

1. Drapieżna cena

(Cena poniżej kosztów)

ang. *predatory price*, niem. *Verdrängungspreis*, fr. *prix prédateur*

Działania Komisji Europejskiej związane z egzekwowaniem prawa w odniesieniu do zachowań o charakterze praktyki wykluczającej mają służyć ochronie procesu konkurencyjnego na rynku Unii Europejskiej, w tym zapobiegać sytuacjom, w których przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą¹ zamykają dostęp do rynku² swoim obecnym lub potencjalnym konkurentom w sposób antykonkurencyjny³. Przykładem takiego zachowania są praktyki drapieżne.

Praktyka drapieżna polega na celowym ponoszeniu strat (godzeniu się ze stratami) lub na rezygnacji z zysków w krótkim okresie⁴ w celu zamknięcia lub ewentualnego zamknięcia dostępu do rynku co najmniej jednemu z obecnych lub potencjalnych konkurentów. Komisja wskazuje, że przejawem strategii drapieżnej może być również działanie, które prowadzi w krótkim czasie do osiągnięcia niższych przychodów netto, niż należałoby oczekiwać w rezultacie ekonomicznie rozsądnego i możliwego do zrealizowania alternatywnego działania – chyba że dane zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą jest wynikiem decyzji podjętej w dobrej wierze⁵.

¹ Zob. termin: 15. Pozycja dominująca.

² Poprzez „zamknięcie dostępu do rynku” Komisja rozumie utrudnienie lub uniemożliwienie efektywnego dostępu do danego rynku.

³ A więc w inny sposób niż poprzez konkurencję opartą na atutach dostarczanych produktów i usług.

⁴ Tzw. poświęcanie zysków.

⁵ Czyli zostało oparte na uzasadnionych przesłankach wskazujących na to, że planowane działanie będzie opłacalne. Przedsiębiorstwo dominujące musi przedstawić na to przekonujące dowody.

Z założenia praktyka drapieżna ma służyć wzmocnieniu lub przynajmniej utrzymaniu posiadanej władzy rynkowej, w efekcie zaś działa na szkodę konsumentów (pozbawia ich możliwych do osiągnięcia korzyści lub je ogranicza)⁶.

Instrumentem służącym podmiotom zajmującym pozycję dominującą do realizacji strategii drapieżnej są rażąco niskie ceny, które nie znajdują uzasadnienia w kategoriach czysto ekonomicznych. Komisja lapidarnie zdefiniowała drapieżne ceny jako ceny sztucznie zaniżone, tak aby konkurent albo został wyeliminowany albo zdyscyplinowany [KWE, 1987, s. 232]. Zgodnie z orzecznictwem unijnym zachowanie polegające na ich stosowaniu stanowi naruszenie reguł konkurencji. W przeszłości za wyjątek uznano sytuacje, w których takie zaniżenie ceny ma związek z polityką Komisji Europejskiej w sektorach, w których działalność została objęta ochroną monopolem prawnym, co oznacza oparcie pozycji dominującej na przyznaniu praw wyłącznych lub specjalnych podmiotowi zajmującemu taką pozycję.

Do nadużyć – obok polegających na wykorzystaniu mechanizmu drapieżnych cen do utrzymania lub wzmocnienia pozycji dominującej posiadanej na danym rynku – zalicza się również sytuacje, w których tego typu zachowanie ma miejsce na innym rynku, na którym przedsiębiorstwo nie ma takiej pozycji. Rynek ten powinien jednak być powiązany z rynkiem już podlegającym dominacji tego podmiotu gospodarczego, zaś praktyka wykorzystująca zastosowanie drapieżnych cen powinna służyć utrzymaniu lub wzmocnieniu już posiadanej pozycji dominującej⁷.

Za kryterium podstawowe, zgodnie z którym ceny ustalone przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą określa się jako drapieżne⁸, a więc uznawane *per se* za stanowiące nadużycie, przyjęto taki ich poziom, który nie zapewnia pokrycia ponoszonych kosztów wytworzenia danego produktu lub usługi. Jako sugerowany punkt odniesienia Komisja najczęściej wskazuje długo-okresowy średni koszt przyrostowy (*long-run average incremental cost*, LRAIC, LAIC)⁹. Ocenia się, że jedyną korzyścią, jaką mogą przynieść podmiotowi domi-

⁶ Komunikat Komisji Wytyczne 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, 2009/C 45/02, Komisja Wspólnot Europejskich, Dz.U. UE C 45 z 24.02.2009, pkt 63.

⁷ Note by the European Commission, Roundtable Discussion on Predatory Foreclosure, DAFPE/COMP/WD(2004)50, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, Competition Committee, 21 September 2004, pkt 9.

⁸ Nazywane także „cenami poniżej kosztów” (*below-cost prices*).

⁹ W określonych sytuacjach może to być, alternatywnie, średni koszt możliwy do uniknięcia (*average avoidable cost*, AAC). Zob. pkt 26 komunikatu Komisji 2009/C 45/02. We wcześniejszym orzecznictwie takim punktem odniesienia były średnie koszty zmienne (*average variable cost*, AVC). Zob. np. wyrok Try-

nującemu ceny ustalone na poziomie poniżej LRAIC, jest wyparcie przez niego z rynku przedsiębiorstw, które są tak samo wydajne (efektywne), ale ze względu na swoje mniejsze zasoby finansowe nie są w stanie wytrzymać konkurencji¹⁰. Dotyczy to przede wszystkim sytuacji, w których docelowy konkurent jest uzależniony od finansowania zewnętrznego, to zaś może być utrudnione przy pogarszaniu się osiąganych przez niego wyników.

W celu stwierdzenia, czy ma miejsce praktyka polegająca na ustaleniu cen na poziomie niższym od długookresowego średniego kosztu przyrostowego¹¹, co może doprowadzić do zamknięcia dostępu do rynku innym jego uczestnikom, Komisja stosuje kryterium (test) równie efektywnego konkurenta (*equally efficient competitor test*, EECT)¹². Oznacza to zastosowanie podejścia formalnego operującego porównawczo – w ujęciu statycznym – kategoriami cena–koszt.

