

*Kamil Kiljański\**

## **Mikroekonomiczne przesłanki reformy art. 82 TWE**

### **1. Wprowadzenie**

Wspólnym mianownikiem zmian w unijnym prawie konkurencji na przestrzeni ostatniej dekady jest większy nacisk na analizę ekonomicznych efektów zachowań przedsiębiorców. Rolę teorii mikroekonomicznej widać wyraźnie w szeregu wytycznych z zakresu art. 81 oraz tych dotyczących kontroli poziomych, a wkrótce także pionowych i konglomeratowych koncentracji.<sup>1</sup> Na tym tle praktyka antymonopolowa w dziedzinie nadużycia pozycji dominującej (art. 82) może wydawać się ostatnim reliktem epoki, w której dominowało legalistyczne podejście do projektowania i stosowania narzędzi polityki konkurencji. Aktualne prace nad modernizacją art. 82 mają na celu zmianę tego stanu. Dodatkową motywacją do stworzenia wytycznych na polu nadużycia pozycji dominującej była potrzeba usystematyzowania przez Komisję Europejską aktualnej linii precedensów, często mało koherentnych. Wreszcie konieczność uporządkowania sfery oddziaływania art. 82 wiąże się z rosnącym za-

---

\* Dr **Kamil Kiljański** – urzędnik Komisji Europejskiej, ekonomista w Biurze Głównego Ekonomisty Dyrektoriatu Generalnego ds. Konkurencji, absolwent SGH i KCL (King's College London). Artykuł wyraża wyłącznie osobiste opinie autora i nie ma nic wspólnego z oficjalnym stanowiskiem Komisji Europejskiej.

<sup>1</sup> Fale modernizacji nie omijają także sfery pomocy państwa, gdzie dodatkową komplikacją jest konieczność uwzględniania redystrybucji między różnymi grupami konsumentów oraz fiskalnych efektów wydatków pomocowych. W ramach tejże dziedziny należałoby bez wątpienia położyć większy nacisk na analizę ekonomiczną wpływu pomocy państwa na handel wewnątrzspółnotowy. Aktualnie wpływ ten jest praktycznie domniemany, co wydaje się mylnym założeniem, choćby z punktu widzenia wspólnotowej zasady subsydiarności.

stosowaniem wspólnotowego prawa konkurencji na poziomie krajowym.<sup>2</sup>

Celem poniższego artykułu jest zasygnalizowanie szeregu wybranych zaleceń, jakie nauka ekonomii może zaoferować w ramach reformy art. 82. W pierwszej kolejności zarysowana zostanie ekonomiczna problematyka zjawiska nazwanego przez prawo pozycją dominującą. Druga część artykułu dotyczyć będzie cen drapieżnych, jako najbardziej reprezentatywnego nadużycia pozycji dominującej o charakterze wykluczającym (z ang. *exclusionary*).<sup>3</sup>

## 2. Kilka ogólnych zasad stosowania ekonomii w prawie konkurencji

Na wstępie warto poruszyć kilka metodologicznych kwestii związanych z zastosowaniem ekonomii w prawie konkurencji. Bezpośrednią konsekwencją myślenia ekonomicznego jest koncentracja uwagi urzędnika na **efekcie** danej praktyki na rynku, w odróżnieniu od jej formy.<sup>4</sup> Dla oceny efektu stosuje się najczęściej mikroekonomiczny standard nadwyżki konsumenta w przybliżeniu różnicy między tym, ile konsument jest gotów maksymalnie zapłacić a tym, ile za dany produkt płaci w rzeczywistości. Strata konsumentencka jest

---

<sup>2</sup> Czytelnik poszukujący podstawowej analizy prawno-ekonomicznych aspektów stosowania art. 82 TWE powinien zapoznać się z: R.O'Donoghue, J.Padilla, *The law and economics of article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford 2006 lub M.Motta, *Competition policy: theory and practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.

<sup>3</sup> Pierwsza wersja wytycznych z zasady nie zajmuje się nadużyciami o charakterze wyzyskującym (z ang. *exploitative*). Patrz: *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, opublikowany na stronach internetowych Komisji w grudniu 2005. Taka kolejność jest częściowo wynikiem przekonania, że Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie jest najlepiej przygotowany do kontroli nadużyć nie polegających na zwiększeniu/utrwaleniu, a jedynie na wykorzystaniu pozycji dominującej. Co do zasady Urząd powinien reagować jedynie w sytuacji, kiedy regulator sektorowy nie istnieje lub działa w sposób nieefektywny. W przypadku niektórych form nadużycia pozycji dominującej, jak dyskryminacja cenowa, oddzielenie skutków wykluczających i wyzyskujących nie jest niestety łatwe. Należy też zaznaczyć, iż w przypadku nadużyć o charakterze wyzyskującym sposób osiągnięcia pozycji rynkowej (konkurencja rynkowa czy monopol z prawnego nadania) ma kluczowe znaczenie dla oceny przesłanek regulacji danego sektora gospodarki.

<sup>4</sup> Patrz: Raport grupy doradczej EAGCP, *An economic approach to article 82*, tekst dostępny na stronie: [http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf)

warunkiem wystarczającym dla interwencji urzędu konkurencji przeciw praktyce o charakterze wykluczającym. Natomiast strata z punktu widzenia konkurentów firmy dominującej nie jest ani warunkiem koniecznym, ani wystarczającym. Maksymalizacja nadwyżki konsumenta jako celu polityki konkurencji ma miejsce na podstawie domniemania ekonomicznego (teoria) i materiału dowodowego (empiria). Domniemanie ekonomiczne budowane jest z wykorzystaniem ugruntowanej, wręcz podręcznikowej mikroekonomii.<sup>5</sup> Źródła materiału dowodowego są różnorakie – od zbiorów faktów historycznych, poprzez opisowe dane statystyczne, aż po sondaże, techniki symulacji i prognozowanie oraz ekonometryczną weryfikację związków przyczynowo-skutkowych.

