OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO JÁNA MAZÁKA
przedstawiona w dniu 2 września 2010 r.[1]

1. W niniejszym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Stockholms tingsrätt (sąd okręgowy w Sztokholmie) (Szwecja) zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z szeregiem pytań dotyczących wykładni art. 102 TFUE (dawniej art. 82 WE) w związku z zarzucanym nadużyciem pozycji dominującej w postaci nożyc cenowych[2]. Wniosek złożono w trakcie postępowania toczącego się pomiędzy szwedzkim operatorem telekomunikacyjnym TeliaSonera Sverige AB (zwanym dalej „TeliaSonerą") a Konkurrensverket (krajowym urzędem ochrony konkurencji, zwanym dalej „urzędem ochrony konkurencji"). W dniu 21 grudnia 2004 r. urząd ochrony konkurencji zwrócił się do sądu krajowego o nakazanie TeliaSonerze zapłaty grzywny administracyjnej w wysokości 144 mln SEK (obecnie ok. 15,1 mln EUR) z tytułu naruszenia krajowego prawa konkurencji, a także art. 102 TFUE.

I – Okoliczności faktyczne i pytania prejudycjalne

2. Sprawa dotyczy zmian technologicznych mających miejsce pod koniec XX w. i na początku XXI w., gdy wzrastająca liczba szwedzkich użytkowników końcowych usług internetowych przeszła z systemu analogowych łącz telefonicznych na inne formy połączeń szerokopasmowych o znacznie wyższej szybkości transmisji. W tym czasie najbardziej rozpowszechnionymi połączeniami szerokopasmowymi były połączenia ADSL (asymetric digital subscriber line zwane dalej „ADSL") przez łącze telefoniczne albo przez sieć telewizji kablowej, albo przez sieć lokalną (zwaną dalej „LAN").

3. Spółka TeliaSonera, wcześniej Telia AB, posiadała od dłuższego czasu metaliczną lokalną sieć dostępu, mogącą objąć w zasadzie wszystkie gospodarstwa domowe w Szwecji. Jest ona historycznym operatorem sieci telefonii stacjonarnej, który posiadał niegdyś monopol państwowy w zakresie określania, jakiego typu urządzenia winny być używane w ramach jej własnej sieci stacjonarnej. Poza zapewnianiem usług szerokopasmowych na rynku użytkowników końcowych (rynku niższego szczebla lub rynku detalicznym), TeliaSonera oferowała innym operatorom (na rynku wyższego szczebla lub rynku

1 — Język oryginału: angielski.
2 — Zobacz definicję nożyc cenowych w pkt 12 poniżej.

hurtowym), którzy również działali na rynku użytkowników końcowych, dostęp do swojej metalicznej sieci dostępu (to znaczy do części sieci telefonicznej łączącej indywidualne gospodarstwa domowe z najbliższą lokalną przełącznicą). Dostęp był oferowany na dwa sposoby. TeliaSonera oferowała tak zwany dostęp LLUB (local loop unbundling, uwolniony dostęp do pętli lokalnej), umożliwiający innemu operatorowi uzyskanie w zamian za opłatę całkowitego lub dzielonego dostępu do metalicznej sieci dostępu spółki TeliaSonera, zgodnie z wymogami rozporządzenia nr 2887/2000 [3]. Jednakże zarzucane nadużywanie pozycji dominującej nie wiąże się z dostępem LLUB objętym rozporządzeniem, lecz z oferowanym przez TeliaSonerę jej konkurentom dostępem do sieci stacjonarnej za pośrednictwem szczególnego produktu umożliwiającego przyłączenie do ADSL (takiego jak Skanova Bredband ADSL).

4. Urząd ochrony konkurencji twierdzi, że TeliaSonera nadużywała swojej pozycji dominującej na rynku poprzez stosowanie różnicy pomiędzy ceną hurtową na produkty ADSL skierowane do dostawców pośrednich a ceną detaliczną na usługi ADSL oferowane konsumentom, która to różnica nie wystarczała na pokrycie kosztów przyrostowych TeliaSonery na rynku detalicznym. Ze względu na sposób, w jaki urząd ochrony konkurencji sformułował swą skargę, okres od kwietnia 2000 r. do stycznia 2001 r. analizowany jest jedynie w kontekście art. 19 Konkurrenslagen (1993:20) (ustawy o konkurencji). Jednakże w odniesieniu do okresu późniejszego, do stycznia 2003 r. włącznie, znaczenie mają zarówno ustawa o konkurencji, jak i art. 102 TFUE. Tele2 Sverige Aktiebolag (zwana dalej „Tele2") wstąpiła do sprawy w charakterze interwenienta popierającego żądania urzędu ochrony konkurencji [4]. Z postanowienia odsyłającego jasno wynika, że strony postępowania przed sądem krajowym nie zgadzają się co do szeregu ważnych – a według mnie rozstrzygających – okoliczności faktycznych (takich jak definicja właściwego rynku, na którym TeliaSonera zajmuje pozycję dominującą, a nawet kwestia samego istnienia takiej pozycji). Jednakże sąd krajowy stoi na stanowisku, że w świetle krajowych przepisów proceduralnych już na tym etapie konieczne jest wystąpienie do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi. W szczególności ocena dowodów i ocena kwestii prawnych w niniejszej sprawie musi mieć miejsce równocześnie z naradą sędziów, po rozprawie głównej.

5. Nawet gdyby nie zaistniał wpływ na wymianę handlową pomiędzy państwami

3 — Rozporządzenie nr 2887/2000 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2000 r. w sprawie uwolnionego dostępu do pętli lokalnej (Dz.U. L 336, s. 4).

4 — W 2005 r. Tele2 wniosła w Szwecji skargę przeciwko TeliaSonerze, domagając się zasądzenia odszkodowania w wysokości ok. 240 mln EUR za szkody spowodowane jej zdaniem przez nadużycie pozycji dominującej. Postępowanie w tej sprawie zostało zawieszone do czasu rozstrzygnięcia postępowania toczącego się przed sądem krajowym w niniejszej sprawie. Zobacz sprawę T 10956-05 Tele2 Sverige AB mot TeliaSonera AB.

członkowskimi lub gdyby nadużywanie pozycji dominującej miało miejsce tylko w okresie od kwietnia 2000 r. do dnia 1 stycznia 2001 r., sąd krajowy ocenia, że istnieje jednak potrzeba wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W tej sytuacji sąd krajowy postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) W jakich okolicznościach może istnieć naruszenie art. [102 TFUE] oparte na różnicy pomiędzy ceną, po jakiej przedsiębiorstwo dominujące zintegrowane pionowo sprzedaje usługi pośrednie ADSL konkurentom, a ceną, po jakiej sprzedaje je użytkownikom końcowym?

2) Czy celem udzielenia odpowiedzi na pytanie pierwsze należy uwzględniać tylko ceny oferowane przez przedsiębiorstwo dominujące użytkownikom końcowym, czy też należy również uwzględnić ceny oferowane przez jego konkurentów na rynku użytkowników końcowych?

3) Czy dla odpowiedzi na pytanie pierwsze ma znaczenie okoliczność, że przedsiębiorstwo dominujące nie posiada jakiegokolwiek obowiązku ustawowego do dostawy usług pośrednich, lecz postanowiło to czynić z własnej inicjatywy?

4) Czy aby praktyka takiego rodzaju jak opisana w pytaniu pierwszym stanowiła nadużywanie pozycji dominującej, wymagany jest skutek antykonkurencyjny, a jeśli tak, to jak należy taki skutek ustalić?

5) Czy dla odpowiedzi na pytanie pierwsze ma znaczenie stopień siły rynkowej, z jakiej korzysta przedsiębiorstwo dominujące?

6) Czy aby praktyka takiego rodzaju jak opisana w pytaniu pierwszym stanowiła nadużywanie pozycji dominującej, wymagana jest pozycja dominująca zarówno na rynku usług pośrednich, jak i na rynku użytkowników końcowych przedsiębiorstwa stosującego taką praktykę?

7) Czy aby praktyka takiego rodzaju jak opisana w pytaniu pierwszym stanowiła nadużywanie pozycji dominującej, towar […] dostarczan[y] przez przedsiębiorstwo dominujące na rynku pośrednim mus[i] być niezbędn[y] dla konkurentów?

8) Czy dla odpowiedzi na pytanie pierwsze ma znaczenie okoliczność, że dostawa jest dla nowego klienta?

9) Czy aby praktyka takiego rodzaju jak opisana w pytaniu pierwszym stanowiła nadużywanie pozycji dominującej, wymagane jest prawdopodobieństwo w tym zakresie, aby przedsiębiorstwo dominujące było w stanie odzyskać straty, które poniosło?

10) Czy dla odpowiedzi na pytanie pierwsze ma znaczenie okoliczność, że mamy do czynienia z nową technologią na rynku, wymagającą bardzo wysokich inwestycji, na przykład w odniesieniu do racjonalnych kosztów wejścia na rynek oraz ewentualnej konieczności sprzedaży ze stratą na etapie wchodzenia na rynek?”.

6. Urząd ochrony konkurencji, TeliaSonera, Tele2, rząd fiński, rząd polski oraz Komisja Europejska przedstawiły swe uwagi na piśmie. Podczas rozprawy w dniu 18 marca 2010 r. te same podmioty – oprócz rządu fińskiego i rządu polskiego – przedstawiły uwagi ustne.

II – Ocena

7. Jak wskazano w pkt 4 powyżej, sąd krajowy wyjaśnił, że ze względu na treść krajowych przepisów proceduralnych pytania prejudycjalne winny skupiać się wyłącznie na kwestii zasad prawa konkurencji. Z uwagi na charakter przedstawionych pytań poniższa analiza także ograniczać się będzie z konieczności do kwestii zasadniczych. Zadaniem sądu krajowego będzie ustalenie faktów oraz zastosowanie do nich prawa. Na tym etapie wystarczy zaznaczyć, iż według mnie pełna odpowiedź na pytanie pierwsze będzie wynikać z odpowiedzi, jakie zostaną udzielone na pozostałych dziewięć pytań prejudycjalnych. W szczególności, jak wyjaśnię poniżej, uważam, iż z postanowienia odsyłającego wynika, że dla rozstrzygnięcia sporu zawisłego przed sądem krajowym zasadnicze znaczenie ma pytanie pierwsze łącznie z pytaniem trzecim i siódmym, wobec czego skoncentruję się właśnie na tych pytaniach. Podejście takie wydaje się uzasadnione także dlatego, że odpowiedzi na inne pytania można w znacznej mierze odnaleźć w dotychczasowym orzecznictwie Wspólnoty Europejskiej (a obecnie Unii Europejskiej) lub wywnioskować je z tego orzecznictwa.

Pytanie pierwsze – przesłanki powstania nożyc cenowych stanowiących nadużycie, pytanie trzecie – brak ustawowego obowiązku dostaw oraz pytanie siódme – niezbędność produktu

8. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem „pojęcie nadużywania jest pojęciem obiektywnym, które odnosi się do zachowań przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, mogących wpłynąć na strukturę rynku, na którym właśnie ze względu na obecność takiego przedsiębiorstwa konkurencja jest już osłabiona, oraz stwarzających przeszkodę w utrzymaniu istniejącego jeszcze poziomu konkurencji lub w jej rozwoju na rynku

poprzez stosowanie środków odmiennych od tych, jakie stosuje się w warunkach normalnej konkurencji między towarami lub usługami na podstawie świadczeń podmiotów gospodarczych" [5].