Odrębnej ocenie podlegają ceny ustalone przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, które są wyższe od długookresowego średniego kosztu przyrostowego¹³, jednak niższe od średniego kosztu łącznego (całkowitego). Należy traktować je jako ceny drapieżne, a więc jako prowadzące do naruszenia reguł konkurencji, jedynie wówczas, gdy zostanie ujawniona kryjąca się za nimi intencja wyeliminowania konkurencji (będąca elementem strategii wykluczającej). Zorzecznictwa unijnego nie wynika przy tym, że warunkiem wstępnym, od którego zależy stwierdzenie drapieżności danych cen, jest udowodnienie (późniejszego) odzyskania strat przez przedsiębiorstwo dominujące, które zastosowało taką politykę cenową¹⁴. Musi jednak zostać wykazane istnienie planu wyeliminowania konkurencji („zagarnięcia” rynku), zaś zamiar wyeliminowania

bunału (piąta izba) z dnia 3 lipca 1991 r. w sprawie C-62/86 *AKZO Chemie BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:1991:286, pkt 71; wyrok Trybunału (piąta izba) z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie C-333/94 P *Tetra Pak International SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Tetra Pak II)*, ECLI:EU:C:1996:436, pkt 41.

¹⁰ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, European Commission, Brussels, December 2005, pkt 111. Zob. także wyrok Sądu (ósma izba) z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie T-336/07 *Telefónica SA i Telefónica de España SA przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2012:172, pkt 189.

¹¹ Lub innego zastosowanego w tym celu benchmarku kosztowego, alternatywnego w stosunku do LRAIC.

¹² Używana jest również nazwa *as-efficient-competitor test* (AECT).

¹³ Lub innego zastosowanego w tym celu benchmarku kosztowego, alternatywnego w stosunku do LRAIC.

¹⁴ Zob. opinia rzecznika generalnego Jána Mazáka przedstawiona w dniu 25 września 2008 r. w sprawie C-202/07 P *France Télécom SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:2008:520, pkt 29.

konkurencyjnych podmiotów gospodarczych należy ustalić na podstawie poważnych i spójnych wskazówek (*sound and consistent evidence*)¹⁵.

Pojęcie odzyskania strat poniesionych na skutek ustalenia cen na poziomie poniżej kosztów własnych – co wskazuje na stosowanie strategii drapieżnej – należy, zdaniem Komisji, rozumieć znacznie szerzej niż tylko w kategorii czysto księgowego bilansu zysków i strat. Celem przedmiotowej praktyki może być bowiem również powstrzymanie, opóźnienie lub osłabienie przyszłego spadku cen, który spodziewany jest w przypadku dalszego istnienia niezakłóconej konkurencji na danym rynku. Polityka cenowa podmiotu dominującego skutkująca tego typu efektem cenowym – oznaczającym, że ceny finalnie nie zostaną podniesione powyżej poziomu utrzymującego się przed zastosowaniem strategii drapieżnej, ale też wbrew oczekiwaniom nie spadną – stanowi w równym stopniu działanie na szkodę konsumentów.

Jako podstawę prawną uznania za nadużycie praktyki polegającej na stosowaniu ceny drapieżnej przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą Komisja Europejska i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznają art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)¹⁶. Wprawdzie artykuł ten nie odnosi się *explicite* do powyższego zachowania, ale zaniżanie cen mające służyć zamknięciu lub ewentualnemu zamknięciu rynku instytucje te traktują jako pewnego rodzaju połączenie zakazanych praktyk w postaci narzucania niesłusznych cen sprzedaży (litera a) wymienionego artykułu) oraz stwarzania niekorzystnych warunków konkurencji (litera c)). W uzasadnieniach decyzji i orzeczeń wskazywany jest również fakt, iż katalog naruszeń zawarty w art. 102 TFUE ma charakter otwarty, a więc nie jest wymagane bezpośrednie odwołanie się w nim do konkretnej sytuacji¹⁷.

Kontrowersje i wątpliwości

Dla celów art. 102 TFUE drapieżne ceny definiuje się jako praktykę polegającą na czasowym obniżaniu przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominu-

¹⁵ Zob. np. wyrok Sądu pierwszej instancji (piąta izba w składzie powiększonym) z dnia 30 stycznia 2007 r. w sprawie T-340/03 *France Télécom SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Wanadoo Interactive)*, ECLI:EU:T:2007:22, pkt 197.

¹⁶ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz.U. UE C 326 z 26.10.2012.

¹⁷ Por. np. wyrok Trybunału z dnia 21 lutego 1973 r. w sprawie 6/72 *Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:1973:22, pkt 26; wyrok Trybunału (pierwsza izba) z dnia 17 lutego 2011 r. w sprawie C-52/09 *Konkurrensverket przeciwko TeliaSonera Sverige AB*, ECLI:EU:C:2011:83, pkt 26; wyrok Sądu w sprawie T-336/07 *Telefónica, op. cit.*, pkt 174.

jąca cen oferowanych produktów lub usług do poziomu powodującego w krótkim okresie ponoszenie przez nie strat na ich sprzedaży lub utratę możliwych zysków. Celem takiego zachowania jest wyeliminowanie lub „zdyscyplinowanie” jednego lub większej liczby istniejących konkurentów lub też uniemożliwienie wejścia na rynek jednego lub większej liczby potencjalnych konkurentów¹⁸.

W praktyce tak sformułowana definicja jest źródłem wielu problemów interpretacyjnych. W gruncie rzeczy jedynie w sposób ogólny opisuje samo zjawisko (jego mechanizm) i wytycza pewien kierunek rozumowania. Jej faktyczną zdolność do dostarczenia rozstrzygających wskazań służących ustaleniu, czy rzeczywiście dane ceny można uznać za drapieżne, podważają zgłaszane zastrzeżenia i wątpliwości. To, że utożsamia użycie rażąco niskich cen z drapieżnością, również nie nadaje się na dogmat. Sformułowanie „rażąco niski” brzmi przekonująco, ale co konkretnie oznacza?