Idealnym rezultatem wyżej zarysowanego procesu decyzyjnego jest wytyczenie warunków wystarczających dla uznania danej praktyki za nieszkodliwą i warunków koniecznych dla znalezienia (*prima facie*) nadużycia. Podstawowym zadaniem wytycznych na danym polu polityki konkurencji jest ograniczenie wartości oczekiwanej tzw. błędów pierwszego i drugiego rodzaju (tj. uznania nieszkodliwej praktyki za szkodliwą, co oznacza zbyt interwencjonistyczne podejście urzędu antymonopolowego, bądź uznania szkodliwej praktyki za nieszkodliwą, co prowadzi do zbyt łagodnej polityki konkurencji).

### **3. Ekonomiczne rozumienie prawnej kategorii „pozycja dominująca”**

#### **3.1. Aksjologia art. 82 TWE**

Fundamentalną prawną przesłanką stosowania art. 82 jest uzyskanie przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej. W rezultacie identyczne zachowanie dwóch firm prowadzi do skrajnie odmiennych skutków prawnych: jest karalne albo dozwolone w zależności od ich pozycji na danym rynku właściwym. Praktyka precedensowa sądów ma dostarczać szeregu argumentów przemawiających za tak asymetrycznym traktowaniem przedsiębiorstw na rynku. Większość z nich jest jednak dla ekonomisty zupełnie niezrozumiała.

---

<sup>5</sup> Aktualnie jest to ciągle ekonomia neoklasyczna i jej dział zwany *Industrial Economics* (najwierniejszym polskim tłumaczeniem będzie „ekonomia niedoskonałej konkurencji”). Niewykluczone, że wraz z postępem technik eksperymentalnych ekonomia behawioralna stanie się kiedyś dodatkowym narzędziem w polityce konkurencji.

Zarzut, iż firmy o pozycji dominującej nie są przedmiotem efektywnej konkurencji jest pozbawiony treści, jeżeli nie wiadomo, czym tak naprawdę jest efektywna konkurencja. Wielokrotnie przytaczana wyjątkowa odpowiedzialność firm dominujących (z ang. *special responsibility*) jest terminem o silnym zabarwieniu moralnym, ale zupełnie nieweryfikowalnym w praktyce. Podobnie romantyczne jest zabarwienie słynnych równych szans (z ang. *level playing field*) i konkurencji dżentelmeńskiej (*competition on the merits*). Nieco bardziej merytoryczna jest teza ordoliberalistów o wartości konkurencji jako procesu rywalizacji *per se*, bez względu na jego skutki rynkowe w konkretnym przypadku.<sup>6</sup> Jednakże traktowanie procesów rynkowych jako zjawisk, których struktury nie można zrozumieć (z ang. *black box*) jest raczej mało satysfakcjonujące.<sup>7</sup>

Powyższy zamęt pojęciowy jest niebezpieczny z dwóch powodów. Po pierwsze, stronami skarżącymi w postępowaniach z art. 82 są często rywale firmy dominującej, których interes rzadko pokrywa się z interesem konsumentów. Po drugie, art. 82 jako narzędzie stosowane *ex post* jest o wiele mniej efektywnym regulatorem struktury rynkowej niż kontrola koncentracji, działająca *ex ante*.

### **3.2. Wyznaczanie rynku właściwego w postępowaniu z art. 82 TWE**

Już na etapie definicji rynku, pierwszego kroku analizy antymonopolowej zachowań przedsiębiorstw podejrzanych o nadużywanie pozycji dominującej, napotykamy poważne problemy. Te bardziej oczywiste (ale mniej poważne) wiążą się z sofizmatem celofanowym (z ang. *cellophane fallacy*), który co do zasady kwestionuje poprawność definicji rynku w sytuacji wystąpienia znaczącej siły rynkowej. Problem tkwi tu w niemożności rozróżnienia, czy obecność substytutów na rynku jest dowodem na brak pozycji dominującej czy raczej konsekwencją wykorzystania takiej pozycji (w rezultacie czego towary normalnie znajdujące się poza rynkiem będą do niego włączone). Należy jednak podkreślić, że sofizmat celofanowy

---

<sup>6</sup> Ciekawa dyskusja na temat aksjologicznych zagadnień ochrony konkurencji, w tym reformy polityki kontroli nadużycia pozycji dominującej, zawarta jest w: M.Hellwig, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?: zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik*, Bonn 2005.

<sup>7</sup> Próby sformalizowania Schumpeteriańskiej kreatywnej destrukcji są oczywiście podejmowane. Patrz przykładowo prace naukowców łączących fizykę z ekonomią jak: P.Ormerond, *Why most things fail*, Faber and Faber, London 2005.

nie tyle uniemożliwia definicję rynku w postępowaniu z art. 82, co nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że rynek na pewno nie jest **węższy** niż ten ustalony w ramach logicznego eksperymentu SSNIP (z ang. *small but significant non-transitory increase in price*)<sup>8</sup> przeprowadzonego z poziomu cen bieżących (potencjalnie wyższych od cen konkurencyjnych). Można natomiast w takim przypadku z zasady wnioskować, że rynek nie jest **szerszy** niż ten ustalony w ramach SSNIP przeprowadzonego z poziomu cen bieżących. Jeśli bowiem produkty firmy podejrzewanej o pozycję dominującą nie napotykają substytutów przy cenach bieżących (wyższych), to tym bardziej nie znajdują ich przy cenach konkurencyjnych (niższych).<sup>9</sup> W tym sensie sofizmat celofanowy oznacza jedynie, iż rynek jest raczej **nie szerszy** niż pokazał eksperyment SSNIP.

