

Wybiórcze ustalanie cen poniżej średnich kosztów całkowitych przez dominującego operatora pocztowego zgodne z prawem unijnym.

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *Post Danmark A/S* przeciwko *Konkurrencerådet*, C-209/10

1. Przedmiot glosy

Przedmiotem glosy jest orzeczenie Trybunału w sprawie *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet* z dnia 27 marca 2012 r.¹. Zostało ono wydane w odpowiedzi na pytania skierowane na podstawie art. 267 TFUE przez Højesteret, zmierzające do ustalenia czy art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że wybiórcze obniżanie cen przez zajmujące pozycję dominującą przedsiębiorstwo pocztowe, na którym ciąży obowiązek świadczenia usług powszechnych, do poziomu niższego niż średnie koszty całkowite tego przedsiębiorstwa, lecz wyższego niż jego średnie koszty przyrostowe, może stanowić nadużycie wykluczające w sytuacji, gdy zostanie dowiedzione, że ustalenie ceny na takim właśnie poziomie nie miało na celu wyeliminowania konkurenta? W przypadku udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi, że wybiórcze obniżanie cen w warunkach opisanych w tym pytaniu może w pewnych okolicznościach stanowić nadużycie wykluczające, jakie okoliczności sąd krajowy winien wziąć pod uwagę?

Z orzecznictwa Trybunału wynika, że art. 102 TFUE dotyczy nie tylko praktyk wyrządzających bezpośrednią szkodę konsumentom, ale także praktyk, które wyrządzają im szkodę poprzez naruszenie zasad konkurencji². W ten właśnie sposób należy rozumieć zawarte w pytaniach pre-judycjalnych pojęcie nadużycia wykluczającego.

2. Stan faktyczny

Post Danmark i *Forbruger-Kontakt* są dwoma wiodącymi w Danii przedsiębiorstwami w sektorze doręczania przesyłek nieadresowanych (reklam, książek telefonicznych, przewodników, gazet lokalnych i regionalnych itp.). Zgodnie z postanowieniem odsyłającym sektor ten został całkowicie zliberalizowany i nie jest objęty żadnymi duńskimi uregulowaniami dotyczącymi usług pocztowych. W sprawie zawisłej przed sądem krajowym jest bezsporne, że właściwy rynek można ograniczyć do rynku usług doręczania przesyłek nieadresowanych w Danii.

Do 2004 r. koncerny *SuperBest*, *Spar* i *Coop*, będące przedsiębiorstwami prowadzącymi supermarkety, były ważnymi klientami *Forbruger-Kontakt*. Pod koniec 2003 r. *Post Danmark* zawarła umowy z tymi trzema koncernami, zapewniając sobie doręczanie ich przesyłek nieadresowanych od dnia 1 stycznia 2004 r. *Post Danmark* zaoferowała tym firmom ceny korzystniejsze od oferty *Forbruger-Kontakt*.

¹ Orzeczenie ETS (Wielka Izba) w sprawie *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, z dnia 27 marca 2012 r., C-209/10.

² Wyr. z dnia 17 lutego 2011 r. w sprawie C-52/09 *TeliaSonera Sverige*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo.

Forbruger-Kontakt złożył skargę do Konkurrencerådet (rada ds. konkurencji), w następstwie której Konkurrencerådet uznała, że Post Danmark, nadużyła swojej pozycji dominującej na duńskim rynku usług doręczania przesyłek nieadresowanych, stosując z jednej strony rabaty lojalnościowe, traktując klientów znajdujących się w tej samej sytuacji odmiennie pod względem stosowanych cen i rabatów (co zostało uznane przez Konkurrencerådet za „wtórną dyskryminację cenową”), z drugiej zaś – stosując wobec dawnych klientów Forbruger-Kontakt inne ceny niż oferowane własnej klienteli, nie mogąc przy tym uzasadnić istotnych różnic w cenach i obniżkach wysokością ponoszonych kosztów (praktyka uznana przez Konkurrencerådet za „pierwotną dyskryminację cenową”). Sąd krajowy wskazuje, że ceny zaproponowane koncernowi Coop nie pozwalały Post Danmark na pokrycie średnich kosztów całkowitych³, lecz wyłącznie średnich kosztów przyrostowych⁴ tego przedsiębiorstwa.