Jak mało która, definicja terminu „drapieżna cena” pokazuje zarazem skalę swoistej „defensywy”, w jakiej niejednokrotnie znajdują się unijni prawnicy usiłujący wykorzystać typowo ekonomiczne instrumenty – wskaźniki, modele, testy itp. – w procesie egzekwowania prawa służącego ochronie procesu konkurencyjnego na rynku UE. Uzyskane wyniki konkretnych (wydawałoby się) wskaźników referencyjnych, mające w założeniu służyć odseparowaniu zachowań o charakterze praktyki wykluczającej od dozwolonych praktyk konkurencyjnych, zależnie od kontekstu – określonej sytuacji rynkowej, specyfiki otoczenia ekonomicznego, uwarunkowań społecznych – tracą swoją jednoznaczność, wzbudzają jedynie wątpliwości i kontrowersje. Wielu ekonomistów wręcz podważa faktyczny zakres tak piętnowanego przez Komisję i Trybunał zjawiska drapieżnych cen. Wskazują, że w rzeczywistości do takich praktyk dochodzi niezwykle rzadko, zaś ich tępienie przypomina (nader kosztowne zresztą) swojego rodzaju polowanie na czarownice prowadzące do „efektu mrożącego” – obawy przedsiębiorców przed pozwem związanym z posądzeniem o tego typu zachowanie [Ritter, 2004, s. 613–615].

Sama Komisja już niejednokrotnie czuła się zmuszona przyznać, iż odróżnienie nagannego, wykluczającego zachowania cenowego od zwykłej konkurencji cenowej (w ramach tzw. konkurencji co do meritum, *competition on*

¹⁸ „Dyscyplinowanie” to nic innego jak demonstracja siły przez podmiot dominujący, służąca zasygnalizowaniu potencjalnych konsekwencji, jakie poniosą przedsiębiorstwa podejmujące z nim walkę konkurencyjną (lub zgłaszające do tego gotowość). Może się ono okazać *per saldo* korzystniejsze od wyeliminowania konkurenta z rynku, gdyż trudno wykluczyć sytuację, w której jego miejsce zajmie bardziej efektywny „następca”, który tanio nabędzie aktywa wyeliminowanego z rynku podmiotu. Por. Note by the Commission DAFPE/COMP/WD(2004)50, *op. cit.*, pkt 8. Zob. także pkt 69 komunikatu Komisji 2009/C 45/02.

*the merits*¹⁹⁾ nie należy do łatwych zadań. Operowanie cenami – element dostosowania strategii przedsiębiorstwa do określonej sytuacji panującej na rynku – jest standardową praktyką rynkową, zaś każda obniżka cen jest przyjmowana z aprobatą przez konsumentów. Jednak zgodnie z orzecznictwem unijnym i stanowiskiem Komisji już samo zajmowanie pozycji dominującej nakłada na przedsiębiorstwo szczególną odpowiedzialność za przestrzeganie, aby jego zachowanie nie powodowało naruszenia skutecznej i niezakłóconej konkurencji na jednolitym rynku UE²⁰. Parafrazując, dużemu wolno mniej – do tego stopnia, że wiele praktyk inicjowanych przez słabszych uczestników rynku, akceptowalnych z punktu widzenia prawa konkurencji, w przypadku podmiotów dominujących zostanie uznanych za naruszenie obowiązujących reguł²¹.

Takie właśnie „ostrzeżenie” wyartykułował Trybunał w 1998 r. W jednym z orzeczeń – niejednokrotnie przytaczanym przez tę instytucję w jej późniejszych wyrokach – stwierdził on, iż „z charakteru zobowiązań nałożonych na mocy art. 82 TWE [obecnie art. 102 TFUE – J.Z.] wynika, że w określonych okolicznościach przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą mogą zostać pozbawione prawa do przyjmowania zachowań lub dokonywania czynności, które nie stanowią same w sobie nadużycia i które nie byłyby nawet niedopuszczalne, jeśli zostałyby przyjęte lub dokonane przez przedsiębiorstwa, które nie zajmują pozycji dominującej”²².

Powyższego stanowiska nie można jednak interpretować jako służącego pozbawieniu możliwości korzystania przez podmiot dominujący z takiego instrumentu jak czasowa, nawet znaczna, obniżka cen. Zmiana cen nie jest bezprawna sama w sobie, ważny jest kontekst. Jeżeli będziemy się kierować duchem prawa konkurencji, racjonalny (choć mało konkretny) wydaje się pogląd, że przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą może – także poprzez stosowanie aktywnej polityki cenowej – reagować (*may react*) na bieżące wydarzenia na rynku, nie wolno mu jednak reagować „nadmiernie” (*must not overreact*), przez co należy

¹⁹ Inaczej: merytorycznej gry konkurencyjnej, konkurowania merytorycznego, konkurowania na normalnych warunkach.

²⁰ Zob. np. wyrok Sądu (szósta izba) z dnia 17 grudnia 2009 r. w sprawie T-57/01 *Solvay SA przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2009:519, pkt 315; wyrok Sądu pierwszej instancji (wielka izba) z dnia 17 września 2007 r. w sprawie T-201/04 *Microsoft Corp. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:T:2007:289, pkt 229; wyrok Sądu pierwszej instancji (trzecia izba) z dnia 7 października 1999 r. w sprawie T-228/97 *Irish Sugar plc przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:T:1999:246, pkt 112.

²¹ Zob. np. wyrok Sądu pierwszej instancji w sprawie T-340/03 *France Télécom (Wanadoo Interactive)*, *op. cit.*, pkt 186. Zob. także termin: 6. Nadużycie pozycji dominującej.

²² Wyrok Sądu pierwszej instancji (czwarta izba w składzie powiększonym) z dnia 17 lipca 1998 r. w sprawie T-111/96 *ITT Promedia NV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:T:1998:183, pkt 139.

rozumieć działanie służące ograniczeniu konkurencji rynkowej [Lang, O'Donoghue, 2002, s. 131]²³.