9. Co więcej „stwierdzenie istnienia pozycji dominującej samo w sobie nie stanowi zarzutu względem danego przedsiębiorstwa, spoczywa na nim niezależnie od przyczyn takiej pozycji szczególna odpowiedzialność, by swoim zachowaniem nie naruszać skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku" [6]. Rzeczywisty zakres szczególnej odpowiedzialności ciążącej na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą powinien być oceniany w świetle szczególnych okoliczności każdej sprawy [7]. Praktyka, której nie można by było zakwestionować w normalnych warunkach konkurencji, może stanowić nadużycie, jeśli stosowana jest przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą [8]. Przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą jest na przykład uprawnione do ochrony swoich własnych interesów handlowych, gdy są one zagrożone, i w celu ich ochrony może również podejmować działania, które uznaje za właściwe [9]. Może się ono posłużyć środkami normalnej konkurencji między towarami i usługami w rozumieniu konkurencji między świadczeniami, jednakże zachowanie handlowe, które odbiega od normalnego zachowania handlowego i może osłabić istniejącą jeszcze konkurencję, stanowi nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE [10]. Nie każda konkurencja cenowa może być bowiem uznawana za zgodną z prawem [11]. Pozostaje wreszcie faktem, że co do zasady orzecznictwo UE przyznaje przedsiębiorstwom dominującym możliwość wykazania, że ich zachowanie jest obiektywnie uzasadnione [12].

10. Przechodząc do zagadnienia efektu nożyc cenowych, należy stwierdzić, że według Komisji, urzędu ochrony konkurencji i Tele2 o jego wystąpieniu można mówić wówczas, gdy przedsiębiorstwo dominujące na rynku wyższego szczebla prowadzi także działalność na rynku niższego szczebla i stosuje na tych rynkach takie ceny, że różnica między ceną obowiązującą na rynku niższego szczebla a ceną obowiązującą na rynku wyższego szczebla nie jest wystarczająca, by pokryć

5 — Wyroki: z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76 Hoffmann La Roche przeciwko Komisji, Rec. s. 461, pkt 91; z dnia 3 lipca 1991 r. w sprawie C-62/86 AKZO przeciwko Komisji, Rec. s. I-3359, pkt 69.

6 — Wyroki: z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81 Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji (zwany „wyrokiem w sprawie Michelin I"), Rec. s. 3461, pkt 57; wyrok z dnia 16 marca 2000 r. w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P Compagnie maritime belge transports i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-1365, pkt 37.

7 — Wyrok z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie C-333/94 P Tetra Pak przeciwko Komisji (zwany „wyrokiem w sprawie Tetra Pak II"), Rec. s. I-5951, pkt 24.

8 — Wyżej wymieniony w przypisie 6 wyrok w sprawie Compagnie maritime belge transports i in., pkt 131.

9 — Wyrok z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 United Brands przeciwko Komisji, Rec. s. 207, pkt 189.

10 — Zobacz podobnie ww. w przypisie 5 wyrok w sprawie Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, pkt 91, 123; ww. w przypisie 6 wyrok w sprawie Michelin I, pkt 70; wyrok z dnia 11 grudnia 1980 r. w sprawie 31/80 L'Oréal przeciwko De Nieuwe AMCK, Rec. s. 3775, pkt 27; ww. w przypisie 5 wyrok w sprawie AKZO przeciwko Komisji, pkt 69, 70; opinia rzecznika generalnego J. Kokott przedstawiona w sprawie C-95/04 P British Airways przeciwko Komisji (wyrok z dnia 15 marca 2007 r.), Zb.Orz. s. I-2331, pkt 24.

11 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie C-202/07 P France Télécom przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-2369, pkt 106.

12 — Zobacz w szczególności ww. w przypisie 9 wyrok w sprawie United Brands przeciwko Komisji, pkt 184; wyrok z dnia 3 października 1985 r. w sprawie 311/84 CBEM („Télémarketing"), Rec. s. 3261, pkt 27; ww. w przypisie 10 wyrok w sprawie British Airways przeciwko Komisji, pkt 69, 86.

koszty przyrostowe ponoszone przez przedsiębiorstwo dominujące w związku z dostarczaniem produktów na rynku niższego szczebla.

11. Według mnie TeliaSonera słusznie twierdzi, że nożyce cenowe noszą znamiona nadużycia tylko wówczas, gdy na przedsiębiorstwie dominującym ciąży ustawowy obowiązek dostarczania produktów do dalszej odsprzedaży lub gdy produkty te są niezbędne. Jeżeli produkt oferowany do dalszej odsprzedaży przez przedsiębiorstwo dominujące nie jest niezbędny, nie może on być przedmiotem nadużycia w postaci nożyc cenowych, ponieważ konkurenci nie muszą go nabywać po cenie żądanej przez to przedsiębiorstwo bądź wcale [13].

12. W świetle przedstawionej przeze mnie opinii oraz wyroku Sądu w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji [14] bezprawny efekt nożyc cenowych występuje oczywiście wtedy, kiedy różnica pomiędzy cenami detalicznymi przedsiębiorstwa, które dominuje na rynku, i ceną produktów porównywalnych do produktów jego konkurentów jest albo ujemna, albo niewystarczająca, aby pokryć koszty specyficzne dla produktów przedsiębiorstwa dominującego w odniesieniu do produktów oferowanych w sprzedaży detalicznej na rynku niższego szczebla. Bezprawność takiego postępowania wynika z nieuczciwego charakteru różnicy w cenie oraz z faktu, że produkty pośrednie oferowane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą są niezbędne do umożliwienia jego konkurentom konkurowania tym przedsiębiorstwem na rynku niższego szczebla, na którym oferowane są produkty dostępu dla abonentów. Taki efekt nożyc cenowych między ceną produktów pośrednich a ceną detaliczną produktów oferowanych przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą zakłóci według mnie rozwój konkurencji na rynkach niższego szczebla.

13. Sąd krajowy wyjaśnia, że wziął pod uwagę wyrok Sądu w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji. W międzyczasie, w dniu

13 — Sąd krajowy przywołuje w tym miejscu publikację autorstwa D. Geradina i R. O'Donoghue'a The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector, [2005], *Journal of Competition Law and Economics 1(2)*, 355–425, s. 358 i nast.

14 — Wyrok w sprawie C-280/08 P, w toku, pkt 44, 46, 64; wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie T-271/03 Deutsche Telekom przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-477, odpowiednio pkt 166, 167, 237. W drugim z wymienionych wyroków Sąd utrzymał w mocy decyzję Komisji wymierzoną przeciwko Deutsche Telekom, dotyczącą nadużycia pozycji dominującej w postaci nożyc cenowych (decyzja 2003/707/WE z dnia 21 maja 2003 r. w sprawie postępowania na podstawie art. [102 TFUE] (sprawy COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (Dz.U. L 263, s. 9).

22 kwietnia 2010 r., przedstawiłem opinię w postępowaniu, w którym Deutsche Telekom wniosła odwołanie od tego wyroku, i zaproponowałem w niej, aby Trybunał oddalił odwołanie i utrzymał w mocy wyrok Sądu. Wyrok Trybunału ma zostać wydany wkrótce [15]. Jak wskazał sąd krajowy w niniejszej sprawie, rozpatrywane w zawisłym przed nim postępowaniu zagadnienia różnią się pod kilkoma istotnymi względami od zagadnień poruszonych w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji. W szczególności, inaczej niż w przypadku Deutsche Telekom, na TeliaSonerze nie ciążył ustawowy obowiązek oferowania produktów ADSL przeznaczonych do dalszej odsprzedaży (zwanych dalej „badanymi produktami"). Na TeliaSonerze ciążył natomiast ustawowy obowiązek związany z dostępem do LLUB, co nie jest przedmiotem niniejszej sprawy. Ponadto z postanowienia odsyłającego jasno wynika, że ceny badanych produktów nie były objęte regulacją cenową przez szwedzki krajowy organ regulacyjny, ani na rynku hurtowym, ani na rynku użytkowników końcowych.

14. Zgodnie z orzecznictwem nadużycie […] ma miejsce wówczas, gdy w braku obiektywnej konieczności przedsiębiorstwo zajmujące dominującą pozycję na określonym rynku rezerwuje dla siebie lub swojego przedsiębiorstwa zależnego inny rodzaj działalności, która mogłaby być wykonywana przez inne przedsiębiorstwo jako część jego działalności na sąsiednim, ale odrębnym rynku [na przykład na rynku niższego szczebla], z możliwością wyeliminowania wszelkiej konkurencji ze strony takiego przedsiębiorstwa [16].

15. Co się tyczy nadużycia pozycji dominującej w postaci odmowy wykonania świadczeń, z wyroku w sprawie Bronner [17] wynika, że nadużycie takie może wystąpić, gdy przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą na jednym rynku (wyższego szczebla) odmawia realizacji świadczeń na rzecz konkurenta na rynku sąsiadującym bądź rynku niższego szczebla, w odniesieniu do produktów, które są niezbędne do tego, aby konkurent ten mógł prowadzić swą działalność, pod warunkiem że: i) odmowa ta powoduje możliwość wyeliminowania wszelkiej konkurencji na rynku po stronie podmiotu, który żąda dostarczenia produktu; ii) odmowa ta nie może być obiektywnie uzasadniona; oraz iii) produkt jest niezbędny do wykonywania działalności konkurenta w tym sensie, że nie istnieje żaden rzeczywisty ani potencjalny jego substytut.

16. Według mnie jednym ze szczególnych przejawów odmowy zawierania transakcji w przypadku wystąpienia noszącego

15 — Zobacz odpowiednio wyroki w sprawach T-271/03 i C-280/08P (obydwa ww. w przypisie 14).

16 — Zobacz ww. w przypisie 12 wyrok w sprawie Télémarketing, pkt 27.

