

ALEKSANDER MAZIARZ¹

Zaniżanie marży handlowej jako przejaw nadużycia pozycji dominującej²

Wpłynął: 19.10.2023. Akceptacja: 30.11.2023

Streszczenie

Zaniżanie marży handlowej stanowi nadużycie pozycji dominującej, które to nie jest wymienione bezpośrednio w art. 102 TFUE. To właśnie orzecznictwo TSUE oraz Sądu UE uznało tę praktykę za antykonkurencyjną, lecz początkowo traktowaną ją jako antykonkurencyjną odmowę dostaw. Z uwagi na wiele podobieństw zachodzących między tymi praktykami wątpliwości budzi, czy zaniżanie marży handlowej powinno stanowić niezależny przejaw nadużycia pozycji dominującej. Celem artykułu jest poddanie analizie w tym zakresie stanowiska Komisji Europejskiej z poglądami wyrażonymi w orzecznictwie, a także porównanie uregulowań przyjętych w Stanach Zjednoczonych.

Słowa kluczowe: zaniżanie marży handlowej, odmowa dostaw, nadużycie pozycji dominującej.

¹ Dr hab. Aleksander Maziarz, prof. ALK – Akademia Leona Koźmińskiego (Polska); e-mail: amaziarz@kozminski.edu.pl; ORCID: 0000-0002-0482-5400.

² Badania wykorzystane w artykule nie zostały sfinansowane przez żadną instytucję.

ALEKSANDER MAZIARZ

Margin Squeeze as an Abuse of a Dominant Position³

Abstract

Margin squeeze constitutes an abuse of a dominant position, which is not directly mentioned in Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). It is the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) and the EU General Court that have recognized this practice as anticompetitive, initially treating it as an anticompetitive refusal to supply. Due to the many similarities between these practices, there are doubts as to whether margin squeeze should be considered an independent manifestation of an abuse of a dominant position. The aim of the article is to analyze the position of the European Commission in this regard, in comparison with the views expressed in the case law, as well as to compare the regulations adopted in the United States.

Keywords: margin squeeze, refusal to supply, abuse of a dominant position.

³ The research in this article has not been supported financially by any institution.

Wprowadzenie

Prawodawca unijny nie zdefiniował, czym w istocie jest nadużycie pozycji dominującej. Zamiast tego w art. 102 TFUE znajduje się otwarty katalog typowych przejawów nadużycia pozycji dominującej. Wśród wymienionych w tym przepisie przejawów nie znajduje się praktyka, jaką jest zaniżanie marży handlowej. Tego rodzaju praktyka została uznana za antykonkurencyjną przez orzecznictwo TSUE oraz Sądu UE, przy czym ocena, czy w określonym przypadku doszło do nadużycia pozycji dominującej, dokonywana jest także w oparciu o niewiążące akty prawne Komisji Europejskiej. W odniesieniu do oceny zaniżania marży handlowej pomocny może być 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 dominujące⁴, który to traktował tę praktykę jako szczególną formę innej antykonkurencyjnej praktyki – tj. odmowy dostaw. Takie podejście Komisji Europejskiej uległo jednak zmianie, bowiem w marcu 2023 r. Komisja Europejska wprowadziła zmianę do ww. wytycznych, w których to zaniżanie marży handlowej zostało sklasyfikowane jako niezależna od odmowy dostaw praktyka stanowiąca przejaw nadużycia pozycji dominującej.

Zaniżanie marży handlowej jest praktyką, która ma wiele podobieństw do odmowy dostaw. Przede wszystkim obie te praktyki mogą mieć miejsce przy podobnej strukturze rynku i obie też prowadzą do podobnego skutku, jakim jest wykluczenie. Tym samym pojawia się wątpliwość, czy praktyka ta powinna być traktowana jako niezależny przejaw nadużycia pozycji dominującej.

Celem niniejszego artykułu jest zbadanie, czy uznanie przez Komisję Europejską zaniżania marży handlowej jako niezależnego przejawu pozycji dominującej jest uzasadnione. Tak przyjęty cel badawczy wymaga przeanalizowania poglądów doktryny na temat istoty zaniżania marży handlowej, zmian w klasyfikacji tej praktyki określonych w wytycznych Komisji Europejskiej i orzecznictwa TSUE oraz Sądu UE. Z uwagi na to, że praktyka ta była przedmiotem badań oraz wielu orzeczeń w Stanach Zjednoczonych, dokonano także porównania rozwiązań przyjętych w tym kraju, z tego względu, że zaniżanie marży handlowej jest tam traktowane jako forma odmowy dostaw.

⁴ Dz. Urz. UE z 2009 r. C 45/02.

