

Daria Kostecka-Jurczyk*

Nożyce kosztowo-cenowe jako nadużycie pozycji dominującej. Glosa do wyroku TSUE z 17.02.2011 w sprawie C-52/09 *Konkurrensverket* przeciwko *TeliaSonera Sverige AB*

Dnia 17 lutego 2011 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wydał orzeczenie w trybie prejudycjalnym¹ w ramach sporu prawnego między Konkurrensverket (szwedzki organ ochrony konkurencji) i TeliaSonera Sverige AB (dalej TeliaSonera), dotyczącego nałożenia przez ten organ grzywny na TeliaSonera. Zdaniem szwedzkiego organu ochrony konkurencji TeliaSonera naruszyła krajowe prawo konkurencji i art. 102 TFUE² poprzez ustalenie cen na poziomie prowadzącym do rozwierania nożyc kosztowo-cenowych.

Nożyce są jedną z najbardziej kontrowersyjnych i jednocześnie dotychczas prawdopodobnie najmniej zbadaną formą nadużycia pozycji dominującej, choć były już przedmiotem postępowania m. in. w sprawie *Deutsche Telekom*³ i *Wanadoo España przeciwko Telefónica*⁴. Kwestią, która łączy oba przypadki było uchybienie obowiązkowi regulacyjnemu nałożonemu przez organy administracji publicznej na dominujących przedsiębiorców. W obu sprawach nożyce kosztowo-cenowe stanowiły formę odmowy dostępu do urządzeń kluczowych. W przypadku TeliaSonera takiego obowiązku nie było a TSUE stwierdził, że nadużycie w formie nożyc kosztowo-cenowych może nastąpić w razie braku obowiązku regulacyjnego. Uznał on też, że nożyce kosztowo-cenowe stanowią odrębną od odmowy dostępu do urządzeń kluczowych formę nadużycia pozycji dominującej. Wątpliwe wydaje się jednak, czy rzeczywiście nożyce kosztowo-cenowe nie spełniają przesłanek odmowy dostępu do urządzeń kluczowych i czy można sformułować zarzut nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE w razie braku obowiązku zapewnienia dostępu do określonych urządzeń i w sytuacji, gdy dostęp do nich nie jest niezbędny dla prowadzenia działalności gospodarczej przez konkurentów.

I. Stan faktyczny

Pod koniec lat 90. i na początku nowego wieku wielu szwedzkich końcowych użytkowników usług internetowych posiadających dostęp do Internetu o stosunkowo wolnej szybkości transmisji przetrzuciło się na różne rodzaje łączy szerokopasmowych o znacząco wyższej szybkości transmisji. Najbardziej rozpowszechnioną formą łączy szerokopasmowych były w tym czasie tzw. asymetryczne cyfrowe linie abonenckie (*Asymetric Digital Subscriber Line* – ADSL) działające poprzez stałe łącze telefoniczne, sieć telewizji kablowej lub lokalną sieć LAN.

TeliaSonera (wcześniej Telia AB) jest szwedzką spółką telekomunikacyjną i wcześniej posiadała wyłączne prawa do miejscowych łączy, z których korzystają szwedzkie gospodarstwa domowe. Jest

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

¹ Wyrok TSUE z 17.02.2011 w sprawie C-52/09 *Konkurrensverket przeciwko TeliaSonera Sverige AB* (niepublikowany).

² Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. 2008, C 115/47).

³ Wyrok TSUE z 14.09.2010 w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji Europejskiej* (Zb. Orz. 2010 s. I-9555).

⁴ Decyzja Komisji Europejskiej z 04.07.2007 w sprawie COMP/38.784 *Wanadoo España przeciwko Telefónica*.