Jeśli wystąpią uzasadnione podejrzenia, iż definicja rynku jest zbyt szeroka, istnieją teoretyczne możliwości obejścia problemu sofizmu celofanowego. W przypadku praktyk wyzyskujących oszacowanie konkurencyjnego poziomu ceny (przykładowo wziętego z rynku geograficznego o „zdrowszej” strukturze) okaże się niezmiernie pomocne dla definicji rynku, a także dla analizy samego nadużycia. W przypadku praktyk wykluczających sprawa jest nieco bardziej skomplikowana, choć i tu pojawiają się próby wyeliminowania konsekwencji sofizmu celofanowego. Na przykład poprzez weryfikację, czy przywrócenie firmy wykluczonej z rynku na skutek rzekomej praktyki monopolistycznej doprowadziłoby do trwałego obniżenia cen na rynku o 5-10%.<sup>10</sup> Z uwagi na nikły walor praktyczny tego typu procedur oraz charakter poniższego artykułu nie będą one tu szerzej omawiane.

Problemy mniej oczywiste (ale bardziej poważne) pojawiają się przy definicji rynków, na których występuje duże zróżnicowanie produktu, a preferencje konsumentów się różnią. W takiej sytuacji siła konkurencji jest często różna dla różnych kombinacji produktów (z ang. *localised*), a granice rynku niejednoznaczne. Załóżmy dla przykładu, że nasz kandydat na rynek oferuje cztery produkty o udziałach 40% (firma 1, podejrzana o pozycję dominującą), 30%

---

<sup>8</sup> Niewielka, ale znacząca podwyżka ceny o charakterze nieprzejściowym.

<sup>9</sup> Wyjątek mogą tu stanowić dobra o charakterze demonstracyjnym, których wysoka cena jest zasadniczym źródłem ich użyteczności (często, choć nie zawsze utożsamiane z tzw. dobrami Veblena).

<sup>10</sup> Patrz: P.B.Nelson, L.J.White, *Market definition and the identification of market power in monopolisation cases: a critique and a proposal*, New York University Center Pollack for Law and Business Working Paper 2003, No. CLB-03-022.

(firma 2), 15% (firma 3) i 15% (firma 4). Może tak się zdarzyć, iż produkty firm 1 i 2 są dalekimi substytutami, a firm 1 i 3 bliskimi. W takiej konfiguracji udziały w rynku niewiele nam mówią o grze konkurencyjnej, a sekwencyjne stosowanie procedury SSNIP (poprzez dodawanie produktów w kolejności ich wielkości sprzedaży) może prowadzić do wątpliwych rezultatów.<sup>11</sup>

### 3.3. Dowodzenie pozycji dominującej

Spójrzmy teraz na kolejny etap procedury antymonopolowej: dowodzenie pozycji dominującej. Jej definicja w orzecznictwie osadzona jest na koncepcji **niezależności** firmy dominującej od nabywców (bądź samych konsumentów) oraz konkurentów. Literalne rozumienie takiej definicji musi prowadzić na manowce. Bowiem ze *stricte* teoretycznego punktu widzenia niezależność od nabywców jest możliwa tylko w przypadku monopolu z pionową krzywą popytu, a więc jest to przypadek w przyrodzie nie występujący. W pozostałych sytuacjach nawet monopolista podlega dyscyplinie swojej krzywej popytu i nie może podwyższać cen bez konsekwencji dla wielkości sprzedaży (i zysku). Jeśli chodzi o niezależność firmy dominującej od rywali to jest ona pełna wyłącznie w monopolu oraz (nieco paradoksalnie) w modelu konkurencji doskonałej, kiedy to liczba przedsiębiorstw jest tak duża, że zachowanie rywali nie ma żadnego znaczenia.

W rzeczywistości (i w praktyce orzeczniczej) pozycję dominującą daje się zaobserwować najczęściej w sytuacji oligopolu, a tam zachowanie firmy dominującej będzie (między innymi) zależne od spodziewanej reakcji konkurentów rynkowych. Faktem jest natomiast, że zakres, w jakim rywale ograniczają zachowanie danego przedsiębiorstwa jest różny. O ile większość firm na rynku posiada minimalną swobodę w ustalaniu cen, to wyłącznie niektóre z nich mogą je podnieść o wiele ponad ceny konkurentów (i zarazem koszt produkcji), nie obniżając tym samym swoich zysków.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Mówiąc bardziej precyzyjnie: udziały w takim rynku mają znaczenie jedynie w sytuacji, jeśli ranking preferencji krańcowych konsumentów odpowiada kolejności udziałów w rynku. Popyt rzadko jest tak homogeniczny w przypadku większości dóbr konsumpcyjnych. Patrz: G.Werden, *Assigning market shares*, „Antitrust Law Journal”, vol. 70, Issue 1/2002.

<sup>12</sup> Por.: D.Evans, J.Padilla, *Designing antitrust rules for assessing unilateral practices: a neo-Chicago approach*, „University of Chicago Law Review”, 2005.

Dochodzimy więc do wniosku, że ekonomicznie sensowną interpretacją pojęcia niezależności firmy dominującej jest swoboda podniesienia cen daleko ponad koszt krańcowy, bez utraty klientów na rzecz konkurencji. Taki jest też sens ekonomicznego pojęcia siły rynkowej (z ang. *market power*). Zatem szansą na dialog między prawem a ekonomią w dziedzinie art. 82 jest uznanie pozycji dominującej za analogiczną z posiadaniem przez przedsiębiorstwo znaczącej siły rynkowej. A lepiej - zrównanie nadużycia pozycji dominującej z próbą **zwiększenia (bądź utrwalenia)** znaczącej siły rynkowej.