Istota i charakterystyka zaniżania marży handlowej

Zaniżanie marży handlowej ma miejsce wtedy, gdy dominant, działając jednocześnie na rynku hurtowym oraz detalicznym, sprzedaje swoje produkty na rynku detalicznym po cenie, która nie pozwala jego równie efektywnym konkurentom prowadzić działalności gospodarczej z zyskiem. W praktyce tej dominant stosuje nieznacznie różniące się ceny detaliczne od cen hurtowych, przez co jego konkurenci działający na rynku detalicznym nie są w stanie z nim efektywnie konkurować, a nawet pozostać na tym rynku. Praktyka ta może polegać także na ustaleniu ceny hurtowej dla konkurentów na poziomie bliskim lub nawet wyższym od cen stosowanych przez dominanta na rynku detalicznym⁵. Ma ona często miejsce na rynkach zliberalizowanych, na których znaczne udziały w rynku ma dawny monopolista działający jednocześnie na rynku hurtowym i detalicznym⁶. Przykładem takiego rynku może być rynek paliw płynnych, gdzie określony przedsiębiorca posiada zarówno rafinerię niezbędną do produkcji paliw, jak i sieć stacji benzynowych. Wskazuje się również, że praktyka ta najczęściej występuje w tych sektorach gospodarki, w których regulowane są ceny hurtowe, zaś ceny detaliczne nie są objęte taką regulacją⁷.

Zaniżanie marży handlowej może być praktyką o charakterze wykluczającym, wtedy gdy jest podejmowana przez dominanta w celu wyeliminowania z rynku detalicznego swoich konkurentów. W takim przypadku dominant może stosować wysokie ceny hurtowe, tak żeby jego konkurenci nie byli w stanie z nim konkurować na rynku detalicznym lub zaoferować ceny poniżej kosztów produkcji na rynku detalicznym, uzyskując nadal zysk na rynku hurtowym⁸. Praktyka ta może mieć też charakter eksploatacyjny, która zachodzi wtedy, gdy dominant stosuje ceny, których nie osiągnąłby w warunkach efektywnej konkurencji.

Skutkiem wprowadzenia zakazu stosowania tej praktyki może być obniżenie przez dominanta cen stosowanych na rynku hurtowym lub podwyższenie cen stosowanych na rynku detalicznym⁹. A zatem wyeliminowanie tej praktyki niewątpliwie wpływa pozytywnie na konkurencję, bowiem konkurenci dominanta nie

⁵ J. Krämer, D. Schnurr, *Margin squeeze regulation and infrastructure competition*, „Information Economics and Policy” 2018, 45, s. 30–46.

⁶ D. Geradin (red.), *The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond*, The Hague 2000, s. 181.

⁷ OECD, *Margin Squeeze*, DAF/COMP(2009)36 s. 7, <https://www.oecd.org/daf/competition/46048803.pdf> (dostęp: 2.09.2023).

⁸ D. Geradin, R. O'Donoghue, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, GCLC Working Paper Series No. 04/2005, s. 6.

⁹ B. Jullien, P. Rey, C. Saavedra, *The Economics of Margin Squeeze*, CEPR Discussion Paper No. DP9905, March 2014, <https://ssrn.com/abstract=2444927> (dostęp: 2.09.2023).

muszą już się mierzyć z praktyką wykluczającą lub eksploatacyjną, co pozwala im na pozostanie na rynku i konkurowanie z dominantem. Z drugiej zaś strony, skutkiem zakazania tej praktyki może być podwyższenie cen detalicznych, co w rezultacie nie będzie korzystne dla konsumentów¹⁰. W doktrynie wskazuje się również, że zwalczanie tej praktyki powoduje, iż korzyści z integracji pionowej przedsiębiorstwa przekazywane są konkurentom na rynku niższego szczebla bez zapewnienia korzyści konsumentom¹¹. Co więcej, dominant nie będzie również zainteresowany dokonywaniem inwestycji, które mogą obniżyć cenę produktu lub usługi, bowiem korzyści te musiałyby też uwzględnić w cenach stosowanych wobec swoich konkurentów, którzy nie ponieśli żądanego ryzyka związanego z tego typu inwestycjami. A zatem korzyści z inwestycji dominant musiałyby przenieść także na swoich konkurentów, co zaś poddaje w wątpliwość sens dokonywania tych inwestycji. Można wręcz stwierdzić, że zmuszanie dominanta do współpracy z jego konkurentami na rynku niższego szczebla na korzystnych dla nich warunkach jest formą subsydiowania nieefektywnie działających konkurentów ze szkodą dla konsumentów¹². Twierdzi się także, że prawo konkurencji powinno się zajmować tylko tymi przypadkami, w których konkurent dominanta działający na rynku niższego szczebla jest równie skutecznym konkurentem¹³.

Różnice i podobieństwa pomiędzy zaniżaniem marży handlowej a odmową dostaw

Jak już wspomniano powyżej, dotychczas Komisja Europejska uznawała, że zaniżanie marży handlowej stanowi jedną z form odmowy dostaw. W pierwotnym brzmieniu wytycznych Komisja Europejska stwierdziła, że zamiast odmawiać dostaw dominant może stosować ceny na rynku wyższego szczebla, które w porównaniu z cenami stosowanymi na rynku niższego szczebla nie pozwalają równie skutecznemu konkurentowi na prowadzenie działalności gospodarczej z zyskiem przez dłuższy czas. Podkreślono więc, że zaniżanie marży handlowej stanowi formę odmowy dostaw i tym samym przesłanki warunkujące uznanie tych praktyk jako nadużycie pozycji dominującej są takie same. Obie te praktyki powodują

¹⁰ J. Krämer, D. Schnurr, op. cit., s. 30–46.

