

*Krystyna Kowalik-Bańczyk**

Internet a problematyka wspólnotowego prawa konkurencji**

Ogromne zmiany technologiczne zachodzące w dziedzinie łączności elektronicznej powodują, iż możliwa jest wymiana informacji pomiędzy przedsiębiorcami i konsumentami w skali dotychczas niewyobrażalnej – faktycznie światowej.¹ Jest to jednym z powodów zjawiska określanego jako globalizacja rynków bądź globalizacja ekonomii. Internet bowiem, jak żadne inne wcześniej wykorzystywane medium, zapewnia możliwość penetracji rynków dotychczas zarezerwowanych dla producentów krajowych w danym państwie, przez producentów czy dystrybutorów z innych państw. Wydawać by się mogło, iż wymiana handlowa powinna się wobec tego stawać coraz łatwiejsza.

Powstają jednak problemy związane z prawem konkurencji, zwłaszcza zapewnieniem dostępu do rynku i funkcjonowaniem rzeczywistej uczciwej konkurencji. Handel elektroniczny ma szereg cech wpływających prokonkurencyjnie, jak dostępność do rynków i przejrzystość (transparentność) rynku, zmniejszone koszty administracyjne i promocyjne oraz niższe ogólne koszty transakcji dla nabywców i sprzedawców. Wszystko to powoduje, że konsumenci uzyskują niższe ceny, lepszą jakość i korzystają z szybkich zmian innowacyjnych.²

* Dr **Krystyna Kowalik-Bańczyk** – absolwentka Kolegium Europejskiego w Brugii i podyplomowych studiów prawa europejskiego w Tuluzie; asystent w Europejskiej Wyższej Szkole Prawa i Administracji oraz w Centrum Europejskim Uniwersytetu Warszawskiego.

** Artykuł stanowi zmodyfikowany fragment rozdziału piątego rozprawy doktorskiej pt. „Regulacja handlu elektronicznego w prawie międzynarodowym i prawie Unii Europejskiej”, obronionej 17 grudnia 2004 r. w Instytucie Nauk Prawnych PAN. Modyfikacji dokonano z uwzględnieniem uwag przedstawionych w recenzjach dr hab. A.Nowickiej i prof. dr. hab. A.Biercia.

¹ D.G.Goyder, *EC Competition Law*, Oxford 2003, s.15.

² T.D.Dontoglou, *Competition@Ecommerce.eu: An Appropriate European Approach to the Anticompetitive Implications in the Online World*, „Liverpool Law Review”,

Jednak wspomniana przejrzystość rynku prowadzi konkurentów do kontaktowania się ze sobą (wystarcza nawet, że mają o sobie tyle informacji, że w efekcie ryzyko działania na rynku zmniejsza się tak, jak gdyby się kontaktowali). W dłuższej perspektywie, mimo doraźnych korzyści dla konsumentów, może to prowadzić do ograniczenia konkurencji. Zasadne wobec tego wydaje się zastanowienie, czy wspólnotowe prawo konkurencji jest w stanie w skuteczny sposób skorygować działanie przedsiębiorców posługujących się Internetem. Po wstępnym zdefiniowaniu rynków, które mogą powstawać przez wykorzystanie łączności elektronicznej niniejsze opracowanie skupi się na zagrożeniach dla konkurencji, a następnie na zagadnieniach instytucjonalnych – tym, kto i jak mógłby kontrolować rynki funkcjonujące w związku z działaniem Internetu.

1. Wyznaczenie rynku właściwego

W każdej praktycznie sprawie dotyczącej naruszenia prawa konkurencji podstawową kwestią jest wyznaczenie właściwego (tzw. relevantnego) rynku. Należy wobec tego ustalić, o jaki rynek geograficzny i rynek produktu chodzi.³ We Wspólnocie Europejskiej wyznaczaniem właściwego rynku zajmują się na podstawie rozporządzenia 1/2003⁴ organy i sądy krajowe, jak również w niektórych przypadkach Komisja Europejska, jeżeli zaistnieje podejrzenie naruszenia którejś z norm europejskiego prawa konkurencji. Brak jest wskazówek odnośnie do wyznaczania rynku w wiążących aktach prawnych, przydatne jednak są rekomendacje Komisji Europejskiej na ten temat.⁵

Wydarza się, iż rynki internetowe stanowią specyficzne środowiska, odrębne od rynków tradycyjnych, *off-line*. Występują w nich niskie koszty marginalne produkcji, co oznacza, że jeśli się raz zainwestowało w infrastrukturę, łatwo jest organizować dodatkowe jednostki. Wiele

no. 24/2002, s.211, por. też opinię Komitetu Ekonomiczno-Społecznego: *The Effects of Ecommerce on the Single Market*, ESC, 38/2001.

³ V.Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford-Portland 2000, s.82-89.

⁴ Rozporządzenie 1/2003 z 16.12.2002 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, O.J., L 001, 04.01.2003, s.1-25.

⁵ Por. zalecenie Komisji Europejskiej dotyczące definicji rynku właściwego (*Commission Notice on the Definition of the Relevant Market*, O.J., C 1997, 372/5). W ten sam sposób zalecają badać rynek *Wskazówki dotyczące pionowych ograniczeń (Guidelines on Horizontal Restraints*, O.J., C 2001, 3/2). Por. też decyzję Komisji Europejskiej z 11.02.2003 r. dotyczącą właściwego rynku produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej, O.J., L 114/45 z 08.05.2003.

przedsiębiorstw handlu elektronicznego wytwarza produkty określane jako tzw. *soft durable goods*, takie jak ściągane z Internetu oprogramowanie, gry czy muzyka. Po ściągnięciu, można z takich dóbr korzystać przez długi czas. W wielu przypadkach ekonomię informatyczną określa się jako dziedzinę, w której występują „delikatni monopoliści”: *fragile monopolies*, jako że nawet, jeśli jakiemuś przedsiębiorcy udaje się wymyślić nowe rozwiązanie i zdominować rynek (czy stworzyć nowy rynek), to inni szybko mogą to naśladować i usunąć pierwotnego twórcę z pozycji dominującego lidera. Stąd konkurencja na tych rynkach określana jest jako konkurencja dynamiczna, bo twórcy starają się stworzyć nowe rynki, by wyprzeć stare. Często mamy też do czynienia z rynkami, które korzystają z tzw. efektu sieci (*network effect*),⁶ co oznacza, że stają się cenniejsze i bardziej dochodowe, im więcej osób z nich korzysta (tak np. jest z tzw. czatem).⁷

Handel elektroniczny jest wykorzystywany przez wszelkiego rodzaju gałęzie przemysłu, m.in. spożywczy (PEFA.com, IngredientsNet.com), budowlany (eu.supply.com, buildOn-line), chemiczny i farmaceutyczny (ChemConnect, CheMatch, Elemica, cc-chemplorer) czy samochodowy (Covisint, Supplyon).⁸ Istnieje możliwość tworzenia wspólnych platform sprzedaży bądź zakupu, co może prowadzić do powstania kartelu, ewentualnie kolektywnej pozycji dominującej. Powstaje jednak pytanie, czy będzie to kartel bądź pozycja dominująca na rynku istniejącym tylko w Internecie, czy też chodzić będzie o rynek, w którym Internet jest jedynie jednym z kanałów dystrybucji (określa się to wówczas jako *dual distribution system*).⁹ Problem ten został rozważony po raz pierwszy w decyzji Myaircraft.com,¹⁰ która zostanie omówiona poniżej.

Należy również podkreślić, iż rynek dostępu do infrastruktury łączności elektronicznej i do usług internetowych może stanowić szczególnie przedmiot zainteresowania (nie będzie jednak dokładniej badany w niniejszym opracowaniu). Mimo ustawicznego postępu technicznego, niektóre fragmenty „łańcucha komunikacji” mają ogromne i już utrwalone znaczenie (np. dostarczyciele oprogramowania, przed-

⁶ Por.: F.Blum, *The Recent Case Law of the European Court of Justice on State Monopolies and its Implication for Network Industries*, „Journal of Network Industries”, no. 1/2000, s.55-87.

⁷ G.J.H.Smith, *Internet Law and Regulation*, London 2002, s.621.

⁸ Za: T.D.Dontoglou, op.cit., s.210; por. też: H.Selholfer, *E-Business in Europe in 2002*, e-business w@tch (2002) dostępne na stronie: <http://ebusiness-watch.org>

⁹ T.D.Dontoglou, op.cit., s.213.

¹⁰ IV/M.1969, UTC/Honeywell/i2/myaircraft.com, O.J., C 2000, 289/1.

siębiorstwa zajmujące się kablami). Dostarczyciele dostępu do Internetu wykazują tendencje do łączenia się w wielkie koncerny, skupiające dostarczycieli sprzętu, oprogramowania i zawartości/treści. Koncentracja i narzucana przez nią standaryzacja *de facto* może stanowić zagrożenie dla konsumentów i w dłuższej perspektywie prowadzić do obniżenia jakości usług i zwyczajki cen.¹¹

1.1. Rynek geograficzny

Rynek dostępu do Internetu pozostaje w większości narodowy, jako że działają na nim krajowi operatorzy, często dawni monopolisci, czuwający nad dostępem do instalacji lokalnych (problem tzw. *local loop*).¹² W handlu z udziałem konsumentów (*business to consumer - B2C*) Internet umożliwia użytkownikom szersze poszukiwanie dóbr i usług, w związku z czym rynki geograficzne powinny ulec poszerzeniu. Często jednak wymóg doręczenia jakiegoś dobra ogranicza to, by taki rynek mógł stać się rzeczywiście międzynarodowy. Natomiast w handlu między profesjonalistami (*business to business - B2B*) często okazuje się, że również tradycyjna wymiana polegająca na dostarczaniu rzeczy materialnych obejmuje cały świat,¹³ zasadne jest wobec tego mówienie o rynku szerszym niż terytorium danego państwa.