Jeśli więc przyjmiemy, że mówiąc o pozycji dominującej prawo ma na myśli znaczącą siłę rynkową, możemy postawić kolejne pytanie: od czego ona zależy? Doprowadza nas to do pojęcia indeksu Lerner'a. Można go mierzyć bezpośrednio, w drodze empirycznej estymacji krzywej popytu, albo - co bardziej korzystne z punktu widzenia potrzeb polityki konkurencji - wyrazić pośrednio, jako funkcję elementów struktury rynku:<sup>13</sup>

$$L_i = \frac{S_i(1+k_i)}{\varepsilon_d + S_f \varepsilon_f}$$

Powyższy wzór jest wyprowadzony dla oligopolu, w którym działają zarówno firmy mające wpływ na cenę rynkową, jak również drobna rynkowa (z ang. *competitive fringe*), która przyjmuje ceny na rynku za dane. Indeks mieści się w przedziale od zera do odwrotności elastyczności popytu na poziomie rynkowym ( $\varepsilon_d$ ). W praktyce siłę rynkową można uznać za znaczącą, jeśli indeks jest większy niż 1/2 albo, przy pewnych dodatkowych założeniach, kiedy elastyczność popytu jest mniejsza niż 2.

Kluczową rolę w wyznaczaniu siły rynkowej odgrywa tak zwany domysł oligopolistyczny  $k_i$  (z ang. *conjectural variation*), który jest wyznacznikiem oczekiwań firmy dominującej co do łącznej reakcji pozostałych firm mających wpływ na cenę na jednostkową zmianę ilości sprzedawanej przez firmę dominującą. W pewnym uproszczeniu można go interpretować jako miarę skłonności rywali do strategicznie agresywnej konkurencji, poprzez pasywne dostosowanie ich poziomu produkcji do zachowania firmy dominującej (typowe zało-

---

<sup>13</sup> Patrz np.: J.A.Ordovery, A.Sykes, R.D.Willig, *Herfindhal concentration, rivalry and mergers*, „Harvard Law Review”, vol. 95/1982, s.1857-1874.

zenie w modelu Cournot), aż po zachowania o charakterze współpracy. Pozycja dominująca jest ponadto odwrotnie proporcjonalna do elastyczności popytu na poziomie rynkowym ( $\varepsilon_d$ ) oraz tym większa, im słabsza jest siła rynkowej drobnicy (mierzona jej udziałem w rynku  $S_r$  oraz elastycznością jej podaży  $\varepsilon_r$ ). Jak widać siła rynkowa zależy również od udziału przedsiębiorstwa dominującego w rynku ( $S_i$ ), jednakże jest to zaledwie jedna z pięciu zmiennych.

W dorobku decyzyjnym i precedensowym daje się zauważyć szersze spektrum kryteriów oceny pozycji dominującej – przykładowo cały katalog barier wejścia na rynek (tych prawnych i tych gospodarczych) oraz szereg rozważań wokół siły rynkowej klientów firm podejrzanych o posiadanie pozycji dominującej. Z jednej strony, im bardziej kompleksowa ocena pozycji dominującej, tym więcej informacji, którymi może posłużyć się organ antymonopolowy. Z drugiej jednak, można mieć wątpliwości, czy nadmierna analiza ekonomiczna pozycji dominującej jest optymalna z uwagi na ograniczone zasoby ludzkie urzędów konkurencji. Jeśli bowiem podczas badania nadużycia przeprowadzona będzie gruntowna analiza efektów rynkowych danej praktyki, to ocena pozycji dominującej wydaje się raczej drugorzędna. Jeśli – jak postaram się wykazać poniżej – posiadanie pozycji dominującej nie jest, z ekonomicznego punktu widzenia, ani koniecznym, ani wystarczającym warunkiem tego, aby dana praktyka miała negatywne skutki dla konsumentów, to nie warto analizy pozycji dominującej nadmiernie przedłużać. W tym kontekście można by nawet widzieć pozycje dominującą jako prosty i przewidywalny „filtr” dla wyznaczenia, które przedsiębiorstwa mogłyby być objęte działaniem art. 82 w ogóle. W pewnej analogii do roli współczynników koncentracji branż pod uwagę przy analizie łączy przedsiębiorstw, można by przykładowo uznać, że dla osiągnięcia pozycji dominującej wystarczy 30% udziału w rynku.<sup>14</sup> Uprowadzając krytykę, sprowadzenie pozycji dominującej do prostego udziału w rynku (plus może jakaś podstawowa analiza barier wejścia na rynek) nie oznacza regresu i cofnięcia polityki konkurencji do niechlubnej przeszłości, gdzie 40% oznaczało dominację i stamtąd już jedynie krótka droga prowadziła do uznania danego zachowania za szkodliwe. Tak nie jest, ponieważ warunkiem ko-

---

<sup>14</sup> Stosunkowo niski poziom 30% może być (między innymi) motywowany ryzykiem wynikającym z konsekwencji sofizmu celofanowego. Osobną dyskusją jest, czy takie przykładowe 30% nie jest zbyt niskim pułapem dla nadużyć o charakterze wyzyskującym (z ang. *exploitative*).



niecznym dla uproszczenia (i odciążenia) pojęcia pozycji dominującej jest wnikliwa analiza rynkowych efektów danej praktyki na etapie analizy nadużycia (z ang. *abuse*).

Pozostawiając na boku dyskusję na temat ciężaru argumentów w dowodzeniu pozycji dominującej, jej utożsamienie z posiadaniem przez przedsiębiorstwo znaczącej siły rynkowej jest aktualnie stosunkowo mało kontrowersyjne.<sup>15</sup> Już od dłuższego czasu analiza konkurencyjna firmy o największym udziale w rynku polega na badaniu czynników w przybliżeniu odpowiadających zmiennym w podanym wzorze na siłę rynkową. Ten proces „konwergencji” dotyczy także obszarów objętych dotychczas regulacjami sektorowymi. Dla przykładu: stosowane w pierwszych dyrektywach telekomunikacyjnych pojęcie znaczącej pozycji rynkowej (z ang. *significant market power*) zostało w nowym pakiecie regulacyjnym zrównane z antymonopolowym pojęciem pozycji dominującej.<sup>16</sup>

Z jednej więc strony mamy narastający konsensus co do utożsamiania pozycji dominującej z siłą rynkową. Z drugiej jednak, niedoceniana wydaje się konsekwencja zrównania pojęcia pozycji dominującej ze znaczącą siłą rynkową dla oceny pozycji rynkowej pozostałych przedsiębiorstw (tj. tych nieposiadających największego udziału w rynku). Otóż z ekonomicznego punktu widzenia jest całkiem możliwe, iż nie tylko firma o największym udziale w rynku ma znaczącą siłę rynkową.