17 — Zobacz wyrok z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97, Rec. s. I-7791, pkt 40–46; przedstawiona w tej sprawie opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa, pkt 56–69.

znamiona nadużycia efektu nożyc cenowych (lub „konstruktywnej odmowy zawierania transakcji") jest sytuacja, w której zamiast całkowitej odmowy dostarczenia istotnego/niezbędnego produktu przeznaczonego do dalszej odsprzedaży, przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą dostarcza taki produkt swym konkurentom na rynku niższego szczebla po cenie, która nie umożliwia im skutecznego konkurowania na rynku niższego szczebla [18]. W orzecznictwie UE wykazano, że skutkiem noszącej znamiona nadużycia odmowy realizacji dostaw jest eliminacja konkurencji na rynku niższego szczebla i ten sam problem powstaje według mnie w przypadku wystąpienia efektu nożyc cenowych. Efekt nożyc cenowych nie powoduje żadnego samoistnego naruszenia konkurencji, poza naruszeniem, jakie wynika z niewypełnienia obowiązku zawierania transakcji na poziomie rynku hurtowego. Uważam, że nałożenie obowiązku zawierania transakcji na przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą nie różni się od wprowadzenia obowiązku zawierania transakcji po określonych cenach hurtowych i detalicznych (nożyce cenowe). Wobec tego zastosowanie ceny (nożyc cenowych), która uniemożliwia równie skutecznemu konkurentowi konkurowanie na rynku niższego szczebla, wywiera faktycznie takie same skutki jak odmowa zawierania transakcji, co oznacza, że zagadnienie to należy poddać analizie w tym samym zakresie i że odnosi się do niego ta sama ogólna problematyka bodźców, jakie skłaniają przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą do inwestowania [19]. W postępowaniu przed sądem krajowym urząd ochrony konkurencji podnosi, że wystąpił noszący znamiona nadużycia efekt nożyc cenowych, uzasadniając to twierdzenie jedynie brakiem wystarczającej różnicy między cenami hurtowymi a detalicznymi i nie analizując kwestii, czy produkt przeznaczony do dalszej odsprzedaży jest rzeczywiście niezbędny. Uważam, że argumentacja ta jest nieprawidłowa i niewystarczająca. Według mnie z dotyczących zagadnienia nożyc cenowych w sektorze telekomunikacyjnym decyzji Komisji przyjętych zgodnie z art. 102 TFUE – w sprawach Telekom i Telefónica [20] – wynika, że u podstaw stosowania nożyc cenowych i odmowy zawierania transakcji leżą te same przyczyny. Chociaż w drugiej z tych spraw Komisja odmówiła zastosowania sformułowanych w sprawie Bronner kryteriów oceny zgodności z prawem praktyki podmiotu zobowiązanego, ze względu na „szczególne okoliczności sprawy, [które] zasadniczo różnią się od okoliczności zachodzących w [sprawie Bronner]" (na Telefónice ciążył ustawowy obowiązek realizacji dostaw na rynku hurtowym i nie

18 — Zobacz analogicznie wyrok Court of Appeal of England & Wales (Zjednoczone Królestwo) w sprawie Albion (sprawa Dwr Cymru Cyfyngedig and Albion Water Limited v Water Services Regulation Authority [2008] EWCA Civ 536), pkt 36 i nast., który utrzymał w mocy wyroki brytyjskiego Competition Appeal Tribunal (CAT) w sprawie Albion Water Ltd v Water Services Regulation Authority (Dwr Cymru/Shotton Paper) [2006] CAT 23 (zob. pkt 861 i nast.) oraz [2006] CAT 36.

19 — Według mnie zastosowanie znajdują tu te same argumenty, które rozważył rzecznik generalny F.G. Jacobs w swej opinii przedstawionej w sprawie Bronner (pkt 57): „uzasadnienie względami polityki konkurencji ingerencji w swobodę zawierania umów przez przedsiębiorstwo dominujące wymaga często starannego wyważenia sprzecznych interesów. W dłuższym okresie zezwolenie przedsiębiorstwu na zatrzymanie do własnego użytku urządzeń, które opracowało ono dla celów swej własnej działalności, generalnie sprzyja konkurencji oraz leży w interesie konsumentów. Przykładowo, gdyby dostęp do infrastruktury produkcyjnej, zakupowej lub dystrybucyjnej był zbyt łatwy, konkurenci nie mieliby żadnych bodźców do rozwoju infrastruktury konkurencyjnej. Zatem mimo zwiększenia konkurencji w krótkim okresie, uległaby ona ograniczeniu w dłuższym okresie. Co więcej, skłonność przedsiębiorstwa dominującego do inwestowania w wydajną infrastrukturę zostałaby ograniczona, gdyby jego konkurentom mogły przypaść w udziale korzyści z tego tytułu, gdy tylko o to poproszą. Tak więc sam fakt, że zatrzymując dane urządzenie do własnego użytku, przedsiębiorstwo dominujące utrzymuje przewagę nad swym konkurentem, nie może usprawiedliwiać odmowy udostępnienia takiego urządzenia".

20 — Decyzja 2007/3196/WE z dnia 4 lipca 2007 r. dotycząca postępowania na podstawie art. [102 TFUE] (sprawa COMP/38.784 – Wanadoo España przeciwko Telefónice), pkt 299 i nast. (przed Sądem toczą się obecnie postępowania w przedmiocie dwóch skarg na tę decyzję, a mianowicie w sprawie T-336/07 Telefónica i Telefónica de España przeciwko Komisji oraz w sprawie T-398/07 Hiszpania przeciwko Komisji).

rozpatrywano ponoć istnienia po stronie tej spółki wcześniejszych zachęt do inwestowania w swoją infrastrukturę, gdyż infrastruktura ta powstała w dużej mierze dzięki inwestycjom z okresu, kiedy spółka cieszyła się specjalnymi lub wyłącznymi prawami, chroniącymi ją przed konkurencją), to jednak Komisja dokonała oceny istotnych okoliczności faktycznych, przeprowadzając analizę tego samego rodzaju jak ta, którą przeprowadzono w sprawie Bronner. Należy w istocie zaznaczyć, że w przypadku obu tych decyzji Komisji obowiązek zawierania transakcji z konkurentami – czyli udzielenia im dostępu do sieci należącej do podmiotu zobowiązanego – został już nałożony przez krajowy organ regulacyjny. Ponadto w obydwu decyzjach Komisja uznała, że nie istniały żadne rzeczywiste substytuty tej sieci.

17. Sąd krajowy przywołuje wydane niedawno „wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. [102 TFUE]” [21], które w części zatytułowanej „Odmowa dostaw i zaniżanie marży” stanowią między innymi, że „zamiast odmawiać dostawy przedsiębiorstwo dominujące może stosować ceny za produkt na rynku wyższego szczebla, które, w porównaniu z cenami stosowanymi na rynku niższego szczebla […], nie pozwalają nawet równie efektywnemu konkurentowi prowadzić w sposób trwały opłacalnego handlu na rynku niższego szczebla [»nożyce cenowe« [22]] […]. Komisja uzna takie praktyki za priorytety w egzekwowaniu prawa, jeżeli wystąpią wszystkie następujące okoliczności: [i)] odmowa dostawy dotyczy produktu […], obiektywnie niezbędn[ego] do skutecznego konkurowania na rynku niższego szczebla, [ii)] odmowa może doprowadzić do wyeliminowania skutecznej konkurencji

21 — Zobacz komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. [102 TFUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (2009/C 45/02), Dz.U. z 24.2.2009, pkt 75 i nast. Ten dokument informacyjny określa priorytety, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 102 TFUE w odniesieniu do praktyk wyłączających przedsiębiorstw dominujących oraz ma na celu zapewnienie większej jasności i przewidywalności, co do ogólnych ram analizy, jaką Komisja przeprowadza dla ustalenia, czy powinna wszczynać dochodzenie w sprawach dotyczących praktyk wyłączających, a także ułatwienie przedsiębiorstwom oceny, czy określone postępowanie może pociągnąć za sobą interwencję Komisji na podstawie art. 102 TFUE. Zgodnie z orzecznictwem Komisja może przyjąć politykę wyznaczającą sposób korzystania z jej dyskrecjonalnych uprawnień w postaci instrumentów takich jak wytyczne, o ile instrumenty te zawierają reguły wskazujące na to, jakie stanowisko instytucja ta powinna zająć, i nie pozostają w sprzeczności z postanowieniami traktatu. Oznacza to, że chociaż wspomniane reguły wskazujące na to, jakie podejście Komisja zamierza stosować, z pewnością przyczyniają się do tego, by działała ona w sposób przejrzysty, przewidywalny i spójny z zasadą pewności prawa, to jednak nie mogą one wiązać Trybunału. Reguły te mogą jednak stanowić użyteczny punkt odniesienia. Zobacz wyrok z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie C-310/99 Włochy przeciwko Komisji, Rec. s. I-2289, pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo.

22 — W swej praktyce decyzyjnej Komisja stosuje rozszerzającą wykładnię pojęcia odmowy zawierania transakcji. W sprawie Deutsche Post Komisja uznała, że pojęcie odmowy realizacji dostaw obejmuje nie tylko prostą odmowę, ale także sytuacje, w których przedsiębiorstwa dominujące uzależniają realizację dostawy od spełnienia obiektywnie nadmiernie wygórowanych warunków. Postępowanie takie stanowi konstruktywną odmowę realizacji dostawy (2001/892/WE: decyzja z dnia 25 lipca 2001 r. w sprawie postępowania na podstawie art. [102 TFUE] (COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – Przechwytywanie przesyłek transgranicznych) (Dz.U. L 331, s. 40, motyw 141).

na rynku niższego szczebla, oraz [iii)] odmowa może przynieść szkody konsumentom". Jednakże „w niektórych szczególnych przypadkach może być oczywiste, że nałożenie obowiązku realizacji dostaw zdecydowanie nie może mieć negatywnego wpływu na motywację właściciela czynników produkcji lub innych podmiotów do podejmowania działań inwestycyjnych i innowacyjnych ex ante lub ex post na rynku wyższego szczebla. Komisja uważa, że jest szczególnie prawdopodobne, że taka sytuacja ma miejsce, jeżeli uregulowanie zgodne z prawem [UE] już nakłada obowiązek realizacji dostaw na przedsiębiorstwo dominujące i jeżeli ze względów leżących u podstaw takiego uregulowania jasno wynika, że niezbędna analiza czynników motywujących i demotywujących została już przeprowadzona przez organ publiczny na etapie wprowadzania takiego obowiązku realizacji dostaw. Tego rodzaju sytuacja może także zaistnieć, gdy przedsiębiorstwo dominujące osiągnęło swoją pozycję na rynku wyższego szczebla dzięki ochronie specjalnych lub wyłącznych praw lub też dzięki finansowaniu z zasobów państwowych. Nie ma powodu, by Komisja w takich szczególnych przypadkach odstępowała od swoich ogólnych standardów w egzekwowaniu prawa, i może ona wykazać istnienie antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku bez stwierdzania, czy […] mają miejsce trzy okoliczności wymienione [na początku niniejszego punktu]".

18. Uważam, że z wyroku w sprawie Bonner (zob. pkt 14–16 powyżej), z przedstawionej przeze mnie opinii i z wyroku Sądu w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji (przytoczonego w przypisie 14), z praktyki decyzyjnej Komisji, a także z wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. [102 TFUE], wynika, że w przypadkach, gdy – tak jak w niniejszej sprawie – nie istnieje ustawowy obowiązek dostarczania produktów przeznaczonych do dalszej odsprzedaży, przedsiębiorstwo dominujące, które przy ustalaniu cen doprowadza do powstania efektu nożyc cenowych, nadużywa swej pozycji dominującej w sytuacji, gdy produkty te są niezbędne do umożliwienia konkurentowi prowadzenia konkurencji na rynku niższego szczebla [23]. Postępowanie takie stanowi według mnie formę odmowy zawierania transakcji [24].

19. Zaprezentowana przeze mnie argumentacja znajduje także poparcie w wyroku wydanym niedawno przez Cour de cassation (trybunał kasacyjny) (Francja) w prowadzonym na podstawie art. 102 TFUE oraz

23 — Zobacz na przykład J. Bouckaert, F. Verboven, Price Squeezes w: *Regulatory Environment, CEPR, Discussion Paper Series*: „[nożyce cenowe] opierają się na założeniu, że stosujące je przedsiębiorstwo posiada na rynku wyższego szczebla monopol na istotny produkt pośredni. W praktyce pozycja tego przedsiębiorstwa na rynku wyższego szczebla może nie być aż tak silna. Chociaż operator jest zwykle właścicielem linii miedziowej, to dostępne są sieci alternatywne, w postaci sieci kablowych, bezprzewodowych itp. Inaczej mówiąc, zasadnicza infrastruktura takiego operatora nie ma znaczenia absolutnego. Konkurenci na rynku niższego szczebla mogą zatem ominąć jego sieć, decydując się na zakup praw dostępu u alternatywnych operatorów lub na inwestycję we własną sieć".