Decyzja Konkurrencerådet została utrzymana w mocy przez Konkurrenceankenævnet (komisja odwoławcza ds. konkurencji), która ponadto potwierdziła, że nie udało się wykazać istnienia po stronie Post Danmark zamiaru wyeliminowania konkurencji, wobec czego przedsiębiorstwo to nie nadużyło swej pozycji dominującej na rynku usług doręczania przesyłek nieadresowanych poprzez stosowanie drapieżnych cen.

Wyżej wymienione decyzje wydane przez Konkurrencerådet i Konkurrenceankenævnet stały się ostateczne w zakresie, w jakim stwierdzały z jednej strony brak nadużycia pozycji dominującej, polegającego na stosowaniu drapieżnych cen, z drugiej zaś – istnienie takiego nadużycia ze względu na prowadzenie polityki „cenowej dyskryminacji wtórnej” wobec klientów Post Danmark innych niż koncerny SuperBest, Spar i Coop.

Post Danmark odwołała się od tych decyzji do Østre Landsret (wschodniego sądu regionalnego). Sąd stwierdził, że Post Danmark nadużyło pozycji dominującej, stosując w latach 2003–2004 w odniesieniu do byłych klientów Forbruger-Kontakt politykę cenową odmienną od stosowanej wobec swych aktualnych klientów, nie mogąc przy tym uzasadnić tych różnic wysokością ponoszonych kosztów.

Post Danmark wniosła do Højesteret odwołanie od wyroku wydanego przez Østre Landsret. Przedsiębiorstwo to w szczególności podniosło, że zgodnie z kryteriami wynikającymi z wyroku z dnia 3 lipca 1991 r. w sprawie AKZO⁵, ceny zaoferowane koncernowi Coop mogą zostać uznane za stanowiące nadużycie jedynie wówczas, gdy dowiedzione zostanie istnienie zamiaru wyeliminowania konkurencji. Natomiast Konkurrencerådet wskazała, że istnienie zamiaru wyeliminowania konkurencji nie stanowi bezwzględnie wymogu, jaki winien zostać spełniony, by stosowanie wybiórczo obniżonych cen, które są niższe niż całkowite koszty średnie, lecz wyższe niż koszty przyrostowe, miało znamiona nadużycia pozycji dominującej.

3. Stanowisko Trybunału

Trybunał podkreślił na wstępie, że z utrwalonego orzecznictwa wynika, że stwierdzenie istnienia pozycji dominującej samo w sobie nie pociąga za sobą postawienia jakiegokolwiek

³ Koszty całkowite to koszty stałe powiększone o koszty zmienne.

⁴ Koszty przyrostowe zdefiniowano jako „koszty, które miałyby zniknąć w krótkiej lub średniej perspektywie czasowej (od trzech do pięciu lat) w przypadku, gdyby Post Danmark zaprzestała wykonywania działalności w zakresie doręczania nieadresowanych przesyłek”.

⁵ Wyrok ETS z 3 lipca 1991 r. w sprawie nr C-62/86, *Akzo Chemie BV v. Komisja WE*.

zarzutu wobec przedsiębiorstwa, które ją posiada⁶. Artykuł 102 TFUE nie ma bowiem na celu unie-
możliwienia przedsiębiorstwu zdobycia, dzięki jego własnym świadczeniom, dominującej pozycji na
rynku⁷. Przepis ten nie zmierza także do zapewnienia, by konkurenci, mniej skuteczni niż przed-
siębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, pozostali na rynku. Nie każdy skutek w postaci wy-
kluczenia musi koniecznie prowadzić do naruszenia konkurencji⁸. Z definicji konkurencja między
świadczeniami może doprowadzić do zniknięcia z rynku lub do odsunięcia na dalszy plan kon-
kurentów mniej skutecznych, a zatem mniej interesujących dla konsumentów w szczególności
pod względem cen, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności. Jednak w odniesieniu do kon-
kurentów uważanych za będących równie skutecznymi art. 102 TFUE zakazuje przedsiębiorstwu
zajmującemu pozycję dominującą stosowania praktyk powodujących skutki w postaci ich wyklu-
czenia oraz wzmacniających jego dominującą pozycję przy użyciu środków innych niż oparte na
konkurencji między świadczeniami.