Ustalenie miejsca prowadzenia działalności przez przedsiębiorstwo, które funkcjonuje głównie w Internecie, może stwarzać problemy.¹⁴ Jego siedziba i wpis do rejestru powinny zostać wyraźnie za-

¹¹ M.de Cock Brunning, E.Hondius, C.Prins, M.de Vries, *Consumer@Protection.EU. An Analysis of European Consumer Legislation in the Information Society*, „Journal of Consumer Policy”, no. 24/2001, s.321.

¹² *Local loop* – czyli infrastruktura połączeń lokalnych, często bardzo trudna do powielenia. Zagadnienia dostępu do instalacji niezbędnych dla zafunkcjonowania na rynku telekomunikacji nie będą w niniejszej pracy omawiane, zostały one uregulowane w szeregu dyrektyw dotyczących reformy telekomunikacji, szczególnie w dyrektywie Komisji z 16.09.2002 r. w sprawie konkurencji na rynkach sieci łączności elektronicznej, O.J., L 249 z 17.09.2002 (zastępującej dyrektywy Komisji 90/388/EWG, 94/46/WE, 95/51/WE, 96/19/WE oraz 1999/64/WE) i rozporządzeniu 2887/2000 z 18.12.2000 w sprawie rozdzielonego dostępu do pętli lokalnej, O.J., L 336, 30.12.2000, s.4.

¹³ G.J.H.Smith, op.cit., s.619.

¹⁴ W ostatnio toczącym się postępowaniu Komisja Europejska przeciw Visa International (decyzja COMP/29.373 – Visa International z 09.08.2001, O.J., C 226/21), Visa International argumentowała, iż rynek geograficzny w kontekście rozwoju Internetu należy określać szeroko – handel elektroniczny powoduje, że rynek ma wymiar wspólnotowy, a nawet światowy. Komisja Europejska jednak nie podzieliła tego poglądu, stwierdzając, iż nadal chodzi głównie o rynki poszczególnych państw

sygnalizowane na stronie, za pośrednictwem której dane przedsiębiorstwo prowadzi działalność. Platformy B2B (czyli strony internetowe, na których dochodzi do kontaktów między przedsiębiorstwami) mają bardzo różne modele własności. Często zależy to od struktury rynku, dla jakiego taka platforma jest tworzona. W dziedzinach, gdzie istnieje wielu dostawców z jednej strony, a kilku nabywców z drugiej, platforma (czyli strona internetowa umożliwiająca wymianę B2B) jest często tworzona przez grupę nabywców. Na bardziej rozproszonych rynkach platformy są często własnością neutralnych stron trzecich, ponieważ sami przedsiębiorcy działający na rynku niekoniecznie widzą cel czy ewentualną rentowność tworzenia takiej platformy własnym sumptem. Aby ustalić, jaki jest zasięg geograficzny oferty przedstawianej na stronie internetowej, istotne jest nieraz, w jakim języku ta oferta jest dostępna. Należy uznać, iż rynki geograficzne w Internecie mogą, potencjalnie przynajmniej, posiadać zasięg znacznie szerszy niż terytorium jednego państwa.

1.2. Rynek produktu

W obrębie Internetu funkcjonują różne rynki: rynki dostępu do infrastruktury umożliwiającej połączenia, rynek korzystania z połączeń internetowych oraz cały szereg rynków oferujących różnego rodzaju produkty i usługi *on-line*.

Rynek dostępu oznacza, najogólniej rzecz biorąc, dostęp do infrastruktury łączności elektronicznej. Rynek dostępu do infrastruktury komunikacyjnej może obejmować wszelkie możliwe struktury używane do świadczenia usług komunikacyjnych. Przykładowo, w sprawie Nortel/Norweb¹⁵ Komisja Europejska uznała, iż sieć elektryczna stosująca technologię tzw. Digital Power Line może stanowić alternatywę dla tradycyjnych lokalnych sieci telekomunikacyjnych. Istnieją oczywiście różne inne technologie, które mogą być taką alternatywą, np. HDSL (*hierarchical digital subscriber line*) na już istniejących miedzianych drutach telekomunikacji, modemy kablowe pozwalające na wykorzystanie telewizji sieciowej czy wreszcie technologie bezprzewodowe, wykorzystujące satelity lub istniejące na danym terenie stacje nadawcze.¹⁶ W postępowaniu dotyczącym fuzji (ostatecznie

członkowskich. Por.: S.Dudzik, *Ochrona konkurencji na rynku kart płatniczych w świetle prawa wspólnotowego (wybrane zagadnienia)*, PUG, 7/2002, s.21.

¹⁵ Decyzja KE IV/M.1113 w sprawie Nortel/Norweb.

¹⁶ G.J.H.Smith, op.cit., s.608.

nieudanej) Telia/Telenor¹⁷ Komisja uznała, że istnieje osobny rynek dla tzw. połączeń lokalnych (*local loop*) dla podmiotów nowo wchodzących na rynek.

Co do rynku połączeń (*market for top level or universal Internet connections*) w decyzjach Worldcom/MCI,¹⁸ a następnie w MCI Worldcom/Sprint¹⁹ Komisja Europejska wyraziła swoje zdanie o systemie hierarchii dostępu do Internetu. Dostawcy dostępu muszą zapewnić swoim klientom uniwersalny dostęp i połączenie w Internecie, a także muszą być w stanie zapewnić wymianę danych pomiędzy swoimi klientami a korzystającymi z usług innych dostawcy dostępu czy to przez połączenie bezpośrednie, czy pośrednie. Może tu dojść do tzw. porozumień określanych *peering agreements*²⁰ (zwykle za darmo) lub tzw. *transit agreements*.²¹ Dostawcy dostępu *top level*²² są jedynymi podmiotami zdolnymi do zapewnienia pełnej możliwości łączenia się z Internetem, czyli uniwersalnej łączności (*top level connectivity* lub *universal connectivity*). Tacy dostawcy dostępu mają bardzo silną pozycję, jako że nie zależą zupełnie od dostawcy dostępu na niższych szczeblach (ci natomiast, by mieć pełen dostęp, zależą od nich), co może prowadzić do nadużycia pozycji dominującej. Rynek taki jest rynkiem globalnym, tzn. faktycznie obejmuje cały świat.²³

Poza rynkiem infrastruktury umożliwiających łączność sieciową, istnieją też rynki specyficzne dla Internetu i handlu elektronicznego. Komisja rozpoczęła postępowanie przeciwko firmie Microsoft, by zbadać, czy sposób, w jaki Microsoft udostępniła Internet Explorer (program umożliwiający przeglądanie Internetu) dostawcy dostępu w Europie, był zgodny z prawem konkurencji (głównie z art. 82 TWE). Jednak postępowanie zostało zakończone ugodowo i nie zostało wyraż-

¹⁷ Decyzja KE COMP/M.1439 w sprawie Telia/Telenor, 03.10.1999.

¹⁸ Decyzja KE IV/M.1069 w sprawie Worldcom/MCI, 08.07.1998.

¹⁹ Decyzja KE COMP/M.1741 w sprawie MCI Worldcom/Sprint.

²⁰ Umowy pomiędzy podmiotami posiadającymi infrastrukturę połączeń o tym, że podmioty te mogą bezpłatnie wzajemnie korzystać ze swoich infrastruktur.

²¹ Odpłatne umowy dotyczące tego, że podmiot mający infrastrukturę regionalną korzysta z infrastruktury innego podmiotu, by przesłać pakiety wiadomości do państwa, którego jego infrastruktura nie obejmuje; por.: G.J.H.Smith, op.cit., s.609.

²² *Top level providers* zwani również *backbone providers* to przedsiębiorstwa, które posiadają infrastrukturę zapewniającą im możliwość przesyłania wiadomości na całym świecie. Obecnie wszystkie przedsiębiorstwa *top level* mają przewagę kapitału amerykańskiego, co powoduje, że każda wymiana informacji między np. dwoma kontynentami będzie wymagała wykorzystania infrastruktury takiego dostawcy dostępu.