ona w szczególności właścicielką sieci dostępowych tzn. części sieci telefonicznej na kablach metalicznych, które łączą poszczególne gospodarstwa domowe z przełącznicą operatora. TeliaSonera zaoferowała innym operatorom dwa rodzaje dostępu do abonentów. Po pierwsze zaproponowała ona pełny dostęp do pętli lokalnej stosownie do rozporządzenia nr 2887/2000⁵. Po drugie dostęp do łączy ADSL, przez co konkurenci mogli oferować łącza szerokopasmowe użytkownikom końcowym. Jednocześnie zaoferowała ona bezpośredni dostęp do łączy szerokopasmowych użytkownikom końcowym. TeliaSonera w okresie od kwietnia 2000 r. do stycznia 2003 r. nadużyła swojej pozycji dominującej poprzez ustalanie cen na stosunkowo wysokim poziomie w wyniku czego różnica między cenami usług ADSL i cenami dla odbiorców końcowych nie była wystarczająca aby pokryć jej własne koszty dostarczenia tych usług użytkownikom końcowym. Z tego względu szwedzki urząd ochrony konkurencji postanowił wszcząć postępowanie, a sąd krajowy skierował pytanie prejudycjalne do TSUE, które m.in. dotyczyło następujących kwestii: w jakich okolicznościach nożyce kosztowo-cenowe mogą stanowić nadużycie pozycji dominującej; czy brak obowiązku regulacyjnego dostawy usług pośrednich przez dominującego przedsiębiorcę ma znaczenie dla oceny nadużycia; czy wymagany jest skutek antykonkurencyjny oraz czy towar lub usługa dostarczana przez dominującego przedsiębiorcę muszą być niezbędne dla prowadzenia działalności gospodarczej przez konkurentów.

II. Stanowisko TSUE

1. Praktyka cenowa przedsiębiorców zintegrowanych wertykalnie, posiadających pozycję dominującą na rynku usług asymetrycznych cyfrowych linii abonenckich powodująca, że różnica między cenami praktykowanymi na tym rynku i cenami żądanymi od końcowych użytkowników usług szerokopasmowych nie była wystarczająca, aby pokryć koszty, które musieli ponieść przedsiębiorcy zamierzający wejść na ten rynek, może stanowić nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE o ile nie ma żadnego obiektywnego uzasadnienia dla takiej praktyki.

2. W ramach oceny nadużycia tego typu praktyka powinna w każdym przypadku zostać zbadana odrębnie. W szczególności:

- należy zbadać czy były brane pod uwagę ceny i koszty przedsiębiorców na rynku użytkowników końcowych,
- należy zbadać czy taka praktyka, w szczególności w odniesieniu do niezastępowalności określonych produktów – przynajmniej potencjalnie – ma skutki w zakresie konkurencji na rynku odbiorców końcowych nawet jeśli ma uzasadnienie gospodarcze.

3. Dla tego typu oceny zasadniczo nie ma znaczenia czy przedsiębiorca dominujący ma prawny obowiązek świadczenia określonych usług w zakresie asymetrycznych cyfrowych linii abonenckich na rynku hurtowym, na którym posiada pozycję dominującą.

III. Komentarz

1. Nożyce kosztowo-cenowe a ceny ustalone przez dominującego przedsiębiorcę

Art. 102 TFUE określa przypadki nadużycia pozycji dominującej, jednakże nie stanowią one wyczerpującego katalogu zachowań uznawanych za nadużycie. Dlatego też w praktyce organy ochrony konkurencji mają często problem z ustaleniem, czy określone zachowanie narusza art. 102 TFUE.

⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 2887/2000 z 18.12.2000 r. w sprawie uwolnionego dostępu do pętli lokalnej (Dz. Urz. 2000, L 336/4).

Trudności rodzi przede wszystkim brak jednolitości pojęcia „nadużycie”⁶. W praktyce można spotkać różne standardy podejścia do naruszenia tego przepisu, które wydają się być stosowane w zależności od natury (istoty) utrzymywanej pozycji. Jeśli organ ochrony konkurencji zamierza ustalić naruszenie art. 102 TFUE musi zwrócić uwagę na kilka następujących kwestii: czy przedsiębiorca dominuje na danym rynku, czy nadużywa swojej dominującej pozycji, czy takie nadużycie ma wpływ na handel między państwami członkowskimi i czy istnieje jakiegokolwiek obiektywne uzasadnienie ewentualnego nadużycia.

Dominacja oznacza, że przedsiębiorca ma siłę rynkową i może szkodzić konkurencji poprzez praktyki, których istotą jest uzyskanie korzyści kosztem innych podmiotów, w tym nie prowadzących działalności gospodarczej (praktyki eksploatacyjne) oraz praktyki wywierające bezpośredni wpływ na stan lub rozwój konkurencji (np. praktyki wykluczające). Art. 102 TFUE nie zwiera zakazu *per se* w odniesieniu do nożyc kosztowo-cenowych. Potencjalne skutki muszą zostać udowodnione na podstawie konkretnych okoliczności w każdym przypadku i nie mogą one wynikać z potencjalnych, abstrakcyjnych możliwości zachowania się dominującego przedsiębiorcy.