Wróćmy do naszego przykładu, gdzie produkty firm 1 i 2 są dalekimi substytutami, a firm 1 i 3 bliskimi. Jeśli produkt firmy 4 jest dalszym substytutem dla produktu firmy 2 niż produkt firmy 3 dla produktu firmy 1, to firma 2 może mieć większą siłę rynkową niż firma 1 (pomimo mniejszego udziału w rynku). Dodatkowo, z ekonomicznego punktu widzenia, obydwie firmy (1 i 2) mogą mieć **jednocześnie** znaczącą siłę rynkową. Zapewne stwierdzenie, iż wyłącznie firma 2 lub zarówno firma 1 i 2 posiadają pozycję dominującą na rynku, zabrzmi dla prawnika jak herezja. Jednak z ekonomicznego punktu widzenia nieposiadanie największego udziału w rynku nie powinno być gwarancją nietykalności w ramach postę-

---

<sup>15</sup> Przynajmniej dla urzędników urzędów antymonopolowych. Stanowisko sędziów pokaże czas.

<sup>16</sup> Z tym że dla zastosowania regulacji sektorowej w telekomunikacji potrzebne jest dodatkowo spełnienie przez dany rynek trzech strukturalnych kryteriów wskazujących na permanentne bariery wejścia na rynek oraz nikłą szansę na jego samonaprawę.

poważ z art. 82. Przynajmniej jeśli pozostajemy przy tożsamości pozycji dominującej i znaczącej siły rynkowej.

Uprzedzając nieuchronny sceptycyzm należy zaznaczyć, że pozycja dominująca drugiej co do wielkości firmy na rynku nie musi być konsekwencją błędnej definicji rynku. Nie ma też nic wspólnego ze zbiorową pozycją dominującą (z ang. *collective dominance*), ponieważ firmy 1 i 2 mogą mieć, każda indywidualnie, znaczącą siłę rynkową nawet bez dorozumianej zмовы monopolowej (z ang. *tacit collusion*). Mało tego, niektóre jurysdykcje przewidują takie formy nadużycia. Wystarczy wspomnieć zamiar monopolizacji w ustawie Shermana (z ang. *attempted monopolization*)<sup>17</sup> bądź też istniejącą swojego czasu w prawie brytyjskim instytucję złożonego monopolu (z ang. *complex monopoly*).

Z kolei w samym prawie wspólnotowym trudno nie zauważyć analogii ze skutkami jednostronnymi łączenia przedsiębiorstw (z ang. *unilateral effects*), które po orzeczeniu w sprawie *Airtours*<sup>18</sup> są bezsprzecznie najważniejszym mechanizmem kontroli koncentracji. Otóż łączenie między firmami 3 i 4 z naszego przykładu mogłoby być teoretycznie zabronione w konfiguracjach rynkowych, które umożliwiałyby podwyższenie cen po fuzji – pomimo iż łączny udział w rynku (15%+15%=30%) pozostaje mniejszy niż udział samej firmy 1 czy firmy 2. Jeśli tak, to wyobraźmy sobie, że firma 3, przewidując negatywną reakcję urzędu antymonopolowego, zamiast zgłosić zamiar przejęcia firmy 4 dokłada wszelkich starań, żeby tę ostatnią wyeliminować z rynku za pomocą cen drapieżnych. Jeśli ta strategia okaże się skuteczna i firma 4 zaprzestanie działalności, skutki zachowania firmy 3 dla konsumentów nie różnią się aż tak bardzo od efektów jednostronnych łączenia firmy 3 i 4. Owszem, zasadniczą różnicą między nadużyciem pozycji dominującej a łączeniem jest fakt, iż ceny drapieżne są w krótkim okresie korzystne dla konsumenta. Jeśli jednak obniżka cen byłaby ograniczona w czasie, a fuzja prowadziła do synergii, to wykluczająca praktyka monopolistyczna nie jest gatunkowo odmienna od łączenia przedsiębiorstw. Dlatego więc art. 82 miałby nie obejmować zachowań prowadzących do takich samych efektów rynkowych jak zachowania

---

<sup>17</sup> Patrz: T.E.Kauper, *Section two of the Sherman Act: the search for standards*, Georgetown University Law Center, 2004 oraz E.Fox, *What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect*, „Antitrust Law Journal”, vol. 70, Issue 2/2002.

<sup>18</sup> Sprawa nr IV/M.1524, z dnia 22.09.1999.

zabronione przez kontrolę koncentracji? Zgoda, nasz przykład jest czysto hipotetyczny, ale skąd wiadomo, że *gros* cen drapieżnych akurat takich sytuacji nie dotyczy? Spójrzmy teraz dokładniej na logikę tej praktyki monopolistycznej.

#### **4. Ekonomiczne rozumienie nadużycia pozycji dominującej na przykładzie cen drapieżnych**

Po wykazaniu pozycji dominującej na odpowiednio zdefiniowanym rynku właściwym ostatnią z przesłanek stosowania art. 82 jest udowodnienie jej nadużycia w drodze określonej praktyki rynkowej. Jedną z istotniejszych praktyk monopolistycznych o charakterze wykluczającym jest stosowanie cen drapieżnych.