24 — Zobacz A. Renda i in., Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty: Comments on the European Commission's Guidance Paper, *Final Report of a Centre for European Policy Studies (CEPS) Task Force*, 10 września 2009 r.

krajowego prawa konkurencji postępowaniu dotyczącym efektu nożyc cenowych [25], w którym sąd ten jednoznacznie uznał, że nożyce cenowe wywierają skutek antykonkurencyjny, jeżeli potencjalny konkurent, równie skuteczny jak zintegrowane pionowo przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, może uzyskać dostęp do rynku niższego szczebla jedynie w sposób, który prowadzi do powstania po jego stronie strat. Według tego sądu skutek antykonkurencyjny może być domniemywany, gdy dostawy realizowane przez przedsiębiorstwo dominujące na rzecz jego konkurentów są niezbędne do tego, by mogli oni konkurować z tym przedsiębiorstwem na rynku niższego szczebla.

20. Powyższe rozważania mają szczególne znaczenie w niniejszej sprawie, gdyż w postanowieniu odsyłającym stwierdzono, że istniał szereg technologii alternatywnych umożliwiających użytkownikom końcowym dostęp do usług szerokopasmowych. Wyjaśnia to, dlaczego sąd krajowy uznał, że konieczne jest sformułowanie odrębnego siódmego pytania prejudycjalnego. Zwracam w szczególności uwagę, że okoliczność, iż w świetle postanowienia odsyłającego dostępne były technologie alternatywne, a jednocześnie istniała możliwość skopiowania sieci TeliaSonery [26] przez jej konkurentów (działających wspólnie lub osobno) bądź przez osoby trzecie, oznacza, że badane produkty nie mogły stanowić w rozumieniu orzecznictwa niezbędnych produktów przeznaczonych do dalszej odsprzedaży. W tym względzie urząd ochrony konkurencji najwyraźniej uznał w przedstawionych uwagach, że w dłuższym okresie konkurenci byli w stanie zbudować własną infrastrukturę bądź pozyskać inną formę dostępu. Jednakże ustalenie, czy rzeczywiście tak było – na podstawie wszystkich okoliczności sprawy oraz po dokonaniu oceny faktów w świetle właściwego orzecznictwa jest zadaniem wyłącznie sądu krajowego [27].

21. Uważam zatem, że jeśli na przedsiębiorstwie dominującym nie ciążył zgodny z prawem UE ustawowy obowiązek dostarczania

25 — Wyrok Cass. Com. z dnia 3 marca 2009 r. w sprawie SFR i France Télécom, nr 08-14.435 i 08-14.464, dotyczącej decyzji nr 04-D-48 francuskiego urzędu ochrony konkurencji z dnia 14 października 2004 r. Zobacz także decyzję nr 09-D-24 z dnia 28 lipca 2009 r. w sprawie Outremer Telecom, Mobius przeciwko France Télécom, w której podniesiono zarzut, że France Télécom nadużyła swej pozycji dominującej na właściwych rynkach hurtowych (pętli lokalnej, gromadzenia danych w Internecie itd.) poprzez zaniżanie marży na niekorzyść swych konkurentów oraz świadczenie na ich rzecz usług o pogorszonej jakości. Urząd ochrony konkurencji uznał, że nożyce cenowe miały charakter antykonkurencyjny, ponieważ rozpatrywane usługi hurtowe były niezbędne dla alternatywnych operatorów telekomunikacyjnych takich jak Mobius.

26 — Zobacz w tym kontekście ww. w przypisie 17 wyrok w sprawie Bronner, pkt 41 i nast. (w szczególności: „chociaż inne metody mogą być mniej korzystne").

27 — Zobacz wyrok Sądu z dnia 30 listopada 2000 r. w sprawie T-5/97 Industrie des poudres sphériques przeciwko Komisji (zwany dalej „wyrokiem w sprawie IPS"), Rec. s. II-3755, pkt 57. W wyroku tym Sąd uznał, że IPS dysponowała alternatywnymi wobec PEM źródłami dostaw. Porównaj na przykład decyzję UK Office of Telecommunications (Oftel), w której uznano, że nie wystąpił efekt nożyc cenowych, ponieważ na rynku detalicznym konkurowały technologie alternatywne. Sprawa Investigation by the Director General of Telecommunications into the BT Surf Together and BT Talk & Surf Together Pricing Packages, 4 maja 2001 r. W międzyczasie Oftel został zastąpiony, jako regulator rynku telekomunikacyjnego, przez Ofcom (Office of Communications).

produktów przeznaczonych do dalszej odsprzedaży, które nie były niezbędne, wówczas przedsiębiorstwa tego nie można co do zasady obarczyć odpowiedzialnością za nadużycie w postaci nożyc cenowych. Gdyby stosowanie nożyc cenowych było zabronione wyłącznie na podstawie abstrakcyjnej kalkulacji cen, której nie towarzyszyłaby ocena niezbędności produktu przeznaczonego do dalszej odsprzedaży dla zachowania konkurencji na rynku [28], zachęta przedsiębiorstw dominujących do inwestowania uległaby zmniejszeniu bądź przedsiębiorstwa te byłyby skłonne podnosić ceny stosowane wobec użytkowników końcowych, po to by uniknąć zarzutu stosowania nożyc cenowych. Jeżeli przedsiębiorstwo dominujące mogło zgodnie z prawem odmówić dostarczania omawianych produktów, to nie można mu zarzucać, że dostarczało te produkty na warunkach, które jego konkurenci mogli uznawać za niekorzystne. Trudno jest bowiem stwierdzić, w jaki sposób stosowanie w takiej sytuacji rzekomo niewystarczających marż mogłoby wywierać skutki antykonkurencyjne [29].

22. Przejdę teraz do rozważenia argumentu Komisji, która twierdzi, że istnieje orzecznictwo, z którego wynika, iż jeśli dostęp do produktów przeznaczonych do dalszej odsprzedaży udzielany jest dobrowolnie, to wówczas nie można już mówić o odmowie zawierania transakcji (ale o warunkach handlowych, na jakich dostęp został udzielony). Komisja twierdzi, że odnosząc się do podobnego argumentu w sprawie Unilever Bestfoods przeciwko Komisji [30], Trybunał uznał, że „argument HB dotyczący błędnego zastosowania zasad prawnych wymienionych w wyroku w sprawie Bronner […] jest oczywiście bezzasadny, ponieważ w każdym razie, tak jak stwierdził Sąd [31] […], sporna decyzja nie nakazuje HB dokonania cesji składnika majątku ani zawarcia umów z osobami, których ta spółka nie wybrałaby […]. W odróżnieniu od okoliczności faktycznych leżących u podstaw wyroku w sprawie Bronner […], zamrażarki nie są składnikiem majątku, który HB zachowuje do własnego użytku, ale są one

28 — Czyli wyłącznie na podstawie niewystarczającej różnicy między cenami hurtowymi a detalicznymi stosowanymi przez przedsiębiorstwo dominujące. W każdym razie, jak wynika z powyższej analizy, takie formalistyczne podejście zostało odrzucone w sposób dorozumiany w ww. w przypisie 14 opinii, którą przedstawiłem w sprawie C-280/08 P Deutsche Telekom przeciwko Komisji, a także w ww. w przypisie 14 wyroku Sądu w sprawie T-271/03. Trzeba zaznaczyć, że w sprawie tej nie kwestionowano ani faktu, że Deutsche Telekom podlegała ustawowemu obowiązkowi realizacji dostaw, ani też faktu, że usługi hurtowe tej spółki były niezbędne do umożliwienia jej konkurentowi konkurowania z nią na rynku niższego szczebla. Inaczej niż w przypadku dotychczasowych spraw dotyczących efektu nożyc cenowych, w których produkt hurtowy musiał zostać przetworzony w inny produkt na rynku niższego szczebla, w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji niezależni operatorzy potrzebowali dostępu do sieci Deutsche Telekom, aby móc konkurować na rynkach detalicznych. Okoliczności te wskazują na to, że w sprawie tej rozpatrywana była zasadniczo kwestia odmowy zawarcia transakcji.

29 — Jednakże, jak wskazałem w pkt 31, 32 poniżej, takiego antykonkurencyjnego postępowania nie można a priori wykluczyć, zaś omawiane praktyki cenowe mogą stanowić inne postacie nadużywania pozycji dominującej.

30 — Postanowienie z dnia 28 września 2006 r. w sprawie C-552/03 P, Zb.Orz. s. I-9091, pkt 137. Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd występowała dawniej pod firmą Van den Bergh Foods Ltd, a jeszcze wcześniej nosiła nazwę HB Ice Cream Ltd („HB”).

31 — Wyrok z dnia 23 października 2003 r. w sprawie T-65/98 Van den Bergh Foods przeciwko Komisji, Rec. s. II-4653, pkt 161.

oddane dobrowolnie do dyspozycji niezależnych przedsiębiorstw, które płacą za prawo do ich używania. Zatem twierdzenie HB, jakoby decyzja nakładała na nią zobowiązanie przynajmniej w takim stopniu ograniczające jak zobowiązanie właściciela kluczowej infrastruktury, jest oczywiście bezzasadne".

23. Chociaż przyznaję, że wyrok ten sugeruje, iż zgodnie z prawem konkurencji można dokonać rozróżnienia między sytuacjami, w których przedsiębiorstwo dominujące odmawia zawarcia transakcji, a sytuacjami, w których ostatecznie decyduje się ono na jej zawarcie, to jednak uważam, że przynajmniej w okolicznościach zachodzących w niniejszej sprawie przyjęcie tego podejścia nie jest prawidłowe. Na rozprawie TeliaSonera podniosła za to, że wyrok w sprawie Unilever Bestfoods przeciwko Komisji nie powinien być przywoływany w niniejszej sprawie, ponieważ poruszona została w nim zupełnie inna kwestia. Sprawa Unilever Bestfoods przeciwko Komisji dotyczyła klauzul wyłączności w umowach dostawy zamrażarek na rzecz klientów detalicznych. W wyroku tym – utrzymanym później w mocy postanowieniem Trybunału Sprawiedliwości – Sąd uznał, że wyrok w sprawie Bronner nie miał w rozpatrywanej sprawie znaczenia, ponieważ Komisja nie twierdziła w decyzji, że zamrażarki stanowiły kluczową infrastrukturę. Ponadto HB nie musiała zbywać składnika majątku ani zawierać umów na rzecz osób, których nie wybrała, dostosowując się do wydanej w tej sprawie decyzji. Jednakże w niniejszej sprawie mamy do czynienia z efektem nożyc cenowych, a jak wynika z powyższych rozważań, w szczególności zaś z pkt 16 i nast. powyżej, sprawy dotyczące efektu nożyc cenowych są analogiczne do spraw dotyczących odmowy zawierania transakcji i w obu przypadkach należy posługiwać się tym samym rozumowaniem. Stosowanie nożyc cenowych jest bowiem formą odmowy zawierania transakcji. Uważam, że przyjęcie w niniejszej sprawie jakiejkolwiek innej wykładni wyroku w sprawie Unilever Bestfoods przeciwko Komisji prowadziłoby do nałożenia na przedsiębiorstwa dominujące obowiązku zawierania transakcji po określonych cenach, co znacząco zmniejszyłoby ich skłonność do inwestowania w infrastrukturę, a w konsekwencji rezygnację z inwestycji bądź całkowite zaprzestanie zawierania transakcji z konkurentami na rynku niższego szczebla, tak aby uniknąć zarzutu stosowania nożyc cenowych, pomimo okoliczności, że dostęp do ich infrastruktury/produktów przeznaczonych do dalszej odsprzedaży nie jest niezbędny w świetle orzecznictwa dotyczącego zagadnienia odmowy zawierania transakcji.