Trybunał zwrócił uwagę, że aby ustalić czy przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominują-
cą nadużyło tej pozycji poprzez stosowanie praktyk cenowych, należy poddać ocenie wszystkie
okoliczności i zbadać czy praktyki te mają na celu pozbawienie nabywcy lub ograniczenie mu
możliwości wyboru źródeł zaopatrzenia, zamknięcie dostępu do rynku konkurentom, zastosowa-
nie w odniesieniu do partnerów handlowych nierównych warunków do równoważnych świadczeń
i stworzenie im przez to niekorzystnych warunków konkurencji lub umocnienie pozycji dominującej
wskutek zakłócenia konkurencji⁹.

W wyniku przeprowadzonej oceny ustalono, że ceny zaproponowane koncernom Spar
i SuperBest zostały określone na poziomie wyższym od średnich kosztów całkowitych. Trybunał
stwierdził, że nie można wywnioskować, że takie ceny wywołują skutki antykonkurencyjne.
Jednakże cena zaproponowana koncernowi Coop nie pozwalała Post Danmark na pokrycie śred-
nich kosztów całkowitych przypisanych łącznej działalności obejmującej doręczanie przesyłek
nieadresowanych, lecz pozwalała jej na pokrycie średnich kosztów przyrostowych związanych z tą
działalnością. Trybunał stwierdził, że taka polityka cenowa zastosowana przez przedsiębiorstwo
zajmujące pozycję dominującą wobec jednego tylko klienta nie może zostać zakwalifikowana jako
nadużycie wykluczające jedynie na takiej podstawie, że cena została ustalona poniżej poziomu
średnich kosztów całkowitych, a powyżej poziomu średnich kosztów przyrostowych. Ustalenie
ceny na takim poziomie, który pokrywa najistotniejsze koszty związane z wprowadzeniem towaru
do obrotu lub świadczeniem usług sprawia, że konkurent równie skuteczny będzie miał co do za-
sady możliwość konkurowania z tymi cenami bez ponoszenia nadmiernych długookresowo strat.

Trybunał zwrócił uwagę, że nawet jeśli sąd krajowy stwierdził istnienie skutków antykon-
kurencyjnych wynikających z zachowania przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą,
przedsiębiorstwo to może bronić swoich działań¹⁰, w szczególności poprzez wykazanie, że jego

⁶ Zob. wyroki wyr.: z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Komisja*, Rec. s. 3461, pkt 57; a także z dnia 16 marca 2000 r. w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P *Compagnie maritime belge transports i in. v. Komisja*, Rec. s. I-1365, pkt 37.

⁷ Zob. w szczególności ww. wyr. w sprawie *TeliaSonera Sverige*, pkt 24.

⁸ Zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *TeliaSonera Sverige*, pkt 43.

⁹ Wyr. z dnia 14 października 2010 r. w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom v. Komisja*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 175 i przyto-
czone tam orzecznictwo.

¹⁰ Zob. podobnie wyr.: z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands i United Brands Continentaal v. Komisja*, Rec. s. 207, pkt 184; z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P i C-242/91 P *RTE i ITP v. Komisja*, Rec. s. I-743, pkt 54, 55; a także ww. wyr. w sprawie *TeliaSonera Sverige*, pkt 31, 75.

działanie jest obiektywnie konieczne¹¹, albo że skutki w postaci wykluczenia, które działanie to powoduje, mogą zostać zrównoważone, czy też mogą nad nimi przeważać korzyści pod względem efektywności, z których mają pożytek również konsumenci¹².

W sentencji Trybunał orzekł, że art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, iż polityka niskich cen stosowana w odniesieniu do niektórych ważnych dawnych klientów konkurenta przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą nie może być uznana za stanowiącą nadużycie wykluczające na tej tylko podstawie, że cena zastosowana przez to przedsiębiorstwo wobec jednego z owych klientów jest niższa od poziomu średnich kosztów całkowitych przypisywanych rozważanej działalności, lecz wyższa niż związane z nią odpowiednio ocenione w postępowaniu w sprawie przed sądem krajowym średnie koszty przyrostowe. Aby ocenić czy w okolicznościach, takich jak okoliczności rozpatrywanej sprawy, zachodziły skutki antykonkurencyjne, należy zbadać czy ta niemająca obiektywnego uzasadnienia polityka cenowa powoduje rzeczywiste lub prawdopodobne wyeliminowanie konkurenta ze szkodą dla konkurencji, a z tego względu – dla interesów konsumentów.