¹¹ N. Dunne, *Margin squeeze: theory, practice, policy, part I*, „European Competition Law Review” 2012, 33, s. 29–39.

¹² L. Kelly, T. van der Vijver, *Less is More: Senwes and the Concept of ‘Margin Squeeze’ in South African Competition Law*, „The South African Law Journal” 2009, 2, s. 247.

¹³ R. van den Bergh, P. Camesaca, *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Sweet & Maxwell 2006, s. 277.

ograniczenie konkurencji na rynku niższego szczebla. W przypadku zaniżania marży handlowej skutkiem tej praktyki mogą być wysokie ceny detaliczne oraz niska jakość oferowanych produktów i usług, co przede wszystkim narusza interesy konsumentów.

Zaniżanie marży handlowej i odmowa dostaw są praktykami bardzo do siebie podobnymi. Przede wszystkim mogą one mieć miejsce w przypadku występowania na rynku zintegrowanego pionowo dominanta, który oferuje wkład lub produkt wyższego szczebla niezbędny dla jego konkurentów działających na rynku niższego szczebla. A zatem obie te praktyki mogą ograniczyć albo nawet wyeliminować możliwość prowadzenia działalności na rynku niższego szczebla przez konkurentów dominanta, bowiem albo konkurenci nie będą mogli w ogóle oferować produktów lub usług na tym rynku, albo będzie to dla nich nieopłacalne.

Należy jednak podkreślić, że istotna różnica pomiędzy tymi praktykami wynika także z przesłanek warunkujących uznanie określonej praktyki jako odmowy dostaw, które zostały określone w sprawie Bronner. Zgodnie z tym orzeczeniem, po pierwsze, odmowa dostaw powoduje prawdopodobieństwo wyeliminowania skutecznej konkurencji na rynku niższego szczebla. Po drugie, odmowa dostaw nie ma obiektywnego uzasadnienia. I po trzecie, dostęp do usługi bądź produktu jest niezbędny do prowadzenia działalności gospodarczej przez konkurenta, jeżeli nie ma innego substytutu na rynku. Ta ostatnia przesłanka stanowiąca o niezbędności nie będzie spełniona, jeżeli istnieją na rynku inne, alternatywne sposoby uzyskania dostępu do produktu lub usługi dominanta, nawet jeżeli dostęp ten jest mniej korzystny¹⁴. A zatem odmowa dostaw zakłada całkowity brak alternatywy wobec usługi lub produktu dominanta i tym samym niemożność funkcjonowania na rynku niższego szczebla przez jego konkurentów. Natomiast przesłanka ta nie musi wystąpić w odniesieniu do zaniżania marży handlowej, bowiem w odniesieniu do tej praktyki istotne znaczenie ma właśnie porównanie cen stosowanych przez dominanta na rynku wyższego i niższego szczebla.

Podejście prawa konkurencji UE

Komisja Europejska zmierzyła się z zaniżaniem marży handlowej po raz pierwszy w 1976 r. w sprawie National Carbonising¹⁵, choć nie uznała, że doszło w tej sprawie do nadużycia pozycji dominującej. Sprawa ta dotyczyła producenta koksu,

¹⁴ K. Czapracka, *Intellectual Property and the Limits of Antitrust: A Comparative Study of US and EU Approaches*, Edwar Edgar Publishing, 2010, s. 18.

¹⁵ Sprawa 109-75 R National Carbonising Company, ECLI:EU:C:1975:133.

który kupował surowiec do produkcji koksu od monopolisty działającego jednocześnie na rynku niższego szczebla. Stosowane przez tego ostatniego ceny były sukcesywnie zwiększane, aż ich poziom spowodował, że konkurent – National Carbondising – nie był w stanie, w uzasadniony ekonomicznie sposób, działać na tym rynku. Komisja Europejska uznała, że dominant może podlegać obowiązkowi kształtowania swoich cen w taki sposób, aby umożliwić równie wydajnemu konkurentowi działającemu na rynku niższego szczebla osiągnięcie zysku umożliwiającego mu działanie na tym rynku przez dłuższy czas¹⁶. Warto podkreślić, że w sprawie tej niejako zastosowano test długoterminowej możliwości funkcjonowania na rynku konkurentów. Test ten ocenia, czy wskutek stosowania zaniżania marży handlowej dojdzie do wyeliminowania konkurencji na rynku niższego szczebla. Można także stwierdzić, że w decyzji tej Komisja Europejska przede wszystkim miała na celu ochronę struktury rynku poprzez zachowanie istniejącej konkurencji.