24. Przejdę teraz do analizy argumentu podniesionego przez urząd ochrony konkurencji i Komisję, stosownie do którego sytuacja TeliaSonery jest szczególna, gdyż spółka ta osiągnęła swoją pozycję na rynku wyższego szczebla dzięki ochronie specjalnych lub

wyłącznych praw lub też dzięki finansowaniu z zasobów państwowych [32].

25. W sprawie KPN Telecom [33] rzecznik generalny M. Poires Maduro stwierdził, że „[o]dmowa dostarczenia przez przedsiębiorstwo dominujące może prowadzić do nadużycia pozycji dominującej w przypadku gospodarki poddanej w nieodległej przeszłości procesowi deregulacji, w której niezbędne dane dla rynku pochodnego zostały uzyskane przez to przedsiębiorstwo bezpośrednio na skutek jego poprzedniej pozycji jako ustawowego monopolisty i gdzie dostęp do tych danych nie jest uregulowany przepisami szczególnymi dla danego sektora. W takich warunkach, gdy dostarczający ma przewagę na rynku wtórnym, którą był w stanie osiągnąć ze względu na to, iż poprzednio był chroniony od konkurencji, potencjalny efekt hamowania inwestycji i innowacji, wynikający z nałożenia obowiązku dostarczenia, jest znikomy i wydaje się zrównoważony przez korzyści wynikające z promowania konkurencyjności. Jak to zauważył jeden z komentatorów[[34]], środki służące do deregulacji lub liberalizacji gałęzi gospodarki »miałyby małą wartość, jeśli zainteresowane przedsiębiorstwa, z których większość jest dominująca w swojej dziedzinie, byłyby nieskrępowane w możliwości dalszej integracji i dyskryminacji z pożytkiem dla ich własnych transakcji na poziomie odbiorców«”.

26. Chociaż nie podważam zasadności argumentacji rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura, to jednak w ramach analizy przeprowadzanej w sprawie będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym sąd ten może także wziąć pod uwagę fakt, że wchodzące tu w grę podstawowe prawa własności wpływają na bodźce do inwestowania (nie tylko przedsiębiorstwa dominującego, o którym tu mowa, ale potencjalnie także innych podmiotów, w tym wnioskodawcy). Ponadto, jak wskazał rzecznik generalny F.G. Jacobs w sprawie Bronner, prawa własności są uznawane w systemach prawnych państw członkowskich, a w niektórych z nich mają rangę konstytucyjną. Za istotną uważam tu okoliczność, że zarówno Trybunał, jak i rzecznik generalny opowiedzieli się w sprawie Bronner na rzecz stosowania ostrożnego podejścia do zagadnienia odmowy zawierania transakcji w rozumieniu z art. 102 TFUE, poświęcając dużo uwagi leżącej u jej podstaw polityce oraz względom społecznym [35].

32 — Argument ten został także wspomniany w wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. [102 TFUE], zob. pkt 17 powyżej.

33 — Wyrok z dnia 25 listopada 2004 r. w sprawie C-109/03, Zb.Orz. s. I-11273, pkt 41. Zobacz także wyroki Trybunału: z dnia 8 września 2005 r. w sprawach połączonych C-544/03 i C-545/03 Mobistar i Belgacom Mobile, Zb.Orz. s. I-7723, pkt 49; z dnia 20 października 2005 r. w sprawach połączonych C-327/03 i C-328/03 ISIS Multimedia i Firma O2, Zb.Orz. s. I-8877, pkt 45, 46, a także przedstawiona w tej sprawie opinia rzecznika generalnego D. Ruiza-Jaraba Colomera, pkt 55.

34 — »J. Temple Lang, Defining legitimate competition: companies«duties to supply competitors and access to essential facilities, *Fordham International Law Journal*, Vol. 18 (1994), s. 437–524, w szczególności s. 483.

35 — Zobacz na przykład pkt 43 ww. w przypisie 17 wyroku w sprawie Bronner, w którym wskazano, że wystarczająca może być nawet mniej korzystna alternatywa dla analizowanego produktu, a także pkt 45 i 46, w których uznano, że aby produkt można było uznać za niezbędny, nie wystarczy stwierdzić, że stworzenie systemu alternatywnego nie jest ekonomicznie opłacalne ze względu na mały nakład dystrybuowanej gazety; konieczne jest raczej udowodnienie, że nie jest ekonomicznie opłacalne stworzenie drugiego systemu dostarczania do gospodarstw domowych gazet o nakładzie porównywalnym z nakładem dzienników rozprowadzanych w ramach istniejącego systemu przedsiębiorstwa dominującego.

27. Ponadto zwrócono uwagę, że nie jest jasne, dlaczego finansowanie własności ze źródeł publicznych miałoby pociągać za sobą stosowanie surowszych kryteriów oceny prawnej – art. 102 TFUE nie uprawnia wprowadzania rozróżnienia między finansowaniem publicznym a prywatnym, zaś art. 345 TFUE (dawniej art. 295 WE) także wyklucza możliwość dyskryminowania praw własności na podstawie takiego rozróżnienia. Nie zawsze bowiem łatwe będzie określenie w sposób jednoznaczny, że dane źródło finansowania ma charakter publiczny. Znaczna część infrastruktury byłych monopoli państwowych została poddana istotnym ulepszeniom w następstwie prywatyzacji, co doprowadziło do tego, że źródła jej finansowania są obecnie istotnie pomieszane [36]. Należy dodać, że przedsiębiorstwa zintegrowane pionowo mogą także ponosić ciężar utrzymania przestarzałej infrastruktury i ma to często miejsce w bardzo innowacyjnych pod względem technologicznym sektorach przemysłu, w których przedsiębiorstwa muszą wprowadzać innowacje, aby być w stanie konkurować. Pragnę zwrócić uwagę, iż w niniejszej sprawie sąd krajowy podkreślił, iż nie istniał monopol prawny na usługi dostępu do internetu w Szwecji w latach 90. czy na początku XXI w., a w każdym razie konkurencja na rynku użytkowników końcowych powstała dopiero na początku lat 90 ubiegłego wieku.

28. Tak czy inaczej, bez względu na treść rozważań przedstawionych powyżej, znaczenie argumentu, że przedsiębiorstwo dominujące osiągnęło swoją pozycję na rynku wyższego szczebla dzięki ochronie specjalnych lub wyłącznych praw lub też dzięki finansowaniu z zasobów państwowych, zależeć będzie od konkretnych okoliczności danej sprawy.

29. Ze wszystkich powyższych rozważań wynika zatem, że jeśli na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą nie ciąży zgodny z prawem UE ustawowy obowiązek dostarczania badanych produktów lub jeśli produkty te nie są niezbędne, wówczas przedsiębiorstwu temu nie można co do zasady zarzucać stosowania noszących znamiona nadużycia nożyc cenowych jedynie na tej podstawie, że między cenami hurtowymi a detalicznymi nie istnieje wystarczająca różnica.

30. Nawet gdyby Trybunał postanowił zrezygnować z wymogu niezbędności produktu przeznaczonego do dalszej odsprzedaży i zastosował łagodniejsze kryteria oceny antykonkurencyjnego oddziaływania na rynek niższego szczebla, to jednak podstawą wniosku, że wystąpił noszący znamiona nadużycia efekt nożyc cenowych, nie może być sam fakt istnienia różnicy między cenami hurtowymi a detalicznymi stosowanymi przez przedsiębiorstwo dominujące, któremu nie towarzyszy żaden dowód wystąpienia negatywnych

36 — Zobacz R. O'Donoghueand, A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart 2006, s. 463 i nast. Autorzy twierdzą, że sama Komisja odrzuciła ten argument w decyzji z dnia 14 stycznia 1998 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. [102 TFUE] (IV/34.801 FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG) (Dz.U. L 72, s. 30). Operator lotniska twierdził, że odmowa zawarcia transakcji usprawiedliwiona była okolicznością sprawowania przezeń historycznego monopolu prawnego na świadczenie usług w zakresie obsługi płytowej samolotów. Komisja uznała, że historyczny charakter monopolu był tu bez znaczenia. Istotny był natomiast sposób, w jaki operator ten postępował na rynku. Dyskusyjne jest to, czy Komisja nie bierze pod uwagę historycznego źródła lub przyczyny istnienia monopolu, gdy spełnione są materialne przesłanki powstania obowiązku zawierania transakcji.

skutków dla konkurencji na rynku niższego szczebla. Głównym celem art. 102 TFUE jest bowiem nie tyle ochrona pozycji poszczególnych konkurentów, ile ochrona konkurencji oraz interesów konsumentów [37].

31. Należy jednak nadmienić, że swe znaczenie zachowuje tu ogólne orzecznictwo dotyczące kwestii nadużywania pozycji dominującej, i jeśli TeliaSonea zajmuje pozycję dominującą, to oczywiście spoczywa na niej, na podstawie art. 102 TFUE, szczególna odpowiedzialność za zachowanie skutecznej i niezakłóconej konkurencji na właściwych rynkach (zob. w szczególności pkt 8, 9 powyżej).

32. Z analizy przeprowadzonej przeze mnie we wszystkich powyższych punktach opinii nie można oczywiście wyciągać wniosku, że ceny stosowane przez przedsiębiorstwo dominujące zintegrowane pionowo nie mogą nosić znamion nadużycia, o ile badane produkty przeznaczone do dalszej odsprzedaży są niezbędne lub istnieje ustawowy obowiązek dostarczania tych produktów. Cena stosowana na rynku wyższego szczebla może być uznana za nadmierną na podstawie art. 102 lit. a) TFUE [38]. Cena stosowana na rynku niższego szczebla może być ceną drapieżną [39]. Co więcej przedsiębiorstwo dominujące może wykluczać swych konkurentów na rynku niższego szczebla, z naruszeniem art. 102 lit. b) TFUE. Przedsiębiorstwo dominujące może nadto dyskryminować konkurentów względem swych własnych transakcji na rynku niższego szczebla, naruszając art. 102 lit. c) TFUE [40]. Żadne z tych nadużyć nie ogranicza się co do zasady do sytuacji, w których dany produkt bądź usługa są niezbędne [41].