4. Ocena stanowiska Trybunału

Pomimo iż na podstawie dotychczasowego orzecznictwa, przede wszystkim orzeczenia *AKZO*, można było wywnioskować pewne wskazówki dotyczące analizowanej materii, orzeczenie Trybunału było z napięciem wyczekiwane. Stanowi ono ważny głos w toczącej się w Europie debacie na temat celów prawa konkurencji, w której to głos zabrała już Komisja Europejska¹³. Wydając to orzeczenie Trybunał jednoznacznie przyjmuje stanowisko zgodne z głosem Komisji i przyznaje priorytet ocenie skutków ekonomicznych działań podjętych przez przedsiębiorstwo ponad bardziej sztywną interpretację i stosowanie pojęcia naruszenia w bardziej anglosaskim znaczeniu¹⁴. Na pierwszy rzut oka orzeczenie wprost potwierdza zasady wypracowane w orzeczeniu *AKZO*, mianowicie istnienie domniemania, że ceny ustalone na poziomie niższym od średnich kosztów zmiennych¹⁵ są sprzeczne z prawem, natomiast ceny będące powyżej tego poziomu, lecz poniżej poziomu średnich kosztów całkowitych, stanowią naruszenie tylko jeśli są częścią planu wyeliminowania konkurencji. Pomimo tego orzeczenie porusza istotne zagadnienia dotyczące cen drapieżnych, takie jak zakres, w jakim standardy wypracowane w *AKZO* odnoszą się do stosowania cen wybiórczych, czy też znaczenia zamiaru wyeliminowania konkurencji przy ustalaniu cen na poziomie poniżej średnich kosztów całkowitych, a powyżej średnich kosztów zmiennych.

W kwestii kryteriów stanowiących podstawę uznania danej polityki cenowej za sprzeczną z prawem konkurencji niezbędne jest rozgraniczenie pomiędzy normalną, zdrową konkurencją i nieuczciwymi praktykami handlowymi. Trybunał wprost przywołał tu orzeczenie *AKZO* i wprowadzone tam kryterium, zgodnie z którym ustalenie przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą cen poniżej poziomu średnich kosztów zmiennych jest ze swej natury uważane za

¹¹ Zob. podobnie wyr. z dnia 3 października 1985 r. w sprawie 311/84 *CBEM*, Rec. s. 3261, pkt 27.

¹² Wyr.: z dnia 15 marca 2007 r. w sprawie C-95/04 P *British Airways v. Komisja*, Zb.Orz. s. I-2331, pkt 86; ww. wyr. w sprawie *TeliaSonera Sverige*, pkt 76.

¹³ Zob. 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).

¹⁴ D. Dittert, *Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung: auf dem Weg zu einem „more economic approach“ in der Rechtsprechung des EuGH?* – Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 27. März 2012, Rs. C-209/10 (Post Danmark), *Europarecht, Nomos* 2012, s. 572.

¹⁵ Koszty zmienne to koszty, które zmieniają się w zależności od ilości produkowanych produktów.

naruszenie prawa konkurencji, gdyż przedsiębiorstwo takie nie ma innego interesu w stosowaniu takich cen oprócz eliminacji swych konkurentów, by móc później podnieść ceny, korzystając ze swej pozycji monopolisty¹⁶. Gdy cena jest wyższa od średnich kosztów zmiennych, lecz niższa od średnich kosztów całkowitych, polityka cenowa przedsiębiorstwa nie może być „z urzędu” uznana za sprzeczną z prawem konkurencji. Takie działanie jest uważane za nadużycie, gdy stanowi część planu wyeliminowania konkurencji, może ono bowiem doprowadzić do opuszczenia rynku przez przedsiębiorstwo równie wydajne, jak dominujące przedsiębiorstwo, ale które, ze względu na skromniejsze zasoby finansowe, nie jest w stanie sprostać takiej presji konkurenta¹⁷. O ile ceny zaoferowane SuperBest i Spar były wyższe od średnich kosztów całkowitych i nie mogły stanowić naruszenia, o tyle cena zaoferowana Coop mieści się w drugim opisanym przedziale, będąc niższa od średnich kosztów całkowitych, ale wyższa od średnich kosztów przyrostowych. Co ciekawe, duński sąd zastosował inne kryteria i metodologię niż Trybunał w sprawie AKZO, jednak w omawianym kontekście różnice te nie mają znaczenia¹⁸.