Dopiero w sprawie *British Sugar/Napier-Brown*¹⁷ Komisja Europejska w bardziej szczegółowy sposób przeanalizowała praktykę *British Sugar*, który to utrzymywał pozycję dominującą na rynku cukru granulowanego zarówno na rynku wyższego, jak i niższego szczebla. Jedną z praktyk stosowanych przez *British Sugar* było stosowanie takiej marży handlowej za produkt oferowany na rynku niższego szczebla, która nie uwzględniała własnych kosztów związanych z przetworzeniem oferowanych produktów. Komisja Europejska stwierdziła, że stosowanie takich marż w perspektywie długoterminowej nie pozwoliłoby równie skutecznemu jak dominant konkurentowi pozostać na rynku. Wykształcony został więc w tej sprawie test równie skutecznego konkurenta. Test ten zakładał, że zaniżanie marży handlowej będzie miało miejsce w tym przypadku, gdy działalność dominanta na rynku niższego szczebla nie byłaby dochodowa, jeżeli stosowane byłyby względem niego takie same ceny, jakie stosuje dominant względem swoich konkurentów na tym rynku¹⁸. A zatem test ten nie miał badać, czy konkurencja w ogóle jest w stanie przetrwać mimo praktyki dominanta, a skupiał się na ustaleniu, czy konkurent, ponosząc podobne jak dominant koszty na rynku niższego szczebla, byłby w stanie pozostać na tym rynku.

Zmiana podejścia do oceny zaniżania marży handlowej została wyrażona przez TSUE w dwóch sprawach dotyczących rynku usług telekomunikacyjnych – *Deutsche Telekom*¹⁹ i *TeliaSonera*²⁰. Pierwsza z tych spraw dotyczyła niemieckiego operatora stacjonarnej sieci telefonicznej, który oferował swoim konkurentom

¹⁶ A. Pisarkiewicz, *Margin Squeeze in the Electronic Communications Sector*, Kluwer Law International 2018.

¹⁷ Sprawa nr IV/30.178 *Napier Brown – British Sugar*, Dz.Urz. 1988, L 284, s. 41.

¹⁸ G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press 2011, s. 241.

¹⁹ Sprawa T-827/14 *Deutsche Telekom*, UE:T:2018:930.

²⁰ Sprawa C-52/09 *TeliaSonera*, EU:C:2011:83.

dostęp do lokalnej pętli na poziomie hurtowym oraz usługi bezpośredniego dostępu dla konsumentów końcowych. Uznano, że ceny stosowane przez Deutsche Telekom powodowały niewłaściwą różnicę między opłatami hurtowymi za usługi dostępu do pętli lokalnej a opłatami detalicznymi za usługi dla użytkowników końcowych. TSUE tym razem uznał, że test stosowania zaniżania marży handlowej polega na sprawdzeniu, czy dominant lub równie skuteczny konkurent byłby w stanie oferować usługi detaliczne inaczej niż ze stratą, gdyby został zobowiązany do uiszczenia opłat za dostęp hurtowy jako wewnętrznej ceny transferowej. W sprawie Deutsche Telekom TSUE potwierdził stosowanie testu równie skutecznego konkurenta opierającego się wyłączenie na stosowanych cenach i kosztach dominanta, a nie na sytuacji jego rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów²¹. Warto jednak dodać, że TSUE do zakwalifikowania określonej praktyki jako zaniżania marży handlowej wymaga wykazania antykonkurencyjnego wpływu, przynajmniej potencjalnego, na rynek detaliczny.

W sprawie TeliaSonera TSUE stwierdził, że do zakwalifikowania zaniżania marży handlowej jako praktyki stanowiącej nadużycie pozycji dominującej niezbędne jest wykazanie antykonkurencyjnego skutku tej praktyki. Skutek taki może wystąpić zarówno w przypadku pobierania przez dominanta dodatniej, jak i ujemnej marży. W odniesieniu do marży ujemnej skutek wykluczający jest możliwy. Marża taka wystąpi, gdy cena hurtowa obciążana konkurentów dominanta jest wyższa niż cena detaliczna pobierana od użytkowników końcowych i w takiej sytuacji równie skuteczni konkurenci byliby zmuszeni do sprzedaży ze stratą. Natomiast jeżeli marża jest dodatnia, niezbędne jest wykazanie, że praktyka może przyczynić się do utrudnienia funkcjonowania konkurentów dominanta na rynku niższego szczebla²². Warto podkreślić, że w takim przypadku nadużycie pozycji dominującej będzie miało miejsce nawet wtedy, gdy równie skuteczni konkurenci będą w stanie osiągnąć zysk²³. Oznacza to, że zaniżanie marży handlowej będzie zakazane nie tylko w sytuacji, gdy spowoduje to wyeliminowanie konkurentów z rynku z uwagi na ponoszenie strat, ale także w przypadku, gdy praktyka dominanta szkodzi konkurentom, pozbawiając ich takiej wysokości marży, jaką osiągnęliby w warunkach konkurencyjnych. A zatem celowe działanie dominanta, które powoduje mniej konkurencyjne warunki funkcjonowania na rynku, jest zakazane. Z takim stanowiskiem należy się zgodzić, bowiem ograniczenie zysków przez dominanta swoim konkurentom potencjalnie ogranicza możliwość dokonywania przez nich inwestycji i tym samym skutecznego konkurowania. W sprawie Telia-

²¹ N. Dunne, op. cit., s. 13.

²² Sprawa C-52/09 TeliaSonera, pkt 73 i 74.

²³ N. Petit, *Price Squeezes with Positive Margins in EU Competition Law: Economic and Legal Anatomy of a Zombie*, <https://ssrn.com/abstract=2506521> (dostęp: 2.09.2023).