37 — Zobacz ww. w przypisie 17 opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa przedstawiona w sprawie Bronner, pkt 58. Warto zaznaczyć, że sądy unikają zwykle bezpośredniego kontrolowania cen, odwołując się do bardziej właściwych metod (zob. podobnie wyrok Court of Appeal of England & Wales w sprawie Attheraces Ltd przeciwko The British Horseracing Board Ltd [2007] EWCA Civ 38, pkt 119: jak stwierdzono w sprawie Bronner, przedmiotem uregulowań prawnych dotyczących nadużywania pozycji dominującej jest kwestia zakłócenia konkurencji oraz zabezpieczenia interesów konsumentów na właściwym rynku. Uregulowania te nie są wymierzone przeciwko dostawcom, którzy czerpią „nadmierne zyski" ze sprzedaży swych produktów innym producentom po cenach wyższych niż ceny zapewniające rozsądny zwrot kosztów produkcji, czyli po cenach przewyższających poziom, który sąd określił mianem „poziomu cen konkurencyjnych". Zadaniem tych uregulowań tym bardziej nie jest stworzenie sytuacji, w której sądy mogłyby regulować ceny poprzez ustalanie sprawiedliwych cen produktów na wniosek nabywcy, uskarżającego się na fakt obciążenia go przez wyłącznego dostawcę kluczowej infrastruktury nadmiernymi opłatami za korzystanie z niej).

38 — Zobacz wyrok z dnia 30 listopada 1975 r. w sprawie 26/75 General Motors przeciwko Komisji, Rec. s. 1367; ww. w przypisie 9 wyrok w sprawie United Brands przeciwko Komisji.

39 — Zobacz wydany niedawno ww. w przypisie 11 wyrok w sprawie C-202/07 P France Télécom przeciwko Komisji i opinia przedstawiona przeze mnie w tej sprawie.

40 — Zobacz wyrok z dnia 17 lipca 1997 r. w sprawie C-242/95 GT-Link, Rec. s. I-4449. Zobacz także decyzja Komisji 97/624/WE z dnia 14 maja 1997 r. dotycząca postępowania na podstawie art. [102 TFUE] (IV/34.621, 35.059/F-3 – Irish Sugar plc.) (Dz.U. L 258, s. 1), podtrzymana wyrokiem z dnia 7 października 1999 r. w sprawie T-228/97 Irish Sugar przeciwko Komisji, Rec. s. II-2969; postanowienie Trybunału z dnia 10 lipca 2001 r. w sprawie C-497/99 P Irish Sugar przeciwko Komisji, Rec. s. I-5333; a także decyzja 88/518/EWG z dnia 18 lipca 1988 r. dotycząca postępowania na podstawie art. [102 TFUE] (IV/30.178 Napier Brown – British Sugar) (Dz.U. L 284, s. 41).

41 — Niektórzy przedstawiciele doktryny sugerują, że sprawę Deutsche Telekom przeciwko Komisji (ww. w przypisie 14) należy raczej analizować jako sprawę dotyczącą zagadnienia cen drapieżnych, zaś sprawę France Télécom przeciwko Komisji (ww. w przypisie 11) należy postrzegać jako sprawę dotyczącą efektu nożyc cenowych (na rozprawie Komisja nie zanegowała drugiej z tych tez, wskazując jednak, że postanowiła potraktować sprawę France Télécom jako sprawę dotyczącą cen drapieżnych, ponieważ podmiot funkcjonujący na rynku niższego szczebla (Wanadoo) nie należał w 100% do France Télécom). Zobacz w szczególności L. Ferrari Bravo, P. Siciliani, Exclusionary pricing and consumers harm: the European Commission's practice in the DSL market, *Journal of Competition Law and Economics*, 3(2), 2007, s. 243–279.

33. W świetle powyższych rozważań przeanalizuję pozostałe pytania przedstawione przez Stockholms tingsrätt. Według mnie odpowiedzi na te pytania w znacznej mierze można odnaleźć bądź wyprowadzić z istniejącego orzecznictwa UE.

Pytanie drugie – jakie ceny należy wziąć pod uwagę?

34. Istnienie noszącego znamiona nadużycia efektu nożyc cenowych można teoretycznie oceniać przy zastosowaniu co najmniej dwóch kryteriów, a mianowicie kryterium równie skutecznego konkurenta, którego podstawą są własne koszty przedsiębiorstwa dominującego, oraz kryterium racjonalnie efektywnego konkurenta, którego podstawą są koszty konkurentów [42].

35. TeliaSonera twierdzi zasadniczo, że dla oceny tego zagadnienia znaczenie mogą mieć przewidywane koszty i ceny pobierane przez inne przedsiębiorstwa, jak również inne znane obliczenia dotyczące właściwego okresu.

36. Według mnie Komisja, urząd ochrony konkurencji, rządy fiński i polski, a także Tele2 słusznie podnoszą, że w praktyce najwłaściwszym kryterium oceny jest kryterium równie skutecznego konkurenta, gdyż jest to kryterium obiektywne i nie chroni konkurentów nieskutecznych.

37. W opinii przedstawionej przeze mnie w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji, w której obydwa te kryteria były przedmiotem obszernej analizy, uznałem bowiem, iż w świetle orzecznictwa znaczenie mają ceny, jakie stosuje przedsiębiorstwo dominujące [43]. Ponadto okoliczność, że w niniejszej sprawie należy zastosować kryterium równie skutecznego konkurenta, została w znacznej mierze uznana przez wszystkie strony, w tym przez TeliaSonerę [44]. Co więcej znaczna część doktryny prezentuje generalnie pogląd, że właściwe kryterium oceny stanowi kryterium równie skutecznego konkurenta. Oznacza to, że w sprawach dotyczących efektu nożyc cenowych znaczenie mają co do zasady

42 — W odniesieniu do bardziej szczegółowej analizy obydwu tych kryteriów zob. opinia przedstawiona przeze mnie w sprawie C-280/08P Deutsche Telekom przeciwko Komisji; wyrok Sądu w tej sprawie (T-271/03) (obie ww. w przypisie 14).

43 — Ibidem, pkt 49. Zostało to potwierdzone również przez Court of Appeal of England & Wales w ww. w przypisie 18 sprawie Albion, pkt 105, oraz przez Competition Appeal Tribunal (CAT) Zjednoczonego Królestwa w sprawie Genzyme Ltd przeciwko Office of Fair Trading [2004] CAT 4. W odniesieniu do zagadnienia nożyc cenowych w ogólności zob. także sprawa Freeserve.com przeciwko Director General of Telecommunications [2003] CAT 5.

44 — W przypisie 26 ww. w przypisie 14 opinii przedstawionej przeze mnie w sprawie C-280/08 P Deutsche Telekom przeciwko Komisji uznałem, że nie można wykluczyć możliwości istnienia innych spraw, w których kryterium racjonalnie skutecznego konkurenta okazuje się właściwe jako kryterium dodatkowe i drugorzędne.

jedynie ceny stosowane przez przedsiębiorstwo dominujące.

Pytanie czwarte – czy aby móc uznać, że nożyce cenowe stanowią nadużycie wymagane jest zaistnienie skutku antykonkurencyjnego?

38. Według Komisji, urzędu ochrony konkurencji, rządów polskiego i fińskiego, a także Tele2, z orzecznictwa UE wynika, że aby stwierdzić, iż dana praktyka stanowi nadużycie w świetle art. 102 TFUE, nie jest wymagane zaistnienie na badanym rynku konkretnego skutku antykonkurencyjnego. Z drugiej strony TeliaSonera powołuje się na wyrok w sprawie Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji [45] i podnosi, że pojęcie nadużycia odnosi się do postępowania, które uniemożliwia utrzymanie bądź rozwój konkurencji.

39. W opinii przedstawionej w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji [46] stwierdziłem, że w sprawach dotyczących efektu nożyc cenowych Komisja lub – tak jak w niniejszym przypadku – urząd ochrony konkurencji powinien wykazać, że praktyki cenowe przedsiębiorstwa dominującego mają potencjalnie skutek antykonkurencyjny. Z wyroku w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji [47] jasno wynika, iż Sąd słusznie uznał, że skutek antykonkurencyjny, jaki Komisja miała obowiązek wykazać, odnosił się do ewentualnych przeszkód dla rozwoju konkurencji na rozpatrywanym rynku, jakie mogły powstać w wyniku praktyk cenowych wnoszącej odwołanie. A zatem, chociaż Sąd nie sformułował wymogu, aby Komisja wykazała istnienie rzeczywistych skutków antykonkurencyjnych, to jednak słusznie zażądał dowodu stworzenia przeszkód w dostępie do rynku, czyli wykazania potencjalnych skutków antykonkurencyjnych.

40. W tym zakresie Sąd w pkt 237 tego wyroku stwierdził, że zważywszy, iż usługi pośrednie Deutsche Telekom były niezbędne, aby umożliwić konkurentowi podjęcie konkurencji z nią na rynku wtórnym w detalicznych usługach dostępu, efekt nożyc cenowych między cenami Deutsche Telekom za usługi pośrednie i detaliczne będzie co do zasady ograniczał wzrost konkurencji na rynkach wtórnych. Zatem Sąd moim zdaniem słusznie podkreślił fakt, że w tej sprawie usługi pośrednie były niezbędne i bez dostępu do tych usług konkurenci Deutsche Telekom nawet nie byliby w stanie wejść na rynek

45 — Wyżej wymieniony w przypisie 5.

46 — Wyżej wymieniony w przypisie 14 wyrok w sprawie C-280/08 P, pkt 64.

47 — Wyżej wymieniony w przypisie 14 wyrok w sprawie T-271/03, pkt 233–245.

wtórny usług detalicznych[48]. Następnie, w pkt 238–245 tego wyroku, Sąd przeanalizował bardziej szczegółowo uwagi przedstawione w odniesieniu do kwestii antykonkurencyjnych skutków na rynku niemieckim. Jest to zgodne z podejściem wypracowanym przez Sąd w swoim orzecznictwie, potwierdzonym przez Trybunał Sprawiedliwości, zgodnie z którym wymagany skutek niekoniecznie wiąże się z rzeczywistym skutkiem zakwestionowanego zachowania o znamionach nadużycia. W celu stwierdzenia naruszenia art. 102 TFUE, wystarczy wykazać, że zachowanie przedsiębiorstwa dominującego noszące znamiona nadużycia zmierza do ograniczenia konkurencji lub, innymi słowy, że zachowanie to może mieć taki skutek[49]. Moim zdaniem wynika z tego wyraźnie, że Komisja, lub w tym przypadku urząd ochrony konkurencji, musi wykazać, iż w konkretnym kontekście danego rynku występują potencjalne skutki antykonkurencyjne[50]. Zatem samo twierdzenie, że mogą nastąpić jakieś odległe, abstrakcyjne skutki antykonkurencyjne, nie wystarczy[51].

Pytanie piąte – w jakim zakresie pojęcie nożyc cenowych należy stosować w różnych stadiach dominacji na rynku?

41. TeliaSonera twierdzi, że nożyce cenowe mogą stanowić nadużycie w świetle art. 102 TFUE tylko w sytuacji, w której siła przedsiębiorstwa na rynku wyższego szczebla jest bardzo znaczna. Zgadzam się z Komisją, urzędem ochrony konkurencji oraz rządami polskim i fińskim co do tego, że znaczenie ma okoliczność, iż przedsiębiorstwo zajmuje

48 — W tym względzie, gdyby ceny detaliczne stosowane przez Deutsche Telekom były niższe od jej cen hurtowych lub gdyby różnica między stosowanymi przez tę spółkę cenami hurtowymi a detalicznymi była niewystarczająca, aby umożliwić równie skutecznemu operatorowi pokrycie specyficznych dla danego produktu kosztów świadczenia detalicznych usług dostępu, potencjalny konkurent, równie skuteczny jak Deutsche Telekom, nie byłby w stanie wejść na rynek detalicznych usług dostępu bez poniesienia przy tym strat.