Warto podkreślić, że w każdym przypadku mowa jest o kosztach ponoszonych przez przedsiębiorstwo znajdujące się w pozycji dominującej, nawet jeśli koszty te są wyższe od kosztów ponoszonych przez konkurencję¹⁹. Przedsiębiorstwo to nie może usprawiedliwiać obniżenia swoich cen poniżej swoich kosztów faktem, że konkurencja ponosi niższe koszty.

Trybunał powtórzył sentencję z *AKZO* w sprawie *Tetra Pak*, podkreślając, że ceny niższe od średnich kosztów całkowitych, ale większe od średnich kosztów zmiennych są uznawane za sprzeczne z prawem tylko jeśli może być wykazany zamiar wyeliminowania konkurencji²⁰. Przepisy wymagające wykazania zamiaru, szczególnie przedsiębiorstwa reprezentowanego przez wiele różnych osób, stwarzają trudności dowodowe, gdyż oprócz przeprowadzenia analizy kosztów trzeba ocenić motywy leżące za strategią przedsiębiorstwa znajdującego się w pozycji dominującej, co zwykle może być tylko dokonane na podstawie dowodów z dokumentów²¹. W sprawie *AKZO* Trybunał stwierdził zamiar wyeliminowania konkurenta przede wszystkim na podstawie dokumentów zawierających bezpośrednie groźby obniżenia ceny poniżej kosztów produkcji, jeśli konkurent nie wycofa się z rynku²², chociaż dokonał również analizy ekonomicznej, która wykazała, że nie było żadnego obiektywnego ekonomicznego uzasadnienia dla redukcji cen na dłuższy okres, w szczególności przy braku obniżki cen przez konkurentów²³. W sytuacji braku istnienia dokumentów wprost obciążających przedsiębiorcę sama analiza ekonomiczna, w wyniku której stwierdzono, że przedsiębiorstwo znajdujące się w pozycji dominującej nie dostosowywało swoich cen do cen konkurenta, lecz zwiększało różnicę cen pomimo ponoszonych strat, by tylko zdobyć klientów, okazała się wystarczająca by Sąd Pierwszej Instancji (SPI) mógł stwierdzić istnienie zamiaru wyeliminowania konkurencji²⁴. Z utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału wynika, że przy

¹⁶ Wyr. ETS z 3 lipca 1991 r. w sprawie nr C-62/86, *Akzo Chemie BV v. Komisja WE*, pkt 71.

¹⁷ Wyr. ETS z 3 lipca 1991 r. w sprawie nr C-62/86, *Akzo Chemie BV przeciwko Komisja WE*, pkt 72.

¹⁸ D. Dittert, *Missbrauch einer marktbeherrschenden...*, s. 574.

¹⁹ Wyr. ETS z 30 stycznia 2007 r. w sprawie nr T-340/03, *France Télécom SA v. Komisja WE*, pkt 181 i n.

²⁰ Wyr. ETS z 14 listopada 1996 r. w sprawie nr C-333/94 P, *Tetra Pak v. Komisja WE*, pkt 41.

²¹ H. Rosenblatt, H. Armengod, A. Scordamaglia-Tousis, *Post Danmark: predatory pricing in the European Union*, „The European Antitrust Review” 2013, s. 21.

²² Wyr. ETS z 3 lipca 1991 r. w sprawie nr C-62/86, *Akzo Chemie BV v. Komisja WE*, pkt 79–81.

²³ Wyr. ETS z 3 lipca 1991 r. w sprawie nr C-62/86, *Akzo Chemie BV v. Komisja WE*, pkt 146.

²⁴ Wyr. SPI z 6 października 1994 r. w sprawie nr T-83/91, *Tetra Pak v. Komisja WE*, pkt 138.

przeprowadzaniu oceny ekonomicznej nie ma znaczenia argument, że szanse na późniejsze odzyskanie poniesionych strat są niewielkie²⁵.