Z takim podejściem wyraźnie koresponduje (odnoszące się do konkretnej sytuacji) stanowisko zajęte przez TSUE wyrażone w stwierdzeniu, iż „o ile prawdą jest, że zrównanie cen przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą z cenami konkurentów nie jest samo w sobie niedopuszczalne, ani nie stanowi nadużycia, o tyle nie można wykluczyć, że za takie zostanie uznane, jeśli jego celem będzie nie tylko ochrona interesów przedsiębiorstwa, ale również wzmocnienie tej pozycji dominującej i jej nadużywanie”²⁴. Nie można zatem usprawiedliwiać takiego zachowania, powołując się na jakoby istniejące bezwzględne prawo do zrównania cen (*fundamental right to align*) podmiotu dominującego z cenami jego konkurentów (mówiąc inaczej, na tzw. wyjątek zrównania cen, *alignment exception*). Po taki właśnie argument sięgają z reguły przedsiębiorstwa pozwane przez Komisję, twierząc, że każdemu (także dominującemu) podmiotowi przysługuje „prawo do zrównania w dobrej wierze jego cen z cenami uprzednio stosowanymi przez konkurenta”, co stanowi istotę procesu konkurencyjnego i, ich zdaniem, „zostało uznane przez samą Komisję w jej praktyce decyzyjnej, przez orzecznictwo, a także przez jednolitą naukę doktryny i analizy ekonomicznej”²⁵.

Szczególnie konfliktowym przypadkiem jest sytuacja, w której zrównanie cen przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą pociąga za sobą obniżenie ich do poziomu poniżej ponoszonych przez nie kosztów. W ocenie Komisji zakazanie takiego zrównania cen „jest całkowicie zgodne z zasadami leżącymi u podstaw art. 82 TWE [obecnie art. 102 TFUE – J.Z.], zgodnie z którym na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą ciąży »szczególna odpowiedzialność«”²⁶. Jak się wydaje, jedyną racjonalną linią obrony tego typu zachowania pozostaje wówczas próba wykazania (jeżeli jest to możliwe), iż udział danego podmiotu w rynku właściwym nie kwalifikuje go do uznania za zajmu-

²³ Jednoznacznie odniósł się do tego Trybunał, wskazując, iż „należy przypomnieć, że w świetle utrwalonego orzecznictwa, o ile fakt posiadania przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej nie może go pozbawić prawa do ochrony swoich własnych interesów handlowych, gdy są one zagrożone, i o ile należy mu przyznać w rozsądnym zakresie możliwość podejmowania działań, które to przedsiębiorstwo uznaje za właściwe, by chronić rzeczono interesy, o tyle nie można zaakceptować takich zachowań, jeżeli ich rzeczywistym celem jest wzmocnienie pozycji dominującej i jej nadużywanie”. Zob. wyrok Sądu pierwszej instancji (druga izba) z dnia 1 kwietnia 1993 r. w sprawie T-65/89 *BPB Industries Plc i British Gypsum Ltd przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:T:1993:31, pkt 117.

²⁴ Wyrok Sądu pierwszej instancji w sprawie T-340/03 *France Télécom (Wanadoo Interactive)*, *op. cit.*, pkt 187.

²⁵ *Ibidem*, pkt 171, pkt 178–182.

²⁶ Por. opinia rzecznika generalnego Jána Mazáka w sprawie C-202/07 P *France Télécom*, *op. cit.*, pkt 81.

jącego taką pozycję. Warto jednak zauważyć, że powyższa sytuacja jest w sumie dość kontrowersyjna, gdyż w praktyce pozbawia przedsiębiorstwo dominujące możliwości „bezpiecznej” (w sensie prawnym) odpowiedzi na zachowanie mniejszego konkurenta, którego agresywna polityka cenowa obejmuje stosowanie cen promocyjnych na poziomie poniżej kosztów ponoszonych przez pierwszy z wymienionych podmiotów²⁷.

Kwestią sporną pozostaje sposób identyfikacji (i interpretacji) naganego charakteru tych zachowań, których prawdopodobną konsekwencją będzie zarzut naruszenia art. 102 TFUE. Co do zasady, każda odczuwalna obniżka cen dokonana przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą może bowiem budzić uzasadnione podejrzenia, iż mamy do czynienia ze strategią drapieżną. Za decyzją o dobrowolnym pozbawieniu się części lub całości zysków ze sprzedaży danego produktu lub usługi często ukryta jest chęć wzmocnienia posiadanej pozycji kosztem konkurenta lub zablokowania wejścia na rynek potencjalnego konkurenta.

W tym miejscu należy wyraźnie zastrzec, że w orbicie oddziaływania wymienionego wyżej artykułu Traktatu pozostają jedynie te zachowania rynkowe przedsiębiorstwa dominującego, które są w stanie – co najmniej potencjalnie – doprowadzić do wykluczenia „efektywnych konkurentów” (*efficient competitors*). „Zniknięcie” z rynku mniej efektywnego podmiotu gospodarczego wykracza poza przedmiotowy przepis prawa unijnego²⁸, tym samym można uznać, że obniżka cen pogarszająca sytuację ekonomiczną takiego przedsiębiorstwa z czysto prawnego punktu widzenia dopóty nie stanowi strategii drapieżnej w świetle art. 102 TFUE, dopóki nie szkodzi konkurencji *sensu largo*²⁹.

Oczywiście, otwarte pozostaje pytanie, jak zdefiniować pojęcie „efektywny konkurent”. Efektywność działania podmiotu gospodarczego może się ujawniać (być porównywana) na wielu płaszczyznach i wynikać z różnych uwarunkowań. Niepozbawiona podstaw wydaje się wręcz wątpliwość, czy i w jakim stopniu inny uczestnik rynku jest w stanie osiągnąć ogólną efektywność działania zbliżoną do przejawianej przez podmiot zajmujący pozycję dominującą, zwłaszcza gdy

²⁷ Wyrok Sądu pierwszej instancji w sprawie T-340/03 *France Télécom (Wanadoo Interactive)*, *op. cit.*, pkt 174.