²³ G.J.H.Smith, op.cit., s.610.

nie stwierdzone, czy programy do przeglądania stanowią osobny rynek. Jeśli chodzi o inne oprogramowania konieczne, by mieć dostęp do Internetu, Komisja zbadała również przeglądarki.²⁴ Miało to miejsce w sprawie WSI Webseek,²⁵ gdzie chodziło o założenie wspólnego przedsiębiorstwa (*joint venture*) przez Deutsche Telecom, Springer, Holzbank i Infoseek. *Joint venture* miała dostarczać niemieckojęzycznym odbiorcom usługi polegające na wyszukiwaniu i nawigacji w Internecie. Komisja doszła do wniosku, że skoro przeglądarki będą mogły być używane bezpłatnie, nie stanowią osobnego rynku jako takiego. Ale już reklama w Internecie, tzw. *paid-for content market* i rynek dostępu do Internetu stanowiły osobne rynki.²⁶ W sprawie Vizzavi Komisja Europejska uznała, że rozwijające się rynki krajowe na telewizyjne portale internetowe i krajowe oraz ogólnoeuropejskie rynki dla portali wap stanowią osobne rynki.²⁷

Komisja Europejska zastanawiała się po wielokroć, czy handel elektroniczny stwarza nowe rynki dla wymiany między przedsiębiorcami (B2B). Pytania obracają się wokół tego, czy elektroniczne sposoby sprzedaży konkurują z normalnym dwustronnym handlem, czy też stanowią osobny, węższy rynek. Pierwsze założenie może być prawdziwe, gdy strony transakcji używają handlu elektronicznego jedynie jako dodatkowego kanału sprzedaży; drugie jest słuszne, gdy stosowanie środków elektronicznych łączy się z dostarczaniem dodatkowych usług, nie świadczonych przy transakcjach tradycyjnych. Ta kwestia była rozważana przez Komisję w sprawie MyAircraft (wymiana B2B dla części samolotowych i usług). Komisja zastanawiała się, czy transakcja wchodziła w zakres większego rynku części samolotowych, czy też stanowiła węższy rynek wymiany *on-line*.²⁸ Podstawowym problemem było zatem to, czy wymiana w Internecie to osobny rynek relewantny, czy tylko fragment szerszego rynku (*dual distribution system*). Przedsiębiorstwa, które założyły to przedsięwzięcie w postaci wspólnej strony internetowej argumentowały w postępowaniu przed Komisją, iż ich zamiarem było jedynie utworzenie dodatkowego sposobu zawierania umów, natomiast konsumenci mogli

²⁴ Urządzenia umożliwiające po wstawieniu hasła wskazanie stron, które to hasło zawierają, jak np. Yahoo, Altavista, Google itp.

²⁵ Decyzja KE IV/JV.8, w sprawie WSI Webseek, 15.09.1998.

²⁶ G.J.H.Smith, op.cit., s.611.

²⁷ Decyzja KE COMP/JV.48 w sprawie Vodafone/Vivendi/Canal+, IP 00/821; por.: G.J.H.Smith, op.cit., s.612.

²⁸ Decyzja KE M 1969 w sprawie UTC/Honeywell/i2/MyAircraft.com, 4.08.2000; por.: G.J.H.Smith, op.cit., s.616.

w każdej chwili wrócić do bardziej tradycyjnych form. Jednak podmioty trzecie, interweniujące w postępowaniu przed Komisją Europejską twierdziły, iż pewne usługi oferowane przez Myaircraft.com powodowały, że cała transakcja zmieniała charakter, ponieważ nabywca w tradycyjnej sprzedaży nie uzyskuje tego rodzaju dodatkowych usług. W związku z tym wydawać by się mogło, iż o istnieniu odmiennego (węższego) rynku decyduje to, czy sprzedaży oferowanego produktu towarzyszą jakieś usługi dodatkowe. To pozwoliłoby rozróżnić rynek *on-line* i *off-line*, pomagając ustalić, czy powstał nowy rynek, czy tylko nowa forma dystrybucji.²⁹ Jednak w tej sprawie, podobnie jak w innych dotyczących B2B, Komisja nie sformułowała precyzyjnej definicji właściwego rynku.³⁰ Wydaje się jednak, iż Komisja Europejska skłania się ku tej drugiej kwalifikacji. Nie uznała wymiany *on-line* za nowy rynek tylko dlatego, że towarzyszą jej pewne usługi dodatkowe.

Zasadniczo uwagi zawarte w niniejszej części miały wskazać na fakt, iż w Internecie trudno jest w ostateczny sposób wyodrębnić rynek produktu. Jeżeli chodzi o rynek dostępu do infrastruktury sprawa jest stosunkowo najprostszą. Jednak już ustalenie, czy dany produkt w postaci oprogramowania lub specyficznej usługi, stanowi osobny rynek, będzie za każdym razem wymagało pogłębionej analizy ekonomicznej.

2. Ewentualne naruszenia prawa konkurencji

Internet może stwarzać dla przedsiębiorstw pole do nadużyć na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, umożliwia znacznie szybszą i dokładną wymianę profesjonalnych informacji między podmiotami działającymi w obszarze danego rynku, co może faktycznie prowadzić do wykluczenia ryzyka immanentnie związanego z funkcjonowaniem na wolnym rynku – i tym samym ograniczyć bądź usunąć konkurencję. Po drugie, zwłaszcza odnośnie do struktur dostępu do instalacji sieciowych, istnieje trend do ogromnych koncentracji, co w dłuższej perspektywie również może ograniczyć konkurencję.

²⁹ T.D.Dontoglou, op.cit., s.214.

³⁰ Patrz: Chemolorer COMP/M.2027 Deutsche Bank/SAP/JV, 2.10.2000; ec4ec COMP/M.2172 Babcock Borsin/MG Technologies/SAP Markets/ec4ec, 7.11.2000, COMP/M.2270 Babcock Borsig/MG Technologies/SAP Markets/Deutsche Bank/VA Tech/ec4ec, 22.01.2001; Emaro COMP/M.2027 Deutsche Bank/SAP/JV, 13.06.2000; Date COMP/M.2374 Telenor/ErgoGroup/DNB/Accenture; por.: G.J.H.Smith, op.cit., s.617.

Badanie prawa konkurencji we Wspólnocie Europejskiej wymaga analizy zastosowania art. 81 i 82 TWE oraz rozporządzenia o koncentracjach.³¹ Odpowiedniki art. 81 i 82 TWE w porozumieniu o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG), czyli art. 53 i 54 EOG nie będą omawiane, jako że faktycznie powielają normy sformułowane przez Wspólnotę Europejską.³² Jak twierdzi T.D.Dontoglou, w większości przypadków, w których Komisja Europejska badała platformy B2B jako ewentualnie zjawiska prowadzące do naruszenia prawa konkurencji, najistotniejsze było samo zachowanie się przedsiębiorców należących do B2B bądź z nich korzystających, a nie fakt istnienia czy struktura takiego wspólnego przedsięwzięcia.³³

2.1. Zagrożenie dla konkurencji wynikające z łatwości porozumiewania się przedsiębiorstw – ryzyko zмовы kartelowej

Nowe sposoby komunikowania się przedsiębiorców, zwłaszcza w formie platform B2B, mogą spowodować zagrożenie dla poprawnego funkcjonowania konkurencji. Platformy B2B są rozmaite, co powoduje, że nie można do nich stosować jednego podejścia. Wszystko zależy od sposobu organizacji, struktury rynku, zakresu i rodzaju wymienianych informacji, tego, czy platforma zakłada wspólną sprzedaż, czy wspólne zakupy oraz tego, czy istnieją inne B2B dla właściwego rynku.³⁴ Rozwój porozumień za pomocą Internetu stwarza problemy dla prawa konkurencji, ponieważ zakładają one kooperację między przedsiębiorcami.³⁵ Reakcje ze strony organów nadzorujących przestrzeganie prawa konkurencji w Stanach Zjednoczonych i w Europie już się pojawiły. Jednak są one ciągle w fazie wstępnej.³⁶

Pierwszym zagrożeniem jest możliwość porozumiewania się przedsiębiorstw, wykluczająca ich faktyczną konkurencję między sobą, ponieważ zostaje ona zastąpiona świadomą współpracą. Problemy związane z tym zakazem, w prawie WE sformułowanym w art. 81, ust. 1 TWE, mogą się pojawić w przypadku, gdy właściciele platformy internetowej mają wgląd w informacje dotyczące konkurentów, zarówno

³¹ Decyzja KE COMP/M.1969 w sprawie UTC/Honeywell/i2/myAircraft.com.

³² G.J.H.Smith, op.cit., s.607.

³³ T.D.Dontoglou, op.cit., s.214.

³⁴ Ibidem, s.128.

³⁵ F.Stroud, *B2B E-Marketplaces. The Emerging Competition Law Issues*, „World Competition”, no. 24(1)/2001, s.126.

³⁶ Ibidem, s.127 - F.Stroud określa to jako *learning phase*.

jeżeli chodzi o kupujących, jak i sprzedających. Wymiana istotnych informacji handlowych jest największą bolączką organów ochrony konkurencji. Organy te bardziej przychylnym okiem patrzą zatem na platformy, które działają niezależnie od sprzedawców lub korzystających z nich kupujących.

Właśnie tego problemu dotyczyło pierwsze postępowanie o naruszenie art. 81 TWE przez wymianę B2B w sprawie Covisint *joint venture*.³⁷ Główni producenci samochodów lub części samochodowych (General Motors, Ford, DaimlerChrysler, Nissan, Peugeot Citroen, Renault, Toyota, Basf, Delphi Automotive, Federal Mogul, Johnson Controls, Lean Corporation i Yazaki International) postanowili w marcu 2000 r. utworzyć jedną platformę wymiany informacji (*eBusiness exchange*) dla przemysłu motoryzacyjnego. Jednak Komisja Europejska nie wyraziła zgody na jej utworzenie, uznając, iż takie porozumienie między producentami samochodów w zbyt istotny sposób ograniczy, jeśli nie wyłączy, konkurencję.