W orzeczeniu *France Télécom* Sąd Pierwszej Instancji dokonał, na potrzeby stosowania art. 102 TFUE, podziału pomiędzy naruszeniem jako celem i naruszeniem jako skutkiem i stwierdził, że niekiedy wykazanie antykonkurencyjnego celu i antykonkurencyjnego skutku może być równoznaczne. Jeśli wykaże się, że celem danego zachowania przedsiębiorstwa znajdującego się w pozycji dominującej jest ograniczenie konkurencji, zachowanie to będzie prawdopodobnie również prowadziło do skutku w postaci ograniczenia konkurencji²⁶.

Wprowadzenie przez orzecznictwo wymogu wykazania zamiaru, a zatem kryterium o charakterze subiektywnym, budzi pewne wątpliwości. Naruszenia art. 102 TFUE są tradycyjnie oceniane na podstawie obiektywnych kryteriów²⁷, więc wprowadzenie kryterium zamiaru tworzy pewnego rodzaju dysonans. Wydaje się, że skupienie się Trybunału w orzeczeniu *Post Danmark* przede wszystkim na ocenie ekonomicznej i analizie realnej szansy wyeliminowania z rynku równie skutecznego konkurenta stanowi krok w prawidłową stronę. Nie można jednak zapominać, że to odejście od przykładania wagi do kryterium zamiaru może wynikać jedynie z faktu, że w omawianej sprawie Konkurrencerådet uznał, że nie zdołano wykazać istnienia po stronie *Post Danmark* zamiaru wyeliminowania konkurencji²⁸, co znalazło swoje odzwierciedlenie w zadanym pytaniu prejudycjalnym²⁹. Dopiero w przyszłych orzeczeniach okaże się czy w sytuacji ustalenia cen na poziomie poniżej średnich kosztów całkowitych, ale powyżej średnich kosztów zmiennych, Trybunał będzie skupiał się na kryterium obiektywnej oceny ekonomicznej i uznawał taką politykę cenową za sprzeczną z prawem konkurencji, gdy nie uda się wykazać żadnego innego obiektywnego usprawiedliwienia prowadzenia takiej polityki niż chęć wyeliminowania konkurencji, czy też ponownie położy nacisk na elementy subiektywne.

Wyrok *Post Danmark* potwierdza analizę Rzecznika Generalnego, zgodnie z którą polityka niskich cen stosowana w odniesieniu do niektórych tylko klientów przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą nie może być uznana za stanowiącą nadużycie wykluczające bez udowodnienia, że polityka ta nie ma obiektywnego uzasadnienia, oraz że powoduje rzeczywiste lub prawdopodobne wyeliminowanie konkurenta ze szkodą dla konkurencji. Wybiórcze obniżanie cen jest o tyle bardziej korzystne dla stosującego je przedsiębiorstwa, że pozwala nie tylko ograniczyć straty, również lecz także rekompensować je zyskami osiąganymi w innych sektorach danego rynku, gdzie oferowana cena przynosi zysk³⁰. Niestety zagadnienie takiego subsydiowania krzyżowego nie zostało bardziej szczegółowo omówione w orzeczeniu.

W okresie, w którym zaistniały okoliczności faktyczne mające znaczenie w niniejszej sprawie *Post Danmark* posiadała monopol w zakresie doręczania adresowanych listów i paczek poniżej określonego limitu wagowego, któremu towarzyszył obowiązek doręczania przesyłek adresowanych poniżej tego limitu wagowego w ramach powszechnych usług pocztowych ze względu na wyłączne prawo doręczania. W takiej sytuacji możliwe jest, że wystąpi krzyżowe subsydiowanie,

²⁵ Wyr. ETS z 14 listopada 1996 r. w sprawie nr C-333/94 P, *Tetra Pak v. Komisja WE*, pkt 132-152; Wyr. ETS z 30 stycznia 2007 r. w sprawie nr T-340/03, *France Télécom SA v. Komisja WE*, pkt 110.

²⁶ Wyr. ETS z 30 stycznia 2007 r. w sprawie nr T-340/03, *France Télécom SA przeciwko Komisji WE*, pkt 195.

²⁷ H. Rosenblatt, H. Armengod, A. Scordamaglia-Tousis, *Post Danmark: predatory pricing...*, s. 22.