W glosowanym orzeczeniu TS uznał, że nożyce kosztowo-cenowe (*margin squeeze*) mogą stanowić nadużycie pozycji dominującej, jeśli nie są one obiektywnie uzasadnione. Nożyce kosztowo-cenowe występują gdy wertykalnie zintegrowani przedsiębiorcy (tzn. prowadzący działalność na dwóch sąsiadujących szczeblach obrotu) na wyższym szczeblu obrotu (np. handel hurtowy lub rynek produktów pośrednich) są klientami dominującego przedsiębiorcy i jednocześnie obok niego prowadzą działalność gospodarczą na niższym szczeblu obrotu (np. handel detaliczny lub rynek produktów finalnych) przy czym hurtownik (względnie dostawca dóbr pośrednich), ustala dla nich ceny wyższe niż ceny, które ustala dla swoich odbiorców detalicznych (względnie odbiorców dóbr finalnych) na tym rynku⁷. Nożyce kosztowo-cenowe mogą także wystąpić w sytuacji gdy różnica między cenami hurtowymi (ustalonymi przez dominującego przedsiębiorcę) i cenami płaconymi przez odbiorców końcowych jest tak niewielka, że konkurenci zaopatrujący się u dominującego przedsiębiorcy, którzy są tak samo efektywni jak przedsiębiorca dominujący, nie mają możliwości aby konkurować z nim na rynku użytkowników końcowych.⁸ O naruszeniu art. 102 TFUE można mówić, jeżeli wertykalnie zintegrowany przedsiębiorca ma zapewnić dostęp do określonych dóbr (np. infrastruktury telekomunikacyjnej) i utrzymuje marżę na nieodpowiednim poziomie, ograniczając konkurentom możliwość prowadzenia działalności gospodarczej na tym samym rynku właściwym⁹. W omawianym przypadku dominujący przedsiębiorca stosował wobec swoich konkurentów wyższe ceny za usługi pośrednie dostępu do uwolnionej pętli lokalnej niż ceny detaliczne pobierane od własnych abonentów. TSUE wskazał wyraźnie, że nożyce kosztowo-cenowe mogą stanowić nadużycie nawet wówczas, gdy ceny dominującego przedsiębiorcy ani w handlu hurtowym ani detalicznym nie są uznane za nadużycie. Zdaniem TSUE w sprawie nożyc kosztowo-cenowych nie chodzi ani o formę odmowy dostawy, ani o ceny skutkujące eliminacją konkurentów z rynku (np. ceny drapieżne)¹⁰. TSUE niestłusznie określił

⁶ Zob. m.in. K. Kohutek, *Pięcioletnie stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w świetle UOKiK z 2007 r.: kształtowanie się wykładni kluczowych pojęć*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 1(1), s. 61.

⁷ D. Jalovietzki, K. Jaros, S. Klaue, H.P. Venneman, *Wspólnotowe reguły konkurencji i ich znaczenie dla polskich sędziów*, UOKiK Warszawa 2007, s. 40-41.

⁸ A. Jones, B. Surfin, *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, 4th edn., Oxford 2011, s. 413 i n.

⁹ L. Hou, *Some aspects of price squeeze within the EU: a case law analysis*, European Competition Law Review 2011, s. 250-256; J. G. Sidak, *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, Journal of Competition Law and Economics 2008, nr 2, s. 279-309.

¹⁰ Por. wyrok TSUE z 17.01.2011 w sprawie C-52/09 *Konkurrensverket przeciwko TeliaSonera Sverige AB*, op. cit. pkt. 31, 34, 56 i 97. W tym sensie także wyrok ETS *Deutsche Telekom*, op. cit., pkt. 167 i 183.