49 — Wyżej wymieniony w przypisie 10 wyrok w sprawie C-95/04 P British Airways przeciwko Komisji, pkt 30, odnoszący się do wyroków Sądu: z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-203/01 Michelin przeciwko Komisji, zwanego „wyrokiem w sprawie Michelin I", Rec. s. II-4071, pkt 238, 239; z dnia 17 grudnia 2003 r. w sprawie T-219/99 British Airways przeciwko Komisji, Rec. s. II-5917, pkt 293. Zobacz także opinia rzecznika generalnego D. Ruiza-Jaraba Colomera przedstawiona w sprawach połączonych od C-468/06 do C-478/06 Sot. Lélos kai Sia i in. (wyrok z dnia 16 września 2008 r.), Zb.Orz. s. I-7139, pkt 50. W odniesieniu do tego zagadnienia zob. publikacja rzecznika generalnego J. Kokott, *Economic thinking in EU competition law*, Madrid, 29 października 2009 r.

50 — Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku w sprawie Sot. Lélos kai Sia i in., ibidem, w którym Trybunał odrzucił samo pojęcie nadużycia i przystąpił do analizy przesłanek obiektywnych, mając na względzie szczególny kontekst rynkowy. W szczególności, oddalając argument, że korzyści z handlu równoległego produktami leczniczymi czerpią głównie podmioty zajmujące się takim handlem, a nie klienci końcowi, Trybunał wskazał, że producent dominujący może być uprawniony do ograniczenia poziomu sprzedaży lekarstw hurtownikom, aby ukrócić handel równoległy, o ile naturalny popyt ze strony klientów końcowych na terenie kraju eksportującego zostanie w pełni zaspokojony. Odrzucając podejście formalistyczne, Trybunał podkreślił natomiast, że uregulowania państwowe umożliwiające handel równoległy muszą być brane pod uwagę przy merytorycznej ocenie argumentów dotyczących przesłanek obiektywnych, którymi kieruje się przedsiębiorstwo dominujące w celu obniżenia poziomu swej sprzedaży do krajów eksportujących. Zobacz N. Wahl, *Recent case-law on exclusionary behaviour*, 16th St. Gallen International Competition Law Forum 2009 (2010), s. 225–232. Zobacz także orzeczenie Ofcom z maja 2004 r. w sprawie CW/00615/05/03 Vodafone/O2/Orange/T-Mobile oraz orzeczenie Oftel z listopada 2003r. w sprawie BTOpenworld's consumer broadband products.

51 — Zobacz prof. J. Vickers, (ówczesny prezes UK Office of Fair Trading (OFT)), *Abuse of Market Power*, 31st EARIE conference in Berlin on 3 september 2004, s. 23, publikacja dostępna na witrynie internetowej OFT: http://www.oft.gov.uk/shared_oft/speeches/spe0304.pdf.

pozycję dominującą na rynku wyższego szczebla. Rzeczywiście istnieje orzecznictwo Sądu, z którego wynika, że im silniejsza jest pozycja dominująca przedsiębiorstwa, tym większe jest prawdopodobieństwo, że praktyka zmierzająca do ochrony pozycji takiego przedsiębiorstwa skutkować będzie ograniczeniem konkurencji [52]. Jednakże według mnie siła rynkowa przedsiębiorstwa dominującego nie powinna być czynnikiem decydującym o istnieniu nadużycia. Trzeba bowiem stwierdzić, że już samo pojęcie pozycji dominującej zakłada istnienie znacznej siły rynkowej, wobec czego nie ma potrzeby dalszego różnicowania jej poziomu. Jak wskazała Komisja, nie jest jasne, czy i w jakim stopniu dokonanie takiego zróżnicowania pomogłoby w rozstrzygnięciu danej sprawy. Należy wreszcie mieć na względzie, że art. 102 TFUE wyraźnie odnosi się do nadużycia pozycji dominującej i nie ma w nim mowy o pozycji „superdominującej".

42. Dla odpowiedzi na pytanie pierwsze nie ma zatem, co do zasady, znaczenia stopień siły rynkowej, jaką posiada przedsiębiorstwo dominujące.

52 — Niektóre wyroki Sądu sugerują, że różnice poziomu siły rynkowej mogą mieć znaczenie: ww. w przypisie 40 wyrok w sprawie T-228/97 Irish Sugar przeciwko Komisji, pkt 186; wyroki: z dnia 8 października 1996 r. w sprawach połączonych T-24/93, T-25/93, T-26/93 i T-28/93 Compagnie maritime belge i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-1201; z dnia 17 września 2007 r. w sprawie T-201/04 Microsoft przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-3601. Zobacz także opinia rzecznika generalnego N. Fennelly'ego przedstawiona w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P Compagnie maritime belge transports i in. przeciwko Komisji (ww. w przypisie 6 wyrok z dnia 16 marca 2000 r.), pkt 137.

Pytanie szóste – czy dane przedsiębiorstwo musi zajmować pozycję dominującą zarówno na rynku hurtowym, jak i detalicznym?

43. Sąd krajowy powołuje się na wyrok w sprawie T-271/03 Deutsche Telekom przeciwko Komisji [53], pkt 235, w którym Sąd zwrócił uwagę, że do 1998 r. Deutsche Telekom posiadała monopol na rynku detalicznym. Dodał, że kwestia rodzaju pozycji dominującej jest bardzo interesująca w szczególności dlatego, że w sprawie Deutsche Telekom przeciwko Komisji operator zajmował pozycję dominującą na wszystkich właściwych rynkach produktów i usług. Jednakże w sprawie zawisłej przed sądem krajowym żadna ze stron nie twierdzi, że TeliaSonera zajmowała pozycję dominującą na rynku detalicznym.

44. TeliaSonera twierdzi, że aby omawiane postępowanie można było uznać za nadużycie, niezbędne jest istnienie bardzo silnej pozycji przedsiębiorstwa dominującego na rynku detalicznym. Według urzędu ochrony konkurencji udział TeliaSonery w rynku niższego szczebla wynosił około 50%. Nie można zatem wykluczyć, że spółka ta zajmowała pozycję dominującą także i na tym rynku.

53 — Wyżej wymieniony w przypisie 14.

45. Jak wskazała Komisja, rząd fiński i Tele2, z wyroku w sprawie IPS [54] można wywnioskować, iż nie wymaga się udowodnienia, że przedsiębiorstwo angażujące się w praktykę stosowania nożyc cenowych jest dominujące także na rynku niższego szczebla. W rzeczywistości stosowanie nożyc cenowych może mieć na celu uzyskanie pozycji dominującej na tym właśnie rynku.

47. Wobec tego uważam, że aby art. 102 TFUE znalazł zastosowanie w sprawach dotyczących efektu nożyc cenowych nie jest wymagane stwierdzenie istnienia pozycji dominującej zarówno na rynku hurtowym, jak i detalicznym [57].

Pytanie ósme – czy treść odpowiedzi na pytanie pierwsze zależy od tego, czy dostawa realizowana jest na rzecz nowego klienta?

46. Według mnie orzecznictwo dotyczące efektu dźwigni należy co do zasady stosować także w sprawach dotyczących efektu nożyc cenowych. W wyroku w sprawie Tetra Pak II [55] Trybunał uznał zasadniczo, że art. 102 TFUE znajduje zastosowanie bez względu na to, czy bezprawna praktyka przedsiębiorstwa dominującego ma negatywny wpływ na konkurencję na rynku innym niż rynek, na którym przedsiębiorstwo to posiada pozycję dominującą [56].

48. Komisja, urząd ochrony konkurencji oraz rząd fiński podnoszą, że tożsamość klienta nie ma znaczenia w sprawach dotyczących efektu nożyc cenowych. TeliaSonera twierdzi, że Trybunał wielokrotnie dokonywał pewnego rozróżnienia między odmową zawarcia transakcji z nowym klientem a odmową zawarcia transakcji z klientem dotychczasowym, wobec czego przy analizie nożyc cenowych należy posługiwać się tym samym rozróżnieniem.

54 — Wyżej wymienionym w przypisie 27.

55 — Wyżej wymienionym w przypisie 7. Zobacz także w szczególności ww. w przypisie 12 wyrok w sprawie Télémarketing.

56 — W tej samej sprawie Sąd orzekł, że praktyki spółki Tetra Pak na rynkach nieaseptycznych mogą być objęte zakresem zastosowania art. [102 TFUE], bez konieczności wykazywania istnienia pozycji dominującej w odniesieniu do każdego z tych rynków, gdyż wiodąca pozycja tego przedsiębiorstwa na rynkach nieaseptycznych, w połączeniu z istnieniem silnych powiązań między tymi rynkami a rynkami aseptycznymi, zapewniła spółce Tetra Pak swobodę działania, w porównaniu z innymi podmiotami gospodarczymi funkcjonującymi na rynkach nieaseptycznych, wobec czego należy obciążyć tę spółkę szczególną odpowiedzialnością, na podstawie art. [102 TFUE], za utrzymanie rzeczywistej i niezakłóconej konkurencji na tych rynkach. Wyrok z dnia 6 października 1994 r. w sprawie T-83/91 Tetra Pak przeciwko Komisji (zwany „wyrokiem w sprawie Tetra Pak II"), Rec. s. II-755, pkt 122.

57 — Stanowisko to potwierdził najwyraźniej Court of Appeal of England & Wales w ww. w przypisie 18 wyroku w sprawie Albion, pkt 88, oraz UK CAT w ww. w przypisie 43 wyroku w sprawie Genzyme, pkt 534, 560. Rząd polski wskazał zasadniczo, że w decyzjach Komisji w sprawie Deutsche Telekom, przypis 14, a także w decyzji 76/185/EWWiS z dnia 29 października 1975 r. National Carbonising Company (Dz.U. L 35, s. 6), w ww. w przypisie 40 decyzji w sprawie Napier Brown – British Sugar oraz w decyzji w sprawie Wanadoo badane przedsiębiorstwo zajmowało pozycję dominującą zarówno na rynku wyższego, jak i niższego szczebla.

49. Zgodnie z art. 102 akapit drugi lit. b) TFUE nadużywanie pozycji dominującej może polegać w szczególności na ograniczaniu produkcji, rynków lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konkurentów. Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że odmowa przez przedsiębiorstwo zajmujące dominującą pozycję na rynku danego produktu spełnienia zamówień złożonych przez dotychczasowego klienta stanowi nadużycie tej pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE, jeżeli bez żadnego obiektywnego uzasadnienia zachowanie to może ograniczać konkurencję ze strony partnera handlowego [58]. Ponadto istnieją orzeczenia, z których wynika, że odmowa zawarcia transakcji może mieć miejsce w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo dominujące odmawia realizacji dostaw na rzecz nowego klienta [59].