Sonera TSUE uznał, że warunek niezbędnego dostępu do infrastruktury wypracowanej w sprawie Bronner nie dotyczy zachowań polegających na świadczeniu usług lub sprzedaży towarów na niekorzystnych warunkach lub na które może nie być nabywcy²⁴. Co więcej, rozszerzenie przesłanek wypracowanych w sprawie Bronner na całość zachowań podmiotu dominującego w zakresie stosowanych warunków handlowych skutkowałoby koniecznością wprowadzenia wymogu sprawdzenia, czy przesłanki te istnieją, co osłabiłoby zastosowanie art. 102 TFUE²⁵. W orzeczeniu tym TSUE stwierdził, że zaniżanie marży handlowej może stanowić niezależną od odmowy dostaw formę nadużycia pozycji dominującej.

Stanowisko wyrażone w sprawie TeliaSonera zostało potwierdzone w wielu późniejszych orzeczeniach. Jako przykład może posłużyć sprawa Telefónica²⁶, w której TSUE potwierdził, że zaniżanie marży handlowej stanowi formę nadużycia pozycji dominującej inną niż odmowa dostaw i do której kryteria ustanowione w sprawie Bronner nie mają zastosowania. TSUE uznał, że nie jest konieczne wykazanie spełnienia przesłanek wypracowanych w sprawie Bronner, gdy przedsiębiorstwo dominujące podlega regulacyjnemu obowiązkowi dostarczania swoich czynników produkcji konkurentom działającym na rynku niższego szczebla lub gdy jego pozycja rynkowa na rynku wyższego szczebla wynika z przyznanych praw specjalnych lub wyłącznych, lub została sfinansowana z zasobów państwowych²⁷.

Warta przybliżenia jest również sprawa Slovak Telekom²⁸, w której Komisja Europejska uznała, że dominant stosował niekorzystne warunki dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej (pętli lokalnych) i tym samym ograniczał możliwość funkcjonowania na rynku usług telekomunikacyjnych swoim konkurentom. Ustalono, że praktyki stosowane przez Slovak Telekom stanowiły praktyki zarówno cenowe, jak i pozacenowe o charakterze wykluczającym. Bardzo ważne było jednak to, że obowiązek dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej wynikał z ustawodawstwa krajowego, co zaś powodowało, że nie można było takiego zachowania traktować jako odmowę kontraktowania. Ponadto, dostęp do infrastruktury posiadanej przez Slovak Telekom nie był niezbędny do świadczenia usług na rynku niższego szczebla z uwagi na to, że występowały na nim inne technologie zapewniające możliwość świadczenia usług przez konkurentów na rynku

²⁴ Sprawa C-52/09 TeliaSonera, pkt 55.

²⁵ Ibidem, pkt 58.

²⁶ Sprawa C-295/12 P Telefónica SA, ECLI:EU:C:2014:2062.

²⁷ D. Geradin, *Refusal to supply and margin squeeze: A discussion of why the "Telefonica exceptions" are wrong*, TILEC Discussion Paper No. 2011/09, s. 6.

²⁸ Sprawa T-851/14 Slovak Telekom, ECLI:EU:T:2018:929.

niższego szczebla²⁹. Jak z powyższego wynika, w sprawie Slovak Telekom przesłanki wypracowane w sprawie Bronner nie miałyby zastosowania, a ich przyjęcie wręcz uniemożliwiłoby zastosowanie art. 102 TFUE do praktyk cenowych, które miały miejsce w tej sprawie. TSUE uznał, że ceny stosowane przez dominanta nie pozwoliły jego konkurentom na funkcjonowanie na rynku niższego szczebla bez ponoszenia strat. Tym samym sięgnięto do wypracowanego już testu równie skutecznego konkurenta, który zakłada zbadanie, czy dominant osiągnąłby zyski z działalności na rynku niższego szczebla w oparciu o ceny hurtowe oferowane swym konkurentom i ceny detaliczne stosowane przez niego na rynku niższego szczebla. W sprawie tej potwierdzono, że zaniżanie marży handlowej stanowi oddzielną od odmowy dostaw praktykę, ale podkreślono też, że uznanie jej za formę tej ostatniej praktyki uniemożliwiłoby w istocie przeciwdziałanie nadużyciu pozycji dominującej.

Podjęcie amerykańskiego prawa konkurencji

W Stanach Zjednoczonych zaniżanie marży handlowej nie jest traktowane jako niezależny przejaw nadużycia pozycji dominującej. Pierwszą sprawą dotyczącą zaniżania marży handlowej w USA była sprawa Alcoa, w której stwierdzono, że dominant powinien stosować uczciwe ceny pozwalające na osiągnięcie realnego zysku konkurentom działającym na rynku niższego szczebla³⁰. Ustalenia te były dyskusyjne, bowiem odwoływały się do obowiązku zapewnienia przez dominanta uczciwego zysku konkurentom. Krytycy tego orzeczenia twierdzili, że przyjmuje ono, iż celem prawa konkurencji jest ochrona konsumentów³¹. Wskazywano także, że w praktyce występują trudności w ustaleniu, co oznacza „uczciwy zysk”. Sąd wskazał, że ustalenie to powinno odbywać się za pomocą tzw. testu cen transferowych. Test ten zakładał zbadanie, czy dominat mógłby osiągnąć zysk, gdyby założono, że nabywa czynniki produkcji po cenach stosowanych przez jego konkurentów działających na rynku niższego szczebla. Jeżeli wynik tego testu byłby negatywny, to właśnie w takim przypadku praktykę dominanta należałoby uznać za nadużycie pozycji dominującej³².

