeniem wykorzystania testu hipotetycznie dość efektywnego konkurenta, chroniącego słabsze przedsiębiorstwa do sektorów regulowanych, w których struktura rynku jest w pewnym stopniu kształtowana w sposób sztuczny. Dotyczy to gałęzi, w których konkurencja dopiero się rozwija.<sup>50</sup>

Zastosowanie testu hipotetycznie dość efektywnego konkurenta może wskazywać, że celem organów ochrony konkurencji jest promowanie wejścia na rynek przedsiębiorstw, które początkowo nie są tak efektywne, jak te już obecne na rynku, ale w przyszłości mogą wpłynąć pozytywnie na strukturę konkurencji, o ile wejdą na rynek. Jeżeli jednak weźmie się pod uwagę strukturę rynku telekomunikacyjnego, gdzie dominują spółki należące wcześniej do państwa, posiadające dostęp do kluczowej infrastruktury, to stosowanie narzędzi ochrony mniej efektywnych przedsiębiorstw, do których należy test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta, wydaje się uzasadnione.

## VII. Konkluzje

Konkludując należy stwierdzić, że ani praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej, ani orzecznictwo TSUE nie wypracowało dotychczas metody, która powinna być stosowana w ocenie nadużycia pozycji dominującej w formie nożyc kosztowo-cenowych. Aktualnie podstawowym testem oceny nożyc kosztowo-cenowych w świetle prawa konkurencji jest test równie efektywnego konkurenta. Natomiast test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta został uznany za alternatywny instrument o potencjalnie bardzo szerokim celu zastosowania. Test równie efektywnego konkurenta oparty jest na porównaniu cen dominanta na niższym szczeblu rynku z cenami, jakie pobiera on od swoich konkurentów na wyższym poziomie rynku. Alternatywne podejście, tzw. test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta, oparte jest na kosztach takiego konkurenta na niższym rynku. Zasadność stosowania tego podejścia może wydawać się wątpliwa z punktu widzenia prawa konkurencji, gdyż jego celem jest wzmocnienie systemu rynkowego, a nie wspieranie mniej efektywnych przedsiębiorstw na rynku. Jednak w sektorach regulowanych, takich jak sektor telekomunikacji, zdominowanych przez byłych monopolistów, należy spojrzeć na ten instrument z szerszej perspektywy. Stanowi on bowiem jedno z nielicznych narzędzi pozwalających organom ochrony konkurencji wywierać wpływ na strukturę rynku.

Uznanie testu hipotetycznie dość efektywnego konkurenta za alternatywny może powodować brak pewności prawnej wśród przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą. Zasada pewności prawnej oznacza m.in., że przedsiębiorstwa mogą ocenić zgodność z prawem swojego zachowania się. Natomiast swoboda organów ochrony konkurencji w zakresie wykorzystania jednego z omawianych testów kwalifikacji prawnej zachowania dominanta osłabia pewność prawną przedsiębiorstw. Traktowanie obu testów jako narzędzi komplementarnych wydaje się uzasadnione wyłącznie w sektorach regulowanych, gdzie może być pożądane administracyjne oddziaływanie na strukturę rynku.

<sup>50</sup> K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących...*, s. 553.