²⁸ Zob. wyr. ETS z 27 marca 2012 r. w sprawie nr C-209/10, *Post Danmark v. Konkurrencerådet*, pkt 13.

²⁹ Zob. wyr. ETS z 27 marca 2012 r. w sprawie nr C-209/10, *Post Danmark v. Konkurrencerådet*, pkt 18.

³⁰ Decyzja Komisji WE z 16 lipca 2003 r. nr COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, pkt 70 i n.

gdyż Post Danmark wykorzystywała tę samą infrastrukturę i tych samych pracowników jednocześnie do działalności doręczania przesyłek nieadresowanych wszystkich klientów – zatem także tych, którym nie oferowała wybiórczo obniżonych cen – jak również do działalności, która była zastrzeżona dla niej z tytułu ciążącego na niej obowiązku świadczenia usług powszechnych dotyczących niektórych adresowanych przesyłek. Trybunał ograniczył się tylko do stwierdzenia, że na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą ciąży szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszało ono skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku. Jeżeli istnienie pozycji dominującej wywodzi się z dawnego monopolu ustawowego, okoliczność ta winna być uwzględniona. Tak ściśle pokrywanie się kosztów świadczenia usług na rynku, który podlega monopolowi i rynku zliberalizowanym może prowadzić do krzyżowego subsydiowania, co może skutkować wyeliminowaniem konkurentów ze zliberalizowanego rynku. Rzecznik Generalny zwrócił na to uwagę w swojej opinii, stwierdzając, że gdy wybiórczo stosowana oferta cenowa może być subsydiowana z zysków z częściowo zastrzeżonej działalności przedsiębiorstwa dominującego na rynku, na którym prowadzi ono działalność, będąc zobowiązanym do świadczenia usług powszechnych, powodując tym samym wyeliminowanie konkurenta, stanowi ona nadużycie pozycji dominującej³¹. W celu stwierdzenia niezgodnego z prawem krzyżowego subsydiowania przez przedsiębiorstwo dominujące należy zbadać czy zysk wygenerowany z usług świadczonych przez to przedsiębiorstwo na rynku, na którym jest ono zobowiązane do świadczenia usług powszechnych, przekracza koszty świadczenia wyłącznie tych usług.

Orzeczenie Trybunału nie pozostawia wątpliwości, że do sądu krajowego każdorazowo należy ustalenie czy politykę cenową przedsiębiorstwa znajdującego się w pozycji dominującej należy uznać za naruszającą prawo konkurencji. Niedopuszczalne jest stricte formalistyczne podejście, w wyniku którego przedsiębiorstwu uniemożliwiono by obronę swojej pozornie drapieżnej polityki. Trybunał wprost podkreśla, że przedsiębiorstwo może skutecznie bronić się, wskazując obiektywne uzasadnienie swojego działania, jak również wykazując, że prowadzona polityka wywołała poprawę wydajności mogącą zrekompensować wszelkie negatywne dla konkurencji skutki. Należy jednak pamiętać, że dla uznania polityki cenowej za sprzeczną z prawem konkurencji nie jest wymagane stwierdzenie wywołania konkretnej szkody. Wystarczy wykazać, że analizowana polityka może wywoływać skutek w postaci wykluczenia z rynku³².

Sąd krajowy skonfrontowany ze stanem faktycznym obejmującym sytuację przedsiębiorstwa znajdującego się w pozycji dominującej potencjalnie naruszającego reguły konkurencji poprzez stosowanie cen drapieżnych musi przeprowadzić obiektywną ekonomiczną analizę prowadzonej polityki cenowej, by wykazać czy prowadzi ona do wykluczenia z rynku równie wydajnej konkurencji. W analizie tej sąd musi uwzględnić wszelkie okoliczności sprawy, w tym działające na korzyść przedsiębiorstwa będącego w pozycji dominującej.

Krzysztof Krzystek

doktorant w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego
Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego
krzysztofkrzystek@gmail.com

³¹ Opinia Rzecznika Generalnego Paola Mengozziego z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie C-209/10, pkt 123.

³² Wyr. ETS z dnia 15 marca 2007 r. w sprawie nr C-95/04 P, *British Airways v. Komisji WE*, pkt 68.