²⁸ W przeciwieństwie do postanowień Traktatu (milczących w przedmiotowej kwestii) w swoich dokumentach KE „zauważa” obecność i potencjalny wpływ na konkurencję cenową mniej efektywnego konkurenta, który „w niektórych okolicznościach [...] może również wywołać presję konkurencyjną”. Zob. pkt 24 komunikatu Komisji 2009/C 45/02.

²⁹ Jednak, logicznie rzecz biorąc, takie zachowanie ze strony przedsiębiorstwa dominującego wobec podmiotu mu bezpośrednio nie zagrażającego (z powodu dysponowania zbyt małym potencjałem konkurencyjnym), skutkujące przynajmniej czasowym pogorszeniem wyników finansowych, właściwie nie ma sensu z punktu widzenia racjonalnego gospodarowania posiadanymi środkami.

swoim potencjałem wytwórczym/usługowym i dostępem do rynku nie może z nim konkurować. Za ryzykowną wypada też uznać wcześniej wspomnianą koncepcję, zgodnie z którą ów hipotetyczny równie efektywny konkurent miałby się charakteryzować podobnymi parametrami funkcjonowania, zaś jedynym jego „upośledzeniem” pozostawałby gorszy dostęp do kapitału (źródeł finansowania) niż ten, którym dysponuje podmiot dominujący na danym rynku właściwym³⁰. Choć błędem byłoby niedocenywanie roli kapitału, w rzeczywistości mamy tu do czynienia z równaniem o zbyt wielu elementach „pracujących” na końcowy wynik pod nazwą „efektywność”³¹.

Faktem jest więc, że powyższe rozważania przybliżają nas do zidentyfikowania pojęcia „drapieżna cena” jedynie w rozumieniu definicyjnym. Na potrzeby orzecznictwa konieczne stało się ustalenie konkretnych referencyjnych wskaźników kosztowych (*cost benchmarks*), mających sygnalizować Komisji i Trybunałowi pojawianie się takich sytuacji, w których podejrzenie stosowania drapieżnych cen przez podmiot zajmujący pozycję dominującą wydaje się szczególnie uzasadnione, bądź też – *a contrario* – pozwalających, według wszelkiego prawdopodobieństwa, na ich wykluczenie.

Punktem wyjścia do wyboru takich wskaźników jest wspomniane już wcześniej założenie, iż w przypadku przedsiębiorstwa dominującego, dysponującego znaczącą przewagą nad konkurentami, ustalenie przez nie cen danego produktu lub usługi na poziomie prowadzącym do straty na ich sprzedaży wydaje się dość „nienaturalne”. Nie od rzeczy jest też jednak postawienie pytania: jeżeli strata oznacza sprzedaż w cenie poniżej kosztów, to o jakich kosztach mówimy? To, że Komisja w swoich preferencjach wydaje się dość mocno „przywiązana” do długookresowego średniego kosztu przyrostowego (LRAIC) jako benchmarku pierwszego wyboru, nie rozwiązuje powyższego problemu.

W opublikowanych w przeszłości dokumentach KE wskazywała na możliwość zastosowania – adekwatnie do konkretnej sytuacji – jednego z kilku wskaźników kosztowych. Punktu „przełamania” między zyskiem i stratą, decydującego o potencjalnie wysokim prawdopodobieństwie stosowania drapieżnych cen, można poszukiwać, opierając się na wskaźniku średniego kosztu zmien-

³⁰ Rozporządzenia unijne oparte na art. 101 i 102 TFUE (dawne art. 85 i 86 TWE) definiują właściwy rynek produktowy jako rynek składający się z „wszystkich tych produktów i/lub usług, które uważane są za zamienne lub za substytuty przez konsumenta, ze względu na właściwości produktów, ich ceny i ich zamierzone stosowanie”. Zob. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, 97/C 372/03, Komisja Wspólnot Europejskich, Dz.U. WE C 372 z 09.12.1997, pkt 7.

³¹ Obok czynnika kapitałowego o efektywności funkcjonowania przedsiębiorstwa decydować może chociażby dostęp do know-how, posiadane koncesje, zezwolenia czy prawa specjalne, korzystna lokalizacja, uzyskane przywileje/zwolnienia podatkowe itd.

nego (*average variable cost*, AVC), kosztu krańcowego (marginalnego) (*marginal cost*, MC), średniego kosztu możliwego do uniknięcia (*average avoidable cost*, AAC), czy też wspomnianego wcześniej – długookresowego średniego kosztu przyrostowego (*long-run average incremental cost*, LRAIC, LAIC)³². Trzeba jednak pamiętać, że mimo podobieństw istniejących między powyższymi rozwiązaniami wybór między nimi jest daleki od dowolności³³.

I tak, przykładowo, z czysto ekonomicznego punktu widzenia trudno nie zgodzić się z opinią rzecznika generalnego Trybunału Paola Mengozzi, iż posługiwanie się wskaźnikiem średniego kosztu zmiennego wobec przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, któremu powierzono realizację zadań w ogólnym interesie gospodarczym, wydaje się „niewłaściwe”³⁴. W przypadku podmiotów świadczących usługi użyteczności publicznej odnotowujących zazwyczaj wysokie koszty stałe i niskie koszty zmienne, co jest raczej typowe dla działalności związanej np. z usługą powszechną³⁵, konfrontowanie „podejrzenie” niskich cen wyłącznie z kosztami zmiennymi prowadzi do zaniżenia wartości wskazywanych przez benchmark kosztowy [Post Danmark, 2006, s. 1–6].