²⁹ D. Geradin, R. O'Donoghue, *Papering Over the Cracks: The GCEU Judgement in Case T-851/14 Slovak Telekom v Commission* (4.02.2019).

³⁰ Sprawa United States v. Aluminum Co of Am, 148 F 2d 416 (2d Cir 1945).

³¹ G. Faella, R. Pardolesi, *Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law*, „European Competition Journal” 2010, 6, s. 260.

³² J. Tirole, *The Theory of Industrial organization*, MIT Press 1988, s. 1248.

Odmienne podejście do oceny zaniżania marży handlowej wypracowane zostało w sprawie *Trinko*³³. Choć sprawa ta dotyczyła odmowy kontraktowania, to w doktrynie uznaje się, że jej ustalenia mają zastosowanie do zaniżania marży handlowej. I tak, w sprawie tej Sąd Najwyższy USA zajął się praktyką podejmowaną na regulowanym rynku telekomunikacyjnym, na którym warunki udostępniania infrastruktury nowym konkurentom były określane przez organ regulacyjny. Sąd podkreślił, że przedsiębiorstwa mogą uzyskać pozycję monopolistyczną poprzez stworzenie infrastruktury, która sprawia, że są one wyjątkowo przystosowane do obsługi klientów. Dzięki temu przedsiębiorstwa zyskują przewagę konkurencyjną, a zmuszanie tych przedsiębiorców do dzielenia się z konkurentami źródłem ich przewagi może być postrzegane jako stojące w sprzeczności z podstawowym celem prawa konkurencji, ponieważ zmniejsza to ich motywację do inwestycji³⁴.

Sąd Najwyższy USA ustanowił bardzo rygorystyczne wymogi ustanawiania antymonopolowego obowiązku zawierania transakcji, podkreślając, że co do zasady przedsiębiorstwa są wolne w decydowaniu o nawiązywaniu relacji handlowych. Niemniej jednak, wyjątkowo, może być na nie nałożony obowiązek dostaw, w szczególności gdy przedsiębiorca wcześniej dobrowolnie współpracował ze swoim konkurentem, a obecnie ustala on warunki relacji w sposób dla niego niekorzystny. Warto przy tym wskazać, że w sprawie *Aspen Skiing* zostały określone następujące przesłanki warunkujące nałożenie obowiązku dostaw: zakończenie relacji handlowych przy braku uzasadnienia gospodarczego i wyrządzenie szkody dla konkurencji³⁵. Niemniej jednak warunki te nie miały zastosowania w sprawie *Trinko*, bowiem z uwagi na regulację rynku dominant był zobowiązany do dostaw swoim konkurentom. Z tego też powodu Sąd Najwyższy USA uznał, że zintegrowany monopolista, który nie ma obowiązku zawierania transakcji na rynku hurtowym, nie jest zobowiązany do zawierania transakcji na warunkach korzystnych dla swoich konkurentów. Jedynie w przypadku, gdy na rynku nie jest możliwe wytworzenie wkładu (produktu lub usługi) oferowanego przez dominanta, który to został przez niego opracowany i wprowadzony na rynek, możliwe jest ustanowienie obowiązku dzielenia się tym wkładem z konkurentami³⁶. Zdaniem Sądu Najwyższego USA jeżeli przedsiębiorstwo nie ma obowiązku zawierania transakcji wynikającego z prawa antymonopolowego, to nie powinno ponosić odpowiedzialności

³³ Sprawa *Verizon Communications Inc, Petitioner v. Law Offices of Curtis v Trinko, LLP*, 540 US 398, 407 (2004).

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ A. Candeub, *Trinko and Re- Grounding the Refusal to Deal Doctrine*, „*University of Pittsburgh Law Review*” 2005, 66, s. 827.

³⁶ G. Hay, K. McMahon, *The Diverging Approach to Price Squeezes in the United States and Europe*, „*Journal of Competition Law & Economics*” 2012, 2, s. 265.

za stosowanie wysokich marż na rynku hurtowym w porównaniu z rynkiem detalicznym. Dopiero wykazanie, że marże te prowadzą do cen drapieżnych, powoduje zakwalifikowanie takiej praktyki jako nadużycia pozycji dominującej.

Jak z powyższego wynika, Sąd Najwyższy uznał, że stosowanie nieuczciwych lub nieodpowiednich marży handlowych nie jest samo w sobie niezgodne z amerykańskim prawem konkurencji³⁷. Stosowanie takiej praktyki może być więc zakwalifikowane jako odmowa dostaw lub stosowanie cen drapieżnych, jeżeli przesłanki jednej z tych praktyk są spełnione. Wynika z tego, że Sąd Najwyższy USA nie uznał zaniżania marży handlowej jako niezależnej praktyki stanowiącej nadużycie pozycji dominującej.