Prawdopodobnie Komisja Europejska będzie wymagać, by spełnione były analogiczne warunki, jak te ustalone przez nią w sprawie Volbroker.com.³⁸ Volbroker.com był pierwszą platformą B2B badaną pod kątem zgodności z art. 81, ust.1 TWE, która została zwolniona z zakazu z ust. 1, gdyż spełniała warunki art. 81, ust. 3 TWE. Chodziło o wspólne przedsięwzięcie sześciu dużych banków, przy czym banki tworzące *joint venture* miały mieć dostęp do swoich tajnych informacji. Komisja zgodziła się zwolnić Volbroker.com z zakazu z art. 81 ust. 1 TWE dopiero po tym, gdy wszystkie banki zobowiązały się wprowadzić rozwiązania techniczne (tzw. *Chinese walls* – czyli zabezpieczenia danych, uniemożliwiające do nich dostęp osobom, które nie mają kodu dostępu) zapewniające zachowanie sekretu bankowego. Komisja nałożyła również surowe wymogi odnośnie do zarządu i pracowników banków, którzy nie mogli wymieniać między sobą tajnych informacji. To miało zapewnić zachowanie indywidualności, czy raczej samodzielności uczestników oraz spowodować, by nadal skupiali się na swoich partykularnych interesach, a nie na interesach banków również uczestniczących w *joint venture*.

³⁷ Decyzja KE COMP/38.064/F2 w sprawie Daimler Chrysler AG/Ford Motor Company/General Motors Corporation/Nissan Motor Co.Ltd/Renault SA – Covisint, O.J., C 2001, 049; Commission Press Release IP/01/1155 z 31.07.2001, G.J.H.Smith, op.cit., s.662.

³⁸ Decyzja KE COMP/37.866 w sprawie DB UK Holdings Limited/UBS AG/Goldman Sachs Vol – Holdings LLC/Citibank Investments Limited, O.J., C 2000, 143, por. też: G.J.H.Smith, op.cit., s.134 i T.D.Dontoglou, op.cit., s.219.

Potwierdzeniem takiego stanowiska Komisji Europejskiej jest decyzja w sprawie WaterPortal.³⁹ Dwa przedsiębiorstwa zajmujące się przemysłem wodnym: Ondeo i Thames Water, przed utworzeniem wspólnego portalu internetowego WaterPortal podjęły wszelkie działania zalecane przez Komisję w decyzji Volbroker.com. Przed notyfikacją utworzenia wspólnego przedsięwzięcia oba przedsiębiorstwa zainstalowały oprogramowania ochronne, uniemożliwiające dostęp do istotnych informacji o firmach oraz wyjawienie tajnych danych. Zatrudniły osobny personel do obsługi portalu oraz upewniły się, że portal będzie miał własne dochody, tak, by mógł działać niezależnie od przedsiębiorstw założycielskich. Komisja Europejska bez zastrzeżeń przyjęła tę notyfikację.⁴⁰

Z kolei w Stanach Zjednoczonych Federalna Komisja Handlu (FTC – Federal Trade Commission) wszczęła również postępowanie w sprawie Covisint, B2B *joint venture*, notyfikowanej w czerwcu 2000 r., po czym je zamknęła bez rozstrzygnięcia, zastrzegając sobie jednak możliwość podjęcia badania w momencie, gdy *joint venture* zacznie działać. W ten sposób faktycznie odsunęła decyzję.

Niektóre rodzaje współpracy konkurujących ze sobą przedsiębiorstw będą niewątpliwie przedmiotem szczególnej uwagi organów badających przestrzeganie prawa konkurencji. Dlatego właściwe wydaje się ich wymienienie z krótkim opisem. Katalog wykorzystany w niniejszej pracy powiela wyliczenie zastosowane przez G.J.H.Smitha.⁴¹ Chodzi zwłaszcza o wspólną sprzedaż i wspólny zakup, wymianę informacji, zagadnienia prawa własności, kwestie związane z członkostwem w związku przedsiębiorstw i efektem sieci.⁴² Poza tym jednak nie wydaje się, by handel elektroniczny miał stworzyć podstawę do rozwoju zupełnie nieznanymi nadużyć czy naruszeń prawa konkurencji, których nie można by zwalczyć za pomocą istniejących już regul.

2.1.1. Wspólne zakupy⁴³

Wiele platform B2B jest tworzonych przez grupy nabywców po to, by mogli oni efektywniej zamawiać i nabywać poszczególne produkty.

³⁹ Decyzja KE COMP/M.2747 w sprawie Ondeo-Thames Water/Water Portal, O.J., C 2002 171/6.

⁴⁰ T.D.Dontoglou, *op.cit.*, s.221.

⁴¹ G.J.H.Smith, *op.cit.*, s.600-620.

⁴² *Ibidem*, s.128.

⁴³ Por.: Dobson Consulting, *Buyer Power and Its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector or the European Union*,

(<http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/bpifrs/chap02.pdf>).

Rozwiązanie takie może być prokonkurencyjne, ponieważ zmniejsza koszty transakcji, produkcji i dostawy. Może jednak również stwarzać problemy dla prawa konkurencji. Prowadzi bowiem nieraz do umocnienia, stworzenia lub ułatwienia powstania silnej pozycji danego przedsiębiorstwa na rynku, zmuszając dostawców do tego, by obniżyli swoje ceny poniżej konkurencyjnego poziomu. Jeżeli nabywcy umówią się, że nie będą nabywać określonego towaru, dopóki sprzedawca nie obniży ceny, to gdy będzie chodzić o gros nabywców, sprzedawca będzie musiał na to zareagować.

W obrębie Jednolitego Rynku wspólne zakupy będą badane z uwzględnieniem wskazówek Komisji dotyczących horyzontalnej współpracy przedsiębiorstw.⁴⁴ Komisja uznaje, że porozumienia o wspólnych zakupach zawierane przez małe i średnie przedsiębiorstwa są zwykle prokonkurencyjne.⁴⁵ Jednak, gdy porozumienia zawierane są między przedsiębiorcami o silnej pozycji rynkowej (jak Ford

i General Motors w przypadku Covisint), konieczne będzie przeprowadzenie dokładnej analizy zarówno rynku właściwego dla kupujących, jak i rynku właściwego dla sprzedających. Art. 81 nie będzie naruszony, jeśli kupujący nie są konkurentami (tzn. jeśli nabyte produkty sprzedają w zupełnie innych okolicznościach). Natomiast art. 81 TWE na pewno będzie miał zastosowanie, jeżeli porozumienie o wspólnym kupnie zakłada ustalenie ceny, ilości czy podział rynku między konkurującymi ze sobą przedsiębiorstwami kupującymi. Art. 81 ust. 1 TWE może zostać naruszony, jeśli strony mają siłę nabywczą (*buying power*) na rynku kupujących lub sprzedających. Istnieje ryzyko negatywnych efektów – niższa cena nie będzie ustalana dla konsumentów, jeśli kupujący są bardzo silni na rynku. Może to też spowodować wzrost ceny dla konkurentów kupujących (tych o silnej pozycji), ponieważ sprzedający może starać się odzyskać straty poniesione wskutek sprzedaży po niskiej cenie silnym nabywcom, przez podwyższenie cen dla innych nabywców; lub też konkurencyjni nabywcy nie będą mieli gdzie nabyć towaru, bo cały zostanie sprzedany silnemu nabywcy. Aby określić istnienie siły nabywczej,⁴⁶ konieczna jest dokładna definicja i analiza właściwego rynku. Wydaje się jednak,

⁴⁴ Draft Guidelines on the Applicability of Article 81 to Horizontal Cooperation, O.J., C 118/14, 17.04.2000.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ V.Korah, op.cit., s.44-45.

iz metody badania tego rynku będą takie same, jak dotychczas. Struktura danej gałęzi produkcji będzie tutaj bardzo ważna.⁴⁷

2.1.2. Wspólna sprzedaż

W wielu platformach B2B największe znaczenie ma dostawca, a platformy mają za zadanie ułatwić sprzedawcom dóbr i usług znalezienie nabywców. Grupa dostawców może utworzyć stronę *web*, na której można np. składać zamówienia i uzyskiwać informacje o produktach. Zalety polegają na łatwości dostępu dla nowych nabywców oraz obniżeniu kosztów transakcji. Ale porozumienia pomiędzy konkurującymi dostawcami odnośnie do sprzedaży, dystrybucji czy promocji ich produktów mogą być problematyczne z punktu widzenia prawa konkurencji. Wspólna sprzedaż może doprowadzić do ustalenia jednolitych cen, eliminując faktycznie konkurencję cenową, co zawsze będzie niezgodne z zasadami konkurencji.