Ceny drapieżne są strategią dynamiczną. Polega ona na poświęceniu pewnej części zysków osiągniętych w warunkach wyjściowej sytuacji rynkowej w celu zdobycia dodatkowej siły rynkowej (lub obrony *status quo*) poprzez wykluczenie (lub trwale osłabienie) rywali (ewentualnie nowych firm planujących wejście na rynek). Widać więc dwie zasadnicze konfiguracje rynkowe – chęć zdobycia pozycji dominującej (i podniesienia cen) lub jej utrzymanie (i kontynuację aktualnie wysokich cen). Tradycyjne podejście polityki konkurencji do cen drapieżnych uznaje tę drugą możliwość za bardziej godną uwagi. Zakłada zatem, że firma posiadająca znaczącą siłę rynkową jest bardziej skora do stosowania cen drapieżnych niż przedsiębiorstwo, które taką pozycję dopiero chce zdobyć. Nie jest to oczywiście przynajmniej z kilku powodów.

Po pierwsze, wykluczenie rywali ma sens jedynie, kiedy jego koszty (spadek zysków podczas wojny cenowej) są niższe niż korzyści (rekompensata w postaci wyższych cen po wykluczeniu rywali). Im większy udział w rynku, tym większy koszt cen drapieżnych, a im silniejsza pozycja rynkowa, tym mniejsze szanse na jej zagrożenie przez inne firmy i mniejsze korzyści z dodatkowej siły rynkowej.<sup>19</sup> W tym sensie rachunek zysków i strat firmy dopiero aspirującej do dominacji na dotychczas konkurencyjnym rynku, może się okazać bardziej sprzyjający cenom drapieżnym.

Po drugie, znacząca siła rynkowa jest definiowana jako możliwość podniesienia cen ponad ceny rywali bez utraty zysków. Jako taka siła rynkowa niewiele mówi nam o szansach na zyskowe

---

<sup>19</sup> Oczywiście koszty cen drapieżnych firma dominująca może zmniejszyć poprzez zastosowanie dyskryminacji cenowej.

**obniżenie** cen poniżej poziomu cenowego rywali. W przypadku ograniczeń zdolności produkcyjnych może się to okazać niemożliwe lub nieopłacalne. Podobnie w sytuacji, kiedy aktywa firmy wykluczonej zostaną na rynku i uniemożliwią rekompensatę strat poniesionych w rezultacie zniżenia cen. Po trzecie, przedsiębiorstwo może próbować wykorzystać pozycję dominującą na jednym rynku w celu uzyskania znaczącej siły rynkowej na innym rynku, gdzie jej jeszcze nie posiada.<sup>20</sup>

Po czwarte, czasem nie jest całkiem czytelna granica między pozycją dominującą a samym nadużyciem. Załóżmy dla przykładu, że bariery wejścia na rynek istnieją jedynie w wyniku strategicznego zachowania firmy podejrzanej o dominację, które to zachowanie wykazuje wszelkie znamiona praktyki wykluczającej (przykładowo poprzez budowę reputacji jako firmy skłonnej do drapieżnych wojen cenowych zaraz po wejściu nowych firm na rynek). Wówczas pozycji dominującej nie da się uzasadnić obiektywnie istniejącymi (egzogenicznymi) barierami wejścia na rynek, a jest ona wyłącznie skutkiem strategii danej firmy (endogeniczna). Upierając się w takiej konfiguracji rynkowej przy dowodzeniu pozycji dominującej, zanim przejdziemy do badania nadużycia wpadniemy w logiczne błędne koło.

Z powyższych powodów mylne wydaje się utożsamianie pozycji dominującej z możliwością rekompensaty strat po próbie zastosowania cen drapieżnych (z ang. *recoupment*). Oczywiście analiza rekompensaty i pozycji dominującej opiera się na wielu wspólnych przesłankach. Jednak rekompensata wydaje się bardziej związana z siłą rynkową *ex post* (zdobyciem pozycji dominującej), aniżeli z siłą rynkową *ex ante* (posiadanie siły rynkowej i jej ewentualna obrona).

Jeśli powyższe rozumowanie jest słuszne, na naszym hipotetycznym rynku tradycyjna polityka konkurencji przeoczyć może szereg antykonkurencyjnych zachowań firm pozbawionych pozycji dominującej przed i po wojnie cenowej (np. firma 3 wyklucza firmę 4 osiągając 30% rynku) oraz tych, które pozycję dominującą dopiero dzięki cenom drapieżnym zdobędą (np. firma 2 wyklucza firmę 4 osiągając 45% rynku). Równocześnie popełnianych będzie zbyt wiele

---

<sup>20</sup> Akurat takie zachowanie zostało napiętnowane przez sąd w sprawie T-83/91 Tetra Pak II. Praktyka precedensowa dotycząca sprzedaży związanej (z ang. *tying*) zabrania więc monopolizowania rynku związanego, a zatem *de facto* uznaje możliwość popełnienia nadużycia przez przedsiębiorstwo **ex ante pozbawione** pozycji dominującej na danym rynku.

błędów pierwszego rodzaju w efekcie przeszacowania prawdopodobieństwa, iż firmy o największym udziale w rynku stosują ceny drapieżne.

Bardziej elastyczne rozumienie pozycji dominującej to nie jedyne zalecenie ekonomii dla regulacji cen drapieżnych przez art. 82. Również w wyniku zastosowania testu wywodzącego się z orzeczenia w sprawie AKZO<sup>21</sup> polityka konkurencji może się okazać zbyt łagodna w pewnych sytuacjach, a równocześnie zbyt rygorystyczna w innych.