nożyce kosztowo-cenowe jako niewłaściwe ceny. Jest to pojęcie nieostre i niemieszczące się w katalogu antykonkurencyjnych zachowań w rozumieniu art. 102 TFUE. Naruszenie tego przepisu może wynikać ze stosowania przez dominanta cen rażąco niskich (drapieżnych) lub cen nadmiernie wygórowanych. Ceny drapieżne są ustalane na poziomie kosztów własnych, przy czym TSUE rozróżnia dwie sytuacje: po pierwsze kiedy cena jest niższa niż przeciętny koszt zmienny¹¹ i po drugie kiedy cena jest powyżej przeciętnego kosztu zmiennego ale poniżej przeciętnego kosztu całkowitego w warunkach, gdzie drapieżca zamierza wyeliminować ofiarę z rynku¹². Cena nadmiernie wygórowana w stosunku do poziomu kosztów, która nie jest obiektywnie uzasadniona, stanowi przejaw nadużycia siły rynkowej dominującego przedsiębiorcy¹³. W omawianym przypadku należałoby rozważyć czy TeliaSonera stosowała ceny nadmiernie wygórowane na rynku hurtowym, względnie ceny rażąco niskie na rynku detalicznym (odbiorców końcowych) i czy celem takich praktyk było wyeliminowanie konkurentów z rynku oraz jakie ma ona skutki dla konsumentów. Jeśli nożyce kosztowo-cenowe prowadzą do eliminacji konkurentów z rynku wówczas wywołują takie skutki jak odmowa dostępu do urządzeń kluczowych.

2. Nożyce kosztowo-cenowe a odmowa dostępu do urządzeń kluczowych

Stanowisko TSUE przedstawione w glosowanym orzeczeniu wydaje się zaprzeczać podejściu Komisji Europejskiej (KE). W świetle wytycznych KE z dnia 24.02.2009 r.¹⁴ nożyce kosztowo-cenowe stanowią szczególny przypadek odmowy dostawy. Tymczasem TSUE uznał, że nożyce stanowią zupełnie odrębną formę nadużycia. To oznacza, że nie są one analizowane przez pryzmat ciężącego na dominującym przedsiębiorcy obowiązku zapewnienia konkurentom dostępu do urządzeń kluczowych. W efekcie powstała dywergencja między podejściem KE a TSUE, która może powodować niepewność prawną przedsiębiorców. Komisja w odróżnieniu od TSUE uznaje nożyce za formę odmowy dostawy ponieważ mogą one stanowić narzędzie wykluczenia konkurentów z rynku. Są one bowiem wykorzystywane do osiągnięcia takich samych skutków jak w przypadku cen drapieżnych lub odmowy dostępu do urządzeń kluczowych.

TSUE przy ocenie nożyc kosztowo-cenowych oparł się na tzw. teście efektywności konkurenta (*as efficient competitor test*).¹⁵ Zwrócił on uwagę na fakt, że konkurenci są tak samo efektywni ale nie mają możliwości prowadzenia działalności na rynku użytkowników końcowych i osiągania zysków lub przynajmniej pokrywania kosztów. Dla stwierdzenia, że konkurenci są tak samo efektywni TSUE w pierwszej kolejności zbadał ich ceny i koszty przyjmując, że ceny i koszty dominującego przedsiębiorcy są znane¹⁶. To pozwala ocenić czy dominujący przedsiębiorca chroni swoją pozycję, czy też zamierza zwiększyć swój udział w rynku¹⁷.

W efekcie można stwierdzić, że nożyce wynikające z zastosowania nieodpowiedniej ceny (tj. rażąco niskiej lub nadmiernie wygórowanej) uniemożliwiają równie skutecznemu przedsiębiorcy konkurowanie na rynku niższego szczebla i wywierają takie same skutki jak odmowa dostępu do

¹¹ Wyrok TSUE z dnia 03.07.1991w sprawie 62/86 AKZO *Chemie BV przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 1991, s. I-3359), pkt 71.

¹² Ibidem, pkt 72.

¹³ Pojęcie ceny nadmiernie wygórowanej zostało sformułowane w wyroku TSUE w sprawie 26/75 *General Motors Continental NV przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 1975, s. 1367), pkt 12.

¹⁴ Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz. Urz. 2009, Nr C 45/7), pkt. 78 i 81.

¹⁵ Wyrok TSUE z 14.09.2010 w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji Europejskiej*, pkt. 177, 182.

¹⁶ Wyrok TSUE z 17.01.2011 w sprawie C-52/09 *Konkurrensverket przeciwko TeliaSonera Sverige AB*, op. cit. pkt. 44-46.