Takie platformy B2B ułatwiają wymianę istotnych informacji handlowych między przedsiębiorcami i mogą wpływać na ponoszone przez strony koszty. Wskazówki Komisji również tu będą mogły znaleźć zastosowanie i, podobnie jak przy wspólnych zakupach, istotne będzie ustalenie pozycji rynkowej sprzedających. Jeżeli sprzedawcy łącznie mają mniej niż 10% rynku,⁴⁸ to nie powinno to stwarzać zagrożenia dla konkurencji. Według Komisji większe ryzyko naruszenia zasad konkurencji istnieje na rynkach oligopolistycznych, dlatego organ ten podejrzliwie sprawdza wszelkie porozumienia w silnie skoncentrowanych dziedzinach produkcji.⁴⁹

2.1.3. Wymiana informacji

Internet sprzyja wzrostowi przejrzystości rynku. Jak już wspomniano, zjawisko to jest w pewnym stopniu prokonkurencyjne, gdyż pozwala na obniżenie kosztów transakcji, poprawę jakości usług i sprzedaży oraz na wyższą produktywność; z drugiej jednak strony może prowadzić do wymiany informacji między konkurentami, tak, że są oni w stanie przewidzieć zachowanie konkurenta. To może być jednoznaczne z porozumieniem zabronionym przez art. 81 TWE. Jeżeli większość transakcji na danym rynku odbywa się za pośrednictwem

⁴⁷ F.Stroud, op.cit., s.130-131.

⁴⁸ Paragraf 7, ust. B Komunikatu Komisji o porozumieniach o niewielkim znaczeniu (*de minimis*), O.J., C 368/13, 22.12.2001 (zakładając, iż chodzi o sprzedawców działających na tym samym szczeblu produkcji bądź dystrybucji).

⁴⁹ F.Stroud, op.cit., s.132.

B2B, to ta platforma będzie miała niemal idealną informację o sprzedażach dokonywanych przez wszystkie konkurujące ze sobą przedsiębiorstwa. Dlatego takie przedsiębiorstwa muszą zagwarantować, iż istotne handlowe informacje nie będą komunikowane konkurentom – pod tym warunkiem Komisja zaakceptowała *joint venture* Volbroker.com.⁵⁰

2.1.4. Kwestie związane z członkostwem bądź dostępem

Właściciele i zarząd platformy zwykle ustalają zasady członkostwa i uczestnictwa w działaniu platformy. Mogą na przykład ustalić warunki dopuszczające tylko specyficzne przedsiębiorstwa, aby ograniczyć ryzyko, że któreś z nich nie dokona zapłaty albo nie dostarczy zamawianego produktu. Do momentu, kiedy nie mamy do czynienia z pozycją dominującą na danym rynku, członkowie platformy mają pełne prawo ustalać zasady członkostwa. Na ogół pojawia się tzw. efekt sieci, oznaczający, że dane przedsięwzięcie jest bardziej skuteczne i udane, im więcej uczestniczy w nim podmiotów (każdy dodatkowy uczestnik zwiększa efektywność systemu). Zatem platformom zależy zasadniczo na skupieniu jak największej liczby kupców lub sprzedawców, by jak najbardziej obniżyć koszty. Wobec tego regułą powinna być otwartość na nowych członków.⁵¹

Jednak w momencie, gdy platforma okaże się sukcesem, może szybko uzyskać status niezbędnej infrastruktury (*essential facilities*),⁵² szczególnie w przypadku rynku, na którym nie ma sensu tworzyć więcej niż jednej platformy. Podmiot, który posiada taką niezbędną infrastrukturę może nadużywać swojej dominującej pozycji (np. już sama odmowa możliwości skorzystania z niej może stanowić

⁵⁰ Dokładne warunki podane przez Komisję: nikt z pracowników Volbroker.com nie mógł mieć stosunków umownych ani żadnych innych kontaktów z żadnym z tworzących banków; pracownicy i zarząd Volbroker.com mieli się znajdować w geograficznie innym miejscu niż tworzące banki; przedstawiciele twórców Volbroker.com w Zarządzie nie będą mieli dostępu do istotnych informacji handlowych, twórcy Volbroker.com nie będą mieli dostępu do systemu komputerowego Volbroker.com ani systemu komunikacji, i wreszcie banki tworzące będą musiały zapewnić, że pracownicy i zarząd wszystkich ze stron transakcji rozumieją znaczenie poufności ważnych informacji handlowych. Por.: F.Stroud, op.cit., s.133.

⁵¹ Ibidem, s.134.

⁵² V.Korah, op.cit., s.120; por.: M.Będkowski-Koziół, *Wpływ amerykańskiej doktryny „essential facilities” na rozwój europejskiego prawa antymonopolowego. Zarys problematyki na tle poglądów doktryny niemieckiej*, PUG, 12/2000, s.5.

nadużycie).⁵³ Obecnie można obserwować tendencję do konsolidacji pomiędzy platformami, bo to zapewnia stabilność i łatwiej jest zachować płynność finansową. To z kolei może doprowadzić w krótkim czasie do powstania pojedynczych, silnych platform. Tym samym tworzenie nowych, ryzykownych będzie stawać się coraz trudniejsze. Sytuacja taka może w efekcie doprowadzić do powstania barier w wejściu na rynek (*entry barriers*). W takich okolicznościach odmowa korzystania z platformy może spowodować ogromne powiększenie kosztów dla konkurenta, który się z taką odmową spotkał, a tym samym nadużycie pozycji dominującej, choć oczywiście tylko wtedy, jeśli przedsiębiorca, któremu odmówiono dostępu nie ma szans na stworzenie alternatywnego systemu czy alternatywnej platformy.

Wydaje się zatem, iż platforma B2B, która osiągnęła silną pozycję, powinna przede wszystkim sformułować obiektywne i niedyskryminujące kryteria dostępu. Paradoksalnie, będzie musiała zapewniać dostęp dla całej gałęzi przemysłu, w ten sposób utrwalając swoją dominującą pozycję. Jednak dopiero odmowa będzie oznaczać naruszenie prawa konkurencji.⁵⁴

Dana platforma może też dążyć do zapewnienia sobie wyłączności, by przedsiębiorcy z niej korzystający nie korzystali z usług innej. Można to osiągnąć albo przez wyraźne sformułowanie takiego warunku, albo przez wymóg, by uczestnik platformy dokonywał przez nią określonej liczby transakcji. Jeżeli platforma nie ma pozycji dominującej, takie zachowanie nie powinno naruszać prawa konkurencji. Jednak w momencie uzyskania pozycji dominującej stawianie takiego wymogu uczestnikom platformy może być równoznaczne z nadużywaniem owej pozycji.⁵⁵

⁵³ Patrz orzeczenia: C-418/01 IMS Health Inc przeciw Komisji Wspólnot Europejskich, ECR 2004, s.I-5039, C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG przeciw Media-print Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG and others, ECR 1998, s.I-7791, C-241/91P RTE i ITP (Magill), ECR 1995, s.I-743; por. też: C.Caron, *Le droit d'auteur (provisoirement?) à l'abri de l'ouragan du droit communautaire de la concurrence*, CCE, 5/2002, s.21; Treacy, *Essential Facilities – Is the Tide Turning?*, ECLR, 1998, s.501-505; Bergman, *The Bronner case – A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?*, ECLR, 2/2000, s.59; Furse, *The Essential Facilities Doctrine in Community Law*, ECLR, 8/1995, s.469; T.Nikolinakos, *Access Agreements in the Telecommunications Sector – Refusal to Supply and the Essential Facilities Doctrine under E.C. Competition Law*, ECLR, 1999, s.408; M.Thill-Tayara, C.Couadou, *Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles*, „Contrats, concurrence, consommation”, no. 5/1999, s.4.

⁵⁴ F.Stroud, op.cit., s.135.

⁵⁵ Ibidem, s.135.

Stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji do wymiany B2B może z praktycznego punktu widzenia okazać się trudne. Dotyczy to rynku, który działa na forum – w Internecie – nie uznającym żadnych granic. Każdy internauta jest potencjalnym użytkownikiem usług oferowanych przez B2B. Takie kwestie jak wskazanie właściwego sądu i prawa stosowanego w danym przypadku oraz wydzielenie rynku geograficznego będą nastęrczały niekiedy problemów. Biorąc pod uwagę takie kryteria, jak siedziba przedsiębiorstwa i pozaterytorialne skutki praktyk antykonkurencyjnych⁵⁶ - może się okazać, że najlepszym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie międzynarodowej koordynacji rozwiązań prawnych (por. niżej).⁵⁷

2.2. Problemy związane z tendencją do koncentracji

Poza ułatwianiem przedsiębiorcom porozumiewania się, Internet jako system sieciowy skłania również podmioty działające za jego pośrednictwem do: po pierwsze – ujednociania technologii, po drugie – tworzenia kolektywnych bądź indywidualnych pozycji dominujących (te ostatnie mogą zaistnieć przez fuzje dotychczas niezależnych podmiotów).

Przed wszystkim należy poruszyć problem ustanawiania standardów przez grupy przedsiębiorców. Każda organizacja określająca standardy techniczne musi zajmować się przy okazji całą serią problemów związanych z własnością intelektualną. Niemal każde przedsiębiorstwo zajmujące się nowymi technologiami należy do przynajmniej jednej takiej organizacji. A prawo konkurencji wypowiada się, nieraz w sprzeczny sposób, na temat tego, co odnośnie do różnych praw własności intelektualnej bądź przemysłowej mogą lub czego nie mogą robić członkowie organizacji wyznaczających standardy.⁵⁸ Istnieje bowiem duże podobieństwo takiej sytuacji czy to do zmywy kartelowej, czy do nadużywania kolektywnej pozycji dominującej. Sytuacja polegająca na odmawianiu udzielenia licencji na jakieś prawo własności intelektualnej czy przemysłowej również może stanowić naruszenie prawa konkurencji.

