

*Istota nadużycia pozycji
dominującej
w świetle more economic approach*

dr Konrad Kohutek

*Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych UW
Polsko-Niemieckie Centrum Prawa Bankowego UJ
Krakowska Szkoła Wyższa im. A. Frycza-Modrzewskiego*

Wprowadzenie

- Cel wystąpienia: próba wyznaczenia **obszaru dozwolonego zachowania** przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą (jakie rozwiązania/testy są tu najważniejsze?)
- Ograniczenie rozważań do nadużyć o charakterze **wykluczającym** (*exclusionary abuses*)

Nadużycie o charakterze wykluczającym

- Dotychczasowe „definicje” nadużycia przyjęte przez ETS opierają się na zwrotach niejednoznacznych
- „Definicja” nadużycia przewidziana przez Komisję w dokumencie dyskusyjnym:
„zachowanie wykluczające, które wywołuje faktyczne lub prawdopodobne skutki antykonkurencyjne na rynku i które bezpośrednio lub pośrednio szkodzi konsumentom”
[„...*exclusionary conduct which produces actual or likely anticompetitive effects in the market and which can harm consumers in a direct or indirect way*”]

Szkoda konsumenta / faktyczne lub prawdopodobne skutki antykonkurencyjne

- Jak ustalać szkodę dla konsumenta? Czy *ex ante* jest to w ogóle możliwe?
- Praktyki wykluczające konkurentów jako te, które mogą już tylko **pośrednio szkodzić konsumentom**
- Zasadniczy problem: jak odróżnić wykluczenie konkurenta z rynku podlegające kwalifikacji jako nadużycie od wykluczenia stanowiącego następstwo „konkurowania co do meritum”? (zatem dozwolonego „używania” prawa)

Przesłanki (wstępnego) identyfikowania

praktyki wykluczającej jako nadużycie

- Przesłanka FORMALNA: (**zachowanie wykluczające**): oceniana praktyka **ze swej istoty** musi mieć „**zdolność do wykluczenia** konkurentów [*capability, by its nature, to foreclose competitors*] - sprowadza się to do badania samej formy danego zachowania, czyli (z reguły) stwierdzenia, że dominant stosuje jedną z „nazwanych” praktyk rynkowych; żadne z zachowań zdatnych do wykluczenia **per se nie stanowi nadużycia**
- Przesłanka EKONOMICZNA (skutek rynkowy): wymaga analizy kontekstu rynkowego zachowania dominanta i ustalenia wywołania przez nie **prawdopodobnego skutku wykluczającego**, który jest **szkodliwy dla rynku** [*in the specific market context, a likely market distorting foreclosure effect must be established*]

Test równie efektywnego konkurenta

(*As Efficient Competitor Test*; dalej: test AEC)

Cel: służyć ma odróżnieniu, czy wykluczenie wywołuje antykonkurencyjne skutki rynkowe, czy jest efektem normalnej konkurencji (czyli ocena przesłanki ekonomicznej); instytucja nadużycia pozycji dominującej chronić ma konkurencję, a nie (nieefektywnych) konkurentów (co do zasady ochroną objęci mają być jedynie efektywni gracze)

Stosowanie testu:

- Kto jest równie efektywnym konkurentem?
- Kiedy zachodzi wykluczenie równie efektywnego konkurenta? (tzw. test „podstawienia”)

Problemy związane ze stosowaniem testu AEC

- Konieczność analizy kosztów dominanta (metoda czasochłonna i kosztowna); zagrożenie manipulacji kosztami
- Trudności w ustaleniu *ex ante* przez dominanta czy jego zachowanie jest nadużyciem
- Ograniczony zakres stosowania testu AEC: tylko do wykluczających praktyk cenowych (*price-based conduct*)
- Możliwość odstępiania od stosowania testu AEC „w interesie konsumentów”, czyli objęcia ochroną także mniej efektywnych graczy: zaleta czy wada?
- Test AEC nie uwzględnia *efficiencies* – ich wystąpienie wyklucza możliwość uznania danej praktyki za nadużycie nawet gdy wynik testu jest negatywny

Alternatywne rozwiązania?

- Inne możliwe testy:
 - „test poświęconego zysku”;
 - „test braku ekonomicznego sensu”,
 - „test dobrobytu konsumenta”
- Czy w ogóle celowe/możliwe jest wprowadzenie ogólnego (uniwersalnego) testu oceny nadużycia dla wszystkich możliwych praktyk wykluczających?
- Może lepiej formułować tylko testy (warunki) „szczególne”, tj. dotyczące konkretnych rodzajów (kategorii) praktyk wykluczających? - to jednak dyskusyjne

Brak *efficiencies* (*objective justifications*) jako element składowy pojęcia nadużycia

- Trudności w identyfikacji i szacowaniu *efficiencies*/zysku (szkody) dla konsumenta (tzw. skutków „netto”) - zwłaszcza *ex ante*
- Czy wymóg braku eliminacji konkurencji wobec znacznej części produktów nie czyni instytucji *efficiencies* iluzorycznym? Brak jej dostępności dla quasi-monopolistów? Czy w ramach jej stosowania należałoby uwzględnić genezę uzyskania znaczącej siły rynkowej?
- Problem rozkładu ciężaru dowodu: sprzeczność formalna (zob. zwłaszcza art. 2 zd.1 rozporządzenia nr 1/2003), lecz „spójność systemowa”?