¹⁷ Por. Wyrok TSUE z 2.11.1998 w sprawie C-7/97 *Bronner* (Zb. Orz. 1998, s. I-7791), pkt 42.

urządzeń kluczowych. Zamiast odmowy dostępu do urządzeń kluczowych dominujący przedsiębiorca wyznacza ceny na nieodpowiednim poziomie za produkt na rynku hurtowym, co wpływa na brak opłacalności prowadzenia działalności gospodarczej przez konkurentów na rynku detalicznym. Tym samym nadmiernie wygórowane ceny na rynku hurtowym ograniczają konkurencję jeśli hurtownik prowadzi również działalność gospodarczą na rynku detalicznym. Dla oceny, czy nożyce kosztowo-cenowe stanowią nadużycie pozycji dominującej, istotną kwestią jest ustalenie skutków ograniczających konkurencję.

3. Skutki ograniczające konkurencję

Skutki ograniczające konkurencję są oceniane na podstawie konkretnych okoliczności sprawy. Nie mogą one wynikać z potencjalnych, abstrakcyjnych możliwości zachowań dominującego przedsiębiorcy. Innymi słowy art. 102 TFUE nie zwiera zakazu *per se* w odniesieniu do nożyc kosztowo-cenowych. Kiedy zaryzykuje się porównanie z art. 101 ust. 1 TFUE, wówczas można uznać, że ograniczenie konkurencji poprzez nożyce kosztowo-cenowe jest raczej ich skutkiem niż celem. Przy tym ostatnim wystarczy abstrakcyjna możliwość zaszkodzenia konkurencji, podczas gdy przy pierwszym musi wystąpić prawdopodobieństwo potencjalnych skutków ograniczenia konkurencji¹⁸.

Warto jednak zastanowić się co TSUE rozumie przez skutki ograniczające konkurencję. W orzeczeniu w sprawie *Deutsche Telekom* uznał on, że takim skutkiem może być utrudnienie rozwoju konkurencji na rynku użytkowników końcowych i tym samym naruszenie stopnia konkurencji na tym rynku, które może pociągać za sobą szkodliwą (niezgodną z prawem) praktykę cenową dominującego przedsiębiorcy¹⁹. TSUE wyjaśnił, że nożyce kosztowo-cenowe mają potencjalne skutki ograniczające konkurencję jeśli istnieje prawdopodobieństwo, że dla konkurentów, którzy są tak samo efektywni jak dominujący przedsiębiorca, może zostać zamknięty lub utrudniony dostęp do rynku tj. jeśli stworzą oni bariery wejścia na rynek²⁰. Analizując skutki ograniczające konkurencję przez nożyce kosztowo-cenowe TSUE zwrócił uwagę na dwa kryteria: niezbędność dóbr lub usług dominującego przedsiębiorcy na wcześniejszym ogniwie łańcucha rynkowego dla wejścia lub pozostania konkurentów na następnym ogniwie łańcucha rynkowego i różnicę między cenami hurtowymi a cenami na rynku użytkowników końcowych będących klientami dominującego przedsiębiorcy. Jeśli hurtowe świadczenie usług jest niezbędne, wówczas skutki ograniczające konkurencję są bardzo prawdopodobne²¹. Aby można było wobec dominującego przedsiębiorcy sformułować zarzut nadużycia w formie nożyc kosztowo-cenowych, produkty pośrednie oferowane przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą muszą być niezbędne do rozwoju konkurencji na rynku niższego szczebla. Zatem nadużycie pozycji dominującej wynika z faktu stosowania cen nadmiernie wygórowanych na rynku hurtowym, prowadzących do nieuczciwych różnic cenowych (chodzi tu o różnice między cenami hurtowymi stosowanymi wobec klientów, którzy jednocześnie są konkurentami na niższym szczeblu rynku a cenami detalicznymi, pobieranymi od użytkowników końcowych). W efekcie następuje eliminacja z rynku konkurentów, dla których dostęp do usług na wyższym szczeblu obrotu jest niezbędny aby mogli prowadzić działalność gospodarczą na rynku niższego szczebla. TSUE stwierdził jednak, że niezbędność produktu hurtowego dla dostarczania produktu detalicznego nie jest bezwzględnym

¹⁸ Por. wytyczne w sprawie stosowania art. 101 TFUE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, (Dz. Urz. 2011, C 11, s. 1.), pkt 27.

¹⁹ Wyrok TSUE w sprawie *Deutsche Telekom*, op. cit. pkt 62.

²⁰ Wyrok TSUE w sprawie *TeliaSonera*, op. cit. pkt. 63 i 67 oraz wyrok TSUE w sprawie *Deutsche Telekom*, op. cit., pkt. 177 i 253.