W kolejnej sprawie Linkline³⁸ Sąd Najwyższy USA również zajął się praktyką, która miała miejsce na rynku telekomunikacyjnym. Sprawa ta dotyczyła operatora AT&T, który objęty był obowiązkiem regulacyjnym udostępnienia swojej infrastruktury konkurentom działającym na rynku niższego szczebla. W nawiązaniu do orzeczenia w sprawie Trinko Sąd Najwyższy USA uznał, że gdy dominant (będący w tym przypadku monopolistą) nie jest objęty obowiązkiem (wynikającym z prawa konkurencji) prowadzenia działalności na rynku wyższego szczebla, a na rynku niższego szczebla nie stosuje cen drapieżnych, to wówczas przedsiębiorca ten nie ma obowiązku ustalania cen na obu tych szczeblach obrotu w taki sposób, aby zapewnić swoim konkurentom zysk. Sąd Najwyższy USA uznał, że w celu ustalenia, że zaniżanie marży handlowej doprowadziło do powstania szkody, konieczne jest wykazanie, iż dominant stosował ceny drapieżne na rynku niższego szczebla³⁹. W sprawie tej podkreślono, że stosowanie nieuczciwej lub nieadekwatnej marży handlowej przez dominanta względem swoich konkurentów nie jest samo w sobie niezgodne z prawem⁴⁰.

Warto zaznaczyć, że analiza sądu skupiła się przede wszystkim na ustaleniu, czy dominant zobowiązany był do dostaw względem swoich konkurentów⁴¹. Dopiero wykluczenie istnienia obowiązku kontraktowania otworzyło drogę do analizy stosowanych marż. Sąd Najwyższy USA uznał, że ocena stosowanych marż odbywa się z zastosowaniem przesłanek wykształconych w sprawie Brooke Group, które zakładają, że marże stosowane przez dominanta będą niezgodne z prawem konkurencji, gdy stosowana cena jest niższa od odpowiedniej miary kosztów i istnieje

³⁷ G. Gaudin, D. Mantzari, *Margin Squeeze: An Above-cost Predatory Pricing Approach*, „Journal of Competition Law & Economics” 2016, 12, s. 151–179.

³⁸ Sprawa Pac. Bell Tel. Co. v. Linkline Commc'ns, Inc. 129 S. Ct. 1109, 1123 (2009).

³⁹ D. Yannelis, *Margin Squeeze in the US and The EU: Why They Differ?*, „European Scientific Journal” 2015, 11, s. 500.

⁴⁰ G. Gaudin, D. Mantzari, op. cit., s. 163.

⁴¹ C. Rudaz, *Did Trinko Really Kill Antitrust Price Squeeze Claims?*, „Vanderbilt Law Review” 2010, 4, s. 1104.

realne prawdopodobieństwo, że dominant będzie w stanie skompensować sobie straty stosowania cen nieuwzględniających kosztów⁴². Po wykluczeniu, że w sprawie nie miał miejsca ani obowiązek dostaw, ani też stosowanie cen drapieżnych, Sąd Najwyższy USA nie doszukał się zagrożenia dla konkurencji. Stwierdził, że jeżeli nie ma obowiązku zawierania transakcji na poziomie hurtowym i nie ma jednocześnie drapieżnych cen na poziomie detalicznym, to dominant nie ma obowiązku ustalania cen w taki sposób, aby zapewnić zysk swym konkurentom. Oznacza to, że nie ma podstaw do ingerencji organu antymonopolowego, w sytuacji gdy cena hurtowa przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo jest wyższa lub równa jej cenie detalicznej.

W sprawie *Linkline* Sąd Najwyższy USA uznał więc, że zaniżanie marży handlowej nie jest samodzielną praktyką stanowiącą nadużycie pozycji dominującej. Takie stanowisko spotkało się z przychylnością doktryny. Twierdzono, że w przypadku uznania zaniżania marży handlowej za samodzielną praktykę doszłoby do ograniczenia inwestycji i innowacji przez dominatów⁴³. Choć pojawiły się także takie opinie, że orzeczenie to ignoruje rolę, jaką zintegrowany pionowo dominant odgrywa jako dostawca i rywal, przez co nie uwzględnia ekonomicznej rzeczywistości integracji pionowej⁴⁴.

Podsumowanie

Unijne i amerykańskie prawo konkurencji w odmienny sposób klasyfikują praktykę, jaką jest zaniżanie marży handlowej. W amerykańskim prawie konkurencji praktyka ta może zostać uznana za nadużycie pozycji dominującej, jeżeli spełnia przesłanki odmowy dostaw lub drapieżnictwa cenowego. Z tego też względu jest ona szczególną formą innych praktyk i nie zostały wypracowane przesłanki uzasadniające uznanie zaniżania marży handlowej za niezależną praktykę. W zasadzie prawo amerykańskie koncentruje się na korzyściach wynikających z integracji pionowej dominanta i dba, aby nie ograniczyć zachęt do inwestycji i innowacji, co by wystąpiło, gdyby dominant musiał dzielić się zyskiem ze swoimi konkurentami. Można stwierdzić, że amerykańskie prawo konkurencji jest więc bardziej konserwatywne, czego przykładem jest chociażby to, że np. odmowa dostępu do urządzenia

⁴² Sprawa *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp*, 509 U.S. 209 (1998).