50. Uważam, iż dyskusyjna jest kwestia, czy stwierdzenie nadużycia jest bardziej prawdopodobne w przypadku zaprzestania realizacji dostaw w ramach istniejących relacji handlowych aniżeli w przypadku odmowy realizacji dostaw na rzecz nowego klienta. Jak wskazała Komisja w odniesieniu do zagadnienia odmowy zawarcia transakcji, w sytuacji gdy przedsiębiorstwo dominujące utrzymywało w przeszłości stosunki handlowe z innym przedsiębiorstwem, które w związku z tym dokonało konkretnych inwestycji, mających umożliwiać korzystanie z produktów do dalszej odsprzedaży, których dostawy następnie odmówiono, przedsiębiorstwo to nieuchronnie poniesie straty. Co więcej, fakt, że przedsiębiorstwo dominujące, które jest właścicielem produktu hurtowego (zasadniczego czynnika produkcji), uznało wcześniej dostarczanie tego produktu za opłacalne, świadczy o tym, że dostarczanie tego produktu umożliwiało przedsiębiorstwu dominującemu uzyskiwanie odpowiedniego wynagrodzenia (czyli że była to działalność przynosząca zysk), co z kolei może utrudniać przedsiębiorstwu dominującemu uzasadnienie odmowy dostaw względami natury czysto handlowej [60].

51. Wreszcie ze względu na to, że analizowane pytanie mogłoby zostać zrozumiane w ten sposób, że odnosi się ono do sytuacji, w której przedsiębiorstwo dominujące stosuje nożyce cenowe jedynie względem nowych klientów (konkurentów na rynku niższego szczebla), oferując przy tym bardziej korzystne warunki klientom dotychczasowym (konkurentom na rynku niższego szczebla), należałoby zbadać,

58 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 6 marca 1974 r. w sprawach połączonych 6/73 i 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano i Commercial Solvents przeciwko Komisji, Rec. s. 223, pkt 25, i ww. w przypisie 9 wyrok w sprawie United Brands przeciwko Komisji, pkt 183. Zobacz także ww. w przypisie 49 wyrok w sprawie Sot. Lélos kai Sia i in.

59 — Zobacz ww. w przypisie 17 wyrok w sprawie Bronner; wyrok z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P i C-242/91 P RTE i ITP przeciwko Komisji, zwany „wyrokiem w sprawie Magill"), Rec. s. I-743; wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-418/01 IMS Health, Rec. s. I-5039. Ogólnego przeglądu orzecznictwa dokonano w opinii rzecznika generalnego F.G. Jacobsa przedstawionej w sprawie C-53/03 Syfait i in. (wyrok z dnia 31 maja 2005 r.), Zb.Orz. s. I-4609.

60 — Kiedy przedmiotem analizy są obiektywne przyczyny takiego postępowania, obie te sytuacje (zaprzestanie dostaw na rzecz dotychczasowego klienta i odmowa realizacji dostaw na rzecz nowego klienta) mogą bowiem zostać potraktowane odmiennie. J. Faull, A. Nikpay, *The EC law of competition*, Oxford University Press 2007, s. 357.

czy przedsiębiorstwo dominujące nie dopuszcza się naruszenia art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE.

52. Oznacza to, że na treść odpowiedzi na pytanie pierwsze, w zależności od szczególnych okoliczności danej sprawy, może mieć wpływ kwestia, czy chodzi o dostawę na rzecz nowego klienta.

Pytanie dziewiąte – czy w sprawach dotyczących efektu nożyc cenowych niezbędne jest istnienie możliwości odzyskania strat?

53. Uważam, że – tak jak stwierdziłem w opinii przedstawionej w sprawie France Télécom przeciwko Komisji – istnienie możliwości odzyskania strat powinno być wymagane w sprawach dotyczących stosowania cen drapieżnych [61]. Stosowanie cen drapieżnych opiera się na założeniu, że przedsiębiorstwo dominujące ponosi straty ze względu na to, że pobierane przezeń ceny nie pokrywają jego kosztów. Istnieje jednak prawdopodobieństwo, że przedsiębiorstwo odzyska straty w przyszłości, kiedy zacznie czerpać korzyści ze wzmocnienia swej pozycji na rynku oraz z istnienia większych barier dostępu do rynku, wytworzonych w wyniku stosowania drapieżnych cen. Natomiast stosowanie nożyc cenowych nie wymaga takiego poświęcenia gospodarczego ze strony przedsiębiorstwa dominującego, gdyż nie muszą wcale powstać „straty" wymagające odzyskania [62]. W przypadku stosowania nożyc cenowych ceny na rynku niższego szczebla mogą być wysokie ze względu na to, że na rynku wyższego szczebla także funkcjonują wysokie ceny. Ceny mogą być wysokie na obu tych rynkach, lecz cechą, która charakteryzuje nożyce cenowe, jest różnica między cenami na rynku wyższego szczebla a cenami na rynku niższego szczebla.

54. Oznacza to, że aby praktyka takiego rodzaju jak opisana w odpowiedzi na pytanie pierwsze stanowiła nadużywanie pozycji dominującej, nie jest wymagane prawdopodobieństwo w tym zakresie, aby przedsiębiorstwo dominujące było w stanie odzyskać straty, które poniosło.

61 — Zobacz ww. w przypisie 11 opinia przedstawiona przeze mnie w sprawie C-202/07 P France Télécom przeciwko Komisji. Zobacz jednakże wydany w tej sprawie wyrok Trybunału, w którym uznano, że dowód istnienia możliwości odzyskania strat nie stanowi przesłanki niezbędnej do uznania, że stosowane były ceny drapieżne. Trybunał dodał jednak, że wykładnia taka nie sprzeciwia się temu, aby Komisja wykazała istnienie rzeczonej możliwości odzyskania strat.

62 — TeliaSonera twierdzi, że w przypadkach stosowania nożyc cenowych, w których powstają jednak straty, które przedsiębiorstwo dominujące zamierza odzyskać, możliwość odzyskania strat powinna być brana pod uwagę w ramach oceny.

Pytanie dziesiąte – czy dla odpowiedzi na pytanie pierwsze ma znaczenie okoliczność, że mamy do czynienia z nową technologią na rynku, wymagającą bardzo wysokich nakładów inwestycyjnych?

55. Wszystkie strony zgodziły się, że co do zasady, w wyroku w sprawie France Télécom przeciwko Komisji [63] Sąd słusznie zaznaczył, że w sprawie tej chodziło o „szybko rozwijający się rynek, ale okoliczność ta nie może wyłączyć stosowania reguł konkurencji, a w szczególności reguł zawartych w art. [102 TFUE]".

56. Sąd krajowy zwrócił uwagę [64], że w ramach analizy przeprowadzonej w sprawie Wanadoo Komisja dokonała istotnej modyfikacji zastosowania kryterium drapieżności sformułowanego w sprawie AKZO, wprowadzając większą elastyczność w zakresie analizy kosztów rynkowych, z jakimi wiąże się zmiana technologii. Należy zaznaczyć, że decyzja Komisji została później utrzymana w mocy przez Sąd oraz Trybunał Sprawiedliwości [65].

57. Oznacza to, że chociaż dynamiczne lub szybko rozwijające się rynki nie są wyłączone spoza zakresu zastosowania art. 102 TFUE, to jednak faktem pozostaje, że gdy tylko jest to uzasadnione, Komisja oraz urzędy ochrony konkurencji powinny interweniować na takich rynkach w sposób szczególnie ostrożny, zmieniając swe standardowe podejście, jak zrobiono to z powodzeniem w sprawie Wanadoo.

63 — Wyrok Sądu z dnia 30 stycznia 2007 r. w sprawie T-340/03, Zb.Orz. s. II-107; zob. decyzja z dnia 16 lipca 2003 r. w sprawie postępowania na podstawie art. [102 TFUE] (sprawa COMP/38.233 – Wanadoo Interactive), motywy 261, 262 w preambule decyzji.

64 — Sąd krajowy trafnie zwrócił uwagę, że straty poniesione we wstępnej fazie rynku znajdującego się w stanie dynamicznego rozwoju mogą także stanowić normalne zjawisko rynkowe. Zobacz L. Colley, S. Burnside, Margin squeeze abuse, *European Competition Journal Special Issue on Article 82*, lipiec 2006 r., s. 185–210.

65 — Zobacz ww. w przypisie 63 wyrok w sprawie T-340/03 France Télécom przeciwko Komisji; a także przedstawiona przeze mnie opinia i ww. w przypisie 14 wyrok w sprawie C-202/07 P France Télécom przeciwko Komisji.

III – Wnioski

58. W świetle powyższych rozważań sugeruję, aby Trybunał udzielił następujących odpowiedzi na pytania przedłożone przez Stockholms tingsrätt:

— Pytania pierwsze, trzecie i siódme: efekt nożyc cenowych występuje wtedy, kiedy różnica pomiędzy cenami detalicznymi przedsiębiorstwa, które dominuje na rynku, a ceną produktów porównywalnych do produktów jego konkurentów jest albo ujemna, albo niewystarczająca, aby pokryć koszty specyficzne dla produktów przedsiębiorstwa dominującego w odniesieniu do produktów oferowanych w sprzedaży detalicznej na rynku niższego szczebla.

Bezprawność takiego postępowania wynika z nieuczciwego charakteru różnicy między stosowanymi przez przedsiębiorstwo dominujące hurtowymi cenami usług dostępu a cenami detalicznymi oraz z faktu, że produkty hurtowe oferowane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą są niezbędne do umożliwienia jego konkurentom konkurowania z tym przedsiębiorstwem na rynku niższego szczebla.

Niezależnie od tego spełnienie przesłanki niezbędności nie jest wymagane, gdy przedsiębiorstwo dominujące objęte jest zgodnym z prawem UE ustawowym obowiązkiem dostarczania produktów hurtowych.

— Pytanie drugie: w sprawach dotyczących noszącego znamiona nadużycia efektu nożyc cenowych znaczenie mają co do zasady jedynie ceny stosowane przez przedsiębiorstwo dominujące.

— Pytanie czwarte: właściwy urząd ochrony konkurencji powinien wykazać w szczególnym kontekście badanego rynku, że praktyki cenowe przedsiębiorstwa dominującego mają potencjalnie skutek antykonkurencyjny. Samo twierdzenie, że mogą nastąpić jakieś odległe, abstrakcyjne skutki antykonkurencyjne, nie wystarczy.

— Pytanie piąte: dla odpowiedzi na pytanie pierwsze nie ma, co do zasady, znaczenia stopień siły rynkowej, jaką posiada przedsiębiorstwo dominujące.

— Pytanie szóste: aby praktyka takiego rodzaju jak opisana w pytaniu pierwszym stanowiła nadużywanie pozycji dominującej nie jest wymagana pozycja dominująca zarówno na rynku usług pośrednich jak i na rynku użytkowników końcowych przedsiębiorstwa stosującego taką praktykę.

— Pytanie ósme: odpowiedź na pytanie pierwsze może w pewnych okolicznościach zależeć od tego, czy chodzi o dostawę na rzecz nowego klienta.

— Pytanie dziewiąte: prawdopodobieństwo, że przedsiębiorstwo dominujące będzie w stanie odzyskać straty, które poniosło, nie jest wymagane, aby można było mówić o wystąpieniu nadużycia w postaci stosowania nożyc cenowych, gdyż przedsiębiorstwo dominujące może w rzeczywistości nie ponieść żadnych strat w wyniku stosowania takiej praktyki.

— Pytanie dziesiąte: art. 102 TFUE znajduje zastosowanie w przypadku, gdy mamy do czynienia z nową technologią na rynku, wymagającą bardzo wysokich nakładów inwestycyjnych. Jednak faktem pozostaje, że właściwy urząd ochrony konkurencji powinien interweniować na takich rynkach w sposób szczególnie ostrożny, zmieniając w razie potrzeby swe standardowe podejście.