²¹ Wyrok TSUE w sprawie *TeliaSonera*, op. cit., pkt 69.

warunkiem aby uznać, że nożyce kosztowo-cenowe naruszają art. 102 TFUE²², co budzi poważne wątpliwości. Jeśli na dominującym przedsiębiorcy nie ciąży ustawowy obowiązek zapewnienia dostępu do określonych dóbr lub świadczenia określonych usług konkurentom lub jeśli te produkty lub usługi nie są niezbędne wówczas nie ma podstaw do sformułowania zarzutu nadużycia na podstawie zbyt niskiej różnicy między ceną hurtową wyznaczoną przez dominującego przedsiębiorcę a ceną detaliczną²³. W odróżnieniu od wcześniejszych spraw dotyczących nożyc, w których dominujący przedsiębiorcy mieli obowiązek zapewnienia dostępu do określonych urządzeń, TeliaSonera nie miała takiego obowiązku w odniesieniu do łączy szerokopasmowych ADSL. Ciężył na niej tylko ustawowy obowiązek zapewnienia dostępu do swojej metalicznej sieci. Ponadto szwedzki organ ds. konkurencji uznał, że dostęp taki nie był niezbędny ponieważ istniały alternatywne technologie ułatwiające dostęp do łączy szerokopasmowych. W takiej sytuacji trudno jest sformułować zarzut stosowania praktyk wykluczających i stwierdzić skutki antykonkurencyjne. Wniosek o naruszeniu prawa konkurencji przez TeliaSonera poprzez nożyce kosztowo-cenowe mogą jednak uzasadniać okoliczności sprawy. Po pierwsze należy zwrócić uwagę na szczególną sytuację spółki TeliaSonera, która korzystała z wyłącznych praw przyznanych przez państwo. Po drugie z uwagi na posiadaną przez TeliaSonera pozycję dominującą ciąży na niej szczególna odpowiedzialność za zachowanie skutecznej konkurencji na rynku właściwym. Po trzecie już sama pozycja dominująca wskazuje, że dostęp klientów do substytutów oferowanych na rynku hurtowym, opanowanym przez dominującego przedsiębiorcę jest ograniczony. Dlatego TSUE uznał, że nożyce kosztowo-cenowe mogą wywoływać potencjalne skutki ograniczające konkurencję także w sytuacji, gdy hurtowe świadczenie usług nie jest niezbędne. Jednak w takim przypadku konieczne jest zbadanie polityki cenowej dominującego przedsiębiorcy z punktu widzenia skutków ograniczających konkurencję.

TSUE potwierdził swoje stanowisko zawarte we wcześniejszym orzeczeniu w sprawie *British Airways*²⁴, że polityka cenowa, która może spowodować wykluczenie z rynku konkurentów, może być uzasadniona z gospodarczego punktu widzenia i nie można wówczas mówić o nadużyciu art. 102 TFUE. Dominujący przedsiębiorca może odpowiedzieć agresywnie cięciem cen, które nie znajdują się na poziomie niższym niż koszty zapewniając, że ceny są efektem decyzji o ochronie swojej pozycji rynkowej, oparte na efektywności i są w interesie konsumentów²⁵. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy skutki ograniczające konkurencję zostaną skompensowane poprzez zwiększenie efektywności, z czego korzyści mogą czerpać klienci (użytkownicy). Między ograniczającymi konkurencję skutkami polityki cenowej dominującego przedsiębiorcy i także efektywnością, która przenosi się na użytkowników musi istnieć związek i skutki ograniczające konkurencję nie powinny wykraczać ponad to co jest niezbędne dla osiągnięcia efektywności²⁶. TSUE posłużył się tutaj kryteriami określonymi w art. 101 ust. 3 TFUE dla oceny znamion nadużycia w świetle art. 102 TFUE.

Analiza omawianego orzeczenia skłania do wniosku, że TSUE koncentruje się tylko na wpływie skutków nożyc kosztowo-cenowych na strukturę rynku, gdyż ich skutki ograniczające konkurencję odnoszą się przede wszystkim do potencjalnej możliwości wykluczenia konkurentów. Nie zostały tu uwzględnione kwestie szkody dla konsumenta. Pogląd ten potwierdzają dwie tezy sformułowane

²² Wyrok TSUE w sprawie *TeliaSonea*, op. cit., pkt 58, 59., 72.