⁵⁶ Orzeczenie T-102/96 Gencor przeciw Komisji, ECR 1999, s.II-753.

⁵⁷ F.Alese, *B2B Exchanges and E.C. Competition Law: 2B or not 2B?*, ECLR, 2001, s.330, por. też: Vadjia i Gahnstrom, *E.C. Competition Law and the Internet*, ECLR, 1999, s.94.

⁵⁸ M.Lemley, *Will the Internet Remake Antitrust Law? w: Regulating the Global Information Society*, ed. C.T.Mardsen, London-New York 2000, s.235.

Problematyczna jest również kwestia, kto posiada prawa do wyznaczonego standardu i czy są to prawa objęte własnością intelektualną.

Przykładem sytuacji, w której pojawiła się problematyka standardu technicznego jest sprawa Sun przeciw Microsoft.⁵⁹ Sun Microsystems starał się zastąpić system operacyjny Microsoftu stworzoną przez siebie technologią, czyli językiem Java. Miała być ona standardowym interfejsem dla aplikacji stosowanych na komputerach osobistych.⁶⁰ Sun starał się rozpropagować Javę zarówno przez strategie marketingowe, jak i przez zarejestrowanie jej w Międzynarodowej Organizacji Standaryzacji, by uzyskać formalnie międzynarodowy standard.⁶¹ Próby Sun skończyły się niepowodzeniem. Java mogła stanowić uzupełnienie (czy dodatek) dla systemu Windows, stworzonego przez Microsoft.⁶² Jednak Microsoft miał prawo zmienić (nawet specjalnie) język Java, jeżeli był on używany w oprogramowaniu Windows.⁶³ To z kolei prowadziło do tego, że ponieważ większość komputerów posługuje się oprogramowaniem Windows, to nadal nie było szans na wprowadzenie jednolitego standardu technicznego przez Sun Microsystems.

Internet jest siecią i zarazem jest rynkiem, na którym występuje zjawisko zwane efektem sieci. Nie jest to zwykły rynek, podobnie jak nie jest nim telekomunikacja. Jeżeli jest tylko jedna osoba posiadająca telefon, to ten telefon jest bezużyteczny. Jeżeli dwie osoby mają telefony, mogą z nich korzystać. Ale od razu widać, że im więcej osób takowe telefony posiada, tym większa będzie skuteczność i efektywność sieci, jaką tworzą. A Internet tworzy sieć globalną, obejmującą potencjalnie (jeśli nie rzeczywiście) cały świat. Taka sytuacja powoduje, iż rynek w sposób naturalny skłania się ku stosowaniu jednego

⁵⁹ Sun Microsystems, Inc. przeciw Microsoft Corp., 21 F. Supp. 2d 1109 (ND Cal. 1999); Sun Microsystems, Inc. p-ko Microsoft Corp., 999 F. Supp. 1301 (ND Cal. 1998).

⁶⁰ Tzn. niezależnie od tego, z jakiego oprogramowania się korzystało na danym komputerze (a często chodziło o oprogramowanie Windows), komputery mogły między sobą wymieniać zrozumiałe i kompatybilne informacje.

⁶¹ ISO - International Organization for Standardization.

⁶² G.J.H.Smith, op.cit., s.680.

⁶³ „Nawet celowe tworzenie niezgodności/niekompatybilności między programami przez zmiany produktu – np. zmiany dokonane przez Microsoft w języku Java stosowanym w systemie Windows po to, by uniemożliwić Sun Microsystem stworzenie międzysystemowej platformy posługującej się językiem Java jest dopuszczalne”. Amerykański sąd apelacyjny uznał, iż nie stanowi to naruszenia Sekcji 2 Sherman Act. - por.: Microsoft, 253 F.3d s.75, za: M.Fox, *We Protect Competition, You Protect Competitors*, „World Competition”, no. 26(2)/2003, s.149-165.

globalnego standardu, który oczywiście staje się standardem dominującym. Dany model jest wybierany, ponieważ „wszyscy inni również go używają”. To jednak nie oznacza *a priori*, iż nie można stworzyć konkurencji na takich rynkach jak Internet, sieć telefoniczna czy systemy komputerowe. Może ona mieć miejsce, ale będzie istniała w obrębie tego samego standardu.⁶⁴ To powoduje, że producenci w którymś momencie muszą dojść do porozumienia, jak ten standard będzie wyglądał. Nawet jeśli uzna się, że jest on „otwarty”, tzn., że każdy, kto będzie miał ochotę go stosować, zrobi to, istnieje pułapka polegająca na samym standardzie. Jeśli raz zacznie się dany standard stosować, to trudno go zmienić – tak jak na przykład trudno jest zmienić sieć telefoniczną (tzn. stworzyć zupełnie nową infrastrukturę). Jak to ujmuje Mark Lemley „*dochodzi do zamknięcia przez skłonienie wszystkich uczestników rynku do robienia tego samego (wykorzystania tego samego systemu)*”.⁶⁵

Pojawia się w związku z tym szereg problemów. Po pierwsze, organizacje ustalające standardy bardzo często zachowują się jak kartele, czyli porozumienia między przedsiębiorcami, mające na celu zmniejszenie konkurencji. Po drugie, organizacje ustalające standardy nie powinny, z punktu widzenia prawa konkurencji, nakładać na taki standard odpłatnej licencji, ograniczającej dostęp do niej. W ten sposób przedsiębiorcy skupieni w organizacji musieliby w którymś momencie ustalić cenę za sprzedaż licencji i mogłoby to łatwo prowadzić do nadużycia pozycji dominującej. W takich okolicznościach amerykańska Antitrust Division wszczęła w połowie lat 90. postępowanie przeciwko ETSI (European Telecommunication Standards Institute), uznając, że naruszył on prawo konkurencji domagając się, by należący do niego przedsiębiorcy licencjonowali ich prawa własności intelektualnej czy przemysłowej.⁶⁶

Inna sytuacja może polegać na tym, iż powstaje standard *de facto*, nie za sprawą ustalenia przez jakąś instytucję, lecz wyłącznie z powodu wiodącej pozycji przedsiębiorstwa, które ten standard stworzyło. Taki standard powstaje na przykład, kiedy Microsoft lub Intel tworzą nowy produkt i w celach promocyjnych udostępniają go bezpłatnie, bądź zaczynają go sprzedawać jako obowiązujący standard. W ten sposób potencjalni konkurenci, których nie stać na bezpłatne rozprze-

⁶⁴ M.Lemley, op.cit., s.236.

⁶⁵ „*You lock yourself in by virtue of getting everyone to do the same thing*” (ibidem, s.237).

⁶⁶ Ibidem, s.237.

strzenianie konkurencyjnego produktu, mogą faktycznie zostać wyeliminowani z rynku. Nowy produkt Microsoft⁶⁷ bądź Intelu po prostu zaczyna dominować na rynku. Fakt wykorzystania swojej silnej pozycji, polegający na udostępnianiu ze stratą (za darmo) ogromnych ilości nowych produktów stanowi nadużycie, powodujące eliminację konkurentów. Przy tym, z punktu widzenia prawa własności intelektualnej, taki producent (czyli np. Microsoft) ma pełne prawo odmówić udzielenia licencji na swój standard, chroniony prawem własności intelektualnej, a prawo konkurencji winno domniemywać jego dobrą wolę.⁶⁸ Jedynym wyjściem dla konkurenta mogłoby być wykazanie, iż odmowa licencji stanowiła naruszenie doktryny *essential facilities*.

Własność lub ustalenie standardu może wpłynąć na konkurencję na dwóch poziomach: po pierwsze, może ją ograniczyć pomiędzy stronami wprowadzającymi i używającymi standardu, po drugie, może ją wykluczyć ze strony innych przedsiębiorstw, które chciałyby mieć dostęp do tegoż standardu.⁶⁹ Ograniczenia wynikające z istnienia standardu (tzw. *foreclosure effect*) będą zależeć od kilku czynników: zakresu, w jakim dostęp do standardu jest niezbędny, by być obecnym na rynku; tego, czy strony trzecie mają dostęp do standardu lub uczestniczą w procedurze jego ustalania; warunków takiego dostępu i tego, czy nie są one dyskryminujące. Trzeba też brać pod uwagę, czy dostępne są standardy alternatywne oraz czy są ograniczenia dla wprowadzenia konkurencyjnych standardów.⁷⁰

Obok ograniczeń, jakie wynikają ze standaryzacji, mogą się też pojawiać pewne jej pozytywy. W przypadku Unii Europejskiej może to oznaczać eliminację barier w handlu między państwami członkowskimi.⁷¹ Efekt ograniczający standardu zależy od stopnia, w jakim dostęp do standardu jest niezbędny, by zaistnieć na rynku, tego czy osoby trzecie mają do tego standardu dostęp i czy warunki tego dostępu są sprawiedliwe i rozsądne (*fair and reasonable terms*).⁷²

Wspomniano już, że we wszystkich potencjalnych naruszeniach prawa konkurencji na początku należy określić rynek relewantny. Będzie to rynek, na którym występuje dominująca pozycja jakiegoś

⁶⁷ Por.: United States przeciw Microsoft Corporation, 147 F 3d 935 (DC Cir. 1998) – zaledwie jedno z wielu postępowań między stronami.