Analiza cen drapieżnych w AKZO jest rzadkim przykładem czytelnych reguł na polu stosowania art. 82. Dominujące przedsiębiorstwo popełnia wykroczenie, jeśli ustala ceny poniżej kosztów średnich zmiennych, a równocześnie ma praktycznie nieograniczoną swobodę działania powyżej kosztów średnich całkowitych. Pomiedzy kosztami średnimi zmiennymi a średnimi całkowitymi zarzut cen drapieżnych można jedynie oprzeć na zamiarze wykluczenia (z ang. *intent*). Jeśli odpowiednio niski poziom kosztów zostanie dowiedziony, firmy z zasady nie mogą przywoływać w swojej obronie argumentów efektywnościowych.

Zbyt permissywne podejście polityki konkurencji może być rezultatem trudności w precyzyjnym oszacowaniu kosztów firmy na potrzeby testu AKZO. Typowym problemem jest arbitralność technik księgowych w ramach alokacji kosztów wspólnych dla wielu linii produktowych (z ang. *common costs*) oraz komplikacje wynikające z zastosowania nieliniowych cen. W rezultacie nie będzie jasne, jaką cenę porównywać z jakim kosztem. Pomimo doświadczeń regulatorów sieciowych z kalkulacją kosztów, bardzo często nie istnieje jedynie zasadna metoda parcelacji kosztów stałych i/lub wspólnych dla kilku linii produktów. Przykładowo: jeśli dominujący operator połączenia promowego przewozi samochody ciężarowe i osobowe, a nowa firma wchodząca na rynek oferuje jedynie przewozy osobowe – to jak rozdzielić stałe koszty firmy dominującej? Przypisanie obsłudze samochodów osobowych wyłącznie kosztów zmiennych doprowadziłoby do sytuacji, kiedy jedynie niezmiernie niskie ceny mogłyby stanowić potencjalny problem dla polityki konkurencji. Z kolei przypisanie obsłudze samochodów osobowych 100% kosztów stałych całej działalności firmy dominującej stworzyłoby minimalny

---

<sup>21</sup> C-62/86, AKZO Chemie BV przeciwko Commission, European Court Reports 1991, strona I-03359.

pułap cenowy, niezmiernie wygodny dla firmy wchodzącej na rynek, ale szkodliwy dla konsumentów. Jakiegokolwiek rozwiązanie pomiędzy tymi dwiema skrajnościami okaże się w dużym stopniu arbitralne. Z tym że bezpieczniejsze w takiej sytuacji wydaje się opowiedzenie się za standardem bliższym kosztom zmiennym. Motywacją dla takiego wyboru w sytuacji niepewności jest fakt, iż skutki zbyt agresywnej polityki monopolowej wobec praktyk cenowych są natychmiastowe (*de facto* ceny minimalne szkodzące konsumentom), a rezultaty zbyt łagodnej polityki antymonopolowej mniej pewne i bardziej pośrednie (konsument jest poszkodowany, jeśli praktyka cenowa firmy dominującej trwale upośledzi konkurencję na rynku).

Cena nie jest naturalnie jedynym instrumentem strategii firm. Drapieżne zachowanie może przybierać postać zmian jakościowych, gwałtownego zwiększenia oferty (przykładowo dodatkowe połączenia samolotowe jako reakcja na nowych konkurentów) bądź też częstego uciekania się do procedur sądowych/administracyjnych (konkurencja na płaszczyźnie pozwów zamiast cen). Takie zachowania mogą teoretycznie prowadzić do wykluczenia rywali, ale z punktu widzenia AKZO będą legalne. AKZO jest zatem bez wątpienia dobrym testem na potrzeby wykrywania cen drapieżnych w produkcji ziemniaków czy gwoździ. W mniej banalnych gałęziach nowoczesnej gospodarki rychło jednak widać jego ograniczenia.<sup>22</sup>

Inną konsekwencją nadmiernej wagi przykładanej do analizy kosztowej jest zbyt łagodne traktowanie firm dominujących w kontekście korzyści skali. Firma o takiej pozycji niejako z definicji będzie miała niższe koszty średnie, ponieważ sprzedaje większą ilość produktu. To zjawisko dość typowe dla sektorów sieciowych. W takim przypadku firma o pozycji dominującej może obniżyć ceny do poziomu powyżej swoich kosztów średnich całkowitych i pomimo tego wykluczyć rywali, których cechują wyższe koszty średnie (niższy poziom produkcji).<sup>23</sup> Należy zaznaczyć, że gorsza pozycja rynkowa rywali wynika nie tyle z ich nieefektywności, ile z asymetrii w skali firm.

Innymi słowy, gdyby dany rywal mógł sprzedawać ilość porównywalną z produkowaną przez firmę dominującą, jego koszty mo-

---

<sup>22</sup> Por. A.S.Edlin, *Stopping above-cost predatory pricing*, „Yale Law Journal”, December 11, 941/2002.

<sup>23</sup> Szkodliwe skutki obniżek cen, wprowadzone przez przedsiębiorstwa o zbiorowej pozycji dominującej, uznał sąd w sprawie *Compagnie Maritime Belge Transports* przeciwko Commission (2000) ECR I-1365.

głyby być nawet niższe. W takiej konfiguracji rynkowej polityka cenowa firmy dominującej prowadziłyby do straty konsumenckiej, a pomimo tego standard AKZO zezwalałby na takie zachowanie.

Jednocześnie standard AKZO okaże się zbyt rygorystyczny, jeśli nie zezwoli przedsiębiorstwom ustalającym ceny poniżej kosztów średnich zmiennych na przytaczanie argumentów efektywnościowych. Przykładowo przedsiębiorstwo może sprzedawać poniżej tych kosztów: podczas promocji nowego produktu na rynku, w przypadku, kiedy doświadczenie w sprzedaży wpływa na poziom kosztów (z ang. *learning effects*), w obecności efektów sieciowych, w obliczu nadmiernych kosztów zmiany cenników.