Zarazem jednak w powyższej sytuacji należy zachować ostrożność i unikać kierowania się w stronę punktów odniesienia włączających do kalkulacji w szerokim zakresie koszty stałe – chyba że ocena ma charakter długookresowy³⁶. Grozi to bowiem wykazaniem zawyżonych strat i wzmocni argumentację na rzecz drapieżnego charakteru analizowanych cen, szczególnie przy łączeniu w jednym przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą obowiązku świadczenia usługi powszechnej z działalnością czysto komercyjną prowadzoną na wolnym rynku. Stąd w przypadku podmiotów operujących w sferze usług użyteczności publicznej sugerowane jest odniesienie do średnich kosztów przyrostowych (*average incremental cost*, AIC), który to benchmark nie „ucieka”, co prawda, od włączenia do kalkulacji ponoszonych kosztów stałych, jednak czyni to selektywnie.

³² Zob. Note by the Commission DAFPE/COMP/WD(2004)50, *op. cit.*, pkt 12.

³³ Przykładowo, tradycyjnie już w sprawach dotyczących działalności chronionej monopolem prawnym za właściwe uznawano użycie wskaźnika długookresowego średniego kosztu przyrostowego. Por. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, *op. cit.*, pkt 125.

³⁴ Opinia rzecznika generalnego Paola Mengozzi przedstawiona w dniu 24 maja 2011 r. w sprawie C-209/10 *Post Danmark A/S przeciwko Konkurrenserådet*, ECLI:EU:C:2011:342, pkt 34.

³⁵ Wynika to m.in. z konieczności utrzymywania rozbudowanej sieci dystrybucyjnej i ponoszenia kosztów jej funkcjonowania bez względu na intensywność (skalę) świadczonej usługi powszechnej.

³⁶ W perspektywie dłuższego okresu szereg kosztów stałych – ale nie wszystkie – nabiera cech kosztów zmiennych, co daje podstawę do włączenia ich do niektórych benchmarków kosztowych.

Należy zatem pamiętać, że decyzja o oparciu oceny na jednym z dopuszczalnych benchmarków kosztowych pociąga za sobą określone konsekwencje w postaci uzyskania (zazwyczaj) innego wyniku niż po zastosowaniu każdego z pozostałych. W efekcie, zależnie od dokonanego wyboru, ta sama cena może zostać uznana za drapieżną lub niemającą takiego charakteru.

Istotny wpływ na wybór konkretnego benchmarku ma również wspomniane już wcześniejsze właściwe ustalenie okresu, jaki obejmie planowana analiza polityki cenowej przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą. Ma to pozwolić w sposób uwzględniający specyfikę danego rynku właściwego na prawidłowe zidentyfikowanie ponoszonych przez ten podmiot kosztów mających związek przedmiotowy z kwestionowanymi cenami. Przyjęto, co do zasady, że odpowiednie przyporządkowanie (przypisanie) kosztów do danego produktu lub usługi umożliwia określenie progu średniej ceny jednostkowej lub ceny krańcowej, którego przekroczenie *in minus* daje silne wskazanie do uznania, że mamy do czynienia z ceną drapieżną.

Ewentualne kontrowersje związane z przypisaniem do danego produktu lub usługi ponoszonych kosztów zmiennych częściej się wiąże z podejmowanymi przez podmiot dominujący próbami obniżenia wskazań benchmarku kosztowego niż z pojawiającymi się wątpliwościami na etapie ich identyfikowania, tymczasem rzeczywiste wyzwanie stanowi wyspecyfikowanie kosztów stałych, które powinny być również wzięte pod uwagę³⁷. Okazuje się, że decyzja o sięgnięciu do niektórych benchmarków kosztowych, szczególnie odnoszących się do oceny prowadzonej w dłuższym horyzoncie czasowym – każe nam przygotować się na sytuację, w której, „nieoczekiwanie”, do typowych kosztów zmiennych dołączają niektóre koszty uznawane w krótkim okresie za stałe. Automatycznie „przesuwa” to wartość punktu odniesienia. Niejednokrotnie rodzą się przy tym wątpliwości, czy koszt, co do zasady, identyfikowany jako stały (np. koszt wyposażenia produkcyjnego) i przez to eliminowany z danej kalkulacji, nie stał się już od pewnego momentu, w miarę wydłużenia perspektywy czasowej prowadzonej oceny, *de facto* kosztem zmiennym, który wymaga uwzględnienia.

Stąd, przykładowo, warto pamiętać, że na koszt krańcowy (MC) składają się wyłącznie typowe koszty zmienne, jednak tylko wówczas, gdy ocenę oprzemy na koszcie krańcowym krótkookresowym (*short-run marginal cost*, SRMC). W sytuacji gdy mamy do czynienia jedynie z niewielkim wzrostem popytu na dany produkt lub usługę, elastyczność istniejących mocy wytwórczych i dystrybucyjnych okazuje się z reguły wystarczająca do pokrycia wzrastającego zapo-

³⁷ Co oczywiście nie znaczy, że nie kryją się za tym próby manipulacji księgowej służące zaniżeniu wielkości ponoszonych kosztów.

trzebowania, przynajmniej w pierwszym okresie po jego ujawnieniu się. Dalsze utrzymywanie przez podmiot dominujący „podejrzenie” niskich cen może jednak oznaczać konieczność wydłużenia horyzontu czasowego analizy i wyznaczenia benchmarku na podstawie kosztów krańcowych długookresowych (*long-run marginal cost*, LRMC). W koszcie wyprodukowania dodatkowej jednostki zawierać się będą wówczas już nie tylko wcześniej zidentyfikowane koszty zmienne (ujawniające się w krótkim okresie), ale także przypadający na nią przyrost kosztów stałych wynikający chociażby z konieczności modernizacji lub rozbudowy istniejącego potencjału wytwórczego, zwiększenia zatrudnienia itd.

Czynnik czasu okazuje się więc niezwykle istotny, dzieląc stosowane wskaźniki kosztowe na bazujące wyłącznie (choć nie do końca, o czym dalej) na kategorii kosztów zmiennych, oraz te, które łączą w sobie typowe koszty zmienne i koszty w krótkim horyzoncie czasowym klasyfikowane jako stałe (choć nie wszystkie, o czym również dalej). O ile zatem przyjmuje się, że średni koszt możliwy do uniknięcia (AAC) zazwyczaj nie odbiega wartościowo od średniego kosztu zmiennego (AVC), nie można zapominać, że długookresowy średni koszt przyrostowy (LRAIC) obejmuje również koszty, które z punktu widzenia krótkiego okresu bez wątpienia należy zakwalifikować jako stałe. Tym samym nie mieszczą się one w benchmarku funkcjonującym w formule AVC.