⁶⁸ Por.: D.McGowan, *The Problems of the Third Way. A Java Case Study w: Regulating the Global Information Society*, ed. C.T.Mardsten, London-New York 2000, s.243.

⁶⁹ G.J.H.Smith, op.cit., s.663.

⁷⁰ Ibidem, s.663.

⁷¹ Ibidem, s.664.

⁷² Ibidem, s.664.

przedsiębiorstwa. Europejski Trybunał Sprawiedliwości zdefiniował pozycję dominującą jako pozycję cechującą się siłą ekonomiczną danego przedsiębiorstwa, pozwalającą mu na utrudnianie zaistnienia rzeczywistej konkurencji na właściwym rynku, przez to, że takie przedsiębiorstwo może zachowywać się niezależnie od swoich konkurentów, klientów i konsumentów.⁷³ W przypadku przedsiębiorstw działających w Internecie może się okazać, iż rynek geograficzny, jaki zajmują jest rynkiem światowym. Tak został on określony w postępowaniu Komisji Europejskiej w sprawie Myaircraft.com.⁷⁴ W związku z tym bardziej niż w jakiejś innej dziedzinie, należy kontrolować, czy nie dochodzi do wykształcenia się pozycji dominującej, a potem – do jej nadużywania.

Kwestia pozycji dominującej i ograniczania dostępu do rynku mniejszym konkurentom może się pojawić szczególnie w przypadku przedsiębiorstw B2B. Duże przedsiębiorstwa decydują się wejść na rynek i tym samym usuwają konieczność korzystania z usług niezależnych B2B, których pośrednictwo podnosi cenę. Ewentualnie wybierają jedną, niezależną B2B. W efekcie powstaje sytuacja, że istnieje kilka silnych B2B dla danego produktu czy branży (bo słabsze nie są w stanie się utrzymać) i będą one dominować na rynku.⁷⁵ Jeżeli silne B2B odmawia swoich usług potencjalnemu nowemu producentowi, nowemu konkurentowi istniejących przedsiębiorstw, rzecz wydaje się prosta – reguluje to już od dawna orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Ale nie jest jasne, jak należy traktować sytuację, w której małe B2B nie jest w stanie zaistnieć na rynku, ponieważ wypierają je duże, dominujące B2B. Czy można się tutaj posłużyć doktryną *essential facilities*? Rzecz pozostaje wątpliwa, ponieważ właściwie można powielić infrastrukturę, pozostaje jedynie problem zdobycia „wiernych” użytkowników w dostatecznej liczbie.

3. Możliwości egzekwowania prawa konkurencji i ewentualne rozwiązania „ogólnoświatowe”

Różnice w podejściu do prawa konkurencji na świecie mogą prowadzić do konfliktów. Niektórzy autorzy optują w związku z tym za rozwojem tzw. światowego prawa konkurencji, mimo iż wydawać by

⁷³ Orzeczenie ETS 322/81 w sprawie Michelin przeciw Komisji, ECR 1983, s.3461.

⁷⁴ Myaircraft, O.J., C 2000 289/10 – Komisja uznała, że rynek geograficzny był prawdopodobnie światowy. Por.: F.Alese, *B2B exchanges and E.C. Competition Law: 2B or not 2B*, ECLR, 2001, s.330.

⁷⁵ Ibidem, s.329; na przykład na rynku producentów samochodów – ich porozumienie utworzyło B2B Covisint, która dominuje rynek; por. też: F.Stroud, op.cit., s.126.

się to mogło zbyt daleko idącym idealizmem.⁷⁶ Tym niemniej system wzajemnych zależności na świecie powoduje, że polityka konkurencji w jednym państwie wpływa na ekonomiczną działalność innych państw.⁷⁷ Negocjacje i dyskusje toczące się w WTO, OECD i UNCTAD, zależności między konkurencją i handlem stają się coraz bardziej widoczne dla międzynarodowej społeczności handlowej.⁷⁸ Dotychczas jednak, jak wskazuje orzeczenie panelu WTO Kodak przeciw Fuji, reguły WTO mają zastosowanie jedynie do środków przyjmowanych przez państwa, a nie do zachowań poszczególnych przedsiębiorstw.⁷⁹ Państwa są poddawane mniej lub bardziej ścisłej kontroli w swych działaniach prawodawczych, w tym dotyczących konkurencji, jeśli takie akty prawne mają wpływ na handel. Ale nie istnieją żadne reguły na poziomie międzynarodowym, odnoszące się do działań i praktyk podmiotów prywatnych o charakterze antykonkurencyjnym. Stwarza to zagrożenie, iż prywatne środki i praktyki mogą zastąpić bariery wprowadzane przez państwa.⁸⁰ Aby zatem doszło do wprowadzenia rzeczywistego wolnego handlu, obok reguł dotyczących handlu powinny pojawić się na poziomie międzynarodowym reguły konkurencji.⁸¹

Wydaje się, iż to WTO jest jedną z niewielu światowych organizacji, w ramach których można by negocjować wiążące normy prawne dla globalnej wymiany na świecie.⁸² Jak na razie kwestie związane z konkurencją są przez WTO traktowane fragmentarycznie, ale wiele z zasad obowiązujących w WTO (jak przejrzystość przepisów, niedyskryminacja, zasada traktowania narodowego) przyczynia się do osiągnięcia celów prawa konkurencji. W umowach GATS, TRIMs i TRIPs jest cały szereg norm, które dotyczą nie tylko handlu, ale również konkurencji. Wydany w 1993 r. *Draft International Antitrust Code as*

⁷⁶ Zwłaszcza A.S.Grewlich, *Globalisation and Conflict in Competition Law. Elements of Possible Solutions*, „World Competition”, no. 24(3)/2001, s.367.

⁷⁷ Ibidem, s.367.

⁷⁸ Ibidem, s.368.

⁷⁹ WTO, *Kodak-Fuji case*, Panel report of 5 December 1997, WTO-Doc.WT/DS44/R of 31 March 1998 (<http://www.wto.org/wto/dispute/distab.htm>); por.: A.S.Grewlich, op.cit., s.369.

⁸⁰ Ibidem, s.369-370.

⁸¹ Na zasadzie tzw. teorii komplementarności (*theory of complementarity*) stworzonej przez WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy.

⁸² Jak podają A.Jones i B.Sufrin (*EC Competition Law. Test, cases and materials*, Oxford University Press 2004, s.1235.), Komisja Europejska była bardzo przychylna współpracy międzynarodowej w sprawach dotyczących konkurencji, a zwłaszcza wykorzystaniu w tym celu Światowej Organizacji Handlu.

A Plurilateral Trade Agreement, który miał stanowić załącznik do Umowy WTO,⁸³ zostały opracowany przez prywatną grupę ekspertów ze świata akademickiego i świata praktyki prawnej.⁸⁴ Niestety, nigdy nie doszło do ich przyjęcia w formie umowy międzynarodowej.

Współpraca pomiędzy organami ochrony konkurencji w poszczególnych państwach jest promowana przez zalecenie OECD jako tzw. *positive comity*.⁸⁵ Jako wiążąca zasada, *positive comity* wystąpiła w umowie z 1991 r. między Wspólnotą Europejską a Stanami Zjednoczonymi o współpracy w sprawach konkurencji.⁸⁶ Doprowadziła ona do zawarcia jeszcze bardziej kompletnej umowy w 1998 r.⁸⁷ Państwo, na którego terenie mają miejsce skutki niekonkurencyjnych zachowań, może wystąpić z wnioskiem do państwa właściwego dla przedsiębiorstw ten skutek wywołujących, o wszczęcie przeciwko nim postępowania rozpoznawczego, czy rzeczywiście dochodzi do naruszenia reguł konkurencji.⁸⁸

Mimo wszystkich wskazanych inicjatyw i potencjalnie dużej roli WTO, faktycznie najwięcej do powiedzenia w sprawie „konkurencji na świecie” mają dwa podmioty: Stany Zjednoczone i Unia Europejska.⁸⁹ W samych Stanach Zjednoczonych istnieją dwie agencje federalne zajmujące się prawem konkurencji: Departament Sprawiedliwości

⁸³ Umowy dołączone jako załącznik do porozumienia o utworzeniu Światowej Organizacji Handlu w 1995 r.

⁸⁴ A.S.Grewlich, op.cit., s.381.

⁸⁵ „*Comity (wzajemne poszanowanie praw) oznacza pokojowe współistnienie narodów, z zachowaniem wzajemnego poszanowania i uwzględnieniem wzajemnych interesów*” – definicja podawana przez A.Jones, B.Sufrin, op.cit., s.1236. Section I.B.5 of OECD, Revised Recommendation of the Council Concerning Cooperation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade, OECD Doc C(95) 130 final, 28.07.1995; por.: A.S.Grewlich, op.cit., s.385 oraz V.Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford-Portland 2000, s.27-28, 308.

⁸⁶ Decyzja 95/145, O.J., L 95, z 27.04.95, s.45, corrigendum, O.J., L 131, 15.06.95, s.38.

⁸⁷ Decyzja 98/386/WE, O.J., L 173, 18.06.98, s.26-27.

⁸⁸ A.S.Grewlich, op.cit., s.387.