⁴³ J. Sidak, *Abolishing the Price Squeeze as a theory of Antitrust Liability*, „Journal of Competition Law & Economics” 2008, 2, s. 279–309.

⁴⁴ B. Aburn, *Margin Squeezing: The Superfluous „Fancy Phrase” of New Zealand Competition Law*, „Auckland University Law Review” 2012, 18, s. 233.

kluczowego nie została uznana przez Sąd Najwyższy USA za praktykę niezgodną z prawem konkurencji – w przeciwieństwie do prawa unijnego.

Odmienne zaś praktyka ta klasyfikowana jest w prawie unijnym. Przede wszystkim podejście prawa konkurencji względem tej praktyki ma na celu ochronę struktury rynku, tj. dba o to, aby konkurenci nie opuścili rynku wskutek praktyk dominanta. Wydaje się jednak, że w prawie unijnym podejście do zaniżania marży handlowej zostało bardziej wypracowane w tych sprawach, które dotyczyły praktyk podejmowanych przez dominatów w sektorach regulowanych. Ustalenia Komisji Europejskiej dotyczyły w kilku sprawach tego, czy określona praktyka polega na odmowie dostaw, czy też powoduje charakterystyczny właśnie dla tej praktyki skutek w postaci wykluczenia poprzez stosowanie zaniżania marży handlowej.

Wydaje się więc, że celowo Komisja Europejska w wytycznych określiła, że zaniżanie marży handlowej stanowi niezależną praktykę naruszającą art. 102 TFUE. Niemniej jednak wątpliwości może budzić to, że zostało to dokonane stosunkowo niedawno, a praktyka orzecznicza w tym zakresie została przecież wykształcona wiele lat temu. Poddaje to w wątpliwość sens wydawania przez Komisję Europejską niewiążących wytycznych, które zamiast przyczyniać się do ułatwiania interpretacji antykonkurencyjnych praktyk, wprowadzają w błąd.

Bibliografia

- Aburn B., *Margin Squeezing: The Superfluous „Fancy Phrase” of New Zealand Competition Law*, „Auckland University Law Review” 2012, 18.
- Bergh R., van den, Camesaca P., *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Sweet & Maxwell 2006.
- Candeub A., *Trinko and Re- Grounding the Refusal to Deal Doctrine*, „University of Pittsburgh Law Review” 2005, 66.
- Czapracka K., *Intellectual Property and the Limits of Antitrust: A Comparative Study of US and EU Approaches*, Edwar Edgar Publishing 2010.
- Dunne N., *Margin Squeeze: Theory, Practice, Policy, Part I*, „European Competition Law Review” 2012, 33.
- Faella G., Pardolesi R., *Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law*, „European Competition Journal” 2010, 6.
- Gaudin G., Mantzari D., *Margin Squeeze: An Above-cost Predatory Pricing Approach*, „Journal of Competition Law & Economics” 2016, 12.
- Geradin D., *Refusal to supply and margin squeeze: A discussion of why the “Telefonica exceptions” are wrong*, TILEC Discussion Paper No. 2011/09.
- Geradin D. (red.), *The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond*, Kluwer Law International, The Hague 2000.

- Geradin D., O'Donoghue R., *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, GCLC Working Paper Series, 04/2005.
- Geradin D., O'Donoghue R., *Papering Over the Cracks: The GCEU Judgement in Case T-851/14 Slovak Telekom v Commission* <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3328476>.
- Hay G., McMahon K., *The Diverging Approach to Price Squeezes in the United States and Europe*, „Journal of Competition Law & Economics” 2012, 2.
- Jullien B., Rey P., Saavedra C., *The Economics of Margin Squeeze*, CEPR Discussion Paper No. DP9905, March 2014, <https://ssrn.com/abstract=2444927> (dostęp: 2.09.2023).
- Kelly L., Vijver T., van der, *Less is More: Senwes and the Concept of 'Margin Squeeze' in South African Competition Law*, „The South African Law Journal” 2009, 2.
- Krämer J., Schnurr D., *Margin squeeze regulation and infrastructure competition*, „Information Economics and Policy” 2018, 45.
- Niels G., Jenkins H., Kavanagh J., *Economics for Competition Lawyers*, Oxford 2011.
- OECD, *Margin Squeeze*, DAF/COMP(2009)36, <https://www.oecd.org/daf/competition/46048803.pdf> (dostęp: 2.09.2023).
- Petit N., *Price squeezes with positive margins in EU competition law: economic and legal anatomy of a zombie*, <https://ssrn.com/abstract=2506521> (dostęp: 2.09.2023).
- Pisarkiewicz A., *Margin Squeeze in the Electronic Communications Sector*, Kluwer Law International 2018.
- Rudaz C., *Did Trinko Really Kill Antitrust Price Squeeze Claims?*, „Vanderbilt Law Review” 2010, 4.
- Sidak J., *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, „Journal of Competition Law & Economics” 2008, 2.
- Tirole J., *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press 1988.
- Yannelis D., *Margin Squeeze in the US and The EU: Why They Differ?*, „European Scientific Journal” 2015, 11.