W rzeczywistości jednak podział przypisujący krótkiemu okresowi oceny wyłącznie typowe koszty zmienne, długiemu okresowi zaś koszty zmienne i pewne koszty powszechnie uznawane za stałe, choć, co do zasady, wydaje się logiczny i w sumie możliwy do przyjęcia, kryje w sobie szereg „zasadzek”. Przykładowo, kalkulacja porównywanych wcześniej krótkookresowych kosztów AAC i AVC bazuje na typowych kosztach zmiennych, co pozwala je traktować praktycznie jako podobny (a nawet, wartościowo, wręcz taki sam) punkt odniesienia. Jednak z tym zastrzeżeniem, że ekwiwalentność ta ma zastosowanie tylko wówczas, gdy podmiot zajmujący pozycję dominującą nie podejmie działań drapieżnych, czego konsekwencją będzie powstanie (dodatkowych) kosztów specyficznych dla danego produktu lub usługi. Jak wskazuje Komisja, w przypadku AAC wkraczamy wówczas nieuchronnie w sferę kosztów stałych, co powoduje, że średni koszt możliwy do uniknięcia przyjmuje wartość powyżej średniego kosztu zmiennego, przestaje się bowiem ograniczać do samych kosztów zmiennych (*sensu stricto*)³⁸.

Zaakceptowanie faktu, że w przypadku niektórych kosztowych benchmarków musimy oprócz kosztów zmiennych uwzględnić również pewne kategorie kosztów krótkookresowo traktowanych jako stałe, nie kończy istniejących kon-

³⁸ Note by the Commission DAFPE/COMP/WD(2004)50, *op. cit.*, pkt 13.

trowersji. Można co prawda przyjąć, że ogólnie samo to stwierdzenie nie jest przedmiotem sporu – wątpliwości mogą jednak powstać w momencie konieczności rozstrzygnięcia, jakie rodzaje kosztów stałych i w jakim zakresie należy traktować jako element składowy punktu odniesienia.

I tak, w przeciwieństwie do średnich kosztów łącznych (*average total cost*, ATC) – uwzględniających w swojej formule wszystkie kategorie dodatkowych kosztów stałych³⁹, w przypadku których istnieje korelacja czasowa z pojawieniem się nowego produktu lub usługi – do kosztów stałych składających się na wartość długookresowego średniego kosztu przyrostowego (LRAIC) możemy jedynie zaliczyć te z nich, które mają ścisły związek z wytworzeniem i sprzedażą tego produktu lub usługi (*product-specific fixed costs*). W efekcie z formuły LRAIC wyłączone są pozostałe koszty stałe, a więc te, których nie jesteśmy w stanie jednoznacznie powiązać z przedmiotem oceny, mówiąc inaczej – koszty stałe niepodlegające przypisaniu (*non-attributable common costs*, NACC).

Bez wprowadzenia takiego rozróżnienia mogłoby się okazać, że w ujęciu kosztowym oba punkty odniesienia – na bazie LRAIC i ATC – pokrywają się ze sobą. W rzeczywistości LRAIC, który eliminuje ze swojej formuły istotną część kosztów stałych, sytuuje się poniżej ATC, zarazem jednak powyżej średniego kosztu możliwego do uniknięcia (AAC), co również wymaga komentarza. Tym bardziej że niejednokrotnie LRAIC i AAC przyjmują te same wartości – to zresztą wydaje się logiczne, skoro w obu przypadkach podstawą obliczeń poniesionych kosztów są koszty zmienne oraz koszty stałe mające ścisły związek z produktem lub usługą oferowanym w rażąco niskiej cenie.

Nie wolno jednak przeoczyć różnicy, która wynika z faktu, iż LRAIC uwzględnia wszystkie koszty stałe podlegające przypisaniu do danego produktu lub usługi (koszty powiązane, *product-specific fixed costs*), podczas gdy wybierając AAC, bierzemy pod uwagę jedynie te spośród powyższych kosztów stałych, których źródłem jest zachowanie drapieżne przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą. Ponownie więc pojawia się tu wpływ elementu czasowego. W przypadku LRAIC stosowanego szczególnie do oceny sytuacji w sektorach zliberalizowanych zaliczone koszty stałe powstają w dłuższym okresie, także przed momentem faktycznego zastosowania cen drapieżnych, co wpływa na parametry punktu odniesienia⁴⁰. W tym sensie jest to benchmark dość nietypowy, gdyż zazwyczaj za właściwe uznaje się uwzględnienie w kalkulacji kosztowej jedynie tych kosztów, które zostały poniesione w okresie stosowania praktyki drapieżnej.

³⁹ A więc także, w ujęciu proporcjonalnym, koszty klasyfikowane jako ogólnozakładowe i wydziałowe.

⁴⁰ Note by the Commission DAFPE/COMP/WD(2004)50, *op. cit.*, pkt 13.

Wybór właściwego punktu odniesienia (benchmarku kosztowego) ma pozwolić na uniknięcie dwóch zasadniczych zagrożeń. Z jednej strony może dojść do sytuacji, w której zachowanie drapieżne pozostanie niewykryte. Przeprowadzona ocena doprowadzi nas do wyniku (błędu) fałszywie negatywnego (*false negative error*). Z drugiej jednak strony wystąpi obawa o uzyskanie wyniku (błędu) fałszywie pozytywnego (*false positive error*), uznania konkurencyjnie skalkulowanej ceny za drapieżną. Efektem tego stanu niepewności może być „sparaliżowanie” decyzyjne głównych uczestników rynku, obawiających się zarzutów o drapieżność w związku z samym faktem prowadzenia przez nich aktywnej polityki cenowej, bez względu na jej rzeczywisty cel [Lang, O’Donoghue, 2002, s. 122].