²³ Zob. Opinia Adwokata Generalnego A. Mazáka, pkt 30.

²⁴ Wyrok TSUE w sprawie T-219/99 *British Airways v Commission*, op. cit., pkt 69, 86.

²⁵ Wyrok TSUE w sprawie T-228/97 *Irish Sugar plc przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1999, s. II-2969, pkt 189.

²⁶ Wyrok TSUE w sprawie *TeliaSonera*, op. cit., pkt 75.

przez TSUE: po pierwsze art.102 TFUE nie powinien chronić nieefektywnych konkurentów ale konkurencję; po drugie zastosowanie „testu efektywnego konkurenta” oznacza, że ostatecznie art. 102 TFUE będzie obejmował tylko skutki wykluczenia poprzez nożyce kosztowo-cenowe jeśli wywołają one potencjalne negatywne skutki dla konkurentów.

Z punktu widzenia oceny naruszenia art. 102 TFUE nie jest bowiem konieczne wykazanie, że naruszenie miało konkretny efekt dla określonych rynków ani, że wysiłki dominującego przedsiębiorcy były skuteczne w wykluczeniu konkurentów. Wystarczające jest dowiedzenie, że niewłaściwe zachowanie jest zdolne do wywołania takiego efektu lub rodzi prawdopodobieństwo jego wystąpienia. Dowód naruszenia nie jest konieczny. Wystarczy wykazać prawdopodobieństwo jego wystąpienia. Nie ma także potrzeby wykazania, że konkurenci ponieśli szkodę²⁷.

IV. Podsumowanie

Trudno jednoznacznie ocenić prezentowane orzeczenie. Z jednej strony zawiera ono wiele istotnych wskazówek w kwestii analizy nożyc kosztowo-cenowych jako formy nadużycia pozycji dominującej. Z drugiej jednak budzi liczne wątpliwości. W glosowanym orzeczeniu TSUE enigmatycznie stwierdził, że ceny ustalane przez TeliaSonera są niewłaściwe, nie precyzując co należy rozumieć pod tym pojęciem, ani nie kwalifikując ich jako cen rażąco niskich lub nadmiernie wygórowanych. Orzekł też, że nożyce kosztowo-cenowe spełniają przesłanki stanu faktycznego art. 102 TFUE bez względu na to czy przedsiębiorca nadużywający pozycji dominującej był zobowiązany dostarczyć swojemu konkurentowi określone dobra lub usługi. Nie można się jednak zgodzić z tą tezą ponieważ nożyce stanowią nadużycie w rozumieniu przepisu 102 TFUE jeśli dominujący przedsiębiorca uchybia obowiązkowi zapewnienia dostępu do urządzeń kluczowych. Jeśli jednak na dominującym przedsiębiorcy nie ciąży ustawowy obowiązek zapewnienia dostępu do określonych dóbr lub świadczenia określonych usług konkurentom lub jeśli te produkty lub usługi nie są niezbędne dla prowadzenia przez nich działalności gospodarczej, wówczas nie ma podstaw do sformułowania zarzutu nadużycia w formie nożyc kosztowo-cenowych. Zdaniem TSUE kluczowe dla wykazania nadużycia w przypadku nożyc kosztowo-cenowych może być zbadanie skutków z punktu widzenia konkurencji w świetle 102 TFUE. Nie jest jednak jasne na podstawie jakich kryteriów taka ocena powinna zostać przeprowadzona. Zasadniczym mankamentem orzeczenia jest nieuwzględnienie przez TSUE wpływu nożyc kosztowo-cenowych na sytuację konsumentów. W ocenie nadużycia pozycji dominującej należy bowiem zbadać czy praktyki dominantów rodzą negatywne skutki nie tylko dla konkurentów ale i dla konsumentów. TSUE niesłusznie ograniczył się tylko do pierwszej z nich uznając, że kwalifikacja nożyc kosztowo-cenowych jako nadużycia pozycji dominującej odnosi się do naruszenia struktury rynkowej poprzez eliminację z rynku konkurentów.

²⁷ Decyzja KE z 14.07.1999 w sprawie *British Airways Virgin/British Airways* (Dz. Urz. 2000 L 30/1), pkt. 96-111; wyrok TSUE w sprawie *TeliaSonera*, op. cit., pkt 64; zob. wyrok TSUE w sprawie *Deutsche Telekom*, op. cit., pkt 250.