W literaturze ekonomicznej istnieje umiarkowany konsensus, w jaki sposób traktować ceny drapieżne (z ang. *predation*).<sup>24</sup> Przede wszystkim należy unikać budowania teorii cen drapieżnych wyłącznie na podstawie argumentów kosztowych, bo *predation* to – niestety wbrew polskiemu odpowiednikowi tego terminu – dużo więcej niż ceny. A AKZO poprzez konfrontację cen z kosztami zaczyna niestety od najtrudniejszego pytania. Zamiast tego, w pierwszej kolejności należy zanalizować konkretny mechanizm wykluczenia rywali z rynku (z ang. *exclusion*). Wyróżnia się przy tym trzy zasadnicze techniki wykluczenia: na podstawie niedoskonałości w systemie zasilania kapitałowego wykluczanego rywala, w rezultacie budowania agresywnej reputacji oraz w wyniku zniekształcania sygnałów rynkowych co do kosztów lub popytu. Następnie powinno się ocenić prawdopodobieństwo rekompensaty strat poniesionych w wyniku sztucznego zaniżenia cen (z ang. *recoupment*). Może to mieć miejsce w wyniku trwałego wykluczenia rywali, ale także zachęcania ich do pasywnego zachowania na rynku, bądź też odwodzenia potencjalnych konkurentów od wejścia na rynek.

Dopiero w ostatniej kolejności powinno się zweryfikować, czy dane zachowanie przedsiębiorstwa wskazuje na ograniczenie zysków poniżej normalnie uzyskiwanych na danym rynku (z ang. *sacrifice*). Przy tym badanie, czy przedsiębiorstwo ograniczyło zyski nie jest tożsame z dywagacjami na temat kosztów średnich zmiennych. Raczej należałoby porównać dodatkowy koszt wynikający

---

<sup>24</sup> P.Bolton, J.F.Broadley, M.H.Riordan, *Predatory pricing: strategic theory and legal policy*, „Georgetown Law Journal”, vol. 88/2000, s.2239; W.Baumol, *Predation and the logic of the average variable cost test*, „Journal of Law and Economics”, vol. XXXIX, no. 1/1996; J.A.Orodover, R.D.Willig, *An economic definition of predation: pricing and product innovation*, „Yale Law Journal”, vol. 91, no. 8/1981.

z działania podejrzanego o *predation* (z ang. *incremental cost*) z dodatkowym przychodem z niego wynikającym (z ang. *incremental revenue*). Czasem istnienie alternatywnej (i bardziej zyskowej) strategii rynkowej jest ewidentne. Przykładowo: niedodawanie kolejnego połączenia samolotowego, jeśli dotychczasowe są wypełnione mniej niż w połowie. Podobnie płacenie klientom za niekupowanie produktów od konkurentów.

Wyżej zarysowane trzy etapy dowodzenia (*prima facie*) cen drapieżnych – mechanizm wykluczenia, rekompensata strat, poświęcenie bieżących zysków – łączy ciężar i zakres materiału dowodowego. Im bardziej wątpliwe dane potwierdzające wykluczenie i rekompensatę strat, tym wyższe oczekiwania co do dowodów na ograniczenie zysków poniżej normalnie uzyskiwanych na danym rynku.

## 5. Uwagi końcowe

Powyższy artykuł zarysował szereg ekonomicznych mankamentów bieżącej polityki konkurencji na polu art. 82. Niektóre wnioski mogą wydawać się zbyt daleko idące. Rozszerzenie zakresu działania art. 82 na firmy o mniejszym udziale w rynku niż lider rynkowy bądź na przedsiębiorstwa zdobywające pozycję dominującą w drodze praktyk wykluczających, może być posądzone o zbyt pochopną rezygnację z przewidywalności prawa. Po pierwsze jednak, co nie trudno zauważyć, działanie art. 82 nie jest aż tak znowu koherentne, biorąc pod uwagę trudności w definicji rynku oraz niekończące się deliberacje nad właściwymi standardami analizy kosztowej. Po drugie, nawet jeśli aktualny stan prawny oferowałby przedsiębiorstwom (i ich prawnikom) umiarkowanie jasne reguły postępowania, niekoniecznie jest on w interesie konsumentów. Jeśli zarysowane wyżej przykłady zbyt łagodnej polityki konkurencji kryją w sobie niebagatelną liczbę niewykrytych nadużyć, to problem nie jest czysto teoretyczny.

Niestety dorobek decyzyjny, przynajmniej Komisji Europejskiej, nie jest wystarczający, aby pojawiające się wątpliwości jednoznacznie rozstrzygnąć. Sprawy, gdzie przedmiotem postępowania były ceny drapieżne można w historii unijnej polityki konkurencji zliczyć na palcach jednej ręki. Czy to oznacza, że standard AKZO ma wyraźny efekt odstraszący i firmy grają fair? A może raczej nauczyły się stosować *predation* powyżej kosztów średnich całkowitych lub w drodze innych narzędzi niż ceny (jakość, różnicowanie produktów, strategiczne innowacje)? Miejmy nadzieję, że proces publicznej kon-



sultacji zmian w stosowaniu art. 82 rzuci nieco światła na te dylematy.

## **Abstract**

### **Microeconomic premises for the Article 82 reform**

The article discusses selected economic issues in the context of the Article 82 review (prohibition of an abuse of dominant position in the EC Treaty). It is composed of two principal parts, the first one addressing the economic meaning of the legal term 'dominant position'. In doing this, the author equates dominant position with significant market power and, basing upon such as assumption, argues that: (1) the existence of dominance is neither necessary nor sufficient for finding an abuse and (2) it is perfectly possible for more than one firm to be singly dominant in a given antitrust market. Finally, two fallacies related to market definition in Article 82 investigations are discussed (cellophane fallacy and product differentiation). In the second part of the article the author contrasts the current enforcement rules on predatory pricing with more economically sound policy. In particular, the current policy exhibits an excessive concern with costs and could lead to either under- or over-enforcement. It would be more reasonable for a policy to constitute of three evidentiary steps: of exclusion, recoupment and profit sacrifice.