Pierwotnie orzecznictwo wspólnotowe jako instrument mający sygnalizować określony poziom prawdopodobieństwa pojawienia się nadużycia pozycji dominującej w postaci zastosowania drapieżnej ceny wykorzystywało tzw. standardowy test AKZO⁴¹. Stąd jako właściwe punkty odniesienia Trybunał uznał, z jednej strony, średnią kosztów zmiennych (AVC), z drugiej zaś – średnią kosztów całkowitych (ATC). Przyjęto racjonalnie, że ceny niższe od AVC stosowane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą należy uznać *per se* za stanowiące nadużycie, gdyż jedyną korzyścią, jaką może uzyskać przedsiębiorstwo je stosujące, jest wyeliminowanie jego konkurentów⁴². Z kolei ceny niższe od ATC, ale wyższe od AVC stanowiłyby nadużycie jedynie wówczas, gdyby zostały ustalone na takim poziomie w ramach planu zmierzającego do wyeliminowania konkurenta⁴³.

Kontrowersyjna okazała się zasada forsowana niejednokrotnie przez przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą, która wskazywała, że jedynym kryterium pozwalającym na zaliczenie kosztów do zmiennych, a tym samym na uwzględnienie ich w konstrukcji punktu odniesienia, powinna być zgodność kierunku ich zmian ze zmianami w wielkości produkcji. Przy przyjęciu takiego rozwiązania stabilny poziom kosztów pracy mimo zwiększenia produkcji wyrobów oferowanych w rażąco niskiej cenie, co jest możliwe w przedsiębiorstwie wytwarzającym szerszą gamę produktów, dałby podstawę do konkluzji, że w danej sytuacji ten element kosztowy nie wykazuje właściwości kosztu

⁴¹ Nazwa testu pochodzi od wyroku w sprawie C-62/86 *AKZO Chemie BV*, w którego orzeczeniu takie rozwiązanie pojawiło się po raz pierwszy w UE. Test AKZO stanowi proste przeniesienie z USA na grunt unijny klasycznego testu Areedy i Turnera z 1975 r. Zob. [Areeda, Turner, 1975, s. 697; Bolton, Brodley, Riordan, 2000, s. 14–20]. Kilka lat później test został zmodyfikowany przez tych samych autorów. Zob. [Areeda, Turner, Hovenkamp, 1978, s. 148–193].

⁴² Wyrok Trybunału w sprawie C-62/86 *AKZO Chemie BV*, *op. cit.*, pkt 71.

⁴³ *Ibidem*, pkt 72.

zmiennego⁴⁴. Przy konsekwentnym trzymaniu się założenia, że na punkt odniesienia składają się wyłącznie koszty zmienne (w rozumieniu krótkookresowym), wyłączenie z jego formuły kosztu pracy prowadziłoby jednak, paradoksalnie, do wniosku, że w zakresie nakładów na robociznę wzrost przedmiotowej produkcji odbywa się bezkosztowo⁴⁵.

Wprowadzenie, z czasem, możliwości zastosowania na potrzeby testu innych metod kalkulacji kosztów – alternatywnych wobec średniej kosztów zmiennych (AVC), w niczym nie wpłynęło na fakt, że żadna z nich nie poddaje się próbom wystandaryzowania co do sposobu jej przeprowadzenia. W efekcie ujawniające się istotne rozbieżności w uzyskiwanych wynikach nadal stanowią znaczący problem wymagający każdorazowo indywidualnego rozstrzygnięcia przez Trybunał⁴⁶. Jest to zresztą nieuniknione, gdyż ze zrozumiałych względów obie strony – tak Komisja, jak i posądzone o nadużycie przedsiębiorstwo dominujące, podważając (nawzajem) zastosowaną przez każdą z nich metodologię, traktują dany benchmark jako instrument mający potwierdzić lub obalić poddaną weryfikacji tezę o drapieżnym charakterze prowadzonej polityki cenowej.

W tej sytuacji należy, jak się wydaje, skoncentrować uwagę przede wszystkim na fakcie, że w orzecznictwie unijnym brak pokrycia kosztów, a więc ponoszenie straty na konkretnym produkcie lub usłudze, przyjmowany jest za pierwszy element praktyki stanowiącej nadużycie, realizowanej przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą. Przy braku pokrycia kosztów zmiennych (rozumianych *sensu largo*) drugi element – zamiar stosowania drapieżnych cen – uznaje się za domniemany. Jeżeli z kolei cena oscyluje między AVC (lub alternatywnym punktem odniesienia, np. LRAIC) a ATC, wówczas na Komisji spoczywa obowiązek udowodnienia istnienia planu mającego na celu usunięcie równie efektywnego konkurenta.

W praktyce oznacza to zaakceptowanie jako punktu wyjścia, wraz z wszelkimi tego konsekwencjami, reguł *per se* i *quasi-per se*. W wymiarze proceduralno-dowodowym zastosowanie reguły *per se*, w sytuacji gdy cena została ustalona przez przedsiębiorstwo dominujące poniżej kosztów określonych na poziomie AVC, AAC lub LRAIC, oznacza, iż w praktyce mamy do czynienia z podejściem *de facto* jednoetapowym, a wymienione benchmarki stają się „kryterium funda-

⁴⁴ Mimo że większość systemów księgowych tak właśnie go klasyfikuje. Zob. np. wyrok Trybunału w sprawie C-62/86 *AKZO Chemie BV*, *op. cit.*, pkt 90–95.

⁴⁵ Zob. wyrok Sądu w sprawie T-336/07 *Telefónica*, *op. cit.*, pkt 241–242.

⁴⁶ Zob. np. wyrok Sądu (dziewiąta izba w składzie powiększonym) z dnia 13 grudnia 2018 r. w sprawie T-851/14 *Slovak Telekom, a.s. przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2018:929, pkt 172–268. Zob. także wyrok Sądu w sprawie T-336/07 *Telefónica*, *op. cit.*, pkt 233–244.