⁸⁹ I na tej linii zdarzają się tarcia, jak na to wskazują Boeing przeciw McDonnell Douglas oraz WorldCom przeciw Sprint. Komisja skorzystała ze swoich pozaterytorialnych (ekstraterytorialnych) kompetencji i interweniowała. W przypadku Boeinga prawie udało się zablokować przejęcie MDD przez Boeinga, udało się jej wymóc na Boeingu szereg ustępstw; por.: A.S.Grewlich, op.cit., s.375. D.G.Goyder wyraża nawet opinię, iż: „*wzrost liczby koncentracji o wymiarze wspólnotowym spowodował, że w niektórych przypadkach KE występowała niemal jako światowy organ ochrony konkurencji*” (op.cit., s.15).

(Department of Justice) oraz Federalna Komisja Handlu (Federal Trade Commission), których nie można w pełni porównać do Komisji Europejskiej.⁹⁰ Przedsiębiorstwa, których działania mogą wywoływać skutki na rynku amerykańskim, bądź na rynku unijnym, muszą zatem liczyć się zarówno ze zdaniem Komisji Europejskiej, jak i Federalnej Komisji Handlu w USA. Spotykają się również z ewentualnym wielokrotnym obowiązkiem notyfikacji, z istniejącymi różnicami w podejściu do takiego samego zachowania⁹¹ bądź z wykonywaniem ekstraterytorialnej jurysdykcji.⁹² Wielokrotny obowiązek notyfikacji, tzn. notyfikacji w wielu państwach, może powodować znaczący wzrost kosztów transakcji. Pozytywy wywołane liberalizacją handlu mogą się faktycznie stać iluzoryczne, jeśli przedsiębiorstwa muszą zamiast tego prowadzić długotrwałe i kosztowne postępowania przed organami ochrony konkurencji w poszczególnych państwach.⁹³ Wzrost liczby międzynarodowych karteli i fuzji powoduje, że przy Departamencie Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych został utworzony International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC). Zajmuje się on szczególnie trzema zagadnieniami: kontrolą sądową międzynarodowych fuzji, związkami pomiędzy handlem a konkurencją i wreszcie współpracą z państwami trzecimi, zwłaszcza odnośnie do egzekucji postanowień antykartelowych.⁹⁴ Natomiast Komisja Europejska i w jej ramach funkcjonujący Dyrektoriat Generalny ds. Konkurencji (wcześniej określany jako tzw. DG IV), koncentrują się przede wszystkim na działaniach w sektorze umów zawieranych między przedsiębiorstwami, a wywołujących skutki w Internecie (B2B). Przedmiotem uwagi są cztery zagadnienia: pozycja dominująca w sieci (*network dominance*), wymiana informacji, wspólne zakupy i sprzedaż oraz dyskryminacja i wykluczanie konkurentów (*foreclosure*).⁹⁵

Wydaje się, że harmonizacja norm materialnych na poziomie światowym nie byłaby ani możliwa, ani skuteczna. Jednak harmonizacja

⁹⁰ A.Jones, B.Sufrin, op.cit., s.1236.

⁹¹ E.M.Fox, *We Protect Competition, You Protect Competitors*, „World Competition”, no. 26(2)/2003, s.158.

⁹² T-102/96, Gencor p-ko Komisji, Zb. Orz. 1999, s.II-753.

⁹³ A.S.Grewlich, op.cit., s.377.

⁹⁴ Ibidem, s.392.

⁹⁵ T.D.Dontoglou, op.cit., s.212; por. też: *XXXth Report on Competition Policy 2000*, European Commission, SEC, 2001, 691 final; J.Hornle, *Competition Law and Internet*, „International Journal of Electronic Commerce and Practice”, no. 4(1)/2002, s.24-27; J.Robinson, *Managing Competition Risk*, „E-Commerce Law and Policy”, no. 8(2)/2000, s.8-9.

procedury mogłaby być bardzo dobrze widziana, szczególnie odnośnie do fuzji przedsiębiorstw.⁹⁶ Niektórzy autorzy uważają również, iż w związku z rozwojem handlu elektronicznego konieczna jest zmiana kształtu dotychczasowego prawa konkurencji we Wspólnocie Europejskiej, wyjaśniając, iż dotychczasowe przepisy są niewystarczające, głównie ze względu na tworzenie się zupełnie nowych rynków, dążących do koncentracji.⁹⁷ T.Dontoglou twierdzi, iż konieczne jest dopuszczenie szerokiego mechanizmu autoregulacji, uzupełnionego przez odpowiednie struktury technologiczne po to, by dotychczasowe normy prawa konkurencji mogły zachować skuteczność.⁹⁸ To fragmentaryczne prawo konkurencji światowej może mieć istotne znaczenie dla Internetu, jako medium, potencjalnie przynajmniej, obejmującego cały świat. Ewentualne antykonkurencyjne działania przedsiębiorców, które będą się przekładać na handel elektroniczny, mogą prowadzić do negatywnego wpływu na handel w niektórych państwach, mimo że przedsiębiorcy mają swoje siedziby zupełnie gdzie indziej. Brak jest – jak wspomniano – uniwersalnego organu, który mógłby kontrolować *ex ante* bądź *ex post* zachowania mające wpływ na konkurencję na świecie. W niepełnym stopniu, promując tzw. zasadę skutku (*effect principle*),⁹⁹ kontrolę starają się sprawować organy Stanów Zjednoczonych i Komisja Europejska. Zwłaszcza ta druga przez długi czas twierdziła, iż każde porozumienie, mające niekorzystny wpływ na rynek wewnętrzny, powinno być objęte wspólnotowymi regułami prawa konkurencji, nawet, jeśli zawierane było przez przedsiębiorców, którzy nie prowadzili żadnej działalności na terytorium Wspólnot Europejskich. Europejski Trybunał Sprawiedliwości potwierdził to stano-

⁹⁶ A.S.Grewlich, op.cit., s.380.

⁹⁷ T.D.Dontoglou, op.cit., s.209 i nast.

⁹⁸ Ibidem, s.210.

⁹⁹ Zasada ta została po raz pierwszy w pełni wyrażona w amerykańskim orzeczeniu Alcoa (United States przeciwko Aluminium Co of America, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945)) dotyczącym kartelu producentów aluminium, z siedzibą w Szwajcarii, który określił limit produkcji aluminium, po to, by ceny na świecie wzrosły. Sąd amerykański uznał, iż Sherman Act ma zastosowanie wobec kanadyjskiego przedsiębiorcy uczestniczącego w kartelu. Według sądu ustawa amerykańska miała zastosowanie do porozumień zawartych poza terytorium Stanów Zjednoczonych, które miały na celu wpłynięcie na amerykański import i faktycznie na niego wpływały. Podane za: A.Jones, B.Sufrin, op.cit., s.1236. Odmienne zdanie, jeśli chodzi o stosowanie zasady skutku w Unii Europejskiej prezentuje P.Saganek w *Ekstraterytorialne stosowanie prawa Wspólnot Europejskich*, „Przegląd Prawa Europejskiego”, nr 1/1997, s.41.

wisko Komisji Europejskiej w orzeczeniu Wood Pulp,¹⁰⁰ przyjmując, iż każda umowa zawarta przez podmioty trzecie (podmioty niewspółnotowe), która jest wykorzystywana na terenie Wspólnoty Europejskiej, podlega jurysdykcji Komisji Europejskiej, tzn., że może być przez nią badana, co do zgodności z przepisami TWE. Podobnie Sąd Pierwszej Instancji w sprawie Gencor¹⁰¹ przychylił się do ekstraterytorialnego stosowania wspólnotowego prawa konkurencji, jeśli porozumienie (w tym przypadku planowana koncentracja) może mieć wpływ na handel wspólnotowy.¹⁰² Praktyka Komisji w odniesieniu do zachowań przedsiębiorstw działających w Internecie wydaje się potwierdzać, że również tutaj ekstraterytorialne stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji będzie miało miejsce.

4. Podsumowanie

Ustawodawcy w Europie i Stanach Zjednoczonych bardzo uważnie przyglądają się rozwojowi wymiany B2B, czyli odbywającej się za pośrednictwem Internetu wymiany między przedsiębiorstwami. Istotny jest skutek, jaki taka forma wymiany może mieć na konkurencję. Wydaje się, iż istniejące rozwiązania prawne dają możliwość reagowania na ewentualne ograniczenia konkurencji w Internecie. Należałoby jednak postulować utworzenie jednolitej ponadpaństwowej jednostki, czuwającej nad niedopuszczaniem do sytuacji zagrażających konkurencji globalnej. Wydaje się, iż organ taki mógłby funkcjonować przy WTO, pod warunkiem, iż uda się w tym względzie uzyskać konsensus, co przynajmniej na razie wydaje się wątpliwe.

¹⁰⁰ Orzeczenie 89, 104, 114, 116, 117&125-129/85, Wood Pulp, ECR 1988, s.5193, por.: T.Christoforou, D.B.Rockwell, *European Economic Community Law: The Territorial Scope of Application of EEC Antitrust Law – the Wood Pulp Judgement*, „Harvard International Law Journal”, vol. 30/1989, s.195.

¹⁰¹ Orzeczenie T-102/96 Gencor Ltd przeciw Komisji, ECR 1999, s.II-753.

¹⁰² V.Korah, op.cit., s.27.